

ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞUN EBEVEYNLER ARASINDAKİ ULUSLARARASI İHTİLAFLARDA UYGULANABİLİRLİĞİ

Gonca Gülfem BOZDAĞ*

ÖZET

İnsanlar arasındaki iletişimin küreselleşme ile ivme kazanması toplumda yaşanan ihtilafların artmasına neden olmuştur. Üstelik ihtilaflar, malların ve sermayenin serbest dolaşımı ve sınırların kalkması ile uluslararası platforma taşınmıştır. Bu çerçevede, ihtilafların çözümünde, arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarının uygulanması büyük önem kazanmıştır. Diğer taraftan, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ihtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözümlenebileceği kabul edilmiştir. Böylece, ebeveynler arasında yaşanan ihtilafların büyük bir kısmı arabuluculuk kapsamı dışında kalmıştır. Uluslararası düzenlemeler ise, aile hukuku gibi ilişkilerin devamlılığını gerektiren alanlarda arabuluculuk tekniklerinin uygulanmasını teşvik etmekte olup, özellikle çocuğun velayeti, çocukla şahsi ilişki kurulması ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında çocuğun mutad devletine iadesi gibi konularda arabuluculuğa gidilmesinin önemini vurgulamaktadır. Bu kapsamda, Lahey Özel Hukuk Konferansı tarafından, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda arabuluculuğun uygulanmasını düzenleyen bir Rehber kitap çıkarılmıştır. HUAK'na göre ebeveynler arasındaki bir kısım ihtilaflarda arabuluculuk faaliyeti uygulanması mümkün olmamakla birlikte, taraf olduğumuz Lahey Sözleşmesi kapsamında kalan ebeveynler arasındaki ihtilaflarda arabuluculuğun uygulanması mümkündür. Ancak, bu konuda uygulamaya yön verecek mevzuatın ihtiyaçlar çerçevesinde yeniden ele alınması ile çelişkili uygulamaların ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, velayet, şahsi ilişki, çocuğun iadesi, Lahey Sözleşmesi

* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, ggbozdog5@gmail.com.

**MEDIATION AND APPLICABILITY OF MEDIATION IN INTERNATIONAL
DISPUTES BETWEEN PARENTS**

ABSTRACT

The increase of the communication between people is gained acceleration by globalization and as a consequence of that disputes emerged in the community have increased. Furthermore, disputes gain an international direction by the removal of borders and also by the free movement of goods and capital. In this context, alternative dispute resolution methods such as mediation have become crucial. On the other hand, in accordance with the Mediation Law in Civil Disputes (Mediation Law), civil disputes which can be disposed freely by parties of the conflict are within the scope of the mediation. Therefore, the most of disputes taken place between parents are left out of the scope of the mediation. Contrary to this, international regulations have encouraged the implementation of mediation techniques, particularly, in the areas of family law requiring the continuation of the relationship. These arrangements emphasized the importance of the mediation in a custody case, establishment of personal contact (access right) and return of the child to his or her habitual residence within the scope of the Hague Convention of 1980. Particularly, a Guide book was published by Hague Conference explains the implementation of the mediation in family matters in the context of the Hague Convention. Although mediation in most of the disputes between parents is not possible in accordance with the Mediation Law, it is possible to implement the mediation in such areas in accordance with the Hague Convention. However, the arrangements directed the implementation have to be revised in line with requirements and contradictory implementations have to be eliminated.

Keywords: *Mediation, custody, personal contact (access right), return of child, Hague Convention.*

**ARABULUCULUK VE ARABULUCULUĞUN EBEVEYNLER
ARASINDAKİ
ULUSLARARASI İHTİLAFLARDA UYGULANABİLİRLİĞİ**

GİRİŞ

Küreselleşme; ekonomik, sosyal ve kültürel değerlerin uluslararası alanda yayılmasına neden olmuş, ekonomik alandaki uyum çalışmaları malların ve sermayenin serbest dolaşımına olduğu kadar insanların dolaşımına da ivme kazandırmıştır. Dünya çapında birliğe gidilmesi, insanların arasındaki

iletişimin artmasını ve bu nedenle yaşanan ihtilafların geleneksel yöntemler dışında farklı yöntemler ile çözümlenmesini gerektirmektedir. Hızlı ve etkin alternatif çözüm yollarının benimsenmesi ile sadece ulusal alanda değil, uluslararası alanda da karşılaşılan ihtilafların çözümünün daha kalıcı ve başarılı olması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, hukuki uyuşmazlıkların sona erdirilmesi için adli sistem dışında, yargılama yapılmaksızın benimsenen sistemin adı “*alternatif çözüm yolları*” olarak adlandırılmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları her ne kadar temelini Anglo-Sakson hukuk sisteminden almış olsa da, kürselleşmenin de etkisiyle Kıta Avrupası ülkelerinde hızla yayılma olanağı bulmuştur¹. Uyuşmazlıkların sona erdirilmesine, geleneksel yöntemlerden farklı bir bakış getiren alternatif uyuşmazlık çözümü (Alternative Dispute Resolution), aynı zamanda mahkemelerin iş yükünü hafifletmek, zaman ve masraf kaybını önlemek, taraflar arasında iletişimi kuvvetlendirerek sonuca en zahmetsiz şekilde gidilmesini sağlamak gibi birçok olumlu özelliği de beraberinde getirmektedir².

Uyuşmazlıkların çözümlenmesinde geleneksel kabul gören yöntem, mahkemelerce yerine getirilen yargılama yoludur. Bu yöntemin haricindeki çözüm şekli olarak da tanımlanabilen “*alternatif uyuşmazlık çözüm*” yolları, yargılamaya alternatif bir yöntem olarak düşünülmemelidir³. Amaç, devletin yer almadığı, yargı dışı, ancak devletin denetiminde ve hukuk kurallarıyla

¹ Tanrıver, Süha; “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*”, *Makalelerim II (2006-2010)*, Ankara, 2011, s. 3; Modern arabuluculuk faaliyetlerinin Amerika Birleşik Devletleri’nde yayılması 1970’li yıllara, İngiltere ve Avusturalya’da yayılması 1980’li yıllara, Avrupa ülkelerinde yayılması ise 1990’lı yıllara rastlamaktadır (Tıktık, Çiğdem Yazıcı; *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul, 2013, s. 7); Tuğsavul, Melis Taşpolat; *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, Ankara, 2012, s. 32-33.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, s. 10-11; Özbek, Mustafa Serdar; *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara, 2009, s. 205-238; Kekeç, Elif Kısmet; *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara, 2011, s. 83-92; Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz/ Özeken, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2013, s. 1095-1097; Güler, Beyhan Kaplan; *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, İstanbul, 2014, s. 53-59.

³ Tuğsavul, s. 24; Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mücadeleci usûl sisteminde daha etkin olarak kullanılabilir ve hatta yargılamaya göre daha üstün bir konumda olduğu da söylenebilir. Mücadeleci hukuk sisteminin temsilcisi olan ABD’de bu mekanizma en yaygın şekilde kullanılmakta olup, günümüzde hakimler ihtilafların bu yolla sonlandırılmasını zorlama konusunda daha etkin rol almaktadır. Böylece uyuşmazlıkların yüzde doksansı alternatif çözüm yolları ile sonlandırılmakta, geriye kalan yüzde onluk kısım yargılama konusu yapılmaktadır (Özbek, s. 201-202); Tanrıver, s. 21; Kekeç, s. 56-59.

kurumsallaştırılmış bir sistemin⁴ yargıya destek olması, belki de zaman içinde yargının yükünü paylaşarak bireylerin yaşamını kolaylaştırmasıdır⁵.

Alternatif Çözüm yolları içinde yer alan ve yaygın bir şekilde kullanılan arabuluculuk yöntemi; tarafsız bir üçüncü kişinin yönetiminde uyuşmazlık konusunun tespitinden sonra, taraflarca çözüm önerilerinin belirlenmesi ile alternatiflerin değerlendirilerek uzlaşmaya varılması için yürütülen müzakereler bütünüdür⁶. Tartışmalar esnasında dikkat edilmesi gereken temel nokta; arabulucunun, tarafların duygularını ifade edebilmeleri için gerekli olan güven ortamını sağlayabilmesidir. Her ne kadar arabulucunun yöntemleri farklılık gösterse de, gizlilik unsuru başarıya ulaşmak için gerekli olan en önemli anahtardır. Böylece taraflar müzakereler süresince daha rahat olur ve daha fazla bilgi paylaşımı sağlanarak çözüme ulaşılması kolaylaşır⁷.

Türk Hukukunda arabuluculuk müessesini düzenleyen temel hukuki düzenleme, 22/06/2012 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*”dur (HUAK)⁸. Kanun’un 1’inci maddesinde, arabuluculuğun hangi tür uyuşmazlıklara uygulanabileceği açıklanmaktadır. Anılan madde uyarınca arabuluculuk; yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanabilmektedir. Diğer taraftan, arabuluculuğun uygulanabilmesi için özel hukuk uyuşmazlıklarının kamu düzenine ilişkin olmaması şartı konulmuştur. Bu çerçevede, aile hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıkların da HUAK kapsamında çözümlenmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Özellikle velayet, şahsi ilişki kurulması, tedbir ve iştirak nafakası gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri, kamu düzenini ilgilendiren ve hâkim tarafından re’sen karar verilebilen konuların arabuluculuk faaliyetleri kapsamına girmediği görülmektedir⁹.

⁴ Ceylan, Şule Şahin; **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul, 2009, s. 4.

⁵ Tuğsavul, s. 24; Demir, Şamil; **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, Ankara, 2011, s. 12.

⁶ Liebscher, Christoph; (Çev: Göksu, Mustafa), “**Arabuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması**”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara, 2010, s. 54-55; Kekeç, s. 23; Ceylan, s. 147-148; Özbek; s. 151; Tanrıver, s. 18; Tuğsavul, s. 26; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 1094-1095.

⁷ Liebscher, s. 55-56; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 1097; Tuğsavul, s. 134-142; Kekeç, s. 75-80; Tıktık, s. 53-54.

⁸ 6325 sayılı “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*” 07/06/2012 tarihinde kabul edilmiş ve 22/06/2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹ Güler, s. 78, s. 181-182.

Aile hukukunun en hassas çözüm gerektiren konularından biri olan ebeveynlerin arasında ortaya çıkan bazı uyuşmazlıkların HUAK'ın uygulanma alanı dışında kalması, sadece yabancılık unsuru içermeyen ihtilaflarda değil, yabancılık unsuru içeren ve hatta kimi zaman taraf olduğumuz milletlerarası sözleşme ile düzenlenen ihtilaflarda da arabuluculuk müessesenin uygulanamaması sorunu ortaya çıkmaktadır. Örneğin; Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi¹⁰ uyarınca ebeveynlerin arasında yaşanan ve Sözleşme kapsamında kalan uyuşmazlıkların öncelikle dostane çözüm ile sonuçlandırılması önerilmektedir¹¹. Zira, Sözleşme'nin amacı çocukların üstün menfaatinin korunmasını sağlamaktadır¹². Bu amacın gerçekleşmesi, çocuğun hayatı boyunca taraflar ile sağlıklı ve etkin bir iletişim kurabilmesi ile mümkün olur. Dolayısıyla, ebeveynlerin aralarında yaşanan uyuşmazlığın alternatif çözüm yollarıyla sonlandırması bu sağlıklı iletişimin temelini oluşturacaktır. HUAK dışı bırakılan aile hukukuna ilişkin bazı ihtilafların çözümünde arabuluculuk yöntemine başvurulamaması, Sözleşme çerçevesinde etkin alternatif çözüm yollarının uygulanabilmesinde de sıkıntılara yol açabilir.

Sözleşme'nin uygulanmasına dair hazırlanan 5717 sayılı Kanun¹³, Sözleşme'nin dostane (gönüllü) çözüme ilişkin 7/c maddesi ile 10'uncu maddesinin uygulanmasına ilişkin düzenlemeler de içermekle birlikte, amaca hizmet eden etkili bir usul belirlememiştir. Dahası, gerek Lahey Konferansı'nın¹⁴ bu konudaki tavsiyelerine, gerekse Sözleşme'ye taraf

¹⁰ “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi” (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi), 3.11.1999 gün ve 4461 sayılı Kanunla onaylanmış ve 15.2.2000 tarihli, 23965 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak Ülkemiz yönünden 01.08.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹¹ HCCH, “*Mediation*”, Guide to Good to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice-*Mediation*), s. 21, http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf, Erişim 12.06.2014; Köseoğlu, Bilal: *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları*, TBB, Ankara, 2007, s. 14-15; Aytaç, Mehlika: “*Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar*”, Adalet Dergisi, ss. 34-65, Adalet Bakanlığı, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20, s. 42-44.

¹² “*The States signatory to the present Convention, Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody (...)*” (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, dibace kısmı).

¹³ 5717 sayılı “*Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun*”, 22/11/2007 tarihinde kabul edilmiş ve 04/12/2007 tarihli ve 26720 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ Milletlerarası özel hukuk alanında kurulmuş olan “Lahey Konferansı”, hukuki ve ticari konularda sınır ötesi işbirliğini hedefleyen uluslararası bir kuruluşur (HCCH, <https://www.hcch.net/en/home> Erişim 18.01.2016).

diğer devlet uygulamalarına bakıldığında, Türkiye uygulamasının oldukça yetersiz olduğu ve çocuğun menfaatini yeterince gözetmediği görülmektedir. HUAK'ın aile hukukuna ilişkin konularda sınırlayıcı düzenlemeler içermesi ise yaşanan bu sorunu daha da içinden çıkılmaz bir hale getirmektedir.

Sonuç olarak, ebeveynlerin arasındaki bu tür ihtilafların çözüme kavuşturulması için, yargılama aşamasına geçilmeden önce veya yargılama aşaması ile birlikte uygulanabilir etkin alternatif çözüm yolunun mevcut düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

I-ARABULUCULUK

A- Genel Olarak

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları içinde en çok tercih edilen yöntem olan arabuluculuk¹⁵, özellikle son yıllarda Kara Avrupa'sı ülkelerinde yaygın olarak uygulanmaktadır¹⁶. Arabuluculuk; arabulucu olarak adlandırılan tarafsız ve objektif konumda bir üçüncü kişinin, tarafları ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirmesi ve kişilerin kendi çözümlerini bulmasını sağlayarak ihtilafın sonlandırılmasının sağlanmasıdır. Bir başka ifade ile, taraflar arabulucunun gözetiminde çözüm yollarını tespit eder ve ortaya konulan çözüm önerileri çerçevesinde tarafların mutabakata varması için görüşmeler düzenlenir¹⁷. Nitekim HUAK 2'nci maddesinin b bendinde arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarı olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmaktadır.

¹⁵ Arabuluculuk, alternatif çözüm yollarının esasını oluşturan ve tüm özelliklerini barındıran bir yöntemdir. İhtilafa düşen taraflar arasındaki iletişimi en çok kuvvetlendiren ve bilgi akışı sayesinde iletişimsizlikten kaynaklanan sorunları çözen bir alternatif çözüm yoludur (Tuğsavul, s. 21); Özbek, s. 238.

¹⁶ Ceylan, s.3; Kekeç, s. 3; Tanrıver, s. 3; Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğsavul, s. 34 vd.; Tıktık, s. 15 vd.

¹⁷ Tanrıver, s. 3; Liebscher, s. 54; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1094-1095; Kekeç, s. 23; Demir, s. 32-33; Ceylan, s. 147, s. 298-299; Tıktık, s. 9-10; Goodman, Allan H.; **Basic Skills for the New Arbitrator**, 2. bası, Solomon Publications, Rockville, 2004, s. 24-25; Prütting, Hanns; (Çev: Çiftçi, Pınar), "*Arabuluculuk ve Hukuk Devleti*", Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara, 2010, s. 238.

Arabulucu, öncelikle müzakerelerin sürdürüleceği bir usul planı belirler, tartışmaların bu plan çerçevesinde gerçekleşmesini sağlar, müzakereleri yönetir ve ihtilafı hususların çözümüne yardımcı olur¹⁸.

B- Arabuluculuğun Temel İlkeleri

1- Gönüllülük ilkesi

Arabuluculuk, tarafların iradesine bağlı olup, tamamen ihtiyari bir kurumdur (HUAK m.3/I). Bir başka ifade ile, bir ihtilafı çözmek için arabuluculuk yöntemine başvurmak ya da arabuluculuğun sonucunda varılan çözüme uymak tarafların elindedir¹⁹. Taraflardan herhangi biri, arabulucuya verdiği yetkiyi geri alabilir ya da müzakereler sonucu tespit edilen çözüm önerilerini beğenmeyebilir. Bu durumda, taraflar aralarındaki ihtilaf konusu hususu başka yöntemlerle çözmeyi denemekte serbesttirler²⁰.

Arabuluculuk yoluna başvurmanın; gönüllülük ilkesine dayanması, tarafların istememesi halinde ortaya çıkan anlaşmaya uyulmak zorunda olunmaması ve diğer ihtilafı giderme yollarına başvurmayı engellememesi, arabuluculuğun hak arama hürriyetini de kısıtlamadığının da bir göstergesidir²¹. Bu kapsamda arabuluculuk, yargılama faaliyetlerinin yerine geçmemekte, ancak ihtilafın daha süratli çözümlenmesini amaçlayan yardımcı ve etkin bir rol üstlenmektedir.

2- Eşitlik ilkesi

Gönüllülük ilkesinin bir tezahürü de; tarafların ihtilafı sonuçlandırmak için birlikte ve uyum içinde çalışmalarının gereği olarak eşit şartlara sahip

¹⁸ Liebscher, s. 54

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğsavul, s. 126; Tıktık, s. 35-43; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1100-1101; Kekeç, s. 68-70; Demir, s. 33; “*Oysa mahkeme yargılaması ya da tahkimde, uyumsuzluğu sonlandırıcı kararı, hakim ya da hakem verir; bağlayıcı olmayan tahkim dışındakilerde, bu kararı taraflara dayatır*” (Ceylan, s. 298).

²⁰ Özbek, s. 500; Kekeç, s. 73-74; Demir, s. 33.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s. 225-238; Kekeç, s. 72-74; Ancak, arabuluculuk hususunda tarafları teşvik etmek ile zorlamak arasındaki sınıra dikkat etmek gerekmektedir. Aksi takdirde, herkesin meşru yollarla hak arama serbestisine sahip olduğuna dair Anayasa hükmüne aykırı davranılmış olunur (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486) (HUAK Tasarısı), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama dönemi 24, Yasama yılı 2, Sıra sayısı 233, s. 8, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> (Erişim 18.01.2016); Tıktık, s. 39-41; Özbek, Mustafa; “**Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk**” (Anayasal İlkeler ve Arabuluculuk), Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara, 2010, s. 136-145.

olmalarıdır. Zira, ihtilafın sonlandırılması için karar verecek bir kişi veya kurum yoktur. Arabulucunun görevi, sadece ihtilafın çözümünde taraflara yardımcı olmak, onların çözüme ulaşması için gereken müzakere planını yapmak ve ihtilafın önündeki engelleri kaldırmaktır. Taraflar yerine karar vermek arabulucunun görevi değildir. Bunun sonucu olarak, arabuluculuk mekanizmasının temel taşıını oluşturan taraf iradelerinin eşit bir zemini paylaşmaları gerekmektedir. Eşitlik ilkesi, alternatif çözüm yollarının uygulanmasında önemle üzerinde durulması gereken Anayasal bir ilkedir²². Nitekim HUAK m. 3/II'de, tarafların, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahip olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

Mahkemelerce uyuşmazlığın çözümlenmesinde adil yargılanma hakkının²³ önemli olması gibi, arabuluculuk sürecinde de tarafların eşitlik ilkesinden yoksun bırakılması düşünülemez. Zira, uyuşmazlığın çözümünde tarafların eşit haklara sahip olması, çözüme adaletli bir şekilde ulaşmak için gereklidir. İhtilafın adil olarak çözümlenmesi sadece mahkeme aşamasında değil, aynı zamanda alternatif bir yol olan arabuluculuk sürecinde de ihtiyaç duyulan bir ilkedir. Arabuluculuk süreci boyunca taraflardan birinin dışlanması veya bazı haklardan yoksun bırakılması var olan eşitlik ilkesini ve böylece adil bir çözüme ulaşmayı engelleyecektir²⁴. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, taraflar arasında eşitliğin bulunmaması demek, taraflardan birinin sonuca katlanmak zorunda bırakılması anlamına gelir. Böyle bir durumda, gerçek bir uzlaşmadan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır²⁵.

²² Tuğsavul, s. 134; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” (Anayasa'nın 10'uncu maddesi); “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” (Anayasa'nın 36'ncı maddesi); Anayasa Mahkemesi, hak arama hürriyetinin kısıtlanması ile ilgili olarak oldukça hassas davranmaktadır (Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin 03.03.2004 tarihli ve 98/31 sayılı kararı, RG 10.07.2004). Bu nedenle, alternatif uyuşmazlıkların çözüm yollarında gönüllülük ilkesinin önemi büyüktür. Hak arama hürriyetinin kısıtlanmaması açısından yapılacak düzenlemelerde bu hususu özellikle dikkat edilmesi gerekir (Özbek, s. 231-232).

²³ Tuğsavul, s. 134.

²⁴ Tuğsavul, s. 134.

²⁵ “...Kendisini diğer tarafla tam olarak eşit hissetmeyen veya kanunen böyle muamele görme-
yen bir tarafın, uzlaşmasından değil, mecburen bir sonuca katlanmasından söz edilebilir. Kanun önünde eşit olma ve uyuşmazlık çözüm sürecinde eşit haklara sahip olma, bir uyuşmazlık hangi yolla çözümlerse çözülsün gözetilmesi gereken bir ilkedir...” (HUAK Tasarısı, s. 8); Demir, s. 34.

3- Gizlilik ilkesi

Arabuluculuğun başarıya ulaşması için gizlilik unsurunun büyük önemi bulunmaktadır. Gerek taraflarca arabulucuya sağlanan her türlü bilgi, gerekse müzakereler boyunca ortaya çıkan iddiaların ve bilginin gizli tutulması, tarafların görüşmeler esnasında daha samimi ve dürüst olmalarını sağlamaktadır²⁶. Bu çerçevede devam eden müzakerelerin ise başarıya ulaşma oranı artmaktadır. HUAK m. 4'te gizlilik ilkesi hükme bağlanmıştır. Söz konusu maddeye göre, “(1)Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”

Sürecin aleni olmaması, delil güvenliğinin sağlanması açısından da önemlidir. Müzakere sürecinde yer alan tarafların ve üçüncü kişilerin ortaya koyduğu bilgi ve belgelere süreç sonunda dava açılması halinde dayanılmaması sürecin sağlıklı işlemesi için gereklidir. Arabulucunun tanıklığına ve arabuluculuk görüşmelerinde ifşa edilen bilgi ve belgelere, daha sonra başlayacak yargılama aşamasında başvurulmaması aynı zamanda delil güvenliğini de ifade eder²⁷.

C- Arabuluculuğun Olumlu ve Olumsuz Yönleri

1- Olumlu yönleri

Arabuluculuğun olumlu yönleri arasında ilk sırada, tarafların uyuşmazlığın çözüm sürecine aktif olarak katılımları ile müzakere sonucunda çıkacak sonuca fiili etkileri ve bu sonuç üzerinde egemen olmaları sayılabilir²⁸. Tarafların aralarındaki ihtilafı, bir yol göstericinin kontrolünde, ancak kendi emekleri ve fiili katılımları ile çözmeye çalışmaları, sürecin sonucunda elde edilecek ve her iki tarafın katkıları ile ulaşılan mutabakata daha samimi sarılmalarına neden olur. Bu da sürecin, gönüllülük ilkesi temelinde sağlıklı ve etkin olarak işlemesini sağlar.

²⁶ Liebscher, s. 55; Tıktık; s. 34-35; Tuğsavul, s. 134-135; Tanrıver, s. 9; Kekeç, s. 76; Demir, s. 34; Arabuluculukla ihtilafların çözümlenmesi ile yargısal çözüm yolu karşılaştırıldığında, arabuluculuğun faydaları arasında, güvenilirlik ve gizlilik hususu sayılmıştır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1097); Yeşilirmak, Ali; “Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, Ankara, 2010, s. 162-163.

²⁷ Tıktık, s. 35; Kekeç, s. 78; Tuğsavul, s. 137-139.

²⁸ Tanrıver, s. 10; Özbek, s. 209-210; Demir, s. 12; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1093; Kekeç, s. 87-88; Özbek, s. 238.

Bunun yanında, uyuşmazlığın, konunun uzmanı kişiler tarafından değerlendirilmesi kalıcı bir çözüme ulaşmak adına önem taşımaktadır²⁹. Arabuluculuk müessesine başvurulması, diğer hak arama yöntemlerine başvurmayı engellemeyeceğinden³⁰, süreç sonunda bir anlaşmaya varılmasından daha önemlisi her iki tarafı da tatmin eden ve ihtilafı kesin olarak sonlandıran bir anlaşmaya varılması olacaktır. Bu nedenle, hem tarafların etkin bir şekilde görüşmelerde yer alması hem de konunun uzmanlarının sürece dâhil olması arabuluculuğun olumlu özellikleri arasında yer almaktadır.

Arabuluculuğun ilkeleri arasında yer alın gizlilik ilkesi ise, ihtilafa ilişkin her türlü bilgi ve belgenin ortaya konulması esnasında, tarafların bundan zarar görmemesini ve aralarındaki ilişkinin tahrip edilmeden gelecekte de devam etmesini sağlamaktadır. Dahası, tarafların geçmişte yaşadıkları sorunların irdelenmesinden ziyade, menfaatleri arasındaki çatışmanın sona erdirilerek geleceğe yönelik bir mutabakata varılmaya çalışılması, her iki tarafı da memnun eden bir alternatif yöntem olma özelliğini ortaya koymaktadır³¹. İhtilafların arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi, aynı zamanda toplumsal barışın sağlanmasına da yardım eder. Zira, tarafların mücadelecî yönlerini ortaya çıkaran yargılama yolu yerine, daha samimi ve ılımlı bir ortamda taraf iradeleri üzerinde şekillenen bir yolun izlenmesi, bireylerin memnuniyetini artırarak toplumda huzuru sağlar³²

Arabuluculuk daha az masraflı³³, daha süratli³⁴ bir şekilde anlaşmazlıkların giderilmesini amaçlayan bir metottur. Yargı mekanizmasına göre daha esnek ve daha ılımlı olması nedeniyle sonuca ulaşmak kolaylaşmaktadır³⁵. Başka bir

²⁹ Tanrıver, s. 10; Teknik bilgi gerektiren bir ihtilafın çözümünde tarafların en büyük korkularından biri, hâkimlerin ulaşılacak istenilen hedefi görmede güçlük çekmeleri ve talebi tam olarak karşılamayan bir hüküm ile tarafları karşı karşıya bırakmalarıdır. Konuya hakim bir uzmanın, ihtilafı çözmeye çalışması, konunun teknik özellikleri hakkında bilgi ve belge sunmak, tanık dinletmek veya bilirkişiye başvurmak gibi işlemlerden kurtulunması, böylece zaman ve para kaybının önüne geçilmesini sağlar (Özbek, s. 208-209); Kekeç, s. 86; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1097; Ceylan, s. 300.

³⁰ Tanrıver, s. 11; Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, s. 225-238; Kekeç, s. 72-74; Tıktık, s. 39-41.

³¹ Tanrıver, s. 10-11; Özbek, s. 219-220; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1094; Kekeç, s. 91.

³² Özbek, **Anayasal İlkeler ve Arabuluculuk**, s. 110-113.

³³ Kekeç, s. 85; Demir, s. 13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1096; Tanrıver, s.11; Güler, s. 56; Özbek, s. 238; Yeşilirmak, s. 163-164.

³⁴ Kekeç, s. 83-84; Demir, s. 13; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1096; Tanrıver, s. 11; Güler, s. 57; Özbek, s. 238.

³⁵ Adalet sistemimize ilişkin öne sürülen en önemli eleştirilerin başında; yargılama giderlerinin hak aramayı engelleyecek kadar yüksek olması ile ihtilafları sonlandırmak için geçen sürenin oldukça uzun olması gelir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının en önemli getirisi,

ifade ile, süreci uzatan usulü bazı işlemler ile karşılaşılmayacak, bu durum öngörülemeyen engellerin en baştan bertaraf edilerek para ve zaman kaybının önüne geçilmesine neden olacaktır.

Bu çerçevede, taraflarca kabul gören yeni bir usul denenebilir ya da farklı ve hiç denenmemiş yöntemler araştırılarak değerlendirilebilir. Taraflara sağlanan bu serbesti, esnek çözümler üretilmesini ve böylece ihtilafın çözümünde başarı oranının artmasını sağlamaktadır³⁶.

2- Olumsuz yönleri

Arabuluculuk, tarafların iradesine ve müzakerelere aktif bir şekilde katılmaları prensibine dayandığı için tarafların çözüme ulaşmadaki gönülsüzlüğü sistemin durmasına neden olur³⁷. Dahası, uzlaşma kültürünün gelişmediği toplumlarda arabuluculuk sisteminin başarıya ulaşması oldukça zordur. Taraf iradelerinin, arabuluculuk mekanizmasının temel çarkları olduğu düşünüldüğünde, bu çarklardan birinin etkin bir şekilde çalışmaması mekanizmayı bozarak süreci sona erdirir.

Müzakerelere katılan taraflar arasında yaşanabilecek iletişim kopukluğu kadar, tarafların mali durumlarındaki dengesizliğin de sürece olumsuz etkileri olabilir. Zira, birisinin mali açıdan diğerine üstün olması, rahat ve samimi bir görüşme ortamının oluşmasına engeldir³⁸. Böyle bir durum, ekonomik açıdan güçsüz olan tarafın müzakerelerde kendini zayıf hissetmesi nedeniyle, her iki taraf açısından beklenen tatmin edici sonuca ulaşmayı zorlaştırır. Elbette ki, taraflar arasındaki ekonomik açıdan görülebilecek dengesizliğin yanında kültür ve eğitim farklılıkları açısından da eşitsizlikler olabilir. Bütün bu dengesizliklerin minimum düzeyde kalması ve en uygun çözüme kavuşulması için arabulucuya büyük görev düşmektedir.

Bu çerçevede, arabuluculuk sürecine katkı sağlayacak üçüncü kişilerin, mesleki uzmanlık, tarafsızlık, gizliliğe riayet gibi konularda yetersiz olmaları

uyuşmazlıkların hızlı, basit ve ucuz bir yöntemle sonlandırılması olarak ifade edilebilir (Özbek, s. 205-207, s. 210, s. 219); Tanrıver, s. 11.

³⁶ Özbek, s. 210-211; Güler, s. 55-56; Tanrıver, s. 11; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1097.

³⁷ Tanrıver, s. 11; Uyuşmazlığın çözümünde taraf iradesinin etkisi, tarafların arabuluculuk sistemini kötüye kullanmalarına da neden olabilmektedir. Bu tür alternatif çözüm yolları düşmana güvenmeyi gerektirdiğinden, uygulamada başarıya ulaşılmayacağı iddia edilmektedir. Örneğin, davanın uzamasında menfaati olan ve açıkgozlülük yapmaya çalışarak süreci uzatmaya çalışan tarafın dahil olduğu bir mekanizmanın sonuca ulaşması düşünülemez (Özbek, s. 249); Kekeç, s. 40.

³⁸ Tanrıver, s. 12; Özbek, s. 241-242.

sistemden beklenen faydanın elde edilememesine yol açar. Arabulucuların yeterliliğine, tarafsızlığına ve disiplinine ilişkin gerekli standartların belirlenmesi ve denetim mekanizmasının işler bir şekilde oluşturulması, kamuoyunda arabuluculuk kurumuna karşı oluşacak güveni artıracaktır³⁹. Düzenlemelerin ve uygulanmasının istikrarlı olması ise ihtilafların çözümünde arabuluculuğa başvurulmasına ivme kazandırır.

Arabuluculuk giderlerinin taraflarca karşılanması ve adli yardım gibi kurumların dışında bırakılması, arabulucuların taraflara verebilecekleri zararların karşılanmasına ilişkin özel bir tazmin mekanizmasının bulunmaması, ihtilafların çözümünde arabuluculuk yönteminin tercih edilmesini zorlaştırmaktadır⁴⁰.

Dahası, arabuluculuğun, bazı küçük uyuşmazlıklar ile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulara uygulanması, böyle etkili bir mekanizmanın âkim kalmasına neden olmaktadır⁴¹. Özellikle, aile hukukuna dair tarafları yoğun şekilde ilgilendiren bazı konularda arabuluculuğun uygulanmaması, taraf iradeleri ile çözüme ulaşılanın en kolay olduğu bu tür ihtilafların yargı eliyle aylarca sürmesine sebep olmaktadır. Taraf iradelerinin samimi şekilde ortaya konulduğu, gizlilik prensibinin esas alındığı, arabulucunun da yardımıyla belki de birkaç görüşmede sonlandırabilmenin mümkün olduğu bu tür ihtilafların alternatif çözüm yollarının dışında bırakılması, sorunun önemli bir kısmının konu dışına itilmesi anlamı taşımaktadır.

3- Arabuluculuğun Konusu ve Arabuluculuğa Uygun Haller

Arabuluculuk yönteminin, tek seferlik işlerde (one-shot deals) başarı kazandığı kanıtlanmıştır. Örneğin; kişisel yararlanma fiillerinden kaynaklanan davalar, işçi tazminatları, tüketici şikâyetlerinden kaynaklanan ihtilaflar gibi sürekli ilişki gerektirmeyen benzeri davalarda başarılı olduğu kabul

³⁹ Tanrıver, s. 12; Kekeç, s. 41-42; Avukatların gereksiz yargılama yoluna gitmeye teşvik etmeleri, alternatif çözüm yollarını kullanmak yerine statükoyu korumaya çalışmaları, arabuluculuk sisteminin yaygınlaşmasına engel olacaktır (Özbek, s. 245-246).

⁴⁰ Tanrıver, s. 12, s. 23-24

⁴¹ Alternatif çözüm yollarının, öncelikle vakıa uyuşmazlıklarının çözümünü hedeflediği, karmaşık hukuki meselelerde ise uygulanmasının ise mümkün olmadığı savunulmaktadır. Aslında tarafların yapacakları birkaç basit düzenleme ile esaslı hukuki konularda da bu tür çözüm yollarının başarıyla uygulanması mümkün olabilir. Örneğin; Koach Refining şirketi ile Minnesota Çevre Kirliliği Denetim Kurumu arasındaki ihtilaf (Özbek, s. 240-241); Tanrıver, s. 12.

edilmektedir. Yine arabuluculuğun başarılı olduğu konular arasında, çevre hukukuna ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan ihtilaflar da sayılabilir⁴².

Özellikle, küçük uyuşmazlıkların (small claims) çözüme kavuşturulmasında ve üzerinde özgürce tasarruf edilebilecek işlerden kaynaklanan ihtilaflarda arabuluculuk yöntemine başvurulmaktadır. Doktrinde; arabuluculuğun uygulama alanının, küçük uyuşmazlıklar veya tarafların serbestçe tasarruf edeceği konular ile sınırlı kalmasının, bu mekanizmanın etkinliğini azalttığı ve işlevini sınırladığı savunulmakta olup, bu husus arabuluculuğun olumsuz yönleri arasında sayılmaktadır⁴³. Diğer taraftan, kabul edilmelidir ki, küçük miktarlı taleplere ilişkin ihtilafların çözümlenmesi için arabulucuya başvurulması oldukça süratli bir şekilde hedefe varmayı sağlamaktadır.

Karmaşık ve çok taraflı davalar (multi-party litigation) göz önüne alındığında, her ne kadar arabuluculuk ile elde edilecek başarının düşeceği düşünülse de, bu tür davaların mahkemelerce de tarafları memnun edecek şekilde sürat ile çözümlenmesinin mümkün olmayacağı açıktır⁴⁴. Özellikle, iş hukukunu ilgilendiren ihtilaflarda olduğu gibi teknik bilgi ve ayrıntılı hesaplama gerektiren ihtilaflarda, hemen hemen her dosya bilirkişiye gönderilmekte olup, bu tür davaların sürat ile çözümlenmesi beklenmemelidir. Dolayısıyla, kapsamlı ve karmaşık ihtilaflarda arabulucuya başvurulması, alternatif çözüm yollarından beklenen faydanın maksimum düzeyde sağlanmasına neden olacaktır.

Bunun ile birlikte, ihtilafların arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi, sürekli ilişki içinde bulunan taraflar için de kolaylık sağlayacaktır. Örneğin; aileyi, okulu veya ticari işletmeleri ilgilendiren ilişkilerde, tarafların birbiriyle sürekli iletişim içinde bulunmasından dolayı aralarında yaşadıkları ihtilafa yönelik olarak bir kere arabuluculuk mekanizmasını kullanmaları, gelecekte yaşayacakları diğer ihtilaflarda da bu mekanizmayı kullanmaları adına model teşkil edecektir⁴⁵. Böylece tarafların, ihtilafların çözümünde arabuluculuk sistemine olan güveni artacak ve arabuluculuk yabancı oldukları bir yöntem olmaktan çıkıp, aralarındaki süreklilik içeren bütün ihtilaflarında başvurabilecekleri güvenli ve süratli bir çözüm yolu olacaktır.

⁴² Özbek, s. 513; Ceylan, s. 301.

⁴³ Tanrıver, s. 12.

⁴⁴ Özbek, s. 513-514;

⁴⁵ Özbek, s. 513, Ceylan, s. 301; Kekeç, s. 93-94.

4- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre Arabuluculuk Faaliyeti

a- Genel olarak

Türk Hukukunda arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin temel düzenlemeler, 2012 yılında kabul edilen ve şu sıralar revizyon çalışmalarına konu olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'dir⁴⁶. HUAK; arabuluculuk ile ilgili temel tanım ve kavramları, arabuluculuğun temel ilkelerini, arabulucuların hak ve yükümlülüklerini, arabuluculuk faaliyetlerinin ne şekilde yürütüleceğini, arabulucular siciline ve arabuluculuk eğitimine ilişkin düzenlemeleri, eğitim verecek kuruluşların nitelik ve faaliyetlerini, teşkilat yapısını ve cezai hükümleri düzenlemektedir.

b- Arabuluculuk Müzakerelerinin Yürütülmesi

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15/1'inci maddesine göre, arabulucu taraflarca seçildikten sonra en kısa zamanda tarafları toplantıya davet etmelidir. Taraflar, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi ve izlenecek yöntemle ilişkin usulü emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla kendileri belirleyebilir (HUAK m. 15/2). Tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde ise arabulucu, uyuşmazlığın niteliğini ve tarafların isteklerini de göz önünde bulundurarak, uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları değerlendirerek arabuluculuk faaliyetini yürütür (HUAK m. 15/3).

Arabuluculuk faaliyetinin yargısal bir faaliyet olmaması nedeniyle arabulucu, hâkim tarafından yapılabilecek (keşif, tanık dinlenmesi vs.) işlemleri yapamaz (HUAK m. 15/4). Arabulucunun görevi, sadece ihtilafın çözümü hususunda taraflara yardım etmekten ibarettir. Dava açıldıktan sonra da hakimin tarafları teşvik etmesi ile veya sonraki aşamalarda tarafların ortak kararları ile de arabuluculuğa başvurulması mümkündür⁴⁷. Böyle bir durumda hakim, duruşmayı üç ayı geçmemek üzere erteler. Bu süre, tarafların istemesi halinde üç ay daha uzatılabilir (HUAK m. 5).

⁴⁶ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği, 26/01/2013 tarihli ve 28540 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak, 22/06/2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁷ Nitekim HMK m. 137, 140 ve 320. maddelerde hakimin tarafları arabulucuya başvurmaya teşvik edeceği belirtilmektedir.

Taraflar, müzakerelere bizzat veya vekilleri aracılığı ile katılabilecektir (HUAK m. 15/6). Arabuluculuk sürecinin tarafların iradeleri ile şekillendiği ve sonuca ulaştırıldığı dikkate alındığında müzakerelere tarafların katılmasının taşıdığı önem açıktır.

Tarafların ilk oturuma davet edilmesi ve gereken usul ve esasların belirlenmesinden sonra, maddi olgular ortaya konularak, tarafların dinlenilmesine geçilir. Arabulucu, gerekiyorsa tarafların bilgisi dâhilinde ayrı ayrı oturumlar düzenler ve tarafları özel otumlarda dinleyerek ihtilafın konusuna ilişkin bilgi toplar. Elde edilen bilgi, bilgiyi veren tarafın rızası dâhilinde diğer tarafla paylaşılabilir. Daha sonra arabulucu, iletişim tekniklerini de kullanarak tarafların menfaatini tespit eder. Ortaya çıkan taraf menfaatleri doğrultusunda çözüm önerileri belirlenir ve tarafların bu önerilerden biri üzerinde mutabakata varması için süreç yürütülür. Arabulucu, çözüm önerilerini taraflara empoze edemez ve hukuki yönlendirmede bulunamaz⁴⁸. Amaç, tarafların en makul çözüm önerisi üzerinde anlaşmasının sağlanmasıdır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmış oldukları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir ve düzenlenen belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belgenin taraflar veya vekillerince imzalanmaması halinde ise sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanması gerekmektedir (HUAK m. 17/2) .

Tarafların imzasını taşıyan arabuluculuk anlaşması, bir özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Böyle bir anlaşmaya ilişkin belgenin şerh verilmek suretiyle ilam niteliğine kavuşturulmaması halinde, belge içeriğinin uygulanması özel hukuk hükümlerine tabi olur⁴⁹. Anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise davanın görüldüğü mahkemeden şerh verilmesi talep edilebilir. Bu çerçevede şerh içeren bir anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/2).

⁴⁸ Güler, s. 74; Tuğsavul, s. 180-181; Tanrıver, s. 20; Ayrıntılı bilgi için bkz. Kekeç, s. 115 vd; Demir, s. 49-50.

⁴⁹ Güler, s. 76; Arabuluculuk faaliyeti sonunda yapılan anlaşma şekil şartına tabidir. Anlaşma yazılı olmalıdır ve taraflar ile arabulucu tarafından da imzalanmalıdır. Bu şekil şartı, anlaşmanın geçerli olması için gereklidir (Tuğsavul, s. 191) ; Demir, s. 51-52; Kekeç, s. 186.

Her ne kadar icra edilebilirlik şerhinin verilmesi çekişmesiz yargıyı ilgilendirmesi nedeniyle dosya üzerinden yapılabilirse de, arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı ise, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığının tespiti ile sınırlıdır (HUAK m. 18/3).

c- Arabuluculuk Yoluyla Çözüme Kavuşturulacak Uyuşmazlıkların Kapsamı ve Ebeveynler Arasındaki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesi ile arabuluculuk yönteminin uygulanabileceği uyuşmazlıkların çerçevesi çizilmiştir. Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca; arabuluculuk yoluyla çözüme ulaştırılabilecek uyuşmazlıkların içine sadece yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları girmektedir. Başka bir ifade ile kamu düzenini ilgilendiren özel hukuk uyuşmazlıkları, arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi uygun olmayan uyuşmazlıklar olarak kabul edilmiştir⁵⁰. Dahası, maddenin son cümlesi ile aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar da arabuluculuk kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Aile içi şiddet kavramından neyin anlaşılması gerektiği HUAK'ta ve gerekçesinde açıklanmamıştır. Ancak, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi)⁵¹ 3'üncü maddesinin b bendinde aile içi şiddet, "*Aile içerisinde veya hanede veya mağdur faille aynı evi paylaşırsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi anlamına gelir*" şeklinde tanımlanmıştır. Yine, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un⁵² 2'nci maddesinin b

⁵⁰ "*Öte yandan, anılan kurum, her tür hukuk uyuşmazlıklarında değil; ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani "sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıklarında" bağlamında uygulanma alanı bulacaktır*"(Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama dönemi 24, Yasama yılı 2, Sıra sayısı 233, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlisan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> , Erişim 18.01.2016)

⁵¹ Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 8 Mart 2012 tarihli ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁵² 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 8/3/2012 tarihinde kabul edilmiş olup, 20/03/2012 tarihli ve 28239 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir

bendinde ev içi Şiddet düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre ev içi Şiddet; “Şiddet mağduru ve Şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik Şiddeti” ifade etmektedir. Ev içi Şiddet kavramı, İstanbul Sözleşmesi’nde tanımlanan aile içi Şiddet kavramından farklı olarak sadece eşler arasındaki Şiddet eylemlerini değil, bütün aile bireylerinin dâhil olduğu Şiddeti düzenlemesi nedeniyle daha geniş kapsamlıdır. Bu ereve, ev içi Şiddet unsuru içeren ebeveynler arasındaki uyuşmazlıklarda da HUAK’a göre, arabuluculuk faaliyeti uygulanması mümkün değildir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanacağını, kamu düzenine ilişkin olan hukuk iliŐkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında ise arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyeceğini açıkça dzenlemiŐtir⁵³. Ancak, ne tür ihtilafların tam olarak bu kapsamda değerlendirileceği hususunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıŐtır. Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesi’ne iptal nedeni olarak götürülmüş olmakla birlikte, Mahkeme tarafından maddede iptali gerektirir bir husus saptanmadığından baŐvuru reddedilmiŐtir⁵⁴. zerinde serbestçe tasarruf edilmeyen ebeveynler arası ihtilafların arasında; çocuğun velayeti ve ocukla Şahsi ilişki kurulması konuları da sayılabilir (Türk Medeni Kanunu m. 182)⁵⁵. Oysa ki bu konular, uluslararası düzenlemelerde arabuluculuk faaliyeti kapsamında sayılmaktadır⁵⁶. Bu konuların aile içi Şiddet unsuru içermesi bile arabuluculuk kapsamı dışına çıkarılması için yeterli görülmemektedir. Aile

⁵³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama dönemi 24, Yasama yılı 2, Sıra sayısı 233, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> , Erişim 18.01.2016.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 10/07/2013 tarihli ve 2012/94 E., 2013/89 K. sayılı Kararı (25/01/2014 tarihli ve 28893 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm> , Erişim 20.01.2016).

⁵⁵ ztan, Bilge; Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s. 464 vd; Ancak velayet kendisine bırakılmayan ebeveynle çocuğun hangi Şekilde kişisel ilişki kuracağı (kişisel ilişkinin Şekli) hakkında ebeveynler hakimın düzenlemesinden farklı bir Şekil belirleyebilirler (bkz. ztan, s. 469).

⁵⁶ Guide to Good Practice-Mediation, s. 15, s. 19 vd.; zbek, Mustafa; “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”(Aile Arabuluculuğu), Dokuz Eylül niversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 71-102, Cilt: 7, Sayı 2, 2005, s. 85, s. 97.

içi şiddetin görüldüğü ihtilaflarda ise özel bazı tekniklerin uygulanması ve şiddete maruz kalan tarafın güvenliğinin sağlanması gerekmektedir⁵⁷.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R(98)1 Sayılı Tavsiye Kararı'nda⁵⁸, boşanma ve ayrılık davalarında arabuluculuğun, çocukların velayeti ile çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair ihtilafları kapsadığı belirtilmektedir. Tavsiye Kararı'nın 8'inci ilkesinde ise, uluslararası aile ihtilaflarında, özellikle çocukların yetiştirilmesi ve şahsi ilişki kurulmasına dair ihtilafların giderek arttığı ve bu uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olduğu belirtilmektedir⁵⁹. Yine, Lahey Özel Hukuk Konferansı tarafından kabul gören aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arasında; çocuğun velayeti, çocukla şahsi ilişki kurulması ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında çocukların iadesi yer almaktadır⁶⁰. Ancak Türk hukuk sisteminde, yukarıda da belirtildiği gibi çocuğun velayeti ve çocukla kişisel ilişki kurulması tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular olarak kabul edilmediği için, bu hususlarda HUAK çerçevesinde arabuluculuk uygulaması mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte, çocuğun mutad meskenine iadesi konusunda arabuluculuğun mümkün olup olmadığı, taraf olduğumuz 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

II- ULUSLARARASI LAHEY ÖZEL HUKUK KONFERANSI VE ARABULUCULUK

A- Lahey Özel Hukuk Konferansı

Uluslararası özel hukuk alanında kurulmuş olan “*Lahey Konferansı*”, hukuki ve ticari konularda sınır ötesi işbirliğini hedefleyen uluslararası bir kuruluştur. Lahey Konferansı'nın hâlihazırda 79 devlet ve bir Bölgesel Ekonomik Entegrasyon Kuruluşu olmak üzere 80 üyesi bulunmaktadır. Türkiye, 26/8/1955 tarihinden beri Lahey Konferansı'na üye devlet statüsündedir⁶¹.

Lahey Özel Hukuk Konferansı sekreteryasına, Daimi Büro adı verilmektedir. Daimi Büronun anagörevi, Genel Kurulları ve Özel Komisyonları

⁵⁷ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 73.

⁵⁸ Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R(98) 1 and Explanatory Memorandum, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec\(98\)1%20E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec(98)1%20E.pdf), Erişim 12.01.2016.

⁵⁹ Özbek, Aile Arabuluculuğu, s. 85, s. 97.

⁶⁰ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 15, s. 19 vd.

⁶¹ Hague Conference on Private International Law, HCCH Members, <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>, Erişim 21.01.2016.

hazırlamak ve organize etmektir. Söz konusu Büroda çalışan görevlilerin farklı uluslardan olması gerekmektedir. Konferansın çalıştığı konulara ilişkin temel araştırmalar, Daimi Büro tarafından yapılmaktadır. Büronun bir başka görevi; farklı ulusal ve uluslararası kuruluşlar, üye ülkelerin uzmanları ve delegasyonları ve atanmış merkezi otoriteler ile adli ve idari işbirliğini sağlamak ve geliştirmektir. Yine sözleşmelerin uygulayıcılarının taleplerine de (avukatlar, noterler, şirketler, gazeteciler vb.) cevap verilmektedir⁶².

Lahey Konferansı'nın son yıllardaki çalışmaları, uluslararası aile hukukunda arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yükselen önemini yansıtmaktadır. Aileye dair Lahey Sözleşmeleri'nin büyük çoğunluğu açık şekilde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve benzeri çözüm yollarını cesaretlendirmektedir. Konferansın sekreteryası olan Daimi Büro'nun işbirliği ile hazırlanan "*İyi Uygulama Rehberleri*" de (Guides to Good Practice), sözleşmelerin etkin uygulanması için tarafların anlaşmasının desteklenmesini teşvik etmektedir⁶³. Özellikle, aile hukuku alanında tarafların uzlaşmasının cesaretlendirilmesi gerektiğine yapılan bu vurgu, çocukların yüksek menfaatine verilen önemden kaynaklanmaktadır. Anılan Rehber tarafından temel alınan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ise; çocuğun velayeti, çocukla şahsi ilişki kurulması ve 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında çocukların iadesi olarak sayılabilir⁶⁴.

B- Arabuluculuğun Gelişimi

Daimi Büro'nun denetimi altında, 2006 yılının Nisan ayında üye devletler tarafından sınır ötesi aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin bir fizibilite çalışması hazırlanmıştır⁶⁵. Lahey

⁶² HCCH, Hague Conference on Private International Law, "*What's the Permanent Bureau of the Hague Conference?*", http://www.hcch.net/index_en.php?act=faq.details&fid=30, Erişim 4.1.2014.

⁶³ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13; Örnekler için bkz. the Guide to Good Practice on Transfrontier Contact Concerning Children, s. 6, https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_e.pdf, (Erişim 12.06.2015); "**Part I – Central Authority Practice**", Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice- **Central Authority**), s. 49, http://www.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf, (Erişim 12.06.2015); "**Part III – Preventive Measures**", Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice- **Preventive Measures**), s. 15-16, https://assets.hcch.net/upload/abdguideiii_e.pdf, (Erişim 12.06.2015).

⁶⁴ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 15, s. 19 vd.

⁶⁵ Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference, p. 3, <https://assets.hcch.net/docs/b8be1cb6-e8b7-4f5b-8ecc-45a985f8276d.pdf>, (Erişim 12.06.2015); Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13.

Konferansı'nın, sınır ötesi aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun gelecekteki yol haritasını belirleyen “*Sınır ötesi Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa dair Fizibilite Çalışması*” 2007'nin Nisan ayında Konsey'e sunulmuş, Konseyin 2008 baharındaki toplantısında konuyla ilgili daha üst düzeyde müzakereler yapılması ve karar alınması hedeflenmiştir. Bu kapsamda Konsey, Lahey Konferansı'na taraf devletlere, uluslararası aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin yapılan bu çalışma hakkında görüşlerini bildirmeleri için 2007 yılının sonuna kadar süre vermiştir⁶⁶.

Konsey, 2008 Nisan ayında yapılan müzakereler sonucunda Daimi Büro'nun konuyu takip etmesine ve uluslararası aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğa dair yaşanan gelişmeler hakkında taraf devletleri bilgilendirmesine karar vermiştir⁶⁷. Dahası Daimi Büro'dan, 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi kapsamında arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin “*İyi Uygulama Rehberi*” (Guide to Good Practice) hazırlaması için çalışmalara başlanması ve anılan rehber kitapçığın 2011 yılında yapılması planlanan “*Özel Komisyon Toplantısı*”nın (Special Commission Meeting) değerlendirmesine sunulması istenilmiştir⁶⁸.

C- 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi ve Arabuluculuk

Lahey Sözleşmesi⁶⁹ kapsamında arabuluculuk ve benzer alternatiflere ilişkin tartışmaların tarihi daha eskiye dayanmaktadır. Arabuluculuk konusu, Özel Komisyon toplantılarında 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanması incelenirken ortaya çıkmıştır. 2006 yılının Ekim ayında Daimi Büro, 1980 tarihli Sözleşme kapsamında arabuluculuk planına odaklanan karşılaştırmalı bir çalışma yayımlamıştır⁷⁰.

⁶⁶ Recommendations and Conclusions adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (2-4 April 2007), p. 1, https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_conc-12007e.pdf, (Erişim 12.01.2016); Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13

⁶⁷ Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (1-3 April 2008), s. 1, <https://assets.hcch.net/docs/a96540bc-28f6-4f05-a26a-6010257f890f.pdf>, (Erişim 12.01.2016); Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13.

⁶⁸ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 13-14; Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (1-3 April 2008), s. 1, <https://assets.hcch.net/docs/a96540bc-28f6-4f05-a26a-6010257f890f.pdf>, (Erişim 12.01.2016).

⁶⁹ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi).

⁷⁰ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 14.

Sözleşme'nin özü, ebeveynler arasında yaşanan ihtilafın öncelikle dostane çözümle sonuçlandırılması gerektiğini savunmaktadır⁷¹. Bunun nedeni ise, ihtilafı çözümlerken yargı yoluna başvurarak taraflar arasındaki ilişkiyi kesip atmak yerine sorunun giderilmesinden sonra da ilişkinin devam etmesi arzusudur. Konu oldukça hassas olan çocuğun menfaatine ilişkindir ve tarafların arasındaki uyuşmazlık her ne olursa olsun çocuğun ebeveynlerinin her ikisi ile de iletişiminin devam etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, çoğu zaman husumetli tarafların daha çok birbirlerinden kopmalarına ve birbirlerine düşman olmalarına neden olan yargılama yolundan ziyade dostane çözüm ile sorunun aşılması hem taraflar hem de ihtilafın en değerli konusu olan çocuk için oldukça önemlidir.

Daimi Büro tarafından 2006 yılında yayınlanan çalışma ile Lahey Sözleşmesi'nin merkezi makamlarının, Sözleşme'nin 7/2-c maddesi uyarınca öngörülen çocukların mutad meskeni devletine gönüllü olarak dönüşünün sağlanması için gerekeni yapmaları önerilmektedir. Bu amaca ulaşmak için olanaklı olması halinde yasal temsilci, savcı veya tarafların öngördüğü arabuluculuk hizmeti veren bir uzman kuruluştan da yardım alınabilir. Elbette ki, bu bağlamda mahkemelerin rolü de muteberdir. Dikkat edilmesi gereken en önemli husus, gönüllü çözüme ulaşmak için harcanan çabanın, çocuğun mutad meskenine geri dönmesi için başlatılan süreci uzatmaması gerektiğidir⁷².

Bu çerçevede oluşturulması planlanan “1980 tarihli Lahey Sözleşmesi kapsamında Arabuluculuğa dair İyi Uygulama Rehberi” (Guide to Good Practice on Mediation under the 1980 Hague Child Abduction Convention) 2009 yılında hazırlanmaya başlanılmıştır. Rehberin hazırlanmasına yardım etmek için farklı taraf devletlerden bir grup bağımsız uzman davet edilmiştir. Rehberle ilişkin taslak metin, Özel Komisyon'un Altıncı Toplantısı öncesinde 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne ve Lahey Konferansı'na taraf devletlere gönderilmiştir. Özel Komisyon'da yapılmış olan eleştiriler doğrultusunda metnin tekrar gözden geçirilmesi ve metnin son hali verilirken uzman tavsiyelerinin göz önünde bulundurulması istenilmiştir. Taslağa son hali verildikten sonra son kez görüşlerine başvurmak üzere taraf devletlere gönderilmesi gerektiği de vurgulanmıştır⁷³.

⁷¹ Guide to Good Practice-Mediation, s. 21; Köseoğlu, s. 14-15; Aytaç, s. 42-44.

⁷² Guide to Good Practice-Mediation, s. 14; Sözleşmenin 2'nci maddesi uyarınca Âkit Devletler ülke sınırları içerisinde Sözleşmenin hedeflerine ulaşabilmek için en seri usulleri uygulamalıdır. Yetkili makamların Sözleşmenin 2'nci maddesiyle getirilen ivedilikle hareket etme yükümlülüğü, 11'inci madde ile tekrarlanmış bulunmaktadır.

⁷³ Conclusions and Recommendations of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commis-

Rehberin amacı, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi bağlamında çocuklara ilişkin uluslararası aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve diğer gönüllü çözüm yolları ile sonlandırılmasını teşvik etmektir. Diğer modern aile hukukuna ilişkin Lahey Sözleşmeleri doğrultusunda 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi de aile uyuşmazlıklarında gönüllü çözümü desteklemektedir. Rehber, bütün alternatif çözüm yollarının içinde aile uyuşmazlıklarında uygulanması en çok önerilen metod olan arabuluculuğu düzenlemektedir⁷⁴.

III- 1980 TARİHLİ LAHEY SÖZLEŞMESİ'NİN 7/C VE 10'UNCU MADDELERİ ÇERÇEVESİNDE ARABULUCULUK UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Sözleşme'nin Konusu ve Amacı

Sözleşmenin konusu; velâyet hakkı ihlâl edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair usûl ve esasları belirlemektir⁷⁵. Çocuğun hukuka aykırı olarak yerinin değiştirilmesi ve mutad meskeninden ayrılması ile ailesiyle olan istikrarlı ilişkisi bozularak mutad meskeninde kurduğu sosyal ve kültürel bağlar kopmaktadır⁷⁶. Çocuğun yerini hukuka aykırı olarak değiştiren ebeveynin bu eyleminin, sığınılan devletin yetkili makamları tarafından hukuka uygun bulunduğunu iddia etmesini engellemek ve bu eylemini herhangi bir siyasi veya yargısal sonuçtan mahrum bırakmak hedeflenmektedir. Sözleşme ile statükonun iadesi kabul edilerek bu istismar önlenmeye çalışılmaktadır⁷⁷

on to review the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011), s. 8, https://assets.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf, (Erişim 12.01.2016); Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 15

⁷⁴ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 11

⁷⁵ Sözleşmenin uluslararası çocuk kaçırılmalara ilişkin çözümü, mutad meskeni dışındaki bir ülkeye haksız olarak götürülmüş veya alıkonulmuş çocuğun hızlı bir şekilde geri dönmesini sağlamak olarak belirlenmiştir (Curtis, Lindsay: *"The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: the Australian experience"*, The Commonwealth Law Bulletin, Commonwealth Secretariat, London, 1989, s. 627).

⁷⁶ Finan, Cara L.; *"Convention on the Rights of the Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction"*, Santa Clara Law Review 1007, Vol 34, 1994 (Westlaw), s. 1013 (Westlaw, s. 3-4).

⁷⁷ Vera, Elisa Pérez ; **Explanatory Report**, s. 429, <http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf> ; Bodenheimer, Brigitte M.; *"The Hague Draft Convention on International Child Abduction"*, Family Law Quarterly, Volume XIV, S. 2, 1980 (99-113), s. 103; Akıncı, Ziya/Demir Gökyayla, Cemile; **Milletlerarası Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 196.

Çocuk Kaçırma Sözleşmesinin amacı ise çocuğun üstün yararının korunmasıdır⁷⁸. Sözleşme'nin dibace kısmında kullanılan "İşbu sözleşmeyi imzalayan Devletler, Çocuğun çıkarının korunmasına ilişkin meselelerde hayati bir öneme sahip olduğuna derinden inanarak(...)" ifadesi ile çocuğun üstün menfaatine dikkat çekilmiştir⁷⁹. Ebeveynler arasında konusu çocuk olan bu anlaşmazlığa dava yolu ile çözüm aranması, çekişmeli ve çok sancılı bir sürecin başlamasına, bu süreçten de en çok çocuğun üstün menfaatinin zarar görmesine neden olur. Bu tür bir ihtilafta çocuğun menfaati neyi gerektirir sorusunun cevabı, aslında çözüm yolunun belirlenmesini de sağlayacaktır. Çocuğun menfaati; her ne şartta olursa olsun anne ve babası ile iletişiminin kopmamasını, tarafların arasındaki ihtilafa rağmen hayatı boyunca onları yanında hissederek yetişmesini gerektirir. Elbette ki, aile içi şiddeti barındıran bazı ihtilaflarda uyuşmazlığın çözümüne ilişkin yol belirlenirken daha dikkatli davranılmalıdır. Bu tür unsurları içeren ihtilaflarda dahi karar vermeden önce çocuğun kazanacakları ve kaybedecekleri dengesinin çok iyi kurulması gerekmektedir.

B- Sözleşme Kapsamında Arabuluculuk Mekanizmasının Uygulanmasına Genel Bakış

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesinde, ebeveynler arasında yaşanan ihtilafı dostane çözüm yolu ile çözmelerinin teşvik edildiği iki tane düzenleme bulunmaktadır. Sözleşmenin bu iki maddesi oldukça genel ifadeler ile oluşturulmuştur. Sözleşme'nin oldukça geniş bir yelpazeye hitap ettiği düşünüldüğünde kullanılan kavramların genel olmasının önemi anlaşılmaktadır⁸⁰. Arabuluculuğun temelini oluşturan ilk madde Sözleşme'nin 7/2-c maddesidir. Anılan madde uyarınca, taraf devlet yetkili makamlarının, çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak için gereken tüm önlemleri almaları gerekmektedir⁸¹. Sözleşme çerçevesinde arabuluculuk

⁷⁸ Gelgel, Günseli; **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler**, Beta, İstanbul, 2012, s.1-2.

⁷⁹ "The States signatory to the present Convention, Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody (...)"

⁸⁰ HCCH, Status Table, "Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction", <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> , Erişim 05.01.2016.

⁸¹ "Merkezi makamların, aralarında işbirliği yapmaları ve çocukların acilen geri dönmelerini sağlamak ve işbu sözleşmenin diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere Devletlerinin yetkili makamları arasında işbirliğini teşvik etmeleri gerekmektedir. Özellikle, gerek doğrudan doğruya, gerek aracılardan yardımıyla; a) Kanuna aykırı biçimde yeri değiştirilen veya alıkonan bir çocuğun bulunması; b) Çocuk için yeni tehlikelerin veya ilgili tarafların uğrayabi-

uygulamasının temelini oluşturan bir diğer madde ise Sözleşme'nin 10'uncu maddesidir. Bu madde uyarınca da; “Çocuğun bulunduğu Devletin merkezi makamı, çocuğun isteyerek teslimi yolunda tüm önlemleri alır veya aldırır”. Maddelerde doğrudan “arabuluculuk” ifadesine yer verilmemiş olmakla birlikte, genel kabul gören anlayış, Sözleşme kapsamındaki ihtilafların çocuğun yüksek menfaati gereği tarafların mutabakata varması ile sonlandırılması ve bu çözüm içinde en uygun yolun “arabuluculuk” metodu olduğu yönündedir⁸².

Sözleşme'nin 7/2-c maddesi uyarınca, taraf devletlerin merkezi makamları, doğrudan veya dolaylı olarak yetkili makamlar nezdinde girişimde bulunarak sorunun dostane bir şekilde çözümlenmesi için gerekli önlemleri almalı veya aldırmalıdır. Lahey Konferansı Özel Komisyonu, ebeveynler arasında çocuğun iadesine ilişkin yaşanan sorununun gönüllü çözümünde arabuluculuk mekanizmasının önemine vurguda bulunmuş ve bu yöntem kullanılarak çözüme kavuşturulan uluslararası çocuk kaçırma davalarında merkezi makamların oynadığı rolün önemli olduğunu kabul etmiştir⁸³. Elbette ki bu rol, taraf devletin mevzuatı izin verdiği müddetçe yargılama süreci başlamadan arabuluculuk mekanizmasının işletilmesinin kolaylaştırılmasını da kapsamaktadır.

Çocuğun mutad meskenine iadesine ilişkin sürecin beraberinde getireceği birçok ciddi sorun ortaya çıkabilir. Örneğin; çocuğun mutad meskeninden farklı bir ülkeye kaçırılmasından veya çocuğun geride kalan ebeveyninden ayrılmasından kaynaklanan psikolojik ve ekonomik sorunlar. Belirtilen sorunların asgariye indirilmesi veya tamamen ortadan kalkması için arabuluculuk yöntemi hususunda taraf devletler cesaretlendirilmektedir. Özellikle bu tür uluslararası davalarda arabuluculuğun uygulanması, tarafları

lecekleri zararların önlenmesini, geçici önlemler alarak veya aldırarak sağlamak; c) Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak; d) Faydalı görülür ise, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgilerin teatisi; e) Devletlerinin, Sözleşmenin uygulanmasına ait hakları konusunda genel bilgiler temini; f) Çocuğun geri dönmesi ve gerektiğinde, ziyaret hakkının tesisi ile fiilen kullanılması yolunda, adli veya idari dava açılması veya bunun teşviki; g) Gerekirse, bir avukatın katılması dahil, adli ve hukuki yardım sağlamak veya bunu kolaylaştırmak; h) İdari alanda, gerekli ve uygun ise, çocuğun tehlikesizce dönüşünü sağlamak; i) Sözleşmenin işleyişi konusunda karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirmek ve uygulanmasında muhtemelen karşılaşılabilecek engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması; için uygun tüm önlemleri almaları gerekmektedir” (1980 tarihli Sözleşme, m. 7)

⁸² Guide to Good Practice-Mediation, s. 11.

⁸³ The Conclusions and Recommendations and Reports of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (1-10 June 2011); s.22, <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf> , Erişim 20/01/2016.

zaman ve para israfından kurtaracağı gibi sorunun uzamasından kaynaklanan memnuniyetsizlikleri de en aza indireceği ileri srlmektedir⁸⁴.

C- Sözleşme Kapsamında Arabuluculuk Faaliyetlerine İlişkin Türkiye Uygulaması

Çocuklarla ilgili ailevi uyuşmazlıklarda tarafları gönüllü çözüme cesaretlendirmek için bütün uygun adımların atılması gerekmektedir⁸⁵. Türkiye açısından Sözleşme'nin uygulanmasına baktığımızda, tarafların gönüllü çözüme davet edilmesi Türk Merkezi Makamı'nın⁸⁶ ilk önceliği olmakla birlikte, gönüllü çözüm için harcanan çabanın yeterli olduğu söylenemez.

Uygulamada; yabancı bir devlet merkezi makamından gönderilen başvuru evrakı, ilgili yerel Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmekte ve dava açma aşamasından önce çocuğu Türkiye'ye getiren kişinin beyanının alınarak, gönüllü çözümü kabul edip etmediğinin sorulması istenilmektedir. ocuğu Türkiye'ye haksız olarak getiren veya alıkoyan kişinin cevabı, yabancı devlet merkezi makamına gönderilmekte ve böylece dava öncesi gönüllü çözüm süreci sona ermektedir. Aslında uygulamanın bu kadar sığ ve kağıt üzerinde kalmasının en büyük nedeni mevzuattan kaynaklanan sorunlar olup, mevzuatta bu konuda etkin bir düzenlemenin yapılmamış olmasıdır.

Sözleşme'nin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenleyen 5717 sayılı *“Uluslararası ocuk Kaçırmanın Hukuki Yn ve Kapsamına Dair Kanun”*un⁸⁷ 5/b ve 8'inci maddeleri ile Sözleşme'nin 7/2-c ve 10'uncu maddelerinde belirtilen tarafları gönüllü çözüme teşvik etme yolları düzenlenmeye çalışılmıştır.

Kanun'un Merkezi Makamın görevlerini düzenleyen 5/b maddesinde; Merkezi Makamın, ocuğun kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesini veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaşılmasını teminen gerekli

⁸⁴ Coester-Waltjen, Dagmar, *The Future of the Hague Child Abduction Convention: The Rise of Domestic and International Tensions- The European Perspective*, New York University Journal Of International Law and Politics, Volum 33, S. 1, 2000 (59-82) (Westlaw), s. 9.

⁸⁵ Guide to Good Practice-Mediation, s. 21; Köseoğlu, s. 14-15; Aytac, s. 42-44.

⁸⁶ Sözleşmenin 6'ncı maddesi uyarınca, taraf devletler, sözleşmenin kendisine yüklediği mükellefiyetleri yerine getirmekle görevli bir merkezi makam tayin etmekle mükelleftir. Sözleşmenin uygulanmasında *“Merkezi Makam”* görevini Adalet Bakanlığı üstlenmiş olup, bu görevini mahalli Cumhuriyet Başsavcılıkları aracılığı ile yerine getirmektedir (5717 sy. K. m. 3, m. 4)(Köseoğlu, s. 9-10; Akıncı, s. 248 vd.; Aytac, s. 41 vd.).

⁸⁷ 5717 sayılı *“Uluslararası ocuk Kaçırmanın Hukuki Yn ve Kapsamına Dair Kanun”*, 22/11/2007 tarihinde kabul edilmiş ve 04/12/2007 tarihli ve 26720 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yrrlge girmiştir.

bütün tedbirlerin alınmasını Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile yapacağı belirtilmiştir. Ancak uygulama Kanun'u, Cumhuriyet başsavcılıklarının tarafları sulh yoluna nasıl teşvik edeceği, farklı ülkelerde yaşayan taraflar arasında dostane çözümün gerçekleşmesi için sürecin nasıl başlatıp, nasıl devam ettireceği, hangi ilkelerin çerçevesinde mekanizmanın işleyeceği, sonuçta varılan mutabakatın geçerliliği gibi hususlarda düzenleme içermemektedir.

Yine, Kanun'un 8'inci maddesi ile de sulh yoluyla çözüm konusu düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca hâkim, uzmanlardan da yararlanmak suretiyle kaçırılan veya alıkoyan tarafı çocuğu teslim etmesi için teşvik edecektir⁸⁸. Kanaatimize göre, Sözleşme de bile yer almayan böyle bir düzenlemenin Kanun'da yer alması bir yorumlama hatasından kaynaklanmaktadır⁸⁹. Zira, Sözleşmenin 7/c ve 10'uncu maddeleri, gönüllü çözüme teşvikin önemini vurgulamakla birlikte, maddelerde düzenlenen "gönüllü çözüm" ancak iki tarafın anlaşarak dostane bir şekilde ortak karara varabilmesi ile mümkün olur. Tarafların ortak kararı, çocuğun iadesi yönünde olabileceği gibi çocuğun getirildiği ülkede kalması yönünde de olabilir. Dolayısıyla, sadece kaçırılan veya alıkoyan tarafı çocuğun iadesi yönünde teşvik etmek, Sözleşmede düzenlenen dostane çözüm yöntemi ile tam olarak örtüşmemektedir.

Diğer taraftan, aile içi şiddet⁹⁰ veya cinsel istismar unsurlarının bulunduğu olaylarda çocuğun iadesi teşvik edilirken çok dikkatli hareket edilmesi gerekmektedir. Çocuğun korunmasına ilişkin gerekli önlemler ve benzeri tedbirler alınmadan veya bu hususta olumlu bir kanaate varılmadan Kanun'da belirtildiği gibi çocuğu teslim etmek için kaçırılan tarafı teşvik etmek onarılması güç zararlara yol açabilir.

Uygulama Kanunu'nun, Sözleşme kapsamında yaşanan ebeveynler arasındaki ihtilafın dostane çözüm ile sonlandırılması için gerekli ve yeterli

⁸⁸ "Mahkeme, bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerde esasa girmeden önce, çocuğun iadesini uzmanlardan da yararlanarak sulh yoluyla teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargulamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir" (m. 8).

⁸⁹ Sözleşmenin 7/c maddesinde merkezi makamların görevleri arasında; "Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak" da sayılmıştır. Muhtemeldir ki, burada yer alan "çocuğun isteyerek iadesini" ifadesi tek başına değerlendirilmiş, maddenin devamında yer alan "veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak" ifadesine ise hiç yer verilmemiş. Oysa ki, maddede "veya" bağlacı ile birbirine bağlanan iki durumdan bahsedilmektedir. 7/c maddesi içeriğinde iki unsuru bulduğundan, Kanun'da yer alan bu düzenlemenin Sözleşmenin amacının aşılması olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁹⁰ Hâlbuki Hukuk Uyuşmazlıkları Arbuluculuk Kanunu ile aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arbuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır (HUAK m. 2/son). Bu husus, "Hukuk Uyuşmazlıkları Arbuluculuk Kanunu'nun, Sözleşme'nin 7/c ve 10'uncu maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi" başlığı altında ele alınacaktır.

düzenlemeyi içermediği açıktır. Kanunu uygulama ile yükümlü Türkiye Merkezi Makamı'nın⁹¹, Cumhuriyet başsavcılıklarının ve mahkemelerin, Sözleşme'nin ilgili maddelerini etkin ve uluslararası sorumluluk doğurmayacak şekilde nasıl uygulaması gerektiği hususuna ışık tutacak tamamlanmış herhangi bir çalışma henüz bulunmamaktadır.

D- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun, Sözleşme'nin 7/c ve 10'uncu Maddeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1/2'nci maddesinde; HUAK'nun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmıştır (HUAK m. 2/son).

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri aile hukuku ihtilaflarının da, Kanun kapsamında arabuluculuk faaliyeti konusu yapılması mümkündür. HUAK'nun 18/3'üncü maddesinde de; arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşması ve bir belge düzenlemeleri halinde bu belgenin ilam niteliği kazanabilmesi için mahkemece icra edilebilirlik şerhinin verilmesi gerektiği, buna ilişkin incelemenin çekişmesiz yargı işi olması nedeniyle dosya üzerinden yapılabileceği, ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda belgelere ilişkin incelemenin duruşmalı olarak yapılabileceği belirtilmiştir. Madde metninden, aile hukuku uyuşmazlıklarının da -kamu düzenini ilgilendirmemesi şartıyla- arabuluculuk kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, velayet, tedbir nafakası gibi kamu düzenini ilgilendiren konular haricindeki aile hukukuna ilişkin her konunun HUAK kapsamında kabul edilmesi mümkündür.

Kanun'un 1'inci maddesinde HUAK'ın uygulanabileceği özel hukuk uyuşmazlıkları ayrı ayrı sayılmamıştır. Aslında, hangi konuların "*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri*" özel hukuk uyuşmazlığı olarak kabul edilebileceğine dair gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında yeterli bilgi ve içtihat birikimi bulunmaktadır⁹². Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşmeler kapsamında konu ele alındığında ise, bilgi ve içtihat birikiminin bu hususa açıklık getirmek için yeterli olmadığı görülmektedir. Örneğin, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi, çocuğun menfaati için dostane çözümü

⁹¹ Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü

⁹² Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 1100.

şiddetle önermektedir. Bu konuya ilişkin olarak toplantılar düzenlenmiş, Rehber kitapçık yayınlanmıştır. Sözleşme'nin 7/c ve 10'uncu maddelerinin uygulanmasına ilişkin diğer taraf devlet uygulamalarına bakıldığında bu konuya oldukça hassas yaklaşıldığı ve hatta özel düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Örneğin; Almanya uygulamasında, ebeveynler profesyonel olarak arabuluculuk görevini ifa eden uzmanlarca sulha teşvik edilmekte ve aralarında uzlaşma yolları aranmaktadır⁹³.

Bu çerçevede, Sözleşme kapsamında ele alınan çocuğun mutad meskeni devletine iadesi talebinin, HUAK'nun 1'inci maddesinde belirtilen “*üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek*” bir aile hukuku uyumsuzluğu olduğu söylenebilir mi? Böylece, 5717 Sayılı Kanun'un yetersiz ve uygulamada başarıyı yakalamayan dostane çözüme ilişkin düzenlemesinin yerini, HUAK'nun ilgili maddeleri alabilir mi? İşte bu soruların cevabının tespiti, mevcut düzenlemeler ile Sözleşme'nin daha etkin uygulanmasında ve ebeveynlerin arasındaki ihtilafın dostane çözümlerle sonlandırılmasında aşama kaydedilmesini sağlayacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; 1980 tarihli Sözleşme, tarafların velayet hakkı ile ilgili değildir. Sözleşme ile uluslararası özel hukuk teknikleri, çocuğun hızlı iadesini güven altına alırken, ebeveynlerin velayet ve şahsi ilişki hakkını da korumayı amaçlamaktadır. Sözleşme, velayete ilişkin uygulanacak hukuku düzenlemediği gibi velayet kararlarının tanıma ve tenfizini düzenleyen maddeler de içermemektedir⁹⁴. Dolayısıyla, Sözleşme'nin HUAK'nun kapsamı dışında kalan ve kamu düzenini ilgilendiren aile uyumsuzluklardan biri olarak kabul gören velayet konusuyla ilgisi bulunmamaktadır. Ayrıca, Sözleşme'nin çocuk ile şahsi ilişki kurulmasına ilişkin 21'inci maddesinin, Sözleşme çerçevesinde arabuluculuk kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁹⁵. Ancak bu

⁹³ Almanya iç mevzuatında konu bu çerçevede düzenlenmiştir (Aile Davaları ve Çekişmesiz Yargı İşleri Muhakeme Usulü Kanunu, m. 36, 36a). Bunun için taraflar arabulucuya belli bir meblağ ödemekte ve aralarında anlaşmaları halinde kendi avukatları vasıtasıyla anlaşmaları hususları gösterir bir belge düzenlenmektedir. Söz konusu belgede yer alan hususların yerine getirilmesi açısından anılan belge yetkili mahkemeye tanıtılmaktadır.

⁹⁴ Loon, J.H.A. Van; “*The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law*”, Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe, Symposium in Celebration of the 40th Anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law on 27 October 1989, University of Amsterdam, Deventer 1990, s. 18-19.

⁹⁵ “*Ziyaret hakkının tesisi veya korunması amaçlı bir talep, taraf bir Devletin merkezi makamına, çocuğun geri dönüşünü amaçlayan bir talep ile aynı şekiller içinde yapılabilir. Merkezi makamlar, ziyaret hakkının rahatça kullanılmasını ve bu hakkın kullanılmasının tabi olabileceği tüm şartların yerine getirilmesi ve ziyaret hakkına karşı muhtemel engellerin olanaklar*

husus HUAK çerçevesinde değerlendirildiğinde, Kanun'un 1'inci maddesi uyarınca arabuluculuk kapsamı dışında kalması nedeniyle uygulamada yaşanan çelişkinin, mevzuatta yapılacak bir değişiklik ile giderilmesi uygun olur.

Diğer taraftan, resmin geneline bakıldığında görülen en temel husus; 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin yürürlüğe girdiği 2000 yılından beri kanun hükmünde olduğu gerçeğidir. Zira, Anayasa'nın 90'ıncı maddesine⁹⁶ göre, uluslararası sözleşmeler kanun gücünde olup⁹⁷, iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne dhi gidilemeyecektir. Sözleşme'nin bizatihi kendi maddeleri, Sözleşme kapsamına giren uyuşmazlıklarda dostane çözüm yolunu önermektedir. Sözleşme çerçevesinde hazırlanan Rehberde de, dostane çözüme ulaşmak için en uygun yöntemin arabuluculuk yöntemi olduğu vurgulanmıştır. Sonuç olarak, ebeveynler arasında ortaya çıkan Sözleşme kapsamındaki anlaşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi mevzuatımıza göre mümkündür. HUAK'nun 1'inci maddesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir⁹⁸. Kaldı ki, anılan madde ile arabuluculuk yöntemiyle çözümlenebilecek konuların genel kriterleri belirlenmiş, bu konuların neler olduğuna ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirilmemiştir. Aslında maddenin eksiklik gibi görünen bu yönü, uygulamanın, Sözleşmeler, içtihatlar ve diğer düzenlemeler çerçevesinde şekillenmesine de fırsat vermektedir. Böylece,

lisnde kaldırılması yolunda 7. maddede yer alan işbirliği yükümlülükleri ile bağlıdırlar. Merkezi makamlar; ziyaret hakkını organize etmek veya bu hakkı ve tabi olabileceği şartları korumak amacıyla kanuni bir süreci gerek doğrudan doğruya gerek aracılar ile başlatabilir veya teşvik edebilirler” (21. madde)

⁹⁶ “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”(Anayasa m. 90/V)

⁹⁷ Türk Anayasası (AY m. 90/V) uyarınca, Milletlerarası Sözleşmeler kanun niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu sözleşmelerin yürürlüğe girmesi, Türk milletlerarası özel hukukuna farklı bağlama kuralları veya farklı usul hükümleri kazandırabilir. (Kamacı, Mahmut; “**Türk Milletlerarası zel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye'nin Katıldığı Milletlerarası zel Hukuk Sözleşmeleri**”, s. 508-539, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, Ekim 1998, s. 516.)

⁹⁸ Zira yapılan bir kanun ile bir anlaşma ortadan kaldırılamaz, ancak iç hukukta uygulanması imknsz hale gelebilir. Uluslararası alanda onayladığımız ve yürürlükte olan anlaşmanın uygulanamaması, uluslararası alanda sorumluluk doğmasına neden olacaktır. Bu nedenle, yapılan kanun ile anlaşmanın kaldırılmasına dair açık ve kesin bir niyet yok ise, anlaşmaya uygun yorum yapılmalıdır(Gündüz, Aslan; **İktidar ve Milletlerarası Sınırları**”, s. 14-63, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 64, Sayı:1-2-3, 1990, s. 62); Viyana Anlaşmasının III. Bölümünün I. Kesiminde, anlaşmalara saygı duyulması ve yürürlükte bulunan anlaşmaların taraf olan devleti bağlayacağı, bu nedenle de iyi niyetle yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. (Bilge, Suat:“**Milletlerarası Anlaşmaların Uygulanması**”, s. 17-56, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Aralık 1969, No 4, s. 17-18.)

Sözleşme kapsamına giren ihtilaflarda, HUAK'nun uygulanması mümkün hale gelmekte olup, 5717 sayılı Kanun'un bu konudaki eksiklikleri de bertaraf edilebilecektir.

Diğer taraftan, farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında arabuluculuk müzakerelerinin nasıl gerçekleştirileceği, Sözleşme'nin süreye verdiği önemden dolayı müzakereler için maksimum ne kadar zaman verileceği⁹⁹, gerekmesi halinde tercümanın bu müzakerelere ne şekilde dahil edileceği gibi hususları aydınlatacak bir Genelgenin yayınlanması ve kamuoyunun aydınlatılması gerekmektedir. Arabuluculuk eğitimlerinde, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin bilgi verilmesi, arabulucuların Sözleşme'nin yapısını, uygulanmasını ve Sözleşme'nin istisnai maddeleri ile karşılaşılabilecekleri özel durumları iyi kavramaları sağlanmalıdır.

Sözleşme uyarınca, aile içi şiddet unsurunun bulunması halinde bile arabuluculuğun uygulanabilmesi mümkündür. Sözleşme çerçevesindeki aile içi şiddet içeren ihtilaflarda, arabuluculuk faaliyetinin, konusunda uzman olan kişilerin gözetiminde ve özel teknikler ile yapılabileceği genel kabul gören görüştür¹⁰⁰. Özellikle aile içi şiddet gören tarafın güvenliği konusunda emin olunması şarttır. Diğer taraftan, müzakerelerin yüz yüze yapılması gerekli değildir. Uygun ortam sağlandığı takdirde telekonferans ile veya mekik arabuluculuk yöntemi (shuttle mediation) ile süreç sürdürülebilir¹⁰¹. HUAK'nda ise bu konu açıkça arabuluculuk faaliyetleri kapsamı dışına itilmiştir (HUAK m. 1/2-son). Bu durumda, Sözleşme uygulamalarında da belirtildiği üzere arabuluculuğun özel tekniklerle¹⁰² yapılması ya da HUAK uyarınca bu tür ihtilaflarda arabuluculuk faaliyetine hiç başvurulmaması arasında tercih yapılması gerekebilir. Bu hususun da, Kanun'da yapılacak bir revizyonla açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

⁹⁹ Sözleşmenin 2'nci maddesi uyarınca Âkit Devletler ülke sınırları içerisinde Sözleşmenin hedeflerine ulaşabilmek için en seri usulleri uygulamalıdır. Yetkili makamların Sözleşmenin 2'nci maddesiyle getirilen ivedilikle hareket etme yükümlülüğü, 11'inci madde ile tekrarlanmış bulunmaktadır.

¹⁰⁰ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 73.

¹⁰¹ Guide to Good Practice-**Mediation**, s. 73.

¹⁰² Arabuluculuk faaliyetlerinin yüz yüze olmasının faydaları yanında, özel unsurlar içeren bazı ihtilaflarda farklı bazı teknikler tercih edilebilir. Bu konuda hayal gücünün sınırlanmaması, gelişiminin önündeki engelleri kaldıracaktır. Sonuçta, arabuluculuk için temelde gerekli olan, arabulucu ve taraflardır. Bazen tarafların aynı ortamı paylaşmasına bile gerek olmayabilir (telekonferans yöntemi). Örneğin, özellikle internet üzerinden yapılan satışlarda yaşanan ihtilaflarda başarılı olan "*internet yoluyla uyuşmazlık çözümü*" (online dispute resolution) metodunda tarafların bir arada bulunması gerekmeyeceği gibi maliyeti de oldukça azdır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Katsh, Ethan; Rifkin, Janet; **Online Dispute Resolution**, "*Resolving Conflicts in Cyberspace*", Jossey-Bass, San Francisco, 2001, s. 8 vd.).

Kanaatimizce, Sözleşme uygulaması yeterince incelenmeden, aceleci davranarak aile içi şiddet unsuru içeren ihtilafları tamamen arabuluculuk dışına itmek arabuluculuk ile elde edilmek istenilen yarar ile ters düşer. Zira hedef, arabuluculuk tekniklerini en verimli şekilde kullanarak, yargının üzerindeki ağır yükü hafifletmek, uyuşmazlıkların daha süratli ve masrafsız çözülmesini yaygınlaştırmak olmalıdır.

Aslında, gelecekte de devam edecek aile gibi uzun süreli ilişkileri konu alan uyuşmazlıkların tamamının, arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi mümkün olmalıdır. Zira, tarafların kendilerini en çok ifade edebilecekleri, çözüme kendilerinden bir şeyler katabilecekleri, yıpranmanın en asgari düzeyde olmasını sağlayan, ihtilafın geleceğe taşınmasını engelleyen çözüm yolu, mahkemeler değil arabuluculuk yöntemidir. Hâkimin emredici tavrı ve yargılamanın tarafları mücadeleye açık hale getirmesi göz önünde bulundurulduğunda, arabulucunun uzlaşmacı tavrı ışığında tarafların çözüme kendi iradeleriyle ulaşmasına olanak sağlanmalıdır.

SONUÇ

Hukuk kuralları, uyuşmazlıkları çözümlenerek toplumsal barışı sağlamayı hedeflemekte olup, uyuşmazlıkların esas çözüm yolu yargılama yöntemidir. Diğer taraftan, insanların arasındaki iletişimin artması küreselleşme ile ivme kazanmış ve bu durum toplumda yaşanan ihtilafların artmasına neden olmuştur. Üstelik ihtilaflar, malların ve sermayenin serbest dolaşımı ve sınırların kalkması ile uluslararası platforma taşınmıştır. Böylece, ihtilafları sona erdiren yargılama yöntemi dışında daha süratli ve masrafsız alternatif çözüm yolları aranmaya başlanmıştır.

Arbuluculuk ise geleneksel toplumlarda sıklıkla kullanılan, üçüncü kişinin dâhil olduğu alternatif bir çözüm yoludur. Günümüzde yaşanan uyuşmazlıkların çözümünde de artarak kullanılmakta olup, sorunların çözümünde taraf iradelerinin temel alınması, gizlilik ilkesi nedeniyle tarafların özel bilgilerinin ifşa edilmemesi, geleceğe yönelik çözümler sunması, suçlayıcı veya cezalandırıcı olmaktan ziyade çözüm odaklı olması nedeniyle birçok ihtilaf çözümünde başarıyla uygulanmaktadır.

Dünyada aile hukukundan kaynaklanan ihtilaflarda öncelikli olarak tercih edilen ve en uygun çözüm yollarıyla kişilerin ilişkilerinin devamını sağlayan arabuluculuk yöntemi, Türkiye’de de kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk ilişkilerinde (HUAK m. 1) uygulanabilmektedir. HUAK’nun konu bakımından bu şekilde sınırlanma getirmesi, geleneksel bir

düşüncenin eserdir ve uluslararası normlarla uyumlu olduğu söylenemez. Zira, arabuluculuğun en etkili olduğu konulardan biri, ayırım yapılmaksızın aile hukukuna ilişkin ihtilaflardır. Ancak, kanun yapım çalışmaları esnasında bazı kaygılar neticesinde bu ihtilaflara ilişkin sınırlama getirilmiş, bazı konuların devlet denetiminde kalması gerektiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bu sınırlamanın mümkün olduğunca dar tutulması, genele teşmil edilmemesi arabuluculuğun ruhuna daha uygun düşer. Bu takdirde, uluslararası düzenlemeler ile de kısmen uyum sağlanması mümkün olabilir.

1980 tarihli Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki ihtilafların, HUAK uyarınca arabuluculuk yöntemi ile çözümünün uygulamaya dökülmesi, yaşanan sorunları kısa vadede kısmen ortadan kaldıracaktır. Elbette ki, ebeveynler arasında yaşanan bu tür uluslararası ihtilafların giderilmesi için modern ve esaslı bir kanun değişikliğinin yapılması en uygun olanıdır. Ancak, kanun çalışmalarının uzun ve zahmetli olması, kısa vadede sorunun çözümüne fayda sağlamayacaktır. Sözleşme'nin arabuluculuğa dair 7/2-c ve 10'uncu maddelerinin uygulanmasına ilişkin etkin bir düzenlemenin 5717 sayılı Kanun ile getirilmemiş olması, bu konuda en uygun bir düzenlemeye olan ihtiyacın giderek artması ve bu ihtiyacın HUAK ile giderilmesinin mümkün olması göz önüne alındığında, eldeki mevcut düzenleme ile neler yapılabileceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Öncelikle, farklı ülkelerde yaşayan tarafların ve arabulucunun müzakereleri nasıl gerçekleştireceği, arabuluculuk faaliyetinin hangi şart ve teknik alt yapı ile yapılacağı hususunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Sonuç olarak, her ne kadar Sözleşme kapsamında kalan arabuluculuk faaliyetlerinin kısa vadede HUAK kapsamında yürütülebileceği düşünülse de, 5717 sayılı Kanun'da veya HUAK'nda yapılacak temel değişikliklerle Sözleşme'den kaynaklanan uluslararası sorumluluğun etkin bir şekilde yerine getirilmesi mümkün olabilir. Unutulmaması gereken; ihtilafın taraflarının farklı ülkelerde yaşaması, tarafların kültürel farklılıkları, arabuluculuk sürecini zora sokabilecek dil engeli gibi karşılaşılabilecek sorunların, örnek ülke uygulamaları ve bu konuda hazırlanmış uluslararası kaynaklar temel alınarak çözümlenmesinin gerekli olduğudur. 1980 tarihli Sözleşme kapsamında ebeveynler arasında yaşanan ihtilafın arabuluculuk yöntemi ile çözümü önündeki bu tür engellerin ortadan kaldırılması için anılan düzenlemelerde açık, anlaşılır ve esaslı değişikliklerin yapılması şarttır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya/Demir Gökyayla, Cemile; **Milletlerarası Aile Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Aytaç, Mehlika: **“Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”**, Adalet Dergisi, ss. 34-65, Adalet Bakanlığı, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20.

Bilge, Suat: **“Milletlerarası Anlaşmaların Uygulanması”**, s. 17-56, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Aralık 1969, No 4.

Ceylan, Şule Şahin; **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Coester-Waltjen, Dagmar, ***The Future of the Hague Child Abduction Convention: The Rise of Domestic and International Tensions- The European Perspective***, New York University Journal Of International Law and Politics, Volum 33, S. 1, 2000 (59-82) (Westlaw).

Curtis, Lindsay: ***The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: the Australian experience***, The Commonwealth Law Bulletin, Commonwealth Secretariat, London, 1989.

Demir, Şamil; **Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi**, Adalet, Ankara, 2011, s. 12.

Finan, Cara L.; ***Convention on the Rights of the Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction***, Santa Clara Law Review 1007, Vol 34, 1994 (Westlaw).

Gelgel, Günseli; **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler**, Beta, İstanbul, 2012.

Goodman, Allan H.; **Basic Skills for the New Arbitrator**, 2. bası, Solomon Publications, Rockville, 2004.

Güler, Beyhan Kaplan; **Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk**, Sümer Kitapevi, İstanbul, 2014.

Gndz, Aslan; ***İktidar ve Milletlerarası Sınırları***, s. 14-63, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 64, Sayı:1-2-3, 1990.

Hague Conference on Private International Law, HCCH Members , <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members> , Erişim 21.01.2016.

HCCH, Hague Conference on Private International Law, “*What’s the Permanent Bureau of the Hague Conference?*”, http://www.hcch.net/index_en.php?act=faq.details&fid=30 , Erişim 4.1.2014.

HCCH, “*Mediation*”, Guide to Good to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice-**Mediation**), http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf , Erişim 12.06.2014.

HCCH, **Status Table**, “*Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*”, <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24> , Erişim 05.01.2016.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama dönemi 24, Yasama yılı 2, Sıra sayısı 233, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> , Erişim 18.01.2016)

Kamacı, Mahmut; “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Nafaka ve Bu Konudaki Türkiye’nin Katıldığı Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri*”, s. 508-539, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 4, Ekim 1998.

Katsh, Ethan; Rifkin, Janet; **Online Dispute Resolution**, “*Resolving Conflicts in Cyberspace*”, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

Kekeç, Elif Kısmet; **Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Adalet, Ankara, 2011.

Köseoğlu, Bilal; **Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları**, TBB, Ankara, 2007.

Liebscher, Christoph; (Çev: Göksu, Mustafa), “*Arbuluculuk Tekniklerinin Tahkimde Kullanılması*”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, ss. 51-76, Ankara, 2010.

Loon, J.H.A. Van; **The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law**”, Fourty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe, Symposium in Celebration of the 40th Anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law on 27 October 1989, University of Amsterdam, Deventer 1990.

Tanrıver, Süha; “*Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif*

Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, Makalelerim II (2006-2010), ss. 3-31, Adalet, Ankara, 2011.

The Guide to Good Practice on Transfrontier Contact Concerning Children, https://assets.hcch.net/upload/guidecontact_e.pdf, (Erişim 12.06.2015)

Tıktık, Çiğdem Yazıcı; **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Tuğsavul, Melis Taşpolat; **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Yetkin, Ankara, 2012.

Özbek, Mustafa; **“Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”** (Anayasal İlkeler ve Arabuluculuk), Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, ss. 107-154, Ankara, 2010.

Özbek, Mustafa Serdar; **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, Yetkin, Ankara, 2009.

Özbek, Mustafa; **“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”**(*Aile Arabuluculuğu*), Dokuz Eylül Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 71-102, Cilt: 7, Sayı 2, 2005.

Öztan, Bilge; **Aile Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004.

“Part I – Central Authority Practice”, Guide to Good to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice- **Central Authority**), http://www.hcch.net/upload/abdguide_e.pdf , (Erişim 12.06.2015);

“Part III – Preventive Measures”, Guide to Good to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, (Guide to Good Practice- **Preventive Measures**), https://assets.hcch.net/upload/abdguideiii_e.pdf , (Erişim 12.06.2015).

Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin, 14. Bası, Ankara, 2013.

Prütting, Hanns; (Çev: Çiftçi, Pınar), **“Arabuluculuk ve Hukuk Devleti”**, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, ss. 234-251, Ankara, 2010.

Vera, Elisa Pérez ; **Explanatory Report**, s. 429, <http://www.hcch.net/>

upload/exp128.pdf; Bodenheimer, Brigitte M.; *“The Hague Draft Convention on International Child Abduction”*, Family Law Quarterly, Volume XIV, S. 2, 1980 (99-113).

Yeşilirmak, Ali; *“Kurumsal Arabuluculuk Kurallarının Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”*, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-IX, ss. 155-181, Ankara, 2010.

KARARLAR VE RAPORLAR

Anayasa Mahkemesi'nin 10/07/2013 tarihli ve 2012/94 E., 2013/89 K. sayılı Kararı (25/01/2014 tarihli ve 28893 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140125-16.htm> , Erişim 20.01.2016).

Conclusions and Recommendations adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (1-3 April 2008), <https://assets.hcch.net/docs/a96540bc-28f6-4f05-a26a-6010257f890f.pdf> , (Erişim 12.01.2016).

Conclusions and Recommendations of Part I of the Sixth Meeting of the Special Commission to review the practical operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011), https://assets.hcch.net/upload/concl28sc6_e.pdf , (Erişim 12.01.2016)

Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference,

<https://assets.hcch.net/docs/b8be1cb6-e8b7-4f5b-8ecc-45a985f8276d.pdf> , (Erişim 12.06.2015)

Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R(98) 1 and Explanatory Memorandum, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec\(98\)1%20E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/7th%20conference_en_files/Rec(98)1%20E.pdf) , Erişim 12.01.2016.

Recommendations and Conclusions adopted by the Council on General Affairs and Policy of the Conference (2-4 April 2007), https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2007e.pdf , Erişim 12.01.2016.