



darulfunun ilahiyat

Başvuru: 01.09.2024
Revizyon Talebi: 11.10.2024
Son Revizyon: 02.11.2024
Kabul: 06.11.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Mecelle'den Günümüze Aile Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yöntemlerinin Seyri: Uzlaştırıcı Adalet Teorisi Bağlamında Bir İnceleme

Family Mediation in Turkish Legal History from Mecelle to Present: An Analysis in the Context of Conciliatory Justice Theory

Muhammed Mansur Karadağ^{*}

Öz

Modern devletlerin anayasal düzenlemelerinde, devletin pozitif yükümlülükleri arasında ailenin korunması önemli bir yer tutmaktadır. Aile içi uyuşmazlıkların uzlaştırıcı yöntemlerle çözülmesi, hem toplumsal barışı sağlaması hem de aile kurumunu güçlendirmesi bakımından bu yükümlülüğün kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Nitekim günümüzde birçok ülke, aile uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle giderilmesine imkân tanıyan düzenlemeler yaparak bu alanda etkili mekanizmalar geliştirmiştir. Türk hukuk tarihinde de Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'den günümüze kadar uzanan süreçte, toplumsal barış ve uzlaştırıcı adaletin tesisi amacıyla arabuluculuk ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yer verilmiştir. Bu yazıda, söz konusu yöntemlerin tarihsel gelişimi incelenerek aile hukukundaki uygulanabilirliği ele alınmakta ve geçmiş deneyimlerden hareketle güncel hukuki sorunlara çözüm önerisi sunulmaktadır. Zira aile arabuluculuğu ve hakemliği sistemlerinin tarihi kökenlerinin ortaya konması, geçmiş uygulamaların eksik yönlerinin tespit edilmesi ve bu eksikliklerin giderilerek etkili bir çözüm yöntemi geliştirilmesi açısından önemlidir. Binaenaleyh, Türk hukuk tarihinde uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri; yargısal arabuluculuk, arabuluculuk-tahkim ve doğrudan arabuluculuk olmak üzere üç ana başlık altında tasnif edilerek incelenmiştir. Son olarak, bahsi geçen yöntemlerin her birinin Mecelle'den bugüne kadar hukuk sistemine katkıları ve eksiklikleri değerlendirilmiş ve aile uyuşmazlıklarına ilişkin örnek bir kanun taslağı önerisi sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Sulhe Teşvik, Islâh-ı Beyn, Arabuluculuk-Hakemlik, Adalet Erişim

Abstract

In the constitutional frameworks of modern states, the protection of the family holds a significant place among the state's positive obligations. Resolving family disputes through conciliatory methods is considered within the scope of this obligation, as it both promotes social harmony and strengthens the institution of the family. Indeed, many countries today have enacted regulations that enable the resolution of family disputes through alternative dispute resolution (ADR) methods, thereby developing effective mechanisms in this field. In Turkish legal history, from the Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye to the present, alternative dispute resolution methods such as mediation and arbitration have been employed to establish social harmony and conciliatory justice. This study examines the historical evolution of these methods, assesses their applicability in family law, and offers solutions to contemporary legal challenges based on past experiences. Uncovering the historical roots of family mediation and arbitration systems is crucial for identifying shortcomings in past practices and developing an effective resolution model by addressing these deficiencies. Accordingly, alternative dispute resolution methods in Turkish legal history are categorized and analyzed under three main headings: judicial mediation, mediation-arbitration, and direct mediation. Finally, the contributions and shortcomings of these methods to the legal system from the Mecelle era to the present are evaluated, and a model draft law for resolving family disputes is proposed.

Keywords: Islamic Law, Conciliatory Proceedings, Islah al-Bayn, Med-Arb, Access-to-Justice

* **Sorumlu Yazar:** Muhammed Mansur Karadağ (Arş. Gör.), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: mansur.karadag@asbu.edu.tr ORCID: 0000-0002-4600-3448

Atf: Karadağ, Muhammed Mansur. "Mecelle'den Günümüze Aile Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yöntemlerinin Seyri: Uzlaştırıcı Adalet Teorisi Bağlamında Bir İnceleme." *darulfunun ilahiyat* 35, 'Aile Arabuluculuğu' Özel Sayısı (2024): 1–32. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1541831>



Extended Summary

One of the requirements of the state's positive obligations, as outlined in the constitutional texts of many nations, is the duty to "protect the family," which includes resolving family disputes through amicable means. Recognising that strengthening the family institution is essential for reinforcing society, states have enacted the necessary legal regulations to enable the resolution of family disputes through alternative methods. Both the Ottoman Empire and the Republic of Türkiye, aware of the necessity of these methods for establishing social peace and justice, have comprehensively regulated these methods within their family law legislation. For example, during World War I, "Hukûk-ı Âile Kararnamesi," despite being criticised for its many shortcomings due to the limited resources available at the time, included detailed provisions on the mediation-arbitration institution. Similarly, the mediation-arbitration institution was thoroughly prepared in the draft civil codes developed by the first commissions of the newly established state.

The study titled "Family Mediation in Turkish Legal History from Mecelle to Present: An Analysis in the Context of Conciliatory Justice Theory" delves into the historical practises of family mediation and arbitration in the Ottoman Empire and the early periods of the Republic of Türkiye. It explores how these practises evolved from the Islamic law-based Mecelle to the modern legal frameworks, particularly within the scope of the Turkish Code of Civil Procedure. The main objective of this research is to uncover the historical roots of the current family mediation and arbitration system in Türkiye, identify the shortcomings of previous practises, and highlight their functional aspects that could be adapted to contemporary applications.

This study critically analyzes family mediation and arbitration within the contexts of Islamic law, modern Turkish law, and international literature, aiming to pinpoint the intersections between these differing legal frameworks. Employing a historical research methodology, the study examines fundamental legal texts such as Mecelle, Usul-i Muhakemat-ı Hukukiye, HUMK, TMK, and HMK, alongside relevant court decisions and doctrinal approaches. Additionally, a comparative legal method was used to evaluate family mediation and arbitration theories from other countries.

Findings indicate that the roots of family mediation in Türkiye historically lie within the Islamic law principles embedded in Mecelle, but these practises have undergone significant changes under modern Turkish law, particularly with the HMK. While Mecelle's mediation and arbitration rules were primarily aimed at maintaining social peace and resolving disputes between individuals, modern practises have become more formalised and state-controlled, which has diluted the fundamental principles of mediation.

In Türkiye, opponents of mandatory family mediation argue that this process unnecessarily prolongs divorce proceedings and delay access to justice. These critics

contend that reconciliation attempts are mostly unsuccessful, that the parties are already disinclined to reconcile, and that the initiation of divorce proceedings marks the end of the marital union. Critics assert that family court judges can already attempt to reconcile the parties during the divorce process, and thus, the reconciliation attempt only serves to prolong the case and create a burden for the parties involved.

However, contrary to these criticisms, proponents of mandatory mediation argue that reconciliation efforts do not prolong divorce cases and, on the contrary, play a significant role in preserving the marital union. According to the data, 67.5% of reconciliation attempts made between 1939 and 1941 were successful, resulting in the preservation of marriages during these processes. Furthermore, it is argued that the failure of these attempts is often due to the limited approach of merely asking the parties whether they will reconcile, and that a more careful approach could increase the success rate to as high as 90%. It is emphasised that reconciliation attempts generally result in only a brief delay of about ten days, which does not significantly affect the course of the divorce case, and that this short delay is negligible when considering the benefits of reconciliation.

The study concludes that both the influences of Mecelle and the changes brought about by modern law coexist in the field of family mediation and arbitration in Türkiye. While the voluntary and flexible principles of Mecelle have been replaced by a more formal and state-controlled structure in modern law, the study emphasises the need to preserve the core principles of mediation, such as confidentiality and the consent of the parties. Furthermore, it suggests that current regulations, especially in family law, should be developed to be more flexible and responsive to the needs of the parties.

Giriş

Toplumsal barışın sağlanması ve adaletin etkin bir şekilde tesis edilebilmesi için toplumun tüm kesimlerinin adalete erişiminin sağlanması gereklidir. Ancak, yargılama usulünün haklar için mücadele ve rekabet ideali doğrultusunda şekillendirildiği bir sistemde benimsenen şekilci yaklaşım, toplumsal gerçekliğin yalnızca normatif düzeyde ele alınmasına yol açabilir. Bu durum, hukuk sisteminin temel bileşeni olan insan unsurunun göz ardı edilmesine, toplumsal ihtiyaçların yeterince gözetilmemesine ve maddi hukuk düzenlemelerinde vaat edilen hakların elde edilmesi sırasında karşılaşılan zorlukların dikkate alınmamasına neden olabilir. Buna karşılık, yirminci yüzyılın sonlarında gelişen adalete erişim hareketi ve uzlaştırıcı adalet teorisi, hukuk sistemini normatif çerçevesinden koparmaksızın insanı temel süje olarak merkeze alır ve hukukun birçok alanında uyumsuzlukların uzlaştırma yoluyla çözülebileceğini savunur.¹ Bu alanlardan biri de aile hukukuna dair uyumsuzluklardır.²

1. Ailenin Korunması

Toplum düzeninin hukuk yoluyla sağlanması esas olarak kabul edildiğinde, aile hukukunun temel işlevinin aile birliğini güçlendirerek toplumsal yapıyı sağlamlaştırmak olduğu söylenebilir. Velidedeoğlu'na göre, hukuk düzeninde ve özellikle medeni hukuk içerisinde ayrıcalıklı bir yere sahip olan aile hukuku, devletler tarafından her zaman özel bir ilgiye mazhar olmuştur. Yazara göre sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak, aile kurumuyla yakından ilgilenmeyen bir devlet, kendi toplumunun istikrarını tehlikeye atmış olur.³

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 16. maddesinin son fıkrası, “*Aile, toplumun doğal ve temel birimidir; toplum ve devlet tarafından korunur*” hükmünü içermektedir.⁴ İkinci Dünya Savaşı sonrasında hazırlanan birçok anayasada, Beyanname'nin bu hükmünün etkisi açıkça görülmektedir. Örneğin, 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 6. maddesinde,⁵ 1978 tarihli Çin Halk

1 Mauro Cappelletti, “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement,” *The Modern Law Review* 56, no. 3 (1993): 282–83.

2 Cappelletti, “Access-to-Justice Movement,” 294.

3 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku* (İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1950), 7.

4 “Universal Declaration of Human Right,” *United Nations*, erişim tarihi Ağustos 31, 2024, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

5 “Basic Law for the Federal Republic of Germany,” erişim tarihi Ağustos 31, 2024, *Deutscher Bundestag*, <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>.

Cumhuriyeti Anayasası'nın 49. maddesinde,⁶ 1993 tarihli Rusya Anayasası'nın 38. maddesinde⁷ ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 41. maddesinde,⁸ benzer ifadelerle ailenin korunmasının devletin temel görevleri arasında sayılmış olması dikkat çekicidir.

Her devletin, kendi sosyal ve kültürel özelliklerine uygun olarak oluşturduğu bir "milli aile hukuku" bulunmaktadır.⁹ Aile hukukuna ilişkin yasaların temel amacı, aile birliğini güçlendirmek ve aile içi görevlerin yerine getirilmesini kolaylaştırmak olmalıdır.¹⁰ Buna bağlı olarak, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümünün teşvik edilmesinin, devletin görevleri arasında sayılması gerektiği ifade edilmiştir.¹¹

1.1. Evlilik Birliğinin Korunması

Pozitif hukukta, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin iki temel işlevi bulunmaktadır. Söz konusu hükümler bir taraftan, eşlerin birbirlerine karşı kişisel haklarının korunmasını sağlar. Diğer taraftan, evlilik birliğinin dağılmasını önlemeyi ve birliğin karşılaştığı sorunların, eşler arasında veya -belirli durumlarda- mahkeme ve bazı uzman kişiler aracılığıyla, boşanma aşamasına gelinmeden çözülmesini hedefler.¹²

Eşler arasında önemli bir konuda uyuşmazlık yaşanması durumunda, resmi kurumların evlilik birliğinin mahremiyetine müdahalesi, bu kurumun doğasına ve yapısına aykırı olarak değerlendirilebilir; ancak eşler arasındaki uyuşmazlıkların çözülmemesi durumunda birliğin bozulma ihtimali ortaya çıkabilir ve bu durumda müdahale zorunlu hale gelebilir.¹³ Bu gibi zorunlu hallerde, sadece başvuran eşin değil, tüm ailenin korunması gözetilerek yapılan müdahale, evlilik birliğinin sürdürülmesini sağlayabilir.¹⁴

6 "The Constitution of the People's Republic of China," *National People's Congress (1978)*, erişim tarihi Ağustos 31, 2024, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn147en.pdf>.

7 "The Constitution of the Russian Federation (1993)," *The Russian Government*, erişim tarihi Ağustos 31, 2024, <http://www.unesco.org/education/edurights/media/docs/3f32c27e6ebf2c4e55180ccaa357d417d3d8ce56.pdf>.

8 RG. 18/10/1982, S. 17863.

9 Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975), 7.

10 Agust Egger, *Aile Hukuku* (Ankara: Adalet Bakanlığı, 1975), 8.

11 Mustafa S. Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı," *DEÜHFD* 7, no. 2 (2005): 101.

12 Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004), 23-24.

13 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986), 201.

14 Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 24.

Boşanma şartlarının gerçekleşmiş olması dahi evlilik birliğini koruyucu tedbirlerin alınmasına engel teşkil etmez ve bu tedbirlerin uygulanabilmesi için eşlerden birinin kusurlu olması şartı aranmaz.¹⁵ Eşlerden birinin yükümlülüklerini ihlal ettiği herhangi bir durumda, diğer eş hâkimin müdahalesini talep ederek evlilik birliğinin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasını talep edebilir (TMK m. 195/1).

1.2. Evlilik Birliğinden Doğan Hak ve Yükümlülükler

743 sayılı Türk Medeni Kanun'da benimsenen nispi eşitlik anlayışı, kocaya daha üstün bir konum tanıdığı için ilgili kanun maddelerinde (eMK, m. 52, 154, 155, 156, 263) kocanın bu üstün konumu açıkça düzenlenmiştir ve bu konuma bağlı olarak kocaya daha fazla yükümlülük getirmiştir. Söz konusu durum, eşler arasında anlaşmazlık çıkma olasılığını azaltmış ve hâkimin müdahalesinin sınırlı kalmasına yol açmıştır. Buna karşın, 4721 sayılı Medeni Kanun'da benimsenen mutlak eşitlik ilkesinin, eşler arasında anlaşmazlık çıkma ihtimalini artırdığı; bu bağlamda kocanın ev başkanlığı ve nihai kararı alma yetkisinin kaldırılmasıyla ortaya çıkan yönetim boşluğunu gidermek amacıyla, TMK m. 195/1 hükmünün düzenlendiği belirtilmiştir. Bu şekilde, eşler arasında ortaya çıkan anlaşmazlık durumlarında hâkime başvuru yapılması yoluyla evlilik birliğinin korunmasının sağlandığı ifade edilmiştir.¹⁶

Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesine uyarınca, evlilik birliğinin korunması talebiyle hâkime başvurabilmek için belirli sebeplerin varlığı aranır. Bu maddede düzenlenen başvuru sebeplerinden biri olan “evlilik birliğinde doğan yükümlülükleri yerine getirilmemesi,” kocanın eşine ve çocuklarına bakmaması ya da kadının eşine yardım etme ve ev işlerini yapma yükümlülüğünü ihmal etmesi şeklinde ortaya çıkabilir.¹⁷ Çocuğun velayetinin yürütülmesinde eşler arasında doğabilecek uyuşmazlıklar ise, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda anlaşmazlık olarak değerlendirilir.¹⁸

Eşler evlilik birliğinden doğan haklarını kullanırken, öncelikle kurulan birliğin üstün menfaatlerini gözetmelidir. Nitekim üstün menfaatler karşısında daha az önemli menfaatlerin feda edilmesi hukukun genel ilkelerindedir.¹⁹ Evlilik birliğini

15 Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1985), 129.

16 Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 197–99.

17 Mustafa Reşit Belgesay, *Türk Kanunu Medenisi Şerhi: Aile Hukuku* (İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1948), 348.

18 Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 197.

19 Esat Arsebük, *Medeni Hukuk* (Ankara: Recep Ulusoglu Basımevi, 1940), 698.

oluşturan eşlerin, bu birlikten doğan yükümlülükleri genellikle ahlaki nitelikte olduğundan bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda hukuki bir yaptırım uygulanmamaktadır.²⁰ Zorlayıcı tedbirlerin evlilik birliğinin doğasıyla çeliştiği de bilinmektedir. Bir yandan, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihmal edildiği durumlarda birliğin menfaatlerinin korunması gerekliken; diğer yandan, aile mahremiyetinin ve eşlerin kişilik haklarının ihlal edilmemesi gerekmektedir. İşte birbirine zıt konumda bulunan bu iki yaklaşım, evlilik birliğini koruyucu tedbirlerin temel fikrini oluşturmaktadır.²¹ Bu sebeple, aile içi uyuşmazlıkların mümkün olduğunca dostane yollarla çözülmesi, sağlıklı bir toplum inşa edecek sağlıklı bireylerin yetişmesi için zorunlu kabul edilmektedir.²² Bunun yolu uzlaşmaya dayalı bir hukuk sistemi anlayışına sahip olmaktan geçmektedir.²³

1.3. Aile Uyuşmazlıklarında Adalet Erişim Hakkı ve Uzlaştırıcı Adalet Teorisi

Yakın tarihte gelişen sosyal hakların etkisiyle, medeni usul hukukunda sosyal refah anlayışına yönelik bir eğilim ortaya çıkmış ve bu gelişmeler, bireysel hakların devletin müdahalesine karşı korunmasına yönelik teorilerin giderek güçlenmesine yol açmıştır. Sosyal haklar arasında güvence altına alınan haklardan biri de bireylerin mahkemeye erişim hakkını ifade eden adalet erişim hakkıdır. Bu düşünce, dünyanın birçok ülkesinde görülen adalet reformu hareketlerinin en önemli sonuçlarından biridir.²⁴ Nitekim 1960 yılından itibaren ABD ve Almanya'da ortaya çıkan adalet reformu akımlarının temel hedeflerinden biri de toplumdaki her bir bireyin hukuki kurumlara erişiminde karşılaştığı engellerin kaldırılması olmuştur. Adalet erişimin önündeki engellerin giderilmesi hedefi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin teşvik edilmesi yoluyla mahkemelerin yapısının değiştirilmesini ve adalet erişim hareketinin sosyal hedeflerinin gerçekleştirilmesini gerektirir.²⁵

Batı hukukunda, özellikle Avrupa'da uzun süredir egemen olan ve hukuku devlet tarafından üretilen bir "normlar sistemi" ile özdeşleştiren şekilci yaklaşıma karşı

20 Samim Gönensay, *Aile Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1940), 136.

21 Arsebük, *Medeni Hukuk*, 698.

22 Pınar Çiftçi, "Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları," *DEÜHFD* 16 (2015): 1787.

23 Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 1024.

24 Mauro Cappelletti ve Bryant G. Garth, "Introduction-Policies. Trends and Ideas in Civil Procedure," iç. *International Encyclopedia of Comparative Law*, ed. Mauro Cappelletti (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), 16 (Civil Procedure): 67.

25 Mustafa S. Özbek, "Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51, no. 2 (2002): 135; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 251-53.

çıkan bu hareket; hukuk sistemini yalnızca normatif yönüyle ele almaz. Hukukun normatif yönünü bir bileşen olarak kabul etmekle birlikte, hukukun öncelikli süjesinin insan olduğunu ve insan unsurunun hukukun temel bileşeni olması gerektiğini savunur. Tek boyutlu bir hukuk anlayışından ziyade, çok boyutlu bir sistem anlayışını benimseyen bu teori; modern dönemde kabul edilen birtakım medeni hakların bazı kişiler için beyhude bir vaat haline gelebileceğini, birçok insanın bu hak ve özgürlüklere erişmesinde engellerle karşılaştığını ve bu engellerin üstesinden gelinmesi gerektiğini öne sürer.²⁶

Medeni usul hukukunda aşılması gereken engellerden biri, Cappelletti tarafından “usule ilişkin engel” olarak tanımlanmıştır. Bu kavram, mahkemelerde çekişmeli yargı yoluyla uyuşmazlık çözümünün, hakların etkin bir şekilde korunması ve dağıtılmasında mutlak anlamda en iyi yöntem olduğu görüşüne karşı bir eleştiriyi ifade eder. Ayrıca, çekişmeli yargının her durumda en etkili çözüm yolu olmadığına ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının da dikkate alınması gerektiğine işaret eder. Yazara göre, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri elbette yeni keşfedilmiş değildir; ancak modern toplumların bu yöntemleri tercih etmesine yol açan ihtiyaçlar yenidir.²⁷ Bu bağlamda ortaya çıkan uzlaştırıcı adalet (*conciliatory justice*) teorisinin sunduğu çözümlerin, çekişmeli yargı süreçlerinin sonuçlarına kıyasla daha etkili olduğu görülmektedir. Özellikle taraflar arasında devam eden bir ilişki içinde dava konusu uyuşmazlık, ilişkinin yalnızca küçük bir bölümünü teşkil ediyorsa, bu uyuşmazlık taraflar arasındaki ilişkinin kalıcı bir şekilde sona ermesi olarak değerlendirilmek yerine, sürekliliği olan ilişkinin geçici bir kesintisi olarak ele alınır ve ilişkinin korunması amaçlanır. Bu yaklaşıma dayanan medeni usul hukuku prosedürü ise, doğal olarak daha erişilebilir, hızlı, esnek ve ekonomik bir yapıya kavuşur.²⁸

Uzlaştırıcı adalet teorisine en çok ihtiyaç duyulan alanlardan biri de aile hukukudur; ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin aile hukukunda daha etkin hale getirilmesi gerekirken, son dönemde Türkiye’deki uygulamaların işlevselliğini yitirmeye başladığı gözlemlenmiştir.²⁹ Cappelletti ise, Batı medeniyetinin, özellikle yargılama hukukunda uzlaştırıcı adalet teorisi ve adalete erişim hareketi bağlamında, Asya geleneklerinden öğrenebileceği birçok şey olduğunu kabul edecek bir mütevazılık göstermesi gerektiğini haklı olarak vurgulamaktadır.³⁰

26 Cappelletti, “Access-to-Justice Movement,” 282–83.

27 Cappelletti, “Access-to-Justice Movement,” 287.

28 Cappelletti, “Access-to-Justice Movement,” 289.

29 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1024. Batılı ülkelerde 1982 yılından bu yana uygulanan aile arabuluculuğu, uzlaştırıcı adalet teorisinin yerleşik ve etkin bir örneği olarak kabul edilmektedir. Cappelletti, “Access-to-Justice Movement,” 294.

30 Cappelletti, “Access-to-Justice Movement,” 287.

2. Türk Hukuk Tarihinde Aile Uyuşmazlıklarında Başvurulan Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

Son iki yüz yıldır Batı medeniyetinde yükseltilen “haklar için savaşıma ideali” (*Kampf um's Recht*), hukukun bazı alanlarında etkili olabilecek “uzlaştırıcı adaletin” (*conciliatory justice*) işlevselliğinin göz ardı edilmesine yol açmıştır.³¹ Bu eğilimin etkisiyle, ülkemizde aile arabuluculuğu alanında yapılan yasal düzenlemeler zamanla etkinliğini yitirmiş; hukuk geleneğimizde eskiden beri var olan “uzlaştırmaya dayalı bir hukuk sistemi” anlayışı yerine, “mücadeleye dayalı bir yargılama sistemi” anlayışı ortaya çıkmış ve bu durum, adaletin etkinliğine ve toplumsal barışa zarar vermiştir.³² Diğer taraftan, Müslümanların azınlıkta olduğu gelişmiş ülkelerde dahi İslam hukukunda yer alan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden yararlanıldığı görülmüş ve laik bir devlet yapısının, bu gibi dini pratiklerden faydalanılmasına engel teşkil etmemesi gerektiği beyan edilmiştir.³³

Bu nedenle, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının Türk hukuk tarihinde nasıl düzenlendiğinin ve uygulandığının incelenmesi, hukuk geleneğimizde var olan uzlaşma bilincinin yeniden canlanması için katkı sağlayabilecek bir imkân sunmaktadır.³⁴ Bu çalışmada incelenen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındaki sınıflandırılmasında Kheel'in tasnifi temel alınmış,³⁵ yargısal arabuluculuk, arabuluculuk-tahkim ve arabuluculuk bağlamında, Türk hukuk tarihinde aile uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanmış olan mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık yöntemleri incelenmiştir.

2.1. Yargısal Arabuluculuk Yoluyla Aile Birliğinin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Geleneksel arabuluculuğun bir türü olan yargısal arabuluculukta, alternatif uyuşmazlık çözümünde görev alan kişi, resmi olarak görevlendirilmiş bir hâkimdir.³⁶ Yargısal arabuluculuğun günümüzdeki önemli örneklerinden biri, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 278. paragrafında düzenlenen hükümdür.³⁷ Bu düzenlemeye

31 Cappelletti, “Access-to-Justice Movement,” 287.

32 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1024.

33 Ahmet Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları,” *Darulfunun İlahiyat* 30, no. 2 (2019): 315.

34 Şakir Berki, “Boşanma ve Ayrılık,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 32, no. 1 (1975): 147.

35 Theodore Woodrow Kheel, *The Keys to Conflict Resolution: Proven Methods of Settling Disputes Voluntarily* (New York: Four Walls Eight Windows, 1999), 8, 10, 11.

36 Kheel, *Conflict Resolution*, 11.

37 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 707.

göre hâkim, yargılamanın her aşamasında uyuşmazlık konusunun tamamı veya bir kısmı hakkında tarafların dostane bir çözüme ulaşmasını sağlamak amacıyla çaba göstermelidir.³⁸ Bu aşamada tarafların sulhe teşvik edilmesi, yargısal arabulucu olarak görev yapan sulh hâkimi tarafından gerçekleştirilir.³⁹

2.1.1. Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de Yargısal Arabuluculuk

Türk hukuk tarihinde yargısal arabuluculuğa dair ilk yasal düzenleme, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin⁴⁰ 1826. maddesinde yer almıştır. Bu maddeye göre, tarafların sulh yoluyla uyuşmazlığı sona erdirmelerinin mümkün olduğu davalarda hâkim, tarafları bir veya iki kez sulhe teşvik etmelidir.⁴¹ Hanefi mezhebi eserlerine göre, hâkimin bu yükümlülüğü Hz. Ömer'in, '*Tarafları sulhe teşvik edin, zira davaların mahkeme kararıyla kesin hükme bağlanması onlar arasında nefret meydana getirir*'⁴² sözüne dayanmaktadır.⁴³ Söz konusu hüküm, Hanefi mezhebindeki yerleşik bir fetvanın kanun maddesine dönüştürülmüş şekli olarak kabul edilir. Nitekim İslam hukuku uygulamasının önemli kaynaklardan biri olan *Fetâva'l-Hindiyeye* isimli fetva eserinde daha ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur.⁴⁴ *Zehîretü'l-Fetâvâ*'dan yapılan alıntıya göre, uyuşmazlık taraflarının yakın akrabalar olması durumunda hâkim, tarafları iki veya üç kez sulhe teşvik (*redd ilâ sulh*) etmelidir; taraflar sulhe teşvik

38 Dostane çözüme ulaşılması için davaya bakan mahkeme; bizzat uzlaşma duruşması yapabilir, derdest davada yetkili olmayan başka bir hâkimin uzlaşma duruşması yapmak üzere görevlendirilmesine karar verebilir veya mahkeme dışı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu önererek davayı erteleyebilir. "Zivilprozessordnung," *dejure*, <https://dejure.org/gesetze/ZPO/Gesamt/278> (§ 278, § 278a, ZPO)

39 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 707, 709.

40 "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyeden Kitâb-ı Sâdis Aşar: Kazâ Hakkında," iç. *Düstûr 1. Tertip C.4*, 115–24.

41 MAA m. 1826: "Akraba beyninde vuku bulan veyahut tarafeynin sulhe rağbetleri memul olan muhâsamerelerde hâkim bir veya iki defa tarafeyne musalehayı tavsiye ve ihtâr eder.

42 Ebû Bekr Ahmed Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübra*, thk. of Muhammed Abdulkâdir Atâ (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 6:109 (No: 11360). Halife'nin başka bir emri ise şöyledir: Tarafların davasını geri çevirin ki sulhe yönelsinler. Zira sulh, dostluğun devamı ve düşmanlığın sona ermesi için daha elverişlidir. Beyhakî, Sünen, 6:109 (No: 11361).

43 Ebû Bekir Muhammed Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî* (Beyrut: Dâru'l-Beşâ'iri'l-İslâmiyye, 2010), 8:65.

44 İngiliz hakimiyetine girene kadar, İslam hukukunun Hindistan'da uygulanması bakımından en önemli kaynak olan bu eser, İngiliz mahkemelerince de muteber kabul edilmiştir. Ahmet Özel, "el-Âlemgiriyye," *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi 2* (İstanbul: TDV Yayınları, 1989), 366.

edilmek istemese dahi hâkim bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir.⁴⁵ Benzer bir fetva Osmanlı mahkemelerinde sıkça başvurulana *Vâkıâtü'l-Müftîn* isimli eserde de bulunmaktadır.⁴⁶

Mecelle'nin usul hukukuna ilişkin düzenlemeleri, nizamiye mahkemelerinde genel kanun hükümleri olarak uygulanmak üzere yürürlüğe girmiş, şer'iyeye mahkemelerinde ise asıl kanun hükümleri olarak uygulanmıştır.⁴⁷ Mecelle'nin yayınlanmasına ilişkin irade-i seniyyede bu husus açıkça belirtilmiş olup,⁴⁸ Usûl-i Muhâkemât-ı Şer'iyeye Kararnamesi'nde (UMŞK) de benzer bir düzenleme yer almıştır.⁴⁹

Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, diğer eşin talebi üzerine evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin müdahale etmesi, yargısal arabuluculuğun bir türü olarak kabul edilir.⁵⁰ Bu durumda hâkimin görevi, yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş uyararak tarafları uzlaştırmaya çalışmaktır.⁵¹ Söz konusu uyarı, evliliğin devamını sağlamaya yönelik koruyucu bir tedbir niteliğindedir. Nitekim anlayışlı ve itibarlı bir hâkim tarafından yapılan bu tür uyarıların eşler üzerinde önemli bir etkisinin olacağı ve aile birliğini güçlendirebileceği açıktır. Bu uyarılar yoluyla gerçekleştirilen arabuluculuk (*tavassut*), bazen katı yasal tedbirlerden daha etkili olup, eşlerin ilgisizliği nedeniyle yıkılma noktasına gelen bir aileyi kurtarma olasılığını artırabilir.⁵²

Mecelle'nin bahsi geçen hükmünün yürürlükte olduğu dönemde, hâkimlerin, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmelerine yönelik

45 Heyet, *el-Fetâva'l-Hindîyye*, ed. Nizâmüddîn Burhânî (Bulak: Dâru'l-Fikr, 1892), 4:284; Muhammed Alâuddin İbn Abidinzâde, *Kurretü Uyûni'l-ahyâr li-tekmileti Reddi'l-muhtâr* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1995), 8:408.

46 Kadri Efendi, *Vâkıâtü'l-Müftîn* (Bulak: Matbaatü'l-Mîriyye, 1882), 219.

47 Mehmet Gayretli, "Tanzimat Sonrasından Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları," Doktora Tezi, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2008), 178.

48 Mecelle-i ma'rûzanın iktiza-i alisi icra buyurulduğundan ol-vechile tab' ve temsili ile birer nüshasının bil-cümle mehâkim-i şer'iyeye ve nizâmiyeye itası ve neşr ü ilanı (...) "Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Sadaretin Arzı ve İrade-i Seniyye," haz. Ahmed Akgündüz, *Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye* (İstanbul: OSAV, 2013), 53.

49 "Fi'l-hakika muhâkemât-ı şer'iyede hâlen takbik edilen usûl-i muhâkeme, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'ye ve ahkâm-ı esâsiyemize ve mehâkimde mü'esses ba'zı te'âmüllere ve son zamanlarda intişâr eden müteferrik ve mesâ'il-i mu'ayyeneye mütedâir ba'zı kavânin ve nizâmâta müstenid olmak i'tibâriyle (...) "1917 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Şer'iyeye Kararnamesi, Esbâb-ı Mûcibe Lâihâsı," haz. Ahmed Akgündüz, iç. *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku* (İstanbul: OSAV, 2011), 905.

50 Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 208; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1032.

51 Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 193, 197, 202.

52 Gönensay, *Aile Hukuku*, 137–38; Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 204.

kararlar alarak evlilik birliğinin korunmasına katkı sağlamak suretiyle yargısal arabuluculuk yaptıklarına dair birçok örnek mevcuttur.

i. Kocanın yükümlülüğünü yerine getirmediği durumda hâkimin müdahalesi

İslam hukukunda evlilik birliği kurarak koca statüsünü kazanan bir erkeğin, belirli yükümlülükleri bulunmaktadır.⁵³ Çalışma kapsamında incelenen ilk karar, 1918 tarihli olup, kocanın söz konusu yükümlüklerinden birini yerine getirmemesi sebebiyle kadının avukatı tarafından açılan bir boşanma davasına ilişkindir. Söz konusu kararda, hâkim boşama kararı vermemiş, kocayı yükümlülüklerini yerine getirmesi konusunda uyararak evlilik birliğinin korunmasını sağlamıştır. Hukuki açıdan zengin olan bu davada tartışılan hususlar; aile konutuna dönmeyen evli kadının nafaka alacağına düşmesi, kadının peşin mehir alacağı ödenmedikçe kocasının evine dönmeme hakkı,⁵⁴ farklı bir yerde yaşadığı süre zarfında nafaka alacağına varlığı, kocanın nafaka borcunun kapsamı ve nafakanın eksik olarak ödenmesinin şiddetli geçimsizliğe sebep olup olmadığı konularıdır.

Söz konusu davada, davacı Emine Hanım'ın avukatı (*vükelâ-i deâviden*) Mehmet Cemaleddin Bey, müvekkilinin kocası Nevşehirli Mustafa Remzi ile iki bin kuruş peşin mehir ve iki bin bir kuruş vadeli mehir karşılığında evlendiğini belirtmiştir. Ancak, davalı kocanın nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle tarafların her gün şiddetli geçimsizlik yaşadığını ifade edip, HAK 130. maddeye dayanarak boşanma talebinde bulunmuştur. Ayrıca, dava gününden hüküm tarihine kadar tahakkuk edecek nafaka alacağı ile dava masraflarının tahsilini talep ettiklerini beyan etmiştir.

Davalı koca Mustafa Remzi, cevabında peşin mehri borcunu yerine getirmediğini ikrar etmiş, ancak davacının aile konutundan başka bir yerde ikamet etmesi sebebiyle yükümlülüklerine aykırı davrandığını (*nüşûz*) ve bu sebeple nafaka alacağına düşüğünü ileri sürmüştür. Ayrıca, davacıyla evlendikleri sırada polis memuru olarak çalıştığının ve maaşının zaten bilindiğini, kendisinden aşırı miktarda nafaka

53 Kocanın yükümlülükleri, aynı zamanda karısının haklarını teşkil etmekte olup üç tanedir: Mehir, nafaka ve iyi geçim (hüsn-i muaşeret). Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdülhamîd Mahmud Tahmaz, *El-Fıkhü'l-Hanefiyye Fi Sevbihî'l-Cedîd* (Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 2014), 2:121–131; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 424-434.

54 Davalı kocanın cevabında yer alan ve kocasının evine gelmeyen kadının nâşize sayılacağı ve nafaka alacağına hak kazanamayacağı savunması İslam hukukuna uygundur. Ancak, davacı kadının avukatının verdiği cevapta yer alan ve peşin mehir ödenmeyen bir kadının, peşin mehirini alana kadar koca evine gelmeme hakkı bulunduğu için nâşize sayılamayacağı bu sebeple nafaka alacağına hak kazanacağı cevabı da İslam hukukuna uygundur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Molla Hüseyin, *Dürrü'l-hükkâm fi şerhi Gureri'l-ahkâm* (Dâru İhyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye), 1:413-414.

ödemesi beklenemeyeceğini ifade etmiştir. Maaşını dörde bölerek eşine haftalık nafaka ödemesi yaptığını, ancak karısının bu miktarı bir günde tükettiğini de ileri sürmüştür. Son olarak, nafaka alacağının şiddetli geçimsizlik sebebiyle boşanma davasına gerekçe teşkil etmeyeceğini belirterek HAK 130. maddeye göre hakem tayinini kabul etmemiştir.

Bu beyanlar üzerine mahkeme, eşleri yakından tanıyan emekli öğretmen Mehmed Efendi'yi ve askeriyeden Bekir Çavuş'u tanık olarak dinlemiştir. Tanıklar, davalı Mustafa Remzi'nin aylık 700 kuruş maaş aldığını ve davacı Emine Hanım'a nafaka olarak aylık 300 kuruş verebilecek durumda olduğunu belirtmişlerdir. Mahkeme, 9 Kasım 1918 tarihli kararında peşin mehrin ödenmesine, davalı koca üzerine aylık 300 kuruş nafaka takdir edilmesine ve eşlerin ayrı yaşadıkları süre boyunca aylık 300 kuruşa denk gelen geçmiş nafaka borcunun ödenmesine hükmetmiştir.⁵⁵

ii. Kadının yükümlülüğünü yerine getirmediği halde hâkimin müdahalesi

İslam aile hukukunda kocanın evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri olduğu gibi kadının da belirli yükümlülükleri bulunmaktadır.⁵⁶ Çalışma kapsamında arşiv kayıtlarında bulunan ikinci örnek, 1922 tarihli olup, aile konutuna gelmeyen davalı kadının, aile konutuna gelmesi ve evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi için hâkim tarafından yapılan uyarıya ilişkindir. Hukuki açıdan önemli bir örnek teşkil eden bu davada tartışılan temel mesele, kadının peşin mehir alacağından feragat edip etmediği konusudur.⁵⁷

Davacı koca Mehmed Kemal Efendi'nin avukatı (*vükelâ-i deâviden*) Mahmud Ekrem Bey, peşin mehir borcunun ibra edildiğini ileri sürerek davalı Meksiyâb Hanım'ın aile konutuna (*mesken-i şer'î*) dönmesini talep etmiştir. Buna karşılık, davalı kadının avukatı (*vükelâ-i deâviden*) Salih Zeki Efendi, ibrayı inkâr etmiştir. Bunun üzerine, kocanın avukatı mehir borcunun inkâr edilmesine dayalı (*an inkârin*)

55 İSAM Kütüphanesi Arşivi, İstanbul Üsküdar Sicilleri, Sicil No. 792, Gömlek No. 37-39, Karar No: 43. Benzer örnekler için bkz. İSAM Kütüphanesi Arşivi, İstanbul Üsküdar Sicilleri, Sicil No. 792, Gömlek No. 7, Karar No. 10; Gömlek No. 27, Karar No. 34.

56 Kadının evlilik birliğinden doğan hakları üç adet olduğu gibi yükümlülükleri de üç tanedir: Kocasının evinde ikamet etmek, hukuka uygun emirlerinde kocasına itaat etmek ve kocasının yokluğunda onurunu ve malvarlığını korumaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tahmaz, *Fıkhü'l-Hanefiyye*, 133–38; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 419-422.

57 Kadının, peşin mehir alacağı ödenmedikçe aile konutuna gelmeme hakkı bulunmaktadır. Ancak, kadın peşin mehir alacağından feragat etmesi durumunda, aile konutuna gelmek yükümlülüğü doğar. Kemalüddin Muhammed İbn Hümam, *Fethu'l-kadir*, (Beirut: Mustafa el-Babî, 1970), 3:370.

bir sulh teklifi⁵⁸ sunmuştur. Sulh sözleşmesine göre, davacı koca sulh bedeli olarak on bin kuruş ödeyecek ve davalı Meksiyâb Hanım aile konutuna dönecektir. Ancak, sulh sözleşmesi davalı kadının aile konutuna dönmesi şartına bağlı olduğundan, davalı kadın aile konutuna dönmediği takdirde sulh sözleşmesi geçersiz hale gelecek ve sulh bedeli davacıya iade edilecektir. Sulh bedelinin iadesini teminat altına almak amacıyla, aile konutunda bulunan ev eşyaları davacı kocanın elinde rehin olarak kalacak ve davacı, dilediği takdirde bu eşyaları satarak alacağını tahsil etmeye yetkili olacaktır. Davalı kadının avukatı tarafından kabul edilen bu sulh sözleşmesi sonucunda, mahkeme davalı kadının uyarılmasına (*tenbîh*) ve aile konutuna dönmesine karar vermiştir.⁵⁹

2.1.2. 1924 Tarihli Hukûk-ı Âile Kânûnu Lâyihası'nda Yargısal Arabuluculuk

Kurtuluş Savaşı'nın sona ermesinin hemen ardından, Osmanlı Devleti döneminde yürürlüğe giren kanunlarda değişiklik yapılması gereği ortaya çıkmış ve 1923 yılı başlarında altı adet adalet (*ta'dil-i kavânîn*) komisyonu kurulmuştur. Bu komisyonlardan biri de Mecelle Ahvâl-i Şahsiyye Komisyonu olmuştur. 1923 yılında Komisyon tarafından hazırlanan bir tasarı⁶⁰ Meclis'e sunulmuş; ancak Adliye Nezareti tarafından geri çekilmiştir. Cumhuriyet'in ilanı, Hilâfetin kaldırılması ve Şer'iyye mahkemelerinin kapatılması sürecinin ardından, 19 Mayıs 1924 tarihinde yeniden Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonları oluşturulmuştur.⁶¹ İlgili komisyonun hazırladığı bir tasarı,⁶² 1 Aralık 1924 tarihinde Meclis'e sunulmuş; ancak kabul edilmemiştir.⁶³

Tasarı, boşanma davaları için özel bir usul öngörmektedir. Tasarının 114. maddesine göre hâkim, boşanma talebiyle mahkemeye başvuran tarafa nasihatte

58 İslam hukukunda sulh sözleşmesi, davalının hak iddiasın kabul etme durumuna göre üçe ayrılmaktadır. Birincisi, 'ikrâr üzere (an ikrârin) sulh' olup, iddiayı kabul eden kişi tarafından yapılır. İkincisi, 'inkâr üzere (an inkârin) sulh' olup, iddiayı reddeden kişi tarafından yapılır. Üçüncüsü ise, 'sükût üzere (an sükûtin) sulh' olup, iddiaya karşı kabul veya ret cevabı vermemiş olan kişi tarafından yapılır. Fahrettin Atar, "Sulh," *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* 37 (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 485. Söz konusu davada koca tarafından yapılan sulh teklifi, mehir alacağıının inkârı üzerine yapıldığı için an inkârin sulh olarak isimlendirilmiştir.

59 İSAM Kütüphanesi Arşivi, İstanbul Üsküdar Sicilleri, Sicil No. 798, Gömlek No. 100, Karar No. 628. Benzer bir örnek için bkz. İSAM Kütüphanesi Arşivi, İstanbul Üsküdar Sicilleri, Sicil No. 797, Gömlek No. 83, Karar No. 571.

60 Bu tasarının maddeleri, çoğunlukla HAK ile aynıdır. Bkz. "1339 Hukuk-i Aile Kanunu Layihası" akt. Sabri Şakir Ansay, *Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar* (Ankara, İstiklal Matbaacılık, 1952), 59-102.

61 Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme* (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1974), 306-8.

62 Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonu, "Hukûk-ı Âile Kânunu Layihası," *Ceride-i Adliyye* 2, no. 28 (1924): 1117-23.

63 Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 240.

bulunur. Bu taraf, hâkimin nasihatini dikkate almaz ve boşanma talebinde ısrar ederse, hâkim duruşma tarihi belirler ve her iki tarafı mahkemeye çağırır. Belirlenen duruşma tarihinde, hâkim 118. madde hükmü uyarınca, tarafları dinler ve onları sulhe teşvik eder.⁶⁴

2.1.3. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda Yargısal Arabuluculuk

1086 sayılı HUMK'un⁶⁵ 1927 yılında yürürlüğe girmesinden itibaren 37 yıl boyunca yürürlükte kalan ve uygulanan “Boşanma İşlerinde Sulh Teşebbüsü, Evlilik Birliğini Himaye Tedbirleri” başlıklı 494-499. maddeleri, boşanma davalarında eşlerin sulh teşebbüsüne başvurmalarını zorunlu kılmaktaydı.⁶⁶ Ayrıca, kanunun 500. maddesi sulh mahkemesi hâkimine evlilik birliğini koruma tedbirleri alma yetkisi tanımıştı.⁶⁷

64 “Tefrik Da`vâlarına Mahsûs Ahkâm-ı Usûliye

Madde 114- Hâkim, esbâb-ı tefrikten birine müsteniden (tefrik) talebinde bulunan müddeiye talebini şifâhen izah ettirir ve kendisine işbu talebinin netâyicini anlatarak nasâyih-i münâsibede bulunur. Müddei, bu nasâyih-i tefrik kararı istihâlinde ısrar ederse hâkim, tayin ettiği günde tarafeynin isbât-ı vücûd eylemeleri lüzumunu arzualin altına işaret eder.

Madde 118- Hâkim, mu`ayyen olan günde tarafeyni istimâ' eder ve te'lîfe çalışır.”

65 “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu,” iç. *Düstûr* 3. Tertip C.8, 760.

66 “Madde 494- Boşanma veya ayrılma davasını ikame için evvel emirde hasmı sulh hâkimi huzuruna davet lâzımdır. Davet ettirmedikçe dava mesmu' olmaz.

Madde 495- Davetname tayin olunan gündün lâakal beş gün evvel tebliğ olunmak lâzımdır. Eğer kari veya koca ecnebi memleketinde ikamet etmekte ise bu müddet hâkim tarafından tayin olunur. Müstacel mevadda hâkim bu müddeti tenkis edebilir.

Madde 496- İki taraftan biri ecnebi memleketinde mukim veya diğer tarafın ikametgahı meçhul veyahut sulh teşebbüsünün her halde faydasız kalacağı meczum ise sulh hâkimi müddeiye sulh teşebbüsünden istisna edebilir.

Madde 497- Karı veya koca davete icabet etmezse sulh teşebbüsü akim kalmış addolunur.

Sulh teşebbüsü sulh hâkiminin odasında karı ve koca yalnız olarak hafiyyen icra olunur. Sulh hâkimi karı ve kocayı aralarında ihtilâf olan mesele hakkında şifâhen isticvap edildikten sonra sulh etmeye çalışır. Sulh teşebbüsü esnasında geçen sözler zabıtnameye yazılmayacağı gibi bilâhare dahi dermeyan olunamaz.

Madde 498- Sulh teşebbüsü akim kalırsa boşanma davası, teşebbüsün vukuu tarihin den itibaren üç ay zarfında ikame olunmak lâzım gelir. Bu müddetin mururundan sonra sulh teşebbüsü merfu addolunur.

Madde 499-Sulh teşebbüsü için davetin ilânen icrası icap ettiği takdirde davet ilanı boşanma veya ayrılık davası için yapılacak tebligat ile yapılabilir.”

67 “Madde 500- Evlilik birliğinin sıyaneti için kanun-ı medenîde mevzu bahis olan tedbirler, iki taraftan birinin talebi üzerine diğeri celp edildikten sonra sulh hâkimi tarafından itihaz olunur.”

Sulh mahkemesi hâkiminin sulh teşebbüsünde bulunmaması, boşanma davasının açılmasına engel teşkil ediyordu.⁶⁸ Bu sulh teşebbüsü, arabuluculuk ilkelerine uygun olarak yalnızca taraflar ve hâkim arasında gizlice gerçekleştiriliyor, bu süreçte geçen konuşmalar tutanağa kaydedilmiyor ve daha sonra davada delil olarak kullanılamıyordu (HUMK m. 497/2). Özbek'in haklı olarak savunduğu üzere, boşanmak üzere olan eşler arasında arabuluculuk yapması için sulh hâkimine yetki verilmesi, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁶⁹

Bununla birlikte, kanunun ilgili maddeleri uzun süre yürürlükte kaldıktan sonra ilgili hükümlere bazı eleştiriler yöneltilmiştir. Bu hükümlere göre yapılan sulh teşebbüslerinin sonuçsuz kalması sebebiyle sulh teşebbüsünün gereksiz bir kanun yolu olduğu, sulh teşebbüsünün asliye hâkimleri tarafından da yapılabileceği ve sulh teşebbüsü yolunun boşanma davasının açılmasını ertelemesi sebebiyle adalete erişimi geciktirdiği ve bu nedenle fayda yerine külfet getirdiği ifade edilmiştir.⁷⁰

Diğer taraftan, kanunun ilgili hükümlerine yönelik bu eleştirilerin, yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Zira dönemin sulh hâkimlerinden olup, söz konusu hükümleri bizzat uygulayan Âkil Önder'in tespitine göre, 1939 yılında yapılan 10.510, 1940 yılında yapılan 10.445 ve 1941 yılında yapılan 10.080 sulh teşebbüsünün %67,5'i başarıyla sonuçlanmış ve başvuruda bulunan eşlerin evlilik birliği korunmuştur. Ayrıca, gerekli özen gösterildiği takdirde sulh teşebbüslerinin %90 oranında başarıya ulaşabileceği tespit edilmiştir. Teşebbüslerin genellikle başarısız olmasının temel nedeni, eşlere yalnızca barışıp barışmayacaklarının sorulmasıyla yetinilmesidir. Bu tür bir soruya verilecek cevabın, genellikle 'hayır' olacağı açıktır.⁷¹

Önder'e göre, tarafların asliye mahkemesindeki boşanma davası sırasında barışması neredeyse imkânsızdır. Zira boşanma davasının açılması, evlilik birliğinin dağılmasındaki son aşamadır. Bu aşamada, karşılıklı olarak sunulan ilk dilekçeler tarafların öfkelerini yansıttığı için uyuşmazlığı daha da artırır ve eşlerin evlilik birliğini

68 “Boşanma davası açmak isteyen tarafın hasmını sulh hâkimi huzuruna davet ettirip bu davetin faydeli olmadığına veya akim kaldığına dair hâkimlik kararı davadan evvel istihsal edilmiş olmadıkça boşanma davasının memu olamayacağına, 21.3.1960 tarihinde üçte ikiyi geçen ekseriyetle karar verildi.” Yar. İBK, E.1958/12, K.1960/5, 21.3.1960, (Kazancı).

69 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1019.

70 “İzmir Milletvekili Mustafa Uyar'ın Kanun Teklifi,” *TBMM*, Dönem: 1, Cilt: 18, Toplantı: 2, Sıra: 146, erişim tarihi Ağustos 31, 2024, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c018/mm__01018103.pdf.

71 Âkil Önder, “Sulh Teşebbüsü ve İhtar Dâvalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medenî Kanun'da Tadilât İcrasına İhtiyaç Var Mıdır?,” *Adliye Ceridesi* 8 (1942): 1036-1037.

koruması mümkün olmaz.⁷² Sulh teşebbüsünün boşama davalarının uzamasına neden olduğu iddiası ise gerçeği yansıtmamaktadır. Sulh teşebbüsü, üç nedenle davaların uzamasına yol açmaz:⁷³

1. HUMK 496. maddesine göre, her boşanma davasından önce mutlaka sulh teşebbüsünde bulunmak gerekmez. Özellikle sulh teşebbüsünün başarısız olacağı kesin ise, asliye hâkimi tarafları bu teşebbüsten muaf tutabilir. Sulh teşebbüsten muaf tutulmak isteyen taraflar, teşebbüsün başarısız olacağına dair makul gerekçe sunduklarında, hâkim bu talepleri kabul edebilir. Dolayısıyla, boşanma davası açmak isteyen herkesin bu yola başvurması zorunlu olmadığından, taleplerini yarım saat gibi kısa bir süre içinde boşanma hâkimine ileten taraflar sulh teşebbüsünden muaf tutulabilir. Bu gibi durumlarda, yargılama sürecinin uzaması söz konusu olmaz.

2. Sulh teşebbüsünde bulunulmadan boşanma davası açıldığında, davalı tarafından itiraz edilse dahi sulh teşebbüsü için öngörülen süre en fazla on gündür. Davacı, bu on gün içinde sulh teşebbüsünün sonuçsuz kaldığına dair bir ilam sunarak, on günlük kısa bir gecikmeyle davaya devam edebilir. Bu türden kısa bir gecikme, sulhün getirdiği faydalara kıyaslandığında oldukça önemsizdir.

3. Boşanma davalarında sulh teşebbüsünde bulunulmadığı itirazı, boşanma davasının esasına girilmeden önce ileri sürülmelidir. Zaten hemen boşanmak isteyen ve boşanmaya kesin olarak kararlı olan çiftler, evlilik birliğinden bir an önce kurtulmak istedikleri için genellikle bu itirazda bulunmazlar. Bu durumda tarafların ileri sürmediği iddiayı hâkim resen incelemeyebilir; dolayısıyla boşanma davasının devamına ve sonuçlanmasına engel teşkil etmez.⁷⁴

Tüm bu gerekçelere rağmen, ilgili kanun maddelerinin aleyhinde gerçeği yansıtmayan birtakım eleştiriler sonucunda, 338 sayılı kanun kabul edilerek söz konusu maddeler yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁵ Bu maddelerin ilgası, sonraki dönemlerde ciddi eleştirilere yol açmış ve sulh teşebbüsü kurumunun yeniden hayata geçirilmesi teklif edilmiştir. Şakir Berki'ye göre, 'sulh teşebbüsü' adı verilen bu kurumun kaldırılması isabetsiz bir karardır. Evlendikten kısa bir süre sonra çeşitli sebeplerle boşanmak üzere mahkemeye başvuran kişilerin, sulh teşebbüsü yoluyla dinlenmesi zorunlu olmalıdır. Zira boşanmak isteyen çiftlere, aile hayatının önemini bilen ve ikna kabiliyeti yüksek olan bir hâkim tarafından yapılan sulh teşebbüsü etkili sonuçlar doğurabilir. Bu yolla çok az sayıda çift bile boşanmaktan vazgeçse,

72 Önder, "Sulh teşebbüsü," 1037-1038.

73 Önder, "Sulh teşebbüsü," 1039.

74 Önder, "Sulh teşebbüsü," 1039-1041.

75 RG, 03.10.1963, S. 11521.

bu hem kendileri için hem de toplum için bir kazanç olarak değerlendirilmelidir. Hukuki kurumların faydası az diye yürürlükten kaldırılması doğru değildir, bu kurum binde bir bile fayda sağlasa ilga edilmemelidir.⁷⁶ Yazarın en önemli tespiti, faydası az bile olsa bu hükümlerin uygulanmasının gerekliliğini vurgulamasıdır.

2.1.4. 4271 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yargısal Arabuluculuk

TMK'nın⁷⁷ 195. maddesi, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlık yaşanması halinde, eşlerin yargısal arabuluculuğa başvurma hakkını düzenlemektedir.⁷⁸ Eşlerden biri veya her ikisinin yapacağı başvuru üzerine, hâkim “uyarı” veya “uzlaştırma” gibi genel tedbirler alabilir. Ancak, eşler arasında süregelen geçimsizlik şiddetli hale gelmiş, iletişim tamamen kopmuş ve taraflar bir araya gelmekten kaçınır duruma gelmişse, tarafların gönüllü olarak arabulucu desteği talep etmesini beklemek gerçekçi değildir. Çatışma düzeyinin yüksek olduğu bu tür durumlarda, Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan “ailenin korunması” ve “çocuğun üstün yararı” ilkeleri gereğince ve eşlerin sağlıklı bir değerlendirme yapma imkânının bulunmaması nedeniyle, hâkimin resen arabulucuya yönlendirme yetkisine sahip olması gerekmektedir.⁷⁹

Özbek'in bu değerlendirmeleri, hukuk tarihimizdeki arabuluculuk-hakemlik öğretisi ve uygulaması ile uyum içindedir. İlerleyen başlıklarda detaylandırılacağı üzere, hem Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nde hem de 1924 tarihli kanun tasarısında hâkime söz konusu resen yönlendirme yetkisi tanınmıştır. Öğretide benzer bir uygulama olarak İsviçre örneği verilmiştir. Eşlerin şiddetli geçimsizlik yaşadıkları durumlarda, tarafların rızasına bakılmaksızın arabulucuya yönlendirme yetkisinin hâkime tanınması gerektiği vurgulanmış ve disiplinler arası bir anlayışla meseleye yaklaşılması ve bu doğrultuda çözümler üretilmesi tavsiye edilmiştir.⁸⁰ Akkaya'ya göre, boşanma uyuşmazlıkları yalnızca hukuki bir sorun teşkil etmemektedir;

76 Berki, “Boşanma ve Ayrılık,” 147.

77 RG. 8/12/2001, S. 24607.

78 Bu maddede düzenlenen kurum, yargısal arabuluculuğun bir örneğidir. Nitekim, 4721 sayılı TMK'nın mehzârı olan İsviçre Medeni Kanunu'nun 172. maddesi, evlilik birliğinin korunmasına yönelik genel tedbirleri düzenlemekte ve eşlerin yargısal arabuluculuğa başvurabileceğini açıkça beyan etmektedir: “(...) they may apply jointly or separately to the court for mediation.” “Swiss Civil Code,” *fedlex*, erişim tarihi Ağustos 31, 2024, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en.

79 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1040.

80 Tolga Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2014): 41.

bu nedenle aile hukuku uyuşmazlıklarının yalnızca mahkemede çözülebileceği yönündeki bir inanç gerçeği yansıtmamaktadır. Başta Anayasa olmak üzere, TMK, AMK ve HMK ve ilgili mevzuatlarda bu görüşü destekleyecek hukuki dayanaklar bulunmaktadır.⁸¹

2.1.5. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da Yargısal Arabuluculuk

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un⁸² (AMK) 7. maddesinde, aile mahkemesinin önüne gelen davalarda tarafların sulha teşvik edilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. AMK m. 6/1-a düzenlemesine göre hâkim, evlilik birliğinden doğan yükümlüklerin yerine getirilmesi noktasında eşleri uyurabilir ve gerektiğinde eşleri uzlaştırmaya veya evlilik birliğinden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya karar verebilir. Uzlaştırma kararı veren hâkim, ilgili kanunun 5. maddesine göre atanan uzmanlardan yararlanabilir.

Öğretide, madde lafzına göre hâkimin tarafları sulha teşvik etme yükümlülüğünün bulunduğu beyan edilmiş ve aile mahkemesi hâkiminin tarafları sulhe teşvik etmesine yargısal arabuluculuk ismi verilmiştir.⁸³ Bununla beraber, TMK ve AMK'da düzenlenen evlilik birliğini koruyucu tedbirlerin HUMK'un ilgili düzenlemeleri kadar etkili olmadığı ifade edilmiştir. Şöyle ki, HUMK'un 494. ila 499. hükümleri; boşanma hâkiminin dışında bir kişi tarafından ve boşanma mahkemesi dışında bir mekânda sulh teşebbüsünün yapılmasını, gizlilik esasına riayet edilmesini, sulh teşebbüsünde yer alan ifadelerin tutanağa kaydedilmemesini ve derdest davada kullanılmamasını detaylıca düzenlemesi bakımından eşlerin arasındaki uyuşmazlığı sulh ile çözüme konusunda daha etkili bir düzenlemedir.⁸⁴

2.1.6. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yargısal Arabuluculuk

6100 sayılı HMK'nın⁸⁵ 137/1, 140/2 ve 320/2 maddelerinde düzenlenen hükümlere göre, ön inceleme aşamasında uyuşmazlık tespit edildikten sonra, hâkimin tarafları sulhe teşvik etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hâkim, sulhten sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü

81 Akkaya, "Zorunlu Arabuluculuk," 42.

82 RG. 18/1/2003, S. 24997.

83 Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, 133; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1032; Elif K. Kekeç, "Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler," Doktora Tezi (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010), 122.

84 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1035–36.

85 RG. 4/2/2011, S. 27836.

belirlemelidir. Bu düzenlemelere göre, hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi zorunlu tutulmuş olup, sulhe teşvik sonucunda yapılan anlaşma hâkimi bağlayıcıdır. HMK ve AMK'da yer alan düzenlemeler, sulhe teşvikin zorunlu tutulması bakımından benzerlik göstermektedir. Bununla birlikte, öğretide AMK m. 7'ye göre sulhe teşvikin zorunlu olmadığını savunan bir görüş de mevcuttur; ancak kanun lafzı açısından üstün tutulması gereken görüş, sulhe teşvikin zorunlu olduğu yönündedir. Özbek'e göre, boşanma davasında tarafların sulh olma ihtimali mevcutken hâkimin bu emredici hükme göre tarafları sulhe teşvik etmemesi, mutlak istinaf ve temyiz sebebi olarak değerlendirilmelidir.⁸⁶

Uygulamaya bakıldığında, ilgili mevzuatta yer alan düzenlemeler beklenen etkiyi sağlayamamaktadır. Hâkimler, sulhe teşvikin zorunlu olmasına rağmen bu görevlerini sadece şekli olarak yerine getirmekte, tarafları uzlaştırma amacıyla özel bir görüşme gerçekleştirilmemektedir. Sonuç olarak, yalnızca şeklen yapılan sulhe teşvikin amacı, taraflarca anlaşılacağı için doğrudan reddedilmektedir.⁸⁷

2.2. Arabuluculuk-Tahkim Yoluyla Aile Birliğinin Korunması

Arabuluculuk-tahkim, uyuşmazlık çözümünde görevlendirilen üçüncü kişinin öncelikle arabuluculuk yoluyla taraflar arasında uzlaşma sağlamaya çalıştığı, arabuluculuğun başarısız olması durumunda ise uyuşmazlık konusu hakkında tarafları bağlayıcı bir karar verdiği çözüm yoludur.⁸⁸ Bu tür birleşik yöntemlerde baskın karakteri belirleyen unsur arabuluculuktur ve birleşik yöntemler arasında en sık uygulanan yöntem, arabuluculuk-tahkim yoludur.⁸⁹

2.2.1. Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati'nde Arabuluculuk-Tahkim

Mecelle'nin usul hukukuna en önemli katkısı, cumhuriyet döneminde gerçekleştirilen resepsiyon hareketlerine kadar, ceza usulü dışındaki usul hukuku kurallarının büyük ölçüde millî hukuk çerçevesinde kalmasını sağlamasıdır. Örneğin, 1879 tarihli UMHK'nın nihai metninde⁹⁰ Mecelle Komisyonu tarafından hazırlanan taslak esas alınmış ve bazı maddelerinde doğrudan Mecelle'ye atıf yapılmıştır.⁹¹

UMHK'nın doğrudan Mecelle'ye atıf yaptığı maddelerden biri, mahkeme bağlantılı alternatif uyuşmazlık çözümünü düzenleyen 60. maddedir. Bu düzenlemeye

86 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1032.

87 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1037.

88 Kheel, Conflict Resolution, 10.

89 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 931.

90 "Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati: UMHK," iç. Düstûr 1. Tertip C.4.

91 Gayretli, Kanunlaştırma Çalışmaları, 168.

göre, sulh yoluyla çözülmesi mümkün ve tahkime elverişli olan uyuşmazlıklarda, tarafların tercihine bağlı olarak “muslih” veya “hakem” tayin edilmesi tavsiye edilir; taraflar muslih tayinini tercih ederse Mecelle'nin sulh kitabına göre işlem yapılır; hakem tercih edilirse, Mecelle'nin tahkim bahsine uygun olarak belirlenen üçüncü kişi uyuşmazlığı çözer.⁹² Hakemler, sulh sözleşmesi yapmaya yetkili kılınmaları halinde, Mecelle'nin sulh kitabında yer alan hükümlere göre görev yaparlar; kanuna göre hüküm vermeleri için yetkilendirilmeleri durumunda, Mecelle'nin tahkim faslına göre uyuşmazlığı çözen bir karar verirler.⁹³

Muslih tayini durumunda sulh sağlanırsa, ilgili belge taraflarca imzalanıp mühürlendikten sonra mahkeme tarafından onaylanır ve ilam niteliğinde belge haline getirilir.⁹⁴ Tarafların hakem tayin etmeyi tercih etmeleri durumunda ise; taraflarca karşılıklı olarak imzalanıp mühürlenmiş bir tahkim sözleşmesi hazırlanır ve mahkeme defterine kaydedildikten sonra hakemlere havale edilir. Hakemlerin karar vermesi üzerine, kararın yer aldığı belge düzenlenir ve mahkeme tarafından onaylanarak ilam niteliğinde bir belge haline getirilir, ardından taraflara tebliğ edilir.⁹⁵

Her ne kadar UMHK, Nizamiye Mahkemelerinde uygulanmak üzere düzenlenmiş olsa da, 1917 tarihli Usûl-i Muhâkemât-ı Şer'iyye Kararnâmesi (UMŞK) de birçok hükmünde UMHK ve eklerine atıfta bulunmaktadır.⁹⁶ UMŞK'nın genel gerekçesinde, aile davalarına bakan şer'iyye mahkemelerinde bazı istisnai düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç duyulduğu ifade edilmekle birlikte, şer'iyye mahkemelerini de kapsayan genel usul kurallarının yeniden düzenlenmesine gerek olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, ceza mahkemeleri dışında kalan tüm mahkemelerde, usul hukukunda birliğin ve uyumun sağlanması amacıyla UMHK'ya uygun bir usulün uygulanması gerektiği vurgulanmıştır.⁹⁷

92 UMHK m. 60: “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyenin 1826. maddesinde muharrer olduğu üzere tarafeynin sulhe rağbetleri me'mûl olan veyahut muhakkem yani hakemler marifetiyle rüyeti kabil ve münasip görülen muhâsamelerde muslih veya muhakkem tayini hususları tarafeyne tavsiye ve ihtar olunarak muvafakat ettikleri halde Ahkâm-ı Adliyenin kitâb-ı sulhünde münderiç olan mesâile tevfikân muslih veyahut kitâb-ı kazânın tahkim faslına tevfikân hakem tayin ettirilir. Muvafakat ettikleri takdirde muhakeme rüyet ve itmâm olunur.”

93 Ahmed Ziya, Yeni ve Mufassal Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûnu Şerhi (İstanbul: Cihan Matbaası, 1923), 240.

94 UMHK m. 61/1: “Sulh vukunda suret-i sulhü mübeyyin bir kıt'a senet tanzim ve tarafeyne imza ve tahtîm ettirilerek işbu senedin zîrî bi't-tasdik i'lâm olarak tarafeyne verilir.”

95 UMHK m. 61/2: “Muhakkem tayini halinde dahi tarafeynin tanzîm ve imzâ ve tahtîm edecekleri tahkîmnâme mahkemenin zabıt defterine kayıt olunduktan sonra muhakkemlere havâle olunacak ve muhakkemler tarafından suret-i hükümlerini mübeyyin gelecek varaka-i hakemiyye dahi mahkemeden zîrî bi't-tasdik i'lâm olmak üzere tarafeyne i'tâ ve tebliğ olunacaktır.”

96 Akgündüz, Külliyyat, 858.

97 “Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası,” 905.

UMŞK'nın birçok maddesinde UMHK'ya atıfta bulunulmasında, UMHK'nın büyük ölçüde Mecelle heyeti tarafından hazırlanmış olması ve genel olarak İslam hukukuna uygun bir şekilde düzenlenmiş olmasının etkili olduğu belirtilmiş; böylece usul hukukunda büyük ölçüde birliğin sağlandığı vurgulanmıştır.⁹⁸ Tespit edebildiğimiz kadarıyla, UMHK'nın bahsi geçen 60. ve 61. maddeleri, İslam hukukuna uygun olan düzenlemeler arasında yer almaktadır. Saleh'in haklı olarak belirttiği üzere, şiddetli geçimsizlik yaşayan eşler arasında kendi ailelerinden seçilen hakemler aracılığıyla uzlaşma sağlanmasını teşvik eden ayet (4:35), İslam hukukunda tahkim kurumunun asli ilkesini ortaya koymaktadır.⁹⁹ Bunun yanı sıra Hanefî mezhebine göre, mahkeme uyuşmazlık taraflarını sulhe teşvik etme kararı aldığı anda, taraflar "mütevassitûn" (*dostane aracı*) olarak adlandırılan kişilere yönlendirilir.¹⁰⁰ İbn Nüceym'e göre mütevassitûn terimi, uyuşmazlık çözümünde görev alan hakemleri ifade etmektedir.¹⁰¹

Mütevassitûn ismi verilen bu müessesenin pozitif hukuktaki karşılığı, Saleh'in tespit ettiği üzere dostane aracılık (*amiable composition*) kurumudur. Nitekim İslam hukuku uygulamasına bakıldığında, hakemlerin pozitif hukukta yer alan dostane aracılara benzer şekilde; uzlaştırıcı vasfıyla tarafları temsil ettiği, oybirliği ile karar verdiği ve uzlaşma çözümüne ulaşmaya çalıştığı gözlemlenmiştir.¹⁰² Ancak, İslam hukukuna göre sulh (*dostane aracılık*) yetkisi verilen hakem, pozitif hukuktaki benzerinden farklı olarak, sulh sözleşmesinin sınırlarını gözeterek karar vermelidir.¹⁰³

İslam aile hukuku alanında, klasik dönem Osmanlı uygulamasını yansıtan en önemli eserlerden biri, Fetvâhane-i Âlî tarafından hazırlanan 1916 tarihli Kitâbu't-talâk'tır.¹⁰⁴ Bu eserin 2389. maddesine göre, eşler arasında şiddetli geçimsizlik oluştuğunda, uyuşmazlığın sebebini incelemek ve taraflar arasında uzlaşma sağlamak

98 Gayretli, Kanunlaştırma Çalışmaları, 180.

99 Samir Saleh, *Commercial arbitration in the Arab Middle East* (Oxford: Hart Publishing, 2006), 12. Söz konusu ayetin, tahkim kurumunun meşruiyetini sağlayan asıl kaynak olduğu yönünde bkz. Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî, *el-Asl*, thk. Mehmet Bonukalın (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012), 11:202; Cessâs, *Şerhu Muhtasari't-Tahâvî*, 8:66; Zeynüddîn ibn Nüceym el-Mısrî, *el-Bahrü'r-Râik: Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, (Medine: Dâru'l-Kitâbi'l-İsâmî, ty.), 7:25; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, haz. Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem (İstanbul: DİB Yayınları, 2017), 4:3358.

100 Heyet, *Fetâva'l-Hindiyeye*, 4:284; İbn Abidin zâde, *Tekmile*, 8:208

101 İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, 7/28. Aynı yönde bkz. Muhammed Emin ibn Abidin, *Reddü'l-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar Şerhi Tenvîri'l-ebâr* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1966), 5:431.

102 Saleh, *Commercial arbitration*, 45.

103 Saleh, *Commercial arbitration*, 46.

104 Fetvâhane-i Âlî, "1916 Tarihli Fetvâhane-i Âlî'nin Hazırladığı Kitâbu't-Talâk," haz. Ahmed Akgündüz, iç. *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyati, Özel Hukuk-I* (İstanbul: OSAV, 2012), 751.

amacıyla her iki tarafın ailesinden birer hakem tayin edilmesi tavsiye edilmiştir. Ancak, tarafların rızası olmadıkça hakem heyeti tarafından muhâlea veya başka bir şekilde boşama kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Hakemlerin bu konularda yetkili olmaları ve taraflar arasında şiddetli geçimsizliğin mevcut olduğuna karar vermeleri halinde ise, talâk veya muhâlea suretiyle boşama kararı verilebileceği kabul edilmiştir.¹⁰⁵

2.2.2. Hukûk-ı Âile Kararnâmesi'nde Arabuluculuk-Tahkim

Aile hukukuna ilişkin hükümlerin Mecelle kapsamında daha önce düzenlenmesi beklenirken, Osmanlı toplumunun farklı din ve mezheplerden oluşan yapısı nedeniyle soyut ve genel bir kanun hazırlamanın zorlukları ve bu kanun metnine yöneltilebilecek muhtemel itirazlar, bu alandaki kanunlaştırma sürecinin yaklaşık kırk yıl gecikmesine neden olmuştur.¹⁰⁶ Bu koşullar altında hazırlanan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi¹⁰⁷ (HAK), yöneltmesi muhtemel olan eleştirilerden duyulan endişe nedeniyle Meclis'in onayına sunulmamış, 25 Ekim 1917 tarihinde geçici bir kanun olarak yürürlüğe girmiş ve çeşitli kesimlerden gelen yoğun eleştiriler nedeniyle 19 Haziran 1919 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁰⁸

Kararnamenin 130. maddesi, aile uyuşmazlıklarına yönelik alternatif bir çözüm yolu düzenlemektedir. Bu maddeye göre, eşlerden birinin şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma talebinde bulunması halinde, her iki tarafın yakınlarından veya dışardan birer hakem tayin edileceği; bu hakem heyetinin önce tarafları uzlaştırmaya çalışacağı (*beynlerini ıslah*) ve uzlaşma sağlanamaması durumunda boşama (*tefrik*) kararı vereceği düzenlenmiştir (HAK m. 130).

Hakem kararlarının nasıl icra edileceği kararnamede açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, uygulamaya bakıldığında, hakem kararlarının doğrudan icra edilmediği; mahkeme tarafından incelenip onaylandıktan sonra icra edilebilir hale geldiği anlaşılmaktadır. Örneğin, aşağıda verilen her bir olayda, hakem kararlarının

105 “2389. MADDE - Beyne’z-zevceyn hüsn-i imtizacın fikdânma mebnî münâza’a ve mücâdele zuhûrunda sebeb-i ihtilâfî tedkik ve aralarını ıslâh etmek üzere her birinin ehlinde birer zâtı hakem nasb etmek müstahsendir. Fakat zevceynin rızâları inzîmâm etmedikçe hakemlerin hul’ veya şâir sûretle beynlerini tefrik etmeleri câ’iz ve nâfiz olmaz, 172. Ve beyne’z-zevceyn vâkî’ olan şikâk ve nifâk hakemlerin vesâtatlarıyla dahi mübeddel ittifak olduğu takdîrde zevç için talâk ve muhâl’ adan birini ihtiyâr câ’iz olur.” Fetvâhâne-i Âlî, “1916 Tarihli Fetvâhâne-i Âlî’nin Hazırladığı Kitâbu’t-Talâk,” 1388.

106 M. Âkif Aydın, *İslam Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985), 134–35.

107 “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi: HAK,” iç *Düstûr* 2. Tertip C.9, 762–81.

108 Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 233-237.

usule uygun olup olmadığı mahkeme tarafından incelenmiş, usule uygun olduğu görüldükten sonra mahkemece onaylanmış ve icra kararı verilmiştir. Bu örneklerde UMHK m. 61'in uygulanmasının söz konusu olduğu kanaatindeyiz. Zira bu durum, Usûl-i Muhâkemât-ı Şer'iyeye Kararnamesi'nin genel gerekçesinde belirtilen usulde birlik (usulde vahdet) ilkesine de uygundur.¹⁰⁹

Kararname döneminde, arabuluculuk-tahkim yoluna birçok kez başvurulmuş ve bu yöntemin uygulanmasına dair örnekler günümüze ulaşmıştır. Çalışmamız kapsamında, arabuluculuk-tahkim uygulamasının tespit edildiği ilk örnek, 1 Mart 1919 tarihine aittir. Söz konusu olayda, davacı Melek Hanım, kocası Ahmed Ağa ile uzun süredir şiddetli geçimsizlik yaşadıkları gerekçesiyle, HAK m. 130'a göre boşanma (*fesh-i nikâh*) talebinde bulunmuştur. Davalı koca ise, şiddetli geçimsizlik iddiasını inkâr etmiş ve iyi geçindiklerini iddia etmiştir. Bu anlaşmazlık üzerine mahkeme, tarafların hakem olma niteliğine sahip bir yakını bulunmadığından, avukat (*vükelâ-i deâviden*) Mehmed Cemaleddin ile mahalle imamı Hafız Molla efendileri hakem olarak atamıştır. Hakem yargılaması, 15 Şubat 1919 tarihinde başlamış ve tarafları uzlaştırma çalışması birçok kez yapılmışsa da (*defaat ile beynlerinin te'lifi cihetine gidilmiş ise de*) tarafları uzlaştırmak mümkün (*telifi kabil*) olmamış ve tarafların her ikisi de kusurlarını inkâr etmiştir. Bunun üzerine hakem heyeti, gerçekleştirdikleri tahkikat neticesinde (*icrâ kılınan tahkikata ve cereyân-ı hâle nazaran*) kusurun davacı Melek Hanım'da olduğuna kanaat getirmiş ve HAK m. 130 gereğince muhâlea suretiyle boşama kararı verildiğini beyan etmiştir. Son olarak mahkeme, hakem kararını inceleyerek (*tetkik*) kararın usule uygun olarak verildiğini tespit etmiş ve aynı yönde hüküm kurulmasına yönelik kabul ve icra kararı vermiştir.¹¹⁰

Kararnamenin 130. maddesinin uygulandığı bir diğer mahkeme kaydı, 26 Mart 1919 tarihine aittir. Fatıma Hanım tarafından açılan davada, davacının vekili olarak amcası Hakkı Efendi belirlenmiştir. Hakkı Efendi, müvekkilinin on dört yıldır evli olduğu İbrahim Efendi ile altı aydır şiddetli geçimsizlik yaşadığını ileri sürmüş ve HAK m. 130'a göre boşanmalarını talep etmiştir. Tarafların hakem olabilecek nitelikte bir yakını bulunmadığı için medresetü'l-kuzât müdürü Hasan Lütfü Efendi ve avukat Mehmed Cemaleddin Efendi hakem olarak atanmıştır. Ancak, davalı İbrahim Efendi, iki kez hakem duruşmasına çağrılmasına rağmen duruşmalara katılmamış, bu nedenle arabuluculuk ve tahkikat gerçekleştirilememiş ve kusurun kimde olduğu tespit edilememiştir. 9 Mart 1919'da ilk duruşmasını yapan hakem heyeti, davacı kadının kusursuz olduğunu ispatlayamaması sebebiyle peşin mehrin

109 "Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası," 905.

110 İSAM Kütüphanesi Arşivi, İstanbul Üsküdar Sicilleri, Sicil No. 791, Gömlek No. 46, Karar No. 65.

kocaya iade edilmesi karşılığında *muhâlea* yoluyla boşama kararı verildiğini mahkemeye bildirmiştir. Bunun üzerine, mahkeme hakem kararını inceleyerek usulüne uygun olarak verildiğini tespit etmiş ve hakem kararının kabulüne ve icrasına karar vermiştir.¹¹¹

Çalışma kapsamında, bir tez çalışmasında rastlanan son örnek, 28 Mayıs 1919 tarihine aittir. Bu olayda, davacı Elmas Hanım, kocası Mustafa Ağa ile uzun süredir şiddetli geçimsizlik yaşadıklarını gerekçe göstererek HAK m. 130 uyarınca boşanma (*fesh-i nikâh*) talebinde bulunmuştur. Davalı koca tarafından şiddetli geçimsizliğin inkar edilmesi üzerine mahkeme, tarafların hakem olabilecek nitelikte bir yakını bulunmadığı için avukat (*vükelâ-i deâviden*) Mehmed Kemaleddin ve mahkeme eski baş katibi Muammer Tefvik efendileri hakem olarak atamıştır. Hakem heyeti, 17 Mayıs 1919 tarihinde toplanmış ve öncelikle arabuluculuk faaliyetinde bulunmuş (*mübâderetle te'lif-i beynlerine çalışmış*), ancak tarafları uzlaştırmayı başaramayınca hakemlik sürecinde geçmiştir. Heyet, öncelikle taraflar arasında üç yıldır süregelen şiddetli geçimsizlik olduğunu tespit etmiş, taraflardan aldığı ifadeler ve yaptığı tahkikat sonucunda kusurun kocada bulunduğunu belirlemiş ve buna dayanarak mehir bedelinin kocaya iade edilmesine gerek olmaksızın HAK m. 130 uyarınca boşama kararı vermiştir. Verilen karar, mahkeme tarafından onaylanarak icra edilmiştir.¹¹²

Bu mahkeme kayıtlarında dikkat çeken husus, hakemler tarafından arabuluculuk sürecinin başlatılmasından hakem yargılamasının yapılmasına, hakem kararının verilmesine ve mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınmasına kadar geçen sürenin, taraflardan birisi yargılamayı sürüncemede bıraksa dahi en fazla on yedi gün sürmesidir. Dolayısıyla, yukarıda HUMK'un ilgili maddelerinin ilga edilmesi için yapılan kanun teklifinde adalete erişimin engellendiğini savunan itirazların, gerçeğe aykırı olduğu açığa çıkmaktadır.

2.2.3. 1924 Tarihli Hukûk-ı Âile Kânûnu Lâyihası'nda Arabuluculuk-Tahkim

1924 Tarihli Hukûk-ı Âile Kânûnu Lâyihasına ilişkin tasarıda, bir sulhe teşvik yöntemi daha düzenlenmiştir. Hâkimin sulhe teşvik girişiminin sonuçsuz kalması halinde; 121. maddeye göre tarafların tahkim yoluna yönlendirilmesi zorunlu hale

111 İSAM Kütüphanesi Arşivi, İstanbul Üsküdar Sicilleri, Sicil No. 791, Gömlek no. 58-60, Karar no. 80.

112 İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi, Üsküdar Kadılığı, Sicil No. 791, Sayfa No. 68-69, Karar No. 9, akt. Muteber Gülsefa Uygur, "İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu," Yüksek Lisans Tezi (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2015), 81.

getirilmiştir.¹¹³ Taraflarca ilgili hakem heyeti oluşturulduktan sonra; hakemlerin ilk görevi, 122. maddeye göre eşleri sulhe teşvik etmektir.¹¹⁴ Bu tasarımı hazırlayan tadil komisyonu, kendisini 1916 yılında HAK'ı kaleme alan komisyonun devamı olarak görmüş ve ortaya koyduğu eseri de HAK'a benzemiştir.¹¹⁵

2.3. Arabuluculuk Yoluyla Aile Birliğinin Korunması

En sade tarifıyla arabuluculuk, uyuşmazlık yaşayan tarafların müzakere sürecine yardımcı olan bir çözüm yöntemidir. Arabulucunun temel görevi, taraflar arasında uzlaşmanın sağlanmasına destek olmaktır; arabulucu, taraflara ne yapmaları gerektiğini dikte etmez.¹¹⁶ Geleneksel arabuluculuğun önemli örnekleri, İslam hukuku kaynaklarında yer almakta olup, bu nedenle Türk toplumunun ve Türk hukuk düzeninin arabuluculuğa yatkın olduğu belirtilmektedir.¹¹⁷

2.3.1. Müslümanların Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yoluyla Aile Birliğinin Korunması

Osmanlı'nın klasik döneminde, eşlerin şiddetli geçimsizlik nedeniyle mahkemeye başvurmaları halinde uygulanan arabuluculuk, genellikle hâkimler tarafından yargısal arabuluculuk yoluyla gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte, Kadri Paşa tarafından hazırlanan kanun taslağında yer alan bir madde, 1917 öncesinde Osmanlı hukukuna hâkim olan Hanefi mezhebinin yaklaşımını yansıtmaya bakımdan önem taşımaktadır.¹¹⁸ Tasarının 210. maddesine göre, eşler arasında geçimsizlik bulunması ve taraflardan birinin hâkime müracaat etmesi durumunda, eşlerden

113 “Madde 121: “(...) 87. maddede tafsil olunduğu vechile aralarında nizâ ve şikâk zuhur eylemesi sebepleriyle vaki olmuş ve hâkim tarafından zevceynin telif-i beyni de kâbil olmamış ise davanın ol emirde bir heyet-i hakemiyyeye tevdi mecburdur.

Hakemler tarafların ailelerinden münasib adette olmak üzere hâkim tarafından tayin olunur. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunmaz veya bulunup da hakem olacak evsafı haiz olmaz ise hariçten münasipleri tayin edilir.

Hakem olacak zatın her halde nüfûz-ı nazar sahibi ve şâyân-ı itimad olması lazımdır.”

114 “Madde 122: “Heyet-i hakemiyye, tarafeynin ifâdât ve müdâfâatını tedkik ile beyinlerini islâha çalışır. Telif-i beyn bu kere de kâbil olmadığı ve heyet-i hakemiyye, zevceyn beyninde hüsb-i muâşeretin veya râbita-i izdivâcın devamına imkân kalmadığına kanaat getirdiği surette beyinlerini tefrik (...)”

115 Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 239.

116 Kheel, *Conflict Resolution*, 8, 49; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 657.

117 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 701–4.

118 Mustafa Avcı, “Osmanlıda Aile Arabuluculuğu,” iç. *II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu: Ailenin Korunması Hakkı*, ed. Ali Arslan vd. (Ankara: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 2019), 487.

her birinin ailesinden birer güvenilir (adil) kişinin hakem olarak tayin edileceği, bu şekilde oluşturulan aile meclisinde tarafların şikayetlerinin dinleneceği ve arabuluculuk yapılacağı düzenlenmiştir.¹¹⁹

2.3.2. Gayrimüslimlerin Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yoluyla Aile Birliğinin Korunması

Osmanlı halkından olan gayrimüslimlerin, kendi hukuklarına göre boşanmaları hayli zordu.¹²⁰ Bu nedenle gayrimüslimler, şer'iyeye mahkemelerine başvurarak İslam hukukunun tanıdığı kolaylıklardan faydalanmışlardır.¹²¹

Ermeni kilise hukukunda da evlilik birliği kuran erkek ve kadına, evlilik birliğinden doğan bazı sorumluluklar yüklemekteydi. Kilise hukukuna göre koca, karısının onur ve saygınlığını korumakla; kadın ise kocasına itaat etmekle yükümlüydü. Nikâh töreni sırasında rahip, erkeğe hitaben “Eşinizi himaye edecek misiniz?” ve kadına hitaben “Kocanıza itaat edecek misiniz?” sorularını sorar ve tarafların onayını almadan nikâh akdini kıymazdı. Ayrıca, taraflar arasında karşılıklı sadakat ve yardımlaşma; kocanın ailenin geçimini sağlama ve karısıyla birlikte yaşama; kadının ise kocasının evinde ikamet etme ve aile adını taşıma yükümlülükleri bulunmaktaydı.¹²²

Eşlerden biri bu yükümlülüklerini yerine getirmediğinde veya eşler arasında şiddetli geçimsizlik söz konusu olduğunda, HAK m. 132 ve devamı maddeleri uyarınca boşanma talebiyle mahkemeye başvurdıkları, dava sürecinde HAK m. 136'ya göre arabulucu tayin edildiği ve tarafların uzlaşamaması durumunda evlilik birliğinin mahkeme tarafından sona erdirildiği görülmektedir.¹²³

3. Türk Hukuk Tarihinde Aile Uyuşmazlıkları için Düzenlenen Alternatif Çözüm Yöntemlerinin Güncel Değeri

Osmanlı Devleti son dönemine rastlayan 1917 yılında ve yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti tarafından 1923 ve 1924 yıllarında hazırlanan kararnameler ve

119 Muhammed Kadri Paşa, *el-Ahkâmü's-Şer'iyye fi'l-Ahvâli's-Şahsiyye alâ Mezhebi Ebî Hanîfe* (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2007), 210.

120 “Ermeni Kilise Kanunlarına Nazaran Nikâh,” iç *Ahkâm-ı Nikâh* (İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1333), 41–43.

121 Tuba Çınar, “Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Aile Hukuku: Evlenme ve Boşanma,” *Avrasya İncelemeleri Dergisi* 7, no. 2 (2018): 115.

122 “Ermeni Kilise Kanunlarına Nazaran Nikâh,” 38.

123 İSAM Kütüphanesi Arşivi, İstanbul Üsküdar Sicilleri, Sicil No. 791, Gömlek No. 18, Karar No. 28; Gömlek No. 22, Karar No. 32; Gömlek No. 28, Karar No. 40.

taslaklarda bile, aile uyuşmazlıklarında alternatif çözüm yöntemlerine ilişkin oldukça detaylı düzenlemeler yapılmış olması, kanaatimizce toplumsal bir ihtiyaca ve uygulamada sağlanan faydaya işaret etmektedir. Nitekim HUMK'ta düzenlenen, boşanma davasına bakan hâkimden farklı bir hâkim tarafından, gizli bir duruşmada tarafların sulhe teşvik edilmesi yoluyla gerçekleştirilen yargısal arabuluculuk kurumundan pek çok başarılı sonuç elde edilmiş ve bu duruma ilişkin istatistikî veriler elimize ulaşmıştır.¹²⁴ Bu nedenle Türk hukuk tarihinde yapılan düzenlemelere bakıldığında, günümüzde dahi işlevsel olarak kullanılacak bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun teklif edilmesi mümkündür.

Boşanma Davalarında Sulhe Teşvik

Madde 1: Aile mahkemelerinde görülecek boşanma davalarında, sulhe teşvik yoluna başvurmuş olmak dava şartıdır. 4787 sayılı kanunun 7. maddesine göre yapılacak olan sulhe teşvik duruşması, birden fazla aile mahkemesinin bulunduğu yerlerde tevzi esaslarına göre belirlenen aile mahkemesinde yapılır. Tek asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yerlerde, aynı mahkemede görev yapan başka bir hâkim varsa bu hâkim tarafından; aksi takdirde, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanı tarafından görevlendirilen bir hâkim tarafından sulhe teşvik duruşması gerçekleştirilir. Birden fazla hâkimin görev yaptığı mahkemelerde, değişik iş numarası alınarak ve tevzi esaslarına göre yetkili hâkim tarafından sulhe teşvik duruşması yapılır.

Davaya gönderilecek davetiye, tarafların sulhe teşvik edilmesi için belirlenen duruşma gününden en az on beş gün önce gönderilir. Hâkim, gerekli gördüğü durumlarda bu süreyi değiştirebilir.

Madde 2: Taraflardan her biri hâkimin huzuruna geldiğinde, gizli bir duruşma düzenlenir. Hâkim, tarafların arasında var olan uyuşmazlık konusu hakkında tarafların her ikisini dinler ve onları uzlaştırmaya çalışır. Bu görüşmeler sırasında yapılan konuşmalar kayda alınamaz ve delil olarak ileri sürülemez.

Uyuşmazlık konularının tespiti sonrasında hâkim, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülebileceğine kanaat getirirse; tarafları resen aile arabuluculuğuna yönlendirir ve 4787 sayılı kanunun 5. ve 7. maddelerinde düzenlenen uzmanlardan yararlanır.

Madde 3: Tarafların sulhe teşvik edilmesinin her durumda faydasız olacağına açıkça anlaşılması hâlinde, sulhe teşvike yetkili hâkim tarafından, sulhe teşvike yer olmadığına karar verilir.

¹²⁴ Önder, "Sulh teşebbüsü," 1036.

Taraflardan biri veya her ikisi, mahkeme tarafından yapılan davete icabet etmezse, sulhe teşvikin sonuçsuz kaldığına karar verilir ve taraflar, bir ay içerisinde aile mahkemesinde boşanma davası açılabilir.

Sonuç

Birçok devletin anayasa metinlerinde yer alan ve devletin pozitif yükümlülükleri arasında sayılan “ailenin korunması” görevinin gereklerinden biri, aile uyuşmazlıklarının dostane yollarla çözümünü sağlamaktır. Aile kurumunun güçlendirilmesinin, toplumun güçlendirilmesi için gerekli olduğunu fark eden devletler, aile uyuşmazlıklarının alternatif yollarla çözülebilmesi için gerekli yasal düzenlemeleri hayata geçirmiştir. Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyeti dahi, toplumsal barış ve adaletin sağlanması için bu yöntemlerin ne denli önemli olduğunu bilinciyle, mevzuatında bu yöntemleri kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Bu duruma örnek olarak, Birinci Dünya Savaşı sırasında kısıtlı imkânlarla hazırlanan ve birçok eksikliği nedeniyle eleştirilen Hukûk-ı Âile Kararnamesi'nde detaylı şekilde düzenlenen arabuluculuk-tahkim kurumu ile yeni kurulan devletin ilk komisyonlarında hazırlanan medeni kanun taslaklarında benzer şekilde ayrıntılı olarak yer alan arabuluculuk-tahkim kurumu gösterilebilir.

1927 yılında yürürlüğe giren HUMK metninde yer alan ve boşanma davaları için özel olarak düzenlenen hükümler de uygulamadaki etkinliği bakımından dikkat çekicidir. Ancak, bu düzenlemeler 37 yıl etkin bir şekilde uygulandıktan sonra, 1963 yılında yürürlükten kaldırılmış ve sonrasında TMK, AMK ve HMK'da yapılan ilgili düzenlemeler, beklenen etkinlikte kullanılamamıştır. Netice olarak Türk hukuk geleneğinde bulunan “uzlaşmaya dayalı hukuk sistemi” geleneği unutulmuş ve “mücadeleye dayalı yargılama” anlayışı aile uyuşmazlıklarına hâkim olmuştur.

Çalışma neticesinde, uzlaşmaya dayalı hukuk geleneğimizdeki mevzuat ve uygulamalardan örnek alınarak, yeni bir kanun teklifi hazırlanabileceği fark edilmiş ve uygulamaya katkı sağlanması amacıyla üç maddelik bir kanun taslağının sunulması hedeflenmiştir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Kaynakça/References

- “1339 Hukuk-i Aile Kanunu Layihası.” İç. *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*. Haz. Sabri Şakir Ansay, 59-102. Ankara, İstiklal Matbaacılık, 1952.
- “1917 Tarihli Usûl-i Muhâkeme-i Şer‘iyye Kararnâmesi, Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası.” İç. *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku*. Haz. Ahmed Akgündüz, 904-905. İstanbul: OSAV, 2011.
- Ahkâm-ı Şahsiyye Komisyonu. “Hukûk-ı Âile Kânunu Layihası.” *Ceride-i Adliyye* 2, no. 28 (1924).
- Ahmed Ziya. *Yeni ve Mufassal Usûl-i Muhâkemât-ı Hukûkiyye Kânûnu Şerhi*. İstanbul: Cihan Matbaası, 1923.
- Akıntürk, Turgut. *Aile Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Akkaya, Tolga. “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile Danışmanlığı).” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 4 (2014): 23–61.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*. Haz. Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem. İstanbul: DİB Yayınları, 2017.
- Arsebük, Esat. *Medeni Hukuk*. Ankara: Recep Ulusoğlu Basımevi, 1940.
- Atar, Fahrettin. “Sulh.” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* 37. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Avcı, Mustafa. “Osmanlıda Aile Arabuluculuğu.” İç. *II. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu: Ailenin Korunması Hakkı*. ed. Ali Arslan vd., 471–494. Ankara: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 2019.
- Avcı, Mustafa. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Ayan, Serkan. *Evlilik Birliğinin Korunması*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.
- Aydın, M. Âkif. *İslam Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Türk Kanunu Medenisi Şerhi: Aile HUKUKU*. İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1948.
- Berki, Şakir. “Boşanma ve Ayrılık.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 32, no. 1 (1975): 135–54.
- Beyhakî, Ebû Bekr Ahmed. *Es-Sünenü’l-Kübra*. Thk. Muhammed Abdulkâdir Atâ. Beyrut: Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, 2003.
- Brown, Henry J. ve Arthur L. Marriott. *ADR Principles and Practice*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2011.
- Cappelletti, Mauro. “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement.” *The Modern Law Review* 56, no. 3 (1993): 282–96.
- Cappelletti, Mauro ve Bryant G. Garth. “Introduction-Policies. Trends and Ideas in Civil Procedure.” İç. *International Encyclopedia of Comparative Law*. 16 (Civil Procedure). Edited by Mauro Cappelletti, 1–91. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Cessâs, Ebû Bekir Muhammed. *Şerhu Muhtasari’l-Tahâvî*. Beyrut: Dâru’l-Beşâ’iri’l-İslâmiyye, 2010.
- Cin, Halil. *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1974.
- Çınar, Tuba. “Tanzimat Sonrası Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Aile Hukuku: Evlenme ve Boşanma.” *Avrasya İncelemeleri Dergisi* 7, no. 2 (2018): 106–52.
- Çiftçi, Pınar. “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları.”

- DEÜHFD 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (2015): 1741–1821.
- Egger, Agust. *Aile Hukuku*. Ankara: Adalet Bakanlığı, 1975.
- Erdem, Sabri. *Aile Hukuku*. İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1966.
- “Ermeni Kilise Kanunlarına Nazaran Nikâh.” İç. *Ahkâm-ı Nikâh*, 24–77. İstanbul: Matbaa-i Âmire, 1333.
- Fetvâhâne-i Âlî. “1916 Tarihli Fetvâhâne-i Âlî'nin Hazırladığı Kitâbu't-Talâk.” Haz. Ahmed Akgündüz. İç. *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Özel Hukuk-I*. İstanbul: OSAV, 2012.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986.
- Gayretli, Mehmet. “Tanzimat Sonrasından Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları.” Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2008.
- Gönensay, Samim. *Aile Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1940.
- Heyet. *el-Fetâva'l-Âlemgiriyye*. Ed. Nizâmüddîn Burhânî. Bulak: Dâru'l-Fikr, 1892.
- “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.” İç. *Düstûr 3. Tertip C.8*, 760.
- “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi: HAK.” İç. *Düstûr 2. Tertip C.9*, 762–81.
- İbn Abidinzâde, Muhammed Alâuddîn. *Kurretü Uyûni'l-Ahyâr li-Tekmileti Reddi'l-Muhtâr*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1995
- İbn Abidin, Muhammed Emin. *Reddül-Muhtar ala'd-Dürri'l-Muhtar Şerhi Tenvîri'l-epsâr*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 1966.
- İbn Hüمام, Kemalüddîn Muhammed. *Fethu'l-Kadîr*. Beyrut: Mustafa el-Babî, 1970.
- İbn Nüceym, Zeynüddîn el-Mısrî. *el-Bahrü'r-Râik, Şerhu Kenzi'd-Dekâik*. Medine: Dâru'l-Kitâbi'l-İsâmî, ty.
- İSAM Kütüphanesi Arşivi. İstanbul Üsküdar Sicilleri. Sicil No: 791.
- İSAM Kütüphanesi Arşivi. İstanbul Üsküdar Sicilleri. Sicil No: 792.
- İSAM Kütüphanesi Arşivi. İstanbul Üsküdar Sicilleri. Sicil No: 797.
- İSAM Kütüphanesi Arşivi. İstanbul Üsküdar Sicilleri. Sicil No: 798.
- Kadri Efendi. *Vâkıâtü'l-Müftîn*. Bulak: Matbaatü'l-Mîriyye, 1882.
- Kadri Paşa, Muhammed. *el-Ahkâmü's-Şeri'yye fi'l-ahvâli's-Şahsiyye alâ Mezhebi Ebi Hanîfe*. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2007.
- Kekeç, Elif Kısmet. “Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar Ve Taktikler.” Doktora Tezi. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2010.
- Kheel, Theodore Woodrow. *The Keys to Conflict Resolution: Proven Methods of Settling Disputes Voluntarily*. New York: Four Walls Eight Windows, 1999.
- Köprülü, Bülent ve Selim Kaneti. *Aile Hukuku*. İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1985.
- Molla, Hüseyin. *Dürerü'l-Hükkâm fi Şerhi Gureri'l-Ahkâm*. Dâru İhyâi'l-Küttübi'l-Arabiyye.
- “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyyeden Kitâb-ı Sâdis Aşar: Kazâ Hakkında.” İç. *Düstûr 1. Tertip C.4*, 115–24.
- Önder, Âkil. “Sulh Teşebbüsü ve İhtar Dâvalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medenî Kanun'da Tadiilat İcrasına İhtiyaç Var Mıdır?.” *Adliye Ceridesi* 8 (1942): 1035–45.
- Özbek, Mustafa Serdar. “Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51, no. 2 (2002): 1.

- Özbek, Mustafa Serdar. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı.” *DEÜHFD* 7, no. 2 (2005): 71–102.
- Özbek, Mustafa Serdar. *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Özel, Ahmet. “el-Âlemgiriyye.” İç. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*, 2:365-366. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Reşid Paşa, Ahmed. *Rûhu'l-Mecelle*. Derseâdet: Matba-i Hayriye, 1910.
- Saleh, Samir. *Commercial arbitration in the Arab Middle East*. Oxford: Hart Publishing, 2006.
- Şeybânî, Muhammed b. Hasen. *el-Asl*. Thk. Mehmet Bonukalın. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2012.
- Temel, Ahmet. “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları.” *Darulfunun İlahiyat* 30, no. 2 (2019): 311-36.
- Tahmaz, Abdülhamid Mahmud. *El-Fikhü'l-Hanefiyye Fi Sevbihî'l-Cedid*. Dimeşk: Dâru'l-Kalem, 2014.
- “Usûl-i Muhâkeme-i Hukûkiyye Kânûn-ı Muvakkati: UMHK.” İç. *Düstûr 1. Tertip C.4*, 257–318.
- Uygur, Muteber Gülsefa. “İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu.” Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2015.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku*. İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1950.