

25 EKİM 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMA VE HUKUKİ
YÖNLERİNE İLİŞKİN LAHEY SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE ARABULUCULUK
UYGULAMASI

APPLICATION OF MEDIATION IN THE FRAMEWORK CONVENTION OF 25
OCTOBER 1980 ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel*

Öz

22 Haziran 2012 tarihinde yürürlüğe giren Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu bazı özel hukuk ihtilaflarının arabuluculuk usulü ile çözümlenmesine izin vermektedir¹. Mahkeme dışı alternatif bir usuli yol olan arabuluculuk tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hukuki ilişkilerden çıkan ihtilafların çözümünde tercih edilebilecektir. Ancak Kanun'un (HUAK m. 1) birinci maddesi gereği kamu düzeninden sayılan aile hukuku meselelerinde arabuluculuk çözümü kabul edilmemiştir. Dolayısıyla boşanma, ayrılık, velâyet, vesayet ve çocuk üzerindeki tüm haklardan doğan ihtilaflar arabuluculuk yolu ile çözülemeyecektir. Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi²'nde ve Sözleşme'nin uygulanmasına dair hazırlanan 5717 Sayılı Kanun³'da ihtilafların çözümünde dostane sulh yolu ile çözüm önerilmektedir.

Abstract

The Law on Mediation in Legal Disputes, which entered into force on 22 June 2012, allows some private law disputes to be resolved by mediation. Mediation as an alternative procedural mechanism outside of the court may be preferred in the settlement of disputes arising from legal relations in which the parties can freely dispose. However, the mediation

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, Türkiye, gunseli.gelgel@istanbul.edu.tr.

** Makale Gönderim Tarihi: 21.12.2017; Makale Kabul Tarihi: 28.12.2017.

¹6325 Sayılı HUAK 07.06.2012 tarihinde kabul edilmiştir. RG: 22.06.2012-28331 Sayılı RG'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²03.11.1999 tarihli 4461 Sayılı Kanunla onaylanmış 15.02.2000-23965 tarih ve Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Sözleşme için bkz., Nuray EKŞİ, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 384 dn. 644.

³20.11.2007 tarihli Kanun RG: 04.12.2007-26720.

solution has not been accepted in family law cases deemed to be in the public order pursuant to the first article of the Law (HUAKE Article 1). Therefore, divorce, separation, guardianship, custody and any disputes arising from all rights on the child will not be solved through mediation. Turkey is party to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and prepared for implementation of the Convention on the Law No. 5717. In both these regulations are also proposed an amicable solution with the way the peaceful settlement of the conflict.

Anahtar Kelimeler: *Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi, Çocuğun mutad meskenine İadesi, Arabuluculuk, Aile hukukunda arabuluculuk, Çocuk ile ilgili konularda arabuluculuk.*

Keywords: *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Return of child's habitual residency, Mediation, Mediation in family law, Mediation in child related issues.*

Giriş

Çocuğun yüksek yararını koruma amacı ile hukuka aykırı bir şekilde, mutad meskeninden alınmasını uzaklaştırılmasını veya alıkonulmasını ivedilikle çözmeyi amaçlayan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi aslında ihtilafı en çabuk ve çocuk lehine en sancısız biçimde çözmeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle mahkemelerde geçecek uzun ve zorlu yolun, daha ılımlı yöntem olan sulh yolu ile çözümlenmesini hedeflemiştir.

Sözleşme'nin 7(c) maddesi gereği; “taraf devletlerin merkezi makamları, doğrudan ve dolaylı olarak yetkili makamlar nezdinde girişimde bulunarak sorunun dostane bir şekilde çözümlenmesi için gerekli önlemleri almalı veya aldırmalıdır” denilmektedir.

Sözleşme'nin arabuluculuk yöntemine bir ölçüde imkan tanıyan bu düzenlemesi karşısında Türk Hukukundaki durumun değerlendirilmesi makalemizin konusunu oluşturmaktadır.

Biz burada öncelikle arabuluculuk çözüm yolunun nasıl bir yöntem olduğunu ele aldık, ardından Sözleşme'nin tavsiye ettiği dostane çözüm usulünün uygulanmasında izlenen yolu anlatacağız. Son olarak da ihtilafın arabulucu yöntemi ile çözümlenmesinin nasıl imkân dahilinde olduğunu belirteceğiz.

I. Arabuluculuk

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk Anglo-Sakson hukuk sisteminde ortaya çıkmıştır⁴. Alternative Dispute Resolution “arabuluculuk” yöntemi hızlı ve etkin bir çözüm yolu olarak sadece ulusal ihtilaflarda değil uluslararası ihtilaflarda da tercih edilmiştir.

Arabuluculuk yönteminin tercih edilmesi lehine söylenenleri belirlersek bu yöntemin mahkemeler yanında niye alternatif olarak tercih edildiğini daha iyi anlarız.

A. Arabuluculuğun Tercih Nedenleri-Olumlu Yönleri

1. Hızlı Bir Yöntem Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk usulü hiç şüphesiz mahkemelerle mukayese edildiğinde daha hızlı ilerleyen bir yöntemdir. Zira “ortada bir uyuşmazlık varsa doğru olan bunun en kısa zamanda çözümlenmesidir” hedefi arabuluculuk yönteminin olumlu yönlerinden biri olarak belirlenmiştir⁵.

Yöntemin hızlı ilerlemesi meselenin mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Zira arabuluculuk yöntemi ile taraflar kısa sürede bir araya gelip çatışma ve problemlerini kısa sürede tespit edebileceklerdir.

Tespiti yapılan problem diğer alternatif çözüm yollarının hemen hepsinden daha hızlı sonuçlanabilecektir. Mahkemelerdeki gibi bir yoğunluk olmadığı ve tek bir probleme odaklı olduğu için problem arabuluculuk yöntemi ile daha hızlı çözüme kavuşturulabilecektir.

Geleneksel yöntemlerden farklı bir bakış açısı getiren arabuluculuk, aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü hafifletecektir. Buna bağlı olarak zaman ve masraf kaybının da önüne geçilmiş olacaktır.

⁴Süha TANRIVER, *Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim II, 2006-2010, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 3; Gonca Gülfem BOZDAĞ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, S.1, 2016, s. 103 vd.; Gonca Gülfem BOZDAĞ, *Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Reddi Nedenleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 96 vd.; Lisa PARKINSON, *Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)*, Çeviri: Nikbinlik Tercüme, Sorumlu Editör: Av. Arabulucu Yonca Fatma Yücel, 2017, s. 17 vd.

⁵*Temel Arabuluculuk Eğitimi (Katılımcı Kitabı)*, Eylül, 2017, s. 33; Seda ÖZMUMCU, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Çerçevesinde)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 274.

2. Menfaat ve İhtiyaç Odaklı Yöntem Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk yönteminde, tarafların ihtiyaç ve menfaatleri temel alınmaktadır. İhtilafın sulh yolu ile çözümü amaçlanmaktadır. Oysa mahkeme yolu ile çözümde, herkes için geçerli olan kanunlar çerçevesinde mesele çözümlenmektedir. Objektif olarak uygulanan kanun ve usulün her somut olaya uygun bir çözüm bulması mümkün değildir. Oysaki arabuluculukta bu mümkündür. Zira her somut olayın ve ihtilafın ihtiyaçlarına uygun ve tarafların menfaatine odaklı çözümler arabuluculuk yönteminde uygulanabilmektedir.

İhtiyaca uygun çözümler üreten arabuluculuk yönteminin sonunda yapılan anlaşmaların fazlalığı, ihtilafın taraflar arasında dostane çözüme kavuşturulmasının arzulandığı neticesine bizi ulaştırmaktadır⁶.

3. Kontrolün Taraflarda Olduğu Bir Yöntem Olarak Arabuluculuk

Arabuluculuk çözümünün her safhası tarafların kontrolindedir. Zira arabuluculuk tarafların serbest iradesinin egemen olduğu bir yöntemdir. Taraflar kendilerini en tatmin eden çözümde anlaşacaklardır. Çözümü kabul edip etmeme içeriği ve şartları tamamen taraflara aittir.

Gerek mahkemeler gerekse hakemler marifetiyle ihtilafın çözümünde tarafların bu denli kontrolü ve yetkisi yoktur. İhtilaf biri lehine sonuçlanabilir. Bir diğer taraf sonuçtan memnun olmayabilir.

Arabuluculukta ise sulh odaklı bir çözüm usulü izlendiğinden çoğu zaman tarafların her ikisini de tatmin eden ve onların kontrolünde gelişen bir netice doğacaktır. Zira bu yöntemde kontrol taraflarda olmaktadır.

4. Gizli Bir Yöntem Olarak Arabuluculuk

Mahkemeler gibi kamuya açık olmayan oturumlar dahilinde yapılan arabuluculuk yöntemi bu anlamda gizli bir yöntem olarak kabul edilir. Gizlilik tarafların sürece duydukları güven bakımından önemlidir.

Oturumların gizli yürütülmesi, sunulan belgelerin gizli tutulması ihtilafın çözümü için arabuluculuk yönteminin tercih edilmesinde önemli nedenlerden biridir.

⁶*Temel Arabuluculuk Eğitimi (Eğitici Kitabı)*, Eylül, 2007, s. 85; ÖZMUMCU, s. 387.

B. Arabuluculuğun Temel İlkeleri

1. Gönüllülük İlkesi

Arabuluculuk taraf iradesine bağlı olup onların iradesi ile tamamlanan tamamen ihtiyari bir yöntemdir (HUAK m. 3/1). Bu sebeple arabuluculuk yönteminin temelinde “gönüllülük ilkesi” yatar⁷.

Tarafların arabuluculuğa gitmeleri bütünüyle onların iradesine bağlı olduğundan bu yöntemden yine kendi istek ve iradeleriyle vazgeçmeleri mümkündür. Bu serbesti bu çözüm yönteminin olumlu yönlerinden biridir. Arabuluculuk yöntemi tarafların kontrolünde işleyen bir yöntemdir.

2. Eşitlik İlkesi

Yargılamada eşitlik tarafsız ve bağımsız yargının temelini teşkil eder. Doğal hakim ilkesi bu felsefenin ürünüdür. Adil yargılama ilkesi, hakem veya hakemlerin uyması gereken temel ilkelerden biridir.

Adil olmayan bir yargılama sonucu verilen hüküm üst mahkemede bozma sebebi, hakem kararında iptal sebebi olacaktır. Fakat eşitliği temel alan adil yargılanma ilkesinin sarsılması ve bozulması durumunda tarafların hukuken korunan eşit olarak hak arama hakları bazen gecikmekte veya bir taraf lehine gerçekleşmektedir.

Arabuluculuk yönteminde eşitlik tarafların istediği şekilde işlemektedir. Tarafların bir uyum içinde çalışabilmeleri için tamamen eşit koşullar altında olmaları gerekmektedir. İhtilafı sonlandıracak olan tarafların bizzat kendisidir. Arabulucunun görevi, hakem ve hakimler gibi karar vermek değildir. Arabulucu ihtilafın tarafların anlaşması ile sonlandırılmasında aracı olmaktan öte bir vazifeye sahip değildir.

3. Gizlilik İlkesi

Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu 4. maddesi gizlilik ilkesini hükme bağlamıştır. Maddeye göre; “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk

⁷ PARKINSON, s. 27 vd., ÖZMUMCU, s. 388.

faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür” denilmektedir.

Sürecin gizli yürütülmesi tarafların görüşmeler sırasında daha samimi ve dürüst olmalarını da sağlamaktadır⁸.

C. Arabuluculuğun Tercih Edilmemesi - Olumsuz Yönleri

Tarafın bu kadar yönetim ve idaresi altında yürüyen arabuluculuk yöntemi tarafların müzakerelere aktif bir şekilde katılması ile anlam kazanacaktır.

Tarafların pasif yaklaşımı, uzlaşma amaçlı olmayan gönülsüz yaklaşımları süreci tıkayacaktır⁹. Tarafların iradesi ile yürüyen bu yöntemin taraflardan kaynaklanan sebeplerden dolayı durması tıkanması arabuluculuk yönteminin olumsuz yönünü ironik bir şekilde ortaya çıkarmaktadır.

Bu sebeple arabulucuların eğitimi önemlidir. Hukuki konularda arabuluculuk yapan kişilerin iyi hukuk bilgilerinin yanısıra insan davranışı ve psikolojisinde de iyi bir eğitimden geçmiş olması gerekir. Özellikle niteliği icabı gayet hassas dengelerin olduğu çocuk ve aile odaklı meselelerde arabulucuların daha ciddi bir eğitim sürecinden geçmelerinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Arabuluculuk konusu olacak ihtilaflar hukuk sistemimizde tanımlanırken aile hukuku meseleleri hariç tutulmuştur. Ancak Türkiye'nin taraf olduğu 1980 tarihli Sözleşme ve ardından çıkarılan 5717 Sayılı Kanun bir ölçüde arabuluculuk yöntemini ihtilafın çözümünde tavsiye eden tutum içindedir. Meselenin öncelikle tarafların uzlaşması ile çözüme kavuşturulmasını önermektedir.

Sözleşme niteliği ile bağlantılı olarak uyuşmazlık konusunu hızlı çözmeyi amaçlamıştır. Zira Sözleşme bir adli yardım sözleşmesidir. Bu çerçevede taraf devletlere merkezi makam ve aracı kurum belirleme yetkisini vermiştir. Bu kurumlar aracılığı ile bir an önce çocuğun hukuka aykırı olarak uzaklaştırıldığı mutad meskenine ulaşmasını temin etmek Sözleşme'nin esas amacıdır. Bu nedenle mahkemeden daha hızlı işleyen arabuluculuk yöntemi bu Sözleşme'nin amacına daha uygundur.

⁸Geniş bilgi için, PARKINSON, s. 28 vd.

⁹TANRIVER, s. 3-31.

II. Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönlerine İlişkin 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bağlamında Arabuluculuk

A. Genel Olarak

Sözleşme mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen 16 yaşından küçük olan çocuğun, eski mutad meskenine ivedilikle iadesini sağlamayı hedeflemekte ve bu konuda düzenleme yapmaktadır. Niteliği itibariyle bir adli yardım sözleşmesi olan 1980 tarihli Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönüne İlişkin Lahey Sözleşmesi, taraf devletler açısından belirlenen merkezi makam ve ona bağlı aracı kurum vasıtasıyla prosedürün yürütülmesini düzenler.

İhtilafın çabuk ve tarafların, bilhassa “çocuğun çıkarına” çözümlenmesi önemlidir. Çocuğun yüksek menfaati, çocukla ilgili her sözleşmede olduğu gibi bu Sözleşme’de de öncelikli olarak korunmuştur.

Bu korunmayı sağlayacak önemli hususlardan biri hiç şüphesiz ihtilafın çözüm yolu olacaktır. Çocuğun en az ölçüde zarar görüp olumsuz etkileneceği çözüm yolu meselenin sulh sağlanarak dostane bir şekilde çözülmesidir. Bu noktada Sözleşme’nin 7. ve 10. maddelerinde ihtilafın uzlaşmacı metotla dostane araçlarla çözümü için taraf devlet merkezi makamlarına ve aracı kurumlarına görev verilmiştir.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, “ arabuluculuk” terimini doğrudan kullanmasa da bu konuda taraf devletlerin düzenleme yapmalarına bir ölçüde öncülük etmektedir. Sözleşme ihtilafın mahkemeye gitmeden veya mahkeme esnasında tarafların uzlaşması ile çözümlenebileceği hatırlatmasını yaparak bu konuda aracı kurumlara tarafları yönlendirmeleri hususunda düzenleme getirmiştir.

Tarih itibariyle 80’li yıllar mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolları denince tahkim yargılamasının anlaşıldığı yıllardır. Tarafların anlaşmasına dayalı arabuluculuk yöntemi bu yıllarda fazla bilinen bir yöntem değildi. Hele ki aile hukuku kaynaklı ihtilafalarda uygulanan bir yöntem hiç değildi.

Avrupa Birliği bünyesinde yapılan çalışmalara da baktığımızda 90’lı yılların sonu 2000’li yıllarda “arabuluculuk” yönteminin bir ihtilaf çözüm yolu olarak aile hukukunun bazı alanlarında uygulamasının kabulüne dair çalışmaların olduğunu görmekteyiz.

Avrupa Konseyi’nin Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R(98)1 Sayılı Tavsiye Kararında, boşanma ve ayrılık davalarında arabuluculuğun uygulanabileceği, ancak

çocukların velayeti ile çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ihtilaflarda uygulanmayacağı belirtilmiştir¹⁰.

Tavsiye Kararının 8. ilkesinde; aile hukukundan doğan sınırötesi ihtilaflarda özellikle çocuğun velayeti, korunması ve şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin uygulanmasının uygun olmadığı belirtilmiştir.

2008 yılında Avrupa Birliği bünyesinde kabul edilen 2008 tarihli Yönerge, Birlik üyesi devletler için arabuluculuk yöntemini alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak önermektedir¹¹.

Özellikle aile hukukundan kaynaklanan ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümünde taraflar arasında husumete sebep olacak unsurları kaldıran bir yöntem olacağı ifade edilmektedir¹². Sırf bu yönü ile bile sınırötesi aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin verimli olacağı ifade edilmiştir. Birlik nezdinde hazırlanan 2008/52/EC Yönergesi 24 Mayıs 2008 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir¹³.

Boşanma neticesinde verilecek velayet ve kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin kararlar niteliği itibariyle sadece tarafların ortak anlaşmasına bağlı tesis edilecek kararlar değildir. Çocuğun menfaati bu kararlarda taraf iradesinin önündedir. Bu sebeple bu tip ihtilafların kamu düzeni niteliğini çocuğun yüksek menfaatine bağlı olarak değerlendirdiğimizde, ihtilafların mahkeme önünde hükme bağlanmasının daha doğru olacağını düşünebiliriz.

B. Uluslararası Lahey Özel Hukuk Konferansları Bünyesinde Arabuluculuk İle İlgili Gelişmeler

Lahey Konferansı özel hukuk alanında sınırötesi işbirliğini hedefleyen ve bu amaçla kurulmuş bir kuruluştur.

Türkiye 26/8/1955 tarihinden beri bu kuruluşa üyedir¹⁴.

Kuruluşun yaptığı çalışmalara ilişkin temel araştırmalar Daimi Büro tarafından yapılmaktadır.

¹⁰Council of Europe; Family Mediation, Recommendation No R(98)1 Explanatory Memorandum.

¹¹AB 2008/52/EC Sayılı belirli Medeni ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yönergesi (2008/52/EC of the European Parliament and the Council of 21 May 2008) 21 May 2008 L 136.

¹²Serhat ESKİYÖRÜK, *AB 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme*, (Çarşamba 29.10.2008), (Çevrimiçi) www.arabulucu.com.

¹³0] 24 May 2008 – L136.

¹⁴Hague Conference on Private International Law HCCH Members.

Kuruluşun son yıllardaki çalışmaları, uluslararası aile hukukunda arabuluculuk, diğer alternatif çözüm yollarına ilişkindir. Daimi Büro'nun işbirliği ile hazırlanan “İyi Uygulama Rehberi”nde aile ve bilhassa çocukla ilgili konularda ve özellikle 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin kapsamına giren konularda arabuluculuk yöntemi, ilk izlenecek usul olarak tavsiye edilmiştir¹⁵.

Daimi Büro'nun denetimi altında 2006 yılının Nisan ayında aile hukukuna ilişkin konularda arabuluculuk yönteminin uygulanmasına ilişkin olarak bir alan tarama çalışması yapılmıştır.

Bu fizibilite raporu 2007 Nisan ayında Konsey'e sunulmuştur. Konsey Lahey Konferansına üye devletlere aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda arabuluculuk usulünün uygulanmasına ilişkin öneride bulunmaları için 2007 yılının sonuna kadar süre vermiştir.

Konsey, 2008 Nisan ayında yapılan müzakereler neticesinde taraf devletlerde bu konuda yaşanan gelişmeler için “Daimi Büro”yu konuyu takip etmesi için görevlendirmiştir¹⁶.

Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansının hazırladığı 1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'ni tamamlayan iki Sözleşme daha vardır. Bunlardan ilki Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'dir¹⁷. Diğeri ise 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme'dir¹⁸.

Bu üç Sözleşme adeta birbirini tamamlayan sözleşmelerdir. Bunların dışında Türkiye'nin de taraf olduğu 1989 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve 2002 tarihli Uluslararası Evlat Edinme Sözleşmeleri çocuk hukukunda önemli uygulaması olan sözleşmelerdir.

Bu Sözleşmeler milletlerarası çocuk hukuku alanının aile hukuku haricinde bağımsız bir alan olarak gelişmesine ve tanımlanmasına geniş ölçüde hizmet etmiştir.

Lahey Konferansı sürecinde hazırlanan 1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi'ne birçok devletin taraf olması, milletlerarası alanda bu ihtilafların daha çabuk ve çocuğun yararına hizmet edecek ölçüde daha adil çözümlenmesi gereksimini doğurmuştur. Bu anlamda milletlerarası davalarda adli işbirliğinin geliştirilmesi yönünde adımlar atılmıştır. Bunların

¹⁵Guide to Good Practice – Mediation, s. 15, 19 vd.; BOZDAĞ, s. 119, dn. 65.

¹⁶BOZDAĞ, s. 120, dn. 66.

¹⁷RG: 17.11.2011-28115.

¹⁸RG: 22.05.2016-29719.

neticesinde hukuk sistemlerinin farklılığının yarattığı problemleri gidermede en rahat çözüm yolunun arabuluculuk olduğu tespit edilmiştir¹⁹.

1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi adli işbirliğinin çözümü için atılan önemli bir adımdır. Ancak Sözleşme'ye Güney Afrika ve Fas dışında Afrika'da hiçbir devlet taraf olmamıştır. Aynı şekilde Ortadoğu'da yalnızca İsrail sözleşmenin tarafı olmuştur.

Afrika ve bilhassa Ortadoğu'da aile hukukunda örf adet hukukunun uygulanması farklılık yaratmakta ve problemlerin çözümünü imkânsızlaştırmaktadır. Örneğin Nijerya'da 350 etnik grubun olması ve bunların her birinin farklı örf adet hukuku uygulaması, bu alanda sınırötesi doğan problemlerin çözümünü zorlaştırmaktadır²⁰. Bu konuda Uluslararası Aile Mahkemesi ihtiyacı bile dile getirilmiştir²¹.

1980 tarihli Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve ardından düzenlenen 1996 tarihli Çocuğun Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin tarafı olan devletlerin uzmanlarının ve hakimlerinin bir araya gelerek başlattığı önemli çalışmalardan biri de Malta Süreci olarak bilinmektedir²².

Malta Süreci'nin odak noktası çocukla ilgili sınırötesi ihtilaflarda hukuk sistemi ve yapısı farklı olan sistemlerde yaşayan anne baba ve çocuk arasındaki ilişkilerin nasıl kurulup yürütüleceğine ilişkin çözüm yollarının üretilmesidir.

“Malta Süreci”nin Çalışma Grubu içinde 12 devlet yer almıştır. Farklı sistemlerin yarattığı problemlerin çözümü amacı ile Çalışma Grubu'nda yer alan 6 ülke 1980 ve 1996 tarihli Sözleşmelere taraf olmayan ülkelerdir.

Malta Süreci'nin önemli neticeleri olmuştur. Bu neticelerden biri de hiç şüphesiz aile ve çocuk hukukuna ilişkin bazı konuların arabuluculuk yöntemi ile çözümünün mahkemeler nezdinde çözümlenmesine göre çocuğun yüksek yararına daha çok hizmet edeceğidir. Bu konuda yapılması gereken çalışmaların planı oluşturulmuştur.

Malta Süreci'nden sonra ikinci Milletlerarası Aile Adaleti Yargı Konferansında, Kara Avrupa ülkeleri dışında Anglo Sakson hukuku içinde yetişmiş hukukçular ve hakimlerle de çalışılmıştır²³.

C. Arabuluculuk Yönteminin 1980 Tarihli Sözleşme'de Uygulanabilmesi

¹⁹PARKINSON, s. 268 vd.

²⁰PARKINSON, s. 270 vd.

²¹PARKINSON, s. 270.

²²PARKINSON, s. 270.

²³PARKINSON, s. 271.

Mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen çocuğun eski durumuna kavuşturulması, bu çerçevede iadesinin hızlı ve sancısız sonuçlanması istenilen en önemli sonuçlardan biridir. Çocuğun yüksek yararını ihlal etmeyecek ona zarar vermeyecek en iyi yöntem bu hukuka aykırılığın bir an önce tarafların uzlaşması ile ortadan kaldırılmasıdır.

Sözleşme 7. ve 10. maddelerinde merkezi makamlara ve aracı kurumlara ihtilafı öncelikle tarafları uzlaştırmaya yönlendirerek çözmeleri önerilmektedir.

Arabuluculuk yöntemi bu sebeple 1980 tarihli Sözleşme çerçevesinde uygulanması en yerinde uyuşmazlık çözüm metotudur. Bu sebeple öncelikle Sözleşme'nin konusunu, niteliğini, koruduğu menfaati ve tüm bunlarla birlikte getirdiği kavram ve usulü incelemekte yarar vardır.

1. Sözleşme'nin Uygulama Alanı – Niteliği – Amacı ve Getirdiği Hukuki Kavramlar

Bu Sözleşme uygulama alanı itibarıyla çocuk ve ebeveyn arasındaki hukuki ilişkiyi belirleyen temel konuyu ele almaz. Bu çerçevede velayet ilişkisi, kişisel ilişki kurmadan doğan sonuçlar, çocuğun malları gibi konular bu Sözleşme'nin uygulama alanında değildir. Bu Sözleşme bu anlamda kanunlar ihtilafı kuralları içermediği gibi usule ilişkin tanıma tenfiz hükümleri de içermez.

Ancak Sözleşme usuli bir sözleşmedir. Şöyle ki, mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen çocuğu eski mutad meskenine tekrar ulaştırmak için gerekli adli yardım mekanizması bu Sözleşme'de düzenlenmiştir.

Taraf devletlerin merkezi makamlarına bağlı olan aracı kurumları vasıtasıyla bu usuli mekanizma işleyecektir.

Bu adli yardım mekanizmasının hızlı ve güvenli işlemesi çerçevesinde amaç çocuğun yüksek yararını korumaktır. Bu amacın sağlanabilmesi için, değişen mutad meskenin nasıl belirleneceği önemlidir. Daha açık ifade edecek olursak mutad mesken kavramı bu Sözleşme açısından önemli bir hukuki kavramdır.

a. Mutad Mesken. “Mutad mesken” hukuki kavramı Lahey Konferansı çerçevesinde düzenlenen milletlerarası sözleşmelerde birinci derecede tercih edilen bağlama noktasıdır²⁴.

²⁴ İlyas ARSLAN, *Milletlerarası Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 26 vd.; F. Kerem GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 56 vd.; Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, Beta

Son yıllarda çocukla ilgili düzenleme getiren velayet, vesayet ve nafaka gibi hukuki ilişkilerde bu kavram etkin bir şekilde uygulanmaktadır. Ancak çocuğun anne ve babasından ayrı yorumlanan mutad mesken kavramı, bu Sözleşme'nin temelini dolduran ve amacını belirleyen bir kavram olarak uygulanmaktadır²⁵.

Çocuğun mutad meskeni anne babasından ayrı değerlendirilerek tespit edilecektir. Aslında bu niteliği ile tespit edilen mutad mesken kavramı çocuğun yüksek yararına geniş ölçüde hizmet edecektir. Dolayısıyla çocuğun yüksek yararı ilkesi çocuğun mutad meskeninin tespitinde anne ve babasından bağımsız değerlendirilerek bir ölçüde tesis edilmiş olacaktır.

b. Koruma Hakkı. Bir diğer hukuki kavram “koruma hakkı” kavramıdır. Sözleşme'deki “koruma hakkı” velayet ve vesayet gibi hukuki kavramların dışında değerlendirilecektir.

Burada kast edilen çocuğun mutad meskenini tesis ve temin edecek ölçüde kabul edilen bir hakkın varlığıdır. Hiç şüphesiz velayet hakkı sahibi anne baba bu hakka da sahiptir. Ama unutulmaması gereken her velayet sahibinin koruma hakkına da sahip olacağıdır. Koruma hakkı sahibi sadece mutad meskenin tespiti ile belirlenecektir.

Bu sebeple velayet hakkının ihlali veya tesisi bu Sözleşme'nin konusunu teşkil etmeyeceği gibi, alıkonulma veya kaçırılma ihlalleri değerlendirilmesi yapılmadan bu konuda karar verilmeden çocuğun velayetine ilişkin kararlar değerlendirmeye alınamayacaktır.

Sözleşme görülmekte olan velayet davalarının askıya alınıp öncelikle iade meselesinin çözüme kavuşturulmasını açıkça ifade etmiştir (m. 16).

Türk hukuk uygulamasında yapılan en önemli hatalardan biri mahkemelerin iade davalarında velayetin tesisi ile ilgili tartışmalara girmesidir.

Fransa'dan altı aylık iken Türkiye'ye anne ve babası ile gelen bebeğin annesi tarafından alıkonulması üzerine baba tarafından talep edilen iade talebi ve akabinde açılan davalarda Türk mahkemelerinin velayet tartışmasına girmiş olması neticesinde 27 aylık bebeğin mutad meskeni olarak tespit edilen Fransa'ya iadesi neticesine varılmıştır²⁶.

Zira burada tespit edilmesi gereken iade için gerekli olan mutad meskenin neresi olduğudur. Velayet hakkı sahibinin tespiti ve bu noktada çocuğun annenin bakım ve şefkati

Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 270 vd.; Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 34.

²⁵GİRAY, s. 66-67; ÇELİKEL/ERDEM, s. 277-279.

²⁶ÇELİKEL/ERDEM, s. 279 vd.

altında olması sebebiyle veli olması konusu tartışılmamalıdır. Bu tartışma Sözleşme'nin uygulama alanının dışında başka bir hukuki süreçtir.

Nitekim İnegöl mahkemesi iade kararını verirken çocuğun bir an önce iddia edilen mutad meskenine kavuşmasını hedeflemiştir.

İnegöl mahkemesinin vermiş olduğu iade kararının kesinleşmesinden sonra, Bursa mahkemesi tarafların boşanmalarına ve çocuğun yaşı gereği velayetinin anneye verilmesine karar vermiştir²⁷.

İroni teşkil eden bu durum karşısında hukuki dayanağı farklı iki karardan bahsedilecektir. Babanın avukatı iki çelişkili karar karşısında yargılamanın iadesi için dava açmıştır. Ancak iki farklı hukuki sebep ve netice-i talebin olması sebebi ile Yargıtay yargılamanın iadesi talebini ret etmiştir²⁸.

Bu noktada Yargıtay'ın konuya yaklaşımı haklı ve yerindedir. Gerçekten iade talebi ve buna ilişkin verilen karar 1980 tarihli Sözleşme kapsamında çocuğun korunduğu mutad meskenine kavuşturulmasına ilişkindir. Bu davanın içeriği bununla sınırlıdır.

Velayet ve bu hakkın kimin tarafından kullanılacağı bu Sözleşme'nin uygulama alanı içinde değildir. Bu sebeple de söz konusu iade talebinin içeriğinin değerlendirilmesinde bu konu ele alınıp incelenmeyecektir.

c. Sözleşme'nin Adli Yardım Niteliği. Sözleşme daha önce de ifade ettiğimiz üzere çocuğun bir an önce mutad meskenine iade edilmesini hedefleyen bu konuda merkezi makam tesis eden bir adli yardım sözleşmesidir.

Taraf ülkelerin merkezi makamları aracılı makamlar vasıtasıyla bu iadeyi gerçekleştirecektirler. Pratik bir çözüm getiren Sözleşme taraf devletlerin merkezi makamları vasıtası ile milletlerarası alanda gayet çetrefilli olan ihtilafı çözmektedir.

Bu şekilde taraf devletlerin merkezi makamları yeri değiştirilen çocuğun rahat ve çabuk eski durumuna kavuşmasını sağlamaktadır.

Türkiye'de merkezi makam görevini Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü yürütmektedir.

²⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 278, dn. 109.

²⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 280, dn. 111.

Merkezi makam bölgelerdeki Cumhuriyet Başsavcılıkları vasıtasıyla görevini yerine getirecektir. Aracı kurum olarak adlandırılan Cumhuriyet Başsavcılıklarının görevi çocuğun iadesi için gerekli girişimleri yapmaktır.

d. Sözleşme'nin Konusu İçine Giren İade Davasının Tarafları. Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafın vekili sıfatı ile hareket edecektir. Tarafın vekili sıfatı ile dava açacaktır. Fakat öncelikle Sözleşme'nin 7. ve 10. maddeleri gereği tarafları sulh yapmaları, meseleyi dostane yollarla çözmeleri yolunda ikna edecektir. Bu noktada uzlaşmalarını sağlayacaktır.

Ancak uygulamada Cumhuriyet Başsavcılıklarının ceza hukuku alanında çalışmaları, bu görevi layiki ile yerine getirmelerine engel olmaktadır. Zira; sulhe gitmek, tarafları barıştırmak ve uzlaşmaya varmak konularında yardım etme girişimleri, içinde buldukları görevin ve öğretilerinin yapısına da ters düşmektedir. Bu sebeple çocuğun iadesi yolunda attıkları ilk adım yakalama, celp yolu ile çağırma olduğundan taraflar için ürkütücü olarak algılanmaktadırlar. Ancak prosedür aracı kurum olan Cumhuriyet Başsavcılıklarının işlemi ile başlayacaktır.

Sözleşme gereği aracı kurum faaliyeti gösteren Cumhuriyet Başsavcılıkları dava ve takibe başlamadan taraf vekillerinin iade konusunda dava açmaları da mümkün değildir²⁹. Bu problem meselenin sulh yolu ile çözümünde görevin aracı kurumlara verilmesi ile belki ortadan kalkmayacaktır. Ancak arabulucu olarak hareket edecek kişilerin, aracı makamın meseleyi ortaya koyması ile bir an önce harekete geçmelerini sağlayabilir ve problemin tarafların anlaşması ile ortadan kalkmasını sağlayabilir.

Bu noktada iade talebinde bulunacak kişi ihtilafın bir tarafı diğeri ise karşı tarafıdır. Aracı makamlar ise adli yardım ve işbirliği sağlama noktasında devrededir. Yoksa davanın tarafları kişi ve onların karşısındaki aracı kurum değildir.

Taraflar, Sözleşme gereği (m. 8), anne veya baba olabileceği gibi çocukla bağlantılı başka gerçek kişi veya tüzel kişi ya da kurumlar da olabilir³⁰.

Nitekim bir ihtilafta Alman Duisburg Gençlik Dairesi çocukların üzerinde koruma hakkı sahibi olduğu iddiası ile çocukları Türkiye'ye getiren anne babaya iade davası açmıştır³¹.

Taraflar Alman Duisburg Gençlik Dairesi ile çocuğun anne ve babasıdır.

²⁹ Adalet Bakanlığının 65(1) Sayılı Genelgesi. Ayrıntılı bilgi için Ziya AKINCI/Cemile DEMİRGÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 256.

³⁰ EKŞİ, s. 389-390.

³¹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 272, dn. 98.

Alman Duisburg Gençlik Dairesi, anne ve babası ile Türkiye'ye gelen ve burada alıkonulan çocukların iadesini talep etmektedir.

Türk mahkemesinde dava açan Gençlik Dairesi, çocukların gerçek mutad meskeni olan Almanya'ya iadesini talep etmiştir. Körfez Aile Mahkemesinde görülen bu davaya Aile ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müdahil olarak katılmıştır.

Aile ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ailenin çocuklar üzerinde velayet görevini yerine getirmesinde bir sakıncanın olmadığını güvence altına almak için hasta ve bakıma muhtaç olan çocukların tedavi ve bakımının Bakanlığın gözetimi altında olacağı teminatını vermiştir. Bunun üstüne Alman Duisburg Gençlik Dairesi davadan feragat etmiştir. Mahkeme iade davasını feragat nedeniyle ret ederek, hükme bağlamıştır.

Bu örnek de; yabancı vesayet makamının iade talebi ile dava açtığını ve taraf sıfatına haiz olduğunu görmekteyiz. Zira Sözleşme gereği koruma hakkı sahibi olacaklar anne baba ve ailenin diğer fertleri dışında tüzel kişiliğe sahip kurum ve makamlar da olabilecektir (m. 8).

e) Sözleşmenin Kapsamına Giren Çocuk. Sözleşmenin uygulanabilmesi için koruma altındaki çocuğun 16 yaşından gün almamış olması gerekmektedir. Bu konu yaşın zaman olarak hangi tarihten itibaren hesaplanması gerektiği noktasında doktrinde tartışılmıştır³². Ancak burada makul yaklaşımın sözleşmenin niteliğine bakılarak bir değerlendirmenin yapılmasıdır. Sözleşme bir adli yardım Sözleşmesi olduğundan 16 yaş sınırlamasının bu niteliğe uygun olarak uygulanması gerektiği kanaatini paylaşıyoruz³³. Buna göre çocuğun iadesi için başvuru 15 yaşında iken yapılmış olup ancak bu başvurudan sonra çocuğun 16 yaşından gün almış olması halinde Sözleşmenin artık bu ihtilafa uygulanamayacağı görüşündeyiz.

f. Sözleşmenin Konusu Olan İade Talebinin Süre Kısıtlaması İçermesi. Sözleşmeye göre çocuğun alıkonulma veya kaçırılmasından itibaren tarafların bir yıl içinde iade için yetkili makamlara müracaat etmesi gerekmektedir (m. 8). Bir yıl geçtikten sonra yapılan müracaatlar çocuğun yeni yaşantısına alıştığı gerekçesi ile reddedilecektir.

Sözleşmenin koruduğu en vazgeçilmez menfaat çocuğun yüksek yararıdır. Yeni hayatına alışan çocuğun tekrar eski yaşamına döndürmek onun yararına bir netice doğurmayacaktır. Bunun dışında çocuğun mutad meskenine yeniden kavuşması biran önce sonuçlanması gereken bir durumdur. İşte bu nedenle de süre kısıtlaması getirilmiştir. Bu sürenin tek istisnası

³² GİRAY, s. 45; ÇELİKEL/ERDEM, s. 273.

³³ ÇELİKEL/ERDEM, s. 273.

iade edilmesi için yapılan itiraza dayalı olarak söz konusu devletin insan haklarının korunması ve temel ilkelere izin vermeyen bir devlet olmasıdır (m. 20). İşte bu durumda bir yıllık süre geçmiş olsa bile çocuğun bu devletten iadesi için talep ve dava açılabilir. İnsan hakları ihlalinin yoğun olarak yaşandığı bir devletten söz edebilmek için, bu ihlallerin bir devlet politikası olarak kendi içinde yürütülmesinin olağan karşılanması ile ölçülmenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Cinsler arası ayrımcılığı bir hukuk nizamı olarak kabul eden veya belli cins ve kültür ve dinden olanlara farklı muamele öngören devletlerde Sözleşmedeki insan hakkı ihlalinin gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Ama buna mukabil olağan durumun dışında savaş hali bu anlamda bir insan hakları ihlali olarak kabul edilmemiştir. Savaş halinde olan İsrail'e iade edilen çocuğa karşı yapılan bu sebebe dayalı itirazda, tek başına savaş hali bir insan hakları ihlali olarak kabul edilmemiştir³⁴.

Her somut olayın niteliğine uygun olarak değerlendirilmesi gereken bu itirazın geçerliliği ülkenin içinde bulunduğu durumdan ziyade meşru saydığı kuralların ışığında genel olarak insan hakları ihlali doğurması neticesine bağlı olarak değerlendirilecektir.

g. Çocuğun Yüksek Yararı. Sözleşmenin amacı çocuğun yaşam alanına bir an kavuşmasını sağlamaktır. Yüksek yarar çocuğun mutad meskeni ile şekillenmektedir. Çocuk sosyal yaşantısı içinde alıştığı ortamda genellikle mutludur ve gelişimi burada sağlıklı olacaktır. Ancak Sözleşme bazı hallerde bu mutad meskenin çocuğun yüksek yararına hizmet edemeyeceğini de tespit ettiği için iadeye itiraz sebeplerinde saymıştır (m. 13 ve m. 20). Bu ret sebeplerine bakıldığında aslında hepsinin çocuğun yüksek yararını sağlamaya, onu korumaya yönelik olduğunu görmekteyiz. Buna göre;

- Koruma hakkının etkin şekilde yerine getirilmemesi
- Çocuğun bakımını üstlenmiş koruma hakkı sahibinin yer değiştirmeye muvafakat etmesi
- Çocuğun psikolojik ve fiziki risk altında olması

Bütün bunlar somut olayın verilerine göre değerlendirilecektir. Çocuğun rızası isteği onun ruhi ve psikolojik açıdan risk altında olup olmadığını belirlemede hiç şüphesiz dikkate alınacaktır. Her somut olayda çocuk için risk ve tehlike teşkil edecek hususlar değerlendirilecektir. Bu nedenle, çocuğun yüksek yararına hizmet eden, bu amaçla hareket

³⁴ AKINCI/GÖKYAYLA, s. 290 vd.

eden Sözleşmenin uygulanmasında tercih edilen yöntem ve usul kanaatimizce çok önemlidir. Özellikle iade işlemini başlatan ve yürüten “Aracı Kurumunun” yaklaşımı, problemi ele alış şekli ve çözüm usulü çok önemlidir.

2. Sözleşmede Öngörülen Usul ve Yetkili Makam Olarak Aracı Kurumun Görevleri

Sözleşmenin uygulanması ile ilgili her devlette bir merkezi makam ve aracı makam tesis etmesi öngörülmüştür (m. 6). Sözleşme ve bu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin 5717 sayılı Kanun gereği; Türkiye açısından merkezi makam Adalet Bakanlığı Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüdür. Merkezi makama gelen dosya bölgesine bağlı olarak görevli aracı kurumlar vasıtası ile yürütülecektir.

Aracı Kurum; çocuğun iadesi için gerekli hukuki prosedürü başlatacak yetkili organdır. 5717 Sayılı Kanun gereği Türkiye’deki aracı kurum Cumhuriyet Başsavcılıklarıdır. Daha önce de ifade ettiğim üzere hukuk öğretisi ve pratiğini ceza hukuku alanında geliştiren Cumhuriyet Başsavcılarının aile hukukunun en hassas konularından biri olan çocuk ile ilgili bu tip ihtilaflarda aracı kurum olarak yetkilendirilmesi ne derece yerindedir tartışılabilir.

İade prosedürünü başlatacak ve yürütecek olan aracı kurumun görevlerini şu şekilde sıralayabiliriz.

a) 5717 sayılı Kanunun 5(b) maddesi gereği aracı kurum, merkezi makamın yönlendirmesi ile ihtilafın taraflar arasında dostane çözümü için gerekli girişimlerde bulunacaktır. Öncelikle çocuğu kaçıran veya alıkoyan ebeveyninden kendi rızası ile çocuğu iade etmesini isteyecektir.

b) Çocuk bulunamıyor veya yeri tespit edilemiyorsa çocuğun bulunmasını sağlayıp bu yönde arama işlemlerini kolluk vasıtasıyla yürütecektir.

c) Çocuğun kaçırılması ve yerinin değiştirilmesinin her an ihtimal dahilinde olduğu veya çocuğun bir zarara uğramaması için alınması gereken idari veya adli tedbirlerin alınmasını sağlayacaktır. Yurt dışı yasağı, çocuğun şehir veya ülke değiştirmesinin yasaklanması gibi tedbirleri alacaktır.

d) Çocukla ilgili bilgi toplamak da Cumhuriyet Başsavcılıklarının görevidir. Bu çerçevede çocukla ilişkili kişilerden ve sosyal çevresinden bilgi tedarik edebilecektir.

e) Karşı taraf devlet aracı kurumunun faaliyet ve görevlerini takip edebilmek ve kavrayabilmek de aracı kurumun görevleri arasındadır. Bu sebeple bu sözleşmenin başka devletlerde uygulanmasına ilişkin bilgi ve verileri toplayacaktır.

f) Meselenin dostane şekilde çözümünün sağlanamaması neticesinde, iade davasının açılması yönünde prosedürü başlatacaktır. Uygulamada Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından başlatılmayan iade davalarına ilişkin kararlar Yargıtay'da bu kanuna aykırılıktan dolayı bozma sebebi oluşturmaktadır. Dolayısıyla taraf avukatlarının harekete geçmesi için öncelikle Cumhuriyet Başsavcılıklarının prosedürü başlatması gerekmektedir.

g) Bu çerçevede iade davalarında taraf avukatları ile birlikte ve onlara yardım ederek bizzat yargılamanın içinde yer alacaklardır.

h) Netice itibariyle çocuğun yerine iadesi ve dönüşünü sağlamak da aracı kurumun görevi içindedir.

Cumhuriyet Başsavcılıkları sözleşmenin işleyişini temin etmek amacı ile karşı tarafın aracı kurumu ile uyumlu biçimde gerekli bilgilendirmeleri de sağlayacaktır. Bu çerçevede çıkabilecek tüm engellere ilişkin tedbirleri alacak yeterlilik ve öngörüye sahip olmaları gerekir. Bu konuda, Cumhuriyet Başsavcılıklarının uluslararası uygulamaya ve bu konularla ilgili bilgi donanımına haiz, hukukçu olarak eğitim almaları gerekmektedir. Ceza hukuku öğretisi kadar uluslararası hukuk, aile hukuku ve çocuk hukuku alanlarında eğitim alması gerekmektedir. Ancak bu yeterlilik derecesinde olan Cumhuriyet Başsavcılıklarının, daha pratik bir çözüm yolu olarak prosedürü başlatıp tarafların gönüllü dostane çözüme gitmeleri yönünde arabuluculuk yöntemini önermeleri mümkün olabilecektir.

Bu çerçevede uyuşmazlığın nasıl ve ne şekilde aracılık yöntemi ile çözüleceğini gösteren hukuki bir düzenlemeye de ihtiyaç vardır. Bu tip ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümü meselenin en zararsız ve acısız çocuğun menfaatini en iyi şekilde koruyacak şekilde hallolmasını sağlayacaktır.

D. 1980 Tarihli Sözleşme Çerçevesinde Arabuluculuk Çözüm Yolunun Hukuki Dayanağı

Sözleşmenin 7. ve 10. maddeleri tek başına meselenin arabuluculuk yöntemi ile çözümlenmesi için yeterli değildir. Bu alanda özel bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu

ihtiyaç sözleşmenin amacına bağlı olarak doğmaktadır. Çocuğu en az zarar göreceğı şekilde mutad meskenine ulaştırmak tarafların uzlaşması ile gerçekleşebilir.

Bu çerçevede dayanağını Sözleşmenin bizzat hükümlerinden alan arabuluculuk çözüm yolunun bu ihtilafların çözümünde birinci yol olarak tercih edilmesi yerinde olacaktır.

Bu ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin tercih edilmesinin olumlu yönlerini sayacak olursak şöyle sıralayabiliriz.

- Arabuluculuk zm yolu çocuğun yüksek menfaatine diğer yargı yollarına nazaran daha çok hizmet edecek bir yöntemdir. Mahkeme sürecinde yaşanan yıpranma bu süreçte yaşanmayacaktır. Tarafların anlaşması uzlaşması ile yürüyen bu yöntemde ocuk kendisini daha rahat ve güvende hissedecektir.
- Daha kısa süren ve daha verimli sonuçların alınacağı bir yöntem olacaktır arabuluculuk. Bu konuda yetişmiş eğitim almış arabulucular nezdinde çözüme gidilineceğinden daha verimli neticeler alınacaktır. Ayrıca tarafların uzlaşmacı tutum içinde olmaları meselenin gereğinden fazla uzamasına da engel olacaktır. Zamandan tasarruf edilecektir.
- Müzakereler tarafların gönüllü katılımla gerçekleşecektir. Bu sebeple çocuğun da müzakerelere katılımı daha rahat olacaktır. ocuk uzlaşmalı geçen bu süreçte daha güvenli ve huzurlu olacağından, kendisi ile ilgili bu süreçte gerekirse açık iradesini daha rahat dile getirebilecektir.
- Arabuluculuk yönteminde müzakerelerin gizliliği de bu tür ihtilaflar için tercih edilme sebeplerinden biridir. Mahkemeler gibi kamuya açık oturumlar olmayacağından taraflar ve özellikle ocuk bu yöntem içinde daha rahat ve güvenli hareket edeceklerdir.

E. Türk Hukukunda Yapılması Gerekenler

Türk hukukunda arabuluculuk yöntemine ilişkin hukuki düzenleme daha önce de ifade ettiğimiz üzere yakın zamanda yapılmıştır.

22 Haziran 2012 tarihinde 6325 sayılı kanunla Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu yrrlge girmiştir. 26 Ocak 2013'de de kanunun Uygulama Yönetmeliği ıkmıştır.

Kanun hem milli hem de yabancılık unsuru taşıyan tüm arabuluculuk faaliyetlerine uygulanmaktadır (m. 1). Bu nedenle yabancılık unsuru taşıyan ilişkiler için farklı bir milletlerarası arabuluculuk kanunu yapmaya ihtiyaç yoktur.

Türk hukukunda arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar da dahil tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları için uygulanabilmektedir (m. 1).

Tarafların sulh veya kabul yolu ile üzerinde anlaşabildikleri ahdi ticari ilişkiler arabuluculuk yolu ile çözülebilecektir.

Aile hukukuna ilişkin hususlar kamu düzeninden kabul edildiği için arabuluculuk yöntemi ile çözülemeyecektir (m. 1). Zira bu konular üzerinde tarafların serbest tasarruf yetkisinin olmadığı ifade edilmektedir.

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların mevcut düzenlemede arabuluculuk yöntemi ile çözümü mümkün olmamakla birlikte bu konuya ilişkin olarak Türkiye’de birçok çalışma yapılmaktadır³⁵.

Bu anlamda, toplumsal uzlaşmanın sağlanması ile bu tip ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümünün yaratacağı endişelerin ortadan kalkacağı ifade edilmektedir. Bu sebeple toplumsal uzlaşmanın ne olduğunu belirlemekte yarar vardır.

1. Toplumsal Uzlaşma

Toplumsal uzlaşma sosyolojide kullanılan bir terimdir. Anlamı, belli bir toplumu ya da toplumsal kümeyi oluşturan bireylerin düşünce, duygu, eylem uyumluluğu olarak ifade edilmektedir³⁶.

Bireylerin farklılıklarından kaynaklanan çatışmaların nasıl çözüleceğinin belirlenmesi gerekir. Aile hukukundan kaynaklanan birçok ihtilaf eşlerin farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Ailede eşlerin uzlaşmacı bir tutum içinde olabilmeleri eşit hareket etmeleri gerekir. Ancak toplumun bireylere yüklediği farklı kimlikleri sebebiyle birinin diğerine nazaran daha baskın olması çatışmaya sebep olacaktır.

³⁵ Bilgi için Baran DOĞAN, *Arabuluculuk Nedir*, <https://barandogan.av.tr/blog>. Ayrıca bkz. Adalet Bakanlığının Avrupa Konseyi ile yürüttüğü çalışmalar için Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı ve Eğitimci Kitapları, Eylül 2017.

³⁶ Bkz. <https://nedir.ileilgili.orgstoplumsal+uyu>.

Toplumsal uzlaşısı bu farklılıkların fark edilerek çatışma ortamının ortadan kaldırılması ile sağlanabilir.

Aile içi çatışmaların en önemlisi toplumsal cinsiyete dayalı farklılıktan kaynaklanmaktadır. Arabuluculuk mekanizmasının aile hukukuna dayalı ihtilaflarda sağlıklı işleyebilmesi için toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın önüne geçilmelidir.

2. Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrım

Toplumsal cinsiyet farklılığı aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin taraflar arasında eşit olarak yürütülmesini engellemektedir.

Arabuluculuk yöntemindeki temel ilkelerden birisinin eşitlik ilkesi olduğunu söylemiştik. Taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse süreç boyunca eşit haklara sahip olmalıdırlar. Tarafların eşit koşullarda ihtilafın çözümünde anlaşmaları arabuluculuk yönteminin adil bir yöntem olarak uygulanması için temel ilke olmaktadır. Aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda karı kocanın farklılıklarının cinsiyete dayalı olarak toplum içinde kabul görmesi bu anlamda birinin diğerinden daha güçlü algılanması çatışma ortamının doğmasına sebep olacaktır.

Çatışmanın olduğu bir ortamda ise ihtilafın arabulucu yöntemi ile çözümü mümkün olmayacaktır. Bu farklılıklardan kaynaklanan güce dayalı dengesizliklerin öncelikle çözülmesi gerekmektedir. Güce dayalı dengesizlikler eşitliğin eşit koşulların ve uzlaşmacı çözümün düşmanıdır.

Toplumdaki kadın ve erkeğin farklılığından kaynaklanan güç dengesizliklerinin üç temel düzeyi tespit edilmiştir³⁷.

- Kişisel ve Psikolojik Farklılıklara Dayalı Güç İlişkileri: Bireyin becerileri ve doğuştan gelen rolü ve kişisel özellikleri ile ilgilidir. Bu anlamda toplumun kadına ve erkeğe vermiş olduğu rollerin farklılığı önemlidir. Kız çocuklarının güzel, erkek çocuklarının güçlü olmasının olumlu karşılanması bu farklılıkların kadın ve erkek de ayrı ayrı aranması toplumsal cinsiyetten kaynaklanan eşitsizliğe sebep olarak gösterilmektedir.

³⁷Temel Arabuluculuk Eğitimi, (Katılımcı Kitabı), s. 55-56.

- Söylemsel ve Kültürel Farklılıklara Dayalı Güç İlişkileri: Cinsiyete dayalı meslekler ile açıklanmaktadır. Toplumda kadın işi erkek işi gibi yapılan ayrımlar cinsiyete dayalı ayrımcılık olarak adlandırılmaktadır.
- Yapısal Alan: Kişilerin, kaynaklara erişimi açısından farklı toplumsal konumlarda yer almaları olarak ifade edilmektedir. Bu alan geniş anlamda toplumda yaratılan ırkçı ayrımcılık olarak da ifade edilmektedir. Kadın ve erkek bağlamında toplumun yapısı ile açıklanmaktadır. Ataerkil dediğimiz erkek egemen toplumlarda erkeklerin daha fazla konularda söz sahibi olmaları yapısal alanda eşitsizliği doğurmaktadır.

Toplumsal cinsiyete dayalı bu farklılıkların arabuluculuk yönteminde olumsuz etkiler yaratmaması için arabuluculuk eğitiminin bu farkındalıklara dikkat çekilerek verilmesi gerekir.

Aile hukukundan kaynaklanan ihtilafların bu sebeple daha farklı eğitim almış arabulucular vasıtasıyla çözümlenmesi gerekir. Aile hukukundan doğan ihtilafları çözecek arabulucuların toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın bilincinde hareket etmesi gerekmektedir. Toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık aile hukuku ilişkilerinde kadın ve erkeğin uzlaşmadan uzaklaşması sonucunu doğuracağından bu ihtimalde arabuluculuk yöntemi işlemeyecektir. Çatışmanın olduğu alanda buna dayalı şiddetin olduğu alanda arabuluculuk olamaz.

3. Farklı Cinsler Arası Çatışma ve Şiddet

Aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin tarafların uzlaşması halinde uygulanması gerekir. Tarafların ihtilafı bu şekilde çözüme konusunda tam bir anlaşma içinde olmaları gerekir. Bu ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin ihtiyari olarak tercih edilmesi gerekir.

Türk hukukunda aile hukuku alanında en fazla gündeme gelen konulardan biri de aile içi şiddet meseleleridir.

“Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi” 8 Mart 2012’de yürürlüğe girmiştir³⁸. İstanbul Sözleşmesi olarak da adlandırılan bu Sözleşme şiddet tanımını oldukça geniş tutmuştur.

³⁸ RG: 08.03.2012-28227 (mükerrer).

Şiddet, kadın ve erkek arasındaki bu farklı algının sonucu olarak beş farklı boyutu ile ele alınmıştır.

Buna göre şiddet;

- Fiziksel,
- Cinsel,
- Psikolojik,
- Ekonomik,
- Kültürel olabilmektedir.

Cinsiyete dayalı farklılığın bu beş olguda şiddeti doğuracağı ifade edilmiştir.

Arabuluculuk yöntemi hiç şüphesiz bu şekilde sayılan şiddet ortamından herhangi birinin yer alması halinde, aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda, uygulanmayacaktır.

4. Aile Hukuku Konuları ve Arabuluculuk Yöntemi

Türk hukukunda aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflar Medeni Kanunumuzun aile kitabında ele alınmış konulardır.

Tarafların anlaşmalı olarak boşanmaları mümkündür (MK m. 166/3). Türk hukukunda eskiden bir tabu gibi görülen anlaşmalı boşanma artık bir boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir³⁹.

Boşanma sürecinde tarafların üzerinde anlaşacağı konular malların paylaşımı ve nafaka olarak sıralanabilir. Bu konularda tarafların anlaşmasını yasaklayan herhangi bir hüküm yoktur. Ancak velayet ve kişisel ilişki konularının Türk hukukunda tarafların anlaşması ile çözülecek konulara dahil edilmesi tartışılmaktadır.

Tarafların boşanmadan sonra velayeti anlaşarak ortak yürütmeleri Türk hukukunda kabul edilmemektedir (MK m. 336). Ancak sınır ötesi ihtilaflarda bazı hukuk sistemlerinin bu konularda anlaşmayı kabul etmesi boşanmadan sonra da anlaşmalı olarak ortak velayetin bu sistemlerde olması, bu hukuklara dayalı kararların tenfizinde kamu düzeni engelini tartışılır

³⁹ Ergin NOMER, *Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 14, S. 2, 1984, s. 95; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, 1996, s. 46-47; Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 51-53.

hale getirmiştir. Bizde olmayan anlaşmalı ortak velayete artık Türk doktrini “asla” olmaz gözü ile bakmamaya başlamıştır⁴⁰.

Arabuluculuk yönteminin aile hukukunun boşanma, mal rejimi, nafaka ve hatta velayet konularına uygulanabilmesi için çalışmalar yapılmaktadır. Bu konuda arabuluculuk eğitimi özel olarak aile arabuluculuğu olarak verilmektedir.

5. Çocukla İlgili Konularda Arabuluculuk

Az önce ifade ettiğimiz üzere çocukla ilgili konularda tarafların arabulucuya gitmeleri bu şekilde ihtilafın çözümünü istemeleri bilhassa velayet konusunda anlaşmalarının hukuken kabul edilmesi tartışmalıdır⁴¹.

Aile hukuku içinde tarafların üzerinde serbest tasarruf edeceği konular vardır. Boşanma bunlardan biri olmaktadır. Ancak karı kocanın kendileri hakkında verecekleri karar dışında çocukları hakkında vereceği kararlar hakkında da serbest tasarruf yetkilerinin olduğu konusu tartışılabilir.

Aile hukukunda mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu benimseyen hukuk sistemlerinde bile bu konularda kısıtlamalara gidilmektedir⁴².

Çocukla kurulacak velayet ilişkisinde bu hakkı kullanacak olan ebeveyn kadar çocuğun da rızasının alınması gerekir. Türkiye'nin de tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesine göre, çocuğu ilgilendiren meselelerde çocuğun görüşü alınmalıdır. Sözleşmenin 12. maddesine göre; akit devletler, yaş ve olgunluk derecesine uygun olarak görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına özen göstermek mükellefiyeti altındadırlar. Bu sebeple çocukla ilgili konularda tarafların arabuluculuğa gitmeleri hassas bir konu olmaktadır.

Bu noktada uzlaşma yönteminde çocuğun da iradesinin açık olarak var olması halinde arabuluculuk yöntemi ile ihtilafın çözülmesi kabul edilebilmelidir. Kanaatimizce arabuluculuk yöntemi çocukla ilgili alınacak kararlarda onun iradesinin alınması koşulu ile kabul edilebilir.

⁴⁰ Ancak uygulamada ortak velayeti kabul eden mahkeme kararları vardır. İzmir 4. Aile Mahkemesi T. 27.05.2009, E. 2009/448, K. 2009/470. Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 702/dn. 290; EKŞİ, s. 547-548 vd.

⁴¹UYANIK ÇAVUŞOĞLU, s. 160-161; yazar velayet kararının tarafların anlaşması ile tesis edilemeyeceğini belirtmiştir.

⁴²İngiliz hukukunda ve Galler'de aile hukukuna ilişkin usul kurallarını düzenleyen kanun (art 3/3) gereği aile hukuku alanında mahkeme dışı alternatif çözüm yolları kabul edilmektedir. Wendy KENETT, “*It's Arbitration, but Not as We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*”, Int. Journal of Law, Policy and Family, Vol 30, 2016.

Bunun yanısıra bu konuda özel yasal bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Yasal düzenleme dışında bu konuda eğitim alan arabulucuların diğer konulara kıyasen daha farklı alanlarda da eğilmeleri gerekir. Toplumsal cinsiyet ayrımcılığı ve özellikle çocuk hakları konularında eğitim almaları gerekmektedir.

6. 1980 Tarihli Sözleşme Çerçevesinde Arabuluculuk

Lahey Sözleşmesi çerçevesinde mutad meskeni değiştirilerek kaçırılan veya alıkonan çocuğun mutad meskenine iade edilmesi prosedüründe ilk tercih edilecek yöntem uzlaşmadır (m. 7/c).

Merkezi makam kendisi veya aracı kurum aracılığı ile çocuğun iadesi için hemen harekete geçecektir. Bu çerçevede çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü önerebilecektir.

Bu noktada çocuğu kaçıran veya alıkoyan kişinin anlaşmaya yönelmesini sağlayabilecektir. Merkezi makam, aracı kurum vasıtasıyla taraflar arasındaki bu ihtilafı uzlaşmacı bir yol izleyerek çözecektir. Aracı kurumun taraflar arasında dostane çözümü önermesi aslında görevlerinden biri olmaktadır.

Sözleşmenin 10. maddesinde de uzlaşma içinde iadenin gerçekleşmesi için taraf devlet merkezi makamlarının gerekli önlemleri alacağı ifade edilmiştir.

5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırımlarının Hukuki Yönleri Hakkındaki Kanun gereği de öncelikle dostane çözüm yolu önerilmiştir.

Aracı kurum olan Cumhuriyet Başsavcılığı, öncelikle çocuğu alıkoyan veya kaçıran kişinin rızası ile iade edilmesini sağlayacaktır. Kanun gereği (m. 8) taraflar arasında dostane bir çözümün sağlanması için girişimlerde bulunması gerekir. Adalet Bakanlığınca yayınlanan 65/1 No'lu Genelge'ye göre; Sözleşmenin uygulanmasında çocuğun rıza ile tesliminin öncelikli olarak tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴³. Zira iade sürecinde doğacak ihtilaflar ve mahkeme sürecinin çocuk için yarattığı olumsuz etkiler hiç şüphesiz bilinen bir gerçektir.

Dava devam ederken taraflar arasındaki gerginlik çocuk için tahammül edilmesi zor bir noktaya gelebilir. Bu sebeple bu konuda uzlaşmaya varılarak meselenin sulh yolu ile çözüme kavuşturulması çocuğun lehinedir.

⁴³ Adalet Bakanlığınca yayınlanan 01.03.2008 tarihli 65/1 No'lu Genelgenin II. Bölümünün 1. Kısmı 12 No'lu Paragraf.

Uzlaşma yöntemi Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da da öngörülmüştür⁴⁴. Kanunun 7. maddesine göre, aile mahkemeleri önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmezden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya kaldıklarını tespit ederek bunların sulh yolu ile çözümünü teşvik edecektir.

Çocuğun iadesi prosedürünü yürütecek savcının taraflara sulh olmaları konusunda telkinde bulunması önerilmekle beraber bu konunun uzlaşma ile çözümünde yapılması gerekenler 5717 Sayılı Kanunda düzenlenmemiştir.

Kanaatimizce 5717 sayılı kanunda savcıların tarafları arabuluculuk yöntemine yöneltmesi açıkça ifade edilebilirdi.

Aracı kurum ihtilafın çözümünde taraflara arabuluculuk yöntemine başvuracakları noktada telkinde bulunabilirdi. Hiç şüphesiz bu konuda açık bir hükmün olması halinde bu imkan taraflara sunulabilir. Ancak halihazırda 5717 sayılı kanun bu ihtilaflarda arabuluculuk yönteminin uygulanmasına cevaz vermemektedir.

Arabuluculuk yöntemi kanaatimizce kaçırılan çocuğun iadesine ilişkin ihtilaflarda tercih edilecek en iyi yöntemdir. Ancak bunun en iyi yöntem olması için yapılması gereken özel hukuki düzenleme yanında bu konuda alınacak arabuluculuk eğitimlerinin de daha farklı içerikli olması gerekir. Netice itibarıyla 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde arabuluculuk yönteminin tercih edilmesi Sözleşmenin niteliğine uygun olduğu kadar amacına da en iyi hizmet edecek uyuşmazlık çözüm yolu olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç

1980 tarihli Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Uygulama Kanunu gereği; mutad meskeni değiştirilen çocuğun eski durumuna iadesinde arabuluculuk yöntemi bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak uygulanabilir.

Sözleşmenin 7. ve 10. maddeleri aynı şekilde Kanunun ilgili maddeleri; taraf devletlerinin merkezi makamlarının, öncelikle ihtilafın sulhe dayalı dostane çözümü konusunda girişimlerde bulunmasını önermektedir.

Bu çerçevede öncelikle yapılması gereken bu konuda Türk hukukunda hukuki alt yapının oluşturulmasıdır. 5717 sayılı Uygulama Kanununa konulacak hükümle bu yapılabilirdi. Zira

⁴⁴ GİRAY, s. 211.

burada sulh yolu dostane çözüm önerisi yapılmış olmakla birlikte bunun arabuluculuk yöntemi ile nasıl işleyeceği ifade edilmediğinden, taraflar bu şekilde sulhe mahkeme safhasında başvurabilecektir.

5717 sayılı Uygulama Kanunu; tarafların meseleyi arabuluculuk yöntemi ile nasıl çözeceğine ilişkin usul ve yöntemleri ana hatları ile belirleyebilirdi.

Bu çerçevede aracı kurum olan Cumhuriyet Başsavcılıklarının, tarafları arabuluculuk yöntemine yönlendirmeleri öncelikle düzenlenebilirdi. Bu konuda hüküm getirilebilirdi. Ancak bu yöntemin işleminde usul için bu konuda özel bir arabuluculuk düzenlemesinin yapılmasının daha uygun olacağı görüşündeyiz.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıkan çocuk kaçırma ihtilaflarının çözümünde arabuluculuk başlığı altında özel bir kanuni düzenleme yapılabilir. Bu çerçevede prosedürü başlatacak olan Cumhuriyet Başsavcılıklarına, tarafları arabuluculuk yöntemine yönlendirmesi konusunda görev verilebilir. Böylelikle; Türkiye’deki ihtilaflar yetkili Cumhuriyet Başsavcılığının yönlendirmesi ile öncelikle arabuluculuk yolu ile çözülebilir.

Bu yasal düzenlemenin bu şekilde özellikle bu Sözleşmenin kapsamına giren konulara ilişkin ihtilaflarda arabuluculuk çözüm yolu olarak yapılması daha yerinde olacaktır. Zira makalemizde de belirttiğimiz üzere aile hukukuna ilişkin meselelerde bilhassa çocukla ilgili konularda tarafların anlaşarak ihtilafı çözmeleri kamu düzeni endişesi ile kabul edilmemektedir.

Kamu düzeni kriteri çocukla ilgili konularda çocuğun yüksek yararını koruma yönünde bu amaca yönelik yorumlanmaktadır. Bu sebeple boşanma neticesinde verilen velayet ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar sadece tarafların anlaşmasına bağlı olarak verilemez.

Bu noktada çocuğun dinlenmesi özellikle uzmanlar eşliğinde dinlenmesi şarttır. Bu sebeple bu ihtilaflarda arabuluculuk çözüm yöntemi bugün için oldukça radikal bir adım olacaktır.

Ancak mutad meskeni hukuka aykırı bir şekilde değişen çocuğun eski durumuna iadesi sözleşmenin de önerdiği gibi arabuluculuk yöntemi ile çözülebilir. Zira burada velayet ilişkisi ve kavramları üzerinde bunlarla ilgili bir ihtilafın çözümü yoktur. Burada aslında çok hızlı ve pratik işleme gereken bir çözüm yolunun olabileceği bir ihtilaf vardır. Çocuğun mutad meskeninin ihlalinin bir an önce ortadan kalkması sözleşmenin amacıdır. Bu problemin hızlı ve pratik çözümü çocuğun yüksek yararınıdır.

Çocuğun mutad meskenine bir an önce ulaşması için tarafların ortak bir anlaşmaya yönelmeleri aslında bir çığ gibi büyüyen ihtilafın hızlı ve sancısız bir şekilde çözülmesini sağlayacaktır.

Bu konuda sırf bu sözleşmenin kapsamına giren konulara yönelik Arabuluculuk Kanununun düzenlenmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz. Bu konuda yetişecek arabulucuların daha nitelikli bir eğitimin de şart olduğu kanaatini taşımaktayız.

Genel arabuluculuk eğitiminin yanı sıra bu sözleşmenin kapsamına giren konularda da eğitim almaları gerekir.

Kanaatimizce bu alanda çalışan arabulucuların,

- Milletlerarası özel hukuk konusunda ve özellikle sözleşmenin uygulama alanı içindeki konularda eğitim almaları gerekmektedir.
- Milletlerarası usul ve adli işbirliği yine bu arabulucuların alması gereken eğitimin içinde olması gereken konulardır.
- Ayrıca bu kişilerin cinsiyete dayalı toplumsal ayrımcılığın yarattığı neticeler konusunda da yeterli donanıma sahip olmaları gerekir. Bu sebeple bilhassa çocukla ilgili doğabilecek bu tip ihtilaflarda, şiddet ve tacize sebep olacak davranışların neler olduğunun farkındalığında olabilmeleri gerekir. Hangi davranışın şiddet olduğu şiddetin sadece fiziksel olmadığı, çocuğun birey olarak hak sahibi olduğu olgusunun göz ardı edilmesinin de tek başına şiddet olgusu içinde olduğu bilincinde hareket etmeleri gerekir. Bu yönde özellikle eğitilmeleri gerekir.
- Son olarak bu konuda arabuluculuk yapacak kişilerin iyi birer dinleyici olmaları ve uzlaştırıcı yapıya sahip olmaları gerekir. Çocuk ile ilgili olan bu ihtilaflarda bunun yanı sıra ayrıca çocuk konusunda bilgi sahibi olmaları gerekir. Çocuk yetiştirme, çocuk hakları, çocuğun ihtiyaçları, çocuğun yaşamında olumlu adımlar konusunda algıları gelişmiş kişiler olması gerektiği görüşündeyiz.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI, Ziya/DEMİR GÖKYAYLA; Cemile; *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ARSLAN, İlyas; *Milletlerarası Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem; *Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Reddi Nedenleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem; “*Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1, 2016.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.
- DOĞAN, Baran; *Arabuluculuk Nedir*, <https://barandogan.av.tr/blog>.
- EKŞİ, Nuray; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- ESKİYÖRÜK, Serhat; *AB 2008/52 Sayılı Arabuluculuk Direktifi ve Muhtemel Etkileri Üzerine Değerlendirme*, (Çarşamba 29.10.2008), (Çevrimiçi) www.arabulucu.com.
- GİRAY, F. Kerem; *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- KENETT, Wendy; “*It’s Arbitration, but Not as We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution*”, Int. Journal of Law, Policy and Family, Vol 30, 2016.
- NOMER, Ergin; *Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 14, S. 2, 1984.
- ÖZMUMCU Seda; *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Çerçevesinde)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- PARKINSON, Lisa; *Aile Arabuluculuğu (Family Mediation)*, Çeviri: Nikbinlik Tercüme, Sorumlu Editör: Av. Arabulucu Yonca Fatma Yücel, 2017.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

TANRIVER, Süha; *Hukuki Uyuşmazlıklar Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, Makalelerim II, 2006-2010, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Temel Arabuluculuk Eğitimi (Eğitici Kitabı), Eylül, 2007.

Temel Arabuluculuk Eğitimi (Katılımcı Kitabı), Eylül, 2017.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 501, 1996.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer; *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.