



İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları

Ahmet Temel¹

Öz

Bu makale Türkiye’de yakın gelecekte uygulamaya konması beklenen aile arabuluculuğu kurumu için Türkiye’nin içinde bulunduğu kültürel coğrafyada yüzyılları aşkın bir tecrübeye dayalı olarak uygulanmış aile arabulucu-hakemliğinin önemli katkılar sunacağını iddia etmektedir. Mevcut tasarı batı tarzı aile arabuluculuğunu model almaktadır. Batıda 1970’lerden itibaren uygulanan bu model esasında boşanma davalarının oluşturduğu yargı yükünü azaltarak boşanma sürecini kolaylaştırmayı amaçlayan “boşanma arabuluculuğudur.” Hâlbuki Türkiye’deki aile yapısı aile birliğini muhafaza etmeyi en temel ilke olarak kabul eden İslam Aile Hukuku kodlarına uygun bir biçimde oluşmuştur. Bu nedenle bu makale aile arabuluculuğunda gerek Türkiye’nin tarihsel hafızasında gerekse bugün pek çok İslam ülkesinde uygulaması var olan İslam aile hukukunda gelişmiş arabulucu-hakemlik kurumunun dikkate alınmasını önerir. Bu modelin Türkiye aile yapısına daha uygun olmasının yanı sıra önemli bir problem olarak karşımıza çıkan boşanma ivmesindeki yükselmeyle mücadelede de çok daha etkin olacağını öne sürer. Zira İslam hukukunun yargısal boyutunun yanında uhrevî yaptırım içerikli diyanî bir vasfa da sahip olması kamuya kapalı mahrem alana sahip aile kurumu içinde karşılaşılan problemlerin çözümünde çok daha etkin olmasını sağlamaktadır. Bu araştırma konunun önemi ve literatür değerlendirmesini içeren giriş bölümü sonrasında üç başlık altında inceleme yapmaktadır. Birinci bölümde aile arabuluculuğunun tarihsel gelişimi ve kavramsal çerçevesi ele alınmış; ikinci bölüm İslam hukukunda aile arabuluculuğu-hakemliğinin mahiyetini incelemiş; üçüncü bölüm ise İslam Aile Hukukunda sulh temelli arabulucu-hakemlik uygulamasının çağdaş aile arabuluculuğu uygulamasına eklenmesi konusuna ayrılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Aile arabuluculuğu, İslam aile hukuku, Arabulucu-hakemlik, Tahkim, Sulh

The Prospective Contributions of the Med-Arb Model in Islamic Family Law to Family Mediation in Turkey

Abstract

This article argues that the med-arb model, combining mediation and arbitration, which has been applied in the cultural hinterland where Turkey has been rooted for centuries will make significant contributions to family mediation in Turkey that will be put into practice in the near future. The current model being prepared is modelled on the western-style of family mediation. The model which was implemented in the west in the 1970s known as “divorce-mediation” is essentially aimed at facilitating the divorce process and reducing the burden on the judiciary. Whereas in Turkey the family structure has been formed in accordance with Islamic family law norms that recognize the preservation of family unity as the most fundamental principle. Therefore, this article proposes the med-arb model of Islamic family law which is present in the memory of Turkey’s history and is practiced in many Muslim-majority and Muslim-minority countries today should be considered. In addition to being more suitable for the family structure in Turkey, this model also suggests it would be

1 Sorumlu Yazar: Ahmet Temel (Dr. Öğr. Üyesi), İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-Posta: ahmet.teme@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8589-117X

Atf: Temel, Ahmet. “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları.” *darulfunun ilahiyat* 30, 2 (2019): 311–336. <https://doi.org/10.26650/di.2019.30.2.0035>

much more effective in the fight against the recent significant increase in the divorce rates in Turkey. Islamic law, in addition to its judicial dimension has a religious character that includes other-worldly sanctions which will most probably be much more effective in solving the problems encountered within the family institution that has a closed private space. This study frames its investigation under three titles after an introductory chapter, which presents a literature review and the importance of the subject. The first chapter provides the historical outline of family mediation and conceptual framework. The second part delves into the specifics of the application of med-arb in Islamic Family Law. The third part discusses the integration of sulh-based med-arb in Islamic Family Law into the application of contemporary family mediation.

Keywords

Family mediation, Islamic family law, Med-arb, Arbitration, Sulh

Extended Summary

This article investigates the med-arb model of Islamic Family Law as an alternative dispute resolution model and argues that this model should be integrated within the family mediation in Turkey that will be put into practice soon. This investigation is framed under three titles after an introductory chapter, which presents a literature review and the importance of the subject. The first part provides the historical outline of family mediation and conceptual framework. The second part delves into the specifics of the application of med-arb in Islamic Family Law. The third part discusses the integration of sulh-based med-arb in Islamic Family Law into the application of contemporary family mediation.

The Quran, as the first and foremost source of Islamic law, has more detailed verses on family law issues than on any other field of law. The entire arbitration system in Islamic law discussed in different fiqh manuals goes back to a verse (4:35) indicating that a combination of mediation and arbitration should be used when there is a serious conflict (*shiqāq*) between the couple. According to the verse, one arbitrator from the woman's family and one from the man's family should come together and look for a possible reconciliation first. If the two parties have a sincere demand for a reunion, it is stated in the verse that Allah will combine them together. It is implied, though, in the verse that if there is no possibility for reunion the arbitrators will have a role in the separation process. Based on what is mentioned in the verse, the different schools of law understood the process of arbitration diversely especially on the need for extending authority for separation to the arbitrators by the couple. However, they all agreed that the main and first duty of the arbitrators is to exhort for a possible reconciliation in order to perpetuate the marriage.

I argue that this two-phased mediational process would be much more effective in Turkey for the following reasons. First, statistical research has demonstrated that almost all marriages in Turkey are contracted according to Islamic law in addition to civil law. Second, despite not taking Islamic law into account in the law-making process at the state level, the vast majority of people in Turkey, as affirmed in a large research activity

conducted in 2014, continue to look for religious norms, values, and solutions for their marital needs and disputes informally. Third, this model has been applied among Muslim people in different parts of the world as well as in Turkey, outside of the judiciary successfully and hence, it has a long history supporting its applicability as an alternative dispute resolution model in family disputes in Turkey. Fourth, the second phase of this model, the arbitrational phase, helps to achieve a satisfying result for both parties more easily during the first phase, the mediation phase, due to the fact that they do not want to seem the uncompromising party in the eyes of the mediator who will probably become the arbitrator for this dispute. Fifth, Islamic law having otherworldly sanctions and the *diyānī* dimension would be much more effective for certain family practices which usually stand out of state control and regulations but are important sources of family disputes. Islamic values and norms can reach the conscience of believers and expediate the problem-solving process.

Based on these arguments this study makes the following suggestions. First, due to its distinct characteristic from other types of mediation, family mediation must be drafted in a separate law independent from the existing law with nr. 6325 on mediation in general. Second, family mediation law should not be designed just as “divorce mediation”, it should rely on *sulh*-based social practices rooted in historical experiences. Third, taking the high demand on solving family problems through religious norms into account, the most reasonable option is to integrate the Islamic legal application of med-arb into family mediation. Existing applications in secular countries which allow religious laws play a vital role in family mediation and arbitration demonstrate that this will not necessarily be in contradiction to the secular character of the state. Also, allowing to appeal the arbitrational decision to the family court under certain conditions indicates that this application does not lead to plural laws. Finally, in order to realize these suggestions, graduates of the department of theology and specialists in the family and religious guidance offices within the presidency of religious affairs must be allowed to be mediator-arbitrators after taking the proper training and passing the required exam.

İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları

TÜİK’in istatistiki verilerine göre Türkiye’de ilk kez 2018 yılında kaba evlenme hızı¹ %0,7’nin altına düşerken kaba boşanma hızı da %0,17’nin üstüne çıktı. Bu, 2002-2018 arasında yaklaşık 65 milyondan 82 milyona yükselen nüfusa rağmen son 17 yılda evlenme rakamlarının en düşük seviyeye (553.202); boşanma rakamlarının ise yaklaşık %50 artışla en yüksek seviyeye (142.448) geldiği anlamına geliyor. (Bk. Tablo-1) Boşanma eğiliminin gittikçe artması aile kurumunu tehdit eden bir durumun ortaya çıktığını gösterdi. Bu boşanmaların büyük bir çoğunluğunun da geçimsizlik nedeniyle olması ailelerin dağılmasını önleme yönünde siyasi bir iradeyi ortaya çıkardı.

Tablo 1.

Evlenme sayısı, kaba evlenme hızı, boşanma sayısı ve kaba boşanma hızı, 2001-2018

Yıl	Evlenme sayısı	Kaba evlenme hızı (‰)	Boşanma sayısı	Kaba boşanma hızı (‰)
2001	544.322	8,35	91.994	1,41
2002	510.155	7,73	95.323	1,44
2003	565.468	8,47	92.637	1,39
2004	615.357	9,10	91.022	1,35
2005	641.241	9,37	95.895	1,40
2006	636.121	9,18	93.489	1,35
2007	638.311	9,10	94.219	1,34
2008	641.973	9,04	99.663	1,40
2009	591.742	8,21	11.162	1,58
2010	582.715	7,97	118.568	1,62
2011	592.775	7,99	120.117	1,62
2012	603.751	8,03	123.325	1,64
2013	600.138	7,88	125.305	1,65
2014	599.704	7,77	130.913	1,70
2015	602.982	7,71	131.830	1,69
2016	594.493	7,50	126.164	1,59
2017	569.459	7,09	128.411	1,60
2018	553.202	6,80	142.448	1,75

Kaynak: Evlenme İstatistikleri, 2001-2018²

Bu yönde atılan ilk adımlarda biri aile ve sosyal politikalar bakanlığı tarafından 2012 yılında başlatılan “Aile ve Boşanma Süreci Danışmanlığı” uygulaması oldu.³ Sınırlı sayıda (538) danışmana karşın nispeten başarılı sonuçlar elde eden

- 1 Kaba evlenme ve boşanma hızı belli bir yıl içinde her 1000 nüfus başına düşen evlenme ve boşanma sayısıdır.
- 2 www.tuik.gov.tr/PreIstatistikTablo.do?istab_id=2735
- 3 Yine aynı yıl “Aileyi Koruma ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” başlığıyla bir kanun kabul edilmiştir. Ancak bu kanun sadece aile içi şiddete ilişkin bir takım koruyucu ve önleyici kararları içermekten ibarettir. Bk. 6284 Sayılı Kanun, Resmi Gazete, Tarih: 20/3/2012 Sayı : 28239

bu uygulamanın ardından buna ek olarak aile arabuluculuğu uygulamasının da Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından başlatılmasına yönelik olarak 2016-17 yıllarında üç çalıştay yapıldı ve aile arabuluculuğu uygulayıcısına dönük bir rehber kitabı taslağı da hazırlandı.

Ne var ki her iki uygulama da nüfusunun kahir ekseriyeti Müslüman olan ve özellikle aile ile ilgili konularda dinî rehberliğe ilişkin hassasiyet taşıyan Türkiye toplumunun *sui generis* yerel problemlerine doğrudan yerel çözümler üretmek yerine Avrupa merkezli ithal çözümlere yönelmek eğilimindedir. Gerek aile ve boşanma süreci danışmanlığına gerekse de planlanan aile arabuluculuğuna çok önemli katkılar sağlama potansiyeli olan İslam hukukundaki *aile uyuşmazlığı hakemliği* ve *sulh* gibi uygulamalardan istifade edilmemektedir. Hâlbuki diyanet işleri başkanlığı bünyesindeki çeşitli seviyelerdeki fetva kurumlarına ve ilahiyat, özellikle İslam hukuku, alanında çalışma yürüten ilim adamlarına aile içi uyuşmazlıklarla ilgili olarak yöneltilen sorular ve rehberlik talepleri bu kişi ve kurumların ilgilendiği konu başlıkları arasında öne çıkmaktadır. Fiilî olarak bu işi deruhte eden bu kişi ve kurumlara resmî uygulamalarda yer verilmemesinin bir izahı yoktur. Kaldı ki dünyada nüfusunun çoğunluğu Müslüman olan devletlerin yanı sıra Müslümanların azınlıkta olduğu İngiltere ve Amerika başta olmak üzere seküler devletler dahi bu noktada İslam hukuku uygulamalarından yararlanmakta, hatta hakemlik merkezleri kurarak kendi çözümlerini İslam Hukukuna uygun olarak üretmelerini teşvik etmektedir.⁴ Bu nedenle devletin laik yapısı hukukî sorunların çözümünde dinî pratikleri dikkate almanın yahut onlardan istifade etmenin önünde engel değildir.

Bugüne dek aile arabuluculuğu noktasında yapılan çalıştaylarda yer alan isabetsiz değerlendirmelerden önemli bir diğer konu da Türkiye’de devletin aile kurumuna doğrudan müdahale etmesi şeklinde ortaya çıkan hukukî geleneği muhafaza etmek adına mahkeme temelli bir aile arabuluculuğu modeliyle aile arabuluculuğunun etki sınırlarının olabildiğince daraltılmasıdır. Pek çok konuda nihai kararı vermek üzere arabuluculuk sürecinin gözetimini mahkemeye yönlendirmeyi öngören bu

4 Bk. Rafidah Mohamad Cusairi, *The Application of Islamic Shari’ah to the Muslim Minority Living in the UK: a Comparative Study on Family Mediation Between English Law and Faith-based Med-arb at Shari’ah Councils* (Glasgow Caledonian University, 2013). Amerika’da Yahudilerin daha uzun bir geçmişe sahip olan Beth-Din kurumlarındaki bağlayıcı hakemlik uygulamasının seküler mahkemelerle bir arada yürütüldüğüne ve bunun devletin seküler yapısına aykırılık doğuracağı yönündeki endişelerin isabetsizliğine ilişkin bk. Ginnine Fried, “The Collision of Church and State: A Primer to Beth Din Arbitration and the New York Secular Courts,” *Fordham Urban Law Journal* 31 (2003).

tavsiyeler⁵ bu uygulamanın yargı yükünü azaltma noktasında etkisini kıracaktır. Aile hukuku alanında arabuluculuk bu alana mahkemenin dolayısıyla devletin etki alanını minimuma indirmeyi öngörür.⁶ Zira aile kendi sosyolojik kodları içerisinde yaşayan ve büyüyen bir toplumsal yapıdır. Aile üyelerine ailenin devamı ve sonlandırılmasında ortaklaşa tasarruf yetkisi veren bu tür bir uygulamayı yine mahkemeye muhtaç hale getirmek aile arabuluculuğundan elde edilmesi umulan verimi önemli ölçüde baltalayacaktır.

Bu çalışma aile arabuluculuğu uygulamasına İslam hukukunda geliştirilmiş hakemlik ve sulh uygulamaları çerçevesinde yapılabilecek katkıyı ortaya koymayı amaçlamakta ve böylelikle aile arabuluculuğunun aile bütünlüğünü korumaya dönük olarak Türkiye’de çok daha işlevsel olarak uygulanabileceğini iddia etmektedir. Öncelikle modern aile arabuluculuğu uygulamasının kısa tarihi ve dünyadaki uygulaması incelenerek Türkiye’de tasarlanan Aile Arabuluculuğunun birtakım eksiklikleri sorgulanacaktır. Daha sonra İslam hukukunda var olan aile içi uyuşmazlıklarda çözüm yöntemine ilişkin olarak alternatif uyuşmazlık çözümlerinden arabuluculuk ve hakemliğin karma bir şekilde uygulandığı arabulucu-hakemlik incelenecektir. Öneri olarak bu çalışma hâlihazırda 4787 sayılı kanunun 7. ve 5. maddelerine dayanarak boşanma aşamasındaki çiftlerin arabuluculuğu noktasında diyanet işleri bünyesindeki Aile Rehberliği ve Danışmanlığı uzmanları ve ilahiyat alanında uzman kişilerden istifade edilmesini tavsiye eder. Aile arabuluculuğunun batılı ülkelerdeki uygulamasından arabulucu eğitiminde faydalanılmasını desteklemekle birlikte aile arabuluculuğu-hakemliği şeklinde bir modelin Türkiye sosyolojisine daha uygun olacağını öne sürer. Nitekim Pekcanitez ve sonrasında farklı araştırmacıların da ifade ettiği üzere alternatif çözüm yolları sınırlı değildir. Her ülke, kendi koşullarını ve sosyal gerçekliğini göz önünde bulundurarak müzakere, arabuluculuk, uzlaşma gibi çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını bir araya getirmek suretiyle karma yöntemler oluşturabileceği gibi; bunların dışında başka alternatif uyuşmazlık çözüm yolları da oluşturabilir.⁷

Birinci başlığa geçmeden önce bu çalışmanın yapacağı akademik katkının tebellür etmesi için konuya ilişkin önceki çalışmalar arasındaki yerine ve farkına işaret etmek

5 Örneğin bk. Erdem Şimşek, “Düzenlenmesi Düşünülen Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme,” in *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Ankara, 2018), 68.

6 Jay Folberg, “A mediation overview: History and dimensions of practice,” *Mediation Quarterly* 1983/1 (September 1983):10.

7 Hakan Pekcanitez, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri,” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 5 (2005), 12-16; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, *TBB. Dergisi*, 64 (2006): 160.

isabetli olacaktır. İslam hukuku alanında Türkçe akademik çalışmalar arasında sulh ve tahkim konuları genel olarak tez ve makale düzeyinde çalışılmışsa da bu uygulamalarla aile arabuluculuğu arasında ilişki kurarak yapılan çalışmalar oldukça azdır. Bunlar arasında başlığında arabuluculuk kavramını İslam hukuku ile bir arada zikreden Yusuf Şen’in makalesi sulh, tahkim ve arabuluculuk arasındaki benzerlik ve farklılıklara işaret etmiş; sulhun aslı kaynaklardaki yerini incelemiş ancak aile içindeki anlaşmazlıklar noktasında sulh konusuna iki paragrafla değinmekle yetinerek aile arabuluculuğu konusunu makalenin inceleme alanı olarak ele almamıştır.⁸ Şen, arabuluculuk kavramını İslam hukukundaki muadil uygulamalarla karşılaştırma ve İslam hukukunda arabulucunun sahip olması gereken özellikler konusunu inceleyerek arabuluculukta İslam hukuk tecrübesinin dikkate alınması gerekliliği noktasında önemli katkı sağlamıştır. Bu makalenin temasına en yakın çalışma İbrahim Yılmaz’ın “İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması” başlıklı makalesidir.⁹ Yılmaz, bu çalışmada isabetli olarak İslam Aile Hukukundaki tahkim uygulamasının Türkiye’de büyüyen bir problem olan boşanmaları önlemede etkili olacağını ortaya koyar. Bizim çalışmamız, konuyu sadece boşanmaları önleme noktasında ele almamakta ve tahkim uygulamasının aile arabuluculuğu ile ilişkisini kurarak bu başlık altında uygulamaya karma bir sistematik içinde yer verilmesi gerektiği yönünde öneride bulunmaktadır. İngilizcede konuyla alakalı olarak uygulamayı merkeze alan nispeten daha çok sayıda çalışma üretilmiştir. Özellikle sabık İngiliz sömürgesi olmakla birlikte bağımsızlığını kazandıktan sonra aile hukuku başta olmak üzere hukuki uygulamalarında İslam hukukunu merkeze alan Malezya, Pakistan gibi ülkelerdeki akademisyenler ile nispeten daha köklü İslam hukuku uygulamaları olan Suudi Arabistan, Cezayir gibi ülkelerdeki araştırmacılar bu konuda çalışmamızda da bir kısma değineceğimiz birtakım çalışmalar ortaya koymuştur. Öte yandan başta İngiltere olmak üzere batı ülkelerindeki Müslüman azınlıkların aile arabulucu-hakemlik uygulamalarına dair de önemli bir literatür oluşmuştur.

Çağdaş Tarihi ve Tanımlamalarıyla Aile Arabuluculuğu

Arabuluculuk kavramının tarihiyle ilgili olarak karşımıza çıkan ilk problem bu kavramın netleştirilmemesinden ileri gelen bir anakronik tarih anlatısının modern metinlere serpiştirilmiş olmasıdır. Arabuluculuğun tarihine değinen çalışmalar bu yüzden onu mahkeme dışında uyuşmazlık çözümünü içeren her türlü uygulamanın bir üst başlığı şeklinde kurgulayarak Mezopotamya, Sümer, Eski Mısır, Uzak Doğu

8 Yusuf Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk,” *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11/22 (2012): 105–135.

9 İbrahim Yılmaz, “İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması,” *Turkish Studies* 12/10 (2017): 329–360.

ve İslam Hukuku geleneğinde var olan uygulamalara dayandırmaktadır.¹⁰ Geniş anlamda arabuluculuğu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının şemsiye kavramı olarak tanımladığımızda isabetli olacak böyle bir tarih kurgusu; dar anlamda arabuluculuk için ise doğru olmayacaktır. Nitekim bu belirsizlik arabuluculuk literatürü içerisinde farklı tanımlamaların ve arabuluculuk türlerinin ortaya çıkmasının da temel sebebidir. Modern araştırmalardaki arabuluculuk tanımlarına göz atmak bu çalışmanın öne sürdüğü üzere arabuluculuk kavramı dar anlamıyla ele alındığında böyle bir aile arabuluculuğunun Türkiye sosyolojisi açısından tam olarak isabetli olmayacağıyla ilgili argümanın zeminini oluşturması açısından önemlidir.

Teoride var olan yirmiyi aşkın tanım içerisinde¹¹ geniş olandan dar olana doğru birkaç tanesini dile getirmek tanım üzerindeki müphemliği göstermek için yeterli olacaktır:

- Tanım 1: “Arabuluculuk çok uzun asırlardır yaşamın her alanında, çeşitli biçimlerde iletişimi kolaylaştıran ve uyuşmazlık taraflarının bir uzlaşmaya varmalarında yardımcı olan bir araçtır.”¹²
- Tanım 2: “Arabuluculuk, uyuşmazlık taraflarının, üçüncü bir kişi aracılığıyla ihtilaflarına yönelik çözüme varmalarını sağlayan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.”¹³
- Tanım 3: “Arabuluculuk, tarafların serbest iradeleriyle başvurduğu, uyuşmazlık konusu hakkında verdiği kararı taraflara zorla kabul ettirme yetkisi bulunmayan veya sınırlı olarak zorla kabul ettirme yetkisi olan, bir üçüncü kişinin desteği ile uyuşmazlıkların her iki tarafça kabul edilebilir bir şekilde sulh ile sonlandırılmasını amaçlayan bir yöntem.”¹⁴
- Tanım 4: “Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, her iki tarafının üzerinde uzlaşma sağladığı tarafsız bir üçüncü kişinin desteği ile taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesini hedefleyen, tamamıyla tarafların kendi iradeleriyle başvurdukları bir alternatif uyuşmazlık çözüm biçimi”¹⁵

Geniş anlamlıdan dar anlamlıya doğru sıraladığımız bu tanımlar ve benzer

10 Örneğin bk. Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, ed. Yonca Fatma Yücel, 2018, 3-5;

11 Tanımların bir listesi için bk. Hatice Selin Pürselim, “Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20/2 (2014): 5.

12 Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 4

13 Pürselim, “Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler.”, 5.

14 Melis Taşpolat Tuğsavul, *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Ankara: Yetkin, 2012), 27.

15 Süha Tanrıver, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış,” in *Prof.Dr. Fikret Eren’e Armağan* (Ankara: Yetkin, 2006), 827.

tanımların bir kısmı doktrinde daha sonra arabuluculuğun türleri şeklinde karşılık bulmuştur. Örneğin, ilk tanımın işaret ettiği genel anlamda arabuluculuğa adi ya da geleneksel arabuluculuk son tanımın işaret ettiği dar anlamda arabuluculuğa ise nitelikli arabuluculuk adı verilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) dar anlamda arabuluculuğu kabul etmiştir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun (HUAK) 2. maddesinde arabuluculuk şöyle tanımlanır:

“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, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin atılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”

Bu tanım kanunda kabul edilirken hangi saiklerin dikkate alındığı net değildir. Ancak toplumsal olarak uygunluğundan ziyade batılı ülkelerde elde edilen tecrübelerin bu tanımın şekillenmesinde etkili olduğu anlaşılmaktadır. Geniş anlamli arabuluculuk yerine daha dar anlamli ve arabulucuya müdahale imkânı verilmeyen bir tanımın isabetli olmadığı anlaşılmış olmalıdır ki maddede yer alan “tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen” şeklindeki ifade yerel teamüller dikkate alınarak özellikle eklenmiştir.¹⁶ Bu durum, arabuluculuk tanımında arabulucunun görevini çok daha daraltan modern “kolaylaştırıcı arabuluculuktan” daha etkin bir arabuluculuk öneren “değerlendirici arabuluculuk” modeline evrildiğini gösterir. Bunun daha isabetli ileri bir adımı, yüzlerce yıllık maziye sahip bir kültürel birikimin ürünü olan sulh temelli arabulucu-hakemlik teamülünün arabuluculuğa eklenmesidir.

Modern dönemde uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve bunlar arasında arabuluculuk Anglo-Sakson hukuk sistemi kaynaklıdır.¹⁷ Öncelikle işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ve kimi dinî ve etnik azınlıkların kendi sahip oldukları normatif kurallar çerçevesinde problemlerini çözme noktasında 20. yüzyılın başlarından itibaren başvuru arabuluculuk, 1960’lardan itibaren Amerika’da ve İngiltere’de önemli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak görülmeye başlanmıştır.¹⁸ Aile arabuluculuğu da aynı tarihlerde gündeme gelmiş ve uygulaması Kıta Avrupası başta olmak üzere farklı hukuk sistemlerinde gittikçe artan bir eğilim

16 Adem Albayrak, “Türk Hukukunda Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk,” in *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu2* (Ankara, 2018), 209.

17 Tanriver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk.”

18 Folberg, “A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice.”5-6.

göstermiştir. Aile arabuluculuğunun başlangıçta boşanma arabuluculuğu (*divorce mediation*) olarak isimlendirilmesi ortaya çıkış gerekçesine işaret eder. 20. yüzyılın ikinci yarısında hızla artan boşanma sayısı mahkemelerin iş yükünü oldukça arttırmış ve boşanma sürecinin doğurduğu hukukî ve sosyal problemler hissedilir hale gelmişti. Bu nedenle boşama sürecinde olan çiftlerin yaşadıkları uyuşmazlıkları mahkeme dışında çözmek başta devlet sonra da taraflar açısından en uygun yol olarak görülmeye başlandı. Boşanma arabuluculuğuna özellikle Avrupa’da aile arabuluculuğu denmesinin sebebi ise aile kavramının evlilikten bağımsız olarak telakki edilmeye başlanmasıyla ilgilidir. Evlilik dışı birlikteliklerin artması ve bu birlikteliklerin sona erdiğinde boşanmada olduğu gibi bir takım maddî ve manevî uyuşmazlıkların ortaya çıkması boşanma arabuluculuğuna aile arabuluculuğu ismi verilmesinin temel sebebidir. Öte yandan birlikteliğin sona ermesinin doğurduğu uyuşmazlıklar bazen sadece tarafları değil varsa çocuklarını yahut tarafların diğer aile üyelerini de etkileyebilen bir süreç olması da bunda etkili olmuştur.¹⁹ Ancak şurası açıktır ki batılı tarzda aile arabuluculuğunun maksadı tarafları birlikteliğin sonlanmaması noktasında bir uzlaşmaya (*reconciliation*) götürmek ve bağlayıcı bir çözüm tavsiye etmek kesinlikle değildir. Aile arabulucusunun görevi taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırarak ayrılığı olabildiğince ekonomik olarak uygun, duygusal olarak sağlıklı ve çocuklar için de yapıcı hale getirmeye çalışmaktan ibarettir.²⁰

Aile arabuluculuğu uygulaması Avrupa’da ilk kez Bristol’de 1978’de sadece avukatlar değil sosyal hizmet uzmanlarının katkısıyla başlamıştır. Daha sonra aile arabuluculuğunu uygulama ve güçlendirmeye yönelik olarak yine boşanma ve ayrılığın sonuçlarını eksene alarak yapılan birtakım tavsiyeler Avrupa Konseyi tarafından 21 Ocak 1998 tarih ve (98)1 Sayılı Tavsiye Kararlarında resmi olarak kabul edilmiştir. Bundan on yıl sonra ise Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi 21 Mayıs 2008 tarihli, 2008/52/EC Sayılı Avrupa Arabuluculuk Direktifini yayınlamıştır.²¹

Avrupa’da sadece avukatlara değil sosyal hizmet uzmanları gibi farklı meslek gruplarına da açık olan aile arabuluculuğu, Türkiye’deki tasarıda sadece avukatlara ve hukuk fakültesi mezunlarına inhisar edilmektedir. Ancak ilkesel olarak

19 Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*. 9.

20 Adriane G. Berg, “The attorney as divorce mediator,” *Mediation Quarterly* 1983/2 (December 1983): 22.

21 Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*. 7-8.

arbulucunun taraflara hukuki tavsiyelerde bulunamayacağı da ifade edilir.²² Bu durumda arbulucunun, bilhassa aile arbulucusunun, hukuk mezunları arasından olması yönündeki şartın çözüme katkı sağlamak açısından kayda değer bir katkısı kalmamaktadır. Öyle görülüyor ki tasarımı hazırlayanlar burada avukatlık mesleğini icra eden hukukçuların dava dışında uyuşmazlıkların çözülmesi durumunda işlerinin önemli bir bölümünü kaybetme endişelerini tatmin etmek²³ ve arbuluculuk sonrasında muhtemel hukuki süreç hakkında bilgilendirme dışında bir hususu dikkate almamıştır. Hâlbuki dünyada onlarca arbuluculuk ve aile arbuluculuğu uygulamaları örnekleri içerisinde arbulucunun hukuk fakültesi mezunu olması zorunlu bir şart olarak yer almamaktadır. Bunun aksine aynı anda hem avukat hem de arbulucu olmanın etik problemler doğurduğuna ilişkin iddialar da literatürde ele alınmıştır.²⁴ Zira mesleği mahkemede boşama işlemini gerçekleştirmek amacıyla uyuşmazlığı körüklemek pahasına bir tarafın savunuculuğunu yapmak olan bir avukat; arbuluculuk esnasında tam bir tarafsız üçüncü kişi olarak müzakereleri yönetme görevi üstlenmiş olacaktır. Öte yandan çözüme ulaşmamış bir arbuluculuk süreci sonrasında taraflardan birinin avukatlığını üstlenmesi yahut bir tarafın avukatına danışmanlık sağlaması da olası bir ihtimaldir ve içinde ahlaki birtakım problemleri barındırmaktadır. Zira eşler arbuluculuk yaparken kendisine tam bir güven ortamı içerisinde problemlerini anlatmışken; daha sonra taraflardan biri aynı kişiyi diğer tarafın mahkemede vekili olarak görecektir bu nedenle de dezavantajlı bir duruma düşecektir.

İslam Aile Hukukunda Sulh Temelli Aile Arbulucu-Hakemliğinin Mahiyeti

İslam hukukunda pek çok alanda mümkün olan sulh ve hakemlik uygulamalarının temeli Kur’an’da aile içi uyuşmazlıklara ilişkin nazil olan üç ayete dayanmaktadır.²⁵ Bunlardan Nisa suresinin 35. ayetinde boşanma aşamasına gelmiş bir aile içi uyuşmazlığın taraflar iyi niyetli yaklaşırsa hakemler yoluyla çözüleceği vazedilir:

- 22 Nitekim arbuluculuk kanununun ortaya çıkmasından önce te’lif edilen kimi çalışmalarda bu yönde ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Örneğin bk. Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk.”, 166.
- 23 Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk.”, 169.
- 24 Adriane G. Berg, “The attorney as divorce mediator,” *Mediation Quarterly*, 2 (December 1983): 21–22.
- 25 Diğer ayetlerden Bakara 228’de boşanma sonrasında iddet süresi içinde tekrar bir araya gelme konusu ıslah kavramı çerçevesinde ifade edilirken; Nisa 128’de ise kocasından ihmale dayalı kötü muamele gören kadının boşanmak yerine sulhü tercih etmesinin günah olmadığı bilakis daha hayırlı olduğu vurgulanır.

“Eğer karı-kocanın arasının açılmasından endişe ederseniz, erkeğin ailesinden bir hakem, kadının ailesinden bir hakem gönderin. İki taraf (aray) düzeltmek isterlerse, Allah da onları uzlaştırır. Şüphesiz Allah, hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdardır.”²⁶

Ayette net bir biçimde aile içi çekişme durumunda hakemlik müessesesinin işletilmesi emredilmektedir. Aralarında Şafi’î’nin (204/820) de olduğu kimi âlimler emir kipi nedeniyle hâkimin eşler arasında geçimsizlik gördüğü durumda hakem tayin etmesinin farz olduğu kanaatindedir.²⁷ Ancak baskın görüş hakem tayininin mendub (tavsiye niteliğinde) olduğu; hakemlerin aileden seçilmesinin ise öncelikli olmakla birlikte aile dışından olmasının caiz olacağı yönündedir. Bir başka ifadeyle taraflar hakeme gitmeden mahkemeye gitmeyi tercih edebilecekleri gibi hakemlerin aileler dışında olması da mümkündür.²⁸ Hakemlerin aile içinden olmasının sağlayacağı temel faydalar aile içi mahremiyetin nispeten daha çok sağlanması, aile bireylerinin tarafları daha iyi tanınması ve onları bir araya getirme noktasında çabalarının da bir yabancıya göre daha kuvvetli olması şeklinde sıralanabilir.²⁹

Doktrinde temel ayrılık hakemlerin hukukî konumu ve yetkisi noktasındadır. Hanefîler³⁰ ve Şafi’îlerin çoğunluğu hakemi tarafların vekili olarak konumlandırırken; Malikîler³¹ ve bazı diğer Şafi’îler³² ise hâkim olarak konumlandırır. Hanefîler bu anlamda hakemin taraflarla ilişkisini hâkimin devlet başkanıyla ilişkisine benzetir. Zira taraflar, tıpkı devlet başkanının hâkimleri azletmesi gibi diledikleri zaman hakemleri azledebilirler. Buna bağlı olarak hakemin kararı nihâi karar değildir; hâkime konu intikal ederse hâkim isabetli görmezse bu kararı bozabilir. Zira hakemin kararı bir başka hâkimin kararı gibi bir içtihattan çok sulh mesabesinde dir.³³ Diğer grup ise hakemi hâkimin bir temsilcisi gibi telakki ettiğinden kararını bağlayıcı kabul eder.³⁴ Bu noktada Hanefîlerin hakemlerin bağlayıcı bir karar vermesini tamamen

26 Nisa, 4:35

27 Şemsuddîn Muhammed Haţib Şirbînî, *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc* (Beyrut: Dâru'l-kutubi'l-İlmiyye, 1994), 4:428.

28 Fatma Açık, “İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi” (Konya: SÜ, 2006), 33-38.

29 el-Kâdî Ebû Muhammed ‘Abdulvehhâb, *el-Me'ûne 'alâ Mezhebi 'âlimi'l-Medîne*, ed. Hamîş ‘AbdulHâk (Mekke: el-Mektebetu't-ticâriyye, n.d.) 1:876.; ‘Alî b. Muhammed Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr fî fikhi mezhebi'l-İmâm 'ş-Şâfi'î ve huve Şerhi Muhtâşar el-Muzenî*, ed. Şeyh ‘Alî Muhammed Mu'aviyye ve dğr (Beyrut: Dâru'l-kutubi'l-İlmiyye, 1999), 9:604.

30 Ebû Hâfıs (Ebû Muhammed) Hüsâmüddîn es-Şadrü's-Şehîd ‘Ömer b. ‘Abdil‘azîz b. ‘Ömer b. Mâze el-Buhârî - Muhyî Hilâl Serhân, *Edebu'l-kâdî li'l-Haşşâf*, (Bağdâd: Matba'atü'l-irşâd, 1977), 4:59.

31 el-Kâdî ‘Abdulvehhâb, *el-Me'ûne*, 1:876.

32 Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, 9:602-603.

33 Şadrü's-Şehîd, *Edebu'l-Kâdî Li'l-Haşşâf*, 4:60-61.

34 Mâverdî, *el-Hâvi'l-Kebîr*, 9:603-604.

iptal etmediğine, ancak bu kararı karı kocanın vekâletinin bunu da kapsamı şartına bağladıklarına dikkat çekilmelidir. Hanefilerin tutumu tarafların rıza ve ihtiyarını öne alma noktasında modern arabuluculuk anlayışıyla benzerlik arz eder. Ancak modern boşanma arabuluculuğundan farklı olarak Hanefilere göre üçüncü şahısların aslı görevi karı-kocanın arasını düzeltmektir. Eğer sulh gerçekleşmezse ve taraflar ayrılık kararı verebilme yetkisini de vekâleten devretmişse hakemler bu durumda ayrılık kararını verebilmektedir. Ayrılık kararını olabildiğince zorlaştıran ve tarafların iradesine bırakan bir diğer unsur da hakemlik süresince, hakem kararını vermedikçe tarafların hakemi azletme yetkisinin olmasıdır. Sulh temelli arabulucu-hakemliği açısından bu aşamalar ve şartların hepsi bugüne uyarlanabilir niteliktedir. Bir başka anlatımla İslam aile hukukunda öngörülen sistem, arabuluculuk ve hakemlik süreçlerini karma bir biçimde işletmeyi öngören ve ilke olarak ailenin korunmasını amaçlayan ve bağlayıcı bir çözüme ulaşmayı içeren bir uygulamaya işaret etmektedir.

Bu tip arabuluculuk ve tahkim karması şeklinde bir alternatif uyuşmazlık çözümü modeli batıda da çeşitli alanlarda uygulanmaktadır.³⁵ Boşanma arabuluculuğunda da 1980’lerden itibaren mediation/arbitration ya da med-arb ismiyle uygulanan söz konusu modelin salt arabuluculuk modeline nazaran bazı üstünlükleri olduğu çeşitli araştırmalarda öne sürülmüştür. Med-arb modelinde arabulucu uyuşmazlık tarafları müzakereleri başarılı bir şekilde sonuçlara bağladığı sürece arabulucu olarak görev yapmakta, tarafların üzerinde uzlaşmaya varamadığı konularda ise hakem rolünde bağlayıcı bir karar vermektedir. Bu modelin salt arabuluculukla karşılaştırıldığında temel üstünlüğü tarafların aralarında hakem olabilecek üçüncü şahıs üzerine olumsuz intiba bırakmamak amacıyla daha barışçıl ve çözüme yönelik bir tavırla müzakereleri sürdürme gayretine girmesidir. Bu durum arabuluculuk sürecine olumlu katkı sağladığından çoğunlukla uyuşmazlık konularının tümü yahut çoğunun tahkim sürecine gitmeye gerek kalmadan çözümlendiği tespiti de yapılmıştır.³⁶ Ayrıca arabulucunun tahkim yoluyla elde ettiği yetkinin kördüğüm haline gelmiş uyuşmazlıkları sonuca bağlama ve taraflardan birinin aleyhine olabilecek bir uzlaşmayı hakkaniyete uygun bir hale getirme noktasında da etkili olacağı vurgulanır.³⁷ Konu hakkında Türkçede yapılan üç araştırma modelin çeşitli kombinasyonları, olumlu ve olumsuz yönleri, iş ve ticaret hukuku alanında kullanımları üzerinde

35 Barry C. Bartel, “Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential,” *Willamette Law Review* 27 (1991), 664-66; Karen L. Henry, “Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes,” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 3 (1987), 385-86.

36 William A. Donohue et al., “Models of Divorce Mediation,” *Family and Conciliation Courts Review* 27 (1989), 37-38.

37 Donohue et al., “Models of Divorce Mediation.”, 38.

durmuş ancak aile arabuluculuğunda kullanımına değinmemiştir.³⁸ Özbek, iş hukuku, kat mülkiyeti hukuku ve kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda zorunlu arabulucu-tahkim uygulamasına gidilmesini tavsiye ederken, aile hukukunda zorunlu aile arabuluculuğuna gidilmesini tavsiye etmekle yetinerek arabulucu-tahkim modelinin aile uyuşmazlıklarında kullanımı ihtimaline değinmez.

Batıda uygulanan med-arb modellerinin İslam aile hukukundaki sulh temelli arabulucu-hakemlikle benzerlik taşıdığı görülmektedir. Ancak iki modelin birbirinden farklı tarafları da gözden kaçırılmamalıdır. Öncelikle batı tarzı med-arb yönteminde arabuluculuğun maksadı tarafları bir araya getirmek ve evliliğin devamını sağlamak değildir. Hâlbuki sulh temelli arabulucu-hakemlik uygulamasında ilk ve önemli amaç ailenin mümkünse muhafazasını temin etmektir. İkinci olarak, batı tarzı med-arb yönteminde tarafların aile üyelerinin sürece katılması konusu gündeme alınmamıştır. Ancak sulh temelli arabulucu-hakemlik uygulamasında tarafların ailelerinden birer kişinin doğrudan arabulucu-hakem sıfatını taşıması mümkündür.

Modern araştırmaların bir kısmında İslam aile hukukunda sulh ve hakemliğin yanı sıra modern anlamda arabuluculuğun da var olduğu iddia edilmektedir. Sezai Özçelik, çalışmasının başlığında da yer verdiği “İslamî Arabuluculuk (*wasata*)” ifadesini ve bu arabuluculardan müteşekkil heyeti ifade üzere *jaha* terimini kullanır.³⁹ Cunningham ve Sarayrah’ın çalışmasından ödünç aldığı anlaşılan bu terimler esasında İslam hukuk geleneğinde yer almamaktadır. Arap ülkelerinin birçoğunda var olan *wasta*, bir uyuşmazlık arabuluculuğundan ziyade akrabalık ilişkisi temelinde çoğunlukla iş bulmada yahut iş alanında yükselme noktasında problemleri çözmeyi amaçlayan kayırmacılık (*favoritism*) da içeren bir akrabalık aracı anlamına gelmektedir.⁴⁰ *Jaha* (*wajaha*) da özellikle bir yaralama olayında saldırganın ailesinden mağdurun ailesine intikamı önleme ve sulh sağlama amacıyla giden gruba yerel dilde (*‘ammîyye*) verilen isimdir.⁴¹ Kültürel kaynaklı bu iki uygulamadan sadece *jaha* İslam ceza hukukunda kul haklarının baskın olduğu suçlarda elverişli olan sulh uygulamasıyla benzerlik gösterir. Bir diğer araştırmada

38 Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk İle Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-tahkim,” *Yargıtay Dergisi* 43/1 (2017): 15–106; Ali Yeşilırmak, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-arb),” in *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Ankara, 2018), 181–188; Zeynep Derya Tarman, “Taraflı Bir Üçüncü Kişi Aynı Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem De Arabulucu Olabilir mi?,” *Legal Hukuk Dergisi* 86/8 (2010): 463–471.

39 Sezai Özçelik, “İslami Çatışma Çözümüne Giriş: İslami Hakemlik (Tahkim), İslami Arabuluculuk (Wasata), İslami Barış Yapma (Sulha) ve İslami Üçüncü Taraf (Ombudsman),” *Yeni Türkiye* 95 (2017): 190–202.

40 Yasin K. Cunningham, Robert B. and Sarayrah, “Taming Wasta to Achieve Development,” *Arab Studies Quarterly* 16/3 (1994): 29–35.

41 Cunningham, Robert B. and Sarayrah, “Taming Wasta to Achieve Development.” 29.

Yusuf Şen, arabuluculuk kavramının İslam hukukunda karşılığı olarak *ıslah*, *ıslah-ı zati’l-beyn* ifadelerini; arabulucu için de Osmanlı uygulamasında sıklıkla atfı yapılan *muslih*⁴² kavramını kullanır.⁴³ İslah kavramının arabuluculuğu içerdiği muhakkaktır. Ancak bu arabuluculuk batılı tarzda boşanma arabuluculuğuna işaret etmez. Burada ıslah ile öncelikle ve mümkünse tarafların barışması kastedilir ve bu anlamda geniş anlamda arabulucu kavramına karşılık gelir. Bu noktada çağdaş araştırmalarda sıklıkla yapılan bir yanlış sulh sözleşmesi ile ıslah kavramını aynıleştirmektir. Sulh kavramının biri geniş diğeri dar olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamıyla sulh “her türlü uyuşmazlığın barışçıl bir yolla çözülmesi” anlamına gelir. Bu anlamda sulh uluslararası anlaşmalardan hasımlar arasında karşılıklı rızaya dayalı tüm anlaşmalara varıncaya kadar ‘uqūbāt ve mu‘amelāt alanlarında bir dizi başlık altında kendisine yer bulan, gelenekse arabuluculuğu karşılar. Fıkıh literatüründe *kitābu’ş-şulh* başlığı altında yer aldığı şekliyle sulh sözleşmesi ise mâli konularda ortaya çıkan ihtilafların taraflardan birinin veya her ikisinin de haklarının bir kısmından yahut tamamından feragat ederek anlaşması anlamında kullanılır.⁴⁴ Bu anlamda sulh sözleşmesi ile arabuluculuk ve tahkim arasındaki farkları bir tabloda görmek bu müphemliği vuzuha kavuşturmak için faydalı olacaktır:

Tablo 2.*Sulh Sözleşmesi, İslam Hukukunda Tahkim Ve Batılı Tarzda Arabuluculuk Arasında Farklar*

	Sulh Sözleşmesi	Tahkim	Arabuluculuk
Hukuki Sonuç	Sözleşme	Karar	Sözleşme imkânı
Üçüncü tarafın varlığı	Zorunlu değil	Evet	Evet
Haklardan feragat	Evet	Hayır	Mümkün
Bağlayıcılık	Var	Karara kadar yok; karardan sonra var	Yok/Anlaşmaya varılırsa var
Zorunluluk	Hayır	Mümkün	Hayır
Ne zaman başvurulur?	Uyuşmazlığın başlangıcında	Uyuşmazlığın başlangıcı, sırası yahut sonrasında	Uyuşmazlığın başlangıcı ve esnasında
Özel şartlar (Üçüncü taraf için)	Yok	Akıl, buluş, İslam, (Erkeklik) ⁴⁵	Türkiye’de: Hukuk mezunu, 5 yıllık iş deneyimi, eğitimi başarıyla tamamlamak

42 Şen Muslih teriminin klasik fıkıh literatüründeki kullanımını için İbn Kayyim’in eserine atfı yapar. Ancak atfı yaptığı yerde muslih terimi değil ıslah-ı zat’il-beyn ifadesi yer almaktadır. Muslih kavramı Osmanlı dönemine ait bir kavramdır. Bk. İbn Kayyim El-Cevzî, *İlamu’l-muvakkî’in ‘an Rabbi’l-‘âlemîn*, ed. Taha Abdurrauf (Daru’l-Cil, 1973), 1:110.

43 Şen, “İslam Hukukunda Arabuluculuk.” 110.

44 Fahrettin Atar, *İslam Yargılama Hukukununun Esasları*, 2. (İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı, 2017), 219-220.

45 Bu konuda bir ihtilaf vardır. Hanefî mezhebinde erkeklik zorunlu bir şart değildir.

Yukarıda zikredilen ayet İslam aile hukukunda arabuluculuk ve tahkim sürecini mezceden bir uygulamanın doğmasına sebep olmuştur. Hanefî mezhebinde uyuşmazlık çözümünün tahkim ayağı özenle tarafların iradesine bırakılırken; Malikîler başta olmak üzere diğer fakihler mahkeme merkezli hâkimin başlattığı bir tahkim sürecini esas almıştır. Her iki taraf da tarihsel uygulamalardan örnekler vererek kendi pozisyonunu savunur. Bunlardan biri Hz. Ali döneminde diğeri de Hz. Osman döneminde gerçekleşmiştir.

Rivayete göre Hz. Ali aralarında şiddetli geçimsizlik olan bir çift için ailelerinden birer hakem tayin edilmesini emretmiş ve sonra hakemlere süreç sonunda uygun görürlerse çiftin bir araya gelmesine ya da ayrılmalarına karar verebileceklerini bildirmiştir. Bunun üzerine kadın “lehime de aleyhime de olsa Allah’ın kitabına razı oldum” demiş; koca ise “Bir araya gelmeye tamam ancak ayrılmaya razı değilim” demiştir. Bunun üzerine Hz. Ali “Yalan söyledin. Kadının söylediğini söyleyinceye kadar buradan çıkamazsın.” karşılığını vermiştir.⁴⁶ Hanefiler burada Hz. Ali’nin adamı zorlamasını hakemlik sürecini bir tür vekâlet olarak gördüğünden adam eğer razı olmazsa hakemlerin bağlayıcı bir ayrılık kararı alamayacağına; Mâlikîler ise Hz. Ali’nin tepkisinin adamın Allah’ın kitabında olana razı oldum dememesine yönelik olduğuna yorumlarlar.⁴⁷

Diğer rivayete göre Hz. Osman aralarında münakaşa gerçekleşen bir yaşlı çift için kadının sülalesinden olan Mu‘aviye ile kocanın sülalesinden olan İbn Abbas’ı hakem tayin eder, bunların her ikisi de onları ayırma yetkileri olduğunda ittifak halinde ancak ayırmaları gerekip gerekmediğinde ihtilaf halindedir. Daha sonra tarafların kendiliğinden sulh olduklarını görürler. Malikîler rivayeti bu şekilde kabul ederken; Hanefîler İbn Abbas ve Mu‘aviyenin hakem değil şahit olarak konuyu Hz. Osman’a taşıyan kişiler olduğu yönünde gelen rivayeti kabul eder.⁴⁸ Sonuç olarak her iki rivayet de tarafların argümanlarını korumaya elverişli bir biçimde yorumlanabilecek durumdadır. Her iki rivayetten de anlaşıldığı üzere bu ayetin ilk muhatapları olan sahabîler ayetin taraf hakemlerine tarafları barıştırma ve mümkün olmazsa bağlayıcı bir kararla ayırabilme yetkisi verdiğini anlamışlardır.

Osmanlı döneminde mahkeme içi ve mahkeme dışı sulh temelli arabuluculuk uygulamasının yaygınlığı noktasında araştırmacılar hemfikirdir.⁴⁹ Bu sulh kâdının

46 Ebû Bekir er-Râzî el- Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an li'l-Cessâs*, ed. Muhammed Ali Şahin Abdusselam (Beirut: Dâru'l-kütübü'l-ilmîyye, n.d.) 2:240. Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh İbnu'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'an* (Beirut: Dâru'l-kutubi'l-ilmîyye, 2003) 1:539.

47 Cessâs, *Ahkâmu'l-Kur'an Li'l-Cessâs*, 2:241; İbnu'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, 1:539.

48 İbnu'l-'Arabî, *Ahkâmu'l-Kur'an*, 1:540.

49 Boğaç Ergene, “Why Did Ümmü Gülsüm Go to Court? Ottoman Legal Practice between History and Anthropology,” *Islamic Law and Society* 17/2 (2010): 219; Ronald C. Jennings, “Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri: The Kadi and the Legal System,” *Studia Islamica*, 48 (1978): 147; Işık Tamdoğan, “Sulh and the 18th Century Ottoman Courts of Üsküdar and Adana,” *Islamic Law and Society* 15/1 (2008): 56–57.

yönlendirmesiyle, tarafların kendi aralarında uzlaşmasıyla yahut mahkeme dışında akraba, arkadaş veya komşuların müdahalesiyle gerçekleşmekteydi. Çalışmalar çoğunlukla maddi bir talep doğrultusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü noktasında uygulanan sulh sözleşmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu minvalde aile hukukuna ilişkin maddi anlaşmazlıkların sulh sözleşmesi yoluyla ile çözümlenmesi örneklerine de sıklıkla rastlanır. Bunlar da çoğunlukla mehir, evlilik esnasında ve iddet süresince verilmesi gereken nafakayla ilişkili konulardadır. Sadece 17. Yüzyılın son çeyreğinde Trabzon’daki şer’î sicilleri inceleyen bir araştırma mehre ilişkin olarak açılan ve sulh sözleşmesiyle çözülen yirmi yedi dava tespit eder.⁵⁰ Bunlardan bir örnek vermek gerekirse:

“H. 26 Zilkade 1103/M. 9 Ağustos 1692 tarihli kayıta Trabzon’da Faros mahallesinde oturan Emine Hatun’un eşi Berber Mehmed Beşe el-Hac Kasım mahallesinde sakin iken vefat etmiştir. Emine Hatun’un 5.000 akçe mehri ile ödünç verdiği 16 Esedî gurusu eşinin zimmetinde kalmıştır. Emine Hatun eşinin muhalefatını elinde tutan kayını Derviş Osman’dan bahsi geçen alacaklarını talep edince aralarında şiddetli tartışmalar yaşanmıştır. Araya giren Müslümanların her iki tarafı uzlaştırmasıyla taraflar 40 Esedî gurusu üzerine anlaşarak, sulh yolu ile uzlaşmışlardır.”⁵¹

Bu örnekte araya giren Müslümanlar ifadesi *Muslihun* için kullanılmıştır. Muslihun denilen, anlaşmazlık yaşayan tarafları sulhe yönlendiren bu kişiler, anlaşmazlığa şahit olan komşular ve yakınlar olup; profesyonel, kurumsal bir arabulucuya işaret etmemektedir.⁵² Aile içi anlaşmazlıklardan dolayı muslihûnun devreye girerek sulh anlaşması sağladığı örneklerden evlilik birliğinin muhala⁵³ yoluyla sona erdiği şekilde çok sayıda dava sicillere yansımıştır. Böyle bir hukukî sonuç doğurmadığından sicillere yansımayan, şikâk halindeyken muslihunun tavassutu ile evliliğin devamı kararı alınan örneklerin varlığı kuvvetle muhtemeldir.

Osmanlı döneminde mahkeme dışından üçüncü bir şahsın uyuşmazlığı çözmesi durumu hakemlik kurumu altında en belirgin şekilde bir yazılı kaynakta ilk kez Mecelle’de hükme bağlanmıştır. Mecelle’nin son bölümü kitâbu’-kazâ başlığı altında muhakeme usulünü içerir. “Uyuşmazlık yaşayan tarafların bir başka kimseyi bu uyuşmazlıkta hâkim tayin etmeleri” (1790. md.) şeklinde tanımlanan tahkime dair meseleler ise 1841-1849 maddelerinde hükme bağlanmıştır. Burada tahkim mâlî davalarla sınırlandırılmış, hakemin birden çok sayıda olabileceği ve taraflardan

50 Kübra Afacan, *Trabzon Şer’iyye Sicillerine Göre XVII. Yüzyılın Son Çeyreğinde Sulh Akidleri ve Analizi* (KATÜ, 2018), 89-90.

51 Afacan, *Trabzon Şer’iyye Sicillerine Göre XVII. Yüzyılın Son Çeyreğinde Sulh Akidleri ve Analizi*, 88.

52 Jennings, “Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri: The Kadi and the Legal System.”, 148.

53 Kadının mehri, varsa birikmiş nafakası ve iddet nafakası gibi bir takım mâlî haklarından feragat etmesi karşılığında kocanın ayrılığa razı olması şeklindeki ayrılık biçimi.

herhangi birinin hakemi hüküm vermesinde önce azledebileceği ifade edilir. Ayrıca hâkimin hakemin kararını ancak usulüne uygun değilse bozabileceği de kaydedilir.

1917-1919 tarihleri arasında uygulanan Hukuk-i Aile Kararnamesi'nin 130. maddesinde ise aile içi uyuşmazlıklarda hakemlik müessesesi şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 130. Zevceyn beyninde niza' ve şikak zuhur edip de tarafeynden biri hâkime müracaat ederse hâkim tarafeyn ailelerinden birer hâkem tayin eder. Bir veya iki taraf ailesinden hakem tayin olunacak kimse bulunamaz veya bulunup da hâkem olacak evsafı hâiz olmazsa hariçten münasiplerini tayin eyler. Bu suretle teşekkül eden aile meclisi tarafeynin ifâdât ve müdâfaâtını tedkik ile beynlerini ıslâha çalışır. Kabil olmadığı sûrette kusur zevcede ise beynlerini tefrik eder. Ve zevcede ise mehrin tamamı veya bir kısmı üzerine muhâlaa eyler. Hakemler ittifak edemezler ise hâkim evsaf-ı lâzımei hâiz diğer bir heyet-i hâkemiyye veya tarafeyne karabeti olmayan üçüncü bir hakem tayin eyler. Hakemlerin erecekleri hüküm kat'i ve nâkâbil-i itirazdır.

Maddede tasrih edildiği üzere aile içi hakemlikte Malikî mezhebinin zorunlu ve bağlayıcı sonuç doğuran hakemlik müessesesi kabul edilmiştir. Ayetin içeriğine uygun olarak tarafların ailelerinden birer hakem seçilerek oluşturulacak bir "aile meclisi" kurulması vazedilmekte bu meclisin ilk görevinin tarafların arasını bulmak ve evliliklerini kurtarmak olarak belirlenmektedir. Eğer bu mümkün olmazsa taraflardan kimin daha suçlu olduğuna dayalı olarak talak yahut muhalaa biçiminde tefriki için hüküm verme yetkisi de verilmektedir. Hakemlerin ittifak edememe durumunu da göz önünde bulunduran kararname bu durumda bir heyet yahut bir üçüncü şahsın yetkilendirilmesini hükme bağlamaktadır.

Osmanlı döneminde bu maddenin uygulanışına dair kayıtlara ulaşılamasa da Osmanlı bâkiyesi devletlerin çoğunda uzun süre HAK uygulanmıştır.⁵⁴ Bunlardan Suriye'de bu maddenin uygulamasına çoğunlukla kadınlar tarafından başvurulduğuna dair bir bilgi aktarılır.⁵⁵ Bu devletlerin HAK sonrası kabul ettikleri aile hukukuna ilişkin kanun metinlerinde HAK etkisi açıkça görülmektedir. Bu ülkelerdeki aile arabulucu-hakemliği uygulaması da HAK ile başlayan sürecin bir devamı olmuştur ve birtakım gelişmeler de kaydederek devam etmektedir. Öte yandan İngiltere başta olmak üzere Müslümanların azınlıkta olduğu bazı batı ülkelerinde de Müslümanlar 1980'lerden itibaren tahkim merkezleri oluşturmuşlar ve gayr-ı resmî olarak arabulucu-hakemlik uygulamasını etkin bir biçimde sürdürmektedirler.

54 Hangi devletlerde uygulandığıyla ilgili olarak bk. Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 2. (İstanbul: Klasik Yayınları, 2018), 201-05.

55 Aydın, *Osmanlı Aile Hukuku*, 189.

Sulh ve Tahkimin Aile Arabuluculuğuna Eklemlenmesi

Yukarıda tasrih edildiği üzere batılı tarzda sınırlı aile arabuluculuğu uygulamasının amacı aile bütünlüğünün korumak değil; tarafların boşanma sürecini sağlıklı bir iletişim tesis etmek suretiyle mahkemeye taşınmadan kolaylaştırmaktan ibarettir. Hâlbuki aile arabuluculuğu toplumda hâlihazırda var olan toplumsal pratiklerin de etkisiyle aile bütünlüğünü muhafaza etme yönünde bir sulh çabası olarak algılanmaktadır. Batılı tarzda aile arabuluculuğunun mahkemelerin iş yükünü azaltma noktasında fayda sağlayacağı öngörülebilir; ancak bir toplumsal problem olarak boşanmaların önüne geçme yahut azaltma noktasında bir fayda sağlamayacaktır. Hâlbuki Türkiye’de mevcut kanunlarda ilkesel olarak aile bütünlüğünün korunmasına özel önem verilmiş ve ayrılık zorlaştırılmıştır. Bunun yanında aile içi problemlerin ayrılık raddesine varmadan mümkünse sulh edilmesi hükme bağlanmıştır. Aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerine dair 4787 sayılı kanunun 7. maddesinde:

“Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanmadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.”

şeklindeki ifadelerle sulh yolu öncelikli yol olarak vazedilmiştir. Ancak bu sulhun gerçekleşebilmesi için mevcut yetersiz şartlar ve uygulamalar nedeniyle hâkimin bu amaçla yönlendirdiği davaların %10’undan az bir bölümünde ancak sulh gerçekleşmiştir.⁵⁶ Bazı çağdaş çalışmalarda çocuğun korunması açısından hâkimin tarafları emredici bir şekilde arabulucuya yahut boşanma süreci danışmanlarına yönlendirmesinin gerekli olduğu ve bu yönde hukukî düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu önerilmiştir.⁵⁷

1. Aile Arabuluculuğu Çalıştayı’nda bu maddede yer alan uzmanlar ifadesinin ardından “arabulucular” ifadesinin de eklenmesi gerektiği noktasında ittifak sağlanmıştır.⁵⁸ Bu durum, yani açıkça sulha işaret eden bir maddeye arabulucuların da dâhil edilmesi yönündeki talep, bu konuyu değerlendiren uzmanların zihninde de arabuluculuk kurumunu bir nevi sulh kurumu olarak görme eğilimi olduğunu

56 Orhan Filiz, “Türkiye’de Aile Mahkemeleri Uygulaması ve Uygulamanın Değerlendirilmesi Üzerine Bir Araştırma,” *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* 25/25 (June 1, 2011): 93.

57 Tolga Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı,” *Ankara Barosu Dergisi*, 4 (July 1, 2014). 26.

58 Pervin Yıldız, “Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler,” in *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu* (Ankara, 2018), 38.

göstermektedir. Bu her ne kadar aile arabuluculuğunu boşanma arabuluculuğu olarak kurgulayanlar açısından kendi içerisinde çelişkili bir durumsa da bu makalede öne sürdüğümüz arabuluculuğa sulh ve hakemliğin eklenmesi gerektiği tezini destekleyen bir öneridir. Bu maddede zikredilen uzmanların kimler olabileceği sadedinde aynı kanunun 5. maddesinde pedagog, psikolog ve sosyal çalışmacı tadat edilir. Kanun koyucu yine aynı maddede “başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanılır” ifadesiyle uzmanların hangi meslek gruplarından olacağını önünü açık bırakmıştır. Bu bakımdan aile mahkemesi hâkimlerinin boşanma davalarında sulh için çiftleri, örneğin dini rehberlik sunabilecek diyanet bünyesinde aile danışmanları gibi farklı uzmanlara yönlendirmesinin önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır. Bu noktada şu sorunun cevabının verilmesi gerekmektedir: ilgili maddede zikredilen meslek gruplarından farklı olarak hangi konularda ve hangi sosyolojik etmenler sebebiyle diyanet aile danışmanı yahut İslam hukuku uzmanı olan ilahiyat mezunları fayda sağlayabilir?

Türkiye’de yapılan evliliklerin %98,2’sinde dini nikâh uygulamasına başvurulmaktadır. Bu sözleşmeyi yapmaları, çiftlerin aile birliğini kurarken kanuni yükümlülüklerinin yanı sıra evlilikleri boyunca ve ayrılık durumunda İslam’ın öngördüğü şart ve kurallara riayet etmeyi dolaylı olarak kabul ettikleri anlamına gelmektedir. Nitekim dinî nikâhın gayr-ı resmî olsa da kendisine birtakım hukukî sonuçlar bağlandığı farklı hukuk sistemlerinde görülmektedir. Örneğin, 1973 İngiltere Evlilik Davaları Yasası’na 2003 yılında eklenen 10A maddesi eğer taraflar medeni nikâh sözleşmesinin yanı sıra dinî bir nikâh sözleşmesiyle de evlenmişlerse nihâi boşanma kararının verilmesinden önce dinî boşanma sürecinin tamamlanmasını şart koşar.⁵⁹ Türkiye’de İslâm’ın öngördüğü normlara uygun yaşama noktasında bir toplumsal zemin mevcuttur. Yapılan araştırmalarda hayatını dinin emirlerine göre şekillendirdiğini söyleyenlerin toplam oranının %93,2 olması dini rehberliğin toplumsal olarak güçlü bir zemini olduğunu, toplumun her katmanından insanların dini kurallara riayet noktasında az ya da çok hassasiyet taşıdığını göstermektedir.⁶⁰ Öte yandan mahkemelerde gerçekleşen boşanmaların dinen de geçerli olup olmayacağı; evlilik içerisinde yaşanan kimi problemlerin ailenin devamı açısından nasıl bir dinî sonuç doğuracağı gibi pek çok sorunun gerek diyanet işleri başkanlığının fetva kurumlarına gerekse de alanın

59 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18/part/I/crossheading/divorce/2003-02-24> Erişim tarihi: 9.9.2019

60 Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından 21 bin 632 kişiye uygulanan anketle yaptırılan ‘Türkiye’de Dini Hayat Araştırması’na göre katılımcıların %87,1’i çocuklarını İslami hassasiyetlere uygun olarak yetiştirdiğini; %68,9’u eş seçiminde önceliğinin dindarlık olduğunu ifade etmiştir. Bk. DİB, Türkiye’de Dini Hayat Araştırması, 2014, 33.

uzmanlarına sıklıkla sorulması bu hassasiyetin bir diğer göstergesidir. Nitekim kimi örneklerde mahkeme tarafından boşama gerçekleştirilmiş olmasına rağmen dinen boşamanın gerçekleşmemiş olduğu iddiası taşıyan koca çeşitli sosyal problemlere hatta dramatik birtakım sonuçların gerçekleşmesine de sebep olabilmekte; yine bu durum nedeniyle kadın mahkeme tarafından boşanmış olsa da bir başka evlilik yapmaktan kaçınabilmektedir. Diyanet Aile ve Dini Rehberlik Bürolarına yapılan başvuruların da çok büyük bir çoğunluğu evlilik-boşanma ve aile merkezli soru ve sorunlardan oluşmaktadır. Sadece 2018 yılında yapılan 14012 başvurudan 9645’i evlilik-boşanma ve aile konularındadır. (Bk. Tablo 3) Bu gerekçeler gerek aile bütünlüğünün muhafazası gerekse boşanma uyuşmazlıklarının çözümü açısından dini rehberliğin etkili olabileceğini gösterir. Psikolojik danışmanlık ve rehberlikte olmayan ancak bu tür bir dini rehberlikte öne çıkacak olan önemli bir faktör de İslam hukukunun sahip olduğu diyânî vasfıdır. Çalışmanın bu noktasında İslam hukukunun diyânî vasfının mahiyetine biraz daha yakından bakmak söz konusu dinî rehberliğin önemini ortaya koymak açısından önemlidir.

Tablo 3.*Diyanet Aile ve Dini Rehberlik Bürolarına Başvurular⁶¹*

	2014	2015	2016	2017	2018
Evlilik-Nikâh-Boşanma	2527	3629	1677	3814	5332
Aile	2041	2545	1117	2830	4313
Sağlık	481	929	153	799	1393
Çocuk	142	631	291	730	984
Kadın	76	315	119	359	570
Genç	45	284	153	413	743
Sosyal Durumlar	315	259	169	388	677

İslam Hukukunda Diyânî Alanın Aile Arabuluculuğundaki Rolü

İslam hukukunun beşerî hukuk sistemlerinden en önemli farklarından biri yaptırımlarının sadece dünyevî olmamasıdır. Bir başka anlatımla İslam hukuku sadece hukuk değildir. Dinî inancın üzerine ikâme edilmiş normatif hükümler barındıran İslam hukuku; belli davranış biçimlerini emreder, yasaklar yahut tecviz eder. İslam ahlakını da içeren bu fiillerle ilgili olarak dünyevî yaptırımların yanı sıra uhrevî yaptırımı da öngörür.⁶² Özellikle kamusal alanda gerçekleşmeyen ancak hüküm koyucunun (şârf) iradesine aykırı olarak yapılan pek çok fiilin yaptırımı uhrevîdir. Bu nedenle kazai olarak elde edilmiş hakların diyânî olarak helal olmaması halinde bu haklardan elde edilecek menfaatler de gayr-ı meşru

61 Bu istatistiki verilerin tarafıma aktaran Diyanet Aile ve Dinî Rehberlik Daire Başkanlığı yetkililerine teşekkür ederim.

62 Talip Türçan, “İslâm Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazâî ve Diyânî Hüküm Ayırımı,” *İslâmî Araştırmalar* 19/1 (2006): 161.

olacaktır. Bu durumu Hz. Peygamber'e atfedilen şu hadis açık bir şekilde izah eder: "Birbirinizden davacı olarak bana geldiğiniz bir konuda biriniz diğerine göre kendisini daha iyi ifade edebilir. Ben de o kimseden dinlediğime göre onun lehine hükmedebilirim. Böyle bir durumda kimin lehine, aslında kardeşinin hakkı olan bir hüküm verirsem ondan hiçbir şey almasın. Aksi hâlde ben, o (lehine hükmettiğim) kişi için ateşten bir parça vermiş olurum."⁶³ Bu hadisten de anlaşıldığı üzere İslam, mahza yargılama yahut tahkim sonucunda elde edilen hakkın zorunlu olarak meşru anlamına gelmeyeceğini; Allah indinde hak sahibi kimse onun hakkı elde etmesi gerektiğini salık verir. Böylelikle inananların vicdanına hitap ederek uhrevî yaptırımla onları uyarır. Bu inanan insanlar için herhangi bir dünyevî yaptırımın sağlayamayacağı bir davranış biçiminin ortaya çıkmasını sağlar.

Aile çoğunlukla mahrem bir alana sahiptir. Bir yargılama konusu haline gelecek kimi durumlarda dahi gerek çocukların maslahatı gerekse kendileri açısından taraflar aile içi mahremiyeti koruma güdüsüyle hareket etme eğilimindedir. Bu nedenle herhangi bir üçüncü şahsın muttali olamayacağı bu mahrem alanın düzenlenmesi hukuk tarafından tam olarak yapılamaz. Ancak din, inanç ve vicdanın etkili olabileceği bu alanlarda İslam hukukunun uhrevî yaptırımları tarafların tavır ve davranışlarını şekillendirmede de etkili olabilir. Özellikle aile içi şiddetin önlenmesinde haksız yere uygulanacak her türlü şiddete yargılamaya yansımadağında dünyevî bir yaptırımla karşılaşmasa da uhrevî bir ceza terettüp edeceğinin dinî rehberlik esnasında belirtilmesi, tarafların aile içinde karşılaştıkları uyuşmazlıklarda bu yola başvurmalarının önüne geçmede etkili olabilir. Öte yandan karı-koca; anne-baba sorumlulukları noktasında yapılacak dinî rehberlik taraflar arasındaki pek çok sorunun çözümüne katkı sağlayabilir. Dinî rehberlik ve iletişim konusunda eğitilmiş uzmanlar, tarafların bilmediği ancak bildiği takdirde dikkate alacağı pek çok konuyu gündemlerine dâhil ederek aile içi uyuşmazlıkların çözülmesinde yardımcı olabilir.

İstanbul sözleşmesi aile içi şiddetin görüldüğü durumlarda zorunlu aile arabuluculuğunun (md. 48); HUAK ise sadece zorunlu değil ihtiyari arabuluculuğun da uygulanamayacağını (md. 1) kabul etmişse de bu şiddetin sınırları doktrinde tartışma konusudur. Öte yandan son zamanlarda yapılan birtakım çalışmalar aile içi şiddetin görüldüğü boşanma sürecindeki davalarda mahkeme sürecinin taraflar arasındaki problemleri arttırdığı ve şiddeti tamir edilemez boyutlara taşıdığı tespitini yapar. Bunun yerine arabulucu-hakemlik (med-arb) uygulamasının daha verimli, tansiyonu düşüren ve her iki taraf için de olumlu sonuçlar doğurabilecek bir mahiyet arz ettiğini öne sürer.⁶⁴

63 Buḥarî, "Mezâlim", 17; Muslim, "Akdiye", 3; Ebû Dâvud, "Akdiye", 6.

64 Dafna Lavi, "Divorce Involving Domestic Violence: Is Med-Arb Likely to Be the Solution," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 14 (2014), 97-99.

Sadece tarafları ailenin devamı noktasında teşvik etmede değil; batılı tarzda aile arabuluculuğunda, yani boşanma arabuluculuğunda da İslam hukukunun diyânî, özelliği fayda sağlayacaktır. Boşanma durumunda beş temel problem üzerinde anlaşma sağlanması arabulucunun temel görevi sayılmıştır: mal paylaşımı, eş nafakası, çocuk nafakası, çocuk velayeti ve velayet esnasında ziyaretler.⁶⁵ Dini rehberlik yoluyla bu beş alanda çözüm sağlanması İslam hukukunun diyânî boyutu sebebiyle daha kolay olabilir. Dinî rehberlik sağlayacak arabulucu İslam’da evlilik içi mal paylaşımında mal ayrılığının esas oluşunu dikkate alarak özel durumlar için sulhü teklif edebilir. Türkiye’de bugün sıcak bir tartışmanın yaşandığı boşanma sonrası yoksulluk nafakasında ise eğer henüz verilmemişse mehrin verilmesini ve sadece iddet süresince nafaka yükümlülüğü olacağını; bunun dışında kocanın rızası ile hediye (mut’a) mahiyetinde bir meblağ vermesinin müstehab olacağını, kadına da kocanın rızası olmaksızın alınacak haksız nafakanın helal olmayacağını ifade edebilir. Çocuğun nafakasının dinen babasının sorumluluğunda olacağını tasrih edebilir. Çocuğun velayeti ile hadanesinin İslam’da ayrı telakki edildiğini ve hadanede annenin öncelikli hakkı olduğunu söyleyerek sonu gelmez tartışmaların önüne geçebilir.

Sonuç

Bu araştırma Türkiye’de aile arabuluculuğunun uygulanmasıyla ilgili olarak şu sonuçlara ulaşmıştır:

- Literatürde aile arabuluculuğunun diğer arabuluculuk türlerinden farklı hususiyetleri olduğuna ilişkin ittifak dikkate alınarak aile arabuluculuğu mevcut 6325 sayılı kanundan bağımsız ayrı bir kanun olarak düzenlenmelidir.
- Aile arabuluculuğunun batılı tarzda bir boşanma arabuluculuğu şeklinde kurgulanması Türkiye sosyolojisi dikkate alındığında aile arabuluculuğu kurumundan elde edilebilecek verime engel olacaktır. Bunun yerine aile arabuluculuğunun tarafların tekrar bir araya gelmesi ihtimalini de gözeten bir süreç olarak ve tarafların talep etmesi halinde arabulucuyu hakem olarak da tayin edebilecekleri esnek bir kurum olarak vazedmek bu kurumdan hâsıl olacak faydayı maksimize edecektir.
- Aile sadece bir hukuk kurumu olmadığı gibi evlilik sözleşmesi de salt bir pozitif hukuk sözleşmesinden ibaret değildir. Özellikle Türkiye’de evliliklerin %98,2’sinin ayrıca dinî nikâhla tesis edilmesi, evlilik ve ayrılık süreçlerinde karşılaşılan problemler için dinî çözümlere dönük yüksek talebin varlığı ve dinî kurallara uygun yaşama yönünde gösterilen yüksek hassasiyet aile arabuluculuğunda dinî teamül ve geleneklerden faydalanmanın en makul tutum olacağını göstermektedir. İngiltere örneğinin gösterdiği gibi bu uygulama devletin laik karakterine bir aykırılık teşkil etmemektedir.

65 Jay Folberg, “A mediation overview: History and dimensions of practice,” *Mediation Quarterly* 1983/1 (September 1983): 11.

- İslam hukukunda aile içi uyuşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözümlenmesi açısından öngörülen arabuluculuk ve hakemliği mezceden sulh temelli model yapılacak düzenlemeye eklenmelidir. Arabuluculuk süreciyle başlayan müzakereler sonucunda çözülemeyen problem varsa karı-kocanın rızası halinde aynı arabulucunun hakem tayin edilerek çözülmesi mahkemelerin iş yükünü azaltma ve uyuşmazlık çözümünü zaman ve masraf bakımından daha ekonomik hale getirmesinin yanı sıra önemli bir toplumsal problem haline gelen boşanma oranlarıyla mücadele etmekte de çok önemli bir rol olacaktır. İslam hukukunda öngörüldüğü üzere hakem kararlarına yargı yolunun açık bırakılması halinde arabulucu-hakemlik uygulamasına yöneltilen adil yargılanma hürriyetini zedeleyebilme eleştirisinin de önüne geçilebilecektir. Bu şekilde bir adli kontrol kapısını açık olması aynı zamanda bu modele yöneltebilecek muhtemel çok hukukluluk eleştirisini de bertaraf edecektir. Bu durumda muhtemel bir risk olarak arabulucu-hakemlik sürecinden çıkan sonucun bir bölümünü aleyhinde bulan tarafın konuyu mahkemeye taşıması yönünde bir geleneğin oluşmaması için arabulucu-hakemin dengeli bir karar verme ve mahkemelerin de arabulucu-hakemlerin kararlarını olağanüstü haller dışında bozmama yönünde bir içtihat geleneği oluşturması önem arz edecektir.
- Bu modelin aile arabuluculuğuna eklenenebilmesi için ilahiyat mezunları ve diyanetin aile ve dini rehberlik danışmanları arasından aile arabuluculuğu eğitimini alarak gerekli sınavı başarıyla tamamlayanların da aile arabulucusu olabileceği kanunda düzenlenmelidir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- ‘Abdulvehhâb, el-Kâdî Ebû Muhammed. “El-Me‘ûne ‘alâ Mezhebi ‘âlimi'l-Medîne.” thk, Hamîş ‘AbdulHâk. Mekke: el-Mektebetu't-ticâriyye, n.d.
- Açık, Fatma. “İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi.” Konya: SÜ, 2006.
- Afacan, Kübra. *Trabzon Şer‘iyye Sicillerine Göre XVII. Yüzyılın Son Çeyreğinde Sulh Akidleri ve Analizi*. KATÜ, 2018.
- Akkaya, Tolga. “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı” *Ankara Barosu Dergisi*. 4 (July 1, 2014). <https://dergipark.org.tr/abd/issue/33819/374515>.
- Albayrak, Adem. “Türk Hukukunda Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk.” *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu2*. Ankara, 2018.
- Atar, Fahrettin. *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*. 2. Basım. İstanbul: M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı, 2017.
- Aydın, Mehmet Akif. *Osmanlı Aile Hukuku*. 2. Basım. İstanbul: Klasik Yayınları, 2018.
- Bartel, Barry C. “Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential.” *Willamette Law Review* 27 (1991).
- Berg, Adriane G. “The Attorney as Divorce Mediator.” *Mediation Quarterly* 1983/2 (December 1983): 21–28. <https://doi.org/10.1002/crq.39019830205>.

- Buḥârî, Ebû Ḥafs (Ebû Muḥammed) Hüsâmüddîn es-Şadrü’ş-şehîd ‘Ömer b. ‘Abdil’azîz b. ‘Ömer b. Mâze - Serhân, Muḥyî Hilâl el-. “Edebu’l-Kâdi Li’l-Ḥaşşâf.” Bağdâd: Matba’atü’l-irşâd, 1977.
- Cessâs, Ebû Bekir er-Râzî el-. *Ahkâmu’l-Kur’an Li’l-Cessâs*. thk. Muhammed Ali Şahin Abdusselam. 1st Ed. Beyrut: Dâru’l-kütübü’l-‘ilmiyye, n.d.
- Cevzî, İbn Kayyim el-. *İ’lamu’l-Muvakki’in ‘an Rabbi’l-‘âlemîn*. thk. Taha Abdurrauf. Daru’l-Cil, 1973.
- Cunningham, Robert B. and Sarayrah, Yasin K. “Taming Wasta to Achieve Development.” *Arab Studies Quarterly* 16/3 (1994): 29–41.
- Cusairi, Rafidah Mohamad. *The Application of Islamic Shari’ah to the Muslim Minority Living in the Uk: A Comparative Study on Family Mediation Between English Law and Faith-Based Med-Arb at Shari’ah Councils*. Glasgow Caledonian University, 2013. <https://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?uin=uk.bl.ethos.636816>
- Donohue, William A. - Burrell, Nancy - Allen, Mike. “Models of Divorce Mediation.” *Family and Conciliation Courts Review* 27 (1989).
- Ergene, Boğaç. “Why Did Ümmü Gülsüm Go to Court? Ottoman Legal Practice between History and Anthropology.” *Islamic Law and Society* 17/2 (2010): 215–244. <https://doi.org/10.1163/092893809X12519895111144>.
- Filiz, Orhan. “Türkiye’de Aile Mahkemeleri Uygulaması ve Uygulamanın Değerlendirilmesi Üzerine Bir Araştırma.” *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* 25/25 (2011): 73–96. <https://doi.org/10.21560/spcd.99525>.
- Folberg, Jay. “A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice.” *Mediation Quarterly* 1983/1 (September 1983): 3–13. <https://doi.org/10.1002/crq.39019830103>.
- Fried, Ginnine. “The Collision of Church and State: A Primer to Beth Din Arbitration and the New York Secular Courts.” *Fordham Urban Law Journal* 31 (2003).
- Ḥaṭîb Şirbînî, Şemsuddîn Muḥammed. “Muğni’l-Muḥtâc İlâ Ma’rifeti Me’ânî Elfâzi’l-Minhâc.” Beyrut: Dâru’l-kutubi’l-‘ilmiyye, 1994.
- Ḥaṭîb Şirbînî, Şemsuddîn Muḥammed. *Muğni’l-Muḥtâc İlâ Ma’rifeti Me’ânî Elfâzi’l-Minhâc*. Beyrut: Dâru’l-kutubi’l-‘ilmiyye, 1994.
- Henry, Karen L. “Med-Arb: An Alternative to Interest Arbitration in the Resolution of Contract Negotiation Disputes.” *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 3 (1987).
- İbnu’l-‘Arabî, Ebû Bekr Muḥammed b. Abdillâh. “Aḥkâmu’l-Ḳur’ân.” Beyrut: Dâru’l-kutubi’l-‘ilmiyye, 2003.
- Jennings, Ronald C. “Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri: The Kadi and the Legal System.” *Studia Islamica*. 48 (1978): 133. <https://doi.org/10.2307/1595357>.
- Lavi, Dafna. “Divorce Involving Domestic Violence: Is Med-Arb Likely to Be the Solution.” *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 14 (2014).
- Mâverdî, ‘Alî b. Muḥammed. “el-Ḥâvi’l-Kebîr fî Fikhi Mezhebi’l-İmâm’ş-Şâfi’î ve Huve Şerḥi Muḥtaşar El-Muzenî.” thk. Şeyḫ ‘Alî Muḥammed Mu’avviḍ ve dğr. Beyrut: Dâru’l-kutubi’l-‘ilmiyye, 1999.
- Özbek, Mustafa Serdar. “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim.” *Yargıtay Dergisi* 43/1 (2017): 15–106.
- Özçelik, Sezai. “İslami Çatışma Çözümüne Giriş: İslami Hakemlik (Tahkim), İslami Arabuluculuk (Wasata), İslami Barış Yapma (Sulha) ve İslami Üçüncü Taraf (Ombudsman).” *Yeni Türkiye* 95 (2017): 190–202.

- Parkinson, Lisa. *Aile Arabulucuğu*. Ed. Yonca Fatma Yücel. 2018.
- Pekcanitez, Hakan. "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri." *Hukuki Perspektifler Dergisi*. 5 (2005).
- Pürselim, Hatice Selin. "Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılığı Hakkında Düşünceler." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20/2 (2014): 2–21.
- Şen, Yusuf. "İslam Hukukunda Arabuluculuk." *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 11/22 (2012): 105–135.
- Şimşek, Erdem. "Düzenlenmesi Düşünülen Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu İle İlgili Değerlendirme." *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. Ankara, 2018.
- Tamdoğan, Işık. "Sulh and the 18th Century Ottoman Courts of Üsküdar and Adana." *Islamic Law and Society* 15/1 (2008): 55–83. <https://doi.org/10.1163/156851908X287307>.
- Tanrıver, Süha. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış." In *Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan*. Ankara: Yetkin, 2006.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk." *TBB. Dergisi*. 64 (2006): 151–177.
- Tarman, Zeynep Derya. "Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Aynı Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem De Arabulucu Olabilir Mi?" *Legal Hukuk Dergisi* 86/8 (2010): 463–471.
- Tuğsavul, Melis Taşpolat. *Arabuluculuk Kanun Tasarısı Çerçevesinde Türk Hukukunda Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin, 2012.
- Türcan, Talip. "İslâm Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazâî ve Diyânî Hüküm Ayırımı." *İslâmî Araştırmalar* 19/1 (2006): 159–167.
- Ünalın, Abdülkerim. "İlkiya El-Harrasi ve Ahkamü'l-Kur'an'ındaki Metodu." İzmir: DEÜ, 1990.
- Yeşilirmak, Ali. "Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)." *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. 181–188. Ankara, 2018.
- Yıldız, Pervin. "Türk Hukukunda Aile Arabulucuğuna İlişkin Gelişmeler." *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. Ankara, 2018.
- Yılmaz, İbrahim. "İslam Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması." *Turkish Studies* 12/10 (2017): 329–360. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.7827/TurkishStudies.11774>.