

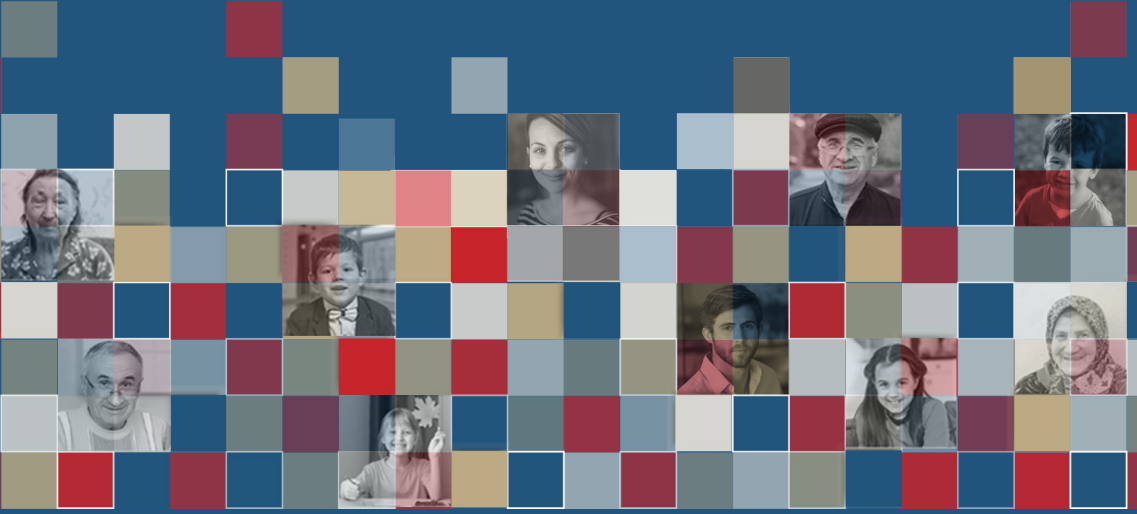


This Project is co-funded by the European Union and the Council of Europe.
Bu proje Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmektedir.



KAPSAMLI DEĞERLENDİRME RAPORU

Aile Mahkemelerinde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmalarına İlişkin Öneriler



AİLE MAHKEMELERİNİN ETKİNLİĞİNİN ARTIRILMASI: AİLE ÜYELERİNİN HAKLARININ DAHA İYİ KORUNMASI ORTAK PROJESİ



**Aile Mahkemelerinde Alternatif Uyuşmazlık
Çözümü Mekanizmalarının Kullanımına
İlişkin Öneriler Raporu, "Aile Mahkemelerinin
Etkinliğinin Artırılması: Aile Üyelerinin
Haklarının Daha İyi Korunması" Ortak Projesi
kapsamında hazırlanmış ve yayımlanmıştır.**

Bu Proje, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmekte ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülmektedir. Türkiye Adalet Akademisi Projenin nihai faydalanıcısıdır.

Bu yayın Avrupa Birliği'nin maddi desteği ile hazırlanmıştır. İçerik tamamıyla, yazarları Maria Oliveira, Cinthia Lévy ve Gamze Turan Başara'nın sorumluluğu altındadır ve Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi veya Türkiye Cumhuriyeti'nin görüşlerini veya resmî politikasını yansıtır şekilde yorumlanmamalıdır.

Raporun orijinali, Avrupa Konseyi proje uzmanları Maria Oliveira, Cinthia Lévy ve Gamze Turan Başara tarafından İngilizce dilinde hazırlanmıştır. Bu Rapor, Avrupa Konseyinin düzenlemeleriyle Türkçe diline çevrilmiş ve yalnızca çevirmenin sorumluluğu altında yayımlanmıştır.

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, İletişim Müdürlüğünden (F-67075 Strasbourg Cedex ya da publishing@coe.int) önceden yazılı izin alınmaksızın çevrilemez, fotokopi, kayıt ya da herhangi bir bilgi depolama ya da geri erişim sistemi dâhil olmak üzere, elektronik (CD-Rom, internet, vb.) ya da mekanik olarak, herhangi bir biçimde ya da araçla çoğaltılamaz ya da iletilemez.

Kapak tasarımı ve sayfa düzeni: Ceket Medya

© Avrupa Konseyi, Aralık 2022

Şartlar altında Avrupa Birliği'ne lisans verilmiştir.

Basım yeri: Ankara

Baskı: Ceket Medya

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	5
1. Genel Görüşler.....	5
2. AUÇ ve Aile Arabuluculuğuna Kısa Bir Giriş	6

BÖLÜM I

AİLE HUKUKU VE AİLE UYUŞMAZLIKLARINDA AUÇ İLE İLGİLİ MEVCUT DURUM VE BEKLENTİLER	8
1. 9-10 Aralık 2021 Tarihinde Düzenlenen Çalıştayda Katılımcılar Tarafından Ortaya Konulan Kilit Bulgular ve Somut Hareket Noktaları	8
2. Türk Boşanma Yargılamasında Etkililiğe İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri	10
2. 1 Kusurdan Arındırılmış Bir Boşanma Sistemi.....	12
2. 2 Tam Anlaşmalı Boşanmanın Teşvik Edilmesi–Kısmi Anlaşmalı Boşanmanın Düzenlenmesi	13
2. 3 Boşanma Davasıyla Birlikte İleri Sürülen Boşanmanın Fer'ilerine Yönelik Taleplerle İlgili Olarak Taraflar Arasında Yaşanan Anlaşmazlıkların Yargılama Süresine Etkisi	15
2. 4 Aile Mahkemelerine Özgü Özel Usul Kurallarının Düzenlenmesi ..	17
2. 5 Kusur Esası Çerçevesinde Düzenlenmiş Olan Tazminat Hükümleri	18
2. 6 Sulhe Teşvik Kurumunun Etkinleştirilmesi.....	19
3. Aile Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Auç Mekanizmaları	20
3. 1 6325 Sayılı Arabuluculuk Kanunu Bakımından Aile Arabuluculuğuna Elverişlilik	21
3. 2 Aile Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tarafları Arabuluculuğa Teşvik Etmek ve Farkındalığı Artırmak	23

BÖLÜM II

AVRUPA STANDARTLARI, ULUSLARARASI STANDARTLAR VE EN İYİ UYGULAMALAR	24
1. Uluslararası Aile Arabuluculuğu Kaynakları.....	24
1.1 Uluslararası Sözleşmeler	24
1.2 Sınır Ötesi Aile Arabuluculuğu.....	25
1.3 Avrupa Konseyi ve CEPEJ Araçları ve Standartları	25
2. İsviçre’de Aile Arabuluculuğu	28
2.1 İsviçre’de AUÇ Süreçleri	29
2.2 Arabuluculuk, Uzlaştırma ve Katılımcı Hukuk Arasındaki Farklar ..	31
2.3 İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK).....	32
2.4 Arabuluculuk Uygulaması ve Aile Arabuluculuğu Alanındaki Girişimler.....	34

BÖLÜM III

FIRSATLAR VE ZORLUKLAR – GZFT (Güçlü Yönler, Zayıf Yönler, Fırsatlar ve Tehditler) ANALİZİ VE YOL HARİTASI	35
1. Temel Hususlar	35
2. Boşanma Sürecinde Arabuluculukla İlgili Beklenen Faydalar ve Muhtemel Sorunlar	35
3. GZFT (Güçlü Yönler, Zayıf Yönler, Fırsatlar ve Tehditler) Analizi.....	37
4. Aile Uyuşmazlıklarında Kullanılabilecek Bir AUÇ Modeli.....	40
4.1 Yasal Çerçeve	40
4.2 Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yollarının Seçilmesi	41
4.3 Aile Arabuluculuğu ve Aile Mahkemeleri Arasındaki İlişki	43
4.4 Arabuluculuk Zamanı	43
4.5 “İlk Katılımın Zorunlu Olduğu” veya Tam Gönüllü Arabuluculuk..	43
4.6 Arabuluculuk İçin Elverişli Olan Dava Türleri	45
4.7 Aile Arabulucusunun Profili	45
4.8 Eğitim & Değerlendirme	45
5. YOL HARİTASI – Sonuçlar ve Tavsiyeler.....	47

GİRİŞ

1. Genel Görüşler

2018 yılından bu yana Türkiye’de hukuki konularda arabuluculuğun kullanımı, arabulucuların eğitimi, seçilmesi ve farkındalık artırma faaliyetleri gibi tüm kilit konuları kapsayacak şekilde ve pilot mahkeme faaliyetlerinin kapsamlı değerlendirmesi temelinde Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen politikalar sayesinde önemli ölçüde artmıştır.

6325 Sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” 14 Kasım 2013’ten bu yana yürürlükte ancak arabuluculuk; iş uyuşmazlıklarında (1 Ocak 2018’den bu yana), ticari uyuşmazlıklarda (1 Ocak 2019’dan bu yana) ve tüketici uyuşmazlıklarında (28 Temmuz 2020’den bu yana) dava şartı olduktan sonra, arabuluculuğun kullanıldığı davaların sayısı çarpıcı bir şekilde artmıştır.¹

Aile arabuluculuğu, özel olarak bu alanda mesleki becerilerini geliştirmek isteyen aktif arabulucular tarafından gerçekleştirilen bir dizi özel girişim dışında benzer şekilde ilgi görmemiştir. Ayrıca, Mart 2021²’de yayımlanan “İnsan Hakları Eylem Planının” kabulünden sonra aile arabuluculuğu siyasi gündeme taşınmıştır. İnsan Hakları Eylem Planında aile arabuluculuğuyla ilgili aşağıdaki ifadeler yer alır:

“Boşanma sürecinde özellikle kadınların ve çocukların örselenmesini önlemek amacıyla uluslararası sözleşmelerde yer alan standartlar doğrultusunda mahkeme temelli bir aile arabuluculuğu sistemi kurulacaktır.”

1 Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığından temin edilen istatistikî verilerine göre; 01. 01. 2018-31. 12. 2018 tarihleri arasında iş uyuşmazlıklarında 354. 739 dosyada; 01. 01. 2019-31. 12. 2019 tarihleri arasında iş uyuşmazlıklarında 396. 810 dosyada ve ticari uyuşmazlıklarda 151. 463 dosyada; 01. 01. 2020-31. 12. 2020 tarihleri arasında iş uyuşmazlıklarında 296. 581 dosyada, ticari uyuşmazlıklarda 136. 249 dosyada ve tüketici uyuşmazlıklarında 28. 314 dosyada; 01. 01. 2021-31. 12. 2021 tarihleri arasında iş uyuşmazlıklarında 319. 847 dosyada, ticari uyuşmazlıklarda 143. 636 dosyada ve tüketici uyuşmazlıklarında 84. 129 dosyada; 01. 01. 2022-01. 06. 2022 tarihleri arasında iş uyuşmazlıklarında 138. 537 dosyada, ticari uyuşmazlıklarda 64. 017 dosyada ve tüketici uyuşmazlıklarında 46. 315 dosyada zorunlu arabuluculuğa başvurulmuştur.

2 “İnsan Hakları Eylem Planı – Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik TÜRKİYE”, Mart 2021 tarihinde erişilmiştir (18/01/2022)
https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1262021081047Action_Plan_On_Human_Rights.pdf

Bu sebeple, bu Raporun genel amacı; uzun süren ve sürüncemeli boşanma prosedürlerine muhtemel alternatif olarak özellikle aile arabuluculuğu olmak üzere Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUÇ) mekanizmalarının avantajlarını ve tarafların tutumlarını, tercihlerini ve çocuğun yüksek yararını kalıcı biçimde sağlamaya yönelik yöntemleri incelemektir.

Yukarıda bahsi geçen amaç doğrultusunda bu Rapor Avrupa Konseyi uluslararası danışmanları Cinthia Lévy, Maria Oliveira ve ulusal danışmanı Doç. Dr. Gamze Turan Başara tarafından hazırlanmıştır.

Raporda Maria Oliveira tarafından hazırlanan Bölüm I öncelikle 9 ve 10 Aralık 2021 tarihlerinde Ankara'da düzenlenen "Aile Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmalarının Değerlendirilmesi Çalıştayı"nda katılımcılar tarafından ele alınan kilit bulgular ve somut hareket noktalarına odaklanır ve Adalet Bakanlığı (AdB) ile aile hukuku uyuşmazlıklarıyla hâkim, avukat, arabulucu, akademisyen, aile terapisti, psikolog veya sosyal çalışmacı kimliğiyle mesleki olarak ilgilenen paydaşların farklı bakış açılarını yansıtır. Doç. Dr. Gamze Turan Başara tarafından hazırlanan sonraki bölüm, Türk boşanma yargılamasında etkililiğe ilişkin sorunları, arabuluculuğun yaygın bir şekilde kullanılmasını önleyen mevcut yasal çerçeveye ilişkin aksaklıkları ve boşanma sürecinde arabuluculukla ilgili sorunlar ve faydaları ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır.

Aile arabuluculuğuyla ilgili uluslararası Avrupa standartları ve en iyi uygulamalar ile ilgili Avrupa Konseyi (AK) ve Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) araçları ve standartları, Bölüm II'de Maria Oliveira tarafından tanımlanır. Bu bölüm aynı zamanda İsviçre'de aile arabuluculuğu mevzuatı ve uygulamasının Cinthia Lévy tarafından analizini de kapsamaktadır.

Toplanan bilgiler, Bölüm III'de ele alınan Türkiye'de aile uyuşmazlıklarında AUÇ'nin uygulanmasına ilişkin sonuçları ve tavsiyeleri yansıtan GZFT analizi ve Yol Haritası hazırlamak için kullanılmıştır.

2. AUÇ ve Aile Arabuluculuğuna Kısa Bir Giriş

Aile uyuşmazlıklarının mahkeme dışında çözülmesi için uzlaştırma, katılımcı hukuk ve aile arabuluculuğu gibi çeşitli AUÇ araçlarının bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu sebeple AUÇ, mevcut ve bilinen yöntemlerden biri olan aile arabuluculuğuyla eş anlamlı değildir.

Bununla birlikte aile arabuluculuğunun, mahkeme dışı dostane uyuşmazlık çözüm araçları arasında en yaygını ve en bilineni olduğu düşünülmektedir.

Aile arabuluculuğu dostane çözümleri teşvik eden ve daha huzurlu bir topluma katkıda bulunan bir süreç olarak tanımlanabilir. Aile arabuluculuğu; kişilerin hayatları, seçimleri, çocukları, evleri ve mali durumlarının kontrolünü tekrar ele almalarını sağlar. Aile arabuluculuğunun geliştirilmesi, aile mahkemelerinin iş yükünü olumlu şekilde etkilemiş; iletişimin yeniden tesisi ve somut çözümler bulmanın kilit önemde olduğu davalarda arabulucuların işbirliğinden yararlanırken, hâkimler kanunun uygulanmasının odak noktası olduğu davalara yoğunlaşmışlardır. Arabuluculuk başka bir ihtilaf çözüm yöntemidir ve yargılamayla rekabet hâlinde gibi düşünülmemelidir. Aksine, aile arabuluculuğu, tüm ilgililerin çıkarına olacak şekilde uyuşmazlıkların çözümünde tamamlayıcı bir süreç olarak görülmelidir.

Arabuluculuk, arabulucunun gizli ve güvenli bir ortamda tarafların ihtilaflarına ortak ve kalıcı çözüm bulmalarına yardımcı olarak ihtilafların önlenmesi, yönetilmesi ve çözülmesine yönelik gönüllülük esasına dayalı bir süreçtir.

Arabulucu yansız olup hukuki tavsiye vermez ve davaya ilişkin bir değerlendirmede bulunmaz. Arabulucu her iki taraftan da bağımsızdır ve arabuluculuğun sonucu arabulucuyu olumlu ya da olumsuz olarak etkilemez. Arabulucu tarafsızdır, bir tarafı diğerine göre kayırmaz.

Arabuluculuğun amacı, tarafların devam etmekte olan bir ilişkileri olsun veya olmasın iletişim olmadan çözüm bulunamayacağı görüşünden hareketle öncelikle taraflar arasında iletişimi yeniden tesis etmektir. Şayet taraflar tekrar iletişim kurabilirlerse, mevcut uyuşmazlığa bir çözüm bulunabilir ve gelecekteki ihtilaflar da çözülebilir. Taraflar yalnızca hızlı bir çözüm aradıkları bir sürece girmekle kalmaz aynı zamanda ihtilaflı durumlarla baş etme anlamında uzun vadeli kapasitelerini geliştirmeyi amaçlarlar. Bu beceriler aile bağlamında çok önemlidir.

Arabuluculuk; gönüllülük, gizlilik esasına bağlı, dinamik, hızlı ve yaratıcı bir süreçtir.

AİLE HUKUKU VE AİLE UYUŞMAZLIKLARINDA AUÇ İLE İLGİLİ MEVCUT DURUM VE BEKLENTİLER

1. 9-10 Aralık 2021 Tarihinde Düzenlenen Çalıştayda Katılımcılar Tarafından Ortaya Konulan Kilit Bulgular ve Somut Hareket Noktaları

Maria Oliveira, Avrupa Konseyi Uluslararası Proje Danışmanı

9 ve 10 Aralık 2021 tarihlerinde Adalet Bakanlığının farklı birimlerinden temsilciler, Yargıtay temsilcileri, Bölge Adliye Mahkemelerinden ve aile mahkemelerinden hâkimler, Türkiye Barolar Birliğinden ve Ankara Barosundan temsilciler, akademisyenler, arabulucular, aile terapistleri, aile mahkemelelerinde görev yapan psikologlar, pedagoglar ve sosyal çalışmacıların katılımıyla bir çalıştay düzenlenmiştir.

Katılımcılar aile hukukuna ilişkin ilgili reformların getirilmesi konusunda mutabık kalmış ve boşanan çiftlerin adalete erişimini iyileştirmeyi amaçlayan usuli konuları, yargılamalar sırasında çocuklar ve ihtiyaç sahibi kadınlar olmak üzere hassas grupların korunmasıyla bağlantılandırmıştır. Aile arabuluculuğu aileler için belirsizliği ve hoşnutsuzluğu azaltma potansiyeli sebebiyle önemli bir araç olarak görülmektedir ve aynı zamanda mahkemelerdeki iş yükünü de azaltmaktadır. Bununla birlikte, farklı bakış açıları ortaya çıkmış olup aile arabuluculuğu modeli seçimi tartışmalı bir konu hâline gelmiştir.

Adalet Bakanlığı, ilgili paydaşlarla yapılan tartışmaları desteklemek üzere aile arabuluculuğu alanında Avrupa'daki başarılı deneyimleri derleme ve karşılaştırma yönünde çaba sarf etmektedir. Bununla birlikte, genel eğilim arabuluculuk mesleğine erişimin Adalet Bakanlığının düzenlediği yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olan ve en az beş yıllık deneyimi olan hukuk mezunları ile sınırlandırılması gibi ilgili konularda aile arabuluculuğu modelinin

hukuki ve ticari konularda arabuluculuğa yaklaştırılması yönündedir. Taraflar arabuluculuk yoluyla bir anlaşmaya varsalar bile, bunun uygulanabilirliğinin tarafların huzurunda yapılan bir duruşma gibi adli bir muameleye bağlı olduğu ifade edilmiştir.

Katılım sağlayan hâkimler aile arabuluculuğuna pek aşına olmadıklarını ortaya koymuş olsalar da bu beklenen bir durumdur zira mevcut kanun, aile arabuluculuğunun kullanımını çok sınırlı sayıda bir dizi davayla sınırlandırır. Bununla birlikte, hâkimler aile arabuluculuğunun taraflar açısından ve mahkemelerin etkinliği açısından avantajlarını kabul etmektedir. Aile mahkemelerindeki derdest davalar genellikle boşanma, velayet ve bunlarla ilgili konulardan oluşmakta olup aynı zamanda aile içi şiddet dosyaları da bu kapsamdadır ve bu da büyük ölçüde usuli gecikmelere neden olmaktadır. Bu sebeple, genel itibarıyla hâkimler yasal çerçevenin toplumun mevcut ihtiyaçları ve beklentilerine göre düzenlenmesi amacıyla aile hukukunda yapılacak değişiklikler konusunda mutabıktır. Bununla birlikte, hâkimler ailelerin dağılması veya velayet görevlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek için özellikle arabuluculuk olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm araçlarını içeren yeni bir aile hukuku modelinin hem taraflar hem de yargı sistemi için faydalı olacağı görüşündedir. Hâkimlerin görüşüne göre, mahkemeler çocuklar ve kadınlar olmak üzere hassas grupları korumaya yönelik garantör olarak kilit rol oynamaktadır. Bu sebeple, hâkimlerin spesifik bir modelle ilgili somut bir görüşleri olmasa da, uygun olduğunda davaları aile arabuluculuğuna yönlendirmeden yanadırlar. Bununla birlikte, arabuluculuk neticesinde varılan anlaşmanın icra edilebilirlik şerhi hakkında tereddüt gösterilmiş, arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu madde 18(3)'de belirtildiği üzere duruşmada yapılan mahkeme incelemesi tercih edilmiştir.

Bu alanda çalışan arabulucular aile arabuluculuğunun gelişimini desteklemekte olup bazıları Türkiye'de ve yurtdışında özel eğitim olanaklarını araştırmaktadır.

Avrupa Konseyi ulusal proje danışmanı akademisyen ve aile terapisti Dr. Öğretim Görevlisi Selenga Gürmen'in boşanma öncesinde ve sonrasında yaşanan ihtilafların çocuk gelişimi üstündeki olumsuz etkilerini ele aldığı sunumundan da bahsetmek gerekir. Bu sunumda, aile arabuluculuğu ve aile terapisi arasındaki farkların yanında etkili arabuluculuğun avantajları ile taraflar ve çocuklar açısından faydaları da özetlenmiştir.³

3 Sayın Gürmen'in 9-10 Aralık 2021'de Aile Hukukunda AUÇ mekanizmalarına ilişkin Çalıştayda yaptığı PPT sunumu raporun ekinde yer almaktadır.

Aile arabulucusu profiliyle ilgili ihtilafli konu; etkinliğe katılan ve yeni bir yasal çerçevede aile arabuluculuğu mesleğine erişimin kendilerine de açık olması gerektiği görüşünü savunan aile terapistleri, psikologlar ve sosyal çalışmacılar tarafından gündeme getirilmiştir. Katılımcılar konuyla ilgili bir anlaşmaya varamamış ve AdB'nin aile uyuşmazlıkları dahil olmak üzere herhangi bir alanda arabulucu olma yolunun yalnızca hukukçulara açık olması konusunda duruşunun şu an için net olduğu anlaşmıştır.

Kadın hakları dernekleri ve STK'lerden gelen katılımcılar bu konuda farklı görüş beyan etmişler ve genel olarak arabuluculuğun ve özellikle aile arabuluculuğunun hâlihazırda mahkemeler tarafından kadınlara yönelik sağlanan korumayı azaltacağını veya riske atacağını ifade etmişlerdir. Endişelerin kaynağında sosyoekonomik açıdan daha dezavantajlı konumda olan ve dolayısıyla daha az gücü ve uzmanlaşmış ve bağımsız hukuki tavsiyeye daha az erişimi olan kadınlar açısından arabuluculuğun olumsuz sonuçları olabileceği anlayışı yatmaktadır. Bu sebeple, uyuşmazlıklar özellikle fiziksel veya psikolojik şiddet, taciz veya tehdit unsuru içeriyorsa kadınların maruz kaldığı baskılar sebebiyle arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmayı kabul etmek durumunda kalabileceği gerekçesiyle arabuluculuğa ilişkin itirazlar dile getirilmiştir.

Sonuç olarak, aile uyuşmazlıklarının çözümünü amaçlayan aile arabuluculuğunun veya diğer AUÇ araçlarının Türkiye'ye nasıl getirileceğine ilişkin fikir birliği olmasa da, genel olarak bunların Türkiye'ye getirilmesine ilişkin olumlu bir tutum ve istek bulunmaktadır.

2. Türk Boşanma Yargılamasında Etkililiğe İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Doç. Dr. Gamze Turan Başara, Avrupa Konseyi Ulusal Proje Danışmanı

Boşanma davalarının uzun sürmesi ve yıllarca tarafların boşanamaması sebebiyle uygulamada sıkıntılar yaşanmakta, uzun süren boşanma süreci aile üyelerinde özellikle çocuklar üzerinde doğrudan olumsuz etkiler yaratmakta, boşanmak isteyen eşlerin hayatlarını düzenleyememesi, statülerini değiştirememesi, yeni bir hayat kuramaması gibi bir dizi soruna sebep olmaktadır. Boşanma sistemleri ve prosedürleri ile boşanma yargılamasında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin karşılaştırmalı hukukta yaşanan gelişmelere paralel olarak Türk hukukunda da boşanma sisteminde revizyona ihtiyaç bulunmaktadır.

Yabancı ülkelerin boşanma sistemlerinde yaşanan en önemli gelişmelerden bir tanesi, boşanmanın mahkemeler dışında gerçekleştirilmesine olanak tanıyan ve idari boşanma ya da mahkeme dışı boşanma olarak ifade edilen boşanmayı yargılamadan arındıran bir yöntemin kabul edilmesidir. Bu yolla boşanma sürecinin hızlandırılması ve kolaylaştırılması hedeflenmektedir. Mahkeme dışı boşanma özellikle müşterek çocuğu ya da küçük yaşta müşterek çocuğu olmayan ve boşanma ile boşanmanın sonuçları konusunda anlaşma sağlayan eşlere daha hızlı ve daha düşük maliyetli bir yolla evlilik birliğini sona erdirmeleri olanağını sağlamaktadır. Böyle bir sistem, mahkemelerin iş yükünün azalmasına da katkı sağlayacaktır.

Yabancı ülkelerin boşanma sistemlerindeki bir diğer önemli gelişme, boşanmada kusur prensibinin terk edilmesidir. Kusura dayalı boşanma sistemleri ve bu kapsamda boşanmanın kusura dayanan sonuçları, yargılama sürecinin uzamasına sebep olmakta ve bunların pek çok olumsuz etkisi bulunmaktadır.

Türk hukukunda boşanma sebepleri bakımından karma bir sistem benimsenmiş olup, kanunda kusur esasına dayanan boşanma sisteminin yanı sıra evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan boşanma sistemine de yer verilmiştir.

Boşanma sisteminin kusur esasına dayanması ve kusurun ispatı, boşanma davalarında eşler arasında mevcut olan çekişmelerin artmasına sebep olmaktadır. Boşanma yargılaması esas olarak sorumlunun kim olduğunun tespitine yoğunlaşmaktadır.

Kusur araştırması sadece boşanma davası devam ederken değil, boşanma sonrası ilişkilere de yansımakta ve bundan çocukların zarar görmesi kaçınılmaz olmaktadır. Karşı tarafa kusur yükleyerek boşanmayı gerçekleştirmek ve boşanmanın kusura bağlanan sonuçlarından yararlanmak için girişilen ispat çabaları şiddeti besleyen bir süreç hâline gelmektedir. Özellikle boşanmanın kusura bağlı sonuçlarından yararlanmak için yapılan suçlamalar eşlerin sonraki ilişkilerini ve en önemlisi çocuklarının geleceği için birlikte karar alma ihtimalini neredeyse tüketmektedir.

Kusur esasının benimsendiği boşanma sistemlerinde boşanma yargılamasının süresinin uzaması kaçınılmaz olmaktadır. Türk hukuku bakımından da uzun süren boşanma yargılamasının süresi bireysel başvuruyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş ve Mahkeme somut olayda yaklaşık dokuz yıl süren yargılama süresinin makul olmadığını ifade ederek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴

4 Başvuru No: 2018/25844.

Boşanmada kusurun rol oynadığı zina ve fena muamele, onur kırıcı davranış gibi özel sebeplere dayanmak, eşlerin özel hayatının boşanma dosyasına girmesine ve kişilik hakkının ihlaline de sebep olabilmektedir.

Kusura dayanan boşanma sisteminin belirtilen olumsuz etkileri de dikkate alınarak Türk boşanma sistemine ilişkin olarak aşağıda belirtilen değişiklik önerileri geliştirilmiştir.

2. 1 Kusurdan Arındırılmış Bir Boşanma Sistemi

Kusura dayalı boşanma sisteminin belirtilen sakıncaları göz önünde bulundurularak bu sisteminin terk edilmesi gerektiği, mevcut boşanma sisteminde revizyon yapılarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan anlaşmalı boşanmayı ve fiili ayrılığa dayanan boşanmayı teşvik edecek bir sistemin oluşturulması yönünde çözüm önerilmektedir.⁵ Revizyonun temel amacı, boşanma ve sonuçları bakımından eşleri anlaşmaya teşvik etmek olmalıdır.

Boşanmada kusur ilkesini terk eden ülke hukuklarında, bu ilkenin yerine evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan boşanma ve anlaşmalı boşanma kabul edilmektedir.⁶ Evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan boşanma sisteminin temel amacı, devamında korunmaya değer bir menfaat bulunmayan bir evliliğin eşlerden birinin talebiyle sona erdirilmesini mümkün kılmaktır. Boşanmaya sebep olan olaylarda tarafların kusurunun bulunup bulunmadığı boşanmada belirleyici unsur olmamalıdır. Boşanmada temel kriter, evliliğin devamının eşlerden biri açısından objektif olarak çekilmez hâle gelmesi ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olmasıdır. Bu nedenle boşanmayı talep eden eşin kusurlu olmasının boşanma davasının kabul edilmesinde bir etkisi olmamalıdır.

Mevcut yasal düzenlemede evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanan boşanma sebebinde dahi kusur unsuruna yer verildiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin ikinci fıkrasında davalı tarafa, boşanmayı talep eden eşin kusurunun daha ağır olduğunu ileri sürerek boşanmayı engellemek imkânı tanınmıştır.⁷

5 Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı hallerde özellikle küçük yaştaki çocukların üstün menfaatleri açısından gerekli olması halinde boşanmaya karar verilemeyeceğine ilişkin bir istisnaya yer verilebilir.

6 Almanya, İsviçre, Hollanda, İspanya gibi ülke hukuklarında kusura dayanan boşanma sistemi terk edilmiştir. Bazı ülke hukuklarında ise, tek taraflı boşanma olarak ifade edilen ve boşanmayı bir hak olarak kabul eden sistem benimsenmektedir. Buna göre bir tarafın devam ettirmek istemediği evlilik birliğinden ayrılmaktaki menfaati, diğer tarafın evlilik birliğini devam ettirmek istemekteki menfaatinin üstün tutulmaktadır. Bu sistem İsveç ve Finlandiya hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir (Kaya Kızılırmak, Cansu, Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, İstanbul, 2021, s. 26).

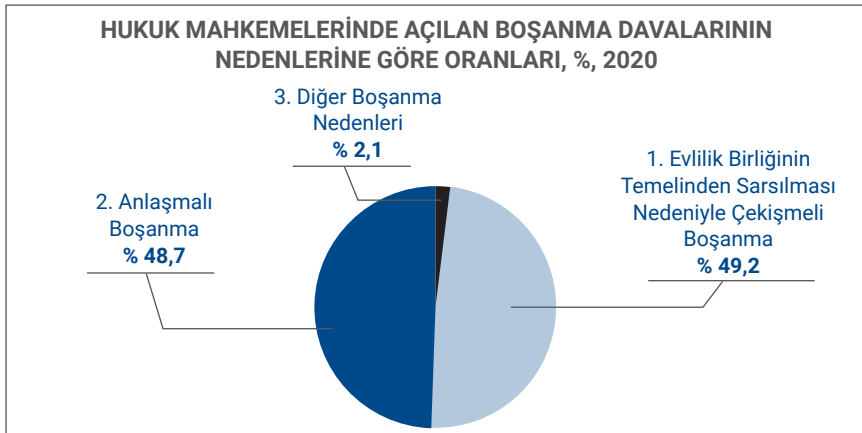
7 Yargıtay da tam kusurlu eşin evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı iddiasıyla dava açması halinde, kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel ilkeye (TMK m. 2) aykırı olacağı gerekçesiyle boşanma kararı elde etmesine olanak tanımamaktadır (YHGK, 17. 06. 2020 T. , 2207 E. , 435 K.).

Kusurdan arındırılmış bir boşanma sisteminde boşanma sebepleri ve boşanmanın mali sonuçları kusurdan bağımsızlaştırılmalıdır. Boşanmanın mali sonuçlarından nafakada esas olan eşin evlilik birliği sona erdiğinde kendi geçimini kendisinin sağlaması olmalıdır. Ancak eşin kendi geçimini sağlamasını beklemek hakkaniyete aykırı ise o takdirde evlilik sonrası katkı gündeme gelmelidir. Boşanmanın mali sonuçları, eşler arasında dengeli olmalı ve evlilik sırasında ev işleri ve çocuk bakımını üstlendiği için evlilik sona erdiğinde kendi geçimini sağlamak üzere çalışma hayatına başlayamayacak olan başka da bir geliri olmayan eş aleyhine olmamalıdır.

Uzun süren boşanma davalarında zamanla büyüyen çekişme şiddet uygulamalarını arttırır. Boşanma ne kadar isteğe bağlı ve ayrı yaşamaya bağlanan sonuçlar olarak görülmeye başlanırsa, kusur isnadının mahkeme eliyle yapılmamasının dolaylı etkisi olarak toplumsal sorun olan şiddetin o kadar azalacağı öngörülmektedir. Kusura dayalı boşanma sisteminde boşanma yargılamasının uzun sürmesinin, ev içi şiddet mağduru bakımından boşanma davası açma konusunda caydırıcı etki yarattığı söylenebilir.

2. 2 Tam Anlaşmalı Boşanmanın Teşvik Edilmesi–Kısmi Anlaşmalı Boşanmanın Düzenlenmesi

Boşanma yargılamasında etkililiğin artırılması yönünde ileri sürülen bir diğer öneri anlaşmalı boşanmanın daha ayrıntılı olarak düzenlenmesi yönündedir. Evliliğin anlaşmayla sağlanan bir birlik olduğundan hareketle sona erdirilmesinde de anlaşmaya imkân veren anlaşmalı boşanmayı teşvik eden bir sistem getirilmelidir. İstatistiklere bakıldığında boşanmaların yaklaşık %50 si anlaşmalı boşanmaya dayanmaktadır.



* Grafikte yer alan bilgiler Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün Adli İstatistikler 2020 çalışmasından alınmıştır.

Kusura dayalı bir boşanma sisteminde dahi, taraflar kanunda düzenlenmiş olan anlaşmalı boşanmayı tercih ediyorsa o hâlde anlaşmalı boşanma bakımından daha ayrıntılı ve teşvik edici düzenleme yapılmalıdır. Bu kapsamda mevzuatta değişiklik yapılması önerilen hususlar:

- a- Anlaşmalı boşanmada taraflar arasında yapılacak anlaşmanın içeriği ve unsurları ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.
- b- Başvurunun nasıl yapılacağı, tarafların birlikte veya ayrı ayrı, bir kez ya da birden fazla dinlenebileceğine ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmalıdır. Ayrıca müşterek çocuğun varlığı hâlinde çocuğun durumuna ilişkin anlaşmanın uygunluğunun denetlenebilmesi için çocuğun dinlenmesi hakkında özel düzenlemeye yer verilmelidir.
- c- Tarafların boşanma ve velayet konusunda anlaşıp boşanmanın mali sonuçları hakkında anlaşamamaları hâlinde yargılamaya devam edilip edilemeyeceği, edilecekse nasıl bir yol izleneceği hususu düzenlenmelidir.
- d- Anlaşmalı boşanmada mahkeme kararına karşı kanun yoluna hangi sebeple başvurabileceği düzenlenmelidir. Bu noktada sınırlayıcı bir düzenleme yapılarak sadece irade sakatlığı hâlinde anlaşmalı boşanma kararına karşı kanun yoluna başvurabileceği öngörülebilir.
- e- Kanun yoluna başvuruda bir sınırlama olup olmayacağı konusunda kanunda bir düzenleme yapılmalıdır. Çünkü taraflar her ne kadar ilk derece yargılamasında anlaşmış olsalar da, temyiz aşamasında bile anlaşmalı boşanmadan vazgeçebilmektedir. Bu ana kadar yürüyen süreç akamete uğrayabilmektedir. Eğer mümkünse anlaşmalı boşanma kararına karşı kanun yoluna başvurunun istinaf kanun yoluyla sınırlandırılması önerilmektedir.

Mevcut yasal düzenlemede anlaşmalı olarak boşanmaya hükmedilebilmesi için boşanma ve boşanmanın fer'ileri konusunda tam anlaşmanın sağlanması gerekmektedir. Anlaşmalı boşanmanın teşvik edilmesine yönelik olarak, boşanmanın sonuçları hakkında tam anlaşma sağlanamaması hâlinde, hâkimin anlaşmalı tamamlayarak boşanmaya karar vermesine olanak tanıyan kısmi anlaşmalı boşanma yoluna da mevzuatta yer verilmesi önerilmektedir. Kısmi anlaşmalı boşanma yönteminde taraflar, boşanma konusunda anlaşıyor ancak boşanmanın fer'i sonuçları (tamamı veya bir kısmı) konusunda anlaşmıyor olsalar bile boşanma imkânına sahip olmaktadır. Eşler boşanma konusunda anlaşmış ise boşanma bakımından yargılama sonlandırılıyorken, hâkim; nafaka, tazminatlar, mal rejimine ilişkin uyumsuzluklar bakımından yargılamaya devam etmektedir. Burada farklı sistemler

benimsenebilir. Örneğin sadece boşanma konusunda anlaşma yeterli olabilir ya da özellikle çocukların koruması bakımından boşanmanın yanı sıra velayet ve kişisel ilişki tesisi konusunda da anlaşma şartı aranabilir.

Kısmi anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükmün kapsamına ilişkin şöyle bir öneride bulunulabilir;

“Birlikte boşanmayı talep eden eşler, boşanmayla birlikte müşterek çocuğun velayeti, kişisel ilişki tesisi ve çocuğa ödenecek nafaka konularında hâkimin uygun bulacağı bir anlaşmaya varmış olmaları koşuluyla boşanmanın sonuçları hakkında anlaşmaya varamadıkları hususların hâkim tarafından düzenlenmesini talep edebilirler. Eşler hâkim tarafından düzenlenen hususlarda anlaşmış kabul edilir.

Kısmi anlaşma olması hâlinde anlaşmaya varılan hususlarda yargılama sonlandırılırken mahkeme sadece taleplerle sınırlı olarak yargılamaya devam eder ve karar verir.”

Anlaşmalı boşanmanın kabulünde Türk kanununda olduğu gibi evliliğin bir yıl devam etmesi şartının varlığının aranıp aranmaması tartışmalıdır. Bazı hâllerde anlaşmalı olarak boşanmaya karar veren eşler, bir yıllık bekleme süresi içerisinde yaşanan bir takım olaylar neticesinde çekişmeli boşanma yoluna başvurmaktadır.

Boşanmaya karar veren eşler bakımından somut olayın koşullarından bağımsız, tarafların anlaşmalı boşanma yoluna başvurmalarını süre koşuluyla sınırlayan bir düzenleme yerine, İsviçre’de olduğu gibi hâkimin eşleri birlikte ve/veya ayrı ayrı ve birden fazla kez dinleyebileceğini açıkça öngören bir düzenlemeye yer verilmesi önerilmektedir. Böylece hakimin, eşlerin boşanma ve sonuçları hakkında etraflıca düşünerek, boşanma yönündeki iradelerini serbestçe açıkladıklarını tespit edebilmesi de daha mümkün hale gelecektir. Burada boşanma anlaşması mahkemeye ibraz edildikten sonra hâkimin gerekli görmesi hâlinde, taraflara düşünmeleri için iki aylık süre verebileceği düzenlenebilir.

2. 3 Boşanma Davasıyla Birlikte İleri Sürülen Boşanmanın Fer’ilerine Yönelik Taleplerle İlgili Olarak Taraflar Arasında Yaşanan Anlaşmazlıkların Yargılama Süresine Etkisi

Türk hukukunda mevcut durum değerlendirildiğinde, boşanma davasıyla birlikte ileri sürülen boşanmanın fer’ilerine yönelik talepler ile ilgili olarak taraflar arasında anlaşmazlıklar yaşandığı ve bu nedenle yargılamaların uzadığı tespit edilmektedir. Yargılamanın hızlanmasını ve uzun süren bo-

şanma sürecinin taraflar üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılmasını sağlamak amacıyla boşanma ile velayet, kişisel ilişki kurulması istemi ve maddi sonuçlara (ör. nafaka ve tazminat) ilişkin talepleri ayrı davayla ileri sürme zorunluluğu getirilmesi ve boşanma davalarına ilişkin yargılama usulünün basit yargılama usulü olarak düzenlenmesi gerektiği önerilmektedir.

Nafakanın önceden belirlenmiş parametrelere uygun olarak verilmesi yoluyla geçim maliyetindeki muhtemel değişiklikler aile mahkemelerinin kararlarına dahil edilirse, aile mahkemelerinin etkinliği artacaktır. Mevcut durumda aile mahkemeleri yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmetmekte, bu da tarafları geçim maliyetlerinde değişiklik olması durumunda nafaka miktarının artırılması veya azaltılması için mahkemeye başvurmak durumunda bırakmaktadır. Bu kapsamda aile mahkemesi hâkimleri tarafından kararlarında değerlendirilmek üzere nafaka artış oranıyla ilgili hüküm fıkralarının kabul edilmesi yoluyla Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinde bazı değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Nafakanın veya evlilik sonrası katkı⁸ kavramının koşulları, uygulamada ortaya çıkan sorunlara çözüm getirecek şekilde belirlenmelidir. Evlilik sonrası nafakanın esası, hakkaniyet ilkesi doğrultusunda boşanan eşin kendi geçimini sağlayamayacak olmasına dayanmalıdır.

Nafakanın miktarının ve nafaka ödenme süresinin takdiri konusunda hakkaniyete uygun örnek kabilinden bir takım kriterlerin kanunla belirlenmesi suretiyle uygulama farklılığının giderilmesi sağlanmalıdır. Bu kriterler arasında özellikle; evliliğin süresi, evlilik sırasındaki yaşam standardı, eşlerin yaşları ve sağlık durumları, eşlerin malvarlığı ve gelir durumları, sosyal güvenlik statüleri, eşlerin eğitim durumları, mesleki eğitimleri ve kariyer beklentileri ile iş yaşamına yeniden girebilmeleri ihtimali gibi unsurlara yer verilmelidir.

Diğer taraftan kusur esasından vazgeçildiği bir boşanma ve nafaka sisteminde nafakanın ödenmesinin hakkaniyete aykırı olduğu durumlarda, özellikle nafaka alacaklısının evlilik sırasında aileye destek yükümlülüğünü önemli ölçüde ihlal etmesi, yoksulluğa kendi isteğiyle düşmesi, nafaka yükümlüsüne veya yakınlarına karşı ağır suç işlemesi hâlinde nafaka talebinin reddedileceğini ya da hükmedilen nafakanın tamamen kaldırılacağını öngören hükümler tanımlama ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

8 Süresiz olarak verilen nafakanın yol açtığı sorunlar göz önüne alınarak nafaka, yoksulluk nafakası yerine evlilik sonrası katkı veya evlilik sonrası nafaka olarak adlandırılabilir.

Ayrıca Türkiye’de kadının ekonomik durumu dikkate alınarak, nafaka yükümlüsünün nafaka ödeyecek durumda olmadığına mahkeme kararı ile tespiti hâlinde kadına geçimi için gereken yardımın devlet tarafından sağlanması yönünde yapılacak bir yasal düzenlemenin önemli bir ihtiyacı karşılayacağı değerlendirilmektedir.

2. 4 Aile Mahkemelerine Özgü Özel Usul Kurallarının Düzenlenmesi

Boşanmanın toplumsal yaşamı ve insan haklarını ilgilendiren yönleri dikkate alınarak boşanma davalarında geçerli olacak basit usullere dayanan özel usul kuralları belirlenmeli ve bu kurallar tek bir kanunda toplanmalıdır. Aile hukukundan kaynaklanan davaların çoğunlukla yazılı yargılama usulüne tabi olduğu, yazılı yargılamaya tabi işlemlerin yapılmasının uzun zaman aldığı dikkate alındığında, yargılamaların daha uzun sürede sonuçlanmasından kaynaklanan hak ihlallerini ortadan kaldırmak amacıyla aile hukukuna dair uyuşmazlıkların tamamında ve bu kapsamda boşanma davalarında geçerli olan yargılama usulünün sadeleştirilmesine ve tarafların uzlaşmacı tutumlarına ağırlık veren daha basitleştirilmiş usuller altında çözüme kavuşmalarına olanak tanıyan, aile mahkemelerine özgü usul kurallarının düzenlenmesine ihtiyaç olduğu tespit edilmiştir. Boşanma davalarında tarafların en büyük şikayetleri hâkim tarafından duruşmada yerince dinlenememeleridir. Boşanma davalarında yazılı yargılama usulü uygulandığından tarafların sözlü olarak dinlenilmeleri çoğu zaman mümkün olmamaktadır.

7201 sayılı Tebligat Kanununa uygun olarak yapılmayan usulsüz tebligatlar da yargılama sürecinin uzamasına neden olan önemli sorunlardan biridir. Bu sorunun çözüme kavuşturulması amacıyla taraflar arasında tebligatın elektronik yolla yapılmasının yaygınlaştırılması son derece önemlidir. Bu konuda devlet gerekli desteği sağlamalıdır. Ayrıca, yerleşim yeri bulunmayan kişilere yapılacak ilan tebligatların gazete yerine elektronik ortamda yapılması gibi bir mevzuat değişikliği de önerilebilir.

Uygulamada boşanma davalarının uzun sürmesi nedenlerinden biri de, boşanmak istemeyen tarafın çoğu zaman yargılamayı uzatmak amacıyla tanık delili ileri sürmesidir. Bu konuda tanık dinlenmesinden mahkeme tarafından re’sen vazgeçilmesinin şartları genişletilerek; yargılamanın uzamasına neden olacak sayıda tanık bildirimünün önüne geçilmesi yönünde mevzuat değişikliğine ihtiyaç olduğu söylenebilir.

2. 5 Kusur Esası Çerçevesinde Düzenlenmiş Olan Tazminat Hükümleri

Türk Medeni Kanunu'nda evlilik birliğinin sona ermesi hâlinde talep edilebilecek tazminatlar ve nafaka bakımından ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiş olmakla birlikte uygulamada tazminat ve nafaka talepleri boşanma yargılamasının adil yargılanma hakkının ihlali boyutuna ulaşacak kadar uzamasına neden olmaktadır.

Kusur esasına dayanan boşanma sistemlerinde tazminat talepleri, kusur ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır. Kusurdan arındırılmış boşanma sisteminde manevi tazminatın boşanmanın fer'isi olmaktan çıkıp genel hükümler kapsamında ileri sürülebilecek taleplerden sayılması mümkündür.

Boşanma sonrasında talep edilecek maddi tazminatın kapsamı ve amacı göz önünde bulundurulduğunda ise maddi tazminat bakımından sadece genel hükümlere atıf yapmak boşanmada maddi tazminatla elde edilmek istenen sonuç bakımından yeterli olmayacaktır. Çünkü boşanmanın fer'i olarak maddi tazminatta gerçek bir malvarlığı zararının giderilmesi değil, boşanma yüzünden zedelenecek mevcut ve beklenen maddi menfaatlerin tazmini amaçlanmaktadır. Burada maddi tazminatın niteliği ve bu tazminatla korunmak istenen menfaatler dikkate alındığında, maddi tazminatın boşanmanın fer'isi olmaktan çıkarılması hâlinde nafaka kurumu önem arz edecek olup ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

Boşanma sisteminin kusurdan arındırılmasıyla bağlantılı olarak tazminat taleplerinin aile hukuku hükümlerinden kaldırılması hâlinde, boşanma sonrasında ekonomik açıdan zayıf durumda olan eşe maddi tazminat ile temin edilmeye çalışılan ekonomik fayda, etkin bir evlilik sonrası katkı sistemiyle sağlanabilecektir. Evlilik sonrası katkının süresi ve miktarı hakkında hâkime yol gösterici olan ve uygulamada yeknesaklığı sağlayacak objektif kriterlere kapsamlı bir şekilde kanunda yer verilmesi gerekmektedir.

Boşanma davasında hâkimden, eşlerin karşılıklı kusur durumunu tespit ederek ve bunları kıyaslayarak tazminat talep eden tarafın talepte bulunmaya hakkının olup olmadığına karar vermesi beklenmektedir. Kusur odaklı bir sistemde boşanma davasında eşlerin karşılıklı olarak ileri sürdükleri suçlayıcı iddialar, hâkim tarafından değerlendirilmekte ve ispat edildiğine kanaat getirilen vakıalar esas alınarak tazminata hükmedilmektedir.⁹

9 Kaya Kızılırmak, s. 80.

Maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesi yönünden kesin ve somut kriterler bulunmadığından tespit edilen miktarlar takdire dayalı tahmini miktarlardır. Bu nedenle birçok boşanma davasında mahkemece verilen kararlar Yargıtay tarafından sırf maddi ve manevi tazminatın miktarından dolayı bozulmakta ve bu durum boşanma davalarının uzaması sonucunu doğurmaktadır. Uygulamada yeknesaklığın sağlanması bakımından tazminatın belirlenmesinde doktrin ve uygulama tarafından temel alınan bir takım kural ve kriterlere yer verilmelidir.

2. 6 Sulhe Teşvik Kurumunun Etkinleştirilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ön inceleme aşamasında sulhe teşvike ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Ayrıca Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde de sulhe teşvike ilişkin düzenlemeye rastlanmaktadır. Ancak özellikle boşanma yargılamaları bakımından bu düzenleme çok sınırlı ve genel olduğundan sulh kurumu uygulamada etkin bir şekilde işletilememektedir. Sulh müessesesinin boşanma yargılamasında etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması, uyuşmazlık çözüm süresinin kısalmasına ve buna bağlı olarak maliyetlerin azalmasına katkı sağlayacak ve olumsuz etkileri azaltacaktır.

Boşanma yargılamasında sulhe teşvik kurumunu etkin hâle getirmek için; sulh teşebbüsünün zamanı, görüşmelerin kim tarafından nasıl yürütüleceği, gizlilik vs. konularında ayrıntılı düzenleme yapılmalıdır.

Bu süreci yargılamanın hangi safhasına yerleştirmek gerekir diye düşünüldüğünde henüz davanın başında, ön inceleme aşamasından önce hâkim nezdinde bir "uzlaştırma oturumunun" dahil edilmesi yerinde görünmektedir. Tarafların dilekçeler aşamasını tamamlayıp bir anlamda eteklerindeki taşları döktükten sonra sulh olmaları, bir anlaşma zemininde müzakere yürütmeleri daha zor ve etkisi daha az olacaktır.

Burada tarafların anlaşamaması yani anlaşmalı boşanma imkânı doğmaması hâlinde çekişmeli olarak boşanmaya devam edileceğinden, bu görüşmelerin aynı mahkemede yürütülmemesi gerekir. Burada müzakere sürecinin gizli kalması gerekir. Dolayısıyla bu aşamanın başka bir aile mahkemesinde yürütülmesi daha yerinde olacaktır.

BOŞANMA YARGILAMASINDA ETKİLİLİĞE İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

- Kusurdan arındırılmış boşanma sistemi: Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesine dayanan anlaşmalı boşanmayı ve fiili ayrılığa dayanan boşanmayı teşvik edecek bir sistemin oluşturulması.
- Tam anlaşmalı boşanmayı teşvik edecek ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi. Ayrıca tarafların boşanma konusunda anlaşmaya varmaları hâlinde boşanma açısından yargılamayı sona erdirip boşanmanın fer'i sonuçları konusunda yargılamaya devam edilmesini olanaklı hâle getiren kısmi anlaşmalı boşanmanın düzenlenmesi.
- Boşanma ve velayet, kişisel ilişki tesisi ile nafaka ve tazminat taleplerinin ayrı davayla ileri sürülmesi zorunluluğunun getirilmesi.
- Aile hukukuna dair uyuşmazlıkların tamamında ve bu kapsamda boşanma davalarında geçerli olan yargılama usulünün sadeleştirilmesine olanak tanıyan, aile mahkemelerine özgü usul kurallarının düzenlenmesi.
- Boşanma sisteminin kusurdan arındırılmasıyla bağlantılı olarak tazminat taleplerinin aile hukuku hükümlerinden kaldırılması hâlinde, boşanma sonrasında ekonomik açıdan zayıf durumda olan eşe etkin bir evlilik sonrası katkı sistemiyle ekonomik fayda sağlanması.
- Evlilik sonrası katkının süresi ve miktarı hakkında hâkime yol gösterici olan objektif kriterlerin kanunda belirlenmesi
- Boşanma yargılamasında sulhe teşvik kurumunu etkin hâle getirmek için, sulh teşebbüsünün zamanı, görüşmelerin kim tarafından nasıl yürütüleceği, gizlilik vs. konularında ayrıntılı düzenleme yapılması.

3. Aile Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda AUÇ Mekanizmaları

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, bizim hukukumuz bakımından esasında aile arabuluculuğu konusunda mevcut yegane yasal düzenlemedir. Ne var ki esasen arabuluculuğa en elverişli alanlardan birisi olarak kabul edilmesi gereken aile hukuku uyuşmazlıkları bakımından 6325 sayılı Kanunun uygulanabilirliği, oldukça sınırlıdır. Kanun, birinci maddesinde, kendi uygulama alanını "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları" olarak belirlemiştir. Ayrıca anılan Kanun'un 1. maddesinde "... aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir." hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm, aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklarda ihtiyari arabuluculuğu dahi yasaklamaktadır. Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk müessesesinin uygulanabilir hâle gelebilmesi için öncelikle Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin "... aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar, zorunlu arabuluculuğa elverişli değildir." şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.¹⁰

10 Hükme ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda arabuluculuk sırasında yapılan müzakerelerin tarafların eşitliği ilkesine dayandığı, arabuluculuğun tarafların kendilerini güvende hissedebilecekleri bir ortamda gerçekleştirilmesi gerektiği, oysa aile içi şiddet olaylarının varlığı halinde taraflardan birinin

Her ne kadar şiddet temelli vakalar arabuluculuğun dışında tutulmuş olsa da şiddetin çok çeşitli şekillerde gerçekleşebileceği düşünüldüğünde şiddetin varlığının tespitinin ne kadar önemli olduğu ve bu konuda özel bir bilgi birikiminin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Arabulucu, geçmişte tarafların durumunu etkileyecek biçimde bir şiddet olayı yaşanıp yaşanmadığı veya gelecekte yaşanma ihtimali olup olmadığı konusuna özellikle dikkat etmeli ve bu koşullarda arabuluculuğun uygun olup olmadığını değerlendirmelidir.

Aile kurumunun önemi ve özel oluşu, çocuk ve kadın haklarının ayrıca korunması gerektiğinden hareketle aile arabuluculuğu ile ilgili ayrı bir kanun hazırlanması düşünülebilir. Burada alternatif olarak ayrı bir kanuni düzenleme yerine mevcut Kanunda aile arabuluculuğu için ayrı bir bölümün düzenlenmesi de düşünülebilir. Aile arabuluculuğuna ilişkin yasal düzenlemede, özellikle aile hukukuna ilişkin hangi konuların arabuluculuk kapsamında yer alacağı açıkça belirtilmelidir. Şiddetin varlığının tespiti için her vakada ayrıca inceleme yapacak bir kişinin sürece dahil edilmesinin zorunlu olup olmadığına da karar vermek gerekir.

3. 1 6325 Sayılı Arabuluculuk Kanunu Bakımından Aile Arabuluculuğuna Elverişlilik

Aile hukuku uyuşmazlıklarını; “evlilikten önce henüz evlenme vaadiyle başlayan”, “evlilik devam ederken” veya “evliliğin sona ermesi ile sona erdikten sonrasını kapsayan” süreçlere göre sınıflandırabiliriz.

Arabuluculuk Kanunu’nun 1. maddesine göre, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişlidir. Buna göre, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarında” arabuluculuğa başvurulması mümkündür. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurulamaz. Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların bazıları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlere dahildir. Bunlardan bazıları:

- a. Nişanın bozulması sonucunda hediyelerin iadesi ve maddi/manevi tazminat istemleri,

diğerini tahdit etmesi veya benzeri sebeplerin varlığı halinde tarafların kendilerini güvende hissedemeyecekleri ve eşitliğin bozulabileceği, bu itibarla söz konusu uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı ifade edilmiştir.

- b. Mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan talepler (katılma alacağı, katkı payı alacağı, değer artış payı alacağına ilişkin talepler)
- c. Boşanma kesinleştikten sonra bağımsız bir davayla talep edilen evliliğin maddi/manevi tazminat, eşler arasındaki nafaka talepleri, ziynet eşyası alacağı gibi mali konular.
- d. Yardım nafakası talepleri.

Buna karşılık boşanma ve ayrılığın çocuklara ilişkin sonuçları: velayet, çocukla kişisel ilişki tesisi ve iştirak nafakası konuları 6325 sayılı Kanun kapsamında arabuluculuğa elverişli değildir.

Türk hukukunda boşanma ve fer'i sonuçları bakımından tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerle sınırlı olarak arabuluculuk kurumuna başvurulması mümkün olmakla birlikte, özellikle çocuğun üstün menfaatinin korunması bakımından arabuluculuk sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıkları sona erdirmek amacıyla değil, aynı zamanda taraflar arasında iletişimin tekrar kurulabilmesi, tarafların ebeveyn olarak ilişkilerini devam ettirebilmeleri amacıyla yönelik bir araç olarak da kullanılabilir. Bu kapsamda çocuğun menfaatinin ilgilendiren velayet, kişisel ilişki tesisi, nafaka gibi konular tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular olmamakla birlikte, taraflar arasında iletişimin sürdürülmesini ve tarafların işbirliği içinde davranmalarını sağlamak ve böylece boşanma sürecinden çocuğun olabildiğince az etkilenmesine yardımcı olmak üzere arabuluculuk yönteminden yararlanılmasının mümkün olup olmayacağı da değerlendirilmelidir.

Bu konuda tartışılması gereken bir diğer husus, aile arabuluculuğunda mahkeme bağlantılı/mahkeme içi/mahkeme dışı arabuluculuk sistemlerinden hangisinin benimseneceğidir. Özellikle boşanma ve velayet/kişisel ilişki tesisinin de aile arabuluculuğu kapsamına alınmasının ancak tarafların arabuluculuk süreci sonunda vardıkları anlaşmanın hâkimin denetiminden geçirilerek bir mahkeme kararı hâline gelmesiyle mümkün olabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle aile arabuluculuğunda mahkeme temelli arabuluculuğun daha uygun olduğu kabul edilmektedir.

Bir diğer husus, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı olarak öngörülebilir mi?

Öncelikle belirtmek gerekir ki zorunluluk farklı şekilde öngörülebilir:

- Dava açma şartı olarak düzenlenebilir.

- İlk arabuluculuk oturumu/arabuluculuk bilgilendirme toplantısına katılım zorunlu olabilir.
- Hâkime, gerekli gördüğünde tarafları aile arabulucusuna gitmeye zorlama yetkisi verilebilir.
- Hâkim tarafları arabuluculuğa sadece teşvik etmekle yetkili kılınabilir.

Mevcut durumda 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu kapsamına girmeyen aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda davacı dilekçesini sunduktan sonra ancak ön inceleme aşamasına geçilmeden özellikle dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden hâkimin tarafları arabuluculuk bilgilendirme toplantısına teşvik etmesi düzenlenebilir. Tarafları arabuluculuğa yönlendirecek olan hâkim, ilgili davanın arabuluculuğa elverişli olduğundan emin olmalıdır.

Arabuluculuğa teşvik dava dilekçesinin kaydedilmesinden dava sonuçlanıncaya kadar yargılamanın her aşamasında yapılmalıdır. Ancak en uygun zaman ön incelemede ve hatta dava açıldıktan sonra fakat dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden önce gündeme gelmesidir.

3. 2 Aile Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tarafları Arabuluculuğa Teşvik Etmek ve Farkındalığı Artırmak

Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğu teşvik etmek ve aile arabuluculuğunun avantajlarıyla ilgili farkındalığı artırmak için tarafların arabuluculuk bilgilendirme toplantısına katılımı düzenlenmelidir. Bu toplantı dava dilekçesi mahkemeye ulaştıktan hemen sonra, belirlenecek bir günde yapılmalıdır. Zira dava açıldıktan sonra ancak ön inceleme aşaması henüz başlamadan, özellikle dilekçelerin karşılıklı verilmesinden önce sürecin en başında tarafların bir anlaşma zemininde müzakerelerini yürüterek boşanma sürecini tamamlayabilecekleri bir yolun olduğu konusunda bilgi sahibi olmaları, arabuluculuğa başvurma konusunda teşvik edici olabilir.

Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde yapılacak değişiklikte arabuluculuğa tekrar vurgu yapılabilir. Söz konusu değişiklik şu şekilde tanımlanabilir: "Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh veya arabuluculuk yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı veya arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir. "

AVRUPA STANDARTLARI, ULUSLARARASI STANDARTLAR VE EN İYİ UYGULAMALAR

1. Uluslararası Aile Arbuluculuğu Kaynakları

Maria Oliveira, Avrupa Konseyi Uluslararası Proje Danışmanı

1.1 Uluslararası Sözleşmeler

Türkiye, iç hukukta doğrudan uygulanabilir olması gereken ve yansıtılması gereken arbuluculuk ilkeleri ve aile hukukuna ilişkin spesifik hükümler içeren uluslararası sözleşmelere taraftır.

Ebeveynlerin ve diğer ilgili tarafların çocuklarla ilgili yargılamalara katılma ve görüşlerini beyan etme haklarını bildiren "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi" (20. 11. 1989)¹¹ bunlardan biridir.

Ayrıca, "Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi" (1996 tarihli Strazburg Sözleşmesi) çocukları etkileyen uyuşmazlıklarla ilgili arbuluculuğun kullanılmasını ve mümkün olduğunca yargı mercii nezdinde gerçekleşen yargılamalardan kaçınmayı teşvik eder.¹²

11 <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> [20/09/2021'de erişilmiştir.]
Madde 9 - 1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yönünde karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasının, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alır. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmâl edilmesidirurmlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

2. İşbu maddenin 1. fıkrası gereği tüm ilgili taraflara yargılamalara katılma ve görüşlerini belirtme olanağı tanınır.

12 <http://www.worldlii.org/int/other/COETS/1996/1.html> [20/09/2021'de erişilmiştir.]
Madde 13 – Arbuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümünde diğer konular

Son olarak, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde” (15. 05. 2003) arabuluculuğu teşvik etmeye yönelik gerekli tedbirlerin alınması gerektiği ve yargı makamlarının çocukla aile bağı olan ebeveynler ve diğer kişileri özellikle aile arabuluculuğu yoluyla kişisel ilişkiye dair dostane çözümlere varılması yönünde teşvik etmesi gerektiği belirtilir.¹³

1. 2 Sınır Ötesi Aile Arabuluculuğu

Türkiye aynı zamanda “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesine” (25. 10. 1980) ve yargı yetkisi, ilgili mevzuat, velayet sorumluluğunun icrası ve bu konuda işbirliği konularını kapsayan 19 Ekim 1996 tarihli Lahey Sözleşmesine” de taraf olmuştur.

Sözleşmenin amacı çocuğun yüksek yararının korunması olduğu için ebeveynler arasındaki sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıkların dostane çözüm yoluyla sonuçlandırılması önerilmektedir. Çocuk ve ebeveynleri arasında sürdürülen sağlıklı ve etkin iletişim yoluyla bu amaca ulaşılabilir. Bu sebeple, uyuşmazlıklarını alternatif çözüm yöntemleriyle çözen ebeveynler, çocuk ve ebeveynleri arasındaki sağlıklı iletişimin temelini oluşturmaktadır.

Bu araçlar, mevcut araştırmanın kapsamını genişleten sınır ötesi aile arabuluculuğu konusuyla ilgilidir.¹⁴

1. 3 Avrupa Konseyi ve CEPEJ Araçları ve Standartları

Avrupa Konseyi (AK) aile arabuluculuğuyla ilgili “bağlayıcı olmayan (yumuşak) hukuk” araçlarını ve özellikle iki Tavsiye Kararı kabul etmiştir:

Anlaşmazlıkların önüne geçmek veya çözmek, adli bir merci önünde çocukları ilgilendiren davaları önlemek için Taraflar, arabuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümüne yönelik diğer tüm yöntemlerin uygulanmasını

13 <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680082fc6> [20/09/2021’de erişilmiştir.]

Madde 7 – Kişisel ilişkilerle ilgili uyuşmazlıkların çözümü

Kişisel ilişkilerle ilgili uyuşmazlıkların çözümünde, adli makamlar tüm uygun tedbirleri alacaktır: (...) b Ana ve baba ile çocukla aile bağları olan diğer şahısları kişisel ilişki kurulması konusunda, özellikle uyuşmazlığın çözümü için aile arabuluculuğu ve diğer yöntemlere başvurmak suretiyle dostane çözüme ulaşmaları için teşvik etmek;

14 Bununla birlikte, “Uluslararası çocuk kaçırmanın hukuki veçhelerine dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında iyi uygulamalar kılavuzu- Arabuluculuk (2012)” arabuluculukla ilgili önemli bilgiler içerir. Sözleşmenin Türkçe versiyonu “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında İyi Uygulama Kılavuzu – Arabuluculuk” aşağıdaki, adreste mevcuttur.

<https://assets.hcch.net/docs/d4ba9f2c-1249-417a-a8c8-8121366601ba.pdf> [20/09/2021’de erişilmiştir.]

Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Aile Arabuluculuğu Hakkında Verdiği Tavsiye Karar No R (98) 1 (21. 01. 1998)¹⁵

Aile arabuluculuğu hakkında Tavsiye Karar No. R (98) 1, aile uyuşmazlıklarını çözmek ve mahkemede dava açılmasının önüne geçmek için üye devletlerin hükümetlerine arabuluculuk sürecini getirme veya destekleme yönünde tavsiyede bulunur.

Tavsiye Karar Madde 1 uyarınca, iç hukukta belirtildiği üzere kan bağı veya evlilik bağı ile bağlı ve/veya velayet veya çocuk bakımı konularında sorumluluğu olan aile fertleri arasındaki tüm uyuşmazlıklarda aile arabuluculuğu uygulanabilir.

Bu tanıma göre prensip olarak aile uyuşmazlığının söz konusu olduğu davalar, elverişliliğe ilişkin olumsuz yönde göstergeler olmadığı sürece ve her iki tarafın da arabuluculuğu kabul etmesi halinde muhtemel olarak arabuluculuğa elverişli davalardır.

Avrupa Konseyi Parlamenter Asamblesi Aile Arabuluculuğu ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine İlişkin Tavsiye Kararı 1639 (2003)¹⁶

Tavsiye Kararı 1639 (2003) AK üye ve gözlemci devletlere, Tavsiye Kararı No R (98) 1'de belirtildiği üzere aile arabuluculuğunun desteklenmesi ve kullanımına ilişkin ilkeleri uygulama ve arabuluculuğa tabi taraflar arasında hem teoride hem de uygulamada eşit güç dengesinin varlığını ve aile arabuluculuğunun adli yardım sistemine dahil edilmesini temin etmek amacıyla bir dizi tedbir getirmeleri veya güçlendirmeleri çağrısında bulunur.

Uygulamaya yönelik CEPEJ araçları

CEPEJ, Üye Devletlerin arabuluculuğu uygulamalarına yardımcı olmak amacıyla uygulanabilir olan veya aile arabuluculuğuna uyarlanan uygulamaya yönelik araçları hayata geçirmiştir. Aşağıda kısaca tanımlanan bu araçlar, mevcut Projede yönlendirme ve uyumlaştırılmış sonuçlar sağlama açısından özellikle önemlidir.

- "Aile arabuluculuğu ve hukuki konularda arabuluculuk hakkında mevcut Tavsiye Kararının daha iyi uygulanmasına yönelik kılavuz ilkeler CEPEJ (2007)14"¹⁷

15 <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1153972&SecMode=1&DocId=450792&Usage=2> [20/09/2021'de erişilmiştir.]

16 <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17171> [20/09/2021'de erişilmiştir.]

17 <https://rm.coe.int/16807475b6> [Accessed 20/09/2021].

Özel hukuk ve aileyle ilgili konularda arabuluculuğun kaydettiği ilerleme konusunda üye devletler arasında önemli farklılıklar olduğunu kabul ederek ve gelişimi önleyen engeller tanımlandıktan sonra, bu Kılavuz İlkeler üye devletlerin aile arabuluculuğuyla ilgili yukarıda bahsi geçen tavsiye kararı uygulamalarına yardımcı olmak üzere kabul edilmiştir (Hukuki konularda arabuluculuğa ilişkin Tavsiye Kararın (2002) 10 yanı sıra).

Üç faktör belirlenmiştir:

- Elverişlilik, arabuluculuk hizmetlerinin kullanım kolaylığını eşit oranda artırmak için mümkün olduğunca geniş bir coğrafi alanda uygulanabilir arabuluculuk planları kurmak ve desteklemek üzere tedbirlerin alınmasını ifade eder.
- Erişilebilirlik, bir taraftan arabuluculuk maliyetinin kullanıcılar için makul olması gerekirken diğer yandan üye devletlerin sınırlama şartlarının askıya alınmasına ilişkin hükümleri uygulamasını ifade eder.
- Farkındalık; yargı mensupları, avukatlar, mahkeme sistemi kullanıcıları ve kamuoyundaki farkındalık eksikliğinin giderilmesine yönelik tedbirlerin uygulanmasını ifade eder.

“Kılavuz İlkelerde” arabulucuların eğitiminin özellikle aile arabuluculuğuyla ilgili, çocuğun yüksek yararına hizmet etmesi açısından ortak değerlendirme kriterlerinin veya gizlilik ilkesinin sınırlarının tanımı olmak üzere konunun özelliklerini kapsama gerektiği belirtilir.

► “Arabuluculuk Geliştirme Kiti”¹⁸

Yakın zamanda, 2018’den 2019’a kadar olan dönemde, CEPEJ “üye devletlerin ve arabuluculuk paydaşlarının özel ihtiyaçlarına ve durumlarına göre uyarlayabileceği bir çerçeve sunmayı amaçlayan dinamik bir dizi araçtan” oluşan “Arabuluculuk Geliştirme Kitini” onaylamıştır.

Araçlar belirli bir alana odaklanmamakla birlikte farklı ihtiyaçlar temelinde başka bir deyişle aile arabuluculuğu şartlarına göre düzenlenebilir ve uyarlanabilir.

Üç araç arabuluculara yöneliktir, bunlardan ikisi özellikle eğitimle ilgili olup üçüncüsü “Arabuluculara Yönelik Davranış Kuralları” ile ilgilidir.

Hâkimlerle ilgili olarak, “Arabuluculuğa Yönlendirme Kılavuzu” arabuluculuğa etkili yönlendirmeye ilgili net kılavuz ilkeler sunarak hâkimlere arabulu-

18 <https://rm.coe.int/mediation-development-toolkit-ensuring-implementation-of-the-cepej-gui/16808c3f52> [20/09/2021’de erişilmiştir.]

culuğa elverişlilik konusunda yardımcı olur ve tarafların sorularını yanıtlayarak ihtilaf tarafları açısından sağlayacağı fayda konusunda bilgi sunar.

Genellikle ve bazen haksız bir şekilde avukatlar arabuluculuğun gelişmesi önünde engel olarak görülmektedir. Konuyla ilgili daha kapsamlı bilgi edinildiğinde arabuluculukla ilgili daha olumlu bir yaklaşım ortaya çıkar ve bu da avukatların müvekkilleri ve dolayısıyla yargı sistemi açısından faydalı olabilir. Bu çerçevede, avukatlara odaklanan iki araç vardır: "Arabuluculuk kılavuzu" ve "Arabuluculukta avukatların müvekkillerine yardımcı olmaya yönelik eğitim programı".

Ayrıca, pilot mahkemelerin uygulanması çok düşük ölçüde de olsa farklı modelleri test etme ve değerlendirmenin ve sonunda uyuşmazlık çözümüne ilgili en elverişli, ilham verici ve uygun politikaları tasarlamının mümkün olduğu bir tür laboratuvar ortamı sağlar.

Farkındalık artırma faaliyetleri arasında çoklu girişimler bulunabilir ve "Arabuluculukla ilgili Sıkça Sorulan Sorular" listesi bunlardan biri olup mümkün olduğunca çok sayıda mahkeme kullanıcılarına ve halka ulaştırılması amaçlanan dağıtım materyallerinin hazırlanması anlamında başlangıç noktasını teşkil eder.

► "Avrupa Arabuluculukla İlgili Kanun Yapma El Kitabı"¹⁹

"Avrupa Arabuluculukla İlgili Kanun Yapma El Kitabı" mevzuatın arabuluculuk üstündeki etkililiğini artırmaya yönelik yasama reformlarına ilişkin yasal çerçevenin hazırlanmasına dair Kılavuz İlkelerden oluşur.

2. İsviçre'de Aile Arabuluculuğu

Cynthia Lévy, Avrupa Konseyi Uluslararası Proje Danışmanı

İsviçre'de aile arabuluculuğu son on yılda önemli bir ilerleme kaydetmiştir. İsviçre'de çoğu arabulucu için aile arabuluculuğu temel uygulama alanıdır ve hâkimler tarafından arabuluculuğa yönlendirilen davaların büyük bir çoğunluğu ayrılık, boşanma ve velayet gibi konularla ilgili aile davalarıdır.

İsviçre'de politikacılar ve akademik çevrenin yanı sıra yasa koyucular, yargı sistemi, avukatlar, barolar, arabulucu dernekleri, kamuoyu ve basın arabuluculuğa önemli ölçüde ilgi göstermiştir. Tüm bu aktörler yıllar içinde aile arabuluculuğunun gelişmesinde ve konuyla ilgili artan farkındalıkta bir rol oynamıştır.

¹⁹ <https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928> [20/09/2021'de erişilmiştir.]

2. 1 İsviçre’de AUÇ Süreçleri

Aşağıda ele alınacak AUÇ süreçleri arasında İsviçre’de düzenlenen ve uygulanmakta olan Uzlaştırma, Katılımcı Hukuk ve Arabuluculuk bulunmaktadır. Bu üç süreç kapsamında taraflar kendileriyle ilgili kararları kendileri verirler ve kendilerine birkarar dayatılmaz.

a. Uzlaştırma

Uzlaştırma, İsviçre Hukuku kapsamında hâkim tarafından yürütülen dostane bir süreçtir.²⁰

Uzlaştırma, yasal takibatın ilk aşamasıdır. Birkaç istisna dışında uzlaştırma zorunludur ve adliyede gerçekleşir. Uzlaştırmanın amacı, davanın hukuki yönleri ve uzlaştırmacı hâkim tarafından yapılan değerlendirme önerisi temelinde hızlı bir şekilde dostane çözüm bulmaktır.

Uzlaştırma dostane bir süreçtir zira taraflar hâkim tarafından yapılan öneriyi reddetmeye karar verebilir. Bu durumda taraflar hukuki mücadelelerine devam ederler. Uzlaştırma dostane bir süreç olsa da hukuki prosedürün bir parçası olmaya devam eder.

Bu noktada, uzlaştırmacı hâkimlerin duruşmalarda uzlaştırmacı olarak görev yapmasına yönelik özel bir eğitim programı bulunmamaktadır. Genel görüş, hâkimlerin nasıl uzlaştırma yapacaklarını bilmeleri gerektiği yönünde olup uygulama bir hâkimden diğerine önemli ölçüde değişiklik gösterir.

Hâkimlerin uzlaştırmacı rollerini yerine getirirken kendilerine kolaylık sağlayacak iletişim becerilerini geliştirebilmeleri için hâkimlere yönelik özel eğitim olmalıdır. Eğitime, çeşitli dostane çözüm süreçleri, avantajları ve sınırlarına ilişkin karşılaştırmalı bir çalışma da dahil edilmelidir. Bu durum, uzlaştırmacıyı arabulucu yapmaz ancak uzlaştırmacı ve tarafların dostane bir çözüm bulmalarına yardımcı olur.

Uzlaştırma gizlilik ilkesi çerçevesinde yürütülür ve uzlaştırmacı hâkim davada karar veren hâkim olmaz.

b. Katılımcı Hukuk

İsviçre’deki tüm AUÇ mekanizmaları arasında katılımcı hukuk, AUÇ alanındaki en yeni dostane uyuşmazlık çözüm sürecidir. Maddi hukuk kapsamında olmadığı için katılımcı uygulamadan bahsetmek daha yerinde olur ancak bu uygulama yaygın şekilde “katılımcı hukuk” olarak anılmaktadır.

20 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Md. 197-212

Katılımcı hukuk, ilk olarak ABD'de 90'lı yıllarda mesleklerini icra etmek üzere ve tarafların gereksinimleri ile daha uyumlu olan başka bir yöntem arayışında olan avukatlar tarafından ortaya konmuştur.

Katılımcı hukuk avukatlar ve müvekkilleri tarafından gerçekleştirilir. Sürecin başında taraflar ve avukatları Katılımcı Hukuk Anlaşması yapar ve bu anlaşmayla sürecin kuralları ortaya konur. Diğer AUÇ süreçleriyle arasındaki temel fark şudur; şayet katılımcı süreç tarafların çözüme ulaşmasına imkân tanımazsa, avukatlar çekilmelidir ve avukatların söz konusu davayla ilgili yargılamalarda müvekkillerini temsil etmelerine izin verilmez. Bu kural, tüm tarafların çözüme ulaşabilmesi için süreçte farklı bir dinamik ve önemli bir teşvik unsuru yaratır.

Katılımcı hukuk sürecine teknik uzmanlar, hakemler veya arabulucular gibi diğer aktörleri de davet etmek mümkündür. Bununla birlikte, bu aktörlerin müdahalesi zaman ve kapsam anlamında sınırlıdır. Katılımcı Hukuk sürecinden avukatlar sorumludur.

Katılımcı hukuk sürecinde etkin rol oynayan avukatların katılımcı hukuk avukatları olarak akreditasyon ve özel eğitim almaları gerektiği ifade edilmelidir.

Katılımcı hukuk sürecinin bir başka özelliği, tarafların ve avukatlarının uyumsuzluğun sonucunu etkileyebilecek tüm ilgili ve önemli bilgileri süreç içinde paylaşma konusunda mutabık olmasıdır. Bu çerçevede, diğer AUÇ süreçlerinde mevcut olmayan bilginin tam anlamıyla ifşa edilmesi yükümlülüğü bulunmaktadır.

Katılımcı hukuk, İsviçre hukuku kapsamında bu şekilde düzenlenmemiştir. ²¹ Katılımcı hukuk dernekleri²² ve kantonal barolarla işbirliği içinde avukatlara yönelik başlangıç eğitimleri bulunmaktadır²³.

Katılımcı hukuk, spesifik bir müzakere şeklidir ve katılımcı hukuk süreciyle sınırlı yetkileri olan katılımcı hukuk avukatları bu sürece dahildir. Avukatlar, dostane çözümün tasarlanması aşamasına aktif olarak katılır, internet tabanlı müzakere tekniklerini kullanır, hukuki tavsiye verir ve müvekkillerine sürecin her adımında eşlik eder.

Katılımcı süreç gizlilik esasına dayalıdır. Tarafların vardığı anlaşma sözleşmeye dayalı bir uzlaşmadır.

21 Belçika gibi diğer ülkelerde Katılımcı Hukuk, 18 Haziran 2018 tarihli kanunla yasalara dercedilmiştir. (Md. 1738-1747 CJ), MB. 02. 07. 2018

22 Association Romande de droit collaboratif : <https://www.droitcollaboratif.ch/>

23 Cenevre ve Vaud kantonlarında durum bu şekildedir.

c. Arabuluculuk

Yukarıda bahsedildiği ve ifade edildiği gibi arabuluculuk gönüllülük esaslı bir süreçtir ve arabulucu yardımıyla tarafların aile uyumsuzluğuna ortak kabul gören bir çözüm bulmaları sağlanır.

Arabuluculuk sürecinin adli yargılamalardan ayrılması hususunda buzdağı modeli özellikle ilgi çekicidir.

Yargılamalarda taraflar, avukatlar ve hâkimler buzdağının en tepesindeki kısım sınırlı olup davayla ilgili olgulara, uygulanabilir olan kanunlara ve avukatlar tarafından hukuki zemine oturtulduğu hâliyle tarafların konumlarına odaklanırlar. Arabuluculukla ilgili çalışırken, taraflar arabulucunun yardımıyla buzdağının tamamına odaklanma fırsatı bulabilir. Kanun dava için geçerli olduğu şekilde göz önüne alınacaktır ancak bunun yanında tarafların algıları, değerleri, kaygıları, duyguları, ihtiyaçları ve korkuları başka bir deyişle bizi insan yapan unsurlar da dikkate alınacaktır. Arabuluculukta çalışmanın kapsamını genişlettiğimizde, taraflar tüm tarafların çıkarlarını dikkate alabilecek şekilde duruma özel çözümler bulabilir.

2. 2 Arabuluculuk, Uzlaştırma ve Katılımcı Hukuk Arasındaki Farklar

Arabuluculuk ve Uzlaştırma Arasındaki Farklar

Arabuluculuk ve uzlaştırma iki farklı dostane süreçtir ve her birinin kendi özellikleri, avantajları ve sınırları vardır. Arabuluculukta kişilere odaklanılır, yargı dışı bir süreç olup sürecin kendisi yapılandırılmış olduğu için yine de resmi bir süreçtir. Çözümler, arabulucunun kim olacağını seçebilen taraflardan gelir. Arabuluculuk gönüllülük esaslı bir süreçtir.

Uzlaştırmada daha çok olgulara odaklanılır. Uzlaştırma yargı sürecinin bir parçasıdır zira adliyede hâkim tarafından icra edilir. Hâkimlere yönelik özel bir eğitim gerektirmeyen ve önceden belirlenmiş bir yapısı olmayan gayri resmi bir süreçtir. Çözüm uzlaştırmacı hâkimden veya taraflardan gelebilir. Taraflar, uzlaştırmacı seçimi yapamazlar.

Uzlaştırma, İsviçre hukuku kapsamında zorunlu bir süreçtir.

İsviçre hukuku kapsamında²⁴, taraflar uzlaştırmacının arabuluculukla ikame edilmesini talep edebilir. Arabuluculukta bir anlaşmaya varılırsa, uzlaştırmacı hâkim arabuluculuk anlaşmasını onaylar²⁵.

24 Md. 213 İsviçre HMK.

25 Md. 217 İsviçre HMK.

Katılımcı Hukuk ve Arabuluculuk Arasındaki Farklar

Katılımcı hukukta üçüncü taraf yoktur, taraflar süreçten sorumlu olan ve yetki alanları sınırlı olan avukatlarıyla çalışırlar.

Arabuluculukta üçüncü taraf vardır ve taraflar avukatlarıyla birlikte ya da onlar olmadan süreçte yer alırlar. Arabulucu süreçten sorumludur ve amaç dostane çözüm bulabilmek için iletişim yeniden tesis edilmesidir.

2. 3 İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)

İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanununda aile arabuluculuğu ve arabuluculukla ilgili bir dizi madde yer alır.

■ Md. 213. Uzlaştırmanın yerini alan arabuluculuk

1. Şayet tüm taraflar isterse, uzlaştırmanın yerini arabuluculuk alır.
2. Söz konusu talep uzlaştırma talebinde veya duruşmada dile getirilir.
3. Taraflardan birinin uzlaştırma makamını arabuluculuğun başarısız olduğu hakkında bilgilendirmesi durumunda, uzlaştırma makamı süreci devam ettirme yetkisini verir.

■ Md. 214. Yargılama sırasında arabuluculuk

1. Mahkeme herhangi bir zamanda tarafların arabuluculuğa yönelmesini tavsiye edebilir.
2. Taraflar herhangi bir zamanda arabuluculuk işlemlerini başlatmak üzere ortak bir talepte bulunabilir.
3. Talep taraflardan biri tarafından geri çekilene kadar veya arabuluculuğun sona erdiğine yönelik tebligat gelene kadar, mahkeme yargılaması askıya alınır.

■ Md. 215. Arabuluculuk sürecinin düzenlenmesi konusunda tarafların özgürlüğü

1. Taraflar arabuluculuk sürecinin düzenlenmesi ve yürütülmesinden sorumludur.

■ Md. 216. Gizlilik – Mahkemeden bağımsızlık

1. Arabuluculukta gizlilik esastır ve süreç uzlaştırma makamı ve mahkemeden bağımsız bir şekilde yürütülür.
2. Mahkeme yargılamalarında tarafların beyanları dikkate alınmayabilir.

■ Md. 217. Anlaşmanın onaylanması

1. Taraflar arabuluculukla varılan anlaşmanın onaylanmasını talep edebilir. Onaylanan anlaşma hukuki bağlayıcılığı olan karar hükmündedir.

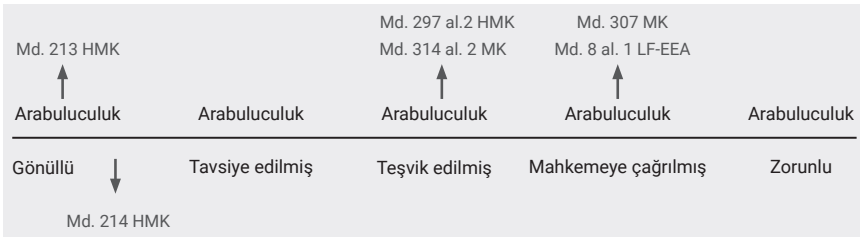
■ Md. 218. Maliyetler

1. Arabuluculuk maliyetleri taraflarca karşılanır.
2. Çocuk haklarıyla ilgili davalarda aşağıdaki koşullarda tarafların arabuluculuktan ücretsiz faydalanma hakkı vardır:
 - a. Tarafların yeterli imkânı yoktur;
 - b. Mahkeme arabuluculuğa başvurulmasını tavsiye eder.
3. Kanton hukuku ek ücretten feragat sağlayabilir.

Diğer arabuluculuk mevzuatlarıyla karşılaştırıldığında, İsviçre yasa koyucularının 2011 yılında arabuluculuğa yönelik yasal çerçeve temininde ılımlı bir yaklaşım benimsediği söylenebilir.

Ayrıca, İsviçre hukuku aile davalarında hâkimlere arabuluculukuygulamasını şekillendiren bir rol biçer. HMK madde 297 ve Medeni Kanun madde 314'ün hâkime ebeveynleri arabuluculuğa teşvik etme imkânı tanıdığını belirtmek gerekir. Spesifik olarak arabuluculuk bahsinin geçmediği Medeni Kanun Madde 307 belirli durumlarda hâkimler tarafından arabuluculuk kararı vermek için kullanılır.

İsviçre Hukuku kapsamında bu şekilde zorunlu arabuluculuk söz konusu değildir zira tarafların her zaman hâkime erişimleri vardır ancak çocukların dahil olduğu aile davalarında hâkim tarafları arabuluculuğa yönlendirme kararı verebilir.



2. 4 Arabuluculuk Uygulaması ve Aile Arabuluculuğu Alanındaki Girişimler

Hukuk Muhakemeleri Kanununa arabuluculukla ilgili maddelerin getirilmesinden buyana, arabuluculuk uygulaması önemli ölçüde değişmiştir. İsviçre’de bölgeler arasında farklar olsa bile, bugün pek çok hâkim tarafları doğrudan arabuluculuğa yönlendirmektedir.²⁶

Ayrıca, Vaud Kantonunda son yıllarda iki ilgi çekici gelişme yaşanmıştır:

a. Adliyede Arabuluculuk Ofisinin Açılması

Bu arabuluculuk ofisi yargı tarafından finanse edilmektedir²⁷. Arabulucular adliyede belirli saat dilimlerinde görev yaparak arabuluculuk ve arabulucular listesiyle ilgili bilgi sağlarlar. İstişare ücretsiz bir şekilde yapılır. Bu ofis 2017 yılında faaliyetlerine başlamış olup 2021 yılında tüm kantonal mahkemelerde yaygınlaştırılmıştır. Bu girişim, hâkimler ve arabulucular arasında aile arabuluculuğunu desteklemek için gerekli olan etkili işbirliğini beraberinde getirmiştir.

b. Cochem Modeli

Almanya’nın küçük bir şehri Cochem’de geliştirilen bu model²⁸ aile uyuşmazlıklarına yönelik yeni bir disiplinler arası yaklaşım getirir, sıkıntıda olan ailelere ayrılık ve boşanma sürecinde eşlik etmek üzere farklı uzmanların yardımını sunar ve diğer yandan çocukların refahını odak noktası olarak görmeye devam eder. İsviçre’de Cochem modeline ilişkin pek çok pilot proje bulunmaktadır.

26 Hâkimler tarafından doğrudan arabuluculuğa yönlendirilen dava sayısının resmi istatistiği henüz mevcut olmamakla birlikte arabulucular bu konuda belirli bir eğilim olduğunu fark etmiştir.

27 Arabuluculuk Ofisiyle ilgili daha fazla bilgi için lütfen bkz: <https://www.vd.ch/themes/justice/conseils-et-assistance/mediation/>

28 Ebeveynler arasındaki ihtilafların çözümünde koordine ve disiplinler arası iş birliği, Cochem mahkemesi deneyimi -Zell- Antonio José Fialho, Aile hâkimi- <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/861186/25219830/1405933498047/en-cochem-zell.pdf?token=PREfo75K546PPg0s9lkEekljfP-Y%3D>

FIRSATLAR VE ZORLUKLAR – GZFT (Güçlü Yönler, Zayıf Yönler, Fırsatlar ve Tehditler) ANALİZİ VE YOL HARİTASI

Maria Oliveira, Avrupa Konseyi Uluslararası Proje Danışmanı

1. Temel Hususlar

Bu rapor kapsamında Bölüm I aile hukukuyla ilgili mevcut mevzuata ilişkin kilit paydaşlar tarafından sunulan farklı bakış açılarını irdeler ve özellikle boşanmaya ve mahkeme yoluyla veya arabuluculuk ve hâkim tarafından uzlaştırma gibi AUÇ mekanizmaları yoluyla aile uyuşmazlığı çözümüne odaklanır. Aynı zamanda aile ve boşanmayla ilgili yasal çerçeve ve boşanmadan kaynaklanan çatışmayı azaltmak yerine besleyen, genellikle çocuklar için olumsuz sonuçları olan kusur temelli boşanma gibi aksaklıklara ilişkin ayrıntılı bir analizi ve boşanma yargılamalarının etkililiğini amaçlayan yasal çözümlere ilişkin bir öneri içerir.

Bununla birlikte, aile arabuluculuğu kullanımının taraflar, çocuklar ve genel olarak toplum için önemli ölçüde fayda sağlayacağı kabul edilse de, bir taraftan mevcut yasal engellerden kaynaklanan sorunlar ve diğer yandan özellikle kadınlar olmak üzere hassas grupların sürece yeterince güvenmesinden kaynaklanan sorunlar varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

Bu sebeple, bu hususlar da bu raporda ele alınmalıdır.

2. Boşanma Sürecinde Arabuluculukla İlgili Beklenen Faydalar ve Muhtemel Sorunlar

Aile arabuluculuğundan beklenen faydalardan ilki çocuğun yüksek yararının aile arabuluculuğu yoluyla daha iyi korunmasıdır. Beklenen bir diğer fayda aile arabuluculuğunun, tüm tarafların refahını olumsuz bir şekilde etkileyen

ve uzun süren yargılamalara alternatif teşkil edebilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmasıdır. Uyuşmazlıkların aile arabuluculuğu yoluyla çözülmesinin aile mahkemelerinin iş yükünü azaltması arabuluculuktan beklenen bir diğer faydadır. Son olarak, aile gizliliğinin sağlanması açısından aile arabuluculuğu boşanma davasıyla karşılaştırıldığında daha etkili olabilir. Aile arabuluculuğunun boşanma hukuku anlamında yargılamaların yerini almayacağı ve yargılamaları tamamlayıcı ve destekleyici özelliği olacağına altı çizilmelidir.

Ailevi konuların davaya konu olması taraflar arasındaki çatışmaları artırabilir. Boşanma sürecinde arabuluculuk hem bu çatışmayı azaltır hem de süreci kısaltarak tarafların hayatlarını düzene sokmaları anlamında morallerini olumlu yönde etkiler.

Arbuluculuğun olumlu bir şekilde etkileyebileceği konulardan biri de adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen makul süre zarfında yargılanma hakkıdır. Arabuluculuk tarafların anlaşması için gereken temeli atacağı için, çekişmeli süreçlerin büyük ölçüde ortadan kaldırılmasını ve tarafların hukuki statülerinin kısa bir süre içerisinde kesinlik kazanmasını mümkün kılar.

Boşanma sürecinde ortaya çıkabilecek bazı önemli sorunları çözmek için başvurulabilecek aile arabuluculuğunun çok önemli bir amaca hizmet edeceği açıktır. Boşanma sürecinde etkilenebilecek çocuklar ve eşlerin haklarının korunması açısından arabuluculuk faaliyetinin ortaya koyduğu faydalar inkar edilemez. Bu faydalar, Anayasa ve çocuk hakları kapsamında özel önem atfedilen ailenin korunması hususuna odaklanır.

Bununla birlikte, uzun süren yargılamaları ortadan kaldırması beklenen arabuluculuğun bazı boşanma davalarında sürecin uzamasına sebep olması mümkündür. Arabuluculuğun her boşanma sürecinde olumlu etkisinin olduğu iddia edilemez. Böyle bir durumda taraflar anlaşmaya varamamış ve boşanma süreci uzamış olur.

Arbuluculuk tarafların iradesi ve eşitliğine dayansa da, özellikle kadınların kültürel, sosyolojik, ekonomik ve psikolojik pek çok faktörden ötürü kendilerini baskı altında hissetmeleri muhtemeldir. Bu durumda taraflar arasındaki güç dengesizliği, gönüllülük esasına dayalı olsa da arabuluculuk sürecinin kadının zararına olacak şekilde sonlanmasına sebep olabilir. Bu noktada, bilgilendirme toplantısının önemi yine ön plana çıkmaktadır. Yetkin ve iyi eğitilmiş bir arabulucu güç dengesizliği düzeyini ve baskısını ve bunların taraflar üstündeki etkisini dikkatli bir şekilde değerlendirmelidir. Şiddet ve güç

dengesizlikleri konularında yetkin bir arabulucu, her somut olayın özelliklerini dikkate alarak, uygulanan şiddetin tipine göre arabuluculuğa elverişli olup olmadığına karar vermeli ve şiddetin devam ettiğini” ve tarafın iradesini baskı altına aldığı tespit etmesi hâlinde süreci sonlandırmalıdır.

Türkiye’deki evliliklerin yapısı değerlendirildiğinde kadınların zaman zaman evlilik kurumu içerisinde sahip oldukları haklara ilişkin bir bilgi eksikliğinin olduğu, bu eksikliğin özellikle evlilik ve boşanmanın mali boyutuyla ilgili olarak daha yoğun bir şekilde ortaya çıktığı söylenebilmektedir. Boşanmanın maddi sonuçları bakımından tarafların serbest iradelerinin ve tercihlerinin ön planda olduğu düşünüldüğünde, bu durumun özellikle mali haklar bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceği söylenebilir. Burada özellikle kadın olan tarafın konuya ilişkin bilgi eksikliği, toplumsal cinsiyet rollerinin etkisi, diğer eşin baskısı gibi faktörler kadının serbest iradesi ve tercihinin onun aleyhine olacak şekilde yönlendirilmesi ihtimali gündeme gelmektedir. Arabuluculuk sürecinde böylesine önemli bir konunun taraflar açısından hakkaniyete uygun sonuçlandırılmayacak olması sürece ilişkin önemli bir endişe olarak değerlendirilmektedir.

Davaların mahkeme huzurunda görülmekte olması, bireylerin mahkemeye ilişkin algısı sebebiyle kurallara uyma, saygı gösterme, devletin koruyucu gücünü hissetme gibi etkiler yaratmaktadır. Ancak arabuluculuk ile ilgili olarak benzer bir algının yaratılması son derece zordur. Bu nedenle arabuluculuk güvenceli bir statüye kavuşturulmalıdır. Taraflarda önemli ve saygın bir kurum karşısında uyumsuzluklarını çözmekte oldukları algısının yaratılması önem arz etmektedir.

3. GZFT (Güçlü Yönler, Zayıf Yönler, Fırsatlar ve Tehditler) Analizi

Yukarıda bahsi geçen ve derlenen bilgiler temelinde mevcut duruma ilişkin genel bir bakış sunmak ve amacı Türk yargısında AUÇ mekanizmalarının kullanımına yönelik hedefe odaklı, pratik, somut ve gerçekçi hususlar ve yöntemler önermek olan yol haritasına dair yönlendirme sağlamak üzere bir GZFT analizi yapılmıştır.

Güçlü Yönler

- Hukuk davalarında arabuluculukla ilgili 2013 yılından bu yana yürürlükte olan kapsamlı yasal çerçeve ve sonraki tadyilatlar, özellikle iş davaları, ticari davalar ve tüketici davalarında “ilk katılımın zorunlu olduğu” (veya zorunlu) konularla ilgili
- Tam gönüllü arabuluculukta olduğu gibi ilk katılımın zorunlu olması seçeneğinde de yüksek çözüm oranı
- Fonlama desteği dahil olmak üzere kamu politikalarının teşvik edilmesi
- Hukuk Mahkemelerinde Arabuluculuk Büroları arabuluculuğun görünür ve genel olarak toplum için erişilebilir olmasını sağlar.
- Arabuluculuk hizmeti sağlayıcılarının erişilebilirliği
- Arabuluculuk eğitimi sağlayıcılarının yeterli sayıda ve nitelikte mevcut olması
- Çok sayıda akredite ve etkin arabulucunun olması
- Pilot mahkeme projeleriyle ilgili deneyim

Zayıf Yönler

- Aile hukuku, boşanma ve arabuluculuğa ilişkin yasal çerçeve, boşanmanın sonuçlarından doğan uyuşmazlıkları çözmek üzere aile arabuluculuğunun kullanımını sınırlandırır.
- Arabuluculuğa yasal olarak izin verildiğinde dahi, çözüm anlaşmasının mahkeme duruşmasında bir hâkim tarafından onaylanması gerekir.
- Aile arabuluculuğu konusunda eğitim sağlayıcıların eksikliği
- Uzmanlaşmış eğitim alan aile arabulucularının eksikliği
- Yasal olarak izin verildiğinde aile arabuluculuğunda çözüm oranlarına ilişkin veri eksikliği

Fırsatlar

- Toplumun arabuluculuk ve faydaları hakkında farkındalığı
- Yargının arabuluculukla ilgili farkındalığı ve arabuluculuğa desteği
- Barolar ve avukatların arabuluculukla ilgili farkındalığı ve arabuluculuğa desteği
- En hassas grubun haklarının kefil olarak kamunun yargı sistemine güveni
- Psikologların ve sosyal çalışmacıların aile arabuluculuğunun uygulanmasına ilişkin projede eğitici ve arabulucu olarak yer alma konusunda istekli olmaları

Tehditler

- Aile arabuluculuğu ve aile uyumsuzluklarıyla ilgili diğer AUÇ mekanizmaları hakkında kamuoyu farkındalığının olmayışı
- Taraflar arasında güç dengesizliği olması durumunda sonucu bakımında aile arabuluculuğunun hakkaniyeti veya arabulucuların tarafsızlıklarıyla ilgili güvensizlik
- Kadınların sosyoekonomik açıdan dezavantajlı konumu
- Mahkemede aile içi şiddetle ilgili davaların sayısının fazlalığı

Türkiye’de arabuluculuğun kullanımının özellikle iş, ticaret ve tüketici davalarında dava şartı olduğunda kullanımının geliştiği ve yerleştiği ve yüksek bir çözüm oranının olduğu tartışmasız bir gerçektir. Bu başarının kaynağı özellikle uygun kamu politikalarıdır ve bu başarı, yetkin eğitim sağlayıcıları ve çok sayıda akredite arabulucu sayesinde arabuluculuğu erişilebilir ve elverişli kılan kapsamlı bir yasal çerçeveye üstüne temellenir. Ayrıca, adliyelerdeki arabuluculuk büroları süreçte kilit bir rol oynayarak taraflar ve arabulucu arasındaki iletişimi ve erişimi kolaylaştırır.

Son yıllarda kazanılan deneyimler ve kabul edilen iyi uygulamalar, evliliğin dağılması, velayet sorumluluğu veya diğer konulardan kaynaklanan uyumsuzlukların çözümünde aile arabuluculuğunun kullanılmasını mümkün kılan bir yasal çerçevenin mevcut olmaması gibi aile arabuluculuğuyla ilgili tanımlanan zayıf yönlerin üstesinden gelme konusunda yardımcı olacaktır. Bununla birlikte, aile arabuluculuğunda AUÇ ile ilgili bir sistem tasarlanırken mevcut bilgi göz ardı edilmediğinde ve özellikle göz önüne alındığında;

Bölüm II'de tanımlandığı üzere aile uyuşmazlıklarının özellikleri ve hassas yapıları dolayısıyla aile arabuluculuğu ilkelerinin, amaçlarının ve tekniklerinin hukuki ve ticari konulardaki arabuluculuktan farklı olduğunun altı çizilmelidir. Ayrıca zayıf yönler; kullanımı kolaylaştıran yasal bir çerçeve, eğitim sağlayıcıların tanınması ve aile arabulucularına yönelik düzenlenen büyük çaplı eğitim yoluyla iyileştirilebilir.

Zayıf yönlerle ilgili olarak tehditler listesinin zarar verici etkilerinin olması gerekir, bu da zayıf yönleri ele alırken tehditlerin gerektiği şekilde ölçülüp tartışılması gerektiği anlamına gelir. Bu durum özellikle kadının sosyoekonomik olarak kabul edilen dezavantajlı konumu ve aile içi şiddetle ilgili yüksek vaka oranı hususuyla ilgili geçerlidir.

Ayrıca, tanımlanan fırsatlar tehditlerle baş etmek anlamında oldukça güçlü görünmektedir. Örnek olarak uzmanların, uyuşmazlık taraflarının ve genel olarak kamuoyunun arabuluculukla ilgili farkındalığının, arabuluculuk uygulamalarının geliştirilmesinde kilit bir faktör olduğu düşünülmektedir. Ayrıca kamuoyunun yargı sistemine olan güveni, mahkemelerin rol oynadığı başarılı bir aile arabuluculuğu modelini şekillendirmek ve buna başvuruyu teşvik etmek için faydalı olabilir.

4. Aile Uyuşmazlıklarında Kullanılabilecek Bir AUÇ Modeli

Bu noktada, belirlenen kamu politikaları doğrultusunda ve mümkün olduğunca ilgili paydaşların gereksinimleri ve beklentilerine göre düzenlenmiş ve aile uyuşmazlığı tarafları ve genel olarak toplum tarafından kabul gören bir modelin tasarlanmasına yönelik bazı görüşler öne sürmek mümkündür. Bu amaca ulaşmak için aşağıdaki konular ele alınmalıdır.

Yasal Çerçeve

Bölüm I'de aile hukukuyla ilgili yasal sorunlar ve özellikle taraflar arasındaki çatışmayı besleyen ve sonuç olarak mahkemelerdeki iş yükünün büyük oranda artmasına katkı sağlayan kusur temelli boşanma sistemi ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Kusur esasıyla ilgili yasal hükümlerin yürürlükten kaldırılması faydalı ve Avrupa'daki en iyi uygulamalar doğrultusunda olacaktır.

Bununla birlikte, bu girişimin Türkiye'de aile arabuluculuğunun muhtemel uygulanmasından bağımsız olabileceğini vurgulamak önemlidir. Daha önce ifade edildiği gibi aile arabuluculuğu, tarafların anlaşmazlıklarını arabulucu yardımıyla çözme konusunda gönüllü olarak mutabık kaldığı dostane uyuş-

mazlık çözüm tekniğidir. Bu sebeple, anlaşmanın önemi ve uygulanabilirliği geçerli yasal çerçeveye bağlı olabilir.

İdari boşanmaya izin verildiğinde bile, aile arabuluculuğu ve diğer dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri boşanma ya da velayet sorumluluğuna ilişkin mevcut hukuki prosedürlerden bağımsızdır. Burada önemli olan, ilgili yasayla öngörülmüş olarak mahkeme, savcı veya bir kamu makamı tarafından gerçekleştirilebilecek olan icra edilebilirlik kabiliyetidir.

Kısa vadede aile arabuluculuğunu uygulamak için en kolay seçenek yukarıda bahsi geçen ve " tarafların serbestçe tasarruflarının olmadığı" [6325 Sayılı Kanun, Madde 1 (2)] gerekçesiyle boşanmada ve ilgili uyuşmazlıklarda aile arabuluculuğunun kullanılmasını önleyen mevcut hukuki engellerin kaldırılmasıdır. Arabuluculuğa kanunen izin verildiğinde hâlihazırda aile uyuşmazlıkları için söz konusu olan "Arabuluculuğa elverişli olan aile hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin incelemenin bir duruşmada yapılacağına yönelik hüküm" [Madde 18 (3)] yürürlükte kalabilir. Sonuç olarak, herhangi bir aile uyuşmazlığı arabuluculuğa tabi olabilir ve mahkemeler anlaşmaların yasaya uygunluğunu ve hakkaniyeti kontrol altında tutar.

Aile arabuluculuğuna ilişkin aşağıda belirtildiği üzere bahsi geçen kanunun tadil edilmesi veya yeni bir kanun çıkarılması yoluyla tüm ilgili veçheleri kapsayan spesifik bir yasal çerçevenin kabulü tavsiye edilse de, yukarıdaki seçenek kısa vadede kullanılabilir.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Yollarının Seçilmesi

Aile uyuşmazlıklarını çözmek için diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını irdelemenin yanı sıra aile arabuluculuğunun özellikleri de gerektiği gibi ele alınmalıdır.

Bölüm II'de İsviçre örneğiyle ilgili belirtildiği üzere aile arabuluculuğu en yaygın olarak kullanılan yöntem olsa da, diğer yöntemler arasında hâkim nezdinde gerçekleştirilen uzlaştırma da bulunmaktadır.²⁹

Bu bağlamda aile arabuluculuğu kavramı İsviçre uygulaması kapsamında tanımlanmaktadır ancak bunun tüm ülkeler ve yargı sistemleri için geçerli olduğu vurgulanmalıdır. Esasında aile arabuluculuğunun ilkeleri ve temeli

29 Bölüm II'de tanımlandığı üzere katılımcı hukuk avukatlar ve müvekkilleri tarafından icra edilen bir uygulamadır ve kanunla düzenlenmemiştir. Yapısı ve özellikleri dikkate alındığında, aile arabuluculuğu ve hâkim tarafından gerçekleştirilen uzlaştırmanın aksine katılımcı hukuk kanun koyucular tarafından tanınmaz.

evrenseldir ve şu şekilde özetlenebilir: Arabulucunun tarafsızlığı ve yansız olması, gönüllü katılım, gizlilik, çocuğun refahı ve yüksek yararı, arabuluculuk sırasında her iki tarafın da manipülatif, tehdit edici veya göz korkutucu davranışlarda bulunmasını engelleme.³⁰

Aile arabuluculuğu AK Üye Devletlerinde ve ötesinde, Avustralya'da veya Amerika Birleşik Devletleri'nde ailelerin dağılmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde yaygın olarak kullanılan yöntem olarak değerlendirilmektedir.

İsviçre hukukundaki düzenlemede referans olarak alınabilir. Burada "uzlaştırma oturumu" adı verilen bir yargılama aşaması vardır ve bu aşamada eşler davanın başında hâkim tarafından uzlaşmaya gitme yönünde teşvik edilir. Bu aşamada, taraflar kendilerini rahat hissettikleri bir ortamda boşanma taleplerini hâkime bildirir. Boşanma gerekçeleri mevcutsa, hâkim tarafları boşanmanın sonuçlarıyla ilgili sulhe teşvik eder.

Yukarıda belirtildiği üzere hâkim tarafından gerçekleştirilen uzlaştırma dostane bir süreçtir ve yargılamanın ilk adımını teşkil eder. Bu süreç zorunludur ve mahkemede gerçekleşir ve amacı davanın hukuki yönleri ve uzlaştırmacı hâkim tarafından ortaya konulan öneri temelinde dostane bir çözüm bulmaktır. Bu, gönüllülük esaslı bir süreçtir zira taraflar hâkim tarafından yapılan öneriyi reddedebilir ve dava açabilir.

Bu model taraflar için avantajlı olabilir ve zaruri bir plan yoluyla olsa da, uzlaştırmacı bir hâkimin desteğiyle tarafların mahkemeye başvurmasına gerek kalmadan bir anlaşmaya varmalarını sağlar. Bununla birlikte, kabul edildiği üzere dostane çözüm iki farklı amacın karşılanması anlamına gelir; bir taraftan yargı sisteminde boşanmadan kaynaklanan çatışmanın azaltılması, daha uyumlu daha az hasmane bir ortamın sağlanması, daha iyi işbirliğinin temin edilmesi, iletişimin, etkili ortak ebeveynliğin iyileştirilmesi ve sonuç üstünde tam kontrol sağlanması ile diğer taraftan etkinliği artırmak ve mahkemelerdeki iş yükünü azaltmak. Bu amaç erişilemez bir nitelikte olabilir zira hâkimler için zaman alıcıdır ve çözüm oranı düşük ise bu sefer de iş yükünün artmasına neden olur.

Bu olumsuz etkiden kaçınılması gerektiği ve en azından ilk aşamada aile hukuku reformunda yalnızca aile arabuluculuğunun ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

30 Aile Arabuluculuğu Kurulu <<https://www.familymediationcouncil.org.uk/us/code-practice/general-principles/>> [29/01/2022'de erişilmiştir.]

Aile Arabuluculuğu ve Aile Mahkemeleri Arasındaki İlişki

Yukarıda görüldüğü gibi, taraflar arasında güç dengesizliği olduğunda veya arabulucuların tarafsızlığıyla ilgili sonuç bakımından; aile arabuluculuğu konusunda hakkaniyetle ilgili güvensizlik, kadınların sosyoekonomik açıdan dezavantajlı konumu ve mahkemelerde aile içi şiddetle ilgili vaka sayısının yüksekliği aile arabuluculuğunun gelişmesinde ele alınması gereken engellerdir. Buna karşın, yargı sistemine hassas grupların haklarının kefil olarak kamuoyunun güveni mevcuttur ve ayrıca hâkimler de arabuluculuğu desteklemektedir.

Bu bağlamda, hem taraflar hem de yargı sistemi için aynı anda faydalı olabilecek ve aile arabuluculuğu ile aile mahkemeleri üstüne temellenmiş bir model üstünde durmak tavsiye edilir. Yukarıda bahsi geçen sebeplerden ötürü, hâkim tarafından yönlendirmenin etkili bir uygulama olduğu görülmüştür. Genellikle yargılamalar sırasında ilk duruşmada hâkim, tarafları arabuluculuğu denemeye teşvik eder; tarafları prosedürle ilgili bilgilendirir ve “Arabuluculuk Bürosu” veya benzeri bir arabuluculuk sağlayıcısına yönlendirir. Hâkim yetkisinin tanınması, tarafların dava ile devam etmek yerine arabuluculuğa yönelme kararı vermelerinde önemli bir rol oynar. Aile mahkemesi hâkimlerinin bu görevi etkili bir şekilde yerine getirmek üzere yönlendirme teknikleri hakkında eğitim almaları tavsiye edilir.

Bazı yargı sistemlerinde arabuluculuk anlaşmasının tenfiz kabiliyetine mahkemeler tarafından hükmedilir. Bununla birlikte, özellikle çocuklara ilişkin anlaşmalar olmak üzere bazı davalarda çocuğun yüksek yararının bir kamu makamı tarafından temini açısından duruşmadan feragat edilmemelidir. Boşanmanın fer’ileri gibi diğer davalarda söz konusu işlem dosya üstünde yapılabilir ve böylece mahkemenin kaynaklarından tasarrufa katkı sağlanır.

Arabuluculuk Zamanı

Aile arabuluculuğunun, uyuşmazlık baş gösterdikten sonra uyuşmazlığın erken çözümünü ve taraflar arasında ihtilafın tırmanmasını ve gerilimi önlemeyi hedefleyecek şekilde düzenlenmesi tavsiye edilir. Bu olasılık, muhtemelen hem taraflar hem de yargı sistemi açısından faydalı olan çok sayıda anlaşmalı boşanmayla sonuçlanabilir.

“İlk Katılımın Zorunlu Olduğu” veya Tam Gönüllü Arabuluculuk

Görüldüğü üzere, Türkiye’nin “ilk katılımın zorunlu olduğu” arabuluculuk konusunda fazlaca deneyimi vardır ve bazı iş uyuşmazlıklarında, ticari uyuş-

mazlıklarda ve tüketici uyuşmazlıklarında taraflar öncelikle arabuluculuğu denemediyse, mahkemede dava açılmaz.

Genel olarak, AK Üye Devletlerinde ve hatta söz konusu modelin hukuk davaları için başarılı bir şekilde uygulandığı İtalya'da bile buna benzer yasal düzenlemeler bulunmamaktadır.

Fransa'da 2019 yılından bu yana deneysel olarak ve sınırlı sayıda mahkemede, velayet hakkının kullanımına ilişkin kararların ve anlaşmaların değiştirilmesine yönelik başvuru yapmadan önce arabuluculuğun denenmesi zorunludur. Bununla birlikte, şayet bir ebeveyne veya çocuğa yönelik şiddet eylemi söz konusuysa, bu durum geçerli değildir. Bu deneysel girişim hâlihazırda kamunun değerlendirmesini ve bağımsız değerlendirmeyi beklemektedir.³¹

İngiltere ve Galler'de aile arabuluculuğu "zorunlu" olarak nitelendirilmesine de, çocuklarla ilgili davalarda mahkemelere erişim arabulucu tarafından gerçekleştirilen Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısına katılıma bağlıdır. Bu toplantıda arabulucu, arabuluculuk süreci ve uyuşmazlık alanlarının çözülmesine yönelik seçenekle ilgili bilgi verir; mali, duygusal ve yasal olmak üzere diğer destek kaynaklarını tanımlar ve tarafların bilgilendirilmesine yardımcı olur.³² Bir arada toplantı yapma güvenli kabul edilene kadar veya güvenli görülmezse, arabulucu taraflarla ayrı ayrı görüşür ve normalde çocuklar, mallar ve mali konularla ilgili müzakere edilecek alanlara ilişkin gündemin belirlenmesi amacıyla tarafların önceliklerini irdeler.

"Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısının" vurgulanan avantajları, anlaşmazlık içindeki ailelerin prosedürü daha iyi anlamalarını sağlar ve uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliğiyle ilgili değerlendirme yapmakla kalmayıp aynı zamanda uygun olduğunda doktor veya terapist gibi diğer uzmanlara yönlendiren etkili bir mekanizma olarak görülmektedir.

Bu sebeple, aile hukukuna ilişkin reformda "Arabuluculuk Bilgilendirme ve Değerlendirme Toplantısı" tekniklerinin incelenmesi ve bu başlangıç niteliğindeki toplantının mevzuata dahil edilmesi tavsiye edilir.

31 Fransa'nın "zorunlu aile arabuluculuğuna" ilişkin deneyimi Boussard, V  rie ve diğ  rleri tarafından ayrıntılı bir şekilde analiz edilmiştir. "L'  valuation de la tentative de m  diation familiale pr  alable obligatoire (TMFPO) – Rapport final de recherche", Aralık 2020, Universit   Paris Nanterre. <https://idhes.parisnanterre.fr/publications/l-evaluation-de-la-tentative-de-mediation-familiale-prealable-obligatoire-tmfpo-quand-medier-n-est-pas-remedier-1000860>. kjsp [21/09/2021'de erişilmiştir] <https://www.taxheaven.gr/law/4640/2019EN>.

32 Parkinson, Lisa, "Aile arabuluculuğuna", Aile hukuku, 3. baskı

Arabuluculuk İçin Elverişli Olan Dava Türleri

Bölüm 1’de anlaşıldığı üzere, Türk hukukunda aile arabuluculuğuna elverişli olan dava türleri boşanmanın fer’ilerinden ve ikinci sonuçlarından kaynaklanan uyuşmazlıklarla sınırlıdır.

AK Üye Devletlerinde (örneğin Avusturya, Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, Portekiz, İspanya, İsviçre, Birleşik Krallık (İngiltere ve Galler) arabuluculuğa ilişkin genel bakış bunun güncel uygulama olmadığını ortaya koymaktadır. Aksine genellikle, her iki taraf da mevcutsa ve mutabıksa; aileleri dağılan, ayrılık ve boşanma sürecindeki ebeveynler, torunlarıyla bağlarını devam ettirmek isteyen büyükanneler/babalar, eski eşinin çocuklarıyla bağlarını sürdürmek isteyen kişi, ailesi ve varisleriyle teması ya da iletişimi olmayan genç yetişkin genel anlamda aile ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek için aile arabuluculuğuna dahil olabilir.

Esasında, birbirine bağlı olsalar bile arabuluculukta ele alınacak konuların yalnızca “yapay yöntemlerin” kullanılması yoluyla sınırlandırılması mümkündür. Örneğin, şayet taraflar mali konularla ilgili bir anlaşmaya varırsa ve çocuklarla ilgili düzenlemeler ihmal edilirse, bu durumun sonuçları ihtilafın kendisi kadar zarar verici olacaktır ve büyük ihtimalle de ihtilaf çözülmemiş olacaktır.

Bu nedenle, getirilecek olan bir reformda bu konunun gerektiği gibi ele alınması tavsiye edilir.

Aile Arabulucusunun Profili

Aile arabulucusunun profili, yalnızca hukuk fakültesi mezunlarının arabulucu olarak akredite olduğu Türkiye’de tartışmalı bir konudur.

Esasında, bu durum adayın özgeçmişinden bağımsız olarak arabuluculukla ilgili özel eğitimin bu mesleği icra etmek için temel şart olduğu AK Üye Devletlerinde genel eğilimi yansıtmamaktadır.

Aile arabuluculuğu söz konusu olduğunda bu konu daha da geçerlidir zira yalnızca hukukçuların değil psikologlar, terapistler ve sosyal çalışmacılar gibi diğer uzmanların da aile arabuluculuğuna ilgisinin ve bu konuda eğilimlerinin olduğu kabul edilmektedir.

Bu sebeple, bu konuya da özel olarak eğilmek gerekir.

Eğitim & Değerlendirme

Aile arabuluculuğunda eğitimin, uyuşmazlıkların yapısı ve kapsamı bakımından hukuk davaları ve ticari davalardaki arabuluculuktan önemli ölçü-

de farklılık gösterdiği tartışma götürmeyen bir husustur. Hukuk davaları ve ticari davalardaki arabulucular tarafların paydaş olduğu özellikle ekonomik konularda ve işle ilgili konularda yetişkinlerin müzakerelerini kolaylaştırır. Buna karşın, aile arabulucuları ayrılık, boşanma ve diğer özel ailevi konularda tarafların uyuşmazlıklarını çözmelerine yardımcı olmaya çalışır, aile fertlerinin ihtiyaçlarına ve sürece dahil olan çocukların yüksek yararına öncelik vererek aile fertlerinin anlaşmaya varmasına yardımcı olur. Çocuklar eşya değildir, kendi hakları olan bireylerdir ve bu sebeple ebeveynlerin çocukların üstünde hakkı olmasından ziyade çocuklarına karşı sorumlulukları vardır. Ayrıca, aile arabulucuları çocukların refahını olumsuz etkileyebilecek veya bir katılımcının diğerine karşı sergileyebileceği zarar verici veya kötü davranışlarla baş etmeye yönelik becerilere sahip olmalı ve bu durumun farkında olmalıdır. Aile arabulucuları güç dengesizlikleriyle, manipüle edici, tehdit edici ve göz korkutucu davranışlarla baş etme konusunda yetkin olmalı ve tüm katılımcıların gönüllü katılımını, hakkaniyeti ve güvenliğini sağlamalıdır. Sürecin herhangi bir aşamasında aile arabulucuları; katılımcıları sürecin yapısı ve amacıyla ilgili ve evlilik, danışmanlık, terapi veya hukuki tavsiye/temsil gibi diğer hizmetlerden nasıl farklılaştığı konusunda bilgilendirmelidir.

Bu sebeple, aile arabuluculuğu eğitimi hukuk davalarıyla ilgili arabuluculuk ve ticari davalardaki arabuluculuktan farklıdır ve eğitim süresi ve müfredatlar farklılık gösterse de, bahsedildiği üzere pek çok farklı veçheyi kapsamaktadır. Bu konuda iki uç örnek İngiltere ve Galler ile Fransa'dır. İlkinde aile arabuluculuğu eğitimi sekiz gün sürer. Bu süre boyunca eğitim alanlar arabuluculuğun teorik yönleri ve pratik beceriler üstünde çalışırlar ve eğitimleri tamamlanmadan gözlem yapma veya başka bir arabulucu ile ortak arabuluculuk yapma imkânına sahip olurlar. Değerlendirme dönemi boyunca eğiticilerin değerlendireceği temel faktörler eğitimde öğretilen beceri ve tekniklerin edinilmesidir. Ayrıca iki değerlendirme söz konusudur (sözlü ve yazılı). Eğitimin sonunda eğitilenler kursu başarılı bir şekilde tamamladıklarına dair bir sertifika alırlar. Eğitimin tamamlanmasından hemen sonra bu kişiler ortak arabulucu olarak faaliyet göstermeye başlayabilecektir. Daha sonra, bir denetçi yardımıyla portföy gerekliliğinin tamamlanması yoluyla tam akreditasyonu düşünebilirler. Fransa'da eğitim süresi 595 saattir (20 ay) ve adaylar her bir eğitim kurumu tarafından düzenlenen ve genellikle dosya terkihi ve mülakattan oluşan giriş sınavlarını geçmelidir. Bu sürecin sonunda adaylar aile arabulucusu olarak faaliyet göstermek için yasal yeterlilik olan Ulusal Diploma veya Devlet Diplomasını ("Diplôme d'État") alırlar.

5. YOL HARİTASI – Sonuçlar ve Tavsiyeler

Bu Raporun bulguları ve sonuçları ışığında şayet Adalet Bakanlığı kısa vadede arabuluculuğu geliştirmeye yönelik girişimleri desteklemek istemekteyse, adım adım ilerleme yaklaşımının benimsenmesi tavsiye edilir. Aşağıdaki Yol Haritası aile arabuluculuğu uygulamalarının ilk aşaması için geçerlidir.

Sonuçlar	Tavsiyeler
Aile arabulucusunun profilini tanımlama ihtiyacı	Aile arabulucusu profili (ör. özgeçmiş, yaş, mesleki deneyimvb.) tanımlanmalıdır.
Aile arabulucuları ve aile arabuluculuğu eğitimcilerine yönelik uygun eğitim müfredatı ihtiyacı	Türk aile arabulucuları eğitimcileri ve aile arabulucuları, kurumlar (üniversiteler, arabuluculuk dernekleri vb.) ve/veya uluslararası uygulayıcılar en iyi uluslararası uygulamalar ve eğitim materyalleri doğrultusunda aile arabuluculuğu eğitim müfredatının (uzmanlaşmış Eğitimcilerin Eğitimi dahil) hazırlanması sürecine katılmaya davet edilmelidir. Müfredat kapsamında diğer konuların yanında değerlendirme ve bilgilendirme toplantıları teknikleri, iletişim becerileri, çocuk odaklı konular, toplumsal cinsiyet konuları ve güç dengesizliklerinin yönetilmesi bulunmaktadır.
Aile arabulucusu değerlendirme ve akreditasyon kuralları ihtiyacı	İncelemeye ilişkin kurallar kabul edilmeli ve aile arabulucularından oluşan bir liste hazırlamak ve yayınlamak için aile arabulucusu adaylarına yönelik bir veya daha fazla inceleme yapılmalıdır.
Arabuluculuk anlaşmasının uygulanması için “deneysel bir modelin” denemesi ihtiyacı	<ul style="list-style-type: none">■ Arabuluculuğa elverişli aile uyumsuzlukları<ul style="list-style-type: none">○ Arabuluculuk anlaşması: Taraflarca açıklama istendiğinde, inceleme duruşma sırasında yapılır (6325 Sayılı Kanun, Md. 18).○ Arabuluculuk anlaşması olmaksızın- hâkim uygun gördüğünde tarafları arabuluculuğa yönlendirebilir.■ Anlaşmalı Boşanma<ul style="list-style-type: none">○ Taraflar mutabık kaldığında, başarılı arabuluculuk prosedürü neticesinde protokoller hazırlanabilir.○ Arabuluculuk duruşması neticesinde hazırlanan protokoller hâkim tarafından duruşma ile icra edilir.○ Hâkim protokollerin yasal gerekliliklere uygun olmadığını veya çocukları veya eşlerin haklarını korumadığını düşünürse, uygun olduğunda tarafları arabuluculuğa yönlendirebilir.

Sonuçlar	Tavsiyeler
Paydaşlar, taraflar ve genel olarak kamuoyu tarafından aile arabuluculuğunun ne ölçüde benimsendiğinin değerlendirilmesi ihtiyacı	Ülkenin farklı bölgelerini kapsayacak şekilde farklı şehirlerde ma-kul sayıda pilot aile mahkemesinin kurulması ve seçilmesi. ³³
Adalet Akademisiyle işbir-liği içinde aile mahkemesi hâkimlerine yönelik eğitim faaliyetleri ihtiyacı	Eğitim programları; aile arabuluculuğuna elverişlilik konusuna ka-rar verme, süreçle ilgili tarafların sorularına cevap verme konula-rında yönlendirme tekniklerini kapsamalı, uyumsuzluk taraflarına sağlayacağı faydalardan söz etmeli ve taraflar ve avukatları tara-fından arabuluculuğa ilişkin dile getirilen itirazlara karşı koyma-lıdır. ³⁴
Barolarla işbirliği içinde avukatlara yönelik eğitim faaliyetleri	Eğitim programları aile arabuluculuğunda taraflara tavsiye veril-mesini ve eşlik edilmesini de kapsamalıdır. ³⁵
Farkındalık artırma faaliyet-leri ihtiyacı	Aile arabuluculuğuyla ilgili bilgilendirme ve tavsiye ör. mahkeme-lerde "Aile Arabuluculuğu Büroları", mahkeme formları ve broşür-ler, tanıtım faaliyetleri vb.

33 Bkz. Bölüm II -1. 3. "Arabuluculuk Pilot İzleme Kontrol Listesi" "Arabuluculuk geliştirme araç kiti" <https://rm.coe.int/mediation-development-toolkit-ensuring-implementation-of-the-cepej-gui/16808c3f52> [31/01/2022'de erişilmiştir]

34 Bkz. Bölüm II - 1. 3. "Hâkimlere yönelik arabuluculuk farkındalık programı" <https://rm.coe.int/cepej-2019-18-en-mediation-awareness-programme-for-judges/168099330b> [31/01/2022'de erişilmiştir]

35 Bkz. Bölüm II - 1. 3. "Avukatların arabuluculukta müvekkillerine yardım etmesine yönelik eğitim programı" <https://rm.coe.int/cepej-2019-21-en-training-programme-for-lawyers-to-assist-clients-in-m/1680993304> [31/01/2022'de erişilmiştir.]



This Project is co-funded by the European Union and the Council of Europe.
Bu proje Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilmektedir.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Türkiye'de hukuki konularda arabuluculuğun kullanımı, 2018 yılından bu yana Adalet Bakanlığı tarafından arabulucuların seçilmesi ve eğitimi ile farkındalık artırma faaliyetleri gibi tüm kilit konuları kapsayacak şekilde yürütölen politikalar sayesinde önemli ölçüde artmıştır. Boşanma sürecinde, özellikle kadınların ve çocukların örselenmesini önlemek amacıyla, uluslararası sözleşmelerde yer alan standartlar doğrultusunda mahkeme temelli bir aile arabuluculuğu sistemi kurulması, 2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planında yer alan faaliyetler arasındadır.

Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen "Aile Mahkemelerinin Etkinliğinin Artırılması: Aile Üyelerinin Haklarının Daha İyi Korunması" Ortak Projesi kapsamında hazırlanan bu rapor, Türkiye'de aile hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUÇ) mekanizmalarının kurulmasında politika geliştirme süreçlerine destek olmayı amaçlamaktadır. Raporda, uzun süren ve sürüncemeli boşanma prosedürlerine muhtemel bir seçenek olarak, özellikle aile arabuluculuğu olmak üzere, AUÇ mekanizmalarının avantajları ile boşanan tarafların tutumlarını, tercihlerini ve çocuğun yüksek yararını kalıcı biçimde gerçekleştirmeye yönelik yöntemler incelenmektedir.



www.coe.int/tr/web/ankara

Avrupa Konseyi, Avrupa kıtasının önde gelen insan hakları kuruluşudur. Kuruluş bünyesinde 46 üye devlet bulunmaktadır. Avrupa Konseyi üye devletlerinin tamamı; insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün korunmasını teminat altına almak üzere tasarlanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmesi'nin üye devletlerdeki uygulamasını denetler.

