



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.



TAVSİYE RAPORU

İKİNCİL ÖRSELENMEYİ ÖNLEMELİK ÜZERE TÜRKİYE'DE BOŞANMA PROSEDÜRLERİNİN İYİLEŞTİRİLMESİ

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

Av. Nadia RUSINOVA, LL.M.
Uluslararası Danışman

Doç. Dr. Cansu KAYA KIZILIRMAK
Ulusal Danışman

Doç. Dr. Nil KARABAĞ BULUT
Ulusal Danışman

Ocak 2022

Bu proje Avrupa Konseyi tarafından,
nihai faydalanıcı Türkiye Adalet
Akademisi ile birlikte yürütölmektedir.



This project is implemented by the
Council of Europe together with the end
beneficiary, Justice Academy of Türkiye.

İkincil Örselenmeyi Önlemek Üzere Türkiye’de Boşanma Prosedürlerinin İyileştirilmesi,

“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 Nadia Rusinova, Cansu Kaya Kızılırmak ve Nil Karabağ’ın sorumluluğu altındadır ve Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi veya Türkiye Cumhuriyeti’nin görüşlerini veya resmî politikasını yansıtır şekilde yorumlanmamalıdır.

Raporun orijinali, Avrupa Konseyi proje danışmanları 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 ve Epa-Mat Basım Yayın

© Avrupa Konseyi, Nisan 2023

Şartlar altında Avrupa Birliği’ne lisans verilmiştir.

Basım yeri: Ankara

Baskı: Epa-Mat Basım Yayın

Yönetici Özeti

Evlilik ve boşanmayla ilgili kurallar dini, sosyal, tarihi ve siyasi faktörlere dayanmakta ve ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. İç hukuk; boşanmanın kabul edilebilirliği, muhtemel boşanma gerekçeleri, maddi hukukla ilgili ve usuli gereklilikler ve kadınların ve erkeklerin boşanmaya eşit erişimi gibi konularda farklılık göstermektedir. İç hukukta görülen bu farklılıklar boşanma sürecinde devletin rolü ve eşlerin özerkliği arasındaki dengeye ilişkin farklı görüşlerden kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte, erişilebilir ve kapsayıcı aile adaleti sistemi ile hızlı ve etkili boşanma yargılamasını temin etme konusunda yaşanacak muhtemel aksamanın sonuçları önemlidir. Son on yılda, Türkiye yargı ve temel haklar alanında devam etmekte olan ve Avrupa Birliği'ne (AB) katılım sürecinin teşvik ettiği reform süreci aracılığıyla önemli gelişmeler kaydetmiştir. Bu süreç aynı zamanda yargının bazı alanlarında örneğin çocukların ve kadınların merkezde olduğu etkili bir aile adaleti sisteminin tesis edilmesinde de ilerleme kat edilmesini gerektirmiştir.

Mevcut Türk Medeni Kanunu'na göre velayet düzenlemeleri, nafakanın belirlenmesi, tazminat talepleri, çocukla kişisel ilişki tesisi gibi boşanma davasının farklı yönlerinin boşanmadan ayrı ele alınamaması; prosedürlerin uzamasına ve duruşmalar arasına uzun süre girmesine neden olmaktadır. Bu durum özellikle şiddet söz konusuysa tarafların örselenmesine sebep olabilmektedir. Bu sebeple, başta hızlandırılmış ve basitleştirilmiş prosedürler olmak üzere kadınların ve çocukların daha iyi korunması amacıyla boşanma prosedürlerinin iyileştirilme gereksinimi, uygun olduğunda uzlaştırma için temin etme ve aile mahkemeleri için çocukların çocuk dostu bir ortamda kendilerini ifade edebileceği ayrı yerler tahsis etme konuları gündemdeki yerini korumaktadır.

Bu raporun hazırlanmasında danışman ekibi, boşanma prosedürlerinin etkililiğini artırmak amacıyla kilit bulguları ve somut hareket noktalarını ortaya koymak üzere mevcut mevzuat, yönetmelikler, dava akışı uygulamaları dahil olmak üzere mevcut normatif çerçeveyi ayrıntılı bir şekilde analiz etmiştir.

Rapor, ikinci örselenmenin önlenmesine özel olarak odaklanarak aile mahkemesi prosedürlerinin genel itibarıyla etkili bir şekilde uygulanmasını desteklemek üzere giriş bölümünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadından alınan temel ilkeler ve ilgili uluslararası standartlar ve Avrupa standartlarının analizine dayanan en iyi uygulamaları tanımlamaktadır. Avrupa ülkelerinden boşanma sisteminin genel işleyişine yönelik örnekler sunularak aile adaleti alanında son zamanlarda yapılan reformlar karşılaştırmalı bakış açısıyla ortaya konmaktadır. Rapor aynı zamanda boşanmaya özgü usuli kurallara ilişkin mevzuat, kusura dayalı olmayan boşanma, düşünme süresi, iç boşanma yargılamalarında sınırlı sayıdaki ara temyiz sayısı ve

mevcut toplumsal yanlılığı önlemeye yönelik araçlar gibi maddi hukuka ve usul hukukuna dair en iyi uygulamaları da masaya yatırmaktadır. Bu “en iyi uygulamalar” incelemesi, kusura dayalı olmayan boşanmanın getirilmesi ve genel eğilim olarak basitleştirilmiş usullerin benimsenmesinin yanı sıra maddi hukuk ve usul hukuku açısından boşanma kanunlarının serbestleştirilmesinin dostane ayrılma yolunu açık tutmakla ve çocukların menfaatlerini daha iyi korumakla ev içi şiddet oranında düşüşü beraberinde getirdiğini göstermektedir.

Türkiye’deki mevcut boşanma sisteminin güçlükleri; boşanma prosedürlerinin eşlerde ve çocuklarda ikincil örselenmeye yol açmadan etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için muhtemel çözümlere odaklanmak üzere aşağıda belirtilen ilgili paydaşlarla yapılan toplantılar sonrasında raporda daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Aile mahkemelerinin etkinliğinin artırılması ve hassas grupların haklarının korunması için ele alınması gereken temel konular; yaşanan gecikmeler, düzensiz uzmanlaşma, belirli bazı davalar için hızlandırılmış prosedürlerin olmayışıdır. İç hukuk düzeyinde iyileştirilmesi gereken kadınların aile mahkemeleri duruşmalarına erişimlerinin korunması, çocuk dostu adalet ve arabuluculuk gibi uygulamalar raporda ele alınmıştır. Ele alınması gereken başlıca konulardan biri olan boşanma sürecinin uzunluğu (yargılama prosedürleri, boşanma dışındaki taleplerin ortak incelenmesi, mahkemenin iş yükü sebebiyle sürecin uzaması, dava akışı yönetimi ve kusura dayalı boşanma) ve bunun boşanma yargılamasının tarafları ve çocuklar üstündeki etkileri bu alanda önemli bir reform yapılmasını gerektirmektedir.

Raporun ikinci bölümünde mevzuat değişikliklerine ilişkin genel ve özel tavsiyeler yer almakta olup bu alanlarda yapılacak büyük reformların muhtemel sonuçlarından bahsedilmektedir. Raporda ayrıca Türk boşanma yargılamasının etkinliğinin sağlanmasına katkıda bulunan en iyi uygulamalara ilişkin karşılaştırmalı analiz, sorunlar ve önerilen çözümler yer almakta ve tarafların (yeniden) örselenmesini önleme konusunda boşanma sistemini etkili kılmak üzere pek çok tavsiye sunulmakta ve muhtemel seçenekler araştırılmaktadır. Türk hukuku kapsamında düzenlenen evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesini kusurdan arındırma, mevzuat ve uygulama düzeyinde özellikle önerilmektedir. Ayrıca tavsiyelerde, boşanma gerekçesi ve mali konular birbirine bağlı olduğunda, kocanın mali yükümlülüklerden kaçınmak için bu hükümleri kötüye kullanma ihtimalini ortadan kaldırmak için boşanma gerekçelerini mali sonuçlarla bağlantılandıran hükümlerin yasalaştırılması önerilmektedir. Uygulamada istenen etkiyi elde etmek için hukuk uygulayıcılarının ve yargı mensuplarının uzmanlaşmış bir şekilde eğitilmesi, toplumsal cinsiyet konularının ve bu amaçla kullanılan araçların farkında olmaları özellikle önerilmektedir.

Kısaltmalar Listesi

TMK:	Türk Medeni Kanunu
AdB:	Adalet Bakanlığı (Türkiye)
BAM:	Bölge Adliye Mahkemesi
AIHM:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
CEDAW:	Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi
CEPEJ:	Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu

İÇİNDEKİLER

Yönetici Özeti	3
Kısaltmalar Listesi.....	5
I. Raporun Amacı	11
II. Raporun Kapsamı	12
III. Özet	13
IV. Metodoloji	14

Bölüm 1

BOŞANMA VE FARKLI YÖNLERİ.....	17
1.1 Boşanma Türleri	19
1.2 Boşanmanın Sosyal ve Psikolojik Yönleri	21

Bölüm 2

AİHM İçtihadı.....	24
2.1. Maddi Hukukla İlgili İlkeler.....	25
2.2 Usuli İlkeler.....	27

Bölüm 3

ETKİLİ BOŞANMA PROSEDÜRLERİNDE AVRUPA'DAKİ EN İYİ UYGULAMALAR	32
3.1 Maddi Hukukla ilgili En İyi Uygulamalar	35
3.1.1. Boşanma Yargılamalarına Yönelik Özel Usul Kurallarına İlişkin Mevzuat	35
3.1.2. Kusura Dayalı Olmayan Boşanmanın Getirilmesi	35
3.1.3. Boşanma Yargılamalarının Hızlandırılması.....	47
3.1.4. Tek Taraflı Boşanma.....	48

3.1.5. Düşünme Süresi	51
3.1.6. Tüm Boşanma Türlerinde Tek Tip Yoksulluk Nafakası Talebi	52
3.1.7. Özel (Adli Olmayan) Boşanma	53
3.1.8. Toplumsal Cinsiyet Yanlılığını Önlemeye İlişkin Mevzuat Zemini	54
3.1.9. Gecikmeleri Önlemek İçin Sınırlı Sayıda Temyiz	56
3.2. Usuli En İyi Uygulamalar: Adli Yardım ve Destek	57
3.2.1. Yargı Sisteminin Uygun Şekilde Teşkilatlanması	57
3.2.2. Hâkimlerin Eğitilmesi.....	58
3.2.3. Kurumsal Destek	61
3.2.4. Temsil Edilmeyen Dava Taraflarına Yardım Etmeye Yönelik Özel Program	62
3.2.5. Boşanma Yargılamalarında Devlet Tarafından Desteklenen Adli Yardım	63
3.2.6. Halkın Eğitilmesi Yoluyla Toplumun Temas Noktalarının Güçlendirilmesi	64
3.2.7. Çocuğun Uygun Şekilde Dinlenmesi İçin Etkili Tekniklerin Getirilmesi	65
3.2.8. Uzman Yardımı	68
3.3 Usuli En İyi Uygulamalar: Mahkeme Sisteminin Daha Etkin Hâle Getirilmesi.....	68
3.3.1. Boşanma Talebi ve Fer'ilerinin (Velayet Sorumluluğu ve Mali Yardım Dahil) Ayrı Şekilde İncelenmesi İhtimali	68
3.3.2. Çocuk İçin Mahkeme Tarafından Vasi Atanması	70
3.3.3. Farklılaştırılmış Dava Yönetimi	70
3.3.4. Gerekli Mahkeme Belgelerinin Basitleştirilmesi	72
3.3.5. Dava Öncesi İstişare Oturumunun Getirilmesi	72
3.3.6. Mahkeme Himayesinde Aile Arabuluculuğu	73

Bölüm 4

TÜRK BOŞANMA SİSTEMİ.....77

4.1. Türk Boşanma Sisteminde Kusura Dayalı Boşanma	79
--	----

4.1.1. Kusur Karşılaştırması Etkileri	79
4.1.2. Kusurun Belirlenmesiyle İlgili Dava Akışı Uygulamaları	80
4.2. Özel Güçlükler	82
4.2.1. Boşanma Sürecinin Uzunluğu	83
4.2.2. Sorunlar ve Kusur İlkesinden Kaynaklanan Temel Nedenleri	85
Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun'un Uygulanması	85
Kanıt Uydurma ve Hukuka Aykırı Deliller	85
Ceza Davalarının Kusurun Belirlenmesindeki Etkileri	86
Af İradesinin Yorumu	87
Kusurun Belirlenmesine İlişkin Kararlar	89
4.2.3. Usul Hukuku Meselelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Temel Sebepleri	94
4.2.4. Boşanma Prosedürlerinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Bunların İkincil Örselenmeye Yol Açmadaki Etkisi	96
İkincil Örselenmeye Yol Açan Etmeler	97
Uzmanlara Yönelik Görevlendirme Sistemi	97
Çocukların Dinlenmesi	100

Bölüm 5

KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ..... 102

5.1. İstenilen Sonuçlar	102
5.1.1. Boşanma Yargılamalarının Basitleştirilmesi ve Kusurdan Arındırılması	102
5.1.2. Boşanma Yargılamalarında Maddi Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Sağlanmasına Yönelik Gösterilen Çabalarda Uluslararası Standartlar ve Avrupa Standartlarına Daha İyi Uyum	103
5.1.3. Çocuk Dostu Boşanma Yargılamaları	103
5.2. Genel Tavsiyeler	104
5.2.1. TMK 166/1 Kapsamında Düzenlenen Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Gereçesini Kusur Etkisinden Arındırma	104

5.2.2. TMK 166/4 Kapsamında Boşanma Davasının Reddedilmesi Ön Koşulunun Kaldırılması ve 3 Yıllık Ayrılık Dönemi Sonrasında Boşanma Seçeneği	105
5.2.3. Boşanmanın Gerçekleşmesi için Anlaşmalı Boşanmada Ön Koşul Olan Bir Yıllık Sürenin Kaldırılması	106
5.3. Özel Güçlüklere İlişkin Tavsiyeler	107
5.3.1. Kusur İlkesinden Kaynaklanan Sorunlara Yönelik Tavsiyeler	107
Tanımlanan Güçlük 1: 6284 Sayılı Kanun'un Kötüye Kullanılması	107
Tanımlanan Güçlük 2: Kusur İspatıyla İlgili Kanıt Uydurma ve Yasa Dışı Olarak Elde Edilmiş Deliller.....	108
Tanımlanan Güçlük 3: Ev İçi Şiddet Konusunda Boşanma Yargılamasında Yeknesak Uygulamanın Sağlanamaması; Hem Ceza Davası Kararlarının Etkisi Açısından Hem de Ceza Yargılamalarında Şikayetin Geri Alınması Etkisi Açısından	109
Tanımlanan Güçlük 4: Kusur Tayininde "Af" Olgusunun Yaygın Kullanımı	110
Tanımlanan Güçlük 5: Eşin Zina veya Hayata Kast Sonrası Affedilmesi Durumunda Boşanma Davası Açma Hakkının Kaybı (m. 161/3; m. 162/2, 3).....	111
Tanımlanan Güçlük 6: "Eşit kusur"a Dair Kapsayıcı Yargı Kararları	113
Tanımlanan Güçlük 7a: "Kusurun" Yargı Tarafından Belirlenmesinde Toplumsal Cinsiyet Yanlılığı	114
Tanımlanan Güçlük 7b: Uygun Temsile Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği	115
5.3.2. Usul Hukukuyla İlgili Konulardan Kaynaklanan Sorunlar.....	116
Tanımlanan Güçlük 8: Mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Boşanma Yargılamalarına Uygun Olmayan Yapısı	116
Tanımlanan Güçlük 9: Yerel Mahkemelerin Teşkilatlanma ile ilgili Sorunları ve Hâkimlerin Atanması	119
Tanımlanan Güçlük 10: Temyiz Sistemi	121
Tanımlanan Güçlük 11: Takdir Yetkisinin Kullanımında Dengeyi Bulma.....	122
5.3.3. Boşanma Prosedürlerinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Bunların İkincil Örselenmeye Yol Açmadaki Etkisi.....	124

Tanımlanan Güçlük 12: Çocuğun Uzmanlar Tarafından Erken Bir Aşamada Dinlenmesi ve Bu Durumun Çocuğun Mükerrer Olarak Dinlenmesine ve Çocukta İkincil Örselenmeye Yol Açması	124
Tanımlanan Güçlük 13: Uzmanların Atanmasına İlişkin Sistemik Sorunlar	125
Tanımlanan Güçlük 14: Yargıtayın Komite Raporu Gerektiren Uygulaması.....	127
Tanımlanan Güçlük 15a: Çocuğun Dinlenmesi.....	129
Tanımlanan Güçlük 15b: Çocuğun Tanık Olarak Dinlenmesi	131

V. Sonuç

V. Sonuç	134
-----------------------	------------

I. Raporun Amacı

Aile adaleti sürekli gelişmekte olan ve yargı sisteminin en karmaşık sistemlerinden biridir. Aile adaleti aynı zamanda bireylerin, grupların ve toplulukların etkili bir şekilde korunması açısından kilit önemi haiz bir alandır ve kadınların ve çocukların haklarından tam olarak yararlanmaları ve sistemin merkezinde yer almalarının sağlanması anlamında da önemli bir rol oynar.

Avrupa Konseyi danışmanları tarafından hazırlanan bu Raporun, Türkiye’de Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından faydalanıcı kurum Türkiye Adalet Akademisi ile birlikte yürütülen “Aile Mahkemelerinin Etkinliğinin Artırılması: Aile Üyelerinin Haklarının Daha İyi Korunması” Projesi (Bundan sonra “Proje” olarak anılacaktır) için kullanılması amaçlanmaktadır. Raporda sunulan tavsiyeler, Türkiye’de boşanma prosedürlerinin etkililiğinin iyileştirilmesine yönelik gereksinime cevaben geliştirilmiş olup bunların uygulanması aile mahkemesindeki prosedürlere katılan aile fertlerinin üstündeki örselleyici etkilerin azaltılması bakış açısıyla değerlendirilecektir.

Raporun amacı, ilgili paydaşlarla yapılan görüşmeler sonrasında, Türkiye’deki mevcut boşanma sisteminin güçlüklerini tanımlamak ve muhtemel çözümler üzerinde durmaktır. Bu kapsamda, pek çok farklı boşanma sistemine atıfta bulunarak öncelikle sorunları ve aksaklıkları ele almak ve boşanma yargılamalarının etkililiğini artırmak ve eşler ve çocuklar üstünde ikincil örselenmeye yol açmadan uygulamanın iyileştirilmesini sağlamak amaçlanmaktadır. İkinci olarak, raporun amacı, ikincil örselenmeyi önlemeye özel olarak odaklanarak genel itibarıyla aile mahkemesi prosedürlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını desteklemek üzere ilgili uluslararası standartlar ve Avrupa standartları ile AIHM içtihadından alınan temel ilkelere dayanarak mevzuat değişikliklerine yönelik tavsiyelerde bulunmaktadır.

II. Raporun Kapsamı

Yukarıdakilerin ışığında, rapor en azından aşağıdaki spesifik araştırma sorularına yanıt verecektir:

1. Boşanma yargılamalarının aile fertleri üstündeki örseleyici etkilerinin azaltılması açısından ilgili Avrupa standartları ve en iyi uygulamalar nelerdir?
2. Aile mahkemelerinde boşanma yargılamalarının etkililiğine ilişkin AİHM içtihadından çıkarılabilecek temel ilkeler nelerdir?
3. Mevcut mevzuat, yönetmelikler, kanun teklifleri, Türk Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatları ve bu standartlar ve en iyi uygulamalar karşısında Türk aile hukukunun dava akışı uygulamaları dahil olmak üzere mevcut normatif çerçeve nasıldır?
4. Boşanma prosedürlerinin etkililiğini artırmak ve ikincil örselenmeye yol açmadan prosedürlerin uygulanmasını iyileştirmek amacıyla Proje kapsamında 2021 yılında yapılan 1. ve 2. Yuvarlak Masa Toplantıları katılımcıları tarafından ortaya konulan kilit bulgular ve somut hareket noktaları nelerdir?
5. Avrupa standartlarını ve en iyi uygulamaları göz önünde bulundurarak ikincil örselenmeye sebep olmadan boşanma prosedürlerinin etkililiğinin artırılmasında hangi hareket noktaları ve yöntemler ilgili olabilir?

Ek bir soru daha ele alınabilir: ***Türkiye'nin yargı alanında kaydettiği önemli gelişme dikkate alındığında, reform ve demokratikleşme paketleriyle raporda sunulan tavsiyeler arasında en etkili şekilde nasıl bağlantı kurulabilir?***

Tavsiyelere dayanak oluşturan dört geçerli ilke vardır:

1. Çocuğun menfaati her şeyden önemlidir.
2. Ayrımcılık örüntülerinin devam etmesini ve olumsuz kalıpyargıları

önlemek için boşanma yargılamalarında maddi toplumsal cinsiyet eşitliğine gereken önem verilmelidir.

3. Toplumsal cinsiyet, yaş ve temsilden bağımsız olarak ilgili tüm taraflar için eşit imkânlar sağlanmalıdır.
4. Adalete erişim desteklenmelidir.

III. Özet

Bu belge, beş temel bölüme ayrılmış olup araştırma sonuçları ve bir dizi tavsiyeyi ortaya koyar. Tavsiyeler (zaruri) ve iyi uygulamalar (ihtiyari) bu belgeye dahildir. Belge, muhtemel yanlış uygulamalar ve bunlardan nasıl kaçınılabileceğini de içermektedir.

Birinci bölüm, boşanmanın arka planı ve özellikle hukuki, sosyal ve psikolojik yönler olmak üzere boşanmanın farklı veçheleri ile ilgilidir. Bu bölüm aynı zamanda farklı boşanma türlerine ilişkin kapsamlı bir genel bakış sunar. **İkinci** bölüm, boşanma kavramı, bunun korunan haklarla ilişkisi ve ikincil örselenmenin önlenmesi bağlamında boşanma yargılamalarının etkililiği ile ilgili olarak AIHM içtihadından çıkarılan sonuçları ele alır. **Üçüncü** bölüm, Avrupa genelinde etkili boşanma yargılamaları konusunda özel örnekler sunarak en iyi uygulamaları vurgular. **Dördüncü** bölüm, Türk boşanma sistemine ilişkin bir içgörü sunar ve Proje kapsamında paydaşlarla yapılan yuvarlak masa toplantılarının sonuçları temelinde mevzuat, yönetmelikler, kanun teklifleri ve dava akışı uygulamaları dahil olmak üzere mevcut normatif çerçeveye ilişkin bir analiz ortaya koyar. Son olarak, **beşinci** bölüm en iyi uygulamalar ve Türk boşanma sisteminin etkililiğine ket vuran sorunlar arasında kıyaslama yaparak muhtemel seçenekleri araştırır ve ilgili tarafların (yeniden) örselenmesinin önüne geçmek için boşanma sisteminin etkin bir şekilde uygulanabilir olmasını sağlayacak çeşitli öneriler getirir.

Bu raporun son bölümü, raporda ele alınan Avrupa'daki en iyi uygulamalarla karşılaştırıldığında Türk boşanma sisteminde

tanımlanmış on altı güçlüğü kapsamaktadır. Her bir güçlüğü tanımladıktan sonra iki genel tavsiye sunulmaktadır: iyileştirmeye yönelik çeşitli seçenekler ve sunulan tavsiyelere ilişkin savlar ve karşı savlarla birlikte özel tavsiyeler yer almaktadır. Buna ek olarak, son bölüm Türk boşanma sisteminin iyileştirilmesiyle ilgili genel tavsiyeler ortaya koyar.

IV. Metodoloji

Bu sorulara yanıt vermek için, danışman ekibi bir dizi araştırma yönteminden yararlanmıştı. Masa başı inceleme, araştırma ve farklı kaynaklardan bilgi toplanmasını içerir:

- Boşanma yargılamalarına ilişkin AB müktesebatı, Avrupa ülkelerinin mevcut iş mevzuatı ve içtihatla ilgili masabaşı inceleme. (AB aile hukuku bağlamında en iyi uygulamalar belirlenirken Brüksel IIbis¹, Brüksel IIter² ve Roma III³ ilkeleri dikkate alınmalıdır.)
- Boşanma ve ilgili konularda AIHM içtihadıyla ilgili masabaşı incelemesi.
- Çevrim içi masabaşı araştırması - mahkemelerin web siteleri, Adalet Bakanlığı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu vb'den farklı arama motorlarının kullanılmasıyla alınan çevrim içi materyallerin incelenmesi ulusal ve uluslararası danışmanların kullandığı temel yöntemlerden biridir. Çevrim içi mevcut olan araştırmalar, çalışmalar, raporlar ve analizler de incelenmelidir.

1 Evlilikle ilgili ve velayet sorumluluğuna ilişkin konularda verilen kararların tanınması ve tenfizi ve yargı yetkisine ilişkin 2201/2003 sayılı Konsey Tüzüğü (EC) (Brüksel IIbis) [2003] OJ L338/1

2 Evlilikle ilgili ve velayet sorumluluğuna ilişkin konularda verilen kararların tanınması ve tenfizi ve yargı yetkisine ve uluslararası çocuk kaçırmaya ilişkin 2019/1111 sayılı Konsey Tüzüğü (EC) (Brüksel IIter) [2019] OJ L178/1

3 Boşanma ve yasal ayrılık için geçerli kanun alanında iş birliğinin artırılmasına yönelik 1259/2010 sayılı Konsey Tüzüğü (EC) (Roma III) [2010] OJ L343/10

Ulusal danışmanlar tarafından paydaşlarla yapılan üç yuvarlak masa toplantısının çıktıları incelenmiş ve tartışılmıştır. Sorunların, aksaklıkların tanımlanması ve boşanma prosedürlerinin eşler ve çocuklarda ikincil örselenmeye yol açmadan etkili şekilde uygulanmasının sağlanmasında muhtemel çözümlerin ele alınmış olması tavsiyeler açısından daha da kolaylık sağlar.

İyi uygulamaların ortaya konulması “vaka çalışması” yöntemiyle yapılmıştır, zira iyi uygulamayla ilgili geniş kapsamlı bir inceleme yapılmış ve uygulanabilir mevzuat ve/veya iç hukuktaki mahkeme kararlarıyla ilgili bilgi verilmiştir. Mahkemelerde tüm düzeylerde (birinci ve ikinci derece mahkemeleri) uygulanan en iyi uygulamalar ele alınmıştır.

BOŞANMA VE FARKLI YÖNLERİ

Bu bölüm, boşanma yargılamalarının farklı yönlerini ortaya koymak amacıyla çeşitli hukuk sistemlerinde mevcut boşanma türlerine ilişkin karşılaştırmalı bir incelemeye ve kadınlar ve çocuklar başta olmak üzere taraflar için boşanma prosedürleriyle ilgili sorunlardan kaynaklanan genel konulara odaklanmaktadır.

Bu bölümde ele alınan konu, aile hukuku açısından büyük önem arz etmekle birlikte oldukça hassas bir mevzudur. Evlilik ve boşanmayla ilgili kurallar, dini, sosyal, tarihi ve siyasi faktörlere dayanır ve bir ülkeden diğerine büyük ölçüde farklılık gösterir. İç hukuk; boşanmanın kabul edilebilirliği, muhtemel boşanma gerekçeleri, maddi ve usuli gereklilikler, kadınlar ve erkeklerin boşanmaya eşit erişimi ile ilgili farklılık gösterir. Temel haklar; eşler arasında ayrımcılık yasağını, bireyin kendi kaderini tayin hakkını, evlenme hakkının korunmasını ve özel hayata saygı hakkını gerektirdiğinden yargılamada giderek daha fazla rol oynamaktadır.

Evlilik, insan doğası gereği kişiye özel bir konu olmakla birlikte, sadece boşanma yargılaması aracılığı ile hukuki olarak sonlandırılabilir. Yalın bir şekilde tanımlanacak olursa boşanma, evliliğin hukuk mahkemeleri, idari kurumlar veya hatta özel yöntemler aracılığıyla hukuki olarak feshedilmesidir⁴. Yakın zamana kadar boşanma ve boşanmanın yasaya uygunluğuyla ilgili bakış açısı bir hayli farklılık arz etmiştir. Bununla birlikte, şu anda boşanma, Avrupa Konseyinin tüm 46 Üye Devletinde yasaldır ve Malta da boşanmayı 2011 yılında

4 'Boşanma, isim' (Merriam Webster Çevrim içi Sözlüğü) <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/divorce>> 12 Ekim 2021'de erişilmiştir.

yasal hâle getirmiştir. Filipinler ve Vatikan dünyada boşanmayı henüz meşrulaştırmamış iki ülkedir⁵.

Farklı boşanma yargılamalarının usuli çeşitliliğini ele almak ve yeterli ölçüde tavsiye ortaya koymak için bunların olumlu ve olumsuz yönlerini vurgulamak, rapor açısından önem arz etmektedir. Avrupa genelinde boşanma kanunları kusura dayalı boşanmadan (yaptırım olarak boşanma) evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanmaya (çözüm veya akamet olarak boşanmaya) ve karşılıklı rıza ile boşanmaya (eşlerin kendi verdikleri karar gereği boşanma) evrilmiştir. Bazı yargı sistemlerinde talep üzerine boşanma (hak olarak boşanma) da mevcuttur. Farklı türdeki boşanma hukukları, boşanma sürecinde devletin rolü ve eşlerin özerkliği arasındaki dengeye ilişkin farklı görüşlerden kaynaklanmaktadır. Kural olarak, boşanma hukukunun serbestleştirilmesi ve basitleştirilmiş prosedürlerin benimsenmesi kadınların intihar oranını ve ev içi şiddet oranını azaltmış ve dostane ayrılığa giden kapıyı açmıştır.

Çocuklar adli veya adli olmayan yargılama süreçlerine farklı aşamalarda maruz kalabilir ancak ebeveynleri boşandığında veya kendileriyle ilgili velayet mücadelesine girdiğinde, çocuklar en ön saftadır ve yaşayacakları muhtemel örselenme, konuyla ilgili uzmanlar tarafından göz önünde bulundurulmalıdır. Araştırmalardan elde edilen veriler, çocukların büyük bir kısmının yetişkin olmadan ebeveynlerinin boşanma veya ayrılık sürecini deneyimlediğini göstermektedir⁶. AB gündeminde⁷ pek çok kez vurgulandığı üzere, aile hukuku uyuşmazlıklarının çocukların refahı üstünde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Özellikle uluslar ötesi davalar olmak üzere, evliliğin feshi veya yasal ayrılıkla ilgili hukuk yargılamaları, hakların sınırlandırılmasını beraberinde getirebilir ve bilhassa da velayet sorumluluğunun belirlenmesiyle ilgili yargılamalarda çocuklar eski

5 Antokolskaia Masha, 'Avrupa Perspektifinden Boşanma Hukuku', Jens M. Scherpe (ed), Avrupa Aile Hukuku, Cilt III: Avrupa Perspektifinden Aile Hukuku (Edward Elgar: Cheltenham 2016), 41-81, 71-72.

6 M Kreyenfeld ve H Trappe, 'Avrupa'da Ayrılık ve Boşanma Sonrası Ebeveyn Hayatları' (2019) <<https://link.springer.com/book/10.1007%2F978-3-030-44575-1>> 8 Kasım 2021'de erişilmiştir (Anderson ve diğerleri 2017)

7 Komisyondan Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Ekonomik ve Sosyal komiteye ve Bölgeler Komitesine Bildiri: Çocuk Haklarına İlişkin AB Gündemi [2011] <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0060&from=EN>>

eşler arasında uzun süren hukuki uyuşmazlıklar sırasında rehin tutulabilir.

Yönlendirici ilke olarak, çocuğun yüksek yararı boşanma yargılamalarında her şeyden üstün olmalıdır ki bu da konunun yargılamaların etkililiği açısından ele alınmasını gerektirir. Çocuğun yüksek yararının korunması konusunun, mümkün ise ebeveynlerin ve çocuğun aile hayatına gereksiz müdahaleleri olmaksızın ailevi konuların dostane çözümünden kaynaklanması gerektiği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, yasa koyucular, çocukların uluslararası belgelerde öngörülen (usuli) haklarının kullanımının kolaylaştırıldığı ve çocuğun ebeveynlerinin anlaşmasıyla – ki şüphesiz bu tür bir anlaşma gerekçelendirilmiş ve çocuğun boşanma sırasındaki ve sonrasındaki yüksek yararına uygun ise- ilgili görüşlerinin (adli) incelenmesine gereksiz olarak maruz bırakılmaktan korunduğu bir boşanma kavramını tercih etmelidirler.

Ailenin güçlendirilmesi yaklaşımı, aile hukukunda maddi anlamda toplumsal cinsiyet eşitliğinin bel kemiğini oluşturmaktadır. Bu sebeple, kadın ve erkek eşitliği hakkında bilgi yayımı işlevi gören faaliyetler, eşitliğe dayalı cinsiyet rolleri ve kişiler arası ilişkilerde şiddet içermeyen ihtilaf çözümü desteklenmelidir.

1.1 Boşanma Türleri

Bu bölümde çeşitli hukuk sistemlerinde mevcut olan başlıca boşanma türleri ele alınacaktır.

1.1.1. “Kusura dayalı boşanma” temel olarak mahkemenin, boşanma sebeplerini eşin “kusuru” temelinde incelemesini gerektirir. Bu sistem, devletin ve/veya kilisenin evrensel ahlak koruyucuları olduğu ve evlilikle ilgili bir suç işleyen eşi cezalandırıp masum olan eşi bu birliktelikten azat etmesi gerektiği fikrine dayanır⁸. “Kusur” kavramı, ele alınan AB uygulamalarına ilişkin daha iyi bir genel bakış sunmak üzere Avrupa’daki kusura dayalı olmayan boşanma hukuku reformlarının kıyaslanması

8 Antokolskaia, M. V. (2006). Avrupa’da Boşanma Hukukuyla İlgili Yakınsama. Çocuk ve Aile Hukuku Dergisi (Üç Aylık), 18/3, 307- 330

yoluyla aşaşıda ele alınacaktır.

1.1.2. "Kusura dayalı olmayan boşanma"da mahkeme evlilik birliğinin dağılması sebebiyle taraflardan birinin kusurlu olduğuna dair bir değerlendirme ve tespit bulunmaz. Kusura dayalı olmayan⁹ boşanmaya ilişkin savlar şu şekildedir:

- i. Kusurun kullanımı ebeveynler arasındaki çatışmayı tetikleyebilir veya kütüleştirebilir ve bu durumda çocukları olumsuz şekilde etkiler, kusura dayalı olmayan boşanma (eski) eşlerin stresini ve acılarını azaltır.
- ii. Mahkemede uzun süreli hukuki mücadeleler vermek zorunda kalmadan boşanmanın koşullarını belirlemek daha kolaydır.
- iii. Kusurun kaldırılması, vakaların ve bunları ispat eden delillerin taraflarca getirilmesi ilkesinin kaldırılması, ikincil orselenme ihtimalinin azaltılması anlamına gelir.

1.1.3. Tek taraflı boşanma: Eşinin rızası olmadan bir evliliği bitirme imkânı güç dengesini evliliği bitirmeye istekli olan eşe kaydırırken, hukuki sürecin kısılması ve kusurun veya uzlaşmazlığın ortaya konulması gereksiniminin azalması boşanma süreçlerini daha hızlı ve daha az çatışma içeren bir hâle getirir.

1.1.4. Gıyaben boşanma: Tamamen usuli içeriğine karşın, adil yargılanma hakkıyla yakından ilgili olduğu için üstünde durulması gereken bir boşanma türüdür. Çoğu hukuk sisteminde eşlerden veya partnerlerden birinin kayıp olması ya da öldüğünün varsayılması durumunda evliliğin veya medeni birlikteliğin feshi yine de gerçekleşir. Bununla birlikte, mahkemeler genellikle talepte bulunan tarafın konuyla ilgili başka bir adım atmadan önce diğer tarafı bulmak için makul ölçüde ve özenle çaba sarf etmiş

9 Adalet Bakanlığı (BK), 'Boşanma Kanunu Onaylanırken, Suçlama Oyununun Sonu Göründü' (26 Haziran 2020) <<https://www.gov.uk/government/news/blame-game-to-end-as-divorce-bill-receives-royal-assent>> 10 Kasım 2021'de erişilmiştir.

olmasını arar. Gıyaben boşanmaya, örneğin eşlerin birlikte aynı yerde ikamet etmediği veya uzun süreler farklı ülkelerde bulunduğu ve eşlerden birinin yerinin tespit edilemediği ve belgelerin tebliğ edilemediği durumda son çare olarak başvurulabilir.

- 1.1.5. Özel boşanma: Özel boşanmada evlilik mahkeme kararıyla ya da bir kamu makamının kararıyla değil özel bir hukuki işlemle sonlandırılır. Mahkemelerin nitelsiz işlevlerden arındırılması fikri, yerel mahkeme ve bölge mahkemelerinin iş yükünü dengeleme konusunu ele alma gereksiniminden kaynaklanmıştır.

1.2 Boşanmanın Sosyal ve Psikolojik Yönleri

Boşanma yargılamaları özellikle ailedeki çocuklar olmak üzere sürece dahil olanlar için can sıkıcı ve zorlayıcı olabilmektedir. Ayrıca, çoğu ülkede adli yardıma erişimin olmaması, karmaşıklık ve sürecin tümüyle ilgili halkın farkındalığının olmayışı sebebiyle boşanma yargılamaları erişilebilir değildir.

Genel itibarıyla özellikle yasal olarak temsil edilmeyenler için olmak üzere, hukuki süreçler aileler için göz korkutucu olabilir. Uyuşmazlıkların çözümü bazen gereğinden fazla uzun sürmektedir. Ayrıca, kusura dayalı boşanma sistemi "çekişmeye" dayalıdır ve bu yöntem aile uyuşmazlıklarının çözümü açısından çok da uygun olmayabilir. Son olarak, uyuşmazlık yaşayan çiftler, boşanma sürecinin temel katılımcıları olduğu için, bu süreçlere katılmayan çocuğun sesi bazen duyulması gerektiği kadar açık duyulmayabilir. Bu sebeple, yargı sistemlerinin aşağıdakileri gerçekleştirecek ve sorun çözme odaklı bir aile adaleti sistemi kurmaları önemlidir:

- i. Ailenin toplumun temel birimi olarak korunması ve desteklenmesi,
- ii. Çocuğun çıkarlarının korunmasının sağlanması,
- iii. Aile çatışmalarının etkili ve adil bir şekilde çözüme kavuşturulması,
- iv. Aile uyuşmazlıklarını çözmenin getirdiği duygusal

- yük, zaman ve maliyetin azaltılması,
v. Herkes için aile adaletine erişimin artırılması.

Genel olarak ikincil travma, tanıdığımız önemli bir kişinin yaşadığı örseleyici olayı bilme veya buna şahit olma sonucu oluşur¹⁰. İnsanın yalnız yaşayamayacağı varsayımından hareketle, bir insanın travması başka birine aktarılabilir¹¹. Örneğin, boşanma yargılamaları eşler üzerinde doğrudan travmaya yol açabilir ancak çocuklar üstünde dolaylı travmaya neden olabilir. Bununla birlikte, ikincil örselenme, boşanma yargılamaları gibi süreçler yaşanırken ek örselenmeyi ifade eden (yeniden) örselenme kavram tanımını ışığında kullanılmıştır.

Üzerinde durulması gereken önemli bir husus, çocuklar için travmanın çoğunun boşanma yargılamaları başlamadan çok önce ebeveynler arasında bitmek bilmeyen kavgalarla başladığıdır. Çocuk için, ailedeki çatışmalar ve ebeveynlerin ayrılığının uzun vadeli etkileri vardır. Bazı çocuklar ayrılığın yarattığı şok ve stres altında duygusal çöküş yaşamaktadır. Bazı çocuklar için sorunlar ve gerilim yıllar sonra baş gösterir: ergenlik krizi sırasında veya sevgi dolu ilişkiler sırasında veya kendi çocuklarının doğumundan sonra¹². Boşanma-ayrılık deneyimi her zaman tehlikeli ve örseleyicidir zira çocuklar, yetişkinlerin duygusal gereksinimleri ve hareketlerine maruz kalırlar; daha az korunurlar ve kendilerini yıllarca, belki hayatları boyunca etkileyecek çatışmaların ortasında kalırlar. Ebeveynler ayrıldığında, çocuk pek çok açıdan duygusal çöküş yaşar: Çocuk üzgün olabilir, agresif bir tavra bürünüp okulda daha az aktif olabilir.

Boşanma yargılamaları, boşanma öncesi ortamın yarattığı travma sonucu ortaya çıkan izlenimler, düşünceler ve olayların da birikimini takiben, çocuklara bazı durumlarda aşılması imkânsız yükler

- 10 Miro Klarić ve diğerleri, 'İkincil Örselenme ve Sistemik Travmatik Stres' (2013) 1(1) Medicina Academica Mostariensia
http://www.psychiatria-danubina.com/UserDocslimages/pdf/dnb_vol25%20Suppl%201_no/dnb_vol25%20Suppl%201_no_29.pdf 13 Ekim 2021'de erişilmiştir.
- 11 Ibrahim Kira, 'Sağ kalanların ailelerinde ikincil örselenmeyi değerlendirme ve buna müdahale etme' (2004) 14(1) Klinik Bilgi
<https://irct.org/assets/uploads/Assessing%20and%20responding%20to%20secondary%20traumatisation.pdf> 13 Ekim 2021'de erişilmiştir.
- 12 Peter J Riga, 'Boşanma mağdurları olarak çocuklar' (1994) Linacre Dergisi (Üç Aylık) <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/20508549.1999.11878239>> 9 Kasım 2021'de erişilmiştir.

yükleyebilir. Mükerrer görüşmeler, göz korkutucu ortamlar ve prosedürler, ayrımcılık; bu tür uygulamaların fazlaca kullanılması hâlihazırda büyük üzüntü içinde ve korunmaya ihtiyacı olan çocukların acısını ve travmasını artırır. Çocuklarla ilgili ikincil örseleyici deneyimlere örnek olarak ebeveynlere yabancılaşma ve çocuğun büyümesini ve gelişimini kısıtlayan psikolojik etkiler verilebilir. Çocuk dostu adalet sistemi bu konuyu çözüme kavuşturur, bu tür bir sistem ek acı ve zorluğa sebep olmaz ve çocukların hakkını ihlal etmez.

Etkin olmayan boşanma yargılamaları, aile birimini farklı şekillerde etkiler. Yetişkinler için yukarıda belirtildiği üzere boşanma yargılamalarının uzayıp giden süreleri bile tek başına ürkütücüdür. Ayrıca, boşanma yargılamaları genellikle maliyetlidir. Toplumsal cinsiyet yanlılığı tüm adalet sisteminde kendini gösterir ve hem kadınları hem de erkekleri ve adalete erişimlerini etkiler¹³. Yargılama sürelerinin uzunluğu, çocukların yargılamanın çocuk dostu olma konusundaki değerlendirmeleriyle doğrudan ilgilidir. Yargılama ne kadar uzun sürerse, çocuklar bu süreci o kadar az çocuk dostu ve kendileri için daha olumsuz bulur. Türkiye'deki boşanma sisteminin etkililiğini çocuğun yüksek yararı açısından değerlendirmek bu rapor için büyük önem arz etmektedir ki uzun süren velayete karar verme süreci boşanma ile birlikte incelendiğinde çocuğun yüksek yararının uygun bir şekilde göz önünde bulundurulmadığını görmek çarpıcıdır. Net zaman çizelgelerinin olmayışı, yargılamaların tekrar tekrar ertelenmesi, mahkemelerin idari teşkilatlanması konusunda yeterli bilginin olmayışı ve çocukları ifadelerini çok sayıda uzmana tekrar etmek durumunda bırakan çoklu duruşmalar, şüphesiz bu tür boşanma yargılamalarında çocuğun güvende ve rahat hissetmesi gereken bir ortamda çocuğun menfaatinin öncelik olmadığı sonucunu ortaya koymaktadır.

13 Avrupa Konseyi Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Komisyonu, 'Uygulanabilirlik Çalışması: Kadınların Adalete Eşit Erişimi' GEC 2013 1 Rev (Strazburg, 28 Mayıs 2013).

AİHM İçtihadı

Bu bölüm, aile mahkemelerinde boşanma yargılamalarının etkililiğine ilişkin AİHM içtihadından (bu bölümde bundan sonra "Mahkeme" olarak anılacaktır) alınabilecek temel ilkelere odaklanacaktır. Raporun yalnızca "etkililik" hususuna odaklanmayıp Mahkemenin boşanma yargılamalarını insan hakları bağlamında nasıl gördüğünü ve bu yargılamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) Madde 6 ve 8'e uygunluğunu da ele almak yerinde olacaktır. Sosyal hakların dahili, etkililik ilkesiyle ilgilidir ve Sözleşme teorik veya yanıltıcı olabilecek korumayı değil pratik ve etkili korumayı sağlamalıdır. Örnek olarak, Airey davasında, mahkemeye etkili erişim hakkının ücretsiz adli yardımı gerektirdiği belirtilmiş ve Mahkeme bu hakkın engellenmesinin yasal bir engel gibi Sözleşmenin ihlal edilmesine yol açabileceğine işaret etmiştir¹⁴.

Ayrıca, Mahkeme davalarında söz konusu olan hususlarla ilgili bir sıralama belirlemediği olsa da, spesifik iki durum söz konusu olduğunda oldukça katı bir yaklaşım benimsenir: İlki, başvuru sahibinin hayatı veya sağlığı söz konusu olduğunda¹⁵ ve ikincisi de gecikme başvuru sahibi açısından geri dönüşü olmayan sonuçlar doğurduğunda¹⁶. Bu sebeple, başvuru sahipleri için özellikle önem arz eden bazı davalar Mahkeme tarafından öncelikli addedilir. Bunlara, şüphesiz özellikle velayetin verilmesi kararlarını da içeren boşanma davaları dahil olmak üzere, aile hayatının korunması, yoksulluk nafakası yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, genellikle başvuru sahibinin medeni hâliyle ilgili davalar dahildir¹⁷.

14 Jukka Viljanen, 'Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Geliştiricisi Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Rolü' <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26759.pdf>> 9 Kasım 2021'de erişilmiştir.

15 X / Fransa, 31 Mart 1992, Vallée / Fransa, 26 Nisan 1994, Gheorghie / Romanya, 15 Haziran 2007

16 H / Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1987, Nikolov ve diğerleri / Bulgaristan, 21 Şubat 2012, S 36

17 Avrupa Adaletlin Etkinliği Komisyonu, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı temelinde Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde mahkeme yargılamalarının uzunluğu (2018) <<https://rm.coe.int/cepej-2018-26-en-rapport-calvez-regis-en-length-of-court-proceedings-e/16808ffc7b>> 9 Kasım 2021'de erişilmiştir.

Dolayısıyla, maddi olanlardan başlayıp tedrici olarak usuli olanlarla ilerleyerek pek çok önemli ilkeden bahsedebiliriz, zira tüm bu ilkeler projenin amacıyla yakından ilişkilidir.

2.1. Maddi Hukukla İlgili İlkeler

Boşanma hukukunun çerçevesinin düzenlenmesi ve münferit davalarda uygulanması konusunda, Sözleşme tarafı olan ülkeler, Sözleşmeye uyulmasını sağlamak ve çatışan kişisel çıkarları uzlaştırmak amacıyla atılan adımların belirlenmesinde önemli ölçüde takdir payını kullanırlar¹⁸.

Mahkemenin uzun geçmişi olan içtihadına göre, AİHS kapsamında ne Madde 8 ne de Madde 12 boşanma hakkına ilişkin bir ifade içerir zira böyle bir hak Sözleşmenin metninden özellikle çıkarılmıştır. Bununla birlikte, Sözleşmenin yaşayan bir belge olduğu hatırlatılır ve iç hukukun boşanmayı mümkün kılması durumunda, Sözleşmenin de boşanmış kişilerin yeniden evlenmesini mümkün kılması gerektiği belirtilir¹⁹. Bu sebeple, Mahkeme “aile hayatına saygı” ile ilgili olarak Madde 8’in tadil edilmiş bir yorumunu benimsemiştir. Bununla birlikte, Mahkemenin görüşü *Airey / İrlanda*²⁰ davasından bu yana önemli ölçüde değişmemiştir; ki söz konusu davada aile hayatının korunması için Devletin bazen çifti birlikte yaşama görevinden azletmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir.

Mahkeme 1986’da verdiği kararının²¹ arkasında durarak devletlerin boşanma hakkını tanımamasından kaynaklanan AİHS Madde 8’e yapılabilecek olası müdahalelerin iki meşru amaçla gerekçelendirilebileceğini belirtmiştir. Bunlar; “başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması (yani davada başvuru sahibinin eşinin çıkarlarının ve refahının korunması) ve ahlakın korunması”dır. Bu amaçların birlikte “tek eşlilik ilkesine bağlı bir toplumda evliliklerin keyfi ve tek taraflı sonlandırılması tehdidini” etkisiz hâle getirdiği düşünülmektedir.

18 Age, parag 56

19 Babiarz / Poland Başvuru no 1955/10 (AİHM, 10 Ocak 2017), parag 49

20 Airey / İrlanda Başvuru no 6289/73 (AİHM, 9 Ekim 1979)

21 Johnston ve Diğerleri / İrlanda Başvuru no 9697/82 (AİHM, 18 Aralık 1986)

Sözleşme hükümleri, iç hukuk kapsamında boşanmayı elde etme imkânını güvence altına alacak şekilde yorumlanamazsa, boşanmayı mümkün kılan kanun hükmü kapsamında başlatılan boşanma yargılamalarında olumlu bir sonucu (boşanmayı) güvence altına alacak şekilde de evleviyetle yorumlanamaz²².

İç hukuk kapsamında boşanmanın reddi kesin hüküm teşkil etmezse, durumun değişmesi hâlinde taraflar boşanma için mahkemeye daha sonra yeni bir dilekçe sunabilirler. Aksini düşünmek, iç hukuk kapsamındaki boşanma kanunuyla ilgili usuli ve maddi kurallardan bağımsız olarak sadece eşinden ayrılıp yeni bir eşle çocuk sahibi olmak isteyen bir kişinin, boşanma talebi kabul edilmelidir anlamına gelmektedir²³.

Özellikle giyaben boşanma ile ilgili olarak Mahkeme, Madde 6 (1) uyarınca (adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı) boşanma yargılamasında tarafların yeterli ölçüde bilgilendirilmesi gerektiği ve durumun farkında olmamanın kişiyi yargılamaya katılım sağlama hakkından yoksun bıraktığı ve bu durumda da Sözleşme Madde 6'yu ihlal ettiği yönünde karar vermiştir²⁴.

Ev içi şiddet unsurunun bulunduğu davalarda, kanunda temin edilen koruma tedbirleri yalnızca evli kişiler için değil aynı zamanda evli olmayan veya boşanmış çiftler için de geçerli olmalıdır. Mevcut yasal çerçeve, boşanan kişinin kanunda belirlenen koruma tedbirlerinden yararlanabileceğini güvence altına almalı ve bunun uygulanması, davayı inceleyen aile hâkiminin yorumlamasına ve takdirine bırakılmamalıdır. Aksi takdirde, koruma gereksinimi bulunan taraf -söz konusu davada kadın- korku ve endişe yaşamasına, kendisini savunmasız hissetmesine sebep olacak bir durum içinde yaşamak zorunda kalabilecek ve iç mahkemelere başvurduktan yıllar sonra bile eski kocasının davranışları sebebiyle korku içinde yaşamaya mahkûm olacaktır²⁵. Psikolojik etki, ev içi şiddette esaslı bir boyut

22 Babiarz / Polonya Başvuru no 1955/10 (AİHM, 10 Ocak 2017), parag 56

23 Age. parag 54

24 Schmidt / Letonya Başvuru no 22493/05 (AİHM, 27 Nisan 2017)

25 M.G. / Türkiye Başvuru no 646/10 (AİHM, 22 Mart 2016)

ve iç mahkemelerin boşanma yargılamalarında değerlendirmelerini yaparken göz önüne almaları gereken önemli bir konudur²⁶.

2.2 Usuli İlkeler

Boşanma yargılamalarının basitleştirilmesi, Mahkeme tarafından dava tarafları için “medeni haklar ve yükümlülüklerin” belirlenmesi amacıyla mahkemelere etkili erişim hakkına ilişkin genel bir güvence olarak görülmektedir²⁷.

Dava tarafları, karmaşık boşanma yargılamalarında adli yardıma şahsen erişime sahip olmalıdır. Boşanma yargılamalarında adli yardım tek başına güvence altına alınmaz ancak Mahkeme, bu tür davaların hukukla ilgili karmaşık noktalar içermesinin yanı sıra zina ispatının, doğal olmayan birtakım uygulamaları gerektirdiğini kabul etmektedir veya vakaların tespit edilmesi için bilirkişi beyanının temin edilmesi ve tanıkların bulunup, çağrılıp, beyanlarının incelenmesi gerekir. Ayrıca, evlilik uyumsuzluklarında, mahkemede savunma açısından gerekli olan nesnellik düzeyiyle pek de uyumlu olmayan duygusal katılım söz konusudur²⁸. Mahkemenin görüşüne göre, hâkimin taraflara bizzat sağladığı desteğe rağmen bu tür davalarda başvuru sahibinin kendi davasını etkili bir şekilde yürütebileceğini düşünmek gerçekçi değildir. Özel hayat veya aile hayatına saygı, devletlerin bu tür korumayı uygun olduğunda bunlardan yararlanmak isteyenlere etkili bir şekilde erişilebilir kılmalarını gerektirir.

Boşanma yargılamalarının uzunluğuyla ilgili olarak Mahkeme, devletlere standart bir yargılama süresi olarak görülebilecek kurallar tevdi etmeyi reddetmiştir. Mahkeme, pratik yaklaşımına ve belirlenmiş olan kriterlerin her bir davanın kendi koşuluna göre değerlendirilmesi taahhüdüne sadık kalmaya devam etmiş ve örneğin Strazburg’un yaptırım tehdidinden kaçınmak için bir mahkemenin boşanma davasına ne kadar süre ayırması gerektiğine yönelik kesin kurallar ortaya koymamıştır. Bu konum, 1998 reformundan bu

26 M.G. / Türkiye Başvuru no 646/10 (AİHM, 22 Mart 2016)

27 Airey / İrlanda Başvuru no 6289/73 (AİHM, 9 Ekim 1979), parag 26

28 Airey / İrlanda Başvuru no 6289/73 (AİHM, 9 Ekim 1979), parag 24

yana deęişmemiştir²⁹. Bununla birlikte, Mahkeme yargılamaların uzunluğunun makul olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkin aşağıdaki kriterleri belirlemiştir: “davanın karmaşıklığı, başvuru sahibinin tutumu, ulusal makamların tutumu ve başvuru sahibi için neyin mevzubahis olduğu.”

Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere haddinden fazla uzun yargılamalara ilişkin etkili çözümlere yönelik Tavsiye Kararında (2010)³⁰ adaletin idaresinde yaşanan haddinden fazla gecikmelerin, özellikle hukukun üstünlüğü ve adalete erişimin gözetilmesi açısından büyük bir tehlike teşkil ettiği yinelenmektedir. Genellikle sistemik sorunlardan kaynaklanan haddinden fazla uzun yargılamalar, AİHM’e yapılan başvurulara en fazla dile getirilen sorun olup Mahkemenin etkililiğine ve dolayısıyla AİHS’ye dayanan insan hakları koruma sistemine yönelik tehdit arz etmektedir. Bu sebeple, medeni hakların ve yükümlölüklerin veya suç isnadının belirlenmesi gibi iç hukuk kapsamındaki vasıflandırmadan bağımsız olarak, gelecekte Madde 6’nın ihlalinin önlenmesi amacıyla, iç hukuk yargılamalarının tüm aşamalarının makul bir süre içinde belirlenmesi için devletlerin gerekli tüm önlemleri almasını ve haddinden fazla uzama riski bulunan yargılamaları ve bunun altında yatan nedenleri tespit etmek için mekanizmaların bulunmasını tavsiye eder. Altta yatan sistemik bir sorun yargılamaların haddinden fazla uzamasına sebep oluyorsa, bu sorunu ve münferit davalardaki etkilerini ele almak üzere önlemler alınmalıdır.

Genel bir gereklilik olarak, altta yatan sorunların mükerrer ve süreklilik arz eden yapıları, bunlardan etkilenen kişilerin sayısı ve bunlara iç hukuk düzeyinde hızlı ve uygun çözüm üretme gereksinimi dikkate alındığında, özellikle hukuk davalarında uzun yargılamaların söz konusu olduğu davalar için devletler etkili bir iç çözüm ortaya koymalıdır³¹. Mahkeme, mevzuat girişimlerini memnuniyetle karşılamak, Mahkemenin konuyla ilgili önemli ve tutarlı içtihatlarına

29 Avrupa Adaletin Etkinliği Komisyonu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı temelinde Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde mahkeme yargılamalarının uzunluğu (2018) <<https://rm.coe.int/cepej-2018-26-en-rapport-calvez-regis-en-length-of-court-proceedings-e/16808ffc7b>> 9 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

30 Bakanlar Komitesi tarafından 24 şubat 2010 tarihinde 1077. Bakan Yardımcıları toplantısında kabul edilen Tavsiye Karar CM/Rec (2010)3,

31 Rumph / Almanya Başvuru No 46344/06 (AİHM, 2 Eylül 2010)

riayet ederek devletlerin durumu iyileştirmeye yönelik tedbirleri uygulamaya koymasını da aramaktadır. Devletler ayrıca çözümün veya çözümlerin hem teoride hem de uygulamada Mahkeme tarafından belirlenen kilit kriterlere uygun olmasını sağlamalıdır. Bunu yaparken makamlar Bakanlar Komitesinin üye devletlere iç çözümlerin iyileştirilmesi hakkında verdiği 12 Mayıs 2004 tarihli tavsiyesini de dikkate almalıdır³².

Bir hukuk davasının kabul edilebilirliği ile ilgili verilen bir kararda Komisyon şu kararı vermiştir: “Hukuk yargılamalarında taraflar ‘gerekten özeni’ göstermelidir ve yalnızca devlete atfedilebilir olan gecikmeler ‘makul zaman’ gerekliliğine uymama yönünde kurulmuş hükümleri haklı kılabılır.” On yıldan uzun süren ve görünüşte makul sürede görünmeyen söz konusu davada, büyük ölçüde başvuru sahibinin gayretkeş olmayan tutumunun boşanma yargılamasının süresinin uzunluğundan sorumlu olduğu göz önüne alındığında, Madde 6(1)’in ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır³³.

Boşanma yargılaması, medeni hâl ve durumla ilgili davalarda gösterilmesi gereken özenle ilgili olarak, “hızlı belirlemeyi” (Madde 47) gerektirir. Dokuz yıl süren boşanma yargılamasıyla ilgili bir ihlalin söz konusu olduğu bir davada Mahkeme, kendisine sunulan tüm materyalleri inceleyerek mevcut davada hükümetin gecikmeyi gerekçelendiren bir sav veya olgu ortaya koymadığı görüşüne varmıştır³⁴.

Mahkeme, iç hukuk mahkemesinin tarafların küçük çocuğunun velayetinin ve velayeti elinde bulundurmayan ebeveynle ilişkinin düzenlenmesi hakkında karar vermek durumunda olduğu ayrılık ve boşanma talepli yargılamaların belirli düzeyde “karmaşık” olduğunu kabul eder.

Boşanma yargılamaları haddinden fazla uzun sürdüğü takdirde, aile hayatına saygı hakkının kullanılmasını şüphesiz etkiler (referans olarak söz konusu bir davada boşanma yargılaması on yedi yıl sürmüştür).

32 Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere iç hukuk kapsamındaki çözümlerin iyileştirilmesine yönelik verdiği Tavsiye Karar [Rec\(2004\)6](#) (Bakanlar Komitesi tarafından 114. Oturumda 12 Mayıs 2004 tarihinde kabul edilmiştir)

33 Hervouet / Fransa Başvuru No 30074/96 (AİHM, 2 Temmuz 1997)

34 Bock / Almanya Başvuru No 22051/07 (AİHM, 23 Mart 1989)

Boşanmada olduğu gibi kişilerin statüleriyle ilgili davalarda da ilgili kişinin statüsü aynı zamanda (mahkeme yargılamalarının uzunluğu hakkında) bir kriterdir ve haddinden fazla gecikmenin diğerlerinin yanında aile hayatına saygı hakkının kullanımı üstündeki etkisinin yol açabileceği muhtemel sonuçlar ışığında konuya özel olarak özen gösterilmesi istenir³⁵.

Kadının kocası tarafından ev içi şiddete maruz kalması durumunda boşanma acil bir talep olarak ele alınmalıdır. Bu şekilde ele alınmaması basit bir eksiklik veya şiddetin ele alınmasında yaşanan gecikme olarak değil, bu tür bir şiddetin tekrar eden şekilde desteklenmesi anlamına gelir ve kadına yönelik ayrımcı bir tutumu yansıtır³⁶. Mahkeme, ev içi şiddetle ilgili şikayetler ele alınırken gösterilmesi gereken özenin altını çizmiş ve "İstanbul Sözleşmesi'nin" Taraf Devletlerin soruşturmaların ve adli yargılamaların gereksiz gecikme olmaksızın yapılmasını sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Ayrıca, Mahkeme, ulusal makamların mağdurun psikolojik, fiziksel ve/veya mali güvencesizlik ve savunmasızlıkla ilgili özel durumunu göz önünde bulundurma görevlerinin olduğu görüşündedir³⁷.

Mahkeme, iç makamların boşanma yargılamalarını etkin bir şekilde yürütme ve tarafların boşanma anlaşması, kısmi karar verme ihtimali ve iç hukuk kapsamında aciliyet arz eden yapısı gibi, bu yargılamaların spesifik durumlarının dikkate alınması konusundaki başarısızlığına dikkat etmektedir³⁸.

Alt derecenin söz konusu hukuk yargılamasını tamamlamasına yönelik zaman sınırına uymaması durumunda, iç hukukun boşanma davasında yargılamaların uzunluğuyla ilgili sunduğu çözümler etkili olarak kabul edilmez³⁹.

Yargılamanın taraflarca yürütülmesi ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinde dahi ilgili kişilerin tutumu hâkimleri, Sözleşme Madde

35 Berlin / Luksemburg Başvuru no 44978/98 (AİHM, 15 Temmuz 2003)

36 Eremia / Moldova Cumhuriyeti Başvuru no 3564/11 (AİHM, 28 Mayıs 2013)

37 M.G. v/ Türkiye Başvuru no 646/10 (AİHM, 22 Mart 2016)

38 V.K. / Hırvatistan Başvuru No 38380/08 (AİHM, 27 Kasım 2012)

39 Age. (n 35)

6 (1)'in gerektirdiği hızı sağlama gerekliliğinden muaf tutmaz. Aile hukukuyla ilgili çocukla kişisel ilişki kurma ve velayet hakları gibi konularda kararların icrası durumunda, Mahkeme pek çok kez belirleyici olanın, ulusal makamların her bir vakanın kendine özgü durumuna göre makul ölçüde talep edilebilecek şekilde kararların icrasını kolaylaştırmaya yönelik tüm gerekli adımları atmış olup olmadığı olduğu yönünde karar vermiştir⁴⁰. Ayrıca devlet, mahkeme tarafından atanan uzmanların görüşlerinin sunulmasında yaşanan gecikmelerden sorumludur ve iç mahkeme, tarafları ve uzmanları bu konuda disipline etmek amacıyla gerekli tüm tedbirleri almalıdır⁴¹.

Boşanma yargılamalarının makul olmayan uzunluğu Madde 12 kapsamında sorun oluşturmamıştır⁴². Mahkeme, evlilik birliği temelden sarsılmış olmasına rağmen, iç hukukun masum tarafın boşanmaya rızasının olmayışını suçlu taraf için boşanmaya karar verilmesinin önünde aşılabilir bir engel olarak gördüğü durumlarda benzer bir sonuca ulaşılabilirliğini de bertaraf etmemiştir⁴³.

Bununla birlikte Mahkeme, velayet yargılamasının uzunluğuyla ilgili olarak boşanmış bir çiftin kızlarının özel hayat ve aile hayatı hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir ki bu da bu ilkenin fer'i konuların da esasla birlikte zorunlu olarak birlikte incelendiği boşanma yargılamaları için geçerli olduğu anlamına gelebilir⁴⁴.

40 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Çocuk Dostu Adalet Kılavuz İlkeleri" (17 Kasım 2010), parag 136

41 Stasik / Polonya Başvuru no 21823/12 (AİHM, 6 Ekim 2015) parag 107

42 Aresti Charalambous / Kıbrıs Başvuru no 43151/04 (AİHM, 19 Temmuz 2007)

43 Ivanov ve Petrova / Bulgaristan Başvuru no 15001/04 (AİHM, 28 Haziran 2011), parag 61

44 M ve M / Hırvatistan Başvuru no 10161/13 (AİHM, 3 Aralık 2015), parag 171-172

ETKİLİ BOŞANMA PROSEDÜRLERİNDE AVRUPA'DAKİ EN İYİ UYGULAMALAR

Bu bölümde etkili boşanma prosedürleri ve bununla ilgili travmanın önlenmesi konusunda Avrupa'daki en iyi uygulamalara odaklanılacaktır. Ayrılık sonrası ortaya çıkan sorunların ikincil örselenmeye yol açmadan çözülmesi amacıyla maddi hukuk ve usul hukukunun açık, tutarlı ve icra edilebilir olması hukukun üstünlüğü açısından elzemdir. Riskli durumları tanımlamak ve ailelerin şiddetli geçimsizlik hâli içinde ayrılmasını önlemek amacıyla bir strateji belirlemek üzere kilit öğeler belirlenmelidir.

Aile davalarında verilen kararların birçoğunda hâkimlerin belirli bir düzeyde takdir yetkisini kullandıklarını ve bunu yaparken uyumsuzlukta adil veya uygun sonucun ne olduğuna dair toplumun sosyal ve diğer değer yargılarını temsil ettiklerini belirtmek önemlidir. Bu anlamda, boşanma sisteminde şeffaflık ve açıklığın her zaman sağlanması büyük önem arz eder. Bu sebeple, mahkemenin yaklaşımı ve kararların doğruluğuyla ilgili güven temeli oluşturmak veya bu anlamda endişe duyulacak bir gerekçe varsa bunu tespit etmek amacıyla halkın bu kararları öğrenmesi yasalara uygundur. İngiliz Sör Andrew McFarlane tarafından yakın zamanda yayınlanan raporda da belirtildiği üzere, *"Hâkimler açıklık ilkesi aracılığıyla verdikleri kararlardan sorumlu tutulur ve böylece halk, hâkimlerin üstlerine düşen önemli görevi uygun şekilde ifa ettikleri yönünde güven duyar."*⁴⁵

Hukuk yargılamalarında yargı sistemlerinin etkililiğinin AB gündeminin ön planında olduğu başlangıçta belirtilmelidir. Avrupa Komisyonu 2020 AB Adalet Puan Tablosuna⁴⁶ ilişkin Bildirisinde şunların altını çizmiştir: *"Ulusal adalet sistemi veya bu sistemin*

45 Aile mahkemelerinde şeffaflık konusunda sonuçları içeren rapor, Sör A. McFarlane, 29.10.2021

46 Komisyondan Avrupa Parlamentosuna, Konseye, Avrupa Merkez Bankasına, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine ve Bölgeler Komitesine sunulan Bildiri: AB Adalet Skorboardu [2020]

köklerini aldığı hukuk geleneği ne olursa olsun etkinlik, nitelik ve bağımsızlık etkili bir adalet sisteminin temel değişkenleridir. Bu üç değişkenle ilgili sayılar birlikte okunmalıdır zira üç öge de genellikle birbirleriyle bağlantılıdır (bunlardan birini iyileştirmeye yönelik bir girişim diğerini de etkileyebilir)". AB Adalet Puan Tablosu, Adalet sistemlerine ilişkin bilgileri kıyaslamak suretiyle sorunları ve en iyi uygulamaları belirleyerek zorlukları ve ilerlemeyi takip etmeyi daha kolay bir hâle getirir. 2020 AB Adalet Puan Tablosu ilk kez, Üye Devletler tarafından çocuk dostu bir adalet için alınan tedbirlere ilişkin bir genel bakış sunmuştur. Neredeyse tüm Üye Devletler, (ortam da dahil olmak üzere) çocuk dostu duruşmalara yönelik tedbirler ve yaygın olarak çocuğun birden fazla kez duruşmada dinlenmesini önleme konusunda bazı tavizler vermiştir. Bununla birlikte, Üye Devletlerin yarısından azı adalet sistemiyle ilgili bilgi sağlayan çocuk dostu web sitelerini uygulamaya koymuştur⁴⁷.

Boşanmaya ilişkin AB müktesebatından alınan bir ilke olarak AB yasa koyucuları belirli bir boşanma konseptini desteklemeye çalışır: eşitlikçi, basitleştirilmiş ve kolay erişilebilir boşanma. Roma III Tüzüğü'nün altta yatan politikası bireysel hak olarak görülen boşanmayı destekler. Bu da, geçerli kanun boşanmaya ilişkin hüküm içermiyorsa söz konusu kanunun ekarte edilmesi yoluyla boşanma hakkı tanıyan Madde 10'dan ileri gelmektedir.

2004 yılında CEFL (Avrupa Aile Hukuku Komisyonu), Eski Eşler Arasındaki Boşanma ve Yoksulluk Nafakasıyla İlgili Konulara İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkelerini yayınlamıştır. Bu ilkeler yasal olarak bağlayıcılığı olmayan bir model teşkil etse de, Avrupa'da ortak boşanma hukukunun gelişmesinde önemli bir adımı temsil etmektedir. Bu ilkelerin amacı Avrupa ülkelerindeki en iyi boşanma hukuku ilkelerini temsil etmektir. Bu sebeple, bu ilkeler ulusal boşanma kanunlarını reforme etmek isteyen Avrupa ülkelerinin yasama organları için ilham kaynağı görevi görür. Bununla birlikte, maddi aile hukuku her ülke için her zaman hassas bir alan olmuştur ve olmaya devam etmektedir. Bu alan söz konusu toplumun sosyal, kültürel ve dini görüşlerini diğer alanlardan daha iyi yansıtır ve bu alanda değişimler çok yavaş gerçekleşir. Aile hukukunun ülkelerin en temel hukuk alanlarından biri olduğunu söylemek abartı olmaz⁴⁸.

47 age (n 42)

48 Liga Stikane, 'Sınır Ötesi Boşanmaya İlişkin Avrupa Uluslararası Özel Hukukunun Ulusal aile Kanunlar ve Üye Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri üstündeki Etkisi Nedir?' <<https://www.athensjournals.gr/law/2019-5-4-5-Stikane.pdf>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

Brüksel IIbis Madde 2 ve Brüksel IIter olmak üzere AB müktesebatında verilen bazı tanımlar dışında AB aile ve boşanma hukuku şu anda maalesef mevcut değildir. Eşlerin hangi gerekçelerle boşanma veya yasal ayrılık için başvurabileceğini ve ilgili prosedürleri AB ülkelerindeki ulusal kanunlar belirler. Kurallar bir AB ülkesinden diğerine önemli ölçüde değişiklik gösterir. Avrupa'daki ve küresel olarak farklı yargı sistemlerindeki spesifik en iyi uygulamalar bu bölümde ele alınacaktır. Tanımlanan en iyi uygulamalar bir tablo hâlinde sunularak aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Maddi ve usuli olarak koşullara bağlı aşağıdaki sınıflandırma, boşanma yargılamalarının etkinliğini artırmanın farklı yollarını ortaya koyma amacı taşımaktadır.

Maddi hukukla ilgili	Usuli	
	Adli yardım/Destek	Mahkeme Yargılamaları
■ Boşanma yargılamalarına yönelik özel usuli kurallara ilişkin mevzuat		
■ Kusura dayalı olmayan boşanmanın getirilmesi	■ Yargı sisteminin uygun şekilde teşkilatlanması	■ Boşanma talebi ve fer'i konuların incelenmesi imkânı
■ Hızlandırılmış boşanma yargılamaları	■ Hâkimlerin eğitilmesi	■ Mahkeme tarafından çocuk için vasi atanması
■ Tek taraflı (anlaşmalı olmayan) boşanma türü	■ Kurumsal destek	■ Farklılaştırılmış dava yönetimi
■ Ayrılık temelinde anlaşmalı olmayan boşanma	■ Temsil edilmeyen dava taraflarına yardımcı olmaya yönelik özel program	■ Gerekli mahkeme belgelerinin basitleştirilmesi
■ Anlaşmalı olmayan boşanmada ayrılık süresinin kısaltılması/kaldırılması	■ Boşanma yargılamalarında devlet tarafından desteklenen adli yardım	■ Dava için başvurmadan önce istişare oturumunun getirilmesi
■ Düşünme süresi	■ Halkın eğitilmesi yoluyla toplumun temas noktalarının güçlendirilmesi	■ Mahkeme himayesindeki aile arabuluculuğu
■ Sınırlı sayıda ara temyiz	■ Çocuğun uygun şekilde dinlenmesini sağlamaya yönelik etkili tekniklerin ortaya konulması	■ Alternatif uyuşmazlık çözümünün ele alınması
■ Boşanma yargılamalarında toplumsal cinsiyet yanlılığına karşı koyma	■ Uzman yardımı	

3.1 Maddi Hukukla ilgili En İyi Uygulamalar

3.1.1. Boşanma Yargılamalarına Yönelik Özel Usul Kurallarına İlişkin Mevzuat

Öncelikle, aile davalarına yönelik özel usuli kurallar belirlenmesi, bir taraftan özellikle çocuklar olmak üzere aile ilişkisi içinde bulunanların hukuki güvenliğini sağlarken öte yandan prosedürleri kolaylaştırır ve katılımcıların aile ilişkilerini istekleri ve ihtiyaçları doğrultusunda düzenlemelerini mümkün kılar.

Avrupa Hâkimleri İstişare Konseyi (CCJE) tarafından Hâkimlerin Uzmanlaşması hakkında belirtilen 15 sayılı Görüşe (2012)⁴⁹ göre, genel usul kuralları tüm ihtisas mahkemelerinde geçerli olmalıdır. Bununla birlikte, her bir ihtisas mahkemesi için özel prosedürlerin getirilmesi bu tür prosedürlerin sayıca artmasına yol açabilir ve bu da adalete erişim ve hukuki belirlilik konularında riskleri beraberinde getirebilir. Özel usul kurallarına, bu kurallar ihtisas mahkemesinin kurulmasına vesile olan gereksinimlerden birini karşılıyorsa izin verilebilir; örneğin çocukların incelenmesinin onların menfaatlerini korumaya yönelik özel kurallara tabi olduğu aile hukuku yargılamalarında olduğu gibi.

3.1.2. Kusura Dayalı Olmayan Boşanmanın Getirilmesi

Son yıllarda, pek çok ülke, eşlerden biri ilişkiyi bitirmek istediğinde evliliğin sonlandırılmasını kolaylaştırmayı amaçlayan reformlar gerçekleştirmiştir. 1970'li yılların başından bu yana ABD'de pek çok eyalet kusuru, boşanmanın gerekçesi olmaktan çıkarmış ve neredeyse tamamı eşlerden birinin diğerinin rızası olmadan boşanma davası açmasını mümkün kılmıştır. Çoğu Avrupa ülkesi son 50 yıldır benzer bir yol izlemiş olup⁵⁰ hâlihazırda Avrupa'da boşanma için kusura dayalı boşanmayı tek gerekçe olarak gören ülke kalmamıştır. Bu reformların altında yatan mantık, kusura dayalı boşanmanın esasen çekişmeli- tarafların kararı verecek olan hâkimin önüne kendi

49 Avrupa Hâkimleri İstişare Konseyi'nin (CCJE) Hâkimlerin Uzmanlaşmasıyla İlgili Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Dikkatine Sunduğu Görüş No. 15 (2012), para 35.

50 Pablo Brassiolo, 'Boşanma Tehditleri İnanılır Hale Geldiğinde Ev İçi Şiddet ve Boşanma Hukuku' (2014) <<https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/710/domestic-violence-divorce-threats-credible.pdf;jsessionid=B0B6BD104FF33D1657A594C3DC8A51E6?sequence=1>> 10 Kasım 2021'de erişilmiştir.

durumlarını ortaya koyup kanıtlar sunduğu- bir doğası olmasıdır. Bununla birlikte, çekişmeye dayanan yaklaşım aile uyumsuzlukları için her zaman uygun değildir ve bazı davalarda çatışmayı artırıp bu konularla ilgili karara varmak için gerekli olan süreyi uzatabilir. Son zamanlarda Avrupa'da boşanma hukukundaki eğilim boşanma yargılamalarında kusurun etkisini ortadan kaldırma veya azaltmaya yöneliktir. Genellikle kusura dayalı boşanma çağın gereksinimlerini karşılamadığı gerekçesiyle ciddi bir şekilde eleştirilmektedir⁵¹.

Boşanma yargılamalarında kusurun, şekli ve maddi eşitlikle doğrudan bağlantılı olduğunu belirtmek önemlidir. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesinin (CEDAW) 29 sayılı Genel Tavsiye Kararında⁵² ifade edildiği üzere bazı hukuk sistemleri, boşanma gerekçeleri ile boşanmanın mali sonuçları arasında doğrudan bir bağlantı kurar. Kusura dayalı boşanma sistemleri, mali hakları kusurun bulunmayışı şartına bağlayabilir. Bu da karılarına karşı herhangi bir mali yükümlülüğü ortadan kaldırmak isteyen kocalar tarafından kötüye kullanılabilir. Çoğu hukuk sisteminde, kendisine yönelik kusura dayalı boşanma davası açılmış kadına hiçbir mali destek sağlanmaz. Kusura dayalı boşanma sistemleri, karılar ve kocalar için boşanma gerekçesi olarak koca söz konusu olduğunda kadına göre daha fazla sadakatsizlik kanıtı istenmesi gibi farklı kusur standartları gerektirebilir. Kusura dayalı ekonomik çerçeveler, genellikle mali olarak bağımlı olan kadının aleyhine çalışır. Uygulayıcılar ve araştırmacılar da benzer şekilde mahkemelerin "kusurlu davranış konusunda kadınlara ve erkeklere çifte standart" uyguladığını ve hâlihazırda "aynı tutumla ilgili erkeklerden çok kadınlarda kusur bulmaya daha meyilli olduklarını" tespit etmiştir. Kusura dayalı evlilik feshinin mali ve velayetle ilgili sonuçları hakkında karar verirken çoğu hâkim hâla çağın gereksinimlerinin gerisinde kalan ve uygun olduğu düşünülen toplumsal cinsiyet kalıplarını temel almaktadır⁵³.

51 "Yirmi birinci yüzyılda hâla kitaplarda olan kusur gerekçeleri büyük ölçüde on dokuzuncu yüzyıl mevzuatının kalıntılarıdır-tamamı erkeklerden oluşan ve kadınların sesini kısıtlayan seçmenler tarafından seçilmiş ve -tamamı erkeklerden oluşan ve kadınların sesini kısıtlayan seçmenler tarafından seçilmiş ve tamamı erkeklerden oluşan yasama meclisinin çıkardığı kanunlar.- Karin Carmit Yefet, 'Biçimsel Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Hakkı Olarak Boşanma' <<https://law.haifa.ac.il/images/Docs/Divorce.pdf>> (2020) 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

52 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, 'CEDAW Madde 16 ile ilgili Genel Tavsiye Kararı' [2013] C/GC/29

53 Karin Carmit Yefet, 'Biçimsel Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Hakkı Olarak Boşanma' <<https://law.haifa.ac.il/images/Docs/Divorce.pdf>> (2020) 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

Avrupa'da boşanma hukuku konusunda görülen farklılıklara karşın, ne tür eylemlerin evlilik görevlerinin ihlali anlamına geldiği ve dolayısıyla "kusurlu" olarak görülebileceği konusunda bazı benzerlikler bulunmaktadır. Kusur olarak görülebilecek durumlar arasında aile evinin gerekçesiz bir şekilde terk edilmesi, evliliğe sadakatsizlik, istismar eden davranış, hüküm giymek, alkolizm, madde bağımlılığı veya belirli bir süre için evlilik hayatının etkili bir şekilde durdurulması yer almaktadır.

Bazı hukuk sistemlerinde "affetme" kavramının önemli sonuçlarının olduğu belirtilmelidir. Avusturya hukuku, kusurdan kaynaklanan boşanma, diğer gerekçelerle boşanma ve anlaşmalı boşanma arasında ayırım gözetir. Buna göre, kusura dayalı boşanmada eşlerden biri zina, fiziksel şiddet, manevi işkence, evliliğin temelden sarsılmasına sebep olan aldatıcı veya ahlaka aykırı davranış gibi ciddi bir kusur işlemiş olmalıdır. Şayet işlenen kusur affedilmişse veya evlilik açısından yıkıcı olarak algılanmamışsa, bu gerekçeler temelinde sunulan boşanma dilekçesi kabul edilebilir değildir. Boşanma dilekçesi, diğer eş boşanma sebebi hakkında bilgilendikten sonraki altı ay içinde sunulmalıdır ve boşanma gerekçesi öğrenildikten sonra on yıl geçmişse kabul edilebilir değildir⁵⁴.

Boşanma davasında eşlerin her ikisinin de kusura dayalı gerekçeler öne sürmesi durumunda Amerikan doktrini olan "kusur karşılaştırması" kapsamında bazı mahkemeler hangi eşin daha az ve hangisinin daha fazla kusurlu olduğunu inceler ve daha az kusurlu olan eşin lehine olacak şekilde boşanma kararı verir. Bunlar, oldukça öznel kategoriler olduğu için, "daha az kusur" ve "daha fazla kusur" un değerlendirmesi yargı sisteminin takdirine bırakılır ve bu bağlamda kusurun doğru olacak şekilde paylaşılması genellikle imkânsızdır.

Bu rapor kapsamında bahsedilmesi gereken bir diğer önemli yön, Nuffield Vakfı raporunda ele alınmıştır (Ekim 2017)⁵⁵. Kusur atfedilmesinin boşanma zeminine dayanak oluşturduğu teoriye göre, dilekçeler evliliğin yıkılmasından kimin ve neyin sorumlu olduğunu

54 [Avusturya'da aile hukuku: genel bakış | pratik hukuk \(thomsonreuters.com\)](https://www.thomsonreuters.com)

55 Liz Trinder ve diğerleri, 'Kusur bulma? İngiltere ve Galler'de Boşanma Hukuku ve Uygulaması (2017) <[https://www.nuffieldfoundation.org/sites/default/files/files/Finding_Fault_full_report_v_FINAL\(1\).pdf#page=41](https://www.nuffieldfoundation.org/sites/default/files/files/Finding_Fault_full_report_v_FINAL(1).pdf#page=41)> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

tam anlamıyla ortaya koyar. Uygulamanın yanı sıra kanunun gerektirdiği ise farklıdır; evliliğin yıkılmasındaki temel gerekçeye ilişkin beyanın tam olmasından ziyade, dilekçeler boşanmanın gerçekleşmesi için ortaya konmuş anlatılar olarak görülmelidir. Bu anlamda, boşanmanın daha hızlı bir şekilde gerçekleşmesi için, özellikle de davranış boyutu olmak üzere, kusur kullanılmaya devam edilmekte ve bu durumda boşanma için yapılan başvurunun altında yatan asıl nedenler her zaman davaya yansımamaktadır. 1970'lerden bugüne kadar yapılan akademik araştırmalar ve Birleşik Krallık Hukuk Komisyonu⁵⁶ tarafından yapılan incelemeler, mahkemenin iddiaları araştırıyormuş gibi yapmaktan öteye geçmemesinin yanı sıra, hızlı bir şekilde boşanmak için birtakım davranışlarla ilgili iddiaları abartan taraflar nezdinde sistemin dürüst olmayışı dahil olmak üzere boşanma hukukuyla ilgili ciddi sorunlar olduğunu ortaya koymuştur. Bu çalışma bu tür sorunların devam etmekte olduğunu ve bazı açılardan durumun kötüleştiğini tespit etmiştir.

Tam tersine, kusura dayalı olmayan boşanma sistemi birtakım avantajlar sunar. Kusurun boşanma yargılamalarından kaldırılması, ilgili bireylerin gizliliği ve bütünlüğünün korunmasına yönelik bir araç olarak görülebilir ve eşler arasındaki muhtemel çatışmayı en aza indirerek boşanmayı genel itibarıyla daha erişilebilir kılar. Şüphesiz, en önemli faydaları kusur iddialarıyla ilgili olan ev içi şiddet oranının düşmesi, yargılamaların süresinin kısalması ve kümülatif sonuç olarak özellikle kadınların ve çocukların daha sonra yaşayabileceği mağduriyet ihtimalinin azalmasıdır. Tek taraflı ve kusura dayalı olmayan boşanmanın, yasal ayrılık gerekli adımlardan biri olmaksızın doğrudan boşanma için başvurma imkânıyla bir araya getirilmesi boşanmanın gerçekleşmesi için gereken sürenin önemli ölçüde kısalması anlamına gelir. Ayrıca, İngiltere, Galler veya Fransa gibi ülkelerde anlaşmalı kusura dayalı boşanma kusura dayalı olmayan sisteme göre "daha hızlı" boşanmayı sağlamakta olup karşılıklı anlaşan eşler tarafından tercih edilmektedir.

56 Birleşik Krallık Hukuk Komisyonuna, BK Hukuk Sistemi kapsamında önemli konular hakkında raporlama yapma yetkisi verilmiştir ve bu Komisyon, İngiltere ve Galler hukukunu gözden geçirme ve gerektiğinde reform önerme amacıyla 1965 Hukuk Komisyonları Kanunu ile oluşturulmuş bağımsız bir yasal kurumdur.

Aşağıda bu hususa örnek olarak beş boşanma hukuku reformunu ele alacağız – İspanya (2005), Bulgaristan (2009), BK (2020), İsviçre (2000) ve Fransa (1976).

► İspanya (2005)

Temmuz 2005'te, İspanya Parlamentosu İspanya'da evliliğin sonlanmasıyla ilgili kurallara ilişkin kapsamlı bir reform onaylamıştır. Bu reformlar, boşanmanın önündeki engelleri önemli ölçüde azaltan iki kilit değişiklik getirmiştir. İlk olarak bu kapsamda boşanma öncesinde zorunlu olan 1 yıllık yasal ayrılık süresi kaldırılmıştır. İkinci olarak tek taraflı ve kusura dayalı olmayan boşanma mümkün kılınmıştır. Bu yasal değişikliklerin bir sonucu olarak, boşanma sistemi birden kusura dayalı ve öncesinde zorunlu ayrılık dönemi gerektiren bir sistemden kolay, tek taraflı, kusura dayalı olmayan ve evliliğin sonlanmasının getirdiği ekonomik ve duygusal maliyetleri önemli ölçüde azaltan bir sisteme dönüşmüştür. Bu değişikliğin boşanma oranlarındaki etkisi kısa süre içinde görülmüş ve reformdan sonraki ilk yılda boşanma oranları yüzde 170 artmıştır. Ayrılık oranlarındaki düşüş bu artışı kısmen telafi etse de, elde edilen kanıtlar en azından kısa vadede evliliğin sonlandırılması oranlarının önemli ölçüde arttığını göstermiştir⁵⁷. Sonuçlar aynı zamanda eş tarafından uygulanan şiddet oranlarında da düşüş olduğunu göstermiş olup bu durum yasal değişiklikten kaynaklanmıştır. Boşanma maliyetinde yaşanan düşüşten sonra evli kadınların yakın partnerleri tarafından öldürülme oranları yüzde 30 oranında azalmıştır. Ayrıca, bu düşüşün bir kısmı, evliliğin sonlanması sürecinde olan eşler arasındaki şiddet oranında görülen azalma ile açıklanabilir. İspanya'daki bu reform, boşanma sürecinin süresini önemli ölçüde etkilemiştir. Özellikle, bu bulgular boşanma sürecinin uzunluğu ve eski eş mağduriyeti görülme sıklığı arasında kötü anlamda bir bağlantı olduğu yönünde kanıt ortaya koymaktadır.

57 Pablo Brassiolo, 'Boşanma Tehditleri İnanılır Hale Geldiğinde Ev İçi Şiddet ve Boşanma Hukuku' (2014) <<https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/710/domestic-violence-divorce-threats-credible.pdf;jsessionid=B0B6BD104FF33D1657A594C3DC8A51E6?sequence=1>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

► Bulgaristan (2009)

Bulgaristan boşanma sistemi, 2009 yılında kabul edilen yeni Aile Kanunu ile büyük bir değişimden geçmiştir. Her iki boşanma türü de korunmuştur: anlaşmalı boşanma ve evlilikle ilgili derin ve onarılmaz bir sorun temelinde boşanma talebi. Bununla birlikte, her iki boşanma türünde de önemli yeni durumlar mevcuttur ve yeni sistem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun evlilik konularıyla ilgili yargılamalarda eş zamanlı olarak yaptığı değişiklikleri de göz önünde bulundurmıştır. Başlıca yenilikler arasında; anlaşmalı boşanmanın kabul edilebilirliği için üç yıllık sürenin kaldırılması ve uzlaştırma döneminin kaldırılması bulunmaktadır. Eşlerin evliliğin feshiyle ilgili rızasına ve boşanma sonuçları üzerinde anlaşmaya büyük önem verilmekte olup eşler arasında anlaşmaya yalnızca izin verilmez aynı zamanda bu adım yargılamanın her aşamasında teşvik edilir.

Dikkate değer biçimde, Bulgaristan'ın yeni Aile Kanunu kapsamında kusurun boşanmayı meydana getiren gerçeklere ilişkin bir unsur olarak önemini kaybetmesiyle daha basitleştirilmiş ve dinamik boşanma yargılamaları ortaya konmuştur. Mülga Aile Kanunu kapsamında (1985), evlilik birliği bozulduğunda eşler boşanma için başvurabiliyordu ve boşanma kararı verildiğinde mahkeme her zaman kusura dayalı olarak karar vermek durumundaydı. 2009 tarihli yeni Aile Kanununda başka bir ilke benimsenmiştir: evlilik birliği derin ve onarılamaz şekilde sarsıldığında eşler boşanmayı talep edebilir ve yalnızca kararını verirken mahkeme yalnızca eşlerden birinin talep etmesi hâlinde kararını kusura dayandırır. Dava taraflarından biri veya dava tarafları tarafından özellikle talep edilmesi hâlinde mahkeme kusura dayalı olarak karar verecektir ancak evliliğin sonlandırılmasına yönelik evlilik birliğinin ciddi bir şekilde temelden sarsılması gibi gerekçelerin söz konusu olduğu da kararda tespit edilmelidir⁵⁸. Bu sebeple, nesnel kriterler incelenmez; boşanma dar anlamıyla evlilik birliğinin temelden sarsılması temelinde yalnızca öznel bir kritere dayalı olarak gerçekleşir: mahkeme evliliğin kurtarılamayacağına kani olduysa.

58 Avrupa Yargı Ağı, 'Hollanda'da Boşanma ve Yasal Ayrılık' (16 Aralık 2020) <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-bg-en.do?member=1> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

Kusurun zorunlu olarak belirlenmesi kuralının kaldırılması pek çok yönde olumlu gelişmeyi beraberinde getirmiştir. Bunlar arasında daha hızlı işleyen prosedür (hem mahkemenin iş yükü açısından hem de eşler açısından) ve taraflar ve çocuklar için ikincil örselenme riskini azaltan dostane ayrılma ihtimali bulunmaktadır. Sonuç olarak, kusura dayalı boşanma sistemi konumunu kaybetmiştir ve eşlerin büyük bir çoğunluğu böyle maliyetli, uzun süren ve duygusal olarak yük getiren ve ayrıca tanıkların sorgulanmasını gerektiren bir deneyim yaşamak istememektedir. Reform aynı zamanda kusurun tek başına taşıdığı önemi de ortadan kaldırmıştır ve evliliğin sonlanması sonrasında eski eşlerden hangisinin aile konutunu kullanacağını belirlerken mahkemenin durumu kusuru göz önüne almadan yalnızca konut ihtiyacı, eşlerin sağlık durumları ve küçük çocuklar varsa onların özel gereksinimleri ekseninde değerlendirmesi zorunludur.

Daha önce kusurla bağlantılı olan (ve teorik olarak hâlâ bağlantılı olan) nafaka ve prosedürün maliyeti gibi konuların sonuçlarıyla ilgili olarak Bulgaristan'da mahkemelerin çok başarılı bir yaklaşım benimsediği ve bu yaklaşımın kusur iddialarını çekici olmaktan çıkardığını belirtmek önemlidir. İlk olarak, Bulgaristan Yargıtayının belirttiği üzere, taraflardan birinin evlilikle ilgili kusur temelinde karar verilmesi yönündeki talebi mahkemeye her iki tarafın da kusurunu değerlendirme yetkisini verir ve kusurun belirlenmesi talebi, uyuşmazlık taraflarından birinin, yalnızca diğer tarafın kusuru temelinde bir mahkeme kararı çıkmasını sağlama yönünde öznel bir hak değildir. Bu konuyu dile getiren taraf, dava kapsamında toplanan kanıt temelinde mahkemenin kusura dayalı karar verme sürecini başlatır ancak bu kararı yalnızca karşı tarafın kusuruyla sınırlandıramaz⁵⁹. Ayrıca, kusur iddiasının bulunduğu çoğu davada mahkeme, evliliği korumak için her iki eşin de yeterince çaba sarf etmediği sonucuna götüren savlar bulmaya çalışır ve -eşlerin her ikisinin de evlilik birliğinin derinden ve temelinden sarsılmasında payı olduğu için - "ortak kusur" belirler. Genellikle mahkemenin bu yöndeki gerekçeleri, eşlerin evliliğinin bozulmasındaki sebebin karmaşık olması ve farklı sebeplerle baş gösteren haddinden fazla kötüleşmiş aile ilişkilerinden kaynaklanmasına dair kanıtların

59 Bulgaristan Yargıtayı, Hukuk Davası № 7400 hakkında karar, 2015, <http://www.vks.bg/pregled-akt?type=ot-spisak&id=E6CF8D7100D85D08C2257ED7002395A4>

olduğu yönündedir. Aile ilişkilerindeki kötüleşme sebepleri arasında birbirine yabancılaşma ve önemli ailevi konularda birbirini yanlış anlama, eşlerden birinin diğerine kaba ve çelişkili davranması, tek taraflı kararların dayatılması (örneğin aile konutunu ipotek ederek kredi çekme), evlilik dışı ilişkinin tespit edilmesi bulunmaktadır. Bu tür durumlar mahkemelerin her iki eşte de “evlilik karşıtı davranışlar” olduğu ve bunların evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olduğunu düşünmesine yol açar. Ayrıca, ortak kusur, şayet varsa nafakanın hesaplanmasını etkilemez ve yargılamanın maliyeti eşler tarafından ortak karşılanır.

Bulgar hukuku “evlilik birliğinin temelden ve derinden sarsılmasına ilişkin kusur” terimini tanımlamamaktadır. Mahkemeler bu kavramı eşlerin evlilik ilişkisine yönelik öznel ve nesnel bir dizi tutumu ve eşlerin birbiriyle ilgilenmesi ile ailenin devamlılığı ve ortak konutun bakımının sağlanması gibi evlilik yükümlülüklerinin yerine getirilmesi olarak algılamaktadır. Öznellikten kaçınmak için eşlerden her birinin spesifik eylemlerini yansıtan gerçek davranışı değerlendirilmelidir. İçtihadı göre eşlerin münferit karakterinin ve kişiliğinin tüm yansımaları davaya özgüdür ve ortak bir payda altında bir araya getirilemez. Bu sebeple, ele alınan ve değerlendirilen konu her birinin ailedeki uyumu bozup bozmadığı ve ne ölçüde bozduğu ve ailedeki ilişkiyi olumsuz etkileyip etkilemediğidir. Başka bir deyişle, aynı davranış bazı davalarda evliliğin sarsılmasına yol açarken bazılarında açmaz, bu da eşlerin karakterine, yetiştirilmesine, dünyayla ilgili görüşlerine, hoşgörü düzeylerine ve evliliğin esasıyla ilgili tutum ve görüşlerine bağlı olarak değişir.

Bu anlamda alt derece mahkemeleri genellikle Bulgaristan Yargıtayının içtihadına başvurur. Örnek vermek gerekirse, son dönemde verdiği bir kararda⁶⁰ Bulgaristan Yargıtayından, çeşitli kusur iddialarının öne sürüldüğü yaşlı bir çiftin evliliğinin sonlanmasındaki kusuru incelemesi istenmiştir. Bulgaristan Yargıtayı çiftin evlilik hayatının farklı yönlerini inceledikten sonra eşlerden her birinin diğerinin mevcut olmadığı tamamen bağımsız hayatlar sürdüğünü tespit etmiştir. Her iki eş de yaşlıdır, her ikisinin de sağlık durumları kötüdür ve birbirlerinin bakım ve ilgisine ihtiyaçları vardır ancak evlilik yükümlülüklerini ihmal ederek

60 <http://www.vks.bg/pregled-akt?type=ot-spisak&id=A8C744C557746099C2257921002E831B>

eşler birbirlerine bunu sağlayamamıştır. Aynı zamanda, eşlerin ikisi de ailedeki çelişkilerin ve sorunların üstesinden gelmek için gerekli çabayı sarf etmemiştir. Pasif davranışları ve birlikte yaşama, aynı evi paylaşma, saygı, anlayış ve partnerine güvenin beraberinde getirdiği gereklilikleri ihmal etmeleri evliliklerini hukuk ve ahlak temelinde vadesi dolmuş bir duruma getirmiştir. Bu sebeple, evlilik Bulgaristan Yargıtayı tarafından biçimsel ve gereksiz olarak değerlendirilmiş ve ortak bir evlilik kusuru temelinde sonlandırılmıştır. Bulgaristan Yargıtayı eşler arasında bozulan ilişkiden önce gelen uzamış fiili ayrılığın aile birliğini kalıcı olarak ve geri döndürülemez şekilde sarstığı sonucuna varmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Bulgar aile hukuku kapsamında "ortak kusur"un iki sonucu bulunmaktadır: aile konutunun kullanımı ve mahkeme yargılaması ücreti. Sonuç olarak, bu davada, aile konutunun paylaşılması eşittir – her iki eşin de odalardan birini bağımsız olarak ve oturma odasını, mutfağı ve diğer hizmet alanlarını ortak kullanma hakkı bulunmaktadır. Bu sonuç mahkeme ücretini de önceden tanımlar; taraflardan her biri evliliğin sonlanması için Bulgaristan Yargıtayına 25 Bulgar Levası ödemelidir ve avukat ücreti gibi diğer ilgili maliyetler başlangıçta olduğu gibi taraflarca karşılanır.

Kyustendil Yerel Mahkemesi de son dönemlerde verdiği bir kararda evlilik kusuru kavramını ayrıntılı bir şekilde ele almıştır⁶¹. Mahkeme, yasama organının "evliliğin derinden ve onarılamaz şekilde sarsılması" ile ilgili kusur kavramını tanımlamadığı görüşündedir ancak içtihat gereği bunun mahkeme tarafından eşlerin evlilik ilişkilerine yönelik sergilediği bir dizi nesnel ve öznel tutum ve evlilik yükümlülüklerinin yerine getirilmesi olarak görülmesi gerekir. Söz konusu davada kadın, eşler arasındaki evlilik ilişkisinde sürekli çatışmaya sebep olan koşullar yaratmıştır ve koca da daha sonra başka bir kadınla yaşamış ve o kadından bir çocuk sahibi olmuştur. Mahkeme, davranışlarıyla her iki tarafın da evlilik ilişkilerine zarar verdiğinin bilincinde olduğunu ve birbirilerinin gereksinim ve isteklerini göz önüne alarak uzlaşma ve çözüm arama konusunda isteksiz olduğunu kabul etmiştir. Taraflar çatışmaları çözmek ve birbirleriyle uyumlu bir ilişkiyi yeniden kurmak için yeterince çaba sarf etmemiştir. Her iki eşin de davranışı evliliğin

61 <http://kos-bg.eu/post/0063d813/31053013.htm>

normal gidişatını etkilemiş ve ortak evlilik hayatını sürdürmeyi imkânsız hâle getirmiştir. Kanun her iki eşe de eşit şekilde yeterlilikleri, malları ve gelirlerine göre karşılıklı anlayış ve ortak çaba ile ailenin refahını sağlama yükümlülüğü yüklemekte olup söz konusu davada bu yerine getirilmediğinden evliliğin sarsılmasından her iki eş de sorumludur. Mahkemenin bu davadaki yaklaşımı ve savları oldukça tipiktir ve diğer pek çok davada da benzerleri görülmektedir.

Shumen Bölge Mahkemesi ilk derecede verdiği kararlardan birinde⁶² aynı yönde ayrıntılı gerekçeler sunarak evliliğin sonlanmasında kusura ilişkin karar vermiştir. Söz konusu davada, başvuru sahibi tarafından kusur iddiaları dile getirilmiş ve dolayısıyla mahkemenin bu iddiaları incelemesi gerekmiştir. Davada tespit edilen maddi gerçekler ve tarafların tutumları temelinde mahkeme, çelişkili ve anlaşılmasız bir biçimde ortaya konan “özel sebepler ve kişisel kusurların” eşler arasındaki evlilik birliğinin temelden sarsılmasını tespiti yaramadığı görüşündedir. Başvuru sahibinin aile konutundan ve karısından ayrılması, kadının yabancılaşmasına yönelik şartları hazırlayan bir davranış olarak değerlendirilmiş ve kadının da ilişkiyi onarmak için yeterince çaba sarf etmediği tespit edilmiştir. Bu durumda mahkeme her iki eşin de evliliğin sonlanmasında payının olduğu yönünde karar vermiştir: (bir önceki kararda olduğu gibi) eşler çatışmaların üstesinden gelmek ve birbirleriyle olan ilişkilerini yeniden uyumlu hâle getirmek için yeterince çaba sarf etmemiştir. Mahkeme, her iki tarafın da tutumları sebebiyle evlilik ilişkisine zarar verdiklerinin bilincinde olduğunu belirtmiş ve bu sebeple evliliğin sonlanmasındaki kusurun ortak olduğunu tespit etmiştir.

► Birleşik Krallık (Devam etmekte)

Birleşik Krallık'ta devam etmekte olan boşanma hukuku reformu, 2019 yılında bir kanun teklifi olarak sunulmuş ve Boşanma, Fesih ve Ayrılık Kanunu 2020, 25 Haziran 2020'de Kraliçe tarafından onaylanmıştır. Mevcut Birleşik Krallık kanunları kapsamında, taraflar ayrılıkları üstünden 2 yıl geçmemişse, diğer tarafın tutumu hakkında bir iddiada bulunmadan boşanmak için başvuramaz veya boşanmak üzere anlaşamaz ve sonuç olarak 5 boşanmadan 3'ü kusura dayalıdır.

62 <http://kos-bg.eu/post/0063d813/31053013.htm>

Açıklayıcı notlarına göre reformun amacı, devletin ve boşanmak isteyen çiftlerin menfaatlerine hizmet etmeyen yasal gerekliliklerin kaldırılmasıdır. Ayrıca, reform hem eşler hem de çocuklar açısından kötü sonuçlar ve daha fazla çatışmadan kaçınmayı amaçlar. Reform aynı zamanda, dava ortak bir kararın sonucunda açılmışsa ortak başvuru seçeneğini de getirir⁶³. Ortak başvurunun getirilmesinin yanı sıra, reform boşanma kararına itiraz etme ihtimalini de ortadan kaldırır. Bunun sebebi, evliliğin temelden sarsıldığı gerekçesiyle yapılan boşanma başvurusunun evliliğin sonlanması için kati delil oluşturmasıdır⁶⁴.

Ekim 2017’de, Nuffield Vakfı tarafından finanse edilen bir araştırma projesi kapsamında hazırlanan raporda kusurun boşanma hukukundan tamamen kaldırılması ve bunun bir tebligat sistemiyle ikame edilmesi tavsiye edilmiştir. Raporda, teori ve uygulama arasındaki uyumsuzluğu ele almak için kanunda reforma gidilmesinin zamanının geldiği sonucuna varılmıştır⁶⁵. Bu boşanma türünün savunucuları kusur iddialarının sebep olabileceği çatışmaların azaltılmasından bahsetmektedirler. Bazı davalarda kusur iddiası ‘saçmalık’olarak görülmektedir⁶⁶. Yeni reform, bir eşin kötü davranışına veya ayrılıkla ilgili gerçeklere ilişkin kanıt sunma gerekliliğini evliliğin temelden sarsılması gerekliliğiyle ikame eder. Evliliğin temelden sarsılması gerekliliği eşlerden biri veya her ikisi için de söz konusu olabilir⁶⁷. Anlaşıldığı üzere, Birleşik Krallık’ta boşanma başvurusu taraflardan yalnızca biri tarafından yapılabilir ve daha sonra taraflar zina, belirli bir davranış ve terk etme dahil olmak üzere bir boşanma gerekçesi ve ayrılık süresini ortaya koymalıdır⁶⁸. Reform daha sonra

63 BK Adalet Bakanlığı, ‘Boşanma, Fesih ve Ayrılık Kanunu 2020: Açıklayıcı Notlar’ (2020) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/11/pdfs/ukpgaen_20200011_en.pdf> 9 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

64 age.

65 Liz Trinder ve diğerleri., ‘Kusur bulma? İngiltere ve Galler’de Boşanma Hukuku ve Uygulaması’ (2017) <[https://www.nuffieldfoundation.org/sites/default/files/files/Finding_Fault_full_report_v_FINAL\(1\).pdf#page=41](https://www.nuffieldfoundation.org/sites/default/files/files/Finding_Fault_full_report_v_FINAL(1).pdf#page=41)> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir

66 Catherine Fairbairn, ‘Kusura dayalı olmayan boşanma’ (2019) <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN01409/SN01409.pdf>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

67 Boşanma, Fesih ve Ayrılık Kanunu 2020

68 BK Adalet Bakanlığı, ‘Boşanma, Fesih ve Ayrılık Kanunu 2020: Açıklayıcı Notlar’ (2020) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/11/pdfs/ukpgaen_20200011_en.pdf> 9 Kasım 2021’de erişilmiştir, parag 5

bu gerekliliği de tamamen kaldırmıştır ve boşanma yargılaması için en az altı aylık bir süre vermektedir.

► İsviçre (2000)

Kusura dayalı olmayan boşanma kavramı İsviçre’de 1 Ocak 2000 tarihinde yapılan reformla kabul edilmiştir⁶⁹. İsviçre aile hukuku kapsamında, boşanmayla ilgili özel bir gerekçe bulunmamaktadır. Bunun yerine, herhangi bir sebep belirtmeye gerek olmadan boşanma talebiyle bir dilekçe sunulmalıdır. Üç çeşit dilekçe vardır: ortak dilekçeler, eşlerden birinin ayrı yaşaması sebebiyle verilen dilekçe ve evliliğin devamının makul olmayan bir beklentiye dönüşmesi sebebiyle eşlerden biri tarafından verilen dilekçe. En son bahsi geçen dilekçe türü için, dilekçeyi sunan eş, evliliklerini devam ettirmenin neden makul olmadığını detaylı bir şekilde açıklamalıdır zira bu tür boşanmaya mahkeme yalnızca eş istismarı, onur kırıcı ahlaki davranış veya suç faaliyeti gibi ciddi sebepler olması hâlinde izin vermektedir.

Türk boşanma sistemindeki eşit kusur kavramı, İsviçre hukukundaki eşit kusur kavramından esinlenilerek oluşturulmuştur. Genel itibariyle İsviçre Medeni Kanunundan uyarlanan Türk aile hukuku 1972 yılında yeniden şekillendirilmiştir⁷⁰. İsviçre Medeni Kanunu, evlilik sonrası yoksulluk nafakası yükümlölükleri konusunda çağa ayak uydurmuş ve boşanmada kusur ilkesini kaldırmıştır. 1998 yılında İsviçre hukukunda yapılan reformlar, boşanma sebebiyle edilen zararın tazminiyle ilgili olarak öznel kusur ilkesini kaldırmıştır (Madde 151 aZGB (İsviçre Medeni Kanunu eski versiyonu). Boşanmayla ilgili tazminat kısmına gelindiğinde ise ‘kusur’ kriterinden ‘ihtiyaç’ kriterine geçilmiştir. Yapılan bir çalışma, İsviçre yargısına kıyasla Türk yargısının ‘eşit kusur’ ilkesiyle bile kadınların tazminat hakkını ortadan kaldırdığını iddia etmektedir⁷¹.

69 Thomson Reuters Pratik Hukuk, ‘İsviçre Aile Hukuku: Genel Bakış’ (Thomson Reuters Pratik Hukuk, 1 Kasım 2020’de erişilmiştir) <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-612-5665?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-612-5665?transitionType=Default&contextData=(sc.Default))> 16 Aralık 2021 tarihinde erişilmiştir.

70 Esin Örüçü, ‘Türk Aile Hukukunda Son Gelişmeler’ [2004] Recht van de Islam 21, s. 1-20

71 B Özlük ve M Saral, ‘Türk Yargı Sisteminde Kusur Kavramı, Evlilik Sonrası Nafaka Yükümlölüğü ve Kadınlara Karşı Ayrımcılık’ [2018] Uluslararası Hukuk, Politika ve Aile Dergisi 32, s. 281-301

► Fransa (2017)

Fransız boşanma sisteminde yapılan tadilat karşılıklı rıza ile boşanmayı kolaylaştırmak üzere 2017 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu konuyla ilgili iki özel terim bulunur, bunlar **karşılıklı rıza ile boşanma ve avukat aracılığıyla karşılıklı rıza ile boşanmadır**. İlk terim eşlerin karşılıklı rızası ile evliliğin sonlanma ihtimalini tanımlar. Ayrıca, bu kavram yeni bir anlamsal özellik içerir, bu da adli sürecin gerektirdiği boşanmadır zira bu durumda eşler hâkime boşanmanın sonuçlarını düzenleyen bir anlaşma sunmalıdır (Madde 230 - Fransız Medeni Kanunu, 2016). Bu değişiklikler dışında, **adli karşılıklı rıza ile boşanma terimi** 26 Mayıs 2004 tarihli Kanun Madde a ve Madde 2, 7, 8, 9 kapsamında ortaya konulan boşanma talebi ve koşulları hakkında aynı anlamsal özellikleri taşımaya devam etmektedir⁷².

3.1.3. Boşanma Yargılamalarının Hızlandırılması

Hızlandırılmış boşanma sisteminin benimsenmesinin ardında yatan gerekçe, odak noktasının suçtan çözüme kaydırılması ve eşlere dostane ayrılığı amaçlayan basit ve engelsiz bir yol sunulmasıdır. Örneğin, “Ekspres Boşanma” süreci İspanya’ya 2005 yılında getirilmiştir⁷³. Bu süreç tipik bir kusura dayalı olmayan boşanma sistemi olup resmi adı **‘divorcio por mutuo acuerdo’ (anlaşmalı boşanmadır)** ve her iki eşin de boşanma konusunda ve daha da önemlisi boşanma koşulları hakkında mutabık kalmasını gerektirir. Çocukların velayeti, kişisel ilişki hakları, aile konutunun kullanımı ve evlilikte edinilmiş varlıkların paylaşılması gibi hususlarda da taraflar anlaşmalıdır. Şayet hiçbir uyuşmazlık konusu kalmayacak şekilde anlaşmaya varılırsa çift, hızlandırılmış süreç yoluyla boşanma için mahkemeye başvurabilir.

İskoçya’da, Brexit (Birleşik Krallık’ın Avrupa Birliği’nden ayrılması) ve Brüksel IIbis’i yürürlükten kaldıran mevzuatın sonucu olarak, geçiş döneminin bitiminden sonra mahkemeler tarafından alınan

72 Beatriz Curti-Contessoto ve Isabelle Oliveira ve Ieda Maria Alves, ‘Fransız Mevzuat Tarihi boyunca Boşanmanın Anlamsal ve Sözlüksel Evrimi’ (2020) 9 JLL 48

73 Domenech Abogados, ‘İspanya Kanunu kapsamında Hızlandırılmış Boşanma’ <https://www.legaladviceinspain.com/divorce_in_spain/fast-track-divorce-under-spanish-law.html> 14 Ekim 2021 tarihinde erişilmiştir.

başvurulara ilişkin olarak boşanma ve fesih gerekçeleri değişmiştir. 1 Mart 2021’de yürürlüğe giren Sederunt Kanunu 2021⁷⁴ özellikle yargı gerekçelerinin mevcut mevzuata uymasını sağlamak üzere Birleşik Krallık’ın AB’den ayrılmasının sonucu olarak mahkeme kurallarında ve belirlenmiş başvuru formlarında değişiklik yapmıştır⁷⁵. Evlilik taraflarından veya partnerlerden herhangi birinin davanın açıldığı tarihte İskoçya’da ikamet ediyor olması veya söz konusu tarihle biten bir yıllık süre boyunca mutlak meskenlerinin İskoçya olması şartıyla basitleştirilmiş boşanma yargılamaları getirilebilir.

Ev içi şiddet ve boşanma yargılamaları arasındaki etkileşim de AB gündeminde olup aile içi istismar durumunda boşanma yargılamalarında görülebilecek gecikmelerden kaçınılması gerektiğine dair bir ilke getirilmiştir. Alman hukuku kapsamında “hızlı” boşanma, prensipte, anlaşmalı boşanma söz konusu ise bir yıllık ayrılık dönemi olmaksızın veya çekişmeli boşanma durumunda üç yıllık ayrılık dönemi olmaksızın mümkün değildir. Yalnızca istisnai durumlarda ayrılık dönemi olmaksızın hızlı boşanma gerçekleştirilebilmekte olup bunun ön şartı evliliğin sürdürülmesinin başvuru sahibi için makul düzeyde olmayan bir zorluk teşkil etmesidir⁷⁶. Alman aile mahkemeleri ev içi şiddetin istisnai durumlar arasında olduğu ve eşler arasında istismar olduğunda gerekli ayrılık süresi olmaksızın boşanma kararının verilebileceği kanısındadır⁷⁷.

3.1.4. Tek Taraflı Boşanma

Rıza dışı boşanma, dünya genelinde boşanma kanunlarının serbestleştirilmesinin bir sonucudur zira liberal (tek taraflı/kusura dayalı olmayan) boşanma hukukunun, karşılıklı rıza gerektiren mevzuata kıyasla boşanmayı mümkün kılma ihtimali daha fazladır.

Tek taraflı boşanma kapsamında, boşanmak isteyen eş diğerinin rızasını almak zorunda değildir. Bu boşanma türü Avrupa’da genel bir

74 Boşanma, Fesih ve Ayrılık Kanunu 2020

75 İskoç Mahkemeleri, ‘Basitleştirilmiş Boşanma ve Medeni Birliktelik Türlerinin Basitleştirilmiş Şekilde Feshedilmesi’ <<https://www.scotcourts.gov.uk/rules-and-practice/forms/sheriff-court-forms/simplified-divorce-and-simplified-dissolution-of-civil-partnership-forms>> 13 Ekim 2021 tarihinde erişilmiştir.

76 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), § 1565 Scheitern der Ehe

77 <https://www.scheidung.org/haertefallscheidung/>

model olarak varlığını sürdürmektedir ve her zaman yalnızca “talebe bağlı” olmamakla birlikte eşlerden birinin evlilik birliğinin temelden sarsıldığı iddiasında bulunması hâlinde, diğer eş bu iddiaya karşı çıksa bile mahkeme bu iddiayı dikkate alır⁷⁸. Burada boşanma prosedürünün etkililiğiyle doğrudan bağlantılı iki temel uygulama ele alınmalıdır:

- Ayrılık temelinde rıza dışı boşanma: Bu boşanma türü Avrupa Aile Hukuku Komisyonu (CEFL) Eski Eşler Arasındaki Boşanma ve Yoksulluk Nafakası Konularıyla İlgili Avrupa Aile Hukuku İlkeleri kapsamında öngörülmüştür. İlke1:8'e göre şayet eşler gerçekte bir yıldır ayrılırsa, eşlerden birinin rızası olmaksızın boşanmaya izin verilmelidir⁷⁹. Bu ilkenin ardındaki gerekçe, evlilik hayatının eşlerden birinin isteği dışında devam etmemesi gerektiğidir ve aradaki ayrılık dönemi de evliliğin onarılması ihtimalinin olmadığını güvencesidir.

Araştırılan yirmi iki yargı sisteminden on beşinde ayrılık temelinde rıza dışı boşanmanın tamamen veya kısmen sağlanması için özel hüküm gerekli olduğu görülmektedir. Bunlar Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, İngiltere, Galler, Fransa, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Norveç, Portekiz, İskoçya, İspanya ve İsviçre'dir (büyük bir çoğunluğu Türkiye'deki gibi fiili ayrılık olmasını gerektirmektedir)⁸⁰. 5 yıllık ayrılık dönemi, İngiltere veya Galler'de evliliğin temelden sarsıldığını gösteren mevcut beş gerekçeden biridir. Bu durumda diğer eşin rızası aranmaz (karşılıklı rıza olması hâlinde ayrılık dönemi 2 yıl olmalıdır). Bu şekilde boşanma veya fesih için başvuru sahibinin karşılaması gereken yasal gereklilik, evlilik birliğinin veya medeni birlikteliğin temelden sarsıldığını kanıtlamayı sağlayan beş yıllık ayrılık dönemidir. Bazı ek usuli gerekliliklere karşın, ayrılık önemli bir husustur ve boşanma kararının verilmesi için prensipte yeterlidir.

78 Avrupa Yargı Ağı, 'Holland'a'da Boşanma ve Ayrılık' (11 Aralık 2020) <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-nl-en.do?member=1> 14 Ekim 2021 tarihinde erişilmiştir.

79 Eski Eşler Arasındaki Boşanma ve Nafakayla İlgili Konulara İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri (ceflonline.net)

80 Marianne Roth, 'Gelecekteki Boşanma Hukuku-İki Türlü Boşanma' Esrin Orucu ve Jain Mari (ed) *Hukuk Sistemlerinin ve Boşanma ve Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkelerinin Yan Yana Getirilmesi* (Intersentia 2007) 53.

Bazı durumlarda, iki ayrı hanenin geçimini sürdürmenin mümkün olmaması gibi sebeplerle fiili olarak ayrılma gerçekleşmemiş olabilir. Bu sebeple, eşlerin iki ayrı hanede yaşamış olmaları mutlak bir koşul değildir ve diğer taraftan iki ayrı hanede yaşıyor olmak evlilik hayatının bittiği anlamına da gelmez⁸¹.

- Rıza dışı boşanmada ayrılık süresinin kısaltılması/kaldırılması: Bir adım daha ileriye giderek özellikle evliliğin sonlanmasına ilişkin karşılıklı rızanın olmadığı ve dolayısıyla anlaşmalı boşanmanın mümkün olmadığı ilişkilerde, belirli bir ayrılık süresi geçirme gerekliliği birtakım zorlukları beraberinde getirebilmektedir. Bu şekilde “beklemede” geçen bir dönem daha da zarar verici olmakta ve eşe veya çocuklara yönelik şiddet riski olması hâlinde de tehlike arz etmektedir. Böylesi bir durumda, şiddetin söz konusu olduğu ortamlarda yaşayan kadınların ve çocukların yeterince korunmasının sağlanması için doğrudan boşanma başvurusu yapma imkânı büyük önem arz etmektedir. Şayet bu seçenek mevcut değilse, eşin önünde olumsuz ve çatışma yoğunluklu bu duruma katkı sağlayan iki alternatif olacaktır: mahkemeye başvurarak varsa kusur temelinde boşanmayı talep etmek ki bu diğer partnerle uzun ve maliyetli bir hukuki mücadeleyi gerektirir ya da gerekli olan ayrılık dönemi için evlilik hayatını sonlandırmak ve daha sonra fiili ayrılık temelinde tekrar boşanma başvurusu yapmak. Bununla birlikte, bazı Avrupa ülkelerinde, rıza dışı boşanma kapsamında resmi olarak boşanmalarına izin verilmeden önce eşlerin belirli bir süre ayrı yaşamaları gerekmektedir. Ayrılık süresi bir yıldan beş yıla kadar değişebilir. İsviçre’de eşler boşanmaya uygun hâle gelmeden önce iki yıl farklı çatılar altında yaşıyor olmalıdır. Norveç’te ayrılık süresi bir yılken, İrlanda’da bu süre beş yıldır. İtalya’da zorunlu deneme süresi uygulanır.

Hollanda’da eşler hâlâ aynı evde yaşıyor olsa da, boşanma dilekçesi sunabilirler. Dolayısıyla Hollanda boşanma hukuku diğer pek çok Avrupa ülkesinden daha esnektir.

81 Katharina Boele-Woelki, ‘Avrupa Aile Hukukunda Ortak Temel ve Daha İyi Hukuk’ (2005) <https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boeken/common_core_better_law.pdf> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

İspanya’da gerçekleştirilen reform pek çok önemli değişiklik getirmiştir. Bunlardan biri de boşanma öncesinde zorunlu olan 1 yıllık ayrılık döneminin kaldırılmasıdır. 1981’den itibaren uygulamada olan eski sistem kapsamında evliliğin sonlanmasıyla ilgili iki adımlı bir süreç bulunmaktaydı. Evliliği sonlandırmak isteyen çift genellikle boşanma talebinde bulunmadan önce ayrılık dönemi yoluna başvurmak zorunda kalıyordu ve ayrılık dönemi dilekçesi sunulduktan sonra boşanma için tekrar başvurmak için en az 1 yıl geçmesi gerekiyordu⁸². Boşanmanın sağlanmasına yönelik gerekliliklerin gevşetilmesi sonucunda, dilekçesi sunulan boşanma yargılamalarının sayısında büyük bir artış yaşanmıştır. Reformdan sonraki ilk yılda yerel mahkemelere sunulan boşanma dilekçesi sayısı yüzde 170 oranında artmıştır.

3.1.5. Düşünme Süresi

CEFL ilkeleri, eşlerin 16 yaşından küçük çocuğu olması hâlinde, anlaşmalı boşanma durumunda belirli bir düşünme süresinin kullanılmasını önermektedir⁸³. Bu düşünme süresinin ardındaki gerekçenin onarılabilir boşanmaların önüne geçmek ve küçük çocukların yüksek yararını gözetmek olduğu açıktır. Düşünme süresinin önemi, özel (adli olmayan) boşanma durumlarında dahi 15 günlük uzlaştırma dönemini getiren Fransız boşanma reformu tarafından da vurgulanmıştır. Eşlerin her birine bir avukat yardımcı olur ve yapılan bir anlaşma aracılığıyla eşlerin evliliğin sonlanmasına ilişkin yaptıkları anlaşma kayda geçirilir. Eşlerden her birinin bu anlaşmayı imzalamadan önce on beş günlük düşünme süresi vardır ve bu süreden feragat edilemez.

Türkiye’de boşanma sisteminin etkililiğini artırmak üzere çözümler sunmayı amaçlayan bu tavsiye raporu bağlamında, düşünme süresi çocuğun evlilikten doğan yüksek yararını vurgulasa da, anlaşmalı boşanmanın nispeten basitleştirilmiş olduğu ve eşler üstüne önemli

82 Pablo Brassiolo, ‘Boşanma Tehditleri İnanılır Hale Geldiğinde Ev İçi Şiddet ve Boşanma Hukuku’ (2014) <<https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/710/domestic-violence-divorce-threats-credible.pdf;jsessionid=B0B6BD104FF33D1657A594C3DC8A51E6?sequence=1>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

83 Avrupa Aile Hukuku Komisyonu, ‘Eski Eşler Arasındaki Boşanma ve Yoksulluk Nafakasıyla İlgili Konulara İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri’ <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>> 9 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

ölçüde yük yüklediği sistemlerde bunun olumlu etki bırakarak uygulandığını belirtmek gerekir.

3.1.6. Tüm Boşanma Türlerinde Tek Tip Yoksulluk Nafakası Talebi

Kusura dayalı boşanmalarda gündeme getirilen sorulardan biri, eşin evlilikle ilgili kusurunun veya kötü davranışının yoksulluk nafakasının belirlenmesinde bir etken olup olmadığıdır. Bu karşılıklı ilişki çoğu hukuk sisteminde hâlihazırda mevcut olsa da, 1989 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, taraflardan birinin diğerine sağlayacağı katkıların değerlendirilmesinde tarafların kusurunun dikkate alınmaması gerektiğini vurgulamıştır⁸⁴. Yoksulluk nafakası, evlilik süresince tarafların mali durumuna göre ele alınacak ekonomik bir husus olduğu için, boşanma gerekçelerinde kusur yer alsa bile evlilikle ilgili kusur veya kötü davranış konuyla ilintilendirilmemelidir. Kusurun nafaka talebiyle ilişkilendirilmemesi, evliliğin ekonomik bir ortaklık olduğu ve eşlerden her birinin kimin kazandığından bağımsız olarak aile gelirinden faydalanma konusunda eşit haklara sahip olduğu gerçeğini vurgular. Bununla birlikte, yukarıda adı geçen Tavsiye Kararında bahsedildiği üzere, kendisine katkı sağlanmasını talep eden tarafın ciddi şekilde kusurlu olması durumunda, mevzuata göre sağlanacak katkı reddedilebilir veya miktarı azaltılabilir.

Benzer şekilde, CEFL ilke 2:1'e göre eski eşler arasındaki yoksulluk nafakası, boşanma türlerinden bağımsız olarak aynı kurallara tabi olmalıdır ve bu durum Avrupa hukukunun ortak temelini yansıtmaktadır⁸⁵. CEFL uzmanları tarafından hazırlanan ulusal raporlar, geçmişte yoksulluk nafakasının yalnızca masum olan eşe verildiğini göstermiştir ve kusurun boşanma gerekçesi olmaktan çıkarılması da çoğu yargı sisteminde artık kusur ve yoksulluk nafakası arasında bir bağlantı kurulmadığı anlamına gelmektedir⁸⁶. Örneğin,

84 Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere boşanma sonrası sağlanacak katkılara ilişkin verdiği tavsiye kararı no. R (89), İlke 5

85 Avrupa Aile Hukuku Komisyonu, 'Eski Eşler Arasındaki Boşanma ve Nafakayla İlgili Konulara İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri' <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>> 9 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

86 Katharina Boele-Woelki, 'Avrupa Aile Hukukunda Ortak Temel ve Daha İyi Hukuk' (2005) <https://assets.budh.nl/open_access/fenr/boek/en/common_core_better_law.pdf> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

Portekiz hukukunda, boşanma türünden bağımsız olarak yalnızca tek tip yoksulluk nafakası talebi mevcuttur. Aynı durum, boşanmanın pek çok türünün mevcut olduğu ve çoğulcu olduğu söylenen yargı sistemleri olan Norveç ve Danimarka için de geçerlidir. Yalnızca tek tip boşanmanın mevcut olduğu yargı sistemlerinde yine tek tip boşanma sonrası yoksulluk nafakası sistemi bulunmaktadır.

Avusturya hukuku kapsamında, evlilikte edinilen malların dağıtılmasının ardındaki temel fikir, evlilik süresince edinilen malların eşler arasında eşit şekilde bölüştürülmesidir. Kusur, malların dağıtımı açısından belirleyici bir kriter değildir. Eş nafakasında ise, her iki eşin de eşit ölçüde kusurlu olduğu bir boşanmada eşlerin karşılıklı nafaka hakkı bulunmamaktadır ve kusura dayalı boşanma durumunda, mahkeme tarafından evliliğin sonlanmasında münferiden veya temel olarak kusurlu bulunan eş, diğer eşe belirli kısıtlayıcı koşullar çerçevesinde yoksulluk nafakası ödemelidir⁸⁷.

3.1.7. Özel (Adli Olmayan) Boşanma

Avrupa ülkelerinde “özel” boşanma -yargı sistemi dışında gerçekleştirilen ve genellikle noter gibi bir kamu makamı nezdinde yapılması yönünde resmi gereklilik bulunan anlaşmalı boşanma işlemi- olarak adlandırılan boşanma türünü mümkün kılma yönünde artan bir eğilim bulunmaktadır. Eşler arasında karşılıklı rıza olması hâlinde, evliliğin mahkeme dışında sonlandırılması, yargı sistemi dahilindeki boşanmaya daha hızlı bir alternatif olarak farklı Avrupa ülkelerinde uygulanmaya başlanmıştır. Estonya, Letonya, Slovenya, İspanya, Portekiz ve Romanya gibi pek çok Avrupa ülkesi bu boşanma türünü hukuk sistemlerine dahil etmiştir⁸⁸. Bu eğilim, temel olarak mahkeme yargılamalarının bazen uzun sürmesiyle ve basit davalarda yargının kararına ihtiyaç olmamasıyla açıklanabilir. Litvanya Adalet Bakanlığının hesaplamalarına göre, yerel mahkemelerin yakın zamanda görülen davalardan bazılarının haricinde tutulması hukuk

87 Avusturya'da Aile Hukuku: Genel bakış | Pratik Hukuk (thomsonreuters.com)

88 Katazyina Bogdzevic ve diğerleri, 'Adli Olmayan Boşanmalar ve Brüksel IIbis Tüzüğü: Başvurmak ya da Başvurmamak?' <<https://repository.mruni.eu/handle/007/17527>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

davalarında yerel mahkemelerin iş yükünü neredeyse %10 oranında azaltırken aileyle ilgili çoğu konunun çözümünü de basitleştirmiştir⁸⁹.

Slovenya'da 2019 yılında kabul edilen yeni Aile Kanunu adli olmayan boşanmaya olanak tanımakta ve bu görevi noterlere tevdi etmektedir. Sonuç olarak, mevcut boşanma prosedürlerinde bir değişiklik gözlemlenmekte olup böylelikle bazı konuların yargı sistemlerinin dışında ele alınmasına yönelik son zamanlardaki eğilim dikkate alınarak yargı makamlarının üstündeki yük azaltılmıştır⁹⁰.

2014 yılında İtalya'da yargı sistemi dahilindeki boşanmaya ek olarak özel boşanma uygulaması getirilmiştir. İspanya'da Adli Sekreterliğe (*Secretario Judicial*) yapılan uygun bildirimler sonrasında veya noter tarafından hazırlanan resmi belgede yapılan benzer bildirimler aracılığıyla boşanma mümkündür.

3.1.8. Toplumsal Cinsiyet Yanlılığını Önlemeye İlişkin Mevzuat Zemini

İkincil örselenmeyi önleme amacıyla, kusura dayalı boşanma yargılamalarının etkililiğini artırma anlamında önem arz eden ve özellikle ele alınması gereken konulardan biri, toplumsal cinsiyet yanlılığının önlenmesidir. Toplumsal cinsiyet yanlılığının belirliliği bu tür yanlılığın her iki toplumsal cinsiyet için de zararlı olma nedenini ortaya koyar. Bu sebeple, ideolojik "toplumsal cinsiyet savaşlarına" gömülmek yerine, şiddetli geçimsizliğin söz konusu olduğu boşanma için uygun koşulları yaratan ve altta yatan ayrımcılık dinamiklerini anlamak ve bunların önüne geçmek için anneleri ve babaları etkileyen toplumsal cinsiyet ayrımcılığının eş zamanlı şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Bu anlamda, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) tarafından ortaya konulan standartlar ve bununla ilgili

89 Malte Kramme, 'Brüksel IIbis Tüzüğü'nün Yeniden Şekillendirilmesi Işığında Özel Boşanma' [2021] Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 3/2021

90 Slovenya'da Yeni Aile Kanunu ve Boşanmanın Yargısallaştırılması (Yargısallaştırmaktan Çıkarılması), Suzana Kraljic, Maribor Üniversitesi, Haziran 2020

genel öneriler ele alınmalıdır⁹¹. BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, kadınlara yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmak için Taraf Devletlerin biçimsel eşitliğin yanı sıra maddi eşitliği de temin etmeleri gerektiği sonucuna varmıştır. Biçimsel eşitlik, toplumsal cinsiyet ayrımı gözetmeyen ve kadınlara ve erkeklere eşit muamele eden kanunlar ve politikaların benimsenmesiyle elde edilebilir. Maddi eşitlik ise yalnızca Taraf Devletlerin kanunların ve politikaların uygulanmasını ve etkilerini incelemesi ve kadınların içinde bulunduğu dezavantajlı durum veya hariç bırakılma durumunu telafi edecek şekilde eşitliği sağlamaları yoluyla elde edilebilir.

İstanbul Sözleşmesi⁹² evliliğin ekonomik sonuçları, aile ilişkileri ve bu ilişkilerin sonlanmasına ilişkin Madde 16'ya dair Genel Tavsiye Kararında belirtildiği gibi, kadınlar açısından evliliğin, boşanmanın, ayrılığın ve ölümün ekonomik sonuçları BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi için artan endişe kaynağı olmaya devam etmektedir. Boşanmanın etkileri ve bu bağlamdaki toplumsal cinsiyet farklılıkları çeşitli alanlara yayılmaktadır ve bunlar arasında ekonomik durum, sağlık ve refah durumu, aile içi düzenlemeler ve sosyal ilişkilerde değişiklik bulunmaktadır. Bazı ülkelerde yapılan araştırmalar, boşanma ve/veya ayrılık sonrasında erkeklerin genellikle çok az değilse de daha az gelir kaybına uğrarken, çoğu kadının hane halkı gelirinde önemli ölçüde kayba uğradığı ve mevcutsa sosyal yardıma daha bağımlı hâle geldiğini tespit etmiştir.

Yakın partner şiddetinin ve velayet haklarının kadınlar ve çocuklar üstündeki etkisine dair yakın zamanda kabul edilen Avrupa Parlamentosu İlke Kararında⁹³, mağdurlara yönelik ekonomik desteğin, mağdurun şiddet faili partnerinden mali bağımsızlığını kazanmasına yardımcı olarak oynadığı kilit rol vurgulanmaktadır. Avrupa Parlamentosu, kadınların büyük çoğunluğunun ayrılık ve boşanma prosedürleri sırasında daha yoksul hâle geldiğini ve bazı

91 Türkiye, bu yıl (2021) Sözleşmeden çekileceğini Avrupa Konseyine bildirmiştir ancak yine de İstanbul Sözleşmesi kadınlar ve erkekler arasındaki eşitliğe ilişkin standartları temin eder ve karşılıklı saygıyı veya şiddete dayalı olmayan çözümü teşvik ederek ve toplumsal cinsiyet kalıplarını sorgulayarak kadınlara yönelik şiddetin önlenmesini destekler.

92 Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, 'CEDAW Madde 16 Genel Tavsiye Kararı' [2013] C/GC/29

93 Yakın partner şiddeti ve velayet haklarının kadınlar ve çocuklar üstündeki etkisine ilişkin 6 Ekim 2021 tarihli Avrupa Parlamentosu İlke Kararı, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0406_EN.html

kadınların velayeti kaybetme korkusuyla haklarını almaya çalışmaktan vazgeçtiğini vurgulamakta ve bu sebeple Üye Devletlere ev içi şiddet mağdurlarının ayrılık ve boşanma sürecinde durumlarının daha da kötü hâle gelme riskine özellikle dikkat etmeleri çağrısında bulunmaktadır.

Bununla birlikte, aile mahkemelerinin tek başına kadınlar için adil bir boşanma sürecini temin edemeyeceği ve kadınların etkin şekilde topluma yeniden katılmalarını sağlamaya yönelik hizmetler sunamayacağı ve bağımsızlıklarını kazanmalarına yardımcı olamayacağı açıktır. Bunun için pek çok farklı düzeyde çok disiplinli bir yaklaşım, önleme programları, farkındalık artırma kampanyaları, boşanma sürecinde zorluklarla karşılaşan ve boşanma sonrasında da güçlüklerle karşılaşabilecek kadınlara yönelik programlar gereklidir. Boşanma sürecinin başında, ikincil örselenmeyi önlemek veya azaltmak, kadınları güçlendirmek, hayatlarını sürdürmeye yönelik motivasyon ve kaynakları bulmalarını ve mali bağımsızlıklarını kazanmak için kendi planlarını geliştirmelerini sağlamak amacıyla boşanma süreci sırasında ve sonrasında kadınlara psikolojik destek ve danışmanlık sağlanmalıdır. Muhtemel çözümlere örnek olarak, ev içi şiddet tedbir kararlarının, boşanma yargılamasının sonuna kadar uzatılması verilebilir.

3.1.9. Gecikmeleri Önlemek İçin Sınırlı Sayıda Temyiz

Mahkeme farklı ara prosedürleri kısmen engellediğinde veya tarafların taleplerini reddettiğinde bu durum ara temyiz konusudur. Boşanma yargılamalarında temyiz sayısı büyük ölçüde iç usul kurallarına bağlı olmakla birlikte özellikle önem arz eder. Bu tür bir yaklaşım, sınırsız sayıda ara temyize yol açar ve bunlardan her birinin usuli gereklilikleri ve son süreleri bulunmaktadır, ki bunlar ortadan kaldırılmalıdır. Bunları ortadan kaldırmanın AİHS Madde 6 kapsamında eşlerin adil yargılanma hakkını etkilemediğine inanılmaktadır. Aynı durum, yüksek mahkemelerin üçüncü derece olarak davaya dahil olma imkânının olmamasında da geçerlidir. Her iki tarafın da davalarının tamamının görülmesi konusunda iki seçeneği bulunmaktadır (genellikle yerel mahkeme ve temyiz mahkemesi). Mahkemelerin merkezileştirildiği sistemin boşanma davalarına bakan hâkimlerin uzmanlığındaki artış sayesinde, temyiz derecelerinin azaltılmasını

dengeleyeceği düşünülmektedir. Aynı şekilde, Resital No. 42'de yer alan Brüksel İter de AB Üye Devletlerinin temyiz sayılarını birle sınırlandırmalarını talep eder.

3.2. Usuli En İyi Uygulamalar: Adli Yardım ve Destek

İlgili taraflara sağlanan adli yardım ve desteğin iyileştirilmesi, ikincil örselenmenin önlenmesi anlamında büyük önem arz etmektedir. Örneğin, boşanma veya şiddetle ilgili konularla karşı karşıya kalan aileler pek çok sorunla karşılaşmaktadır ve kurumsal destek aracılığıyla boşanma ve ev içi şiddet konularını ele almada uzman bilgisi ve becerileriyle donatılmış sosyal çalışma görevlilerinin olduğu uzman kuruluşlar tarafından en iyi şekilde desteklenirler.

3.2.1. Yargı Sisteminin Uygun Şekilde Teşkilatlanması

Öncelikle, Avrupa Konseyi Üye Devletlerinin yargı sistemlerini makul süre zarfında duruşma hakkına saygı duyacak şekilde düzenleme yükümlülüğü getirilmesi, bazı devletleri geniş ölçekli reform yapma yönünde teşvik etmiştir⁹⁴.

Benzer şekilde Çek Cumhuriyeti'nde; 2000, 2005, 2008 ve 2009 yıllarında hâkimlerin iş gücünün azaltılması, usullerin basitleştirilmesi ve gecikmelerin önlenmesi amaçlanarak Medeni Kanun'da bir dizi usuli değişiklik yapılmıştır. Bazı kayda değer örnekler arasında, tüm davalarda temyize gitme imkânının azaltılması ve yalnızca görece önemli davalarda temyize izin verilmesi, hâkimlerin taraflara usuli hakları ve yükümlülükleri konusunda talimat vermesi ve dostane çözümlerin teşvik edilmesi görevi; aileyle ilgili davalarda özel ihtimam göstermeyi sağlamaya yönelik yeni kurallar, çocuklarla ilgili yargılamalarda hızlı karar verme ve ebeveynler arasında arabuluculuk ve dostane çözüm ihtimali; mahkemenin davayla ilgili kararını tek bir duruşmada verebilmesi için yargılamaları daha yoğunlaştırılmış hâle getirmeyi amaçlayan "tebliğ karinesi" ve "hazırlık duruşması"na

94 Avrupa Adaletlik Etkinlikli Komisyonu, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı temelinde Avrupa Konseyi Üye Devletlerinde mahkeme yargılamalarının uzunluğu (2018) <<https://rm.coe.int/cepej-2018-26-en-rapport-calvez-regis-en-length-of-court-proceedings-e/16808ffc7b>> 9 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

dayanan mahkeme belgelerinin tebliğine yönelik yeni bir sistem bulunmaktadır⁹⁵.

Avrupa'da mahkemelerin etkili bir şekilde teşkilatlanmasıyla ilgili genel eğilim itibariyle, aile adaleti sistemlerinin dijitalleşmesinden de söz edilmelidir. Avrupa Konseyi Adaletin Etkinliği Komisyonu ("CEPEJ") 2022-2025 yılları daha iyi adalet için dijitalleşmeye yönelik son eylem planına göre⁹⁶, kağıttan dijital mahkeme dosyalarına geçiş gerekli olup hâlen devam etmektedir. Özellikle mahkeme sistemlerinin etkinliğiyle ilgili olarak, elektronik araçların oluşturulması mahkemelerdeki işi kolaylaştıracak ve biriken işleri tanımlamayı ve sınırlamayı mümkün kılacak ve makul zaman çerçevelerinin gözetilmesini ve hukuk profesyonellerinin iş yükünü daha iyi yönetmesini sağlayacaktır.

8 Aralık 2021'de Avrupa Parlamentosundan müzakereciler AB Konseyiyle, e-CODEX sisteminin yönetimini ve fonlanmasını reforme etmeye yönelik tüzük hakkında geçici bir anlaşma yapmıştır. Bu gelişme AB adalet sistemlerinin dijitalleşmesinde bir dönüm noktasıdır. Söz konusu sistem sınır ötesi adli iletişimi daha etkin ve mahkemeleri daha erişilebilir hâle getirirken AB yargı makamları arasındaki karşılıklı güveni ve vatandaşların Birliğe güvenini artırmıştır. E-CODEX sistemi aile hukuku bağlamında bir dizi sınır ötesi elektronik teatiyi destekler, ör. iSupport⁹⁷ – HCHH (Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı) Daimi Bürosu tarafından koordine edilen ve AB'de yoksulluk nafakası yükümlülüklerinin sınır ötesi takibine yönelik bir iletişim sisteminin sağlanması ve elektronik dava yönetiminin geliştirilmesi amacıyla oluşturulan bir araçtır. Adalete etkili erişim hakkı, adil yargılanma hakkı, ayrımcılık yapmama ilkesi desteklenir ve kişisel verilerin ve gizliliğin korunması sağlanır.

3.2.2. Hâkimlerin Eğitilmesi

Konuya dahil olan uzmanların eğitilmesi ve uzmanlaşması gerekliliği ile kılavuz ilkelerin ve araçların hazırlanması, yargı yetkisinin geliştirilmesi ve adaletin niteliği ile mahkemelerin performansının iyileştirilmesi bakımından genel itibariyle önemlidir. Avrupa Hâkimleri

95 Age.

96 <https://rm.coe.int/cepej-2021-12-en-cepej-action-plan-2022-2025-digitalisation-justice/1680a4cf2c>

97 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-support/isupport1>

Danışma Konseyi (CCJE) tarafından yakın zamanda yayınlanan Görüşler Derlemesine göre⁹⁸, “uzman hâkim” sınırlı bir hukuk alanıyla (ceza hukuku, vergi hukuku, aile hukuku, ekonomik ve mali hukuk, fikri mülkiyet hukuku, rekabet hukuku gibi) veya belirli alanlardaki fiili durumlarla (ör. sosyal, ekonomik ve mali hukukla ilgili) ilgilenen hâkim olarak tanımlanır. Ayrıca, bahsi geçen Görüşten önce yapılan CCJE anketinde aile mahkemeleri pek çok Avrupa ülkesinde yaygın olan adli uzmanlaşma örneklerinden biri olarak tanımlanmıştır.

Uzmanlaşmış aile hukuku birimlerinin mevcut olmasından bağımsız olarak boşanma yargılamalarıyla ilgilenen hâkimlerin eğitiminde davaların özellikleri temelinde bir dizi önemli noktanın altı çizilmelidir:

■ **Çocuk dostu duruşmalar için bir dizi özel becerinin edinilmesi**

– Son zamanlarda yapılan bir çalışmada⁹⁹ çocuklar, hâkimlerin tutumunu oldukça resmi ve soğuk bir şekilde tarif etmiştir. Çocuklar hâkimlerin etkileşim kurmamasından ve geribildirim vermemesinden, kişiler arası becerilerinin kötü olmasından ve hâkimlerin duruşmayla yeterince ilgilenmediğinden ve kendilerini dinlemediğinden yakınmışlardır. Hatta bazı çocuklar duruşmalarda uzmanların kendilerine bağırdığını, kendilerini etkilemeye çalıştığını ve tehdit ettiğini ifade etmiştir. FRA'nın (AB Temel Haklar Ajansı) yukarıdaki çalışmada belirttiği üzere, AB Üye Devletleri, çocuklarla temas hâlinde olan tüm uzmanların çocuk hakları, çocuk dostu sözlü ve sözsüz iletişim ve dil, çocuk gelişimi, çocukla ilgili ceza mevzuatı ve hukuk mevzuatı konularında eğitim almalarını sağlamalıdır. Aynı husus, Brüksel IIbis Tüzüğü'nün uygulanmasına yönelik uygulama kılavuzunda da vurgulanmış ve çocuk ister hâkim, ister uzman, sosyal çalışmacı veya başka bir görevli tarafından dinlensin, çocuğu dinleyen kişinin örneğin çocukla nasıl en iyi şekilde iletişim kurulacağına dair yeterli eğitim almış olmasının elzem olduğu belirtilmiştir. Çocuğun görüşlerini dinleyen kişi, ebeveynlerin çocuğu etkilemesi ve çocuk üstünde baskı kurmasından kaynaklanan riskin farkında olmalıdır. Doğru

98 <https://rm.coe.int/ccje-opinions-compilation-1-23-en-final/1680a40c2e%0A%0A>

99 Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, ‘Çocuk dostu adalet: Dokuz AB Üye Devletinde adli yargılamalara mağdur, tanık veya taraf olarak dahil olan çocukların bakış açıları ve deneyimleri’ (2017) <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly-justice-children-s-perspective_en.pdf> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

şekilde ve uygun titizlikle yapıldığında duruşmada çocuk kendi isteklerini ifade edebilir ve sorumluluk veya suçluluk duygusundan kurtulabilir¹⁰⁰. Bu anlamda, hâkimlerin farklı yaş gruplarından çocukların farklılaşan ihtiyaçlarını tanımlamak üzere eğitilmiş olmaları ve böylelikle bu ihtiyaçları ele alarak çocuklarla uygun şekilde iletişim kurabilmeleri büyük önem arz etmektedir.

- **Toplumsal cinsiyet farkındalığı** – Hâkimlerin toplumsal cinsiyetle ilgili farkındalığını artırmak önemli bir konudur zira belirli bir kişiyle ilgili algı, davanın sonucu üstünde belirleyici etki yaratabilir. Hâkimler; kişinin cinsiyeti veya toplumsal cinsiyetiyle ilgili önceden yerleşmiş inançlar, belirli özellikler veya rollere dayanarak davayla ilgili bir sonuca vardığında, yargı ile ilgili toplumsal cinsiyeti basmakalıp bir kategoriye sokma eylemi gerçekleşmiş olur. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından yargıda toplumsal cinsiyet kalıpları konusunda yakın zamanda yapılan çalıştayda¹⁰¹ belirtildiği üzere, ele alınması gereken kavramlar arasında toplumsal cinsiyet kalıpları, toplumsal cinsiyeti basmakalıp kategorilere sokma, yargı ile ilgili kalıplara sokma ve bunların uluslararası insan hakları normları ve standartlarıyla bağlantısı ve toplumsal cinsiyet kalıplarının ortadan kaldırılmasıyla ilgili uluslararası insan hakları kapsamında devletin bir kolu olarak yargının özel yasal yükümlülükleri bulunmaktadır. Uluslararası, bölgesel ve ulusal mahkemelerin kararlarından kalıplara sokmaya ilişkin yargıdan örnekler de verilebilir.

Son yıllarda Almanya'da¹⁰², toplumsal cinsiyetle ilgili etkileri olan aşağıdaki konularda dersler verilmektedir: Aile avukatları için boşanma hukukundaki yeni gelişmeler (muhtelif dersler), ailede şiddet, cinsel şiddet mağdurlarına mahkemede nasıl yaklaşılacağı, uluslararası insan ticareti. Bununla birlikte, odak noktası toplumsal cinsiyetle ilgili konulardan ziyade hukuki konulardadır.

100 Brüksel İla Tüzüğü'nün uygulanmasına yönelik Uygulama Kılavuzu, para 6.5

101 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 'Toplumsal Cinsiyeti Basmakalıp Kategorilere Sokma ve Yargı' (2020) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GenderStereotyping_EN.pdf>10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

102 Ulrike Schultz, 'Hâkimlerin toplumsal cinsiyetle ilgili farkındalığının artırılması– Almanya'da yargı eğitimine ilişkin unsurlar' <<https://docs.google.com/document/d/1NJvO86KTfMZXEYmfgurFISpVGrwEJJXIkcszYstWRaY/edit#>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

- **Ev içi şiddet ve boşanma arasındaki etkileşimin anlaşılması** – Bir önceki hususun türevi olarak, pek çok çekişmeli boşanma davasında ev içi şiddet öyküsü vardır ve tarafların avukatları bu gerçeği her zaman göstermez veya bilmez. Şiddet öyküsünden veya ev içi şiddet dinamiklerinden haberdar olmadıklarında, hukuk profesyonellerinin (özellikle hâkimlerin) boşanmak isteyen çifti uzlaşmaya veya ‘aile bütünlüğünü bozmamak’ adına ‘sorunlarını çözmeye’ teşvik etmesi yaygın olarak görülmektedir. Bu uygulama, mağdurun ve/veya çocuklarının mükerrer veya artan oranda şiddete maruz kalma riskini istemsizce artırır¹⁰³.

3.2.3. Kurumsal Destek

Sürecin karmaşıklığı dikkate alındığında, boşanma davalarının ele alınmasında sergilenen çok disiplinli yaklaşım, daha iyi ve tutarlı boşanma süreci inşasının bir parçasıdır. Mesleki dernekler ve diğer ilgili aktörler, kurumsal iş birliği ve çok disiplinli yaklaşımı destekleme yönünde teşvik edilmelidir. Sürece dahil uzmanlar arasında iş birliğini güçlendirmek üzere hukuk profesyonelleri arasında standart uygulama prosedürleri de desteklenmeli ve mahkeme, uygun olduğunda, ilgili tarafların ve çocukların yüksek yararının korunmasını sağlamak amacıyla karar verme sürecinde sosyal ve psikolojik hizmet uzmanlarından uzman desteği talep etmelidir.

Çocuk dostu adaletle ilgili Avrupa Konseyi Kılavuz İlkeleri kapsamında, boşanma davaları üstünde çalışan meslekler arasında yakın iş birliği önemle tavsiye edilmektedir¹⁰⁴. Bu tür yakın iş birliği polis, sosyal çalışmacılar, (çocuk) psikologlar(ı), avukatlar ve hâkimler arasında en iyi uygulamaların paylaşılmasını mümkün kılar. Boşanma yargılamalarında çocuklarla yakın şekilde çalışan uzmanlar arasında ortak bir değerlendirme çerçevesinin oluşturulması, çocuğun yüksek yararının korunmasını sağlayacağı gibi belirli bir davanın görülmesi konusunda karar verme süresinde de yardımcı olabilir.

103 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, ‘Toplumsal Cinsiyeti Basmakalıplara Sokma ve Yargı’ (2020) <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GenderStereotyping_EN.pdf> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

104 Avrupa Konseyi, ‘Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle ilgili Kılavuz İlkeler’ (2010) <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

3.2.4. Temsil Edilmeyen Dava Taraflarına Yardım Etmeye Yönelik Özel Program

Şayet bir kişi yasal haklarına erişemiyorsa veya bunları kullanamıyorsa, mahkemelerin adaletin etkili bir şekilde tecelli etmesine ilişkin rollerini ifa etmeleri mümkün olmaz. Adli yardım sistemlerinin ceza davalarını önceliklendirdiği açıktır ve genellikle boşanma yargılamalarındaki dava tarafları adli yardım için elverişli değildir. Ancak kendileri için avukat tutacak durumları da yoktur ve bu durum, mahkeme sistemi içinde sürekli zorluklarla karşılaşmayı beraberinde getirmektedir. Söz konusu kişiler genelde mahkeme prosedürlerine ve süreçlerine aşina değildir ve açtıkları veya tebliğ edildikleri davalarla ilgili adli yardıma erişim haklarının olduğundan da haberdar değildirler. Bu tür temsil edilmeyen dava taraflarının, faydaları ve maliyetleri değerlendirmeleri amacıyla mahkeme yargılamasını başlatmadan önce gelecekte karşılaşacakları prosedürler ve muhtemel sonuçlar hakkında yardım ve bilgi alması kritik önemde olabilir. Genellikle bu dava tarafları, mahkeme sisteminde yönlerini bulmaya çalışırken zorluklarla karşılaşır ve hüsrana uğurlar. Özellikle boşanma yargılamalarında uyuşmazlığın niteliği, avukatların veya üçüncü tarafların yardımı olmadan durumun yönetilmesini daha da zorlaştırır.

Şüphesiz, kendi kendini temsil eden dava tarafları, avukatlarla aynı kurallara tabi olur ve kendi kendilerini temsil etme, bu dava taraflarının usuli kuralları anlama ve izlemeden muaf tutmaz. Bununla birlikte, temsil edilmeyen dava tarafının yasal temsil hakkından haberdar olmasını ve süreci, gerekliliklerini ve mahkemenin karar verme rolünü adil bir şekilde gerçekleştirmesi için kendileri adına ne yapmaları gerektiğini anlamalarını sağlamak üzere bilgi edinmelerini sağlamak önemlidir. Temsil edilmeyen dava tarafı, kusura dayalı boşanma gibi çekişmeli boşanma yargılamalarında mahkemenin yönlendirmesi olmadan karşı tarafın daha deneyimli olması hâlinde dezavantajlı hâle gelme riski taşımaktadır. Bu sebeple, bu tür destek araçlar üç amaca hizmet eder: Vatandaşların mahkemede karşılanmayan yasal haklarına erişimlerini ve bunları kullanmalarını sağlama, adil duruşmaların yapılmasında temsil edilmeyen veya kendi kendini temsil eden dava taraflarını destekleme ve özel prosedürle ilgili temel bilgileri açıklama.

Geçtiğimiz on yılda Birleşik Krallık, “Temsil edilmeyen dava taraflarına yönelik usuli tavsiye programını” getirmiştir¹⁰⁵. Bu program, sınırlı sayıda mahkemede kanuni takibat başlatan ya da bunlara taraf olan temsil edilmeyen dava taraflarına yönelik hukuk usulüyle ilgili konularda ücretsiz hukuki tavsiye sağlar. Bazı toplu gereklilikler vardır; bu hizmet adli yardım almamış ve özel avukatı olmayan ve belirli bir aylık gelir sınırı aşmayarak Usuli Tavsiye Programının gelir açısından uygunluk kriterini karşılayan temsil edilmeyen dava tarafları için geçerlidir. Bu program kapsamında verilen tavsiyelere örnekler: Mahkeme kurallarının, prosedürlerinin, mahkeme belgelerinin, kararların, yargılama prosedürlerinin, davanın nasıl açılacağı, çeşitli ara başvuruların nasıl yapılacağı, mahkeme belgelerinin nasıl hazırlanacağı, duruşma için nasıl hazırlanılacağı, yargılamalarla ilgili maliyetlerin ve maliyetlerin vergilendirilmesinin, bir kararın nasıl uygulanacağı, temyiz nasıl yapılacağı açıklanması. Bu programı açıklayan kısa kitapçığın pek çok azınlık dilinde de mevcut olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bu diller arasında Bengal dili, Hinduca, Endonezya dili, Nepal dili ve Tagalog dili bulunmaktadır.

3.2.5. Boşanma Yargılamalarında Devlet Tarafından Desteklenen Adli Yardım

Adli yardım hakkı, insan haklarının bütüncül bir parçasıdır. Bununla birlikte, aile hukuku alanında, dezavantajlı geçmişleri olan kişilerin yasal temsile erişmesine yardımcı olmak amacıyla fonlanan programlar genellikle önceliklendirilmemekte ve normal şartlarda belirli koşullara tabi olmaktadır¹⁰⁶.

Hollanda hükümeti de taraflara destek veren adli yardım danışmanlarına tazminat sunarak boşanma davalarında adli yardıma yönelik özel bir program uygulamaktadır¹⁰⁷. Bunun sebeplerinden biri boşanma davalarında eşlerin ebeveynlik planı hazırlama gerekliliğidir

105 Hong Kong Özel İdari Bölge Hükümeti, ‘Hukuk Usulleri Konusunda Temsil Edilmeyen Dava Taraflarına Yönelik Hukuki Tavsiye Programı’ <https://www.admwing.gov.hk/eng/public_service/paso.html> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

106 BK’de adli yardım boşanmada finansman sağlama davaları için mevcuttur ancak ilgili tarafın mali açıdan buna uygun ve ev içi istismar riski altında olması gerekir.

107 Hollanda Hükümeti, ‘Boşanma davalarına adli yardım için ayrılan ek kaynaklar’ <<https://www.government.nl/latest/news/2021/01/11/additional-resources-committed-to-legal-aid-in-divorce-cases>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

ve bu durum küçük çocukların söz konusu olduğu tüm boşanma davaları için 1 Mart 2009 itibariyle zorunlu olmuştur. Dolayısıyla işlerinin bir parçası olarak ebeveynlik planı hazırlamaları gereken adli yardım sağlayıcılarına yönelik bir girişim için 2024 yılına kadar toplam 11 milyon Avro toplanmış olacaktır. Ayrıca, boşanan ebeveynler ve adli yardım sağlayıcıları arasında yapılacak dört taraflı görüşmeler için de benzer bir girişim kapsamında 8 milyon Avro toplanacaktır.

Ayrıca, Adli Yardım Kurulu boşanma davaları için adli yardım paketlerinin geliştirilmesini önceliklendirmiştir. Şubat 2022’de dava taraflarının sorunlarına özel çözümler sunmak amacıyla boşanan çiftlere yönelik deneysel bir sübvansiyon programı başlatacaktır¹⁰⁸. Amaç, (genellikle karmaşık olan) boşanma yargılamasında adli yardım açısından tarafların neye ihtiyacı olduğunu ve bu anlamda kendilerine ne tür bir tazminat verilmesinin uygun olacağını araştırmaktır.

Hırvatistan’da, kusura dayalı olsun veya olmasın, çocukların dahil olduğu boşanma davalarında talep edilmesi hâlinde taraflara yönelik adli yardım mevcuttur, bu durumun istisnası eşlerin küçük çocuklarının veya evlat edinilmiş çocuklarının ya da reşit olma yaşını geçmiş çocuklarının olmadığı ve eşlerin anlaşmalı bir şekilde boşandığı yargılamalardır¹⁰⁹.

3.2.6. Halkın Eğitilmesi Yoluyla Toplumun Temas Noktalarının Güçlendirilmesi

Halka ve dolayısıyla kendi kendini temsil edecek dava taraflarına yardım eden halka açık ve erişilebilir hukuk eğitimi, adalete erişim için olması gereken başlangıç noktasıdır. Bu sebeple, vatandaşların yasal hakları ve görevlerine ilişkin kavrayışlarını artırma amacı önemlidir. Bu da, toplumun kendi yargı sisteminde boşanma yargılamasına ilişkin bilgileri içeren web siteleri gibi bilgi temas noktalarıyla donatılması yoluyla gerçekleşir.

Ayrıca, bilgi ve prosedürlere erişilebilirlik desteklenmelidir. Engelli kişiler ve çocuklar, fiziksel ve/veya ruhsal sağlık sorunları, idrak

108 [Start subsidieregeling experiment echtscheiding Raad voor Rechtsbijstand \(uitelkaar.nl\)](https://start.subsidieregeling.experiment.echtscheiding.raad.voor.rechtsbijstand.uitelkaar.nl)

109 Hırvatistan Cumhuriyeti Mahkemeleri, ‘Ücretsiz Adli Yardım’ <<https://sudovi.hr/en/citizens/free-legal-aid>> 14 Ekim 2021 tarihinde erişilmiştir.

kabiliyeti, dil, yer ve diğer engelleri bulunanlar (ki liste bunlarla sınırlı değildir), halka açık hukuk eğitimine erişebilmelidir. Kanada’da, aile adaleti hizmetleri sistemleri bilgi sağlar ve boşanma yargılamaları ve arabuluculuk ihtimaliyle ilgili bu bilgilerin görünürlüğü fazla, erişimi kolay ve kullanıcı dostudur¹¹⁰.

3.2.7. Çocuğun Uygun Şekilde Dinlenmesi İçin Etkili Tekniklerin Getirilmesi

UNCRC (Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi)¹¹¹ Genel Görüş No 12’de belirttiği üzere: *“Ayrılık ve boşanma durumlarında, çocuklar mahkemelerin kararlarından kesin surette etkilenmektedir. Çocuğa yönelik nafaka ile velayet ve kişisel ilişki konuları hâkim tarafından yargılama sırasında veya mahkeme tarafından yönlendirilen arabuluculuk yoluyla belirlenir. (...) Bu sebeple, ayrılık ve boşanmayla ilgili mevzuat, çocuğun karar vericiler tarafından ve arabuluculuk süreçlerinde dinlenmesi hakkını da içermelidir. Bazı yargı sistemlerinde bir politika olarak veya mevzuat gereği çocuğun görüşlerini ifade edebileceği belirli bir yaş belirtilmektedir.”*

Bu konu AB’de sürekli olarak ele alınmaktadır ve çocuğun dinlenmesiyle ilgili farklılaşan kurallar Brüksel IIbis’in yeniden şekillendirilmesine yol açan altı temel sorun arasında yer almıştır. Pek çok AB Üye Devletinde yapılan araştırmaların sonuçları, ceza mahkemesi yargılamalarına kıyasla çocukların hukuk (ve aile) mahkemesi yargılamalarında hâkimler tarafından daha az dinlendiğini göstermektedir. Bu sebeple, Brüksel IIter bu hakları kutsayarak Üye Devletlerin çocuklara kendilerini ilgilendiren yargılamalarda görüşlerini ifade etme fırsatını verme yükümlüğünü genişletir ve netleştirir.

Brüksel IIter Madde 21, Üye Devletlere kendi görüşlerini ortaya koyabilecek çocuğa görüşlerini doğrudan veya bir temsilci ya da uygun bir organ aracılığıyla ifade etmesi yönünde gerçek ve etkili bir fırsat sunulması yükümlülüğünü getirir ve bu yükümlülük velayet

110 OECD (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü), ‘Adalet Eşit Erişim’ (2015) <<https://www.oecd.org/gov/Equal-Access-Justice-Roundtable-background-note.pdf>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

111 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, ‘Genel Görüş No 12: Çocuğun Dinlenme Hakkı (1 Temmuz 2009) BM Doc CRC/G/GC/12 (CRC GC 12)

sorumluluğu konularıyla ilgili tüm yargılamaları kapsar. Ayrıca, Üye Devletlerdeki mahkemelerin çocuğun yaşı ve olgunluk derecesi doğrultusunda çocuğun görüşlerine gereken önemi vermeleri gerekir.

AB müktesebatının, AB genelinde çocukların görüşlerinin öğrenilme şeklini uyumlaştırmayı amaçlamadığı açıktır. Yeni tüzük sayesinde Üye Devletler söz konusu yükümlülüğü iç uygulamalar doğrultusunda uygulayabilecektir. Bu bağlamda, yeni tüzük, çocuğun görüşünün ne şekilde öğrenileceğine ilişkin bir yöntem belirtmez ancak bunun yerine Resital No 39'da çocuğun kim tarafından ve nasıl dinleneceğinin iç hukuk ve prosedür doğrultusunda Üye Devletler tarafından belirleneceği belirtilmektedir. Bu sebeple, çocuğun görüşlerinin hâkim tarafından mı yoksa özel olarak eğitilmiş bir uzman (Çocuk ve Aile Mahkeme Danışmanlığı ve Destek Hizmetleri görevlisi veya çocuk psikoloğu) tarafından mı dinleneceği Üye Devletler tarafından belirlenecektir. Bu anlamda, pek çok iyi uygulama tanımlanabilir.

15 ve 18 yaşlar arasındaki çocuklara genelde daha az koruma sağlanması ve bazen bu çocukların yetişkin gibi görülüp 18 yaşına gelene kadar muğlak bir durumda bırakılması kaygı uyandırmaktadır ve Devletler yaşlarından bağımsız olarak tüm çocuklara eşit koruma standardı sağlamalıdır¹¹².

Örnek olarak, "mavi odalar" genellikle mahkeme binasında bulunan çocukların sorgulanması ve dinlenmesi amacıyla özel olarak tasarlanmış odalardır. Bu odada çocuk mağdur veya şiddet tanığı dahil olmak üzere yasal işleme dahil olan çocuklar için kullanılmak üzere ses ve görüntü kayıt cihazları bulunmaktadır. Bu odalar, çocukların yüksek yararı ve haklarını vurgulamaktadır. Mavi Oda, çocuğun uzman tarafından etkili bir şekilde sorgulanması için rahat ve uygun bir ortam sağlar. Polonya'da çocukların görüşleri duruşmanın yerine göre farklılık göstermektedir. Polonya'daki Fundacja Dzieci Niczyje Vakfı 15 yaşın altındaki mağdurlar ve tanıkların duruşmalarına ev sahipliği yapmak üzere özel 'mavi odalar' geliştirmiştir. Bu odaların kullanımı açık kılavuz ilkelere dayanır. Odalarda renkli duvarlar, çocuk dostu mobilya, oyuncaklar, çizim malzemeleri ve çocuk kitapları

112 CMW (Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunması Komitesi) ve CRC (Çocuk Hakları Komitesi), Ortak Genel Görüş No. 4 ve No. 23. Parag. 3.

bulunmaktadır. Aynı zamanda odalarda tek yönlü aynalar ve kayıt cihazları mevcuttur. Duruşma hâkim tarafından yürütülür ve hâkim sorularını mikrofon aracılığıyla psikoloğa veya sosyal çalışmacıya aktarır ve daha sonra sorular uygun bir şekilde çocuğa yöneltilir. Sanığın yasal temsilcileri, savcı, kayıt kâtibi ve çocuğun ebeveynleri duruşmayı aynanın arkasından gözlemleyenler arasındadır. Çocuk dostu 'mavi odalarda' yapılan duruşmalar çocuklar tarafından olumlu bir şekilde karşılanmaktadır; çocuklar hâkimlerin nazik, arkadaş canlısı ve anlayışlı olduğunu söylemektedirler. Gayriresmi ortam ve açılışta ısınma amaçlı yapılan sohbet, duruşma sırasında ara verme veya bir bardak su teklif etme, cevap vermeden önce düşünmek için süre tanıma, ağlamak dahil olmak üzere duygularını ifade etme olanağını tanıma çocukların rahat hissetmesini sağlamıştır. Buna karşın, çocuklar mahkemelerdeki duruşmaları olumsuz algılamakta ve burada hâkimlerin soğuk, nezaketsiz ve hatta bazen doğrudan kaba olduğunu düşünmektedir. Bulgaristan'da duruşmalar genellikle hâkimler tarafından mahkemede yapılmaktadır. Bununla birlikte, 'mavi odalar' kullanıldığında, sosyal çalışmacılar çocukları sorgulamaktadır. Bulgaristan'da sorgulama için 'mavi odalarda' dinlenen çocuklar sosyal çalışmacıları hâkimlere göre daha olumlu karşılamıştır¹¹³.

Bulgaristan ve Romanya'da mahkemeler çocukların sorgulanması ve dinlenmesi için özel olarak tasarlanmış 'mavi odaları' kullanmaktadır. Buralarda çocukları, hakları ve genel olarak süreçle ilgili bilgilendiren ve hazırlayan bir ekip bulunabilir. Ayrıca, özel olarak eğitilmiş uzmanlar hâkimle görüşme yapmadan önce çocuğun yaşadığı stresin azalmasına yardımcı olur. Hazırlığa ayrıca çocuğun yargılamalara katılımı konusunda hazır olup olmadığına dair yapılan bireysel değerlendirme de dahil olacaktır.

Ayrıca, Avrupa Konseyi Çocuk Dostu Adalet Kılavuz İlkeleri, mahkeme yargılaması sırasında çocukları ilgilendiren tüm yargılamalarda gereksiz gecikmelerden kaçınılması gerektiğini tavsiye etmektedir. Aciliyet ilkeleri, çocukların dahil olduğu yargılamalarda uygulanmalı ve hukukun üstünlüğü gözetilirken

113 Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 'Çocuk dostu adalet: Dokuz AB Üye Devletinde adli yargılamalara mağdur, tanık veya taraf olarak dahil olan çocukların bakış açıları ve deneyimleri' (2017) <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly-justice-children-s-perspective_en.pdf> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

çocuğun yüksek yararını korumak amacıyla hızlı yanıt verilmelidir. Aile hukuku davalarında daha özel olarak mahkemelerin, aile ilişkilerini kötü etkileme riskinden kaçınmak için azami özen göstermesi tavsiye edilmektedir¹¹⁴. Ayrıca, bilgi çocuğun anlama düzeyine ve iletişim yetisine göre uyarlanmalıdır. Çocuklara yargılamalarla ilgili gerekli tüm bilgi verilmeli ve bu bilgiler çocukların anlayabileceği bir dilde gerektiği gibi gerekçelendirilmelidir¹¹⁵.

3.2.8. Uzman Yardımı

Duruşmalar sırasında uzmanların eşlik etmesi ile; hassas bireylerde (özellikle çocuklar) menfaatlerinin korunduğu, sosyal çalışmacılar dahil olmak üzere pek çok sosyal uzman tarafından desteklendiği ve bu uzmanlar tarafından kendisine eşlik edildiği yönünde güven duygusu oluşur. Bulgaristan, Almanya, Polonya, Romanya ve İspanya dahil olmak üzere pek çok ülkede duruşmalar sırasında psikologların hazır bulunduğu belirtilmektedir. Bazı çocuklar Birleşik Krallık'taki (ve Hırvatistan'da bir davada) tanık destek personeli gibi diğer uzmanların kendilerine verdiği destekten ötürü müteşekkir olduklarını ifade etmiştir. Ev içi şiddet unsurunun bulunduğu davalarda adli tıp doktorları ve savcılar da küçük çocuklara eşlik edebilir. Fransa'da özellikle aile duruşmalarında hâkimler çocuklarla yalnız görüşebilir ve onları yalnız dinleyebilir ancak aynı zamanda çocuklara bir avukat ya da tercih ettikleri bir kişi eşlik edebilir.

3.3 Usuli En İyi Uygulamalar: Mahkeme Sisteminin Daha Etkin Hâle Getirilmesi

3.3.1. Boşanma Talebi ve Fer'ilerinin (Velayet Sorumluluğu ve Mali Yardım Dahil) Ayrı Şekilde İncelenmesi İhtimali

Avrupa Birliği Adalet Divanı, Brüksel *Ilbis* Tüzüğü kapsamındaki boşanma ve fer'ileri arasında yukarıda bahsi geçen ayrımın bir tarafta boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanı ile ilgili uyuşmazlıklar arasında ve diğer tarafta velayet sorumluluğunun verilmesi, uygulanması, yetkilendirilmesi, kısıtlanması veya sonlandırılması arasında yapılan

114 Age 30-31

115 Avrupa Konseyi, 'Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle ilgili Kılavuz İlkeler' (2010) <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir. 28-29

ayrımı vurgulamaktadır¹¹⁶. Hâlihazırda bu yaklaşım, yargı sistemi kurallarına ilişkin uluslararası özel hukuk gereğince aynı mahkemenin boşanma ve fer'ilerine (velayet sorumluluğu, nafaka gibi) bakmadığı durumda temelde sınır ötesi uyumsuzluklar için geçerlidir.

Bununla birlikte, çocuğun menfaatlerini koruma ve usuli etkililiğin sağlanması için genellikle boşanma kanunları, boşanmanın tüm unsurlarının tek bir prosedürde birleştirilmesini öngörür, dolayısıyla çocuklarla ilgili velayet ve kişisel ilişki hakları, yoksulluk nafakası/ nafaka, mal rejiminin tasfiyesi gibi konular tek bir başvuruda bir araya getirilir. İç hukuk mevzuatı sebebiyle boşanma, fer'î konular birlikte incelenmeden ilerleyemiyorsa, geçici tedbirlerle velayet sorumluluğu bir süreliğine paylaştırılabilir ve nihai karar yürürlüğe girene kadar taraflar arasındaki gerilim azaltılmış olur. Hollanda'da, dilekçe sunulduktan sonraki üç hafta içinde başlangıç hükümleri kapsamında bir duruşma yapılır ancak bu yine de mahkemenin uygunluğuna bağlıdır.

Daha önce bahsi geçen yönde ortaya konulabilecek bir başka öneri, geçici veya muvakkat boşanma hükmüdür. Bu kavram, boşanma yargılamalarının genellikle iki aşamalı süreçten oluştuğu Anglo-Sakson hukuk sisteminden kaynaklanır. Bu tür iki aşamalı yargılamalar medeni hukuk ülkelerinde genellikle mevcut değildir. Örneğin, Hollanda'da boşanma yargılamalarında veya mahkeme yargılamalarında genellikle muvakkat boşanma hükmü veya kesin boşanma hükmü verilmez.

İlk aşama olan muvakkat boşanma hükmünün verilmesi mahkemenin boşanmaya yönelik geçerli bir hukuki sebep gördüğünün teyididir. Birleşik Krallık'ta, muvakkat boşanma hükmü, mahkemenin kişinin boşanmak için hukuki ve usuli gereklilikleri karşıladığına kanaat getirmesi durumunda verilen geçici boşanma hükmüdür. Bununla birlikte, muvakkat boşanma hükmünün verilmesi evliliği yasal olarak sonlandırmaz.

Muvakkat boşanma hükmü verildikten yaklaşık altı hafta sonra, eş(ler) için kesin boşanma hükmü verilebilir. Bu süre belirli istisnai

¹¹⁶ Dava C-184/14 A v B [2015] CJEU (Avrupa Adalet Divanı) 479

durumlarda kısaltılabilir. Kesin boşanma hükmü evliliği sonlandıran nihai karardır. Yakın zamanda gerçekleştirilen Birleşik Krallık hukuk reformuna göre, boşanma yargılamasının toplam süresi 26 haftayı (6 ay) geçmediği sürece, boşanma yargılamasına bakan hâkim iki hüküm arasındaki sürede değişiklik yapabilir.

3.3.2. Çocuk İçin Mahkeme Tarafından Vasi Atanması

Mevcut durumda, çocukların mahkeme önünde bağımsız bir sesleri bulunmamaktadır. Ebeveynler için çocuklarının yüksek yararı çok önemlidir ve çocuklarının iyiliği için üzerinde ortak mutabakat bulunan anlaşmalara varmaya çalışırlar. Bununa birlikte, zaman zaman ebeveynler kendi sorunları içine öyle çok gömülür ki çocuklarının refahı için neyin daha iyi olduğunu gözden kaçırlar. Bu bağlamda, davalarını ortaya koyarken, ebeveynler çocuklarının yüksek yararını mahkemenin dikkatine yeterli ölçüde sunmayabilir. Sonuç olarak, karara varırken mahkemenin elinde çocuğun menfaatiyle ilgili tam bir resim bulunmayabilir. Mahkeme tarafından vasi atanması, çocukların velayeti veya çocuklarla kişisel ilişkiyle ilgili uyuşmazlıkların bulunduğu ve çatışma yoğunluğunun fazla olduğu yargılamalarda veya çocuğun kötü bir şekilde etkilenme ve görüşlerini paylaşma konusunda çatışma yaşanma ihtimalinin yüksek olduğu zorlu durumlarda özellikle yardımcı olur.

Birleşik Krallık'ta (İngiltere ve Galler) yargılama sırasında hazırlama ve destek verme amacıyla vasi ve yasal temsilci tarafından ikili temsil sağlanmaktadır¹¹⁷. Bu yaklaşımın avantajı iki katmanlıdır: Çocuk hem hukuki hem de kişisel destek almakta ve bu bir taraftan muhtemel örselenmeyi azaltmakta, diğer taraftan ise hızlı ve çok disiplinli müdahale yoluyla yargılamalarının etkililiğine katkıda bulunmaktadır.

3.3.3. Farklılaştırılmış Dava Yönetimi

Aile hukuku davalarında etkin zamanlama ve davaların zamanında ele alınması için bir dava yönetim planının uygulanması ve izlenmesi

117 Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, 'Çocuk dostu adalet: Dokuz AB Üye Devletinde adli yargılamalara mağdur, tanık veya taraf olarak dahil olan çocukların bakış açıları ve deneyimleri' (2017) <https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly-justice-children-s-perspective_en.pdf> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

şüphesiz tüm boşanma sistemleri için etkililik açısından büyük önem arz eder. “Farklılaştırılmış Dava Yönetimi Planı” çekişmeli aile davalarında erken müdahale etme amacıyla tasarlanmış olup taraflara ihtilaftan kaçınmaları için pek çok fırsat sunar. Ayrıca, çocuk odaklı yaklaşım doğrultusunda aileler madde kullanımı veya ev içi şiddet gibi hukuki olmayan sorunlarla ilgili değerlendirmeye tabi tutulur ve uygun kaynaklara yönlendirilir. Son olarak, boşanan ve ayrılan çiftlere, ailenin dağılmasının çocuklar üstündeki etkisini azaltacak beceriler sağlanır. Özetle, dava yönetiminin hedefi ve amacı davaların alternatif yollarla çözümlenmesi yoluyla aile üstündeki yükü azaltmak ve ailelerin destekleyici toplum hizmetlerine yönlendirilmesi aracılığıyla gelecekte ortaya çıkabilecek ihtilafların önüne geçmektir.

Farklılaştırılmış Dava Yönetimi yolları, kriterler ve hedefler belirlemek üzere standart ve hızlandırılmış aile hukuku konuları ayırımını yapmak amacıyla kullanılır. Genellikle üç “yol” kullanılmaktadır:

- Hızlandırılmış Yol: Dava çekişmeli değildir veya konular sınırlı/basittir. İstismar iddiası yok ise davada velayet konuları da ele alınır. Bu yola yönlendirilen davalar, tarafların belirli ve sınırlı bir süre içerisinde çözüme ulaşmalarına yardımcı olacak şekilde planlanır.
- Standart Yol: Konular daha karmaşıktır veya istismar iddiası bulunmaktadır.
- Karmaşık Yol: Konular keşfin kapsamının genişletilmesini ve/veya daha kapsamlı araştırma/değerlendirme gerektirecek kadar karmaşıktır. Ortaya konulan konular özel dikkat veya ek zaman gerektiriyorsa, dava mahkemenin takdiriyle “Karmaşık Yola” yönlendirilebilir¹¹⁸.

Bununla birlikte, mahkeme teşkilatı davaların paylaşılması konusunda dikkatli olmalı ve modern mahkeme salonlarındaki en sıkıntılı olgulardan birinin boşanma yargılamalarında ev içi şiddet iddialarının en aza indirilmesi olduğu gerçeğini dikkate almalıdır. Boşanma yargılamasından önce ev içi şiddet başvurusunun yapıldığı

118 Worcester Aile Destek Hizmetleri Birimi Gezici Mahkemesi, ‘Aile Hukuku Farklılaştırılmış Dava Yönetimi Planı’ <<https://mdcourts.gov/sites/default/files/import/circuit/worcester/pdfs/dcmplan.pdf>> 10 Kasım 2021’de erişilmiştir.

davalarda veya her iki konunun aynı mahkemede eş zamanlı olarak inceleme sürecinde olduğu durumda, her iki dava da inceleme için aynı daireye gönderilebilir. Zaman zaman sorgulansa da, bu uygulama mahkemenin konuyla ilgili genel izlenim edinmesini ve ayrı ihtilaflar arasındaki kesişim noktasını bulmasını mümkün kılar ve çelişkili kararların önüne geçmeyi amaçlar.

3.3.4. Gerekli Mahkeme Belgelerinin Basitleştirilmesi

Mahkeme yargılamaları sıradan insanlar için karmaşık olabilir. Bu sebeple boşanma yargılamaları için gerekli belgelere erişimi basitleştirmek elzemdir. Bu da, mahkemeye sunulacak belge sayısının azaltılması yoluyla yapılabilir. Bu şekilde belgeler birleştirilir ve daha az sayıda belgede bilgi sunulur. Gerçek anlamda işe yaramayan mahkeme belgeleri tamamen kaldırılmalıdır. Ayrıca, yönlendirme notlarıyla elektronik mahkeme formları oluşturma ve bunların mahkeme web sitesine konulması gibi elektronik hizmetler getirilebilir. Buna paralel olarak, doğum ve evlilik belgesi gibi resmi belgelere çevrim içi erişim daha kolay hâle getirilmelidir.

İskoçya’da, İskoç Mahkemeleri web sitesinde boşanma başvurusu için yasal gerekliliklere erişim için özel olarak ayrılmış bir bölüm bulunmaktadır¹¹⁹. Buradan tüm gerekli formlar ve gereklilikleri içeren tek bir Word belgesi otomatik olarak indirilir. Ayrıca, boşanma yargılamalarını ve mahkeme belgelerinde ne tür bilgilerin gerekli olduğunu açıklayan çevrim içi rehberle bağlantı sağlanmaktadır¹²⁰.

3.3.5. Dava Öncesi İstişare Oturumunun Getirilmesi

Dava öncesi istişare oturumunun amacı ebeveynlerin birlikte ebeveynlik yapmanın önemini ve boşanmada gündeme gelerek çocukları etkileyebilecek pratik konuları anlamalarına yardımcı olmak ve tarafların boşanmayla ilgili gayriresmi bir karar vermelerine

119 İskoç Mahkemeleri, ‘Boşanma Formlarının ve Medeni Birlikteliğin Sonlandırılması Formlarının Basitleştirilmesi’ <<https://www.scotcourts.gov.uk/rules-and-practice/forms/sheriff-court-forms/simplified-divorce-and-simplified-dissolution-of-civil-partnership-forms>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

120 İskoç Mahkemeleri, ‘Boşanma ve Medeni Birlikteliğin Sonlandırılmasıyla İlgili Yönlendirme Notlarının Basitleştirilmesi’ <<https://www.scotcourts.gov.uk/rules-and-practice/guidance-notes/simplified-divorce-and-dissolution-of-civil-partnership-guidance-notes>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

yardımlı etmektedir. Ayrıca, bu oturum tarafların mahkemede bir dava açmadan önce çocuklarının refahını önceliklendirmeleri gerektiğini fark etmelerine yardımcı olur ve çekişmeli boşanmada gerilimin kaçınılmaz bir şekilde yükseleceğine ve çekişmeli usul taktiklerine ilişkin içgörü sağlar. Bu seçenek, genellikle boşanma süreci resmi olarak başlamadan önce boşanan ebeveynlere çocuklarının refahını erken aşamada göz önünde bulundurmalarını sağlamak için anlaşmalı boşanmanın bir seçenek olmadığı davalar için uygundur.

Hırvatistan'da küçük çocukları olan eşlerin, boşanma yargılaması öncesinde yetkin bir sosyal yardım merkezinde zorunlu danışmanlık oturumuna katılmaları zorunludur. Zorunlu danışmanlık aile fertlerinin ailevi konularda anlaşmaya varmalarını sağlamak için kendilerine sunulan bir yardım türüdür ve çocuğun ikamet yerinde veya ebeveynlerin en son ortak ikamet yerinde bulunan sosyal yardım merkezindeki uzman bir ekip tarafından verilir¹²¹.

3.3.6. Mahkeme Himayesinde Aile Arbuluculuğu

Arbuluculuk programları, boşanma sürecinde olan ve uzun süre önce boşanmış olan ancak boşanma sonrası ilişkilerinde uyuşmazlık yaşayan kişiler için çok faydalıdır. Yalnızca paradan tasarruf edilmesini sağlamaz, aynı zamanda çekişmeli usullerden ziyade olumlu uyuşmazlık çözümünü de destekler. Bu konu, alternatif uyuşmazlık çözümünün (AUÇ) aile davalarındaki önemini yineleyen yeni Brüksel İter kapsamında da ele alınmıştır. Mahkeme tarafından davet edilen taraflar, uygun düştüğü ölçüde Merkezi Makamların da yardımıyla, "çocuğun yüksek yararına aykırı değilse, söz konusu davada uygunsuz değilse ya da yargılamayı gereksiz şekilde geciktirmeyecekse", mümkün olduğunca hızlı bir şekilde ve yargılamanın herhangi bir aşamasında arbuluculuğa veya başka bir AUÇ yöntemine başvurma yönünde teşvik edilirler.

Özellikle kusura dayalı derdest boşanma uyuşmazlıklarında, taraflar uyuşmazlığın arbulucu yardımıyla dostane bir şekilde çözülmesi

121 Natasa Lucic, 'Boşanma Yargılamalarında Çocuğun Dinlenme Hakkının Korunması– Hırvat Hukukunun Avrupa Yasal Standartlarıyla Uyumlaştırılması' <<https://hrcak.srce.hr/ojs/plugins/generic/pdfJsViewer/pdf.js/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fhrcak.srce.hr%2Fojds%2Findex.php%2Feclic%2Farticle%2Fdownload%2F6538%2F3448%2F>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

amacıyla uzmanlaşmış bir arabuluculuk merkezi aracılığıyla arabuluculuk hizmetlerine yönlendirilmelidir. Arabuluculuğa katılımın zorunlu kılınması, tarafları verilmesi gereken kararlarla ilgili kontrolü ellerinde tutarken durumlarıyla ilgili de kendi yetkilerini kullanmaları yönünde teşvik eder. Bu husus, kişisel ilişki düzenlemeleri gibi kararların uygulanmasında; güç, zor veya şiddet kullanımını önlemek ve daha fazla örselenmenin önüne geçmek üzere boşanma kararlarının icrası anlamında da önemlidir¹²².

Tüm AB Üye Devletleri, mahkemelerin tarafları arabuluculuğa başvurmak veya en azından bilgilendirme oturumlarına katılmak üzere davet etmesini sağlar. Çek Cumhuriyeti'nde arabuluculuğun kullanımına ilişki bilgilendirme oturumlarına katılım, hâkimin inisiyatifi dahilinde zorunludur. Norveç'te 16 yaşından küçük çocukları olan ve boşanmak isteyen çiftler mahkeme prosedürünü başlatmadan önce arabuluculuğa başvurmalıdır. Burada amaç, çocukların nerede yaşaması gerektiği, velayet sorumluluklarının yerine getirilmesi, kişisel ilişki hakları konularında ebeveynlerin dostane bir çözüme ulaşmalarına yardımcı olmak ve çocuğun yüksek yararının dikkate alınmasını sağlamaktır¹²³. Bununla birlikte, aile arabuluculuğunun başarılı olması için özellikle -özel olarak eğitim almış- arabulucunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve sürecin gizliliği olmak üzere arabuluculuğun temel ilkelerine saygı duyulmalıdır¹²⁴.

Birleşik Krallık'ta, alternatif uyuşmazlık çözümünü göz önünde bulundurmamak mahkemenin görevidir. Mahkeme yargılamanın her aşamasında alternatif uyuşmazlık çözümünün uygun olup olmadığını göz önüne almalı ve tarafları belli bir AUÇ yöntemine yönlendirdikten sonra mahkeme yargılamasını durdurmalıdır¹²⁵.

122 Hukuki ve ticari konularda arabuluculuğun çeşitli yönlerine ilişkin 21 Mayıs 2008 tarihli KONSEY ve Avrupa Parlamentosu Direktifinin 2008/52/EC uygulanmasına dair Parlamento İlke Kararı (AB) 2016/2066 (Arabuluculuk Direktifi) OJ C337/2

123 Avrupa KONSEYİ, 'Avrupa KONSEYİ Bakanlar Komitesi çocuk dostu adalete ilişkin kılavuz ilkeler' (2010) <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

124 Parlamento Asamble, 'Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetlerin Eşitliği – Tavsiye Karar 1639' <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17171&lang=en>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

125 Ulusal Arşiv, 'Aile Usul Kuralları 2010' <<https://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/2955/part/3/made/10>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

Bu tür bir yönlendirmenin uygun olup olmadığını değerlendirirken mahkeme ailede istismar öyküsünün olup olmadığını belirler. Bu ilke, yalnızca başvuruya ilgili olarak değil aynı zamanda arabuluculuğa ilişkin iç prosedürleri düzenleyen mevzuatın yazımı aşamasında da yinelenir¹²⁶. AUÇ'nin şiddetli geçimsizliğin söz konusu olduğu aile uyuşmazlıklarında kullanımının korku faktöründen dolayı mağduru dezavantajlı bir konuma düşürme, yargılamayı uzatma ve şiddet mağdurunu ek istismara maruz bırakma ihtimali sebebiyle devletler hassas içerikli uyuşmazlıkları (ev içi şiddet davalarında aile arabuluculuğu gibi) tamamen hariç tutmamalıdır. Brüksel IIter tüzüğü'nün Resital No 43'te Çocuğun Kaçırılmasına İlişkin Sözleşme (Bölüm V arabuluculukla ilgilidir) kapsamında İyi Uygulama Rehberi doğrultusunda bu konudan açık bir şekilde bahsettiği belirtilmelidir. Daha zayıf olan tarafı korumaya yönelik tedbirlerin getirilmesi (arabulucunun görevleri aracılığıyla ya da hâkimin taraflara arabuluculuğu denemeleri yönünde tavsiye veya talimat vermek üzere temel aldığı kriterler aracılığıyla) tavsiye edilmektedir. Ulusal yasa koyucular da ev içi şiddet davalarıyla ilgili ek tedbirler getirme yönünde teşvik edilmektedir (örneğin Fransa'da ev içi şiddet unsuru olması durumunda, mağdur açık bir şekilde talep etmedikçe arabuluculuğa başvurulmaz. Arabuluculuk başladıktan sonra yeniden şiddet vakası gerçekleşirse, başka arabuluculuk oturumu başlatılmaz.)¹²⁷.

Başvuru aşamasında, ev içi şiddet mağdurunun şiddet failiyle arabuluculuk oturumunda aynı ortamda bulunması bile mağdurun iyiliğiyle ilgili güvenlik endişesi oluşturabilir ve mağdurun arabuluculuğa tam anlamıyla katılım sağlamasını veya katılmasını engelleyebilir. Her iki taraf da arabuluculuk konusunda mutabık kalmış olsa da, ev içi şiddetin muhtemel göstergeleri gibi spesifik durumlara yine de dikkat edilmelidir. Arabuluculuk oturumunda taraflar arasında yapılacak ortak bir görüşme bile taraflardan birinin ve hatta arabulucunun fiziksel veya psikolojik bütünlüğünü tehlikeye

126 Avrupa Adaletinin Etkinliği Komisyonu, 'Avrupa Arabuluculukla İlgili Kanun Koyma El Kitabı' <<https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/168094ef3c>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

127 Avrupa Adaletinin Etkinliği Komisyonu, 'Avrupa Arabuluculukla İlgili Kanun Koyma El Kitabı' <<https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/168094ef3c>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

atabilir¹²⁸. Mahkeme (ve daha sonra sürecin her aşamasında arabulucu), taraflar arasında geçmişte şiddetin yaşanıp yaşanmadığı veya gelecekte yaşanma ihtimaline ve bunun tarafların pazarlık konumları üstündeki etkisine özellikle dikkat etmeli ve bu şartlar altında arabuluculuk sürecinin uygun olup olmadığını ele almalıdır¹²⁹. Ev içi şiddet iddiasının olması durumunda ve taraflardan birinin arabuluculuğu kullanmaya istekli olmasına karşın diğer tarafla aynı odada bulunmanın çok zor olacağını belirtmesi hâlinde uzaktan arabuluculuk da denenebilir¹³⁰. Kural olarak mahkemeler; ev içi şiddeti tespit etmek, çapraz başvurulabilecek verileri toplamak ve yerel mahkemeler arasındaki keyfi farklılığı azaltmak için yeknesak bir inceleme modeli kullanılmalıdır.

128 HcH (Milletlerarası Özel Hukuku İlişkin Lahey Konferansı), '25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında Uluslararası İnsan Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin İyi Uygulamalara dair Rehber: Arabuluculuk' <<https://assets.hcch.net/docs/d09b5e94-64b4-4afe-8ee1-ab97c98daa33.pdf>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

129 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 'Aile Arabuluculuğuna İlişkin Tavsiye Kararı No. R (98) 1' <<https://rm.coe.int/rec-98-1e-on-family-mediation/1680a3b3ef>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir.

130 HcH, '25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında Uluslararası İnsan Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin İyi Uygulamalara dair Rehber: Arabuluculuk' <<https://assets.hcch.net/docs/d09b5e94-64b4-4afe-8ee1-ab97c98daa33.pdf>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir. parağ 174.

TÜRK BOŞANMA SİSTEMİ

Bu bölüm Türk boşanma sistemine odaklanacak ve Proje kapsamında paydaşlarla yapılan yuvarlak masa toplantılarının sonucuna dayanarak mevcut mevzuat, düzenlemeler, kanun teklifleri ve dava akışı uygulamalarının dahil olduğu mevcut normatif çerçeveye ilişkin analiz sunulacaktır.

Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre; velayet düzenlemeleri, nafakanın belirlenmesi ve tazminat talepleri, çocuklarla kişisel ilişki kurma gibi boşanma davalarının farklı yönleri boşanma uyuşmazlığından ayrı olarak ele alınamamakta olup bu uzun süren prosedürlere ve duruşmalar arasında pek çok ara verilmesine neden olmaktadır. Bu da, özellikle şiddet söz konusuysa taraflar ve çocukların örselenmesine neden olabilir. Ayrıca, TMK hukuki yorumu yalnızca uzlaştırılmaz farklılıklara dayanan boşanma ihtimalini tamamen hariç tuttuğu için, tüm boşanmalar kusura dayalı olmalıdır ve bu da yargılama sırasında daha fazla hüsrana ve kızgınlığı beraberinde getirmektedir. Bu sebeple, hızlandırılmış ve basitleştirilmiş prosedürler, mümkün olduğunda uzlaştırmaya yönelik seçenekler sunma, aile mahkemelerinde çocukların görüşmelerden önce vakit geçirebileceği ve beslenme ve hijyen ihtiyaçlarının karşılanabileceği ailelere yönelik ayrı yerlerin tahsis edilmesi dahil ancak bunlarla sınırlı kalmamak üzere kadınları ve çocukları daha iyi koruma amacıyla boşanma prosedürlerinin iyileştirilmesine yönelik muhtemel seçeneklerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda boşanma gerekçeleri dört gruba ayrılmakta olup bunlar aşağıda ele alınmıştır:

- Anlaşmalı boşanma (m. 166/3 TMK): Her iki eşin de boşanma, ekonomik sonuçlar ve varsa velayet konularıyla ilgili ayrıntılı bir anlaşmaya varmaları durumunda anlaşmalı boşanma gerçekleşir. Aile mahkemesi hâkiminin onayını aldıktan sonra nihai kararda

anlaşmaya atıfta bulunulur ve boşanma kararı verilir. Bu anlamda evliliğin bir yıl sürmüş olması bir ön koşuldur.

- Boşanmanın kusura dayanan özel gerekçeleri: Zina (m. 161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (m. 162), Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (m. 163), terk etme (m. 164), ve kusur isnadı söz konusu olmamakla birlikte özel bir boşanma sebebi olarak akıl hastalığı (m. 165).
- Evlilik birliğinin temelinden sarsılması (m. 166/1, 2): Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürülmesi beklenemeyecek şekilde temelinden sarsıldıysa; aynı zamanda “genel boşanma gerekçesi” olarak da adlandırılan bu gerekçe eşlerden her birinin boşanma için başvurmasını mümkün kılar. Anlaşmalı boşanma ve yukarıda bahsedildiği gibi kusura dayalı boşanma temelinde verilen az sayıda karar dışında, m. 166/1, 2 kapsamında evlilik birliğinin temelinden sarsılması en yaygın olarak kullanılan boşanma gerekçesidir. İlk bakışta bu özel kural, kusurdan arı boşanma yargılamasına atıfta bulunuyor gibi görünmektedir¹³¹. Daha sonra bahsedileceği üzere, bu boşanma gerekçesinin uygulanmasında tam tersi geçerlidir ve bu gerekçeye kusurun belirlenmesi her zaman dahildir.
- Ek koşullarla birlikte üç yıllık ayrılık dönemi, m. 166/4 uyarınca evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak kabul edilir. Daha önce reddedilen boşanma talebini takiben üç yıl geçmişse ve sebebi her ne olursa olsun “ortak hayat” kurulamamışsa, bu durum evliliğin temelinden sarsıldığına dair bir varsayım teşkil eder. Böyle bir durumda, eşlerden her biri boşanma talebinde bulunabilir ve m. 166/2 uyarınca diğer eş boşanmaya itiraz edemez.

Dolayısıyla, Türk boşanma hukukunda hem kusura dayalı hem de kusura dayalı olmayan gerekçelerin dahil olduğu ve anlaşmalı boşanmanın da mümkün olduğu melez bir sistem mevcuttur. Bu da, Türk boşanma hukuku kapsamında hem anlaşmalı hem de anlaşmaya dayalı olmayan boşanmanın mümkün olduğu anlamına gelir. Bununla birlikte, daha yakından gözlemlendiğinde “genel boşanma sebebinin” (m. 166/1) kusurdan muaf olmadığı görülmektedir.

131 M. 166/1: “Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.”

4.1. Türk Boşanma Sisteminde Kusura Dayalı Boşanma

4.1.1. Kusur Karşılaştırması Etkileri

Yukarıda bahsedildiği gibi, taraflardan ortak hayatın devam ettirilmesi beklenemez ise, m. 166/1 eşlerden her birine evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi kapsamında boşanma olanağını tanıır. Ancak, söz konusu maddenin ikinci fıkrası bu boşanma gerekçesinin kusur incelemesine bağlı olduğunu varsayar. TMK m. 166 2. fıkra ilk cümlede belirtildiği üzere, “daha az kusurlu” olan eşe boşanmaya itiraz etmeye yönelik usuli seçenek sunulur¹³². İkinci cümlede itiraz imkânına ilişkin bir dizi istisnadan söz edilse de¹³³, itiraz etme imkânının yalnızca daha az kusurlu olan eşe tanınması mahkemeyi eşlerin kusurlarını belirlemeye zorlar.

Davalı eşe önerilen bu seçeneğin temel hukuki sonucuna bakıldığında, pek çok açıdan boşanma yargılamasını kusur soruşturmasına maruz bıraktığı görülmektedir. Hükmün anlamı doğrultusunda, bu tür bir itiraz varsa, mahkeme öncelikle itirazı “daha az kusurlu olan eşin” yapıp yapmadığına karar vermelidir. Ayrıca, bu tür bir itiraz mevcut olmasa dahi, ‘kadını koruma amacıyla’ mahkemeler hemen hemen her zaman eşlerin kusurunu tespit etme eğilimindedir. Bu genel uygulamanın ardındaki açıklama şu şekildedir; çoğu boşanma davasında kusurlu olan eşe boşanma başvurusunda bulunma olanağı tanındığında, evliliği devam ettirmek isteyen kadın, evliliğin sağladığı ekonomik ve bazen sosyal koruma kalkanından mahrum kalır. Başka bir deyişle, “kusurlu” kocanın talebiyle “kolayca” kazanılan boşanma hükmünden kadını koruma girişimi söz konusudur.

Bu yaklaşımın sonucu, eşlerin sosyal ve ekonomik durumlarına bakılmaksızın her zaman kusur ilkesinin uygulanmasıdır. Türkiye’deki boşanma davalarının büyük bir çoğunluğunda mantıklı olsa da, bu tür

132 M. 166/2: “Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.”

133 Boşanmaya yapılan itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa, daha az kusurlu olan eşin itirazına rağmen boşanmaya hükmedilebilir.

bir uygulama 'evlilik birliğinin temelinden sarsılması' ilkesini zedeler ve bu ilkenin uygulanamamasına sebep olur. İyi niyete dayalı olsa da bu tür bir uygulama, boşanma sistemiyle ilgili bir sorunu ortaya koyar, bu da boşanma sisteminin yalnızca kusura dayalı olmasıdır.

Türk boşanma sisteminin etkililiğindeki azalma, yalnızca kusura dayalı olan bu yaklaşımın doğrudan sonucudur. Madde 166/2 yürürlükten kaldırılrsa ve/veya bu maddenin sorun teşkil eden uygulanma şekli iyileştirilse bile, boşanma yargılamasını kusurdan arî hâle getirmek mümkün olmayacaktır. Daha önce bahsedildiği üzere, yalnızca velayet düzenlemeleri değil aynı zamanda ve özellikle nafaka borçlusunun belirlenmesi ve hususiyetle tazminat talepleri (maddi ve manevi) de hangi eşin daha fazla, hangisinin daha az kusurlu olduğunun belirlenmesine bağlı olarak ele alınır. Bu sebeple, mevcut sistemin zarar veren sonuçlarını en aza indirmek için daha iyi uygulamalar ve yasal çerçeveler arayışında, boşanma gerekçelerinin yalnızca yasal çerçevesine değil aynı zamanda sürekli ve doğrudan kusur ile bağlantı kurulması hususuna da eleştirel bir şekilde yaklaşılması gerekmektedir.

4.1.2. Kusurun Belirlenmesiyle İlgili Dava Akışı Uygulamaları

Anlaşılmalı boşanma dışında, boşanma davalarının büyük bir çoğunluğunda gerekçe evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Kusura bağlı özel boşanma gerekçeleri (zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme, terk ve yapısı gereği kusur eksenli olamamakla birlikte özel bir boşanma sebebi olarak akıl hastalığı) nadiren kullanılır. TÜİK (Türk İstatistik Kurumu) tarafından 2020 yılı için yayınlanan oranlar aşağıdaki gibidir:

Boşanma Nedeni - Cause of Divarce										
Yıl Year	Evlilik Süresi (Yıl) Duracion of marriage	Toplam Total	Zina Adultery	Cana Kast ve Pek Fena Muamele Attern pt Against life, crueltyor serious insult	Cürüm ve Haysiyetsizlik Infamous crime or dishonorable conduct	Terk Willful desertion	Akıl Hastalığı Insanity	Geçimsizlik Incompatibility	Diğer Other	Bilinmeyen Unknown
2020										
	Toplam - Total	135 022	105	16	59	85	18	131 235	967	2 537

Özel boşanma gerekçeleri arasında zina ve terkin, taleplerin büyük bir çoğunluğuna temel oluşturduğu gözlemlenebilir. Dava akışı uygulamalarıyla ilgili önemli bir bilgi; çoğu boşanma gerekçesinin terditli olarak talep edildiği, örneğin zinanın temel gerekçe olduğu durumda¹³⁴ bunun kabul edilmemesi ihtimaline karşın alternatif olarak, evlilik birliğinin temelinden sarsılması (geçimsizlik) talebe konu olmasıdır. Bu uygulama önemlidir zira neredeyse tüm boşanma davalarında her iki eşin de kusuru araştırılır ki bu durum m. 166'nın (evlilik birliğinin temelinden sarsılması) sonucudur.

Dolayısıyla, kusurun belirlenmesi kaçınılmaz bir şekilde oldukça yaygındır ve genellikle usuli bir konudur. Kusur iddialarıyla çoğunlukla ilk derece mahkemelerinin ilgilendiği dikkate alındığında, bu mahkemelerin daha az kusurlu olan eşi bulmaya bağlı olarak boşanmanın ekonomik sonuçları (nafaka ve tazminat talepleri) hakkında soruşturma yürütme ve hüküm vermeleri gerekir. Yargılamaların önemli ölçüde gecikmesi de kusur soruşturmasının doğal bir sonucudur.

İlk derece mahkemesinin verdiği hükmü müteakip, neredeyse tüm davalarda karar istinaf ve temyiz edilir ve yüksek mahkemeler– (Bölge Adliye Mahkemeleri/BAM ve Yargıtay) – yazım sırasına göre davayı değerlendirir. Yeniden değerlendirme kapsamında, ilk derece mahkemesinin karar verdiği kusur dağılımı yeniden değerlendirilir ve bu durum da doğal olarak süreci uzatır.

Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme ve hatta akıl hastalığı gibi gerekçeler temelinde yapılan az sayıda başvurunun yanıltıcı olabileceği konusu da önemlidir. Bu özel boşanma sebeplerine dayalı olarak boşanmanın neredeyse hiç talep edilmediği sonucuna ulaşılamaz zira burada sunulan istatistiklerde büyük ihtimalle boşanma

134 Madde 236/2 uyarınca, şayet boşanmanın sebebi zina veya hayata kast ise, mal rejimi tasfiyesinde kusurlu eşe verilecek meblağ hakkaniyet ilkesi temelinde azaltılabilir veya tamamen kaldırılabilir. Bu düzenlemenin kişileri zina ve hayata kast gerekçeleriyle boşanma ve ilgili iddialara ilişkin kanıt sunma ve hatta sahte delil üretmeye teşvik edeceği düşünülmektedir. Bkz. Saibe Oktay Özdemir, Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, PPIL, 2015, s. 34, 35, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/410998>.

davalarında yalnızca verilen nihai karar dikkate alınmıştır¹³⁵. Terditli talep uygulaması dikkate alındığında hem kusur hem de evliliğin temelinden sarsılması sebebine dayanan boşanmanın neredeyse her zaman eşzamanlı olarak talep edildiği görülmektedir. Neredeyse tüm boşanma davalarında, çocukları olumsuz bir şekilde etkileyen ciddi kusur iddiaları¹³⁶ bulunmaktadır.

Usuli açıdan bakıldığında, kusurun belirlenmesine dair sorunlar dışında boşanma yargılamaları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca yazılı yargılama usullerinin uygulanması yoluyla ele alınır ancak bu kanunda hâlihazırda boşanma yargılamasına ilişkin özel düzenleme yer almaz. Bahsi geçen kanundan kaynaklanan bir dizi güçlük ele alınmış olup bunlara aşağıda açıkça değinilecektir. Genel itibariyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, katı yazılı yargılama süreci kuralları ve boşanma yargılamasının farklı gereksinimlerine uymayan kuralları ile sürecin uzaması ile eşler ve çocuklar üstünde örseleyici etki bırakan diğer güçlüklerin temel sebeplerinden biridir.

4.2. Özel Güçlükler

Bu bölümde, 13-14 Ekim ve 22 Kasım'da boşanma yargılamalarının etkililiğiyle ilgili gerçekleştirilen tartışmaların sonuçları kısaca özetlenerek ele alınacaktır. Özellikle Türk boşanma yargılamasının etkililiği ve prosedürlerin eşler ve çocuklar üstünde ikincil örselenmeye sebep olmadan uygulanmasının sağlanmasına yönelik sorunlar ve önerilen çözümler analiz edilmelidir.

Yapılan toplantılar, aile mahkemelerinin etkililiğinin artırılması ve hassas grupların haklarının daha iyi korunması için aile mahkemelerinde ele alınması gereken temel konuların kanun ve mahkemelerdeki uygulamadan kaynaklanan gecikmeler, düzensiz uzmanlaşma ve bazı dava türleri için hızlandırılmış prosedürlerin olmayışı olduğunu göstermiştir. Ayrıca, kadınların aile mahkemelerindeki yargılamalara, çocuk dostu adalete ve arabuluculuğa erişiminin korunmasına ilişkin uygulamaların iyileştirilmesi konusuna da daha yakından bakmakta fayda vardır.

¹³⁵ Oktay Özdemir, s. 34, fn. 12.

¹³⁶ Kişilik haklarının ihlali boyutuna ulaştıkları yönünde bkz. Oktay Özdemir, s. 34.

Önemli bir konu olan boşanma sürecinin uzunluğu (yargılama prosedürleri, boşanma dışındaki taleplerin ortak incelenmesi, mahkemenin iş yükü ve dava yönetimi, avukatlar ve taraflar sebebiyle sürecin uzaması, kusura dayalı boşanma) ve bunun boşanma yargılamasında taraflar ve çocuklar üstündeki etkisi ilk olarak ele alınacaktır.

Boşanma prosedürlerinin uygulanmasında (gizlilik, yaklaşım, mahkeme personelinin davranışları, tanıklık ve çocukların beyanı) karşılaşılan sorunlar ve bunların ikincil örselenmeye yol açmadaki etkisi de incelenecektir.

4.2.1. Boşanma Sürecinin Uzunluğu

Boşanma sürecinin haddinden fazla uzun sürmesi temel sorundur ve süreç boyunca hem taraflar hem de çocuklar açısından daha fazla sorunu beraberinde getirir.

Boşanma yargılamalarının uzunluğunun taraflar ve çocuklar üstünde görülen istenmeyen etkileri çeşitli alt kategorilere ayrılabilir, bunlardan bazıları:

- i. Ev içi şiddetin artması
- ii. Boşanma yargılamasının karmaşıklaşmasının ve sonuçlanma sürecinin uzamasının mağdurun ilişkiye bağımlı kalmasına sebep olması
- iii. Tarafların bitmek bilmeyen karşılıklı kusur iddiaları
- iv. Ebeveynler arasında mümkün olduğunca barışçıl bir ilişkinin sürdüğü bir ortamda yetiştirilmesi gereken çocuğun ebeveyni olan eşlerin kutuplaşması
- v. Tarafların boşanma sonrası hayatlarını kurma ve sürdürme ihtimallerinin gecikmesi

Bu etkilerin temel sebeplerini ortaya koymak gerekirse Türk boşanma sisteminde ve mevcut durumda öncelikle kusura olan bağlılıktan söz etmek gerekir. Yuvarlak masa toplantılarında mevcut sorunların esasen kusur ilkesinden ve kusurun hem boşanma gerekçesi olarak hem de boşanmanın ekonomik sonuçları açısından

mevcut olmasından kaynaklandığı dile getirilmiştir. Yuvarlak masa toplantılarında bu sorunların boşanmaya yönelik kusur temelli gerekçenin ortadan kaldırılması veya en azından boşanma için basit bir gerekçenin (evliliğin temelinden sarsılması) ortaya konması ve bunun kusurdan arî bir şekilde uygulanması yoluyla aşılabileceği görüşü dile getirilmiştir. Bu durum da sonuç olarak nafaka ve tazminat talepleri gibi boşanmanın ekonomik sonuçlarından kusur unsurunun çıkarılmasını gerektirecektir.

Bu anlamda toplantılarda ele alınan zorlayıcı husus, kusur iddialarından arındırılmış etkili bir eş desteği ve tazminat talebi sisteminin nasıl oluşturulacağıdır. Türk hukuku kapsamında doktrin ve yargı sistemi tarafından açıkça ortaya konmamış olsa da, yoksulluk nafakası, maddi tazminat talepleriyle desteklenir. Bunun sonucunda "daha fazla kusuru olan" eşten fazladan bir meblağ ödemesi beklenmektedir ve aslında burada amaç ekonomik eşitsizliği düzeltmektir. Bu tür tazminat taleplerinin kaldırılması daha az kusurlu olan eşin ve genellikle başka bir desteği ve/veya eğitimi/işi olmayan kadının cüzi miktarda nafakaya bağımlı olmasına sebep olmaktadır. Özetle, boşanma sebeplerinin, kusurdan ve tazminat taleplerinden arındırılması istenmeyen ekonomik bağımlılığa (genelde çok düşük bir meblağ) yol açarak tam tersi yönde de etki yaratabilir.

Boşanma yargılamalarının uzamasına sebep olan ikinci etmen Türkiye'deki mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve boşanma yargılamasının özel gereksinimlerini karşılamayan hükümleridir. Burada spesifik sorunlara pek çok çözüm önerilebilir ancak genel itibarıyla Aile Mahkemelerine özel bir Usul Kanunu, usulle ilgili sorunların büyük bir kısmını çözüme ulaştıracaktır. Yuvarlak masa toplantılarındaki tartışmalara dayanarak usulle ilgili sorunların ve bunların temel nedenlerini belirtmek gerekirse, uzun süreli boşanma prosedürleri aşağıdakilerden kaynaklanmaktadır:

- i. Kusurun ispatı
- ii. Mali taleplerin ve velayetin boşanma ile birlikte incelenmesi
- iii. Hukuk Muhakemeleri Kanununun yazılı yargılama usulleri
- iv. Spesifik davalara yönelik hızlandırılmış boşanma

prosedürlerinin olmayışı (ör. ev içi şiddet unsuru bulunan davalar)

- v. Mahkemenin (ve istinaf/temyiz mahkemesinin) iş yükü ile etkili ve pekiştirilmiş dava akışı yönetiminin olmayışı

Bu sorunları iki temel nedenden kaynaklandığı görülmektedir: maddi hukuki konular (başlıca kusur ilkesi) ve usuli hukuki konular.

4.2.2. Sorunlar ve Kusur İlkesinden Kaynaklanan Temel Nedenleri

Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 Sayılı Kanun'un Uygulanması

Kusur ilkesinin uygulanmasıyla ilgili temel konulardan biri, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine dair Kanun'un eşler ve/veya avukatları tarafından suistimal edilecek şekilde yorumlanmasıdır. Tedbir kararının boşanma davasında delil teşkil edeceği umuduyla sıklıkla doğruluğu olmayan iddialarda bulunmaktadır. Burada iki sonuçtan bahsedilebilir, birincisi söz konusu Kanunun kötüye kullanımı yalnızca bu Kanunun bütünlüğünü zedelemekle kalmaz aynı zamanda kamuoyu nezdinde bu Kanunun algılanma şeklini lekeleyebilir ve zaman içinde bunun olumsuz sonuçları olabilir (benzer süreç İstanbul Sözleşmesi'yle ilgili tartışmalar sırasında yaşanmıştı). İkinci olarak, uzaklaştırma kararında genellikle alınan koruma tedbiri eşin/babanın aile konutundan uzaklaştırılması olduğu için, bu seçeneğin gerek yokken kullanılması çocukların örselenmesine neden olmaktadır.

Kanıt Uydurma ve Hukuka Aykırı Deliller

Yukarıdaki paragraflarda bahsedildiği üzere, zinayı kanıtlamak için kanıt uydurma ve kanıtların hukuka aykırı şekilde elde edilmesi yoluna sıklıkla başvurulmaktadır. Bazı avukatlar dedektiflerle iş birliği yapmakta ve hatta müvekkillerine kanıt elde etmek için kullanılmak üzere casus yazılımlar önermektedir. Anayasa Mahkemesi, hukuka

aykırı olarak elde edilmiş kanıtlarla ilgili pek çok kez hüküm vermiştir¹³⁷. Bu sebeple tür eylemlerin uygun olmadığına altı çizilmelidir¹³⁸.

Ceza Davalarının Kusurun Belirlenmesindeki Etkileri

Ceza davalarında ilgili kararların etkisi de sorunludur. Türk Borçlar Kanunu m. 74/1 hukuk mahkemesi hâkiminin beraat sonrasında ceza mahkemesi kararlarında kusurun belirlenmesi konusundaki tarafsızlığını düzenlese de, Yargıtayın bu konudaki uygulamaları çeşitlidir. Yargıtay kararlarında, ceza mahkemesinin kararından sonra bir olayın mevcudiyeti ya da mevcut olmayışı yeniden değerlendirilemez¹³⁹. Bahsi geçen davada, ceza mahkemesi şiddet eylemiyle ilgili koca hakkında beraat kararı vermiş ve daha sonra Yargıtay bu eylemin boşanma yargılamasında kusur olarak görülemeyeceğine hükmetmiştir. Başka bir kararda usuli konular sebebiyle beraat kararı verilmiş olsa bile, Yargıtay hakaret içerikli bir olay değerlendirmesi yapmıştır¹⁴⁰. Bu sebeple, genel ilke, aile mahkemesi hâkiminin kusur değerlendirmesiyle ilgili takdir yetkisi ve ceza hukukunun kendine özgü kurallarının birbirine karıştırılmaması gerektiği ve adaleti sağlamak için uygun şekilde yorumlamanın yapılması gerektiği yönündedir.

Aynı taraflar arasında mevcut ceza yargılamasına ilişkin bir başka husus, genellikle ev içi şiddet eylemini müteakip eşlerden biri tarafından şikayetin geri alınmasıdır. Yargıtay ve doktrin, şikayetin geri alınmasını kural olarak af iradesi olarak kabul etmez. Bu

137 2018/30296 E., 07.09.2021; 2014/2704 E., 16.11.2016; 2012/1146 E., 31.12.2014; İlk derece mahkemeleri ve yüksek mahkemeler hukuka aykırı elde edilen kanıtların sunulmasına izin vermese de, Anayasa Mahkemesine intikal eden bu kararlar bu tür delillerin sunulmasına ilişkin uygulamaların sürdüğünü göstermektedir.

138 M.P. / Portekiz davasında ele alındığı gibi, Başvuru No 27516/14, AİHM – 7 Eylül 2021. Hukuk sistemiyle ilgili olarak, kanıtların toplanma şeklinin (bu davada yazışma yapan kişilerin rızası olmadan mektupların veya telekomünikasyon içeriğine erişim sağlama ve içeriklerin ifşa edilmesi) ceza kanunu uyarınca cezaya tabi olduğu durumda, bu tür bilginin ifşa edilmesinden kaynaklanan özel hayata müdahale mümkün olduğunca yalnızca gerekli olanla sınırlı olmalıdır.

139 Yarg. 2. YD., 25.06.2018, 2016/17962 E., 2018/7972 K., (lexpera.com.tr).

140 Yarg. 2. YD., 07.02.2019., 2018/2350 E., 2019/704 K., (lexpera.com.tr).

durum kusurun değerlendirilmesine dair başka bir sorunlu husus olduğundan aşağıda ayrıca ele alınacaktır¹⁴¹.

Af İradesinin Yorumu

Boşanmada tazminat talepleriyle ilgili olarak kusurun tayini ve af olgusu sıklıkla ele alınmaktadır. Şayet eş tarafından kusurlu olduğu iddia edilen bir tutum geçmişe etkili olarak affedilirse, kusurlu davranışlar değerlendirilirken söz konusu tutum dikkate alınmaz. Yargıtay kararlarında “kusurlu davranışın affedildiği ya da en azından hoşgörü ile karşılandığı” standart bir şekilde sıklıkla kullanılan bir ifadedir. Bu tür bir irade beyanının, mahkeme önünde açık bir şekilde ortaya konmadıkça kararda dikkate alınması hukuka aykırıdır. Devam etmekte olan ve feragat edilmemiş bir boşanma davası varken, affetme eylemi olarak yorumlanan bir kısım davranışların kusur değerlendirmesinde dikkate alınması hukuka uygun değildir. Kararlarda, eşlerin “görünüşe göre zaman zaman barışıp bir arada yaşaması veya boşanmamış olmaları” affetme eylemi olarak kabul edilmektedir. Şayet şiddet eyleminden hemen sonra boşanma başvurusu gerçekleşmemişse, fiziksel şiddet bile söz konusu af iradesinin varsayıldığı kararlara konu olmakta ve kusurun dağılımında dikkate alınmamaktadır¹⁴². Konuyla ilgili farklı içtihatlar bulunsa da, boşanma başvurusunun geri alınması da af iradesi olarak görülmektedir.

141 Gençcan, s. 643, 644; Erdem, s. 109, dn. 185; Badur/Ertem, s. 108; Eş tarafından işlenen zina ile ilgili olarak Ceza Kanunu Madde 444 kapsamında, kusuru olmayan eşin şikayetini geri çekmesi TMK kapsamında af olarak görülemez ve bu sebeple boşanma davası açma hakkı devam eder ve bu konuyla ilgili olarak Velidedeoğlu'na göre, s. 189; “Kadının ceza davasında şikayetini geri çekmesi erkeği cezadan kurtarmaya yöneliktir ve bu erkeğin affedildiği anlamına gelmez ve affin kabul edilmesi için açık bir irade beyanı veya affi doğrulayan fiili bir tutum veya davranış gereklidir. Ayrıca, af olgusunu ortaya koyan kişinin bunu somut kanıtlarla kanıtlaması gerekmektedir”, Yarg 2. HD., 27.02.2018, 2018/1054 E., 2018/2622 K., (lexpera.com.tr).

142 Yarg. 2. HD., 01.06.2016, 2015/18546 E., 2016/10826 K., (lexpera.com.tr); Yarg. 2. HD., 01.06.2016, 2015/18583 E., 2016/10785 K., (lexpera.com.tr); Samsun BAM, 4. HD., 06.03.2020, 2019/3113 E., 2020/801 K., (lexpera.com.tr); Bursa BAM, 2. HD., 26.11.2020, 2019/821 E., 2020/1552 K., (lexpera.com.tr); Ancak Yargıtay yakın zamanda verdiği bir kararda, mahkeme fiziksel ve sözlü şiddetin bir kereye mahsus bir olay olmayıp sürekli gerçekleşmesi sebebiyle aynı evde yaşamaya devam etmenin af olarak yorumlanamayacağına ve bu eylemlerin kusurun dağıtılmasına yönelik değerlendirmeye dahil edilebileceğine hükmetmiştir. Bkz., Yarg. 2. HD., 22.06.2021, 2021/3914 E., 2021/5175 K., (lexpera.com.tr). Bununla birlikte, fiziksel şiddetin yalnızca sürekli hale geldiğinde dikkate alınması, Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair 6284 sayılı Kanun ve İstanbul Sözleşmesinin genel ilkeleri ile aynı doğrultuda değildir.

Buradaki ikincil sorun, af iradesinin mevcudiyeti kabul edildikten sonra, söz konusu eylemden önce meydana gelen ve kusur teşkil edebilecek olayların kusurlu davranışın değerlendirilmesinde dikkate alınmaması ve bunun da kusurun adil olmayan bir şekilde belirlenmesine neden olmasıdır. Örneğin, annenin çocuğu istismar etmesinin ardından tarafların uzlaşması sebebiyle ceza yargılamasına gerek kalmadığı yönünde karar verilen davada evlilik birliği devam etmiş ve böylece eylemlerin affedilmiş olduğu ve bu davranışın kadına kusur olarak isnat edilemeyeceği dile getirilmiştir¹⁴³. Başka bir davada, boşanma davasında davacı olan kadın, kocasından şiddet gördükten sonra aile konutuna geri dönmüştür. Eve geri dönme affetme eylemi olarak kabul görmüş ve kusurlu davranış değerlendirmesinde söz konusu şiddet olayının dikkat alınmayacağı yönünde karar verilmiştir¹⁴⁴.

Bu uygulamayı destekleyen hiçbir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay ve yerel mahkemeler, kusur değerlendirmesinin anlaşılmasız yapısından dolayı süreci hızlandırmak ve netleştirmek için böyle bir yaklaşım geliştirmiş olabilir. Bununla birlikte, bu sorunun sonuçları ciddi olabilir. Pek çok davada kadının bu tür olaylar yaşadıktan hemen sonra boşanma davası açmamasının sebebinin ekonomik zorluklar olduğu ve kadının çocuklarının refahını korumaya çalıştığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tür durumlarda, affın ön koşulu olan özgür iradenin bulunmadığı açıktır.

Af iradesinin tayininde söz konusu olan belirsizlikler sebebiyle, her ne kadar münferit bir kısım olaylarda af iradesinin bulunduğu yönünde isabetli değerlendirmelerde bulunulsa dahi, açık bir irade beyanı ile af iradesi ortaya konulmadığı sürece, bu muğlak kavramın yeknesaklıktan uzak uygulaması kusur değerlendirmesinde terk edilmelidir.

Mevzuattan kaynaklanan bir başka güçlük, eşin zina ve hayata kast sonrasında affedilmesi durumunda boşanma davası açma hakkının kalkmasıdır. Hem m. 161/3 hem de m. 162/3 uyarınca affeden eşin dava açma hakkı bulunmaz. Bu düzenlemeler, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan ve bu çerçevede dava açma hakkı

143 Yarg. 2. HD., 27.02.2020., 2019/8588 E., 2020/1636 K., (lexpera.com.tr).

144 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), 05.12.2019, 2019/106 E., 2019/1293 K., (lexpera.com.tr); Benzer şekilde bkz. YHGK, 23.01.2020, 2017/2065 E, 2020/46 K., (lexpera.com.tr).

kayıyla ilgili bir hükmün yer almadığı boşanma davalarında af ile ilgili Yargıtay uygulamasının temel dayanağı olabilir. Ayrıca, 6 ay veya 5 yıl geçtikten sonra zina ve hayata kast sebebiyle boşanma davası açma hakkının düşmesi (m. 161/2; m. 162/2) de tartışmalı bir konudur. Kanun, belirtilen süre geçtikten sonra -ör. olayı (zina veya hayata kast) öğrendikten sonra 6 ay veya olayın (zina veya hayata kast) gerçekleşmesinden itibaren üst süre olan 5 yıl- kusura dayalı bu özel sebepler ile boşanma davası açılmasını engellemektedir. Ancak taraflar evlilik birliğinin sarsılması (m. 166/1) sebebi ile yine boşanma talebinde bulunabilir ve zina ve hayata kast kusur değerlendirmesinde ele alınabilir. Bir önceki paragrafta bahsedildiği üzere, af iradesine ilişkin farklı yorumlar ve bunların olumsuz yanları dikkate alınarak, bu gibi yorumlara dayanak teşkil etmesinin önüne geçmek amacıyla m. 162/2 kapsamında düzenlenen süre sınırı, revizyon gereksinimi ışığında yeniden değerlendirilmelidir.

Kusurun Belirlenmesine İlişkin Kararlar

“Eşit kusur” kararlarıyla ilgili olarak, TMK m. 184 hükmünde boşanmaya ilişkin bir kısım usul kuralları yer alır. Hükümde aile mahkemesi hâkiminin takdir yetkisi (m. 184/b.1) ve delilleri serbestçe takdir edeceği (m. 184/b.4) düzenlenir. Eşler boşanma isteklerini açıkça belirtmişken bu yetkilerin geniş yorumlanması kusurun değerlendirmesinde sorunlara yol açabilir. Kusur incelemesi ve hâkimin takdir yetkisi bağlamında görülen temel problematik sonuç, kararlarda “eşit kusur” kavramının sıklıkla kullanılmasıdır. İlk derece hâkimleri boşanma kararını verme yolunda kendilerini “daha kusurlu” olan eşi tespit etme çıkmazında bulmakta ve sorunlu kusur belirleme konusundan kaçınmak için eşlerin eşit kusuru olduğu yönünde hüküm vermektedir. “Eşit kusurun” uygulanması zaman zaman adil olmayan kararlar verilmesine yol açabilir ve bu kavramı içeren kararların çoğunlukla kadınları etkilediği söylenebilir¹⁴⁵. Bu sorunlu uygulanma şeklinin temel nedeni yine kusur ilkesinin kusur değerlendirmesini zorunlu kılan yapısıdır ve hâlihazırda hâkimlerden kusur değerlendirmesi konusunda yeknesak değerlendirmelerde bulunmalarını beklemek neredeyse imkânsızdır. Bu yöntem kusur çıkmazından kolay bir kaçış gibi görünebilir ancak Yargıtay kusur

145 Özlük/Saral, s. 287, 289.

değerlendirmesine detaylı olarak yer vermeyen yerel mahkeme kararlarını bozmakta ve kusurun dağılımına ilişkin açıklama talep etmektedir ve bu durum da kaçınılmaz olarak yargılama sürelerini uzatmaktadır¹⁴⁶. Yine de zaman zaman Yargıtay da bu çıkış stratejisini kullanmakta ve gerekçe olarak kusur dağılımı ortaya konmamış olsa da, eşlerin evlilik ilişkisini sürdürmek istemediklerinin anlaşıldığını ve bu sebeple eşleri evli kalmaya zorlamanın adil olmayacağını ifade ederek kusur değerlendirmesi olmaksızın boşanmaya hükmetmektedir¹⁴⁷.

“Eşit kusur” kararlarından kaynaklanan ikinci sorun, kusurun uygun şekilde dağılımının yapılmaması ve bunun sonucunda ortaya çıkan adaletsiz sonuçtur. Bu, aynı zamanda uğranan zararlar için tazminat taleplerinin reddedilmesi anlamına gelir. Kocanın birlikte yaşamaları için bağımsız konut sağlamadığı, karısının ailesiyle iletişim kurmasına izin vermediği, ekonomik destek sağlamadığı ve şiddet içerikli davranışlar sergilediği (ör. fiziksel şiddet gibi) ve kadının buna karşın “sadakat yükümlülüğünü” ihlal ettiği bir davada, mahkeme eşit kusur olduğuna hükmetmiştir¹⁴⁸. Benzer şekilde, kocanın karısını fiziksel olarak istismar ettiği / karının ekonomik olarak uçarı bir hayat yaşadığı, kocasının ailesini evde istemediği ve kocasına alenen “aptal” dediği davada eşit kusur olduğuna hükmedilmiştir¹⁴⁹. Bu örneklerden görülebileceği üzere, ev içi şiddet bile eşit kusur değerlendirmelerinde göz ardı edilebilmektedir¹⁵⁰.

Hem TMK hem de Anayasa toplumsal cinsiyet eşitliğini öngörse de, boşanma yargılamalarında ayrımcılık olduğu gözlemlenebilir. Sadakatsizliğin, istenmeden yapılmış bile olsa ev içi şiddet karşısında konumlandırılması kadına karşı toplumsal cinsiyet yanlılığı olarak

146 Yarg. 2. HD., 04.03.2019, 2018/3222 E., 2019/2070 K., (lexpera.com.tr).

147 Yarg. 2. HD., 04.03.2019, 2018/3222 E., 2019/2070 K., (lexpera.com.tr).

148 Yarg. 2. YD., 04.11.2020, 2020/3210 E., 2020/5405 K., (lexpera.com.tr).

149 Yarg. 2. YD., 03.12.2019, 2019/4319 E., 2019/11919 K., Yerel mahkeme kararı, eşlerin evlendikleri günden bu yana aralarındaki anlaşmazlıkları ve eşlerin boşanma isteklerini dikkate almış ve bu noktada evliliğin temelden sarsıldığı sonucuna varmıştır.

150 Lütfen bkz. fn. 125-128.

yorumlanabilir ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığıyla ilgili sosyal normları doğrular¹⁵¹.

Örneğin, kocanın hem karısına hem de çocuğuna karşı şiddet gösterdiği ve buna karşılık kadının sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı (nasıl olduğu belirtilmemiştir) bir davada, kadın daha fazla kusurlu bulunmuştur¹⁵². Başka bir davada, kadın birden fazla erkekle ilişkiye girerek (cinsel olup olmadığı belirtilmemiş) sadakatsizlik göstermiş ve koca karısına karşı şiddet içerikli davranışlarda bulunmuş ve “çocuğuna karşı ‘baba-kız’ ilişkisi açısından uygun olmayan davranışlar sergilemiştir”. Bu davada da kadının daha fazla kusurlu taraf olduğuna yönelik karar verilmiştir¹⁵³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda şiddet / güven sarsıcı davranış ile ilgili verilen kararda kocanın karısına küçük bir tıbbi müdahaleyle tedavi edilebilecek surette fiziksel şiddet uygulaması hâlinde şiddeti uygulayan koca daha az kusurlu bulunmuştur. Söz konusu olayda, şiddet eylemiyle ilgili ceza yargılamalarında ceza mahkemesi failin kadın tarafından haksız tahrik edildiği itibarıyla cezanın indirilmesine hükmetmiştir. Ceza mahkemesinin “haksız tahrik” gerekçesi doğrultusunda Yargıtay, kadının güven sarsıcı davranışının kocanın bir seferlik fiziksel şiddet eyleminin altında yatan neden olduğu ve kocanın üzüntü ve öfkeyle şiddet eyleminde bulunduğu yönünde karar vermiştir¹⁵⁴.

Kocanın karısına karşı şiddet içerikli davranışlarda bulunduğu (ev içi şiddet eylemleri sebebiyle ceza mahkemesinde hüküm giymiş) ve buna karşılık kadının güven sarsıcı davranışta bulunduğu davada,

151 Özlük/Saral, s. 287, 289; Yargıtayın zina ile ilgili kararlarının değerlendirilmesi ve toplumsal cinsiyet yanlılığının söz konusu olduğu uygulama ve bununla ilgili “yargı şiddetinin” tanımı için lütfen bkz. Rabia Sağlam, Zinanın Hukuk-İç ve Hukuk-Dışı Soy kütüğü, İnÜHFD, 2020, s. 296, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1147299>.

152 YHGK, 04.07.2019, 2017/2417 E., 2019/871 K., (lexpera.com.tr).

153 Yarg. 2. YD., 17.06.2019, 2019/3825 E., 2019/7270 K., (lexpera.com.tr).

154 YHGK, 24.02.2016 T., 2014/813 E., 2016/157 K., (lexpera.com.tr). Kadının “güven sarsıcı” ve kusurlu ilgili davranış kapsamında Facebook hesabında başka bir adamlı iletişime geçtiği, bu adamlı özel fotoğrafını paylaştığı ve gece saatlerinde başka bir telefon numarasıyla söz konusu adamlı uzun ve sık telefon görüşmeleri yaptığı tespit edilmiştir. Görüşmelerde şiddete sıfır tolerans politikasının büyük önem arz ettiği ve şiddet eğilimli koca lehine manevi tazminat kararı vermenin bu kuralı ihlal edeceği belirtilmiş olsa da, boşanmada tazminat taleplerini düzenleyen kuralın uygulanması ve bunun boşanmaya götüren sebeplerle doğrudan bağlantısı yoluyla karar gerekçelendirilmiştir.

mahkeme eşit kusur olduğuna hükmetmiştir¹⁵⁵. Daha önce bahsi geçen “güven sarsıcı davranış” kavramı mahkemeler tarafından içtihat kapsamında geliştirilmiştir. Bahsi geçen eylemlerin ayrıntıları genelde mevcut olmamakla birlikte, kararlardan çıkarılan sonuca göre sadakatsizliği kanıtlamak neredeyse imkânsız olduğu için sadakat yükümlülüğünü ihlale varmayan eylemler, bu belirsiz kavramın kapsamında kalmıştır. İçtihattan örnek olarak; kocanın telefon kayıtları günün farklı saatlerinde belirli bir numarayla yapılan görüşmeleri göstermekte ve koca bu görüşmeler için uygun bir açıklama ortaya koyamamaktadır¹⁵⁶. Kavramın muğlaklığı ve mahkemeler tarafından sıkça kullanımı hukuki belirlilik kavramının önüne geçmektedir. Bu kavram, Yargıtayın boşanma davalarında istikrarlı uygulamalarına verilebilecek özel örneklerden biridir ve bu bağlamda Sayın Yargıtay hâkimleri tarafından hâkimin takdir yetkisi temelinde etkili bir sistem kurulmuş olsa da, zaman zaman bu sistemde güçlüklerle karşılaşmakta ve bu sistem boşanmayla ilgili sorunlar açısından yetersiz kalabilmektedir.

Sonuç olarak, sadakat yükümlülüğüne ilişkin eylemlerle ilgili gösterilen tolerans söz konusu eylemin kadın tarafından mı yoksa koca tarafından mı gerçekleştirilmiş olduğuna bağlı olarak değişiklik gösterir. Yargı kararlarının bu tutumu, eşitlik ilkesinin açık bir ihlali teşkil etmesinin yanı sıra, Türkiye’de mevcut olan ev içi şiddet “çılgınlığına” da bir aracı görevi görebilmektedir.

Sözde namus kavramının mevcudiyeti karşısında ev içi şiddete hâlâ gereken önem verilmemektedir. Kadının kocasına kızı yardımıyla ev içi şiddet uyguladığı bir davada koca hem karısını hem de kızını başka erkeklerle birlikte olmakla suçlamış ve mahkeme onur ve dürüstlüğü karşı beyanları sebebiyle kocanın daha fazla kusurlu olduğuna karar vermiştir¹⁵⁷. Başka bir deyişle, mahkeme onur kırıcı davranışın şiddet kullanımına göre daha kusurlu bir davranış olduğuna hükmetmiştir.

Cinsel yetersizlik her iki eş açısından da kusur olarak görülse de, zaman zaman erkek lehine daha kayıtsız kalınan bir yaklaşımın sergilendiği görülür. Kocanın ailesinin müdahalesine sessiz kaldığı

155 Yarg. 2. YD., 20.02.2020, 2019/8028 E., 2020/1364 K., (lexpera.com.tr).

156 Yarg. 2. YD., 27.01.2020, 2019/6055 E., 2020/378 K., (lexpera.com.tr).

157 Yarg. 2. YD., 11.02.2019, 2017/1304 E., 2019/810 K., (lexpera.com.tr).

ve cinsel birleşmeyi gerçekleştiremediği bir davada kadın buna karşılık kocasına hakaret etmiş ve ev işlerini ihmal etmiştir ve Yargıtay bu davada eşit kusur olduğuna hükmetmiştir¹⁵⁸. Kadının kocasına hakaret ettiği ve kocanın cinsel birleşmeyi gerçekleştiremediği benzer bir davada yüksek mahkeme yine eşit kusur olduğuna hükmetmiştir¹⁵⁹. Konuyla bağlantılı bir husus ise, fiziksel herhangi bir engel olmamasına rağmen cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen eşlerde kusur dağılımının kadının lehine olmasıdır. Pek çok Yargıtay kararında belirtildiği üzere¹⁶⁰, kusur belirlenirken cinsel birleşme eyleminin yükünün kocanın üstünde bırakılması erkeğin daha baskın olacak şekilde konumlanmasına neden olur ancak yargı toplumsal cinsiyet rollerini belirlemekten kaçınmalıdır.

Sadakat yükümlülüğünün süre sınırına ilişkin yargı kararları da çelişkilidir. Boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen sadakatsizlik eylemi kusur değerlendirmesinde dikkate alınırsa, sadakatsizlik iddialarının yüksek mahkeme huzuruna bile sunulabileceği dikkate alındığında, ortaya çıkacak ilk olumsuz sonuç yargılamanın uzaması olacaktır. Sadakatsizlik eylemlerinin boşanma yargılamasında kabul edilmesinin ve kusurun boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen bu eylemlerle ilişkilendirilmesinin istenmeyen bir sonucu da, boşanma hükmü nihai olarak verilene kadar taraflardan başka insanlarla fiziksel ve duygusal bağlar oluşturmaktan kaçınmasının beklenmesidir. Bu yargılamaların süresi dikkate alındığında, bu tür bir beklenti tarafların kişilik haklarının açıkça ihlali teşkil eder.

İkinci olarak, dava başvurusu yapıldıktan sonra gerçekleşen eylemlerin dikkate alınması usul hukukunun genel ilkelerine aykırıdır. Bu genel usul hukuku ilkesi, sadakat yükümlülüğüne aykırılık hariç neredeyse her zaman, boşanma başvurusu yapıldıktan sonra uzayan boşanma yargılaması sırasında ev içi şiddet gerçekleştiğinde bile, uygun bir şekilde uygulanmaktadır. Bu usul kuralı esnetilecekse, bunun, mevcut durumda olduğu gibi sadakat yükümlülüğüne aykırı kabul edilen birtakım davranışlardan ziyade boşanma davası

158 Yarg. 2. YD., 06.02.2020, 2019/7520 E., 2020/844 K., (lexpera.com.tr).

159 Yarg. 2. YD., 03.02.2020, 2019/7274 E., 2020/622 K., (lexpera.com.tr).

160 Yarg. 2. YD., 04.10.2012, 2012/3919 E., 2012/23549 K., (lexpera.com.tr); Yarg. 2. YD., 16.05.2013, 2013/658 E., 2013/14022 K., (lexpera.com.tr); Yarg. 2. YD., 18.06.2014, 2013/25001 E., 2014/13730 K., (lexpera.com.tr); Yarg. 2. YD., 15.09.2014, 2014/15386 E., 2014/17395 K., (lexpera.com.tr).

açıldıktan sonra gerçekleşen şiddet eylemleri lehine olması beklenir. Son olarak, mahkemelerin bu çeşitlilik arz eden ve tartışmalı uygulamalarına çözüm olarak gözden kaçırılmış olan bir hukuk kuralından bahsedilebilir. Boşanma yargılaması başladıktan sonra ve eşler boşanmaya karar verdikten sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışların, boşanma davasında kusur değerlendirmesinde belirleyici olan boşanmaya sebep olan olaylar bakımından illiyet bağı bulunmadığı açıktır.

Kusur ilkesinin yol açtığı güçlülere ilişkin genel bir gözlem, şu ana kadar sıralanan ve tüketici olmayan sorunlar dikkate alındığında, boşanmada kusurla ilgili kararların tutarlı, hukuki olarak öngörülebilir olmadığı yönündedir ve bazıları yukarıda incelenen davalar temelinde eşitlik ilkesine aykırıdır. Bunun sebebi kusurun belirlenmesinde somut kriterlerin olmayışıdır. Bununla birlikte, evlilik devamınca bir eşin kusurunun genel kriterlere bağlı olarak tayin edilemeyeceği açık olduğundan, bu soruna tek muhtemel çözüm, ilgisiz veya önemsiz birtakım davranışların kusur isnadına konu yapılmasının sınırlandırılması şeklinde bir listenin belirlenmesi olabilir. Tabii ki bu girişim, mahkemelerin odak noktasını kusur yerine evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına çevirme gereksinimiyle desteklenmelidir.

4.2.3. Usul Hukuku Meselelerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Temel Sebepleri

Yukarıda belirtildiği üzere boşanma yargılamalarının süresini uzatan bir başka etmen mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve bu Kanunda boşanma yargılamalarının özel gereksinimlerini karşılayan spesifik hükümlerin bulunmamasıdır. Genel itibariyle, Aile Mahkemelerine yönelik bir Usul Kanununun çıkarılması çoğu usuli konunun kolaylaşmasını sağlayacak olmakla birlikte ikincil bir çözümdür.

Yazılı yargılama usulü, davacı ve davalı arasındaki dilekçeler teatisini gerektirir. Bu aşamada çoğunlukla kusur iddialarıyla bağlantılı olmak üzere farklı pek çok beyan da sunulmaktadır. Bu gibi iddiaların değerlendirilmesi, bu konuda başka kurumlar ile yazışmaları gerektirmesi hâlinde yargılamanın uzamasına sebep olur.

Yargılamada kullanılan temel kanıtlar doğal olarak tanık beyanları olduğu için sorun daha da ciddi bir hâl alır. Hâkimin tanık sayısına karar verme veya bu sayıyı sınırlama konusunda takdir yetkisi olsa da, dilekçede her zaman çok sayıda tanık yer alır. Bu sebeple ilk sorun, tamamlanması bazen aylar alan tanıkların mahkemeye çağırılması sürecidir (tanığın adresinin bilinmemesi veya değişmiş olması sebebiyle).

Tanık delili ile ilgili bir diğer sorun da tarafların karşılıklı iddialaşmalarına konu olmaları ve gerçeği yansıtmama ihtimalleridir. Yargıtay kararlarında tanık beyanlarının doğruluğu, yinelenerek gündeme gelen konulardan biridir. Mahkeme kararları, spesifik olgulara dayanmayan soyut ve geniş kapsamlı tanık beyanlarını dikkate almaz, öte yandan aksi yönde ciddi ve ikna edici kanıt olmadığında da bu beyanların doğru olduğu kabul edilir. Akrabalık ilişkileri veya diğer yakın ilişkiler, tek başına tanık beyanlarının doğruluğunu zedelemesiz¹⁶¹.

Usul kanununun süreyi uzatıcı temel etkilerinden birinin HMK m. 137 vd. kapsamında "ön inceleme süreci" olduğu dile getirilmiştir. Farklı dava türlerinde etkili olsa da, bu usuli sürecin bazı davalarda yargılamayı engellediği düşünülmektedir. Ancak çoğunluğun görüşü ön inceleme sürecinin elzem olduğu yönündedir zira ön inceleme duruşmasında hâkim tarafların savlarını temellendirdiği kanıtları açıklar (ön inceleme duruşmasından sonra tarafların hiçbirini yeni kanıt ortaya koyamaz).

HMK kapsamında üst derece mahkemelerinin yaptığı değerlendirmelerin de yargılamaların süresini uzattığı görülmektedir. Hem BAM hem de Yargıtay, yerel mahkemenin yapmış olduğu kusur dağılımını tekrar değerlendirir. İki mahkemenin birbiriyle çelişen değerlendirmeleri ve kararları da ayrıca sorun teşkil etmektedir. Ekonomik açıdan bakıldığında, maddi ve manevi tazminat taleplerini ikinci ve üçüncü derece mahkemelerin farklı şekillerde değerlendirip birbiriyle çelişen sonuçlara yol açtığı pek çok örnek bulunmaktadır¹⁶².

161 Yarg. 2. YD., 18.02.2019, 2017/4490 E., 2019/1205 K., (lexpera.com.tr).

162 Yargıtayın neden akıldaki tam meblağa yönelik karar vermediği ve zamandan tasarruf etmediği sorgulanabilir. Bu durum usul kanununun katı kurallarından kaynaklanmaktadır ve Yargıtayın teoride davayla ilgili spesifik konuları değerlendirme izninin olmadığı şeklinde özetlenebilir.

Hâkimlerin takdir yetkisine ilişkin uygulamalar da temel sebeplerden biri olarak listeye dahil edilebilir. İş yükü dikkate alındığında bu belki de anlaşılabilir bir güçlüktür. Bununla birlikte, hâkimlerin bazı konularda takdir yetkisinin dışına çıktığı ve bazen daha hızlı çözüm elde etmek için bu yetkiyi kullanmaktan kaçındığı gözlemlenebilir. Bu sorunun sebebinin, kusur ilkesinin hem mevzuatta hem de yargılamada doğrudan odak noktası olması olduğu öne sürülebilir. Hâkimler bazen kendilerini kusurlu tarafı bulma ve onları hukuken “cezalandırma” konusunda yetkili olarak görürken bazı usuli konuların hızlandırılması için yargısal takdir yetkisinin kullanılmasında tereddüt etme, iş yükü fazlalığının doğrudan sonucu olarak kişisel motivasyonun olmaması veya yetkilerinin kapsam ve sınırlarını bilmemelerinden kaynaklanıyor olabilir. Yine de, bu tereddüdün ardındaki temel nedenin hâkimlerin görevlendirilmelerini ve yüksek mahkemelere terfilerini etkileyen “derecelendirme” sistemi olduğu görülmektedir.

Aile Mahkemelerine ilişkin 4787 sayılı Kanun’un 7. maddesi aile mahkemesi hâkimlerinin davanın esasını değerlendirmeden önce tarafları sulhe teşvik etme yükümlülüğünü düzenler. İstismar ve/veya ev içi şiddet davalarında bu süreçten kaçınılmalı ve hâkimlerin bu ilke hakkında farkındalığı artırılmalıdır.

4.2.4. Boşanma Prosedürlerinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Bunların İkincil Örselenmeye Yol Açmadaki Etkisi

Yuvarlak masa toplantılarında genel olarak aile mahkemesi personelinin durumun hassasiyeti ve boşanma yargılamalarının ikinci örselenmeye yol açma etkileri hakkında hukuki ve vicdani olarak iyi donanımlı olduğu gözlemlenmiştir. Bu sebeple, bu husus hakkındaki gözlemler ve öneriler çoğunlukla çocuğun tanıklığı ve beyanları ve kusur iddialarının ortaya konması sırasında çocukların çapraz ateş altında kalmaları olmak üzere usuli konularla ilgili olacaktır. Aynı zamanda, daha katılımcı bir uygulamanın sağlanması için aile mahkemeleri ve Adalet Bakanlığı ile adli destek uzmanlarının dahil olduğu merkezi sistem gibi ilgili kurumlar arasındaki iş birliğine de gereken vurgu yapılmalıdır.

İkincil Örselenmeye Yol Açan Etmenler

İkincil örselenmenin önlenmesi ve taraflar için deneyimin daha çocuk dostu ve etkin olması için mahkeme binalarının fiziksel koşulları değerlendirilebilir ve iyileştirmeler önerilebilir. Mevcut durumda mahkeme binalarındaki ortamın hem fiziksel hem de psikolojik açıdan çocuklar için uygun olmadığı söylenebilir; ör. çocuklara özel bekleme salonları ve çocuklara özel girişler bulunmamaktadır, mevcut olarak özel bir güvenlik uygulaması yoktur ve mahkeme olanakları çocuk ve bebek dostu değildir. Özellikle nüfusu fazla olan şehirlerde her türlü insanın olduğu mahkeme binasında bulunmanın etkilerinin örseleyici olmasa bile stres verici olduğu göz önünde bulundurularak, çocuğun mahkeme binalarının karmaşasından uzak tutularak korunması için çocuğun bu deneyimden ayrı tutulması gerekliliği göz ardı edilemez.

Uzun süren boşanma yargılamaları çocukların üstünde örseleyici etkiyi artırır ve ayrıca bu süreçte yaşanan belirsizliklerin olumsuz etkilerinin de olduğu bilinmektedir. Boşanma yargılamalarının kusur ilkesine dayanması ebeveynler arasındaki ilişkinin gerilmesine neden olmaktadır. Birbirlerinin kusurunu ispat etmeye çalışan eşler çocuğun temel gereksinimlerini karşılamak ve çocuğu boşanmanın etkilerinden korumak üzere iş birliği yapmaktan kaçınır. Kusura dayalı bu hasmane tavır, kusur dağılımı çabası bir kenara bırakıldığında ortak velayet için oldukça uygun olan ebeveynler söz konusu olsa bile, çocuğun velayetiyle ilgili de ihtilaf yaşanmasına neden olur. Benzer bir durum ebeveynler arasında velayeti elde etme amacıyla yaşanan gerginlikle ilgili de gözlemlenir ve bu durum daha sonra ebeveynlerin ve çocukların ikincil örselenmesini daha kötü bir hâle getirir.

Uzmanlara Yönelik Görevlendirme Sistemi

Yakın zamanda kullanım dışı kalan bir önceki sistemde, her bir mahkemeye bir uzman atanır ve hâkim ihtiyaç hâlinde uzmanla iş birliği içinde çalışırdı. Yeni düzenleme, merkezi bir sistem getirmiştir. Bu sisteme göre uzmanlar merkezi bir havuzda toplanır ve münferit davalar temelinde mahkemeye görevlendirilir veya hâkim tarafından talep edilir. Merkezi sistem birtakım güçlükleri beraberinde getirmiştir

ancak bazı paydaşlar yeni sistemin eski sistemin güçlüklerine çözüm getirdiği görüşündedir. Temel güçlüklerle ilgili olarak yeni sistemin hâkimin uzmanlardan gerektiği gibi faydalanmasının önüne geçtiği ve uzmanlara ihtiyaç olduğunda uzun bekleme sürelerine neden olduğu düşünülmektedir. Buna karşın, ilk toplantıda bir hâkim tarafından dile getirilen ve yeni merkezi sistemi savunan görüşe göre yeni sistem, yeniden inceleme gerektiğinde hâkimin farklı uzmanlarla çalışmasını mümkün kılmakta ve böylece konuya farklı bakış açıları getirilebilmektedir. Uzmanlar tarafından yeni sistem lehine dile getirilen bir başka görüşe göre uzmanlar arasında iş yükü açısından daha önce yaşanan eşitsizlikler giderilmiştir.

Belirtilen spesifik güçlüklerden biri merkezi sistemin, çocuğun pek çok kez uzman incelemesine maruz kalmasına sebep olmasıdır. Bahsi geçen bir başka güçlük, uzayan yargılamanın çocuk üstündeki olumsuz etkilerini artıran uzman bekleme süresidir. Başka bir bakış açısıyla, uzman sayısının yetersiz olması yargılama süresini uzatır ve çocukla kişisel ilişkisinin uzman desteğiyle kurulmasının gerekli olduğu davalarda uzman sayısının yetersiz oluşu mahkemenin beklediği gibi hızlı hareket etmesini neredeyse imkânsız hâle getirir¹⁶³. Ayrıca, aynı münferit uyuşmazlığı ele almak üzere derdest davaya her seferinde farklı bir uzman atandığında, hâkim ve uzman uyum içinde etkili bir şekilde çalışamaz ve bu anlamda amaçlanan iş birliği riske atılmış olur. Toplantılar sırasında gecikmelerin kaçınılmaz olduğu, her yeni görevlendirmede uzmanın davayı en baştan ele alması gerektiği, tüm materyalleri gözden geçirmenin oldukça karmaşık ve zaman alıcı bir süreç olduğu ifade edilmiştir. Son anılan güçlüğü Adalet Bakanlığı tarafından çürütüldüğü ve söz konusu güçlükten kaçınmak için hâkimlerin havuzdan belirli bir uzmanın görevlendirilmesini talep edebildikleri belirtilmelidir.

Uzun bekleme sürelerinin çoğunlukla uzman sayısının yetersiz oluşuyla ilişkilendirildiği sonucuna varılabilir. Münferit davalar temelinde uzmanların atanmasından sorumlu olan kurum ile mahkemeler arasındaki iş birliği ve etkileşim düzeyinin yeterli olmadığı açıktır. Yuvarlak masa toplantılarında belirtildiği üzere, mahkemeler

163 22 Kasım'da yapılan yuvarlak masa toplantılarında AdB tarafından belirtildiği üzere AdB yakın zamanda 500 uzmanın işe alımını yapacaktır.

uzmanların gecikmeli bir şekilde görevlendirilmelerini eleştirmiştir; ancak görevlendirmelerden sorumlu kurum bu durumun uzman için yapılan özel taleplerden kaynaklandığı ve pedagog talep edilmiş olsa, görevlendirme taleplerinin daha hızlı bir şekilde karşılanabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, merkezi sistem, mahkemeleri, uzman psikologların sayısının yetersiz olması sebebiyle pedagogların daha kolay görevlendirilebileceği konusunda bilgilendirmediği için, davaların çoğunda yaşanan gecikmelerin bürokratik sebeplerden kaynaklı etkin olmayan iletişimden ileri geldiği sonucuna varılabilir.

Üç üyeden (psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı) oluşan uzmanların mahkemeler tarafından özel olarak talep edilmesi de uzmanlarla ilgili yaşanan gecikmelerin sebeplerinden biridir. Uzmanlardan oluşan bir komitenin görevlendirilmesi talebi, aile mahkemesi hâkimlerinin Yargıtayın yerel mahkeme kararının her zaman komite raporuna dayanmasını beklediği inancından kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, aile mahkemesi hâkimlerinin kanaatine göre şayet karar yalnızca pedagog tarafından hazırlanan inceleme raporuna dayandırılırsa, Yargıtay kararı bozar ve üç kişiden oluşan bir komite tarafından hazırlanmış bir rapor isteyebilir¹⁶⁴. Bu konuyla ilgili, yuvarlak masa toplantılarında bir Yargıtay tetkik hâkimi tarafından yapılan açıklamaya göre uzman komite raporu gerektiren bu tür kararlar münferit olaylara ilişkin olup yalnızca birbiriyle çelişen uzman raporları olduğunda bu tür bir komitenin oluşturulması yönünde karar verilmektedir.

Burada odak noktası, boşanma sürecinde çocuklardan her birine eşlik edecek bir uzman görevlendirmenin mümkün olup olmadığı ve münhasıran bu uzmanlar tarafından yapılan incelemelerin muhtemel katkıları üstünde olmalıdır. Bununla birlikte, bir önceki sistemin istenmeyen etkileri göz önüne alındığında yukarıda bahsi geçen güçlükleri çözüme kavuşturmak için (bir önceki sistemin kendine özgü güçlüklerine çözüm getirerek bu sistemi sürdürmek yerine) Adalet Bakanlığı uzman görevlendirme sistemini merkezileştirmeyi seçmiştir. Uzman havuzunun merkezileşmesi doğru seçim olsun ya

164 Bkz. "Velayet düzenlemelerinde önemli nokta küçüğün menfaatlerinin korunması, geleceğinin güvence altına alınmasıdır ve yargılama süresince tarafların ortaya koyduğu iddialar dikkate alınarak tüm kanıtlar titiz bir şekilde incelendikten sonra karar verilmeli ve..." YHGK, 04.04.2018., 2-1575/672, (lexpera.com.tr).

da olmasın kendi güçlüklerini beraberinde getirerek Adalet Bakanlığı tarafından yakın zamanda tesis edilmiş olduğundan daha çocuk dostu ve daha az zaman alıcı gibi görünen bir önceki sisteme geçme yönünde sistem değişikliği yapılacağı şüphelidir.

Çocukların Dinlenmesi

2020 yılında verilen 135.022 adet boşanma kararında 124.742 çocuk çekişmeli velayet yargılamasına dahil olmuştur¹⁶⁵. Bu sayılar ve mevcut sistemin aksaklıkları göz önüne alındığında, boşanmanın çocuklar üstünde doğrudan olumsuz etkisi olduğu gerçeği aşikardır. Mahkeme binaları çocukları tanık olarak dinlemek için uygun yerler değildir. Stres ve rahatsızlığı azaltmak için uygun tedbirler alınmadığında, çocukların mahkeme salonunda kaygı ve stres yaşayabileceği yaygın olarak kabul görmektedir.

Yuvarlak masa toplantılarında pek çok kez belirtildiği üzere çocukların boşanma yargılamalarına dahil olması aşağıda ele alınan büyük sorunlara neden olur. İlk olarak, boşanma davasının açılmasının hemen akabinde hâkim tarafından verilen çocukların yaşam koşullarını ve psikolojik durumlarını inceleme kararının, süreçte çok erken bir aşamada verilen bir karar olduğu düşünülmektedir. Bunun sonucunda, davanın erken aşamalarında verilen kararların sonraki aşamalarda baş gösteren sorunları kapsamaması durumunda, çocuk boşanma yargılamasında uzmanlar tarafından pek çok kez dinlenir. Ayrıca, davanın başında davayla ilgili hiçbir veri yokken böylesi bir raporun hazırlanması faydalı değildir ve bu raporun sağladığı fayda ile ilgili şüphe uyandırır. Bu süreç de doğal olarak yargılamaların süresini uzatır.

Yuvarlak masa toplantıları sırasında çocuğun erken aşamada dinlenmesiyle ilgili belirtilen bir başka husus diğer eşin ve/veya çocuğun boşanma davasının açılmasıyla ilgili bilgiyi uzmandan öğrenmesidir. Bu durum hem diğer eş hem de çocuk açısından hüsrana ve örselenmeye yol açar.

Yargılamalar sırasında çocuklar için hasar verici olabilecek bir başka

165 <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Bosanma-Istatistikleri-2020-37211>

olgu çocuğun tanık olarak dinlenmesidir. Boşanmanın psikolojik etkisi ve çocuğun boşanmadan kendini suçlu tutma ihtimali dikkate alındığında, tanık olarak yargılamanın bir parçası olma örselleyici etkileri artırır. Çoğu davada kusur iddialarıyla ilgili kanıt elde etme çabasıyla doğrudan bağlantılı olarak çocuk tanık olarak listeye girer ve bu da çocuğun ebeveynleri arasındaki ihtilafta arada kalmasına neden olur.

HMK'nın boşanma yargılamalarıyla uyumsuzluğundan kaynaklanan bir başka sorun, çocuğun istismar ve/veya şiddet içerikli olaylarla ilgili beyanlarının şayet çocuk ilk tanık listesinde yer almıyorsa delil olarak kullanılamamasıdır¹⁶⁶. Şayet çocuk uzmanla görüşmesi sırasında beyanda bulunduyorsa ve görüşlerini ifade ettiyse ve bu beyanlar tarafların kusuru değerlendirilirken dikkate alınmazsa, bu yaklaşım adil olmayan sonuçlara yol açar. Tanık listesi kapsamının genişletilemeyeceğine dair kuralın katıldığı, bu kuralın boşanma yargılamasıyla uyumsuzluğunu ortaya koymaktadır. Esasında bir önceki paragrafta açıklandığı üzere yargılamaların uzaması ve çocuğun yanında yaşadığı eşin maddi menfaatleri, tamamen kusurun ispatına bağlıdır. Bu sebeple, hâkim tanık olarak bildirilmemiş olan çocuğun beyanını dikkate almadığı sürece, hâkimin yaklaşımı da çocuğu mağdur etmektedir. Hâkimin resen karar verme yetkisi çerçevesinde hâkimin tüm hususları kendi isteğiyle dikkate alması amaçlanır. Usul kurallarının boşanma hukukuyla uyuşmayan yapısı sebebiyle bu yetkinin kullanılamaması, aileleri çocuklarını evlilik birliğinin temelinden sarsılması konusunda tanık göstermek durumunda bırakmaktadır.

166 "Mahkeme davacı-davalı tarafın (koca) en son yaşanan olayda karısına şiddet uyguladığını ve karısını tehdit ettiğini kabul etmiş olsa da, davalı-davacı tarafın (kari) tanıkları tarafından verilen beyanlarda davacı-davalı adamın karısına şiddet uyguladığı ve onu tehdit ettiğine yönelik bir ibare yoktur. Davalı-davacı taraf (kadın) tarafından tanık olarak dayanılmayan ortak çocuk K2'nin sosyal çalışmacıya velayet hususunda görüşme sırasındaki beyanlarının ise boşanma hükmüne esas alınmasına yasal imkân yoktur. Dava dosyasında erkeğin uyguladığı şiddet ve tehditle ilgili başka bir kanıt bulunmamaktadır. Bu davada şiddet ve tehdit kusur olarak değerlendirilemez", Ankara BAM, 2. YD., 15.1.2020, 2018/377 E., 2020/32 K., (lexpera.com.tr).

KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ

Bu bölüm, Türk boşanma yargılamasının etkililiğini temin etme, ilgili tarafların (yeniden) örselenmesini önlemede boşanma sisteminin etkin bir şekilde uygulanabilir olmasını sağlamaya yönelik muhtemel seçenekleri araştırma ve tavsiyeler önerme konusunda bulunan en iyi uygulamaları, sorunları ve önerilen çözümleri karşılaştırmaya odaklanacaktır.

5.1. İstenilen Sonuçlar

5.1.1. Boşanma Yargılamalarının Basitleştirilmesi ve Kusurdan Arındırılması

Önerilen eylemler aşağıdakileri içermelidir:

- Geleneksel kusura dayalı boşanmanın yanı sıra evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasında kusura dayalı olmayan ve ekonomik sonuçlarla ilgili kusur soruşturmasından arı boşanmanın getirilmesi.
- Kusura dayalı olmayan sistemin getirilmesi - Türk boşanma sisteminde yasal çerçeveye ilişkin sunulan diğer tavsiyeler yasalışırsa, boşanma oranlarında anlık bir artış yaşanabilir. Ancak bu artış kısa süreli olacaktır. Benzer revizyonlardan geçen diğer yargı sistemlerinde eş şiddetinde azalma olduğu belgelenmiş bir olgudur ve ev içi şiddette de azalma olması beklenir.

5.1.2. Boşanma Yargılamalarında Maddi Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Sağlanmasına Yönelik Gösterilen Çabalarda Uluslararası Standartlar ve Avrupa Standartlarına Daha İyi Uyum

Önerilen eylemler aşağıdakileri içermelidir:

- Kadınlar için kocalardan farklı kusur standartlarının kaldırılması
- "Kusur karşılaştırmasının" yorumlanmasında tutarlılığı sağlamaya yönelik araçlar¹⁶⁷
- Boşanma gerekçesi ve mali konular arasında bağımlılık söz konusu olduğunda, kocanın karısına yönelik mali yükümlülüklerden kaçınmak için hükümleri kötüye kullanma olanağını ortadan kaldırmak amacıyla boşanma gerekçelerini ve mali sonuçları birbirine bağlayan hükümler
- Uygulamada doğru etkiyi ortaya koymak için hukuk uygulayıcılarının ve yargı mensuplarının eğitilmesi ve bu yönde araçların ortaya konması. Ayrıca, hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve toplumsal cinsiyet konusunda farkındalıklarının sağlanması¹⁶⁸

5.1.3. Çocuk Dostu Boşanma Yargılamaları

Önerilen eylemler aşağıdakileri içermelidir:

- Tüm çerçeveler, mevcut politikalar ve çocuklarla ilgili diğer tedbirlere, uluslararası insan hakları ve özellikle Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve genel ilkeleri, ayrımcılık yapmama, çocuğun korunması ve refahıyla ilgilenen makamlar ve diğer kilit kurumlar arasında kapsamlı ve kurumlar arası politikaların

167 Türk Yargı Sistemi boşanmaya yol açan eylemler erkek tarafından gerçekleştirildiğinde farklı, kadın tarafından gerçekleştirildiğinde farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Kaynak: Betül Özlük, Melek Sara, "Concept of Fault, Post-Marital Maintenance Obligation and Discrimination Against Women in the Turkish Judicial System", *International Journal of Law, Policy and the Family*, V. 32, N. 3, (s. 281-301).

168 *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümlerini uygulamaya koyan yasama tedbirleri ve diğer tedbirlere dair Türkiye'nin İlk Raporu Hakkında Gölge STK Raporu* <<https://rm.coe.int/turkey-shadow-report-2/16807441a1>> 10 Kasım 2021 tarihinde erişilmiştir, s 12.

oluşturulması yoluyla çocuğun yüksek yararı ve katılımı, yeterli kaynak sağlama, birbiriyle kesişen ayrımcılık dahil olmak üzere çocuğun korunması, göç, adalet uzmanlarının ve diğer uzmanların çocuk hakları konusunda sürekli ve düzenli eğitim yön vermelidir¹⁶⁹. Erişilebilir, yaşa uygun, hızlı ve özenli olan, çocuğun gereksinimlerine ve haklarına uyarlanmış ve odaklanmış, adil yargılanma hakkı dahil olmak üzere çocuğun haklarına, yargılamalara katılma ve yargılamaları anlama hakkına saygı duyan, özel hayat ve aile hayatı ile onur ve dürüstlük kavramlarına saygı duyan araç setinin ulusal düzeyde kullanılmaya başlanması

- Çocuk dostu boşanma yargılamalarını sağlamak üzere kılavuz ilkelerin ve kontrol listelerinin hazırlanması, dağıtılması ve desteklenmesi
- Tanıklık dahil olmak üzere çocukların dinlenmesi gerektiğinde özel olarak donatılmış salonların ve prosedürlerin düzenli olarak kullanımının sağlanması yoluyla ortalama mahkeme salonunda karşılaşılan haddinden fazla formalitenin önüne geçme

5.2. Genel Tavsiyeler

5.2.1. TMK 166/1 Kapsamında Düzenlenen Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Gerekçesini Kusur Etkisinden Arındırma

- Bu sonuca iki şekilde erişilebilir: Yasama düzeyinde söz konusu maddenin ikinci fıkrasının yürürlükten kaldırılması¹⁷⁰ ve uygulama düzeyinde ikinci fıkranın kullanımının istisnai durumlarla sınırlanması. Madde 166/2'nin lafzı doğrultusunda kusur ilkesinin sürekli kullanımı göz önüne alındığında ikinci öneri pek gerçekçi görünmemektedir. Yasama düzeyinde değişiklik yapılmadan yargı uygulaması düzeyinde dönüşüm uygulanabilir olmaz.

169 CMW (Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunması Komitesi) ve CRC (Çocuk Hakları Komitesi), Ortak Genel Görüş No. 3 ve No. 22, parag. 13 ve 18.

170 Madde. 166/1: "Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir." Madde. 166/2: "Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir."

- Yuvarlak masa toplantılarında bu hükmün kaldırılması durumunda durumu kötüye kullanan uygulamaların baş göstereceği belirtilmiştir. Gösterilen tereddüt tamamen kusurlu olan eş için boşanmanın doğrudan mümkün kılınmasıyla ilgili olmuştur ve burada kusurlu olmayan ve herhangi bir ekonomik kaynağı bulunmayan kadını koruma amacı güdülmektedir. Bu anlamda, ekonomik bağımsızlığı olmayan kadınların maruz kaldığı hasar verici sonuçları en aza indirmek için yeterli bir sosyal yardım programının getirilmesinin önemi ve gerekliliği vurgulanmıştır.
- Ancak, ikinci fıkra yürürlükten kaldırılrsa bile, nafaka ve uğranılan zararlar için tazminat talepleri, kusurun belirlenmesi ile sonuçlanacaktır. Bu sebeple, önerilecek bir başka seçenek TMK m. 174 kapsamında düzenlenen tazminat taleplerinin kaldırılması olabilir. Ayrıca, nafakanın kusur dağılımından bağımsız ve sadece tarafların ekonomik ve kişisel konumlarına göre hesaplanması için nafakanın belirlenmesi konusunda da revizyona ihtiyaç vardır.
- Bu tür bir revizyonun büyük etkileri olacağını göz önünde bulundurarak, m. 166/1 (evlilik birliğinin temelinden sarsılması) kapsamında boşanma taleplerine ilişkin bir başka tavsiye çerçevesinde, uğranılan zararlara yönelik tazminat talepleri yalnızca ev içi şiddetin etkili bir şekilde kanıtlandığı davalarla sınırlandırılabilir.

5.2.2. TMK 166/4 Kapsamında Boşanma Davasının Reddedilmesi Ön Koşulunun Kaldırılması ve 3 Yıllık Ayrılık Dönemi Sonrasında Boşanma Seçeneği

3 yıllık dönemin de uzun olduğu düşünülmekte olup kısaltılması önerilebilir.

- Reddedilmiş boşanma talebi ön koşulunun kaldırılması bu koşulu karşılamak üzere daha önce yapılan boşanma taleplerini ortadan kaldırır ve buna bağlı olarak aile mahkemelerinin iş yükünü azaltır. Bu tavsiye, yuvarlak masa toplantılarında tüm katılımcılar tarafından kabul edilmiştir.
- Aynı zamanda, iki ayı hanelinin geçimini sürdürmede yaşanabilecek zorluklardan dolayı fiili ayrılığın tam olarak belirlenmesi mümkün

olmayabilir ve dolayısıyla bu koşul mutlak bir koşul olarak görülmemelidir. Bu bağlamda, eşler hâla aynı çatı altında yaşıyorsa ancak fiili ayrılık kanıtlanabilirse, konuyla ilgili vurgu, hâkimlere yönelik kılavuz ilkelere eklenebilir.

5.2.3. Boşanmanın Gerçekleşmesi için Anlaşmalı Boşanmada Ön Koşul Olan Bir Yıllık Sürenin Kaldırılması

- Eşlerin 16 yaşın altında çocukları olması hâlinde, düşünme süresini öneren CEFL (Avrupa Aile Hukuku Komisyonu) ilkeleri ışığında, Türk sisteminde uzayan boşanma yargılamaları dikkate alındığında, belirli bir düşünme süresi¹⁷¹ önerilebilir. Yargılamaların istenmeyen şekilde uzamasından kaçınmak ve aynı zamanda ilgili tarafların menfaatlerini korumak için bu tür bir düşünme süresinin uzunluğu en az ve en fazla süreye ilişkin özel yasama hükümleriyle tanımlanmalıdır.
- Özel gereksinimleri bulunan çocuğu olan eşler için yaş kısıtlaması olmaksızın benzer bir düşünme süresi önerilebilir.
- Yuvarlak masa toplantılarında bir yıllık sürenin 3 veya 6 aya düşürülmesi önerilmiştir. Şayet düşünme süresi çözümü seçilirse, sürelerin mümkün olduğunca kısa tutulması gerektiği belirtilmiştir.
- Tarafların anlaşmalı boşanma ve sonuçları hakkında yaptıkları ve TMK m. 184/5 uyarınca yerel mahkemede kabul edilen protokolün bağlayıcı etkisine ilişkin yasal çerçeve düzenlenmelidir. Protokolün yerel mahkeme tarafından onaylanması veya boşanma hükmünün nihai hâlini alması sonrasında bile taraflar kararı temyize götürebilir. Bu temyiz talepleri borçlar hukuku kaynaklıdır. Böylesi taleplere imkân tanınıp tanınmayacağı ve imkân tanınacak ise bunların sınırının yasal çerçevesinin belirlenmesi ve Yargıtay uygulamasının da yeknesak olarak şekillenmesi gerekir.

171 Bkz. 3.1.5. Düşünme süresi.

5.3. Özel Güçlüklere İlişkin Tavsiyeler

5.3.1. Kusur İlkesinden Kaynaklanan Sorunlara Yönelik Tavsiyeler

Kusur ilkesinden kaynaklanan güçlüklere ilişkin yapılan genel bir gözleme göre şu ana kadar sıralanan ve bunlarla sınırlı olmayan sorunlar dikkate alındığında, boşanmada kusurla ilgili verilen kararlar tutarlı ve hukuki açıdan öngörülebilir değildir ve zaman zaman eşitlik ilkesine aykırı oldukları düşünülebilir. Bunun sebebi kusurun belirlenmesinde somut kriterlerin bulunmamasıdır. Ancak boşanma ve evlilik sorasında eşin kusuru, özel olarak kriterlere ayrılamayacak bir konudur. Konuyla ilgisi olmayan veya önemsiz davranışları sınırlamak suretiyle ileri sürülebilecek kusur normlarına ilişkin bir liste hazırlanabilir. Ancak elbette bu girişim mahkemelerin odak noktasını evliliğin temelinden sarsılmasına çevirerek desteklenmelidir.

Tanımlanan Güçlük 1: 6284 Sayılı Kanun'un Kötüye Kullanılması

İyileştirme seçenekleri: Boşanma davalarında ev içi şiddete ilişkin tedbir kararının delil olarak kullanımının mahkemece sınırlı ölçüde kabul edilmesi

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Bu tür eylemlerin usuli açıdan mümkün olsa da uygun olmadığı ve 6284 sayılı Kanun doğrultusunda verilen tedbir kararlarının boşanma davalarında kötüye kullanılmaması gerektiği konusunda (gerçek ve kanıt temelli şiddet davaları hariç) avukatların eğitilmesi yoluyla bu uygulama kolayca önlenabilir. Bu anlamda barolar ile iş birliği uygun ölçüde beklenebilir.
- 6284 uygulamalarının kötüye kullanımını sınırlamak için barolara ve mahkemelere yönelik yazılı kılavuz ilkeler ve eğitimler geliştirilmelidir.
- 6284 sayılı Kanun gereği verilen tedbir kararı hükmünde, bu kararın 6284 sayılı Kanun'un amacının yerine getirilmesine yönelik

olduğu ve konuyla ilgili daha fazla kanıt sunulmadan kararın kanıt olarak kullanımının sınırlı olduğu yönünde bir açıklamaya ilişkin yazılı içerik şartı getirilmelidir.

- 6284 sayılı Kanun'a veya gelecekte planlanan Aile Mahkemeleri Usul Kanunu'na boşanma davalarında tedbir kararlarının kural olarak delil niteliği bulunmayacağı ile ilgili ek düzenleme yapılmalıdır.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Tedbir kararı hükmünde yer alan bir yazılı beyan olarak ya da konuyla ilgili yasalaştırılmış özel bir düzenlemeyle kuralda, ağır ve delille desteklenebilen şiddet vakalarına dair istisnaya yer verilmelidir.
- Kanunun lafzı ev içi şiddetle ilgili yaşanan olayların, boşanma yargılamalarında görünmez olmasına sebep olmamalıdır ve hedef tedbir kararlarının manipülatif kanıt olarak veya pazarlık gücü elde etmek için boşanma yargılamalarında boş bir ümitle kötüye kullanımının engellenmesi olmalıdır.

Tanımlanan Güçlük 2: Kusur İspatıyla İlgili Kanıt Uydurma ve Yasa Dışı Olarak Elde Edilmiş Deliller

İyileştirme seçenekleri: Bu güçlüğün temelinde yatan sebep kusur ilkesidir; dolayısıyla çözüm için tek gerçekçi seçenek bu ilkenin yürürlükten kaldırılması ve yeterli koruma tedbirlerine yönelik hükümlerle yeniden düzenlenmesidir.

Kusur ilkesinin terk edilmesinin yanı sıra, farkındalık artırma ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu kapsamında düzenlenen yaptırımların etkili bir şekilde uygulanması önemlidir.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Boşanma ve aile hukuku avukatlarına boşanma yargılamalarında kanıt ibrazı ve bunun etkileriyle ilgili ders verilmesine ilişkin Alman örneği tavsiye edilebilir.

- Ülke genelinde barolarla iş birliği içinde avukat ve stajyer avukatlara yönelik ihtisas eğitimlerine daha kolay ve sık erişimin sağlanması tavsiye edilebilir.
- Yargıtay nezdinde müvekkillerin temsil edilmesi için avukatlara yönelik 5 yıllık deneyim ön şartının getirilmesi tavsiye edilebilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- İhtisas eğitimleri ve kurslarına katılım gönüllülük bazında olacaktır ve bu sebeple, bunların etkililiği tartışmaya açıktır.
- 5 yıllık deneyim tavsiyesi, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda hukuki revizyon yapılmasını gerektirir ve bunun kabulü son derece arzu edilmektedir.

Tanımlanan Güçlük 3: Ev İçi Şiddet Konusunda Boşanma Yargılamasında Yeknesak Uygulamanın Sağlanamaması; Hem Ceza Davası Kararlarının Etkisi Açısından Hem de Ceza Yargılamalarında Şikayetin Geri Alınması Etkisi Açısından

İyileştirme seçenekleri: Yargıtayın ceza mahkemesi kararını bekletici mesele yapan uygulaması, boşanma yargılamasının uzamasına sebep olur. Bu sebeple, boşanma davasında kusur değerlendirmesi aile mahkemesi hâkiminin takdirine bırakılmalı ve ceza hukukunun kendine özgü kurallarına ilişkin karmaşık uygulamalardan kaçınılmalıdır.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Hukuk mahkemesi hâkiminin ceza mahkemesinin kusur ve zarar değerlendirmesinden bağımsızlığının ve bunun hukuk yargılamalarında bağlayıcı olmayan etkisinin ve aynı zamanda ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararlarının bağlayıcı olmayan etkisinin Türk Borçlar Kanunu m. 74/1 kapsamında düzenlendiği doğrudur. Bununla birlikte, bu serbestinin karşısında bulunan mevcut çelişkili uygulamayı etkisiz hâle getirmek ve

yeknesak uygulama sağlamak için eğitimler ve pratik araçlar önerilebilir.

- Ayrıca, ceza yargılamalarında şikayetin geri çekilmesi ve bunun daha sonra af olarak yorumlanması, ev içi şiddet davalarında adaletsiz kararların verilmesiyle sonuçlanabilir ve bu durum boşanma yargılamalarında kusur olarak görülemeyebilir. Bu sebeple, kararları ve eğitimleri bir bütün hâline getirmek için kılavuz ilkeler önerilebilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Farklı sonuçları olan içtihat dikkate alındığında, bu kılavuz ilkelerin etkililiği yeterli olmayabilir. Eğitimler sırasında süreyi uzatma ve bu farklı kararların adaletsiz sonuçlarına yapılan vurgu etkili olabilir.

Tanımlanan Güçlük 4: Kusur Tayininde “Af” Olgusunun Yaygın Kullanımı

İyileştirme seçenekleri: Bu tutarsız ve öznel kavramın ilgası tek muhtemel seçenektir ve ayrıca bu konu önemli reform gerektiren ve aciliyetle ele alınması gereken bir konudur. Münferit davalar çerçevesinde makul çözümleri olan kararlar mevcut olsa da; çelişkili yapısı ve yeknesaklık hususu sebebiyle af açısından irade beyanı açık olmadığı sürece, “af/affetme” kavramı kusur değerlendirmesinde dikkate alınmamalıdır.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- En önemli tavsiye boşanma yargılamalarında kusur değerlendirmesinin yürürlükten kaldırılmasıdır.
- Bu olmadığı takdirde, yargı sistemine yönelik kılavuz ilkeler ve/veya affetmenin yorumlanması hakkında somut ilkeler içeren yasal bir çerçevenin getirilmesi üstünde çalışılmalıdır.
- Yuvarlak masa toplantılarında ele alındığı üzere, değerlendirme ve kararın yüksek mahkeme hâkimlerindense taraflarla doğrudan

fiziksel teması olan aile mahkemesi hâkimlerinin takdir yetkisine bırakılması önerilebilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- TMK madde 161 ve 162 düzenlemelerinde yalnızca zina ve hayata kasta ilişkin boşanma sebeplerine şamil olarak yer verilmiş olan af kavramının Yargıtay uygulamasında tüm boşanma sebeplerine yaygın olarak uygulanması ve ayrıca af kavramının amaç dışı yorumlanması suretiyle genişletilmesi teşkil eden ve Yargıtay uygulamasında yaratılmış olan “hoşgörü ile karşılama” kavramı hakkında, kılavuz ilkelere yer verilmesi önerilebilir. Ancak bunların etkililiği belirsiz olmakla birlikte yine de kavramlar hakkında tutarlı uygulamalara yönelik hareket serbestliği sağlayabilecektir.
- Somut yol gösterici kılavuz ilkelerle hazırlanmış bir yasal çerçeve mahkemelerden beklenen yeknesak uygulama konusunda ilerleme kaydedilmesini sağlar.

Şayet kusur yürürlükten kaldırılmazsa, yüksek mahkeme hâkimlerine kıyasla taraflarla temas düzeyleri dikkate alındığında, “af/affetmenin” belirlenmesi konusunda takdir yetkisinin yalnızca ilk derece aile mahkemesi hâkimlerine verilmesi mantıklı bir seçenek olur.

Tanımlanan Güçlük 5: Eşin Zina veya Hayata Kast Sonrası Affedilmesi Durumunda Boşanma Davası Açma Hakkının Kaybı (m. 161/3; m. 162/2, 3)

İyileştirme seçenekleri:

- Her iki maddenin de değerlendirilmesi ve hukuki açıdan revizyondan geçirilmesi gerekmektedir. Hayata kast düzenlemesiyle (m. 162/3) ilgili olarak, yuvarlak masa toplantılarında bu düzenlemeye ilişkin neredeyse hiçbir uygulamanın bulunmadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla, uygulama açısından bu madde fiili bir sorun oluşturmaz. Ancak, teorik açıdan affin varlığı ve hayata kastetme durumunda boşanma hakkının kaybedilmesi yönündeki etkisi, kişilik haklarının korunmasını düzenleyen TMK

m. 23 kapsamında düzenlenen genel normla çelişir. Bu sebeple, m. 162/3'ün yürürlükten kaldırılması yine de önerilmektedir.

- Zinanın affedilmesinden sonra boşanma davası açma hakkının kaybı ile ilgili olarak, bir önceki madde (m. 161/2) hâlihazırda hak düşürücü süreleri öngörür. Affetme konusunun veya kavramının gündeme getirilmesi yalnızca kanunun uygulanması açısından kavrama belirsizlik yüklemekle kalmaz, aynı zamanda affetme kavramının daha önce öne sürülen uygulanma şeklinin bağlam dışına çıkarılmasına sebep olur, ör. evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davalarında.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Madde 161/2 kapsamında düzenlenen boşanma davası açma hakkının kaybı hususuna ilişkin altı aylık süre sınırının başlangıç noktası, zina veya hayata kastetme gibi sebebin kabul edildiği andır. Yuvarlak masa toplantılarında anlama, kanıt toplama için gerekli süre dikkate alındığında, altı aylık süre sınırının uzatılabileceği; spesifik davalarda ekonomik ve fiziksel kısıtlılıklar söz konusu olduğunda sürenin altı aydan fazla olabileceği belirtilmiştir. Bu sebeple, bir yıl gibi daha uzun süre tanıyan bir revizyon önerilebilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Hayata kastın affına ilişkin m. 162/3'ün ilgası, uygulamayla ilgili bir sorunun çözümünden ziyade Medeni Kanun'a teorik düzeyde yasal bir düzen getirir. Bununla birlikte, Kanunun bu yönde revizyonu da hukuki açıdan önemli bir kazanım olarak görülebilir.
- Affetmeyle ilgili kurallar ve zina ile ilgili hak düşürücü sürelerin (m. 161/2,3) aile hayatının korunmasıyla aynı doğrultuda olduğu kabul edilmektedir, daha net bir ifadeyle eşlerin eski meseleleri boşanma davasına taşımasına izin verilmemektedir. Bu oran, söz konusu maddelerin ilgası konusunda tereddüde sebep olmaktadır. Bu güçlüğü önlemenin tek yolu, yine kusura dayalı olmayan boşanma sisteminin getirilmesidir.

Tanımlanan Güçlük 6: “Eşit kusur” a Dair Kapsayıcı Yargı Kararları

İyileştirme seçenekleri: Tutarlı bir şekilde uygulama sağlanmalıdır. Bununla birlikte, her bir boşanma davası ve bu davaya ilişkin ayrıntılar farklı olduğu için konuyla ilgili kapsamlı listeler veya kılavuz ilkeler önerilemez. Tek mantıklı seçenek m. 166/1’in kusurdan arındırılmasıdır ve çok istisnai sınırlı sayıda davada, tarafların kusur değerlendirmesini mahkemeden talep etmesine izin verilir.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Bu kavramın kusur ilkesinden ve bunun uygulanmasında yaşanan sorunlardan kaynaklandığı göz önüne alındığında, boşanma yargılamasının kusur ilkesinden arındırılması buradaki tek çözüm olabilir. Kusur dağılımının konu dışı olması ve/veya mümkün olmaması hâlinde ve evliliğin temelinden sarsıldığı gerçeğinin açık olması durumunda, Yargıtayın yerel mahkemelerin kararını bozması yeniden değerlendirilebilir.
- Toplantılarda belirtildiği üzere yargı sürecinin boşanmanın ekonomik sonuçlarından ayrılması önerilebilir.
- En iyi uygulamalarda belirtildiği üzere boşanmaya hükmettikten sonra aynı savları ortaya koymaktan kaçınmak için¹⁷² eşit kusur yerine “ortak kusur” kavramının getirilmesi beklenen etkiyi yaratabilir. Ortak kusur kavramı, yargı sürecini “eşit kusur” kavramının kusura ilişkin etkilerinin hesaplanmasından kurtarır.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Kusura dayalı olmayan sistemin getirilmesinin dışında önerilen tavsiye, daimi ve genel bir çözüm ortaya koymaz. Bu sebeple, mevzuat çerçevesi ciddi biçimde tavsiye edilmektedir.
- Boşanma talebinin ekonomik sonuçlardan ayrılması ve hâkime önce boşanmaya hükmetme ve sonrasında kusur dağılımına bağlı

172 Bkz. s. 25 ff.

ekonomik sonuçları ele almak için gerekli hukuki araçların temin edilmesi pratik bir çözüm gibi görünse de tam anlamıyla etkili bir çözüm değildir zira eşler hâlâ kusurun ispatlanması konusunda uğraşacaklardır ve bu da öncelikle çocukları sonra da eşlerin her ikisini örseleyici şekilde etkileyebilir.

Tanımlanan Güçlük 7a: “Kusurun” Yargı Tarafından Belirlenmesinde Toplumsal Cinsiyet Yanlılığı

İyileştirme seçenekleri: Sosyal toplumsal cinsiyet normları gibi altta yatan önemli sebebi belirten genelgeçer tavsiyelerden kaçınma umuduyla, tavsiyeler altta listelenecek ve her seferinde bir spesifik yanlılık sorunu ele alınacaktır.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Kusura dayalı olmayan boşanmaya ilişkin normatif çerçeve, prensipte ev içi şiddet gibi spesifik istisnaları ve ev içi şiddet durumunda “eşit kusurun” uygulanmasının net bir şekilde yasaklanmasını içermelidir. Tüm yargı düzeylerinde toplumsal cinsiyet ayrımcılığıyla sonuçlanan sosyal normlara karşı sıfır toleransa yönelik daha fazla eğitimin yapılması önerilebilir.
- Mahkeme kararlarında sadakatsizliğin konumlandırılması (doğrulanmamış zina şüphesi olarak görülen) ve “güven sarsıcı” davranış (kocadan daha çok kadının sosyal konumlanmasına bağlı şüpheli davranış, her şekilde toplumsal cinsiyet normları açısından evlilikle ilgili özel hususlara karşı) uygulamaları terk edilmelidir. Bu tür savların aile mahkemesi hâkimi tarafından dinlenmesini önleyen spesifik bir yasal çerçeve dışında, kusur dağılımında fiziksel bütünlüğe ilişkin kişisel haklar her zaman sadakatsizliğin diğer eşe getirdiği muhtemel ihlal edici etkilerden daha önemli olmalıdır. Şiddetten çok sadakatsizliğin lehine olan pek çok karar bulunduğu için bu konuyla ilgili kılavuz ilkelerin hazırlanması önerilebilir¹⁷³.

173 Yarg. 2. YD., 17.06.2019., 2019/1533 E., 2019/7174 K., (lexpera.com.tr); Yarg. 2. YD., 14.03.2007, 2006/16069 E., 2007/4035 K., (lexpera.com.tr); Yarg. 2. YD., 23.03.2021, 2021/1110 E., 2021/2529 K., (lexpera.com.tr); Yarg. 2. YD., 16.05.2012, 2011/16923 E., 2012/13235 K., (lexpera.com.tr).

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Bu kavramları, her bir boşanma davasındaki sınırsız sayıda çeşitlilikten ve bunların birbirinden farklı özelliklerinden etkilenen ve bu tür kavramları ortaya koymak durumunda kalan içtihat hukuku yaratmaktadır. Bu nedenle, yasal bir çerçeve olmaksızın, kusur ilkesini yürürlükten kaldırmak ya da bu tür kavramların uygulanmasını sınırlamak ve/veya tek biçimli kılmak için kılavuz ilkeler yalnızca sınırlı çözüm sunar.

Tanımlanan Güçlük 7b: Uygun Temsile Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği

İyileştirme seçenekleri: Uygun temsile erişim her iki eşe de destek sağlanmasını temin etse de, kadınların sosyoekonomik konumu, boşanma yargılamalarında uygun temsile güçleri yetmediği için aleyhe sonuçlara yol açar ve bu da katı usul kuralları sebebiyle hak kaybına neden olur. Adli destek ve yardımın etkili bir şekilde kullanımını iyileştirmeye odaklanarak, baroların ve STK'ların (özellikle adliyelerdeki Gelincik ofisleri) iş birliği çok önemlidir.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Taraflar çoğunlukla bu yardımdan haberdar değildir ve barolar ve STK'lar tarafından yardım sağlansa da, tarafların bu yardımı alabilmelerini sağlayan bir çözüm bulunmalıdır. Temsil edilmeyen eşleri davada ücretsiz temsil için yönlendiren baro ofislerine yönelten idari bir çerçeve bu anlamda etkili olabilir. Bu tür temsilin tanınırlığının artırılması önerilebilir. Sonuç olarak, bu güçlüğü barolar ve adliye yönetimi ile iş birliği içinde gerçekçi ve proaktif bir yaklaşımla üstesinden gelinebilir.
- Önerilecek bir diğer çözüm, 10 yaşın altındaki çocukların dahil olduğu boşanmalarda adli yardımı şart koşan mevzuattır. Şu anda adli yardım, talep edilmesi hâlinde ve ör. 18 yaşın altında sürece dahil olan çocuk varsa yalnızca belirli koşullar kapsamında temin edilmektedir. Belirli ve hassas bir yaşın altındaki çocukların sürece dahil olduğu durumda avukat tarafından temsil edilmeyen eşler için zorunlu adli yardımın talep olmaksızın düzenlenmesi (özellikle

yuvarlak masa toplantılarında çoğu kadının bu olanaktan haberdar olmadığı ve boşanma sırasında temsil edilmediği belirtildiği için) çocuğun yüksek yararına olacaktır.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Gerçekten de, temsille ilgili bu tür bir yardımın sağlanması konusunda iş gücü anlamında aksaklıklar yaşanabilir. Bu çekinceyle ilgili olarak aday hâkimlerin ve avukatların uzmanlaşmış iş gücünün kullanılması önerilebilir. Bir diğer seçenek hukuk fakültesi öğrencileri tarafından yürütülen hukuk kliniklerinin sağlayacağı yardım olabilir, ancak bu seçenekte bu tür bir yardımın muhtemel hukuki sonuçları açısından denetim konularını göz önünde bulundurmamak gerekir.

5.3.2. Usul Hukukuyla İlgili Konulardan Kaynaklanan Sorunlar

Tanımlanan Güçlük 8: Mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Boşanma Yargılamalarına Uygun Olmayan Yapısı

İyileştirme seçenekleri:

- İdeal çözümün aile usul kanununun kabulü olduğu açıktır ancak bu konu da kapsamlı tartışmaları beraberinde getirir. Bu sebeple, burada odak noktası hâlihazırda mevcut olan genel hükümlerin usuli uygulamalarına kaydırılacaktır. Bu anlamda, boşanma prosedürünün uzamasını önlemek için kanıt ibrazının yeniden değerlendirilmesi büyük ölçüde tavsiye edilmektedir. Boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen olayları dikkate almaya ilişkin olan ve sadakat konusuyla ilgili süre sınırı hakkında toplumsal cinsiyet yanlılığının bir sonucunu ortaya koyan bu konu, normatif bir şekilde ele alınmalı ancak tüm yargı düzeylerinde tutarlı bir şekilde uygulamayı sağlayacak şekilde de korunmalıdır.
- Genel itibarıyla, boşanma yargılamaları ile aynı doğrultuda olan özel usul kurallarının bulunmayışı ve mevcut hukuk usullerine ait genel kuralların uygun olmayan yapısının, çözülmesi gereken önemli sorunlar olduğu söylenebilir.

- Burada mevcut usuli kuralların uygulanmasında yapılabilecek bazı iyileştirmeler sıralanacaktır.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 240/3 ve 241'in uygulanmasının desteklenmesi¹⁷⁴ yargı ile ilgili yapılan eğitimlerde ve gelecekte hazırlanacak kılavuz ilkelerde vurgulanabilir. En iyi uygulamalar bölümünde açıklandığı üzere, Çek Cumhuriyeti'ndeki değişikliklere benzer şekilde, çağrı kağıdının ulaştırılmasında yaşanan gecikmelere son vermek üzere mahkeme belgelerinin ulaştırılmasına ve kanıtların nicelik veya zaman açısından sınırlamayla sunulmasına yönelik yeni sistem, şiddetle ilgili iddia içermediği sürece veya çocuğun yüksek yararını doğrudan etkilemediği sürece önerilebilir.
- Benzer şekilde, mevcut elektronik tebligat sistemi ve bunun etkili bir şekilde kullanımı değerlendirilmelidir. Yuvarlak masa toplantılarında bu seçeneğin; müvekkilin işine yaracaksa, durumu daha iyi kontrol etmek ve prosedürü erteleyebilmek için avukatlar tarafından kötüye kullanıldığı ifade edilmiştir. Bu sorunu çözmek için barolarla iş birliği içinde muhtemel yasal çerçeve çözümlerinin değerlendirilmesi önerilebilir.
- Hâkimlerin eğitimlerinde elektronik posta sisteminin UETS (Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi) kullanımının desteklenmesi vurgulanabilir ve bu sistemin gecikmelerin önlenmesinde kullanımı kılavuz ilkelerde yer alabilir. Kusur iddialarının ibrazının usuli bir aşamada olacak şekilde sınırlandırılması, ör. iç yazışma aşamasının tamamlanmasının ardından önerilebilir. Ayrıca, yazılı beyanlara ilişkin prosedürün hızlandırılmış prosedür olarak veya hatta sözlü prosedür olarak yeniden değerlendirilmesi önerilebilir. Bunların tümü ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmeli ve özellikle boşanmalar için geçerli bir usul kanunu kapsamında düzenlenmelidir.

174 M. 240/3 listelenen tanıklarla ilgili belirsizlik olması durumunda tanık dinlemeden çekilme konusunu düzenler. Md. 241 ispat edilecek konuyla ilgili diğer tanıkların dinlenmesi yoluyla yeterli bilgiye ulaşılması halinde listede geri kalan tanıkların dinlenmesinin hâkimin takdirıyla gerekli olmadığına karar verilmesi hususunu düzenler.

- Boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen olayları dikkate almaya ilişkin genel kısıtlama, uygun şekilde yasalaştırılmalıdır. Bu tür bir yaklaşımın boşanma yargılamalarının özelliklerine uyacağı açıktır. Bu uygulama örneğin sadakatsizlik konularının boşanma yargılamalarında ele alınıp alınmaması gibi durumlarda çelişen kararlar ortaya koymaktadır. Ayrıca, ev içi şiddet söz konusu olduğunda, önerilecek çözümlerden biri mahkemelerin farklı yaklaşımlarını bir bütün hâline getirecek özel mevzuat hükümleridir.
- Bu özel usuli konularla ilgili olarak, ya boşanma yargılamalarıyla ilgili hükümleri düzenleyen spesifik bir kanunun yasalaştırılması ya da mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen ayrı bir bölüm özellikle tavsiye edilmektedir ve bu hususlarla ilgili talepler yuvarlak masa toplantılarında tüm paydaşlar tarafından dile getirilmiştir. Bu tür usul kurallarının zamanında ve tutarlı bir şekilde uygulanmasının desteklenmesi ve hâkimlerin ve avukatların eğitilmesi de etkili sonuç elde etmek için önerilebilecekler arasındadır.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Somut detaylarla ve ev içi şiddet veya çocuğun yüksek yararı gibi hassas konularla ilgili istisnaları göz önüne alarak düzenlendiğinde, boşanma yargılamalarının özel gereksinimlerine yönelik spesifik usul kuralları içeren normatif çerçevenin boşanma yargılamalarında zamandan önemli ölçüde tasarruf etme gibi bir etkisi vardır.
- Bununla birlikte, hâkimler tarafından tutarlı uygulama ve avukatlar açısından kavrama dönemi makul ölçüde ayarlanmış bir zaman dilimini gerektirir ve buna karşılık bu durum bu tür revizyonların fiili olarak etkili bir şekilde uygulanması konusunu gündeme getirir. Kapsamlı eğitim ve kılavuz ilkelerin dağıtılması yoluyla bu muhtemel sonucun da üstesinden gelinebilir.
- Mahkemeler boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen olayları dikkate aldığı anda, pek çok olumsuz etki gözlemlenebilir. Bu tür bir

yaklaşım yalnızca yargılamaları uzatmakla kalmaz aynı zamanda ilgili bölümde açıklandığı üzere çelişkili ve bazen toplumsal cinsiyet açısından yanlı kararlarla sonuçlanır. Yargıtayın olayların vahametini değerlendirmesi ve bu hususları dikkate alma veya önemsememe konusunda dava bazında gerekçelendirme yapması, usul hukukunda konuyla ilgili özel kurallar olsa dahi, boşanma sonrasında gerçekleşen olayların dikkate alınmasını net ve katı bir şekilde yasaklayan bu tür bir düzenlemenin etkili sonuçlar ortaya koyacağını göstermektedir. Her hâlükârda, bu tür bir düzenleme pek çok olayı ve/veya ev içi şiddet konularını dikkate alma konusunda hâkime takdir yetkisi vermeli ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemek için bu tür istisnalar konusunda düzenleme kapsamında somut örnekler veya somut oran açıklamaları verilmelidir.

Tanımlanan Güçlük 9: Yerel Mahkemelerin Teşkilatlanma ile ilgili Sorunları ve Hâkimlerin Atanması

İyileştirme seçenekleri: Boşanma yargılamalarının hızlandırılması için teşkilatla ilgili bir dizi iyileştirme önerilebilir. Bunların arasında dava yükünün paylaşılması, hâkimlerin atanma sisteminin reforme edilmesi ve iş yükü sorununun değerlendirilmesi bulunmaktadır.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Öncesinde ev içi şiddet başvurusu bulunan boşanma davalarının inceleme için aynı daireye verilmesi önerilebilir, bu aile mahkemesi hâkimlerinin iş yükünü azaltabilir.
- Toplantılar sırasında bir aile mahkemesi hâkimi tarafından ifade edildiği üzere, aile mahkemeleri yargı makamı aile mahkemesi hâkimlerine boşanma davaları dışında çok sayıda başka davayı da tevdi etmektedir (evliliğin butlanı, boşanma sonrası velayet talepleri, evlat edinme, evlilik sırasında koruma kararları, babalık gibi). 5'ten fazla aile mahkemesinin olduğu illerde boşanma dışındaki taleplerin önceden belirlenmiş ilk derece mahkemelerine yönlendirilmesi gibi aile mahkemeleri daireleri arasında yetki paylaşımı, boşanma davalarına bakan hâkimlerin iş yükü açısından yardımcı olabilir.

- Aile mahkemelerindeki iş yükü istatistiki açıdan değerlendirilmelidir. Boşanma kararı verildikten sonra nafaka ve velayetle ilgili taleplerin geleceği bilinmektedir. Bu taleplerin büyük bir çoğunluğu misilleme amaçlı yapılır ve adil yargılanma hakkı kapsamında bu tür durumu kötüye kullanan usuli davranışlar teşvik edilmemelidir.
- Genç yaştaki hâkimlerin aile mahkemelerine atanması hususu dikkatli bir şekilde yeniden değerlendirilmelidir. Aile mahkemesi hâkimlerinin atanmasına ilişkin düzenlemenin tadil edilmiş versiyonu, otuz yaşın üstünde evli ve çocuklu olan hâkimlerin yalnızca tercih sebebi olduğunu belirtir¹⁷⁵. 2004 yılında yapılan değişiklikten önce kanunun eski versiyonunda bu gereklilikler öneriden ziyade koşul olarak yer almıştır. Bu kriterleri karşılayan hâkimlerin atanmasının mümkün olduğunca temin edilmesi gerektiği ve otuz yaşın altındaki hâkimlerin atanmasının yalnızca kişisel olarak aile hukukuna ilgili duyan veya aile mahkemelerine atanma talebinde bulunan kişiler için geçerli olmasının sağlanması önerilmektedir.
- Aile mahkemelerinde uzmanlaşma çok önemli olduğu için Hâkimler ve Savcılar Kurulunun hâkimlerin görevlendirilme prosedürlerine ilişkin genel kurallarının uygulanışının gözden geçirilmesi ve aile mahkemesi hâkimleri için istisnaların getirilmesi önerilebilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Koruma kararı başvurusu tüm yargı mercilerinde yapılabilir. Öncesinde ev içi şiddet başvurusu olan boşanma davaları inceleme için aynı daireye verilecekse, bu durum iş yükünü azaltsa bile tarafların ikamet ettikleri yerin dışında farklı bir şehirde yapılan boşanma duruşmalarına katılmak durumunda bırakır ve bu da eşler ve çocuklar açısından istenmeyen yükler getirir. Yargı yetkisine ilişkin bu tavsiye, taraflara istenmeyen yük getirme durumunda istisna olacak şekilde sunulabilir.
- Davaların daireler arasında paylaşılması, genç ve deneyimsiz hâkimlerin aile mahkemelerine atanmasının önlenmesi ve aile

175 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu Md. 3

mahkemesi hâkimlerinin yeni görevlendirme talep etmelerine ilişkin koşullar hakkında revizyon, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yetkisi kapsamında bulunan idari konulardır. Aile mahkemesi hâkimlerinin uzmanlaşmasının önemini vurgulayarak bu kurumsal konularda gerçek anlamda değişim sağlamak için inandırıcı çözüm önerileriyle Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na sunulan raporlar kayda değer etki yaratabilir.

Tanımlanan Güçlük 10: Temyiz Sistemi

İyileştirme seçenekleri: Hem BAM'lara hem de Yargıtaya yapılan temyizler süreci önemli ölçüde uzatmaktadır. Temyiz derecelerindeki bu ikilik çelişkili uygulamayı da beraberinde getirmektedir. Etkili ve zaman açısından etkin bir temyiz sisteminin düzenlenmesi ele alınabilir ve bu anlamda sınırlı sayıda temyiz de değerlendirilebilir.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- BAM ve Yargıtay arasındaki çelişkili kararların uygulanması hususu (özellikle kusur dağılımı ve tazminat miktarı ve/veya nafaka talepleri) yargı yetkisine ilişkin somut düzenlemelerle aşılabılır, ör. her bir mahkemenin ilgileneceği maddi ve usuli konuların dağıtılması ve böylelikle temyizde ikili zincirin önüne geçme.
- AİHS m. 6 kapsamında adil yargılanma hakkı bağlamında sınırlı sayıda temyiz konusu dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Ülke genelinde 15 yıldan fazla deneyimi olan aile mahkemesi hâkimleri, çekişmeli boşanmalarla ilgili özel olarak kurulan Yargıtay dairesine atanabilir. Gerçekten de ülke genelinde pek çok deneyimli aile mahkemesi hâkimi bulunmaktadır ve Yargıtayın boşanma ile ilgili

özel dairesine atanarak Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından uygulanan puanlama sisteminden muaf tutulabilirler¹⁷⁶.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- İki yüksek mahkeme arasında yetki dağılımı yapmak için somut normatif mevzuata ihtiyaç olacaktır. Bu bağlamda, şayet etkili bir temyiz sistemi sürdürülebilirse, temyiz sayısının sınırlanması çok fazla istenmeyen etkiye yol açmayabilir.
- Bu tür bir tavsiye yalnızca temyiz sisteminde yapılacak bir revizyon yoluyla gerçekleşebilir ve bu da bu noktada gerçekçi değildir. Bu sebeple muhtemel bir dezavantaj teşkil eder.

Tanımlanan Güçlük 11: Takdir Yetkisinin Kullanımında Dengeyi Bulma

İyileştirme seçenekleri: Hâkimin önemsiz ancak zaman tüketici bürokratik konularda takdir yetkisini kullanması özellikle vurgulanabilir ve istenmeyen gecikmelerin önüne geçmek için takdir yetkisinin etkili ve yeknesak bir şekilde kullanılması teşvik edilebilir.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Bu vurgu, ileride yasalaştırılması gereken Aile Mahkemesi Usul Kanunu'nun spesifik kuralları kapsamında düzenlenebilir. Hâkimlerin eğitilmesi önerilebilir ve bu kapsamda özellikle takdir yetkisi, sınırları ve yargılamada gecikmelerin önlenmesi için etkili kullanımıyla ilgili kılavuz ilkelerin hazırlanması önerilir.

176 2802 sayılı ve 24.02.1983 tarihli Hâkimler ve Savcılara ilişkin Kanun kapsamında hâkimler kıdem düzeyleri açısından dört sınıfa ayrılır (m. 15). Çalışma süresi gibi basit kriterlerin yanı sıra "yaptıkları işin birikmesine neden olup olmadıkları, yaptıkları işin miktarı ve mahiyeti, hukuki çözüm değerlendirme formları da" bu kıdem düzeylerinde yükselme açısından temel olarak alınır (m. 21/c). "Hukuki çözüm değerlendirme formuyla" ilgili olarak, ilgili madde 3.fıkrafta "kararın onanması veya bozulması olumlu veya olumsuz bir değerlendirme gerektirmez" hükmü bulunmasına karşın, aynı hüküm kapsamında "dosyaların eksik olması nedeniyle reddedilmesi", "usuli hükümler doğrultusunda yargılamanın zamanında ve uygun şekilde yapılması" ve davanın sonuçlandırılmasındaki başarı faktörleri dikkate alınarak "çok iyi, iyi, orta düzey ve kötü" skalasında bir değerlendirmenin yapılacağı belirtilmektedir. Bu puanlama sistemi aile mahkemesi hâkimlerine başka seçenek bırakmayarak hâkimleri, Yargıtayın boşanma yargılamalarından sorumlu olan 2. Hukuk Dairesinin kendine özgü uygulamalarını takip etmek durumunda bırakmaktadır.

- 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu madde 7 aile mahkemesi hâkiminin davanın esaslarını değerlendirmeden önce taraflara sulh önerisinde bulunma görevini düzenler. İstismar ve/veya ev içi şiddet olması durumunda bu süreçten kaçınılmalı ve hâkimlerin bu mecburi kaçınma hâliyle ilgili farkındalığı artırılmalıdır.
- Benzer şekilde, mahkeme himayesinde arabuluculuk da en iyi uygulamalardan biri olarak önerilebilir. Hâkimlerin bu yetkiyi kullanmakta tereddüt etmelerinin temel sebeplerinden biri hâkimlerin tabi olduğu puanlama sistemidir ve bu durum aile mahkemesi hâkimlerinin yukarıda bahsi geçen ihtisasları doğrultusunda yapılacak özel bir görevlendirme planıyla aşılabılır. Şayet hâkimler puanlamaya tabi olacaksa, yargılamalarda yer alan çocuklarla da anket yapılabilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Takdir yetkisinin sınırları açısından katı bir tutumun belirlenmesi ve diğer taraftan zaman yönünde etkin yargılamalar için bunun etkili bir şekilde kullanımının desteklenmesi arasındaki dengeyi bulmak zor olabilir; bu sebeple, bu güçlük temel neden olan kusur sistemi konusu çözülmeden aşıl原因abilir.
- Yasal çerçevenin objektif ve belirlenebilir kurallarını ve etkili eğitimi somut bir şekilde tanımlamadan takdir yetkisine böyle bir vurgunun yapılması farklı uygulamalara yol açabilir. Dolayısıyla bu konu dikkatli bir şekilde düzenlenmeli ve farklı yorumlamalara açık olmayı önlemek için fazla müphem olmamalıdır. İstismar veya şiddet durumunda sulh önermekten kaçınma yeterince vurgulanmamaktadır ve bu durumun tam anlamıyla önlenmesi için tekrar eden eğitimlerde bu husus mükerrer olarak vurgulanmalıdır. Boşanma davalarında genel alışkanlık gereği aile mahkemesi hâkimleri sulh olmayı önermektedir ancak şiddet ve istismarın söz konusu olduğu davalarda bu tür bir kavramın önerilmesi bile eşin örselenmesine ve çocuğun daha da mağdur olmasına yol açarak adalet sistemiyle ilgili güven sorunlarını beraberinde getirebilir.

- Mahkeme himayesinde aile arabuluculuğu uygun şekilde uygulandığı takdirde etkili bir seçenek olabilir. Bu seçeneğin etkili bir şekilde uygulanması için bazı çekinceler ortaya konulabilir. Mahkeme tarafından görevlendirilen arabulucuların toplumsal cinsiyet normlarıyla ilgili kendi görüşleri olabilir. Bu bağlamda toplumsal cinsiyet yanlılığından kaçınmak için gerekli yetkinliğin olmayışı, bu seçeneği Türk toplumunda uygulanabilir iyi uygulamalardan biri olarak değerlendirirken göz ardı edilmemelidir.

5.3.3. Boşanma Prosedürlerinin Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Bunların İkincil Örselenmeye Yol Açmadaki Etkisi

Tanımlanan Güçlük 12: Çocuğun Uzmanlar Tarafından Erken Bir Aşamada Dinlenmesi ve Bu Durumun Çocuğun Mükerrer Olarak Dinlenmesine ve Çocukta İkincil Örselenmeye Yol Açması

İyileştirme seçenekleri: Bu güçlük çoğunlukla yargısal uygulamalardan kaynaklanmaktadır ve iyileştirme de yargısal uygulama düzeyinde önerilebilir. Hâkimler, gereken kararları uzmanlara danışmadan verme konusunda takdir yetkisine sahip olup istismar ve şiddet durumlarında bu yetkinin kullanımı, çocuğun mükerrer olarak dinlenmesi sorununu çözebilir.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Hâkimlerin, dosyada uzman incelemesi için gerekli belgeler toplanana kadar uzmana başvurmayı engelleme konusunda takdir yetkileriyle ilgili eğitim ve kılavuz ilkelerin getirilmesi önerilmelidir.
- Şayet çocuğun erken aşamada dinlenmesine ihtiyaç duyuluyorsa, uzman eğitimi hassas bir konu olan boşanma başvurusunun uzmanlar tarafından duyurulmasını da kapsmalıdır. Bu örseleyici etkiden kaçınmak için, uzmanlar çocukla görüşmek için doğrudan çocuğa yaklaşmadan önce diğer eşin boşanma talebinden haberi olup olmadığını ve diğer eşin durumdan haberi varsa, çocuğun konuyla ilgili ebeveynleri tarafından bilgilendirilip bilgilendirilmediğini öğrenmeye teşvik edilebilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Uzmanlara danışma seçeneği istismar veya ev içi şiddet söz konusu olduğunda her zaman kullanılabilir, dolayısıyla özgürlüğün vurgulanması ve yargılamanın erken aşamasında uzmanlara danışma seçeneğinin kullanılabilmesinin belirtilmesi sorun için uygulanabilir bir çözüm olabilir. Beklenen bir başka faydalı sonuç, uzmanların çocuğa erken aşamada yaklaşımının önlenmesi olur. Zira bu durum çocuğun ebeveynlerinin boşanma durumunda olduğundan vaktinden önce haberdar olmasına neden olabilir ve bu da çocuk için ve hatta bazen eşler için örseleyici bir etkiye sahiptir.

Tanımlanan Güçlük 13: Uzmanların Atanmasına İlişkin Sistemik Sorunlar

İyileştirme seçenekleri: Bu güçlük pek çok farklı açıdan soruna yol açtığı için iyileştirme seçenekleri de çeşitlidir. Uzun süre uzman beklemenin önüne geçmek için kurumlar arasında iş birliği büyük öneme sahiptir. Temel sebep, 4787 sayılı ve 17.10.2019 tarihli Aile Mahkemeleri Kanunu m. 5'te yapılan değişiklik olarak belirtilmektedir¹⁷⁷. Aile mahkemesinin Adalet Bakanlığında talebi üzerine uzmanların görevlendirilmesini öneren revizyonun eski hâline getirilmesi önerilebilir.

Uzmanların atanma sürelerinin uzaması çözülmesi gereken başlıca sorunlardan biridir. Mevzuatın eski hâline getirilmesi en temel ve etkili çözüm olacaktır. Uzman sayısının yetersizliği ve bunun uzayan yargılama süreleri üstündeki etkisi ile Adalet Bakanlığı ve aile mahkemeleri arasındaki iş birliği ve etkileşimin yeterli düzeyde

177 "Uzmanların kullanımı", m. 5: "Aile mahkemeleri, Adalet Bakanlığı tarafından adliyelerde görevlendirilen psikologlardan, pedagoğlardan ve sosyal çalışmacılardan aşağıdaki amaçlarla yararlanır:

1. Mahkemenin talep ettiği konularla ilgili taraflar arasındaki ihtilafın sebeplerine ilişkin inceleme ve araştırma yapmak ve davanın esasını incelenmeden önce veya duruşma sırasında sonuçları raporlamak,
2. Mahkeme tarafından gerekli görülmesi durumunda duruşmada hazır olmak, talep edilen konular üstünde çalışmak ve görüş belirtmek,
3. Mahkeme tarafından verilen diğer görevleri yapmak,

Tercihen evli ve çocuklu, otuz yaşın üstünde, aile konusunda lisansüstü eğitimi olan.

Bu görevlilerin mevcut olmaması durumunda veya bu uzmanların görevlerini ifa etmeleri açısından bir engel olması veya başka bir uzmanlığa ihtiyaç olması halinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarındaki personel ve serbest çalışan uzmanlardan faydalanılır".

olması konuları ele alınmalıdır. 22 Kasım'da yapılan yuvarlak masa toplantılarında Adalet Bakanlığı tarafından ifade edildiği üzere Bakanlık yakın zamanda 500 uzman işe alımı yapacaktır.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Mevzuatın tekrar eski hâline getirilmesi uzmanların atanması konusunda uzun bekleme sürelerinin ve toplantılar sırasında uzmanlarca belirlenen, yargılama boyunca dosyayı farklı uzmanların incelemesi ve bunun zaman alıcı sonuçlarına ilişkin güçlüğün önüne geçecektir. Kişisel ilişki haklarının uzman eşliğinde gerçekleştirilmesinin gerekli olduğu davalarda, mahkeme tarafından atanan uzman sistemi daha fazla gecikme yaşanmasını önler ve böylece hem çocuğun hem de ebeveynin temel hakkı güvence altında alınmış olur.
- Bürokratik sebeplerden kaynaklanan iletişim eksikliği, bu kurumlar arasında yapılan görüşmelerle ve hâkimlerin ve Adalet Bakanlığı görevlilerinin eğitimleri, konuyla ilgili hazırlanan kılavuz ilkeler ve çocuklarla ilgili her davada etkili çözüm için girişimde bulunma yoluyla önlenabilir. Ayrıca, Aile Mahkemeleri Kanunu m. 5/son fıkra kapsamında gerekli olduğunda serbest çalışan uzmanlardan yararlanma konusu düzenlenmiştir. Takdir yetkisi sınırları kapsamında bu seçeneğin kullanılması de eğitimlerde ve kılavuz ilkelerde vurgulanabilir. Avukatların komite oluşturulması yönündeki taleplerinin, aile mahkemelerinin bir uzman komitesinin görevlendirilmesini istemesine sebep olan faktörlerden biri olduğu yuvarlak masa toplantılarında dile getirilmiştir. Bu tür talepler gerekli olduğunda, bunun süreyi uzatıcı etkilerinin olduğu eğitimlerde barolar tarafından vurgulanmalıdır.
- Uzman sisteminin merkezileştirilmesi ve bunun olumsuz sonuçlarına ilişkin bir başka çözüm önerisi, yargılamalarda çocukla yapılan görüşmelerde çocuğa eşlik etmek üzere Adalet Bakanlığı tarafından her bir boşanma davası için belirli bir uzmanın atanması ve incelemelerin münhasıran bu uzmanlar tarafından gerçekleştirilmesi olacaktır.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Uzmanlara yönelik sistemin merkezileştirilmesine Bakanlık tarafından yakın zamanda başlanmıştır ve ilgili makamların önceki sistemle devam etmeye meyilli olup olmayacakları belli değildir.
- Uzman sisteminin merkezileşmesinin bildirilen sebeplerinden biri, farklı mahkemeler arasında iş yükü dengesinin olmayışdır ki bu tamamen kurumsal bir sorundur. Dolayısıyla, bu husus daha önceden var olan çalışan sistemin işlevsel olmayan bir sistemle ikamesini/değiştirilmesini gerekçelendirmez. Eşitlik kaygıları vb. boşanma yargılamalarında doğrudan çocuğun yüksek yararıyla ilgili olan kurumsal bir sorunu gerekçeli kılmaz.
- Öte yandan, mevcut merkezi sistemde davalara atanan uzmanların çeşitliliğinin, yeni sistemin olumlu bir etkisi olduğu bildirilmiştir. Gerçekten de, merkezi olmayan ve belirli uzmanların daimi olarak belirli bir aile mahkemesinde çalıştığı sistemde şayet yetersiz ve nitelikli olmayan uzmanlar mevcutsa, bu durum çocuğun yüksek yararını mutlak surette ihlal eder. Ancak, bu tür bir güçlüğü açık bir şekilde yargılamaları uzatan merkezi sistemi gerekçelendirmek için yeterli olup olmadığı tartışmaya açıktır.
- Uzman sisteminin önceki hâline getirilmesi, iş gücünün artırılmasını ve yakın ve etkili yönetimi gerektirebilir¹⁷⁸ ancak yargılamaların uzamasının önlenmesi ve en önemlisi örselenmeyi mümkün olduğunca önleyerek çocuğun üstün yararını koruması ile ilgili olumlu sonuçlar dikkate alınarak, bu seçeneğin yine de iyi bir seçenek olduğu ileri sürülebilir.

Tanımlanan Güçlük 14: Yargıtayın Komite Raporu Gerektiren Uygulaması

İyileştirme seçenekleri: Yerel mahkemelerin uzman komitesi değerlendirilmesi olmadan karar vermede tereddüt etmeleri

178 Aile Mahkemeleri Kanunu m. 5/son fıkraya uyarınca serbest çalışan uzmanların kullanımının hali hazırda belirli aile mahkemelerine atanmış bulunan uzmanlar tarafından kötüye kullanıldığı yuvarlak masa toplantılarında dile getirilmiştir. Söz konusu uygulama fiili olarak mahkemenin işlerinin gecikmesine neden olmakta ve önceliği serbest çalışan uzmanlara vermektedir.

gecikmelere neden olmaktadır zira söz konusu komitenin oluşması konuyu tek bir uzman yönlendirmeye göre daha fazla vakit almaktadır. Bu tereddüt, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği bir kararın ve Yargıtayın bazı spesifik davalarda verdiği kararların sonucudur. Söz konusu Yargıtay kararlarının tarihleri dikkate alındığında, bu kararların Aile Mahkemeleri Kanunu m. 5'te yapılan değişiklikten önce alındığı görülür. Söz konusu değişiklik, uzmanların atanmasına yönelik sistemin merkezileştirildiğini ve uzmanların artık doğrudan yerel aile mahkemeleriyle çalışmadığını ifade etmektedir. Yargıtay kararlarında bahsedildiği gibi üç uzman (psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı) aile mahkemelerinde artık daimi olarak çalışmadığı için davanın özellikleri gereği gerekli değilse, Yargıtay'ın artık bir komite raporunun hazırlanması konusunda ısrar etmediği görülmektedir. Yerel mahkemelerin bu tür uygulamalarda bulunmasına neden olan yanlış yorumlamalar değerlendirilmelidir.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Yerel mahkeme hâkimlerinin konuyla ilgili tereddüdü, eğitimler ve kılavuz ilkeler yoluyla aşılabilir. Yargıtay'ın bu tür uzmanlar komitesinin oluşturulmasını gerekli gördüğü yönünde yerel mahkemelerde var olan algı eğitimler ve kılavuz ilkelerde, Yargıtay kararlarında olduğu gibi özel gereksinimleri olan çocuk, istismar veya şiddet iddiaları gibi durumların söz konusu olduğu spesifik davalar dışında çocuklarla ilgili konularda karar vermek için komitenin mecburi olmadığı vurgulanmalıdır.
- Bu mahkemeler arasında iletişim ve iş birliği sağlanmazsa, uygun uygulama sonuçlarına ulaşılamaz ve kılavuz ilkelerde ancak bariz olan durumu ortaya koymakla yetinilmiş olur. Bu sebeple, Yargıtay'ın veya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun komite raporunu gerektiren davaların özelliklerini belirten ve bu tür komitenin oluşturulmasını her zaman beklemediklerini ifade eden yönlendirici bir karar ortaya koymaları önerilebilir/teşvik edilebilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajlar ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- Bu güçlüğün eğitim ve kılavuz ilkelerin dağıtımı yoluyla aşılması, yanlış yorumlama konusunda yönlendirici bir karar ortaya konmasını öneren ikinci tavsiye kadar etkili olmaz.
- Öte yandan Yargıtay'ın bu tür spesifik bir konuda böyle bir karar ortaya koyması pek muhtemel değildir ancak bu konuda kurulacak diyalog söz konusu sorunun aşılmasında uygulanabilir bir çözüm sağlayabilir.

Tanımlanan Güçlük 15a: Çocuğun Dinlenmesi

İyileştirme seçenekleri: Hâlihazırda örseleyici bir deneyim olan boşanma sürecine çocuğun fiziksel olarak dahil edilmesi, adliyelere ve mahkeme salonlarına yapılan ziyaret süresince çocukta kaygı ve strese yol açabileceği gibi başka istenmeyen etkileri de beraberinde getirir. Çocuğun yaşadığı stres ve rahatsızlık hissi yalnızca uygun tedbirlerle ve etkin bir şekilde uygulanan önlemlerle azaltılabilir. Hâkimlerin, uzmanların ve adliye görevlilerinin yetkin yaklaşımı da çocuğun boşanmayargılamalarının istenmeyen olumsuz etkilerinden korunması ve bu etkilerin önlenmesi açısından önemlidir.

Yuvarlak masa toplantılarında ifade edildiği üzere, yanlış uygulama genellikle hâkimlerin uygulamalarından kaynaklanmaktadır. Adliyelerdeki fiziksel koşullar ve bunların örseleyici etkileriyle ilgili olarak, yeterli mali kaynak ile çocuğun örselenmesini önlemede büyük etkisi olan olumlu revizyonlar kolaylıkla hayata geçirilebilir.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- En azından çocuğun mahkemeye gittiği aşamalarda mümkün olduğunca en az bekleme sürelerini içeren randevuya dayalı bir sistemin kurulması,
- Anlaşmalı olmayan boşanma talepleriyle ilgili olarak, 12 yaşın altındaki çocukların dahil olduğu dosyalar daha erken tarihte duruşmanın yapılabileceği bir randevu sistemine tabi olabilir ve bu dosyalara öncelik verilebilir. 7 yaşın altındaki çocuklar sürece

dahil olduğunda ise daha ayrı bir öncelik düzeyi tanınabilir. Bu amaçla, bu tür bir sistemi düzenleyen mevzuat önerilebilir.

- Çocuklar için adliyelere girişin ayrı bir kapıdan yapılmasının zorunlu olması ve aile mahkemelerinin adliyenin diğer bölümlerinden ayrılması ihtimali,
- Hâkimler ve uzmanlar tarafından adli görüşme odaları (AGO) olarak adlandırılan bu tür odaların etkili kullanımı hâlihazırda ülke genelindeki adliyelerin büyük çoğunluğunda teşvik edilmektedir.
- Daha çocuk dostu bir ortam önerilebilir (Kasvetli bir mahkeme ortamı yerine çocuklar için tasarlanmış dinlenme odaları, oyun odaları ve hastanelerin pediatri bölümlerinde olduğu gibi buradaki personelin önlük, fular, broş gibi belirli aksesuarlar yoluyla farklılaştırılması, emzirme ve alt değiştirme odalarının mevcudiyeti).
- Aile mahkemelerine yeni atanan genç hâkimlerin mevcut sayısı dikkate alınarak, çocuklarla görüşme ve boşanma yargılamalarının çocuklar üstündeki etkileri konusunda yıllık eğitimler büyük ölçüde önerilebilir.
- İstismar ve ev içi şiddet iddialarıyla ilgili eğitimlerde ve kılavuz ilkelerde öncelikle gizlilik kararının verilmesinin vurgulanması önerilebilir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de söz konusu seçeneğin etkililiğini savunma:

- İşlevsel olan tavsiyelerle ilgili olarak, bunların uygulanmasını sağlamaya yönelik normatif çerçeve düzenlenmelidir zira bu çerçeve olmadan tavsiyeler hayata geçirilmeyen öneriler olarak kalır. Normatif çerçevenin düzenlenmesinden sonra bile etkin yönetimle fiili uygulama amaçlanmalıdır.
- İşlevsel tavsiyelere ilişkin, konunun aynı zamanda mali kaynak yaratmayla da ilgili olduğu belirtilmelidir. Bu bağlamda farklı çözümler önerilebilir. Bununla birlikte, mevcut durum ve büyük çaplı genel reform ihtiyacından dolayı bazılarının olumlu etkileri

sınırlı olabilir. Boşanma tarafları ve çocukları için ayrı giriş kapıları ve mahkeme ve mahkeme kaleminin adliye içinde farklı bir blokta konumlandırılmasını önermek mümkündür ancak bu noktada bu tür değişimler gerçekçi görünmemektedir.

- Çocuğun dinlenmesi konusunda aile mahkemesi hâkimlerinin eğitimleri ülke genelinde olursa ve zorunlu tutulursa, olumlu sonuçlar beklenebilir.

Tanımlanan Güçlük 15b: Çocuğun Tanık Olarak Dinlenmesi

İyileştirme seçenekleri: Çocuk, boşanma yargılamalarında genellikle tanık olarak dinlenir. Yeterli psikolojik bilgisi olmadan ve bir uzmandan destek almadan hâkimin çocuğu tanık olarak dinlemesi çocuk açısından endişe vericidir. Türk usul hukukunda çocuğun tanık olarak dinlenmesine ilişkin koruyucu bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, bu konunun gerçekte nasıl cereyan ettiğiyle ilgili araştırma yapılmalı ve odak noktası, özel hukuk alanında koruyucu tedbirler içeren bir kanun gereksinimi üstünde olmalıdır.

Çocuğun tanık olarak dinlenmesiyle ilgili sorunlar iki katmanlıdır: Öncelikle, tanık olarak listeye dahil edilmemişlerse kusur dağılımında hâkimin çocuğun beyanlarını dikkate almaktan kaçınmasına neden olan katı usul kuralları sorunun sebeplerinden biridir. Çocuğun tanık olarak dinlenmesi ve listeye dahil edilmesine yönelik gereksinimin sonucu, çocuğun yüksek yararı ilkesi ışığında ele alınmalıdır. İkinci olarak, hâkimin takdir yetkisi, çocuğun mükerrer olarak dinlenmesini önlemek için çocuğun dava dosyasına dahil edilen her beyanının dikkate alınması yönünde kullanılmalıdır.

Tavsiye edilen seçenek ve savlar:

- Çocuğun kaç kez mahkeme görevlileri tarafından dinlenebileceğine dair bir sınırlama getirilebilir ve böylece çocuğun tanık olarak dinlenmesinin yaratacağı örseleyici etkiler ortadan kaldırılmış olur.
- Bununla birlikte, çocuklar genellikle istismar ve şiddetin tek tanıklarındır ve çocuğun uzman incelemesi sırasında istismar ve şiddetle ilgili verdiği beyanların kullanılmasına izin vermek için

katı bir şekilde uygulanan tanık beyanı usul kuralının tadil edilmesi gerekmektedir.

- Mevcut Hukuk Muhakemeleri Kanununda tanıklık için bir yaş sınırı olmaması sebebiyle, söz konusu güçlüklerle ilgili yalnızca işlevsel, usuli, fiziksel ortamlarla ilgili konular ve takdir yetkisinin kullanımıyla ilgili konular temel iyileştirilmesi gereken alanlar olarak değerlendirilebilir.
- Çocuğun tanık olarak dinlenmesinin olumsuz sonuçlarıyla ilgili eğitimler ve hâkimin bu konudaki görevinin kılavuz ilkelere dahil edilmesi önerilebilir. Bu bağlamda, çocuğa yöneltilecek soruları dikkatli ve hassas bir şekilde belirlemek için tanığın ne ölçüde sorgulanacağı ve soruların ne yöne meyilli olacağına çocuk dinlenmeden önce hâkim tarafından tespit edilmesi önerilebilir.
- Benzer şekilde, hâkimler çocuğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu kuralları uyarınca tanıklık etmeyi reddetme hakkına dair bilgilendirme yönünde teşvik edilmelidir. Bu çerçevede, bu takdir yetkisi hâkimlerin eğitimlerinde ve kılavuz ilkelerde vurgulanabilir.
- Çocuklar tanık olarak gösterildiğinde daha çocuk dostu bir ortam sağlanmalıdır. Bunun dışında, istismara uğramış ve şiddet görmüş olan çocuğun nerede ve kim tarafından dinlendiği büyük önem arz eder ve adliyelerin fiziksel koşulları düşünüldüğünde, davaların büyük çoğunluğunda uygun koşulların sağlanması mümkün değildir. Aynı hususlar ışığında çocuklar söz konusu olduğunda gizlilik kararlarını artırmanın desteklenmesi önerilebilir. Uzman psikolog tarafından yapılan inceleme sonucu hazırlanan rapor şayet hâkimin sorularının yanıtlarını içeriyorsa, hâkimin çocuğun tanık olarak dinlenmesinden kaçınmasını mümkün kılacak bir yasal çerçevenin getirilmesi önerilebilir.
- Genel itibarıyla, bu güçlüklerin şayet yasalaşırsa gelecekte hazırlanacak Aile Mahkemeleri Usul Kanununda çocuğun dinlenme sıklığının mümkün olduğunca azaltılması vurgulanarak çocuğun tanık olarak dinlenmesine ilişkin spesifik düzenlemelerle aşılabileceği önerilmektedir.

Seçeneğin muhtemel dezavantajları ve yine de muhtemel seçeneğin etkililiğini savunma:

İşlevsel olan ve hâkimin takdir yetkisine bağlı olan tavsiyelerle ilgili olarak, bunların uygulanmasını sağlayacak normatif çerçeve olmadan tavsiyeler hayata geçirilmemiş öneriler olarak kalır.

V. Sonuç

Türkiye, bir dizi reform ve demokratikleşme paketi yoluyla yargı sektöründe önemli ölçüde ilerleme kaydetmiştir. Ancak yuvarlak masa toplantılarında ilgili paydaşların paylaştığı deneyimler; boşanmanın velayet düzenlemeleri, nafaka ve tazminat taleplerinin belirlenmesi, çocuklarla kişisel ilişki kurma gibi farklı yönlerinin boşanma uyuşmazlığından ayrı ele alınamadıkları için uzun süren prosedürlere ve duruşmalar arasında pek çok aranın verilmesine yol açtığını göstermektedir. Bu sorunlar aynı zamanda boşanmayla ilgili mevcut mevzuat ve bu mevzuatın eşlerin kusur dağılımına bağlı olarak uygulanmasına bağlıdır. Bu bağlamda, Türk boşanma sisteminin yeterli düzeyde işlemeyişi kusura bağlı boşanmaya bağlanmaktadır zira mahkeme her davada evliliğin sonlanmasında kusura bağlı karar vermek durumunda kalmaktadır. Bu sebeple, boşanma sisteminin acil olarak kusur ilkesinden arındırılması ve hızlandırılmış ve basitleştirilmiş prosedürler, uygun olduğunda uzlaştırma seçeneklerinin sağlanması ve hâkimler ve avukatlar için kapsamlı eğitimler dahil olmak ancak bunlarla sınırlı kalmamak üzere kadınların ve çocukların daha iyi korunması amacıyla boşanma prosedürlerini iyileştirmeye yönelik seçeneklerin uygulanması gerekmektedir.

Bu rapordaki tavsiyeler pek çok düzeyde kapsamlı reformların yapılmasını önerir: boşanma dava yönetimi, nafaka ve tazminatın belirlenmesi, velayet düzenlemeleri, uygun olduğunda aile adaleti alanında AUÇ mekanizmalarının uygulanması, ev içi şiddeti ele almanın yanı sıra boşanma yargılamalarının farklı özelliklerine uygun yasal prosedürlerin iyileştirilmesi ile ilgili olarak muhtemel mevzuat değişiklikleri ve pratik araçların geliştirilmesi. Doğal olarak bu tür temel değişiklikler ülkeye özgü toplumsal normları dikkate almalı ve insan haklarına ilişkin genel kurullarla aynı doğrultuda olduğu sürece toplumun temel değerlerini muhafaza etmelidir. Bununla birlikte, önerilen ve tedrici olarak yürütülecek reform yalnızca boşanma yargılamalarının etkililiğini artırmakla, uzayan yargılamaların örseleyici etkilerini azaltmakla, hassas grupların adalet ve korunmaya uygun şekilde erişimini sağlamakla kalmayacak aynı zamanda uluslararası

standartlara daha iyi uyum sağlama ile sonuçlanacak ve 2001 tarihli Türk Medeni Kanunu yasağıında şaşırııcı şekilde bir kenara bırakılan boşanma gerekçelerine dair reform gereksinimi hakkındaki mutabakatla prensip olarak aynı doğrultuda olacaktır.

