

İSLAM AİLE HUKUKU VE TÜRK AİLE HUKUKUNDAKİ ARABULUCULUĞUN KARŞILAŞTIRILMASI

Cemal KONAKÇI*

ÖZ

Bu makalede, İslam aile hukuku ile Türk aile hukukundaki arabuluculuk karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır. Bu çerçevede, her iki hukuk sistemindeki arabuluculuğun benzer ve farklı yönlerinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

Dava yolu ile hak elde etmenin uzun zaman alması ve masraflı olması gibi nedenler, hükümetleri arabuluculuk gibi farklı alternatiflere yöneltmiştir. 20. Yüzyılın son çeyreğinde büyük oranda gelişme gösteren arabuluculuğa duyulan ihtiyaç giderek artmaktadır. Aile sorunlarının çözümü için İslam hukuku, arabuluculuğu tavsiye etmektedir. Türk hukukunda da bazı konuların arabulucu ile çözülmesi mümkündür. Türk hukuku arabuluculuk konusunda hala gelişime açıktır.

* Doktora Öğrencisi, Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalı, E-Mail: cemalkonacki@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0541-9981.

Makalenin Gönderim Tarihi : 29.01.2025.

Makalenin Kabul Tarihi : 10.06.2025.

Bu makale Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı İslam Hukuku Bilim Dalında devam eden “İslam Hukuku ve Mer’i Türk Hukukundaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin Karşılaştırılması” adlı doktora tezinden türetilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aile hukuku, arabuluculuk, hakem, sulh.

A COMPARISON BETWEEN ISLAMIC FAMILY LAW AND TURKISH FAMILY LAW IN TERM OF MEDIATION

ABSTRACT

In this article, mediation in Islamic family law and Turkish family law is comparatively discussed. Aims to find out the similarities and differences in both legal systems in terms of mediation.

It has been observed that since the long lasting of litigations and their high costs led the governments to find alternatives as mediation. The need for mediation, which has developed significantly in the last quarter of the 20th century, has been increasing. Islamic law recommends mediation in resolving family disputes. Some family disputes can also be resolved in Turkish family law through mediation. However, mediation in Turkish family law are still under progress.

Keywords: Alternative dispute resolution, family law, mediation, arbitrator, compromise.

I. GİRİŞ

Bu makalede, İslam aile hukuku ile mer'i Türk aile hukukundaki arabuluculuk karşılaştırmalı olarak ele alınmaktadır.

Makalenin amacı geçmiş İslam medeniyetine dayanan Türk toplumunun aile hukukunda uyguladığı arabuluculuk müessesesi ile İslam aile hukukunda uygulanan arabuluculuğu karşılaştırarak her iki hukuk arasındaki benzerlik ve farklılıkları tespit ederek birbirinden istifade imkânını ortaya koymaya çalışmaktır.

Birden fazla insanın olduğu her yerde ihtilafların ortaya çıkması ihtimal dâhilindedir. Bu ihtilaflar, insanların kişilik, karakter, kültür ve sosyal şartlarından kaynaklanmaktadır. Sayısız uyuşmazlığın farklı tür ve özellikte oluşu aynı zamanda bunların çözülmesi sorununu da beraberinde getirmektedir. Söz konusu uyuşmazlıkların mümkün olan en iyi şekilde ve en az zararla sona ermesi ise büyük önem arz etmektedir.

Çalışmada betimsel yöntem kullanılmaktadır. Konuyu ele alan temel ve güncel kaynaklar incelenmektedir. Arabuluculuğun hukukun birçok alanında kullanılması ve kapsamlı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olması nedeniyle makale, aile arabuluculuğu ile sınırlandırılmıştır.

Sosyal bir varlık olan insan, genel olarak toplu yaşama ihtiyacı duyar. Zaman zaman yalnız kalabilse de yaşamak için gerekli olan güvenlik, beslenme, barınma vb. gereksinimleri için diğer insanlarla birlikte olmak ister. Bu beraberlik insanın sınırsız ihtiyaçları ve evrenin sınırlı imkânları karşısında zaman zaman bozulabilmektedir. Buna genel olarak anlaşmazlık/uyuşmazlık adı verilmektedir.¹

Uyuşmazlığın, yapıcı ve memnun edici bir şekilde sonuçlandırılması esastır. Ancak bu sonuçların ne şekilde ve nasıl elde edileceği hep tartışılmalıdır.²

İhtilafların çözümü konusunda ilk akla gelen resmi devlet yargısıdır. Ancak insanlar arasındaki her sorunun yargı eliyle çözülmesi hayatı çekilmez bir hale getirir. Ansay’a göre toplumdaki huzurun ana

¹ Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri*, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 1. Baskı, 2021, s. 37-38. Şefik Taylan Akman, “Hukuk-Politika İlişkisinin Niteliği Üzerine”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 7. Susan R. Patterson – D. Grant Seabolt vd. *Essentials of Alternative Dispute Resolution*, Dallas, Pearson Publications Company, 2. Baskı, 2001, s. 4. Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2022, s. 155-157. Ali Şafak, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Feryal Matbaacılık, 2. Baskı, 1992, s. 2-3, 31. Mustafa Avcı, “Osmanlı Ceza Muhâkemesinde Sulh (Uzlaşırma)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 25, Sayı 1, 2017, s. 13. Hasan Ellek, “İslam Hukukunda Malla İlgili Sulh Anlaşması”, *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* Cilt 2, Sayı 3, 2013, s. 188. Vecdi Aral, “Hukuk Nedir?”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 19-20. Orhan Münir Çağıl, “Hukukun Mahiyeti ve Fonksiyonu Hukuk: Nizam, Emniyet, Beşeri Hayat ve Adalet”, in Yaman, Ahmet, (Ed.), *Makâsıd ve İctihad*, İstanbul, Rağbet Yayınlar, 2010, s. 31-33.

² Mehmet Yüksel, “Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 503-507. Can, op. cit., s. 132-133. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, op. cit., s. 157-158., Çağıl, op. cit., s. 31.

etmenlerinden birisi de insanlar arasındaki sorunların hayatın olağan akışı içerisinde sulh ve uzlaşma ile kendiliğinden bir çözüme kavuşmasıdır.³

Yirminci Yüzyılda gelişen ekonomik ve ticari ilişkilerin çoğalması, yargılamanın uzaması, masrafin artması ve çözümün gecikmesi gibi nedenlerden dolayı Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine (AUÇY) olan talep artmıştır. Devlet yargılamasına göre daha hızlı, daha ucuz olan, tarafların iradelerini önemseyen ve çözümden sonra da tarafların sosyal ve ekonomik ilişkilerinin sürmesine olanak sağlayan AUÇY etkili bir başvuru aracı olmuştur. Bu yöntemlerin amacı her iki tarafın da menfaatini makul ölçüde esas alarak çözüm üretmektir.⁴

Türk hukukunda AUÇY'nin kökenleri İslam ve Osmanlı hukukuna dayanmasına ve resmi olmayan uygulamayla halkın hayatında kendini göstermesine rağmen kanuni düzenlemelerin ve kurumsallığın olmaması nedeniyle 2000'li yıllardan sonra gelişen dünya ile birlikte Türkiye'de de önem kazanmaya başlamıştır.⁵

Türkiye'de AUÇY alanındaki en etkili yasal düzenleme, 2012 yılında 6325 sayılı Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun kabul edilmesi ve sonrasında 6325 sayılı kanun ve başka bazı kanunlarda zorunlu arabuluculuk olarak değerlendirilen dava şartı arabuluculuk uygulamasının getirilmiş olmasıdır.

Türkiye'de alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine duyulan ihtiyaç ve bu yöntemlerin amacı 6325 Sayılı Arabuluculuk Kanununun gerekçesinde özetle AUÇY'nin birçok ülkenin yasama meclisleri tarafından tartışıldığı, uyuşmazlıkların tarafların karşılıklı rızaları ile çözümlenmesinin daha sağlıklı bir yol olduğu ve toplumsal barışa katkı sağladığı, bu yöntemlerin mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azalttığı, AUÇY'nin resmi yargıyla rekabet içinde olmadığı, resmi

³ S. Şakir Ansay, "Sulh", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 1943, s. 200. Can, op. cit., s. 132-133.

⁴ Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2003, s. 23-26. Gizem Ersen Perçin, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* Cilt 31, Sayı 2, Eylül, 2012, s. 180. Gül, *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, 2021, s. 15.

⁵ Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara, Adalet Yayınları, 3. Baskı, 2016, s. 36. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, op. cit., s. 989.

yargıya başvuru yollarını engellemediği aksine yargı yetkisinin egemenliğine zarar vermeden basit ve kolay çözüm yolları getirdiği şeklinde ifade edilmiştir.⁶ Gerekçede de belirtildiği gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine duyulan ihtiyaç hayatın olağan akışına uygun olup dünyadaki hukuk alanında ortaya konulan gelişmelerle paralellik göstermektedir.

II. ARABULUCULUK

Günlük hayatta aralarında uyuşmazlık olan kişilerin üçüncü bir kişinin yardımından yararlanarak bu sorunlarını çözmek istemeleri neredeyse hayatın olağan akışı haline gelmiştir. Üçüncü bir kişinin gözüyle uyuşmazlığın değerlendirilmesi genel olarak kabul edilen bir yaklaşımdır.⁷

Günümüzde en çok kullanılan ve giderek daha da kurumsallaşan alternatif çözüm yöntemlerinin başında arabuluculuk gelmektedir. Bunun nedeni de arabuluculukta taraf iradelerine yoğun bir şekilde yer verilmesidir.⁸

Arabuluculuk, genel olarak, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için tarafsız üçüncü bir kişinin katılımıyla gerçekleştirdikleri, tarafların çözümlerini kendilerinin ürettikleri, gönüllülük esasına dayalı AUÇY olarak tanımlanmaktadır.⁹

⁶ Aynur Hasoğlu, “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 1985.

⁷ Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Temel Arabuluculuk Eğitimi* Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 3. Baskı, Aralık 2021, s. 28.

⁸ Perçin, op. cit., s. 185.

⁹ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, op. cit., s. 442, 658., Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 64, 2006, s. 165., Ahmet Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, *İstanbul Üniversitesi Yayınevi Darulfunun İlahiyat*, Cilt 30, Sayı 2, 2019, s. 318. Ildır, op. cit., s. 88. Filiz Yavuz İpekyüz, “Boşanmada Arabuluculuk”, in Muratoğlu, Tahir – Buluttekin M. Burak, *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018, s. 156.

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2. Maddesinde: “b) Arabuluculuk: Sistematiik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütölen uyuşmazlık çözüm yöntemi...” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰

Kanundaki bu tanım “kolaylaştırıcı arabuluculuğun” tüm unsurlarını içine alan bir yapıda düzenlenmiştir. Ayrıca tarafların çözüm üretmemesi halinde tarafsız üçüncü kişinin çözüm önerisi getirebilmesi sonradan kanuna eklenmiştir. Böylelikle “değerlendirici arabuluculağa” da evrilme söz konusu olmuştur.¹¹

Arabuluculuk, genel olarak, tarafların tasarrufundaki özel hukuk uyuşmazlıkları ile aile ve iş hukuku uyuşmazlıklarında başvuruilan bir yöntemdir.¹² Türkiye’de de 6325 Sayılı HUAK, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğu kabul etmiştir.¹³

Arabuluculukta, arabulucunun görevi tarafların kendi çözümlerini bulmalarına yardımcı olmaktır. Bu yöntemde üçüncü kişi karar vermez, tarafların menfaatine olacak bir kararın ortaya çıkması için çaba sarfeder. Taraflar arasındaki müzakerelere ilişkin sürecin sağlıklı ve iletişime açık şekilde yürütölmesi görevini üstlenir. Ayrıca, arabulucu tarafların gerçekçi bir yaklaşımla değerlendirme yapmaları için gerekli ve yerinde

¹⁰ HUAK, md. 2. Mustafa Göksu, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkîm (Arabuluculuk-Uzlaştırma)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2020, s. 29. Özgür Oğuz, *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, 2016, s. 37.

¹¹ Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, op. cit., s. 36-37. Temel, op. cit., s. 319.

¹² Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk İle Tahkîm Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkîm”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 43, Sayı 1, Ocak, 2017, s. 93. İpekyüz, op. cit., s. 160.

¹³ Göksu, op. cit., s. 37. Alper Uyumaz - Kemal Erdoğan, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, Şubat, 2016, s. 131. İpekyüz, op. cit., s. 156.

teknikler kullanarak tarafların saygısını ve güvenini kaybetmeden tarafsızlık içinde ve adilane bir çözüme katkı sunar.¹⁴

Arbuluculuğun en önemli özelliklerinden birisi de taraflara, görüşlerini doğrudan doğruya aktarma imkânı sunmasıdır. Böylece birbirlerinin uyuşmazlıktan kaynaklı duygu ve düşüncelerini görme fırsatı bulurlar. Bu sayede sahip oldukları pozisyon ve talepleri gözden geçirerek gerçekçi bir çözüme doğru yönelirler.¹⁵ Arbulucu, bu faaliyeti yürütürken arbuluculuğun temel özelliklerinden olan tarafsızlık ve bağımsızlık ilkesine göre hareket etmek durumundadır.¹⁶

Arbuluculuğun bir diğer özelliği de şekil kurallarının oldukça esnek olmasıdır. Tamamen iradi olan bu süreçte taraflar şekil şartlarını kendileri belirleyebilmektedir.¹⁷ Esnek bir yöntem olduğu için yaratıcı çözümlere ulaşmak kolaydır.¹⁸

Arbuluculukta uyuşmazlıkların çözümü için katkı sunabilecek kişilerin de tarafların talebiyle veya arbulucunun uygun görmesiyle katılması sağlanabilir. Ancak toplantılara katılan tüm kişilerin gizliliğe uymaları esastır.¹⁹ Devlet yargısında yargılama alenidir. Amaç keyfi karar almayı önlemektir. Ancak arbuluculukta taraflar ticari ve ailevi sırlarını ortaya dökmek istemedikleri için gizlilik esaslı olan bu yöntemi tercih etmektedirler. Taraflar anlaşarak aksini kararlaştırabilirler.²⁰

Arbuluculuk sürecinde yer alanların belirli bazı özelliklerinin olması arbuluculuğun başarısında etkilidir. Bu anlamda arbuluculuk yapacak kişilerin tarafsızlık, bağımsızlık, mesleki yeterlilik, gizliliğe

¹⁴ Tanrıver, op. cit., s. 166-167. Erbay Velioğlu, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, s. 6, (Erişim Tarihi: 13 Mart 2021), www.veliogluerbay.av.tr. Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 129.

¹⁵ Nuri Berkay Özgenç, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma*, (Danışman: Ahmet Caner Yenidünya), İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013, s. 52. Oğuz, op. cit., s. 45.

¹⁶ Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 129. Özbek, “Arbuluculuk İle Tahkîm Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arbuluculuk-Tahkîm”, op. cit., s. 79.

¹⁷ Velioğlu, op. cit., s. 6. Yusuf Şen, “İslam Hukukunda Arbuluculuk”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* Cilt 11, Sayı 22, 2012, s. 112. İpekyüz, op. cit., s. 157.

¹⁸ Tanrıver, op. cit., s. 167. İpekyüz, op. cit., s. 157.

¹⁹ Göksu, op. cit., s. 33. Ildır, op. cit., s. 93.

²⁰ Uyumaz - Erdoğan, op. cit., 131. Oğuz, op. cit., s. 47.

uyuma, iletişim becerilerine sahip olma gibi güven verici bir takım özelliklere sahip olması gerekmektedir.²¹

Arabuluculuk ve tahkîm karması olan Med-Arb denilen bir yöntem daha vardır. Bu da arabuluculuktan sonuç alınamaması halinde devlet yargısına gitmeden önce tahkîme giderek bağlayıcı bir karar aşamasına gelmeyi öngören bir yöntemdir.²²

İslam hukukunda da arabuluculuk, en çok başvurulacak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanagelmıştır. İslam hukukunda da taraflar arasındaki uyuşmazlıklar, mahkeme önüne gelmeden önce muslih/muslihûn (taraflar arasında anlaşmayı, barışı sağlayan kişi/kişiler) adı verilen kişilerin katılımıyla gerçekleştirilen müzakereler sonucunda çözüme kavuşturulmaktadır.²³

İslam hukuku arabuluculuğunda aslolan tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kendilerinin konuşup çözüme kavuşturmasıdır. Tarafların anlaşması gönüllülük ve fedakârlık esasları üzerinden yürür. Arabulucu, taraflarca tayin edilir.²⁴

Arabuluculuk, Osmanlı-Türk hukuk sisteminde dini ve kültürel temelleri olması nedeniyle uzun süre kullanılmıştır.²⁵

III. İSLAM AİLE HUKUKUNDA ARABULUCULUK / HAKEMLİK

İslam hukukunun temel kaynaklarının başında gelen Kur'an-ı Kerime bakıldığında yargılama ve hüküm verme ile ilgili genel ilkeleri ve temel amaçları belirleyen ayetlerin²⁶ genel olarak hak ve adalet

²¹ Tanrıver, op. cit., s. 170., Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 129. Özbek, “Arabuluculuk İle Tahkîm Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkîm”, op. cit., s. 80.

²² Velioğlu, op. cit., s. 7.

²³ Şen, op. cit., s. 110.

²⁴ Ibid., s. 112.

²⁵ Hilal Yazıcı, “Bazı Hakların Korunması Açısından Boşanma Sürecinde Arabuluculuk: Beklenti, Endişe ve Öneriler”, *KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi* Cilt 4, Sayı 1, Haziran 2018, s. 103.

²⁶ “Allah size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emrediyor. Doğrusu Allah, bununla size ne güzel öğüt veriyor! Şüphesiz ki Allah hakkıyla işitendir,

kavramlarının tesisi için gerekli olan tedbirleri ele aldığı görülür. Ancak davaların görülmesi ve yargılamanın yürütülmesi ile ilgili ayrıntılı hükümler bulunmamaktadır.²⁷

Hız. Peygamberin sünnetinde davaların görülmesi sürecinde genel olarak iki şahidin esas alınması, iddia edenin ispatla yükümlü olması, inkar edenin yeminle sorumluluktan kurtulması, hakimin taraflara eşit mesafede olup eşit haklar tanınması, hakimin zahir olan ve ispat edilen hususları esas alarak karar vermesi gibi hususlar ön palana çıkmış ve uygulanmıştır.²⁸

Râşid halifeler dönemi, sahabe ve tabiin dönemindeki uygulamalar, zengin bir yargılama hukuku mazemesi bırakmıştır.²⁹ Özellikle Hız. Ömer'in (m. 634-644) Basra valisi ve aynı zamanda hâkimi olan Ebu Musa el-Eş'ari'ye (ö. 42/662-663) gönderdiği adaletin icrası ve muhâkeme usûlüne ilişkin mektup, yargılama hukuku açısından önemli bir değere sahiptir.³⁰

hakıyla görendir.” Nisâ 4/58. “Ey iman edenler! Allah için hakkı titizlikle ayakta tutan, adalet ile şahitlik eden kimseler olun. Bir topluma olan kininiz sizi adaletsizliğe itmesin. Adil olun. Bu, Allah'a karşı gelmekten sakınmaya daha yakındır. Allah'a karşı gelmekten sakının. Şüphesiz Allah yaptıklarınızdan hakıyla haberdardır.” Mâide 5/8. “Onlar, yalanı çok dinleyen, haramı çok yiyenlerdir. Eğer sana gelirlerse ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir. Onlardan yüz çevirecek olursan sana asla hiçbir zarar veremezler. Eğer hükmedecek olursan aralarında adaletle hükmet. Çünkü Allah, âdil davrananları sever.” Mâide 5/42. “...Ben Allah'ın indirdiği her kitaba inandım ve aranızda adaleti gerçekleştirmekle emrolundum...” Şura 42/15. İsmail Yılmaz, “Hasımlıktan Hısımlığa Tahkîm”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, Nisan, 2021, s. 377-378.

²⁷ Fahrettin Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017, s. 34. Cevdet Yavuz, “Dava”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, TDV Yayınları, 1994, Cilt 9, s. 12. Nası Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, İstanbul, Karahan Kitapevi, 4. Baskı, 2019, s. 3-4, 6. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 377-378.

²⁸ Yavuz, “op. cit., s. 12.

²⁹ Ibid., s. 12.

³⁰ Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2020, s. 25. Abdüsselâm Arı, “Hız. Ömer'in Ebû Mûsâ El-

İslam hukukunun tedvin sürecinde hukuk ve ceza ayırımı yapılmaksızın yargılama hukukuna ilişkin esaslar, fıkıh kitaplarının dava, kazâ, beyyine, akziye gibi başlıklarının altında ya da edebü'l-kâdi, adâbü'l-kazâ adlı müstakil eserlerde yer almıştır.³¹

İslam yargılama hukukunun gelişim seyrine bakıldığında tahkîm/hakemler tarafından görülen davalar, mahkeme ve hakimler tarafında görülen davalar ve üst yöneticiler tarafından görülen mezâlim davalarından söz etmek mümkündür. Mezâlim davaları, genellikle temyiz talebini içeren davalar ve idari davalardan oluşmaktadır. Ayrıca ordu komutanlarının, kadıların, muhtesiplerin güvenlik amirlerinin kendi görev alanları ile ilgili baktığı ve farklı bir usûlün takip edildiği davalar da vardır.³²

İslam yargılama hukukunda, genel yargılama yoluna göre ihtiyari ve daha sınırlı olan tahkîm usûlü ise, uzun tarihi geçmişi olan ve devletlerin teşkilatlanması, tarihi sosyo-kültürel yapılarıyla bağlantılı olarak kullanım alanı bulmuş alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. İslamiyetten önce Arap yarımadasında kullanılan tahkîm/hakem usûlü İslamiyetin gelişinden sonra da kullanılmaya devam edilmiş asli yargı yolunun yanında tali ve tamamlayıcı alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak varlığını devam ettirmiştir.³³

İslamdan önce Hicaz-Arap yarımadasında merkezi bir otorite olmadığı için ihtilaflar, genellikle kabile reisleri, aile büyükleri ve toplumda saygınlığı olan kişilerin hakemliğinde/arabuluculuğunda barışçıl yollarla çözümlenmeye çalışılmıştır. Hakemler, bilgisi, ferâseti ve

Eş'arî'ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 2, 2003, s. 86, 88.

³¹ Yavuz, op. cit., s. 12. Abdulaziz Bayındır, *İslam Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, İstanbul, Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015, s. 77.

³² Yavuz, op. cit., s. 14.

³³ Ahmet Akgündüz, "Hakem", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul TDV Yayınları, 1997, Cilt 15, s. 171. Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, op. cit., s. 81-82. Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, op. cit., s. 32.

adaletiyle isim yapmış tecrübe ve birikimi olan mazbut kimselerden seçilmiştir.³⁴

İslam hukukunda resmi yargılama öncesi uyuşmazlıkların sulh ile çözüme kavuşturulması talep ve tavsiye edilen hususların başında gelmektedir. Sorunların çatışmaya dönüşmeden karışıklık rıza ile çözüme kavuşması, toplumsal huzur ve barış için de çok önemsenmiştir.³⁵ Genel olarak İslam hukuku, hukuk güvenliğini de aşan bir yaklaşımla esnek ve alternatif çözümler üretir.³⁶

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri arabuluculuk / sulh / tahkîm İslam dininde hem ahlaki hem de hukuki işlemler olarak kabul edilmektedir. Bu yöntemler, İslam hukukunun alt dalları olan aile hukuku, borçlar hukuku, devletler arası hukuk hatta kamu hukuku olarak değerlendirilen ceza hukukunun bile kul haklarını ilgilendiren bölümünde uygulanmaktadır.³⁷

Kur'an'da genel olarak (Bakara, 2/224, 228; Nisâ, 4/35, 128; Hucurât, 49/9, 10; Enfâl, 8/1)³⁸ insanların arasını bulmanın sulh

³⁴ Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, op. cit., s. 81., Akgündüz, op. cit., s. 171., Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, op. cit., s. 36. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 376.

³⁵ Şen, op. cit., s. 106.

³⁶ Bu esnek yaklaşım Anglo-Amerikan sistemiyle benzerlik göstermektedir. Anglo-Amerikan sisteminde de gelenek hukuku yazılı hukukun önünde gelir. Bir örf ve adet kuralı varsa öncelikle o uygulanır. Kamu hukuku özel hukuk ayrımı yoktur ve mahkeme kararları (yani içtihat hukuku) hukukun temel kaynağıdır. Bu yönleriyle İslam hukukuyla benzerlik göstermektedir. Mathias Rohe, *İslam Hukuku*, Çev. Barış Yiğit, İstanbul, Runik Kitap, 1. Baskı, 2020, s. 20.

³⁷ Muharrem Balcı, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkîm*, İstanbul, Danışman Yayınları, 1. Baskı, 1999, s. 76. Atar, "Sulh", op. cit., s. 481. Şen, op. cit., s. 131-132. İbrahim Yılmaz, "İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Öneleyici Bir Tedbir Olarak Tahkîm Müessesesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması", *Turkish Studies*, Cilt 12, Sayı 10, 2017, s. 338.

³⁸ "İyilik etmemek, takvaya sarılmamak, insanlar arasını ıslah etmemek yolundaki yeminlerinize Allah'ı siper yapmayın. Allah hakkıyla iştir, hakkıyla bilendir." Bakara 2/224. "Boşanmış kadınlar kendi kendilerine üç ay hali (hayız veya temizlik müddeti) beklerler. Eğer Allah'a ve ahiret gününe inanıyorlarsa, Allah'ın kendi rahimlerinde yarattığını gizlemeleri onlara helal olmaz. Kocaları bu süre içinde barışmak isterlerse, onları geri almağa daha çok hak sahibidirler. Kadınların, yükümlülükleri kadar meşru hakları vardır. Yalnız erkeklerin kadınlar üzerinde bir derece farkı vardır.

kelimesiyle ifade edildiği, aile içi uyuşmazlıklardan birey ve topluluk uyuşmazlıklarına kadar hemen hemen tüm uyuşmazlıklarda sulhun yarar ve faziletlerinden bahsedilmiş barıştırma ve arayı bulma Müslümanlara hem ahlaki hem de toplumsal bir görev olarak tavsiye edilmiştir. Aynı husus sünnette de vardır. Müslümanlar arasında haramı helal, helali de haram kılmadıkça her türlü sulhun câiz olduğu belirtilmiştir.³⁹

Allah mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir.” Bakara 2/228. “Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse, Allah da onları uzlaştırır. Şüphesiz, Allah hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdardır.” Nisâ 4/35. “Eğer bir kadın kocasının, kendisine kötü davranmasından yahut yüz çevirmesinden endişe ederse, uzlaşarak aralarını düzeltmelerinde ikisine de bir günah yoktur. Uzlaşmak daha hayırlıdır. Nefisler ise kıskançlığa ve bencil tutkulara hazır (elverişli) kılınmıştır. Eğer iyilik eder ve Allah’a karşı gelmekten sakınırsanız, şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.” Nisâ 4/128. “Eğer inananlardan iki grup birbirleriyle savaşırlarsa aralarını düzeltin. Eğer biri ötekine karşı haddi aşarsa, Allah’ın buyruğuna dönünceye kadar haddi aşan tarafa karşı savaşın. Eğer (Allah’ın emrine) dönerse, artık aralarını adaletle düzeltin ve (onlara) adaletli davranın. Çünkü Allah, âdaletli davrananları sever.” Hucurât 49/9. “Mü’minler ancak kardeşlerdir. Öyleyse kardeşlerinizin arasını düzeltin. Allah’a karşı gelmekten sakının ki size merhamet edilsin.” Hucurât 49/10. “...Ganimetler Allah’a ve Resûlüne aittir. O halde, eğer mü’minler iseniz Allah’a karşı gelmekten sakının, aranızı düzeltin, Allah ve Rasûlüne itaat edin.” Enfâl 8/1.

³⁹ “Müslümanlar arasında sulh câizdir. Haramı helal, helali haram yapan sulh hariç.” Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd İbn Mâce el-Kazvîni, *Sünen’i İbn Mâce*, tah. Muhammed b. Salih er-Racihî Riyad, Beytü’l Efkârü’d-Devliye, H.1420/M.1999, Sulh, 23/2353. Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İbn Rüşd el-Hafid el-Kurtubî, *Bidayet’ül Müçtehid ve Nihayet’ül Muktesid*, tah. Abdullah el-’İbadî, Kahire, Darus’selam Yayınevi, 1. Baskı, H.1416/M.1995, Cilt 1, s. 1951. Burhaneddin Ebu Hasan Ali b. Ebubekir el-Merğînanî, *El-Hidaye*, Şerh: Abdülhay El-Leknevi, Pakistan-Karaçi, Kuran ve İslami İlimler İdaresi, 1. Baskı, H.1417/M.1996, Cilt 6, s. 129-130. Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme el-Cemmâilî el- Makdisî, *El-Muğni*, tah. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki – Abdulfettah Muhammed el- Hulv, Riyad, Daru Alem’el-Kütüb, 3. Baskı, H.1416/M.1995, Cilt 7, s. 5. Atar, “Sulh”, op. cit., s. 481. Şemsüddîn Muhammed b. el-Hatîb eş-Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, tah. Muhammed Halîl

Sulh, Kur'an ve sünnetteki dayanakları yanında icmâ ile de desteklenmiştir. Fıkıh kitaplarının muamelat bölümlerinde sulh, musalaha adları ile yer almıştır.⁴⁰

Hız. Peygamber döneminde günümüz uygulamalarına benzer kurumsal hukuki yapılar olmadığı için aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar daha çok dini, ahlaki ve örfî çerçevede hakem heyetine benzer yapılar tarafından çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.⁴¹

İslam'da aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin kaynağı Kur'an ve Sünnet'tir. İslam hukukunda bu iki kaynak ahkâma ilişkin hükümlerde genel ilkeleri belirlemekle yetinirken aile hukukuna ilişkin hükümlerde hukuk tekniğı açısından detay hüküm denilebilecek ayrıntılara yer verilmiştir. İslam hukukunun aileye ilişkin düzenlemelerinde özellikle evlenme, boşanma hükümlerinde kaynak ve sistematik açısından böyle bir yol izlenmesi İslam'ın aile kurumuna verdiği önemden kaynaklanmaktadır.⁴²

İslam aile hukukunda problemler direkt olarak mahkemelere taşınmaz. Öncelikle evliliğin devamı için eşlerin karşılıklı olarak fedakarlıkta bulunmaları beklenir. Uzlaşma, hoşgörü ve fedakârlık esasları üzerinde aile birliğı korunmaya çalışılır. Bunun mümkün olmaması halinde bu konularda yetkili makamlar, aile üyelerinden hakemlerin/arabulucuların devreye girmesini sağlarlar.⁴³ İslam aile hukukundaki hakem heyeti uygulaması direkt bir tahkîm olarak anlaşılmamalıdır. Daha çok arabuluculuk-tahkîm modern adıyla Med-Arb

‘İtânî, Beyrut-Lübnan, Dâru'l Me'arife, 1. Baskı, H.1418/M.1997, Cilt 2, s. 230.

⁴⁰ Eş-Şirbîni, op. cit., Cilt 2, s. 230. Atar, “Sulh”, op. cit., s. 481.

⁴¹ İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 347-348.

⁴² Mesut Bayar, “İslam Aile Hukukunda Karı-Koca Arasında Meydana Gelen Anlaşmazlıklara Önerilen Çözümler”, *Şarkiyat*, Sayı 5, Nisan 2011, s. 89. Ahmet Yaman, *İslam Aile Hukuku*, İstanbul, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 23. Baskı, 2018, s. 13-14.

⁴³ İbrahim Paçacı, “Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı 11, 2008, s. 88. Mehmet Hüsrevoğlu, *İslam'da Evlilik ve Boşanma*, Kayseri, Arznet Yayıncılık, 2010, s. 139. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 381.

(Mediation-Arbitration)⁴⁴ türü karma bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁴⁵

İslam aile hukukunda tahkîme ve hakemlere/arabuluculara başvurunun dayanağı olarak Kur'an'da geçen ve ihtiyari tahkîm usûlünü belirten aşağıdaki ayet dayanak olarak gösterilmektedir: “Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (arayı) düzeltmek isterlerse, Allah da onları uzlaştırır. Şüphesiz, Allah hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdardır.” (Nisâ, 4/35)⁴⁶ Bu ayet İslam ailesinde başlayan huzursuzluk ve mutsuzluğa resmi yargı öncesi sunulan ihtiyari ve özel bir çözüm yöntemidir.⁴⁷

Aile içinde eşlerin anlaşamamalarından kaynaklanan geçimsizlik nedeniyle huzursuzluk (nüşûz, şikâk) baş gösterdiğinde ve ailenin temelleri sarsıldığında Kur'an, aile büyüklerinden veya dışarıdan sözü dinlenen biri kadını biri de erkeği temsil etmek üzere iki hakemin/arabulucunun tayin edilmesini tavsiye etmektedir.⁴⁸

Nüşûz, sözlükte, “yükselme, dikleşme” anlamlarına gelen n-ş-z kökünden gelmektedir. Karşı gelme, itaat etmeme, itiraz etme gibi anlamlar içermektedir. Nüşûza, kadın ve erkek açısından farklı anlamlar

⁴⁴ “Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkîm Yöntemi: Taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için ilk olarak arabuluculuk yöntemine başvurulduktan sonra bu yöntemin başarısız olması halinde, çözüme ulaşmak için tahkimin kullanıldığı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.” Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkîm*, (Danışman: Timuçin Muşul), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011, 50.

⁴⁵ Temel, op. cit., s. 321-323., Balcı, op. cit., s. 72.

⁴⁶ Nisâ 4/35., Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345. İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 263-264. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 381. İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 338-339. Bayar, op. cit., s. 103. Ensari Yücel, “İslam Hukukunda Tahkîm ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkîm Yoluyla Çözümü”, *İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi*, Cilt 3, Sayı 2, 2017, s. 142. Temel, op. cit., s. 321-323., Yaman, *İslam Aile Hukuku*, op. cit., s. 93.

⁴⁷ Ömer Nâsuhi Bilmen, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye*, İstanbul, Bilmen Yayınevi, Cilt 2, s. 368.

⁴⁸ Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 342. İbn Rüşd, op. cit., Cilt 1, s. 1480. İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 263-264. Bilmen, op. cit., Cilt 2, s. 365. Hüsrevoğlu, op. cit., s. 174.

verilmiştir. Kadının nüşûzu kocasına itaat etmeme; erkeğin nüşûzu ise karısına eziyet etme olarak değerlendirilmektedir.⁴⁹

Şikâk ise sözlükte “köşe, kenar” anlamlarını içeren ş-k-k kökünden türemiştir. Bu anlamıyla sözcük ayrılmayı, uzaklaşmayı, zıtlaşmayı ve uyumsuzluğu ihtiva eden anlamlar içermektedir. Şikâk, topluluklar arasında söz konusu olduğunda düşmanlık; bireyler arasında olduğunda anlaşmazlık ve uyuşmazlık anlamlarında kullanılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında eşler arasındaki şikâk, ayette anlaşmazlık ve uyuşmazlık anlamında kullanılmıştır.⁵⁰

Fıkıh kitaplarında “nüşûz ve şikâk” olarak geçen terimlerden nüşûz, bir taraftan kaynaklanan geçimsizliği; şikâk ise iki taraftan kaynaklanan günümüz tabiriyle “şiddetli geçimsizlik” olarak tanımlanan durumu ifade etmektedir.⁵¹

Ayette, eşler arasında geçimsizlik ortaya çıktığında kadın ve erkeğin ailesinden bir hakem heyeti oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu hakem heyeti sorunun kaynağını araştırarak uzlaşma ya da ayrılma yönünde bir çözüm önerisinde bulunacaktır.⁵² İslam hukukçuları ailedeki geçimsizliğe ilişkin tahkîm usûlüne başvurma câiz olduğunu ve olayın mahkemeye götürülmesi halinde de mahkemenin karar vermeden önce tarafları söz konusu tahkîm usûlüne yönlendirmesi gerektiği konusunda ittifak etmişlerdir.⁵³

Öte yandan İslam hukukçuları, ayette geçen “...gönderin/gönderiniz” hitabının kamu otoritesine yapıldığını dolayısıyla bunun bir vüçûb/gereklilik ifade ettiğini ve kamu otoritesine, boşanmaya müdahale yetkisi verildiğini ifade etmektedirler. Ayrıca ayette geçen “...endişe ederseniz/korkarsanız... hakem gönderin.”

⁴⁹ İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 259-260. Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 342-345. Hasan Ali Görgülü, *İslam Hukukunda Eşler Arası Sorunlar ve Çözüm Yolları*, Isparta, Fakülte Kitapevi, 2005, s. 115-116. Bayar, op. cit., s. 94.

⁵⁰ Görgülü, op. cit., s. 120-122. Bayar, op. cit., s. 94. Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345.

⁵¹ Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 342-345. Bayar, op. cit., s. 94.

⁵² İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 263-264. İbn Rüşd, op. cit., Cilt 1, s. 1480. Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345. İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 338-339. Bayar, op. cit., s. 103.

⁵³ İbn Rüşd, op. cit., Cilt 1, s. 1480. İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 263-264. Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345. Bilmen, op. cit., Cilt 2, s. 363, 367. İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 338-339. Bayar, op. cit., s. 103.

ifadeleri taraflara değil üçüncü kişi/kişilere yönelik olduğundan ailenin dağılmasından etkilenen akrabalara, Müslümanlara ve kamu otoritesine bir sorumluluk yüklemekte ve ailenin dağılmaması için söz konusu unsurların harekete geçmesini önermektedir. Günümüzde toplum ve devlet adına mahkemeler ve hakimler bu vazifeyi yerine getirmektedir.⁵⁴

Aile üyelerinden seçilen hakemler/arabulucular, her iki tarafın iddialarını dinleyerek problemin ortadan kaldırılması ve ailede huzur ve barışın sağlanması için gereken bütün çabayı gösterirler. Hakemlerin/arabulucuların çabalarından bir uzlaşmanın sağlanamaması halinde hakemler en uygun kararı verirler.⁵⁵

Ayrıca, Nisâ suresinin 128. Ayetinde *“Eğer bir kadın kocasının, kendisine kötü davranmasından, yahut yüz çevirmesinden endişe ederse, uzlaşarak aralarını düzeltmelerinde ikisine de bir günah yoktur. Uzlaşmak daha hayırlıdır. Nefisler ise kıskançlığa ve bencil tutkulara hazır (elverişli) kılınmıştır. Eğer iyilik eder ve Allah’a karşı gelmekten sakınırsanız, şüphesiz Allah yaptıklarınızdan haberdardır.”*⁵⁶ ifadesi kullanılmaktadır. Burada hitap kadına yöneliktir. Kadın eşinin nüûzundan endişe ederse anlaşarak aralarını düzeltmeli ve sulh yoluna gitmelidir.⁵⁷ Kadının bu durumda iki seçeneği vardır. Ya mahkemeye gidip tefrik kararı talebinde bulunacak ya da sulh olacaktır.⁵⁸ Hitabın kadına yapılmış olması erkeğin de sulh yoluna başvuramayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla sulh yolunu her iki tarafın da tercih etmesi mümkündür.

Eşlerin tüm fedakârlık ve sulh girişimlerine rağmen geçimsizlik/şikâk sonlandırılammışsa hakeme gitmenin yolu açılmış olur. Taraflar hakem⁵⁹ talebinde bulunabilirler.⁶⁰

⁵⁴ Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 342-345. İbrahim Yılmaz, “op. cit., s. 338-339. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 386.

⁵⁵ Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3. s. 345-346. Paçacı, op. cit., s. 88. Hüsrevoğlu, op. cit., s. 99.

⁵⁶ Nisâ 4/128.

⁵⁷ Bayar, op. cit., s. 95. Şen, op. cit., s. 117., İsmail Yılmaz, op. cit., s. 383.

⁵⁸ Bayar, op. cit., s. 96. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 383.

⁵⁹ “Hakem sözcüğü sözlükte, “men etme” anlamına gelen h-k-m kökünden türetilmiştir. Sözcük zülmü men etme anlamını da içermektedir. Hukukta ise resmi yargı öncesi tarafların aralarındaki bir uyuşmazlığı çözmek üzere yetkilendirdikleri kişi/kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır.” Görgülü, op. cit., s. 153.

İslam hukukunda hakem tayini, resmi yargılama öncesi sorunun sivil yöntemlerle çözülmesi için son seçenektir. Bu nedenle görevlendirilen hakemlerin sorumlulukları ağırdır. Bu sorumluluğu sahiplenecek kişiler de ancak eşlerin yakınları olabilir. Öyle ki hakemler seçilirken her iki eşin ailesinden sözü geçen birer aile büyüğü hakem olarak seçilmektedir. Hakemlerin eşlerin ailesinden olmasının bir zorunluluk mu yoksa tercih mi olduğu konusunda ihtilaf vardır. Ancak genel kanı öncelikli tercih olduğu bunun mümkün olmaması halinde hakemlerin dışardan da seçilebileceği yönündedir.⁶¹

Hakemlerin aileden olmasının üzerinde bu kadar durulmasının nedeni ise eşlerin aralarındaki sıkıntıları bir yabancından ziyade bir akrabaya daha rahat anlatabilecekleri ve akrabaların eşlerin sırlarını saklama konusunda daha çok özen göstereceklerine olan inançtan kaynaklanmaktadır.⁶²

Ancak hakemlerin, evlilik birliğini ayakta tutma, eşlerin arasını düzeltme konusunda yetkili oldukları ile ilgili ulema arasında görüş ayrılığı yoktur.⁶³ Hakemlerin kendilerine getirilen uyuşmazlık ile ilgili hakemlerin konumu ve ayırma yetkisi bulunup bulunmadığı konusunda ihtilaf vardır. Hanefî, Şâfî ve bazı Hanbelîlere göre hakemler sadece arayı düzeltmekle yetkilidir. Mâlikîler hakemlerin uyuşmazlığa ilişkin olarak boşanma dahil tam yetkili olduğu görüşüne sahiptirler.⁶⁴

İslam hukukçılarında genel eğilim hakimde bulunması gereken özelliklerin hakemde de bulunması gerektiği yönündedir.⁶⁵ Fakihler, hakemlerin kararlarının oybirliği ile alınması gerektiği görüşündedir.⁶⁶

⁶⁰ Görgülü, op. cit., s. 125-126. Bayar, op. cit., s. 102. İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 337.

⁶¹ Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 342-345. Bilmen, op. cit., Cilt 2, s. 365. İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 266. Bayar, op. cit., s. 103. Yücel, op. cit., s. 142. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 383-384.

⁶² Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345. Bilmen, op. cit., Cilt 2, s. 365. Görgülü, op. cit., s. 154. Bayar, op. cit., s. 103. Temel, op. cit., s. 321-323.

⁶³ Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 386.

⁶⁴ İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 264. Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345. İbn Rüşd, op. cit., Cilt 1, s. 1480-1481. Bilmen, op. cit., Cilt 2, s. 367. Yaman, op. cit., s. 93-94. Bayar, op. cit., s. 103-104. Görgülü, op. cit., s. 155.

⁶⁵ Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle-i Ahkamm-ı Adliyye*, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1990, (md. 1792-1799), s. 407-408. Şen, op. cit., s. 122.

İslam aile hukukunda eşler arasındaki uyuşmazlıkları çözümleyecek hakemlerin akil, balığ, Müslüman, adil ve erkek olmaları gerektiği ifade edilmiş bu özelliklere şirbînî (ö. 977/1570) gibi hür olma şartını ekleyenler de olmuştur.⁶⁷ şâfiilere göre hakemlerin erkek olması zorunlu değildir.⁶⁸

Genel olarak bakıldığında İslam hukuk doktrininde hakem usûlüyle evlilik içindeki uyuşmazlıkların çözümü konusunun tartişıldığı ve bu yolla boşanmanın dahi prensip olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.⁶⁹

Aile hakemliğine ilişkin ilk yasal işlerlik kazandırma uygulamasına Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesinde rastlanmaktadır. Kararnamenin 130. Maddesinde aile meclisi adıyla bir heyet öngörölmüş ve Mâlikî mezhebinin görüşleri doğrultusunda hakem heyetine yetkiler verilmiştir. Ayrıca taraflardan biri Mahkemeye boşanma talebiyle başvuru yaptığında söz konusu aile üyelerinden oluşan hakem heyetinin mahkemece oluşturulması da düzenlenmiştir.⁷⁰

Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesinin 130. Maddesinde tahkîm kurumu şöyle düzenlemiştir: “*Karı koca arasında anlaşmazlık ve geçimsizlik meydana gelip de taraflardan biri hâkime başvurursa, hâkim iki tarafın ailelerinden birer hakem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hakem olacak vasıflara haiz olmazsa dışardan münasip kişileri tayin eyler. Bu şekilde teşekköl eden “aile meclisi”, tarafların iddia ve savunmalarını inceleyerek aralarını ıslaha çalışır. Bu mümkün olmadığı takdirde, kusur kocada ise talâk ile aralarını tefrik eder. Kusur (suç) karıda ise, mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlea yoluyla hükmeder. Hakemler ittifak edemezlerse hâkim, gerekli vasıflara hâiz diğer bir hakem heyeti veya taraflara akrabalığı olmayan üçüncü bir hakem tayin eder. Hakemlerin vereceği karar kesin olup itiraz edilemez.” maddeden anlaşılacağı üzere hakemlere boşanma yetkisi de verilmiş ve boşanma*

⁶⁶ İbn Rüşd, op. cit., Cilt 1, s. 1480. İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 266. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 383-388.

⁶⁷ Eş-şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345. İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 266. Bilmen, op. cit., Cilt 2, s. 361. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 384-385.

⁶⁸ Eş-şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345.

⁶⁹ Bayar, op. cit., s. 104.

⁷⁰ Görgölü, op. cit., s. 155-156. Yaman, op. cit., s. 519. Bayar, op. cit., s. 104. İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 343.

kararının verilmesi halinde kararın kesin olacağı ve itiraz edilemeyeceği de belirtilmiştir. Ayrıca hakem heyetinin verdiği boşanma kararının bir bâin talâk olarak kabul edileceği ve usûlunce tescil edileceği de 131. Maddeyle hüküm altına alınmıştır.⁷¹

Günümüzde İslam ülkelerinin çoğunda “kötü muamele ve şiddetli geçimsizlik” nedeniyle eşlerin boşanma talebiyle mahkemeye başvuru yapma hakları kabul edilmiş ve tahkîm kurumu da Mâlikî mezhebinin görüşü esas alınarak düzenlemiştir. Irak, Suriye ve Lübnan’da Osmanlı Hukûk-ı Âile Kararnâmesi hükümleri esas alınarak tahkîm kurumu varlığını devam ettirmektedir.⁷²

Eşler arasındaki uyumsuzluklarda tayin edilen hakemlerin tefrik (boşanma) kararı verip veremeyecekleri konusunda ihtilaf vardır. Tefrikin daha ileri bir aşama olduğu ve bu yetkinin mahkemenin takdirinde olduğu gerekçe olarak gösterilmiştir. Bu anlayışa göre buradaki hakemlik daha çok arabuluculuğa yakındır. Hakemler daha çok aileyi ayakta tutma, aradaki muhabbeti arttırma ve sorunları çözme yönünde arabuluculuk yaparlar. Ancak tarafların ortak iradeleriyle hakem kararlarına tarafları bağlayıcı nitelik kazandırılabilir.⁷³ Tarafların ortak iradeleriyle hakemlerin kararlarına bağlayıcılık kazandırma günümüz arabuluculuk kurumunun verdiği kararlarının bağlayıcılık niteliği ile örtüşmektedir.

Hanefî ve Şâfiîler, aile hukukundaki hakemleri eşlerin vekilleri olarak kabul etmektedirler. Onlara göre hakemler tarafların izni olmadan boşanmaya karar veremezler. Çünkü boşanma haklarından “talâk” münhasıran erkeğe, “hul” ise kadına verilmiştir.⁷⁴ Bu yaklaşıma göre araçlar, hakem olarak tanımlansa da yaptıkları iş arabuluculuktur. Zira hakemler tarafların iradesi dışında bir karar verememektedirler. Bu da kurumsal anlamda yapılan işi daha çok arabuluculuk sistemine yaklaştırmaktadır.

Hanefîlerin aile hakemliğine ilişkin yaklaşımı tarafların iradesini üstün tutan günümüz arabuluculuk anlayışına daha yakındır. Hanefîlere göre aile arabuluculuğunda arabulucunun görevi arayı düzeltmektir.

⁷¹ İbrahim Yılmaz, s. 343. Temel, op. cit., s. 328. Yaman, *İslam Aile Hukuku*, op. cit., s. 93.

⁷² İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 343. Temel, “op. cit., s. 328.

⁷³ Balcı, op. cit., s. 79-80. Şen, s. 115-116. Temel, s. 321-323.

⁷⁴ Eş-Şirbînî, op. cit., Cilt 3, s. 345. İbn Kudâme, op. cit., Cilt 1, s. 264. İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 342. Temel, op. cit., s. 321-323. Yaman, *İslam Aile Hukuku*, op. cit., s. 93-94. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 387.

Taraflar, hakemlere boşama yetkisi vermemişlerse hakemin resen bu yetkiyi kullanma hakkı olmadığını ileri sürmektedirler.⁷⁵

Mâlikîler ve Hanbelî hukukçuların bir kısmı ise hakemlerin yetkilerini hakimlerinki ile aynı tutarlar. Bu nedenle boşanma için tarafların rızasının bulunmasına gerek yoktur. Şiddetli geçimsizlik varsa ve taraflar uzlaşamıyorsa erkeğin haksız çıkması halinde talâk yoluyla; kadının haksız olması halinde hul yoluyla hakemlerin boşama yetkisini kabul ederler.⁷⁶ Hakemlerin tarafların iradesi dışında bir karar verebileceklerini değerlendiren bu yaklaşıma göre söz konusu iş arabuluculuk değil, tahkîmdir.

İslam hukukunda arabuluculuk yaparak tarafların arasında sulhu sağlayanlara muslihûn adı verilmektedir.

Muslihûn kavramı daha çok Osmanlı kadı sicillerinde geçmektedir. Osmanlı'da sulh anlaşmazlıkları sürecinde tıkanıklığı gidermek için araya bazı kişilerin girdiği kayıtlardan anlaşılmaktadır. Tıkanıklıkların giderilmesinde ve anlaşmaya varılmasında büyük etkisi olan bu kişilere muslihûn adı verilmiştir. Sözlükte ıslah eden, düzelten, arayı bulan anlamlarına gelen muslihûn kelimesi Arapça sulh kelimesinden gelmektedir. Hukuk terimi olarak muslihûn, barışı temin eden, anlaşmazlığı gideren, uyuşmazlığa çözüm bulan kişiler anlamına gelmektedir. Tarafların yerine karar veren değil, tarafların kendi kararlarını verebilecekleri zemini sağlayan kişilerdir.⁷⁷

Mahkeme önünde yapılan sulhlerde muslihûnun adları geçmez. Ancak onların sulha katkıları yadsınamaz. Muslihûnun kimlerden oluştuğu konusunda kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Araştırmacılar tarafından da farklı görüşler ortaya atılmıştır. Ancak, muslihûn vazifesinin genellikle tarafların yakın akrabaları, arkadaşları, komşuları ve mahalle imamı gibi kişiler tarafından yerine getirildiği

⁷⁵ İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 264. Balcı, op. cit., s. 76. Temel, op. cit., s. 321-323. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 387.

⁷⁶ İbn Kudâme, op. cit., Cilt 10, s. 264. İbrahim Yılmaz, op. cit., s. 342. Temel, “op. cit., s. 321-323. İsmail Yılmaz, op. cit., s. 386-387.

⁷⁷ Avcı, op. cit., s. 28.

varsayılmaktadır. Bu noktada muslihûn kapsamı, belirli bir grup ya da kesim ile sınırlandırılmamıştır.⁷⁸

Bu konuya ilişkin görüş ortaya koyan isimlerden Aslan'a göre muslihûnün vazifesi, şuhûd'ul-hâl'in içinde yer alan adil Müslümanlardan bir kısmı tarafından yerine getirilmiştir. Bu nedenle muslihûn kelimesi bu kişileri işaret etmektedir. Aslan, şuhûd'ul-hâl'in içerisinde yer alan kişilerin, şuhûd'ul-hâl vazifelerinin dışında, küçük çaptaki anlaşmazlıkları sulha yönlendirme konusunda inisiyatif kullandıkları ve arabulucu işlevi gördüklerini belirtmektedir. Aslan, bu kanaatini çalıştığı şer'iyye sicilleri üzerindeki kayıtlarda şuhûd'ul-hâl'in içinde yer alan müftü, müderris ve eski kadı adlarından bazılarının yer almasına dayandırmaktadır.⁷⁹ Ayrıca, Aslan, yaptığı araştırmalarda muslihûnün resmi veya tüzel kişiliğe sahip bir müssese olup-olmadığı konusunda herhangi bir kayda rastlamadığını belirtmektedir. Ona göre bu vazifeyi yerine getirenler, gönüllü olan ve toplum barışının sağlanmasına katkı sunmaya çalışan kişilerdir.⁸⁰ Yine Çiğdem de şuhûd'ul-hâl'in muslihûn yani arabulucu görevini yerine getirdiğini ifade etmiştir.⁸¹

Peirce da uyuşmazlıkların çözümünde yer alan kişilerin muslihûn adıyla anıldığını ve bunların birçok uyuşmazlığın çözümünde katkı sunduklarını belirtmektedir. Ona göre, uyuşmazlıkların son bulmasında aracılık eden bu kimseler, miras hukukundan ceza hukukuna kadar birçok alanda bu fonksiyonu yerine getirmişlerdir.⁸²

Jennings de muslihûnün adlarının tek tek şer'iyye sicillerinde yer almadığını “muslihûn tevassutuyla” ifadesiyle kayıtların yer aldığını belirtir ve muslihûnün dâhil olduğu uyuşmazlıkların sulh ile neticelendirildiğini belirtir. Arabulucuların uyuşmazlığın çözümüne

⁷⁸ Ronald C. Jennings, “Kadı, Court, and Legal Procedure in 17th Century Ottoman Kayseri: The Kadi and Legal System”, *Studia Islamica* 48 (1978), 147-148.

⁷⁹ Nâsi Aslan, *İslam Yargılama Hukukunda “Şühûdü'l-hâl” Jüri: Osamanlı Devri Uygulaması* (Adana: Karahan Kitabevi, 2018), 44.

⁸⁰ Nâsi Aslan, “İslam ve Osmanlı Hukuk Sisteminde Sulh Akitleri ve Osmanlı Toplumunda (Muslihun) Arabuluculuk Müessesesi”, *Kur'an'da Evrensel Hoşgörü* (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 1997), 269.

⁸¹ Recep Çiğdem, *The Register Of The Law Court Of Istanbul 1612-1613: A Legal Analysis*, A thesis submitted to the University of Manchester for the degree of Ph. D. in the Faculty of Arts, 2001, s. 83.

⁸² Leslie Peirce, *Ahlak Oyunları 1540-1541 Osmanlı'da Ayntab Mahkemesi*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2005, s. 159-160.

ilişkin katkılarının usûlüne ilişkin herhangi bir kayıt bulunmadığını öne sürer. Ona göre arabuluculuk yapan kişiler toplumun gelenek göreneklerine ve kendi ahlaki anlayışlarına göre olaya dâhil olarak böyle bir işlev görmüşlerdir.⁸³

IV. TÜRK AİLE HUKUKUNDA ARABULUCULUK

Günümüz Türkiye’inde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri neredeyse temel bir ihtiyaç haline gelmiştir. Türkiye’de son zamanlarda bu konuyla ilgili oldukça fazla mevzuat değişiklikleri yapılmaktadır. Her uygulamadan sonra elde edilen başarı yeni bir mevzuat ihtiyacının doğmasına ve bu alanda değişiklik yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Özellikle 2012’de mevzuatımıza giren arabuluculuk uygulamasının 2018 de işçi-işveren uyuşmazlıklarında kesmen de olsa zorunlu (dava şartı) arabuluculuğa evrilmesiyle bu süreç hızlanmıştır.

Asıl itibariyle AUÇY’nin geliştiği ilk alan özel hukuk alanıdır. Modern düzenlemelerin birçoğunda ve 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda (HUAK) (Md. 1/2) da arabulucuya veya tahkime götürülecek hususların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar olduğu ifade edilmiştir.⁸⁴ Bu nedenle bu başlık altında Türk aile hukukunda arabuluculuğun uygulanabilirliği ele alınacaktır.

Türk hukukunda aileye özel bir önem verilmiş ve Anayasasının 41. Maddesinde ailenin toplumun temeli olduğu belirtilmiş, anne ve çocukların korunmasını devlete bir görev olarak yüklemiştir.⁸⁵

Dolayısıyla ailede huzur ve barışın sağlanması, uyuşmazlıkların mümkün olabildiğince tarafların iradesine ve rızasına uygun şekilde çözümlenmesi büyük önem arz etmektedir. Bu noktada anlaşmazlığa düşmüş aile bireylerinin, diğer aile bireyleri ya da bağımsız ve tarafsız üçüncü kişiler aracılığıyla uyuşmazlıklarını çözümlmeleri hem aile

⁸³ Jennings, op. cit., s. 147-148.

⁸⁴ HUAK, md. 1/2.

⁸⁵ Anayasa, md. 41, H. Reyhan Demircioğlu, “6325 Sayılı Kanunun Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği”, in Erdoğan Ersin (Ed.), *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 06-07 Aralık 2018)*, Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, s. 53-55. Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 136, 140. İpekyüz, op. cit., s. 161-162.

hayatının gizliliği hem de ilişkilerin yıpranmadan devam edebilmesi için en uygun yol olarak gözükmektedir.

Aile arabuluculuğunda asıl amaç eşlerin arasındaki ekonomik, sosyal ve duygusal uyuşmazlıkların yol açtığı sorunları belirli bir usûl dahilinde ve tarafsız üçüncü bir kişinin yardımıyla çözmektir. Söz konusu ekonomik, sosyal ve duygusal anlaşmazlıklar eşlerin arasını açmakta ve onları boşanmanın eşiğine getirmektedir. Aile arabuluculuğu, boşanma olsun olmasın, bu sürecin sulh ve sükun içerisinde sonuçlandırılması imkanını sağlamaktadır. Aile arabuluculuğu sayesinde eşlerin boşanmaları, mal paylaşımı, çocuklarla ilişki ve nafaka gibi hususlar karşılıklı anlayış, saygı ve hoşgörü içerisinde tarafların razı olacağı kararlarla sonuçlanmaktadır.⁸⁶

Aile arabuluculuğunun sağladığı en önemli faydalardan birisi de Anayasanın 20. Maddesinde koruma altına alınan özel hayat ve aile hayatının gizliliğine katkıda bulunmasıdır. Boşanma süreçlerinde alenileşme ihtimali olan aile sırları ve özel hayat tartışma konusu olmakta ve eşlerin şeref ve haysiyetini ilgilendiren birçok husus ortalığa saçılmaktadır. Aile üyeleri maddi ve manevi yönden zarar görebilmektedir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde arabuluculuk müessesesinin resmi yargılamaya göre aileyi ve aile hayatının gizliliğini korumaya daha elverişli olduğu anlaşılmaktadır.⁸⁷

Anayasada ailenin korunmasının devlete bir görev olarak yüklenmesi diğer yasal düzenlemelerde de bu ilkenin esas alınmasını zorunlu kılmıştır.

Anayasanın aile hukukuna ilişkin 10, 20, 41 ve 174. Maddelerine dayanılarak hazırlanan aile hukuku mevzuatında birtakım ilişkilerin kurulması, değiştirilmesi ve kaldırılması gibi durumlarda resmi devlet görevlileri ve makamlarına yetki verilmiştir. Bunlardan özellikle evliliğin resmi evlendirme memuru önünde yapılması, evliliğin ortadan kaldırılmasının ve boşanmanın hakim kararına bağlanmış olması, boşanma davasında hakimin oluşan vicdani kanaatine göre karar vermesi, boşanmada hakimin eşler ile çocuklar arasındaki ilişkiyi düzenleme

⁸⁶ Cemil Bülent Şen, *Boşanma Süreci ve Arabuluculuğu*, (Danışman: İbrahim Cılga), Ankara, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013, s. 98.

⁸⁷ Anayasa, md. 20,. Yazıcı, op. cit., 109., Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, op. cit., s. 1027-1028.

konusunda tarafların beyanları ile bağlı olmaması emredici düzenlemeler olarak değerlendirilmektedir.⁸⁸ Aynı şekilde velâyet ilişkisinde hakimın, “çocuğun yüksek yararını” dikkate alarak karar vermek zorunda olması da bu hususlara eklenebilir. Tüm bunlar aile hukukundaki bazı düzenlemelerin kamu düzeniyle ilişkilendirildiğini ve tarafların bu konularda serbestçe tasarrufta bulunamayacağını göstermektedir.

Türkiye’de arabuluculuğun ana düzenlemesi, 6325 sayılı kanundur. Dolayısıyla aile hukuku uyuşmazlıklarında uygulaması ilk akla gelen düzenlemedir. Özel kanunlardaki arabuluculuğa ilişkin düzenlemelerin eksik kaldığı noktalarda genel kanun olan 6325 sayılı kanun hükümleri uygulanmaktadır.

6325 sayılı kanunun 1. Maddesinin 2. Fıkrasında, kanunun, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacağı belirtilmiş ve tarafların tasarrufunda olmayan uyuşmazlıklar ayrık tutulmuştur. Bu istisna aile hukuku uyuşmazlıklarında da geçerlidir. Ayrıca bu istisnanın dışında, 6325 sayılı yasanın 1. Maddesinin 2. Fıkrasının son cümlesinde aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların da arabuluculuğa elverişli olmadığı belirtilmiştir.⁸⁹ Dolayısıyla maddedeki bu iki düzenlemeyle aile arabuluculuğuna ilişkin uyuşmazlıkların kapsamı daha da daralmıştır.

Kanundaki düzenlemenin, mevcut bir şeddetin ötesinde “şiddet iddiasını içeren uyuşmazlık” şeklinde ifade edilmesi aile hukukunda arabuluculuğun kapsamını büyük ölçüde daraltan yorumlamalara sebebiyet vermiştir.⁹⁰ Ancak konusu insan olan ve geniş ölçüde inasani ilişki ve iletişim içeren aile hukukunda karşılıklı anlayış, saygı ve hoşgörüye dayanan arabuluculuk faaliyetinin yaygınlaştırılması

⁸⁸ Öztan, Bilge, *AileHukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, 2015, s. 5. Demircioğlu, op. cit., s. 53-55., Erdem Şimşek, “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme”, in Erdoğan Ersin (Ed.), *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 06-07 Aralık 2018 Ankara)*, Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019, s. 63, 66. Yazıcı, op. cit., s. 110, 112. Anayasa, md. 10, 20, 41, 174.

⁸⁹ HUAK, md. 1/2. Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 139., İpekyüz, op. cit., s. 160.

⁹⁰ Demircioğlu, op. cit., s. 55. Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 139. İpekyüz, op. cit., s. 160-161.

gerekirken alanın daraltılması toplumsal barışa uygun düşmemektedir. Bu nedenle 6325 sayılı Kanunun 1. Maddesinin 2. Fıkrasının genel olarak dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.⁹¹

Kanaatimizce de kanundaki şiddet iddiasının çok geniş bir alanı kapsadığı açıktır. Uygulamada da aile içindeki uyuşmazlıkların çoğu fiziki, psikolojik, ekonomik vb. şiddet iddialarıyla birlikte ortaya atılmaktadır. Bu nedenle iddianın somut bir veriye dayandırılarak arabuluculuk kapsamının dışına çıkarılması mağduru korumak açısından daha yerinde olacaktır. Bazen çok rahatlıkla arabuluculukta çözümlenebilecek bir uyuşmazlık, şiddet iddiası ile elenmekte ve mahkemelere taşınarak daha yorucu ve yıpratıcı sonuçlara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle şiddet iddiasını içeren tüm aile hukuku uyuşmazlıklarının kapsam dışında tutulması doğru değildir. İddianın somut verilere dayandırılması sonucunda arabuluculuktan elenmesi daha yerinde olacaktır.

A. Arabuluculuğa Elverişli Uyuşmazlıklar

Aile hukuku, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun İkinci Kitabında 118-494. Maddeler arasında düzenlenmiş statü hukukuna tabi bir alandır.⁹² 6325 sayılı yasanın eşler arasındaki malî ve tazminata ilişkin konularda uygulanabileceği değerlendirilmektedir. Evlilik öncesi nişanlılık döneminde verilen hediyelerin iadesi ya da nişanın bozulmasından kaynaklanan tazminat talepleri de arabuluculuğa elverişlidir.⁹³

Evlilik birliği sürecinde ortaya çıkan evin geçimine katkıda bulunma, çocukların eğitimine harcanacak para, boşanma sonucunda ödenecek tazminat gibi uyuşmazlıklar doğası gereği arabuluculuğa elverişlidir. Nitekim, Türk Aile hukukunda AUÇY açısından ilk düzenleme olarak kabul edilen 4787 sayılı yasanın 6. ve 7. Maddelerinde de özetle hakime, evlilik birliğinin devamı için eşlerin yükümlülüklerini hatırlatarak onları uzlaştırma ve sulh yoluyla sorunlarını çözme

⁹¹ Beyhan Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, İstanbul, Sümer Kitabevi, 1. Baskı, 2014, s. 191-192.

⁹² 8 Aralık 2001 Tarih ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), md. 118-494. Demircioğlu, op. cit., s. 53-55. Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 141.

⁹³ Öztan, op. cit., s. 82., İpekyüz, op. cit., s. 167., Demircioğlu, op. cit., s. 53-55., Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 138, 143-145.

konusunda teşvik görevi verilmiştir. Bu durumda hakimin, yargılamada durma kararı vererek tarafları arabuluculuğa yönlendirmesi mümkündür.⁹⁴

Öte yandan boşanmanın gerçekleşmesinden sonra dava açma süresi içerisinde ileri sürülebilecek tazminat, mal paylaşımı ve nafaka talepleri ile yeniden düzenlenmesi istenen nafaka miktarlarına ilişkin talepler de 6325 sayılı kanun kapsamında arabuluculuğa elverişlidir.⁹⁵

B. Arabuluculuğa Kısmen Elverişli Uyuşmazlıklar

Medeni kanunda kurulması ve uygulaması belirli bir prosedüre bağlandığından çocuğun velâyeti, çocukla kişisel ilişki kurulması ve çocuğun bakılması hususları hâkimin onaylaması halinde bu konuda yapılan anlaşmalar geçerli olacaktır. Öyle ki, hâkim, çocuğun yüksek yararını gözönünde bulundurarak tarafların mahkemeye sunduğu anlaşmayı kabul etmeme ya da değiştirerek onaylama yetkisine sahiptir. Bu nedenle anılan hususlar mutlak anlamda arabuluculuğa elverişli değildir.⁹⁶ Yani anılan hususlar tamamiyle tarafların tasarrufunda değildir. Hâkim taraflar arasındaki anlaşmayı reddedebilir, düzelterek kabul edebilir ya da olduğu gibi kabul edebilir. Bu hususlardaki arabuluculuğa elverişlilik, kısmidir.

Arabuluculuğa kısmen elverişli hususlar arasında değerlendirilebilecek bir diğer konu da anlaşmalı boşanmadır. 4721 sayılı TMK'nın 166. Maddesinde anlaşmalı boşanma müessesesi düzenlemiştir. Buna göre evlilik üzerinden en az bir yıl geçmişse ve taraflar birlikte başvurmuş ya da birinin açtığı davayı diğer eş kabul etmişse bu halde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve boşanma için sebebin varolduğu kabul edilir. Ancak bu halde de hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına ikna olması ve evliliğin malî sonuçları ile çocukların durumuna ilişkin tarafların yaptığı anlaşmayı

⁹⁴ 18 Ocak 2003 Tarih ve 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun (AMKGYUDK), md. 6-7. Demircioğlu, op. cit., s. 55. Şimşek, op. cit., s. 63. İpekyüz, op. cit., s. 165-166.

⁹⁵ Demircioğlu, op. cit., s. 33. Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 151.

⁹⁶ Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 155-157., İpekyüz, op. cit., s. 167-169.

uygun bulması gerekir. Bu şartlar gerçekleştikten sonra hakim boşanmaya karar vermek durumundadır.⁹⁷

Anlaşmalı boşanmada, tarafların bir takım işlemler üzerinde serbestçe tasarruf hakkı vardır. Eşlerin boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmayı kendi aralarında, noter, avukat veya arabulucu vasıtasıyla yapmalarında herhangi bir sakınca yoktur. Hakim tarafından uygun bulunan anlaşma her iki taraf içinde geçerli ve bağlayıcıdır. Bu alandaki serbest irade ve tarafların anlaşması hakimın onayı ile geçerlilik kazanmaktadır. Ancak hakim onayının bulunduğu mahkeme kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Anlaşmalı boşanmayı içeren fakat henüz kesinleşmeyen mahkeme kararlarının kesinleşme süresi içerisinde nizalı hale gelmesi mümkündür.⁹⁸

Kanatimizce anlaşmalı boşanma kararı, hakim tarafından verilen bir karar olmasına rağmen bu konuda taraf iradelerine onaya tabi de olsa bir özgürlük alanının tanınmış olması önemlidir. Aksi halde taraf iradelerine ve taleplerine aykırı şekilde fiili olmasa da hukuki açıdan evliliğin mahkeme zoruyla devam ettirilmesi söz konusu olacaktır. Ancak fiilen ve hukuken evlilik birliğini devam ettirmek istemeyen eşlere makul ölçüler içerisinde böyle bir imkan tanınmış olması mahkeme bağlantılı sulh/arabululuk veya müzakere olarak kabul edilebilir. Ayrıca eşlerin, arabulucular aracılığıyla anlaşmalı boşanma konusunda bir uzlaşmaya varmalarının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır.

C. Arabuluculuğa Elverişli Olmayan Uyuşmazlıklar

Mer'î Türk Aile hukukunda evliliğin kurulması (4721 sayılı kanun, 141, 142. maddeler) ve sona erdirilmesi (4721 sayılı kanun, 145-166. maddeler) kamu düzenine ilişkin olduğundan yukarıda da bahsedildiği gibi sözkonusu uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.⁹⁹

Kanuna göre evliliğin resmi memur önünde ve bazı şekil şartlarına bağlı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu usûl evliliğin geçerlilik şartıdır.

⁹⁷ TMK, md. 166.

⁹⁸ Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, op. cit., s. 1042-1043. Şimşek, op. cit., s. 65.

⁹⁹ TMK, md. 141-142, 145-166., Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 147.

Öte yandan boşanma kararının da hâkim tarafından verilmesi gerekir. Taraflar arasında anlaşmalı boşanma başvurusu dahi mahkemeye yapılmalı ve uyuşmazlık ile ilgili mahkemece karar verilmelidir.¹⁰⁰

Soybağından kaynaklanan uyuşmazlıklarda soybağının kurulması, düzeltilmesi veya değiştirilmesi hususları uyuşmazlığın tarafları dışındaki kişileri de (malvarlığı, miras payları açısından) etkileyeceği için kamu düzeninden sayılmaktadır. Bu konuya ilişkin birtakım uyuşmazlıkların görüldüğü davalarda cumhuriyet savcısının katılımı da zorunlu kılınmıştır. Doktrindeki bir görüşe göre cumhuriyet savcısının yer almadığı davalarda, baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasının babanın tanınması ile mümkün olduğundan arabuluculuğa elverişli olduğu ifade edilmiştir. Ancak genel olarak soybağına ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygun olmadığı değerlendirilmiştir.¹⁰¹

Aile hukukuna ilişkin Medeni Kanundaki bir diğer husus, vesayet kurumudur. Kendini temsil edemeyen zayıf kişileri korumak amacıyla öngörülen vesayet kurumunun kanunda düzenlediği birtakım ilkeler vardır. Vasisi olduğu kişilerin şahıs varlıklarını ve mal varlıklarını korumak ve yönetmekle yetkili kılınacak vasinin mahkemece uygun görülecek birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle vesayet kurumu da arabuluculuğa eleverişli değildir.¹⁰²

Kanaatimizce aile hukukunda üçüncü kişilerin haklarını etkileyen uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmaması yerinde bir düzenlemedir. Öyle ki vesayet, velâyet, tanıma, boşanma vb. aile hukukuna ilişkin işlemler sadece uyuşmazlığın taraflarını değil çocukları, mirasçıları, diğer aile üyelerini, tarafların alacaklı ve borçlularını da etkileyen sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle bu alandaki uyuşmazlıkların hâkim kararı ya da yetkili makamın onayı ile gerçekleştirilmesi doğru bir düzenleme ve uygulamadır.

6325 sayılı yasada aile arabuluculuğuna ilişkin genel olarak özel hukuk uyuşmazlıklarından ayrılan iki farklı özellik daha vardır. Bunlardan birincisi aile arabuluculuğunun mal paylaşımına ilişkin anlaşma belgelerinin mal rejiminin tasfiyesine bakmakla yetkili ve

¹⁰⁰ İpekyüz, op. cit., s. 168-169., Demircioğlu, op. cit., s. 55., Şimşek, op. cit., s. 64.

¹⁰¹ Uyumaz - Erdoğan, op. cit., s. 159.

¹⁰² Ibid., s. 160., İpekyüz, op. cit., s. 161.

görevli mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesidir.¹⁰³ İkincisi ise 6325 sayılı kanunun 18/3 maddesine göre arabuluculuğa elverişli aile hukuku uyuşmazlıklarında tarafların imzaladığı anlaşma belgesine ilişkin icra edilebilirlik şerhi taleplerinin, ilgili Mahkeme tarafından duruşmalı olarak incelenmesidir. Bu durumda incelemenin kapsamı anlaşmanın arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup-olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.¹⁰⁴ Görüldüğü üzere aile arabuluculuğuna elverişli anlaşma belgelerine ilişkin icra edilebilirlik şerhi talepleri kanunun emredici hükmü gereğince duruşmalı olarak yapılması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen ve diğer özel hukuk uyuşmazlıklarından ayrılan iki farklılık da Türk hukukunda ailenin korunmasına verilen özel önemden kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemeyle eşlerin, ihtisas hâkimi (aile mahkemesi hâkimi) tarafından dinlenmesi ve eşlerin vardıkları uzlaşmanın serbest iradelerinden kaynaklandığının hâkim tarafından da müşahade edilmesi amaçlanmıştır.

V. KARŞILAŞTIRMA

Hem İslam aile hukuku hem de mer'î Türk aile hukuku aileyi, toplumun temeli olarak görür. İslamın ilk döneminde günümüz uygulamasına benzer kurumsal hukuki yapılar olmadığı için aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar daha çok dini, ahlaki ve örfî çerçevede hakem heyetine benzer yapılar tarafından çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Türkiye’de, aile bireyleri arasındaki uyuşmazlıkların mahkeme önüne gelmeden önce İslam aile hukukuna benzer şekilde bireysel çabalar ve inisiyatif alan aile büyükleri aracılığıyla çözümlenmeye çalışıldığı gözlemlenen bir gerçekliktir. Bu maddi gerçekliğe paralel şekilde Türkiye’deki mevcut aile hukuku mevzuatı da aile birliğini ve bütünlüğünü korumaya yönelik bir yapıda hazırlanmıştır. Aile hukuku mevzuatında ayrılık ve boşanma koşullara bağlanmış ve zorlaştırılmıştır. Öte yandan 4787 sayılı Kanunla getirilen hükümler çerçevesinde boşanmaya ve ayrılığa sebep olabilecek huzursuzluk ve uyuşmazlıkların sulh yoluyla ve ayrılık ya da boşanma gerçekleşmeden çözümlenmesi

¹⁰³ Güler, op. cit., s. 158., Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, op. cit., s. 1056.

¹⁰⁴ HUAK, md. 18/3. Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, op. cit., s. 1055., İpekyüz, op. cit., s. 166-167.

esas benimsenmiştir. Bu nedenle mer'i Türk aile hukukunda da İslam aile hukukundakine benzer şekilde aile birliğinin ve bütünlüğünün sulh yoluyla devamının sağlanması amaçlanmaktadır.

Mer'i Türk aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 4787, 4721 ve 6100 sayılı kanunlarda hakime tanınan ya da görev olarak yüklenen tarafları sulha teşvik veya sulh teklifinde bulunma işlemleri hakimi de arabulucu konumuna sokan mahkeme bağlantılı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilebilir. Bu yönüyle mer'i Türk hukuku da İslam aile hukuku gibi aile birliğini ayakta tutmaya çalışan çözüm yöntemlerini önermektedir.

İslam aile arabuluculuğunda taraflar sulh ve tahkimden farklı olarak üçüncü bir kişinin aracılığıyla uyuşmazlığı çözmeye çalışmaktadırlar. İslam hukukundaki arabuluculuk mahkeme dışı ihtiyari arabuluculuk olarak kabul edilebilir.

Ancak günümüz mer'i Türk hukukundaki gibi kurumsal bir altyapı söz konusu değildir. Mer'i Türk hukukunda arabuluculuğa ilişkin genel bir düzenleme olan 6325 sayılı HUAK ve diğer kanunlardaki ilgili mevzuat ile arabuluculuğa yasal bir alt yapı kazandırılmıştır. Aile hukuku uyuşmazlıklarında da yasaklı olan alanlar haricinde 6325 sayılı Kanun uygulanabilmektedir.

Mer'i Türk aile hukukunda şiddet iddiası içeren aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğa cevaz verilmemiştir (6325 sayılı HUAK md. 1/2). Ayrıca aile hukukunda (boşanma, velâyet, soybağı ...gibi) tarafların serbest tasarrufuna tabi olmayan hususlarda da arabuluculuğa başvurulamamaktadır. İslam aile hukukunda ise uyuşmazlıkların sulh, arabulucu ya da hakem aracılığıyla çözümlenmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Bu yönüyle İslam aile hukukundaki arabuluculuğun mer'i Türk hukukuna göre daha geniş bir alanı kapsadığı söylenebilir.

İslam aile hukukunda mer'i Türk aile hukukundan farklı olarak arabuluculuk-hakemlik uygulaması vardır. Öncelikle arabuluculuk yöntemiyle uyuşmazlık çözümlenmeye çalışılmakta bunun mümkün olmaması halinde öncelikle tarafların ailelerinden hakemler seçilerek tahkim yoluyla uyuşmazlık çözümlenmeye çalışılmaktadır. Bu anlamda Batıdaki Med-Arb (Mediation-Arbitration) modelleri ve uygulamaları İslam aile hukukundaki arabuluculuk-hakemlik uygulamalarıyla benzerlik göstermektedir. İslam aile hukukundaki uygulamanın ayrıldığı yan ise şudur. İslam aile hukukundaki sulhu esas alan arabuluculuğun amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığı aile birliğinin devamını sağlayarak çözmeye çalışmaktır. Batıdaki uygulamada ise böyle bir amaç yoktur,

aslolan uyuşmazlığın çözümlenmesidir. Batıdaki aile arabuluculuğunda tarafların ailesinden arabulucu seçilmesi uygulaması da yoktur. İslam aile hukukunda ise arabulucular öncelikle tarafların ailesinden seçilmektedir.

Mer'i Türk hukukundaki uygulamada da arabulucunun aile üyelerinden seçilmesi söz konusu değildir. Aksine resmi arabulucunun aile üyelerinden olması arabuluculuğa engel bir durum olarak kabul edilmektedir. Arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması gerekmektedir. Aslında mer'i Türk hukukunda da arabulucuların aile üyelerinden seçilmesi yönünde yasal düzenleme yapılması ve İslam hukukundaki gibi (Med-Arb) arabuluculuk-hakemlik uygulamalarının tartışılması gelecekteki yasal düzenlemeler açısından yararlı olabilir.

İslam aile hukukunda uyuşmazlıkların çözümü, aile birliğini ayakta tutma esası üzerine kurulmuştur. Buna göre öncelikle arabulucular sorunu çözmeye çalışmaktadır. Bunun mümkün olmaması halinde tarafların ailelerinden hakemler seçilerek uyuşmazlık çözümlenmektedir. İslam hukukunda hakem tayini, resmi yargılama öncesi sorunun sivil yöntemlerle çözülmesi için son seçenektir. Bu nedenle görevlendirilen hakemlerin sorumlulukları ağırdır. Bu sorumluluğu sahiplenecek kişiler de ancak eşlerin yakınları olabilir. Öyle ki hakemler seçilirken her iki eşin ailesinden sözü geçen birer aile büyüğü hakem olarak seçilmektedir. Hakemlerin eşlerin ailesinden olmasının bir zorunluluk mu yoksa tercih mi olduğu konusunda ihtilaf vardır. Ancak genel kanı öncelikli tercih olduğu bunun mümkün olmaması halinde hakemlerin dışardan da seçilebileceği yönündedir. Mer'i Türk Aile hukukunda böyle bir hakemlik uygulaması yoktur.

İslam aile hukukunda hakemlerin yetkileri üzerinde özellikle boşanmaya karar verme konusunda yetkili olup olmadıkları konusunda ihtilaf vardır. Farklı görüşler olmakla birlikte özellikle Mâlikî uleması hakemlerin boşanma dahil aile uyuşmazlıklarında tam yetkili olduklarını savunmuşlardır.

İslam hukukunu referans alan Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesinde mahkeme öncesi arabuluculuk/hakemlik uygulaması zorunlu hale getirilmiştir. Kararnamenin 130. Maddesinde aile meclisi adıyla bir heyet öngörülmüş ve Mâlikî mezhebinin görüşleri doğrultusunda hakem heyetine yetkiler verilmiştir. Ayrıca taraflardan biri Mahkemeye boşanma talebiyle başvuru yaptığında söz konusu aile üyelerinden oluşan hakem heyetinin mahkemece oluşturulması da düzenlemiştir. Bu uygulama, günümüzdeki dava şartı arabuluculuk ya da zorunlu hakemlik uygulamasına büyük ölçüde benzerlik göstermektedir.

Kanaatimizce İslam aile hukukunun önerdiği tahkîm müessesesi günümüz toplum yapısına ve hukuk sistematığıne entegre olabilecek niteliktedir.

İslam aile hukukunda arabulucu ve hakemlerin birtakım özelliklere sahip olması gerekmektedir. İslam hukukuna göre arabuluculuk/hakemlik yapacak kişilerin, Müslüman olması, fiil ehliyetine sahip olması, hukuk bilgisine sahip olması, objektif ve güvenilir olması, sabırlı ve dikkatli olması ve ikna kabiliyetine sahip olması gibi bazı özelliklere sahip olması istenmektedir.

Mer'i Türk hukukunda da arabulucu ve hakemlerin sahip olması gereken vasıflar vardır. Seçilecek hakem veya hakem kuruluşlarının taşınması gereken özelliklere ilişkin yazılı bir mevzuat olmasa da hakemin reddi ve çekilmesi gibi işlemlerde 6100 sayılı HMK'daki şartlar geçerlidir. Hakemlik yapacak kişilerin belirli bir hukuk eğitiminden geçmiş olmaları veya hakemlik yapacakları alana ilişkin bir uzmanlık bilgisine sahip olmaları beklenir. Yine de kişisel özellikler açısından zorunlu olarak taşınmaları gereken özelliklerle ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Mer'i Türk hukukunda arabuluculuk ise hakemliğe göre daha kurumsaldır. Adalet Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından resmi arabulucuların sicili tutulmakta, eğitim ve görevlendirmelerine ilişkin çalışmalar bu daire başkanlığı tarafından yürütülmektedir. Ayrıca arabulucuların tabi olduğu arabuluculuk etik kuralları da düzenlenmiştir. 6325 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelikle tüm bu hususlar düzenlenmiştir. Kurumsal yapısı itibarıyla Mer'i Türk hukukundaki arabuluculuk faaliyeti, İslam hukukundaki arabuluculuk faaliyetinden farklılık arz etmektedir.

İslam aile hukukunda arabuluculuk/hakemlik sonucunda boşanmaya karar verilmesi halinde mal paylaşımı, eş ve çocuk nafakası, çocuğun velâyeti ve çocukla ilişkiler konusunda bir anlaşmanın sağlanması gerekmektedir. Aksi halde hukuk kuralları uygulanır. Mer'i Türk aile hukukunda da mal paylaşımı, tazminatlar ve hediyeler ile ilgili uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

İslam aile hukukunda eşe verilen yoksulluk nafakası süre olarak sınırsız değildir. Yoksulluk nafakası iddet süresince ödenmektedir. Erkek ise boşanma halinde herhangi bir yoksulluk nafakası talep edememektedir. Hediyeler ve gönülden verilen yardımlar bu kapsamın dışındadır. Mer'i Türk aile hukukunda ise eşe verilen nafaka

herhangi bir süre ile sınırlı tutulmamıştır. Ancak nafaka alacaklısı eşin evlenmesi, ya da taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Ayrıca nafaka alacaklısının resmi evlilik yapmadığı halde fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması veya haysiyetsiz hayat sürmesi hallerinde ise mahkeme kararıyla nafaka borcu sona ermektedir (TMK md. 176/3). Bu noktada yosulluk nafakası süresi ve nafakanın İslam aile hukukunda sadece kadına verilmesinin düzenlenmiş olması yönüyle İslam aile hukuku mer'i Türk hukukundan ayrılmaktadır. Günümüzde yoksulluk nafakasının belirli bir süreyle sınırlandırılması görüşü, mer'i Türk aile hukuku tartışmalarının önemli konularından birini oluşturmaktadır.

İslam aile hukuku ve mer'i Türk aile hukuku arabuluculuğunun bir benzerliği de aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklar çözülürken özel hayatın gizliliğinin korunmasıdır. Her iki hukukun arabuluculuk düzenlemesi, aile sırlarının ortaya dökülmesine engel olacak niteliktedir. İslam aile hukukundaki uyumsuzluğu çözen arabulucuların/hakemlerin aileden seçilmesi ve mer'i Türk hukukundaki arabuluculuk faaliyetlerinin hem gizlilik içerisinde yürütülmesi hem de beyan ve açıklamaların sonraki yargılamalarda delil olarak kullanılmaması bu gizliliği sağlayan unsurlardır.

Mer'i Türk Aile hukukunda boşanma işleminin mutlak suretle hakim kararı ile gerçekleşmesi gerekmektedir. Ancak İslam aile hukukunda tarafların ailelerinden seçilen hakemlerin boşanmaya da karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Bu yönüyle her iki hukuk arasında farklılık vardır. Mer'i Türk hukukunda da boşanmaya arabulucu/hakem aracılığıyla karar verilmesi hususunun tartışılması gereken bir konu olduğu kanaatindeyiz. Boşanma işleminin mahkeme kararı ile gerçekleşmesi devletin aile hukukuna müdahaleci yaklaşımının bir göstergesidir. Öyle ki mer'i Türk aile hukukunda arabuluculuğa elverişli hususlara ilişkin anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi diğer arabuluculuk faaliyetlerinden farklı olarak mahkeme tarafından duruşmalı olarak incelenmektedir. Bu hususun tarafların tasarrufunda olmayan bir konu olarak düzenlenmesi yargılama süreçlerini olumsuz etkilemekte ve yargılama süreci boyunca aile üyelerini yıpratmaktadır.

VI. SONUÇ

Bu çalışmada İslam aile hukuku ile mer'i Türk aile hukukundaki arabuluculuk arasındaki benzerlik ve farklılıklar ele alındı.

Arabuluculuğun kapsamlı bir konu olması nedeniyle çalışmayı aile arabuluculuğu ile sınırladık.

Arabuluculuğun ortaya çıkışı insanlık tarihi kadar eski ise de bu yöntemlerin toplumların ekonomik, kültürel, toplumsal ve siyasi gelişimlerine paralel olarak ortaya çıkıp geliştiği ve toplumların kültürlerine ve inançlarına göre kısmi farklılıklar gösterdiği ve devletlerin daha fazla başvurduğu bir yöntem olduğu görülmektedir.

İslam aile hukukundaki arabuluculuk/hakemlik uygulaması, mer'i Türk aile hukuku arabuluculuğuna göre daha geniştir. Kural olarak İslam aile hukukunda arabuluculuk/hakemlik uygulamasına yönelik yasak alanlar bulunmamaktadır. Mer'i Türk hukukunda ise boşanma gibi bazı alanlar arabuluculuğa elverişli değildir. Ancak bu konunun yeniden düşünülmesi fayda sağlayacaktır.

Sadece İslam hukuku ile mer'i Türk hukuku arasında değil, farklı ülke ve hukuklar arasındaki bu türden mukayeseli çalışmaların yapılması hukuklar arasında etkileşimin artmasına yeni ve uygulanabilir uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin ortaya çıkmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmet, “Hakem”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt:15, İstanbul, TDV Yayınları, 1997, s. 171-173.
- Akman, Şefik Taylan, “Hukuk-Politika İlişkisinin Niteliği Üzerine”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 7-17.
- 18 Ocak 2003 tarih ve 24997 sayılı *Resmi Gazetede* yayınlanan 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun (AMKGYUDK).
- Ansay, S. Şakir, “Sulh”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 1, Sayı: 2, 1943, s. 199-209.
- Aral, Vecdi, “Hukuk Nedir?”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 19-31.
- Arı, Abdüsselâm, “Hz. Ömer’in Ebû Mûsâ El-Eş’arî’ye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* Sayı: 2, 2003, s. 85-99.
- Aslan, Nâsi, “İslam ve Osmanlı Hukuk Sisteminde Sulh Akitleri ve Osmanlı Toplumunda (Muslihun) Arabuluculuk Müessesesi”, *Kur’an’da Evrensel Hoşgörü*, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 1997, s. 254-270.
- Aslan, Nasi, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, İstanbul, Karahan Kitapevi, 4. Baskı, 2019.
- Aslan, Nâsi, *İslam Yargılama Hukukunda “Şühûdü’l-hâl” Jürî: Osamanlı Devri Uygulaması*, Adana, Karahan Kitabevi, 2018.
- Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 6. Baskı, 2020.
- Atar, Fahrettin, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017.
- Avcı, Mustafa, “Osmanlı Ceza Muhâkemesinde Sulh (Uzlaştırma)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 25, Sayı:1, 2017, s. 11-71.
- Balcı, Muharrem, *İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkîm*, İstanbul, Danışman Yayınları, 1. Baskı, 1999.

- Bayar, Mesut, “İslam Aile Hukukunda Karı-Koca Arasında Meydana Gelen Anlaşmazlıklara Önerilen Çözümler”, *Şarkiyat*, Sayı: 5, Nisan, 2011, s. 87-111.
- Bayındır, Abdulaziz, *İslam Muhâkeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, İstanbul, Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2015.
- Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle-i Ahkamm-ı Adliyye*, İstanbul, Hikmet Yayınları, 1990.
- Bilmen, Ömer Nâsuhi, *Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye*, 8 cilt, İstanbul, Bilmen Yayınevi.
- Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail, *Sahîhu'l-Buhârî*, Dımaşk-Beyrut, Dâru İbn Kesîr, 1. Baskı, H.1423/M.2002.
- Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri*, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, 1. Baskı, 2021.
- Çağıl, Orhan Münir, “Hukukun Mahiyeti ve Fonksiyonu Hukuk: Nizam, Emniyet, Beşeri Hayat ve Adalet”, in Yaman, Ahmet (Ed.), *Makâsıd ve İctihad*, İstanbul, Rağbet Yayınlar, 2010, s. 21-34.
- Çiğdem, Recep, *The Register Of The Law Court Of Istanbul 1612-1613: A Legal Analysis*, A thesis submitted to the University of Manchester for the degree of Ph. D. in the Faculty of Arts, 2001.
- Demircioğlu, H. Reyhan, “6325 Sayılı Kanunun Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Uygulanabilirliği”, in Erdoğan, Ersin (Ed.), *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 06-07 Aralık 2018)*, s. 53-56.
- Ellek, Hasan, “İslam Hukukunda Malla İlgili Sulh Anlaşması”, *Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 3, 2013, s. 187-223.
- El-Merğinanî, Burhaneddin Ebu Hasan Ali b. Ebubekir, *El-Hidaye*, 8 cilt. Şerh: Abdülhay El-Leknevi, Pakistan-Karaçi, Kuran ve İslami İlimler İdaresi, 1. Baskı, H.1417/M.1996.
- Eş-Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc*, 4 cilt, tah. Muhammed Halîl 'Îtânî, Beyrut-Lübnan, Dâru'l Me'arife, 1. Baskı, H.1418/M.1997.

- Göksu, Mustafa, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkîm (Arabuluculuk-Uzlaştırma)*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2020.
- Görgülü, Hasan Ali, *İslam Hukukunda Eşler Arası Sorunlar ve Çözüm Yolları*, Isparta, Fakülte Kitapevi, 2005.
- Gül, Yağmur Temiz, *Ceza Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2021.
- Güler, Beyhan Kaplan, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, İstanbul, Sümer Kitabevi, 1. Baskı, 2014.
- Hasoğlu, Aynur, “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 1981-1996.
- 22 Haziran 2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK).
- Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Temel Arabuluculuk Eğitimi*, Ankara, Avrupa Konseyi Yayınları, 3. Baskı, Aralık, 2021.
- Hüsrevoğlu, Mehmet, *İslam’da Evlilik ve Boşanma*, Kayseri, Arznet Yayıncılık, 2010.
- Ildır, Gülgün, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2003.
- İbn Kudâme el-Cemmâilî el- Makdisî, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed, *El-Muğni*, 15 cilt, tah. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki – Abdulfettah Muhammed el-Hulv, Riyad, Daru Alem’el-Kütüb, 3. Baskı, H.1416/M.1995.
- İbn Mâce el-Kazvîni, Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd, *Sünen’i İbn Mâce*. tah. Muhammed b. Salih er-Racihî, Riyad, Beytü’l Efkârü’d-Devliye, H.1420/M.1999.
- İbn Rüşd El-Hafid, Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî, *Bidayet’ül Müçtehid ve Nihayet’ül Muktesid*, 2 cilt, tah. Abdullah el-’İbadî, Kahire, Darus’selam Yayınevi, 1. Baskı, H.1416/M.1995.
- İpekyüz, Filiz Yavuz, “Boşanmada Arabuluculuk”, in Muratoğlu, Tahir – Buluttekın, M. Burak (Ed.), *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık*

- Çözüm Yolları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2018, 155-170.
- Jennings, Ronald C. “Kadı, Court, and Legal Procedure in 17th Century Ottoman Kayseri: The Kadi and Legal System”, *Studia Islamica*, Sayı: 48, 1978, s. 133-172. URL: <http://www.jstor.org/stable/1595357>.
- Kekeç, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara, Adalet Yayınları, 3. Baskı, 2016.
- Konuralp, Cengiz Serhat, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkîm*, (Danışman: Timuçin Muşul), İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011.
- Oğuz, Özgür, *Türk İş Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Mart, 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar, “Arabuluculuk İle Tahkîm Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkîm”, *Yargıtay Dergisi* Cilt: 43, Sayı: 1, Ocak, 2017, s. 15-106.
- Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2022.
- Özgenç, Nuri Berkay, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Uzlaşma*, (Danışman: Ahmet Caner Yenidünya), İstanbul, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 6. Baskı, 2015.
- Paçacı, İbrahim, “Sosyal Hayattaki Değişim Sürecinde İslam Aile Hukuku”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 11, (2008), s. 59-92.
- Patterson, Susan R. – Seabolt, D. Grant, *Essentials of Alternative Dispute Resolution*, Dallas, Pearson Publications Company, 2. Baskı, 2001.
- Peirce, Leslie, *Ahlak Oyunları 1540-1541 Osmanlı’da Ayntab Mahkemesi*, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2005.
- Perçin, Gizem Ersen, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri” *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 31, Sayı: 2, Eylül, 2012, s. 177-201.

- Rohe, Mathias, *İslam Hukuku*, Çev. Barış Yiğit, İstanbul, Runik Kitap, 1. Baskı, 2020.
- Şafak, Ali, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara, Feryal Matbaacılık, 2. Baskı, 1992.
- Şen, Cemil Bülent, *Boşanma Süreci ve Arabuluculuğu*, (Danışman: İbrahim Cılga), Ankara, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.
- Şen, Yusuf, “İslam Hukukunda Arabuluculuk”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 22, 2012, s. 105-135.
- Şimşek, Erdem, “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme”, in Erdoğan, Ersin (Ed.), *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 06-07 Aralık 2018 Ankara)*, Ankara, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2019.
- Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 64, 2006, s. 151-178.
- Temel, Ahmet, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, *İstanbul Üniversitesi Yayınevi Darülfunun İlahiyat*, Cilt: 30, Sayı: 2, 2019, s. 311-336.
- 8 Aralık 2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK).
- Uyumaz, Alper – Erdoğan, Kemal, “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 17, Sayı: 1, Şubat, 2016, s. 119-169.
- Velioğlu, Erbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, (Erişim Tarihi: 13 Mart 2021), www.veliogluerbay.av.tr.
- Yaman, Ahmet, *İslam Aile Hukuku*, İstanbul, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 23. Baskı, 2018.
- Yavuz, Cevdet, “Dava”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, Cilt: 9, İstanbul, TDV Yayınları, 1994, s.12-16.

- Yazıcı, Hilal, “Bazı Hakların Korunması Açısından Boşanma Sürecinde Arabuluculuk: Beklenti, Endişe ve Öneriler”, *KADEM Kadın Araştırmaları Dergisi* Cilt: 4, Sayı: 1, Haziran, 2018, s. 103-120.
- Yılmaz, İbrahim, “İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Öneleyici Bir Tedbir Olarak Tahkîm Müessesesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması”, *Turkish Studies*, Cilt: 12, Sayı: 10, 2017, s. 329-360.
- Yılmaz, İsmail, “Hasımlıktan Hısımlığa Tahkîm”, *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 2, 2021, s. 372-392.
- Yücel, Ensari, “İslam Hukukunda Tahkîm ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkîm Yoluyla Çözümü”, *İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2017, s. 137-160.
- Yüksel, Mehmet, “Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 26. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 491-508.