

e-ISSN 2651-5083



دار الفنون
الهيئة العامة
للتربية والتعليم
بمدينة الرياض

darulfunun
ilahiyat

Cilt Volume 35 Aile Arabuluculuğu Özel Sayısı
Special Issue on Family Mediation
Yıl Year 2024



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ

darulfunun ilahiyat

**Cilt/Volume: 35 • 'Aile Arbuluculuğu' Özel Sayısı/Special Issue on 'Family Mediation' • 2024
e-ISSN: 2651-5083 • DOI: 10.26650/di**

Dizinler / Indexing and Abstracting

SCOPUS

TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

Index Islamicus

EBSCO Academic Search Complete

DOAJ

ERIH PLUS

SOBIAD

darulfunun ilahiyat

Cilt/Volume: 35 • 'Aile Arbuluculuğu' Özel Sayısı/Special Issue on 'Family Mediation' • 2024
e-ISSN: 2651-5083 • DOI: 10.26650/di

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Yaşar DÜZENLİ

İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Theology, Istanbul, Türkiye

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Doç. Dr. Ahmet KOÇ

İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Theology, Istanbul, Türkiye

Yazışma Adresi / Correspondence Address

Dergi Yazı Kurulu Başkanlığı,
İskenderpaşa Mahallesi, Kavalalı Sokak,
34080 Fatih, İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00 / 27781
Fax : +90 (212) 532 62 07
E-posta: ilahiyat.editor@istanbul.edu.tr
<http://ilahiyatjournal.istanbul.edu.tr>
<http://dergipark.gov.tr/darulfunun>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü,
34452 Beyazıt, Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe, İngilizce ve Arapça'dır.
The publication languages of the journal are Turkish, English and Arabic.

Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.
This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published biannually in June and December.

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

darulfunun ilahiyat

Cilt/Volume: 35 • 'Aile Arabuluculuğu' Özel Sayısı/Special Issue on 'Family Mediation' • 2024

e-ISSN: 2651-5083 • DOI: 10.26650/di

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editör / Editor-in-Chief

Prof. Dr. Necmettin KIZILKAYA, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - nkizilkaya@istanbul.edu.tr

Sayı Editörü/Guest Editor

Doç. Dr. Ahmet TEMEL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - ahmet.temel@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcısı / Co-Editor-in-Chief

Doç. Dr. Mahmut SALİHOĞLU, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - mahmut.salihoglu@istanbul.edu.tr

Doç. Dr. Sultan ŞİMŞEK, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - sultan.simsek@istanbul.edu.tr

Yazı Kurulu Üyeleri / Editorial Management Board Members

Doç. Dr. Adem ARIKAN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - arikana@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Birsan Banu OKUTAN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - bbokutan@istanbul.edu.tr

Doç. Dr. Sümeyye PARILDAR, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - sumeyye.parildar@istanbul.edu.tr

Doç. Dr. Mustafa Celil ALTUNTAŞ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - mcaltuntas@istanbul.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa ÖZGAÇ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - mustafa.ozagac@istanbul.edu.tr

Alan Editörleri / Section Editors

Prof. Dr. Hidayet AYDAR, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - hidayet@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Cemal Abdullah AYDIN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - cemal.aydin@istanbul.edu.tr

Doç. Dr. Derya BAŞ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - derya.bas@istanbul.edu.tr

Doç. Dr. Ahmet KOÇ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - ahmetkoc@istanbul.edu.tr

Doç. Dr. Süleyman YILDIZ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - suleyman.yildiz@istanbul.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi M. Yuşa YAŞAR, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - yusa@istanbul.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi Saliha UYSAL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - saliha.uyasal@istanbul.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi Muhammet Enes MİDİLLİ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - enesmidilli@istanbul.edu.tr

Dr. Adem IRMAK, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - ademirmak@istanbul.edu.tr

Dr. Elif TOKAY, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - elif.tokay@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

Editöryal İlişkiler Yöneticisi / Editorial Relations Manager

Doç. Dr. Adem ARIKAN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - arikana@istanbul.edu.tr

Etik Editörü / Ethics Editor

Prof. Dr. Hüseyin HANSU, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - hhansu@istanbul.edu.tr

İstatistik Editörü / Statistics Editor

Prof. Dr. Birsan Banu OKUTAN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - bbokutan@istanbul.edu.tr

Kıtap İnceleme Editörü / Book Review Editor

Doç. Dr. Merve ÖZAYKAL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - merveozaykal@istanbul.edu.tr

Metodoloji Editörü / Methodology Editor

Doç. Dr. Sümeyye PARILDAR, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - sumeyye.parildar@istanbul.edu.tr

Tanıtım Yöneticisi / Publicity Manager

Arş. Gör. İsrail ŞEN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - israfil@istanbul.edu.tr

Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants

Arş. Gör. Neslihan Mervener VURAL, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - neslihanvural@istanbul.edu.tr

Dr. Feyza GÜLER, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - feyza.guler@istanbul.edu.tr

Teknik Uzmanlar / Technical Specialists

Arş. Gör. Amine ÇELİK, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - amine.celik@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Şaban KÜTÜK, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - sabankutuk@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Menekşe Filiz YILDIRIM, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - yildirim.mf@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Gürkan EYİĞÜN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - eyigun.gurkan@istanbul.edu.tr

darulfunun ilahiyat

Cilt/Volume: 35 • 'Aile Arabuluculuğu' Özel Sayısı/Special Issue on 'Family Mediation' • 2024
e-ISSN: 2651-5083 • DOI: 10.26650/di

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

- Doç. Dr. Abdulhameed Majeed Ismael AL-SHEESH, Qatar University, Doha, Qatar - abdulhamid.sis@qu.edu.qa
- Doç. Dr. Abdurrahman ATÇIL, Sabancı Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - abdurrahman.atcil@sabanciuniv.edu
- Prof. Dr. Adnan DEMİRCAN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - adnan.demircan@istanbul.edu.tr
- Prof. Dr. Ahmad Atif AHMAD, UC Santa Barbara, California, ABD - aahmad@religion.ucsb.edu
- Prof. Dr. Ahmed EL-SHAMSY, Chicago Üniversitesi, Chicago, ABD - elshamsy@uchicago.edu
- Doç. Dr. Ahmet ALİBASİC, Saraybosna Üniversitesi, Saraybosna, Bosna-Hersek - ahmetalibasic@yahoo.com
- Doç. Dr. Asmak Binti Ab RAHMAN, Malaya Üniversitesi, KL, Malezya - asmak@um.edu.my
- Doç. Dr. Hayrettin YÜCESOY, Washington Üniversitesi, Washington, ABD - yucesoy@wustl.edu
- Prof. Dr. İsmail Latif HACİNEBİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - ilh@istanbul.edu.tr
- Prof. Dr. Jonathan BROWN, Georgetown Üniversitesi, Washington, ABD - brownj2@georgetown.edu
- Prof. Dr. Mabid Ali Mohamed AL-JARHI, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Ankara, Türkiye - mabid.aljarhi@asbu.edu.tr
- Prof. Dr. Mehmet Hakkı SUÇİN, Gazi Üniversitesi, Eğitim Fakültesi, Ankara, Türkiye - mhsucin@gazi.edu.tr
- Prof. Dr. Merdan GÜNEŞ, Osnabrück Üniversitesi, Osnabrück, Almanya - merdan.guenes@uni-osnabrueck.de
- Prof. Dr. Mesut IDRİZ, Sharjah Üniversitesi, Sharjah, Birleşik Arap Emirlikleri - m.idriz@sharjah.ac.ae
- Prof. Dr. Mustafa TEKİN, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - mtekin@istanbul.edu.tr
- Doç. Dr. Rahile YILMAZ, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - rahile.yilmaz@marmara.edu.tr
- Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - ramazany@istanbul.edu.tr
- Prof. Dr. Şinasi GÜNDÜZ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - sgunduz@istanbul.edu.tr
- Prof. Dr. Toseef AZİD, Qassim Üniversitesi, Qassim, Suudi Arabistan - teseefazid@hotmail.com
- Prof. Dr. Yaşar DÜZENLİ, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye - yduzenli@istanbul.edu.tr

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

Mecelle'den Günümüze Aile Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yöntemlerinin Seyri: Uzlaştırıcı Adalet Teorisi Bağlamında Bir İnceleme Family Mediation in Turkish Legal History from Mecelle to Present: An Analysis in the Context of Conciliatory Justice Theory 1 Muhammed Mansur Karadağ	1
Türkiye'de Aile Arabuluculuğu Üzerine Çalışmalar: Eleştirel Bir Değerlendirme Studies on Family Mediation in Türkiye: A Critical Analysis33 Hatice Kübra Kahya	33
Evaluation of the Jordanian Experience in Mediation and Arbitration Between Spouses Ürdün'de Eşler Arasında Arabuluculuk ve Tahkim Uygulamalarının Değerlendirilmesi.....55 Mohammad Thalgi	55
Ürdün'de Aile Arabuluculuğu Family Mediation in Jordan.....77 Süheyla Akçay Biçen	77
Mediation and <i>Sulh</i> as an Alternative to Litigation: A Study of the Syariah and Civil Courts Practices in Malaysia Davaya Alternatif Olarak Arabuluculuk ve Sulh: Malezya'da Syariah ve Hukuk Mahkemeleri Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme99 Hendun Abd Rahman Shah, Mustafa 'Afifi Ab. Halim, Norfadhilah Mohamad Ali	99
Legal Framework and Implementation of Mediation in Child Custody Disputes at the Syariah Court Of Malaysia Malezya Şeriat Mahkemelerinde Çocuk Velayeti (Hidanesi) Anlaşmazlıklarında Arabuluculuğun Hukuki Çerçevesi ve Uygulaması123 Ahmad Mukhlis Mansor	123
Fas Deneyimlerine Dayanarak Geliştirilen Örnek Bir Aile Arabuluculuğu Modeli A Model of Family Mediation Developed Based on Experiences From Morocco149 Elif Kübra Türkmen	149
Suudi Arabistan'da Aile Arabuluculuğu ve Hakemliği Uygulamaları Family Mediation and Arbitration Practises in Saudi Arabia175 Fulya Okur	175
تطبيق نظام التحكيم الشرعي في البلاد التي لا تحكم الشريعة الإسلامية في القضاء حكمه ومجالاته Yargılamada İslam Hukukunu Esas Almayan Ülkelerde İslam Hukukuna Göre Arabuluculuğun Uygulanmasına Dair (Hükümü ve Kapsamı) Concerning The Application of Mediation in Accordance with Islamic Sharia in Countries That Are Not Governed by Islamic Sharia (Rule and Scope).....209 Hüseyin Sudan	209
التحكيم الأسري بين السوريين في تركيا Family arbitration among Syrians in Türkiye231 Salaheddin Hassoun	231

İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

Müslümanların Azınlıkta Olduğu Ülkelerde Evliliklerin Tahkim İle Sonlandırılması ve Karşılaşılan Sorunlar: Hollanda Örneği Termination of Marriages through Arbitration in Countries Where Muslims Are a Minority and the Challenges Encountered: The Case of the Netherlands267 Fezanur Gökçen
An Overview of Islamic Dispute Resolution in the United States Amerika Birleşik Devletleri'nde İslami Uyuşmazlık Çözümüne Genel Bir Bakış.....291 Lee Ann Bambach, Yasemin Çelikhası

TAKDİM

İslam Aile Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkim

Aile arabuluculuğu ve tahkim gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, modern hukuk sistemlerinde yargısal yükün hafifletilmesinde ve uyuşmazlıkları daha barışçıl ve esnek şekilde çözme yollarının öne çıkarılmasında önemli bir rol oynamaktadır. Arabuluculuk ve tahkim, mahkemelerin iş yükünü azaltmanın yanı sıra, tarafların kendi çözümlerini bulmalarına imkan tanıyarak daha sürdürülebilir ve tatmin edici sonuçlar ortaya koyar. Bu bağlamda, aile arabuluculuğu ve tahkim, aile içi anlaşmazlıkların çözümünde esneklik ve gizliliğin sağlanmasında önemli bir araç olarak öne çıkmaktadır. Öte yandan bu yöntemlerin aile uyuşmazlıklarında kullanılması, aile hukuku alanını ulus devletlerin katı bir düzenleme alanı olmaktan çıkarıp, toplumun kendi değerleriyle uyumlu olarak çok taraflı çözümlere açık bir alan haline gelmesine katkı sağlamaktadır.

Aile arabuluculuğu, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların, tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla ve dostane bir şekilde çözülmesini amaçlar. Bu yöntemde, katı kanun kuralları yerine tarafların ihtiyaçları ve beklentileri doğrultusunda daha esnek bir süreç yürütülür. Tahkim ise, tarafların anlaşmazlıklarını çözmek için bir hakeme başvurduğu ve hakemin verdiği kararın bağlayıcı olduğu bir yöntemdir. Aile hukukunda tahkim ve arabuluculuğun kullanılması, aile üyelerinin sorunlarını kendi kontrollerinde ve daha hızlı bir şekilde çözmelerine imkan tanır. Bu durum, mahkemelerin iş yükünü hafifletmekte ve taraflar arasında daha barışçıl çözümler üretilmesini sağlamaktadır.

Aile arabuluculuğu ve tahkim uygulamaları, farklı ülkelerde çeşitli modellerle hayata geçirilmiştir. Bu ülkelerdeki deneyimler, aile arabuluculuğu ve tahkim uygulamalarının toplumsal barışa, aile birliğinin korunmasına ve yargısal süreçlerin hızlandırılmasına katkı sağladığını göstermektedir. Türkiye gibi ülkelerde de bu modellerin uygulanabilirliği üzerinde durulmakta ve mevcut sistemlerin iyileştirilmesine yönelik çeşitli öneriler sunulmaktadır. Aile arabuluculuğunun etkin bir şekilde uygulanması, sadece yargının yükünü hafifletmekle kalmaz, aynı zamanda toplumsal barışın ve aile birliğinin güçlendirilmesine de katkı sağlar. Bu nedenle, aile içi uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve tahkim, gelecekte daha fazla ülke tarafından benimsenmesi beklenen önemli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleridir.

İslam hukuku, temel kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'e (Nisa 4:35) dayanarak aile içi uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve tahkimi içeren karma bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi tavsiye etmektedir. Tarihî kayıtlarda, hem resmî (formel) hem de gayriresmî (informel) biçimlerde bu yöntemin uygulandığı örnekler zaman zaman rastlanmaktadır. Çağdaş dönemde ise, gerek nüfusunun çoğunluğu Müslüman olan ülkelerde gerekse Müslümanların azınlıkta bulunduğu ülkelerde bu yönteme dayalı olarak geliştirilen uygulamaların dikkate değer başarılar elde ettiği gözlemlenmektedir.

Türkiye'de, 2012 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabulünün ardından aile alanında da arabuluculuk uygulamasının hayata geçirilmesi talepleri gündeme gelmiş ve bu doğrultuda birtakım adımlar atılmıştır. Bu pratik çalışmalara destek olması temennisıyla ve İslam aile hukuku çerçevesinde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin giderek gelişen literatüre katkı sağlamak amacıyla, dergimiz Darulfunun'un bu özel sayısını "İslam Aile Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkim" konusuna ayırmış bulunuyoruz.

On iki makalenin yer aldığı bu sayımızdaki çalışmaları genel bir tasnife tabi tutacak olursak üç ana başlıkta toplayabiliriz:

- Türkiye'de tarihsel gelişim, mevcut durum ve öneriler;
- Nüfus çoğunluğu Müslüman olan ülkelerin uygulamaları (bu başlık da "Ürdün Deneyimi ve Aile Arabuluculuğu", "Malezya'da Aile Arabuluculuğu ve Sulh Uygulamaları" ile "Fas ve Suudi Arabistan Deneyimleri" şeklinde üç alt başlıkta incelenebilir),
- Müslümanların azınlıkta olduğu ülkelerdeki uygulamalar.

Türkiye’de Tarihsel Gelişim, Mevcut Durum ve Öneriler

Muhammed Mansur Karadağ’ın “Mecelléden Günümüze Türk Hukuk Tarihi’nde Aile Arabuluculuğu: Uzlaştırıcı Adalet Teorisi Bağlamında Bir İnceleme” başlıklı makalesi, Türkiye’de aile uyumsuzluklarını çözme yöntemlerinin tanzimat sonrası Osmanlı döneminden bugüne nasıl bir gelişim gösterdiğini incelemektedir. Mecelle ve Cumhuriyet döneminin ilk yasal düzenlemelerinden başlayarak günümüz Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na kadar uzanan bu süreçte aile arabuluculuğunun önemli bir toplumsal barış aracı olarak kullanıldığı vurgulanmaktadır. Karadağ, Türk aile hukukunda arabuluculuk ve tahkim yöntemlerinin etkin bir şekilde uygulanması gerektiğini bu alandaki mevcut yasal boşlukların giderilmesinin önem arz ettiğini belirtir. Özellikle Osmanlı’dan Cumhuriyet’e geçiş sürecinde alternatif çözüm yöntemlerinin toplumsal barış üzerindeki etkisi ve bu yöntemlerin farklı dönemlerde geçirdiği yapısal değişimler karşılaştırmalı bir yaklaşımla analiz edilmektedir. Makale, aile uyumsuzluklarının daha etkin bir şekilde çözüme kavuşturulması amacıyla hazırlanan üç maddelik bir kanun önerisi ile sonuçlandırılmaktadır.

Hatice Kübra Kahya’nın “Türkiye’de Aile Arabuluculuğu Üzerine Çalışmalar: Eleştirel Bir Değerlendirme” başlıklı makalesi, Türkiye’deki aile arabuluculuğu uygulamalarını eleştirel bir bakışla değerlendirmektedir. Kahya, ülkede 2012 yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu sonrasında aile hukukuna özgü bir arabuluculuk sisteminin geliştirilmesi yönündeki çabaları ele almaktadır. Türkiye’deki çoğunluğun Müslüman olduğu göz önüne alındığında, İslam hukuku prensiplerinin de sürece dahil edilmesi ve dini otoritelerin rol aldığı bir arabuluculuk modelinin daha etkili olabileceği vurgulanmıştır. Kahya, arabuluculuğun özellikle aile içi şiddet durumlarında nasıl uygulanacağı konusunda farklı görüşlere de yer vermektedir. Sonuçta, Türkiye’de aile arabuluculuğu sürecinin sadece boşanmayı kolaylaştıran bir model değil; İslam aile hukuku temelli sulh ve tahkim mekanizmalarının entegre edildiği, aile bütünlüğünü koruma odaklı bir modele dönüştürülmesi gerektiğini vurgular.

Nüfus Çoğunluğu Müslüman Olan Ülkelerin Uygulamaları

Ürdün Deneyimi ve Aile Arabuluculuğu

Mohammad Thalgi’nin “Evaluation of the Jordanian Experience in Mediation and Arbitration between Spouses (Eşler Arasında Arabuluculuk ve Tahkim Konusunda Ürdün Deneyiminin Değerlendirilmesi)” makalesi, Ürdün’de eşler arasındaki arabuluculuk ve tahkim süreçlerini hukuki ve toplumsal açıdan değerlendirmektedir. Ürdün Aile Hukuku Kanunu’nun 126. ve 127. maddeleri çerçevesinde, boşanmadan önce uzlaşma süreçlerinin nasıl yürütüldüğü ele alınmaktadır. Thalgi, Ürdün’de şeriat mahkemelerinde kurulan aile uzlaştırma ve arabuluculuk ofislerinin, şer’i hukuk prensipleri ve güncel hukuki uygulamaları birleştirerek aile ihtilaflarını çözmeye etkin bir model sunduğunu belirtir. Bu model, tarafların uzlaşma sağlama sürecinde dini ve kültürel değerlere uygun olarak hareket etmelerini sağlamak ve toplumun kabul edebileceği çözümler üretmektedir. Thalgi, Ürdün’deki arabuluculuk sisteminin hem resmi hem de toplumsal düzeyde benimsendiğini ve bu durumun uyumsuzluk çözümünde başarı oranını artırdığını ifade eder.

Süheyla Akçay Biçen’in “Ürdün’de Aile Arabuluculuğu” başlıklı makalesi ise Thalgi’nin çalışmasına paralel olarak Ürdün’deki aile arabuluculuğu modelinin yerel ve toplumsal ihtiyaçlara uygun olarak geliştirildiğini ve bu modelin şer’i ölçülere dayandığını vurgular. Biçen, arabuluculuk ofislerinin aile içi sorunların çözümünde oynadığı rolü ve bu ofislerin Ürdün toplumundaki olumlu etkilerini detaylandırır. Makale, bu modelin nasıl çalıştığını ve diğer ülkeler, özellikle Türkiye için nasıl bir örnek teşkil edebileceğini inceler. Ayrıca, aile arabuluculuğunun tarafların rızasına dayalı olması gerektiği, multidisipliner bir arabuluculuk anlayışının benimsenmesi ve gizlilik ilkesine sıkı şekilde uyulması gibi önerilerde bulunmaktadır.

Her iki makale de Ürdün’deki aile arabuluculuğunu ele almakla birlikte, farklı açılardan yaklaşmaktadır. Thalgi’nin makalesi, Ürdün’deki aile hukuku ve tahkim süreçlerine daha fazla odaklanarak, yasal çerçeveyi detaylı şekilde analiz etmektedir. Arabuluculuk ve tahkim süreçlerinin yasalarla nasıl düzenlendiğini, bu süreçlerde tarafsızlık ve profesyonellik açısından karşılaşılan zorlukları ve çözüm önerilerini ele almaktadır. Biçen’in çalışması ise daha çok uygulamaya yönelik bir çerçeve sunmaktadır. Ürdün’deki aile arabuluculuğunun toplumsal etkilerini, ofislerin işleyişini ve tarafların bu süreçlere nasıl dahil olduğunu incelemekte, Türkiye gibi ülkeler için örnek olabilecek

noktaları vurgulamaktadır. Birinci makale yasal çerçeve ve teorik boyutu ön plana çıkarırken, ikinci makale uygulama ve toplumsal etkiler üzerinde durur.

Malezya'da Aile Arabuluculuğu ve Sulh Uygulamaları

Hendun Abd Rahman Shah, Mustafa 'Afifi Ab. Halim ve Norfadhilah Mohamad Ali'nin "Mediation and Sulh as an Alternative to Litigation: A Study of the Syariah and Civil Courts Practices in Malaysia (Dava Sürecine Alternatif Olarak Arabuluculuk ve Sulh: Malezyadaki Şeriat ve Sivil Mahkemelerinin Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme)" başlıklı makalesi, Malezya'da şer'i ve sivil mahkemelerdeki arabuluculuk ve sulh uygulamalarının etkinliğini inceler. Malezya'nın çok hukuklu yapısı ve çocuk velayeti gibi hassas konulardaki uyuşmazlıkları çözmeye sulh ve arabuluculuğun önemine dikkat çekilir. Yazarlar, şer'i ve sivil mahkemeler arasındaki yetki çatışmalarına rağmen, sulh ve arabuluculuğun etkin bir şekilde uygulanabileceğini ve bu yöntemlerin aile içi barışı sağlama potansiyeline sahip olduğunu savunur. Son olarak, mahkemelere bağlı arabuluculuk sisteminin iyileştirilmesi için öneriler sunulmaktadır. Bu makale, seküler ve İslam hukuku temelli olmak üzere birden çok arabuluculuk modelinin aynı ülkede uygulamasını göstermesi açısından Türkiye'ye örnek olacak öğeler içermektedir.

Ahmad Mukhlis Mansor'un "Legal Framework and Implementation of Mediation in Child Custody Disputes at the Syariah Court of Malaysia (Malezya Şeriat Mahkemelerinde Çocuk Velayeti (Hidanesi) Anlaşmazlıklarında Arabuluculuğun Hukuki Çerçevesi ve Uygulaması)" başlıklı makalesi, Malezyadaki şer'i mahkemelerde hidane (çocuğun velâyeti) uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla uygulanan sulh yönteminin hukuki çerçevesini ortaya koyar. Sulh, aile çatışmasını barışçı yollarla sonlandırmak için etkili bir yöntem olarak sunulmaktadır ve özellikle çocuk velayeti konularında önemli bir rol oynadığı vurgulanır. Makale, sulh uygulamasının çocukların menfaatlerini koruma ve ebeveynler arasındaki anlaşmazlıkları en aza indirme potansiyeline sahip olduğunu belirtir. Malezyadaki çok hukuklu yapı, sulh ve arabuluculuğun toplum tarafından kabul görmesini kolaylaştıran bir unsur olarak zikredilir.

Mansor'un çalışması daha spesifik bir konuyu (çocuk velayeti/hidane) arabuluculuk bağlamında detaylı incelerken, Shah vd.'nin makalesi daha geniş bir perspektifle Malezyadaki arabuluculuk sistemlerinin bütününe değerlendirmektedir. Mansor'un çalışması, çocuk velayeti uyuşmazlıkları özelinde sulh yönteminin şeriat mahkemelerindeki işleyişine ve hukuki altyapısına odaklanırken; Shah vd.'nin çalışması ise genel olarak şeriat ve sivil mahkemelerde arabuluculuk süreçlerini karşılaştırmalı bir şekilde ele almakta, bu iki sistemin avantajlarını, zorluklarını ve geliştirilmesi gereken yönlerini tartışmaktadır.

Fas ve Suudi Arabistan Deneyimleri

Elif Kübra Türkmen'in "Fas Deneyimlerine Dayanarak Geliştirilen Örnek Bir Aile Arabuluculuğu Modeli" başlıklı makalesi, Fas'taki aile arabuluculuğu uygulamalarını ele alarak, bu uygulamaların çatışma kültürünü azaltarak medeni davranış alışkanlıklarını teşvik ettiğini ve bu çalışmaların Türkiye başta olmak üzere diğer ülkeler için model oluşturabileceğini belirtir. Literatür taraması ve saha çalışması yöntemleri kullanılarak yapılan araştırmada, aile arabuluculuğunun daha kurumsal ve sistematik hale getirilmesi için öneriler sunulmaktadır. Özellikle davalarda sürecinden önce çiftlerin aile arabuluculuğu merkezlerine yönlendirilmesine yönelik girişimlerde bulunulması önerilmektedir. Makalede, Fas'taki arabuluculuk sisteminin, sivil toplum kuruluşlarının aktif rolüyle desteklenmesinin, toplumsal düzeyde daha geniş bir kabul görmesine katkı sağladığı tespiti yapılır. Sonuç olarak, Fas'ın aile arabuluculuğu konusundaki deneyimlerinin Türkiye gibi Müslüman toplumlarda uygulanabilir bir model geliştirilmesine katkı sağlayabileceği vurgulanmaktadır.

Fulya Okur'un "Suudi Arabistan'da Aile Arabuluculuğu ve Hakemlik Uygulamaları" başlıklı makalesi, Suudi Arabistan'ın şer'i hukuka dayalı arabuluculuk ve tahkim uygulamalarını incelemekte ve özellikle ülkenin toplumsal ve hukuki yapısına uygun çözüm yolları geliştirildiğini belirtmektedir. Okur, Suudi Arabistan örneğini, İslami hukukun toplumsal yaşamda belirleyici olduğu bir ülke olarak ele almış ve ülkede uygulanan arabuluculuk ve tahkim süreçlerinin işleyişini incelemiştir. Suudi Arabistan'da arabuluculuk ve tahkim, şer'i mahkemeler altında yürütülmekte ve toplumsal

değerlerle uyumlu bir şekilde uygulanmaktadır. Okur, bu sistemin aile içi anlaşmazlıkları çözmede etkili olduğunu ve Suudi toplumunun ihtiyaçlarına uygun çözümler sunduğunu ifade eder. Makale, bu sistemi analiz ederek, İslami hukuka dayalı bir arabuluculuk modelinin modern hukuk sistemine entegre edilmesi konusunda öneriler sunmaktadır.

Müslümanların Azınlık Olduğu Ülkelerdeki Uygulamalar

Hüseyin Sudan'ın "تطبيق نظام التحكيم الشرعي في البلاد التي لا تحكم الشريعة الإسلامية في القضاء حكمه ومجالته" (Yargılamada İslam Hukukunu Esas Almayan Ülkelerde İslam Hukukuna Göre Arabuluculuğun Uygulanmasına Dair (Hükümü ve Kapsamı))" başlıklı makalesi, İslam hukukunu esas almayan ülkelerde İslam hukuku çerçevesinde arabuluculuk uygulamalarının nasıl gerçekleştirilebileceğini ele almaktadır. Sudan, bu ülkelerde İslam hukukuna uygun arabuluculuğun uygulanmasının, Müslüman toplulukların dini sorumluluklarını yerine getirmelerine ve toplumsal barışın sağlanmasına katkıda bulunabileceğini belirtir. Bununla birlikte, arabuluculuğun sadece dini ibadetlerle ilgili olmayan konulara uygulanabileceği ve ceza hukuku gibi kamu hukuku alanında kullanılmasının mümkün olmadığı vurgulanmaktadır. Sudan, bu tür uygulamaların ülkelerin mevcut yasal çerçevesi ile uyumlu olması gerektiğini ve aksi takdirde olumsuz sonuçlara yol açabileceğini ifade eder.

Salahaddin Hassoun'un "التحكيم الأسري بين السوريين في تركيا" (Türkiye'deki Suriyeliler Arasında Aile Tahkimi)" başlıklı makalesi, Türkiye'deki Suriyeli mülteciler ve sığınmacılar arasında aile arabuluculuğu ve tahkim uygulamalarını incelemektedir. Suriyeli toplulukların, şer'i hukuka ve Türkiye'nin hukuk sistemine uygun bir şekilde, gizlilik ve hızlı karar alma avantajları sağlayan merkezlere yöneldiği vurgulanmıştır. Gaziantep'teki Aile Reform Merkezi gibi örnekler, çocuk velayeti, nafaka ve finansal uyumsuzluklar gibi çeşitli konularda hem yasal hem toplumsal çözümler sunmaktadır. Hassoun, bu merkezlerin Suriyeli mültecilerin hukuki ve sosyal uyumuna katkısını detaylandırarak, bu modelin başka ülkelerde de uygulanabilirliğini tartışmaktadır.

Fezanur Gökçen'in "Müslümanların Azınlıkta Olduğu Ülkelerde Aile Hukukuna Dair Tahkim Düzenlemeleri: Hollanda Örneği" başlıklı makalesi, Hollanda'da Müslüman azınlıkların tahkim yoluyla dini nikahlarını sonlandırmada yaşadıkları sorunlara odaklanmaktadır. Makale, diğer dini grupların sahip olduğu resmi dini otoritelerin Müslüman toplulukların eksikliğini hissettiği bir ihtiyaç olduğunu ve bu yönde bir otorite kurulması gerektiğini savunur. Hollanda'daki mevcut durumun, Müslüman kadınların boşanma süreçlerinde yaşadıkları zorlukları daha da artırdığı belirtilir. Gökçen, bu bağlamda, Müslümanların dini haklarını koruyacak bir otoritenin oluşturulmasının önemine dikkat çeker.

Lee Ann Bambach ve Yasemin Çelikhası'nın "An Overview of Islamic Dispute Resolution in the United States (Amerika Birleşik Devletleri'nde İslami Uyuşmazlık Çözümüne Genel Bir Bakış)" başlıklı makalesi, ABD'de İslami uyuşmazlık çözümü uygulamalarını kapsamlı bir biçimde incelemektedir. ABD'nin anayasal din özgürlüğü korumaları ve tahkim yasalarının İslami tahkim sistemlerine izin verdiği vurgulanırken, bu sistemlerin din temelli mahkemelerle nasıl entegre edildiği ele alınmıştır. Makale, tahkim uygulamalarının ABD yasal çerçevesinde önemini tartışmakta ve şer'i hukukun bu ülkede özel Alternatif Uyuşmazlık Çözümü sistemleri aracılığıyla nasıl geliştirildiğine odaklanmaktadır. Çok çeşitli bir topluma hizmet eden bu sistemlerin, hukuki ve sosyal dinamiklere olan etkisi detaylandırılmıştır.

Sonuç olarak, bu özel sayıda yer alan makaleler çeşitli açılardan ve zengin örneklerle İslam Aile Hukuku temelli Arabuluculuk ve Tahkim uygulamalarını değerlendirmiş ve Türkiye için bu uygulamalardan model alınabilecek önemli öğelerin analizini yapmıştır. Bunlar bir arada değerlendirildiğinde, makul bir öneri olarak şunlar ifade edilebilir: Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı Aile ve Dini Rehberlik Bürolarında pilot bölge uygulamalarıyla aile arabuluculuğu sürecinin başlatılması, bu sürecin toplumda kabul görmesini sağlayabilir. Orta vadede ise Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın akredite ettiği sivil toplum kuruluşlarının bu uygulamayı yürütmesi, arabuluculuğun yaygınlaşmasına ve etkinliğinin artırılmasına katkı sağlayabilir. İslam Hukukunda aile içi uyuşmazlıklarda tavsiye edilen tahkim uygulamasının arabuluculuğu da içeren karma bir yöntem olması dikkate alındığında arabulucu-hakemlik (med-arb) şeklinde karma bir alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin takip edilmesi, toplumda var olan gayriresmî uygulamaların üzerine bina

edilmiş olacağından uygulamada kolaylık sağlayacaktır. Böylece, hem yargı yükünün hafifletilmesi hem de aile içi barışın sağlanması açısından önemli bir adım atılmış olacaktır.

Türkiye'de aile arabuluculuğunun uygulanabilirliği, toplumun dini ve kültürel değerleri göz önüne alındığında, esnek ve tarafların ihtiyaçlarına uygun bir sistemle mümkündür. Malezya, Ürdün ve Suudi Arabistan gibi ülkelerde dini değerlere uygun şekilde yapılandırılmış arabuluculuk modelleri, Türkiye'de de benzer bir uygulamanın hayata geçirilmesi için ilham verici olabilir. Ayrıca, Fas'ta sivil toplum kuruluşlarının arabuluculuk sürecindeki aktif rolü, Türkiye'de de sivil toplumun güçlendirilmesi ve bu süreçlere dahil edilmesi açısından örnek alınabilir. Müslümanların azınlık olarak yaşadığı ülkelerde İslami temelli arabuluculuk ve tahkim uygulamalarının çeşitli başarılı sonuçlar aldığı görülmektedir. Bu örnekler, aynı zamanda seküler hukukun hâkim olduğu ülkelerde de İslam hukuku temelli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden faydalanılabileceğinin örneğini verir. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde Türkiye'de hazırlıkları devam eden aile arabuluculuğu uygulamasında, sadece seküler arabuluculuk modellerinin değil, İslami temelli arabuluculuk ve tahkim uygulamalarının da dikkate alınmasının toplumsal barışın ve aile birliğinin korunmasında ve daha kapsayıcı, sürdürülebilir bir arabuluculuk sistemi inşasında etkili katkılar sunacağı muhakkaktır.

Darulfunun dergimizin bu özel sayısına kıymetli makaleleriyle katkı veren yazarlarımız başta olmak üzere, yayın sürecinde emek veren herkese içten şükranlarımı arz ederim. Bu sayının akademik dünyaya etkili ve kalıcı bir katkı sağlamasını temenni eder, tüm araştırmacılar ve okuyucular için faydalı bir kaynak olmasını dilerim.

Sayı Editörü

Doç. Dr. Ahmet Temel



darulfunun ilahiyat

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

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

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

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

Muhammed Mansur Karadağ^{*}

Öz

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

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

Abstract

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

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

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

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



Extended Summary

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

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

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

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

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

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

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

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

Giriş

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

1. Ailenin Korunması

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1. Evlilik Birliğinin Korunması

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14 Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 24.

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

1.2. Evlilik Birliğinden Doğan Hak ve Yükümlülükler

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

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

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

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

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

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

18 Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, 197.

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

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

1.3. Aile Uyuşmazlıklarında Adalet Erişim Hakkı ve Uzlaştırıcı Adalet Teorisi

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

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

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

21 Arsebük, *Medeni Hukuk*, 698.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Yargısal Arabuluculuk Yoluyla Aile Birliğinin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

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

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

32 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1024.

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

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

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

36 Kheel, *Conflict Resolution*, 11.

37 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 707.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

i. Kocanın yükümlülüğünü yerine getirmediği durumda hâkimin müdahalesi

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

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

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

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

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

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

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

ii. Kadının yükümlülüğünü yerine getirmediği halde hâkimin müdahalesi

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

63 Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 240.

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

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

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

64 “Tefrik Da`vâlarına Mahsûs Ahkâm-ı Usûliye

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

69 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1019.

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

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

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

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

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

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

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

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

73 Önder, "Sulh teşebbüsü," 1039.

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

75 RG, 03.10.1963, S. 11521.

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

2.1.4. 4271 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yargısal Arabuluculuk

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

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

76 Berki, “Boşanma ve Ayrılık,” 147.

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

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

79 Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 1040.

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

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

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

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

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

2.1.6. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yargısal Arabuluculuk

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

81 Akkaya, "Zorunlu Arabuluculuk," 42.

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

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

84 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1035–36.

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

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

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

2.2. Arabuluculuk-Tahkim Yoluyla Aile Birliğinin Korunması

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

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

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

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

86 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1032.

87 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1037.

88 Kheel, Conflict Resolution, 10.

89 Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 931.

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

91 Gayretli, Kanunlaştırma Çalışmaları, 168.

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

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

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

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

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

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

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

96 Akgündüz, Külliyyat, 858.

97 “Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası,” 905.

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

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

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

98 Gayretli, Kanunlaştırma Çalışmaları, 180.

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

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

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

102 Saleh, *Commercial arbitration*, 45.

103 Saleh, *Commercial arbitration*, 46.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

109 "Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası," 905.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Arabuluculuk Yoluyla Aile Birliğinin Korunması

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

2.3.1. Müslümanların Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yoluyla Aile Birliğinin Korunması

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

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

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

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

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

115 Gayretli, *Kanunlaştırma Çalışmaları*, 239.

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

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

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

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

2.3.2. Gayrimüslimlerin Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yoluyla Aile Birliğinin Korunması

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

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

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

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

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

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

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

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

122 “Ermeni Kilise Kanunlarına Nazaran Nikâh,” 38.

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

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

Boşanma Davalarında Sulhe Teşvik

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

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

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

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

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

124 Önder, "Sulh teşebbüsü," 1036.

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

Sonuç

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

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Kaynakça/References

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

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

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



darulfunun ilahiyat

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Türkiye’de Aile Arbuluculuğu Üzerine Çalışmalar: Eleştirel Bir Değerlendirme*

Studies on Family Mediation in Türkiye: A Critical Analysis

Hatice Kübra Kahya*

Öz

Türkiye’de aile arbuluculuğuna ilişkin düzenlemeler, 2012 yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu ile birlikte yasal bir çerçeveye kavuşmuştur. HUAK’ın yürürlüğe girmesinden bu yana, aile hukuku alanına özel ve etkin bir arbuluculuk mevzuatının geliştirilmesi yönünde çalışmalar sürmektedir. Bu makale, aile arbuluculuğuna ilişkin mevcut öğretilerdeki farklı yaklaşımları ele almaktadır. Türk aile hukukuna hakim ilkeler, aile arbuluculuğu müessesesine elverişli uyumsuzluk alanını oldukça sınırlar. Mali uyumsuzluklar haricindeki neredeyse hiçbir aile uyumsuzluğu arbuluculuğa elverişli değildir. Bu sınırlılığı gidermek adına, öğretilerde, arbuluculuğa engel şiddette ilişkin kanun yorumunun fiziksel ve cinsel şiddetle sınırlı dar bir çerçevede yapılması gibi farklı fikirler ortaya atıldığı gibi aile arbuluculuğuna zorunlu dava şartı arbuluculuk modelinin getirilmesinin savunulduğu da görülür. Aile arbuluculuğunda, mahkeme içi-mahkeme dışı arbuluculuk sistemlerinden hangisinin benimseneceği noktasında baskın kanaat, mahkeme temelli arbuluculuk modelinden yanadır. Bazı öğreti yazarları, daha etkili olacağı gerekçesiyle bir terapist veya sosyal bilimler-davranış bilimleri alanında uzman bir kişinin yer aldığı eş arbuluculuk sistemini benimser. Bu makale, çoğunluğu Müslüman bireylerden oluşan Türkiye’de, İslam aile arbuluculuğu pratiğine yer açan, din adamlarının süreç dahil olabileceği ve taraflara İslam hukuku prensipleri çerçevesinde öneride bulunabileceği değerlendirici ve eş arbuluculuk modelinin daha etkili olabileceğini savunur. Bu noktada sulh ve tahkim kurumlarını içeren daha etkin bir arbuluculuk sürecinin geliştirilebilmesi için İslam ülkelerinin farklı pratiklerinin de dikkate alınmasını önerir.

Anahtar kelimeler: Aile hukuku, arbuluculuk, sulh, tahkim, İslam hukuku

Abstract

The regulations concerning family mediation in Türkiye were granted a legal framework with the enactment of Law on Mediation in Civil Disputes in 2012. Since the enforcement of this law, many studies have been conducted to develop a specific and effective mediation law on family law disputes. This article examines the various approaches in the existing literature on family mediation. The principles governing Turkish family law significantly restrict the scope of disputes that are suitable for mediation. Aside from the ones including financial issues, almost no family law dispute is considered applicable to mediation. To address this limitation, some scholars have proposed a restrictive interpretation of the legal provisions on domestic violence as an impediment to mediation, limiting the concept to physical and sexual violence. Others argue for the introduction of mandatory mediation as a precondition for litigation in family disputes. The prevailing opinion favors a court-based model over an out-of-court mediation system. Some scholars advocate for co-mediation systems that include a therapist or an expert in social and behavioral sciences, arguing that this approach would be more effective. This article also argues that a more effective model in Türkiye -where most of the population is Muslim- should incorporate Islamic family mediation practices. In this model, religious leaders could participate in the mediation process and provide guidance to the parties based on principles of Islamic law. It also highlights that by considering existing practices in various Islamic countries, a more effective mediation process could be developed that integrates the institutions of *sulh* (reconciliation) and *tahkim* (arbitration).

Keywords: Family law, mediation, reconciliation, arbitration, tahkim, Islamic law

* Bu makale 220K027 numaralı ve İslam Hukukunda Aile Arbulucu-Hakemliği ve Çağdaş Uygulamalar adlı TÜBİTAK 1001 proje desteği ile üretilmiştir.

** Sorumlu Yazar: Hatice Kübra Kahya (Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İstanbul, Türkiye).
E-posta: hatice.kahya@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-1976-7354

Atf: Kahya, Hatice Kübra. "Türkiye’de Aile Arbuluculuğu Üzerine Çalışmalar: Eleştirel Bir Değerlendirme." *darulfunun ilahiyat* 35, 'Aile Arbuluculuğu' Özel Sayısı (2024): 33–54. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1561079>



Extended Summary

The regulations concerning family mediation in Türkiye were granted a legal framework with the enactment of the Law on Mediation in Civil Disputes (HUAK) in 2012. Since the enforcement of this law, many studies have been conducted to develop a specific and effective mediation law on family law disputes. This article examines the various approaches in the existing literature on family mediation. The principles governing Turkish family law significantly restrict the scope of disputes that are suitable for mediation. Besides the ones including financial issues, almost no family law dispute is considered applicable to mediation. In its current form, the Law on Mediation has not introduced any specific regulations regarding family mediation. It merely states that disputes involving allegations of domestic violence are not suitable for mediation and that, in disputes eligible for family mediation, the examination required for enforceability approval must be conducted in a hearing. To address this limitation, some scholars have proposed a restrictive interpretation of the legal provisions on domestic violence as an impediment to mediation, limiting the concept to physical and sexual violence. Another contentious issue in the scholarly debate on family mediation is the introduction of mandatory mediation as a prerequisite for filing a lawsuit in family disputes. The Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe on family mediation emphasises that family mediation should, a rule, remain voluntary. However, the Ministry of Justice in Türkiye is working on transitioning to mandatory mediation in family law disputes. Some scholars argue that mandatory mediation could yield positive results in family law conflicts, particularly in fostering settlements before judicial proceeding starts. Others, however, contend that implementing mandatory mediation would not yield significant benefits. Among these critics, there are those who advocate for a model akin to that in England, where attendance at a mediation information and assessment meeting is mandatory before initiating a lawsuit, while the continuation of mediation itself remains at the discretion of the parties involved. Additionally, the prevailing opinion favours a court-based model over an out-of-court mediation system. Some scholars advocate for co-mediation systems that include a therapist or an expert in social and behavioural sciences, arguing that this approach would be more effective. The modern family mediation model developed in the West does not guide the parties towards reconciliation or propose solutions to prevent the dissolution of their union. Instead, the role of the modern family mediator is to facilitate communication between the parties and manage a process that renders the separation economically feasible, emotionally healthier, and less harmful for children. Family mediation, at least from the perspective of Turkish society, is perceived as a reconciliation effort aimed at preserving the unity of the family, whereas family mediation in its Western form seeks to resolve divorce proceedings through out-of-court methods, since it contributes to reducing the workload of the courts. However, it is unlikely to provide any benefit in preventing or even reducing divorces as a societal issue. The high volume of inquiries directed to the

Diyaret fatwa hotline demonstrates that religious guidance could play a significant role in both preserving family unity and resolving divorce-related disputes in Türkiye. An important factor that is absent in psychological counselling and guidance but stands out in such religious guidance is the divine sanctioning power inherent in Islamic law. In Islamic law, an examination of the classical framework of family mediation-arbitration reveals a robust practice that combines mediation and arbitration processes hybrid. This approach fundamentally protects the family unit and seeks to achieve a binding resolution. Indeed, the hybrid model of mediation and arbitration as an alternative dispute resolution method is also being applied in various fields in the West today. This article argues that a more effective model in Türkiye -where most of the population is Muslim- should incorporate Islamic family mediation practices. In this model, religious leaders could participate in the mediation process and provide guidance to the parties based on the principles of Islamic law. It also highlights that by considering existing practices in various Islamic countries, a more effective mediation process could be developed that integrates the institutions of *sulh* (reconciliation) and *tahkīm* (arbitration).

Giriş

Modern öncesi toplumlarda gayri resmi bir biçimde uygulanan arabuluculuk, 1960'lerden itibaren Amerika'da ve İngiltere'de resmi anlamda önemli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak karşımıza çıkar.¹ İslam-Osmanlı hukuk geleneğinde modern öncesi görünümüyle zaten var olan arabuluculuk,² Türkiye'de de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) 22.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle ayrı bir kurum, usul ve meslek olarak uygulanmaya başlamış;³ 1 Ocak 2018 tarihi itibarıyla iş uyuşmazlıklarında, 1 Ocak 2019 tarihi itibarıyla ticari uyuşmazlıklarda, 28 Temmuz 2020 tarihi itibarıyla de tüketici uyuşmazlıklarında bir dava şartı olarak zorunlu hale getirilmiştir. Elverişli olması kaydıyla tüm hukuk uyuşmazlıklarının çözümü için başvurulabilen arabuluculuk sürecine, Adalet Bakanlığı'nın açıkladığı verilere göre 14.03.2023 itibarıyla 4 milyon 26 bin 854 dosya girmiş, müzakeresi tamamlanan 3 milyon 715 bin 780 dosyadan 2 milyon 581 bin 397'sinde, dosya, anlaşma ile çözüme kavuşturulmuştur. Anlaşma sağlanan dosyaların tüm dosyalara oranı yani arabuluculuk sürecinin başarı yüzdesi %69'dur. İhtiyari arabuluculuk yoluyla müzakeresi tamamlanan 1 milyon 291 bin 105 dosyadan 1 milyon 277 bin 494 tanesinde anlaşma sağlanmış ve bu dosyalardaki başarı oranı da %99'u bulmuştur.⁴ 1 Eylül 2023 tarihinden bu yana, dava şartı arabuluculuk dönemine girilen kira uyuşmazlıklarında ise arabuluculuk sürecine giren 76 bin 780 dosyadan, 32 bin 98'inde anlaşmaya varılmıştır. İş uyuşmazlıklarında dosyaların çözüme kavuşma süresi ortalama on gün, ticari uyuşmazlıklarda yirmi gün, tüketici uyuşmazlıklarında ise yine ortalama on gündür.⁵ Bu veriler arabuluculuğun toplumsal uzlaşma kültürüne sağladığı katkının yanında, mahkeme yükünü büyük ölçüde azalttığını, uyuşmazlık çözümünde vakit-nakit tasarrufu sağladığını ve adalete erişimi kolaylaştırdığını göstermektedir.

1. Türkiye'de Aile Arabuluculuğu Literatürü ve Sınırlılıkları

Aile arabuluculuğu "boşanma arabuluculuğu" adı altında genel arabuluculukla eş zamanlı olarak gündeme gelmiş, önce Amerika ve İngiltere sonra Kıta Avrupası

- 1 Jay Folberg, "A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice," *Mediation Quarterly*, no. 1 (1983): 3-13.
- 2 Ahmet Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları," *Darulfunun İlahiyat* 30, 2 (2019): 326-28, Erhan Fırat, "Aile Arabuluculuğu" (Doktora tezi, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi, 2021).
- 3 Levent Börü, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler," içinde *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu II* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019), 1043-61.
- 4 <https://www.adalet.gov.tr/arabuluculuk-dosya-sayisi-4-milyonu-asti> (Son erişim: 3 Ekim 2024).
- 5 <https://www.adalet.gov.tr/kira-uyusmazliklarinda-76-bin-780-dosyadan-32-bin-78-i-anlasma-ile-sonuclandi#:~:text=1%20Eylül%20tarihinden%20itibaren%20başlattığımız,dostane%20bir%20şekilde%20uyuşmazlığı%20çözdüler> (Son erişim: 3 Ekim 2024).

olmak üzere tüm dünyada gittikçe yaygınlaşan bir uygulama alanı bulmuştur. Aile arabuluculuğunun başlangıçta boşanma arabuluculuğu (*divorce mediation*) olarak adlandırılması, bu yöntemin ortaya çıkış nedenine de işaret eder. 20. yüzyılın ikinci yarısında boşanma oranlarının hızla artması, mahkemelerin iş yükünü artırmış ve boşanma sürecinin getirdiği hukuki ve sosyal sorunlar daha belirgin hale gelmişti. Bu yüzden, boşanma sürecindeki çiftlerin anlaşmazlıklarını mahkeme dışı yollarla çözmeleri hem adalet sistemi hem de taraflar için en uygun çözüm olarak değerlendirilmeye başlandı. Görüldüğü üzere Batı modelinde geliştirilen modern aile arabuluculuğu, tarafları, birlikteliğin sonlanmaması noktasında bir uzlaşmaya (*reconciliation*) götürmeyi ve bu yönde bir çözüm önerisinde bulunmayı hedeflemez. Modern aile arabulucusunun görevi, taraflar arasındaki iletişimi kolaylaştırarak, ayrılığı ekonomik olarak uygun, duygusal olarak sağlıklı ve çocuklar için de daha az hasarlı hale getiren bir süreç yönetiminde bulunmaktadır.⁶

Halbuki aile arabuluculuğu, en azından Türk toplumu nezdinde, aile bütünlüğünü muhafaza etme yönünde bir sulh çabası olarak algılanmaktadır. Batıdaki haliyle boşanma süreçlerinin mahkeme dışı yollarla çözümünü hedefleyen aile arabuluculuğunun, mahkemelerin iş yükünü azaltma noktasında fayda sağlayacağı açıktır. Ancak bir toplumsal problem olarak boşanmaları önleme ya da en azından azaltma noktasında bir fayda sağlamayacaktır. Öte yandan Türkiye’de, mevcut mevzuatta, aile bütünlüğünün korunmasına özel bir önem atfedilmiş ve boşanma ilkesel olarak zorlaştırılmıştır. Hatta aile içi problemlerin evliliği sonlandıracak raddeye varmadan, mümkünse sulh yoluyla çözüme kavuşturulması hükme bağlanmıştır. 9.1.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 7. maddesi şöyledir:

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.⁷

Görüldüğü üzere sulh, kanunda, öncelikli çözüm yolu olarak vazedilmiş, hâkimler, davanın esasına girmeden önce tarafları sulha teşvik etme vazifesi ile yükümlenmişlerdir. Ancak uygulamadaki aksaklıklar nedeniyle, hâkimin bu amaçla yönlendirdiği davaların yalnızca %10’undan az bir kısmında sulh yoluyla çözüme

6 Adriane G. Berg, “The Attorney as Divorce Mediator,” *Mediation Quarterly*, 2 (1983): 21-28.

7 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4787.pdf> (Son erişim 22.12.2023) Şu da var ki ilgili kanunda sulh yoluyla çözümden kastedilenin evliliğe devamdan ziyade, çekişmeli yargı yoluyla değil anlaşarak boşanma olarak anlaşılması da mümkündür.

ulaşmıştır.⁸ TÜİK'in istatistiki verilerine göre Türkiye'de 2018 yılında kaba evlenme hızı %0,7'nin altına düşerken, kaba boşanma hızı da %0,17'nin üstüne çıkmıştır. 2002-2018 yılları arasında 65 milyondan 82 milyona yükselen nüfusa rağmen, evlenme oranının 17 yıllık bir zaman dilimi içerisinde en düşük seviyeye (553.202); boşanma oranının ise yaklaşık %50 artışla en yüksek seviyeye (142.448) ulaşması, aile birliğini tehdit eden yaygın tehlikenin boyutlarını göstermektedir.⁹ Bu çarpıcı tabloya rağmen aile arabuluculuğunu sadece “boşanma sürecini kolaylaştıran” bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tasarlamak, arabuluculuk uygulamasının sahip olduğu potansiyelin çok küçük bir kısmından istifade etmek anlamına gelir. Peki Türkiye'de aile arabuluculuğunun mevcut mevzuattaki görünümü nedir?

21 Ocak 1998 tarihinde alınan *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı* ile Konsey, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu üye ülke hükümetlerine, *aile arabuluculuğunu uygulamaya koymayı veya teşvik etmeyi ya da gerekliyse, mevcut aile arabuluculuğunu geliştirmeyi; aile uyuşmazlıklarının uygun bir çözüm yolu olarak, aile arabuluculuğunun önemini ve değerini anlaşılmaması ve kullanılmasında için, (tavsiye kararında) öngörülen ilkelerin yerleşmesi düşüncesiyle gerekli gördükleri bütün tedbirleri almayı ya da güçlendirmeyi* tavsiye etmiştir.¹⁰ Esasen zikri geçen HUAK'ın yürürlüğe girmesinden bu yana, Türkiye'de aile hukuku alanına özel bir arabuluculuk mevzuatının ortaya konması ve etkin bir arabuluculuk sisteminin geliştirilmesi yönündeki çalışmalar sürmektedir. Ancak gayri resmi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin Türkiye'de köklü bir tarihi olmasına rağmen, profesyonel arabuluculuk uygulamalarında bu tecrübeye yer vermeyen tasarılar üzerinde çalışıldığı görülür. Halbuki pek çok ülkede, aile arabuluculuğunda yerel sosyolojiye uygun modeller geliştirme yoluna gidilmektedir. Türkiye'de ise başta Amerika ve İngiltere olmak üzere Batı pratiğini aslına olabildiğince uygun olarak Türkiye'ye aktarma eğilimi hakimdir. Bu eğilim akademik üretimlere de yansır. Zira bugüne kadar yapılan çalışmalarda, ilahiyatçı olanlar dışında çok az sayıda araştırmacının Müslüman veya gayrimüslim ülkelerdeki İslam aile arabuluculuğu pratiğini incelediği görülür. Bununla birlikte gerek çeviri çalışmaları ve projeler gerekse akademik yazınlar yoluyla, Batı aile arabuluculuğu teorisi ve pratiğine ilişkin bilgi aktarımı tüm hızıyla devam etmektedir. 2019 yılında Robert E. Emery'nin *Renegotiating Family Relationships: Divorce, Child Custody, and Mediation* adlı kitabı Filiz Bolat tarafından *Aile İlişkilerini Tekrar Gözden*

8 Orhan Filiz, “Türkiye’de Aile Mahkemeleri Uygulaması ve Uygulamanın Değerlendirilmesi Üzerine Bir Araştırma,” *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* 25, 25 (2011): 73-96.

9 TÜİK: *Evlilik İstatistikleri*, 2018.

10 Mustafa Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, 2 (2005): 71-102.

Geçirmek: Boşanma, Velayet ve Arabuluculuk adıyla çevrilmiş,¹¹ 2020 yılında Marian Roberts’ın *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice* adlı kitabı Abbas Türnüklü editörlüğünde *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk: Uygulama Esasları* adıyla dilimize kazandırılmıştır.¹² Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen “Aile Mahkemelerinin Etkinliğinin Artırılması: Aile Üyelerinin Haklarının Daha İyi Korunması” adlı proje nihayetinde hazırlanan kapsamlı değerlendirme raporunda da İsviçre modeli hakimdir.¹³ Bülent Şen, Muratcan Bayraktar, Erhan Fırat ve Nihal Coşkun’un aile ve boşanma arabuluculuğu hakkındaki eserleri¹⁴ ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk* adlı kitap¹⁵ Batılı teori ve pratiklere yer vermekle yetinen akademik yazınların yalnızca birkaç örneğidir.¹⁶ Günümüzde çeşitli İslam ülkelerinde mevcut bulunan aile arabuluculuğu uygulamaları ise çoğunluğu ilahiyatçılardan oluşan birkaç akademisyen ve lisansüstü öğrencisi dışında pek ilgi görmemiştir.¹⁷

- 11 Robert E. Emery, *Renegotiating Family Relationships: Divorce, Child Custody, and Mediation* (Guilford Press, 2012); *Aile İlişkilerini Tekrar Gözden Geçirmek: Boşanma, Velayet ve Arabuluculuk*, çev. Filiz Bolat (CK Yayınevi, 2019).
- 12 Marian Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice* (Routledge, 2020); *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk: Uygulama Esasları*, çev. ed. Abbas Türnüklü (Nobel Akademik Yayıncılık, 2020).
- 13 *Aile Mahkemelerinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmalarının Kullanımına İlişkin Öneriler Raporu*, 2022 <https://rm.coe.int/kapsaml-degerlendirme-raporu-web-/1680aa5f5c> (Son erişim: 2.10.2024).
- 14 Bülent Şen, *Boşanma Arabuluculuğu* (Nobel Akademik Yayıncılık, 2015); Muratcan Bayraktar, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış,” *İstanbul Barosu Dergisi* 89, 4 (2015): 151-172; Erhan Fırat, “Aile Arabuluculuğu” (Doktora tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, 2021); Nihal Coşkun, *Aile Arabuluculuğu* (On İki Levha Yayıncılık, 2023).
- 15 Ayça Özdoğan vd., *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, ed. Şükran Şıpka vd. (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2020).
- 16 Diğer örnekler için bkz. Gül İpek Demir, “Karşılaştırmalı Hukukta Aile Arabuluculuğu” (Yüksek lisans tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi, 2022); Süleyman Duran, “Türk Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk” (Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi, 2022); Kübra Acer Tunçel, “Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2023).
- 17 Ahmet Temel danışmanlığında üretilen tezlerden Malezya örneği için bkz. Zeynep Doğru, “Malezya Örneğinde İslam Aile Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2020); İngiltere örneği için bkz. Kübra Bilgin, “İngiltere’de Müslüman Tahkim Heyeti ve Aile Hukuku Uygulamaları” (Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2022); Suudi Arabistan örneği için bkz. Fulya Kuncak, “Suudi Arabistan’da Aile Arabulucu-Hakemliği Uygulamaları” (Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2022). Ayrıca bkz. Mubin Burak Çelik, “Türk Hukuku’nda İslam Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Aile Arabuluculuğu” (Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2024); “Modern Hukuk Sistemlerinde Aile Arabuluculuğu,” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2023): 1009-1057; Ahmet Kaşdıbi, “İslam Aile Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik ve Aile Arabuluculuğu” (Doktora tezi, Karabük Üniversitesi, 2022).

2. Türkiye’de Aile Arabuluculuğu Mevzuatı ve Sorunları

Mevcut haliyle HUAK, zaten aile arabuluculuğu özelinde herhangi bir düzenlemeye gitmemiş, yalnızca aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığını ve aile arabuluculuğuna elverişli olan uyuşmazlıklarda da icra edilebilirlik şerhi için gerekli olan incelemenin duruşmalı olarak yapılacağını söylemekle yetinmiştir.¹⁸ Bu da aile arabuluculuğunun ancak ihtiyarî arabuluculuk formunda mevcut hukuk sisteminde bir yer edinebileceğini gösterir. Ancak Türk aile hukukuna hakim olan çeşitli ilkeler, aile arabuluculuğu müessesesine elverişli uyuşmazlık alanını oldukça daraltır. HUAK m.1/2’de de ifade edildiği gibi *ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde* arabuluculuk kanunu uygulanabilir.¹⁹ Bu da mali uyuşmazlıklar haricindeki hiçbir aile uyuşmazlığının arabuluculuğa elverişli olmadığı anlamına gelir. Nitekim akademik faaliyetler ve yazınlar da mevcut mevzuatın imkan verdiği bu sınırlı alanda, aile arabuluculuğuna elverişli uyuşmazlıkların tespitine ve etkin arabuluculuk modellerinin incelenmesine yöneliktir.

İsveç Uluslararası Kalkınma ve İşbirliği Ajansı (SIDA) ile Türkiye Cumhuriyeti tarafından birlikte finanse edilen, Avrupa Konseyi tarafından yürütülen ve 2017 yılında tamamlanarak nihai verileri ana faydalanıcısı olan T.C. Adalet Bakanlığı’na sunulan *Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi* adlı proje kapsamında, 2016-2017 yılları içerisinde aile arabuluculuğu özelinde üç çalıştay düzenlenmiştir.²⁰ Çalıştay katılımcılarınca, nişanlanma ve boşanma sonrası istihkak ve alacaklarla ilgili uyuşmazlıkların mevcut mevzuata göre de aile arabuluculuğuna elverişli olduğu noktasında görüş birliğine varılmıştır.²¹ Nitekim literatürde de nişanla ilgili nişanın bozulmasından doğan hediyelerin iadesi ve maddi/manevi tazminat istemine ilişkin uyuşmazlıklar, evlilikle ilgili eve maddi katkıda bulunulmaması, sadakat yükümlülüğünün ihlali, eşin tasvip etmediği işte çalışmakta ısrar, çocukların bakımı, eğitimi gibi uyuşmazlıklar, boşanmaya ilişkin boşanma protokolünün hazırlanması, mal paylaşımı veya mal

18 İcra edilebilirlik incelemesinin diğer uyuşmazlık türlerinde dosya üzerinden yapılırken, aile uyuşmazlıklarında duruşmalı yapılması, aile hukukunda devletin müdahalesi ilkesinin bir yansımasıdır. Duygu Dağlıoğlu, “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk,” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2020): 562-63.

19 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6325.pdf> (Son erişim: 4 Ekim 2024)

20 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi Nihai Veri Araştırması Raporu, 12.06.2017, <https://rm.coe.int/mediation/168075fa4c> (Son erişim: 27 Eylül 2024)

21 Pervin Yıldız, “Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler,” içinde *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, ed. Ersin Erdoğan (Pozitif Matbaacılık, 2019), 33-52.

rejimi tasfiyesinden kaynaklı uyuşmazlıklar ile boşanmanın kesinleşmesinden sonraki maddi/manevi tazminat ve nafaka talepleri, ziynet eşyası alacağı gibi mali uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar olarak sunulur.²² Hatta mal rejimi sözleşmesinin dahi ancak kanunda öngörülen sistemlerle sınırlı bir alanda arabuluculuğa elverişli olduğu, yeni bir sistem yaratmanın bu noktada mümkün olmadığı ifade edilir.²³

Mevcut mevzuata göre boşanmanın asli neticelerinden olan evlilik birliğinin sona ermesi, kişisel durumların değişmesi ve korunması (soyadı), kadın hakkında bekleme süresi, mirasçılık sıfatının kaybedilmesi, evliliğin butlanı, boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarından velayetin tesisi, kaldırılması veya değiştirilmesi, çocukla kişisel ilişki, çocuğun bakımı, soybağı ve iştirak nafakası gibi tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği uyuşmazlıklar ise arabuluculuğa elverişli değildir. Zira butlan ve boşanma, taraf iradeleriyle değil inşai nitelikteki mahkeme kararıyla ortaya çıkabilecek bir hukuki sonuçtur. Hatta iştirak nafakasına ilişkin uyuşmazlıklar bile her ne kadar malvarlıksal bir nitelikte olsa da çocuğun üstün yararı ve kamu düzenini ilgilendiren bir uyuşmazlık türü olarak görülmesinden dolayı arabuluculuğa elverişli kabul edilmez. Zira bu nafaka, çocuğa ait bir hak olduğundan, eşlerin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular arasında değildir. Çocuğun yararının ön planda olduğu, çocukla kişisel ilişkinin tesisi ve çocuğun bakımına ilişkin uyuşmazlıkların da arabuluculuğa elverişli olmaması bundan kaynaklanır. Soybağı, velayet ve vesayete ilişkin uyuşmazlıklar da aile hukuku uyuşmazlıkları arasında kamu düzeni düşüncesinin en baskın olduğu uyuşmazlık türleri olarak görüldüğünden arabuluculuğa elverişli değildir. Gerçi literatürde babanın tanıma beyanında olduğu gibi tek taraflı irade beyanına dayalı soybağı tesisinin mümkün olmasına ve soybağının reddi söz konusu olmadığı müddetçe, evlilikteki kocanın çocuğun gerçekten babası olmamasının soybağının mevcudiyetine zarar vermeyeceğine işaretlerle, bu türden uyuşmazlıkların da arabuluculuğa elverişli olabileceğini savunanlar vardır.²⁴

Yukarıda zikri geçen üç çalışmaya ve aile arabuluculuğu literatürüne damga vuran en önemli tartışma konularından birisi, aile içi şiddet uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği meselesidir. Çalıştay katılımcılarının bir grubu, HUAK aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığını

22 Börü, 1043-1061; Huriye Reyhan Demircioğlu, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği,” *Adalet Akademisi Dergisi*, 23 (2015): 45-84; Beyhan Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk* (Sümer Kitapevi, 2014).

23 Demircioğlu, 45-84.

24 Dağlıoğlu, 551-587.

öngörse de²⁵ fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik farklı şekil ve düzeylerde karşımıza çıkabilen şiddet olgusunun her türünün, tarafların iradesini serbestçe ortaya koymalarını engelleyici nitelikte olmayabileceğini savunur. Onlara göre uzman bir aile arabulucusundan yararlanıldığı veya mekik arabuluculuğu²⁶ gibi çeşitli arabuluculuk modellerine başvurulduğu takdirde, muhtemel mahzurlar bertaraf edilebilecektir. Bu görüşe göre fiziksel de olsa yıllar önce gerçekleşmiş bir şiddetin değil devam eden şiddetin arabuluculuğa engel kabul edilmesi yönünde bir tavır geliştirilmelidir. Katılımcıların diğer grubu ise gerek Anayasa'nın gerekse uluslararası sözleşmelerin emredici hükümleri gereğince, çocuk ve kadınların yararının gözetilmesi bir zorunlulukken, arabuluculuk gibi tarafların iradelerini eşit düzeyde ortaya koymalarını gerektiren bir süreçte, şiddet gören mağdur tarafın çekingenliğinin, hakkını etkin biçimde savunamamasına yol açabileceğine işaret eder. Ağırlık kazanan bu görüşe göre tüm şiddet türlerinde mutlaka güç dengesizliği ortaya çıkacak ve bu da arabuluculuğa elverişsiz bir ortam oluşturacaktır.²⁷ Şiddetin herhangi bir türünün ortaya çıkması halinde arabuluculuk sürecinin derhal sonlandırılması gerektiği yönündeki görüş Altıntaş tarafından da savunulmaktadır.²⁸ Nitekim HUAK'a ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesinde de kanun koyucunun aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar arasından çıkarma nedeni şöyle ifade edilmiştir:

... arabuluculuk sırasında yapılan müzakereler, tarafların herhangi bir korku veya baskı altında kalmaması ve tarafların eşitliği prensibine dayanır. Arabuluculuk, tarafların kendilerini güvende hissedebilecekleri bir ortamda gerçekleştirilmelidir. Yapılan araştırmalara aile içi şiddet olaylarının varlığı, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi veya benzeri nedenlerin varlığı halinde, tarafların kendilerini güvende hissedemeyeceklerini ve eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceğini göstermektedir. Bu nedenle aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.²⁹

Ancak konuya ilişkin öğretilerde farklı görüşlere rastlanılmaktadır. Fırat, aile içi şiddetin dar yorumlanarak, bu türden fiillerin bir kısmının CMK'da mevcut uzlaştırma kapsamındaki suçlar dikkate alınmak suretiyle aile arabuluculuğuna

25 Bu kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

26 Bu arabuluculuk modelinde taraflar fiziksel olarak aynı ortamda bulunmaz. Arabulucu herkes için kabul edilebilir bir çözüm bulununcaya kadar taraflarla farklı oturumlarda bir araya gelir.

27 Yıldız, 32-52.

28 Mehtap Şahin Altıntaş, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği," *Medeni Hukuk Dergisi* 1, 2 (2024): 155-58.

29 Şamil Demir, "Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi," *Ankara Barosu Dergisi*, 2 (2014): 211-228.

elverişli hale getirilmesini savunur.³⁰ Bazı doktrin yazarları tarafından ise alkol ve uyuşturucu bağımlılığı veya ağır psikolojik rahatsızlık içermeyen seyrek şiddet vakalarında, tarafların güvenliğini ve eşitliğini temin eden bir müzakere ortamı sağlandığı takdirde arabuluculuğun yararlı olabileceği ifade edilir.³¹ Mevzuatın ispatlanmış şiddetin ötesinde şiddet iddiasını içeren tüm uyuşmazlıkları kapsayıcı mahiyeti, aile arabuluculuğunu oldukça sınırlayıcı yorumlara sebep olmuştur. Börü, bu noktada, sözlü şiddet, hakaret veya ekonomik şiddetin varlığı halinde arabuluculuk imkanını kapatmamanın daha doğru olduğunu, hakaret kaynaklı diğer davalarda arabulucuya gitme imkanı varken, aile arabuluculuğunda da bu kapının açık tutulması gerektiğini düşünür. Bunun dışında, aile arabuluculuğunun, davaya yönlendirilmesi halinde şiddetin tırmanma ihtimaline karşı önleyici bir tedbire, şiddeti uygulayan bireyin hatasını anlamasına ve pişmanlık duymasına yardımcı, aile bireyleri arasındaki ilişkileri onarıcı bir süreç de dönüştürülebileceği kanaatinde dir.³² Şiddetin ekonomik ve psikolojik olduğu bazı uyuşmazlık hallerinde arabulucuya gidilebileceği, arabuluculuğa engel şiddete ilişkin kanun yorumunun fiziksel ve cinsel şiddetle sınırlı dar bir çerçevede yapılması gerektiği Dağlıoğlu tarafından da savunulur.³³ Bu noktada Demir de çiftlerin büyük çoğunluğunun özellikle psikolojik şiddet yaşamadan boşanma aşamasına gelmediğini, şiddetin geniş yorumlanması halinde boşanma davalarının büyük bir kısmında fer’î neticelerin arabuluculuğa elverişsiz hale geleceğini, özünde arabuluculuğa elverişli olan fer’î nitelikteki uyuşmazlıkların, aile içi şiddet iddiası içerse dahi ihtiyari arabuluculuğa elverişli kılınması gerektiğini savunur. Böylece aile içi şiddet bakımından amacını aşan bu sınırlayıcı yorumun da önüne geçilmiş olur.³⁴ Demircioğlu da İstanbul Sözleşmesi’nde bile sadece zorunlu arabuluculuk için söz konusu olan bu elverişsizlik durumunu sınırlamak adına, ilgili hükmün “konusu bizatihi şiddet olan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir” şeklinde anlaşılması gerektiği savunur.³⁵ Anlaşılan o ki her somut olay, kendine has özellikleri ve uygulanan şiddetin tipi dikkate alınmak suretiyle ayrı ayrı irdelenip arabuluculuk yoluna

30 Fırat, Fırat, “Aile Arabuluculuğu,” 235-36.

31 Gonca Gülfem Bozdağ, “Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, 1 (2016): 101-136; Börü, 1043-61.

32 Levent Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna Karşı Bazı Değerlendirmeler,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Özel Sayı (2017): 173-198. Aile arabuluculuğu ve şiddet hakkında bir diğer çalışma için bkz. Ayşe Dilek Ergüler, “Aile Arabuluculuğu ve Aile İçi Şiddet,” içinde *Arabuluculuk Zirvesi II*, ed. Yasemin Güllüoğlu Altun (On İki Levha Yayınları, 2020), 355-364.

33 Dağlıoğlu, 572-77.

34 Demir, 211-228.

35 Demircioğlu, 71-73.

başvurunun mümkün olup olmadığının kararlaştırılması daha doğru olacaktır.³⁶

Aile arabuluculuğuna ilişkin öğretilerdeki tartışmalı bir diğer husus, aile arabuluculuğuna zorunlu dava şartı arabuluculuk modelinin getirilmesidir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin aile arabuluculuğuna ilişkin tavsiye kararında, aile arabuluculuğunun kural olarak ihtiyari olması gerektiği ifade edilir.³⁷ Ancak Adalet Bakanlığı'nın aile arabuluculuğunda dava şartı arabuluculuğa geçiş üzerine çalışmalar yürüttüğü bilinmektedir. Kimi öğretiyen yazarları, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda, özellikle de yargısal sürece geçmeden uzlaşının temini noktasında, dava şartı arabuluculuk uygulamasının olumlu sonuçlar doğurabileceğini savunur.³⁸ Fırat ise aile arabuluculuğunun uygulanabilirliği ve aile arabuluculuğunda dava şartı arabuluculuğun imkanını incelediği doktora tezinde, aile hukukunda dava şartı arabuluculuk, diğer adıyla zorunlu arabuluculuk uygulamasına geçilmesinin bir fayda doğurmayacağını iddia eder. Fırat, bunun yerine İngiltere'de olduğu gibi dava açılmadan önce arabuluculuk bilgilendirme ve değerlendirme toplantısına zorunlu katılım sağlanarak, aile arabuluculuğuna devamin tarafların iradi taleplerine bırakılmasını savunur.³⁹ Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Konseyi tarafından yürütülen "Aile Mahkemelerinin Etkinliğinin Artırılması: Aile Üyelerinin Haklarının Daha İyi Korunması" adlı proje kapsamında hazırlanan kapsamlı değerlendirme raporunda dikkat çeken öneri, HUAK kapsamına girmeyen aile hukuku uyuşmazlıklarında, hakimin yargılamanın her aşamasında ancak özellikle de ön incelemede veya davanın açılması sonrası dava dilekçesi henüz davalıya tebliğ edilmeden önce tarafları arabuluculuk bilgilendirme toplantısına teşvik etmesi yönünde düzenlemeye gidilmesidir. Öneride, Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde şöyle bir değişikliğe gidilerek "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 veya arabuluculuk yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı veya arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir." arabuluculuğa tekrar vurgu yapılması da tavsiye edilir.⁴⁰

36 Börü, "Kadına Karşı Şiddet," 195-98.

37 Dağlıoğlu, 577-79.

38 Mesela bkz. Özümücü; Akkaya; Dağlıoğlu, 2020) Seda Özümücü, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha Yayıncılık, t.y.).

39 Fırat, "Aile Arabuluculuğu," 235-36.

40 *Aile Mahkemelerinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmalarının Kullanımına İlişkin Öneriler*, 2022.

Öğretide tartışılan bir diğer husus, aile arabuluculuğunda, mahkeme içi-mahkeme dışı arabuluculuk sistemlerinden hangisinin benimseneceğidir. Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmekte olan tasarı çalışmalarına da etki eden öğretilerdeki baskın kanaat, aile arabuluculuğunu mahkeme temelli bir uygulama olarak kurgulama yönündedir.⁴¹ Aile arabuluculuğunun mahkeme temelli olmasını ve anlaşma belgelerinin aile mahkemesi hakiminin denetiminden geçirilmesini savunma noktasında, Fırat da bu ana damara yakın durur. Ancak o, evlilik birliğinin dağılmasını önleyici bir yöntem olarak aile arabuluculuğunun, amacını gerçekleştirme yolunda daha etkin bir faaliyet haline getirilebilmesi için sadece bir hukukçu veya psiko-sosyal bilimlerde uzman bir kişinin beklenen faydayı doğurmayacağı görüşündedir. Ona göre biri hukukçu diğeri genellikle bir terapist veya sosyal bilimler-davranış bilimleri alanında uzman bir kişi olan eş arabuluculuk sistemine geçilmelidir.⁴² Bu öneri daha sonra Coşkun tarafından da tekrarlanacaktır. Zira HUAK m. 15/6 çerçevesinde, tarafların ihtiyaç duyması ve rıza göstermesi halinde terapistlerin uzman sıfatı ile müzakerelerde yer alması mümkün olsa da mevcut mevzuatta hem arabulucuların hem de eş arabulucuların hukukçu olma zorunluluğu bulunur.⁴³ Bu noktada mevzuatta değişiklik teklif eden Fırat ve Coşkun’un söyledikleri önem arz eder. Zira çiftlerin talepleri halinde ilahiyat alanında uzmanlaşmış arabulucuların, eş arabuluculuk sistemi üzerinden sürece dahil edilmesi bu yolla mümkün olabilecektir. Mevcut mevzuata göre arabulucunun hukukçu olma zorunluluğu vardır. Halbuki aile arabuluculuğu noktasında kurucu sayılabilecek İngiltere bile kendi bünyesinde yaşayan Müslüman azınlık nüfusun kendilerine uygun hakemlik merkezleri (*arbitrational tribunals*) kurarak kendi çözümlerini kendi sosyal pratiklerine ve bunların dayandığı İslam hukuku normlarına uygun olarak üretmelerini teşvik etmektedir.⁴⁴ Mahkemelerdeki dava yükünü hafifletme maksadıyla ortaya çıkan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunu, mahkemeye ve yalnızca hukukçulara bağımlı hale getirmek, bu amacı etkili bir biçimde gerçekleştirmenin önünde engel olacaktır.

41 Erdem Şimşek, “Aile Hukuku’na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme,” içinde *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, ed. Ersin Erdoğan (Pozitif Matbaacılık, 2019), 57-78.

42 Erhan Fırat, “Aile Arabuluculuğu,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 49 (2022): 371-388.

43 Coşkun, 279-280. Aile arabuluculuğu noktasında aile danışma merkezlerinden yararlanılmasını, aile danışmanı veya terapistlerin de arabulucu olabilmesini savunan başka isimler de vardır. Mesela bkz. 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 (2014): 24-61.

44 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).

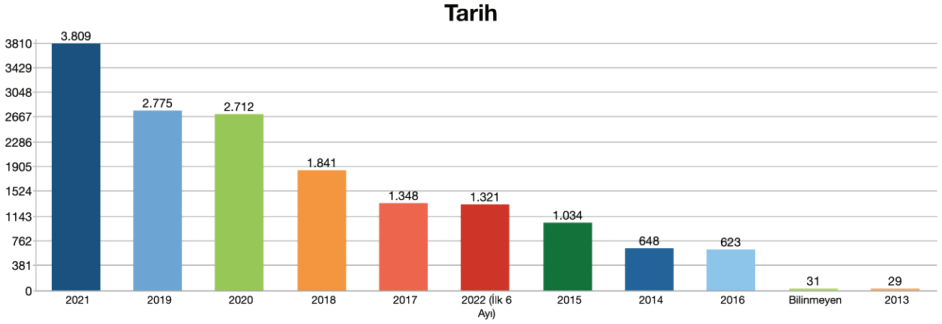
Hemen hemen tüm öğretici yazarları ve hukuk uygulayıcılarının hemfikir olduğu husus, aile arabuluculuğuna elverişli alanların ve bu alanlara ilişkin usul ve esasların belirlendiği bir mevzuat değişikliğine gidilmesinin gerekliliğidir. Bu noktada Kavasoglu'nun aralarında yer aldığı bir grup, *Aile Arabuluculuk Kanunu* adlı ayrı bir kanunla düzenleme yapılmasını gerekli görürken, Fırat'ın da katıldığı diğer grup aile arabuluculuğunun HUAK içinde ayrı bir bölüm olarak düzenlenmesini yeterli bulur.⁴⁵ Ancak esas önemli olan mevzuatın, sosyal vakıya uygun, toplumun beklentilerini karşılayan ve boşanma sürecini kolaylaştırmaktan ziyade boşanma talebini ortadan kaldıracı bir aile arabuluculuğu uygulamasına imkan verecek biçimde tasarlanmasıdır. Bunu gerçekleştirmenin bir adımı da öncelikle, Türkiye'de var olan aile yapısının, bu yapıyı etkileyen toplumsal dinamiklerin ve aile içinde karşılaşılan uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan geleneksel gayri resmi uygulamaların tespit edilmesidir. Bu noktada, karşımıza, nüfusunun büyük çoğunluğu Müslüman olan toplumumuzun, uyuşmazlıklarda çözüme ulaşma noktasında, dinî değerlere biçtiği büyük rol çıkmaktadır. Zira 1400 yıllık bir ilmî geleneğe dayanan İslam hukuku entelektüel birikimi, Türkiye toplumunu doğrudan etkilemeye hatta kimi yönleriyle bireylerin hayatını yönetmeye devam etmektedir. Bu anlamda gayri resmi bir biçimde geleneksel olarak devam eden bu pratiklerin, formel ve profesyonel arabuluculuk uygulamaları aşamasında dikkate alınmamasının makul bir izahı yoktur. Dolayısıyla mezkur değerlere dayalı İslam aile arabulucu-hakemliğinin resmi uygulamasını devam ettiren ülkelerdeki tecrübeleri mevcut literatüre aktarmak bir ihtiyaçtır. Zira Türkiye'de yapılan evliliklerin %98,2'sine dini nikâh da eşlik etmektedir. Bu sözleşmelerin yapılması, çiftlerin aile birliğini kurarken, kanuni yükümlülüklerinin yanı sıra evlilikleri boyunca ve muhtemel ayrılık sonrasında, İslam'ın öngördüğü normlara uygun davranma eğilimi gösterdiklerine ve göstereceklerine işaret eder. Yapılan araştırmalarda, hayatını dinin emirlerine göre şekillendirdiğini söyleyenlerin %93,2 gibi büyük bir orana sahip olması,⁴⁶ dini rehberliğin toplumsal olarak güçlü bir zemini olduğunu, toplumun her katmanından insanların dini kurallara riayet noktasında az ya da çok hassasiyet taşıdığını gösterir. Bu da İslam aile arabuluculuğunun toplumda karşılığı olan bir kurum olduğunu ve bu kuruma ilişkin farklı coğrafyalardaki tecrübenin ülkemizdeki mevcut öğreتيye dahil edilmesinin gerekliliğini ortaya koyar.

45 Abdurrahman Kavasoglu; Tansu Gündoğdu, "Aile Arabuluculuğunun Tarihi Gelişimi ve Ülkemizdeki Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi". *SDÜHFD* 11, 2021/2, 771-789; Fırat, "Aile Arabuluculuğu," 237-241.

46 Temel, "Türkiye'de Aile Arabuluculuğu," 330.

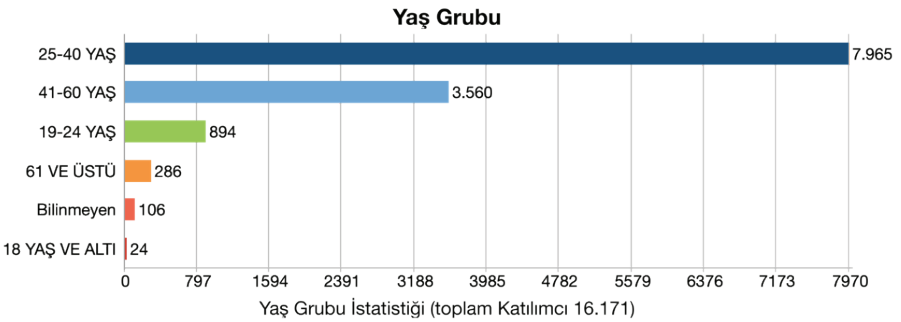
Değerlendirme⁴⁷

02.01.2013-13.06.2022 tarihleri arasında Türkiye’nin hemen hemen her ilinden Diyanet İşleri Başkanlığı Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu’na toplam 125665 adet sesli soru gelmiştir. Bu sorular içerisinde, proje çalışma konusu olan boşanma ve boşanma sonrası sorunlar başlığı altında toplam 16.171 soru bulunmaktadır. Bu soruların yıllara göre dağılımı incelendiğinde, yıldan yıla artış gösterme noktasında bir ivme kazandığı anlaşılır. Bu da Türk toplumunun, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarında bilgi edinme ve rehberlik/arabuluculuk talebinde bulunma noktasında, Diyanet’e, zaman içerisinde etkinliği artan önemli bir rol biçtiğini ortaya koyar.



Grafik 1. Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu’na Gelen Aile Hukuku Sorularının Yıllara Göre Dağılımı

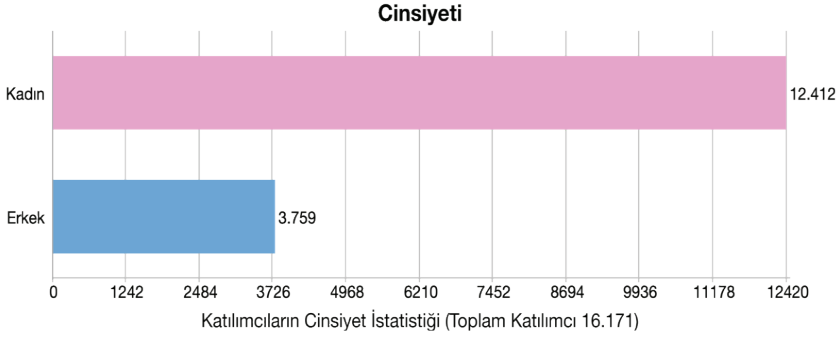
Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu’na gelen bu sorular, soru soranın cinsiyetine ve yaşına göre ayrıştırıldığında, soruların büyük bir kısmının, 25-40 yaşlar arasındaki kadın ve erkek genç yetişkin bireyler tarafından yöneltildiği anlaşılır.



Grafik 2. Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu’na Aile Hukukuna İlişkin Soru Soranların Yaş Dağılımı

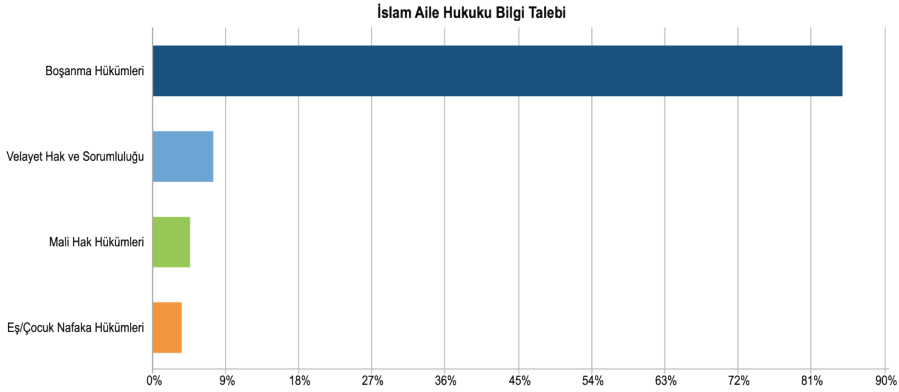
47 Bu başlık altındaki grafik ve şemaların oluşturulmasına katkı sağlayan Fulya Kuncak’a ve verilerin analizinde görev alan 220K027 numaralı ve *İslam Hukukunda Aile Arabulucu-Hakemliği ve Çağdaş Uygulamalar* adlı TÜBİTAK 1001 projesi bursiyerleri Elif Kübra Türkmen, Kübra Bilgin, Ümmü Eymen Balbaba, Yasemin Yıkar, Ömer Faruk Aktaş ve Muhammed Furkan Ak’a teşekkür ederim.

Aşağıdaki tabloda gözlemlenebildiği üzere soru soranların ezici bir çoğunluğu kadınlardır.



Grafik 3. Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu'na Aile Hukukuna İlişkin Soru Soranların Cinsiyete Göre Dağılımı

Sorular, bireylerin İslam aile hukukuna ilişkin hususlarda, yoğun bir şekilde bilgi veya arabuluculuk ve rehberlik talebinde bulunduğunu gösterir. Aşağıdaki grafikte görüldüğü üzere bireyler, boşanma, velayet hak ve sorumlulukları, mali haklar ve eş/çocuk nafaka hükümlerine ilişkin sorularına İslam aile hukukunun ne cevap verdiğini öğrenmek istemiştir.



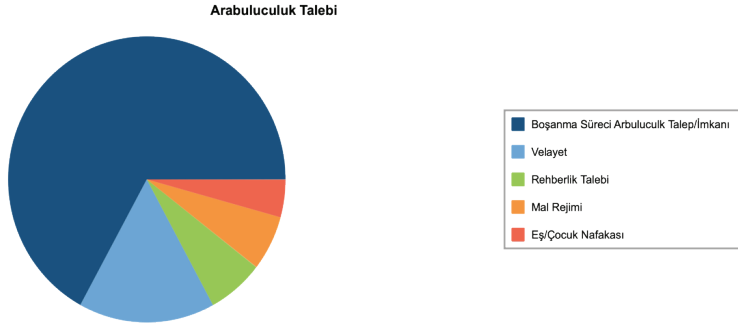
Grafik 4. Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu'na Yöneltilen Aile Hukuku Sorularının Konulara Göre Dağılımı

İslam aile hukukuna ilişkin hususlarda Diyanet'ten bilgi talebinde bulunanların, cinsiyetlere göre dağılımını gösteren aşağıdaki tabloda da görüldüğü üzere, talepler ezici bir çoğunlukla yine kadınlardan gelmiştir. Bilgi talebinin en çok yoğunlaştığı konular ise mali haklar ile boşanma hakkındadır.

Tablo 1.*Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu’na Sorular ve Soranın Cinsiyeti İlişkisi*

	Cinsiyeti = Erkek	Cinsiyeti = Kadın
Boşanma Hükümleri	23,6%	76,4%
Eş/Çocuk Nafaka Hükümleri	18,4%	81,6%
Mali Hak Hükümleri	28,8%	71,2%
Velayet Hak ve Sorumluluğu	19,6%	80,4%

Bu sorular içerisinde, arabuluculuk talebi olarak sınıflandırılması mümkün olan soruların genel konularına göre dağılımı aşağıdaki grafikte görüldüğü gibidir. Yukarıdaki tablo ile benzer şekilde en çok boşanma sürecinde olmak üzere, velayet, mal rejimi ve eş/çocuk nafakası hususlarında arabuluculuk ve rehberlik talebi gerçekleştirilmiştir.



Grafik 5. Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu’ndan Arabuluculuk Talebinde Bulunulan Konuların Dağılımı

Arabuluculuk ve rehberlik talebinde bulunanların cinsiyetlere göre dağılımına bakıldığında, taleplerin yine yoğun bir şekilde kadınlardan geldiği anlaşılır. Soru yöneltme yönüyle cinsiyetler arası motivasyon farkının, en çok velayet ve eş/çocuk nafakası konularında olduğu; boşanmaya ve özellikle de mal rejimine ilişkin arabuluculuk talebi noktasında bu farkın bir miktar azaldığı gözlemlenir.

Tablo 2.*Aile İrşat ve Rehberlik Bürosu’ndan Arabuluculuk Talebinde Bulunulan Anlaşmazlıklar ve Talep Sahibinin Cinsiyeti*

	Cinsiyeti = Erkek	Cinsiyeti = Kadın
Boşanma Süreci Arabuluculuk Talep/İmkânı	23,8%	76,2%
Eş/Çocuk Nafakası	18,4%	81,6%
Mal Rejimi	28,4%	71,6%
Velayet	18,3%	81,7%
Rehberlik Talebi	19,5%	80,5%

Bu verilerin tamamı gerek aile bütünlüğünün muhafazası gerekse boşanma uyuşmazlıklarının çözümü noktasında, dini rehberliğin açık bir biçimde 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 uhrevî yaptırım gücüdür. Zira İslam hukukunun uhrevî yaptırım gücü, tarafların tavır ve davranışlarını şekillendirmede etkili olabilir. Özellikle aile içi şiddetin önlenmesi açısından, yargıya taşınmayan şiddet hallerinde, dünyevî bir yaptırımla karşılaşmasa da uhrevî bir ceza terettüp edeceğinin şiddet uygulayan bireye, dini rehberlik esnasında bildirilmesi, aile içi şiddetin önüne geçmede etkili olabilir. Yine fıkhnın velayet ile bakım hakkını ayıran tavrı dikkate alınarak, çocuğun velayeti ve bakımı noktasında mevcut mevzuattakine alternatif modeller geliştirilebilir. Dini rehberlik ve iletişim konusunda eğitimli uzmanlar, tarafların bilmediği ancak bildiği takdirde dikkate alacağı bu ve benzeri pek çok konuyu gündeme getirerek, aile içi uyuşmazlıkların çözülmesine katkı sağlayabilir. Ancak bunun için Türkiye'nin benimsediği arabuluculuk modelinde değişikliğe gitmesi gereklidir. 6325 sayılı HUAK'ın 2. maddesi ve ilgili yönetmeliğin 4. ve 19. maddelerine bakıldığında, ülkemizde kabul edilen arabuluculuk modelinin kolaylaştırıcı arabuluculuk (*facilitative mediation*) olduğu anlaşılır. Halbuki Özmumcu'nun da önerdiği gibi bu model bir kenara bırakılarak arabulucunun gerektiğinde değerlendirme yapıp çözüm önerisinde bulunmasına imkan veren ve bugün Batı'da da uygulanmakta olan değerlendirmeye (*evaluative mediation*) arabuluculuk modeline geçilebilir.⁴⁸ Burada Fırat ve Çoşkun'un eş arabuluculuk önerisi de hatırlanabilir. Zira bu öneri dikkate alındığı takdirde ilahiyat uzmanları da arabuluculuk sürecine dahil edilebilecektir.

İslam hukukunda aile arabulucu-hakemliğinin klasik görünümü incelendiğinde, arabuluculuk ve hakemlik süreçlerini karma bir biçimde işletmeyi öngören, ilke olarak ailenin korunmasını amaçlayan ve bağlayıcı bir çözüme ulaşmayı içeren güçlü bir uygulamaya işaret ettiği anlaşılır. Nitekim arabuluculuk ve tahkim karması bir alternatif uyuşmazlık çözüm modeli bugün Batıda da çeşitli alanlarda uygulanmaktadır.⁴⁹ 1980'lerden itibaren med-arb (mediation/arbitration) olarak adlandırılan modelin, yalnızca arabuluculuğa dayanan modele kıyasla bazı avantajlar sunduğu çeşitli araştırmalarda belirtilmiştir. Med-arb modelinde, arabulucu, tarafların müzakereleri başarıyla sonuçlandırması durumunda yalnızca arabulucu rolünü üstlenirken, uzlaşmaya varılamayan konularda hakem rolüne geçerek bağlayıcı bir karar vermektedir. Bu modelin, salt arabuluculuktan en

48 Seda Özmumcu, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha Yayıncılık, t.y.).

49 Barry C. Bartel, "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential," *Willamette Law Review* 27, 3(1991): 661-92. İslam aile hukukunun tahkim müessesesi hakkında bilgi için bkz. İbrahim Yılmaz, "İslâm Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması," *Turkish Studies* 12, 10 (2017): 329-360.

önemli farkı ise, tarafların hakem olacak üçüncü şahsa karşı olumsuz bir izlenim yaratmamak adına daha uzlaşmacı ve yapıcı bir tutum sergileyerek müzakerelere katkıda bulunmalarındır. Bu durum, arabuluculuk sürecini olumlu yönde etkileyerek çoğu zaman tüm anlaşmazlıkların veya büyük bir kısmının tahkim aşamasına geçilmeden çözülmesini sağlamaktadır.⁵⁰ Buna ek olarak, arabulucunun tahkim yöntemiyle sahip olduğu yetkinin, çözümsüz hale gelmiş anlaşmazlıkları sonuca ulaştırmada ve taraflardan biri için olumsuz olabilecek bir anlaşmayı adil bir şekilde düzenlemede etkili olacağı belirtilmektedir. Türkçe literatürde yapılan üç çalışma, modelin çeşitli kombinasyonlarına, avantaj ve dezavantajlarına, iş ve ticaret hukuku alanındaki kullanımına odaklanmış; ancak aile arabuluculuğundaki kullanımına değinmemiştir.⁵¹ 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 değinmemiştir.⁵² İslam aile hukukundaki sulh temelli arabulucu-hakemlik modeli, bazı yönlerden benzerlik gösterse de iki model arasında dikkat edilmesi gereken farklılıklar bulunmaktadır. İlk olarak, Batı tarzı med-arb yönteminde arabuluculuğun amacı, tarafları bir araya getirmek ya da evliliği sürdürmek değildir. Buna karşılık, sulh temelli arabulucu-hakemlik modelinde öncelikli ve temel hedef, mümkünse ailenin korunmasını sağlamaktır. İkinci olarak, batı tarzı med-arb modelinde tarafların aile üyelerinin sürece dahil edilmesi söz konusu edilmezken, sulh temelli arabulucu-hakemlik modelinde tarafların ailelerinden birer kişinin doğrudan arabulucu-hakem olarak görev alabilmesi mümkündür.⁵³ Yapılması gereken başta Pakistan, Malezya, Ürdün, Fas, Mısır ve Suudi Arabistan gibi İslam aile arabuluculuğu icra eden İslam ülkeleri olmak üzere ABD ve İngiltere gibi Müslüman azınlık gruplarına İslam aile arabuluculuğu pratiğini yapma imkanı tanıyan gayrimüslim ülkeler incelenerek, mevzuat değişikliği sürecindeki Türkiye’ye, bugüne kadar ihmal edilen İslami aile arabuluculuğu pratiğine ilişkin bilgiyi kazandırmaktır. Bu bilginin Adalet Bakanlığı

50 William Donohue vd., “Models of Divorce Mediation,” *Family and Conciliation Courts Review* 27 (1989): 37-46.

51 Ali Yeşilirmak, “Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb),” içinde *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, ed. Ersin Erdoğan (Pozitif Matbaacılık, 2019), 181-188; Mustafa Serdar Özbek, “Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim.” *Yargıtay Dergisi* 43, 1 (2017): 15-106; Zeynep Derya Tarman, “Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Aynı Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem De Arabulucu Olabilir Mi?” *Legal Hukuk Dergisi* 86, 8 (2010): 463-471.

52 Özbek, 15-106.

53 Bu model hakkında detaylı bilgi için bkz. Ahmet Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları,” *Darulfunun İlahiyat* 30, 2 (2019): 311-336.

(ile Arabuluculuk Daire Başkanlığı), Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Diyanet İşleri Başkanlığı (ile Aile ve Dini Rehberlik Daire Başkanlığı) ve ilgili Sivil Toplum Kuruluşlarına yeni ve Türk toplumu için daha işlevsel bir arabuluculuk uygulaması geliştirmek adına somut örnekler sunacağı ve yol gösterici olacağı muhakkaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Teşekkür: Bu makale, Doç. Dr. Ahmet Temel'in yürütücülüğünü yaptığı 220K027 numaralı ve Arabulucu-Hakemliği ve Çağdaş Uygulamalar adlı TÜBİTAK 1001 projesi kapsamında ve proje verilerinden hareketle üretilmiştir. Projenin yürütücüsü kıymetli hocama, proje araştırmacıları Abdurrahman Savaş ve Necmettin Kızılkaya'ya ve tüm bursiyerlere teşekkür ederim.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Acknowledgement: This article was produced within the scope of the TÜBİTAK 1001 project numbered 220K027 and named Mediator-Arbitrator and Contemporary Applications, conducted by Assoc. Prof. Dr. Ahmet Temel, and based on project data. I would like to thank my valuable professor, who is the project director, project researchers Abdurrahman Savaş and Necmettin Kızılkaya, and all scholarship recipients.

Kaynakça/References

- Aile Mahkemelerinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Mekanizmalarının Kullanımına İlişkin Öneriler Raporu*, 2022 <https://rm.coe.int/kapsaml-degerlendirme-raporu-web-/1680aa5f5c> (Son erişim: 2.10.2024).
- 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 (2014): 24-61.
- Altıntaş, Mehtap Şahin. "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği." *Medeni Hukuk Dergisi* 1. 2 (2024): 137-78.
- Bartel, Barry C. "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential." *Willamette Law Review* 27. 3(1991): 661-92.
- Bayraktar, Muratcan. "Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış." *İstanbul Barosu Dergisi* 89. 4 (2015): 151-172.
- Berg, Adriane G. "The Attorney as Divorce Mediator." *Mediation Quarterly*. 2 (1983): 21-28.
- Bilgin, Kübra. "İngiltere'de Müslüman Tahkim Heyeti ve Aile Hukuku Uygulamaları" (Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2022).
- Bozdağ, Gonca Gülfem. "Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20. 1 (2016): 101-136.
- Börü, Levent. "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler." içinde *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu II* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019).

- Börü, Levent. “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna Karşı Bazı Değerlendirmeler.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Özel Sayı (2017): 173-198.
- Coşkun, Nihal. *Aile Arabuluculuğu* (On İki Levha Yayıncılık, 2023).
- 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).
- Çelik, Mubin Burak. “Türk Hukuku’nda İslam Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Aile Arabuluculuğu” (Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2024).
- Çelik, Mubin Burak. “Modern Hukuk Sistemlerinde Aile Arabuluculuğu.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2023): 1009-1057.
- Dağlıoğlu, Duygu. “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2020): 551-587.
- Demir, Gül İpek. “Karşılaştırmalı Hukukta Aile Arabuluculuğu” (Yüksek lisans tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi, 2022).
- Demir, Şamil. “Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi.” *Ankara Barosu Dergisi*. (2014/2): 211-228.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan. “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği.” *Adalet Akademisi Dergisi*. 23 (2015): 45-84;
- Doğru, Zeynep. “Malezya Örneğinde İslam Aile Hukukunda Arabuluculuk Uygulamaları” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2020).
- Donohue, William vd., “Models of Divorce Mediation.” *Family and Conciliation Courts Review*. 27 (1989): 37-46.
- Duran, Süleyman. “Türk Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk” (Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi, 2022).
- Emery, Robert E. *Renegotiating Family Relationships: Divorce, Child Custody, and Mediation* (Guilford Press, 2012).
- Emery, Robert E. *Aile İlişkilerini Tekrar Gözden Geçirmek: Boşanma, Velayet ve Arabuluculuk*, çev. Filiz Bolat (CK Yayınevi, 2019).
- Roberts, Marian. *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice* (Routledge, 2020).
- Roberts, Marian. *Aile Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk: Uygulama Esasları*. çev. ed. Abbas Türnüklü (Nobel Akademik Yayıncılık, 2020).
- Fırat, Erhan. “Aile Arabuluculuğu” (Doktora tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, 2021).
- Fırat, Erhan. “Aile Arabuluculuğu.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 49 (2022): 371-388.
- Filiz, Orhan. “Türkiye’de Aile Mahkemeleri Uygulaması ve Uygulamanın Değerlendirilmesi Üzerine Bir Araştırma.” *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi* 25. 25 (2011): 73-96.
- Folberg, Jay. “A Mediation Overview: History and Dimensions of Practice.” *Mediation Quarterly*. 1 (1983): 3-13.
- Güler, Beyhan Kaplan. *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk* (Sümer Kitapevi, 2014).
- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi Projesi Nihai Veri Araştırması Raporu*. 12.06.2017. <https://rm.coe.int/mediation/168075fa4c> (Son erişim 27.9.2024).
- Kaşdibi, Ahmet. “İslam Aile Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik ve Aile Arabuluculuğu” (Doktora

- tezi, Karabük Üniversitesi, 2022).
- Kavasoglu, Abdurrahman; Gündoğdu, Tansu. "Aile Arabuluculuğunun Tarihi Gelişimi ve Ülkemizdeki Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi." *SDÜHFD* 11. 2 (2021): 771-789.
- Kuncak, Fulya. "Suudi Arabistan'da Aile Arabulucu-Hakemliği Uygulamaları" (Yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, 2022).
- Özbek, Mustafa. "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7. 2 (2005): 71-102.
- Özbek, Mustafa Serdar. "Arabuluculuk ile Tahkim Yöntemlerinin Kesişme Bölgesi: Arabuluculuk-Tahkim." *Yargıtay Dergisi* 43. 1 (2017): 15-106;
- Özdoğan, Ayça vd. *Aile ve Miras Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, ed. Şükran Şıpka vd. (Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2020).
- Özsumcu, Seda. *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (On İki Levha Yayıncılık, t.y.).
- Şen, Bülent. *Boşanma Arabuluculuğu* (Nobel Akademik Yayıncılık, 2015).
- Şimşek, Erdem. "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme." içinde *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, ed. Ersin Erdoğan (Pozitif Matbaacılık, 2019), 57-78.
- Tarman, Zeynep Derya. "Tarafsız Bir Üçüncü Kişi Aynı Uyuşmazlıkta Hem Hakem Hem De Arabulucu Olabilir Mi?" *Legal Hukuk Dergisi* 86. 8 (2010): 463-471.
- Temel, Ahmet. "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları." *Darulfunun İlahiyat* 30. 2 (2019): 311-336.
- Tunçel, Kübra Acer. "Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2023).
- TÜİK: Evlilik İstatistikleri*, 2018.
- Yeşilirmak, Ali. "Uyuşmazlıkların Arabuluculuk ve Tahkim Yollarının Birlikte Kullanılarak Çözümü (Med-Arb)." içinde *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. ed. Ersin Erdoğan (Pozitif Matbaacılık, 2019), 181-188.
- Yıldız, Pervin. "Türk Hukukunda Aile Arabuluculuğuna İlişkin Gelişmeler." içinde *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*. ed. Ersin Erdoğan (Pozitif Matbaacılık, 2019), 33-52.
- Yılmaz, İbrahim. "İslâm Aile Hukukunda Boşanmaları Önleyici Bir Tedbir Olarak Tahkim Müessesesine Hukuki İşlerlik Kazandırılması". *Turkish Studies* 12. 10 (2017): 329-360.
- "Arabuluculuk Dosya Sayısı 4 Milyonu Aştı." <https://www.adalet.gov.tr/arabuluculuk-dosya-sayisi-4-milyonu-asti> (Son erişim: 3 Ekim 2024).
- "Kira Uyuşmazlıklarında 76 Bin 780 Dosyadan 32 Bin 78'i Anlaşma ile Sonuçlandı." <https://www.adalet.gov.tr/kira-uyusmazliklarinda-76-bin-780-dosyadan-32-bin-78-i-anlasma-ile-sonuclandi#:~:text=1%20Eylül%20tarihinden%20itibaren%20başlattığımız,dostane%20bir%20şekilde%20uyusmazlığı%20çözdüler> (Son erişim: 3 Ekim 2024).
- Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun*. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4787.pdf> (Son erişim: 4 Ekim 2024).
- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6325.pdf> (Son erişim: 4 Ekim 2024).



Evaluation of the Jordanian Experience in Mediation and Arbitration Between Spouses

Ürdün'de Eşler Arasında Arabuluculuk ve Tahkim Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Mohammad Thalgi¹

Abstract

This study examines mediation and arbitration (al-wasāṭah wa-al-tahkīm) within Jordan's legal framework. It highlights the strengths and limitations outlined and regulated by the Regulation of Family Reconciliation and Mediation Offices and the Jordanian Personal Status Law (Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah). It provides an agreed structure for solving marital disputes, recognitions, and arbitration as the primary forms of redress. It has a historical basis and is derived from Shariah. Articles 126 and 127 of the Jordanian Personal Status Law state arbitration and mediation procedures for finding a solution before divorce and mix conventional thought processes with modern law methods. Another critical step toward institutionalising the resolution of family disputes was made in 2013 with the establishment of the Family Reconciliation and Mediation Offices. These offices are growing ever more complex and, therefore, successful and are integral in providing counselling, community education, and conflict resolution. The current spike in cases means there is a need for constant monitoring and adjustment of their working model. The study also adds more light to the direction that qualified and impartial mediators are crucial. Addressing interactions with children, family relationships, and issues like domestic violence requires more than basic skills; therefore, professional practice training and learning continuity are necessary, whereas, in the current scheme, there are benchmarks of a mediator's skill. To ensure the purity of that process, one has to discharge or mitigate conflicts of interest of a mediator and enhance the neutral stance of a mediator to strengthen the institution of family dispute resolution.

Keywords: Jordan, Mediation, Arbitration, Family Reconciliation, Mediator Qualifications

Öz

Bu çalışma, Ürdün'ün yasal çerçevesinde arabuluculuk ve tahkim uygulamalarını (el-vesāṭa ve t-tahkīm), Aile Uzlaştırma ve Arabuluculuk Büroları Yönetmeliği ve Ürdün Aile Hukuku Kanunu (Kānūnu'l-aḥwālī'l-şahṣīyye) tarafından özetlenen ve düzenlenen güçlü yönlerini ve sınırlamalarını incelemektedir. Evlilikteki anlaşmazlıkların çözümü için uzlaştırma ve tahkime dayalı bir mekanizma sağlamaktadır. Tarihsel bir temele sahiptir ve Şeriat'tan türetilmiştir. Ürdün Aile Hukuku Kanunu'nun 126. ve 127. maddeleri, boşanmadan önce çözüm bulmaya yönelik tahkim ve arabuluculuk prosedürlerini belirlemekte ve geleneksel düşünce süreçlerini modern hukuk yöntemleriyle harmanlamaktadır. Aile içi uyumsuzlukların çözümünün kurumsallaştırılması sürecindeki önemli gelişmelerden biri, 2013 yılında Aile Uzlaştırma ve Arabuluculuk Bürolarının kurulmasıdır. Bu ofisler giderek daha karmaşık bir yapıya bürünmekte ve buna paralel olarak daha etkili hale gelmektedir. Ayrıca, danışmanlık, toplum eğitimi ve çatışma çözümü sağlamada kritik bir rol üstlenmektedir. Vaka sayılarındaki mevcut artış, çalışma modellerinin sürekli olarak izlenip güncellenmesini zorunlu kılmaktadır. Çocuklarla etkileşim, aile ilişkileri ve aile içi şiddet gibi konuların ele alınması yalnızca temel becerilerle sınırlı kalmamalı; aynı zamanda mesleki uygulama eğitimi ve sürekli öğrenmeyi gerektirir. Mevcut sistemde, arabulucuların sahip olması gereken becerilere yönelik belirli kriterler bulunmaktadır. Bu sürecin güvenilirliğini sağlamak adına, arabulucunun çıkar çatışmalarını ortadan kaldırması veya en aza indirmesi gereklidir. Aile içi anlaşmazlıkların etkili bir şekilde çözülebilmesi için tarafsız ve profesyonel bir yaklaşım gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Ürdün, Arabuluculuk, Tahkim, Aile Uzlaştırması, Arabulucu Nitelikleri

* **Corresponding Author:** Mohammad Thalgi (Assoc. Prof. Dr.), Yarmouk University, Faculty of Islamic Studies, Department of Islamic Education, Irbid, Jordan. E-mail: mohammed.t@yu.edu.jo ORCID: 0000-0002-8753-4878

To cite this article: Thalgi, Mohammad. "Evaluation of the Jordanian Experience in Mediation and Arbitration Between Spouses." *darulfunun ilahiyat* 35, Special Issue on 'Family Mediation' (2024): 55–75. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1541965>



Introduction

After the decolonisation of the Ottoman Empire, colonial dominance brought its legal and cultural structures into the Islamic world. After gaining independence from colonialism, most Muslim countries adopted new legal frameworks. These frameworks often displaced Sharia in governance matters by incorporating Western legal systems.¹ However, many Islamic states continued to use Islamic law in all matters of personal status, according to the Islamic rules established by the Ottomans.² According to most legal system articles, Jordan's personal status legislation is mainly derived from the Hanafi school of thought. It has benefited from the Majalla of Rulings, especially in litigation procedures. Jordan is one of the few countries that have preserved the application of Sharia in this aspect. The newly codified laws started during the late Ottoman Empire period (with the Tanzimat, 1839–1255 AH). During this period, the Hanafi school produced the code of transactions called Majalla (1876 CE–1292 AH), which influenced Jordan's personal status law (Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah), particularly in litigation procedures.³

Article 99 of the Jordanian constitution divides courts into three categories: Special Courts, Religious Courts, and Civil Courts. This is how the legal system is set up in Jordan. The stated mandate in Article 106 is for Sharia courts to apply Islamic Sharia in their rulings.⁴ The legal system consists of two primary codified laws: the Jordanian Civil Code (al-Qānūn al-madanī al-Urdunī), which replaced the Majalla and is mainly based on the Hanafi school but also incorporates parts from the Maliki, Shafi'i, and Hanbali schools when it is considered to be more appropriate. The Personal Status law (Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah) is the second, codifying different Sharia rules so that judges must follow them.⁵ While much of this law is rooted in the Hanafi school, it also draws from other Islamic schools. It is, however, essential to note that while a good deal of this law is Hanafi in origin, a fair amount is also drawn from the other schools of Islamic jurisprudence. There

- 1 Ian Edge, "Comparative commercial law of Egypt and the Arabian Gulf," *Clev. St. L. Rev.* 34, no.1 (July 12, 1985): 130-143.
- 2 Sri Wahyuni, "Legal Transplant: Influence of The Western Legal System in The Muslim Countries," *Justicia Islamica* 19, no. 1 (June 20, 2022): 21-37.
- 3 Safrudin H. Kamaluddin, "Remnants of Ottoman Law and Its Application In Contemporary Times In Lebanon And The Arab World," *Jurnal AL-AHKAM* 12, no. 2 (2021): 45–60.
- 4 S. A. Alshdaifat, "Review of Human Rights under the Jordanian Constitution," *JL Pol'y & Globalisation* 29 (2014): 30-41.
- 5 Emad Mohammad Al-Maren, Che Thalbi Md Ismail, and Mohd Zakhiri Md Nor, "The Fraud Rules in the Letter of Credit under Jordanian Legal System," *Sriwijaya Law Review* 5, no. 2 (August 29, 2021): 218-235.

are a few unresolved issues, as illustrated below, left unnoticed or unresolved, as illustrated below. Article 325 of the 2019 law states that all other matters not here shall be decided concerning the Hanafī school of law or, in its lack, the Islamic law principles nearest to the law in question.⁶

Two dimensions remain central to understanding the Jordanian experience with spouse arbitration and mediation. First, the process and conditions under which a spouse has the right to file a separation resulting from disagreement and strife are regulated in the provisions of the Jordanian Personal Status law (Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah) Articles 126 and 127. As a set of legal regulations based on Sharia, these articles provide the marital couple with tools to address conflicts that arise from the marriage.⁷ Second, some formalisation of family dispute resolution is in progress in Jordan due to the legal enactment of the Family Reconciliation and Mediation Offices Regulation of 2013 (Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfiq al-usarī). The Sharia Judiciary (Dā'irat Qāḍī al-Quḍāh) set this regulation to recruit a specialised directorate for implementing and regulating the Family Reconciliation and Mediation Offices throughout the Kingdom in any of its Sharia courts. The attempt made here reflects Jordan's dedication to adopting more structured, other-centred Third-Party Dispute Resolution procedures for family law disputes.⁸

This work assesses mediation and arbitration (al-wasāṭah wa-al-taḥkīm) in Jordanian legislation and practice in the context of marital conflict solutions, focusing on the Jordanian Personal Status Law (Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah) in addition to the Regulation of Family Reconciliation and Mediation Offices. The study seeks to:

1. Assess the effectiveness of the current mediation and arbitration (al-wasāṭah wa-al-taḥkīm) frameworks: To what extent does Jordan's current legislation support fair and efficient conciliation and arbitration between spouses while being compatible with Sharia and contemporary legislation?

2. Analyse the role and impact of Family Reconciliation and Mediation Offices: Examine how these offices operate, how they work, and their effectiveness in representing the state's reconciliation or dispute resolution objectives as envisaged by the 2013 Regulation.

3. Examine the qualifications and impartiality of mediators and arbitrators: Analyse the learning and teaching qualifications of mediators and arbitrators in

6 Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah No. (15) for 2019. Official Gazette 5587 (June 2, 2019).

7 Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah No. (15) for 2019.

8 Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfiq al-usarī No. (17) for 2013. *Official Gazette*, (March 2, 2013): 912–915.

Jordan and the adequacy, objectivity, and fairness that Jordanian mediators and arbitrators demonstrate when dealing with delicate, intricate family matters.

4. Assess how vulnerable parties, especially children, are protected: Analyse the measures by which arbitration and mediation procedures defend the interests of vulnerable persons such as children and uphold their welfare.

5. Determine any gaps and make suggestions: Examine the relationship between the current legal provisions and mediation and arbitration; identify any shortcomings within the existing legal systems, and give recommendations to improve the provisions to make mediation arbitration affordable, efficient, fair, and easily accessible to parties experiencing family troubles in Jordan.

1. Mediation and Arbitration in the Jordanian Personal Status Law

Disabilities that develop marital relationships, disputes, and conflicts can occasionally reach a stage where the parties cannot continue the marriage. For this reason, the legal system in Jordan provides methods for handling such issues, giving equal chances to both parties to claim justice. This paper will analyse a section of the Jordanian Personal Status Law, which contains Articles 126 and 127 that outline the procedures and conditions for a spouse seeking a separation based on dispute and quarrel. These articles emphasize the role of mediation and arbitration (*al-wasāṭah wa-al-taḥkīm*). They aim to reunify spouses, but if reconciliation is impossible, clear separation rules are established. This section provides a detailed analysis of these articles, including the functions of the court and arbitrators, the means of proving prejudice, and the effects of these provisions on family law in Jordan.⁹

While mediation and arbitration share the characteristic that both use a third party, it is essential to note that they are pretty distinct in their roles and the extent of their power. Only the mediator makes recommendations that the parties may accept or refuse. This absence of a binding aspect promotes the free flow of discussion with the mediator, who often introduces a little “noise” to keep the escalations down. However, arbitration produces a final decision by the arbitrator, which the awarding parties must accept because they agreed on arbitration. This makes arbitration a more forceful and concrete solution-making process than mediation, an advisory process. Mediation is advantageous for situations where the conflict is not severe, and arbitration is valuable if an irreproachable decision is required.¹⁰

9 Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah No. (15) for 2019.

10 Juan Pablo, “Effectiveness of Mediation and Arbitration as Alternative Dispute Resolution Methods in Mexico,” *Journal of Conflict Management* 4, no. 1 (March 3, 2024): 38-50.

1.1. The Role of Arbitrators in the Jordanian Personal Status Law

According to Article 126, either spouse can seek resolution at any convenient time if the other party causes harm to them, likely to no longer provide a supportive and harmonious marital environment. This harm can be physical in the form of abuse or verbal mistreatment or moral in the form of disgraceful behaviour or failure to perform marital rites.¹¹

When the wife demands the husband pay for the expenses, the court will try to reunite the couple. However, if an agreement cannot be reached, the judge will admonish the husband to change his behaviour, and the case will be rescinded for over a month. If compensation is not provided and the wife sticks to her demand despite the urging, the judge will pass the matter to the arbitrators. Similarly, when the husband is the claimant and establishes discord and conflict, the Court shall endeavour to reconcile the parties. If such efforts are unsuccessful, the judge shall stand down the matter for at least one month to facilitate the parties to get back together. After this period, if the two have not settled their point and the husband wants his rights, the judge will refer the case to arbitrators.¹²

The arbitrators must be impartial individuals capable of facilitating reconciliation, preferably from each spouse's side. If this is not feasible, the judge will appoint two knowledgeable and just individuals. The arbitrators will investigate the causes of discord and conflict directly with the spouses or anyone who might provide helpful information. They must record their findings in a signed report, which they will draft and submit to the court if they believe reconciliation is possible.¹³

1.2. Arbitration and Mediation Processes in the Jordanian Personal Status Law

The arbitrators will decide on separation with compensation, which must not exceed the value of the dowry and its associated items if they find the wife solely responsible for the harm. Suppose the husband is exclusively to blame for any damage. In that case, they will elect to separate through an irreversible divorce, in which case the woman will be entitled to support during the waiting period as

11 A. I. Al-Oqaili, "The Testimony as Evidence in the Light of Islamic Sharia Provisions (Applied Study of the Decisions of the Shari'a Court of Appeal and the Decisions of the Supreme Shari'a Court in Jordan)," *Information Sciences Letters* 12, no. 4 (2023): 1093-1116.

12 Adamu Abubakar Muhammad et al., "A Literature Review of Islamic Mediation (As-Sulh) As Mechanism for Settling Marital Dispute among Muslim Couples in Northeastern Nigeria," *Jurnal Al-Irsyad: Jurnal Bimbingan Konseling Islam* 5, no. 2 (April 1, 2023).

13 Nour Adel Abu Jameh, "A Critical Study of the Case of Discord and Conflict In Light Of Article 126 of the Jordanian Personal Status Law for the Year 2019," *Dirasat: Shari'a and Law Sciences* 49, no. 2 (2022): 125-138.

well as the unpaid share of her dowry. If both spouses are causing the harm, they will elect to separate and pay a sum equal to the harm each has caused to the other. They will decide on compensation from either spouse if they cannot determine the extent of damage, as long as it does not exceed reasonable limits.¹⁴ If the arbitrators disagree, the judge will appoint another or add a third preferential arbitrator. In this case, the majority decision will be followed. The arbitrators must submit their report with their findings to the judge, and the judge must rule based on the report if it aligns with the provisions of Article 126.¹⁵

The law permits either of the two spouses to sue for separation because of cruelty that makes it impossible for them to live with each other. This includes both financial and moral losses. It begins with the court-initiated mediation attempts. If all these efforts are unresponsive, the case is taken to the arbitrators. The arbitrators intervene when the mediation findings are not satisfactory. They must be independent and informed, preferably for both sides. The function of its members is to study the nature of the conflict and what can be done to resolve it, although they might also recommend grounds for divorce. Arbitrators are empowered to make recommendations about the conditions of the parties' separation, including payment remuneration. If the harm was committed by one of the spouses, the harmed spouse can choose either compensation or divorce.¹⁶

Proof, supported by the testimonies of at least one other witness shows that the harm claims are valid, giving a relatively fair variation of the stories between the two parties. It shows how sharia rules interconnect with legal regulations and how they try to find a compromise but, if needed, a secession. Therefore, the concentration on mediation and arbitration is well-placed within the compass of family law in Jordan because the general mantle of family law is to solve such problems with an eye on reconciliation and justice.¹⁷

14 Sanaa Al-Hunaiti, "Judicial Oversight of Arbitration in the case of discord and dispute in Jordanian personal Law No. 15 of 2019," *Jordan Journal of Islamic Studies* 18, no. 1 (2022): 39-68.

15 Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah No. (15) for 2019.

16 Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for the Year 2013, 912-915; Al-Oqaili, "The Testimony as Evidence in the Light of Islamic Sharia Provisions (Applied Study of the Decisions of the Shari'a Court of Appeal and the Decisions of the Supreme Shari'a Court in Jordan)," 6-19.

17 Al-Hunaiti, "Judicial Oversight of Arbitration in the case of discord and dispute in Jordanian personal Law No. 15 of 2019", 39-68.

2. Regulation of Family Reconciliation and Mediation Offices in Jordan's Sharia Law

The Family Reconciliation and Mediation Offices Regulation of 2013 marks a genuine attempt by Jordan's Sharia Judiciary to mainstream family dispute resolution throughout the Kingdom. Throughout this initiative, this Centre required the establishment of a special directorate within the Sharia Judiciary Department to create and manage these offices in all Sharia courts. The regulation captures these offices' functions as being among them'; resolution of family matters without court intervention, sensitisation of the community on the rights and responsibilities of marriage, and offering family counselling services. Moreover, it outlines the requirements for personnel who manage those offices and insists on the necessary experience in sharia, law, sociology, or psychology to provide efficient and informed mediation.¹⁸

2.1. Objectives of the Family Reconciliation, Mediation, and Conciliation Offices

By Jordan's Sharia Procedure Law, Family Reconciliation, Mediation, and Conciliation Offices were established under Article (11). This article requires the creation of various positions in Sharia courts that judges deem necessary. These agencies' main goals are to mediate and bolster the idea of reconciliation and to mediate family conflicts via conciliation or mediation. These agencies formalise agreements with legal authority, equivalent to court rulings, to provide alternate dispute resolution techniques instead of traditional litigation. They also reduce litigation's financial and emotional expenses by combining family case files into a single, comprehensive file. Additionally, they provide preventive and remedial family guidance to reunify and sustain families, resolve conflicts, and help parties reach amicable and binding agreements, safeguarding each party's rights.¹⁹

2.2. Methods Used by Family Reconciliation, Mediation, and Conciliation Offices to Address Referred Cases

Family reconciliation offices affiliated with Sharia courts all over Jordan handle cases referred to them through various procedures. First, they may reconcile by negotiating with both parties to withdraw their claims, resulting in the case being dismissed and the couple reconciling. Second, they can help the parties reach a

18 A. I. Al-Oqaili, "The Role of Family Reconciliation and Mediation Offices in Jordan in Reducing Family Disputes from the Viewpoint of Their Workers," *Dirasat: Shari'a and Law Sciences* 48, no. 2 (June 1, 2021): 41–56; Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for 2013, 912–915.

19 Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for 2013, 912–915.

mutual decision on cash issues, for example, spousal or child support, schooling, homemaking, residence, or custody, or otherwise custody and support. If no agreement is reached, the representative returns the case to court, allowing the judge to make an appropriate ruling. When a spouse asks for a separation because of conflicts, the reconciliation officer shall try to solve the problem through counselling. Suppose the parties cannot settle the case after the settlement conference is conducted. In that case, the case is presented to the judge to enter the final judgement dissolving the marriage in return for a dismissal of any outstanding legal claims, thus minimising delay and cost of a further protracted trial.²⁰

2.3. Operational Mechanisms of the Family Reconciliation Office Members

The following are the procedures for handling cases referred to from Sharia courts by the Family Reconciliation, Mediation, and Conciliation Office members. Article (7) of the Regulation also indicates that they consider cases recommended to them by Sharia courts or cases that the parties have filed without any existing case in the Sharia court. The head of the office connects one or more members to the case and chooses the most adequate member according to the Regulation noted in Article (6/b). This article also requires members to have the proper education, psychology, sociology, Law, and Sharia competencies. The Regulation also allows members to organise sessions effectively and for additional help if necessary per Article (9/a). It also provides flexibility considering social, educational, and cultural facilities. The office must engage in conciliation if there is no settlement in the reconciliation process, as provided in Article 9/b above. If the parties agree and ask for an agreement, it is reduced to writing, signed by the parties and the head of the office, and presented to the court to get sanction and enforcement as provided under Article (11/a). If reconciliation fails, the head of the office must inform the referring court or advise the parties to approach the competent court, as specified in Article (11/b). Finally, all reconciliation procedures must be completed within 30 days from the date the dispute is received, and all deliberations are to be kept confidential by Articles (10) and (9/c) of the Regulation.²¹

The head of the office connects one or more members to the case and chooses the most adequate member according to the Regulation noted in Article (6/b). This article also requires members to have the proper education, psychology, sociology, Law, and Sharia competencies. The Regulation also allows members to organise sessions effectively and for additional help if necessary per Article (9/a). It also provides flexibility, considering the different social, educational, and cultural

20 Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for 2013, 912–915.

21 Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for 2013, 912–915.

facilities. The office must engage in conciliation if there is no settlement in the reconciliation process, as provided in Article 9/b above. If the parties agree and ask for an agreement, it is reduced to writing, signed by the parties and the head of the office, and presented to the court to get sanction and enforcement as provided under Article (11/a).²²

Additionally, the statistical report noted that 39,820 agreements were registered with the Family Reconciliation Offices, which have the power of an enforceable bond under the Sharia Execution Law. These numbers reflect the disputing parties' desire to resolve family disputes through mutual consent, which is considered an alternative to traditional litigation. The Department of the Chief Justice has adopted this approach to facilitate and ease citizens' process and reduce the number of cases heard by the Sharia courts.²³

Most of those brought about successful settlements (57.38%), which is an affirmative indication of how successful such cases are in offering a remedy of disputes without the aid of the courts. However, out of these, 30.17% were reported not to have retrieved through mediation, an indicator that mediation was still problematic in finding a resolution to the cases. However, out of the analysed cases, 10.55% were connected with divorce, and their success rate was significantly lower. A minuscule 0.84% of these cases ended in settlement agreements, while as high as 8.95% could not get a resolution at all, showing how contentious divorce issues can be. Of the total contested marriages, 4.33% were represented by special exemption requests where marriages involving parties aged 15-18 years, and the approval rate was 4.10%, which implies that most exemption requests were granted under standard procedure. On the other hand, family counselling emerged to be almost negligible in only 0.4 per cent of the cases, indicating that the service might be underutilised compared to mediation and reconciliation. Concisely, while the directorate has been successful in most cases of conflict, the majority of which were not involving divorce, there is room for improvement, especially in divorce cases and with effort and exploration of the use of family counselling services.²⁴

22 al-Taqrīr al-iḥṣā'ī al-Sanawī (Dā'irat Qādī al-Qudāh, 2024), 201-202.

23 Al-Taqrīr al-iḥṣā'ī al-Sanawī. 201-202.

24 Al-Taqrīr al-iḥṣā'ī al-Sanawī. 201-202.

Table 1.

Family Mediation and Reconciliation Cases Handled by the Directorate in All Governorates and Their Outcomes for 2023

Cases	N		N	%
Disputes without a desire for divorce	69,385	Settlement agreements	39,820	0.57
		Settlement without an agreement	8,477	0.12
		Failure to reach a settlement	21,088	0.30
Divorce request	8,640	Settlement agreements	693	0.08
		Settlement without an agreement	625	0.07
		Failure to reach a settlement	7,322	0.85
Special exemption requests for marriage between ages 15 and 18	3,543	Approval	3,356	0.95
		Not Approval	187	0.05
Family counselling.	294			
Total	81,862			

al-Taqrīr al-iḥṣā'ī al-Sanawī (Dā'irat Qāḍī al-Quḍāh, 2024), 201-202.

3. Evaluation of the Legislative and Practical Reality of Mediation and Arbitration in the Light of General Principles

When assessing the legislative and practical enactment of the general principles of mediation and arbitration (al-wasāṭah wa-al-taḥkīm), it may be helpful to review the legal frameworks and associated procedures. This assessment is centred around exploring the efficiency of the existing regulation perspective and its capacity to endorse the principles of the parties' freedom, arbitration neutrality, confidentiality, and the position of the weaker party or parties and potentially endangered persons, including children. Studying how these principles are enacted gives an understanding of their limitations, issues, and opportunities. It fulfils all the legal regulation requirements for mediation and arbitration procedures under fair and efficient conditions to resolve controversies between spouses.

Regarding mediation and arbitration (al-wasāṭah wa-al-taḥkīm) under the Jordanian Personal Status Law, the following must be underlined: Mediation and arbitration (al-wasāṭah wa-al-taḥkīm) are governmental institutions within Jordanian Sharia courts, but there is also the possibility of family initiatives. There are no offices of private arbitrators and mediators dealing with family cases in Jordan. In this respect, the examples of other states can be considered to identify the advantages and disadvantages and the outlook for further application.²⁵

25 B. Harges, "Alternative Dispute Resolution in Divorce and Family Cases in France and the United States: What the Two Countries Can Learn from Each Other," *Loy. L. Rev.* 70 (2023):115.

3.1. Mediation's Goal and Parties' Autonomy in Decision-Making

It is recognised that family mediation proceedings provide the best opportunity for both parties to reach an agreement without external regulation. This may entail asserting to them any other consultation that may be necessary or offering the option of mediation. These two points are considered in Article 4: Article A of the regulation, which follows the goal of mediation. Additionally, Article 11: A talks about how the parties can agree on whether or not they wish to reconcile.²⁶

As family mediation seeks an acceptable and fair solution to the conflict, the parties understand that they can freely make their decisions at each step. This means ensuring that they are informed of any additional consultations, such as legal or psychiatric, and should patrons feel free to leave the mediation process, they have that opportunity.²⁷ The objective of mediation is emphasised in Article 4: The suitability and fairness of the agreements are also due to the regulation's A. Article 11: A of the regulation focuses on the parties' decision on whether to reconcile, thus emphasising the non-judicial nature of the procedure.

3.2. Ensuring Participant Understanding and Readiness for Mediation

This discussion considers the meditative suitability of the disputants and mediators to prevent them from unquestioningly consenting to mediation. A mediator must inform participants that mediation is voluntary and they may withdraw at any time; the mediator does not take sides; contestants agree on which sort of mediation they will undergo, which can vary depending on circumstances; and implementation of an agreement reached through mediation can only occur with the court's permission. People should be advised of their freedom to consult other professionals and the clergy or community leaders where necessary. The mediators also need to speak to the parties regarding when separate meetings might be conducted, the nature of confidentiality, and when or the circumstances under which the mediation process may be stopped or paused. The participants must execute a written agreement to mediate. At the same time, the mediators must gauge the participant's ability and desire to intercede, a capacity that precludes disputes if they cannot meet the participants' time expectations.²⁸

26 Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for 2013, 912–915.

27 Marian Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practise* (Routledge, 2016): 5-13.

28 Hasmawati Hasmawati and Muhammad Akbar Fhad Syahril, "The Effectiveness of Mediation Process to Press Divorce Rates," *Amsir Law Journal* 1, no. 2 (2020): 78–84.

3.3. Impartiality and Conflict of Interest in Family Mediation

Family mediators must neutrally control the mediation process and report any actual or potential conflicts of interest. These mediators must disclose some of these issues before the mediation process starts. In this case, the affected party must provide a written waiver for the mediation process to proceed. Even with the consent of the participants, a mediator who loses neutrality needs to step down. There is favouritism and preconception in impartiality, while a conflict of interest entails any connection that may create partiality. In their communication, mediators should not favour any service for financial gain and give any conflicts of interest and disagreement as soon as the conflict of interests is identified, suspended from mediation, and if challenged for bias and unable to reconcile their stance, step aside. The Regulation does not contemplate this ethical condition in its provisions. It would be desirable to do so in system amendments and even more so during mediation procedures. The particular models showing the absence of the mediator's affiliation and lack of conflicts of interest are imperative.²⁹

3.4. Confidentiality Obligations in Family Mediation

Family mediators should refrain from disclosing any matter disclosed to them by the mediation participants in compliance with the rule of confidentiality, but if provisions of the law require so or the participants have agreed on such disclosure.³⁰ It is recommended that before proceeding to the mediation, mediators explain to participants the policy concerning confidentiality and clearly state the confidentiality provisions in the agreement reached.³¹ They must let them know the conditions under which confidentiality will not be observed when compelled by the courts. If they deem them genuine, the mediators must notify the concerned parties and authorities about violent threats. It was argued that the privilege of confidentiality in private sessions should be discussed beforehand. If subpoenaed, the mediators must promptly notify the participants immediately and should not disclose any information without a court order if such disclosure breaches confidentiality commitments.³²

29 Nizām Makātib al-islāh wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for 2013, 912–915.

30 S. Kiesewetter and C. C. Paul, "Family mediation in an international context," *Cross-border family mediation: International parental child abduction, custody and access cases* (2023): 41-62.

31 Jaime Lindsey, Margaret Doyle, and Katarzyna Wazynska-Finck, "Navigating conflict: The role of mediation in healthcare disputes," *Clinical Ethics* 19, no. 1 (2024): 26-34.

32 Judge Joe Harman, "The Protection of Confidentiality in Australian Family Law," *Family Court Review* 58, no. 1 (2020): 126–41.

3.5. Supporting Children's Interests in Family Mediation

Equal attention has not been paid to their legal and practical considerations about children's best interests in mediation and arbitration. These procedures lack explicit provisions to address general child welfare principles. Family mediators should assist the parties in thinking about how the children must be supported. It is helpful to mention that mediators should guide the couple to different ways of separation and parenting possibilities with the help of communities and specialists. Issues may include the effects of conflict on children and discussing and negotiating parenting plans and changes in the future. The mediators concerned should examine the cultural and religious aspects and ensure any appointed court. Unit child advocates are made aware of the mediation. Such persons should not participate in a proceeding without consent from parents and their appointed lawyer for children. Intermediaries should also describe children's involvement opportunities and their effects.³³

3.6. Addressing Child Abuse or Neglect in Family Mediation

Family mediators must consider the question of child abuse or neglect in family circumstances. Legal briefs for the intended mediation should not be used to address such cases unless the mediator is trained to handle them and must report signs of abuse or neglect to child protection laws. They should assist families in obtaining suitable services and recommend their suspension or cessation of mediation. However, this issue is unknown to the law and its provisions. It must be addressed during the mediation process to ensure decisions benefit the child, excluding factors that could harm their physical or psychological health. The regulations do not cover this aspect, and proper focus should be paid to it when deciding on the mediation framework to make the right decision to protect the child and exclude the factors that might affect their physical and psychological state.³⁴

3.7. Handling Domestic Abuse in Family Mediation

Family mediators must acknowledge and respond adequately to identified issues concerning domestic abuse. A mediator is required to assess for Domestic abuse and must be trained at the same time before and during mediation. They must provide safety, have separate sessions, and guide the participants to services if abuse occurs.³⁵

33 Sarah Bekaert et al., "Family Members' Perspectives of Child Protection Services, a Metasynthesis of the Literature," *Children and Youth Services Review* 128 (2021): 106094.

34 E. Behounek and M. Hughes Miller, "Negotiating Violence in Family Law Mediation," *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 14, no. 1 (2022): 73–95.

35 Tiantian Liu et al., "Family Socioeconomic Status and Chinese Young Children's social Competence: Parenting Processes as Mediators and Contextualising Factors as Moderators," *Children and Youth Services Review* 118 (2020): 105356.

One of the foremost issues in family mediation is domestic violence, the Personal Law of 2019, as well as the regulations regarding the Family Reconciliation, Mediation, and Conciliation Offices, seem to have no prohibitions. Regarding domestic abuse issues, family mediators themselves should understand what they are and how to deal with them appropriately. Instances of abuse should be included in initial and ongoing mediator assessments, and training when handling such cases must be handled professionally. At any rate, security issues precede everything. This can be achieved by ensuring secure meeting facilities, conducting separate sessions when necessary, and offering participants appropriate counselling services. Such positions will create a tremendous gap in the proceedings of family mediation if such steps are not incorporated into the law.

3.8. Conditions for Suspending or Terminating Mediation

Family mediators must be aware of working with clients who have potential issues related to domestic abuse. Mediators also need to have the training to screen for domestic abuse before dispute mediation. To ensure safety, they need to establish security, have their sessions, and signal the participants to resources to get help, if necessary, if abuse is suspected.³⁶

Family mediators in the Jordanian Family Reconciliation and Mediation Offices should undertake numerous essential practices to address issues concerning domestic abuse. First, the issue of domestic abuse should be considered a necessary element as regards the practice of screening by mediators at the stage of their work, as well as during the process of mediation. This involves using screening questionnaires and tools to effectively identify and address potential abuse cases. Ideally, mediators should also be trained on aspects of domestic abuse. They should be in a position to recognise other forms of abuse and power relations and the rights of the victims, among other things. It will enable mediators to better manage delicate cases with the necessary competence and respect.³⁷

In addition, mediation requires security protection from the parties since some might result in physical confrontations. This can include ensuring the physical safety of the mediation facilities, conducting consecutive sessions when necessary, and employing secure means of communication to keep participants safe. Whenever there is a suspicion of abuse, the mediators must facilitate the correct path regarding

36 R. Birnbaum, "Private-based Mediation in Family Disputes: Mediator and Client Experiences in Ontario," *Canadian Family Law Quarterly* 42, no. 2 (2023): 131-161.

37 S. Bano and L. Webley, "Family Mediators and Family Mediation: When Norms Collide," *Oxford Journal of Law and Religion* 12, no. 2 (2023): 162-177.

support services, including legal, psychological, and social. Local organisations specialising in working with victims of domestic violence shall be involved to ensure that such victims receive the support needed. Moreover, mediation offices should have guidelines for maintaining the particular parties who report cases of domestic abuse. This may require a change of mediation procedures to minimise confrontation, a shift in communication style, and, above all, the victim's safety. Thus, mediators can better deal with the requirements of domestic abuse cases and build an overall safer and more efficient mediation.³⁸

3.9. Truthfulness in Mediation Advertising and Solicitation

Family mediators must be truthful in advertising and solicitation and avoid promising results.³⁹ This clears the distinction between state-affiliated offices and private for-profit organisations regarding their mediation function. Large private offices may set goals that may be hard and unforeseeable to achieve to attract clients and make profits. Unlike in Jordan, this does not help offices linked to state courts. Jordan's legislators and planners should consider this distinction when adopting laws to create private mediation and arbitration institutions.

3.10. Maintaining and Enhancing the Professional Competence of Mediators

The family mediator must be recognised through education and training in mediation. Article 6: A provides for competency, experience, and academic backgrounds in Sharia, Law, Psychology, or Sociology. Competence in one or several of these areas may not be reached sufficiently by gaining professional expertise in a field. Hence, this can be solved with the help of partnerships with academic and training institutions to produce graduates who would effectively fit this niche. It should prepare them for identifying them, the effects that conflict has on parents and children, developmental milestones, domestic violence and child abuse, mediation skills, and assessment of the impact of culture and diversity.⁴⁰

Family mediators need to maintain and improve their professional practice. It includes training, colleagues' recommendations, working as a tutor and guide for younger mediators, and understanding how Diversity and Culture influence personal practice. Family mediation in Jordan is regulated under the existing laws and regulations about a dispute that is supposed to be settled by the freely made

38 Roberts and Moscati, *Family Mediation: Contemporary Issues*, 5-13.

39 A. J. Schmitz and L. Wing, "Beneficial and Ethical ODR for Family Issues," *Family Court Review* 59, no. 2 (2021): 250–67.

40 A. M. C. Silva and Patrícia Guiomar Sousa Fernandes, "Mediators in Portugal: Training, Status and Professional Recognition," *Journal of Social and Political Sciences* 6, no.2 (2023): 32-44.

decisions of the two parties involved in the question and the rights and the justice of each party as well as the time factor are supposed to be served appropriately.⁴¹ According to Article 4: B of the regulation, the role of mediation is to help a case get to an agreed solution that will satisfy all the parties involved, and each party has the discretion of whether or not to participate in the process. As highlighted in Article 11: A, this comprises re-establishing participants about their autonomy to choose to reconcile and their options to have additional talks or to cease mediation.

In Jordan, mediators must fulfil specific educational and training requirements to ensure the effectiveness of the mediation process.⁴² Article 6: A requires mediators to be qualified and have suitable academic credentials in disciplines such as law, psychology, sociology, or Sharia.⁴³ Experience in mediation, though, is not a result of formal education. Mediators must undergo appropriate training by linking with educational institutions. This training should teach effective mediation strategies, family process and development, and issues like spousal abuse or multiculturalism.

The regulations also state that personal bias and the participants' ability to comprehend mediation should be evaluated before the process begins. Intermediaries must provide an overview of mediation proceedings, emphasising their voluntary agreed nature and neutrality and distinguishing them from the other methods. Educational material should be developed to alert the participants in their ability to get independent advice and consult with professionals or community leaders. Interpreters must also specify when they are barred from disclosing information about the parties, when clients can meet separately with mediators, and when the process might be stopped or interrupted. Although these requirements are essential for achieving transparency, practical expediency can be different and must be controlled in the work process.⁴⁴

The regulations also state that personal bias and the participants' ability to

41 Alysse M Loomis, "Pathways from Family Violence Exposure to Disruptive Behaviour and Suspension in Elementary School," *Journal of Family Trauma, Child Custody & Child Development* 17, no. 1 (2020): 21–36; Costa Silva and Fernandes, "Mediators in Portugal: Training, Status and Professional Recognition," 32-44; Loomis, "Pathways from Family Violence Exposure to Disruptive Behaviour and Suspension in Elementary School," 21-36.

42 S. M. Maberah, "Level of Mindfulness among staff of Family Reform and Reconciliation Offices and Its Relationship to Their Quality of Life," *Turkish Online Journal of Qualitative Inquiry* 12, no. 5 (2021): 4353- 4370.

43 Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for 2013. Official Gazette, 912–915.

44 A. G. Applegate et al., "Preparing Mediators to Mediate Cases Reporting High IPV in a Randomised Controlled Trial: The Importance of a Mediation Manual, Training, and Consultation," *Family Court Review* 59, no. 4 (2021): 725–40.

comprehend mediation should be evaluated before it begins. Intermediaries must provide an overview of the mediation proceedings, emphasising their voluntarily agreed nature and neutrality and distinguishing them from the other methods. Educational material should be developed to alert the participants in their ability to get independent advice and consult with professionals or community leaders. Interpreters must also specify when they are barred from disclosing information about the parties, when clients can meet separately with mediators, and when the process might be stopped or interrupted. Although these requirements are essential for achieving transparency, practical expediency can be different and must be controlled in the work process. Confidentiality is another categorical component of mediation. As for legal requirements, state mediators are to keep all the information provided during mediation and the mediation process confidential unless the parties in conflict legally request or agree. Mediators have to explain some of the boundaries of confidentiality, such as the duty to report threats of violence or abuse. The regulations could be more effective if the DOJ provided specific rules for protecting private sessions and subpoenas.

The regulations refer to the mandate to promote children's interests and deal with matters such as child abuse or domestic violence, for example. Accordingly, mediators must help members discuss and evaluate the available parenting choices and community services regarding culture and religion. However, the regulations do not have elaborate procedures for handling cases of child abuse or neglect or special procedures for domestic abuse. Filling these gaps with more precise criteria that would demonstrate how to prevent vulnerable persons from coming to harm and maintain the efficacy of mediation would improve the general safety of such clients. Generally, the principles and regulations for family mediation in Jordan are still reasonable but require upgrades. Jordan can improve the mediated system that will benefit all parties, especially children, by elaborating on the rules of conflict of interest and confidentiality and developing the procedure of addressing sensitive topics during mediational procedures.

Conclusion

Research on mediation and arbitration (*al-wasāṭah wa-al-taḥkīm*) within Jordanian legislation has advantages and disadvantages in the present practises under the JPSL and the Regulation of FRCMOs. Employing Sharia laws and Jordan's historical legal system, married couples are provided with particular guidelines for mediating and arbitrating marital conflicts.

The legislation and practice of mediation and arbitration are mainly successful in bridging Sharia and contemporary legal regimes. It is worth mentioning here that

according to the Jordanian Personal Status Law (Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah), the methods of settlement sought in the first instance are mediation/conciliation. Articles 126 and 127 explain the clear procedures of asking for a divorce based on disputes and describe the court's function as the mediator and the functions of arbitrators. It also stipulates that attempts at reconciliation precede ultimate separation and does so with an eye towards both conventional morality and sound pragmatic legal requirements. The Family Reconciliation and Mediation Offices opened in 2013 represent perhaps one of the most significant steps towards institutionalising family conflict resolution. These offices play roles in counselling services, teaching the community, and hearing cases. The increasing number of cases and agreements registered by these offices evidences this progress. Only those offices that perform ongoing assessments of operational procedures can efficiently handle new issues, as demonstrated by the caseload growth.

The study acknowledges the importance of the mediators' qualifications and impartiality. The legislation establishes a requirement for mediators' professional expertise in Sharia, law, psychology, or sociology. However, there is a clear need for recurrent training and comprehensive education. This includes understanding factors such as family functioning, child development, and domestic violence, among others. The mediator's neutrality and treatment of conflicts of interest is another major determinant of the mediator's quality.

Regulations regarding the role of judges are in place but could be enhanced with more details in areas such as conflict of interest and bias prevention. It should be remembered that the most endangered people in safe houses are still individuals, particularly minors. The regulations put much concern on the interests of the child and support, yet there are missing links regarding child abuse and domestic violence. Safeguarding involves increasing the efficiency of mediation and arbitration mechanisms and protocols concerning such delicate issues to ensure that the best priorities of children and other vulnerable persons are always considered.

Several significant actions are proposed to enhance mediation and arbitration. First, Updating conflict-of-interest guidelines and ensuring mediator neutrality will improve the process and its outcomes. Second, strengthening the confidentiality measures and offering a straightforward procedure for dealing with subpoenas and private hearings will enhance participant trust in mediation. Third, elaborating the protocols for dealing with the gaps connected to child abuse, neglect, and domestic violence will provide stronger protections. Updating professional knowledge and cooperating with academic institutions will help sustain mediator competence. Here, the following critical measures are recommended to improve the framework for

arbitration and mediation. First, the legal framework for the activity of the mediators and the business procedure itself will be enhanced by the amendments that will contribute to the greater clarity and fairness of the system for the management and the mediator's impartiality. A second significant change is that the participants' perceived confidence in mediation will be higher if the confidentiality clause is made more explicit or improvements in the policies regarding subpoenas and private sessions are provided. Third, a strong, effective, and protective system will be provided through the gaps in legislation related to domestic violence, child abuse, and neglect by regular and professional protocols. Similarly, higher standards of mediation competence can be maintained through training and cooperation with universities.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

References/Kaynakça

- Al-Hunaiti, Sanaa. "Judicial Oversight of Arbitration in the Case of Discord and Dispute in Jordanian Personal Law No. 15 of 2019." *Jordan Journal of Islamic Studies* 18, no. 1 (2022): 39-68.
- Al-Maren, Emad Mohammad, Che Thalbi Md Ismail, and Mohd Zakhiri Md Nor. "The Fraud Rules in the Letter of Credit under the Jordanian Legal System." *Sriwijaya Law Review* 5, no. 2 (2021): 218-35.
- Al-Oqaili, AIM. "The Testimony as Evidence in the Light of Islamic Sharia Provisions (Applied Study of the Decisions of the Shari'a Court of Appeal and the Decisions of the Supreme Shari'a Court in Jordan)." *Information Sciences Letters*, Vol. 12, No. 2, pp. 57-76. 4 (2023): 1093-116. <http://dx.doi.org/10.18576/isl/010101>
- Al-Oqaili and Amneh Irshied. "The Role of Family Reconciliation and Mediation Offices in Jordan in Reducing Family Disputes from the Viewpoint of Their Workers." *Dirasat: Shari'a and Law Sciences* 48, no. 2 (2021): 41-56.
- Alshdaifat, Shadi Adnan. "Review of Human Rights under the Jordanian Constitution." *JL Pol'y & Globalisation* 29 (2014): 30.
- al-Taqrīr al-iḥṣā'ī al-Sanawī (Dā'irat Qāḍī al-Qudāh, 2024), 201-202.
- Applegate, Amy G., et al. "Preparing Mediators to Mediate Cases Reporting High IPV in a Randomised Controlled Trial: The Importance of a Mediation Manual, Training, and Consultation." *Family Court Review* 59, no. 4 (2021): 725-40. <https://doi.org/10.1111/fcre.12605>
- Bano, Samia, and Lisa Webley. "Family Mediators and Family Mediation: When Norms Collide." *Oxford Journal of Law and Religion* 12, no. 2 (2023): 162-77. <https://doi.org/10.1093/ojlr/rwae003>

- Behounek, Elaina, and Michelle Hughes Miller. "Negotiating Violence in Family Law Mediation." *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 14, no. 1 (2022): 73–95.
- Bekaert, Sarah, et al. "Family Members' Perspectives of Child Protection Services: A Metasynthesis of the Literature." *Children and Youth Services Review* 128 (2021): 106094. doi: 10.1016/j.childyouth.2021.106094
- Birnbaum, Rachel. "Private-Based Mediation in Family Disputes: Mediator and Client Experiences in Ontario." *Canadian Family Law Quarterly* 42, no. 2 (2023): 131–61.
- Costa Silva and Patrícia Guiomar Sousa Fernandes, "Mediators in Portugal: Training, Status and Professional Recognition," *Journal of Social and Political Sciences* 6, no.2 (2023): 32-44. <https://doi.org/10.31014/aior.1991.06.01.391>
- Edge, Ian. "Comparative Commercial Law of Egypt and the Arabian Gulf." *Cleveland State Law Review* 34 (1985): 129.
- Harges, Bobby. "Alternative Dispute Resolution in Divorce and Family Cases in France and the United States: What the Two Countries Can Learn from Each Other." *Loy. L. Rev.* 70 (2023): 115.
- Harman, Judge Joe. "The Protection of Confidentiality in Australian Family Law." *Family Court Review* 58, no. 1 (2020): 126–41. <https://doi.org/10.1111/fcre.12459>
- Hasmawati, Hasmawati, and Muhammad Akbar Fhad Syahril. "The Effectiveness of Mediation Process to Press Divorce Rates." *Amsir Law Journal* 1, no. 2 (2020): 78–84.
- Jameh, Nour Adel Abu. "A Critical Study of the Case of Discord and Conflict in Light of Article 126 of the Jordanian Personal Status Law for the Year 2019." *Dirasat: Shari'a and Law Sciences* 49, no. 2 (2022): 125-38. <https://doi.org/10.35516/law.v49i2.1516>
- Kamaluddin, Safrudin Halimiy. "Remnants of Ottoman Law and Its Application in Contemporary Times in Lebanon and the Arab World." *Journal AL-AHKAM* 12, no. 2 (2021): 45-60. <https://doi.org/10.15548/alakhkam.v12i2.3613>
- Kiesewetter, Sybille, and Christoph C Paul. "Family Mediation in an International Context." *Cross-border family mediation: International parental child abduction, custody and access cases* (2023): 41-62.
- Lindsey, Jaime, Margaret Doyle, and Katarzyna Wazynska-Finck. "Navigating Conflict: Mediation's Role in Healthcare Disputes." *Clinical Ethics* 19, no. 1 (2024): 26-34. <https://doi.org/10.1177/14777509231196699>
- Liu, Qianqian, et al. "Family Socioeconomic Status and Chinese Young Children's Social Competence: Parenting Processes as Mediators and Contextualising Factors as Moderators." *Children and Youth Services Review* 118 (2020): 105356. doi:10.1016/j.childyouth.2020.105356
- Loomis, Alysse M. "Pathways from Family Violence Exposure to Disruptive Behaviour and Suspension in Elementary School." *Journal of Family Trauma, Child Custody & Child Development* 17, no. 1 (2020): 21–36. <https://doi.org/10.1080/26904586.2020.1734516>
- Maberah, Shooroq Mohammed. "Level of Mindfulness among Staff of Family Reform and Reconciliation Offices and Its Relationship to Their Quality of Life." *Turkish Online Journal of Qualitative Inquiry* 12, no. 5 (2021): 4353–4371.
- Muhammad, A. Abubakar, I. Dahiru Idriss, A. Muhammad Ardo, and Y. Zulaihat Mohammed. "A Literature Review of Islamic Mediation (as-Sulh) as Mechanism for Settling Marital Dispute among Muslim Couples in Northeastern Nigeria." *Jurnal Al-Irsyad: Jurnal Bimbingan Konseling Islam* 5, no. 2 (2023): 175-90.

Nizām Makātib al-iṣlāḥ wa-al-tawfīq al-usarī No. (17) for 2013. Official Gazette, 912–15.

Pablo, Juan. “Effectiveness of Mediation and Arbitration as Alternative Dispute Resolution Methods in Mexico.” *Journal of Conflict Management* 4, no. 1 (March 3, 2024): 38-50. <https://doi.org/10.47604/jcm.2383>

Qānūn al-aḥwāl al-shakhṣīyah No. (15) for 2019. Official Gazette 5587. Official Gazette, 2019.

Roberts, Marian. *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*. Routledge, 2016. <https://doi.org/10.4324/9781315594620>

Schmitz, Amy J., and Leah Wing. “Beneficial and Ethical ODR for Family Issues.” *Family Court Review* 59, no. 2 (2021): 250–67. <https://doi.org/10.1111/fcre.12572>

Wahyuni, Sri. “Legal Transplant: Influence of the Western Legal System in the Muslim Countries.” *Justicia Islamica* 19, no. 1 (2022): 21-37. <https://doi.org/10.21154/justicia.v19i1.2756>



darulfunun ilahiyat

Başvuru: 24.09.2024
Revizyon Talebi: 31.10.2024
Son Revizyon: 17.11.2024
Kabul: 18.11.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Ürdün'de Aile Arabuluculuğu

Family Mediation in Jordan

Süheyla Akçay Biçen^{*}

Öz

Bu makale Ürdün'de 2013'te kanuna dahil edilen ve 2014'te faaliyetlerine başlayan aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin aile arabuluculuğunu nasıl uyguladığını ele almaktadır. Arabuluculuk Ürdün'de Medeni kanuna 2000'li yılların başında dahil edilmesine rağmen aile hukukuna tatbik edilmesi daha ileri bir tarihe ertelenmiştir. Aile arabuluculuğu şer'î mahkemelere bağlı olarak kurulan aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinde uygulanmıştır. Uygulamaya başladığı yıldan itibaren Ürdün toplumunda olumlu bir etkiye sahip olduğu için zamanla ofis sayısı artırılmıştır. Burada uygulanan aile arabuluculuğu boşanma arabuluculuğundan ibaret olmayıp aileye taalluk eden pek çok konuyu mündemiçtir. Ayrıca halkı Müslüman olan Ürdün'ün aile arabuluculuğu modeli şer'î ölçüler ve sosyal gerçekliklere dayanmaktadır. Bu yönüyle yerel ve halkın ihtiyaçlarına cevap veren bir model olması aileler arasında vuku bulan anlaşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmış ve halk üzerinde etkisini artırmıştır. Bu çalışma Ürdün'de aile arabuluculuğunun uygulandığı aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerini ve çalışma sistemini ortaya koyarak Türkiye başta olmak üzere aile arabuluculuğunu uygulayacak olan ya da hali hazırda uygulayan devletlere örneklik teşkil etmesi için bir model sunmayı hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Aile Arabuluculuğu, Ürdün, Uyuşmazlık, Sulh, Aile Arabuluculuk Ofisleri

Abstract

This article examines how the family reform, mediation, and conciliation offices in Jordan, which were incorporated into law in 2013 and began their activities in 2014, implement family mediation. Although mediation was included in the Civil Code in Jordan in the early 2000s, its application to family law was postponed until a later date. Family mediation was implemented through the family reform, mediation, and conciliation offices established under Sharia courts. Since its implementation, the number of these offices has increased over time, having had a positive impact on the Jordanian society. The family mediation practised here is not limited to divorce mediation but addresses many family-related issues. Moreover, the family mediation model in Jordan, where most population is Muslim, is based on Sharia principles and social realities. In this regard, being a model that meets local and public needs has facilitated the resolution of disputes between families and increased its societal impact. This study aims to provide a model for states that either plan to implement or are currently implementing family mediation, particularly Türkiye, by presenting the family reform, mediation, and conciliation offices in Jordan and their working system.

Keywords: Family Mediation, Jordan, Mediation, Dispute, Sulh, Family Mediation Offices

* **Sorumlu Yazar:** Süheyla Akçay Biçen (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü, İstanbul, Türkiye.
E-posta: suheylaakcay247@gmail.com ORCID: 0000-0001-5224-2990

Atf: Akçay Biçen, Süheyla, "Ürdün'de Aile Arabuluculuğu." *darulfunun ilahiyat* 35, 'Aile Arabuluculuğu' Özel Sayısı (2024): 77–98.
<https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1555105>



Extended Summary

This article examines the family mediation model of Islamic Family Law as an alternative dispute resolution method in Jordan. This research argues that Jordan should serve as an example for studies on family mediation and models to be implemented, as it is a country with a Muslim majority population and offers a model based on its social realities. This study consists of an introductory section, including a literature review and the importance of the subject, followed by five main headings. The first heading addresses alternative resolution methods for family disputes in Jordan. The second heading examines the establishment of family reform, mediation, and conciliation offices, which are the application centres for family mediation. The third heading analyzes the working system of these offices. The fourth heading discusses the purposes and importance of the offices, and the fifth and final heading outlines the role these offices play in resolving family disputes.

Different countries have varied practises for alternative resolution methods in family disputes. In Jordan, there are two methods: arbitration and family mediation. Arbitration, which was introduced in Jordan's 1976 Personal Law, is included under the divorce section, titled *et-tefrik li's-şikâk ve'n-nizâ'*. It has maintained its place in the personal law statutes enacted later and continues to be implemented in the same section in the most recent law from 2019. According to Articles 126 and 127 of this law, when one of the spouses applies to the court due to incompatibility and conflict, and the judge is unable to reconcile them, the case is referred to arbitrators. The arbitration process begins when the case is transferred to the arbitrators. In short, arbitration is an alternative resolution method that is fully dependent on the judicial system.

Family mediation has been a global topic of interest since the early 2000s. In Jordan, the mediation law was published in the official gazette on April 30, 2003, as a temporary law for regulating civil law disputes. In 2006, the mediation law replacing the temporary law was enacted. Although mediation was part of civil law, it was not incorporated into family law until 2013. In 2014, *mekâtibi'l-islahi ve'l-visâtati ve't-tevfiki'l-user'i*, or family reform, mediation, and conciliation offices, were established and became operational. Initially opened in pilot regions, these offices expanded as they produced positive societal results.

Family reform, mediation, and conciliation offices were established under the sharia courts. Emphasising agreement and reconciliation before judicial proceedings, these offices are an important alternative method for preserving family structures in Jordanian society and resolving conflicts within families. They do not only assist couples in the divorce process. These offices provide services such as family consultations, resolving family disputes consensually, and educating those about to marry. They also aim to organise family-related courses, conduct research, and especially mediate between family

members. Ultimately, the success of these offices has contributed to the restoration of marriages on the verge of collapse and a reduction in divorce rates.

The growing influence of Jordanian family reform, mediation, and conciliation offices in society is due to the fact that their working system is based on promoting peace within the framework of Sharia principles while keeping family members as far from the court system as possible. In line with this purpose, the offices' services preserve family privacy by resolving disputes outside court. There are two ways to apply to these offices: cases referred from the court and direct applications from the parties. One of the main features of these offices is that procedures are concluded in a short period, typically within 30 days of the application.

Moreover, the family mediation model in Jordan is firmly rooted in social realities, setting it apart from the Western models of family mediation. The Jordanian family mediation experience is better suited to the society because, apart from non-Muslims, the Muslim-majority population prefers local solutions over imported European-based ones. This feature enhances the functionality of family mediation in Jordan, making it a model for other countries. In particular, countries that are newly implementing family mediation should consider the sociological, religious, and historical contexts of their populations. The study emphasises the significance of this argument in Jordan's case.

To evaluate the concrete impact of family reform, mediation, and conciliation offices in Jordan, the statistical data from the Jordanian judiciary were examined. Issues such as compensation for women in cases where husbands divorce without cause, alimony (for women, children, medical needs, education, iddah, and relatives), termination of alimony, housing fees, *hidâne* (custody) fees, visitation rights, prevention of a daughter's marriage by her guardian, dowry disputes, inheritance disputes, travel permissions, financial payments, the reduction of certain rights, and various other family-related issues are discussed and resolved in family reform, mediation, and conciliation offices. In addition to the services provided before and during the divorce process, many other family matters are resolved in these offices. The study covers the issues the offices have handled since they were established, detailing the extent to which consensus has been reached on each matter, using statistical data. The results and number of applications for 2023 are also presented.

In conclusion, the study makes several recommendations: First, family mediation based on the consent of both spouses should be implemented, as the willingness of the spouses to mediate will facilitate the resolution of disputes. Second, following Jordan's example, family mediation should not rely on a single field expert. Mediators from theology, psychology, sociology, and law should be available, with relevant experts consulted depending on the nature of the dispute. This multidisciplinary approach will result in a more comprehensive application. Third, confidentiality must be strictly observed during

mediation. By adhering to this principle, the parties will feel more comfortable revealing the source of their issues, enabling the mediator to find more effective solutions. Fourth, as in Jordan, couples should be able to sign the mediation results and submit them to the enforcement authorities. If one party fails to comply with the agreement, the other should be able to file a claim. Fifth, family mediation should not be expensive or cost-prohibitive, as is the case in some countries like France. Instead, it should be free of charge or low-cost, as high fees would limit demand and reduce the influence of mediation.

Giriş

Aile arabuluculuğu hiç şüphesiz uygulandığı her ülkede farklı bir sistem ve yöntemle tatbik edilmektedir. Ürdün’de aile arabuluculuğu kâdilkudât tarafından şer’î mahkemelere bağlı olarak kurulan aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinde uygulanmaktadır. Eşlerin evliliklerinin devamı ve muhafaza edilmesine dönük olarak faaliyet gösteren bu ofisler Ürdün toplumunda önemli bir role sahiptir. Bu doğrultuda aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin kurulma şekli ve amaçları, çalışma sistemleri, aile hayatının korunması ve devamında bu ofislerin koruyucu görevleri ve etkileri incelenmiştir.

Bu çalışma aile içi uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yöntemi olarak uygulanan aile arabuluculuğu uygulamasını Ürdün özelinde ele almayı hedeflemektedir. Aile arabuluculuğunun nasıl uygulandığını ve bunun ailevi ilişkilere nasıl yansıdığının çerçevesini çizmektedir. Ayrıca aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin çalışma sistemlerini, hedeflerini, aile hayatının korunması ve talak sayılarının azalmasındaki olumlu etkilerini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Önceki çalışmaları zikretmek çalışmanın akademik katkısının ortaya konulması adına önemlidir. Ahmet Temel’in “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları” adlı çalışması İslam aile hukukunda gelişmiş arabulucu-hakemlik kurumunun Türkiye’de uygulanacak olan aile arabuluculuğu modelinde dikkate alınmasını öneren bir muhtevaya sahiptir. Bu çalışma aile arabuluculuğu uygulamasına İslam hukukunda geliştirilmiş hakemlik ve sulh uygulamaları çerçevesinde yapılabilecek katkıyı ortaya koyarak aile arabuluculuğunun Türkiye’de çok daha işlevsel olarak uygulanabileceğini iddia etmektedir.

Cem Özcan’ın “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu” adlı çalışma 2000’li yıllarda yasaya dahil edilen ve halen Fransız yargı sisteminde uygulanan aile arabuluculuğunu içermektedir. Çalışma Avrupa’da önemli bir model olarak kabul edilen Fransız aile arabuluculuğu sistemini ortaya koymaktadır.

Erhan Fırat’ın “Amerika’da Aile ve Boşanma Arabuluculuğuna Yönelik Uygulama Model Standartları” adlı makalesi ABD’de aile arabuluculuğu yönünde çok sayıda özel düzenlemelerden birini oluşturan Aile ve Boşanma Arabuluculuğuna Yönelik Uygulama Model Standartları adlı hukuki düzenlemeyi ele almaktadır. Çalışmada söz konusu hukuki düzenlemenin tarihsel gelişim sürecine ve hükümlerine değinilerek Türk hukuku için benzer bir düzenlemenin yararlı olup olmayacağı üzerinde durulmuştur.

Mustafa Taş’ın “Mısır’da Tahkim Müessesesi ve Aile Arabuluculuğu Uygulamaları” çalışması Mısır Medeni Kanunlarındaki tahkim uygulamasını ve aile mahkemeleri çatısı altında bulunan arabuluculuk merkezlerini ele almaktadır.

Gerek dünyada çeşitli ülkelerde uygulanan aile arabuluculuğu ve gerek Türkiye’de uygulanması öngörülen aile arabuluculuğu ile ilgili çalışmaların son zamanlarda arttığı görülmüştür. Ürdün’de 2014 yılından beri uygulanan aile arabuluculuğu ile ilgili Türkiye’de herhangi bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmamızın aile arabuluculuğu literatüründeki bir boşluğu dolduracağı düşüncesindeyiz.

Ürdün’de Aile İçi Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yöntemleri

Bireyler arasındaki anlaşmazlıkların giderilmesinde temel çözüm yöntemi yargı yoludur. Ancak nüfusun zamanla artması ve yargı davalarının çoğalması anlaşmazlıkların çözümünde alternatif yöntemlerin doğmasını gerektirmiştir.¹ Bu bağlamda arabuluculuk, tahkim, uzlaşma, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması ve kısa duruşma gibi çeşitli yöntemler alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak zikredilmektedir.² Ürdün’de aile içi uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri ve tahkim olmak üzere iki farklı uygulama vardır. Islah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin karşılığı olarak *Mekâtibu’l-ıslah ve’l-visâta ve’t-tevfiki’l-user’î*³ kullanılmaktadır. Tahkim ise kanunda *et-Tefrik li’ş-şikâk ve’n-nizâ* başlığı altında bulunmaktadır.

Tahkim Ürdün’de daha uzun süredir yer alan ve uygulanan çözüm yöntemi olup 1976 tarihli Ahvâl-i Şahsiyye Kanununda bulunmaktadır. Bu tarihten sonra 2010 ve 2019’da olmak üzere iki Ahvâli Şahsiyye Kanunu çıkarılmıştır. 2019 tarihli son kanunun boşanma bölümünde *et-Tefrik li’ş-şikâk ve’n-nizâ* başlığı altında 126. ve 127. maddelerinde yer verilen bilgilere göre taraflardan kadın, niza (şiddetli geçimsizlik, uyuşmazlık) ve şikak (evlilik birliğinin temelden sarsılması) sebebiyle evlilik hayatının devam edemediğini iddia ederek tefrik talep etmesi durumunda mahkeme aralarını bulmaya çalışır, bunun mümkün olmadığı durumlarda hakim kocaya eşiyile uzlaşması için uyarıda bulunur ve bir aydan az olmamak üzere davayı erteler. Bu sürenin bitiminde sulh gerçekleşmezse hakim davayı hakemlere yönlendirir. Aynı sebeple davacının koca olduğu durumlarda mahkeme aralarını uzlaştırmaya çalışır bunun mümkün olmadığı hallerde hakim bir aydan az olmamak üzere davayı erteler. Bu vakit geçtikten sonra sulh gerçekleşmez ve anlaşmazlık devam ederse hakim davayı hakemlere devreder.⁴

1 Muhammed Abdullah es-Serhân, “el-Visâtatu fi’-Kânûni’l-Ürdünî”, 71.

2 Aktürk, “İslam Hukukundaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Türk Aile Hukukuna Mukayesesi”, 94-95.

3 “Mekâtibu’l-İslâh ve’t-Tevfiki’l-Userî-Dâirattü Kâdîlkudât”.

4 2019 Tarihli Ahvali Şahsiyye Kanunu (126. madde)

“Kanunu’l-Ahvâli’ş-Şahsiyye-2019”.

Davanın hakemlere devredilmesiyle birlikte tahkim süreci başlar. Öncelikle kadının ailesinden bir, kocanın ailesinden bir hakem olmak üzere adalet sahibi ve sulha güç yetirebilecek iki hakem tespit edilir. Tarafların ailelerinden hakem bulunamadığı durumda hakim, tecrübe sahibi, adaletli ve sulh kabiliyeti olan iki kişiyi hakem olarak tayin eder. Hakemlerden zararın sebebini araştırarak eşler arasında sulhu sağlamaları beklenir. Bunu gerçekleştiremedikleri zaman ise hakemler tarafından haksızlığın kadından kaynaklandığı durumlarda hul'; kocadan kaynaklandığı durumlarda ise bâin talak kararı verilir. Hakemlerin süreç boyunca meydana gelen tüm gelişmeleri rapora kaydetmeleri ve bu raporun hakim tarafından tasdik edilmesi elzemdir. Hakimin kanuna uygun olduğu müddetçe hakemlerin kararını onayladığı ifade edilmektedir. Netice itibariyle niza ve şikak sebebiyle verilen tefrik kararı bâin talak hükmünde kabul edilmektedir.

Ürdün'de aile içi uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yöntemi olarak yukarıda her ne kadar ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri ve tahkimden bahsetsek de arabuluculuğun gayri resmi ve resmi olmak üzere iki şekilde yürütüldüğünü ifade etmek gerekir. Gayri resmi arabuluculukta eşler arasında vuku bulan anlaşmazlıklarda tarafların ailelerinin devreye girerek sorunları çözüme kavuşturmaya çalışmaları söz konusudur. Ailelerin çözüm bulamadıkları daha ağır meselelerde aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri sorumluluk almaktadır.⁵Bununla birlikte zikre değer bir diğer husus ofislerin kurulmasından önce tarafların talebi ve avukatların kabulü neticesinde avukatların eşler arasında arabuluculuk yapmasıdır. Bizim çalışmamız ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri yani resmi aile arabuluculuğunu içerdiğinden gayri resmi aile arabuluculuğuna sadece burada değinmekle iktifa ediyoruz.

Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri 2013 tarihli 17 sayılı kanun ile mevzuata eklenmiş olup aynı sene Aile Islah ve Uzlaştırma Müdürlüğü kurularak 1959 tarihli 31 sayılı şer'î muhâkemât usûlü kanununun 11. maddesine dayanarak resmi gazetede yayınlanmıştır.⁶ Bu müdürlük ihtiyaçlar doğrultusunda şer'î mahkemelerin bünyesinde ofislerin kurulması ve yönetilmesini üstlenmiştir. Ayrıca eşler arasında boşanmaya sebep olan problemleri samimi bir usulle insanların bilinçlendirilmesi, evlilik hak ve sorumluluklarının gündemlerine getirilmesi yoluyla çözülmesi hedeflenmiştir.⁷

5 Sena Cemil el-Hıntî, "et-Ta'sîl el-Fıkhî li Amel Mekâtibi'l İslâhi'l Üserî fi'l Mehâkim eş-Şer'iyeti'l-Ürdüniyeti", 239.

6 "Nizâm Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî".

7 Ahmed Nasır el-Muvâcede, Velâ Abdül Fettah es-Serâyera, "Devru Mekâtibi'l-İslâhi'l-Userî fi'l-Haddi mine't-Talâki min Vechihi Nazaru'l-Ezvâc el-Müttekâdeyn fi'l-Mehâkimi'ş-Şer'iyeti fi'l-Müctema'l-Ürdünî", 748.

Bu ofisler, ailede meydana gelen anlaşmazlıkların çözüme kavuşturularak evlilik birliğinin korunmasını hedeflemektedir. Bu doğrultuda şer'î ve toplumsal istişarelerden istifade edilerek eşlere nasihat edilmesi ve aralarındaki sorunların çözümü için çaba sarfedilmesi zikre değerlidir. Zira ailenin ihtiyaç duyduğu doğru yönlendirmelerle evlilik bağlarının devamlılığı sağlanmış olur. Ayrıca ailenin yapısını ve güvenliğini tehdit eden problemlerden aile bireylerini korumak ve bu sorunlarla şer'î ölçütlere göre mücadele etmek bu ofisler için önemli ve gereklidir.⁸

Ürdün Aile Islah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofislerinin Kuruluşu

Tarihin ilk zamanlarından modern çağa kadar var olan insan ilişkileri beraberinde anlaşmazlıkları da getirmiştir. Yazılı kaynaklar, kadim bir geçmişe sahip olduğu görülen aile arabuluculuğunun, farklı medeniyetlerin ve hukuk sistemlerinin birikimi ile geliştiğini ifade etmektedir. Öyle ki; Asur, Babil, Sümer ve Mısır medeniyetlerinde bazı yönleriyle aile arabuluculuğu olarak vasıflandırılabilir çeşitli örnekler zikredilmektedir. Geleneksel aile arabuluculuğundan modern anlamdaki arabuluculuk uygulamalarına geçiş sürecindeki ilk adımların temeli 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmelerine dayanmaktadır. Aile arabuluculuğu da dâhil olmak üzere modern arabuluculuğa en yakın uygulamalar, ilk olarak 1960'lı yıllarda ABD'de yürürlüğe giren Yurttaşlık Kanunu ile hayata geçirilmiştir. Avrupa'daki aile arabuluculuğuna dair ilk uygulamalar ise sivil toplum kuruluşları ve uzmanlaşmış özel sektör temsilcilerinin katılımıyla İngiltere'de gerçekleştirilmiştir. Bu uygulamaların ardından söz konusu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi Almanya ve Fransa gibi ülkelerde gelişerek özellikle Avrupa Komisyonu tarafından 19 Nisan 2002 tarihinde hazırlanmış olan Yeşil Kitap (Green Paper) ile bir hukukî zemine oturmuştur. Türkiye'de de Avrupa'daki sürece benzer çalışmalar yapılmış ve 7 Haziran 2012 tarihinde 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çıkarılmıştır. Böylece aile uyuşmazlıklarının alternatif yöntemlerle çözüme kavuşturulmasının önü açılarak arabuluculuk ilk kez yasaya dahil edilmiştir.⁹

Aile arabuluculuğunun genel olarak tarihi süreci kısaca bu şekilde özetlenebilirken İslam hukukundaki yerine temas etmek önemlidir. Aile içi uyuşmazlıklara ilişkin sulh ve hakemlik uygulamalarının temeli Nisa suresi 35. ayetine dayanmaktadır.

“Eğer karı-kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar barıştırmak isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.”¹⁰

8 Sena Cemil el-Hintî, “et-Ta’sîl el-Fıkhî li Amel Mekâtibi'l İslâhi'l Üserî fi'l Mehâkim eş-Ser'iyeti'l-Ürdüniyeti”, 238.

9 Çelik, “Aile Uyuşmazlıklarının Çözümü Bağlamında Arabuluculuk Türleri ve Modelleri”, 1536-38.

10 Nisa, 4/35.

Ayeti kerimeden tahkim ve sulh yöntemlerinin meşruiyeti sarıh bir şekilde anlaşılmaktadır. Eşler arasındaki geçimsizlikte sulhun sağlanması, ailenin korunması ve devamı bakımından dikkate değerdir. Aynı şekilde anlaşmazlıkların çözümü amacıyla hakem tayin edilmesi ailelerin muhafaza edilmesi için önemlidir.¹¹

Arabuluculuk uygulaması Ürdün'de 2000'li yılların başında yargıya dahil edilmiştir. Medeni hukuk çekişmelerinin düzenlenmesi için muvakkat olarak çıkarılan arabuluculuk kanunu Ürdün'de 30 Nisan 2003'te resmi gazetede yayınlanmıştır. 2006 yılında ise muvakkat kanunun yerini alan arabuluculuk kanunu çıkarılmıştır. Resmi gazetede yayınlanmasının ardından uygulanmaya başlanan bu kanun medeni kanun meseleleri için çıkarılmasına rağmen aile ile ilgili konulara tatbik edilmemiştir.¹²

2013 yılında ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri yönetmeliğe dahil edilmiştir. Ardından bu ofisler için müdürlük kurulması resmi gazetede yayınlanmıştır. Söz konusu müdürlük ihtiyaca binaen her şer'î mahkemede kurulacak ofislerin yönetiminden sorumlu olup taraflar arasında talaka neden olan anlaşmazlıkları samimi bir şekilde insanları bilinçlendirerek, evlilik hak ve sorumluluklarını hatırlatarak çözüme kavuşturmayı üstlenmiştir. Şer'î mahkemeler ailevî uzlaşısı ve sulhu önemseyen ve icraatlarını bu ilke doğrultusunda yapan kurumlar oldukları için aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri bu mahkemelere bağlı olarak kurulmuştur. Şer'î mahkemelerin talebi üzerine aileler arasında meydana gelen ihtilafların çözülmesi ve artan boşanmaların önüne geçilmesi amacıyla yönetmeliğe dahil edilen bu ofisler 2014 yılında kurularak faaliyete geçirilmiştir.¹³

Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri müdürlüğü 2014 yılında Amman, İrbid ve Zerkâ olmak üzere üç pilot bölgede işlemlere başlamıştır. Müdürlüğün amacının gerçekleşmesi ve başarısının artması için ofislerin sayısı 2022 yılında 25'e ulaşmıştır.¹⁴

11 Mohamed Khalaf Banu Salama, "Mediation is a Means Settling Family Disputes: Study on the Jordanian Personal Status Law", 70.

12 Muhammed Halef Beni Selâme, Nasr Muhammed Sa'îd el-Bel'âvî, "Tesviyetül'l-Münâzaati'l-Medeniyyeti bi'l-Vâsîti (Dirâsetün fi Kânûni'l-Visâti li Tesviyetil'l-Münâzaati'l-Medeniyyeti'l-Ürdünî Rakam 12 li Seneti 2006 m)", 138.

13 Ahmed Nasır el-Muvâcede, Velâ Abdül Fettah es-Serâyera, "Devru Mekâtibi'l-İslâhi'l-Userî fi'l-Haddi mine't-Talâki min Vechihi Nazaru'l-Ezvâc el-Müttekâdeyn fi'l-Mehâkimi'ş-Şer'iyyeti fi'l-Müctema'l-Ürdünî", 748.

14 "Nizâm Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî".

Aile İslah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofislerinin alışma Sistemi

Toplumun temelini oluşturan aile yuvasının dağılmaması amacıyla arabuluculuk müessesesinin aktif hale getirilmesi toplum için önemi haizdir. Özellikle mahkeme sürecine geçmeden önce bireyler arasında ikna yolunun tercih edilerek tarafların ikna edilmesi Kur'anın da tavsiye ettiği bir yoldur.¹⁵Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri "et-Terd kable't tekd ve'l-vifk kable'ř-şikk" ilkesini esas alan kurumlardır. Bu amaçla Ürdün toplumunda aile yapısının korunması ve ailede ortaya çıkan çekişme ve ihtilafların giderilmesi için önemli bir alternatif çözüm yöntemi olarak varlığını korumaktadır. Ailev istifaerelerin yapılması, aileler arasında cereyan eden geçimsizliğin rızaya dayalı samimi bir yolla sona erdirilmesi, evlenecek kişilerin eğitilmesi gibi hizmetleri önemseyen bu ofisler ayrıca aile ile ilgili derslerin tertip edilmesi ve bu alanda araştırmaların yapılması ve özellikle aile bireyleri arasında arabuluculuk yapılması gibi hedeflere sahiptir. Tüm bunlarla elbette dağılmaya yüz tutan evliliklerin ıslah edilmesi ve boşanmalara elden geldiğince engel olma gayesine ulaşılmak istenmiştir. Ayrıca aile içinde ortaya çıkan problemler ve ihtilafların yol açabileceği olumsuz etkilerden çocukların korunması bu ofislerin temel hedefleri arasında yer almaktadır.

Uyuşmazlıkların yargısal yollarla çözümlenmesinin yanı sıra, arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yöntemlerine başvurulmasının çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Alternatif zm yolları, yargısal süreçlere kıyasla daha ekonomik olmaları, zaman bakımından daha kısa sürede sonulanmaları, tarafların her ikisinin de memnuniyetini sağlayabilmeleri, taraflar arasındaki iletişimin ciddi çatışmalara veya kopukluklara yol açmadan sürdürülmesine olanak tanmaları ve sürecin gizlilik ilkesine dayalı olarak yürütülmesi gibi avantajlarla ne çıkmaktadır.¹⁶ Ürdün aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin çalışma sistemi de şer' ölçütler çerçevesinde sulhun sağlanması ve çekişmeli aile bireylerinin yargı sisteminin süreçlerinden elden geldiğince uzak tutulmasına dayanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda ofis hizmetleri yargıya taşınmadan anlaşmazlıkları çözerek ailenin mahremiyetini muhafaza etmeye gayret etmektedir.

Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri kanunu gereğince bu ofislerde şu uygulamalara riayet edilmektedir:

1. a) Bu ofisler aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri kanununun 7. maddesine istinaden şer' mahkemelerden kendilerine havale edilen meselelere bakar.

b) şer' mahkemelerden bu ofislere gelen davalar dışında doğrudan kendilerine

15 şen, "İslm Hukukunda Arabuluculuk", 117-18.

16 Dağlioğlu, "Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk", 558.

yapılan başvurulara da bakar. Mahkemede bir dava açılmaksızın şer'î mahkemelerde görülen aile hukuku ile ilgili meseleler için eşlerden biri veya ikisi doğrudan bu ofislere başvurabilmektedir.

Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri, anlaşmazlık yaşayan aile bireylerini yargıya başvurmadan karşılıklı uzlaş ve anlaşmaya yönlendirmeyi teşvik eder. Bunun neticesinde bireyler hem uzun ve zahmetli yargısal süreçlere tabi olmazlar hem de bu ofislere başvurulması, hakimlerin iş yükünü hafifleterek mahkemelerdeki dava sayısını azaltır.¹⁷

2. Ofis müdürlüğüne kâdılkudâtın onamasına bağlı olarak şer'î yargı meclisinin kararıyla tayin edilmiş bir memur getirilebilir. Bunun yanında bir hakim ya da kâdılkudâtın ve şer'î müdürün onayı ile tayin edilmiş ilahiyat ya da ilahiyat ve hukuk bölümlerinden mezun olmuş denk ve tecrübeli bir memur getirilebilir. Aile Islah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanunu, 5. maddesi, b bendi)

Ofise atanan müdür anlaşmazlıklara bakması için bir veya daha fazla üye belirler. Müdür üye sayısını kanunda belirtildiği gibi ihtiyaca göre tespit etmektedir. Aile Islah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanunu, 5. maddesi, a bendi) Müdürün kendisi anlaşmazlık meselesine bakabilmekle birlikte meselenin içeriğine göre üyelere en yetkilisine tevdi edebilir. Zira üyenin uzmanlık alanı ve tecrübesi göz önünde bulundurularak meselenin en iyi şekilde çözülmesi hedeflenmektedir.

Aile Islah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanununun 6. maddesi, b bendi gereğince “Üyenin seçiminde tecrübe sahibi ve ıslah konusunda yetkili olmasına; ilahiyat, hukuk, sosyoloji, psikoloji veya eğitim fakültelerinden mezun olmasına dikkat edilir.” Dolayısıyla kanunun da vurguladığı gibi üyelerin seçiminde deneyim şartı ve sulha güç yetirebilme vasfı oldukça önemlidir.

Netice itibariyle ofiste üyelere sorumlu bir müdür ve müdür de dahil tüm üyelere sorumlu bir hakim ya da kadılıkudat dairesinin atadığı bir memur görevlidir. Söz konusu ofis müdürünün ofise yönlendirilen anlaşmazlığa veya evli çiftlerden birinin talebi üzerine gelen anlaşmazlığa bakmak için bir heyet kurması elzemdir. Bu heyet, uygun gördüğü bir yolla iki tarafı da ofise davet ederek şer'î ölçütlere münasip olmak üzere ailenin mahremiyetini de koruma şartıyla taraflar arasında ittifak sağlamaya ve ihtilafları çözmeye çalışır.¹⁸

17 Sena Cemil el-Hintî, “et-Ta’sîl el-Fıkhî li Amel Mekâtibi'l İslâhi'l Üserî fi'l Mehâkim eş-Şer’iyyeti'l-Ürdüniyyeti”, 239.

18 “Nizâm Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî”.

3. Kanun koyucu Aile İslah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanununun 9. maddesi, a bendinde ofis üyesine oturumları yönetme ve niza'nın araştırılmasında faydasının dokunacağını düşündüğü kişilerden yardım alma yetkisi vermiştir. Tıpkı tahkimde olduğu gibi sulhun gerçekleştirilmesi için bireylerin yakın çevresinden yardım alınması önemli bir noktadır. Çünkü anlaşmazlık yaşayan bireyin altını çizmediği veya bahsetmediği bir konunun akraba veya arkadaşları tarafından dile getirilmesi pekala mümkündür. Çözüm konusunda ofis üyelerine böyle bir takdir hakkı verilmesi sulhun gerçekleştirilmesi için gösterilecek çabanın alanını genişletmektedir.

4. Aile İslah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanununun 9. maddesi, b bendi gereğince ıslah heyeti anlaşmazlık tarafları ile toplanır ve şer'î ölçütlere göre ve uygun gördüğü şekilde aralarında uzlaşma/tevfik sağlamaya ve ıslah etmeye çalışır. Bu maddede sulh ve tevfik kavramları kullanılmıştır. Yani eğer taraflar arasında sulh gerçekleşmezse heyetin taraflar arasında uzlaşma/tevfik sağlamaya çalışması gerekir. Tevfik de yasal arabuluculuk kavramına en yakın ıstilahtır.

5. Eğer taraflar arasında sulh sağlanırsa ve bu uzlaşmayı belgelemek isterlerse, taraflar ve ofis müdürü sulh belgesini imzalar. Bu belgenin resmî olarak onaylanması ve icra edilebilir bir nitelik kazanması için mahkemeye sunulması gerekmektedir. (Aile İslah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanunu'nun 11. maddesi, a bendi). Bu kanun maddesi, taraflara arabuluculuk sonucunda vardıkları uzlaşmayı resmî bir belgeye dönüştürme imkânı sunmaktadır.

6. Eğer taraflar arasında bir sulh sağlanamazsa, ofis müdürünün bu durumu davanın sevk edildiği şer'î mahkemeye bildirmesi gerekmektedir. Ancak dava, şer'î mahkeme tarafından yönlendirilmemişse, ofis müdürü taraflara, anlaşmazlığı çözmek için yetkili mahkemeye başvurma hakları bulunduğunu açıklamakla yükümlüdür. (Aile İslah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanunu, 11. maddesi, b bendi)

7. Ofise gelen anlaşmazlık davası yapılan başvurudan itibaren otuz gün içinde bitirilmesi gerekir. (Aile Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanunu, 10. maddesi) Ofislerin ön plana çıkan temel özelliklerinden biri de arabuluculuk işlemlerinin otuz gün gibi kısa sürede sonuçlandırılmasıdır. Yargıya başvurmak belli başlı prosedürleri gerektirdiği gibi uzun süre devam etmesi sebebiyle tarafların sonuç almasını zorlaştırabilmektedir. Elbette bireyleri yıpratması ve yorması gibi kaçınılmaz etkileri de vardır. Bu nedenle alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemini uygulayan aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri tarafları yargısal süreçlerin yorucu etkilerinden uzak tutarak kısa zamanda davayı sonuçlandırmaktadır.

Ürdün Aile İslah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofislerinin Amaçları Çerçevesinde Önemi

Ailede yaşanan sorun ve problemlerin çözülmemesi bir süre sonra bireyler için yıpratıcı bir hale dönüşebilmektedir. Aile birliğinin devam etmesi veya sonlanması farketmeksizin iki durumda da bireysel ve ortak beklentilerin karşılanması önem arz etmektedir. Bu durumlarda dışarıdan bir desteğe gerek duyulduğundan ve özellikle tarafsız diyebileceğimiz bir arabulucunun desteğiyle mahkeme olmaksızın tarafların ortak yararını gözeterek ortak bir paydada buluşma ihtiyacı özelde ailenin genelde toplumun yapısını devam ettirmeye büyük katkısı vardır.¹⁹ Binaenaleyh aile arabuluculuğu müesseselerinin ortaya çıkışından önce ailede meydana gelen anlaşmazlıkların giderilmesinde aile büyükleri ve akrabalar önemli rol üstlenmişlerdir. Ancak özellikle modern zamanda akraba ve yakınların tarafların arasını bulmak yerine kendi yakınına haklı çıkarma çabası tarafların arasını daha fazla açmaya sebep olmuştur. Bu nedenle arabulma işi dışarıdan tarafsız bir kişinin müdahalesini gerektirerek gayri resmi olarak daha önce yapılan arabuluculuk işlemi resmi hüviyet kazanarak devletin uhdesinde tatbik edilmeye başlamıştır.

Aile arabuluculuğu zaten dünyada özellikle 2000'li yıllardan sonra gündemde tutulan bir mesele haline gelmiştir. 1998 yılında Avrupa Konseyi tarafından aile arabuluculuğu ile ilgili hazırlanan tavsiye kararlar resmi olarak kabul edilmiştir.²⁰ Her ne kadar bu tavsiyelerin odağı boşama ve ayrılığın sonuçları olsa da bu tarihten sonra pek çok ülkenin kanunlarına aile arabuluculuğu dahil edilmiştir. Her ülkenin aile arabuluculuğunu kanunlarına dahil etmesi ve uygulamaya başlaması farklı tarihlerde olmuştur. Ürdün daha önce de ifade edildiği gibi 2003 yılında muvakkat bir kanunla kamu meselelerinde arabuluculuğu kabul etmiş akabinde 2006 yılında çıkarılan kanun bu muvakkat kanunun yerini almıştır. Kamunun çeşitli alanlarında tatbik edilmeye başlasa da aileye taalluk eden meselelere dahil edilmesi 2013 yılını bulmuştur. Bir sene sonra 2014 yılında fiilen uygulamaya başlayan aile arabuluculuğunun etkisi Ürdün toplumunda gözle görülür sonuçlar vermeye başlamıştır.

Ürdün'de aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin uyguladığı aile arabuluculuğu Batıda 1970'lerden itibaren uygulanan ve boşanma sürecini kolaylaştırmayı amaçlayan “boşanma arabuluculuğu”²¹ gibi salt boşanma durumlarında uygulanmamaktadır. Boşanma aşamasında olup mahkemede açılan dava sonucunda bu ofislere yönlendirilen meseleler olduğu gibi dava açılmaksızın

19 Sunay İl, “Aile Arabuluculuğu”, *Toplum ve Sosyal Hizmet*, 23-24,

20 Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, 72-74.

21 Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, 311.

boşanma aşamasında olan eşlerin arabuluculuk talepleri olabilmektedir. Ayrıca aile ile ilgili pek çok konuda ortaya çıkan mesele ve ihtilaflarla ilgilenmekte ve birçok anlaşmazlığın çözümüne bakmaktadır. Ancak belirttiğimiz gibi bu ofislerin tek hizmeti bundan ibaret olmayıp bireyleri aşan bir hizmet şuuruna sahiptir. Söz gelimi ailenin önemi, evlilikleri tehlikeye düşüren sebepler vb. konularda toplumsal bilinci artırmak aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin önemli hedeflerinden biridir. Bu hedef doğrultusunda uzman kişilerle koordineli bir şekilde çeşitli sempozyum ve dersler tertip edilmektedir.²² Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin bu hedeflerinin toplumdaki etkilerini ihtiva eden çeşitli saha araştırmaları bulunmaktadır.²³

Ailevî istişarelerin yapılması, ailevî anlaşmazlıkların rızaya dayalı olarak samimi bir yolla bitirilmesi, evlenmek isteyen kişilere rehberlik ve eğitimler verilmesi ofislerin önemli hedefleri arasında zikredilmelidir. Bu hedefler göz önünde bulundurulduğunda mahkemelere bağlı olarak kurulan aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin teorik ve pratik alanda iki türlü çalıştıkları görülmektedir. Aile arabuluculuğu çekişmeli taraflara uygulanırken akademik anlamda ailevî araştırmalar ve çalışmalar yapma gibi teorik alana yansıyan hizmetleri söz konusudur.²⁴ Aile ile ilgili çalışma ve araştırmaların yapılması zamanla bu ofislerin bir literatür oluşturmalarını sağlamaktadır. Bunun zamanla daha profesyonel bir şekilde aile arabuluculuğunun uygulanmasına katkı sağlayacağı tahmin edilebilir bir gerçektir.

Ürdün'deki aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin çalışma ilkelerine bakıldığında şer'î ölçütlerin ve sosyal gerçekliklerin esas alınması gibi bir dinamîğe sahip olduğu görülmektedir.²⁵ Bu özellik Ürdün'deki aile arabuluculuğu uygulamasını batılı ülkelerin uyguladığı aile arabuluculuğundan farklı kıldığı gibi toplumla daha iyi uyumlanmasını sağlamaktadır. Zira gayrimüslimler hariç tutulursa büyük çoğunluğu Müslüman olan Ürdün toplumunun Avrupa merkezli ithal çözümler yerine kendine has yerel çözümleri tercih etmesi aile arabuluculuğunun işlevselliğini artırmaktadır. Bu husus üzerinde durulması gereken ve kanuna aile arabuluculuğunu yeni dahil eden tüm ülkeler için geçerlidir. Halkın sosyolojik, dini ve tarihi kodları göz önünde bulundurulmadan başka yerden alınıp olduğu

22 Sena Cemil el-Hintî, "et-Ta'sîl el-Fıkhî li Amel Mekâtibi'l İslâhi'l Üserî fi'l Mehâkim eş-Şer'iyeti'l-Ürdüniyeti", 239.

23 Ahmed Nasır el-Muvâcede, Velâ Abdül Fettah es-Serâyera, "Devru Mekâtibi'l-İslâhi'l-Userî fi'l-Haddi mine't-Talâki min Vechihi Nazaru'l-Ezvâc el-Mütেকâdeyn fi'l-Mehâkimi's-Şer'iyeti fi'l-Müctema'l-Ürdünî", 764-68.

24 "Şiâru Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî".

25 Sena Cemil el-Hintî, "et-Ta'sîl el-Fıkhî li Amel Mekâtibi'l İslâhi'l Üserî fi'l Mehâkim eş-Şer'iyeti'l-Ürdüniyeti", 238-39.

gibi uygulanan kanun maddeleri toplumda karşılık bulamayacaktır. Dolayısıyla devletin siyasi yapısıyla uyumlu fakat toplumun pratik ve değerleri ile uyuşmayan bir uygulamanın başarılı olamayacağı tahmin edilebilir bir gerçektir.

Amaçları çerçevesinde değerlendirildiğinde aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin ıslah kavramını yaymak ve ailevî sorunların arabuluculuk ve uzlaşma yoluyla çözülmesi gibi önemli bir ilkeye sahip oldukları görülmektedir.²⁶ Bu hedefin gerçekleşmesi toplumsal güvenin devamlılığı açısından oldukça önemlidir. Çünkü toplumun temelini oluşturan ailenin korunmasının yollarından biri aile bireyleri arasında meydana gelen anlaşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesidir. Sonuç olarak aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri sorun yaşayan taraflar arasındaki bağın mümkün olduğunca devamını sağlamaya çalışmaktadır.²⁷

Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerini mahkeme süreçlerinden ayıran bir diğer nokta da uygulama zamanının kısa sürmesidir. Bilindiği gibi mahkemede bir davanın görülebilmesi için bir dizi prosedüre uymak gerekir. Bu da tarafların hem yorulmasına sebep olmakta hem de uzun vakit aldığı için davanın sonuçlanmasına dek onların yıpranmasına neden olmaktadır. Bu yönüyle aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri taraflara yoğun resmi süreçlerden uzak olma imkanı sunmakta ve mahkeme tarihleri beklenmediğinden zaman tasarrufu sağlamaktadır. Daha önce zikri geçtiği üzere otuz gün içerisinde davanın çözüme kavuşturulması şartı taraflara kolaylık sunmaktadır.

Öte yandan aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinin sunduğu hizmetlerin ücretsiz olması resmi mahkeme süreçlerine kıyasla büyük bir fırsattır. Şu kadar var ki taraflar uzlaşma varırlar ve anlaşmayı belgelendirmek ve düzenlemek isterlerse (uygulama senedi) şer'î mahkemeler harç kanununa göre anlaşma onay harcının ödenmesi gerekir. Bu harç miktarı mahkeme harcının yarısı kadardır. Ancak anlaşmazlık davası mahkemeden bu ofislere gelmişse yani açılmış bir dava ise ve mahkemede harcı ödenmişse ek bir harç olmaksızın anlaşma belgesi düzenlenir. Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinde düzenlenen ve onaylanan anlaşmalar icra gücü bakımından yargı hükmü mesabesinde. Çünkü şer'î icra kanunu dava açmadan doğrudan icra için sunulan bu belgeyi icra belgesi olarak kabul etmektedir. Taraflardan her kim bu anlaşmayı ihlal edecek olsa karşı tarafın şer'î icra mahkemelerine başvurarak anlaşmaya uyulması talebinde bulunma hakkı

26 Amneh Irshied Al-Oqaili, "The Role of Family Reconciliation and Mediation Offices in Jordan in Reducing Family Disputes from the Viewpoint of Their Workers", 48.

27 İsmail Abdurrahman Necmuddin el-Kûrânî, "Nizâmu'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî fi't Teşri'âti'l-Ürdüniyyeti ve'l-İrâkiyyeti ve Devruhum fi'l-Haddi mine't-Talâki ve Tahkiku'l-Emni'l-Muctema'i", 29.

vardır.²⁸ Ürdün ve Mısır²⁹ gibi aile arabuluculuğu hizmetini ücretsiz sunan ülkelerin yanı sıra, Fransa³⁰ gibi bu hizmetlerin ücrete tabi olduğu ülkeler de bulunmaktadır. Aile arabuluculuğunun ücrete tabi olmasının artı ve eksilerinin olduğu hatırd tutulmakla birlikte ücretsiz olmasının pek çok kişinin faydalanmasına imkan sağlayacağı muhakkaktır. Ürdün'deki ofislerin sadece boşanma arabuluculuğunu icra etmedikleri daha önce zikredilmişti. Dolayısıyla boşanma haricinde aile ile ilgili pek çok meselenin mahkemeye başvurmaksızın çözülebileceği düşünüldüğünde ücret şartının olmaması taraflara büyük oranda rahatlık sağlamaktadır. Boşanma aşamasındakilerin mahkemeye başvurarak dava açma imkanı söz konusu olsa da boşanma dışındaki ailevî ihtilafların uzman bir arabulucuya başvurarak çözüme kavuşturulması hem bireyleri hem toplumu koruyan önemli bir alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemidir.

Aile Islah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofislerinin Aile Anlaşmazlıklarının Çözümünde Oynadığı Rol

Farklı düşünceleri sebebiyle anlaşmazlık yaşayan tarafların çözüm arayışı gereksiniminde dışarıdan bir müdahale şeklinde tanımlanan arabuluculuk uygulamasının insan ilişkilerinin pek çok alanında kullanıldığı bilinmektedir. Arabuluculuğun pek çok farklı tanımı yapılabildiği için tanımları bir tarafa bırakarak gayri resmi olsa da geçmişi uzun bir tarihe dayanan bu uygulamanın ve pek tabi ailevî ilişkilerde de ihtiyaç hissedilen bir uygulama olduğunu belirtmek gerekir.³¹ Bu ihtiyaçlar doğrultusunda faaliyete geçirilen aile arabuluculuğu Ürdün'de önemli bir rol üstlenmiştir. Aşağıdaki tablolarda sunulan veriler aile arabuluculuğunun Ürdün'deki önemini ve rolünü göstermesi bakımından önemlidir.

Tabloda görüldüğü gibi talak başta olmak üzere erkeğin karısını sebepsiz olarak boşadığı durumda tazminat ödemesi, nafaka (kadın, çocuk, ilaç, eğitim, iddet ve akraba), nafakanın kesilmesi, mesken ücreti, hidâne ücreti, hidâne ile ilgili diğer konular, çocukların ziyaret edilmesi, velinin kızının evlenmesine mani olması, mehri muaccel ve müeccel, miras anlaşmazlıkları, yolculuk izni, mali ödemeler, bazı hakların düşürülmesi ve son olarak aile ile ilgili çeşitli meseleler aile islah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinde görüşülmekte ve karara bağlanmaktadır.

28 “Teşkilü Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî”.

29 Taş, “Mısır'da Tahkim Müessesesi ve Aile Arabuluculuğu Uygulamaları”, 127.

30 Özcan, “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, 388.

31 İl, “Aile Arabuluculuğu”, 23-24.

32 “Takrirü'l-İhsâi es-Senevî”-2023.

Bu bilgiler Ürdün Kâdilkudât dairesinin resmi sitesinden alınmıştır.

Tablo 1.
2014-2023 Yıllarında Aile İslah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Yoluyla Bazı Konularda Yapılan Toplam Anlaşma ve Uzlaşmalar³²

Yıl	Toplam İttifak Sayısı	Talak	Erkeğin Sebeatsız Boşadığı Durumda Kadına Tazmin Ödemesi	Kadın Nafakası	Çocuk Nafakası:	İlaç Nafakası	Eğitim Nafakası	Akraba Nafakası	Nafakamın Kesilmesi	İddet Nafakası	Mesken Ücreti
2014	79	30	0	24	0	0	0	0	2	0	2
2015	162	56	2	22	5	0	0	0	38	0	3
2016	3141	560	15	315	326	0	82	8	487	0	78
2017	9893	977	27	1462	1312	0	426	17	1020	0	351
2018	14427	1493	39	2478	2465	62	842	104	1998	276	586
2019	20197	1414	4066	1490	46	265	2682	164	1441	533	786
2020	19942	1221	74	3950	3609	22	1416	260	2497	290	783
2021	26578	1289	56	5250	4529	39	1902	477	3910	187	1018
2022	32500	1050	92	6665	6123	38	3034	629	5182	191	1136
2023	40513	719	78	7795	7523	55	5118	833	5779	158	1278
Toplam	167433	8809	4449	30554	26938	481	15502	2492	22354	1846	6021
Yıl	Hidâne Ücreti	Hidâyeye Dahil Konular	Çocukları Görmeye ve Ziyaret İsteği	Velinin Kızını Evlenmekten Menetmesi	Mehri Muaccel ve Müteccel	Mirasla İlgili Anlaşmazlık	Başka Meseleler	Iskat	Yolculuk İzni	Mali Ödeme	
2014	1	12	6	0	1	0	1	0	0	0	
2015	0	4	19	0	3	1	0	9	0	0	
2016	71	67	236	2	104	69	2	649	14	56	
2017	370	274	653	1	280	96	469	1657	455	46	
2018	516	388	914	0	499	2	933	642	48	131	
2019	831	55	4104	116	5	78	654	80	2	1185	
2020	805	795	1384	11	61	1	2196	529	18	17	
2021	1015	1105	2221	1	53	0	3324	136	60	6	
2022	1153	1023	2328	2	58	0	3612	114	69	1	
2023	1277	994	2364	0	38	0	3796	521	78	0	
Toplam	6039	4717	14229	133	1102	247	14987	4337	753	1442	

Bu tabloda, belirtilen konularla ilgili sorun yaşayan ailelerin bu ofislere başvuru yaptığı ve anlaşmazlık yaşayan taraflar ile ofis aracılığıyla sağlanan uzlaşma sayıları verilmiştir. Bu veriler, Ürdün'de uygulanan aile arabuluculuğunun, Avrupa'da ortaya çıkan ve uygulanan boşanma arabuluculuğuna göre daha geniş bir kapsam taşıdığını ortaya koymaktadır. Muhtemelen, ofis sayılarının gün geçtikçe artmasının

sebeplerinden biri, aileye dair hemen her konunun bu ofislerde görüşülüp çözüm bulunabilmesidir.

Tablodaki veriler incelendiğinde 2014 yılında faaliyete başlayan bu ofislerin toplam uzlaştırma sayılarının 2020 hariç her senede artış göstermiştir. (2020'deki uzlaştırma sayısı 2019 senesinden 255 daha azdır.) Yine tablodan hareketle nafakanın ofislerin çözdüğü önemli konular arasında olduğu anlaşılmaktadır. Uzlaştırma sayılarına göre kadın nafakası ile ilgili ittifaklar 30554 ile en yüksek sayıya sahiptir. Bunu 26938 uzlaştırma ile çocuk nafakası ve 22354 ile nafakanın kesilmesi meseleleri izlemektedir.

Aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri talak sayısının azalmasına önemli katkı sağlamıştır. Kâdilkudât dairesi raporuna göre 2023 yılı toplam talak sayısı azalarak mahkemelerdeki talak davaları 2023 yılında 2022'ye kıyasla % 4,8 azalmıştır. 2022 yılındaki talak sayısı 26756 iken 2023 yılında 25464'e inmiştir. Ayrıca 2023 yılında ailevî meselelerin çözümü için ofislere yapılan başvuru 2022 yılına oranla % 16 artmıştır.³³

Kâdilkudât Abdülhafız er-Rabata'nın 2024 yılı Ağustos ayında yaptığı açıklamaya göre, aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofisleri sayesinde dokuz binden fazla aile, dağılma tehlikesinden kurtularak yaşamlarını birlikte sürdürmeye devam etmiştir. Ayrıca, 2023 yılında 40 bini aşkın anlaşmazlık, yargı davası sürecinden çıkarılarak rızaya dayalı uzlaşma ile sonuçlanmıştır.³⁴

Aile bireylerinin zamanla bu ofislere meyletmesinin nedenlerinden biri aile mahremiyetinin korunmasıdır. 2013 tarihli ve 17 sayılı Aile Islah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofisleri Kanunu'nun 9. maddesi, c bendi uyarınca, ofislerdeki görüşmeler ve işlemler gizli bir şekilde yürütülür. Ailevî özel durumların korunmasını esas alan bu ofislerin çalışma sistemi başarıyı artırdığı da söylenebilir. Çünkü bu bakış açısı tarafların olayları ve anlaşmazlıkları daha şeffaf bir şekilde anlatarak sorunun çözülmesini teşvik edicidir.³⁵

Tablodaki veriler incelendiğinde bu ofislere bizzat yapılan başvurular ve mahkemelerden bu ofislere gelen talak davaları ile on sekiz yaş üstü evlilikler ile ilgili başvurularda üç türlü sonuç görülmektedir. Birincisi anlaşma ile sonuçlanan sulh, ikincisi anlaşma olmadan sonuçlanan sulh ve üçüncüsü de sulhun gerçekleşmediği durumlardır. Tablodaki verilere göre anlaşma ile sonuçlanan sulh davalarının sayıları büyük bir farkla diğerlerinden fazladır.

33 Nida eş-Şennâk, "İnhifâdu Halâti't-Talâk", *er-Ra'y*, 15 Eylül 2024.

34 "Mekâtibu'l-İslâhi ve't-Tevfiki'l-Userî Havvalet Eksar 40 Elf Kadiyye li'l-İttifâkiyyat er-Ridâiyye", el-Memleke, 25 Ağustos 2024, <https://www.almamlakatv.com//news/149321>.

35 "Teşkilü Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî".

Tablodaki verilerden hareketle zikredilmesi gereken bir diğer husus ise on sekiz yaş altı evliliklerdir. 2019 tarihli *Ürdün Ahvâl-i Şahsiye Kanunu* 10. maddesi a bendine göre evlilik ehliyeti için tarafların on sekiz yaşını tamamlaması şarttır. Ancak aynı maddenin b bendine göre hakim bazı özel durumlarda on altı yaşındaki kişilerin evliliğine izin verebilir.³⁶ Tabloda izin verilen durumların verilmeyen durumlara nazaran daha çok olduğu görülmektedir. Hakim bu tür evliliklere maslahatı gerektiren bir zaruret olup olmadığına bakarak karar vermektedir.

Tablo 2. *Ürdün Genelinde 2023 Yılında Aile İslah, Arabuluculuk ve Uzlaştırma Ofislerine Yapılan Başvuruların Sonuçları*

Ofislere Bizzet Yapılan ve Mahkemelerden Bu Ofislere Yönlendirilen Talak ve 18 Yaş Altı Evlilikler Dışındaki Durumların Sonuçları	Talak Durumlarının Sonuçları		18 Yaş Altındakilerin Evlilik İzinleri		Aile ile İlgili İstisnalar			
	Anlaşma ile sonuçlanan Sulh	Sulh Gerçekleşmediği Durumlar	Anlaşma Olmadan Yapılan Sulh	Sulh Gerçekleşmediği Durumlar		İzin Verilen Durumlar	İzin Verilmeyen Durumlar	
39260	8477	21088	693	625	7322	3356	187	294

36 “Kanunu'l-Ahvâl-i Şahsiye-2019”.

Sonuç

Aile hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yöntemi olarak uygulanan aile arabuluculuğu Ürdün'de aile ıslah, arabuluculuk ve uzlaştırma ofislerinde yürütülmektedir. Faaliyete geçtiği 2014 yılında önce pilot bölgelerde hizmet vermeye başlamasının ardından ülkenin çeşitli yerlerinde başka şubeler açılmıştır. Bu ofislerin aile hukuku ile ilgili talak başta olmak üzere geniş bir konu yelpazesi vardır. On senelik bir tecrübeye sahip bu ofisler Ürdün'de aile arabuluculuğu hususunda önemli bir rolü üstlenmiştir. Araştırma içerisinde ofislerin kuruluş tarihi, amaçları, çalışma sistemleri ve faaliyetlerine yer verilmiştir. Tüm bunlardan hareketle Türkiye başta olmak üzere aile arabuluculuğunu uygulayacak ülkelerin göz önünde bulundurması gereken hususlar sonuç yerine zikredilecektir:

- Eşlerin rızasına dayalı sulh temelli bir aile arabuluculuğu uygulanmalıdır. Eşlerin arabuluculuğa istekli olması aralarındaki anlaşmazlıkların çözümünü kolaylaştıracaktır.

- Ürdün örneğinde olduğu gibi aile arabuluculuğunun icra edileceği yerde tek bir alan uzmanı olmamalıdır. Bilakis ilahiyat, psikoloji, sosyoloji ve hukuk alanlarından mezun arabulucular bulunmalı ve başvuru yapan tarafların problemine göre ilgili alan uzmanından yardım alınmalıdır. Böylece çeşitli disiplinlerden faydalanmak suretiyle daha kapsamlı bir uygulama elde edilecektir.

- Aile arabuluculuğu yapılırken gizlilik ilkesine tamamen uyulmalıdır. Bu ilkeye sadık kalınması tarafların yaşadıkları problemlerin esas kaynağını arabuluculara iletmesini sağlayacağı için arabulucunun da buna dayanarak daha etkili bir çözüm bulmasına katkısı olacaktır.

- Aile arabuluculuğunda eşler arasındaki ihtilaflar belirlenmeye ve çözülmeye çalışılır. Arabuluculuk neticesinde kaçınılmaz iki sonuç vardır. Birincisi sulhun sağlanamaması, ikinci ise sulhun sağlanması. Ürdün'de olduğu gibi, taraflar arabuluculuk neticesinde ulaştıkları sonucu resmî onay alarak icra makamına sunabilmelidir. Uzlaştırma sonuçlarına uyulmaması halinde karşı taraf hak talebinde bulunabilmelidir.

- Aile arabuluculuğu Fransa vb. ülkelerde olduğu gibi ücretli ve maliyetli olmamalı ya ücretsiz ya da az bir meblağ karşılığında olmalıdır. Zira yüksek maliyetli olması, bu sisteme olan talebi sınırlayacağı gibi arabuluculuğun etki alanını da daraltacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Kaynakça/References

- Ahmed Nasır el-Muvâcede, Velâ Abdül Fettah es-Serâyera. “Devru Mekâtibi'l-İslâhi'l-Userî fi'l-Haddi mine't-Talâki min Vicheti Nazari'l-ezvâci'l-Mütekâdîn fi'l-Mehâkimi's-Şer'iyyeti fi'l-Müctemai'l-Ürdünî”. *el-Mecelletü'l-Arabîyye li'n-Neşri'l-İlmî*, sy 41 (2022): 746-75.
- Aktürk, Mustafa. “İslam Hukukundaki Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Türk Aile Hukukuna Mukayesesi”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası 2*, sy 1 (2022): 91-113.
- Amneh Irshied Al-Oqaili. “The Role of Family Reconciliation and Mediation Offices in Jordan in Reducing Family Disputes from the Viewpoint of Their Workers”. *Sharia and Law Sciens* 48, sy 2 (2021): 41-56.
- Çelik, Mubin Burak. “Aile Uyuşmazlıklarının Çözümü Bağlamında Arabuluculuk Türleri ve Modelleri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 32, sy 3: 1533-69. Erişim 13 Eylül 2024. <https://doi.org/10.15337/suhfd.1487935>.
- Dağlioğlu, Duygu. “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, sy 2 (28 Aralık 2020): 551-87.
- el-Memleke. “Mekâtibu'l-İslâhi ve't-Tevfiki'l-Userî Havvalet Eksar 40 Elf Kadiyye li'l-İttifâkiyyat er-Ridâiyye”, 25 Ağustos 2024. <https://www.almamlakatv.com/news/149321>.
- “Kanunu'l-Ahvâli's-Şahsiyye-2019”.
- İl, Sunay. “Aile Arabuluculuğu”, *Toplum ve Sosyal Hizmet* 20, sy 1 (2009): 23-32.
- İsmail Abdurrahman Necmuddin el-Kûrânî. “Nizâmu'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî fi't-Teşri'âti'l-Ürdüniyyeti ve'l-İrâkiyyeti ve Devruhum fi'l-Haddi mine't-Talâki ve Tahkîku'l-Emni'l-Muctema'î”. *Mecelletü Cadârâ li'd-Dirâsâti ve'l-Buhûs* 6 (2020).
- “Mekâtibu'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî-Dâiratü Kâdilkudât”.
- Muhammed Abdullah es-Serhân, “el-Visâtatu fi'Kânûni'l-Ürdünî”, *el-Mecelletü'l-Cinaiyyeti'l-Kavmiyye*, 66, sy 2 (2023): 71-103.
- Muhammed Halef Beni Selâme, Nasr Muhammed Sa'îd el-Bel'âvi. “Tesviyetül'l-Münâzaati'l-Medeniyyeti bi'l-Vâsîtatî (Dirâsetün fi Kânûni'l-Visâtati li Tesviyetil'l-Münâzaati'l-Medeniyyeti'l-Ürdünî Rakam 12 li Seneti 2006 m)”. *Ulumu's-Şeriatî ve'l-Kânûn* 44, sy 2 (2017): 137-46.
- Mohamed Khalaf Beni Selâme, “Mediation is a Means Settling Family Disputes: Study on the Jordanian Personal Status Law” *Journal Sharia and Law*, sy 71 (2017): 61-104.
- Nida eş-Şennâk. “İnhifâdu Hâlâti't-Talâk”. *er-Ra'y*, 15 Eylül 2024.
- “Nizâm Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî”.
- Özbek, Mustafa. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, sy 2 (2005): 71-102.

Özcan, Cem, "Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy 9 (2017): 383-96.

Sena Cemil el-Hintî, "et-Ta'sîl el-Fıkhî li Amel Mekâtibi'l İslâhi'l Üserî fi'l Mehâkim eş-Şer'iyeti'l-Ürdüniyyeti". *Ulûmu 'ş-Şeriyeti ve'l-Kânûn* 46, sy 1 (2019): 235-46.

Şen, Yusuf, "İslâm Hukukunda Arabuluculuk", *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 11, sy 22 (2012): 105-135.

"Şiâru Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî".

"Takriru'l-İhsâi es-Senevî"- 2023.

Taş, Mustafa. "Mısır'da Tahkim Müessesesi ve Aile Arabuluculuğu Uygulamaları". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6-7, sy 1-2 (11 Mayıs 2021): 117-33.

Temel, Ahmet. "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları". *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*
 Darulfunun İlahiyat XXX, sy 2 (2019): 311-36.

"Teşkîlu Mekâtibi'l-İslâh ve't-Tevfiki'l-Userî".



darulfunun ilahiyat

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

Mediation and *Sulh* as an Alternative to Litigation: A Study of the Syariah and Civil Courts Practices in Malaysia

Davaya Alternatif Olarak Arabuluculuk ve Sulh: Malezya'da Syariah ve Hukuk Mahkemeleri Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme

Hendun Abd Rahman Shah ¹, Mustafa 'Afifi Ab. Halim ², Norfadhilah Mohamad Ali ³

Abstract

Malaysia is a country that practices a dual legal system in which the family matters of Muslims fall within the jurisdiction of the Syariah Court. *Majlis Sulh* (Mediation Council) is a form of alternative dispute resolution (ADR) used by the Syariah court to reduce the backlog of cases in the courts. Meanwhile, the Court Mediation Centre is the avenue for non-muslims to resolve their family disputes amicably. Here, mediation is not limited to family matters; it is also applicable in other disputes, including traffic accidents and contract cases. Mediation involves low costs, short timeframes, and informal processes compared to litigation. Mediation has now become a part of the procedures in certain courts. This paper aims to examine and compare the mediation practices in Syariah and civil courts in Malaysia using qualitative methodology and library-based research by reviewing scholarly literature, analysing legal documents and seeking expert views. This will be followed by an analysis of the comparison of court-annexed mediation practices, with emphasis on the process, procedures, scope, jurisdiction, and challenges. The paper then offers suggestions on how some challenges in implementing court mediation methods can be overcome. Finally, the findings of the study show that there are differences in the mediation practices and challenges in these two courts, but the best practices can be adopted to improve the process and practice of mediation in the courts.

Keywords: *Sulh*, Mediation, Conciliation, Court Annexed Mediation, Alternative Dispute Resolution (ADR)

Öz

Malezya, Müslümanların aile meselelerinin yetki alanına girdiği ikili bir hukuk sistemi uygulayan bir ülkedir. Syariah Mahkemesi'nin Majlis Sulh (Arabuluculuk Konseyi), Syariah tarafından kullanılan bir alternatif uyuşmazlık çözümü (ADR) biçimidir. Mahkemelerde birikmiş davaları azaltmak için mahkeme. Bu arada, Mahkeme Arabuluculuk Merkezi gayrimüslimler için bir caddedir. Aile anlaşmazlıklarını dostane bir şekilde çözmek. Burada arabuluculuk sadece aile meseleleri ile sınırlı değildir; Aynı zamanda uygulanabilir. Trafik kazaları ve sözleşme davaları da dahil olmak üzere diğer uyuşmazlıklarda. Arabuluculuk, düşük maliyetleri, kısa zaman dilimlerini ve dava ile karşılaştırıldığında gayri resmi süreçler. Arabuluculuk artık bazı mahkemelerde prosedürlerin bir parçası haline geldi. Bu makale, Malezya'daki Syariah ve hukuk mahkemelerindeki arabuluculuk uygulamalarını nitel kullanarak incelemeyi ve karşılaştırmayı amaçlamaktadır. Bilimsel literatürü gözden geçirerek, yasal belgeleri analiz ederek ve uzman arayarak metodoloji ve kütüphane tabanlı araştırma Görünümler. Bunu, aşağıdakilere vurgu yaparak, mahkeme eki arabuluculuk uygulamalarının karşılaştırılmasının bir analizi izleyecektir. Sürec, prosedürler, kapsam, yargı yetkisi ve zorluklar. Makale daha sonra bazı zorlukların nasıl olduğuna dair öneriler sunuyor. Mahkeme arabuluculuk yöntemlerinin uygulanmasında aşılabilir. Son olarak, çalışmanın bulguları gösteriyor ki arabuluculuk uygulamalarındaki farklılıklar ve bu iki mahkemedeki zorluklar, ancak en iyi uygulamalar şu şekilde benimsenebilir: Mahkemelerde arabuluculuk sürecini ve uygulamasını iyileştirmek.

Anahtar Kelimeler: Sulh, Arabuluculuk, Uzlaştırma, Mahkeme Eki Arabuluculuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (ADR)

* **Corresponding Author:** Hendun Abd Rahman Shah (Assoc. Prof. Dr.), Universiti Sains Islam Malaysia, Faculty of Syariah and Law, Nilai, Malaysia, Email: hendun@usim.edu.my ORCID: 0000-0002-2392-4148

** Mustafa 'Afifi Ab. Halim (Dr.) Universiti Sains Islam Malaysia, Faculty of Syariah and Law, Nilai, Malaysia, Email: affi@usim.edu.my ORCID: 0000-0002-9173-2236

*** Norfadhilah Mohamad Ali (Assoc. Prof. Dr.), Universiti Sains Islam Malaysia, Faculty of Syariah and Law, Nilai, Malaysia, Email: fadhilah.a@usim.edu.my ORCID: 0000-0002-8418-0242

To cite this article: Shah, Hendun Abd Rahman, Halim, Mustafa 'Afifi Ab, Mohamad Ali, Norfadhilah. Mediation and Sulh as an Alternative to Litigation: A Study of the Syariah and Civil Courts Practices in Malaysia." *darulfunun ilahiyat* 35, Special Issue on 'Family Mediation' (2024): 99–122. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1562636>



Introduction

Malaysia is a country that practices a dualism legal system that separates the responsibility and jurisdiction of the federal and state administrations as enshrined in the Federal Constitution. In the context of the Syariah court, the source of its jurisdiction is based on List II of the State List. The Federal Constitution empowers the state legislatures to administer Islamic law and all Islamic matters in their respective states, except the Federal Territories. Each state in Malaysia has its own Islamic Religious Council and Syariah Judicial Department that administers and resolves disputes faced by the Muslim community in their respective. The law and jurisdiction of the Syariah court is only applicable to Muslims and matters related to the Islamic religion cause the settlement of Muslim family cases to be subject to the jurisdiction of the Syariah court according to the state. While family cases of non-Muslims, other criminal and civil cases are under the authority of civil courts. It cannot be denied that the provision of jurisdiction by the Federal Constitution has shaped the development of Syariah and civil law and judicial institutions in Malaysia, including the implementation of the conciliation process and mediation as one of the alternative dispute resolution methods at the initial process in court before going to trial.

In general, people in this country often see claims in court through the litigation process as the best dispute resolution in claiming their rights. The fact is, a litigation solution through the trial process in the courtroom will lead to high cost or financial implications, take a long time, and affect the future relationship between the disputing parties. This is because the disputes and evidence presented in court during the litigation process are not secret and difficult; in fact, they sometimes humiliate the parties and open the chest. Furthermore, the decision taken by the judge in the court is not always able to satisfy the parties.

However, since the Syariah and civil courts introduced alternative dispute resolution through formal mediation, which became a procedure that must be attended by the parties in certain cases, the mediation process or *sulh* council began to gain public attention. Syariah courts have begun to encourage settlement through mediation under the provisions of Section 99, the Syariah courts Civil Procedure Act (Federal Territories 1998 [Act 585]), and since 2001, the practice of formal mediation in the court has been introduced. A few years later, the civil court began to introduce formal mediation under Rule 34 Rule 2 (2) of the Rules of Court 2012, which refers to the mediation process according to Practice Direction No. 5 of 2010. With the increase in social and family conflicts, contracts, and high-traffic accident cases, dispute resolution through mediation mechanisms is an alternative to the litigation process because it is faster, cheaper, and has the potential to resolve

disputes more effectively. It can also be considered a therapeutic experience because the disputing parties learn something about better ways to deal with conflicts that may arise in the future¹. This contrasts with the more formal and subject litigation process to a specific procedure that requires proof and evidence related to a conflict before the judge makes an assessment and decision according to the law. In fact, the litigation process causes only one party to win (win-lose situation).

This paper discusses the practice of court-annexed mediation in both Syariah and civil courts in Malaysia using qualitative methodology and library-based research by reviewing scholarly literature, analysing legal documents and seeking expert views. The first part of this article explores the concept of mediation as an alternative dispute resolution. The practice of court-annexed mediation is also explained in terms of legislation and practice in Malaysia by making a comparative analysis from the aspects of history, background, procedure, process, jurisdiction, and challenges faced by both courts. The final part of this article concludes and closes based on studies and comparisons conducted so that some of the challenges in the implementation of formal mediation methods in court can be overcome.

Mediation As An Alternative Dispute Resolution Mechanism

In recent times, Alternative Dispute Resolution (ADR) has been widely recognised in most countries as a conflict resolution mechanism that has the potential to speed up dispute resolution between the parties without having to go through the litigation process. Various forms of conflict that arise can be resolved in various ways through the ADR mechanism according to the type of conflict and the readiness of parties. Each option for solution in ADR should be seen as a different process, however in certain circumstances it can be used in combination between the two methods, for example in Med-Arb, which is a process that combines mediation and arbitration.

According to the Glossary by the Australian National ADR Advisory Council (NADRAC), Mediation is a process in which parties involved in a dispute, with the assistance of a dispute resolution practitioner (mediator), identify the issues in dispute, develop options, consider alternatives and work to reach an agreement. The mediator has no advisory or determinative role in relation to the content of the dispute or the outcome of its resolution, but may advise or determine the mediation process in which resolution is attempted. Mediation can be done voluntarily, under a court order, or subject to an existing contractual agreement².

- 1 Laurence B., *Mediation: Skills and Techniques* (Australia: Butterworths, 2001); N. Z. Chow J-T'chiang, "Court-Annexed Mediation In Resolving Disputes Relating To Family In Malaysia: What We Need To Know Before We Go Forward," *Malaysian Journal of Syariah and Law* 2, no. 1 (2010), <https://doi.org/10.33102/mjssl.vol2no1.33>.
- 2 Australian National ADR Advisory Council (NADRAC), *Glossary*.

Mediation usually emphasises important skills, including the ability to analyse parties concerns, common grounds and assist them in resolving disputes based on their interests and needs without reliance on legal provisions, rules and court trial procedures. The use of a collaborative problem-solving process allows disputing parties to engage together in this process with the help of a mediator. Mediation is a process in which the parties, assisted by a neutral and impartial person, systematically isolate the issues of dispute with the aim of developing options, considering alternative solutions and reaching a mutual agreement based on their needs³. Boule explains the five core features that must be present in describing mediation as follows⁴:

“Mediation is a decision-making process; where the disputing parties are assisted by an outsider, namely the Mediator; who are try to help the parties in the decision making process; to reach a decision agreed upon by each of them; without an intermediary having a role as a decision maker.”

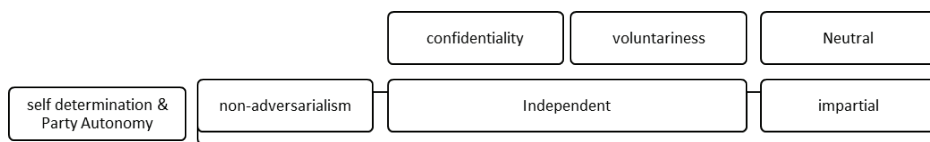


Diagram 1. Boule (2011) principles of the mediation process

Boule also lists the principles or values of a mediation process that consist of confidentiality, voluntariness, non-adversarialism, neutrality, impartiality, independence, self-determination, and consensuality of outcomes⁵. Based on the core characteristics and principles of mediation discussed by Boule, a dispute resolution process can be defined as a mediation process if it has the core and values as above. According to Black’s Law Dictionary, the mediation method is an effort to resolve disputes in legal aspects through the active role of the middle party to find a solution formula and make both disputing parties satisfied with the solution that has been produced⁶.

The Malaysian Mediation Act 2012 (Act 749) defines mediation as: “A voluntary process where a mediator facilitates communication and negotiation between the

3 J. Folberg and A. Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation* (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1984), 392.

4 Laurence B. *Mediation, Principles, Process, Practice*, 3rd ed. (Australia: Lexis Boule, 2011).

5 Ibid.

6 Black’s Law Dictionary.

parties to help the parties reach an agreement regarding a dispute.”⁷ This Act does not suggest a specific process or procedure in performing mediation. Section 9 of Act 749 outlines the mediator’s role to facilitate mediation, determine how mediation is conducted and at the same time must act independently and fairly. Subsection (2) also explains the role of the mediator to help the parties reach a satisfactory resolution of the dispute. In certain circumstances, the mediator may suggest some options to help the parties reach an agreement. However, it should be emphasised here that this act does not apply to the mediation process conducted by the courts and the Legal Aid Department and some other matters as stated in paragraph 2(a) and its Schedule, Paragraph (b) and (c) of Act 749.

According to the Legal Aid Act 1971 (Act 26), “mediation” includes— (a) carrying out any activity for the purpose of promoting discussion and dispute resolution; (b) bringing together any of the disputing parties for the purposes mentioned in paragraph (a), either at the request of one of the disputing parties or at the initiative of the Director General of Legal Aid; and (c) taking follow-up action on any matter which is the subject of any such discussion or settlement.”⁸ The mediation referred to in Act 26 is quite general and it recognises discussions that can lead to conflict resolution. According to the Legal Aid Department (JBG), mediation is stated as a “process in which disputing parties resolve their disputes voluntarily and peacefully with the help of a mediator.”

Meanwhile, in the latest Practice of the Chief Justice No. 2 Year 2022⁹ related to Mediation Matters and Procedures (Mediation) for cases in the Civil High Court and Lower Court, the role of the mediator is explained through the function of mediation, which is to facilitate negotiation between the parties and find a solution to the dispute.

The function and purpose of the mediation is suggested to be similar to the function of *Sulh* carried out in the Syariah court¹⁰. Although there is no specific

7 Malaysian Mediation Act 2012 (Act 749).

8 Legal Aid Act 1971 (Act 26).

9 Dated 28 March 2022, which comes into force on 1 April 2022.

10 Hendun Abd Rahman Shah, Norfadhilah Mohd Ali, Norsuhaida Che Musa, Adzidah Yaakob, Mustafa ‘Afifi Ab Halim, “*Sulh* dan Mediasi Dalam Talian dalam Konflik Kekeluargaan di Mahkamah Syariah Malaysia: Prospek dan Cabaran Norma Baharu,” *Ulum Islamiyyah* 34, no. 3 (2022): 1-14, accessed November 5, 2024, <https://uijournal.usim.edu.my/index.php/uij/article/view/490>; Wan Azimin Wan Adnan and Ahmad Hidayat Buang, “The Implementation of *Sulh* involving Real Estate Claims of Muslims in Shariah Court in Malaysia: A Survey of Previous Studies,” *Journal of Shariah Law Research* 4, no. 1 (2019): 27-54; Aida Othman, “Alternative Dispute Resolution (ADR) in Malaysia: Prospects and Challenges,” *Malayan Law Journal* 2 (2001): ccxxiv-ccxlv.

legal provision in Syariah courts that explains *Sulh* as a form of alternative dispute resolution (ADR) similar to mediation, past studies are sufficient to show that the ADR principle has been implemented in Syariah courts for a long time under the name of *Sulh*. In the Rules of Criminal Procedure (*Sulh*) (Terengganu) 2014, *sulh* is defined as “negotiation, agreement and settlement of cases by the parties in the *Sulh* Council.” The similarity between *sulh* and mediation is from the aspect of describing the function and purpose where both are mediation processes managed by an independent third party, whose authority rests on the agreement of the parties and facilitates negotiations between them¹¹.

The definition of the mediation process above directly describes the mediation process recognised by NADRAC. The mediator’s role there is only limited to non-advisory facilitation. It is also the same as the definition of mediation by Folberg and Taylor in their book *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation*. As a country that has practised mediation as an alternative to litigation as early as 1980, the management, standards and monitoring of the mediation process in Australia is more organised and systematic¹². According to Shonk, the mediation process itself has several forms and types that can be adapted according to the conflict. He listed seven types of mediation including Facilitative Mediation, Evaluative Mediation, Transformative Mediation, Med-Arb and Arb-Med¹³.

The mediation process that is usually emphasised in mediation training or courses in Malaysia and also practised by most mediators is more in the form of traditional facilitative mediation, where a mediator only plays the role of facilitator. This mediation process requires the mediator to use certain skills to build the trust of the disputing parties by helping them explore each other’s interests to help the parties reach an agreement in their negotiations voluntarily without any suggestions or recommendations from the mediator. It emphasises an approach based on interests and not on rights. In Malaysia, facilitative mediation is popular and is used by most private mediators.¹⁴

11 Ibid; Mohammad Hafiz Mohd Zaki, Mazbah Termizi, and Muhammad Ridhwan Saleh, “Mediation v *Sulh*: A Comparative,” paper presented at the International Conference on Dispute Resolution, Modern Trends in Effective Disputes Resolution, International Islamic University Malaysia (IIUM), August 9-10, 2017.

12 J. Folberg and A. Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation* (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1984), 392.

13 K. Shonk, “Types of Mediation: Choose the Type Best Suited to Your Conflict,” Program on Negotiation, Harvard Law School, 2022, <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/types-mediation-choose-type-best-suited-conflict/>.

14 Seumas Tan, *Mediation Skills and Techniques: A Practical Handbook for Dispute Resolution and effective Communication* (Kuala Lumpur, Sweet & Maxwell Asia, 2012). Also based on authors’s observation and experience in the field.

Based on the opinion of Shonk, Evaluative Mediation emphasises the role of the mediator who becomes more than a facilitator. In certain circumstances, mediators can make recommendations and suggestions and express opinions¹⁵. Rather than focusing primarily on the fundamental interests of the parties involved, evaluative mediation is likely to help the parties assess the legal merits of their arguments and make determinations of fairness. Evaluative mediation is commonly used in court-mandated/court-annexed mediation. The mediator is a judge or judicial officer who has legal expertise in the field of dispute. Although mediation is usually defined as a completely voluntary process, the mediation process conducted by the court obligates the parties in certain cases to attend and cooperate. This is because it has become part of court procedures to promote quick and cost-effective solutions and as an alternative to litigation.

Although NADRAC has developed a benchmark definition that the mediator does not have an advisory or decisive role on the content of the dispute or the outcome, in practice, mediation is a flexible process. For NADRAC, if mediators have a role to advise, they should be called conciliators. Generally, conciliators need to play more roles than mediators because they are required to actively encourage the disputing parties to reach a solution and make recommendations on the terms of the solution¹⁶. The role of this conciliator is the same as that of a mediator in evaluative mediation who can make recommendations and suggestions and express opinions¹⁷.

It can be concluded that in the context of the practice of mediation, *sulh* and conciliation in the court mediation in Malaysia, the purpose and role of mediation in ending the dispute between the parties is emphasised compared to the way or process that needs to be carried out during mediation. Therefore, most of the mediation and settlement processes that are implemented follow traditional mediation methods that are facilitative. However, there is also the implementation of mediation that is evaluative, especially in the mediation process through the civil court where the mediators who conduct mediation at the court mediation centre are judges and legal officers.

Mediation Practice In The Malaysian Syariah Courts (*Sulh*)

The organisation of the settlement of disputes through reconciliation or conciliation in cases under the jurisdiction of the Syariah Court is based on the verses of the Qur'an and the Sunnah. According to Adnan and Buang, *sulh* is

15 Ibid.

16 Alwi Abdul Wahab, *Court-Annexed and Judge-Led Mediation In Civil Cases: The Malaysian Experience* (PhD diss., University of Melbourne, 2013).

17 Ibid.

defined as reconciliation based on an understanding of the use of the word *as-sulh* in the Qur'an, which is taken from Arabic words¹⁸. Literally, *sulh* means ending a dispute, while terminologically *sulh* means an agreement to end a dispute between disputing parties peacefully¹⁹. Dispute resolution methods, mainly in family issues, are guided by verses in the Qur'an and Hadith such as in verse 35 of Surah An-Nisa:

وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا
مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا
خَبِيرًا

*“If ye fear a breach between them twain, appoint (two) arbiters, one from his family, and the other from hers. If they seek to set things aright, Allah will cause their reconciliation: For Allah hath full knowledge, and is acquainted with all things.”*²⁰

The method of appointing a conciliator or arbitrator in a conflict between husband and wife in the legal provisions of section 47 and section 48 of the Islamic Family Law (Federal Territories) 1984 has its basis on the above verse. Although this provision does not specify the process of appointing a conciliator or arbitrator as one of the alternative dispute resolution (ADR) processes, this mechanism has been used since the official existence of Islamic family law. The appointment of a *Hakam* in the Syariah court is synonymous with the practice of arbitration, which empowers the appointed panel of *Hakam* to make decisions for the disputing parties. It is different from the mediation method, which outlines the mediator's role only as a facilitator who does not make decisions for the disputing parties.

Therefore, the definition of *sulh* is seen to emphasise the ‘main purpose’ of the implementation of *sulh* in the Syariah court itself, which is to make peace or find a way to resolve a conflict amicably with the help of a third party. This means that the term *sulh* can also refer to dispute resolution methods including mediation, the Conciliation Committee and *Hakam*/arbitration in issues of Islamic household and family problems in the Syariah court²¹.

- 18 Wan Azimin Wan Adnan and Ahmad Hidayat Buang. «The Implementation of *Sulh* involving Real Estate Claims of Muslims in Shariah Court in Malaysia: A Survey of Previous Studies.» *Journal of Shariah Law Research* 4, no. 1 (2019): 27-54; Aida Othman “Alternative Dispute Resolution (ADR) in Malaysia: Prospects and Challenges,” *Malayan Law Journal*, vol. 2 (2001), ccxxiv-ccxliv.
- 19 Wahbah al-Zuhaylī (1989), *al-Fiqh al-Islāmī wa Adillatuh*. Dimashq: Dār alFikr.
- 20 Abdullah Yusuf Ali, *The Holy Quran Translation and Commentary* (PCI Islamic Vision, King Fahd Holy Quran Printing Complex. 1410h/1989).
- 21 R. Azahari, “*Sulh* dalam Perundangan Islam: Kajian di Jabatan Kehakiman Syariah Selangor Darul Ehsan (JAKESS)” (PhD Diss., Universiti Malaya, 2005).

Sulh is generally understood as one of the more holistic reconciliation methods and is not limited to the mediation process alone²². *Sulh*, in its general term, includes various forms of peaceful resolution such as arbitrator, conciliator, negotiator and alternative dispute resolution (ADR) methods. These methods are also implemented to help the parties discuss their claims well and quickly without having to attend the trial process in front of a judge, which is time-consuming.

Nevertheless, based on the Rules of *Mal* Procedure (*sulh*) and JKSM's practice direction related to *sulh*, it usually refers to the mediation process conducted by *Sulh* Officers appointed as dispute resolution mediators in the *Sulh* Council as stipulated in Rule 5, *Mal* Procedures (*Sulh*) (Federal Territories) 2004:

(1) Sulh shall be held in a Council attended by both parties and chaired by the Registrar or any public officer appointed by the Chief Syarie Judge for that purpose.

The e-*syariah* portal also explains that the *sulh* practised in the Syariah court is the same as the mediation process. Based on the discussion above, it can be concluded that there is a similarity between the practice of *sulh* in the Syariah court and the mediation process that promotes the peaceful settlement of disputes between the parties with the help of neutral and impartial mediators. The goal of *Sulh* stated in Rule 9 (1)(d) Rules of *Mal* Procedure (*Sulh*) (Terengganu) 2014 is to achieve a voluntary dispute resolution based on the agreement of the disputing parties themselves without any coercion. Although this provision is not in the rules of *mal* procedure (*sulh*) in other states, in practice the mediation carried out through the *sulh* council in most Syariah courts in Malaysia is the same as the general mediation process, which is facilitative.

Scope and Application of Sulh in Malaysian Syariah Courts

The practice of conciliation in the Syariah court, which is synonymous with mediation, can be seen through the mediation process recommendations in the *Sulh* Work Manual and the Rules of *Mal* Procedure (*Sulh*) of the states in Malaysia. The organisation of *Sulh* as a form of alternative dispute resolution is stated in section 99 of the Syariah Court Civil Procedure Federal Territory Act 1998 (Act 585):

22 Zainul Rijal Abu Bakar, "Sulh in Malaysian Syariah Courts," paper presented at the *2nd AMA Conference: Rediscovering Mediation in the 21st Century*, Sheraton Imperial Hotel, Kuala Lumpur, 2011; Hendun Abd Rahman Shah, Maszuriati Ab Azizi, Norfadhilah Mohd Ali, and Abidah Abd Ghafar, "Sulh dan Mediasi dalam Kerangka Undang-Undang di Malaysia: Kajian Perbandingan," in *Integrasi Ilmu Naqli dan Aqli Dalam Disiplin Syariah dan Undang-Undang (siri-3)*, ed. Hendun Abd Rahman Shah and Fadhline Alias (Nilai: Penerbit USIM, 2022), 55-70.

The parties in any proceeding may, at any stage of the proceeding, convene a sulh/conciliation to resolve their dispute in accordance with any prescribed method or, in the absence of such method, in accordance with Hukum Syarak.

This provision of section 99 (Act 585) gives space to disputing parties to resolve their disputes through *sulh* as long as the decision or order has not been issued by a judge. In 2002, the JKSM issued the *Sulh* Work Manual and Code of Ethics for *Sulh* Officers. In addition, the employment scheme for *Sulh* Officer (LS41/LS44) was created by the Public Service Department (JPA) specifically to help the court handle cases that can be resolved without having to be brought to trial in Court²³. Prior to the existence of a special position of *Sulh* Officer in the Syariah court, to help resolve and reduce the backlog of cases in the open court, this practice of mediation was implemented by the Syarie Judge based on the provisions of section 99. The absence of provisions specifically for the definition of *sulh*, which is usually explained in section 2 under the heading of interpretation in any act or enactment of the Syariah court, gives space to the trial judge to order the case to be referred to any session of *sulh* or act as a mediator between the disputing parties outside the trial process.²⁴

The formal implementation of the mediation process through the *Sulh* Council in the Syariah Court institution has been introduced in Malaysia by the Federal Territory and Selangor in 2002. This was later followed by other States through the Syariah Court Procedural Act/Enactment, Procedural Rules of the *Sulh*, Work Manuals for *Sulh* and Practice Direction of the Malaysian Syariah Justice Department (JKSM). Practice Direction No. 3 of 2002 encourages the use of *Sulh* for all cases after being registered. However, it was later replaced by the JKSM Practice Direction No.1 of 2010, which lists 18 cases that can be brought to the *Sulh* Council, excluding divorce applications as they are subject to other provisions under section 47 of the Islamic Family Law Act/Enactment. The following is a list of cases that need to be referred to the *Sulh* Council first before it goes to the trial procedure.

23 Adzidah Yaakob, Mohammad Zaharuddin Zakaria, Asmidah Ahmad, Kamilah Wati Mohd, and Mustafa 'Afifi Ab Halim, *Pengenalan dan Keberkesanan Sulh di Mahkamah Syariah* (Nilai, Negeri Sembilan: Penerbit USIM, 2016).

24 Wan Azimin Wan Adnan and Ahmad Hidayat Buang. «The Implementation of Sulh involving Real Estate Claims of Muslims in Shariah Court in Malaysia: A Survey of Previous Studies.» *Journal of Shariah Law Research* 4, no. 1 (2019).

Table 1.

JKSM Practice Direction No.1 of 2010: Determination of Cases That Need to Be Referred to the Sulh Council at the Case Registration Stage

<i>Cases referred to the Sulh Council during the Stage of Registration of Cases in the Syariah Court</i>
009-Breach of the Promise to Marry
016-Claim for Muta'ah
017-Claim for Jointly Acquired Property
018-Claim for Maintenance of Wife
019-Claim for Maintenance
020-Claim for Collateral Maintenance
021-Claim for Eddah Maintenance
022-Claim to Amend Maintenance Order
023-Claim for Maintenance Arrears
024-Claim for Children Maintenance
025-Claim to Amend Child Custody/Child Support Order (Children Maintenance)
026-Claim to Amend the Child Custody/Child Support Agreement
028-Claim for Hadhanah
049-Claim for Marriage Compensation
059-Claim for the Right to Residence
060-Claim for an Order for Husband to Live Together Again
062-Claim for Wife Return to Obedience
063-Claim for Mas Kahwin

However, the Terengganu State *Mal* Procedure Rules (*Sulh*) (2014) and several other states have detailed the process of implementing *Sulh* and the code of ethics of *Sulh* officers in their rules. Currently, the state of Terengganu has added divorce applications as one of the cases that can be referred to the *Sulh* Council (*First Schedule, Rule 2*).

In terms of Mediator ethics, the *Sulh* Officer's Code of Ethics has been created by clearly listing the general and special responsibilities and things that the *Sulh* Officer cannot do as a mediator. Among them is that the *Sulh* Officer cannot give an opinion on a matter or situation that is being discussed or is likely to become an issue in any *Sulh* Council because his opinion can then be used by a party to support his argument (General Responsibility, 1(g) Code of Ethics *Sulh* Officer, JKSM). This is an important principle in Facilitative Mediation and is one of the reasons why the mediator should refrain from giving opinions or suggestions to the parties.

Procedures and Processes for the Implementation of the *Sulh* in Syariah Courts

The development of the Syariah court administration that has been implemented now has made the *ṣulḥ* process part of the administrative practice and *mal* procedure. *Ṣulḥ* is one of the effective alternative dispute resolutions for the community. The

process of formal mediation in the Syariah court through the *Sulh* Council only occurs after the parties have registered their claims or applications in court as stated in the JKSM Practice Direction No.1 Year 2010. It is a form of mediation that is mandated by the court to the *Sulh* Officer (court-annexed/mandated mediation)²⁵.

The implementation of *sulh* proceedings begins when the Court accepts every application under the jurisdiction of mal such as claims resulting from divorce such as jeddah maintenance, child maintenance and child custody rights between husband and wife or related groups. The following diagram shows the working process of *sulh* proceedings in the Syariah court.

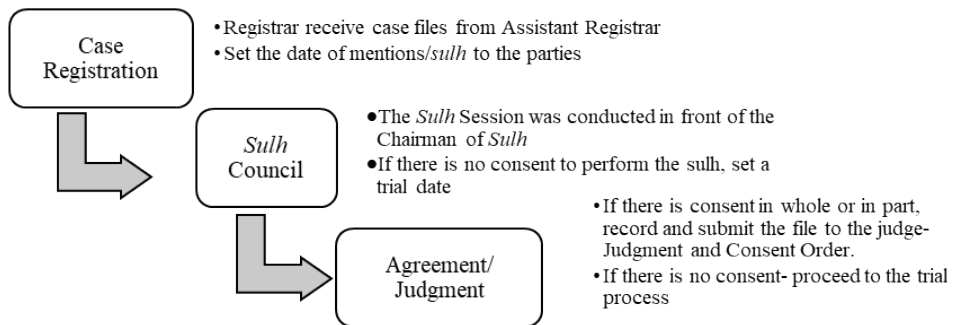


Figure 1. Handling of Sulh Proceedings in Syariah Courts

In general, the conciliation process as understood by the local community refers to the implementation of mediation in the *Sulh* Council in the Syariah court, which is bound by the Rules, Practice Direction, *Sulh* Work Manual and *Mal* Procedure (*Sulh*) according to the provisions of the states. When an application related to cases that can be brought to the *Sulh* is registered in the court, the registrar will set a date for the *Sulh* Council within three months and deliver the notice to the parties involved (Rule 3). This *Sulh* Council will be conducted by a *Sulh* officer and can only be attended by the disputing parties (Rule 5). Lawyers are not allowed to participate in this session except with the permission of the *Sulh* officer. If an agreement is reached, the *Sulh* officer will prepare a draft agreement and submit it to the parties for signature and then deliver it to the court to be recorded as a Consent Judgment (Rule 6). The *Sulh* officer must ensure that the Settlement Agreement does not contain any terms that conflict with Islamic law and relevant State laws, especially if it affects the rights of other persons including their children. The *Sulh* officer may allow either party to consult their respective lawyers regarding the

25 Chow Jen-Tchiang, N. Z. (2010). Court-Annexed Mediation In Resolving Disputes Relating To Family In Malaysia: What We Need To know Before We Go Forward. *Malaysian Journal of Syariah and Law*, 2(1). <https://doi.org/10.33102/mjssl.vol.2.no1.33>.

draft of the Settlement Agreement before signing. In the meantime, the *Sulh* officer should advise the concerned parties not to change their agreed terms.

Uniquely, Rule 4 states that if the parties or one of them does not appear without a plausible reason on the appointed date, the absence shall be considered a contempt and the Court may initiate contempt of court proceedings in accordance with section 229 of the Act. Although compulsory attendance of the parties is considered the rule, in practice, the absence of one party causes the case to proceed to trial. Nevertheless, the *sulh* Rules in Terengganu (2014) and several other states such as Negeri Sembilan (2016), Kedah (2017), Sabah (2018), Perak (2016), Perlis (2018), Sarawak (2014) and Penang (2019) do not state the same. Absence of the parties or one of the parties or if any party withdraws from the *Sulh* session, will cause the session to end. Thus, the case will be brought to trial. As for the execution of the *sulh* council, the Rules of *Mal* Procedure (*Sulh*) explain that the mediation process in the court is carried out in the following manner:

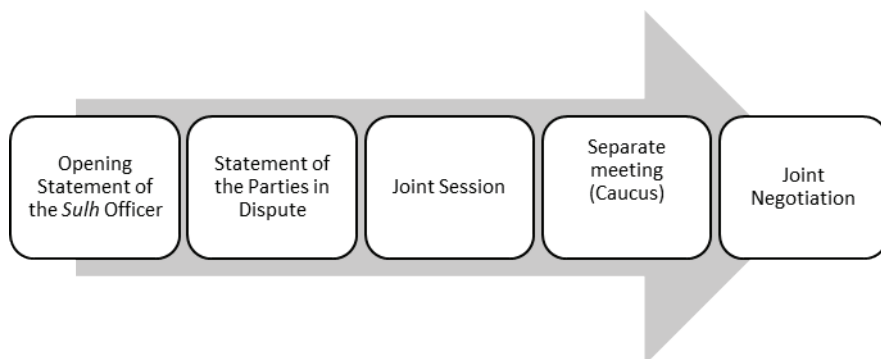


Figure 2. Implementation of the Mediation Process in the Sulh Council in the Syariah Court (based on the Sulh Work Manual and Rule 9 of the Mal Procedure (Sulh) Terengganu, 2014)

The implementation of mediation in this *sulh* council is the same as that in the facilitative mediation model. The effectiveness of *sulh* as an alternative dispute resolution method has been proven in scientific studies by Hak, (2011) and Yaakob (2016).

Mediation Practice In Malaysian Civil Courts

Background of the Establishment of the Court Mediation Centre

In general, court mediation refers to mediation where judges and judicial officers act as mediators for disputing parties after they have filed their case in court²⁶.

26 “e-Kehakiman,” accessed November 5, 2024, <https://www.kehakiman.gov.my/ms/e-kehakiman>

In road accident cases, mediation is mandatory whether the parties agree or not. However, when a case is referred to mediation, this does not deny the parties the right to litigate in court because if they cannot reach an agreement, then the case will return to court. The advantage of mediation in court is that there is no cost of the parties.

Mediation is an alternative to litigation that involves a win or lose situation among disputing parties. This mediation practice has become part of the process or procedure in court in most developed countries in the world, including the United States, the United Kingdom, Australia, Canada, New Zealand, Singapore and Hong Kong.

In Malaysia, the high increase in civil cases filed in court continuously has caused the court system to face a serious backlog of cases. In addition, strict adherence to rules and procedures in court has made the litigation process very formal. In some cases, technical flaws and procedural compliance cause the justice of a case to not be upheld. The legal cost that is increasing in most cases that are brought to court also causes most of the poor people to not get proper justice²⁷. Tun Abdul Hamid Mohamad, the former Chief Justice has emphasised the importance of mediation in court because according to him, the mainstream judicial system is not capable of dealing with the increase in cases within a reasonable period.

The absence of legal provisions and sources of authority to instruct the parties to use the ADR process is said to be one of the reasons for the dumping of pending cases in court²⁸. Efforts to overcome and reduce the backlog of cases led to the idea of introducing mediation as an alternative dispute resolution process in the civil justice system as early as 2005. The former 13th Chief Justice, Tun Arifin bin Zakaria, was one of the reasons behind the successful realisation of mediation as a core component in the court system²⁹.

27 Alwi Abdul Wahab, *Court-Annexed and Judge-Led Mediation In Civil Cases: The Malaysian Experience* (PhD diss., University of Melbourne, 2013).

28 Choong Choong Yeow Choy, Tie Fatt Hee, and Christina Ooi Su Siang, "Court-Annexed Mediation Practice in Malaysia: What the Future Holds," *University of Bologna Law Review* 1, no. 2 (2016), <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/6751>.

29 Bernama, "Tun Arifin Zakaria Bersara Sebagai Ketua Hakim Negara," *Astro Awani*, March 31, 2017, accessed November 5, 2024, <https://www.astroawani.com/berita-malaysia/tun-arifin-zakaria-bersara-sebagai-ketua-hakim-negara-137563>.

Rules and Practice Directions Related to Mediation in Civil Courts

In 2010, Practice Direction No. 5 of 2010 (Practice Direction on Mediation) (PD) was issued by the Office of the Registrar General of the Federal Court at that time to empower mediation in court. The PD, which came into effect on 16 August 2010, allows High Court Judges, Sessions Courts and Magistrates and court registrars to instruct the parties to undergo mediation at the pre-trial case management stage as stated under Rule 34, Rule 4 of the Rule of the High Court 1980 (Order 34 Rule 4 of the Rule of the High Court 1980) or Rule 19, Rule 1(1) (b) of the Rule of the Lower Court 1980 (Order 19 Rule 1(1)(b) of the Subordinate Courts Rule 1980) or at any appropriate stage whether the trial has commenced or not. This PD lists 6 types of cases that can be resolved through mediation, including cases that are financial claims such as traffic accidents, defamation suits, family conflicts, commercial and contractual, and intellectual property cases. Only traffic accident-related claims are made mandatory for mediation in civil courts. This PD also explains the 2 ways mediation can be carried out, the first is mediation conducted by a judge (judge-led mediation) or mediation conducted by a mediator agreed by the parties. In fact, lawyers representing disputing parties must cooperate and help them resolve their disputes in the best possible way, such as through mediation. However, at the initial stage, the recommendation to mediate in court showed some reactions among the judges. There are judges who refuse to conduct mediation in court because it is not clearly stated in the Court Rules³⁰. In 2012, several amendments were made to the existing court rules, including an amendment to Rule 34, Rule 2(2), which provides for mediation as one of the methods that can be referred to during pre-trial case management to ensure that justice is achieved quickly and economically. The mediation process referred to in this Regulation is the mediation process in Practice Direction No. 5 of 2010. With the formal insertion of mediation into court rules, it is now part of the civil justice system in Malaysia.³¹

Under the court mediation program, all cases must first be filed in court before they can be registered for mediation. However, for “running down” cases, i.e., cases involving claims for personal injuries (personal injuries) and other claims for compensation (damages) as a result of road accidents, these cases will automatically be referred to the court’s mediation officer before the case is determined for trial. This is under Practice Direction No. 2 of 2013- “Mediation Process for Road

30 Abu Backer, H.S. “Mediation - It Is Ultra Vires,” *Infoline - The Official Newsletter of the Malaysian Bar*, 2005.

31 Joyce Low, “Promoting Ethical Practice in the Mediation Community,” paper presented at the 2nd AMA Conference 2011, *Rediscovering Mediation in the 21st Century*, published in *Asian Journal on Mediation* (Singapore: Singapore Mediation Centre, 2014).

Accident Cases in the Magistrate's Court and Sessions Court." The 2013 Practice Direction states that out of 779 accident cases that have been registered for mediation by the Kuala Lumpur Court Mediation Centre, the resolution rate is almost 50%.³²

In 2016, another Practice Direction related to court mediation was issued and cancelled Practice Direction No. 5 of 2010. The objective of Practice Direction No. 4 of 2016 (PD 2016) is to encourage the parties to resolve their disputes without going through a trial or appeal. Appointed lawyers are also encouraged to cooperate and help the parties agree through this method. Most of the items mentioned in PD 2016 are the same as PD 2010 except that some things like the term "judge" in PD 2016 are mentioned including High Court Judges or Judicial Commissioners, Sessions Court Judges, Magistrates or High Court Registrars. The addition of "modes of mediation" includes mediation by external institutions such as the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (now known as the Asian International Arbitration Centre).

However, recent developments related to the practice of mediation in civil courts have seen some more comprehensive amendments. The Chief Justice's Practice Direction No. 2 Year 2022 (PD, 2022) related to Mediation Matters and Procedures (Mediation) for Cases in the High Court and Lower Court dated 24 March 2022, which is aligned with Order 34 Rules 1A and 1B of the Rules of Court 2012, explains in more detail 12 matters related to the practice of court mediation, namely Application, Interpretation, Case Referral to the Mediation Process, Types of mediation, Mediators for the mediation process, Location of the mediation process, Notification regarding the status and/or results of the mediation process, Cost of conducting mediation, Confidentiality, Cancellation, Exceptions, and finally the effective date of this practice direction is April 1, 2022. The summary is as follows:

32 Statistic provided by Ms. Ooi Sheow Yean, Head of the Mediation Centre, High Court of Penang, during an interview session Oct 2023.

Table 2.		
Summary of the scope and process of mediation in civil courts based on the Chief Justice's Practice Direction No.2 of 2022		
Chief Justice Practice Direction No.2 of 2022		
Case Reference to the Mediation Process	Road Accident Cases-referred to the mediation process before the trial is fixed. Civil Cases-refer the parties to the mediation process if	(a) (a) The judge is of the view that the case can be resolved through mediation and the parties agree or; (b) (b) The parties request the court to refer to the mediation process.
Mediation Process	Can be conducted at any stage of the proceedings	
Mediation Types	Judge-led mediation	
	Mediation by institutions that provide mediation services	
	Mediation by a Private Intermediary agreed by the parties	
Mediator in Judge-led mediation	(a) Courts that have a Mediation Centre (b) Courts that do not have more than one judge (c) Courts with only one Judge	Mediator- Judges who are inaugurated as Mediator The judge will act as an intermediary through case swapping. The same judge acts as a mediator, provided that both parties agree. Otherwise, the mediation will be conducted by another judge who will be determined by the Head of the Mediation Centre in the state concerned.

Location of the Mediation Process	(a) Judge-led mediation	(i) Court mediation centre or (ii) Any location within the court premises
	(b) Private Mediation Institution as agreed by the parties	(i) Any location designated by the intermediary, (ii) Any place agreed by the parties, (iii) Parties cannot use the facilities of the Court Mediation Centre/Court premises
Mediation status/ decision- The parties must inform the court of the status of the mediation process being conducted. If completed, notify the court within 2 weeks from the date of completion.	(a) Successful mediation	The parties can- 1. Record the consent judgments, 2. Record settlement agreements 3. Filing a Notice of Dismissal.
	(b) Mediation fails	The parties shall comply with any court order in relation to the handling of the case in the original proceedings.
Mediation handling costs	(a) Judge-led mediation (b) Mediation by private institutions/ intermediaries	-Free -Subject to stipulated/agreed costs
Confidentiality	The parties shall ensure-	(a) Closed mediation process- only attended by the parties /authorised representatives with counsel (if any) (b) Any disclosures, confessions, and communications made during the mediation process are confidential and without prejudice; (c) All communications during the mediation process shall not be made part of the proceedings record; and neither party may call an intermediary to testify in relation to the mediation process conducted

With the issuance of PD 2022, this has cancelled Practice Direction No. 2 of 2013 related to the “Mediation Process for Road Accident Cases in the Magistrate’s Court and in the Sessions Court” and the relevant Federal Court chief registrar’s office letter. It also cancels Practice Direction No. 4 of 2016 related to Mediation.

However, any action or proceeding that has started or is pending before the effective date of PD 2022 may continue.

The Court Mediation Process and Procedure

The source of reference or guidance provided to help judges and judicial officers conduct mediation is the Rules for Court-Assisted Mediation, which was introduced in 2011. Due to the lack of major legal provisions related to mediation by judges in court, these 2011 Rules are provided as guidelines to assist judges and judicial officers. These 2011 rules contain 16 sections, covering the role and responsibilities of judicial officers as mediators the mediation process, the mediation process, and successful mediation, including guidelines for the termination of the mediation session.

In accordance with the principle of impartiality in the mediation process, a judge who acts as a mediator is not allowed to mediate a trial involving the same parties if the case brought to the mediation fails. This means that the judge who hears the case must not be the same judge who conducts the mediation unless the parties agree. If the disputing parties do not agree, the judge shall submit the case to another judge. The basic function of a mediator in court is as a facilitator in the initial mediation process and then as an evaluator in the second stage, especially in the caucus session. This is a manifestation of the impartiality of neutral mediators that must be maintained throughout the mediation process, including the duty to exercise caution, tact, and diplomacy. The 2011 Rules also cover guidelines on how to conduct a mediation session from the first meeting with the disputing parties, to the actual mediation session, and the closing session, whether a settlement is reached or not. These guidelines are governed by the basic principles of mediation, which are confidentiality, party autonomy, fair treatment, impartiality and neutrality. The Principle of Confidentiality is at the heart of mediation. All disclosures, admissions and communications made in mediation sessions are confidential and cannot become part of any record. The mediator cannot be compelled to disclose information obtained during the mediation or to testify as a witness or negotiator in any judicial proceeding, unless all parties to both the Court proceeding and the mediation proceeding agree to it.

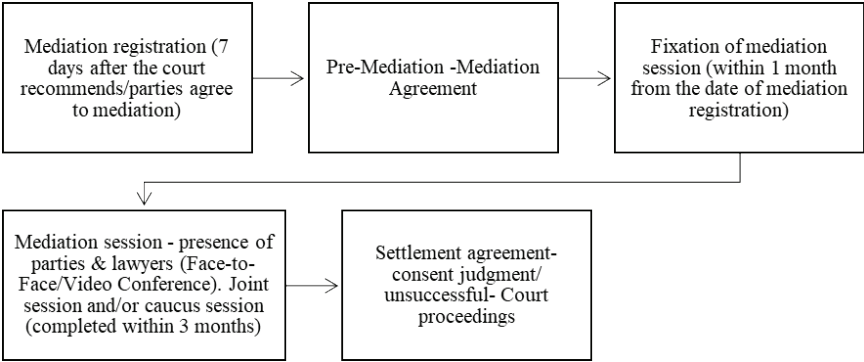


Figure 3. Summary of the Judge-led Mediation Procedures at the Court Mediation Centres

In the mediation process in court, disputing parties are encouraged to be present with their lawyers during the mediation session unless they are not represented by a lawyer. In cases where mediation is successful, the mediating judge will record a consent judgment on the terms agreed to by the disputing parties. However, if mediation is unsuccessful, the case will be returned to the hearing judge for trial. Accordingly, any party may at any time withdraw from the mediation if that party no longer wishes to continue with the mediation.

Conclusion

It is well known that the conventional view of the role of the judiciary in the administration of justice is to judge (not mediate), apply the law (not interests), evaluate evidence (not facilitate), make relevant orders (not accomodate), and make a decision (not settle)³³. However, in the context of court mediation, especially in civil courts, the role of judges who also act as mediators has brought a new narrative to the justice system in Malaysia. At the same time, in the Syariah court, section 99 also allows, apart of *sulh* officer, the Syariah court judge to play the role of mediator if deemed appropriate. The creation of the position of *sulh* officer in the Shariah court system is also seen to play an important role in the settlement of cases amicably without the parties having to go to trial in court.

However, some of the challenges identified in the practice of mediation in both courts include; ensuring that each mediator or *sulh* officer has sufficient professional training to implement the mediation process according to the principles outlined. In addition, the reluctance of some disputing parties or their lawyers to attend the

33 Choong Choong Yeow Choy, Tie Fatt Hee, and Christina Ooi Su Siang, "Court-Annexed Mediation Practice in Malaysia: What the Future Holds," *University of Bologna Law Review* 1, no. 2 (2016), <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/6751>.

mediation process without reasonable cause is also seen as a challenge that needs to be properly addressed. In the Syariah court, because the rules of *mal* procedure (*sulh*) limit the role of lawyers in the *sulh* council, there is a challenge where lawyers do not encourage the parties to attend mediation sessions in court. Although some states such as the Federal Territory and Selangor consider non-attendance as a contempt of court, the latest development of the *mal* procedure (*sulh*) in many other states as discussed above, shows that the provision of contempt of court is no longer stated in the *mal* procedure (*sulh*). The absence of the parties only causes their case to be subjected to trial proceedings in court. This has similarities with the practice in civil courts. The difference in the provisions between states in Malaysia needs to be streamlined and standardised according to best practices in strengthening the justice system in this country.

Significant differences between the two courts can also be seen in the management of cases during registration. In the civil court, the parties can choose to resolve their case using court mediation services through a judge (judge-led mediation), or choose to resolve their case by using a mediator from an institution such as AIAC, MIMC or from among private mediators according to the agreement of both parties. This is differ in the Syariah court, where, once a case is registered, the parties are referred to the *sulh* council, which is conducted by the court's *sulh* officer. With the increasing number of family cases, and various background of the parties; the burden on the court and *sulh* officer can be reduced if the parties are also given the opportunity to choose their own mediators among those who have credentials as mediators, either from certain institutions or private mediators/*syarie* lawyer. In addition, if there is a tendency for the disputed matter to be resolved amicably when the trial has just started, is underway or during the appeal stage, encouragement should be given to help the parties resolve their dispute through the mediation process either by a judge or a *sulh* officer.

Although the general view of the community, including the disputing parties, usually sees a judge as someone who is respected because the judge is the person who has the authority to decide cases in court, the community must be given the understanding that in the mediation or *sulh* process, judges or judicial officers as mediators do not make any decision in favour of the disputing parties. This is because based on the basic principle of mediation, which is the autonomy of the parties, the decision-making power in a dispute still rests in the hands of the disputing parties. The mediation process in court also ensures that justice can be maintained in a win-win manner. The community needs to be exposed to education and awareness about the importance of alternative dispute resolution such as mediation and conciliation.

In conclusion, the study in this paper found that mediation or *sulh* practices and challenges in both courts have their own differences and special features. Therefore, best practices can be taken between the two to improve the process and practice of *sulh*-mediation in court. In addition to reducing the backlog of cases in court, the *sulh* process carried out in Syariah and mediation in civil courts has played a very important role in bringing the direction of a more equitable and harmonious justice system in Malaysia. This view is expressed in the hope that *sulh* or mediation conducted in court can serve as a more effective and appropriate dispute resolution medium instead of litigation in the future.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: Appreciation for the PPPI/BM-DB/FSU/USIM/17222 grant (Developing of Sulh & Mediation Competency & Skills Module) and USIM Special Grant PPPI/KHAS ISI-FSU/USIM/17722

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

References/Kaynakça

- Abu Backer, H. S. "Mediation - It Is Ultra Vires." *Infoline - The Official Newsletter of the Malaysian Bar*, 2005.
- Aida Othman. "Alternative Dispute Resolution (ADR) in Malaysia: Prospects and Challenges." *Malayan Law Journal* 2 (2001): ccxxiv-ccxlv.
- Adzidah Yaakob, Mohammad Zaharuddin Zakaria, Asmidah Ahmad, Kamilah Wati Mohd, and Mustafa 'Afifi Ab Halim. *Pengenalan dan Keberkesanan Sulh di Mahkamah Syariah*. Nilai, Negeri Sembilan: Penerbit USIM, 2016.
- Ahmad Ibrahim. "Civil Law and Syariah Law: Conflict of Jurisdiction." In *The Administration of Islamic Law in Malaysia*, edited by Ahmad Mohamed Ibrahim, 37-60. Kuala Lumpur: Penerbit IKIM, 2000.
- Alwi Abdul Wahab. *Court-Annexed and Judge-Led Mediation In Civil Cases: The Malaysian Experience*. PhD diss., University of Melbourne, 2013.
- Bernama. "Tun Arifin Zakaria Bersara Sebagai Ketua Hakim Negara." *Astro Awani*, March 31, 2017. Accessed November 5, 2024. <https://www.astroawani.com/berita-malaysia/tun-arifin-zakaria-bersara-sebagai-ketua-hakim-negara-137563>.
- Boulle, Laurence. *Mediation, Principles, Process, Practice*. 3rd ed. Australia: Lexis Boulle, 2011.
- Boulle, Laurence. *Mediation: Skills and Techniques*. Australia: Butterworths, 2001.
- Choong Yeow Choy, Tie Fatt Hee, and Christina Ooi Su Siang. "Court-Annexed Mediation Practice in Malaysia: What the Future Holds." *University of Bologna Law Review* 1, no. 2 (2016). <https://doi.org/10.6092/issn.2531-6133/6751>.

- Chow Jen-T'chiang, N. Z. "Court-Annexed Mediation In Resolving Disputes Relating To Family In Malaysia: What We Need To Know Before We Go Forward." *Malaysian Journal of Syariah and Law* 2, no. 1 (2010). <https://doi.org/10.33102/mjssl.vol2no1.33>.
- Hendun Abd Rahman Shah, Norfadhilah Mohd Ali, Norsuhaida Che Musa, Adzidah Yaakob, Mustafa 'Afifi Ab Halim, "Sulh dan Mediasi Dalam Talian dalam Konflik Kekeluargaan di Mahkamah Syariah Malaysia: Prospek dan Cabaran Norma Baharu," *Ulum Islamiyyah* 34, no. 3 (2022): 1-14, accessed November 5, 2024, <https://uijournal.usim.edu.my/index.php/uij/article/view/490>.
- Hendun Abd Rahman Shah, Maszuriti Ab Aziz, Norfadhilah Ali, and Abidah Abd Ghafar. "Sulh dan Mediasi dalam Kerangka Undang-Undang di Malaysia: Kajian Perbandingan." In *Integrasi Ilmu Naqli dan Aqli Dalam Disiplin Syariah dan Undang-Undang (siri-3)*, edited by Hendun Abd Rahman Shah and Fadhlina Alias, 55-70. Nilai: Penerbit USIM, 2022.
- Genn, H. *Court-Based ADR Initiatives for Non-Family Civil Disputes: The Commercial Court and Court of Appeal*. Lord Chancellor's Department, Research Secretariat, 2002. Accessed February 22, 2010.
- Folberg, Jay, and Alison Taylor. *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1984.
- Shonk, Katie. "Types of Mediation: Choose the Type Best Suited to Your Conflict." Program on Negotiation, Harvard Law School, 2022. <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/types-mediation-choose-type-best-suited-conflict/>.
- Mohammad Hafiz Mohd Zaki, Mazbah Termizi, and Muhammad Ridhwan Saleh. "Mediation v Sulh: A Comparative." Paper presented at the International Conference on Dispute Resolution, Modern Trends in Effective Disputes Resolution, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia (UIAM), August 9-10, 2017.
- Mohd Fuad Mohd Salleh, and Jamilah Othman. "Peranan Pegawai Sulh dalam Penyelesaian Konflik Keluarga Islam." *JUTEKS: Jurnal Teknikal & Kajian Sosial* 7 (2008): 37-48.
- National Alternative Dispute Resolution Terms*. Nexis Butterworth, 2003.
- Nora Abdul Hak. "Family Mediation in Asia: A Special Reference to the Law and Practice in Malaysia." *IUM Law Journal* (2007): 121-148.
- Ooi, C. S. S., Choong, Y. C., and Tie, F. H. "Court-Annexed Mediation Practice in Malaysia: What the Future Holds." *University of Bologna Law Review* 1, no. 2 (2016).
- Raihanah Azahari. "Pelaksanaan Sulh di Jabatan Kehakiman Syariah Selangor Darul Ehsan (JAKESS): Satu Sorotan Awal." *Jurnal Syariah* 12, no. 2 (2004): 43-78.
- Raihanah Azahari. "Sulh dalam Perundangan Islam: Kajian di Jabatan Kehakiman Syariah Selangor Darul Ehsan (JAKESS)." PhD diss., Universiti Malaya, 2005.
- Raihanah Azahari. *Sulh dalam Kes Kekeluargaan Islam*. Kuala Lumpur: Penerbit Universiti Malaya, 2008.
- Ramizah Wan Muhamad. "Sulh sebagai Alternatif Penyelesaian Kes di Mahkamah Syariah." In *Kaedah Perundangan Bidangkuasa dan Tatacara Mahkamah Syariah*, edited by Farid Sufian Shuaib, Mohd. Hisham Mohd Kamal, and Tajol Aris Ahmad Bustami, 128-141. Kuala Lumpur: Dewan Bahasa Pustaka, 2005.
- Ramizah Wan Muhamad. "The Theory and Practice of Sulh (Mediation) dalam the Malaysian Syariah Courts." *IUM Law Journal* 16 (2008): 33-35.
- Seumas Tan, *Mediation Skills and Techniques: A Practical Handbook for Dispute Resolution and*

- effective Communication* (Kuala Lumpur, Sweet & Maxwell Asia, 2012).
- Sulh Officers Code of Ethics*. Department of Syariah Judiciary, Malaysia (JKSM), 2002. Released by Dato' Sheikh Ghazali bin Hj. Ab. Rahman, former Chief Syariah Judge.
- Sulh Work Manual*. Department of Syariah Judiciary, Malaysia (JKSM), 2002.
- Syed Khalid Rashid. "Alternative Dispute Resolution in the Contexts of Islamic Law." *The Vindobons Journal of International Conventional Law and Arbitration* 8, no. 1 (2004): 95-118.
- Garner, V., B. A. *Black's Law Dictionary*. 7th ed. West Group, 1999.
- Wahbah al-Zuhayli. *al-Fiqh al-Islami wa Adillatuh*. Dimashq: Dār al-Fikr, 1989.
- Wan Azimin Wan Adnan and Ahmad Hidayat Buang. "Pelaksanaan Sulh Dalam Kes Melibatkan Tuntutan Hartanah Orang-Orang Islam Di Mahkamah Syariah Di Malaysia: Tinjauan Terhadap Kajian Lepas: The Implementation of Sulh involving Real Estate Claims of Muslims in Shariah Court in Malaysia: A Survey of Previous Studies." *Journal of Shariah Law Research* 4, no. 1 (2019): 27-54.
- Tun Arifin Bin Zakaria. "Speech by YAA Tun Arifin Bin Zakaria Chief Justice of Malaysia at the Opening of the Legal Year 2015, 10 January 2015 Main Hall, Ministry of Finance, Precint 3, Putrajaya." *MLJ* 1 (2015): cxxxii.
- Zainul Rijal Abu Bakar. "Sulh in Malaysian Syariah Courts." Paper presented at the 2nd AMA Conference: Rediscovering Mediation in the 21st Century, Sheraton Imperial Hotel, Kuala Lumpur, 2011.



Legal Framework and Implementation Of Mediation In Child Custody Disputes At The Syariah Court Of Malaysia

Malezya Şeriat Mahkemelerinde Çocuk Velayeti (Hidanesi) Anlaşmazlıklarında Arabuluculuğun Hukuki Çerçevesi ve Uygulaması

Ahmad Mukhlis Mansor

Abstract

The goal of resolving disagreements amicably has been emphasized in numerous Islamic legal texts. Since 2001, the Malaysian Shariah Court has offered mediation, or *sulh*, as a form of alternative conflict resolution. *Sulh* aspires to end the ongoing hostilities and restore peace between the parties. The COVID-19 pandemic has affected the marital system among the Muslim community in Malaysia, leading to the practice of online *sulh* besides the normal face-to-face *sulh*, particularly in child custody dispute situations. The study employs a combination of library-based, qualitative research approaches and interviews with the *sulh* officers. This article explores the legislative framework and the implementation of *sulh* or mediation in the Syariah Court, with a particular emphasis on cases involving child custody issues. The study revealed that mediation is a suitable means of resolving family disputes, particularly the *hadhanah* or child custody disputes. Apart from that organized legislation, rules, and regulations make the implementation of mediation neat and orderly.

Keywords: Sulh, Child Custody Dispute (Hadhanah), Syariah Court, Mediation, ADR

Öz

Uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözülmesi amacı birçok klasik fıkıh metninde vurgulanır. 2001 yılından bu yana, Malezya Şeriat Mahkemesi, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk (uygulamadaki ismiyle sulh) hizmeti sunmaktadır. Sulh, taraflar arasındaki devam eden uyuşmazlıklara son vermeyi ve barışçıl anlaşmayı tesis etmeyi amaçlamaktadır. COVID-19 pandemisi, Malezya'daki Müslüman toplum içerisinde evlilik sistemini etkilemiş; bu durum, özellikle çocuk velayeti (hidane) anlaşmazlıklarında yüz yüze sulhun yanı sıra çevrimiçi sulh uygulamalarına da yol açmıştır. Bu çalışma, kütüphane temelli nitel araştırma yöntemleri ile sulh memurlarıyla yapılan görüşmeler bir arada kullanılarak Şeriat Mahkemesi'ndeki sulh ya da arabuluculuk uygulamalarının yasal çerçevesini ve özellikle çocuk velayeti (hidane) anlaşmazlıklarına odaklanarak bu uygulamaların nasıl hayata geçirildiğini incelemektedir. Makale, arabuluculuğun, özellikle hidane ya da çocuk velayeti anlaşmazlıklarında, aile içi uyuşmazlıkların çözümü için uygun bir yöntem olduğunu ortaya koymuştur. Ayrıca sistematik bir mevzuat içerisinde kurallar ve yönetmeliklerin varlığının, arabuluculuk uygulamalarını düzenli ve sistemli bir şekilde gerçekleştirmeye olanak tanıdığı tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sulh, Çocuğun Velayeti (Hidane), Şeriat Mahkemesi, Arabuluculuk, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR)

* **Corresponding Author:** Ahmad Mukhlis Mansor, Syariah Court of Federal Territories, Malaysia. E-mail: mukhlismansor@esyariah.gov.my
ORCID: 0009-0007-3880-3916

To cite this article: Mansor, Ahmad Mukhlis. "Legal Framework and Implementation Of Mediation In Child Custody Disputes At The Syariah Court Of Malaysia." *darulfunun ilahiyat* 35, Special Issue on 'Family Mediation' (2024): 123–147. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.3.1430075>



INTRODUCTION

Malaysia is a unique country with a distinct legal structure based on English common law, known as the Common Law of Malaysia.¹ As a multiracial country, the legislation comprises various laws such as the Federal Constitution, States Constitution, and Islamic law. Under Article 121(1A) of the Malaysian Federal Constitution, the reassertion of the Malaysian Syariah Courts (MSC) jurisdiction as state courts by this regulation permits the courts to exercise exclusive jurisdiction over matters relating to Muslims and particular areas of Islamic Law.² The MSC is an institution created by state legislation.³ Islamic law and Islamic matters, including the establishment of Syariah Courts, come under the jurisdiction of the State, according to Article 74 of the Federal Constitution read together with the State List. Since its inception during the British colonial period, the MSC has experienced several administrative, management, and structural changes.⁴ Among the challenges faced by the MSC are the backlog of cases,⁵ limited jurisdiction, and inconsistency between Malaysian Syariah states' legislation.⁶ Other challenges include the failure of parties to comply with the court rulings,⁷ the issue of discrimination against women,⁸ and jurisdictional issues between the civil court and the Syariah court.⁹

In 1998, the Malaysian government established a centralized federal organization

-
- 1 Defrim Shabanaj, "Common Law of Malaysia: A Practical Approach," *E-Journal of Law* 2, no. 2 (2017): 42–68.
 - 2 See Article 74 of the Malaysian Federal Constitution, read together with Article 121 (1A) of the same Act.
 - 3 R. Dahlan and F. Sabila Faudzi, "The Syariah Court: Its Position Under The Malaysian Legal System," *Shariah Reports* 1 (2015): cci–ccxvi.
 - 4 Ainan Husnaa Muhammad Saifullah and Raihanah Abdullah, "A Brief Overview On The Inquisitorial Method In Malaysian Shariah Courts", *Journal of Shariah Law Research*, vol. 6, no. 1 (2021): 67–88.
 - 5 R. Abdullah, "Penangguhan Kes Di Mahkamah Syariah : Penyelesaian Dan Cabaran," *Jurnal Syariah* 17, no. 1 (2009): 1–30.
 - 6 H. Che Pa, N. H. Nor Muhammad, and S. Mustar, "Bidang Kuasa Eksklusif Mahkamah Syariah Selepas Pindaan Perkara 121 (1A) Perlembagaan Persekutuan: Satu Penilaian," *Malaysian Journal of Syariah and Law*, 2016.
 - 7 Zaini Nasohah, "Cabaran Penguatkuasaan Dan Pelaksanaan Perintah Nafkah Di Mahkamah Syariah Negeri Selangor Dari Perspektif Peguam Syar'ie," *Jurnal Undang-Undang Dan Masyarakat* 13 (2009): 115–28.
 - 8 F. S. Muhammad and A. Ruskam, "A Review of Discrimination Against Women in Shariah Courts," *Sains Humanika* 5, no. 3 (2015).
 - 9 Ramizah Wan Muhammad, "The Administration of Islamic Justice: Position and Jurisdictions of Syariah Court in Malaysia," *International Journal of Liberal Arts and Social Science* 8, no. 4 (2020): 43–64.

known as the Department of Syariah Judiciary Malaysia (JKSM) to standardize the administration and management of all MSCs.¹⁰ The mission of the JKSM is to improve efficiency and uniformity in the Syariah judicial administration system throughout Malaysia.¹¹ The MSC is responsible for providing legal aid and support to address family problems, including *hadhanah* or child custody disputes for divorced couples.¹² The delay in resolving the *hadhanah* issue by the Syariah Court impacts not only the divorced spouses but also the children who have witnessed their parents' separations.¹³

This paper studies the legal framework and implementation of *sulh* practice in the Malaysian Syariah Courts, emphasizing child custody disputes (*hadhanah*). The methodology used in this study is the interview with the *sulh* officers and the library-based methodology. The content-based analysis method was used to examine the data. The data were analyzed using content-based analysis. The study will contribute to the literature on the practice of *sulh* involving child custody disputes in the Syariah Courts.

CHILD CUSTODY ARRANGEMENT

Protecting the needs of the children after the parents' breakup is a must as children require complete attention after their parents' divorce. A study by Weaver and Schofield discovered that children from divorced families have more significant behavioral difficulties than children from intact families.¹⁴ Families with a less supportive and stimulating post-divorce home environment, mothers who were less sensitive and depressed, as well as a lower household income, were shown to be more likely to have children who had behaviour problems following divorce.¹⁵ The separation of parents led to insecurity in the lives of the children and their

10 Muhammad.

11 "Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia - Visi, Misi, Objektif," accessed August 17, 2021, <http://www.jksm.gov.my/index.php/ms/profil-jabatan/pengenalannya/visi-misi-objektif>.

12 Ramizah Wan Muhammad, "The Administration of Syariah Courts in Malaysia, 1957–2009," *Journal of Islamic Law and Culture* 13, no. 2–3 (2011): 242–52.

13 R. Ramli, D. Imam Supaat, and H. Hashim, "Kebiasaan Baharu (New Normal) Dalam Pelaksanaan Sulh Kes Hadhanah Dan Nafkah Anak: Isu Dan Cabaran: The New Normal of Sulh Implementation in Child Custody (Hadhanah) and Child Support (Nafkah): Issues and Challenges," *INSLA E-Proceedings* 3, no. 1 (2020): 414–37.

14 J. M. Weaver and T. J. Schofield, "Mediation and Moderation of Divorce Effects on Children's Behaviour Problems.," *Journal of Family Psychology* 29, no. 1 (2015): 39.

15 J. M. Weaver and T. J. Schofield, "Mediation and Moderation of Divorce Effects on Children's Behaviour Problems.," *Journal of Family Psychology* 29, no. 1 (2015): 39.

educational achievement.¹⁶ Maximizing interaction with children allows children to recognize that their parents have played a significant role in their development even though they are both separated. If parents can set aside their conflicts and only focus on the upbringing of their children as best as possible, this could achieve a joint custody arrangement.¹⁷ Joint custody or cooperative parenting arrangements such as the duty to determine issues relating to children (“legal custody”) and also the responsibility of taking care of children (“physical custody”) might be a possible answer in a child custody arrangement.¹⁸ Nowadays, joint physical custody has become a trend as it provides a child more access to both parents and; hence, a better outcome.¹⁹ In addition, children’s best interests are served when both parents are involved in the child’s upbringing and development.²⁰

In Islam, legal custody is also known as guardianship or *wilayah*. Guardianship is an authority that allows a person to enter contracts and other legal actions, carry them out, and endure the consequences.²¹ Guardianship refers to the implementation of a decision that impacts a third party, regardless of whether the desires of that person are considered or not.²² This form of guardianship can be categorized into two distinct types: guardianship of a person and guardianship of property.²³ Being a guardian of a person means having the power and responsibility to handle their personal matters, like marriage, schooling, discipline, medical care, job possibilities, and so on.²⁴ Conversely, when someone is appointed as the guardian of property, they are granted the authority to manage, execute, and enter into contracts, among

16 Jennie E. Brand et al., “Why Does Parental Divorce Lower Children’s Educational Attainment? A Causal Mediation Analysis,” *Sociological Science* 6 (2019): 264–92, <https://doi.org/10.15195/v6.a11>.

17 Beck v. Beck, 86 N.J. 480, 497-500 (1981).

18 Beck v. Beck, 86 N.J. 480, 498 (1981).

19 Karmely, M., “Presumption Law in Action: Why States Should Not Be Seduced into Adopting a Joint Custody Presumption,” *Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol’y* 30 (2016): 321.

20 Karmely, M., “Presumption Law in Action: Why States Should Not Be Seduced into Adopting a Joint Custody Presumption,” *Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol’y* 30 (2016): 321.

21 Wahbah Al-Zuhayli. *Al-Fiqh Al Islami Wa Adillatuhu*. Vol. 4. Damascus: Dar Al-Fikr, 1989, 139; Al-Siba’i, Mustafa and Al-Sobouni, ‘Abd al-Rahman. *Al-Ahwal Al Sakhsiiyyah Fi Al-Ahliyya Wal- Wassiiyyah wal-Tarakat*. 5th edn. Damascus: Al-Mattba’ah Al-Jadidah, 1978, 40.

22 Al-Siba’i, Mustafa and Al-Sobouni, ‘Abd al-Rahman. *Al-Ahwal Al Sakhsiiyyah Fi Al-Ahliyya Wal- Wassiiyyah wal-Tarakat*. 5th edn. Damascus: Al-Mattba’ah Al-Jadidah, 1978, 40-41

23 Al-Siba’i, Mustafa and Al-Sobouni, ‘Abd al-Rahman. *Al-Ahwal Al Sakhsiiyyah Fi Al-Ahliyya Wal- Wassiiyyah wal-Tarakat*. 5th edn. Damascus: Al-Mattba’ah Al-Jadidah, 1978, 40.

24 Wahbah Al-Zuhayli. *Al-Fiqh Al Islami Wa Adillatuhu*. Vol. 4. Damascus: Dar Al-Fikr, 1989, 140-141.

other legal actions, concerning the child's assets. All jurists agree that the father is the natural guardian of his minor children's person and property.²⁵

Having the right of physical custody or *hadhanah* refers to the protection provided to individuals who are unable to care for themselves, such as children or mentally ill individuals. This includes ensuring that their basic needs are met, such as providing food and drinks, with the aim of promoting their well-being.²⁶ The practice of *hadhanah* requires physical presence with the child, while the exercise of *wilayah* can be carried out remotely, regardless of whether the guardian is living with the child or not. The connection between guardianship (*wilayah*) and *hadhanah* can be viewed as a complicated framework of rights and responsibilities divided among the entitled individuals.²⁷ The primary difference between the two ideas is that *wilayah* is primarily concerned with decisions that have an impact on the child's welfare both now and in the future, whereas *hadhanah* is more emotionally focused on caring for and nursing the infant.²⁸

In America, the American Law Institute (ALI) offers a comprehensive parenting plan method. According to the ALI, a parenting plan is a set of provisions for allocating custodial and decision-making responsibilities for a child and resolving future disagreements between the parents.²⁹ The purpose is to help parents plan for their children's future. The ALI proposal on parenting plan also anticipates future conduct like parental planning on the child's custodial arrangements and upbringing, meaningful contact between the child and every parent, and security from exposure to conflict and violence.³⁰

The minimal custodial schedule that must be filed to the Court for approval should include a description of the child's living conditions at each parent's residence and a timetable/formula for when the child will remain at each place.³¹ The parenting

25 Al-Siba'i, Mustafa and Al-Sobouni, 'Abd al-Rahman. *Al-Ahwal Al Sakhsyiyah Fi Al-Ahliyya Wal- Wassiyah wal-Tarakat*. 5th ed. Damascus: Al-Mattba'ah Al-Jadidah, 1978, 41.

26 Al-Nawawi, Muhyee Al-Din Abu Zakariyya Yahya ibn Sharaf. *Minhaj al-Talibeen*, Engl. Trans., E.C Howard, Law Publishing Company, Lahore, Pakistan, n.d, 391

27 Zahraa, M., and Normi A. Malek. "The concept of custody in Islamic law." *Arab Law Quarterly* (1998): 157.

28 Zahraa, M., and Normi A. Malek. «The Concept of Custody in Islamic Law.» *Arab Law Quarterly* (1998): 157.

29 American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (Lexis Nexis Matthew Bender, 2002).

30 American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (Lexis Nexis Matthew Bender, 2002).

31 Raymond C O'Brien, "Child Support and Joint Physical Custody," *Cath. UL Rev.* 70 (2021): 229.

plan must also provide a method for making major childcare decisions, resolving disputes, and enforcing the plan's terms.³² Additionally, the mechanism for future modification of any court-approved plan may be detailed in the drafted agreement.³³

Child custody (*hadhanah*) and child maintenance disputes that emerge following parental divorce, according to Asmidah, must be resolved quickly and amicably to avoid further detrimental consequences for the child's development.³⁴ If family law litigation is not based on the nature of tolerance, it can become an endless source of hostility between disagreeing couples. Separating a child or adolescent from their parents might cause psychosocial problems, communication issues, delinquent behaviours, drug misuse or withdrawal from the school system.³⁵ Children of various ages had different demands. In children's growth, parent-child relationships played a significant role since it was vital to nurture, educate, and teach the religion and social norms of the children.³⁶

The issue of *hadhanah* or child custody rights should be handled quickly and effectively to benefit both the children and society. Inefficiency in dealing with child issues will cause tension in divorced couples and children, causing psychological trauma, creating social problems among them, particularly among youngsters, and ultimately affecting their healthy development.³⁷

MEDIATION (*SULH*) IN CHILD CUSTODY DISPUTES

Numerous countries, including the United States, Singapore, New Zealand, and Australia, require parents to participate in an alternative dispute resolution procedure

32 Raymond C O'Brien, "Child Support and Joint Physical Custody," *Cath. UL Rev.* 70 (2021): 229.

33 Raymond C O'Brien, "Child Support and Joint Physical Custody," *Cath. UL Rev.* 70 (2021): 229.

34 Asmidah Ahmad et al., "Hak Penyertaan Kanak-Kanak Dalam Prosiding Sulh (Mediasi) Di Mahkamah Syariah," *Journal of Advanced Research Design* 15, no. 1 (2015): 1-14.

35 P. E. del Pozo Franco et al., "Method for Recommending Custody to Minors Based on Parental Responsibility Using a Neutrosophic Cognitive Map," *Neutrosophic Sets and Systems* 44 (2021): 324-32.

36 Eyüp Ensar Dal, "The Social Construction of Childhood in the Ottoman Society: A Socio-Legal Analysis of Childcare in Early Eighteenth-Century Üsküdar" (Middle East Technical University, 2021).

37 Ramli, Supaat, and Hashim, "Kebiasaan Baharu (New Normal) Dalam Pelaksanaan Sulh Kes Hadhanah Dan Nafkah Anak: Isu Dan Cabaran: The New Normal of Sulh Implementation in Child Custody (Hadhanah) and Child Support (Nafkah): Issues and Challenges." *Insla E-Proceedings* 3, no. 1 (2020): 417.

before initiating the lawsuit process.³⁸ A similar approach is followed in the MSC. The court will appoint a date for both parents to attend the mediation process or *sulh* council, administered by the *sulh* officer when accepting *hadhanah* and child support cases.³⁹

Suitability of Mediation in Family Disputes

Mediation is a desirable procedure for resolving family disputes because it addresses non-legal emotional and relationship issues.⁴⁰ Due to the unique character of family disagreements, which can trigger feelings of grief, anxiety, rage, bitterness, hostility, and an overwhelming sense of loss, mediation is a more helpful medium for resolving disputes, as it focuses on problem-solving and private ordering.⁴¹

Mediation Involving Domestic Violence and Child Abuse

It is essential to note that not all family law situations are appropriate for mediation. For example, in cases involving domestic violence or child abuse, mediation is not a suitable solution. The *sulh* in the Syariah court, according to Nor Fadzlina, has no legal provisions for power imbalance or exclusions for concerns of violence.⁴²

Dafna argued that in most divorce cases involving violence, the batterers' dominant power or power imbalance usually succeeds in the disputed case.⁴³ When the batterer is granted custody of the children in a child custody case, the children are more vulnerable to violence. Even though the disagreement may be resolved more quickly

38 S. Ahmad and N. Abdul Hak, "Family Mediation and Sulh: An Alternative Dispute Resolution in Malaysia," *International Journal of Social Policy and Society* 7, no. January (2010): 66–79, https://www.researchgate.net/profile/Saodah_Ahmad/publication/299336872_FAMILY_MEDIATION_AND_SULH_AN_ALTERNATIVE_DISPUTE_RESOLUTION_IN_MALAYSIA/links/56f0fa5308aecedbe3ce45797.pdf.

39 S. Ahmad, "User Satisfaction With Sulh (Mediation) in the Selangor Syariah Judicial Department," *Malaysian Journal of Consumer* 19, no. December (2012): 125–41, https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44936808/Saodah_A_-_User_Satisfaction_with_Sulh_Mediation_in_the_Department_of_Syariah_Judiciary_Selangor.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1503204740&Signature=sRo7qZ7Dmm94fioSXQVLoqSSYpQ%25.

40 M. Kamenecka-Usova, "Mediation for Resolving Family Disputes," in *SHS Web of Conferences*, vol. 30 (EDP Sciences, 2016), 18.

41 N. Abdul Hak, "Islamic Arbitration (Tahkim) and Mediation in Resolving Family Disputes: A Comparative Study under Malaysian and English Law" (Glasgow Caledonian University, 2002).

42 N. F. Naw, "Mandating Mediation in Family Law Conflict in Malaysia: Exploring Judges and Lawyers' Perspectives," in *IACM 24th Annual Conference Paper*, 2011.

43 D. Lavi, "Til Death Do We Part: Online Mediation as an Answer to Divorce Cases Involving Violence," *NCJL & Tech.* 16, no. 2 (2015): 253.

than through litigation, it may cause injustice to the victim, usually the mother.⁴⁴ Mediation should not be used when there is a severe imbalance in the negotiating position or when one side is afraid of the other as a domineering person.⁴⁵

On the other hand, other studies rebut the above arguments, arguing that mediation benefits even involving parties experienced with domestic violence.⁴⁶ Jessica stated that while mediation is not always appropriate in this type of situation, it may be used to assist a victim in communicating safely with the batterer about ending the violence. It also assists the batterer and the victim in exploring treatment options and helps a family establish visitation arrangements that limit the abuser's contact with the victim.⁴⁷

Nur Farahiyah, Zinatul, and Shamsuddin observed that, in some cases where there was no physical violence, the mediator could not recognize the existence of domestic abuse on the victim.⁴⁸ They also emphasized the necessity of the mediator's role in identifying hidden violence during mediation.⁴⁹

The Practice of Sulh in the Malaysian Syariah Court and Its Recent Application

The application of *sulh* in the MSC is consistent with Islamic law. *Sulh* is prohibited when it interferes with *huququllah* (Allah's rights), such as *hudud* punishment, *zakat*, and *kafarah*.⁵⁰ Any attempt to go beyond this prescribed provision by a joint settlement is sinful and unlawful. On the other hand, compromise and reconciliation are promoted in *huquq al ibad* (human rights), provided that they are fair and equitable and do not contradict any Syariah laws.⁵¹

44 D. Lavi, "Til Death Do We Part: Online Mediation as an Answer to Divorce Cases Involving Violence," *NCJL & Tech.* 16, no. 2 (2015): 253.

45 Su'aida, Safei. "Mediation as an Alternative Mode of Resolving Family Disputes in Malaysia." PhD Dissertation, University of Malaya, 2005.

46 Fernanda S Rossi et al., "Shuttle and Online Mediation: A Review of Available Research and Implications for Separating Couples Reporting Intimate Partner Violence or Abuse," *Family Court Review* 55, no. 3 (2017): 390–403.

47 Pearson, J., *Divorce Mediation & Domestic Violence* (Centre for Policy Research, 1997).

48 N. F. M. Nasir, Z. A. Zainol, and S. Suhor, "Mediating Family Disputes Involving Violence in Malaysia," *International Journal of Asian Social Science* 8, no. 12 (2018): 1120–29.

49 N. F. M. Nasir, Z. A. Zainol, and S. Suhor, "Mediating Family Disputes Involving Violence in Malaysia," *International Journal of Asian Social Science* 8, no. 12 (2018): 1120–29.

50 N. Ab Aziz and N. Hussin, "The Application of Mediation (Sulh) In Islamic Criminal Law," *Jurnal Syariah* 24, no. 1 (2016).

51 Nor'Adha Abdul Hamid et al., "Alternative Dispute Resolution (ADR) Via Sulh Processes," *International Journal of Law, Government and Communication* 4, no. 17 (2019): 25–33.

Sulh was implemented in the Syariah Court to lessen the backlog of cases and strengthen the Syariah Court's operation. In July 2001, *sulh* was first introduced as a pilot study in the Federal Territory of Kuala Lumpur. The *sulh* practice was legalized by section 99 of the Syariah Court Civil Procedure (Federal Territories) Act 1998. Selangor became the second State in 2002 to implement *sulh* practice in resolving disputes to reduce case backlogs.⁵²

Before the formal and structured application of *sulh*, the amicable settlement was a practice in the MSC. In the *Zailan bt Mohamad v Mohd Ariff b Ali* (unreported civil case No 12/2000, Syariah Court Petaling Jaya), the Plaintiff sought *fasakh* divorce on a variety of grounds, including the Defendant's refusal to provide maintenance to the Plaintiff and their four children.⁵³ Throughout the trial, both counsels recommended that the Plaintiff and Defendant resolve their differences amicably through *sulh*, which resulted in an amicable resolution. The Sharie lawyer's role in advising the parties to resolve their family conflicts through *sulh*, which resulted in a consent judgement, helps the parties to reach an agreement.

In the case of *Rozita binti Mohd v Tengku Rohaizak Bin Tg Rakmal*,⁵⁴ the plaintiff (wife) and defendant (husband) were divorced on June 24, 2018. The couple had two boys and a girl. The child custody claim was filed on 15 January 2019 at the Syariah Court of Terengganu. The plaintiff claimed she cared for the children's needs and education during and after the divorce. According to the plaintiff, the defendant works in Selangor, far from their residential home, and cannot properly look after the children if he is given custody rights. Neither party had legal representation, and the dispute was resolved through a mutual agreement during *sulh* session on 11 March 2019. The *sulh* agreement was recorded on the same day, 11 March 2019.

In its ruling, the court asserted that according to Hukum Syarak, *sulh* (settlement) is subject to certain requirements, namely, conditions on the individuals involved and the subject matter at hand. Thus, before officially endorsing the mutual agreement entered between parties, the Court must thoroughly examine the facts and issues of the case. To answer whether the child is subject to the *hadhanah* claim, the Court is convinced that the third child, a male, aged five, and the second child, a female, aged eight, are still underage and have not yet reached the age of *mumayyiz*. Thus,

52 S. Ahmad and N. Abdul Hak, "Sulh (Mediation) in the State of Selangor: An Analysis of Legal Provisions and Application," *IJUM Law Journal* 18, no. 2 (2010).

53 Norlia Ibrahim, Zuhairah Ariff Abd Ghadas, and Murshamsul Kamariah Musa, "' Domestic Contracts' The Effect of Family Contracts; The Malaysian Law Perspectives," *Journal of Management Research* 7, no. 2 (2015): 387.

54 [2019] (unreported). Summons No: 11300-028-0012-2019

the children still require a custodian for welfare, education, and safety. The children are still unable to handle things on their own. In accordance with Section 84 (1) of the Islamic Family Law (Terengganu) Enactment 2017, the plaintiff (the mother) is the individual who is most entitled to provide care for the children who are incapable of self-management. The trial judge stated that the court could hear and consider the children's views and let them choose their custodian if they had reached the age of *mumayyiz*. However, the Court is not obligated to agree solely with the children's decision, as the Court must also take into account the child's welfare and *maslahah*. Section 87(2) of the Islamic Family Law (Terengganu) Enactment 2017 states that the child can choose who they want to be with. However, in this case, because the parties's second and third children had not reached the age of *mumayyiz* to make a choice, the Court prioritizes the children's *maslahah* and welfare. According to the *sulh* report filed to the court, both parties were present during the *sulh* session and reached a mutual agreement. According to the court, mutual agreement is part of the concept of *sulh*. The Court ruled that the *sulh* consent agreement was irrevocable and could not be appealed, as stated in the Practice Direction of the Syariah Court No. 5 of 2006. The court also exercised caution in adopting the consent agreement, as it must continue to adhere to the governing principle of child custody, which is that the child's welfare is the most important factor. It was also decided that while deciding who gets custody of a child, the court will take the parents views into account. If the court believes that the parents' wishes would be bad for the child's welfare, then any consent agreement will be thrown out and the court will make a decision that is best for the children. In addition, the Judge evaluates whether the parties have fulfilled the conditions of *sulh* by endorsing the settlement agreement. The Judge was convinced that the conditions of *sulh* were fulfilled whenever the defendant agreed to the plaintiff's claims.

Besides *sulh* officers, judges sometimes play a role in reaching an amicable settlement of disputes among the disputing parties. Judges can use the inquisitorial technique to encourage parties to settle their issues at any time before or after a trial begins.⁵⁵ The use of inquisitorial procedures for civil court trials in the Syariah Courts is highlighted in the Syariah Court Practice Direction No.7 of 2019.⁵⁶ The practice direction guides courts in conducting an inquisitorial trial in civil disputes if the judge deems it essential. The inquisitorial technique is relevant when the judge believes "hidden" material presented by parties or some issues need to be probed.⁵⁷ Such

55 Saifullah and Abdullah, "A Brief Overview On The Inquisitorial Method In Malaysian Shariah Courts."

56 Arahan Amalan Mahkamah Syariah Seluruh Malaysia Tahun 2019 by virtue of Practice Direction No.7 entitle "Garis Panduan Perbicaraan Kes Mal Secara Inquisitorial".

57 Saifullah and Abdullah, "A Brief Overview On The Inquisitorial Method In Malaysian Shariah Courts."

practice may enhance the administration and procedural system in the Syariah courts.⁵⁸

According to Nurah, the Syariah Court's *sulh* concept applies the true essence of mediation, that the mediator's responsibility is to assist the parties in reaching an amicable settlement.⁵⁹ The mediator will not make decisions or suggest the terms of the agreement that the parties must conclude. The mediators may only advise the parties and guide them in situations where the parties agree on the terms or conditions contrary to the rules or the Islamic Law.

Apart from the normal face-to-face *sulh* at the Syariah court, online mediation has also become an option in the practice of *hadhanah* and other disputes. The implementation of the Movement Control Order (MCO) due to the COVID-19 pandemic affected the administration of the Syariah court. This involves the closure of courts requiring the judiciary to work according to new standards, such as the online execution of court processes. Online *sulh* is one of the various strategies that are suitable for the current circumstances. Online *sulh* is currently practiced in the state of Selangor⁶⁰, Malacca⁶¹, Sarawak, Pulau Pinang⁶², Federal Territories and Negeri Sembilan. It can only commence with the approval of both disputing parties.⁶³ Third-party involvement is not allowed, except with the permission of the *sulh* officer. Under rule 9(2) of the Syariah Court Civil Procedure (Sulh) (State of Pulau Pinang) Rules 2021, it stated that “*Each party shall attend the Majlis Sulh personally without any Syarie Counsel or any other parties unless with the leave of the Sulh Officer*”.

Online *sulh* save the parties' costs and time because they may not have to pay for travel or lodging if they reside far away from the mediation office.⁶⁴ Because the parties will not have to travel or wait before their session begins, they will

58 Saifullah and Abdullah, “A Brief Overview On The Inquisitorial Method In Malaysian Shariah Courts.”

59 N. Sabahiah Mohamed, “Mediation in the New Dispute Resolution Landscape; a Case for the Enhancement of Its Application in Malaysia” PhD Dissertation, University of Malaya, 2013.

60 A. M. Mansor, N. A. Hak, and R. C. Soh, “Online Mediation in The Malaysian Shariah Court: Its Benefits and Challenges,” *INSLA E-Proceedings* 3, no. 1 (2020): 279–88.

61 From the interview with Puan Norazita inti Mohd Ali, Head Sulh Officer at Syariah Court of Malacca on August 5, 2021.

62 From the online interview via Zoom with Puan Nurulhuda Bt Dzulkifli, Head Sulh Officer at Jabatan Kehakiman Syariah Pulau Pinang on August 5, 2021.

63 A. M. Mansor, N. A. Hak, and R. C. Soh, “Online Mediation in The Malaysian Shariah Court: Its Benefits and Challenges,” *INSLA E-Proceedings* 3, no. 1 (2020): 279–88.

64 A. M. Mansor, N. A. Hak, and R. C. Soh, “Online Mediation in The Malaysian Shariah Court: Its Benefits and Challenges,” *INSLA E-Proceedings* 3, no. 1 (2020): 279–88.

only have to adhere to the schedule set by the court.⁶⁵ However, to ensure the confidentiality of the *sulh* process, the online *sulh* that is practiced in the Syariah Court of Sarawak requires parties to appear physically at the nearest Syariah Court office or any government office for their *sulh* session. Parties are not allowed to stay and proceed with mediation at their convenience venue, as practiced in Selangor and other states.⁶⁶ It is observed that the Department of Syariah Judiciary of Sarawak has detailed rules and guidelines for the implementation of *sulh* online. In order to effectively manage the administration of *sulh* in the state, as there are only two *sulh* officers, also taking into account the state's geography, by implementing online *sulh*, the *sulh* officers involved no longer need to commute outside the district on a weekly basis. This can efficiently optimize the use of human resources, expenses, and administration of the *sulh* case. The State of Sarawak has introduced *Sulh* Guideline Number 1 Year 2021, which contains three (3) documents, namely:

- (i) The Conduct of the Online Sulh Council
- (ii) Procedure for Signing the Consent Agreement Document Online
- (iii) Methods for Signing and Endorsement of the Consent Agreement Document in the Digital Mode

The guideline is quite detailed, elaborating on how *sulh* online is executed in the Syariah Court of Sarawak. The Syariah Judiciary of Sarawak also issued the new Practice Direction of 2021 of online *sulh*.⁶⁷

An example of an online *sulh* conducted in the Syariah Court of Federal Territories for *hadhanah* case can be seen in the case of *Wan Suzana Binti Wan Sulaiman v. Rasil Bin Jaafar* (case no: 14101-028-0384-2022). In this case, the Plaintiff, residing in Kuala Lumpur, requested an online *sulh* session due to the ex-husband's return to his hometown in Sabah after their divorce. The defendant could not attend the face-to-face court session due to work constraints, financial difficulties, and travel distance. The defendant agreed that the session be held online. After the application was reviewed and approved, an online session was held on December 5, 2022. The Plaintiff was instructed to appear physically at the court office at the Syariah Court of the Federal Territory of Kuala Lumpur, while the Defendant was online from his

65 A. M. Mansor, N. A. Hak, and R. C. Soh, "Online Mediation in The Malaysian Shariah Court: Its Benefits and Challenges," *INSLA E-Proceedings* 3, no. 1 (2020): 279–88.

66 From the online interview via Zoom with Tuan Haji Najarudin Bin Haji Nedri, Head Sulh Officer at Jabatan Kehakiman Syariah Sarawak on August 5, 2021.

67 From the online interview via Zoom with Tuan Haji Najarudin Bin Haji Nedri, Head Sulh Officer at Jabatan Kehakiman Syariah Sarawak on August 5, 2021.

home in Sabah. The online session done using Google Meet lasted for around one hour. Following the negotiation session, the Plaintiff, the biological mother, would be granted custody of three of the parties' children. The Plaintiff and the Defendant mutually agree that the Defendant is granted the right to have access and quality time with the children, provided that the Defendant notifies the Plaintiff in advance. The case was then endorsed as a court order online by the Syariah High Court Judge.

It is observed that although the Malaysian Syariah Court uses online *sulh*, physical meetings are still the primary means of implementing *sulh*. Through face-to-face mediation, the behaviour and demeanour of the parties can be observed directly by the *sulh* officer, and it can even provide more focus to the parties when the discussion session is held. Online sessions are suitable for unavoidable situations such as the parties being far away or abroad, health constraints, or unavoidable obstacles such as a pandemic.

THE LAW GOVERNING ON SULH

The establishment of *sulh* in the Syariah Court can be seen in the Syariah Court Civil Procedure Act or Enactment. For example, under section 99 of the Syariah Court Civil Procedure (Federal Territories) Act 1998, *sulh* may commence at any stage of the proceedings.

Section 99. *Sulh*.

At any stage of the proceedings, the parties to any proceedings may hold sulh to settle their dispute following such rules as may be prescribed or, in the absence of such regulations, following Islamic Law.

The Court may record any amicable resolution or consent judgement by the disputing parties at any time as stated under section 131 of the Syariah Court Civil Procedure (Federal Territories) Act 1998. Under section 247 of the same Act, the Syariah Court Rules Committee may introduce rules related to the practice of *sulh* for better understanding and operation.

As of February 2024, all the MSCs had their own *Sulh* Rules except for Sarawak.⁶⁸ The first State with its own *Sulh* Rules was Selangor in 2001,⁶⁹ followed by the

68 The State of Sarawak has the drafted Rules named the Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Sarawak) Rules 2014 but has not been gazetted. When interviewed on 10 May 2023, the Head of the *Sulh* Unit, Syariah Judiciary Department of Sarawak Mr Haji Najaruiddin bin Haji Nedri told that they are in the process of introducing their own *Sulh* Rules soon. Although they have yet to gazette the *Sulh* Rules, the practise of *sulh* has been implemented there for quite some time.

69 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) Selangor Rules 2001

Federal Territories,⁷⁰ Malacca,⁷¹ and Johor⁷² in 2004. Pahang⁷³ gazetted its own Sulh Rules in 2005, followed by Pulau Pinang in 2006 (the said rule has been repealed by introducing the new 2021 Rules).⁷⁴ The State of Kelantan⁷⁵ introduced the *Sulh* Rules in 2007 (the said rule has been repealed by introducing the new 2021 Rules). In 2014, Terengganu⁷⁶ introduced its *Sulh* Rules, followed by Negeri Sembilan⁷⁷ and Perak⁷⁸ in 2016. The State of Kedah⁷⁹ later gazetted in 2017. In 2018, Perlis⁸⁰ and Sabah⁸¹ were the last states to gazette their *Sulh* Rules. Recently, the state of Sabah has acted proactively by amending their 2018 Sulh Rules by introducing the Syariah Court Civil Procedure (Sulh) (Sabah) Rules 2023.

For the past 4 years, three States have introduced their new Sulh Rules: the State of Pulau Pinang in 2021, Kelantan in 2021, and the most recent one is Sabah in 2023. The Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (State of Penang) Rules 2021 listed 19 rules for the smooth running of *sulh*. As for Kelantan, they introduced 17 rules; meanwhile, Sabah listed 16 rules altogether. The arrangement of the new regulations of these 3 states is specified in the table below:

Table 1.

The arrangement of rules under the Syariah Court Civil Procedure (Sulh) Rules of the States

Rule No.	Syariah Court Civil Procedure (<i>Sulh</i>) (State of Penang) Rules 2021	Syariah Court Civil Procedure (<i>Sulh</i>) Rules 2021*	Syariah Court Civil Procedure (<i>Sulh</i>) (Sabah) Rules 2023
1	<i>Citation and commencement</i>	<i>Citation and commencement</i>	<i>Citation and commencement</i>
2	<i>Interpretation</i>	<i>Application</i>	<i>Application and non-application</i>
3	<i>Application</i>	<i>Interpretation</i>	<i>Interpretation</i>
4	<i>Forms</i>	<i>Establishment of Majlis Sulh</i>	<i>Establishment of Majlis Sulh</i>
5	<i>Establishment of Majlis Sulh</i>	<i>Commencement of the sulh</i>	<i>Commencement of the sulh</i>

70 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Federal Territories) Rules 2004

71 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) Rules 2004 of Malacca

72 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) Rules 2004 of the State of Johor

73 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) Rules 2005 of Pahang

74 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (State of Penang) Rules 2021. The previous 2006 Rules were repealed by introducing the new rules gazetted on July 8, 2021.

75 Civil Procedure (*Sulh*) Rules 2007 of Kelantan

76 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Terengganu) Rules 2014

77 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Negeri Sembilan) Rules 2016

78 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Perak) Rules 2016

79 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Kedah Darul Aman) Rules 2017

80 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Perlis) Rules 2018

81 Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Sabah) Rules 2018

6	<i>Commencement of the sulh</i>	<i>Duration of the sulh</i>	<i>Duration of the sulh</i>
7	<i>Duration of the sulh</i>	<i>Extension of time of sulh</i>	<i>Extension of time</i>
8	<i>Extension of time</i>	<i>Procedure for sulh</i>	<i>Procedure of the sulh</i>
9	<i>Procedure of the sulh</i>	<i>Implementation of Majlis Sulh</i>	<i>Conduct of Majlis Sulh</i>
10	<i>Conduct of Majlis Sulh</i>	<i>Ethics of the Sulh Officer</i>	<i>Sulh agreement</i>
11	<i>Settlement agreement</i>	<i>Termination or cessation Majlis Sulh</i>	<i>Withdrawal of a claim in dispute</i>
12	<i>Confession or consent judgement</i>	<i>Withdrawal Sulh Officer of the Majlis Sulh</i>	<i>Fail to resolve claim in dispute</i>
13	<i>Termination of Majlis Sulh</i>	<i>Judgement by confession or consent</i>	<i>Consent judgement</i>
14	<i>Report on the failure of settlement</i>	<i>Report if there is no settlement</i>	<i>Termination of Majlis Sulh</i>
15	<i>Etiquette of the Sulh Officer</i>	<i>Confidentiality</i>	<i>Disclosure of the communication</i>
16	<i>Confidentiality</i>	<i>Protection of the Sulh Officer</i>	<i>Revocation and savings</i>
17	<i>Contempt of the Sulh Officer and proceeding</i>	<i>Repeal</i>	
18	<i>Protection of the Sulh Officer</i>		
19	<i>Repeal and saving</i>		
<i>*State of Kelantan (it is not written above because that is the actual name of the said Rule)</i>			

It is observed that, although most of the new rules in these 3 states are consistent in terms of the substance with one another, some states provide an additional item to the provisions of their Rules.

In addition to the Act/Enactment and Rules, the issuance of the Practice Direction of the Syariah Court clarifies the implementation of *sulh* in Malaysia. Considering the benefits, significance, and effectiveness of implementing the *sulh* in the Syariah Court, various matters can be referred to the *Majlis Sulh*. Practice Direction No.3 the Year 2002 elaborates on the use of *sulh* where as soon as possible, not exceeding 21 days, cases suitable for *sulh* must be referred to *Majlis Sulh* by calling the parties involved for a *sulh* session for a peace settlement. For cases that fail at this stage, a trial date must be set after all pleadings have been completed. Under Practice Direction No. 1 of 2010, there are 18 types of cases to be directed to the *Majlis Sulh* at the case registration stage. The lists are as follows:

Table 2.

Cases to be directed to the sulh council at the case registration stage referring to Practise Direction No. 1 2010 of the Syariah Courts

<i>No</i>	<i>Code Case*</i>	<i>The type of Case</i>
1	009	Bethrotal Damages (<i>Tuntutan Gantirugi Pertunangan</i>)
2	016	Muta'ah Claim (<i>Mutaah</i>)
3	017	Jointly Acquired Property (<i>Tuntuan Harta Sepencarian</i>)
4	018	Maintenance of the Wife (<i>Tuntutan Nafkah Isteri</i>)
5	019	Maintenance of the Disabled Party (<i>Tuntutan Nafkah Kepada Pihak Tak Upaya</i>)
6	020	Security for Maintenance (<i>Tuntutan Cagaran Nafkah</i>)

7	021	'Iddah Maintenance (<i>Tuntutan Nafkah Eddah</i>)
8	022	Variation of the Maintenance Order (<i>Tuntutan Mengubah Perintah Nafkah</i>)
9	023	Arrears of Maintenance (<i>Tuntutan Tunggalan Nafkah</i>)
10	024	Maintenance of Children (<i>Tuntutan Nafkah Anak</i>)
11	025	Variation of the Order for the Agreement on Custody or Maintenance of Children (<i>Tuntutan Mengubah Perintah Hak Jagaan Anak/Nafkah Anak</i>)
12	026	Variation of the Order for Custody or Maintenance of Children (<i>Tuntutan Mengubah Perjanjian Hak Jagaan Anak/Nafkah Anak</i>)
13	028	Hadhanah/Child Custody Claims (<i>Tuntutan Hadhanah</i>)
14	049	Marriage Damages (<i>Tuntutan Gantirugi Perkahwinan</i>)
15	059	Right to Accommodation (<i>Tuntutan Hak Tempat Tinggal</i>)
16	060	Order for Husband to Resume Cohabitation (<i>Tuntutan Perintah Supaya Suami Tinggal Bersama Semula</i>)
17	062	Order for a Wife to Obey Husband (<i>Tuntutan Isteri Kembali Taat</i>)
18	063	Claim Mahar (<i>Tuntutan Mas Kahwin</i>)

* Starting in December 2022, the Syariah Judiciary Department (JKSM) has introduced new code cases for all cases; for example, hadhanah claim is under code case 231. This is by virtue of Practice Direction No. 12 Year 2019.

Apart from these cases, *sulh* may commence in any case instructed by a Judge, which in his opinion is necessary to be referred to *Majlis Sulh*.⁸² Some other states like Terengganu also allow *sulh* to be conducted in the divorce application.⁸³

The 2010 Practice Direction also provides an exemption for cases that have gone through the mediation process in the Legal Aid Department, and the parties have concluded an agreement. Such cases do not need to be referred to the *Majlis Sulh* during the registration stage. Straightaway after registration, the case may be brought to the Syarie Judge for endorsement of the consent agreement as a court order.

In *hadhanah* disputes, upon filing the case will be registered under code 028 or 231. If the Registrar satisfies that the case is suitable for *sulh*, a notice of *sulh* will be given to the parties. Any amicable settlement entered into by the parties during *Majlis Sulh* will be endorsed by the Court as the consent judgement order. Suppose later issues were raised in implementing the order; for instance, if there are material changes in the case, parties may apply a variation of order for *hadhanah* using code 026 or 232.

The procedure for serving *sulh* notices to parties in the *Majlis Sulh* shall follow the summons submission procedure as outlined in the Civil Procedure Law of the Syariah Courts of the States, or by a declaration of receipt of registered mail (A.R. Registered), as required by Practice Direction No. 5 2015.

82 Refer to the First Schedule of Subrule 3(1) of the Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (State of Penang) Rules 2021

83 Refer to the First Schedule of Rule 3 of the Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (Terengganu) Rules 2014

Practice Direction No. 11 of 2005 defines the Syariah Lower Court's authority to record any mutual agreement that falls within its jurisdiction. *Hadhanah* cases fall under the Syariah High Court's jurisdiction. Thus, a mutual agreement that succeeds for *hadhanah* disputes in *Majlis Sulh* must be endorsed by the Syariah High Court. Any consent agreement entered during *sulh* shall not be executed or enforced without first obtaining an order of the Court referring to Practice Direction No. 4 of 2006.

In addition to the issuance of the practice direction, the *Sulh Work Manual* was created by JKSM in 2002 as a guideline for the *Sulh Officers* in handling *sulh* at the Syariah Courts. It consists of 10 parts, namely:

Part 1: Introduction (*Permulaan*)

Part 2: Objective (*Objektif*)

Part 3: Preliminary Statement (Al-Taaruf) (*Kenyataan Awal (al-Taa'rif) Pegawai Sulh*)

Part 4: Preliminary Presentation of the Disputing Parties (*Pembentangan Awal Pihak Yang Bertikai*)

Part 5: Joint Discussion (*Perbincangan Bersama*)

Part 6: Separate Session /Caucus (*Pertemuan Sebelah Pihak (Kaukus)*)

Part 7: Joint Consultation (*Perundingan Bersama*)

Part 8: Concluding the Agreement (*Penghakiman Berasaskan Persetujuan*)

Part 9: Case Submitted Back (*Kes Diserahkan Kembali*)

Part 10: Confidentiality (*Kerahsiaan*)

There are also three (3) appendixes in the Manual, namely, dua (prayer) recitation during *Majlis Sulh*, settlement agreement format, and the draft format of the agreement order.

To ensure the smooth running of the *sulh* session, all *sulh* officers must adhere to the *Sulh Officer Court of Ethics 2002*. Any violation of this code of ethics may be taken action under the *Public Officers (Conduct and Discipline) Regulations 1993*. Among the general responsibilities of the *sulh* officers are allowing personal interests to conflict with official duties, using position for self-interest, being dishonest or tarnishing the name of the Syariah Court, and mingling freely with the public in a manner that may raise doubts about his ability to be fair in his duties. The *Sulh* officer cannot receive any gift related to official duties, provide an opinion on a matter being

discussed, or is likely to be an issue in any *Sulh* Council to be held, as the view made can be used by any party to support their argument later. The officers cannot participate in the activities of political parties. They shall be diligent and not delay without a reasonable excuse in resolving the *sulh* case and comply with the instructions issued by the Chief Syarie Judge. Moreover, *sulh* officers must continuously improve their knowledge and skills and implement justice as Islamic Law requires.

The code of ethics also elaborates on the specific responsibilities to be adhered to by the *sulh* officers. When conducting *sulh*, the *sulh* officer is under the duty not to proceed with *Majlis Sulh* when they are restless, angry, hungry, thirsty, sleepy, tired, and unhealthy. The officer cannot leave the session without a reasonable excuse or without obtaining the prior consent of the Chief Syarie Judge, also not conducting the *Majlis Sulh* where the disputing party involved is his enemy or friend who is likely to influence the handling of the *sulh*. The *sulh* officer must provide equal treatment to the parties, encourage the parties to resolve their disputes and reach an agreement voluntarily, and ensure that *sulh* proceedings are conducted in an orderly manner according to the *Sulh Work Manual* and encourage the parties to resolve their disputes and reach an agreement voluntarily. It is also crucial that the *sulh* officer be neutral and impartial.

***SULH* PROCESS IN *HADHANAH/CHILD* CUSTODY DISPUTES**

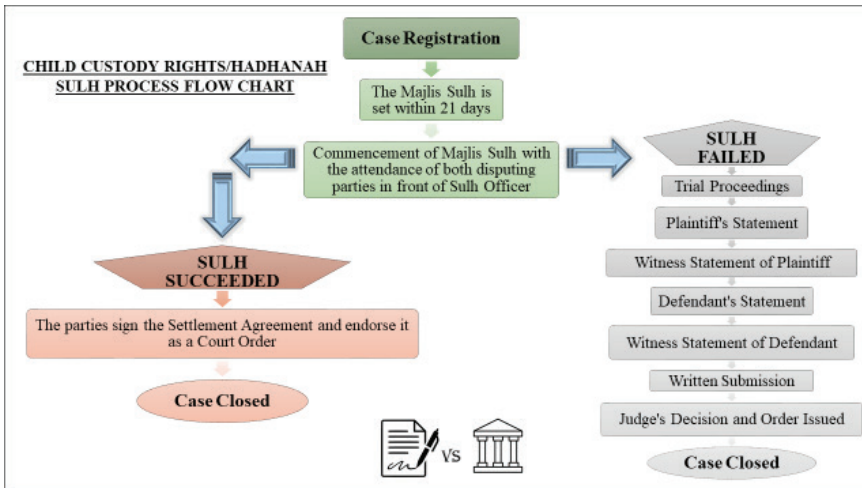
To begin with *sulh*, the parties must first identify their subject matter of dispute. Only issues concerning the rights of humankind can be settled using *sulh* methods. The MSC has its legislation on “*Hadhanah* or Custody of Children”. However, the provisions of the law on *hadhanah* in each State’s regulations are almost the same; there is no significant difference except for the arrangement of the sections only.⁸⁴ Section 81 of the Islamic Family Law (Federal Territory) Act 1984 stated the priority lists of persons entitled to custody of a child. Under subsection (1) of the same Act, the mother shall be of all persons the best entitled to the custody of her infant children during the connubial relationship as well as after its dissolution.

Upon receiving the case filing to the Syariah Court, the Registrar will assess and determine whether the case should go for *sulh* proceeding or continue for trial.⁸⁵ Previous studies highlighted the unsatisfactory presence of the Defendants and

84 Mahyidin Bin Hamat, Zuliza Kusrin, and Mohamad Nasran Mohamad, “Pelaksanaan Penjagaan Anak (*Hadhanah*) Di Malaysia,” *Al-HIKMAH Journal* 6, no. 12 (2016): 169–84.

85 Rule 6 of the Syariah Court Civil Procedure (*Sulh*) (State of Penang) Rules 2021 under the heading “Commencement of *sulh*”

a lack of awareness of the benefits of settlement through the *Majlis Sulh*.⁸⁶ Due to Defendant’s absence, the *sulh* session could not commence and was rendered ineffective, as the *sulh* concept itself necessitated the participation of both parties for discussion and negotiation to occur.⁸⁷ The nonattendance of either party or both for *sulh* or mediation session resulted in the case being referred to the court for trial, thus incurring more cost and time-consuming.



Flow Chart 1. Sulh Process in Child Custody Disputes/Hadhanah in the Malaysian Syariah Courts

The above flow chart outlined the process that will be undergone by disputing parties who have their child custody/*hadhanah* disputes at the MSC. Parties who can reach an amicable settlement during the *sulh* will undergo a less procedural process than the trial.

The mediator or *sulh* officer will play the primary role in the mediation session. He must be knowledgeable in the relevant subjects and have no personal or financial interest in the case’s outcome.⁸⁸ Lawyers who represent the disputing parties also

86 N. Abdul Hak and H. Khan, “The Application of Sulh in Resolving Community Disputes,” in *1st World Congress on Integration and Islamicisation of Acquired Human Knowledge (FWCII-2013), Prince Hotel & Residence, Kuala Lumpur* (Kuala Lumpur, 2013); N. Abdul Hak and U. A. Oseni, “Syariah Court-Annexed Mediation in Malaysia–Some Problems and Prospects,” *Asian Journal on Mediation* 2011 (2011): 1–10.

87 Ramli, Supaat, and Hashim, “Kebiasaan Baharu (New Normal) Dalam Pelaksanaan Sulh Kes Hadhanah Dan Nafkah Anak: Isu Dan Cabaran: The New Normal of Sulh Implementation in Child Custody (Hadhanah) and Child Support (Nafkah): Issues and Challenges.”

88 Mohammad Hafiz Bin Mohd Zaki, Mazbah Termizi, and Muhammad Ridhwan Saleh, “MEDIATION v. SULH: A COMPARATIVE STUDY,” in *ICDR 2017: Modern Trends in Effective Dispute Resolution*, 2017, 219.

play a role in advising the parties regarding the dispute's subject matter, including the possibility of resolving the issue through mediation. To ensure that *sulh* officers conduct the *Majlis Sulh* with appropriate guidelines, the JKSM has developed the *Sulh Work Manual 2002* and the *Ethical Code of Sulh Officer 2002*. These standards were established to protect the parties' rights and preserve the *Majlis Sulh*'s and *sulh* officer's credibility. When performing *sulh*, the officer must act justly and maintain confidentiality. Additionally, they must be unbiased, free of conflict of interest, trained in mediation, capable of conducting *sulh*, friendly, and responsible for ensuring parties' security during *Majlis Sulh*. *Sulh* proceedings will occur in *Majlis Sulh* in the presence of the disputing parties led by the *sulh* officer as the chairman of *Majlis Sulh*.

To ensure that all parties understand the law and its processes, the *sulh* officer should begin *Majlis Sulh* with a preliminary statement or briefing session (*ta'aruf*) where parties can ask questions on *Hukum Syarak* and Islamic family law.⁸⁹ Part 3 of the *Sulh Work Manual* specifies the sequencing of the parties' speeches. The parties are obligated to respect the other party and conduct themselves courteously throughout this session. During *the taaruf* session, the *sulh* officer will elaborate on the objectives of the *sulh* and the procedures and regulations of *the sulh*. The *Sulh* officer also emphasized the confidentiality of communication and matters discussed in the *Majlis Sulh*.

After *taaruf* session, the next step is the preliminary presentation of the disputing parties. At this stage, each party will be allowed to explain the matters in dispute, the effect, and consequences of the dispute, and list their proposal or recommendation of settlement. The *sulh* officer will first invite the Plaintiff to present their case, with any proposed or suggested resolutions. After that, the officer will hear the defendant's side of the story and any recommendations on how to resolve the dispute. Following that, the *sulh* officer will map out the issues or conflict, identifying the reasons for the disagreement, constraints to resolutions, and other options for resolving the conflict. The *sulh* officer must filter, sort, and determine all the information gathered to list the issue or the conflicts that need to be resolved, the parties' position and interest, and other possible resolutions.

During this session, the *sulh* officer is under the duty to draft the agreement listed by the parties, be it the whole or only part of the disputes. Both parties will be allowed to present their concerns or recommendations during the joint discussion.

89 Siti Noraini Bt Hj. Mohd Ali, "Perlaksanaan Sulh Dan Keberkesanan," no. September (2002): 1–17.

The private session or caucus is conducted where the *sulh* officer meets the parties separately if the joint discussion is unsuccessful or if he thinks it is necessary. Not every case required the caucus session. If parents are on good terms and can discuss amicably during joint sessions, caucus sessions may not be required. Each party will be given a chance to sit with the *sulh* officer, elaborating and brainstorming on the disputes and possible solutions. When one party is with the *sulh* officer, another party will be requested to stay outside until their turn.

After the caucus session, parties will be invited to join the session and renegotiate possible amicable solutions. This stage is also known as joint consultation. If an agreement is reached during this session, the *sulh* officer will draft the agreement to be signed by the parties before asking the parties to meet the judge to endorse the said agreement as the court order.

The majority of jurists agreed that the parties must have the legal capacity to assure the legality of *sulh*, particularly during the period of the *sulh* agreement's conclusion, and that the parties must be of sound mind and not bankrupt. The mediator in *sulh* is not authorized to make any decisions on behalf of the parties in dispute. Rather than that, he merely encourages the parties to negotiate and agree on a meeting point. Thus, in contrast to *al-qada'* or trial, which focuses on legal rights, *sulh* is based on compromise, with the goal of resolving disputes without harming the parties' relationship.

A *sulh* agreement concluded at the end of the *sulh* process is binding on the disputing parties based on the Quran in Surah Al-Maidah verse 1 where Allah says, "*O ye who believe! fulfill (all) obligations*". This is further supported by the hadith of the Holy Prophet Muhammad narrated by Abu Hurairah and compiled by Abu Dawood, "*Muslims are on (i.e. stick to) their conditions*".

CONCLUSION

Child custody or *hadhanah* is closely related to the "care and control" rights of the children. In deciding on child custody, apart from the wishes of the child and the parents, the paramount consideration is the welfare of the child. The practice of *sulh* in child custody disputes (*hadhanah*) in the Syariah Court of Malaysia is consistent with both Islamic Law and the law being enforced. Resolving child custody issues by peaceful resolution outside the court is a more effective and efficient approach, while also minimizing any negative impact on the psychological well-being of the children involved. Mediation has emerged as the most efficient method for expeditiously resolving matters due to its integration into the court process. In *sulh*, the primary focus is on the well-being of the child, rather than the desires of

the parents. Introducing *sulh* has been beneficial to many. To ensure the smooth running of *sulh*, especially for child custody conflicts, some improvements are needed, such as guidelines to handle *sulh* sessions with aggressive parties and abusive spouses.

Sulh offers a forum for disagreeing parties to resolve *hadhanah* or child custody disputes amicably while avoiding litigation. The parties can avoid the negative consequences of court litigation, such as time and cost by resolving the disagreement at this stage. However, the competence and talents of the *sulh* officers are crucial to the success of the *sulh*. To ensure the effectiveness of the *sulh* processes, this neutral third person must be unbiased, impartial, and equipped with the necessary skills and competence to handle the disagreement. As for the legal framework, it is observed that the implementation of *sulh* at the Malaysian Syariah Court is orderly considering that there are proper and standardized legal provisions, rules, and regulations that govern the smooth running of the *Majlis Sulh*.

In addition, the government initiative to introduce online *sulh* is an excellent move to meet the needs of its clients. It will enhance the existing mediation practice in this country. It is about time to fully utilize of the video mediation facilities and use their potential in resolving disagreements between parties. To guarantee that online *sulh* achieves its goal, training should be provided to the mediator and support personnel as well as to improve their skills in managing online mediation.

As for mediators, they must possess a range of essential talents, including the ability to inspire trust, adeptness in negotiating and decision-making, effective communication, proficiency in managing stress and conflict, and strong problem-solving capabilities. It is also essential to possess the ability to evaluate the personality and psychological well-being of the individuals involved during the *sulh* session.

In regards to future research, it is recommended that more studies be conducted on the relevance of engaging child counselors at the pre-mediation stage or inviting them to co-mediate with the mediator in specific circumstances. This is because the study found that the presence of collaboration between experts in family affairs and other specialized fields, as observed in countries like Singapore, Australia, and Egypt, is a significant factor in the effectiveness of family dispute resolution in those countries.

It is hoped that Malaysia will prioritize using alternative conflict resolution methods like mediation when handling child custody cases and encourage less adversarial processes in family dispute settlement. The prudent handling of minor children in court, whether in civil or Shariah proceedings, is crucial because they are valuable assets to the country and hope for the nation in the future.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

References/Kaynakça

Interview

Online interview via Zoom with Puan Nurulhuda Bt Dzulkifli, Head Sulh Officer at Jabatan Kehakiman Syariah Pulau Pinang on August 5, 2021.

Online interview via Zoom with Tuan Haji Najarudin Bin Haji Nedri, Head Sulh Officer at Jabatan Kehakiman Syariah Sarawak on August 5, 2021.

Dissertations, Books, and Articles

Ab Aziz, Norjihan, and Nasimah Hussin. "The Application of Mediation (Sulh) In Islamic Criminal Law." *Jurnal Syariah* 24, no. 1 (2016).

Abdul Hak, N, and U A Oseni. "Syariah Court-Annexed Mediation in Malaysia—Some Problems and Prospects." *Asian Journal on Mediation* 2011 (2011): 1–10.

Abdul Hak, Nora, and Hanna Khan. "The Application of Sulh in Resolving Community Disputes." In *1st World Congress on Integration and Islamicisation of Acquired Human Knowledge (FWCII-2013), Prince Hotel & Residence, Kuala Lumpur*. Kuala Lumpur, 2013.

Ahmad, Asmidah, Adzidah binti Yaakob, Kamilah Wati Mohd, Nor Aziah Mohd Awal, and Mohd. Al Adib Samuri. "Hak Penyertaan Kanak-Kanak Dalam Prosiding Sulh (Mediasi) Di Mahkamah Syariah." *Journal of Advanced Research Design* 15, no. 1 (2015): 1–14.

Ahmad, Sa'odah. "User Satisfaction With Sulh (Mediation) in the Selangor Syariah Judicial Department." *Malaysian Journal of Consumer* 19, no. December (2012): 125–41. https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/44936808/Saodah_A_-_User_Satisfaction_with_Sulh_Mediation_in_the_Department_of_Syariah_Judiciary_Selangor.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1503204740&Signature=sRo7qZ7Dmm94fioSXQVLoqSSYpQ%25.

Ahmad, Sa'odah, and Nora Abdul Hak. "Sulh (Mediation) in the State of Selangor: An Analysis of Legal Provisions and Application." *IJUM Law Journal* 18, no. 2 (2010).

Al-Nawawi, Muhyee Al-Din Abu Zakariyya Yahya ibn Sharaf. *Minhaj al-Talibeen*, Engl. Trans., E.C Howard, Law Publishing Company, Lahore, Pakistan, n.d, 391.

Al-Siba'i, Mustafa and Al-Sobouni, 'Abd al-Rahman. *Al-Ahwal Al Sakhsyiyah Fi Al-Ahliyyah Wal-Wassiyah wal-Tarakat*. 5th edn. Damascus: Al-Mattba'ah Al-Jadidah, 1978, 40.

Brand, Jennie E., Ravaris Moore, Xi Song, and Yu Xie. "Why Does Parental Divorce Lower Children's Educational Attainment?" A Causal Mediation Analysis." *Sociological Science* 6 (2019): 264–92. <https://doi.org/10.15195/v6.a11>.

Che Pa, H, N H Nor Muhammad, and S Mustar. "Bidang Kuasa Eksklusif Mahkamah Syariah Selepas

- Pindaan Perkara 121 (1A) Perlembagaan Persekutuan: Satu Penilaian." *Malaysian Journal of Syariah and Law*, 2016.
- Dahlan, Rosli, and Fawza Sabila Faudzi. "The Syariah Court: Its Position Under The Malaysian Legal System." *Shariah Reports* 1 (2015): cci–ccxvi.
- Dal, Eyüp Ensar. "The Social Construction of Childhood in the Ottoman Society: A Socio-Legal Analysis of Childcare in Early Eighteenth-Century Üsküdar." Middle East Technical University, 2021.
- Hak, Nora Abdul. "Islamic Arbitration (Tahkim) and Mediation in Resolving Family Disputes: A Comparative Study under Malaysian and English Law." Glasgow Caledonian University, 2002.
- Hamat, Mahyidin Bin, Zuliza Kusrin, and Mohamad Nasran Mohamad. "Pelaksanaan Penjagaan Anak (Hadhanah) Di Malaysia." *Al-HIKMAH Journal* 6, no. 12 (2016): 169–84.
- Hamid, Nor'Adha Abdul, Mohamad Hafifi Hassim, Norazla Ab Wahab, Tuan Nurhafiza Raja Abdul Aziz, Roslinda Ramli, and Siti Noor Ahmad. "Alternative Dispute Resolution (ADR) Via Sulh Processes." *International Journal of Law, Government and Communication* 4, no. 17 (2019): 25–33.
- Ibrahim, Norlia, Zuhairah Ariff Abd Ghadas, and Murshamsul Kamariah Musa. "'Domestic Contracts' The Effect of Family Contracts; The Malaysian Law Perspectives." *Journal of Management Research* 7, no. 2 (2015): 387.
- Institute, American Law. *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*. Lexis Nexis Matthew Bender, 2002.
- "Jabatan Kehakiman Syariah Malaysia - Visi, Misi, Objektif." Accessed August 17, 2021. <http://www.jksm.gov.my/index.php/ms/profil-jabatan/pengenalan/visi-misi-objektif>.
- Kamenecka-Usova, Marina. "Mediation for Resolving Family Disputes." In *SHS Web of Conferences*, 30:18. EDP Sciences, 2016.
- Karmely, Maritza. "Presumption Law in Action: Why States Should Not Be Seduced into Adopting a Joint Custody Presumption." *Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y* 30 (2016): 321.
- Lavi, Dafna. "Til Death Do We Part: Online Mediation as an Answer to Divorce Cases Involving Violence." *NCJL and Tech.* 16, no. 2 (2015): 253.
- Mansor, Ahmad Mukhlis, Nora Abdul Hak, and Roslina Che Soh. "Online Mediation in The Malaysian Shariah Court: Its Benefits and Challenges." *INSLA E-Proceedings* 3, no. 1 (2020): 279–88.
- Muhammad, Ramizah Wan. "The Administration of Islamic Justice: Position and Jurisdictions of Syariah Courtin Malaysia." *International Journal of Liberal Arts and Social Science* 8, no. 4 (2020): 43–64.
- Muhammad, Ramizah Wan. "The Administration of Syariah Courts in Malaysia, 1957–2009." *Journal of Islamic Law and Culture* 13, no. 2–3 (2011): 242–52.
- Muhammud, Farah Safura, and Aminuddin Ruskam. "A Review of Discrimination Against Women in Shariah Courts." *Sains Humanika* 5, no. 3 (2015).
- Nasir, Nur Farahiyah Mohd, Zinatul Ashiqin Zainol, and Shamsuddin Suhor. "Mediating Family Disputes Involving Violence in Malaysia." *International Journal of Asian Social Science* 8, no. 12 (2018): 1120–29.
- Nasohah, Zaini. "Cabaran Penguatkuasaan Dan Pelaksanaan Perintah Nafkah Di Mahkamah Syariah Negeri Selangor Dari Perspektif Peguam Syar'ie." *Jurnal Undang-Undang Dan Masyarakat* 13 (2009): 115–28.
- Nawi, Nor Fadzlina. "Mandating Mediation in Family Law Conflict in Malaysia: Exploring Judges

- and Lawyers' Perspectives." In *IACM 24th Annual Conference Paper*, 2011.
- Nurah Sabahiah Mohamed. "Mediation in the New Dispute Resolution Landscape; a Case for the Enhancement of Its Application in Malaysia." University of Malaya, 2013.
- O'Brien, R. C. "Child Support and Joint Physical Custody." *Cath. UL Rev.* 70 (2021): 229.
- Pearson, Jessica. *Divorce mediation and domestic violence*. Centre for Policy Research, 1997.
- Pozo Franco, Patty Elizabeth del, Gisella Karina Arreaga Farias, Laura Marlene Ochoa Escobar, and Alexandra Dolores Molina Manzo. "Method for Recommending Custody to Minors Based on Parental Responsibility Using a Neutrosophic Cognitive Map." *Neutrosophic Sets and Systems* 44 (2021): 324–32.
- Raihanah Abdullah. "Penanggulangan Kes Di Mahkamah Syariah : Penyelesaian Dan Cabaran." *Jurnal Syariah* 17, no. 1 (2009): 1–30.
- Ramli, Ruzita, Dina Imam Supaat, and Hasnizam Hashim. "Kebiasaan Baharu (New Normal) Dalam Pelaksanaan Sulh Kes Hadhanah Dan Nafkah Anak: Isu Dan Cabaran: The New Normal of Sulh Implementation in Child Custody (Hadhanah) and Child Support (Nafkah): Issues and Challenges." *INSLA E-Proceedings* 3, no. 1 (2020): 414–37.
- Rossi, Fernanda S, Amy Holtzworth-Munroe, Amy G Applegate, Connie J Beck, Jeannie M Adams, and Darrell F Hale. "Shuttle and Online Mediation: A Review of Available Research and Implications for Separating Couples Reporting Intimate Partner Violence or Abuse." *Family Court Review* 55, no. 3 (2017): 390–403.
- Sa'odah Ahmad and Nora Abdul Hak. "Family Mediation and Sulh: An Alternative Dispute Resolution in Malaysia." *International Journal of Social Policy and Society* 7, no. January (2010): 66–79. https://www.researchgate.net/profile/Saodah_Ahmad/publication/299336872_FAMILY_MEDIATION_AND_SULH_AN_ALTERNATIVE_DISPUTE_RESOLUTION_IN_MALAYSIA/links/56f0fa5308aecedbe3ce45797.pdf.
- Saifullah, Ainan Husnaa Muhammad, and Raihanah Abdullah. "A Brief Overview On The Inquisitorial Method In Malaysian Shariah Courts." *Journal of Shariah Law Research* 6, no. 1 (2021): 67–88.
- Shabanaj, Defrim. "Common Law of Malaysia: A Practical Approach." *E-Journal of Law* 2, no. 2 (2017): 42–68.
- Siti Noraini Bt Hj. Mohd Ali. "Perlaksanaan Sulh Dan Keberkesanan," September (2002): 1–17.
- Su'aida, Safei. "Mediation as an Alternative Mode of Resolving Family Disputes in Malaysia/Su'aida Safei." University of Malaya, 2005.
- Wahbah Al-Zuhayli. *Al-Fiqh Al Islami Wa Adillatuhu*. Vol. 4. Damascus: Dar Al-Fikr, 1989, 139.
- Weaver, Jennifer M, and Thomas J Schofield. "Mediation and Moderation of Divorce Effects on Children's Behaviour Problems." *Journal of Family Psychology* 29, no. 1 (2015): 39.
- Zahraa, M., and Normi A. Malek. "The concept of custody in Islamic law." *Arab Law Quarterly* (1998): 157.
- Zaki, Mohammad Hafiz Bin Mohd, Mazbah Termizi, and Muhammad Ridhwan Saleh. "MEDIATION v. SULH: A COMPARATIVE STUDY." In *ICDR 2017: Modern Trends in Effective Dispute Resolution*, 219, 2017.



darulfunun ilahiyat

Başvuru: 22.08.2024
Revizyon Talebi: 04.10.2024
Son Revizyon: 14.10.2024
Kabul: 16.10.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Fas Deneyimlerine Dayanarak Geliştirilen Örnek Bir Aile Arbuluculuğu Modeli

A Model of Family Mediation Developed Based on Experiences From Morocco

Elif Kübra Türkmen ¹

Öz

Bu çalışma, Fas'ta aile içi uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan arbuluculuk yöntemini incelemektedir. Arbuluculuk, tarafsız bir üçüncü kişi aracılığıyla ihtilaf halindeki tarafların anlaşmaya varmasını sağlayan bir süreç olarak tanımlanmaktadır. Hem anlaşmazlıkları gidermede hem de tarafların iletişim becerilerini geliştirmede etkili bir araçtır. Arbuluculuk, düşmanlık kültürünü azaltarak medeni davranış alışkanlıklarını teşvik eder, tarafların ilişkilerini iyileştirir ve kalıcı barışı sağlar.

Çalışmada, aile arbuluculuğunun İslam hukukundaki yeri, önemi, Fas'ta aile arbuluculuğu faaliyetlerinde sivil toplum kuruluşlarının rolü ve örnek bir aile arbuluculuğu modeli nasıl oluşturulabileceği ele alınmıştır. Fas'ta aile arbuluculuğunun daha etkin bir şekilde uygulanabilmesi için öneriler sunulmuş ve yapılacak iyileştirmelerle beraber bu uygulamaların diğer ülkeler için model oluşturabileceği vurgulanmıştır. Çalışmada hem teorik hem de pratik boyutlarıyla aile arbuluculuğu kavramının Fas'taki durumunu analiz etmek için literatür taraması ve saha incelemesi yöntemlerinden istifade edilmiştir. Sonuç olarak, aile arbuluculuğu, aile içi sorunların çözümünde etkili bir yöntem olarak öne çıkmakta ve bu alandaki eksikliklerin giderilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uyuşmazlık Çözümü, Arbuluculuk, Aile Arbuluculuğu, Fas, Sivil Toplum Kuruluşları

Abstract

This study examines the mediation method used in resolving family disputes in Morocco. Mediation is defined as a process that facilitates agreement between conflicting parties through the intervention of a neutral third-party. It is an effective tool for both resolving conflicts and improving the communication skills of the parties. Mediation reduces a culture of hostility, encourages civil behaviour, improves relationships, and ensures lasting peace.

This study addresses the place and importance of family mediation in Islamic law, the role of non-governmental organisations in family mediation activities in Morocco, and how an exemplary family mediation model can be developed. Additionally, suggestions have been made for implementing family mediation more effectively in Morocco, emphasising that with necessary improvements, these practises could serve as a model for other countries. The study used literature review and field research methods to analyse the concept of family mediation in both theoretical and practical aspects, focusing on the situation in Morocco. As a result, family mediation has been highlighted as an effective method for resolving family disputes, with a need to address the existing shortcomings in this area.

Keywords: Conflict Resolution, Mediation, Family Mediation, Morocco, Civil Society Organisations

* Sorumlu Yazar: Elif Kübra Türkmen, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, Muğla, Türkiye. E-posta: elifarslangiray@mu.edu.tr ORCID: 0000-0001-5891-5244

Atf: Türkmen, Elif Kübra. "Fas Deneyimlerine Dayanarak Geliştirilen Örnek Bir Aile Arbuluculuğu Modeli." *darulfunun ilahiyat* 35, 'Aile Arbuluculuğu' Özel Sayısı (2024): 149–173. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1536921>



Extended Summary

This study examines the use of mediation in resolving family disputes, with a particular focus on practises in Morocco. The study consists of an introduction and four main sections. After defining family mediation in the introduction, verses from the Qur'an and hadiths praising the act of reconciling between people are cited. Following this, the importance of family mediation, family mediation activities in Morocco, challenges faced in family mediation in Morocco, and an exemplary family mediation model are discussed in order.

Mediation in resolving family disputes plays an important role in preventing the breakdown of society and preserving family unity. Family mediation is a method aimed at resolving disputes between parties quickly, reliably, and at a low cost. In this process, decisions are made not by a third-party but by the individuals experiencing the conflict themselves. Mediation allows parties to set their own agenda and address issues from an emotional perspective. The active role of the parties in resolving disputes and making their own decisions increases their self-confidence. The goal of mediation is to move away from a win-lose mentality and establish a balance that provides mutual gain between the parties, resolving conflicts amicably. This feature of mediation makes it an effective and successful alternative method, especially in resolving issues between spouses.

In Morocco, family laws enacted in 1958 and 2004 made it mandatory for courts to apply conciliation procedures in divorce cases. However, these conciliation procedures are insufficient in regulating the relationships between spouses and preventing the breakdown of families. Therefore, new methods of resolution are needed in Morocco to reduce divorces by resolving domestic disputes. At this point, civil society organisations play a crucial role. In Morocco, the mediation methods used in resolving family disputes are primarily conducted by civil society organisations. In addition to providing mediation services for family issues, these organisations conduct educational and awareness programmes for family members. Some civil society organisations providing family mediation services in Morocco include Shebketu Sheml, Merkez al-Istima wa'l-Irshad al-Usari, Jamiyyat al-Betoul, and Jamiyyat as-Safa. These organisations, supported by various experts, assist family members in making healthier and more informed decisions in resolving family disputes.

Legal and practical difficulties are encountered in the implementation of family mediation in Morocco. One of the main obstacles is the lack of legal regulations concerning family mediation. The absence of direct and explicit provisions regarding mediation in the Moroccan Family Code prevents mediation practises from gaining an institutional identity. Moreover, the insufficient development of public awareness regarding family mediation makes it difficult for this method to be adopted. On the other hand, although civil society organisations strive to effectively implement family mediation, they do

not receive sufficient material and moral support. This situation negatively affects the sustainability of the mediation services. The lack of continuous support from official bodies, especially financially, disrupts the mediation services provided by civil society organisations and, in some cases, even causes these services to cease.

Morocco has gained various experiences in its efforts to activate the method of family mediation in resolving disputes among family members. This study argues that the positive and negative experiences Morocco has gained in this field will guide in forming an exemplary family mediation model. The negative factors that prevent family mediation activities in Morocco from achieving the desired level of success and becoming widespread across the country indicate that these deficiencies need to be addressed when creating an effective family mediation model. In addition, the efforts of civil society organisations in Morocco to develop family mediation and their significant success in mediation initiatives among family members demonstrate the great value of these organisations' experiences. Indeed, gaining the support of civil society organisations is indispensable regarding communicating with people and embedding family mediation in society. Based on these arguments, the following measures should be taken while establishing an effective family mediation system: First and foremost, a comprehensive and clear legal framework for family mediation should be established. Legal regulations should detail all stages, from initiating the mediation process to the legal binding nature of its outcomes. In societies where this method is not widespread, recourse to mediation should be made mandatory, and separate mediation offices under the authority of the judiciary, yet independent of the courts, should be established for these processes. The establishment of officially recognised mediation centres will enhance the institutional applicability of these services. The provision of professional and impartial services by these centres will ensure that the process protects the rights of the parties and achieves a fair outcome.

Comprehensive training programmes should be developed to ensure that mediators have professional competencies, and certification processes should be standardised. These training programmes should include legal knowledge, family dynamics, psychology, and effective communication skills. The continuous monitoring and evaluation of the quality and effectiveness of mediation processes will be an important factor in increasing the success of the model. Additionally, supporting civil society organisations alongside official mediation offices will contribute to resolving disputes outside the courts and reducing the burden on the judiciary. A gradual approach can be adopted in this context. Initially, organisations capable of resolving disputes outside the court should be supported, and if disputes are brought to court, family mediation offices within the judiciary should be activated. Moreover, awareness must be raised for the community to recognise mediation as an effective method for resolving family disputes. Therefore, awareness campaigns, educational programmes, and community events should be organised through media

campaigns. Ensuring that mediation services are accessible to all segments of society, keeping costs low or offering them free of charge for certain groups, will contribute to the process becoming more widespread. Furthermore, the mediation process should be aligned with societal and cultural values, and structured considering local norms. In Türkiye, the proposed family mediation model can be implemented with the support of existing institutions and organisations. As in Morocco, the support of civil society organisations (CSOs) is crucial for the effective implementation of family mediation in Türkiye. On the other hand, since provincial mufti offices in Türkiye are recognised as religious authorities, establishing Family Mediation Offices within these mufti offices could be effective in resolving family disputes and reducing divorces. Applications to the Directorate of Religious Affairs show a societal need for such a service.

Giriş

Arabuluculuk kavramı ihtilaf halindeki tarafların rızaya dayalı bir anlaşmaya varmalarına yardımcı olan tarafsız bir üçüncü kişi yardımıyla aşamalı ve zaman kontrollü bir şekilde anlaşmazlıklarını çözme sürecini ifade etmektedir.¹ Arabuluculuk, anlaşmazlıkları giderme aracı olmasının yanı sıra insanlara hayatın zorluklarına karşı göğüs germe ve diğer insanlarla iletişim kurma becerisi kazandırmada da etkili bir araçtır. Arabuluculuğun amaçları düşmanlık kültürünün azaltılması, topluma medenî davranma alışkanlığının kazandırılması, müsamaha gösterme, iletişim kurma ve uzlaşmaya varma gibi değerlerin yaygınlaştırılması, tarafların ilişkilerinin güzelleştirilmesi ve anlaşmazlığın giderilmesinden sonra da bunun devam etmesinin sağlanmasıdır.²

İnsan ilişkilerini düzene koyma ve problemleri çözme hususunda başarılı bir yöntem olan arabuluculuk ayet ve hadislerde de övülmüş ve teşvik edilmiştir. Nitekim Kur'an'da *“Bir sadaka vermeyi yahut iyilik yapmayı yahut da insanların arasını düzeltmeyi emredenleri hariç, onların aralarındaki gizli konuşmaların çoğunda hiçbir hayır yoktur. Kim bunları sırf Allah'ın rızasını kazanmak için yaparsa, biz ona büyük bir mükâfat vereceğiz”* (en-Nisâ, 114) buyrulurken insanların arasındaki husumeti çözenin ne denli önemli bir amel olduğu vurgulanmaktadır. Aynı şekilde Peygamber Efendimiz (sav) tarafından da övülen iki kişinin arasını düzeltme işi oruçtan, namazdan ve sadakadan daha üstün görülmüş, iki kişinin arasını bozmak ise (imani) kökünden kazımak şeklinde tarif edilmiştir. (Ebû Dâvûd, “Edeb”, 50) Söz konusu anlaşmazlık karı koca arasında olduğunda onların arasındaki uyuşmazlığı gidererek muhabbetle tekrar aile yuvalarına dönmelerini sağlamak ailelerin dolayısıyla toplumun dağılmasını önlemesi bakımından daha önemli görülmektedir. Nitekim Peygamberimiz'in (sav) kızı Fatıma ile damadı Hz. Ali arasında yaşanan bir kırgınlığı öğrendiğinde hemen olayla ilgilendiği rivayet edilmektedir. (Buhârî, “İsti'zan”, 40)

Günümüzde artan boşanma oranları, aile yapısının korunmasına yönelik etkili çözümler sunan uygulamaların incelenmesini gerekli kılmaktadır. Fas gibi aile müessesesinin korunmasına önem veren ülkelerde alternatif çözüm yöntemlerinin

1 Ali Yeşilırmak, “Arabulucu Kimdir?” Temel Arabuluculuk Eğitimi (Ankara: Arcs Matbaacılık, 2021), 28; Cem 'iyyetu Kerâme, ed-Delîlu'l-Menhecî li'l-Visâti'l-Userî (Tanca: Mîdî Fellâş, 2019), 9; Sihâm er-Ruveycâ, el-Idmâcu'l-Kânûnî li'l-Visâti'l-Useriyye fi Mudevveneti'l-Useriyye, (Agadir: Câmî'atü İbn Zuhr Külliyyetü'l-Ulûmu'l-Kânûniyye ve'l-İktisâdiyye ve'l-İctimâiyye, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 16; Esmâ' Evmûlûd, “el-Visâta fi'l-Kadâyâ el-Useriyye”, Silsiletü'l-İctihâdi'l-Kadâ'î 3 (2013), 123.

2 Hasan Rakîk, ed-Delîlu'l-İlmî ve'l-'Amelî li'l-Vasîti'l-Userî fi Tesviyeti'l-Munâza'ât, (Dâru'l-Beydâ: Dâru'n-Neşri'l-Magribiyye, 2019), 33.

geliştirilmesi, yalnızca yerel düzeyde değil, aynı zamanda küresel düzeyde de dikkate değer bir uygulama alanı sunmaktadır. Fas'ı bu alanda incelemeye değer kılan husus, sivil toplum kuruluşlarının aile arabuluculuğunun duyurulmasında ve uygulanmasında aktif rol oynamasıdır. Fas'ta aile içi uyuşmazlıkların giderilmesinde başvurulan arabuluculuğa yönelik Türkçe literatürde herhangi bir çalışma bulunmamaktadır. Ahmet Temel'in "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları" adlı makalesi İslam Hukukunda var olan arabulucu-hakemlik uygulamasının Türkiye'de nasıl işlevsel hale getirilebileceğine yönelik tavsiyeleri bu çalışma açısından istifadeli olmuştur. Aile arabuluculuğu alanında yapılan Arapça çalışmalar ise genellikle bu alanın teorik yönlerine odaklanırken, Necme el-Latîf'in "el-Visatatu'l-Useriyye beyne Âfâkı'l-Mu'essese ve Vâkı'l-Mumârâse -Merâkızu'l-Visâtati'l-Useriyye bi Medîneti Dâri'l-Beydâ'Nemûzecen-" adlı yüksek lisans tezi, aile arabuluculuğunun pratik boyutunu da ayrıntılı bir şekilde incelemektedir. Tezde Fas'ın Dâru'l-Beydâ (Kazablanka) şehrinde aile arabuluculuğu hizmeti sunan beş sivil toplum kuruluşu ile mülakatlar gerçekleştirilerek, aile arabuluculuğu mekanizmasının bu şehirde nasıl işlediğini incelenmektedir. Latîf'in çalışması, özellikle Fas bağlamında, aile arabuluculuğunun pratikte nasıl işlediğini anlamak isteyen araştırmacılar ve uygulayıcılar için önemli bir kaynak niteliğindedir. Bu çalışma ise konuyu sadece Dâru'l-Beydâ şehri ile sınırlandırmayıp aile arabuluculuğu hizmeti veren farklı şehirlerdeki dernekleri de dikkate alarak ülke genelindeki uygulamalara ışık tutmaktadır. Yapılan araştırmalar bu kuruluşların aile içi anlaşmazlıkların dostane ve uzlaşmacı bir şekilde çözülmesi adına aile arabuluculuğu hizmeti verirken aynı zamanda aile bireylerinin bilinçlendirilmesine yönelik çeşitli programlar düzenleyerek aile istikrarının korunmasına katkı sunduğunu ortaya koymaktadır. Diğer taraftan hukukî alt yapının eksikliği, STK'ların devlet tarafından yeterince desteklenmemesi, profesyonel arabulucuları yetiştirecek merkezlerin bulunmaması gibi sorunlar Fas'ta aile arabuluculuğunun gelişiminde karşılaşılan sorunlarıdır. Fas'ın bu alandaki olumlu ve olumsuz tecrübelerinin akademik ve pratik düzeyde incelenmesi, örnek bir aile arabuluculuğu modeli oluştururken yol gösterici olması bakımından önemlidir. Fas'taki uygulamalar özellikle Türkiye gibi halkın çoğunluğu Müslüman olan devletlerin aile hukukuyla alakalı sorunlarına İslami bir zeminde çözüm bulma noktasında değerli bir model sunabilir. Zira Türkiye'de artan boşanma oranları ve aile içi sorunların çözümünde yetersiz kalınması, toplumun kültürel ve dini değerlerine uygun olarak yapılandırılmış bir aile arabuluculuğu modeli geliştirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

1. İslam Hukukunda Aile Arabuluculuğunun Yeri

Evlilik birliğinin korunması, toplumun huzuru ve istikrarı için hayati öneme

sahiptir. Aile, bireylerin duygusal, psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılayan bir ortam sunmaktadır. Bu nedenle, İslam’da evlilik birliğinin korunmasına son derece önem verilmektedir. Boşanma, eşler arasında meydana gelen anlaşmazlıkların giderilememesi durumunda en son çare olarak devreye girmektedir. Kur’an’da eşler arasında yaşanan ve onları boşanmaya götüren problemler nüşûz ve şikâk kavramlarıyla ele alınmaktadır. Kur’an’da nüşûz kelimesi hem karı hem de koca için kullanıldığı dikkate alınarak bu kavram, eşlerden birinin diğerinden nefret etmesi şeklinde tanımlanmaktadır.³ Şikâk kavramı ise, kelime olarak iki kişi arasındaki düşmanlık⁴ anlamına gelmekte olup karı koca arasındaki karşılıklı öfke ve düşmanlık halini ifade etmektedir.⁵ Çağdaş İslam hukukçuları şikâk kavramını “şiddetli geçimsizlik hali” şeklinde tanımlamaktadır.

Eşlerden birinin evlilik sorumluluklarını yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözülmesini ve aile fertlerinin huzur ve güven içinde yaşamlarını sürdürebilmelerini sağlamak adına Kur’an’da çeşitli önlemler sunulmaktadır. Hem karı ya da kocadan kaynaklanan tek taraflı nüşûz durumunda, hem de eşlerin birbirlerine karşı sevgi ve saygıyı kaybetmeleri sonucu ortaya çıkan şiddetli geçimsizlik hallerinde, tarafların nasıl bir yol izlemesi gerektiği Kur’an’da ayrı ayrı ele alınmaktadır. Ailevî problemler kadının kocasına baş kaldırmasından kaynakladığı durumlarda nasihatte bulunma, yatakları ayırma ve dövme şeklinde kocaya boşama yoluna gitmeden önce bazı tedbirler sunulmaktadır.⁶ Anlaşmazlığın kocadan kaynaklanması durumunda kadına kocasıyla sulha varması tavsiye edilmektedir.⁷ Karı ya da kocadan kaynaklanan nüşûzun karşılıklı bir geçimsiz (şikâk) haline dönüşmesi durumunda ise eşlerin bireysel çabaları evliliğin kurtarılmasında yetersiz kalmaktadır. Bu aşamada ise artık devreye üçüncü kişiler sokulmaktadır. Nitekim ayette “*Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin.*

3 Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî Kurtubî, el-Cami’ li Ahkâmî’l-Kur’an (Kahire: Dâru’l-Kütübî’l-Mısriyye, 1974), 5:169-170; Mesut Bayar, “İslam Aile Hukukunda Karı-Koca Arasında Meydana Gelen Anlaşmazlıklara Önerilen Çözümler”, e-Şarkiyat İlmi Araştırmalar Dergisi 5 (2011), 93-94.

4 Ebü’l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî İbn Manzur, Lisânu’l-Arab (Kum: Edebü’l-Havza, 1984), X, 183.

5 Muhammed Tahir b. Muhammed b. Muhammed et-Tunusi İbn Âşûr, Tefsîru’t-Tahrîr ve’t-Tenvîr (Tunus: ed-Dâru’t-Tunisiyye, 1984), 5:44.

6 “... (evlilik hukukuna) baş kaldırmasından endişe ettiğiniz kadınlara öğüt verin, onları yataklarda yalnız bırakın ve onları dövün. Eğer size itaat ederlerse artık onların aleyhine başka bir yol aramayın; çünkü Allah yücedir, büyüktür.” (en-Nisâ’, 4/34)

7 “Eğer bir kadın kocasının kötü muamelesinden yahut yüz çevirmesinden endişe ederse aralarında bir uzlaşmaya varmalarında onlara günah yoktur ve sulh daha hayırlıdır.” (en-Nisâ’, 4/128)

Düzeltilmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır” (en-Nîsâ’, 4/35) buyrulmaktadır. Tahkim, evlilik hayatında eşler arasındaki meydana gelen anlaşmazlıkların şiddetli geçimsizliğe dönüşmesi halinde evliliğin sona erdirilmesinden önceki son çıkış kapısıdır. Dolayısıyla tahkim meselesi İslam aile hukukunda önemli bir yere sahip olup hakem tayinini kimin yapması gerektiği, hakemlerin kimlerden seçileceği, görevleri, yetkileri gibi meseleler fıkıh kitaplarında tartışılmaktadır.

Aile arabuluculuğu kavramı ise günümüzde kullanıldığı şekliyle klasik fıkıh kitaplarında yer almamaktadır. Arabuluculuk kavramı daha çok Kur’an ve Sünnette yer alan *ıslah, islâhu zâtu’l-beyn* kavramları ve Osmanlı dönemi mahkeme kayıtlarında sıklıkla adı geçen *muslih* kavramıyla ilişkilendirilmektedir.⁸ Aralarında anlaşmazlık bulunan eşleri sulha teşvik eden ayet ve hadisler ile ailevi problemlerin şiddetli geçimsizliğe dönüşmesi halinde üçüncü kişilerin müdahalesine izin veren ayet aile arabuluculuğunun fihhi dayanağını oluşturmaktadır. Zira kadının ailesinden bir hakem erkeğin ailesinden bir hakem belirlenmesindeki amaç, tarafsız kişiler vasıtasıyla geçimsizlik halindeki karı kocanın arasını bulmaya çalışmaktır. Dolayısıyla hakemlik arabuluculuk ve sulhu kapsayan bir süreçtir.⁹ Tahkim ile arabuluculuğun ortak noktası, her iki yöntemde de taraflar arasındaki anlaşmazlıkların yargıya taşınmadan çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır.¹⁰

İslam hukukunda hakemlerin boşama yetkilerinin olup olmadığı hususunda mezhepler arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hanefiler ve Şafîiler hakemi, taraflarca atanmış bir vekil olarak kabul etmekte ve taraflar boşama yetkisi vermedikçe hakemlerin onları ayıramayacağını savunmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre hakemlerin görevi karı koca arasında sulhu sağlamaktır. Buna karşın, diğer görüşteki âlimler hakemi hâkimin bir temsilcisi olarak kabul etmekte ve verdiği kararın bağlayıcı olduğunu savunmaktadır.¹¹ Hanefilerin hakemleri doğrudan hâkim gibi boşama ile yetkilendirmemesi ve tarafların rızasını esas alması, tahkimin arabuluculuk yönünü ön plana çıkarması bakımından önemlidir. Ayrıca Hanefilerin

8 Yusuf Şen, “İslam hukukunda Arabuluculuk”, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 11/22 (Aralık 2012), 114-122; Orhan Çeker, “Hukuk-i Aile Kararnamesi Giriş ve Tarihçesi”, Mehir Dergisi (1999), 21; Ahmet Kaşdıbi, “İslam Aile Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik ve Aile Arabuluculuğu” (Karabük: Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022), 313.

9 Benzer görüş için bkz. Hüseyin Certel, “Hz. Peygamberin Aile Danışmanlığı Uygulamaları”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 36 (Aralık 2016), 63.

10 Ahmed Berâde Gazyûl, Tekniyyâti’l-Visâti li Tesviyyeti’n-Nizâ’ât Dune’l-Lucû’ ilâ’l-Kadâ’ (Kazablanka: Dârû’l-‘Âlemiyye li’l-Kitâb, 2015), 170.

11 Muhammed b. Ahmed el Hafid İbn Rüşd, Bidâyetül-Müctedid ve Nihâyetül-Muktesid, thk. Ferid ‘Abdülaziz el-Cindî (Kahire: Dâru’l-Hadis, 2004), 2:117; Vehbe Zuhayli, el-Fikhu’l-İslâmî ve Edilletuhu (Dımeşk: Dâru’l-Fikr, ts.), 9: 7061.

bu tutumu günümüzde uygulanan aile arabuluculuğu yöntemiyle de benzerlik göstermektedir.¹² Zira aile arabulucularının karı koca arasındaki anlaşmazlıkta herhangi bir karar yetkisi yoktur. Diğer taraftan mezheplerin yukarıdaki tahkim ayetini ve Hz. Ali¹³ ile Hz. Muaviye¹⁴ döneminde gerçekleşen olayları farklı yorumlaması İslam aile hukukunda arabulucu-hakemlik uygulamasını doğurmuştur. Batı’da boşanma sürecini kolaylaştırıcı bir yöntem olarak kullanılan med-arb uygulamasından farklı olarak İslam hukukunda sulh temelli arabulucu-hakemlikte temel amaç, mümkünse ailenin korunması ve evliliğin devamının sağlanmasıdır.¹⁵

Son olarak, hakemlerin öncelikle tarafların ailelerinden seçilmesi gerektiği savunulmakla beraber akrabalar arasında buna ehil bir kimsenin bulunmaması durumunda yabancıların da hakem olabileceği kabul edilmektedir.¹⁶ Malikî

12 Benzer görüş için bkz. Ahmet Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, Darulfunun İlahiyat Dergisi 30/2 (2019), 323; Kaşdıbi, “İslam Aile Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik ve Aile Arabuluculuğu”, 315.

13 Hz. Ali’den şöyle rivayet etmişlerdir: Hz. Ali’nin yanına kalabalık bir grup insanla birlikte (anlaşmazlık yaşayan) bir adam ve bir kadın geldi. Hz. Ali, onlara her iki taraftan birer hakem seçmelerini emretti. Ardından hakemlere şöyle dedi: “Görevinizin ne olduğunu biliyor musunuz? Eğer uygun görürseniz onları bir araya getirirsiniz, eğer uygun görürseniz onları ayırırız.” Kadın, “Allah’ın kitabında benim lehime ve aleyhime olan her şeye razıyım” dedi. Koca ise, “Ayrılmaya razı değilim” dedi. Bunun üzerine Hz. Ali, “Kadının kabul ettiği gibi sen de kabul etmedikçe buradan ayrılmayacaksın” dedi. Hanefiler, bu olayda Hz. Ali’nin adamı zorlamasını, hakemlik sürecini bir tür vekâlet olarak gördükleri için, adam razı olmadıkça hakemlerin bağlayıcı bir ayrılık kararı alamayacağı şeklinde yorumlarlar. Mâlikîler ise Hz. Ali’nin tepkisinin, adamın Allah’ın kitabında olana razı olmamasına yönelik olduğunu savunurlar. Bkz. Ebû Bekir er-Râzî el- Cessâs, Ahkâmu’l-Kur’an li’l-Cessâs, thk. Muhammed Sâdik el-Kamhavî (Beyrut: Dâru İhyâu Turâsu’l-Arabî, h.1405), 3:153.

14 Hz. Osman, aralarında münakaşa yaşanan yaşlı bir çift için kadının ailesinden Muaviye’yi, kocanın ailesinden ise İbn Abbas’ı hakem olarak tayin eder. İbn Abbas “Onları birbirinden ayıracağım” dedi. Muaviye ise, “Ben, Abd Manaf’ın iki yaşlısını birbirinden ayırmam” dedi. İkisi de çiftin yanına gittiklerinde onların kapılarını kapattıklarını ve işleri düzelttiklerini gördüler. Malikîler bu rivayeti olduğu gibi kabul ederken, Hanefiler ise İbn Abbas ve Muaviye’nin hakem değil, meseleyi Hz. Osman’a taşıyan şahitler olduğu yönündeki rivayeti kabul ederler. Bkz. Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh İbnu’l-‘Arabî, Ahkâmu’l-Kur’an (Beyrut: Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye, 2003), 1:539-540.

15 Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, 324; Kaşdıbi, “İslam Aile Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik ve Aile Arabuluculuğu”, 316.

16 İbn Rüşd, Bidâyetül-Müctedid ve Nihâyetü’l-Muktesid, 2:117; Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuki İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu (İstanbul: Bilmen Yayınevi, ts.), 2:365; Suat Erdoğan, “İslam Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik (Şikâk) Durumunda Hakem Tayini ve Tayin Edilen Hakemlerin Yetkileri”, Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 1/2 (2017), 47.

kaynaklarda hakemlerin konuyu daha yakından bilme ihtimallerinden dolayı komşulardan seçilmesi tavsiye edilmektedir.¹⁷ Şiddetli geçimsizlik yaşayan karı koca arasında uzlaşma sağlamak amacıyla, akraba dışından kişilerin hakem tayin edilmesine cevaz verilmesi ve Malikîlerin olaylara daha vakıf olmaları gerekçesiyle komşuların hakemliğini tavsiye etmesi, taraflara tamamen yabancı olan profesyonel aile arabuluculuğu merkezlerinin şer'î dayanağı olarak kabul edilebilir. İslam hukukunda aile dışından, tarafsız ve güvenilir kişilerin de hakem olarak tayin edilebileceği düşüncesi, modern profesyonel arabuluculuk sistemlerine zemin hazırlar niteliktedir. Nitekim günümüzde karı koca arasındaki sorunların çözümünde, bu alanda eğitim almış ve evlilik konusunda uzman kişilerin desteğinin daha önemli olduğunu vurgulanmaktadır.¹⁸ Hakemlerin mutlaka aile yakınlarından seçilmesi gerektiğini vurgulayan fakihler, onların karı koca arasındaki sorunlara daha vakıf olacağı kanaatinde. Ancak günümüzde aile arabuluculuğu alanında uzmanlaşmış kişiler de bu görevi yerine getirebilecek donanımdadır. Dolayısıyla akrabalar arasında arabuluculuğa ehil bir kimse bulunmaması durumunda ısrarla akrabalarından bir hakem belirlemek yerine tarafları profesyonel bir destek almaya teşvik etmek daha isabetli olacaktır.

2. Genel Olarak Aile Arabuluculuğunun Önemi

Arabuluculuk tarafların arasındaki husumetleri hızlı, güvenilir ve maliyeti düşük bir şekilde sonlandırılmak, mahkemelerdeki dava yükünü azaltarak yargı organlarının daha sağlıklı çalışmasını sağlamak gibi dünya işlerini düzene koyma hususunda da önemli bir çözüm aracıdır. Arabuluculukta kararlar ne kadar bilgili ve iyi niyetli olursa olsun üçüncü bir kişi tarafından değil, bizzat anlaşmazlık yaşayan kişiler tarafından alınır. Tarafların aralarındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde aktif rol oynaması ve kendi kararlarını alabilmesi özgüvenlerini kazanmalarına katkı sağlar. Diğer taraftan arabuluculuk yoluyla yapılan bir anlaşma her iki tarafın da rızasına dayandığı için tarafların alınan kararlardan tatmin olma ve bu kararlara uyma olasılığı yüksektir.¹⁹

17 Zuhayli, el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhu, 9: 7061.

18 Ayşe Gürdal, "İslam Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi" (Çanakale: Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 63-64.

19 Marian Roberts, Mediation in Family Disputes: Principles of Practice (London: Taylor & Francis Group, 2017), 34; Lîza Dülene - 'Abdullah Sabîh, "el-Visâta fi'n-Nizâ': el-Menhec", Medhal ilâ'l-Visâtati't-Teshîliyye fi Mecâli'l-Usra (Rabat: Merkezü Kvinfo, ts.), 31; 'Âbid Lemîsî, "Âliyyetü'l-Visâtati ve Rihânu Ta'zizi'l-Vesâili'l-Bedîle li Halli'l-Münâza'âti'l-Üseriyye, Menşûrâti'l-Mecelleti'l-Minberi'l-Kânûnî (2019), 255.

Arabuluculuk süreci özü itibariyle ileriye dönüktür.²⁰ Zira hâkim geçmiş olaylara dönüp bu gerçekler hakkında bir hüküm verirken, arabulucu ileriye dönük olarak sorunların çözülmesi adına gelecekte ne yapılabileceği üzerinde durur ve alternatif seçenekler oluşturmaya çalışır. Ayrıca arabuluculukta taraflar birbirleriyle daha etkili iletişim kurmayı ve meseleleri karşılıklı saygı çerçevesinde müzakere etmeyi öğrendiklerinden ileride karşılaşılabilecekleri sorunları daha iyi yönetebilme ve değişen koşullara göre alınan kararlarda yeni düzenlemeler yapabilme becerisi kazanırlar.²¹

Aile arabuluculuğunda muhatap olunan tarafların karı koca olması ve diğer alanlardaki arabuluculuktan farklı olarak aralarında özel ve mahrem bir ilişki bulunması hasebiyle aile ilişkilerine müdahil olunma noktasında daha hassas davranılması gerekmektedir. Eşler arasında yaşanan sorunlarda arabuluculuk yapılması genel olarak teşvik edilmekle beraber bu her zaman ve durumda geçerli değildir. Yaşanan bazı sorunlarda taraflar tatile çıkarak ya da buldukları ortamdaki uzaklaşarak sadece zihnini toplamaya ve psikolojik olarak dinlenmeye ihtiyaç duyarlar. Karı koca arasında yaşanan bazı uyuşmazlıklarda ise özellikle psikolojik ya da fiziksel şiddet söz konusu olduğunda üçüncü kişilerin yardımı ve müdahalesi kaçınılmaz olur.²² Zira ilerleyen süreçte karı koca arasındaki sorunlar daha da büyümekte ve şiddetli geçimsizlik sebebiyle mahkemeye başvurulmaktadır. Aile içinde meydana gelen bu tarz sorunlar mahkemeye intikal ettiği zaman karı kocadan birinin lehine karar verilmekte ve her hâlükârda taraflardan biri verilen karardan memnuniyetsizlik duymakta hatta mahkemeye itirazda bulunmakta ya da verilen karara uymamaktadır. Bu aşamadan sonra mahkeme tarafından eşler arasında uygulanan uzlaştırma girişimleri ise umulanın aksine tarafların arasındaki sorunları çözüme kavuşturup tekrar kalplerine sevgi tohumlarını ekerek aile yuvalarına dönmelerini sağlayamamaktadır. Oysa henüz karı koca arasındaki sorunlar şikâk (şiddetli geçimsizlik) aşamasına gelmeden arabuluculuk yöntemine başvurmak aileleri dağılmaktan kurtarmak adına daha etkili bir çözüm olmaktadır.

3. Fas'ta Aile Arabuluculuğu Faaliyetleri

Fas'ta 1958 ve 2004 yıllarında çıkarılan aile kanunlarında ailenin korunması ve devamlılığının sağlanması adına çeşitli hükümler konulmuş eşler arasında

20 Yeşilirmak, "Arabulucu Kimdir?", 73.

21 Roberts, *Mediation in Family Disputes*, 36-37.

22 Fethî Âdil, "el-Visâtatu fi Halli Münaza'âti Kadâya'l-Usrati beyne'n-Nazariyyeti ve't-Tatbîk fi Mümâraresi'l-Kadâiyyeti'l-Mağribiyyeti-Numûzecu'l-Mahkemeti'l-Ibtidâiyyeti bi'l-Rabat-" (Rabat: Câmiatu Muhammedu'l-Hâmis es-Sûsi, Külliyyetu Ulûmu't-Terbeviyye, Bitirme Tezi, 2009), 15.

meydana gelen problemlerin ayrılıkla sonuçlanmaması için mahkeme tarafından karı koca arasında uzlaştırma girişiminde bulunulması şart koşulmuştur. 2004 tarihli Aile Kanunu'nda ilk çıkarılan 1958 tarihli Ahvâl-i Şahsiye Kanunu'ndan farklı olarak boşanma davalarının tamamında uygulanması zorunlu sulh prosedürü inşa edilmiştir. Ancak Fas'taki aile mahkemelerince yürütülen sulh girişimleri, eşler arasındaki ilişkileri düzenleyerek ailenin parçalanmasını engelleme noktasında yetersiz kaldığından yeni çözüm yöntemlerine olan ihtiyaç daha da belirginleşmeye başlamıştır.²³

Fas Aile Kanunu'nun ortaya koyduğu eşler arasındaki uzlaştırma denemelerinin başarısızlıkla sonuçlanması hukukî eksikliklerin yanı sıra Fas toplumunun içinde bulunduğu yapısal dengesizliğin ve yerleşik ekonomik, sosyal ve ahlaki sorunların doğal bir sonucudur. Aslında aile içi çatışmaları çözmeye ve aile istikrarını sağlamada etkili mekanizmalar arama ihtiyacı da daha çok bu sorunlardan doğmakta ve aile arabuluculuğu mekanizmasına duyulan ihtiyaç giderek daha çok kendini göstermektedir.²⁴ Bu doğrultuda Adalet Bakanlığı ve Dayanışma, Kadın, Aile ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı aile arabuluculuğunu hukuk sistemine dahil etmek adına çeşitli girişimlerde bulunmuştur. Adalet Bakanlığı alternatif yolların yargı sürecine dahil edilmesi adına *Search for Common Ground (SCG)*, *The Institute for the Study and Development of Legal Systems (ISDLS)* ve diğer uluslararası kuruluşlarla iş birliği protokolü imzalamıştır. Ayrıca Fas'ta aile arabuluculuğu alanında hizmet veren ve bu alanda adını duyurmuş Şebeketu Şeml, Cem'iyetü Kerâme ve Merkezi'l-Cusûr gibi sivil toplum kuruluşlarıyla ortaklaşa arabuluculuk eğitim programları düzenlemiştir.²⁵

Fas Devleti'nin 2012-2016 Kalkınma Planı'nda, aile arabuluculuğu hizmetlerini destekleyen derneklerin faaliyetlerini teşvik etme hedefi doğrultusunda, Dayanışma, Kadın, Aile ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı da çeşitli adımlar atmıştır. Bu çerçevede, Bakanlık 2014-2018 yılları arasında iş birliği içinde olduğu sivil toplum kuruluşlarının aile arabuluculuğu alanında yaptıkları projelerine maddi destek sağlamaya başlamıştır. 2013 yılında arabuluculuk kavramı sadece birkaç

23 Elif Kübra Türkmen, Fas Aile Hukukunda Arabuluculuk Ekseninde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2024), 4), 152, 153.

24 Semîra Hazrûn, "Eyyu Devrin Muessesâtî fi l'mâli'l-Visâtati'l-Useriyye fi Tecribeti'l-Mağribiyye Kırâatun fi'l-Vâkı' ve'l-Ufuk", *Journal of Civil, Economic and Comparative Law* 2/1 (2021), 112.

25 Necme el-Latif, "el-Visâtatu'l-Useriyye beyne Âfâkı'l-Mu'essese ve Vâkı'ı'l-Mumârase -Merâkızı'l-Visâtati'l-Useriyye bi Medîneti Dâri'l-Beydâ' Nemûzecen-" (Rabat: Câmi'atu Muhammedi'l-Hâmis Külliyyetu'l-Âdâb ve'l-'Ulûmi'l-İnsâniyye, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 73-75.

projede yer alırken, 2014’te aile arabuluculuğu ile ilgili projelerde önemli bir artış yaşanmış ve ülkenin çeşitli şehirlerindeki 15 derneğin “Aile Arabuluculuğu Merkezini Destekleme” adlı projesi Bakanlık tarafından finanse edilmiştir.²⁶ Ayrıca Bakanlık projelerini desteklediği derneklerle birlikte aile arabuluculuğuna yönelik seminer, çalıştay, eğitim konferansları düzenleyerek bu alanda akademik çalışma yapmaya da önem vermiştir.²⁷

3.1. Aile Arabuluculuğunda Sivil Toplum Kuruluşlarının Rolü

Fas’ta sivil toplum kuruluşları, aile arabuluculuğunu ailevi sorunların çözümünde etkili bir yöntem olarak topluma kazandırmada önemli bir rol oynamaktadır. Öyle ki Fas’ta sulh dendiği zaman mahkemelerin anlaşmazlık yaşayan karı koca arasında yaptıkları uzlaştırma girişimleri anlaşılırken aile arabuluculuğu (visâtatu’l-useriyye) dendiğinde sivil toplum kuruluşlarının mahkemelerden bağımsız olarak eşler arasındaki anlaşmazlıkları çözmeye çabaları anlaşılmaktadır. Zira Fas’ta aile arabuluculuğu uygulamaları, yalnızca sivil toplum kuruluşları tarafından yürütülmekte olup aile arabuluculuğu yapan herhangi resmi bir kurum bulunmamaktadır.²⁸

Özellikle 2004 yılında yeni aile kanunu (Mudevvenetu’l-Usra) yayımlandıktan sonra aile, kadın ve çocukları korumak amacıyla kurulan dernekler çalışmalarında aile arabuluculuğu ve aile irşad faaliyetlerine ağırlık vermeye başlamıştır. Dernekler, eşler arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapmanın yanı sıra, aile arabuluculuğuyla ilgili ulusal ve uluslararası akademik programların organizasyonunda da bakanlıklarla iş birliği yapmaktadır.

Fas Aile Kanunu’nun 82. maddesinde yer alan “*Hâkim karı koca arasında bizzat kendisi uzlaştırma girişiminde bulunabileceği gibi iki hakem, aile meclisi ya da uzman gördüğü kimseyi görevlendirmek gibi her türlü tedbire başvurabilir*” hükmünden hareketle Fas’taki bazı aile mahkemeleri buldukları şehirlerdeki sivil toplum kuruluşlarından destek alabilmektedir. Nitekim bu maddede geçen “uzman kişiler” ifadesi Fas’taki aile arabuluculuğu faaliyetlerinin hukukî dayanağını oluşturmaktadır.²⁹ Mahkeme ile dernek arasında iş birliği bulunan yerlerde hâkim aralarında uzlaştırma girişiminde bulunmak üzere eşleri aile arabuluculuğu hizmeti

26 Vizâratu’l-Usra ve’t-Teğâmun ve’l-Musâvât ve’t-Tenmiyeti’l-İctimâ’iyye, eş-Şerâketu me’a’l-Cem’iyyât Masteratu’l-İntikâ’ ve Haşiletu Da’imi’l-Meşârî’ (2014), 16.

27 Fâtımatu’z-Zehra Belfakîh, “Devru’l-Mucteme’i’l-Medenî fi’l-Visâtati’l-Useriyye” (Fes: Câmi’atu Sîdî Muhammed b. ‘Abdillâh Külliyyetu’l-‘Ulûmi’l-Kânûniyye ve’l-İktisâdiyye ve’l-İctimâ’iyye, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 76-78.

28 Latif, “el-Visâtatu’l-Useriyye beyne Âfâki’l-Mu’essese ve Vâkı’i’l-Mumârâse”, Giriş.

29 er-Ruveycâ, el-Idmâcu’l-Kânûmî li’l-Visâtati’l-Useriyye fi Mudevveneti’l-Useriyye, 92.

veren derneğe yönlendirmektedir. Mahkemenin çiftler arasında sulh prosedürünü devreye sokarken sivil toplum kuruluşlarının tecrübelerinden istifade etmesi henüz istenen seviyeye ulaşmasa da mahkemeye ikili ilişkiler kurabilen birkaç dernek bulunmaktadır. Tanca'da yer alan Cem 'iyyetü'l-Kerâme, aile arabuluculuğu alanında başarılı sonuçlar elde eden derneklerden biridir. Bu merkez, şehirdeki aile mahkemesi ile iş birliği yaparak bazı ailevi uyuşmazlıkların çözümüne yardımcı olmaktadır. Bu iş birliği, anlaşmazlık yaşayan iki taraf arasında arabuluculuk yapmak üzere bazı dosyaların derneğe havale edilmesi, arabulucuların hakem olarak görevlendirilmesi veya davayla ilgili raporlarına başvurulması şeklinde gerçekleşmektedir.³⁰

Fas'ta anlaşmazlık yaşayan karı koca arasında aile arabuluculuğu hizmeti veren dernek ya da merkezler ailevî meselelerde kademeli bir yaklaşım benimsemektedir. Bu kuruluşlar öncelikle aile ilişkilerinin sağlam bir temele oturtulması ve aile içi çatışmaların en aza indirilmesi amacıyla aile fertlerini bilinçlendirici programlara ağırlık vermektedir. Önleyici yaklaşım çerçevesinde dernekler, evlilik hazırlığı sürecinde olan nişanlı çiftlere ve evlilere iletişim becerileri kazandırmaya yönelik programlar düzenlemektedir. Dernekler bu programlar kapsamında gerçekleştirdikleri seminerlerde çiftlerin evlilik sürecinde karşılaşılabilecekleri her türlü problemi evlilik ilişkisine zarar vermeden çözebilme ve bu tür stres unsurlarıyla etkili bir şekilde başa çıkabilme yetkinliklerini kazandırmayı amaçlamaktadır.³¹

Aile ya da kadına hizmet etmek amacıyla kurulan sivil toplum kuruluşları gençleri evliliğe hazırlama, çiftlerin evlilik sürecinde yaşadıkları sorunları aşmasında yardımcı olma, ebeveynlerle çocukları arasında yaşanan çatışmalarda rehberlik sunma gibi aile müessesesini dağılmaktan koruyucu programlarını düzenli olarak gerçekleştirmektedir. Diğer taraftan bu tür dernekler iyileştirici/tedavi edici yaklaşım kapsamında eşiyile anlaşmazlık yaşayan ve boşanma eşiğine gelmiş karı koca arasında arabuluculuk yapmaktadır. Genellikle eşlerden birinin (çoğunlukla kadın) ailevî sorunlarını gidermede dernekten yardım istemesi üzerine görevli, başvuruda bulunan eşi aile irşad ya da aile arabuluculuğu ofisine yönlendirmektedir. Sivil toplum kuruluşlarında aile arabuluculuğu yapanlar derneğe başvuran eşi dinledikten

30 Vefâ' bin 'Abdi'l-Kâdir, "Tecribetu Cem 'iyyeti'l-Kerâme fi'l-Visâtati'l-Useriyye", Mu'temeru'd-Duvelî el-Visâtatu'l-Useriyye ve Devruhâ fi İstikrâri'l-Userî (Rabat: Matba'atu Editions- AZ, 2016), 225.

31 Vefâ' bin 'Abdi'l-Kâdir, "Tecribetu Cem 'iyyeti'l-Kerâme fi'l-Visâtati'l-Useriyye" Mu'temeru'd-Duvelî el-Visâtatu'l-Useriyye ve Devruhâ fi İstikrâri'l-Userî (Rabat: Matba'atu Editions- AZ, 2016), 225; Rande Bûhadîd, el-Vesâ'îlu'l-Bedîle li Halli'l-Munâza'âti'l-Useriyye (Rabat: Câmi'atu Muhammedi'l-Hâmis Külliyyetu'l-Hukûk, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 87; Belfakîh, Devru'l-Mucteme'î'l-Medenî, 69-70; 'Abdi'l-Kâdir, "Tecribetu Cem 'iyyeti'l-Kerâme", 225.

sonra karşı tarafla irtibata geçerek görüşmeye davet etmektedir. Karşı tarafın görüşmeyi kabul etmesi halinde bire bir ve toplu görüşmelerle karı koca arasında arabuluculuk süreci başlamaktadır. Bu süreçte tarafların arabulucu gözetiminde mümkünse sorunlarına çözüm bularak aile birliğini devam ettirmeleri, bu mümkün değilse sağlıklı bir şekilde evliliği sonlandırmaları sağlanmaktadır.³² Mahkeme salonlarından uzak ferah ortamlarda yapılan bu arabuluculuk girişimlerinin büyük oranda taraflar arasındaki anlaşmazlıkları gidermede başarılı olduğu sivil toplum kuruluşları tarafından ifade edilmektedir.³³

4. Fas'ta Aile Arabuluculuğunda Karşılaşılan Zorluklar

Fas'ta ticari ve uluslararası ilişkilerde etkin bir çözüm yöntemi olarak kullanılan arabuluculuk yöntemi, ailevi uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda aynı ihtimamı görememektedir. Fas'ta arabuluculuk yönteminin aile içi uyuşmazlıklarda uygulanmasında çeşitli hukuki ve pratik zorluklarla karşılaşmaktadır. Aile arabuluculuğuna yönelik gerek Aile Kanunu'nda gerek Tahkim ve Anlaşmalı Arabuluculuk Kanunu'nda doğrudan ve açıklayıcı hükümlerin yer almaması, bu alandaki temel hukuki sorunlardır.³⁴

Fas Aile Kanunu'nda aile arabuluculuğuna yönelik yapılacak olası bir düzenlemede, arabuluculuğa başvurmanın hukuki niteliği önemli bir tartışma konusudur. Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, arabuluculuğa başvurmanın tamamen gönüllülük esasına dayanması gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşıma göre, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi, tarafların özgür iradesini kısıtlayabilir. Bu nedenle, arabuluculuğun bir alternatif çözüm yöntemi olarak sunulması ve bu görevin mahkemelerden bağımsız olarak sivil toplum kuruluşları tarafından yürütülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. İkinci görüş ise arabuluculuğun aile mahkemelerinde zorunlu bir prosedür olarak uygulanması

32 Bûhadîd, el-Vesâ' ilu'l-Bedîle li Halli'l-Munâza'âti'l-Useriyye, 87-88; Belfakîh, Devru'l-Mucteme' il-Medenî, 72-73; Bin'abdi'l-Kâdir, "Tecribetu Cem'iyeti'l-Kerâme fi'l-Visâtati'l-Useriyye", 225.

33 Türkmen, Fas Aile Hukukunda Arabuluculuk Ekseninde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, 138.

34 Sihâm es-Sadîkî, "el-Visâtatu'l-Useriyye Bedîletun li Halli'l-Munâzaâti'l-Useriyye", (Agadîr: Câmi'atu İbn Zuhr Külliyyetu'l-Ulûmu'l-Kânûniyye ve'l-İktisâdiyye ve'l-İctimâiyye, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 71-72; el-Hamâmûşî, "Âfâku'l-Visâta", 117-119; el-Kâmil, "el-Visâtatu'l-Useriyye-Dirâsetun Fıkhıyye-", 117-118; el-Latîf, el-Visâtatu'l-Useriyye, 111; el-Gâli Ahraşâv, "el-Visâtatu'l-Useriyye Mukavvimâton ve Tekniyyâton Menhecıyye", Mecelletu't-Tufûleti'l-'Arabiyye 73 (Ocak 2016), 104; 'Abdülkerîm el-Cellâbî, "el-Visâtatu'l-Useriyye bi'l-Magrib beyne Darûrâti't-Teknîn ve Mu'ikâti't-Tenzîl", Beyânu'l-Yevm (07 Aralık 2021); Fetihâ Gamîz, "Rihânâtu İdmâci'l-Visâtati'l-Üseriyyeti Bi'n-Nizâmi'l-Magribî", Mecelletü'l-Ulûmu'l-Kânûniyye 2 (2014), 46.

gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, arabuluculuğun gönüllülük esasına dayalı olması, bu yöntemin pratikte kullanılmamasına yol açabilir.³⁵ Fas toplumunda aile meselelerinin kutsal kabul edildiği ve bu tür meselelerde arabuluculuğa gönüllü olarak başvurmanın zor olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle, aile arabuluculuğunun etkin bir şekilde uygulanabilmesi için toplumsal bir bilinç oluşana kadar zorunlu hale getirilmesi gerektiği öne sürülmektedir.

Aile istikrarını sağlamada aile arabuluculuğunun önemli bir yöntem olduğu hususunda toplumun yeteri kadar bilinçli olmaması, Fas'ta aile arabuluculuğunun etkinleştirilmesinde karşılaşılan temel sosyal sorunlardan biridir. Toplumda var olan bu farkındalık eksikliği, arabuluculuğun yargıya alternatif bir çözüm yöntemi olarak benimsenmesini zorlaştırmakta ve insanların daha çok resmî organlara başvurmalarına neden olmaktadır. Bu durum, yaptırım gücüne sahip olan yargı organlarının insanların haklarına ulaşma noktasında daha fazla güven vermesinden kaynaklanmaktadır. Aile arabuluculuğu faaliyetlerinin genellikle gayri resmi kuruluşlar tarafından yürütülmesi ve bu kuruluşların yaptırım gücünün sınırlı olması, arabuluculuğun sorunların çözümünde etkili olamayacağı şeklinde toplumda bir ön yargı oluşturmaktadır.³⁶

Fas'ta aile arabuluculuğu hizmeti veren sivil toplum kuruluşlarının bu alandaki faaliyetlerini engelleyen ya da sekteye uğratan birtakım eksiklikler bulunmaktadır. Sivil toplum kuruluşları, kendi çabalarıyla aile arabuluculuğu hizmeti sunmaya çalışsa da resmî organlardan yeterli destek alamamaları, bu hizmetlerin sürdürülebilirliğini olumsuz yönde etkilemektedir. Dayanışma, Kadın, Aile ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı, 2013-2018 yılları arasında aile arabuluculuğuna yönelik projeleri desteklemiş, bu projeler süresince derneklere maddi destek sağlanmış ve düzenli denetimler yapılmıştır. Ancak projelerin sona ermesiyle birlikte, bu desteklerin de kesilmesi, aile arabuluculuğu yapan derneklerin faaliyetlerini sürdürebilmesini zorlaştırmıştır. Bu tür projeler, sivil toplum kuruluşlarına disiplin ve finansal destek sağlaması bakımından önemli olsa da projelerin belirli bir süreyle sınırlı kalması ve sonrasında desteğin sona ermesi, bu alanda istikrarlı bir gelişme sağlanmasını engellemiştir. Özellikle 2018 sonrasında Bakanlığın aile arabuluculuğuna yönelik

35 Bünikâb, "Devru Mu'essesâti's-Sulhı Gayrı'l-Kadâ'iyye fi Himâyeti'l-Usra", 284; el-Kâmil, "el-Visâtatu'l-Useriyye -Dirâsetun Fıkhıyye-", 125; el-Hamâmüşî, "Âfâku'l-Visâta", 148; Muhammed İkiç, Müdevvenetü'l-Üsra Ba'de Senevâtin Mine't-Tatbık Nazrâtün Fi'l-Mebâdi'n-Nâzimeti Ve'l-Icrâati'l-Munazzamati (Sale: Şemsü Berînet, 2020), 188; Hazrûn, "Eyyu Devrin Mü'essesât fi A' mâli'l-Visâtati'l-Useriyye", 118

36 Hadîce Alâvî, "Nahve Müesseseti'l-Visâtati'l-Âiliyye Bi'l-Mağrib", Menşûrâti Mecelleti'l-Kadâi'l-Medenî 6 (2014), 171; el-Hamâmüşî, "Âfâku'l-Visâta", 126; el-Latif, "el-Visâtatu'l-Useriyye, 115.

projelere devam etmemesi, arabuluculuk yapan derneklerin denetimsiz kalmasına ve maddi kaynak bulma konusunda zorluk yaşamasına neden olmuştur. Bu durum, arabuluculuk faaliyetlerinin kesintiye uğramasına, hatta bazı derneklerin arabulucu ve psikolog gibi profesyonel çalışanların maaşlarını ödeyememesi nedeniyle hizmetlerini tamamen durdurmalarına yol açmıştır.³⁷

5. Örnek Bir Aile Arabuluculuğu Modeli Nasıl Oluşturulabilir?

Fas halkının hak arama ve anlamazlıkları sonlandırma noktasında resmî makamlara itibar ettiğiinden yukarıda bahsetmiştik. Bu noktada STK'ların aile birliğinin korunması ve giderek artan boşanmaların önüne geçilebilmesi adına anlaşmazlık yaşayan aile fertleri arasında yaptıkları aile arabuluculuğu faaliyetleri ve Fas'ta aile arabuluculuğu mekanizmasının toplum nezdinde kabul görmesi için gösterdikleri çabalar takdire şayandır. Gönüllülük esasıyla hareket eden bu kuruluşların girişimleri buldukları bölgelerde etkili sonuçlar verebilmektedir. Fas'ta aile arabuluculuğu hizmeti veren dernek ya da merkezler aile arabuluculuğuna dair isabetli bir biçimde holistik yaklaşım benimsemektedir. Aile arabuluculuğu ihtiyacına sebep olan anlaşmazlık kaynakları üzerinde durularak önleyici bir yaklaşımla evlilik öncesi ve sırasında rehberlik ve danışmanlık hizmetleri verilerek anlaşmazlığın çıkmasına mâni olmak hedeflenmektedir. Anlaşmazlığın ortaya çıkmasının ardından bir aile arabuluculuğu merkezine başvurulması halinde taraflarla birlikte ve ayrı ayrı görüşmeler yapılmaktadır. Diğer taraftan anlaşmazlığın muhtemel sebeplerinden olan ekonomik problemleri çözmek ve ailenin refah düzeyini artırmak için taraflara meslek edindirme kursları açma, sosyal yardım yapma gibi yollara başvurulmaktadır.³⁸ Anlaşmazlığın çözümlenerek bir anlaşmaya varılması durumunda arabuluculuk sona ermiş kabul edilmemekte aynı zamanda bu anlaşmanın realize edilmesi ve beklenen sonuçların ortaya çıkması için aktif takibi de yapılmaktadır. Bütün bu doğrudan ve dolaylı adımların arabuluculuk sürecine olumlu katkı yaptığı görülmektedir. Mahkemelerde gerçekleştirilen eşler arasında uzlaştırma girişimlerinin başarı oranı çok düşükken aile arabuluculuğu hizmeti veren derneklerin arabuluculuk oturumlarında büyük oranda başarı sağladıkları kaydedilmektedir. Zira sivil toplum kuruluşlarında arabuluculuk hizmeti veren kişilerin genellikle benzer ailevi sorunları yaşamış halkın içinden insanlar olması, merkeze başvuran insanlarla empati kurarak sorunlarını daha iyi anlamalarını ve onlara yardımcı olma konusunda daha istekli olmalarını sağlamaktadır.³⁹

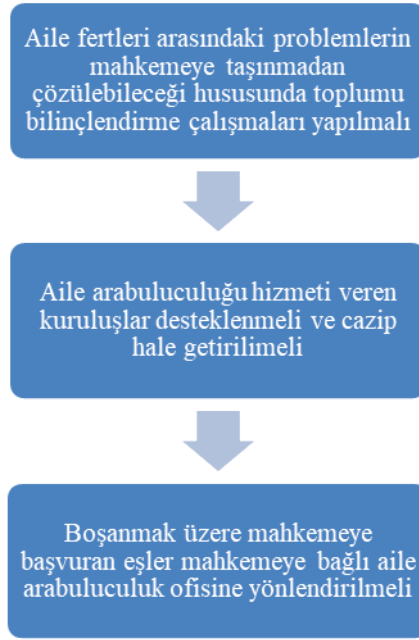
37 Türkmen, Fas Aile Hukukunda Arabuluculuk Ekseninde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, 228.

38 'Izzuddîn, Binehşibe, "et-Tedbiru'l-Meydânî bi Cem 'ıyyâti'l-Mucteme'ı'l-Medenî el-Betûl bi Miknâs/Kurratu 'Ayn bi Azrû/Visâl bi Fâs", (Meknes: Câmi'atu Mevlây İsmâ'il, 2021), 2.

39 el-Hamâmûşî, "Âfâku'l-Visâta", 130-131.

Örnek olarak incelenen Fas'taki aile arabuluculuğu uygulamalarının, belirli iyileştirmeler ve yapısal reformlar yapılması durumunda, diğer ülkeler için model oluşturabilecek nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Fas'ın bu alandaki deneyimleri, özellikle benzer sosyo-kültürel yapıya sahip ülkeler için değerli uygulamalardır. Aile içi uyuşmazlıkların etkin, adil ve sürdürülebilir bir şekilde çözülmesini sağlayacak aile arabuluculuğu modeli oluşturabilmek için bir takım temel unsurların sağlanması kaçınılmazdır.

Aile içi uyuşmazlıkların giderilmesi etkin bir aile arabuluculuğu mekanizması oluşturulabilmesi için öncelikle kapsamlı ve net bir yasal çerçeve oluşturulması gerekmektedir. Yasal düzenlemeler, arabuluculuk sürecinin başlatılmasından sonuçlarının yasal olarak bağlayıcılığına kadar tüm aşamaları ayrıntılı bir şekilde tanımlamalıdır. Aile arabuluculuğuna yönelik hukukî alt yapı oluşturulduktan sonra bu girişimleri hayata geçirmeye yönelik çalışmalara ağırlık verilmelidir. Anlaşmazlık yaşayan taraflar arasındaki arabuluculuk faaliyetlerinin “prosedürden ibaret” olmaması için bu yöntemin aktif bir şekilde kullanılacağı bir sistem oluşturulmalıdır. Şöyle ki; aile içinde anlaşmazlık yaşayan fertlerin problemlerini mahkemeye taşıyarak aradaki gerginliği artırmaması adına ilk etapta STK bünyesinde ya da özel ofislerde uzman arabulucular tarafından aile arabuluculuğu hizmeti verilmeli ve bu merkezlere başvurma konusunda insanları teşvik edici reklamlar yapılmalıdır. Nitekim bu mekanizmanın daha işlevsel hale gelmesi, aile mahkemelerine yapılacak başvuruların azalmasına katkı sağlayacaktır. İkinci aşamada ise tarafların aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek adına herhangi bir arabuluculuk merkezine başvurmaması ya da bu merkezlerde yapılan arabuluculuk girişiminin başarısız olması halinde mahkeme bünyesinde zorunlu olarak arabuluculuk girişiminde bulunulmalıdır. Arabulucuların profesyonel yetkinliklere sahip olabilmesi için kapsamlı eğitim programlarının oluşturulması ve sertifikasyon süreçlerinin standart hale getirilmesi gerekmektedir. Bu eğitimler, hukuk bilgisi, aile dinamikleri, psikoloji ve etkili iletişim becerilerini kapsamalıdır. Arabuluculuk süreçlerinin kalitesinin ve etkinliğinin sürekliliğini sağlamak amacıyla düzenli denetim ve değerlendirme mekanizmalarının kurulması ise modelin başarısını artıracak önemli bir unsurdur. İdari olarak mahkemeye bağlı aile arabuluculuğu ofislerinde arabulucularla beraber Adalet Bakanlığı tarafından atanan sosyoloji, psikoloji, adalet ve hukuk uzmanları da bulunmalıdır. Aile hâkimleri bu ofislerde çalışan uzman arabuluculara göndermeden taraflar arasında uzlaştırma girişiminde bulunamamalıdır. Bu ofislerin mahkeme salonlarının insanlar üzerinde gerginlik yaratan atmosferinden uzak olmasına özen gösterilmelidir. Ofislerin mümkünse mahkeme binasından ayrı ek bir bina şeklinde olması ve görüşme odalarının ev ortamı sıcaklığını verecek şekilde tasarlanması taraflarda pozitif bir etki yaratarak arabuluculuk oturumlarına daha ılımlı yaklaşımlarına katkı sağlayacaktır. Kısaca;



Toplumda arabuluculuğun aile içi uyuşmazlıklar için etkili bir çözüm yöntemi olduğuna dair farkındalık oluşturulması sürecin daha geniş kitleler tarafından benimsenmesi bakımından gereklidir. Bu bağlamda, medya kampanyaları, eğitim programları ve toplumsal etkinlikler yoluyla bilinçlendirme çalışmaları yapılmalıdır. Diğer taraftan avukatların müvekkillerini aile arabuluculuğuna yönlendirmesi de aile içi sorunların daha sağlıklı ve sürdürülebilir bir şekilde çözülmesine önemli bir katkı sunacaktır. Avukatlar, müvekkillerine aile arabuluculuğunun ne olduğu, nasıl işlediği ve olası avantajları hakkında bilgi vermelidir. Müvekkilin dava süreci yerine arabuluculuğu tercih etmesinin, zaman, maliyet ve duygusal açıdan nasıl fayda sağlayabileceğini açıklamalıdır. Avukatların aile arabuluculuğuna teşvik etmesi, insanların alternatif çözüm yöntemlerini tanınması ve bu yönetime karşı ön yargılarının giderilmesi açısından da önemlidir.

Arabuluculuk hizmetlerinin toplumun tüm kesimleri tarafından kolayca erişilebilir olması, bu hizmetlerin maliyetinin düşük tutulması veya belirli gruplar için ücretsiz hizmet sunulması, sürecin yaygınlaşmasına katkıda bulunacaktır. Ayrıca, arabuluculuk süreci toplumsal ve kültürel değerlerle uyumlu olmalı ve yerel normları dikkate alarak yapılandırılmalıdır. Bu, arabuluculuğun toplum tarafından daha geniş kabul görmesini ve etkinliğini artırmasını sağlayacaktır. Arabuluculuk sürecinin başarılı olabilmesi için taraflara psikolojik ve sosyal destek hizmetlerinin sunulması da önemlidir. Bu destek, tarafların anlaşmaya varma sürecini kolaylaştıracak ve daha kalıcı çözümler üretmelerine yardımcı olacaktır.

Ayrıca, arabuluculuk süreci aile dinamiklerini ve özellikle çocukların çıkarlarını göz önünde bulundurarak tasarlanmalıdır. Bu, aile içi istikrarın korunmasına ve taraflar arasındaki anlaşmazlıkların daha barışçıl yollarla çözülmesine katkı sağlayacaktır.

Arabuluculuk süreci sonunda varılan mutabakatın yasal olarak bağlayıcı olması, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde kalıcılığı sağlamak açısından büyük önem taşır. Bu bağlayıcılığın sağlanması, arabuluculuk sürecine katılan tarafların sürece olan güvenini artıracak ve tarafların, uzlaşmaya varılan koşullara uymalarını teşvik edecektir. Ayrıca, bu anlaşmaların uygulanmasının yakından izlenmesi, sürecin etkinliğini garanti altına almada etkili bir unsurdur. Taraflar arasında sağlanan anlaşmaların pratiğe yansıtılması, yalnızca arabuluculuk sürecinin başarısını değil, aynı zamanda uzun vadede aile içi ilişkilerin istikrarını da sağlayacaktır.

Son olarak, örnek olarak sunulan aile içi uyuşmazlık çözüm mekanizmasının Türkiye için de model olabileceği kanaatindeyiz. Türkiye’de ailevi sorunların çözümünde arabuluculuktan istifade edilebileceği Avrupa Konseyi tarafından da dile getirilmiştir. 21 Ocak 1998 tarihinde alınan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı ile Konsey, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu üye ülke hükümetlerine, *aile arabuluculuğunu uygulamaya koymayı veya teşvik etmeyi ya da gerekliyse, mevcut aile arabuluculuğunu geliştirmeyi; aile uyuşmazlıklarının uygun bir çözüm yolu olarak, aile arabuluculuğunun öneminin ve değerinin anlaşılması ve kullanılması için, (tavsiye kararında) öngörülen ilkelerin yerleşmesi düşüncesiyle gerekli gördükleri bütün tedbirleri almayı ya da güçlendirmeyi* tavsiye etmiştir.⁴⁰

Türkiye’de aile arabuluculuğunun etkin bir şekilde uygulanabilmesi için çeşitli kaynaklar ve kurumların devreye girmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, sivil toplum kuruluşlarının rolü ve katkıları büyük bir önem taşımaktadır. Aile birliğinin korunmasında arabuluculuğun önemi hususunda farkındalık yaratma, arabuluculuk eğitimi verme, doğrudan arabuluculuk hizmetleri sunma, aile bireylerine psikolojik ve hukuki destek sağlama gibi çeşitli alanlarda STK’ların desteğinden faydalanılması aile arabuluculuğunun toplumumuzda kabul görmesi ve yaygınlaşması açısından kritik bir rol oynamaktadır. Nitekim Fas’ta aile arabuluculuğunun duyurulmasına ve etkinleştirilmesine yönelik çalışmaların giderek artmasında STK’ların büyük katkısı bulunmaktadır. Fas’taki aile arabuluculuğunun aile kanununa dâhil edilmesine yönelik çalışmaların hız kazanmasında STK’ların girişimleri çok etkili olmuştur. Ancak Fas’taki derneklerle ilgili yapılan araştırmadan anlaşılacağı üzere STK’ların aile arabuluculuğu konusundaki faaliyetlerini sürdürebilmeleri için finansal destek

40 Mustafa Özbek, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD 2 (2005), 72-77.

çok önemlidir. Dolayısıyla Türkiye’de aile arabuluculuğu alanında hizmet veren dernek, vakıf ya da merkezler devlet tarafından desteklenmeli ve bu alanda hizmet verecek yeni merkezlerin kurulması teşvik edilmelidir.

Fas’taki sivil toplum kuruluşlarının aile arabuluculuğunun etkinleştirilmesi konusundaki çabalarının Türkiye için bir örnek teşkil edebileceğinden bahsettik. Diğer taraftan Fas’ta aile arabuluculuğunun yasal çerçevede, özellikle aile kanununda yer almaması sorunu, Türkiye’de de benzer şekilde karşımıza çıkmaktadır. Aile arabuluculuğunun hukukî olarak desteklenmesi yönünde Fas’ta olduğu gibi Türkiye’de de girişimlerde bulunmaktadır. Özellikle Türkiye’de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (HUAK) 22.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmesinden bu yana, Türkiye’de aile hukuku alanına özel bir arabuluculuk mevzuatının ortaya konması ve etkin bir arabuluculuk sisteminin geliştirilmesi yönündeki çalışmalar sürmektedir. Bu bağlamda İsveç Uluslararası Kalkınma ve İşbirliği Ajansı (SİDA) ile Türkiye Cumhuriyeti tarafından birlikte finanse edilen *Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi* adlı proje kapsamında, 2016-2017 yılları içerisinde aile arabuluculuğu özelinde üç çalıştay düzenlenmiştir. Çalıştayda hangi uyuşmazlıkların aile arabuluculuğuna elverişli olduğu, aile arabuluculuğunun zorunlu mu ihtiyari mi olması gerektiği, aile arabuluculuğunda mahkeme içi-mahkeme dışı arabuluculuk sistemlerinden hangisinin benimseneceği tartışılan temel konulardır.⁴¹

Türkiye’deki boşanma oranlarının azaltılmasında etkili olacak bir başka öneri de il müftülükleri bünyesinde Aile Danışma ve Rehberlik Büroları gibi Aile Arabuluculuğu Büroları oluşturarak eğitim almış uzman kişiler tarafından arabuluculuk hizmetinin verilmesidir. Türkiye’deki il müftülükleri insanların dinî, ailevî, ekonomik ya da psikolojik sorunlarında yöneldiği ve dinî otorite olarak kabul ettiği kurumlar olması hasebiyle bu kurumlarda verilecek aile arabuluculuğu hizmeti insanların bu yöntemi daha kolay benimsemesini sağlayacaktır.⁴² Nitekim Alo Fetva hattına gelen sorulardan toplumun aile fertleriyle yaşadıkları problemlerin çözümünde Diyanet İşleri Başkanlığı’nı bir otorite olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Eşleriyle yaşadıkları çeşitli sorunlardan dolayı dağılma noktasına gelen ailelerini ayakta tutmak isteyen pek çok kişinin dinî bir kurumdan yardım ve destek talebinde bulunması ülkede aile arabuluculuğu merkezlerine ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

41 Council of Europe, Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi, Erişim 3 Eylül 2024, <https://www.coe.int/tr/web/ankara/developing-mediation-practices-in-civil-disputes-in-turkey>.

42 Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları”, 316.

SONUÇ

Hukuki mekanizmalara bakıldığında anlaşmazlık yaşayan çiftlerin arasındaki husumeti giderip onları tekrar aile yuvalarına dönmeye ikna etmede çok da başarılı olmadıkları görülmektedir. Zira mahkemede bir dava sonuçlanana kadar çeşitli merhalelerden geçmekte verilen kararın temyize gitmesi halinde süreç daha da uzamaktadır. Buna ek olarak mahkemelere müracaat edenlerin sayısı da çok fazla olunca yargı organları insanların sorunlarına çözüm bulmada gecikmekte ve eşler arasında var olan problemler artık dönülmez noktaya gelmektedir. Oysa aile arabuluculuğu yargıya varmadan aile içi sorunların görüşülmesini sağlayarak yargının bunaltıcı prosedürlerinden kurtulup sağlıklı bir diyalog ortamının verdiği sükûnetle barış çerçevesinde sorunların çözülmesine imkân sağlamaktadır.

Fas'ta aile arabuluculuğuna yönelik uygulamaların, tüm dünyada bu alana yönelimin arttığı 2000'li yılların başlarından itibaren eşzamanlı olarak başladığı ve bu uygulamaların genellikle sivil toplum kuruluşları bünyesinde yürütüldüğü tespit edilmiştir. Fas örneği, sivil toplumun bu süreçteki katılımının arabuluculuğun başarısını artırmada kilit bir unsur olduğunu göstermektedir. Bu kuruluşlar, yalnızca arabuluculuk hizmeti sunmakla kalmayıp aile içi ilişkilerin güçlendirilmesi ve ailenin önemi konusunda toplumda farkındalık oluşturulması adına çeşitli programlar düzenlemektedir. Bunun yanı sıra taraflara ekonomik destek sağlayabilmek adına dernekler meslek edindirme kursları açmaktadır. Sivil toplum kuruluşlarının “önleyici” ve “iyileştirici” olarak nitelendirdikleri bu yaklaşım, yalnızca ailevi uyuşmazlıkların çözümüyle sınırlı kalmayıp, bu uyuşmazlıkların ortaya çıkmasına zemin hazırlayan sosyolojik, psikolojik ve ekonomik sorunların da giderilmesinin, aile arabuluculuğu sürecinin önemli bir parçası olduğunu göstermesi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamlı yaklaşım, aile arabuluculuğunun sadece çatışmaları çözme odaklı değil, aynı zamanda çatışma sebeplerini önlemeye yönelik daha geniş bir sosyal politika aracı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Fas'ın aile arabuluculuğu alanında karşılaştığı zorluklar dikkate alındığında, örnek bir aile arabuluculuğu modeli oluştururken bu mekanizmanın devlet tarafından desteklenmesi ve hukuki müeyyidelerle güvence altına alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Devletin aile arabuluculuğu hizmetlerini kurumsal bir yapıya kavuşturması ve bu hizmetlerin hukuki teminatını sağlaması bu modelin etkinliği açısından gereklidir. Türkiye açısından değerlendirildiğinde, Fas'taki aile arabuluculuğu uygulamalarından çıkarılacak önemli dersler bulunmaktadır. Türkiye kendi kültürel ve toplumsal yapısına uygun bir aile arabuluculuğu modeli geliştirerek, aile içi uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemini daha etkin bir şekilde kullanabilir. Özellikle sivil toplum kuruluşları, üniversiteler, Diyanet

İşleri Başkanlığı ve Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı gibi kurumlar arasındaki iş birliği, Türkiye’de kapsamlı ve etkili bir aile arabuluculuğu sisteminin kurulmasında etkin bir rol oynayacaktır. Fas’tan elde edilen deneyimlerin ışığında, Türkiye’de arabuluculuğun yasal ve kurumsal bir çerçeveye oturtulması, aile arabuluculuğunun sürdürülebilir ve yaygın bir çözüm yöntemi olarak benimsenmesine olanak sağlayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Kaynakça/References

- Âdil, Fethî. “el-Visâtatu fi Halli Münaza’âti Kadâya’l-Usrati beyne’n-Nazariyyeti ve’t-Tatbîk fi Mümâraleti’l-Kadâiyyeti’l-Mağribiyyeti-Numûzecu’l-Mahkemeti’l-Ibtidâiyyeti bi’l-Rabat-”. Rabat: Câmiatu Muhammedu’l-Hâmîs es-Sûsî, Külliyyetu Ulûmu’t-Terbeviyye, Bitirme Tezi, 2009.
- Ahraşâv, el-Gâli. “el-Visâtatu’l-Useriyye Mukavvimâtun ve Tekniyyâtun Menhecîyye”. Mecelletu’t-Tufûleti’l-‘Arabiyye 73 (Ocak 2016), 99-105.
- Alâvî, Hadîce. “Nahve Müesseseti’l-Visâtati’l-Âiliyye Bi’l-Mağrib”. Menşûrâti Mecelleti’l-Kadâi’l-Medenî 6 (2014).
- Bayar, Mesut. “İslam Aile Hukukunda Karı-Koca Arasında Meydana Gelen Anlaşmazlıklara Önerilen Çözümler”. e-Şarkiyat İlmî Araştırmalar Dergisi 5 (2011), 87-111. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/115967>.
- Belfakîh, Fâtımatu’z-Zehra. “Devru’l-Mucteme’i’l-Medenî fi’l-Visâtati’l-Useriyye”. Fes: Câmi’atu Sîdî Muḥammed b. ‘Abdillâh Külliyyetu’l-‘Ulûmi’l-Kânûniyye ve’l-İktisâdiyye ve’l-İctimâ’iyye, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. Hukuki İslamiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu. İstanbul: Bilmen Yayınevi, ts.
- Bineşîbe, ‘Izzuddîn. et-Tedbîru’l-Meydânî bi Cem’iyyâti’l-Mucteme’i’l-Medenî el-Betûl bi Miknâs/ Kurratu ‘Ayn bi Azrû/Visâl bi Fâs. Meknes: Câmi’atu Mevlây İsmâ’îl, 2021.
- Bin’abdi’l-Kâdir, Vefâ’. “Tecribetu Cem’iyyeti’l-Kerâme fi’l-Visâtati’l-Useriyye”. Mu’temeru’d-Duvelî el-Visâtatu’l-Useriyye ve Devruhâ fi İstikrârî’l-Userî. Rabat: Matba’atu Editions- AZ, 2016. 2023.<http://www.abhatoo.net.ma/page-principale/%D9%85%D8%B9%D9%84%D9%85%D8%A9-%D9%86%D8%B5%D9%8A%D8%A9/%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%86%D9%85%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D9%82%D8%AA-%D8%B5%D8%A7%D8%AF%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AC%D8%AA%D9%85%D8%A7%D8%B>
- Bühadîd, Rande. el-Vesâ’îlu’l-Bedîle li Halli’l-Munâza’âti’l-Useriyye. Rabat: Câmi’atu Muhammedî’l-Hâmîs Külliyyetu’l-Hukûk, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

- Cem'iyetu Kerâme. ed-Delîlu'l-Menhecî li'l-Visâti'l-Userî. Tanca: Mîdi Fellâş, 2019.
- Certel, Hüseyin. "Hz. Peygamberin Aile Danışmanlığı Uygulamaları". Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi 36 (Aralık 2016), 36-67. <https://asosjournal.com/DergiTamDetay.aspx?ID=11657>.
- Cessâs, Ebû Bekir er-Râzî el-. Ahkâmu'l-Kur'an li'l-Cessâs. thk. Muhammed Sâdık el-Kamhavî. Beyrut: Dâru İhyâu Turâsu'l-Arabî, h.1405. <https://shamela.ws/book/23579/925#p1>.
- Council of Europe. Türkiye'de Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamalarının Geliştirilmesi. Erişim 3 Eylül 2024. <https://www.coe.int/tr/web/ankara/developing-mediation-practices-in-civil-disputes-in-turkey>.
- Dülene, Lîza - Sabîh, 'Abdullah. "el-Visâta fi'n-Nizâ': el-Menhec", Medhal ilâ'l-Visâti't-Teshîliyye fi Mecâli'l-Usra. Rabat: Merkezü Kvinfo, ts.
- Erdogan, Suat. "İslam Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik (Şikâk) Durumunda Hakem Tayini ve Tayin Edilen Hakemlerin Yetkileri", Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 1/2 (2017), 45-57. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/369641>.
- er-Ruveycâ, Sihâm. el-Idmâcu'l-Kânûnî li'l-Visâti'l-Useriyye fi Mudevveneti'l-Useriyye. Agadir: Câmi'atu İbn Zuhr Külliyyeti'l-Ulûmu'l-Kânûniyye ve'l-İktisâdiyye ve'l-İctimâiyye, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- es-Sadîkî, Sihâm. "el-Visâtatu'l-Useriyye Bediletun li Halli'l-Munâzaati'l-Useriyye". Agadir: Câmi'atu İbn Zuhr Külliyyeti'l-Ulûmu'l-Kânûniyye ve'l-İktisâdiyye ve'l-İctimâiyye, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Esmâ' Evmûlûd, "el-Visâta fi'l-Kadâyâ el-Useriyye", Silsiletu'l-İctihâdi'l-Kadâ'î 3 (2013), 122-133.
- Gamîz, Fetîha. "Rihânâtu Idmâci'l-Visâti'l-Useriyyeti bi'n-Nizâmi'l-Mağribî". Mecelletü'l-Ulûmu'l-Kânûniyye 2 (2014), 39-48.
- Gazyûl, Ahmed Berâde. Tekniyyâti'l-Visâti li Tesviyyeti'n-Nizâ'ât Dune'l-Lucû' ilâ'l-Kadâ'. Kazablanka: Dârû'l-Âlemiyye li'l-Kitâb, 2015.
- Gürdal, Ayşe. "İslam Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi". Çanakakale: Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=LLB6ZqnIXnXKufEfBpYZHA&no=dCzftJy-ka5V-3rMKIHJYA>.
- Hazrûn, Semîra. "Eyyu Devrin Muessesâti fi l'mâli'l-Visâti'l-Useriyye fi Tecribeti'l-Mağribiyye Kırâatun fi'l-Vâkı' ve'l-Ufuk". Journal of Civil, Economic and Comparative Law 2/1 (2021), 106-121.
- İbnu'l-'Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh. Ahkâmu'l-Kur'ân. Beyrut: Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, 2003. <https://shamela.ws/book/1464/538#p1>.
- İbn Âşûr, Muhammed Tahir b. Muhammed b. Muhammed et-Tunusi. Tefsîru't-Tahrîr ve't-Tenvîr. Tunus: ed-Dâru't-Tunisiyye, 1984. <https://shamela.ws/book/9776/1897#p1>.
- İbn Manzur, Ebû'l-Fazl Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî. Lisânu'l-Arab. Kum: Edebü'l-Havza, 1984. <https://archive.org/details/lisan.al.arab/lisan.al.arab.05/page/n417/mode/2up?view=theater>.
- İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed el Hafîd. Bidâyetül-Müctedid ve Nihâyetü'l-Muktesid, thk. Ferîd Abdülazîz el-Cindî (Kahire: Dâru'l-Hadîs, 2004. <https://shamela.ws/book/21739/574>.
- İkîç, Muhammed. Müdevvenetü'l-Usra Ba'de Senevâtin Mine't-Tatbîk Nazrâtün Fi'l-Mebâdi'n-Nâzîmeti Ve'l-İcrââti'l-Munazzamati. Sale: Şemsü Berînet, 2020.
- Kaşdibi, Ahmet. "İslam Aile Hukukunda Şiddetli Geçimsizlik ve Aile Arabuluculuğu". Karabük: Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.

- Kurtubî, Ebu Abdillâh Muhammed b. Ahmed el-Ensârî. el-Cami' li Ahkami'l-Kur'an. Kahire: Dâru'l-Kütübî'l-Mısriyye, 1974. <https://shamela.ws/book/20855/1844#p1>.
- Lemîsî, 'Âbid. "Âliyyetü'l-Visâtatü ve Rihânu Ta'zizi'l-Vesâili'l-Bedîle li Halli'l-Münâza'âti'l-Üseriyye". Menşûrâtü'l-Mecelleti'l-Minberi'l-Kânûnî (2019). 246-269. <https://search.mandumah.com/Record/1074948>.
- Özbek, Mustafa. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı. DEÜHFD 2 (2005), 71-102.
- Rakîk, Hasan. ed-Delîlu'l-'İlmî ve'l-'Amelî li'l-'Vasîti'l-'Userî fi Tesviyeti'l-Munâza'ât. Dâru'l-Beydâ: Dâru'n-Neşri'l-Magribiyye, 2019.
- Roberts, Marian. Mediation in Family Disputes: Principles of Practice. London: Taylor & Francis Group, 2017.
- Şen, Yusuf. "İslam hukukunda Arabuluculuk". Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 11/22 (Aralık 2012), 105-135. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/85701>.
- Temel, Ahmet. "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları". Darulfunun İlahiyat Dergisi 30/2 (2019), 311-336. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/917485>.
- Türkmen, Elif Kübra. *Fas Aile Hukukunda Arabuluculuk Ekseninde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2024. <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>.
- Zuhayli, Vehbe. el-Fıkhu'l-İslâmî ve Edilletuhu. Dimeşk: Dâru'l-Fikr, ts. <https://shamela.ws/book/384/6636#p1>.
- Vizâratu'l-'Usra ve't-Teğâmun ve'l-Musâvât ve't-Tenmiyyeti'l-İctimâ'îyye. eş-Şerâketu me'a'l-Cem'îyyât Masteratu'l-İntikâ' ve Haşiletu Da'mi'l-Meşârî' (2014). Erişim: 17 Nisan 2024. <https://social.gov.ma/-/الشركة-مع-الجمعيات-مسطرة-الانتقاء-وح5>.
- Yeşilirmak, Ali. "Arabulucu Kimdir?" Temel Arabuluculuk Eğitimi. Ankara: Arcs Matbaacılık, 2021.



darulfunun ilahiyat

Başvuru: 01.09.2024
Revizyon Talebi: 15.10.2024
Son Revizyon: 20.10.2024
Kabul: 23.10.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Suudi Arabistan'da Aile Arabuluculuğu ve Hakemliği Uygulamaları

Family Mediation and Arbitration Practises in Saudi Arabia

Fulya Okur^{*}

Öz

Aile içi anlaşmazlıklar ve artan boşanma oranlarının ortaya çıkardığı sosyolojik ve idari sorunlar, 20. yüzyılın önemli problemleri arasında yer almıştır. Bu sorunları çözmek için kullanılan yöntemlerden biri olan aile arabuluculuğu, farklı kültür ve inançlara göre şekillenen bir çözüm yolu olarak günümüzde önem kazanmıştır. Türkiye'de de arabuluculuğun, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanması planlanmakta ve bu süreçte Avrupa kökenli yöntemlerin kullanılabileceği yönünde bir anlayış öne çıkmaktadır. Diğer yandan Avrupa ile Türkiye arasındaki kültürel farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda, Avrupa uygulamaları yerine Türkiye'nin kültürel yapısına uygun bir modelin geliştirilmesinin, Türk toplumu için daha olumlu ve faydalı sonuçlar doğuracağına dair bir yönelim de mevcuttur. Nitekim son yıllarda uygulamaya geçen ülkelerin deneyimlerinden faydalanarak geliştirilecek özgün bir modelin oluşturulmasına imkân sağlamak için çeşitli akademik çalışmalar yürütülmektedir. Bu çalışmada, yapılan araştırmalara katkı sunmak amacıyla, mer'î aile hukukunu İslam hukukuna dayandıran ve toplumsal yaşantısında İslam kültürü yerleşik olan Suudi Arabistan Krallığı'nın aile arabuluculuğu ve hakemliği uygulamaları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam Aile Hukuku, Aile Arabuluculuğu, Aile Uyuşmazlıkları, Tahkim, Suudi Arabistan

Abstract

Sociological and administrative issues arising from family disputes and increasing divorce rates have been among the significant problems of the 20th century. Family mediation, one of the methods used to address these issues, has gained importance as a solution shaped by different cultures and beliefs. In Türkiye, there are plans to implement mediation as an alternative dispute resolution method, with a prevailing understanding that European-originated methods could be employed in this process. However, considering the cultural differences between Europe and Türkiye, there is also a tendency towards developing a model that aligns with Türkiye's cultural structure, which is believed to yield more positive and beneficial outcomes for Turkish society. Indeed, various academic studies are being conducted to pave the way for the creation of a unique system developed by benefiting from the experiences of countries that have recently implemented such practises. This study examines the family mediation and arbitration practises of the Kingdom of Saudi Arabia, which bases its applicable family law on Islamic law and maintains an established Islamic cultural framework in its social life, with the aim of contributing to existing research.

Keywords: Islamic Family Law, Family Mediation, Family Disputes, Arbitration, Saudi Arabia

* Sorumlu Yazar: Fulya Okur (Doktora Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İlahiyat Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: fulyaokurfulya@gmail.com ORCID: 0009-0002-0367-3844

Atıf: Okur, Fulya. "Suudi Arabistan'da Aile Arabuluculuğu ve Hakemliği Uygulamaları." *darulfunun ilahiyat* 35, 'Aile Arabuluculuğu' Özel Sayısı (2024): 175–208. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1541722>



Extended Summary

The increase in divorce rates has become a significant issue in almost every society worldwide, and the resulting heavy caseload in courts has led to serious sociological and legal consequences. The inability to resolve disputes in divorce cases for many years prevents justice from being timely and properly administered, adversely affecting not only the parties involved but also all individuals directly or indirectly associated with them. This situation can lead to broader social problems and weaken the family structure within societies. Based on these realities, various academic and administrative studies conducted towards the end of the 20th century revealed that traditional judicial methods were not sufficiently effective in resolving family disputes. In contrast, these processes were found to intensify conflicts further. Consequently, there emerged a strong tendency to favour alternative dispute resolution methods, such as family mediation, over existing methods. In line with this trend, the Council of Europe issued a recommendation advocating the use of family mediation in family disputes. This recommendation gained widespread acceptance across Europe, and family mediation practises quickly became integrated into legal processes and widely adopted. Within this context, it is planned that family mediation will be incorporated into the legal system in Türkiye as an alternative method.

Türkiye has traditionally achieved European standards in its legal and social development over the past century. As a result, European models could be employed in the mediation practises expected to be implemented in the country. However, Western-originated mediation models, particularly divorce mediation, primarily focus on protecting individual interests to the highest degree and alleviating the caseload on courts. There is considerable debate over how compatible this model is with Türkiye's cultural and social structure. The family structure in Turkish society is shaped by Islamic law and traditional values. Islamic law plays a crucial role in the formation and maintenance of the family. Some studies on this subject suggest that, due to this fundamental difference, a unique mediation model that aligns with Türkiye's cultural and religious structure needs to be developed. Accordingly, it is argued that a mediation method compatible with Islamic teachings and systematised according to these principles would be more appropriate for addressing the issues and meeting the needs of the Turkish society. Furthermore, adopting an approach that considers cultural sensitivities in the preservation of family unity and the administration of justice in divorce processes would contribute to making the legal system more harmonious with the societal structure.

It is recommended that legislators take these discussions into account and develop a mediation model suitable for Türkiye's sociological and cultural realities. In this context, a project titled "Family Mediation-Arbitration in Islamic Law and Contemporary Practises" has been carried out by academics and students from the Department of Islamic Law at Istanbul University to explore the applicability of Islamic mediation models in Türkiye.

Supported by TÜBİTAK, this project conducted extensive research based on the premise that mediation-arbitration practises rooted in Islamic law norms are more compatible with Türkiye's sociological structure compared to European models. In this context, the family mediation-arbitration practises of Muslim communities in various countries such as the United Kingdom, Malaysia, Morocco, Egypt, Jordan, Saudi Arabia, and the United States were investigated. Among these countries, the practises of Malaysia, where modern law and Islamic law are applied together, and the United Kingdom, a secular state that allows its Muslim minority to resolve family issues within the framework of Islamic law, were closely examined through field research.

The findings of the project will be shared with relevant institutions such as the Ministry of Justice, the Mediation Department, the Ministry of Family and Social Policies, and the Family and Religious Guidance Department under the Presidency of Religious Affairs. This will contribute to providing model examples for the family mediation expected to be implemented in Türkiye in the near future and to taking concrete steps to enhance the applicability and social acceptance of Islamic family mediation based on Islamic law in Türkiye.

In this context, the practises of Saudi Arabia, where organising the legal system and legal practises according to Sharia principles is a constitutional requirement, present a noteworthy model. Accordingly, our study examined the historical development, operational structure, institutional frameworks, and integration of family mediation and arbitration processes into the legal system in Saudi Arabia, reaching the following summarised conclusions:

In Saudi Arabia, mediation and arbitration are implemented as two separate methods. These practises have been established as a legal obligation tied to adherence to Islamic principles, with peaceful resolution aimed at preserving family unity as the primary goal. In recent years, changes in the legal system have contributed to the creation of the necessary administrative structures for the more effective functioning of mediation and arbitration processes.

Arbitration is carried out as a judicial practise under the supervision of the courts and involves a formal legal process. It allows for the detailed and meticulous examination of disputes between spouses, contributing to a more efficient functioning of the judicial process. This method, which eases the workload of judges, enables a thorough handling of disputes between the parties. However, no concrete and lasting evidence has been found that arbitration provides significant and lasting contributions to the preservation of family unity. Although a specific regulation governing arbitration has not yet been established, the reasons for resorting to arbitration and the powers of arbitrators are defined in the Ahvâl-i Şahsiyye regulations. This regulation can be considered an important step towards developing a more systematic and institutional structure for arbitration.

On the other hand, mediation is more flexible and can be applied in both judicial and non-judicial processes. Judicial mediation is conducted under the supervision of the courts, while non-judicial mediation is carried out by private institutions and independent mediators in collaboration with the courts. Unlike judicial arbitration processes, mediation is conducted with the cooperation of the state and civil society organisations to meet the needs of society. This cooperation helps mediation reach a broader audience and plays an important role in ensuring social peace. Civil society organisations serve as supporting institutions in these practises, which have been integrated into the state's judicial system, thereby contributing to the effective implementation of mediation both at the official and social levels. This approach demonstrates that a balance has been struck in Saudi Arabia's family mediation and arbitration processes between preserving Islamic values and meeting societal needs. Official statistics and reports from mediation associations show that mediation has been successful in preserving family unity and resolving disputes between parties.

Due to the lack of comprehensive scientific studies on official mediation that have emerged in the last decade, the exact content of the reconciliation methods used in mediation centres has not been fully determined. However, the following conclusions have been clearly reached: the organisation of mediation practises in Saudi Arabia under the condition that they do not contradict Islamic Sharia, the obligation of mediators to adhere to Sharia, and the requirement for them to be well-versed in the relevant sections of Islamic law clearly indicate that the Saudi Arabian mediation-arbitration model is based on Islamic law. Additionally, these practises, which are organised in a manner consistent with the customs and traditions of Muslim society, are shaped with consideration for the requirements of the modern world and scientific developments.

The family mediation-arbitration model in Saudi Arabia provides an important example for all Islamic jurists regarding how the classical period rules of Islamic law have been updated and applied in the modern era, and how these practises have been adapted to the scientific developments and societal needs of the modern world. The findings of this study offer significant data for jurists who advocate that the family mediation expected to be implemented in Türkiye should be structured according to Islamic principles in a manner that aligns with the beliefs and customs of the Muslim community. These findings reveal the possibility of designing Türkiye's mediation practises in a manner similar to the Saudi Arabian model, based on Islamic law principles and simultaneously addressing the needs of the modern world.

Giriş

Boşanma oranlarındaki artış, dünya genelinde hemen her toplumda hem sosyolojik hem de hukuki açıdan ciddi sonuçlar doğurmuştur. Boşanma davalarındaki uyuşmazlıkların yıllarca çözüme kavuşamaması, adaletin yerinde ve zamanında tecelli etmesini engelleyerek sadece davanın taraflarını değil, aynı zamanda bu taraflarla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili olan tüm bireylere zarar verebilmektedir. Bu gerekçelerden hareketle 20. yüzyılın sonlarına doğru akademik ve idari alanda yapılan çalışmalar, aile anlaşmazlıklarının çözümünde geleneksel yargı yöntemlerinin yeterli olamadığını, uyuşmazlıkların çözümünde aile arabuluculuğu gibi alternatif yöntemlerin kullanılmasının gereğini ortaya koymuştur. Bu tespit doğrultusunda Avrupa Konseyi, aile arabuluculuğunun aile davalarında kullanılmasını tavsiye eden bir karar yayınlamıştır.¹ Karar Avrupa genelinde geniş kabul görmüş ve aile arabuluculuğu hukuki süreçlere entegre edilerek hızla yaygınlaşmıştır. Bu çerçevede, Türkiye’de de aile arabuluculuğunun hukuk sistemine alternatif bir yöntem olarak dahil edilmesi planlanmaktadır.

Türkiye -son birkaç yüzyıldır- hukuki ve toplumsal gelişiminde Avrupa uygulamalarını model almayı benimsemiş bir ülkedir. Bunun bir yansıması olarak, yürürlüğe girmesi planlanan aile arabuluculuğunda Avrupa modeli bir arabuluculuk uygulamasının kullanılabileceği kabul edilmektedir. Ancak Batı kökenli Arabuluculuk modellerinin, öncelikle bireysel menfaatleri en üst düzeyde korumak ve mahkemelerin dava yükünü hafifletmek gibi hedeflerle, boşanma arabuluculuğu olarak geliştirildiği bilinmektedir. Bu modelin Türkiye’nin kültürel ve toplumsal yapısıyla ne derece uyumlu olduğu konusunda önemli tartışmalar bulunmaktadır. Zira Türk toplumunun aile yapısı, İslam hukuku ve geleneksel değerlerle şekillenmiştir. Ailenin kurulmasında ve sürdürülmesinde İslam hukukunun hükümlerine büyük önem verilir. Nitekim konu üzerine yapılan bazı araştırmalar sonucunda aradaki bu temel fark sebebiyle Türkiye’nin kültürel ve dini yapısına uygun özgün bir arabuluculuk modelinin geliştirilmesi teklif edilmektedir.² Bu doğrultuda kültürel hassasiyetler göz önünde bulundurularak İslami öğretilerle sistemleştirilmiş bir arabuluculuk yöntemi geliştirilmesinin hukuki uygulamaların toplumsal yapıyla uyumlu hale gelmesine katkı sağlayacağı ileri sürülmekte ve hukuk yapıcılarının işaret edilen tartışmaları dikkate alarak Türkiye’nin sosyo-kültürel gerçeklerine uygun bir arabuluculuk modeli geliştirmeleri önerilmektedir.

1 Europe Council Of, “European Commission For The Efficiency Of Justice”, *Council of Europe* (2006)”. Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, ed. Fatma Yücel (Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, 2018), 6.

2 Ahmet Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları,” *Darulfunun İlahiyat*,30/2 (2019), 311–336.

Bu bağlamda İstanbul Üniversitesi İslam Hukuku Anabilim Dalındaki akademisyenler ve öğrenciler tarafından “İslam Hukukunda Aile Arabulucu-Hakemliği ve Çağdaş Uygulamalar” adlı bir araştırma projesi başlatılmıştır. Araştırma kapsamında İngiltere, Malezya, Fas, Mısır, Ürdün, Suudi Arabistan ve Amerika Birleşik Devletleri gibi farklı ülkelerdeki Müslüman toplulukların aile arabuluculuğu ve hakemliği uygulamaları araştırılmıştır. Bu ülkeler arasında modern hukuk ve İslam hukukunun bir arada uygulandığı Malezya'nın ve seküler bir devlet yapısına sahip olmasına rağmen Müslüman azınlıkların aile sorunlarını İslam hukuku çerçevesinde çözmelerine olanak tanıyan İngiltere'nin uygulamaları saha araştırmalarıyla yakından incelenmiştir.

Bu yolla, İslam hukukunun rehberliğinde oluşturulan İslami aile arabuluculuğuna dair örnek modeller sunulması ve benzer modellerin Türkiye'de uygulanabilirliğine yönelik farkındalığın artırılmasına katkı sağlanması hedeflenmiştir.

Projenin hedeflerinden olan örneklemeyi sağlama açısından, halkının çoğunluğunu Müslümanların oluşturduğu ve hukuku anayasal bir zorunluluk olarak İslam hukukuna dayanan Suudi Arabistan'ın bu alandaki uygulamalarının araştırılması önem taşımaktadır. Bu makale belirtilen gereklilikler ve önem doğrultusunda Suudi Arabistan'daki aile arabuluculuğu ve hakemliğine dair yürütülen incelemenin bulgularını paylaşmayı amaçlamaktadır.

Suudi Arabistan'ın hukuki uygulamalarını inceleyen çalışmalar hem Türkiye'de hem de uluslararası literatürde neredeyse yok denecek kadar azdır.³ Ülkemizde yapılmış mevcut çalışmalar içerisinde en nitelikli olanlar ise kuşkusuz Mehmet Ali Yargı'ya aittir. Yargı, Suudi Arabistan yargı sistemi ve hukuki uygulamalarına ilişkin birçok eser kaleme almıştır. Özellikle “Riyad Genel Mahkemesindeki Belgeler Işığında Eşler Arasındaki Geçimsizlik Halinde Tahkim Uygulamaları” (Et-Tatbikâtü'l-Kadâiyyetü li't-Tahkîmi inde'ş-Şikâki Beyne'z-Zevceyni min Hilâli's-Sukûki ve'd-Dubûti fi'l-Mahkemeti'l-Âmmeti bi'r-Riyâd) başlıklı çalışmasında Yargı, Krallık mahkemelerinde aile anlaşmazlıklarının nasıl ele alındığını ve bu tür davalarda alternatif çözüm yolu olarak tahkim müessesesinin rolünü detaylı bir şekilde araştırmış ve bulgularını şahsi gözlemleriyle yorumlayarak okuyucularla paylaşmıştır.⁴ 2016 yılında yayınlanan makale Suudi Arabistan'da sık değişen hukuki mevzuatı ve buna dayalı olarak sisteme entegre edilen yeni uygulamaları,

3 Fulya Kuncak, *Suudi Arabistan'da Aile Arabulucu-Hakemliği Uygulamaları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022).

4 Mehmet Ali Yargı, “et-Tatbikâtü'l-Kazâiyye li't-Tahkîmi inde'ş-Şikâki Beyne'z-Zevceyni min Hilâli's-Sukûki ve'z-Zubûti fi'l-Mahkemeti'l-Âmmeti bi'r-Riyâd,” *Mecelletü'l-Hicazi'l-Âlemiyye*, 14/ (2016), 14/93- 132.

arabuluculuğun ayrıntılarına ve kurumsallaşmasına dair hukuki değişiklikleri kapsamamaktadır.

Suudi Arabistan'da tahkim müessesesinin işleyişi hakkında Arapça yazılmış en kapsamlı eser, “*et-Tahkimü fi’ş-Şerîati’l-İslamiyye*” adlı çalışmadır. Bu eserin müellifi Abdullah b. Muhammed b. Sa’d Âli Huneyn’dir. Hey’etü Kibâri’l-Ulemâ’nın (Büyük Alimler Heyeti) bir üyesi olan Âli Huneyn otuz yıla yakın hâkimlik görevinde edindiği tecrübelerle kaleme aldığı bu eserinde Suudi Arabistan’daki tahkim uygulamalarının fikhî altyapısı ve yasal dayanakları hakkında ayrıntılı tahliller ve açıklamalar sunmaktadır.⁵ Âli Huneyn’in bu eseri Krallık’taki uygulamaların dayanaklarının anlaşılmasına önemli bir katkı sağlamaktadır. Ancak açıklamalar teorik düzeyde ele alınmış ve uygulamalar örneklerle desteklenmemiştir. Dolayısıyla kitap, kurumsal işleyiş hakkında bilgi edinmek isteyenler için bir veri kaynağı olma özelliğinde değildir. Arapça literatürde ele alınacak bir diğer çalışma, Riyad Genel Mahkemesi’nin eski hâkimlerinden Dr. Hamd b. Abdülaziz el-Hudayrî’nin ‘*el-İcrââtü’l-Kadâiyye fi’l-Müşkilâti’z-Zevciyye*’ başlıklı ve 2010 yılında Suudi Arabistan Adalet Dergisi’nde yayımlanan makalesidir.⁶ Hudayrî bu makalesinde eşler arasındaki anlaşmazlıkların mahkemede ele alınma usullerini ve dayanaklarını incelemiş; arabuluculuk ve tahkim konularına da değinmiş ancak bu uygulamaların detaylarına yalnızca dava sürecindeki yerlerini açıklamak amacıyla kısaca yer vermiştir.

İngilizce literatürde konumuzla ilgili iki makale bulunmaktadır. Bunlardan biri ‘*The New and the Old - A Qualitative Analysis of Modes of Conflict Resolution in the Kingdom of Saudi Arabia*’ adlı çalışmadır.⁷ Bu makale Suudi Arabistan Krallığı’nda alternatif anlaşmazlık çözüm yöntemlerinin analizi şeklinde hazırlanmıştır. Arabuluculuğun, aile arabuluculuğu ve genel arabuluculuk arasında bir ayrım yapılmadan genel olarak ele alındığı makalede hâkimler ve arabulucuların da dahil olduğu toplam 15 yetkili ile yapılan anketler ve bunların analizi yoluyla Suudi Arabistan’daki uygulamaların içeriği ve niteliğine dair verdiği kısa ve öz bilgiler barındırmaktadır. Ancak makale arabuluculuğun kurumsal işleyişi, gelişimi ve hukuk sistemi içindeki yerine dair herhangi bir veri içermemektedir. Konuyla ilgili diğer bir İngilizce makale, Sharia Walker’ın ‘*Between Religion and Culture*

5 Abdullah b. Muhammed Âli Huneyn, *et-Tahkimü fi’ş-Şerîati’l-İslâmiyye*, (Şebket-ü Alukah).

6 Hamed b. Abdü’l-Aziz el-Hudayrî, “*el-İcrââtü’l-Kadâi’yye fi’l-Müşkilâti’z-Zevciyye*,” *Meceletü’l-Adl*, (2009), 45/125-168.

7 Maura A.E. Pilotti, “The New and the Old: A Qualitative Analysis of Modes of Conflict Resolution in the Kingdom of Saudi Arabia,” *International Negotiation* 25/ (2020), 1–19

in the Saudi Context' adlı çalışmasıdır.⁸ İngiltere'de Batı tarzı arabuluculuk eğitimi alan yazar, bu çalışmasında dini kültürün kökleştiği toplumların genel kabullerinin arabuluculuk uygulamalarına nasıl yansıdığını araştırmayı hedeflemiştir. Aslen Suudi Arabistanlı olan Walker, bu araştırma sırasında arabuluculuk oturumlarına katılma ve arabulucularla birebir görüşme imkânı bulmuştur. Walker'ın katıldığı oturumlarında edindiği bilgiler, ülkedeki uygulamaların bazı ayrıntılarına dair önemli katkılar sunmaktadır. Ancak makale, arabulucu-hakemliğin kurumsal uygulamalarına dair herhangi bir bölüm veya açıklama içermemektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere araştırma konumuzla ilgili müstakil bir çalışma bulunmamaktadır ve konuya dolaylı olarak değinen eserler de oldukça sınırlıdır. Tespit edilen açığın kapatılmasına katkı sağlamak amacıyla sürdürdüğümüz araştırmamızda, uygulamaların yerinde incelenmesi amacıyla Krallığın ilgili kurumlarında saha çalışması hedeflenmiş, ancak Suudi Arabistan Adalet Bakanlığına yapılan müteaddit başvurularımız cevapsız kaldığı için maalesef mümkün olmamıştır. Bu nedenle araştırmamız hukuki mevzuat, mevzuat şerhleri, dava örnekleri ve alanda yapılan akademik çalışmalar üzerinden yürütülmüş; güncel değişiklikler Adalet Bakanlığının resmi siteleri ve sosyal medya hesapları aracılığıyla takip edilmiştir. Bu yöntemle, çalışmamız tamamlanana kadar yürürlüğe giren yeni uygulamaların içeriğe dahil edilmesi sağlanmıştır.

Suudi Arabistan'da Aile Arabuluculuğu ve Hakemliği Uygulamaları

Suudi Arabistan'da aile anlaşmazlıklarında uygulanan arabuluculuk yargı içi arabuluculuk, devlet destekli arabuluculuk, resmi izinli arabuluculuk olmak üzere üç ana kısma ayrılmaktadır. Gerektiğinde iş birliği yapan bu üç kanal, Suudi Arabistan'daki aile arabuluculuğu uygulamalarının bütünü oluşturmaktadır.

21. yüzyıl itibarıyla Suudi Arabistan'da da aile çekişmeleri dava oranlarında hızlı bir yükseliş olduğu tespit edilmiştir. Bu durum boşanma oranlarındaki artışa işaret etmesinin yanı sıra mahkemeler üzerinde kontrolü zor bir yoğunluk oluşturmuş ve tüm bu gelişmeler toplum düzenini korumak için bazı tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmıştır.⁹ Bu sebeple, mahkeme yükünü hafifletmek, davaların özenle görülmesini

8 Sharia Welker, "Mediattion-Between Religion and Culture in the Saudi Context," *Cultural Encounters and Emergent Practices in Conflict Resolution Capacity-Building*, ed. Tamra Pearson d'Estrée (Cham, Switzerland, 2018), 267–301.

9 Vizâratü'l-Adl, "el-Kitâbu'l-Ihsâi li-Âm 1438", Ağustos 23,2024, <https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/Pages/Versions.aspx>, https://portaleservices.moj.gov.sa/Downloades/Annual_Report_1438.pdf;ksamoj, *el-Mehâkimü'l-Mütehassisa bi'l-Memleke- Istidyu'l-Ihbâriyye*, Ağustos 23, 2024, video, 05:40:00-16:00:00, <https://www.youtube.com/watch?v=8q3Qxe5N4Zg>

sağlamak ve aile çekişmelerini aile birliğinin devamı üzerine sonlandırmaya yardımcı olmak amacıyla arabuluculuk, yargıyla ortaklaşa iş gören ayrı bir uygulama olarak kurumsallaşmaya başlamıştır.¹⁰

İlk olarak 2000 yılında, o dönemde aile davalarından sorumlu olan Riyad Sosyal Güvenlik ve Evlenme Mahkemesi bünyesinde muslih olarak adlandırılan arabulucuların görev aldığı arabuluculuk büroları açılmış ve boşanma talebiyle mahkemeye başvuran çiftler, aralarında sulh sağlanması amacıyla bu bürolara yönlendirilmeye başlanmıştır.¹¹ Arabuluculuğun pilot uygulamalarının kısa sürede olumlu sonuçlar vermesi üzerine çoğaltılmalarına karar verilmiş¹² ve ilk arabuluculuk büroları yönergisi 2013 yılında “Merkezü’l-Musâlaha Düzenlemesi” adıyla ilan edilmiştir.¹³ Açılacak arabuluculuk merkezinin görevi, “İslam şeriatının hükümleri ve ilgili nizamların gereğini ihlal etmeksizin çekişmeleri sulh ile sonlandırmak” olarak tanımlanmıştır. İlgili yönergelerde, belirlenen şartlara uygun sivil kurumların da arabuluculuk bürosu olarak kabul edilebileceği resmen kabul edilmiştir. Bunun için aranan şartlar: Suudi Arabistan’da faaliyet yapma ruhsatına sahip olma, arabuluculukla ilgili çalışmaları bulunma ve arabuluculuk oturumları için uygun ortamlara sahip olmaktır.¹⁴ Pilot arabuluculuk uygulamalarında görev yapan arabulucular, şeriat fakülteleri ve diğer yüksek eğitim kurumları mezunlarından seçilmiş ve büro çalışanlarının ihtiyaç duyduklarında cami ve kabile şeyhleri gibi kanaat önderlerinden yardım almalarına da izin verilmiştir.¹⁵ Arabuluculuk yönergeleri sonrasında bakanlık mensuplarının, onaylı devlet memurlarının asıl olarak, bakanlık kararıyla belirlenmiş şartları sağlayan sivil kişilerin de *kayıtlı arabulucu* vasfıyla arabuluculukta görev alabilecekleri kabul edilmiştir.¹⁶

Arabulucu olabilmek için tam ehliyet sahibi olmak, ahlaklı bir yaşam sürmek, bunu zedeleyecek bir suçtan hüküm giymemiş olmak ve lisans derecesinde bir diplomaya sahip olmak gerekmektedir. Belirlenen kriterleri sağlayan kişilerin

10 Hamed el-Huneyn, “es-Sulh ve Devruhû fi Taklîsi’d-Deâvâ’l-Kazâiyye”, *Mecelletü’l-Adl* 46/ (1431), 332.

11 Mehmet Ali Yargı, Suudi Arabistan’ın Yargı Sistemi (İstanbul: İFAV Yayınları, 2014), 279.; Mehmet Ali Yargı, “el-İcrââtü fi İnhâi Hâlâti’t-Talaki’s-Selâs,” *Mecelletü’l-Adl* 55 (2012): 82–83.

12 el-Huneyn, “es-Sulh ve Devruhû fi Taklîsi’d-Deâvâ’l-Kazâiyye,” 322.

13 Suudi Arabistan Bakanlar Kurulu, “Tanzîmu-Merkezi’l-Musâlaha,” Ağustos 23, 2024, <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/fe7f3828-c47c-4d95-a56c-a9a700f27196/1>

14 Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı, “Kavâidü’l-Ameli fi Mekâtibi’l-Musâlaha ve İcrââtuh,” md. 8, Ağustos 23, 2024. <https://laws.moj.gov.sa/legislation/L8P6Hfv3EBXMaUZhUupHA==>

15 el-Huneyn, “es-Sulh ve Devruhû fi Taklîsi’d-Deâvâ’l-Kazâiyye,” 332–333.

16 Suudi Arabistan Bakanlar Kurulu, “Tanzîmu-Merkezi’l-Musâlaha,” md. 1,1/5,3,4.

göreve başlayabilmeleri için aynı zamanda merkez tarafından düzenlenen eğitim seminerlerine katılmaları, büro tarafından gerçekleştirilen yazılı ve sözlü sınavları başarıyla geçmeleri ve bir arabulucunun gözetiminde en az 10 sulh oturumunda görev alarak staj yapmaları gerekmektedir.¹⁷ Ayrıca görev sürelerince her yıl en az beş saat olmak üzere, merkezin düzenlediği eğitim seminerlerine katılmaları ve bu seminerlerin düzenlenmesinde de görev almaları istenmektedir. Arabulucularda erkek olma şartı aranmamaktadır. Nitekim kayıtlı arabulucu olmak için bakanlığa başvuran adayların %46'sının kadın olduğu belirtilmiştir.¹⁸

Suudi Arabistan'ın 2030 vizyonu çerçevesinde arabulucuların yetkinlikleri değerlendirilirken ölçü kabul edilecek, şer'î yetkinlikler, nizami yetkinlikler, kişisel yetkinlikler, psikolojik yetkinlikler ve kültürel yetkinlikler olmak üzere beş ana kategoriye ayrılmış belli kriterler belirlenmiştir. Bu kategorilerden ilki olan şer'i yetkinlikler bağlamında bir arabulucu Kur'an-ı Kerim, sünnet, eser ve mana delillerine dayanarak 'zarar def olunur' ilkesi çerçevesinde arabuluculuğun faziletini ve çeşitlerini bilmelidir. Ayrıca nikâh, talak ve nafaka konularında gerekli şer'î bilgiye sahip olmalıdır. Örneğin nikâhın hikmetlerini, maksatlarını, rükünlerini, talak lafızlarını ve hul'un sahih olma şartlarını bilip açıklayabilmelidir. Nizami, yani mevzuata dair yetkinliklerden olarak Ahvâl-i Şahsiyye davalarına konu olan tüm meseleleri, dava ve şikâyet arasındaki farkları, arabuluculuk alanlarını ve bu bağlamdaki genel prosedürleri bilip ifade edebilmeli ve ilgili özel mahkemeleri tanımalıdır. Kişisel ve psikolojik yetkinlik olarak mevcut bir sorunu fark edebilme, çözüm geliştirebilme ve bu tespit edilen muhtemel çözümleri uygulayabilme becerilerine sahip olmalıdır. Ayrıca ortak çalışma, başkalarının fikirlerine saygı duyma, eleştirel düşünme, bağımsız değerlendirme, öz kontrol ve hedefe yönelik program geliştirme, sakin, sabırlı, dengeli düşünebilme, sosyo-kültürel sorumluluklarını yerine getirebilme beceri ve yetkinliklerine sahip olmalıdır.¹⁹

Arabulucuların, belirli şartlar dahilinde ücret alma hakları vardır. Bu haklarını, bağlı oldukları merkezin ve tarafların onayı doğrultusunda kullanabilmektedirler. İlgili yönergelere göre, arabulucuların ücret alabilmesi için öncelikle bakanlığın tanıdığı kayıtlı arabulucu vasfına haiz olmaları ve eğer varsa büronun bu konuda belirlemiş olduğu şartlara bağlı kalmaları gerekmektedir. Ayrıca tarafların talebe

17 Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı, "Kavâidü'l-Ameli fî Mekâtibi'l-Musâlehati ve İcrâetuhû," madde 6,7.

18 Vekâletü'l-Enbâi's-Suûdiyye, "Vizâretü'l-Adl: 17 Elf Mütেকaddim li't-Tescil ke-Muslihîn % 46 Minhum Nisâ," Ağustos 23, 2024, <https://www.spa.gov.sa/2029331>

19 Hey'et-ü Takvîmi ve't-Tedrib, "Meâyirü Mikyâsi Kifâyâtî'l-Muslihi'l-Müeccel," Ağustos 23,2024. <https://x.com/AlıHejri36/status/1420814985576517635>,<https://drive.google.com/file/d/1GFL5FQ9zjPxq5tvytM9AdQlIM1YGdPVU/view>

ve ücrete dair aydınlatılmış onayları alınmalıdır. Ücretin miktarı konusunda belirli bir limit bulunmamakla birlikte ilke olarak arabulucunun bağımsızlık ve tarafsızlığını etkilemeyecek düzeyde olması gerektiği belirtilmiştir. Merkez teamüllerine göre arabulucuların, her yıl belirli sayıda davayı, karşılığında belli bir ücret talep etmeden üstlenmeleri gerekmektedir. Bu ücretsiz davaların sayısı, arabulucuların yeterliliklerine göre belirlenmeli ve arabulucunun kaydı sırasında dosyasına eklenmelidir.²⁰

Arabulucuların iş yetkileri belli durumlar için kısıtlanmıştır. Buna göre arabulucular, büro yetkilisi ve tarafların özel izni olmadıkça; eşleri, akrabaları veya dördüncü dereceye kadar hısımları adına fayda sağlayacak ve öncesinde taraflardan birinin talebiyle fetva verdikleri, hakemlik veya bilirkişilik yaptıkları, şahitlik ettikleri ya da soruşturma işlemlerinde buldukları davalarda arabulucu vasfıyla görev alamazlar. Dava süreci boyunca, davayla ilgili yönlendirmeler dışında, tarafların ortak izni olması müstesna, davaya dair vekillik, dava açma, tahkim veya taraflardan biriyle istişare yapma hakkına sahip değildirler. Sulh sürecini tamamen tarafların rızasına bağlı ve tam tarafsızlık sağlanmış olarak yürütmelidirler.²¹

Arabuluculuğun İşleyişi

Arabuluculuğa mahkemenin yönlendirmesiyle, dava öncesinde bireysel başvuru yoluyla veya dava süreci sırasında başvurulabilir. Başvuruların kabul edilebilmesi için davaların şer‘i kurallar ve yürürlükteki nizamla aykırılık içermemesi gerekmektedir.²² Şer‘i aykırılık içermeme, hırsızlık, zina ve alkol kullanımı haddi gibi yalnızca Allah hakkı sayılan had cezalarını gerektirmiyor olmayı ya da helali haram, haramı helal kılmayı içermemeyi ifade etmektedir. İlgili kanun metinlerinde nizami aykırılık bulundurmama ilkesine dair özel bir örnek belirtilmemekle birlikte metinlerin genel ifadelerinden bu şartın, mevzuata aykırı olamayacağı ifade ettiği anlaşılmaktadır.²³

Arabuluculuğun, hâkimin talebi veya tarafların isteği üzerine sürece dahil edilme serbestliği 2020 yılında bazı yeni düzenlemelerle sınırlandırılmıştır. Buna göre, *ortak çocukları olan eşlerden biri* boşama veya muhâleanın tespit edilmesini talep etmesi ya da nikâhın feshedilmesi davası açması halinde mahkemenin onları hâkime yönlendirmeden önce (dava şartı olarak) arabuluculuk merkezine yönlendirmesi

20 Adalet Bakanlığı, “Kavâidü’l-Ameli fî Mekâtibi’l-Musâleha ve İcrââtuhû,” md. 9,11.

21 Adalet Bakanlığı, “Kavâidü’l-Ameli fî Mekâtibi’l-Musâleha ve İcrââtuhû,” md. 3-5,16.

22 Adalet Bakanlığı, “Kavâidü’l-Ameli fî Mekâtibi’l-Musâleha ve İcrââtuhû,” md. 2.

23 el-Huneyn, “Es-Sulh ve Devruhû fî Taklîsî’d-Deâvâ’l-Kazâiyye,” 332-333.

gerektiği belirtilmiştir.²⁴ İlgili yönetmelik çıkarılmadan önce anlaşmalı boşanmalar, kocanın boşama ispat talebi, ortak çocuk olup olmaması fark etmeksizin, mahkemece tespit ve tescil edilebilmekteydi. ²⁵ Arabuluculuğun bu şekilde kısmen zorunlu hale getirilmesi, yürürlükteki nizamların ve İslam hukukunun çocuk haklarına dair hükümlerine dayandırılmaktadır.²⁶ Adalet Bakanı yeni düzenlemeyle erkeğin tek taraflı boşaması durumunda nafaka ve çocukların ziyareti gibi konularda doğabilecek muhtemel hak kayıplarını önlemeyi hedeflediklerini belirtmiştir.²⁷ Arabuluculuğun dava şartı olarak işletilmesinin sulhun rızaya dayalı bir akit olması kuralıyla²⁸ çelişmediği söylenebilir. Zira yapılan düzenlemeler, çekişmeli çiftlerin sulh olmasını değil, sulh olmaya yönlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu şekilde tarafların sulh olmama hakları korunmakla birlikte, evliliği sonlandırmanın getireceği sorunlarla o sorunlar henüz belirmeden yüzleşmeleri sağlanmaktadır.

Arabuluculuk oturumlarında arabulucu, asıl taraflar veya varsa vekilleri bulunmalıdır. Tarafların onayladığı üçüncü kişilerin oturumlara kabul edilmesi mümkündür. Eğer taraflardan biri vekil atamışsa asıl tararın bulunması zorunlu değildir. Bununla birlikte vekilin atandığı durumda asıl taraf oturuma katılma dahi vekilin de varlığı gerekmektedir. Arabulucu ve yardımcıları haricindeki tüm katılımcılardan gizlilik ilkesine ve oturum âdâbına uyacaklarına dair taahhüt alınmaktadır. Oturumlar arabulucunun kontrolünde şeriata, nizamnamelere ve

- 24 Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı, “Müzekkire İdâhiyye li'l-Mâdde (16/33) mine'l-Levâihi't-Tenfiziyye li-Nizâmi'l-Mürâfeâti's-Şer'iyye”, Ağustos 23,2024, <https://x.com/Law3li/status/1229318741118328832>
- 25 Mehmet Ali Yargı, “Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme,” *M.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi* 42, no. 1 (2012): 42/141-172.; Yargı, “et-Tatbîkâtü'l-Kazâiyye li't-Tahkimi inde's-Şikâki beyne'z-Zevceyni min Hilâli's-Sukûki ve'z-Zubûti fi'l-Mahkemeti'l-Âmmeti bi'r-Riyad,” 82.; Muhaymiş İbrahim, *el-İnhââtü's-Sübûtiyyetü bi'l-Mehâkimi's-Şer'iyye bi'l-Memleketi'l-Arabîyyeti's-Suûdiyye*, 2/732-733.
- 26 Adalet Bakanlığı, “Müzekkera İdâhiyye li'l-Mâddeti (33/16) Mine'l-Levâihi't-Tenfiziyyet li-Nizâmi'l-Mürâfeâti's-Şer'iyye.”
- 27 Rûtâna Halîciyye, *Meâlî Vezîru'l-Adli's-Suûdiyyi Dr. Velîd Es-Samânî Da'fu Bernâmeci fi's-Sûra Mea' Abdullah El-Müdeyfer*, Ağustos 23,2024, 01:00:02-01:03:00,<https://www.youtube.com/watch?v=Lg2uOvE5tk0&t=3791s>.
- 28 Ebû Bekr Şemsü'l-E'imme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed Es-Serahsî, *El-Mebsut*, (Beyrut, Lübnan: Dâru'l-ma'rife, 1993.), 20/134.; İbnü Cüzey, *El-Kavânînu'l-Fikhiyye*, (eş-Şâmile),221.; Ebû'l-Fadl Ahmed b. Ali el-Asşkalânî İbn Hacer, *Fethu'l-Bârî Şerhu Sahîhi'l-Buhârî*, ed. Muhammed Fu'ad Abdu'l-Bâki (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1960), 5/40,5/307.; Faysal b. Sa'd El-Uşaymî, “Es-Sulhu Fî Meclisi'l-Kadâi,” *Mecelletü'l Adl*, no. 67 (1436),19.

merkezin belirlediği delillere²⁹ uygun olarak yürütülmelidir. Arabulucunun, arabuluculuk kurallarını ihlal etmemek ve şer'î bir soruna yol açmamak şartıyla oturumlar öncesinde veya esnasında çiftle ayrı görüşmeler yapma yetkisi bulunmaktadır. Tarafların vekil atadıkları durumda da arabulucu, sulha ulaşmak maksadıyla asıl taraflarla görüşme ve toplantı yapmayı talep etme yetkisine sahiptir.³⁰

Arabuluculuk bürosu yetkilileri kayıt anındaki ilk gözlemlerinde tarafların iletişim durumunu kontrol ederler. Süreç taraflara Kur'an-ı Kerim'den ayetler ve hadisi şerifler hatırlatılarak başlatılır ve bu yolla eşlere boşanmanın mahiyeti hakkında farkındalık kazandırmak amaçlanır. Bu süreçte taraflara yargının üstlenemeyeceği birçok ek fayda sağlanır. Örneğin, boşanma ahkâmı hakkında bilgi verilir. Eğer koca boşama sözünü sarf etmişse iddet süresi içinde karısıyla aynı meskende kalmasının gereği ve eğer isterlerse geri dönmelerinin imkânı hatırlatılır. Ayrıca, bid'î talak gibi dinen hoş karşılanmayan uygulamalardan kaçınılması için de gerekli bilgiler verilmektedir.³¹ Eğer çekişmenin sebebi maddi sıkıntılarsa, hayırseverlerden yardım sağlanmaya çalışılabilir.³² Gerekli tüm süreçlerin tüketilmesi sonrasında çift, boşanma talebindeki kararını sürdürürse arabuluculuk, ayrılma sonrası belirmesi mümkün çekişmeleri engellemek amacıyla nafaka, hadâne hakkı ve ziyaret günleri gibi konuları düzenlemek için gerekli desteği sunma göreviyle devam eder.³³

İlgili yönergelere göre arabulucular, arabuluculuk sürecini, başvuru tarihinden itibaren ilk 20 günlük süre içinde aile birliğinin devamını sağlayacak bir sulh ile sonlandırmaya çalışmalıdır. Eğer bu süreçte evlilik birliğinin devamı üzerine sulh sağlanırsa, kararlar tutanak (mahzar) altına alınarak belgelenir. Evlilik birliğinin devamı üzerine sulh sağlanamadığı durumlarda ise ayrılık sonrası yeni bir çekişmenin doğmasını engellemek amacıyla on günlük ek bir sürede çiftin çocuklar üzerindeki nafaka ve ziyaret gibi haklarda ortak bir karara varmaları için gayret edilmelidir. Bu aşamada, ihtisas sahibi bir arabulucu, çiftleri anlaşmazlıklarının

29 Merkezin çıkardığı deliller, arabulucunun kullanabileceği ve sulh sağlanması için gerekli görülen delil toplama veya iddiayı araştırma yöntemleridir. Örneğin varsa dava dışı suç dosyalarının, taraflar hakkında verilmiş doktor raporlarının araştırılması yoluyla edinilecek bilgiler bu deliller arasında yer alabilir. Merkezin çıkardığı delillerin ne olduğuna dair bu ayrıntı bilgiler Üsra Derneği yetkilisinin şahsıma sözlü olarak yaptığı açıklamalardan edinilmiştir.

30 Adalet Bakanlığı, "Kavâidü'l-Ameli fî Mekâtibi'l-Musâleha ve İcrâetuhû," madde.15,16.

31 el-Huneyn, "es-Sulhu ve Devruhû fî Taklîsî'd-Deâvâ'l-Kazâiyye", 331-332.

32 el-Huneyn. 328-333.; Sharia Welker, "Mediattion-Between Religion and Culture in the Saudi Context," Cultural Encounters and Emergent Practices in Conflict Resolution Capacity-Building, ed. Tamra Pearson d'Estree, Ruth J. Persons (Manchester, University of Manchester,2018), 267-301.

33 Adalet Bakanlığı, "Müzekkera İdahiyeye li'l-Mâddeti (33/16) Mine'l-Levâihi't-Tenfiziyyeti li-Nizâmi'l-Mürâfeâti's-Şer'iyye."

kanuni ve toplumsal sonuçları hakkında bilinçlendirir. İlk ve ikinci süreç, davanın ilk kaydından itibaren 30 gün içinde sonlandırılmalıdır. Oturumlar sonucunda kısmî veya tam sulh sağlanırsa arabulucu, üzerinde anlaşmaya varılan usul ve şartları, varsa onaylı formda, yoksa merkezin belirlediği usul ve şartlara uygun olarak tutanağa kaydeder. Sonrasında eşler boşamanın tespiti veya nikâhın feshi için mahkemenin ilgili dairesine havale edilir. Eşler mahkemeye sevk edildiklerinde hakim sulhta alınan kararları dikkate alarak hüküm verecektir. Belirlenen süre içerisinde sulh sağlanamamışsa arabuluculuk sürecinde gerçekleştirilen tüm işlemler ve arabulucunun bilirkişi sıfatıyla nafaka konusundaki takdirleri rapor edilerek dava mahkemeye havale edilir. İlgili daire davayı sulh merkezinden gelen raporu dikkate alarak neticelendirir.³⁴

Arabuluculuğa konu her dava için belli süreler belirlenmiştir. Buna göre nafaka, velayet, ziyaret, mesken ve boşama (talak) davalarında maksimum süre 30 gün; nikâhın feshi, hul' ve mehir davalarındaysa 45 gündür. Belirlenen bu sürelerde tamamlanamayan arabuluculuklar, süre bitiminde sonlanır. Ancak büro yetkilileri özel izinle süreci uzatma talebinde bulunabilirler.³⁵ Süreç devam ederken taraflardan birinin geri çekilmesi, ölümü veya tüzel kişiliğinin sona ermesi arabuluculuğu sona erdiren durumlardandır. Ayrıca arabulucu sürecin devam etmesinde bir fayda olmadığına kanaat ederse veya taraflar arabuluculuk adabına uygun davranmazsa, gerekli bilgileri üst makama rapor ederek davadan çekilme hakkına sahiptir.³⁶

Arabulucuların anlaşma şartlarını kaydettiği belge "Mutabakat Senedi" olarak adlandırılır. Mutabakat senetleri onaylandığında Tenfiz Nizamının: "*Sulh için görevlendirilen kurumların veya mahkemelerin onayladığı mutabakat senetleri ilamlı icra senetlerindedir*" maddesi gereğince, resmî belge hüviyeti kazanır.³⁷ (Bkz.Resim 1)

34 Adalet Bakanlığı, "Müzekkera İdahiyeti li'l-Mâddeti (33/16) Mine'l-Levâihi't-Tenfiziyeti li-Nizâmi'l-Mürâfeâti's-Şer'iyye."

35 Adalet Bakanlığı, "Kavâidü'l-Ameli fi Mekâtibi'l-Musâleha ve İcrâatuhû", md. 14,15.; Adalet Bakanlığı, "Müzekkiratü'n-İdahiyetün Li'l-Mâddeti (16/33) Mine'l-Levâihi't-Tenfiziyeti Li-Nizâmi'l-Mürâfeâti's-Şer'iyye."

36 Adalet Bakanlığı, "Kavâidü'l-Ameli Fi Mekâtibi'l-Musâlehati ve İcrâatuhû", md. 18.

37 Adalet Bakanlığı, "Müzekkera İdahiyeti li'l-Mâddeti (33/16) Mine'l-Levâihi't-Tenfiziyeti li-Nizâmi'l-Mürâfeâti's-Şer'iyye." ; Suudi Arabistan Bakanlar Kurulu, "Nizâmu't-Tenfiz", md. 9/3, Ağustos 23, 2024. <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/c81ba2f1-1bf1-443b-9b1c-a9a700f27110/1>



Resim 1. Mutabakat Senedi Örneği

Mer’i kanunda nafaka borçları acil tahsilat gerektiren sorumluluklardan kabul edilir. Bu sebeple eğer mutabakat senedi nafakayla ilgili bir karar içeriyorsa senet “aciliyetli ilamlı icra senedi” hükmünde olarak derhal uygulanır.³⁸

Gizlilik ilkesi gereği taraflar arabuluculuk sırasında edinilen bilgileri ve belgelerin içeriğini mahkeme veya tahkim heyetiyle şahitlik veya ispat amacıyla paylaşamazlar. Bu genel kuralın istisnası olarak: arabuluculukta alınan kararların uygulanması için gerekli karar ve kayıtlar, tarafların kendi sundukları delillere dair veriler veya ortak kabul ile paylaşılmasında sakınca görmedikleri bilgiler, suça sebebiyet verme ihtimali olan bilgiler ve arabulucunun usulsüz davranışlarına dair verilerin gerektiğinde ilgili makam ve kurumlarla paylaşılmasına izin verilmiştir.³⁹

2014 yılında Mekke-i Mükerrreme Mahkemesi’nde görülen bir talak ispatı davası, sulh uygulamasının işleyişine dair önemli veriler sunmaktadır. Bu örnek davada karı, kocanın kendisine şiddet uyguladığını, nafakasını ihmal ettiğini ve üç kez boşadığını iddia ederek boşanmanın onaylanmasını talep etmektedir. Diğer yandan koca, suçlamaları reddetmekte ve karıyı sadece iki kez boşadığını, üçüncü seferde kullandığı lafzı pekiştirmek için söylediğini, ancak bu sözü karının, üçüncü boşama olarak kabul ettiğini ileri sürerek evliliğin devamına hükmedilmesini istemektedir. Dava arabuluculuğa havale edilmiştir. Arabulucular, öncelikle taraflarla ayrı ayrı görüşerek iddiaları dinlemiştir. Görüşmeler sürecinde, karı boşanma talebinden

38 Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı, “El-Levâihu’t-Tenfiziyyeti Li-Nizâmi’l-Mürâfâti’ş-Şer’iyye,” md.169/b, Ağustos 23,2024. <https://laws.moj.gov.sa/legislation/0lm30fFbZm8VO6mQOfxDGw==>

39 Adalet Bakanlığı, “Kavâidü’l-Ameli Fî Mekâtibi’l-Musâlehati ve İcrâatuhü,” md.17.

hiç vazgeçmemiştir. Koca ise boşanmama isteğinde ısrarını sürdürmekle birlikte mahkemede reddettiği şiddet ve nafaka ihmalî gibi suçlamaları itiraf etmiştir. Bunun üzerine arabulucular, kocanın karıya verdiği zararı kabul etmesi gereğince evliliğin karıdan alınacak bir bedel olmaksızın sonlandırılmasını uygun gördüklerini rapor ederek davayı tekrar hâkime sevk etmiştir. Geri dönen bu davada hâkim öncelikle arabulucuların kararını taraflara sunmuş, kadın kabul etmiş ancak koca itiraz etmiştir. Sulh olmamakta ısrar eden tarafların nikahını hâkim, şeriatın imkanları ve arabulucuların raporunu dikkate alarak bedelsiz şekilde feshetmiştir. Koca, kararı temyize götürmüş ve temyiz mahkemesi, boşanmanın fesihle sonuçlanmasının nedeninin anlaşılabilir olduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur. Dava hâkimi, temyiz hâkimlerine, delil yetersizliği nedeniyle kocanın karıyı tek taraflı irade beyanı ile boşanmış olmasını (talak) ispat edemediğini, ancak kocanın karıya verdiği zararı kabul ettiği için zarar gereği nikâhın feshi imkanının belirdiği ve bu gerekçeyle boşanmaya hükmettiğini belirtmiştir. Hâkimin gerekçeleri haklı bulunmuş ve karar temyiz hâkimlerince de onaylanarak kesinlik kazanmıştır.⁴⁰

Bu örnekte arabuluculuk, tarafların sulh olmasını sağlayamamıştır. Ancak taraflarla ayrı ayrı ayrıntılı görüşme imkanları dolayısıyla davanın gerekliliklerine uygun bir özenle görülmesine katkıda bulunmuştur. Ayrıca, kocanın başlangıçta hâkim önünde kabul etmediği suçlamaları arabuluculuk sürecinde itiraf etmesi dava sürecinin hızlanmasına yardımcı olmuştur. 2010 yılı istatistiklerine göre, yalnızca Riyad Genel Mahkemesi'ne yılda 4800 talak başvurusu yapıldığı bilindiğinde,⁴¹ arabuluculuğun davaları hızlı bir şekilde sonlandırmadaki rolü, göz ardı edilemeyecek bir fayda olarak öne çıkmaktadır. Bu cümleden olarak Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre sulha dair düzenlemelerin yürürlüğe girmesinin ardından aile davalarında %20, boşanmalarda %22 oranında azalma tespit edilmiştir. Arabuluculuk merkezinin verilerine göre ise 2020 Şubat ayından 2021 Eylül ayına kadar 60.000 davada eşler arasında sulh sağlanarak toplumsal düzene katkı sağlanmıştır.⁴²

2021 Şubat ayında Adalet Bakanlığı'nın haber kanallarında ve sosyal medya hesaplarında ilan edilerek açılan örnek arabuluculuk merkezinin çevrimiçi ve yüz yüze arabuluculuğa imkân sağlayacak şekilde düzenlendiği belirtilmiştir. Çevrimiçi ve yüz yüze arabuluculuk için kayıt, randevu alma, belge oluşturma

40 Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı "Mecmûatü'l-Ahkâmi'l-Kazâiyye li-Âm 1435 h. (2013 M.)," (Riyad,Suud: Merkezi'l-Buhûsi bi-Vizâreti'l-Adl, 2013), 8/404-408.

41 el-Huneyn, "Es-Sulh ve Devruhû fi Taklîsi'd-Deâvâ'l-Kazâiyye," 328.

42 Vizâratü'l-Adl, "Ba'de Karâri'l-Vezîru'l-Adli Merkezü'l-Musâlehati Yeshumu fi Terâcüü't-Talakî Bi-Nisbeti%22," Ağustos 23,2024. <https://x.com/MojKsa/status/1300841398825095170>; Vizâratü'l-Adl, "İnhâu 60 Elf Talebi Musâlahatin Kable Vusûliha ilâ Gââti'l-Mehâkim," Ağustos 23,2024. <https://x.com/MojKsa/status/1452283910294020101>

hizmetleri, Adalet Bakanlığı tarafından kurulan “Terâzî Platformu” üzerinden gerçekleştirilebilmektedir.⁴³ (Bkz. Resim 2)



Resim 2. Örnek Sulh Bürosu Terâzî Platformu Hizmetinden Bir Görüntü

Resmi Destekli Arabuluculuk

Resmi Destekli Arabuluculuk, halk üzerinde manevi otoritesi olan bazı devlet yetkililerinin desteğiyle yürütülen bir arabuluculuk modelidir. Bu tür arabuluculuğun en belirgin örneği, Mekke-i Mükerrreme Valiliği'ne bağlı İslâhi Zâti'l-Beyn Kurulu'dur. 1999 yılında Nasır ez-Zehranî'nin girişimleri ve Mekke-i Mükerrreme Emiri Abdülmecid b. Abdülaziz'in desteğiyle kurulan Kurul, Mekke merkezli olarak başlamış ve zamanla Hicaz'ın tüm büyük şehirlerine yayılmıştır. Kurul'un amacı, toplumsal bağları güçlendirmek, iyimserliği yaymak, Müslümanların ayıplarını örtmek ve toplumda barışı, affı teşvik etmektir.⁴⁴ İslâhi Zâti'l-Beyn Kurulu öncelikle cinayet davalarında kısas hükmü verilen mahkumların, maktûlün velileri tarafından affedilmesi için arabuluculuk yapmasıyla tanınmıştır. Bunun yanı sıra, tüm muamelat çekişmelerinde ve aile anlaşmazlıklarında arabuluculuk hizmeti sunan Kurul'un muamele arabuluculuğunda en başarılı olduğu alanın aile çekişmeleri olduğu belirtilmiştir.⁴⁵ Mekke valisinin desteğini alan ve bu yolla valinin bireyler üzerindeki manevi otoritesinden yararlanarak devlet gücüyle kanaat

43 Adalet Bakanlığı, “Kavâidü'l-Ameli fi Mekâtibi'l-Musâleha ve İcrâetuhû”, md.14.; Vizâratü'l-Adl, “Tedşinü Merkezi'l-Musâlehati'n-Nemûzeci,” Ağustos 23,2024.; <https://x.com/MojKsa/status/1354427239539109890#>; <https://taradhi.moj.gov.sa>

44 Mekke-i Mükerrreme Emirligi, “Lecnetü İslahi Zâti'l-Beyn.”

45 Nâsır ez-Zehranî, *Lumû' ve Dumû'*, (Mekketü'l-Mükerrreme:Lecnetü İslâhi Zâti'l-Beyn, 1427/2006), 45,87,106.

önderleri otoritesini birleştiren Kurul⁴⁶ Nasır ez-Zehranî gibi bazı üyelerinin İslami arabuluculuk literatürünün gelişmesine sağladığı katkılarla da göze çarpmaktadır.⁴⁷ İslâhi Zâtî'l-Beyn Kurulunun Suudi Arabistan'da ve hatta tüm İslam dünyasında kurulan ilk İslami arabuluculuk kurumu olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁸

Kurul'un arabuluculuk hizmetlerinden faydalanmak isteyen bireyler, doğrudan başvuru yapabilmektedirler. Ayrıca Adalet Bakanlığına bağlı kurumlar, Mekke-i Mükerrreme valisi veya vekili, Cidde valisi ve diğer bölge valileri, insan hakları kurulları ve hayır kuruluşlarından yönlendirilen davalar da kabul edilmektedir.

Kurulun arabuluculuk kuralları ve arabulucularda aradığı özellikler, İslam hukuku kaynakları ve Adalet Bakanlığı nizamnameleriyle uyumludur. Diğer yandan kurulun kendi literatüründe, sulhun işleyişi ve arabulucuların özelliklerine dair bazı ek hususlar belirlenmiştir. Bunların başında önleyicilik esası gelmektedir. Bu esasa göre Kurulun arabuluculuk anlayışında anlaşmazlıklara, belirtileri ilk ortaya çıktığında, olaylar büyümeden müdahale edilmelidir. Bu şekilde anlaşmazlık tam olarak belirdikten sonra müdahale edilme öncesinde farklı alanlara dağılıp, doğuracağı olumsuz sonuçların çoğalmasını engellemek amaçlanmaktadır.⁴⁹ Arabulucularda Bakanlığın belirlediği esaslara ek olarak ihlas, yumuşak huyluluk, merhamet ve zorluklara tahammül gibi özelliklerin bulunması gerekli görülmektedir. Arabulucu her aşamada, sulhun faziletleri ve önemi konusunda taraflara farkındalık kazandırmalı ve süreç esnasında koruması gereken esaslardan olan, tarafları tanıma, stres ve kaygıya yol açmadan yakınlık kurma ve tarafların haklarından feragat etmeleri gereken durumlarda birebir görüşmeler yapma, duyguların dışa vurulmasına imkân tanıma, çekişmenin sebebi tam olarak anlaşılmeden tarafları bir araya getirmeme gereğine uygun davranmalıdır. Kurul arabuluculuğun sonlandırılmasında belirli bir sürenin başlangıcı veya bitiminden ziyade, taraflar arasındaki çekişmenin sona erdiği bir uzlaşmanın esas alınması gerektiğini kabul etmektedir.⁵⁰

Arabuluculuk süreci sonlandığında tarafların kimlik bilgileri, çekişmenin sebebi ve üzerinde anlaşılacak koşulların kaydedildiği bir mutabakat senedi oluşturulur. Tarafların imzalarıyla oluşturulan mutabakat senedi belgesi besmele, hamd ve salavatla başlatılır.⁵¹ (Bkz.Resim 3)

46 Yusuf el-Uveyd, "Vâkıu' Lecneti-İslâhi Zâtî'l-Beyn bi-İmâratı Mintıkati Mekketi'l-Mükerrreme ve İshâmâtihâ'l-İstîmâiyyeti't-Terbeviyye," (Yüksek Lisans Tezi, 'Mekke Ümmü'l-Kura Üniversitesi,2009) 53,74. <https://dorar.uqu.edu.sa/uquui/handle/20.500.12248/124024>

47 Bkz.ez-Zehrânî, *el-Minhâc fî İslâhi Zâtî'l-Beyn.*; ez-Zehrânî, Lumû' ve Dumû'.

48 ez-Zehrânî, *El-Minhâc fî İslâhi Zâtî'l-Beyn*, 4.

49 ez-Zehrânî, *El-Minhâc fî İslâhi Zâtî'l-Beyn*, 19.

50 ez-Zehrânî, *El-Minhâc fî İslâhi Zâtî'l-Beyn*, 43,85,86,91-94.

51 ez-Zehrânî, *El-Minhâc fî İslâhi Zâtî'l-Beyn*, 137-40.



Resim 3. Lecne Derneği Sulh Belgesi Örneği

Şubesi Adalet Bakanlığına kayıtlı değilse veya davayı üstlenen arabulucu Adalet Bakanlığına kayıtlı bir görevli değilse, Kurul tarafından oluşturulan mutabakat kaydı yalnızca dini açıdan geçerli kabul edilir. Bununla birlikte, Mekke Valiliği'nin davaların sonuçlarından haberdar edildiğinin bilinmesi taraflar üzerinde manevi bir baskı oluşturmakta ve bu da anlaşmanın şartlarının korunmasına katkı sağlamaktadır. Diğer yandan Kurulun verdiği mutabakat kaydının resmi olarak hukuki bir sonuç doğurabilmesi de mümkündür. Bunun için tarafların üzerinde anlaşıldığı sulh belgesini mahkemeye başvurarak onaylatmaları gerekmektedir.⁵²

Resmi İzinli Arabuluculuk

Resmi izinli arabuluculuk olarak adlandırdığımız arabuluculuk uygulamaları Çalışma ve Sosyal Kalkınma Bakanlığının izniyle kurulan sivil toplum kuruluşları eliyle yürütülen arabuluculuk modelidir. Çalışmalarıyla aileyi desteklemeyi amaçlayan bazı dernekler evlilik yardımı sunmak, toplumu evlilik konusunda bilinçlendirmek, evlenmek isteyen gençleri tanıştırmak ve aile sorunlarında uzman kişilere danışma imkânı sağlamak gibi çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Tüm bunlara ek olarak aile içi anlaşmazlıklarda arabuluculuk hizmeti sunmakta ve bu amaçla mahkemelerden, polis merkezlerinden veya diğer ilgili devlet kurumlarından taraflarına havale edilen davalarla ilgilenmektedirler.

52 Adalet Bakanlığı, "Nizâmü'l-Mürâfeati'ş-Şer'iyye," md. 70.

Bu hizmetle çalışan tüm dernekleri belirlemek ve tanıtmak çalışmamızın amacı ve imkanı dahilinde değildir.⁵³ Ancak, Suudi Arabistan'da sulh uygulamalarının üçüncü bileşeni olarak önemli bir rol oynayan derneklerin sulha katkısını göstermek amacıyla, temsil gücü yüksek Cem'iyetü't-Tenmiyet-i'l-Üseriyyenin (Aile Gelişim Derneği) bazı hizmetlerine kısa da olsa değinmek faydalı olacaktır.

2012 yılında arabuluculuk hizmeti vermeye başlayan Tenmiyet-i Üseriyye Derneği, zikri geçen çalışmaları kapsamında arabuluculuğa katkı sağlamak amacıyla bölgedeki Mecmea' Üniversitesi iş birliğiyle psikoloji, sosyoloji, sosyal bilimler ve şeriat mezunlarına yönelik çeşitli sertifika programları düzenlemektedir.⁵⁴ Bu programlar, aile destek çalışmalarında görev alacak arabulucular ve diğer personeli yetiştirmek amacıyla tasarlanmış özel eğitim hizmetleridir.⁵⁵ İki dönem ve toplamda 28 saat süren eğitim programlarında Fıkhu'l-üsra, Gelişim Psikolojisi, Eğitimsel Psikoloji, Psikolojik Danışmanlık ve Aile Danışmanlığı Rehberliği ve Esasları, Vakıa Analizi, Psikolojik ve Ailevi Ölçme Değerlendirme, İletişim Becerileri, Aile Sosyolojisi ve Psikolojik Rahatsızlıklar gibi dersler verilmektedir. Ayrıca, katılımcılara staj eğitimi de sunulmaktadır. Bu programlara Sosyal hizmetler ve aile dernekleri, eğitim kurumları, sağlık kurumları ve İçişleri Bakanlığının çeşitli birimlerinde çalışan rehberlerin yanı sıra, Sosyal İşler Bakanlığı, Adalet Bakanlığı, Eğitim Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı mensuplarıyla üniversitelerin şeriat, sosyoloji, psikoloji ve sosyal hizmetler bölümlerinden mezun olan kadın ve erkekler başvurabilmektedir.⁵⁶

Eğitim faaliyetlerine ek olarak dernek, aile sorunlarının çözümünde yeni yöntemler geliştirmek amacıyla aylık oturumlar düzenlemektedir. Alanda hizmet veren ilgili şahıslar ve kurumlarla buluşmalar organize ederek arabulucuların yetişmesine katkı sağlamaktadır. Bu tür etkinliklere davet edilenler arasında Ahvâl-i Şahsiyye Mahkemelerinin hâkimleri de yer almaktadır.⁵⁷

Dernek bünyesinde görev yapan bazı arabuluculuk ve tahkim uzmanlarının Kral Faysal ve İmam Muhammed b. Suud Üniversitesi Aile Danışmanlığı bölümü

53 Bkz. "Cem'iyetü'z-Zevâc ve't-Tenmiyetü'l-Üseriyyeti bi't-Taif.," "Cem'iyetü'z-Zevâc ve't-Tenmiyetü'l-Üseriyyeti bi'r-Ra's.," "Üsra-Cem'iyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyye bi-Büreyde.," "Cem'iyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyyeti bi'l-Ahsa."

54 "Cem'iyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyyeti bi'l-Ahsa," Ağustos 23,2024. <https://www.osarya.org.sa>

55 El-Huneyn, "Es-Sulh ve Devruhû fi Taklîs'd-Deâvâ'l-Kazâiyye," 329.

56 "Cem'iyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyyeti bi'l-Ahsa," "Bernâmecü'd-Düplûmu'l-Âliyyi fi'l-İrşâdi'l-Üseriyyi", Ağustos 23,2024. <https://www.osarya.org.sa/دبلوم-الإرشاد-الأسري>

57 "Cem'iyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyyeti bi'l-Ahsa," Ağustos 24,2024. <http://www.osarya.com/أسرية-الأحساء-علاج-8900-قضية-وتخفيف-الط>

mezunlarından atandığı belirtilmiştir. Diğer bazılarıysa aile arabuluculuğu alanında düzenlenen 40 saatlik özel eğitim programını tamamlama sonrasında göreve kabul edilmiştir. Bu şekilde yetkinlikleri sağlanan arabulucular, gizlilik esasına bağlı kalarak öncelikle eşler arasındaki çekişme hakkında tam bilgi sahibi olmakta ve sonrasında eşlerin birbirlerini anlamaları için ortak bir zemin hazırlamak adına gerekli yardımları sağlamaktadırlar.⁵⁸

Derneğin 2021 yılının ilk yarısı istatistiklerine göre, arabuluculuğa bireysel başvurularda %78, mahkemelerden havale edilen davalarda %59, polis merkezlerinden havale edilen davalarda %75 ve diğer ilgili devlet kurumlarından havale edilen davalarda %70 ila %100 arasında sulh sağlama başarısı elde edilmiştir.⁵⁹ İstatistiksel verilerde, sulh sağlanan çekişmelerin ne kadarında aile birliğinin devamının sağlandığı ve ne kadarının çekişmesiz ayrılıkla sonuçlandığına dair ayrımı bulunmamaktadır. Ancak, derneğin müdürü Şeyh Halibî katıldığı bir sempozyumda, eş çekişmelerine ilişkin davaların çoğunlukla birlikteliğin korunması şeklinde değil, sulh yoluyla ayrılık üzere sonuçlandığını ifade etmiştir.⁶⁰

Suudi Arabistan'da Tahkim Uygulamaları

Suudi Arabistan'da tahkim, genel tahkim ve aile anlaşmazlıkları tahkimi olmak üzere iki ana kategoriye ayrılır.⁶¹ Aile anlaşmazlıkları tahkimi, resmî olarak mahkemelerde 1975 yılında Hey'etü Kibâri'l-Ulemâ'nın (Büyük Alimler Heyeti) fetvasıyla uygulanmaya başlamıştır. Dava sürecinde tahkim ve sulh gibi alternatif yöntemlere başvurulmasını teşvik eden ve dönemin adalet bakanının emriyle aile anlaşmazlıklarının görülme usulü olarak mahkemelerde esas alınması istenen fetva, aile tahkiminde hakemlerin kimlerden seçileceği, verdikleri hükümlerin nitelikleri ve bu hükümlerin hâkimi bağlayıcılığı gibi konuların kurallarını belirler niteliktedir.⁶²

Yanı sıra tahkim yakın tarihte Ahvâl-i Şahsiyye Kanunun'da tekrar düzenlenmiş ve mevcut uygulamalarda değişiklik sayılacak bir yenilik getirilmeden, sürecin

58 "Cem'iyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyyeti bi'l-Ahsa," "Abra 950 Celese ve Müşâreketü 35 Muslihan bi'l-Ahsa".

59 "Cem'iyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyyeti bi'l-Ahsa," Ağustos 24,2024. <http://www.osarya.com/احصاءات-وانجازات/>

60 el-Huneyn, "Es-Sulh ve Devruhû fi Taklîsî'd-Deâvâ'l-Kazâiyye," 329.

61 Suudi Arabistan Bakanlar Kurulu, "Nizâmu't-Tahkîm," Ağustos 24,2024. <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/5535039e-13da-43f6-8f53-a9a700f26485/1>

62 Âli Huneyn, *et-Tahkimu fi 'ş-Şer'ati 'l-İslâmiyyeti*,369.; Yargı, "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme," 153.

nasıl işleyeceği sistemli bir şekilde ifade edilmiştir⁶³ Burada belirtmek gerekir ki aile anlaşmazlıklarındaki tahkim uygulamalarının Suudi Arabistan'daki tarihi, 1975'ten çok daha eskiye götürülebilir. Zira Necidli fakihlerin ve Krallığın eski müftüsü İbrahim Âli'ş-Şeyh'in fetvalarında aile anlaşmazlıkları çözümünde tahkime başvurulması gerekliliğinin konu edildiği görülmektedir.⁶⁴ Dolayısıyla Hey'etü Kibâri'l-Ulemâ'nın fetvası ve Ahval-i Şahsiyye kanun düzenlemesinin yeni bir uygulama getirmekten ziyade, mevcut uygulamaları sistemleştirip resmileştirdiğini söylemek mümkündür.

Bir aile anlaşmazlığı mahkemeye taşındığında davaların, davacının iddiası ve davalının bu iddia karşısındaki durumuna göre ikiye ayrılarak incelenmesi mümkündür. Bunlardan ilki davacının kötü muamele iddiasıyla başvurduğu ve davalının aleyhine yapılan suçlamaları kabul ettiği davalardır.⁶⁵ Bu durumlarda hâkim önce taraflara sulh teklif eder ve eğer sulh sağlanırsa davayı bu sulh üzerine sonlandırır. Tarafların sulh olmadığı durumda ise hâkim, davayı tahkime yönlendirir. Bu tür durumlarda, tahkim sürecinin devreye girip girmeyeceği hâkimin takdirine bağlıdır ve belirleyici unsurun hâkimin kötü muamelenin niteliğine dair kanaati olduğu söylenebilir.⁶⁶

Örneğin Cidde genel mahkemesinde görülen bir davada karı, kocanın sözlü ve ağır fiziksel şiddet uyguladığını iddia ederek nikâhın feshini talep etmiştir. Davalı koca, karısına ağır şiddet uygulama suçlamasını kabul etmeyerek yalnızca dört kez tokat attığını itiraf etmiştir. Bu davada, hâkim yüze vurmanın dinen yasak olduğu gerekçesiyle tarafları tahkime yönlendirmeden boşanmaya hükmetmiştir. Benzer diğer bir davada yine karı, ağır şiddet iddiasında bulunmuş ve koca şiddetin ağır şiddet değil sadece te'dip edici bir müdahale olduğunu söyleyerek suçlamayı tamamen değilse de kısmen kabul etmiştir. Ancak hâkim bu davada tarafları tahkime yönlendirmiştir.⁶⁷

Mahkemede görülen ikinci tür davalar eşlerden birinin hak ihlali iddiasıyla mahkemeye başvurduğu, ancak hâkimin karar vermek için yeterli kanıt bulamadığı

63 Bakanlar Kurulu Suudi Arabistan, "Nizâmü'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye," md. 100,110,111,112. <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/4d72d829-947b-45d5-b9b5-ae5800d6bac2/1>

64 Bazı Ulemâi Necid'l-A'lam, *Mecmûatü'r-Resâil ve'l-Mesâili'n-Necdiyye*. (Riyad: Dâru'l-Âsime, 1991), 1/386.; Muhammed b. İbrâhîm Âli'ş-Şeyh, *Fetâvâ ve Rasâil*. (Mekketu'l- Mukerreme: Matbaatu'l-Hukûme, 1979), 10/289-291.

65 el-Hudayrî, "İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z Zevciyye," *Mecleetü'l Adl*, 2009, 126.

66 el-Hudayrî, "İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z Zevciyye," 126.

67 Adalet Bakanlığı, *Mecmûatü'l-Ahkâmi'l-Kazâiyye li-Âm 1435 h. (2013 M.)*, 9/146.

davalardır.⁶⁸ Karının kocasını nafakasını ihmal etmek, sözlü ya da fiziksel şiddet uygulamak, dinen yasaklanmış şekilde yaklaşmak veya madde kullanmakla suçladığı ya da kocanın karısını eşlik görevlerini yerine getirmemekle, itaatsizlikle ya da izinsiz evden çıkmakla itham ettiği ve her iki tarafın da iddialarını kanıtlayamadığı durumlar bu tür davalara örnek olarak verilebilir.⁶⁹ Bu davalarda haklı-haksızın tespit edilip davanın adaletle sonlanabilmesi için davacının iddialarını ispat edebilmesi son derece önemlidir. Ancak aile çekişmeleri genellikle kapalı bir aile ortamında vuku bulduğundan, çekişmenin içeriği şahitlikleri mümkün üçüncü şahıslara yansımadığı müddetçe herhangi bir kötü muamele iddiasının ispatı pek mümkün değildir. Dolayısıyla hâkim öncelikle taraflara sulh teklif eder. Sulh olunmadığı ve hükmü mümkün kılacak bir delile de ulaşılmadı durumlarda davanın hassasiyetine uygun bir titizlikle görülmesine imkan sağlamak için tahkim süreci başlatılır.⁷⁰

Tahkime karar verildiğinde, ilk olarak eşlere kendi ailelerinden veya tercih edecekleri kişilerden hakem seçmelerini teklif edilir.⁷¹ Taraflar hakem tayin ederse, belirledikleri hakemleri mahkemeye kaydettirmeleri gerekmektedir. Eşlerin yakınlarından bu göreve uygun bir kişi bulunamaması ya da uygun kişi bulunduğu halde görevi üstlenmeyi reddetmesi gibi sebeplerden dolayı aileden hakem atanması mümkün olmayabilmektedir. Tarafların, mahkemenin kendi ailelerinden hakem tayini talebine cevap vermeme hakkı olsa da tahkim sürecini reddetme hakları yoktur.⁷² Dolayısıyla tarafların kendileri hakem seçmezlerse veya birisi hakem seçer, diğeri hakem olması için teklif edeceği kimsesi olmadığını ifade ederse hâkim tarafları mahkeme bünyesindeki Bilirkişi Heyetine havale eder ve hakemler bilirkişilerden tayin edilerek tahkim işlemleri başlatılır.⁷³

Atanacak hakemlerde şu özellikler aranır:

İslam: Eşlerden biri ya da her ikisi Müslüman ise, hakemlerin de Müslüman olma şartı aranır. Ancak eşlerin her ikisi de gayrimüslim ise, hakemlerin Müslüman olma zorunluluğu yoktur.⁷⁴

68 Bakanlar Kurulu, "Nizâmü'l-Ahvâli'-Şahsiyye," md. 109.

69 Yargı, "Riyad Genel Mahkemesindeki Belgeler Işığında Eşler Arasındaki Geçimsizlik Halinde Tahkim Uygulamaları," 113–14.

70 el-Hudayri, "İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z Zevciyye," 126.

71 Bakanlar Kurulu, "Nizâmü'l-Ahvâli'-Şahsiyye," md 9.; el-Hudayri, "İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z Zevciyye," 127.

72 Bakanlar Kurulu, "Nizâmü'l-Ahvâli'-Şahsiyye," md.110.; Yargı, "Riyad Genel Mahkemesindeki Belgeler Işığında Eşler Arasındaki Geçimsizlik Halinde Tahkim Uygulamaları," 116.

73 Yargı, "Riyad Genel Mahkemesindeki Belgeler Işığında Eşler Arasındaki Geçimsizlik Halinde Tahkim Uygulamaları," 116.

74 Âli Huneyn, *Et-Tahkimu fi Ş-Şer'îti'l-İslâmiyye*, 202.

Adalet:⁷⁵ Hakemler hâkim tarafından atandığında, adil kişilerden seçilmeleri şarttır. Bu konuda hâkim, kişileri özel bir soruşturmaya tabi tutmaksızın bilgisi dahilinde adil olmalarıyla yetinir. Ancak, eşler tarafından atanan hakemler için — eğer eşler razı olmuşlarsa— adalet sıfatına sahip olmaları zorunlu tutulmamaktadır.⁷⁶ Mahkemelerdeki uygulamaların bu şekilde işletildiği tespit edilmiştir.⁷⁷

Teklif: Hakemlerin âkil ve bâliğ (ergin) olmaları gerekmektedir.⁷⁸

Erkek Olma: Hakemlerin erkek olması şarttır. Suudi Arabistan'daki uygulamalarda, hakemler hâkim olarak değil, şahit olarak görevlendirilmekle birlikte, hâkimlerde aranacak bu şartın hakemler için de geçerli olması, kadının tek başına şahit olamaması kuralıyla gerekçelendirilmiştir.⁷⁹ Bu durum, hakemliğin arabuluculuktan ayrıldığı önemli noktalardan biridir.

İki Kişi Olma: Hakemlerin iki kişi olması tercih edilen bir uygulamadır. Bazı mezhepler tek hakemle tahkim yapılabileceğini öne sürse de Suudi Arabistan'da iki hakem olması gerektiği görüşü kabul edilmiştir.⁸⁰

Eşlerin Ailesinden Olma: Eğer hakemlerden biri eşlerin ailesinden seçilmiş, ancak diğer hakemin yabancı bir kişi olması zorunlu hale gelmişse, aileden olan hakem iptal edilerek yerine aile dışından bir hakem atanmalıdır. Böylece her iki hakemin de aile dışından, yani yabancı kişilerden seçilmesi sağlanır. Bu uygulama Maliki mezhebinin kaynaklarında belirtilen bir ayrıntıya dayanmakta olup⁸¹ taraflardan birinin, diğer tarafın hakeminin akraba olmasından dolayı önyargılı olabileceği endişesini ortadan kaldırmak amacıyla Suudi Arabistan'da dikkate alınan bir tercihtir.⁸² Ancak daha önce de belirtildiği gibi bu tercih her durumda uygulanmamaktadır.

75 Büyük günahlardan (kebire) kaçınan, farz olan vazifeleri yerine getiren, davranışlarının iyisi kötüsünden daha çok olan kimse manasında kullanılan bir terim. Bkz. "Adalet" *TDV İslam Ansiklopedisi*, Ağustos 24, 2024. <https://islamansiklopedisi.org.tr/adalet#2-fikih>

76 Âli Huneyn, *et-Tahkîmu fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 564.

77 Yargı, "et-Tatbikâtü'l-Kazâiyye li't-Tahkîmi inde 'ş-Şikâki beyne'z-Zevceyni min Hilâli's-Sukûki ve'z-Zubûti fi'l-Mahkemeti'l-Âmmeti bi'r-Riyad," 119.

78 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 205.

79 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 207, 208.; Yargı, "et-Tatbikâtü'l-Kazâiyye li't-Tahkîmi inde 'ş-Şikâki beyne'z-Zevceyni min Hilâli's-Sukûki ve'z-Zubûti fi'l-Mahkemeti'l-Âmmeti bi'r-Riyad," 116–19.

80 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 211.

81 Muhammed b. Ahmed b. Arefe ed-Desûki, "Hâşiyetu'd-Desûki 'ala'ş-Şerhi'l-Kebîr," (Beyrut: Dâru'l-fikr, n.d.), 2/344.

82 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 215.

Müttehem Olmama: İbn Teymiyye'ye dayandırılan bir şarttır, ancak İbn Teymiyye bu şartla tam olarak neyi kastettiğini açıklamamıştır.⁸³ Âli Huneyn bu şartı hakemlerin taraflara düşmanlık beslememeleri veya kendi çıkarlarını gözetiyor olmakla suçlanmamaları şeklinde yorumlamıştır. Müttehem olmama şartı, hakemlerin tayini öncesinde dikkate alınması gereken bir şarttır. Eşler tarafından atanmalarından ve belirli bir hüküm üzerinde anlaşmalarının ardından bu tür ithamlara maruz kalmaları, hakemlerin verdikleri hükmün geçersiz kılınmasını gerektirmemektedir.⁸⁴

İsabetli Düşünme Yetisi ve Fakih Olma: Tercihen aranan bir özelliktir. Bulunmaması hakem olarak atanmaya engel teşkil etmemektedir.⁸⁵

Mevcut hukuk sisteminde hakemlerin görevlerini düzenleyen bir yönetmelik bulunmamaktadır. Mahkemelerde de bu açığı kapatacak bir kılavuz veya benzeri bir rehber olmadığı için, hukuki tecrübesi olmayan kişiler hakem olarak atandığında hâkim, hakemlere yazılı veya sözlü yönlendirmelerde bulunur.⁸⁶ Hakemlerden beklenen, tahkim ayeti gereğince öncelikle anlaşmazlığı sulh üzere sonlandırma niyeti barındırarak ve eşlerle gerek birlikte gerekse ayrı ayrı görüşmeler yaparak anlaşmazlık ve çekişmenin sebeplerini tespit etmeye gayret etmeleridir.⁸⁷ Süreç sonunda hakemlerin taraflarla görüşmeleri sürecinde, çekişmenin nasıl sonlandırılması gerektiğine dair oluşan kanaatlerini kaydederek mahkemeye iletmeleri beklenmektedir.⁸⁸ Ahvâl-i Şahsiyye Nizamı'na göre tahkim sürecinin en fazla 60 gün içinde tamamlanması gerekmektedir.⁸⁹

Burada belirtmek gerekir ki hakemlerin sulha gayret etme yönündeki sorumlulukları daha önce açıklanan arabuluculuk sürecinden tamamen bağımsızdır. Diğer bir söyleyişle çekişmeli çiftin öncesinde zorunlu veya isteğe bağlı olarak arabuluculuk sürecinden geçmiş olması, tahkim heyetinin sulh için çaba gösterme zorunluluğunu

83 Ahmed b.Teymiyye, *Mecmûu 'l-Fetâvâ*, (Medinetü'l-Münevvera:Mücemmeu'l-Melik Fehd,2004), 35/386.

84 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 216.

85 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 218–220.

86 Yargı, “et-Tatbikâtü'l-Kazâiyye li't-Tahkimi inde'ş-Şikâki beyne'z-Zevceyni min Hilâli's-Sukûki ve'z-Zubûti fi'l-Mahkemeti'l-Âmmeti bi'r-Riyad,” 123.

87 el-Hudayrî, “İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z Zevciyye,” 127.

88 Bakanlar Kurulu, “Nizâmü'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye”, md 109-111.

el-Hudayrî, “İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z-Zevciyye,” 127.; Yargı, “Yargı, “et-Tatbikâtü'l-Kazâiyye li't-Tahkimi inde'ş-Şikâki beyne'z-Zevceyni min Hilâli's-Sukûki ve'z-Zubûti fi'l-Mahkemeti'l-Âmmeti bi'r-Riyad,” 122.

89 Bakanlar Kurulu, “Nizâmü'l-Ahvâli'ş-Şahsiyye”, md. 112.

ortadan kaldırmamaktadır. Bu durum, aile hukukunda İslam hukukunun ilkelerini esas aldığı belirtilen Suudi Arabistan yargısında, aile anlaşmazlıklarını karşılıklı anlaşma ve anlayışla çözme gayretini gösteriyor olması açısından önem taşımaktadır.

Hakemlerin mahkemeye sunacakları raporda eşlerin birlikteliğinin mi, ayrılmalarının mı daha uygun olduğu ve eğer ayrılma uygun görülüyse bunun bir bedel karşılığında mı yoksa karşılıksız mı olması gerektiğine dair görüşleri bulunmalıdır. Örnek vermek gerekirse karının, kocanın dinen uygun davranışlarından rahatsız olarak boşanmak istediği ve üçüncü tarafların müdahalelerinden kaynaklı çekişmelerde talebinin onaylanmaması beklenir. Ancak sebep başkalarının kışkırtması olsa dahi eşler arasında süregelmesi beklenen muhabbetin nefrete dönüştüğü tespit edilirse çiftin ayrılmalarının gereği yönünde görüş belirtilmesi mümkündür.⁹⁰ Hakemlerin aşağıdaki durumlarda eşlerin boşanmalarına karar vermeleri esas kabul edilmektedir:

a. Kocanın haksızlık ve kötü muamelede bulunduğu durumlar.

Literatürdeki bilgiler kadınların nikâh altında ya güzellikle tutulması ya da iyilikle serbest bırakılması gereğine dair nasların, hakemlerin kararında belirleyici kabul edildiğini ortaya koyar. Buna göre eğer koca, kariya zulmediyorsa, nassın güzellikle tutma emrini ihlal etmiş olduğundan karının iyilikle serbest bırakılma hakkı doğmaktadır. Zulüm sebebiyle zorunlu hale gelen boşanma gereğini koca (talak yoluyla) yerine getirmese fıkın “zarar yoktur, zarara zararla karşılık vermek de yoktur” prensibi uyarınca hakemler boşanmaya hükmederler.⁹¹ Bu tür davalarda ayrılığın bedelsiz olmasına karar verilir.⁹² Çünkü Suudlu hukukçuların ilgili nasları yorumuna göre karının bir hayâsızlık yapması durumu hariç, boşanma karşılığında kocanın karıdan maddi bir bedel alması uygun değildir. Şu kadar var ki ayrılık zifaktan önce gerçekleşmişse, koca ödediği mehrin yarısını geri alma hakkına sahiptir.⁹³

b. Karının haksızlık ve kötü muamelede bulunduğu durumlar.

Kocanın herhangi bir zararı olmadığı halde karı evliliğe devam etmek istemiyor ve *nâşize* (karının kocayı reddi) olarak evi terk ediyorsa, hakemler bu çiftin ayrılması yönünde karar belirtmelidir. Çünkü kariya aile konutuna dönmeye zorlamak, dinin

90 Bakanlar Kurulu, “Nizâmü'l-Ahvâlî's-Şahsiyye,” md 109-111.; Âli Huneyn, *et-Tahkîmu fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 248, 249.

91 Abdullah b Muhammed Âli Huneyn, *El-Hul' bi-Talebi'z-Zevceti li-Ademi'l-Viâmi mea' Zevcihâ*, (Riyad: Daru İbn Ferhûn, 2010), 252.

92 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 261, 262, 271.

93 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 261, 262, 271.

güzellikle tutma emriyle çelişik kabul edilmektedir.⁹⁴ Bu tür davalarda ayrılık, karının nikâh nedeniyle aldığı mehir kadar bir karşılığı kocaya geri iade etmeyi kabul etmesi sonucunda onaylanır. Konunun bir örneğini Riyad genel mahkemesi kayıtlarında bulmak mümkündür. Örnek davada karı herhangi bir sebep belirtmeden nikâhın feshini istemekte diğer yandan koca, feshi gerekli kılacak bir muamele yapmadığını öne sürerek evliliğin devamını talep etmektedir. Karının, kocasından herhangi bir kötü muamele görmemesine rağmen evlilik evini terk ederek ailesinin yanına döndüğü ve dört aydır orada yaşadığı sabit olmuştur. Hâkim, usul gereği, öncelikle çifte sulh teklif etmiştir ancak taraflar sulhtan kaçınmıştır. Bunun üzerine, tahkim süreci başlatılmıştır. Tarafların taleplerinde ısrarcı olmaları sebebiyle hakemler de sulha muvaffak olamayınca karının, kocaya vereceği mali bir karşılıkla nikâhın feshine hükmedilmiştir.⁹⁵ Belirtmek gerekir ki her ne kadar kocanın suçsuzluğu kesin ve karının nikah bağı devam ederken evi terk etmesi gibi yanlış davranışı sabit olsa da Suudlu hukukçuların nasların yorumlarına dayandırdıkları kabulleri gereğince karı, nikah sırasında belirlenen mehrin üstünde bir bedeli ödemeye icbar edilemez.⁹⁶

c. Haksızlığın her iki taraftan da kaynaklandığı durumlar.

Çiftin her ikisinden kaynaklı bir kötü muamele durumu var ve bu kötü muamele şikâka (aile birliğinin sarsılmasına) götürmüşse nikahın feshedilmesine hükmedilir. Haksızlık oranı tespit edilebiliyorsa haksız tarafın mehirdeki payı, haksızlık derecesine oranla azaltılarak madur tarafa aktarılır. Ancak hangi tarafın daha ağır haksız olduğu tespit edilemiyorsa mehir miktarı bir bedel çift arasında eşit şekilde bölüştürülerek bedelli boşanma şeklinde ayrılığa hükmedilir.⁹⁷

d. Eşlerden birinin hiçbir kötü muamelede bulunmamasına rağmen uyuşmazlığın mevcut olduğu durumlar.

Bu tür davalar literatürde “*Uyuşmazlık sebebiyle hul*” talebi olarak adlandırılmaktadır. Karının herhangi bir görünür sebep belirtmeden kocayı sevmediği gerekçesiyle boşanmak istemesidir, şeklinde tarif edilir. Bu tür davalarda hâkimin, karının kocasından nefret etmesinin geçici bir etki veya ani bir kızgınlık nedeniyle değil, sağlıklı bir değerlendirme sonucu olduğundan emin olması gerekir. Dolayısıyla bu davaların tahkim sürecinde hakemlerden beklenen, karının kocaya sevgisizliğinin gerçek olup olmadığını tespit etmeye gayret etmeleridir. Bunu yaparken *nuşuzun*

94 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 254.

95 Âli Huneyn, *el-Hul' bi-Talebi'z-Zevceti li-Ademi'l-Viâmi mea' Zevcihâ*, 160.

96 Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 266.; el-Mümtehine 60/11.

97 Âli Huneyn, *el-Hul' bi-Talebi'z-Zevceti li-Ademi'l-Viâmi mea' Zevcihâ*, 129.

(karının kocayı reddinin) devam edip etmediğini, kocanın bu redde ve nefrete neden olabilecek ahlaki ya da fiziksel bir kusurunun olup olmadığını ve karının somut bir delil olmadan boşanma talebinin onaylanması durumunda kocadan aldığı mehri geri vermeye hazır olup olmadığını araştırmaları gerekmektedir. Bu tür boşanmalarda, karının nikâh sırasında aldığı mehri tamamını kocaya iade etmesi gerekmektedir.⁹⁸

Suudi Arabistan tahkim uygulamalarında hakemler, vekil ya da hâkim olarak değil, şahit ve temsilci olarak görevlendirilmektedir. Davaları inceleyip gerekli ayrıntıları öğrenerek verdikleri kararların uygulanabilmesi, onları görevlendiren hâkimin onayına bağlıdır. Reddi için şer'î bir gerekçe olmadığında kararın hâkim tarafından onaylanması gerekmektedir.⁹⁹ Hakemlerin mahkemeye sunduğu rapor ve hâkimin bu rapor karşısındaki tutumu hakkında iki farklı tutum söz konusudur. Bunlardan ilki, hakemlerin oybirliğiyle karar verdiği durumdur. Hakemlerin oybirliğiyle belli bir karar üzerine anlaştıklarında hâkim kararı öncelikle taraflara sunar ve onaylayıp onaylamadıklarını sorar. Taraflar kararı onaylarsa hâkim, dava dosyasına gerekli açıklamaları ekleyerek kararı yürürlüğe koyar.¹⁰⁰ Ancak hakimin, usul veya esasa taalluk eden bir eksiklik gerekçesiyle hakem heyetinin kararından farklı bir hüküm vermesi de mümkündür.

Örneğin, Uneyze Mahkemesi'nde görülen bir davada kadın, kocasını sözlü ve fiziksel şiddet uygulamakla suçlamış ancak iddialarını kanıtlayamamıştır. Mahkeme tarafından atanan bilirkişi hakemler, nikâhin bedelsiz feshine karar vermişlerdir. Davanın hâkimi ise kocanın iddiaları reddetmesine ve kadının suçlamalarını kanıtlayamamasına karşın hakemlerin bedelsiz fesih kararını yetersiz delille alınmış hatalı bir karar olarak değerlendirmiş ve "Hakemler bilirkişidir, kararları bağlayıcı değildir" notunu ekleyerek, nikâhin kadının kocaya ödeyeceği belli bir bedel karşılığında sona erdirilmesine hükmetmiştir.¹⁰¹

Karar bedel karşılığında boşanma olduğunda hâkim karıdan belirlenen miktarı getirmesini ister. Karı ödemeyi gerçekleştirdiğinde bedel kocaya sunulur. Koca karardan razı olmadığı veya bedel almayı zül kabul ettiği için reddederse bu mal onun adına devlet bütçesine aktarılır.¹⁰²

Tahkim raporunda belirecek ikinci durum ise hakemlerin ortak karar alamamasıdır. Özellikle çiftin ailelerinden seçilen hakemlerin yürüttüğü tahkim süreçlerinde,

98 Âli Huneyn, *el-Hul' bi-Talebi'z-Zevceti li-Ademi'l-Viâmi mea' Zevcihâ*, 69,70,73,81.

99 Bakanlar Kurulu, "Nizâmü'l-Ahvâlî's-Şahsiyye," md.11.; Âli Huneyn, *et-Tahkîm fi's-Şer'iati'l-İslâmiyye*, 199,270.

100 el-Hudayrî, "İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z-Zevciyye," 128.

101 Adalet Bakanlığı, *Mecmûatü'l-Ahkâmi'l-Kazâiyye li-Âm 1435 h. (2013)*, 9/114.

102 el-Hudayrî, "İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z-Zevciyye," 128.

hakemlerin bir araya gelememesi veya ortak bir karara varamaması görülebilmektedir. Bu tür durumlarda hâkimin, tahkimin tekrarına hükmetmesi veya davayı gerekli gördüğü şekilde sonlandırması mümkündür.¹⁰³

Suudi Arabistan'daki tahkim uygulaması, hakem tayin edilmesi yetkisinin öncelikle eşlere tanınması ve hakemlerin anlaşmazlığı sonlandırmak için görevlendirilmesiyle, Mecelle'deki "Tahkim, çekişmeli tarafların, kendi rızalarıyla aralarındaki anlaşmazlığı sonlandırmak için hakem tayin etmeleridir, şeklindeki tahkim tanımıyla uyuşmakta diğer yandan sürecin tarafların rızası aranmaksızın hakim kararıyla başlatılması yönüyle ayrılmaktadır.¹⁰⁴ Benzer şekilde, hakemler dava hakkında karar verebilme yetkisine sahip olsa da süreçte bilirkişi olarak görev yapmaları ve kararlarının bağımsız şekilde hüküm doğurmaması nedeniyle, Hukuk-u Aile Kararnamesi'nde yer alan "Hakemler gerektiğinde eşlerin ayrılmasına karar verebilir ve bu kararlar bağlayıcıdır" şeklindeki tahkim modelinden¹⁰⁵ ve "Tahkim, yargı dışı kurumlara yargı yetkisi vererek anlaşmazlıkları sonlandırmaktır."¹⁰⁶ şeklindeki modern tahkim anlayışından farklılık göstermektedir. Tüm bunlar, Suudi Arabistan'da kanun yapıcılarının hukuklarına referans kabul ettikleri değerlerine ve sosyokültürel yapılarına uyumlu, özgün bir tahkim modeli inşa etme gayretlerini ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Bu çalışmada Suudi Arabistan'daki aile arabuluculuğu ve tahkimin tarihi, işleyişi, kurumsallaşması ve bunun gereklilikleri doğrultusunda hukuk sisteminde yapılan değişiklikler incelenmiş ve aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

Suudi Arabistan'da arabuluculuk ve hakemlik iki ayrı yöntem olarak işletilmektedir. Her iki uygulamada da İslami ilkelere bağlılık nizami bir zorunluluktur ve aile birliğini sağlamaya yönelik sulh, öncelikli hedeftir; bu mümkün olmadığında arabulucular ve hakemler, tarafların hakları korunmuş olarak çekişmesiz ayrılabilmeleri için çalışırlar. Tahkim, yargı içi bir süreç olarak mahkemeler tarafından yürütülürken,

103 Bakanlar Kurulu, "Nizâmü'l-Ahvâli 'ş-Şahsiyye", md 109-111.; el-Hudayrî, "İcrâetü'l Kadâi'yye fi'l Müşkilâti'z-Zevciyye," 128.; Âli Huneyn, *et-Tahkîmu fi 'ş-Şerîati'l-İslâmiyye*, 373. Mehmet Ali Yargı, Suudi Arabistan'da Yeni Çıkarılan (2022) "Ahvâl-i Şahsiyye Nizamı'nda Evliliğin Sona Erme Yöntemleri Üzerine Bir Değerlendirme," ed. Mehmet Dirik, Hakîme Reyyan Yaşar (İstanbul: Hiperyayın, 2023), 140, 144.

104 Lecne Müknevve min İddeti Ulemâi ve Fukahâi fi'l-Hilâfeti'l-Osmâniyye, *el-Mecelletü'l-Ahkâmu'l-Adliyye*, md. 1790.

105 Demir Gökyayla, "Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu," 581.

106 Orhan Çeker, *Osmanlı Hukuk-u Aile Kararnamesi* (İstanbul: Mehîr Vakfı Yayınları, 2017), 55. md.130.

arabuluculuk, yargı içi ve yargı dışı; mahkemeler ve özel kurumlar arasında iş birliğiyle sürdürülen bir yöntemdir. Bir anlaşmazlıkta her iki yönetime birden başvurulabilir veya hâkimin takdirine göre biri tercih edilip diğeri kullanılmayabilir. Bu iki sistem arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamakla birlikte, hangisinin uygulanacağını belirleyen, alternatif yöntemlerin kullanılmasına karar veren, taraflar ya da ilgili makamdır. Tahkim, çekişmenin çözüm sürecinde bir yöntem olarak kullanılırken, arabuluculuk bu süreci doğrudan sonuçlandırma imkanına sahiptir.

Arabuluculuk, kurum ve işleyiş kuralları özel yönerge ve genelgelerle düzenlenen bir uygulama olarak yürütülmektedir. Devletin adli sistemine entegre ettiği arabuluculuk uygulamalarında mahkemeler bünyesindeki bürolara ek olarak sivil toplum kuruluşları ve diğer bazı yardımcı kurumlar görev almaktadır. Son on yılda hızla gelişen arabuluculuk uygulamalarına dair bilimsel çalışmaların henüz yapılmamış olması nedeniyle, arabuluculuk merkezlerinde kullanılan uzlaştırma yöntemlerinin içeriği tam olarak tespit edilememiştir. Ancak arabuluculuğun kanuni bir gereklilik olarak İslam şeriatına aykırı olmama ön koşuluyla düzenlenmesi, arabulucuların şeriatla bağlı kalmakla ve İslam hukukunun ilgili bölümlerini bilmekle yükümlü tutulmaları, arabuluculuğun İslam hukuku temelli olduğunu göstermektedir. Yanı sıra yalnız tarafların menfaatlerini değil, aynı zamanda aileye bağlı diğer bireylerin ve toplumun faydasını da gözeterek hukukun çeşitli alanlarını kapsayan davaları içine alır şekilde taraflar arasında bir sulh sağlamayı amaçlayan arabuluculuk, aile anlaşmazlıklarının çözümünde son derece uygun bir model olarak kabul edilen *ekosistemik arabuluculuk* yöntemiyle örtüşmektedir.¹⁰⁷ Ayrıca tarafların sulh olmama hakkının korunması, gönüllülük ilkesinin gözetilmesi, süreçte elde edilen bilgilerin gizli tutulması, arabulucuların kişisel menfaat içeren davaları kabul etmelerinin yasaklanması, özel eğitime tabi tutulmaları ve hukuki danışmanlık yetkisine sahip olmamaları Suudi Arabistan aile arabuluculuğunun, Avrupa standartlarına¹⁰⁸ uygun bir şekilde kurumsallaştığını göstermektedir. Tüm bunlar Krallık'da modern dünyanın gereklilikleri ve bilimsel gelişmeler dikkate alınarak Müslüman toplumun örf ve adetleriyle çelişmeyecek özgün bir arabuluculuk modelinin uygulandığını söylemeyi mümkün kılmaktadır. Resmi istatistikler ve arabuluculuk derneklerinin raporları, arabuluculuğun aile birliğini korumada ve çekişmeleri sulh üzere sonlandırmada olumlu sonuçlar verdiğini göstermektedir.

Tahkim, eşler arasındaki çekişmelerin ayrıntılı ve titiz bir şekilde incelenmesine olanak tanımakta ve hâkimlerin işlerini kolaylaştırarak dava sürecini hızlandırmaktadır. Tahkime ne sebeple başvurulacağı ve hakemlerin hangi yetkilerle görevlendirileceği

107 Pilotti, "The New and the Old: A Qualitative Analysis of Modes of Conflict Resolution in the Kingdom of Saudi Arabia," 7.; Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, ed. Fatma Yücel, 33,44,52.

108 Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 22- 25.

Ahvâl-i Şahsiyye nizamında yer almaktadır ancak muhtemelen mahkeme içi bir süreç olarak işletilmesinin de bir sonucu olarak aile tahkimini düzenleyen özel bir yönetmelik bulunmamaktadır. Tahkim, hâkimin gerekçe göstermeden aleyhine karar verememesi nedeniyle arabuluculuktan güçlü bir yöntem gibi görünse de uygulamanın aile çekişmelerini modern ve barışçıl yöntemlerle çözüme konusunda etkili olabildiğine dair bir veriye ulaşılammıştır.

Türkiye'de yürürlüğe girmesi beklenen aile arabuluculuğunun, Müslüman toplumun inancına ve örfüne uygun, İslam'ın ilkeleri doğrultusunda kurgulanmasının imkânı ve gerekliliğini savunan hukuçular için Suudi Arabistan'daki uygulamalar, İslam hukukunun bazı klasik dönem kurallarının modern dünyanın bilimsel gelişmeleri ve gerekliliklerine göre nasıl uyarlanabildiğini göstermesi açısından önemli bir örneklik teşkil etmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Kaynakça/References

- Adalet Bakanlığı, Suudi Arabistan. “Kavâidü'l-Ameli fi Mekâtibi'l-Musâleha ve İcrââtuhû.” *Suudi Arabistan Adalet Bakanlığı*. Riyad,Suud, 2019. <https://www.moj.gov.sa/Documents/Regulations/pdf/48.pdf>.
- “Müzekkira İdâhiyye li'l-Mâddeti (16/33) mine'l-Levâihi't-Tenfiziyyeti li-Nizâmî'l-Mürâfeâtî'sher'iyye.” Riyad,Suud, 1441. <https://x.com/Law3li/status/1229318741118328832>.
- Adalet Bakanlığı, Suudi Arabistan. “*Mecmûatü'l-Ahkâmî'l-Kazâiyye Li-Âm 1435 h.*”. Riyad,Suud: Merkezi'l-Buhûsi bi-Vizâreti'l-Adl, 2013.
- Âli's-Şeyh, Muhammed b. İbrâhîm. *Fetâvâ ve Rasâil*. Mekketü'l-Mukerreme: Matbaatu'l-Hukûme, 1979.
- Âli Huneyn, Abdullah b. Muhammed b. Sa'd. *El-Hul' Bi-Talebi'z-Zevceti Li-Ademi'l-Viâmi Mea' Zevcihâ*. Riyad: Dâru ibn Ferhûn, 2010.
- Âli Huneyn, Abdullah b. Muhammed b. Sa'd. *Et-Tahkîm fi's-Şerîati'l-İslâmiyyeti*. Riyad,Suud: Şebeketü'l Alûkah, 1999.
- Bi-Meclisi'l-Vüzerâ, Hey'etül-Huberâi. “Tanzîmu-Merkezi'l-Musâlaha.” Hey'etül-Huberâi bi-Meclisi'l-Vüzerâ, 2013. <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/fe7f3828-c47c-4d95-a56c-a9a700f27196/1#:~:text=%3Aﺑﺘﻀﻤﻦ ﺗﻨﺘﻈﻴﻢ ﺍﻟﻌﻤﻞ ﻓﻲ ﻣﻜﺎﺗﺐ ﺍﻟﻤﺼﺎﻟﺤﺔ ﻭﺍﺟﺮﺍﺀﺍﺗﻪ>.
- Bi'l-Ahsâ, Et-Tenmiyyeti'l-Üseriyyi. “Abra 950 Celese ve Müşâreketü 35 Muslihan Bi'l-Ahsâ.” et-Tenmiyyeti'l-Üseriyyi bi'l-Ahsâ, n.d.

- “Bernâmecü’ d-Düplûmu’ l-Âliyyi fi’ l-Îrşâdi’ l-Üseriyyi”. et-Tenmiyeti’ l-Üseriyyi bi’ l-Ahsâ, n.d. ed-Desûkî, Muhammed b. Aḥmed b. ‘Arefe. “Hâşiyetu’ d-Desûkî ‘ala’ ş-Şerḥi’ l-Kebîr.” Beyrut: Dâru’ l-fîkr, n.d.
- “Cem’ iyyetü’ z-Zevâc ve’ t-Tenmiyetü’ l-Üseriyyeti Bi’ t-Taif.” , 1413.
- “Cem’ iyyetü’ z-Zevâc ve’ t-Tenmiyetü’ l-Üseriyyeti Bi’ r-Ra’s.” Suudi Arabistan, Çalışma ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı, 1433.
- Hilâfeti’ l-Osmâniyye, Lecnetün min İddeti Ulemâi fi el-. *Mecelletü’ l-Ahkâmu’ l-Adliyye*. El-Câbî, B. Beyrut, Lübnan: Dâru’ İbni Hazm, 2021.
- Hudayrî, Hamd b. Abdü’ l-Azize el-. “İcrâetü’ l-Kadâi’ yye Fi’ l-Müşkilâti’ z-Zevciyye.” *Mecelletü’ l-Adl*, 2009, 45/125-168. https://adlm.moj.gov.sa/topic_d_d.aspx?ID=45&IDd=904.
- Huneyn, Hamd el-. “Es-Sulhu ve Devruhû Fi Taklîsi’ d-Deâvâ’ l-Kazâiyye.” *Mecelletü’ l-Adl* 46 (1431): 322–36.
- Karaman, Hayreddin. “Adalet.” In *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, 1/343-344. TDV İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 1988.
- ksamoj. *El-Mehâkimü’ l-Mütehassisa Bi’ l-Memleke- İstidyü’ l-İhbâriyye*. Suudi Arabistan, 2014. <https://www.youtube.com/watch?v=8q3Qxe5N4Zg>.
- Kuncak, Fulya. *Suudi Arabistan’ da Aile Arabulucu-Hakemliği Uygulamaları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022).
- Mekke-i Mükerrreme Emirliği. “Lecnetü İslahi Zâtî’ l-Beyn.” Mekke-i Mükerrreme Emirliği, 1999.
- Muhaymid İbrahim, El- Nasır b. *El-İnhââtü’ s-Sübûtiyyetü Bi’ l-Mehâkimi’ ş-Şer’ iyyeti Bi’ l-Memleketi’ l-Arabîyyeti s-Suûdiyye*. Abhâ: Mektebetü’ l-Abha’ l-Hadîse, 2006.
- Necid’ l-A’ lam, li-Bazı Ulemâi. *Mecmûatü’ r-Resâil ve’ l-Mesâili’ n-Necdiyye*. Riyad: Dâru’ l-Âsime, 1991.
- Of, Europe Council. “EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE.” Council of Europe, 2006.
- Halîciyye. *Meâlî Vezîru’ l-Adli’ s-Suûdiyyi Dr: Velîd Es-Samânî Da’ fu Bernâmeci Fi’ s-Sûra Mea’ Abdullah El-Müdeyfer*, 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=Lg2uOvE5tk0&t=3791s>.
- Hey’ etü’ l-Huberâi bi-Meclisi’ l-Vüzerâ. “Nizâmu’ t-Tahkîm.” Hey’ etü’ l-Huberâi bi-Meclisi’ l-Vüzerâ, 2012. <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/5535039e-13da-43f6-8f53-a9a700f26485/1>.
- İbn Hacer, Ebü’ l-Faḍl Aḥmed b. ‘Alî el-‘Asḳâlânî. *Fethü’ l-Bârî Şerḥu Şahîhi’ l-Buḥarî*. Edited by Muḥammed Fu’ ad ‘Abdu’ l-Bâkî. Beyrut: Dâru’ l-Ma’ rife, 1960.
- İbnü Cüzey, Ebu’ l-Kâsım. *El-Kavânînu’ l-Fıkhiyye*, n.d.
- İbnü Teymiyye, Takiyyüddin. *Mecmûu’ l-Fetâvâ*. Medine-i Münevvere: Mecmeu’ l-Melik Fehd, 2004.
- Serahsî, Ebü Bekr Şemsü’ l-E’imme Muhammed b. Ebi Sehl Aḥmed. *El-Mebсут es-*. Vol. 30. Beyrut, Lübnan: Dâru’ l-ma’ rife, n.d. <https://shamela.ws/book/5423>.
- Suûdiyye es-, Vekâletü’ l-Enbâ. “Vizâretü’ l-Adli: 17 Elf Mütেকaddim Li’ t-Tescîli Ke-Muslihîn % 46 Minhum Nisâ.” Vekâletü’ l-Enbâi’ s-Suûdiyye, 2020.
- Suudi Arabistan, Adalet Bakanlığı. “İnhâu 60 Elf Talebi Musâlahatin Kable Vusûliha İlâ Kââti’ l-Mehâkim.” Twitter, 2021.
- Suudi Arabistan, Bakanlar Kurulu. “Nizâmü’ l-Ahvâli’ ş-Şahsiyye.” Suudi Arabistan, Bakanlar Kurulu, 2022. [206](https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/4d72d829-947b-45d5-b9b5-</p></div><div data-bbox=)

ae5800d6bac2/1.

Suudi Arabistan, Bakanlar Kurulu. "Nizâmü'l-Mürâfeâti's-Şer'iyye." Riyad, 1435. <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/f0eaae46-9f84-40ee-815e-a9a700f268b3/1>.

Suudi Arabistan, Bakanlar Kurulu. "Nizâmu't-Tenfiz." Riyad, Suud, 2012. <https://laws.boe.gov.sa/BoeLaws/Laws/LawDetails/c81ba2f1-1bf1-443b-9b1c-a9a700f27110/1>.

Suudi Arabistan, Çalışma ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı. "Cem'iyyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyyeti Bi'l-Ahsa." Suudi Arabistan, Çalışma ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı, 1400.

Suudi Arabistan, Adalet Bakanlığı. "El-Kitâbu'l-İhsâiyyi Li-Âm 1438." Vizâratü'l-Adl, 2016. https://portaleservices.moj.gov.sa/law/Downloades/Annual_Report_1438.pdf.

Suudi Arabistan, Adalet Bakanlığı. "El-Levâihu't-Tenfiziyyeti Li-Nizâmi'l-Mürâfâti's-Şer'iyye." Vizâratü'l-Adl, 2014. <https://www.moj.gov.sa/Documents/Regulations/pdf/75.4.pdf>.

Temel, Ahmet. "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları." *Darulfunun İlahiyat* 30, no. 2 (2019): 311-336.

Usaymî, Faysal b. Sa'd el-. "Es-Sulhu Fî Meclisi'l-Kadâi." *Mecelletü'l Adl*, no. 67 (1436).

Uveyd, Yusuf b. Abdillâh el-. "Vâkıu' Lecneti'l-İslâhi Zâti'l-Beyni Bi-İmârati Mıntakati Mekketel-Mükerramati ve İshâmâtihi'l-İstimâiyyeti't-Terbeviyye." Ümmü'l-Kura Üniversitesi, 1430.

"Üsra-Cem'iyyetü't-Tenmiyeti'l-Üseriyye Bi-Büreyde." Suudi Arabistan, Çalışma ve Sosyal Kalkınma Bakanlığı, 1429.

Ve't-Tedrib, Hey'etü-Takvîmi't-Ta'limi. "Meâyirü Mikyâsi Kifâyâti'l-Muslihi'l-Müeccel." Suudi Arabistan, Bakanlar Kurulu, 2020. <https://x.com/AliHejri36/status/1420814985576517635>.

Vezîru'l-Adl. "Müzekkeratün İdahiyyeti Li'l-Mâddeti (33/16) Mine'l-Levâihi't-Tenfiziyyeti Li-Nizâmi'l-Mürâfeâti's-Şer'iyye." Vezîru'l-Adl, 2020. <https://twitter.com/Law3li/status/1229318741118328832>.

Vizâratü'l-Adl. "Ba'de Karâri'l-Vezîru'l-Adli Merkezü'l-Musâlehâti Yeshumu Fî Terâcüü't-Talâki Bi-Nisbeti%22." Vizâratü'l-Adl, 2020. <https://www.moj.gov.sa/ar/MediaCenter/News/Pages/NewsDetails.aspx?itemId=1098>.

Welker, Sharia. "Mediattion-Between Religion and Culture in the Saudi Context." In *Cultural Encounters and Emergent Practices in Conflict Resolution Capacity-Building*, edited by Tamra Pearson d'Estrée, 267-301. Cham, Switzerland, 2018.

Yargı, Mehmet Ali. "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme." *M.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi* 42, no. 1 (2012): 42/141-172. https://comu.academia.edu/MehmetAliYARGI?fbclid=IwAR3Db6V_04vIR4PEu-aAQDk7ZJLR54BeDja-iur-sa0vG8MXPY921hHuxjk.

Yargı, Mehmet Ali. "et-Tatbîkâtü'l-Kazâiyye li't-Tahkimi inde's-Şikâki beyne'z-Zevceyni min Hilâli's-Sukûki ve'z-Zubûti fi'l-Mahkemeti'l-Âmmeti bi'r-Riyad." *Mecelletü'l Hicazi'l Âlemiyye* 14 (2016): 14/93-132. https://comu.academia.edu/MehmetAliYARGI?fbclid=IwAR3Db6V_04vIR4PEu-aAQDk7ZJLR54BeDja-iur-sa0vG8MXPY921hHuxjk.

Yargı, Suudi Arabistan. "Suudi Arabistan'da Üçlü Boşama İle İlgili Uygulamalar." *Mecelletü'l Adl* 55 (2012): 55/77-120. https://comu.academia.edu/MehmetAliYARGI?fbclid=IwAR0EcwxRq4tc4yH5bflT87iUiFrfrkj_K5EKzO7VoQ4gPJEOG0VuVVs70uI.

Yargı, Mehmet Ali. *Suudi Arabistan'ın Yargı Sistemi*. İstanbul: İFAV Yayınları, 2014.

Yargı, Mehmet Ali. "Suudi Arabistan'da Yeni Çıkarılan (2022) "Ahvâl-i Şahsiyye Nizamı'nda Evliliğin Sona Erme Yöntemleri Üzerine Bir Değerlendirme," ed. Mehmet Dirik, Hakîme Reyyan Yaşar

(İstanbul: Hiperyayın,2023): 114-144.

Zehrâni, Ali Buhayyit ez-. *El-Minhâc Fî İslâhi Zâti 'l-Beyn*. Mekketu'l-Mukerreme: Lecnetü İslâhı Zâti'l-Beyn, 1432.

Zehrâni, Nâsır b. Müseffer ez-. *Lumû'un ve Dumû'un*. Mekketu'l-Mukerreme: Lecnetü İslâhı Zâti'l-Beyn, 1427.



darulfunun ilahiyat

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 24.01.2024
Revizyon Talebi: 07.03.2024
Son Revizyon: 11.03.2024
Kabul: 19.03.2024
Online Yayın: xx.xx.xxxx

تطبيق نظام التحكيم الشرعي في البلاد التي لا تحكم الشريعة الإسلامية في القضاء حكمه ومجالاته

Yargılamada İslam Hukukunu Esas Almayan Ülkelerde İslam Hukukuna Göre Arabuluculuğun Uygulanmasına Dair (Hükmü ve Kapsamı)

Concerning The Application of Mediation in Accordance with Islamic Sharia in Countries That Are Not Governed by Islamic Sharia (Rule and Scope)

Hüseyin Sudan*

المُلخَص:

إن الشريعة الإسلامية لم تجعل للقضاء طريقة واحدة فقط، بل اعتمد بجانب القضاء في المحاكم الرسمية عند القضاة طريقة أخرى مرنة خارج المحاكم الرسمية وهي نظام التحكيم. فقد تناول هذا البحث إمكانية تطبيق نظام التحكيم الذي هو طريق من طرق فض النزاع في الشريعة الإسلامية، وذلك في البلاد التي لا تجعل من الشريعة الإسلامية أساساً لها في القضاء، ولا تحكم بها. وقد بحث حكم تطبيق نظام التحكيم في تلك البلاد ومجالات تطبيقه. ومن المتفق عليه بين علماء الإسلام وجوب تحكيم المسلمين للشريعة الإسلامية في القضاء والحكم. ومن هذه الجهة فإن تطبيق نظام التحكيم في تلك البلاد يحقق فرصة للمسلمين لقيامهم بتلك المسؤولية الدينية. وبذلك يحظى نظام التحكيم أهمية من حيث إنه سيسهم في تطبيق الشريعة الإسلامية في تلك البلاد. وقد وصل البحث إلى النتائج التالية: مجال التحكيم أولاً هو الأحكام التي لا تتعلق بالعبادات التي لا تكون محللاً للقضاء. ولا يكون التحكيم كذلك في مجال المحاكمة الجنائية والعقوبات التي تدخل في صلاحيات السلطة العامة. وإلى جانب ذلك ينبغي أن يكون مجال التحكيم الشرعي في الإطار الذي تسمح به قوانين البلد الذي يطبق فيه التحكيم. فإن محاولة تطبيق نظام مواز في القضاء مخالف لقوانين الدولة التي يراد تطبيق نظام التحكيم الشرعي فيها، سيؤدي إلى نتائج غير مرغوبة لا تصوبها الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية، التحكيم، القضاء، عدم وجود القضاء الشرعي، ولاية العلماء

Öz

İslam hukukunda tek tip yargılama yöntemi esas alınmamıştır. Mahkeme ve hâkim tarafından icra edilen yargılama yönteminin yanı sıra mahkeme dışında daha esnek nitelikte olan bir yöntem olan arabuluculuk yöntemi de kabul edilmiştir. Makale, yargılamada İslam hukukunu esas almayan ülkelerde İslam hukukuna göre hukuki anlaşmazlıkları çözmeye yöntemlerinden biri olan arabuluculuk yönteminin uygulanma imkanını ele almaktadır. Bu bağlamda İslam hukukunda arabuluculuk yönteminin uygulanmasının hükmü ve uygulanma kapsamı incelenmiştir. Müslümanların yargı ve yönetimlerinin İslam hukukuna göre düzenlenmesi İslam ulemasının ittifak ettiği bir husustur. Bu ülkelerde arabuluculuk yönteminin uygulanması İslam hukuku ile yönetilmeyen ülkelerde bu dini sorumluluğun yerine getirilebilmesi bağlamında bir fırsat sunmaktadır. Bu açıdan İslam hukukunun etkin hale getirilmesine katkı sunacak olan arabuluculuk yöntemi önemi haizdir. Bu amaçlar doğrultusunda makale şu sonuçlara ulaşmıştır: Arabuluculuğun kapsamı yargılama alanına girmeyen ibadetlerle alakalı dini hükümler dışında kalan konulardır. Ayrıca ceza hukuku gibi kamu hukuku alanına giren konularda arabuluculuk söz konusu olamaz. Bunun yanı sıra İslam hukukuna göre uygulanacak arabuluculuk yönteminin uygulanacağı ülkenin mevzuatının müsaade ettiği çerçevede olması elzemdir. Aksi takdirde ülkenin mevzuatına aykırı paralel bir yargı yönteminin uygulanmaya çalışılması istenmeyen sonuçlara yol açacağından dolayı İslam hukuku açısından da tasvip edilecek bir durum değildir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Arabuluculuk, Yargı, İslami Yargının Bulunmaması, Alimlerin Velayeti

* Sorumlu Yazar: Hüseyin Sudan (Necmettin Erbakan Üniversitesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı Doktor Öğretim Görevlisi. E-posta: hnsudan@gmail.com ORCID: 0009-0005-5690-5313

Atf: Sudan, Hüseyin. "Yargılamada İslam Hukukunu Esas Almayan Ülkelerde İslam Hukukuna Göre Arabuluculuğun Uygulanmasına Dair (Hükmü ve Kapsamı)." *darulfunun ilahiyat* 35, 'Aile Arabuluculuğu' Özel Sayısı (2024): 209–230. <https://doi.org/10.26650/di.2024.44.2.1425285>



Abstract

Islamic law is not based solely on a uniform trial method. The mediation method, which is a more flexible non-court method, is also accepted alongside the trial method as performed by a court and judge. The article discusses the possibility of applying the mediation method as one of the methods for resolving legal disputes in accordance with Islamic law in countries whose judicial system does not rely on Islamic law. In this context, the article examines the provisions and scope for applying the mediation method with respect to Islamic law. Applying this mediation method offers the opportunity to fulfill a religious responsibility in countries not governed by Islamic law. The mediation method contributes to making Islamic law effective, and applying it is important in this respect. With these aims, the article has reached the following conclusions: The scope of mediation does not concern issues related to provisions regarding worship that are outside the scope of jurisdiction. In addition, having the mediation method be within a framework permitted by the country's legislation is essential, otherwise the application of a parallel judicial method contrary to the country's legislation is unacceptable in terms of Islamic law as it would lead to undesirable results.

Keyword: Islamic law, mediation, judiciary, non-Islamic judiciary, guardianship of scholars

Extended Summary

In accordance with the religious responsibility imposed on Muslims through the Quran and the Sunnah, having the judiciary and administration of Muslims be in accordance with Islamic law is an issue upon which Islamic scholars agree. The application of the mediation method offers the opportunity to fulfill this religious responsibility in countries not governed by Islamic law. The mediation method contributes to making Islamic law effective and is important in this respect. The scope of mediation does not cover matters that do not require a judicial ruling, such as worship. In addition, having the mediation method that is to be applied according to Islamic law also fall within a framework permitted by the legislation of the country where it will be applied is important. Otherwise, trying to apply a parallel judicial method contrary to a country's legislation is not acceptable in terms of Islamic law as this will lead to undesirable results.

Every Muslim needs to apply to jurisprudence based on Islamic law, whether or not they are in a country that adheres to Sharia law. A mediation method carried out in accordance with Islamic law replaces the authority of Sharia for Muslims living in countries not governed by Islamic law. According to Islamic law, mediation is mandatory for those who live in a country where Islamic law has no jurisdiction. This is because applying the jurisprudence of Islamic law is incumbent upon a Muslim. In cases where this is not possible, mediation in accordance with Islamic law is to be resorted to. Previous scholars have stated that referring to scholars is necessary in order to rule on a case in accordance with Sharia rule when an imam is not present, and this is expressed in the principle of the guardianship of the scholars.

No need exists for mediation in matters that do not require judicial ruling, such as worship, avoiding haram acts, and financial transactions where rights are clear and certain. Such provisions can be applied individually by a Muslim. Scholars disagree on the scope of mediation under Islamic law, but they agree that it is permissible with regard to financial matters and not permissible regarding public rights such as criminal law. In

cases where Islamic jurisdiction is not available, the scope of arbitration is limited to the extent permitted by the laws of the country. Mediation is permissible in areas where the state allows arbitration. Meanwhile arbitration is not permissible in areas where the state does not allow it, because resorting to mediation in such areas will expose Muslims to the accusation of rebelling against the law and being separatists.

In the ninth conference session of the Islamic Fiqh Council, the council decided that arbitration is permissible for everything involving a pure human right, such as sales, marriage, and the like. This is because persons' rights are legislated for their benefit, and they have the option if they wish to fulfill or ignore it. Thus, arbitration is permissible here. Arbitration is impermissible in everything that is rightful to God Almighty, such as punishments. Matters in which a ruling requires proving or denying a ruling with regard to non-litigants over whom the arbitrator has no jurisdiction are also not permissible for mediation, such as a curse due to the right of parentage over a child being linked to the child.

The jurisprudential differences regarding when arbitration is permissible do not have a great impact for Muslims who live outside Islamic lands because the matter ultimately depends on what the laws of their country allow regarding arbitration. This is a wide opportunity for Muslim jurists and experts to learn about everything where laws permit arbitration.

As for the person who should arbitrate in the cases of Muslims living outside the lands of Islam, the scholars' statements agree that Muslims outside the lands of Islam must gather with their scholars and refer to them on all matters and make one of them an arbitrator. Some researchers have called this the principle of the guardianship of scholars. This principle does not mean the multiplicity of political authorities in one country. Rather, what is meant is for Muslims outside the lands of Islam to unite under their scholars. The decisions of the European Council for Fatwa and Research has stated that parties may choose one arbitrator, either a man or woman, or an arbitration panel of several individuals, and their number must be odd in number so that they can make the decision by a majority vote. The arbitrators are required to have knowledge of Sharia rulings and applicable laws and to be known for their integrity and uprightness. The European Council for Fatwa and Research has issued a list of executive procedures and legal provisions for arbitration with the aim of applying them regarding Sharia arbitration in countries not governed by Sharia law. The list includes the terms and scope of arbitration, the qualities and appointment of arbitrators, the arbitration instrument (i.e., arbitration charter party, arbitration contract), methods of ruling, procedures, and evidence in arbitration. The list also addresses issuing, communicating, and enforcing the arbitration award, as well as setting it aside, implementing the executive form of the award, and appealing an arbitration award.

Muslims living in countries not governed by Islamic law should request comprehensive provisions and laws that consider their religious characteristics from the countries in which they live and to give them the authority to resolve their problems in all areas through arbitration in compliance with Sharia law.

For countries not governed by Sharia law to have Islamic arbitration institutions that conduct sharia arbitration in Islamic cases is important. This institution includes scholars in Sharia, each of whom specializes in one of the fields in which arbitration can be conducted. These institutions should be based on specific regulations and instructions based in line with how they are governed.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وصحابه الطيبين الطاهرين.

إن أحكام الشريعة الإسلامية عامة لكل الناس في كل زمان ومكان، ويجب على المسلمين جميعاً أن يتحاكموا إلى الشريعة الإسلامية، لكن الأمة الإسلامية تعاني اليوم أزمة سياسية وقانونية بالنسبة لعدم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وعدم تحكيمها في القانون والقضاء؛ فأغلب بلاد المسلمين لا تحكم الشريعة الإسلامية في قوانينها وقضائها، وكذلك هناك أقليات مسلمة بعدد كبير في بلاد الغرب، مما سبب في مشكلة تحاكم المسلمين إلى القضاء غير الشرعي، لعدم وجود القضاء الشرعي. ومن هنا نرى أهمية التحكيم الشرعي وضرورته كحل لهذه المشكلة بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون إما خارج ديار الإسلام، أو في بلاد المسلمين التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية وهي أغلب بلاد المسلمين.

بناء على ذلك رأيت من الأهمية بمكان أن أتناول في هذا البحث مشكلة عدم التحاكم إلى الشريعة الإسلامية في البلاد التي لا تحكم بها، وحل تلك المشكلة من خلال نظام التحكيم الشرعي الذي يفتح مجالاً واسعاً للمسلمين لحل قضاياهم وفق حكم الشرع. وقد بينت في هذا البحث حكم التحكيم الشرعي بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، مجالات التحكيم الشرعي في تلك البلاد، وكيف يمكن تحقيق وتطبيق تحكيم الشريعة الإسلامية في البلاد التي لا يوجد فيها القضاء الشرعي.

الدراسات السابقة: وهناك دراسات وأبحاث تتناول موضوع التحكيم/الوساطة وإصلاح ذات البين في الشريعة الإسلامية، منها:

- تبليغ ألقاه الدكتور عبد الرحمن جاندان في مؤتمر نبينا والعائلة، بعنوان "منهج الوساطة وإصلاح ذات البين الذي وصاه النبي صلى الله عليه وسلم في حل المشاكل العائلية"¹. فهذا التبليغ يبحث عن أهمية إصلاح ذات البين مستنداً بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية، وعن حكمة مشروعيتها، وحكمة كون الحكم من أهل الزوج والزوجة، وألقى نظرة عامة على تاريخ الوساطة وإصلاح ذات البين، فالبحث لم يؤصل لقضية التحكيم ومجالاته وأهلية المحكم أصلاً فهو بحث وعظي أكثر مما يكون بحثاً أكاديمياً.

- بحث نشر في مجلة كلية الإلهيات جامعة هيتيت/تركيا، للدكتور يوسف شن، بعنوان "التحكيم/الوساطة وإصلاح ذات البين في الشريعة الإسلامية"². فقد تناولت تلك الدراسة مشروعية التحكيم/الوساطة وإصلاح ذات البين في الكتاب والسنة وتطبيقات الصحابة، وأهلية المحكم، ومجالات التحكيم، والإجراءات المتبعة في تطبيقه، ووظائف المحكم، وكيفية تطبيقه في نظام القانون المعاصر. فهذا البحث يضع نظرة عامة عن التحكيم/الوساطة وإصلاح ذات البين في الشريعة الإسلامية، ولم تنطرق لقضية تطبيق التحكيم الشرعي في الأنظمة التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، ولم تنطرق كذلك للقضايا التي تحتاج إلى حكم القضاء والتي لا تحتاج إليها.

1 CANDAN, Abdurrahman, "Aile İçi Problemlerin Giderilmesinde Hz. Peygamber'in Önerdiği Arabuluculuk Yöntemi" Uluslararası Mevlid-İ Nebi Sempozyumu Peygamberimiz ve Aile, (DİB-Antalya) 21-24 (Kasım 2019), 791-817.

2 ŞEN, Yusuf. "İslâm Hukukunda Arabuluculuk". Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 11/22 (Aralık 2012), 105-135. <https://doi.org/10.14395/jdiv34>.

- بحث نشر في مجلة مجموعة الحقوق في جامعة كرك قلعو/تركيا، للدكتور مصطفى آق ترك، بعنوان "مقارنة بين قانون العائلة التركي وبين طرق فض النزاع في الشريعة الإسلامية"،³ فقد تناول البحث تعريفا عاما عن التحكيم والوساطة والإصلاح في القانون التركي وعمل مقارنة مع أحكام التحكيم والوساطة وإصلاح ذات البين في الشريعة الإسلامية، وليس البحث متخصصا في أحكام التحكيم وشروط المحكم وإنما ألقى نظرة عامة عليها فقط. وكذلك لم تتطرق لقضية تطبيق التحكيم الشرعي في الأنظمة التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، ولم تتطرق كذلك للقضايا التي تحتاج إلى حكم القضاء والتي لا تحتاج إليها.

ما يميز بحثي عن الدراسات السابقة: إن بحثي يتميز عن تلك الأبحاث بالأمر التالي: يختص بحثي بتقديم تنظير وتأسيس لإمكانية تطبيق نظام التحكيم في الدول التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، بما فيها الوساطة وإصلاح ذات البين من حيث كونها بديلا للمسلمين عن المحاكم الرسمية التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية. ويتميز بحثي كذلك بتناوله بشكل مفصل للمجالات التي تحتاج إلى حكم القضاء في الشريعة الإسلامية، والتي لا تحتاج إليها، وبالتالي يكون التحكيم فيها حلا بديلا للمسلمين عن المحاكم الشرعية في البلاد التي لا توجد فيها المحاكم الشرعية. وكذلك يتناول بحثي إضافة لذلك التأصيل الأصولي والفقه لولاية العلماء عند غياب الحكم الشرعي. وبذلك يقدم بحثي تأسيسا شرعيا لتحديد المجالات التي ينبغي إيجاد التحكيم فيها في حالة غياب الحكم الشرعي.

1. حقيقة التحكيم ومشروعيته

1.1.1 معنى التحكيم لغة واصطلاحا وخصائصه

التحكيم لغة: مصدر من فعل حَكَمَ يحكِّمُ بتشديد الكاف مع الفتح، الحاء والكاف والميم معناه المنع، ومنه الحكم وهو المنع من الظلم؛ يقال حكمت الدابة إذا أخذت على يديها، ويقال حكمت فلانا تحكيما منعه عما يريد. ويستعمل بمعنى جعل الأمر إلى شخص يقال حكم فلانا في كذا أي جعل أمره إليه. ويقال حكموه فيما بينهم إذا جعلوه حكما فيما بينهم؛⁴ ومنه قوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)⁵

وأما التحكيم اصطلاحاً: فهو اتفاق طرفي الخصومة على تولية شخص أو أكثر أهلاً، -وهو المحكم أو الحكم- ليفصل فيما تنازعه بحكم الشرع دون القاضي المولى. فالتحكيم له ثلاث مراحل: المرحلة الأولى: الاتفاق على التحكيم طريقاً لحل النزاع بدلا من اللجوء إلى القضاء. المرحلة الثانية: الاتفاق بين الخصوم والشخص الذي سيتولى الفصل في النزاع على أن يتولى الحكم في خصوماتهم، وهذه المرحلة هي مرحلة تولية وتقليد الحكم بالإيجاب والقبول. المرحلة الثالثة: تبدأ بالإجراء وتنتهي بالحكم.⁶ وأما التحكيم كنظام فهو: نظام إسلامي أصيل للفصل في الخصومات يختلف عن الوكالة والخبرة، وهو فوق الصلح والإفتاء لكن دون سلطة التنفيذ، ودون القضاء لكن مع الإلزام.⁷

3 AKTÜRK, Mustafa. "İSLAM HUKUKUNDAKİ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARININ TÜRK AİLE HUKUKUNA MUKAYESESİ". Kırıkkale Hukuk Mecmuası 2, sy. 1 (Nisan 2022): 91-113.

4 ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 91/2؛ الزمخشري، أساس البلاغة، 206/1؛ ابن المنظور، لسان العرب، 143/12-144.

5 سورة النساء، رقم الآية: 65.

6 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 18-19.

7 القضاء، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 9.

وأما خصائصه: إن التحكيم عقد رضائي بالإيجاب من طرفي الخصومة، والقبول من المحكم، فالأصل فيه عدم اللزوم قبل الحكم؛ فلكل من طرفيه فسخ التحكيم وعزل المحكم قبل أن يصدر حكمه أو يبدأ بالتحكيم على خلاف بين الفقهاء وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي أنه يجوز الرجوع لكل من الطرفين ما لم يشرع الحكم في التحكيم.⁸

التحكيم ولاية حكم أدنى مرتبة من ولاية القضاء، والحكم بعد انعقاد عقد التحكيم يمارس سلطته بنظر النزاع باستقلال عن إرادة طرفي النزاع، وإن كان في الأصل أن إرادتهما هي المثبتة لسلطته، ولكن طرفا الخصومة يمكنهما تقييد سلطته أثناء العقد، وتحديدها من حيث الزمان والمكان والموضوع.⁹

2.1. مشروعية التحكيم

إن الشريعة الإسلامية أقرت نظام التحكيم كبديل للقضاء، ويجوز التحكيم عند جمهور العلماء، سواء وجد القضاء الشرعي أو لم يوجد.¹⁰ وقد صرح القرآن الكريم بمشروعيته في بعض المسائل؛ مثل حل مشكلة النزاع بين الزوجين، وتحديد مثل ما قتل المحرم من النعم، ويمكن أن يقاس عليه سائر الحقوق والدعاوى؛

يقول الله تعالى في سورة النساء: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا)¹¹ فقد أمر الله تعالى بتحكيم شخصين أحدهما من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة لحل النزاع بين الزوجين. وإذا شرع الله التحكيم للحفاظ على تماسك كيان الأسرة وهي النواة الأولى لكيان المجتمع المسلم، كان جوازه أولى فيما يقع بين أفراد المجتمع من خصومات ومنازعات، حفاظا على كيان المجتمع المسلم وتماسكه.¹²

ويقول تعالى في سورة المائدة: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمَّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلٌ ذَلِكَ صِيَامًا لِيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ)¹³ فالآية دلت على مشروعية تحكيم عدلين في تحديد جزاء من قتل الصيد، وهذان الحكمان ليسا شخصين مؤبنين من قبل الدولة مثل القاضي، وإنما يتم تحكيمهما من قبل الشخص الذي قتل الصيد وبرضى منه.¹⁴ هذه فكرة نظام التحكيم الذي هو نظام ترك للمسلمين حق الخيار في تحديده. وقد استدل عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما بهذه الآية على جواز التحكيم في مخاصمته للخوارج بعد ما خرجوا على أمير المؤمنين علي رضي الله عنه بعد قبوله التحكيم بينه وبين معاوية، فقال: ننشدكم الله أحكم الرجال في أرناب ونحوها أفضل، أم حكمهم في دمانهم وإصلاح ذات بينهم، ولو شاء الله لم يجعل الحكم في ذلك للرجال.¹⁵

8 منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 9:1969.

9 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 20-21.

10 الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، 78-108.

11 سورة النساء، رقم الآية: 35.

12 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 35؛ الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، 84-83.

13 سورة المائدة، رقم الآية: 95.

14 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 42-43.

15 انظر: المستدرك على الصحيحين، الحاكم، كتاب قتال أهل البغي، رقم الحديث: 2656، تعليق الذهبي: على شرط مسلم.

وأما الاستدلال بقوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)¹⁶ على مشروعية التحكيم فليس استدلالاً مستقيماً؛ لأن الآية تدل على ضرورة التحاكم إلى الشريعة الإسلامية عموماً، ولا تدل على التحكيم بخصوصه؛ إذ أن التحكيم الذي نحن بصدده أمر رضائي في ابتدائه، وأما الآية فإنها تنفي كون الرضا والخيار في التحكيم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويجعل تحكيمه صلى الله عليه وسلم أمراً ضرورياً يرتبط بالإيمان به وجوداً وعدمًا، فلذلك فالمقصود من التحكيم في الآية مطلق التحاكم إلى الشريعة الإسلامية عموماً، وتكون الآية دليلاً على وجوب التحاكم إلى الشريعة الإسلامية وليست دليلاً على خصوص التحكيم.

ومن هنا نرى بأن الشريعة الإسلامية قد فتحت مجالاً واسعاً للمسلمين بتشريعه لنظام التحكيم، وترك للمسلمين حرية اختيار من يحكمهم، ولم يجبرهم بالمحاكمة إلى القضاء في جميع المسائل. فالدولة في النظام الإسلامي ليست دولة مستبدة تتدخل في جميع شؤون الناس مثل بعض الدول التي يحكمها المستبدون، وإنما هناك مجال دنيائي لا يدخل تحت حكم القضاء،¹⁷ وكذلك هناك مجال للتحكيم يمكن للناس أن يحلوا بعض مشاكلهم ونزاعاتهم من دون الرجوع إلى القضاء الذي هو مكلف من الناحية المادية وشاق من الناحية النفسية. وسأوضح مجالات التحكيم في المبحث الثاني.

وتظهر أهمية التحكيم كذلك في تمكين الاستفادة منه كبديل للقضاء في الدول التي لا وجود للقضاء الشرعي فيها، -وهو موضوع هذا البحث- علماً بأن المحاكم النظامية في كثير من الدول الإسلامية تقوم على أسس غير شرعية من الناحية الموضوعية في أحكامها، ويلزم القضاة الحكم بأحكام ومواد مقررة قانوناً ربما تخالف شرع الله تعالى، الأمر الذي يجعل كثيراً من الناس تنفر من القضاء في مثل هذه الخصومات وتلجأ إلى التحكيم الذي يحقق لهم ارتباطهم بالشريعة ديانة وتطبيقاً عملياً.¹⁸

2. التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي

1.2. ضرورة التحاكم إلى الشريعة الإسلامية

لا خلاف بين العلماء في فرضية التحاكم إلى الشريعة الإسلامية، وأنه يجب على المؤمن أن يرجع إليها في كل شأن من شؤون حياته، وأنه يجب عليه أن يتحاكم إليها عند الاختلاف مع غيره؛¹⁹ لأن التحاكم إلى الشريعة من أسس الدين الذي يعتبر من رفضه أخل في إيمانه، ولا خيار للمؤمن في عدم قبول حكم الشرع؛ يقول الله تعالى في سورة الأحزاب: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مِؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا)²⁰ يقول ابن كثير في تفسير هذه الآية: «فهذه الآية عامة في جميع الأمور، وذلك أنه إذا حكم الله ورسوله بشيء، فليس لأحد مخالفته ولا اختيار لأحد هانئاً، ولا رأي ولا قول.»²¹ ويقول تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ

16 سورة النساء، رقم الآية: 65.

17 انظر في التفريق بين مجال الديانة والقضاء إلى رسالة الباحث بعنوان: التفريق بين الديانة والقضاء، وأثره في الأحكام الشرعية، رسالة ماجستير، قدمت في جامعة اليرموك، 2019 م.

18 نعيم سمارة المصري ومحمد محمد لافي، «التحكيم الشرعي مجالته وولاية المحكم»، 51.

19 الشيخي، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 15.

20 سورة الأحزاب، رقم الآية: 36.

21 ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 6/ 423.

لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)²² ويقول ابن كثير في تفسير الآية: «يقسم تعالى بنفسه الكريمة المقدسة: أنه لا يؤمن أحد حتى يحكم الرسول صلى الله عليه وسلم في جميع الأمور، فما حكم به فهو الحق الذي يجب الانقياد له باطنا وظاهرا»²³

وإن أحكام الشريعة الإسلامية عامة لجميع الناس فلا يختص بها فريق دون آخر؛ يقول الإمام الشاطبي: «الشريعة بحسب المكلفين كلية عامة، بمعنى أنه لا يختص بالخطاب بحكم من أحكامها الطلبية بعض دون بعض، ولا يحاشي من الدخول تحت أحكامها مكلف البتة» ويستدل الشاطبي على ذلك بعدة أدلة منها: «أحدها: النصوص المتضاربة، كقوله تعالى: (وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا)،²⁴ وقوله تعالى: (قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعا)²⁵»²⁶

بناء عليه فإن الأصل أنه لا يجوز للمسلم في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية أن يتحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية، لأن هذا نوع من الولاية، وقد قال الله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)²⁷ ولقوله تعالى: (أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا)²⁸

يقول ابن القيم رحمه الله تعالى: «من تحاكم، أو حاكم إلى غير ما جاء به الرسول الله، فقد حكم الطاغوت، وتحاكم إليه، والطاغوت كل ما تجاوز به العبد حده من معبود، أو متبوع، أو مطاع، فطاغوت كل قوم من يتحاكمون إليه غير الله، ورسوله، أو يعبدونه من دون الله، أو يتبعونه على غير بصيرة من الله، أو يطيعونه فيما لا يعلمون أنه طاعة لله»²⁹

ولكن قد يضطر المسلم إلى التحاكم إلى المحاكم غير الإسلامية، إذا كانت الطريقة الوحيدة لضمان حقه، وذلك مثل أخذ الحقوق من غير المسلمين، مثل الحوادث والاعتداء، ولا يمكن ذلك إلا عن طريق المحاكم، أو أن قانون البلد الموجود فيها لا يوافق على الحكم إلا إذا صدر في ظل قوانين البلد، والضرورات تبيح المحظورات.³⁰

وقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي عدم وجود محاكم دولية إسلامية بمثابة الحاجيات المعتبرة، حيث نص في دورة مؤتمره التاسع المنعقد في الإمارات سنة 1995 على ما يأتي: «إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول، أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً لما هو جازئ شرعاً»³¹.

22 سورة النساء، رقم الآية: 65.

23 ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، 349/2.

24 سورة سبأ، رقم الآية: 28.

25 سورة الأعراف، رقم الآية: 158.

26 الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، 407/2.

27 سورة النساء، رقم الآية: 141.

28 سورة النساء، رقم الآية: 60.

29 ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، 40/1.

30 شليليك، «التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه»، 21؛ الشیخی، نظریة القضاء الشرعی خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس 24:(7).

31 مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، ج/9 ص/1969.

وكذلك نص المجلس الأوروبي للإفتاء إلى ذلك، فقال: «الأصل أن يختار المسلم عند حاجته إلى تحكيم محكمين مسلمين، أو مراكز تحكيم، ملتزمة بأحكام الشريعة الإسلامية، وإذا لم يمكن ذلك، فيجوز الاحتكام إلى جهات غير إسلامية، توصلًا لما هو مطلوب شرعاً»³²

ولكن لو كان الخلاف والنزاع بين المسلمين، ففي هذه الحالة يجب عليهم أن يبحثوا ويرجعوا إلى من يقوم بحل هذا الخلاف والنزاع، وهو المحكم المسلم، من ذوي الاختصاص الشرعي، حتى يستطيع أن يعطي حكماً سديداً؛ وسوف أبين في المطلب التالي حكم التحكيم بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية، وإلى من ينبغي تحكيمه في قضاياهم.

2.2. حكم التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي

الأصل في التحكيم أنه جائز؛ لأنه مبني أساساً على رضا الطرفين وخيارهما، ولكن قد يكون التحكيم واجباً في بعض الحالات؛

أولاً إذا ورد نص أمر للتحكيم، مثل التحكيم في النزاع بين الزوجين، فإن نص الآية تأمر بالتحكيم والأمر إذا أطلق يفيد الوجوب، وقد جاءت نصوص الفقهاء على وجوبه، يقول صاحب نهاية المحتاج: «فإن اشتد الشقاق) أي الخلاف (بعث القاضي) وجوباً للآية لأنه من باب دفع الظلمات، وهو من الفروض العامة على القاضي (حكماً) ويسن كونه (من أهله وحكما) ويسن كونه (من أهلها)»³³.

ثانياً: يجب التحكيم كذلك إذا صدر قانون من الدولة يوجب التحكيم في فض بعض النزاعات في مجالات معينة؛ فإن القاعدة الفقهية تقول: بأن تصرف الإمام منوط بالمصلحة³⁴، وللإمام جعل المباح واجبا أو محظوراً³⁵، إذا رأى المصلحة في ذلك ما لم يخالف قاعدة عامة ولا نص قطعي ولا إجماع³⁶.

وقد يكون التحكيم محظوراً، إذا رأى الإمام أن المصلحة في حظره مطلقاً أو قيده بحالات معينة زماناً أو مكاناً أو موضوعاً، فيحرم اللجوء إلى التحكيم في تلك الحالات؛ فإن الإمام يملك سلطة تقييد ولاية القاضي، من حيث الزمان أو المكان أو الموضوع، فتقييده للتحكيم أولى³⁷.

ولكن هذه الأحكام، والقول بإباحة التحكيم هو عند وجود القضاء الشرعي الرسمي الذي تتبناه الدولة وتشرف عليه، فما دام القضاء الشرعي منصوباً فإن من يلجأ من الخصوم للقضاء أو يلجأ لمحكم يحكم بشرع الله فقد احتكم إلى الشرع وبرأت ذمته بذلك. ولكن ما الحكم إذا لم يكن هناك قضاء شرعي؟ إن إجابة هذا السؤال هو ما يجب أن يستفيض به البيان للمسلمين المقيمين خارج ديار الإسلام ممن ليس لهم إلا خياران: القضاء غير الإسلامي أو التحكيم الإسلامي، بل حتى للمسلمين المقيمين في العالم الإسلامي وتحكمهم أنظمة علمانية لا تقيم للشريعة وزناً، فإن هؤلاء ينطبق عليهم ما ينطبق على سابقهم من عدم وجود قضاء إسلامي يحكمون إليه³⁸.

32 قرار حول: التحكيم في المنازعات، رقم 4-11؛ www.e-cfr.org.

33 شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، 392/6.

34 أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، 10-309.

35 المذكور، الإباحة عند الأصوليين، 340.

36 الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 61.

37 الأسطل، 62.

38 القضاء، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 13.

يمكن للإجابة على هذا السؤال بالرجوع إلى قاعدتين شرعيتين؛ قاعدة الوسائل تأخذ حكم المقاصد، وقاعدة الميسور لا تسقط بالمعسور.

قاعدة الوسائل تأخذ حكم المقاصد: يقول الإمام القرافي مقررًا أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد «فإن القاعدة الشرعية أن وجوب الوسائل تبع لوجوب المقاصد ولأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب»³⁹ بمعنى أنه متى كان المقصد واجباً كانت الوسيلة لهذا المقصد واجبةً أيضاً.

وفي مسألتنا هذه، إذا كان الاحتكام للشرع واجباً وأصلاً عظيماً من أصول الدين كما سبق، أو مقصداً على حدّ عبارة القرافي، وكان تطبيق هذا الأصل لا يتمّ خارج ديار الإسلام إلا بالتحكيم الشرعي، فالتحكيم وسيلة لهذا المقصد، وهو واجبٌ شرعاً، لأن ما لا يتمّ الواجب إلا به فهو واجب.⁴⁰

قاعدة الميسور لا تسقط بالمعسور: يقول العز ابن عبد السلام في شرح هذه القاعدة: «من كلف بشيء من الطاعات فقدر على بعضه وعجز عن بعضه فإنه يأتي بما قدر عليه ويسقط عنه ما عجز عنه لقوله سبحانه وتعالى: (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)⁴¹ وقوله عليه السلام: إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم».⁴²

بناء على هذه القاعدة فإن المسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية إذا عجزوا عن التحاكم إلى الشريعة الإسلامية في جميع مجالاتها مثل السياسة والاقتصاد والجنائيات؛ لأن نظام تلك الدول لا يسمح بذلك، لا تسقط عنهم المطالبة بالتحاكم إلى الشريعة في المجالات التي يستطيعونها مثل القضايا المالية، والقضايا الأسرية،⁴³ والتي يمكن إعمال نظام التحكيم فيها كما سألينا في المبحث الثاني.

وقد صرح بوجوب التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي عددٌ من علماء السلف عبر القرون؛ فمن علماء القرن الخامس نذكر قول الإمام الجويني في كتابه الشهير (غياث الأمم) الذي حاول فيه التنبؤ بزوال الدولة الإسلامية وفقدان الحاكم المسلم،⁴⁴ وما الذي يجب على الناس فعله للحكم بالشرع؛ يقول الإمام الجويني: «وإذا لم يصادف الناس قواماً بأمرهم يلوذون به، فيستحيل أن يؤمروا بالعودة عما يقتدرون عليه من دفع الفساد، فإنهم لو تقاعدوا عن الممكن، عم الفساد البلاد والعباد... وقد قال بعض العلماء: لو خلا الزمان عن السلطان فحق على قطان كل بلدة، وسكان كل قرية، أن يقدموا من ذوي الأحلام والنهي، وذوي العقول والحجا من يلتزمون امتثال إشاراته وأوامره، وينتهون عن مناهيه ومزاجره»⁴⁵ فهو يقرّر وجوب قيام الناس بتنصيب قاضٍ أو محكم بحسب إمكانهم، لضرورة دفع المفسدة عن المسلمين، وأنه يجب على المسلمين ما يستطيعون في تحكيم الشريعة الإسلامية.

يقول ابن الهمام من علماء القرن التاسع: «وإذا لم يكن سلطان، ولا من يجوز التقلد منه، كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار، كقرطبة في بلاد المغرب الآن، وبلنسية، وبلاد الحبشة، وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم، يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً، فيولي قاضياً، أو يكون هو الذي يقضي بينهم»⁴⁶

39 القرافي، الفروق، 302/1.

40 القضاة، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 14.

41 سورة البقرة، رقم الآية: 286.

42 ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، 7/2.

43 الشيخي، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 28.

44 بسطامي، مسائل معاصرة في فقه السياسة، 104.

45 الجويني، الغيائي، 387-88.

46 ابن الهمام، فتح القدير، 264/7.

ويقول ابن عابدين من فقهاء الحنفية المتأخرين: «وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا ويكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا إماما يصلي بهم الجمعة»⁴⁷

فيظهر من هذه النقول أن الكلمة مجتمعة على وجوب الحكم بالشريعة حتى مع الإقامة خارج ديار الإسلام، وحتى عند عدم وجود السلطان أو وجود السلطان الكافر أو المعطل لأحكام الشرع متى كان الناس قادرين على ذلك. وقد دعا المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث-ضمن قرارات الدورة التاسعة قرار 32 (9/1) - المسلمين في أوروبا إلى اللجوء إلى التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية في كل ما لا يتعارض مع القوانين السارية في البلاد الأوروبية ولاسيما في أحوالهم الشخصية ومعاملاتهم الماليّة، وذلك من أجل الإسراع في حسم منازعاتهم والتخفيف عن المحاكم الرسمية.⁴⁸

ويمكن للمسلمين في البلاد العلمانية لتطبيق التحكيم الشرعي في قضاياهم أن يشترطوا التحكيم في العقود التي يقومون بها، وقد جاء في قرارات المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث: «يمكن أن يتم التحكيم عن طريق الاشتراط في العقد، أو عن طريق وضع اتفاق تحكيمي عند حصول الخلاف، ومن الأفضل توثيق العقد الأصلي أو الاتفاق التحكيمي لدى كاتب العدل أو أي جهة رسمية أخرى».⁴⁹

3.2. من يقوم بالتحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي (ولاية العلماء)

وأما بالنسبة للشخص الذي ينبغي تحكيمه في قضايا المسلمين الذين يعيشون خارج ديار الإسلام، فقد اتفقت أقوال العلماء على أنه يجب على المسلمين خارج ديار الإسلام أن يجتمعوا على علمائهم، وأن يرجعوا إليهم في كل الأمور ويجعلوه حكماً، وهذا سماه بعض الباحثين بمبدأ ولاية العلماء عند أهل السنة والجماعة؛⁵⁰ أي أن يقوم علماء البلد الذي لا يخضع سلطانه للإسلام ببعض مهام إمام المسلمين حسب القدرة والاستطاعة، ولا يفهم من هذا المبدأ تعدد السلطات السياسية في بلد واحد، وإنما المقصود أن تجتمع كلمة المسلمين خارج ديار الإسلام على علمائهم.⁵¹ يقول إمام الحرمين الجويني في ولاية العلماء عند عدم وجود الإمام: «فإذا شغل الزمان عن الإمام وخلا عن سلطان ذي نجدة وكفاية ودراية، فالأمور موكولة إلى العلماء، وحق على الخلاق على اختلاف طبقاتهم أن يرجعوا إلى علمائهم، ويصدروا في جميع قضايا الولايات عن رأيهم، فإن فعلوا ذلك، فقد هودوا إلى سواء السبيل، وصار علماء البلاد ولاية العباد».⁵²

وقد استدل على مبدأ ولاية العلماء بآية (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا)⁵³ لأن من ضمن المقصود من مفهوم أولي الأمر هم العلماء؛ فإن المفسرين اختلفوا في المقصود من أولي الأمر فقال بعضهم بأنهم هم الأمراء، وبعضهم بأنهم هم العلماء، والراجح أن المقصود العلماء والأمراء معا وتجب طاعتهما، ولكل منهما ولاية في مجال معين، مثل كون العلماء ولاية البلاد في غياب الحاكم

47 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، 5/3.

48 قرار حول: التحكيم في المنازعات، رقم 32 (9-1)؛ www.e-cfr.org.

49 قرار حول: التحكيم في المنازعات، رقم 32 (9-1)؛ www.e-cfr.org.

50 بسطامي، مسائل معاصرة في فقه السياسة، 102.

51 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 53-65.

52 الجويني، الغيائي، 391.

53 سورة النساء، رقم الآية: 59.

المسلم.⁵⁴ ولهذا كان قوام الناس بأهل الكتاب وهم العلماء، وأهل الحديد وهم الأمراء - كما قال ابن تيمية-، إذا صلحنا صلح الناس، فالله أنزل الكتاب والحديد، فالكتاب يهدي والسيف ينصر.⁵⁵ ويقول الرازي: والأنبياء لهم صفتان العلم والقدرة أما العلماء فهم نواب الأنبياء في العلم، وأما الملوك فهم نواب الأنبياء في القدرة.⁵⁶

وأما في القوانين المعاصرة فيجوز أن يقوم بالتحكيم كل من يملك أهلية الأداء، بناء عليه فينبغي على المسلمين أن يرجعوا في التحكيم إلى من عنده علم شرعي في المجال الذي يحتكم إليه، أو يرجع إلى هيئات تحكيمية إسلامية إن وجدت؛ وقد جاء في قرارات المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث: «يمكن أن يختار الأطراف محكماً واحداً، رجلاً كان أو امرأة، أو هيئة تحكيمية من عدة أفراد، ويجب أن يكون عددهم وتراً حتى يمكنهم اتخاذ القرار بالأغلبية، ويشترط في المحكمين أن يكون من بينهم من لديه إمام بالأحكام الشرعية والقوانين السارية وأن يكونوا معروفين بالنزاهة والاستقامة».⁵⁷

ومن هنا نرى من الأهمية بمكان أن تكون في الدول التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية مؤسسات تحكيمية إسلامية تقوم بالتحكيم الشرعي في قضايا المسلمين، وتضم هذه المؤسسة علماء في الشريعة يكون كل منهم متخصصاً في مجال من المجالات التي يمكن التحكيم فيها، ويكون لتلك المؤسسات لوائح وتعليمات محددة تحكم على أساسها. وقد أصدر المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث لائحة الإجراءات التنفيذية وأحكامها الشرعية للتحكيم بهدف تطبيقها في التحكيم الشرعي في البلاد التي لا تحكم بالشريعة، وتضمنت شروط التحكيم ومجاله، وصفات المحكمين وتعيينهم، وصك التحكيم (مشاركة التحكيم، عقد التحكيم)، وطرق الحكم والإجراءات والإثبات في التحكيم، وإصدار قرار التحكيم، وإبلاغ قرار التحكيم وإنفاذه، نقض أو تنفيذ الحكم (الصيغة التنفيذية للحكم)، والطعن بالقرار التحكيمي.⁵⁸

3. مجال التحكيم في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية

فالتحكيم -كما بينا- عقد رضائي بالإيجاب من طرفي الخصومة، والقبول من المحكم، وهو ولاية حكم أدنى مرتبة من ولاية القضاء، ولا يصار إلى التحكيم في جميع القضايا، وإنما هو نظام اختياري سمح به الشرع الحنيف يمكن للناس من خلاله أن يحلوا بعض مشاكلهم ونزاعاتهم من دون الرجوع إلى القضاء. هذا من جانب ومن جانب آخر فإن التحكيم نظام مثل نظام القضاء يلجأ الناس إليه في القضايا التي لا يمكن للأفراد أن يحلوها بأنفسهم ويحتاجون فيها إلى حكم حاكم سواء كان محكماً أو قاضياً، فلذلك لا بد أن نبين أولاً ما هي القضايا التي يشترط فيها حكم الحاكم - سواء كان قاضياً أو محكماً- وتحتاج إليه ولا تنفذ بالإرادة الفردية، حتى نصل من خلاله إلى المجالات التي يجب التحاكم فيها إلى حكم المحكم على المسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية.

بناء عليه سائبين أولاً الأحكام التي تحتاج إلى حكم الحاكم ولا تنفذ بدونه، ثم أنتقل إلى مجال التحكيم عموماً، وما هي القضايا التي يمكن التحكيم فيها بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية.

54 بسطامي، مسائل معاصرة في فقه السياسة، 108-112.

55 ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، 90/1.

56 فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، 27/563.

57 قرار حول: التحكيم في المنازعات، رقم 32 (9-1)؛ www.e-cfr.org.

58 انظر لتفصيلات اللائحة: لائحة الإجراءات التنفيذية وأحكامها الشرعية للتحكيم www.e-cfr.org.

1.3. ضوابط الأحكام الشرعية التي تحتاج إلى حكم الحاكم

إن بعض الأحكام الشرعية يثبت بحكم الديانة ولا يحتاج إلى حكم الحاكم، وينفذ من غير حاجة إليه، ولكن هناك أحكام شرعية أخرى لا تثبت بمجرد حكم الديانة وإنما يحتاج إلى حكم الحاكم لتحقيق المصالح الدينية والدنيوية، وإرجاع الحقوق إلى أهلها، فهذه الأحكام الشرعية تحتاج في نفاذها إلى حكم الحاكم ولا تنفذ بدونه.⁵⁹

فالأحكام الفقهية من هذه الجهة قسمان:

القسم الأول: الأحكام التي تنفذ من دون حاجة لحكم القضاء فيها، وإنما يكفي فيها مجرد الحكم الشرعي

القسم الثاني: الأحكام التي تحتاج في ثبوتها إلى حكم القضاء، ولا تنفذ إلا بحكم القاضي.⁶⁰

وإذا أردنا أن نصنف الأحكام التي تثبت بمجرد حكم الديانة، ولا تحتاج إلى حكم الحاكم فهي:

أولاً الأحكام المتعلقة بالعبادات: فأحكام العبادات لا يتدخل فيها حكم الحاكم غالباً، وبالتالي تثبت من دون حاجة إلى حكم؛ فإنه إذا لم يمكن للقضاء أن يتدخل في أحكام العبادات فبطريق أولى لا تحتاج إلى حكم القضاء أو الحكم. وبالتالي فالمسلمون الذين يعيشون خارج ديار الإسلام أو في بلاد لا تحكم بالشريعة الإسلامية لا يحتاجون في أداء عباداتهم من صلاة وصوم وزكاة وحج إلى اللجوء إلى محكم، وإنما يجب عليهم الرجوع إلى من يفنيهم فيها والقيام بها بحكم الديانة. ولكن قد يحتاجون إليها في بعض الأحكام المتعلقة بالعبادات في القضايا التي لها علاقة بأمر العامة مثل ثبوت الهلال أو إقامة الجمعة.⁶¹

ثانياً الأحكام المتعلقة بالمحرمات: معنى عدم حاجة المحرمات في الشرع إلى حكم القضاء فيها، أنه يجب اجتنابها من دون حاجة إلى حكم قاض أو محكم، وتكون المسؤولية فيها ديانبة من حيث إنها لا تحتاج إلى حكم القضاء لاجتنابها، فاجتناب المحرمات وظيفة دينية لكل المسلمين. وبالتالي فالمسلمون الذين يعيشون خارج ديار الإسلام أو في بلاد لا تحكم بالشريعة الإسلامية لا يحتاجون في اجتناب المحرمات إلى اللجوء إلى محكم، وإنما يجب عليهم اجتنابها بحكم الديانة.

ثالثاً بعض أحكام المعاملات: مثل، وفاء الدين وردّ الودائع والمغصوب.⁶² وضابط ذلك القاعدة التي ذكرها القرافي: “أن كل أمر مجمع على ثبوته، وتعين الحق فيه، ولا يؤدي أخذه لفتنة، ولا تشاجر ولا فساد عرض أو عضو فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم”⁶³

وهذه الأنواع من الأحكام الفقهية لا تقتصر إلى حكم القضاء استقلالاً، ولكن قد يدخلها حكم القاضي بطريق العرض.⁶⁴ فهذه الأحكام لا تحتاج إلى التحكيم أيضاً وإنما يقوم بها المسلمون الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية بحكم الديانة.

وأما الأحكام الفقهية التي تحتاج إلى حكم الحاكم ولا تنفذ بدونه فلها ضوابط عديدة؛ وقد ذكر القرافي

59 القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 151-161؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 86؛ سودان، “التفريق بين الديانة والقضاء”، 145-146.

60 القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 158-161.

61 سودان، “التفريق بين الديانة والقضاء”، 148.

62 القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 159؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 87.

63 القرافي، الفروق، 143/4.

64 ابن فرحون، تبصرة الحكام، 87.

ضوابط لبيان الأحكام الفقهية التي تحتاج إلى حكم القاضي، ووصفها بالأسباب الموجبة للافتقار إلى حكم الحاكم، نذكر منها؛

الضابط الأول: كون ذلك الحكم يحتاج إلى نظر وتحرير، وبذل جهد في تحرير سببه ومقدار مسببه؛ مثل الطلاق بالإعسار، والتفديرات في مقدار الجناية والتعزيرات، والتطبيق على المولي.⁶⁵ وعلّة احتياج تلك الأحكام إلى حكم القضاء واضح؛ لأن القاضي أو الحكم هو الذي يستطيع أن يحرر أسباب الحكم ويقدر مسبباته، ولا يمكن ترك ذلك للناس أنفسهم.⁶⁶

الضابط الثاني: كون تفويضها للناس يؤدي إلى الفتن والشحناء، والقتل والقتال، وفساد النفس والمال بين الناس؛ مثل الحدود، وقسمة الغنائم، وجباية الجزية وأخذ الخراجات؛ لأن هذه الأحكام لا يمكن تفويضها للناس؛ لأنه يؤدي إلى الفوضى والشحناء بين الناس وإلى إدخال الطمع في نفوسهم في الحكم لمنافعهم الشخصية. ولكن هذه الأحكام تدخل في حقوق الله تعالى ولا يجوز التحكيم فيها عند جمهور العلماء كما سألنا ذلك عند الكلام عن مجالات التحكيم.

وأما إذا لم يتحقق تلك الضوابط فإنه لا يحتاج فيه إلى حكم القضاء، وكذلك إلى حكم الحكم ولخص القرافي ذلك في قاعدة، وهي: "أن كل أمر مجمع على ثبوته، وتعين الحق فيه، ولا يؤدي أخذه لفتنة، ولا تشاجر ولا فساد عرض أو عضو فيجوز أخذه من غير رفع للحاكم"⁶⁷

وبناء على هذه الضوابط والأسباب يمكن تصنيف الأحكام الفقهية التي لا بد فيها من حكم القاضي أو الحكم كالتالي:

أولاً تنفيذ العقوبات: لا خلاف بين الفقهاء في أن العقوبات من قصاص وحدود وتعزيرات لا يجوز تنفيذها من قبل الأفراد وإنما يجب رفعها إلى القاضي؛⁶⁸ لأن هذه الأمور عظيمة الخطر والفائت لا يعوض فيها، والخطأ فيها لا يستدرك فوجب الاحتياط في إثباتها. فلذلك لا تتحقق العقوبات إلا بالرفع إلى الحاكم لينظر فيها وفي أسبابها وشروطها، وصاحب الحق ليس لديه من الوسائل اللازمة للتحري في ذلك. ولأنه لو جعل للناس استيفاء ما لهم من عقوبات لكان في ذلك ذريعة لتعدي بعض الناس على بعض؛ فيكون هذا سبباً لتحريك الفتنة بين الناس، ولأن كثيراً من العقوبات لا تتضبط إلا بحكم القاضي أو الإمام، ولأن استيفاء العقوبات ينبغي أن يكون على وجه تحقيق الزجر، وهذا لا يتحقق إلا بواسطة الحاكم.⁶⁹ ولكن تنفيذ العقوبات لا يجوز التحكيم فيها عموماً عند جمهور العلماء كما سألنا ذلك عند الكلام عن مجالات التحكيم.

ثانياً تحصيل الحقوق الشرعية المحضة:

والحقوق الشرعية المحضة هي ما عدا الأعيان والديون من الحقوق المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والرجعة والطلاق بالإعسار والإضرار؛ لأنها أمور خطيرة كالعقوبات فيجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها،

65 القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 151-152.

66 القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 153-161؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 86.

67 القرافي، الفروق، 143/4.

68 السرخسي، المبسوط، 219/10؛ القرافي، الفروق، 144/4؛ ابن نجيم، البحر الرائق، 192/7؛ عليش، منح الجليل، 8/9-9/8.

266؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 436/8.

69 ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 286/10؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 277/5؛ ابن عبد السلام، قواعد الأحكام،

198/2؛ ياسين، نظرية الدعوى، 111-108.

ولأنها أمور تحتاج إلى الاجتهاد والتحريير، في تحقيق أسبابها، فلذلك يختص بها الحاكم.⁷⁰ ويجوز التحكيم في مثل هذه الأمور على خلاف بين العلماء كما سيأتي.

ثالثاً: تحصيل الحقوق العينية والديون في حالة خوف الفتنة والفساد:

لا يجوز استيفاء الحقوق العينية والديون من غير حكم القضاء أو الحكم، إذا ترتبت على ذلك فتنة أو مفسدة تزيد على مفسدة ضياع الحق كفساد عضو أو عرض؛ مثل أن ينسب إلى السرقة إذا أخذها بنفسه.⁷¹ وقال بعض الفقهاء إذا ترتب عليه إرعاب المسلم وترويعه⁷² لأن ترويع المسلم حرام. ولعل مقتضى القواعد الشرعية أن يقارن في ذلك بين مفسدتين؛ الأولى المفسدة التي ترتبت على ترك الحق، والثاني المفسدة المترتبة على أخذ الحق بغير حكم القضاء؛ فإن كانت الأولى أشد من الثانية جاز لصاحب الحق أخذه بغير قضاء، وإن كان العكس وجب اللجوء إلى القضاء.⁷³

وأما إذا أدى استيفاء الحق إلى خيانة الأمانة كما لو كان عنده ودیعة لمن له عليه حق، ففيه خلاف؛ لا يجوز استيفاؤه عند الإمام مالك لقوله - عليه السلام - "أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَى مَنْ ائْتَمَنَكَ، وَلَا تَخُنْ مِنْ خَائِكَ"⁷⁴ ويجوز عند الإمام الشافعي لقوله صلى الله عليه وسلم لهند ابنة عتبة امرأة أبي سفيان لما شكت إليه أنه بخيل لا يعطيها وولدها ما يكفيهما فقال صلى الله عليه وسلم لها: "خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَلَوْلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ"⁷⁵ ومنشأ الخلاف هو: هل هذا القول منه - عليه السلام - فتياً مثل ما يقوله الإمام الشافعي أو أن ذلك قضاء منه مثل ما يقوله الإمام مالك.⁷⁶

وأما في غير تلك الحالات فيجوز تحصيل الأعيان المستحقة ديانة بغير حكم القضاء أو المحكم، وذلك إذا عجز صاحب الحق عن أخذ حقه منه لعدم اعترافه، أو عدم وجود البيينة عليه، وأما إذا كان المدين مقراً بها باذلاً لها فلا يجوز استيفاؤه بغير القضاء أو التحكيم.⁷⁷

2.3. مجالات التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي

وبعد بيان الأحكام التي يجب الرجوع فيها إلى حكم الحاكم سواء كان قاضياً أم حكماً، سآبين في هذا المطلب مجالات التحكيم عموماً، ومجالاته عند عدم وجود القضاء الشرعي خصوصاً؛ فإن التحكيم ليس مثل القضاء، ولا يدخل في جميع الحقوق والدعاوى، وإنما له مجال معين عند الفقهاء، ولكن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد مجال التحكيم، وخالصة آرائهم كالتالي:

جميع الفقهاء متفقون على أن التحكيم يدخل في كل ما يتعلق بالحقوق المالية، وما يجري مجراها من

70 القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، 151؛ ابن حسين، تهذيب الفروق، 4/123؛ ياسين، نظرية الدعوى، 111.

71 القرافي، الفروق، 4/144؛ القرطبي، جامع أحكام القرآن، 2/355؛ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 10/287.

72 ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، 10/287؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 4/462.

73 ياسين، نظرية الدعوى، 112-113.

74 أخرجه الإمام أحمد في مسنده في مسند المكيبين بعنوان حديث رجل عن النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث/1524 ج/24 ص/150؛ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم الحديث/1524، حكم الألباني: صحيح.

75 أخرجه الإمام أحمد، مسند النساء، من مسند الصديقة عائشة بنت الصديق رضي الله عنها، رقم الحديث/24119. إسناده صحيح على شرط الشيخين.

76 القرافي، الفروق، 4/144-145.

77 ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، 1/87؛ ياسين، نظرية الدعوى، 113-116.

المعاوضات، مثل البيوع والإجارة والرهن ونحوها، أو ما يجوز للأفراد القيام بفعله بأنفسهم، وما يصح فيه العفو والإبراء. وكذلك جمهور الفقهاء متفقون على أن التحكيم لا يدخل في حقوق الله تعالى الخالصة مثل الحدود المتعلقة بحقوق الله والنظام العام ولا يملك أحد إسقاطها مثل حدود الزنا والسرقعة، وكذلك لا يدخل التحكيم في الحكم على الغائب، ولا فيما لا سلطة للمحكم عليه كحقوق غير الخصوم، ولا ينفذ إلا في مواجهة من رضي به.⁷⁸

ولكن الفقهاء اختلفوا فيما عدا ذلك من القضايا مثل أمور النكاح، والطلاق، واللعان، والقصاص، والدية، وحد القذف لما فيها من حقوق العباد؛ فذهب الحنابلة في المعتمد عندهم على جواز التحكيم في كل هذه الأمور، مثل القاضي فكل ما جاز التقاضي فيه جاز فيه التحكيم. ولكن ذهب بعضهم إلى عدم جواز التحكيم في غير الأموال من القصاص، واللعان، وحد القذف، والنكاح.⁷⁹ وذهب الحنفية في الصحيح عندهم إلى عدم جواز التحكيم في القصاص وحد القذف، والدية على العاقلة.⁸⁰ وذهب المالكية إلى عدم جواز التحكيم في الأمور التي يتعلق بها حق لغير الخصمين إما لله تعالى مثل القصاص في النفس، وحد القذف، والطلاق، وإما لأدمي مثل اللعان، والنسب، والوصية، والحجر للسفه، وأمر اليتيم.⁸¹ وذهب الشافعية⁸² في القول المعتمد عندهم على جواز التحكيم في غير الحدود والحقوق المتعلقة بالله والنظام العام، والتعزير.⁸³

وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع، جواز التحكيم في كل ما هو حق خالص للمكلف كالبيع والكفالة والنكاح ونحوه - لأن حق المكلف شرع لمصلحته، وله الخيرة إن شاء استوفاه وإن شاء أسقطه فجاز التحكيم فيه - وعدم جوازه في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين ممن لا ولاية للحكم عليه، كاللعان لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه. فإذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.⁸⁴

وأما مجالات التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي: فيعد مراعاة أقوال العلماء في بيان تحديد مجالات التحكيم، ينبغي أن يعلم بأنه ليس للخلافات الفقهية فيما يجوز فيه التحكيم - مما سبق بيانه - عظيم أثر على أرض الواقع بالنسبة للمسلمين الذين يعيشون خارج الديار الإسلامية؛ لأن مرد الأمر في النهاية إلى ما تسمح بالتحكيم فيه قوانين هذه الدول. وهذا بابٌ واسعٌ لأهل القانون والخبرة من المسلمين أن يتعرفوا على كل ما

78 ابن الهمام، فتح القدير، 318/7؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 62/1؛ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 267/4-268؛ الأسطل، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 141-134.

79 المرادوي، الإنصاف، 197/11-198.

80 ابن الهمام، فتح القدير، 318/7-319.

81 ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، 62/1؛ نعيم سمارة المصري و محمد محمد لافي، "التحكيم الشرعي مجالاته وولاية المحكم"، 51-52.

82 الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، 267-268/4.

83 يقول الماوردي: «قلو أن امرأة لا ولي لها خطبها رجل فتحاكما إلى رجل ليزوج أحدهما بالآخر؛ فإن كانا في دار الحرب أو في بادية لا يصلان إلى حاكم جاز تحكيمهما وتزويج المحكم لهما. وإن كانا في دار الإسلام وحيث يقدران فيه على الحاكم كان في جوازه وجهان على ما ذكرنا.» الحاوي الكبير، الماوردي، ج/16 ص/326، ويذكر العز بن عبد السلام بأن المرأة إن لم تجد ولياً ولا حاكماً فهل لها أن تحكّم أجنبياً بزوجها؟ أو تفوض إليه التزويج من غير تحكيم؟ قال بأن «فيه اختلاف، ومبنى هذه المسائل كلها على الضرورات ومسبب الحاجات، وقد يجوز في حال الاضطرار ما لا يجوز في حال الاختيار، كما يجوز لمن ظفر بمال غريمه الجاحد لدينه أن يأخذ من ماله مثل حقه، فإن كان من غير جنسه فله أن يأخذه ويبيعه.» قواعد الأحكام، ابن عبد السلام، ج/1 ص/87.

84 منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 9:1969.

تجزير القوانين التحكيم فيه، فبالدّ كالأليات المتحدة- مثلاً- قد تختلف قوانين التحكيم فيها من ولاية لأخرى.⁸⁵

وكذلك يجب التفريق بين المحكم الذي ولّته الدولة وأعطت له صلاحية وبين التحكيم الفردي. فتحديد مجال التحكيم الذي اختلف فيه العلماء هو في التحكيم الفردي أي التحكيم الذي يصدر من أشخاص عاديين وليست لهم ولاية عامة، فلا يصح التحكيم الفردي في المجالات التي تقتضي ولاية عامة كما سبق، وأما التحكيم الذي يصدر ممن له ولاية عامة كرئيس الدولة أو من وظيفته الدولة، فإن التحكيم عندئذ ينفذ في جميع المجالات.⁸⁶ مثلاً فالدولة التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية إذا عينت قاضياً للمسلمين أو محكماً وسمحت بالحكم في جميع المجالات فإن ذلك جائز ونافذ في جميع المجالات التي تسمحها.⁸⁷ يقول الدكتور الأسطل بعد تفرقة بين هذين النوعين من التحكيم: «وبهذا نرى أن التحكيم أوسع نطاقاً مما تناوله الفقهاء في كتب الفقه، ومرجع ذلك أن الفقهاء تناولوا التحكيم باعتباره ولاية مستمدة من أحاد الناس، وليس مستمداً ممن له ولاية عامة.»⁸⁸

بناء عليه فالمسلمون الذين يعيشون في بلاد غير إسلامية، وقوانينها قوانين وضعية تخالف الشريعة الإسلامية، لا يستطيعون التحكيم في حكم يخالف قوانين البلاد التي يعيشون فيها، لأنهم سيوقعون أنفسهم في حرج شديد إذا فعلوا ذلك، ولكن يجوز تحكيمهم إلى المحكم في جميع أنواع الخصومات والمنازعات، الأسرية من زواج، وطلاق، ومعاملات مالية، وغيرها من المجالات المستطاعة والمقدور عليها بما لا يعرض المسلمين للمساءلة القانونية، أو المخالفات التنظيمية للدولة التي يعيشون فيها.⁸⁹

ومع ذلك ينبغي على المسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية مطالبة الدول التي يعيشون فيها بإعطاء مساحات واسعة من الأحكام والقوانين التي تراعي خصوصيتهم الدينية وتعطي لهم صلاحيات في حل مشكلاتهم بالتحكيم الشرعي في جميع مجالاته.⁹⁰

ولكن في القضايا المتعلقة بحقوق الله تعالى كتنفيذ الحدود في الزنا والسرقه وشرب الخمر، والقصاص وغيرهما من العقوبات، اتفقت كلمة الجمهور- كما بينت- على أنه لا يجوز التحكيم فيها؛⁹¹ لأنه يشترط في الحدود والقصاص وجود الإمام الذي يقوم بتطبيق الحدود الشرعية، والمحكم لا يستطيع فعل ذلك، إلا إذا كان يريد الصلح بالعفو في قضية القتل، أو دفع الدية فيجوز في هذه الحالة، والأسباب في عدم جواز التحكيم في الحدود والقصاص ما يلي:

1- إن تطبيق الحدود والعقوبات تختص بولي الأمر، أو نائبه، أو من يقوم مقامه، وما دامت الجاليات الإسلامية تعيش تحت قوانين غير إسلامية، ولا تحكم بالإسلام، فإنه لا يجوز لها فعل ذلك، خوفاً من وقوع الفساد، والاضطراب بين المسلمين، لأن إقامة الحدود تحتاج إلى شروط، وقيود معينة يجب توافرها في المحكم، حتى لا يدخل الهوى والحييف، وكذلك يجب توافر شروط معينة في ثبوت الحد، لأن من اتهم بحد، بالقول، أو بالفعل، قد يكون جاهلاً، أو مريضاً، أو مكرهاً، أو له تأويل خاطئ، ولا يستطيع معرفة ذلك إلا الحاكم.

85 القضاة، التحكيم في الشريعة الإسلامية»، 28.

86 الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية»، 141-142.

87 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 86-87.

88 الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية»، 143.

89 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 40؛ شلييك، التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه»، 23.

90 الشیخی، نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام، كتاب المجلس (7): 63-64.

91 القضاة، التحكيم في الشريعة الإسلامية»، 18.

2- إن المسلمين يعيشون تحت حكم دولة غير إسلامية، لها قوانين خاصة بها، ولا تسمح لأي فرد بتجاوز هذه القوانين، فإقامة الحد، أو القصاص تحت بلد لا يطبق الأحكام الشرعية، يؤدي إلى المساءلة القانونية، وإلى الإضرار بالمسلمين والإسلام في تلك البلاد.

3- المحرمات التي تستوجب العقوبات مفسدة عظيمة، يجب العمل على الحد منها، ولكن تقابل هذه المفسدة مفسدة أكبر منها، وهي تعريض من يقوم بالتحكيم فيها إلى المساءلة القانونية، والحكم عليه بالحبس، أو الإعدام، وإلى الإضرار بوجود الجالية الإسلامية، وإلى تشويه الإسلام والتضييق عليه، كالقول بأن المسلمين يريدون أن يقيموا دولة إسلامية داخل دولة وغير ذلك، فيجب في هذه الحالة دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف، أخذاً بقاعدة: (إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما) فعدم التحكيم في الحدود والقصاص مفسدة، ولكن يقابلها مفسدة أعظم منها، فنأخذ بالأخف وهو القول بعدم التحكيم في الحدود والقصاص في بلاد الكفر، لدفع الضرر الأشد. وبقاعدة: (درء المفساد مقدم على جلب المصالح) ، وبقاعدة: (الضرر لا يزال بالضرر)، وبقاعدة: (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف)، فهذه القواعد وغيرها من القواعد، توضح أنه يجب دفع الضرر الأشد، بالأخف، وأنه لا يجوز دفع الضرر، بضرر مثله، أو أشد منه.⁹²

إلا أن هناك بعض الباحثين ادعى بجواز التحكيم في الحدود أيضاً إن سمحت به القوانين، ولكن باستبدال العقوبات البدنية إلى العقوبات المالية، وقال بأن للمحكم المسلم أن يُعزَّرَ بالمال من زنا أو قذف أو شرب خمرأ بدلاً من إقامة الحدِّ عليه إن سمحت بذلك القوانين، وأن ذلك أقصى ما في الوسع في بلاد لا تعتبر ما سبق من الجرائم، ولئن يغرم الزاني والشارب خيراً من أن يُنْزَكَ وشأنه فطُمس المنكرات ولا يُعاقب عليها البتة. واستدل على ذلك بأن تراثنا الفقهي حفظ لنا فيما حفظ أن الحدود تسقط كلها أو بعضها وتُستبدل بالتعزير، وذلك في موضعين اثنين: الأول: عند عدم ثبوت الحدِّ، والثاني: في دار الحرب. وبينني عليه القول بجواز استبدال الحدود بعقوبة أخرى أو على الأقل تنفيذ ما يُستطاع منها ليس بدعاً من القول.⁹³

وهذا القول قد يكون له جانب من القبول، ولكنه يحتاج إلى تأصيل وتدليل وتفصيل أكثر من ذلك، والاستدلال بسقوط الحدود عند الفقهاء في بعض الحالات واستبدالها بالتعزير دليل قاصر؛ فإن الذي يوقع التعزير بدلاً من الحد ويقرر ذلك هو الإمام وليس أحاد الناس، ويجب أن يبحث هل لغير الإمام صلاحية التعزير أم لا، والذي يستفاد من كلام الفقهاء عموماً هو أن التعزير من حق الإمام وصلاحته.⁹⁴

خاتمة

التحاكم إلى الشريعة الإسلامية واجب على كل مسلم، سواء وجد القضاء الشرعي أو لا، والتحكيم الشرعي محل القضاء الشرعي للمسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية.

التحكيم الشرعي واجب بالنسبة لمن يعيش في بلد لا وجود فيه للقضاء الشرعي؛ لأنه إما يتحاكم إلى قضاء غير شرعي وهذا غير جائز إلا في حالات الضرورة، وإما إلى تحكيم شرعي في القضايا التي تسمح الدولة للتحكيم فيها، وهذا الميسور بالنسبة له والقاعدة الشرعية تقول: إن الميسور لا تسقط بالمعسور.

وقد صرح العلماء السابقون بوجوب الرجوع إلى العلماء ليحكموا في قضاياهم بحكم الشرع عند عدم وجود إمام المسلمين، ويعبر عن هذا بمبدأ ولاية العلماء.

92 شليليك، "التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه"، 23-24.

93 القضاء، "التحكيم في الشريعة الإسلامية"، 21-23.

94 الزرقا، المدخل الفقهي العام، 695/2-696.

الأحكام الدينية التي لا تحتاج إلى حكم الحاكم مثل العبادات والاجتناب عن المحرمات، وبعض المعاملات التي من قبيل المجمع على ثبوته، وتعين الحق فيه، ولا يؤدي أخذه لفتنة، ولا تشاجر ولا فساد عرض أو عضو يقوم به المسلمون الذين يعيشون خارج ديار الإسلام بأنفسهم ولا يحتاجون في ذلك إلى الرجوع إلى حكم المحكم.

اختلف العلماء في مجال التحكيم الشرعي، ولكنهم متفقون على جوازه في الأمور المالية، وعدم جوازه في الأمور المتعلقة بالحق العام مثل الحدود الشرعية في العقوبات. وأما تحديد مجال التحكيم عند عدم وجود القضاء الشرعي فمتروك إلى ما تسمح به قوانين الدولة، فما تسمح به للتحكيم فيه فيمكن فيه التحكيم، وما لا تسمح به فلا يمكن فيه التحكيم الشرعي؛ حتى لا يؤدي التحكيم الشرعي إلى مفسدة أكبر من مفسدة عدم التحاكم إلى الشرع، ومساءلة المسلمين وملاحقتهم، واتهامهم بالانفصالية والخروج على القوانين.

توصيات

ينبغي على المسلمين الذين يعيشون في البلاد التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية مطالبة الدول التي يعيشون فيها بإعطاء مساحات واسعة من الأحكام والقوانين التي تراعي خصوصيتهم الدينية وتعطي لهم صلاحيات في حل مشكلاتهم بالتحكيم الشرعي في جميع مجالاته.

ومن الأهمية بمكان أن تكون في الدول التي لا تحكم بالشريعة الإسلامية مؤسسات تحكيمية إسلامية تقوم بالتحكيم الشرعي في قضايا المسلمين، وتضم هذه المؤسسة علماء في الشريعة يكون كل منهم متخصصا في مجال من المجالات التي يمكن التحكيم فيها، ويكون لتلك المؤسسات لوائح وتعليمات محددة تحكم على أساسها

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

المصادر والمراجع

- أحمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم، 1989.
- ابن المنظور، محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين. لسان العرب. بيروت لبنان: دار صادر، 1414.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي. فتح القدير. بيروت لبنان: دار الفكر، t.y.
- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (المتوفى: 728هـ). الفتاوى الكبرى. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية، 1408.
- ابن حجر الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي. تحفة المحتاج في شرح المنهاج. 9 c. بيروت: دار إحياء التراث العربي، t.y.
- ابن حسين، محمد بن علي مفتي المالكية بمكة المكرم المتوفى: 1367 هـ. تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية. القاهرة مصر: عالم الكتب، t.y.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252 هـ). رد المحتار على الدر المختار. الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر، 1412.

- ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي. *قواعد الأحكام في مصالح الأنام*. القاهرة مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، 1414.
- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني. *معجم مقاييس اللغة*. بيروت: دار الفكر، 1399.
- ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري المتوفى: 799هـ. *تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام*. الرياض: دار عالم الكتب، 1423.
- ابن قيم الجوزية، 31. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين. *إعلام الموقعين عن رب العالمين*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1411.
- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (المتوفى: 774هـ). *تفسير القرآن العظيم*. الطبعة الثانية. الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري المتوفى: 970هـ. *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتاب الإسلامي، t.y.
- الأسطل، إسماعيل أحمد محمد. "التحكيم في الشريعة الإسلامية". دكتوراه، جامعة القاهرة، 1986.
- الجويني، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: 478هـ)، *الغياثي غياث الأمم في التياث الظلم*. القاهرة مصر: مطبعة نهضة مصر، 1401.
- الخطيب الشربيني، شمس الدين، محمد بن أحمد الشافعي (977هـ)، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1415.
- الدوري، قطان عبد الرحمن. *عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي*. بيروت: كتاب ناشرون، 2018.
- الزرقا، مصطفى أحمد. *المدخل الفقهي العام*. الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم، 1425.
- الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزمخشري جار الله (المتوفى: 538هـ). *أساس البلاغة*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1419.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي المتوفى: 483هـ. *المبسوط*. بيروت: دار المعرفة، 1414.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي. *الموافقات في أصول الشريعة*. بيروت: دار الكتب العلمية، 1425.
- الشيخي، سالم عبد السلام. *نظرية القضاء الشرعي خارج ديار الإسلام*. C. كتاب المجلس (7). إصدارات المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، t.y.
- القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (المتوفى: 684هـ). *أنوار البروق في أنواء الفروق*. القاهرة مصر: عالم الكتب، t.y.
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام*. بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1995.
- القرطبي، محمد بن أحمد بن أبي بكر. *جامع أحكام القرآن*. القاهرة مصر: دار الكتب المصرية، 1384.
- القضاء، معن خالد. "التحكيم في الشريعة الإسلامية، التعريف والقواعد العامة للمقيمين خارج ديار الإسلام". *المجلة العلمية لجامعة الملك فيصل*، 2016.
- المردوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى: 885هـ). *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف*. الطبعة: الثانية. بيروت: دار إحياء التراث العربي، t.y.
- بسطامي، محمد سعيد خير. *مسائل معاصرة في فقه السياسة*. إصدارات هيئة الأعمال الفكرية، t.y.
- سودان، حسين. "التقريب بين الديانة والقضاء، وأثره في الأحكام الشرعية". رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2019.
- شليليك، أحمد الصويعي. "التحكيم الشرعي أصوله وضوابطه". *المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية*، 1436 2016.
- شمس الدين الرملي، محمد بن شهاب الدين أبي العباس أحمد بن حمزة. *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*. بيروت: دار الفكر، 1404.
- عليش، أبو عبد الله المالكي. *منح الجليل شرح مختصر خليل*. بيروت: دار الفكر، 1404.
- فخر الدين الرازي، أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي خطيب الري (المتوفى: 606هـ). *مفاتيح الغيب = التفسير الكبير*. الطبعة: الثالثة. بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1420.
- مذكور، محمد سلام. *الإباحة عند الأصوليين*. بيروت: دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1984.

منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي. 9. C. جدة، t.y.
نعيم سمارة المصري، ومحمد محمد لافي. "التحكيم الشرعي مجالاته ولاية المحكم". مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث
والدراسات، sy العدد الثالث والأربعون (2018).
ياسين، محمد نعيم. نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية. عمان الأردن: دار النفائس،
.1420



التحكيم الأسري بين السوريين في تركيا

Family arbitration among Syrians in Türkiye

Salaheddin Hassoun^{*}

المُلخَص:

نشأت مراكز للإصلاح والتحكيم في دول اللجوء، خاصة في تركيا، حيث تزايدت الحاجة إلى وجود آلية بديلة للقضاء التقليدي، بالنظر إلى طبيعة التحديات التي تواجه السوريين في الاندماج ضمن النظام القانوني التركي أو الأوروبي. من أبرز هذه المراكز مراكز الإصلاح الأسري، التي تديرها جهات إسلامية رابطة العلماء السوريين، حيث تهدف هذه المراكز إلى توفير حلول للمنازعات الأسرية من خلال التحكيم، مع مراعاة الشريعة الإسلامية وقوانين البلاد المضيفة. تعمل هذه المراكز على حل النزاعات المتعلقة بالطلاق والنفقة والحضانة بطرق ودية وسريّة، بما يضمن عدم انتهاك خصوصيات العائلات والحفاظ على العلاقات الأسرية، وهو ما يعزز من استقرار المجتمع السوري في تركيا. هذه المراكز أيضاً تسهم في تحقيق العدالة الاجتماعية بين السوريين في المنفى، حيث توفر خياراً مرناً وسريعاً لحل النزاعات مقارنة بالمحاكم التقليدية. وتُظهر الإحصاءات، كما في تقرير مركز غازي عنتاب لعام ٢٠١٩، نجاحاً ملحوظاً في تسوية مئات القضايا المتعلقة بالأسر والعلاقات المالية. هذه المبادرات تؤكد أن التحكيم الأسري يلعب دوراً محورياً في تقليل الضغط على المحاكم النظامية، ويشكل خياراً مفضلاً عند السوريين لتسوية نزاعاتهم في ظل ظروف اللجوء المعقدة.

الكلمات المفتاحية

القانون الإسلامي، المحاكم الإسلامية، التحكيم، الإصلاح الأسري، اللاجئين السوريون

Abstract

Centres for reconciliation and arbitration have emerged in refugee-hosting countries, particularly in Türkiye, as alternative mechanisms to traditional courts gain importance due to the challenges Syrians face integrating into Turkish or European legal systems.

One prominent example of these initiatives is family reconciliation centres, managed by Islamic organisations and Syrian scholars' associations. These centres provide solutions for family disputes through arbitration, incorporating Islamic law and the laws of the host country. By resolving issues such as divorce, alimony, and custody in amicable and confidential ways, they preserve family relations and promote stability within the Syrian community in Türkiye.

These centres contribute to achieving social justice among Syrians in diaspora, offering a flexible and expedited dispute resolution process compared to traditional courts.

Statistics from the Gaziantep Centre's 2019 report highlight their success in settling hundreds of family and financial cases.

These initiatives underscore the significant role of family arbitration in reducing pressure on formal courts and providing Syrians with a preferred alternative for resolving disputes amid the complexities of a new environment.

Keywords

Islamic Law, Islamic Courts, Arbitration, Family Mediation, Syrian Refugees

* Corresponding Author: Salaheddin Hassoun (Öğr. Gör.), İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Temel İslam Bilimleri Bölümü, İstanbul, Türkiye. E-mail: salaheddin.hassoun@istanbul.edu.tr ORCID: 0009-0008-8968-7748

To cite this article: Hassoun, Salaheddin, "Family arbitration among Syrians in Türkiye." *darulfunun ilahiyat* 35, Special Issue on 'Family Mediation' (2024): 231–265. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1564050>



Extended Summary

Family arbitration is one of the alternative dispute resolution methods recognised in Islam. It has gained significant importance among Syrians after the Syrian revolution in 2011, as displacement and war led to the fragmentation of the social fabric and an increase in family-related issues, including divorce and financial disputes. In Türkiye, home to millions of Syrian refugees, family arbitration centres have emerged as a practical solution to restore family stability and alleviate the burden on courts.

The Legitimacy of Arbitration and Its Importance in Resolving Disputes

The legitimacy of arbitration in resolving marital and family disputes is firmly rooted in the Quran and Sunnah. One notable reference is the Quranic verse:

“And if you fear dissension between the two, send an arbitrator from his people and an arbitrator from her people. If they both desire reconciliation, Allah will cause it between them.” (Surah An-Nisa: 35).

In the Syrian context, the need for arbitration has increased significantly following the collapse of official judicial institutions and the difficulty of accessing courts, particularly in conflict zones and host countries. Arbitration provides privacy, expedited processes, and amicable solutions that satisfy both parties, making it a practical alternative to traditional courts.

Reasons Syrians Resort to Family Arbitration

1. Confidentiality: Many Syrians prefer arbitration to maintain the privacy of marital disputes, avoiding public exposure in courtrooms.
2. Speed of Resolution: Arbitration bypasses lengthy legal procedures, with most cases resolved in one or two sessions.
3. Preserving Relationships: By relying on mutual consent and the acceptance of the arbiters' decisions, arbitration reduces hostility between parties.
4. Preserving Identity and Values: Arbitration enables Syrians to resolve disputes in accordance with Islamic principles and societal values.
5. Avoiding Divorce: Arbitrators strive to consider divorce only as a last resort, enhancing the chances for reconciliation and continuity of marital life.

The Reality of Family Arbitration in Türkiye

Family arbitration centres have been established in several Turkish cities where Syrian refugees are concentrated. A notable example is the Family Reform Centre in Gaziantep, managed by the Syrian Scholars Association. In 2019, the centre documented 208 cases, including:

- Forty nine cases of separation due to discord.
- Thirty seven cases of reconciliation between spouses.
- Ninety four other various disputes.

These centres offer services such as spousal reconciliation, divorce documentation, financial dispute resolution, and psychological and social support.

Challenges and Common Issues

1. Unregistered Marriages:

Many Syrian marriages are not officially registered in Turkish courts, creating legal and social challenges such as wives losing their legal and Islamic rights. While marriage in Syria was documented in Sharia courts, ensuring legal protection for both parties, the lack of such documentation in Türkiye has weakened these safeguards.

2. Financial Disputes and Alimony:

Many wives face delays or complete lack of alimony payments following divorce, worsening the economic burden on families, especially in refugee conditions.

3. Child Custody and Visitation:

Disputes over child custody are frequent and require clear legal frameworks, often absent due to the differing laws between Syria and Türkiye.

4. Differences Between Syrian and Turkish Laws:

Legal discrepancies pose significant challenges to the enforcement of arbitration decisions, especially as the Turkish authorities do not formally recognise arbitration centres.

Case Studies from Arbitration Centres

The Case of Samar:

Samar married according to Islamic rites and had two children. Her husband emigrated to Europe and could not return. She sought assistance from an arbitration centre, which deemed the marriage untenable and referred her case to the Sharia court in Azaz, which ruled in favour of separation.

Samar remarked: “Without the intervention of the arbitration centre, I would not have been able to obtain a divorce. They helped me free of charge.”

The Case of Iman:

Iman, a young woman in an unregistered Islamic marriage, faced issues with her husband, who was imprisoned on criminal charges. She turned to an arbitration centre, which recommended separation and referred her case to the Azaz court.

Iman stated: "The centre was a lifeline that saved me from prolonged suffering without a divorce, especially since Turkish courts do not recognise my unregistered marriage."

Importance of Arbitration in Host Countries

These cases demonstrate the pivotal role of arbitration centres in providing practical and flexible solutions to marital disputes, contributing to the following:

- Reducing the negative impact of family disputes on children.
- Offering a legal alternative that respects the cultural and religious values of the Syrian community.
- Raising community awareness of family rights and responsibilities.

Challenges Facing Arbitration Centres

1. Lack of Funding: Many centres operate with limited resources, hindering their sustainability and ability to expand.
2. Shortage of Qualified Personnel: There is a pressing need for arbitrators with expertise in both Sharia law and legal systems.
3. Lack of International Recognition: The absence of formal recognition for arbitration centres limits the enforceability of their decisions.
4. Legal System Discrepancies: The conflicting legal frameworks between Syria and the host countries complicate arbitration procedures.
5. Difficulty in Enforcement: Even after decisions are issued, parties may refuse to comply.
6. Lack of Awareness: Many refugees are unaware of the significance of arbitration as a judicial alternative.

Proposals to Strengthen the Role of Arbitration

1. Sustainable Financial Support: Ensuring consistent funding to expand arbitration services.
2. Qualified Personnel Training: Developing training programs for arbitrators that combine expertise in Sharia and legal systems.

3. Collaboration with Turkish Authorities: Enhancing cooperation to ensure the recognition of arbitration decisions.

4. Raising Awareness: Educating the refugee community about the role of arbitration as an alternative dispute resolution mechanism.

5. Unified Legal Framework: Establishing regulations that align arbitration centers' work with Sharia and personal status laws.

Legal Implications of Arbitration Decisions

- Arbitration decisions can be translated and submitted to Turkish family courts if the marriage is officially registered.
- For unregistered marriages, cases are referred to Sharia courts in Syrian opposition-held areas.
- Turkish authorities do not accept documents issued by courts in opposition-controlled areas, often forcing Syrians to deal with Syrian regime consulates.

Conclusion

Family arbitration among Syrians in Türkiye has proven effective in resolving marital disputes and mitigating the impact of the Syrian conflict on families. It offers a practical alternative that respects Islamic values and provides flexible solutions tailored to refugees' needs. However, to enhance its effectiveness and sustainability, there is a pressing need to improve funding, achieve international recognition, and develop comprehensive legislation.

Recommendations

1. Drafting a unified arbitration law based on Islamic Sharia, aligned with personal status laws, and recognised locally and internationally.
2. Developing arbitration expertise through training programs that integrate Sharia and legal knowledge.
3. Building international partnerships to enhance the recognition of arbitration decisions.
4. Establishing sustainable funding mechanisms in collaboration with donors and waqf institutions.
5. Using digital systems for remote dispute resolution and case documentation.
6. Launching community awareness campaigns to educate refugees about arbitration centres and their legal rights.

7. Ensuring the independence and integrity of arbitration centres through ethical oversight.

8. Expanding the jurisdiction of arbitration centres to cover family, commercial, and property disputes.

9. Aligning arbitration decisions with international standards to facilitate global recognition.

10. Promoting reconciliation and flexibility within Islamic principles to achieve justice and social acceptance.

These recommendations develop arbitration as a sustainable and equitable solution that meets the needs of refugees and addresses the challenges faced by host countries.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وأحكم الحاكمين، والصلاة والسلام على رسول الله، المبعوث رحمة للعالمين، وهو أول قاض في الإسلام، وسيد المحكّمين في المنازعات والصلح، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد : شرع الله التحكيم على المستويات جميعها، الفردية، والأسرية، والجماعية، والدولة، بدءاً من الإصلاح بين الأطفال في البيت، إلى التوفيق بين الزوجين، فالأسر، والقبائل، والجماعات والدول.

وورد النص على التحكيم في الشرع الحكيم، ثم جاءت التشريعات بتنظيمه وترتيبه، بل أصبح من ضروريات الحياة والمجتمع والمعاملات في العصر الحاضر، وصدرت فيه الأنظمة والقوانين، ودعت إليه المنظمات والهيئات والجماعات والمصلحون والحكّماء، وهو موضوع هذا البحث مع التركيز على الجانب القانوني، لبيان حالة التحكيم في العصر الحاضر.

الدراسات السابقة : كُتبت في التحكيم رسائل علمية قديماً وحديثاً ، من الدراسات القديمة عن التحكيم بشكل عام : عقد التحكيم للدكتور قحطان الدوري ،

وحكم التحكيم في إصلاح نشوز الزوجين في الفقه الإسلامي للدكتور ياسر صائب خورشيد .

والتحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر للدكتور محمد الزحيلي .

ومن الأبحاث والدراسات الحديثة الخاصة بالتحكيم في الواقع السوري الحالي التحكيم مثل بحث التحكيم ومعالجته لمشكلات السوريين في دول اللجوء للباحث أحمد الشيخ أحمد . وبحث قضاء الضرورة بين الشريعة والقانون السوري للباحث عمار طاووز .

بالإضافة إلى دراسات تحليلية ومقالات كُتبت حول هذا الموضوع، عن القضاء وآلية عمله في المناطق المحررة من سلطة الأسد ، كدراسة صدرت حديثاً عن مركز جسور للدراسات بعنوان المنظومة القضائية في مناطق الحكومة السورية المؤقتة .

منهج البحث : اعتمدت في كتابة في هذا المقال على المنهج الوصفي التحليلي: لتحليل النصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالتحكيم وتوضيح الواقع القانوني في سوريا ودول اللجوء .

وعلى المنهج التطبيقي (دراسة الحالة): باستخدام نموذج مكتب التحكيم في غازي عنتاب لتحليل الإجراءات والنتائج العملية للتحكيم الأسري.

وعلى المنهج المقارن: لمقارنة التحكيم بين الشريعة الإسلامية والتشريعات السورية وبين تطبيقاته داخل سوريا وفي دول اللجوء كتركيا.

مشروعية التحكيم وأهميته في حل النزاعات :

بعد العام 2011، نتيجة الحرب والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية المرافقة لها¹، وتعرّض الأسرة السورية لأصناف الضغوط النفسية بسبب الحرب التي أدت إلى تهجيرها قسراً ازدادت المشاكل

1 ماسة الموصلي، «الطلاق بين السوريين في بلدان اللجوء»، مركز حرمون للدراسات المعاصرة، فبراير 2022.

الأُسرية وازداد عدد حالات الطلاق². لأسباب جديدة لم تكن من قبل، كالاختلاف في الرأي السياسي، وكالهجرة بداعي الحصول على اللجوء، ومن ثم لم الشمل، فأصبحت حالات الطلاق حديث وسائل الإعلام المختلفة حتى إنها وصفت بالظاهرة، وخاصة حالات الطلاق بين السوريين اللاجئين في أوروبا، فقضايا الطلاق زادت بشكل كبير ولكن لا توجد بيانات دقيقة لتحديد نسبة محددة، فلقد أثرت الحرب على العديد من العائلات³.

فالتمزق الأسري الحاصل بسبب الهجرات المتتالية، وفقدان أفراد وضياح ممتلكاتها، أدّى إلى انخفاض الأمان المادي والنفسي، مما يجعل سعي الأسرة السورية للأمان والاستقرار الأسري مهمة شاقة⁴. هذه الأسباب وغيرها دقّت ناقوس الخطر، وجعلت العلماء والوجهاء والمصلحين يهرعون لإيجاد آلية فعّالة لإعادة الاستقرار الأسري والحدّ من الطلاق المترديد. وقد تمثّلت هذه الجهود في تعزيز دور لجان الصلح الأسري، وتفعيل الوساطة الاجتماعية والقانونية، بالإضافة إلى إطلاق برامج توعية تستهدف الأسرة السورية لتقوية روابطها ومواجهة التحديات.

بعد الاطلاع على كثير من قضايا التحكيم بين السوريين في بلاد اللجوء وفي الداخل السوري وجدت

أسبابا كثيرة تدفعهم للتحكيم وتجعله الخيار الأفضل لهم ووجدت أن

أبرز هذه الأسباب وأهمها هي:

- السرية: السعي إلى حل النزاعات الزوجية عبر التحكيم يضمن الحفاظ على سرية الخلافات الزوجية بعيداً عن التداول العلني في المحاكم⁵. فغالباً لا يحبذ الناس إفشاء أسرارهم المتعلقة بحياتهم الخاصة، ونشرها أمام الناس، فكان التحكيم حلاً مناسباً للمحافظة على هذه الخصوصية، واحترامها لعدم اطلاع الناس على فحوى النزاع ومدخلات الخصوم، على عكس القضاء، والذي تكون المحاكمة فيه علنية.

- سرعة فض النزاع وتوفير الوقت: وذلك لتجنب التحكيم الكثير من الشكليات والقيود الإجرائية الملزمة للقاضي في المحاكم اليوم، فالتحكيم يتيح لطرفي الخصومة الاتفاق على الإجراء الذي على المحكم أن يتبعه، وغالباً ما ينتهي التحكيم في جلسة أو جلستين، وتكون الإجراءات سريعة وسهلة على عكس القضاء الذي يكون عليه ازدحام لكثرة القضايا المنظورة أمامه، والذي يلجأ للتأجيل عادة لتخفيف هذا الضغط ويتكرر ذلك الإجراء حسب الظروف.

- المحافظة على العلاقة بين الخصوم وتلافي الحقد بينهم لأن التحكيم يكون بالاتفاق والرضى ولذلك يدوم الود بين الأطراف، وذلك أن اللجوء إلى التحكيم يكون لعدم معرفة طرفي الخصومة الحق، فكل طرف يرى أن الحق معه، فأقصى ما ينشده هو إظهار الحق الذي غاب عنهم، ومن ثم الخضوع له طوعاً، وهذا يكون مع سلامة الصدر وسفاء القلب، وكما هو معلوم أن التحكيم هو منزلة بين الصلح والقضاء، فقرار

2 «ظاهرة العنف الأسري في بلاد اللجوء»، مركز الأبحاث مينا، فيينا يوليو 2018.

https://www.mena-researchcenter.org/ar/ظاهرة-العنف-الأسري-في-بلاد

3 İnci Aksu Kargin. "The Impact of the Syrian Civil War on Intrafamilial Relations and the Parental Functioning of Syrian Refugees." *Journal of Management and Economics Research* 21, no. 3 (September 2023): 24. <http://dx.doi.org/10.11611/yead.1340867>.

4 عبد الناصر القادري، «أربعة توجهات كبرى تواجه العالم أين العائلات السورية من ذلك»، نشر في موقع تلفزيون سوريا على ضوء مؤتمر الذكرى الـ 30 للسنة الدولية للأسرة، أكتوبر 2024.

5 وائل طلال سكيك، «التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة»، ص 118 الجامعة الإسلامية بغزة - كلية الشريعة والقانون، 2007 م.

التحكيم وإن كان قضاءً إلا أن أثره إلى الصلح أقرب من كونه قضاءً فنتلقاه النفس بالقبول والرضى، على عكس حكم القضاء الذي يفرض عنوة.

إضافة إلى أسباب أخرى كاختيار المحكم الذي يرتضونه ويتقون به المحافظة على هويتهم، وصون خصوصياتهم وقيمهم، وحل خلافاتهم وفق مبادئ شريعتهم.⁶

وفوق كل هذا فالاحتكام إلى الشريعة الإسلامية واجبة على كل مسلم والتحكيم أداة من خلالها يستطيع المرء تطبيق ما يستطيع من أحكام الإسلام .

ولعل أهم ما يمكن أن يقوم به التحكيم هو تاجيل الطلاق، وإقناع الطرفين باستبعاده عن دائرة تفكيرهما لحماية الأسرة

من الآثار الناجمة عن ذلك . وهذا الإجراء بحد ذاته يعني تجاوز الخلاف والعودة إلى البيت لكي تستأنف الأسرة

مسارها الطبيعي من جديد⁷ .

فهذه الأسباب تجعل من مجالس الصلح والتحكيم مطلباً مهماً في حل قضايا السوريين تيسيراً عليهم. فبيد الأمر بمجالس الصلح وهو أيسر الطرق وأخفها، وهو يتم بين المتخاصمين أنفسهم أو من ينوب عنهم وجاءت مشروعيته في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول قال تعالى: ولا خير في كثير من أحوالهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضات الله فسوف نؤتيه أجراً عظيماً [النساء: ١١٤]، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير [النساء: ١٢٨] فالصلح هو إنهاء الخصومة وقطع النزاع، أو معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين وعن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً. والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً»⁸.

والتحكيم أشد خطورة من الصلح؛ لأن التجاوز عن الحق في هذا معلوم قبل تمامه، بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يمكن أن يحكم به المحكم⁹.

وتأتي أهمية هذه المقالة إلى أنها استعرضت حال القضاء والتحكيم من بداية الثورة إلى الوقت الراهن

كما تناولت آلية عمل التحكيم بين السوريين في الداخل السوري وفي دول اللجوء ..

القضاء المستقل بعد بداية الثورة :

ثار الشعب السوري ضد الظلم بعد أن استباح نظام الأسد الحرمان وسفك الدماء وأوغل في قتل الأبرياء

6 أحمد الشيخ أحمد، رسالة ماجستير بإشراف الدكتور: أسامة جادو، «التحكيم ومعالجته لمشكلات السوريين في دول اللجوء»، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الزهراء، غازي عنتاب 2019 م.

7 الباحث د. زينب زكريا على معابده، كلية الشريعة/الجامعة الأردنية، والباحث المشارك د. علي محمد أحمد رابعة، كلية الشريعة/جامعة القصيم، «التحكيم في الشقاق بين الزوجين ودوره في الاستقرار الأسري»، دراسة نظرية تطبيقية، ص 18.

8 سنن الترمذي رقم ١٣٥٢، تحقيق الدكتور بشار عواد معروف، في «أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس»، ج 3 ص 27 طبع دار الغرب الإسلامي.

9 منيف عبيد جعفر الهاجري، «الأحكام الشرعية المتعلقة بالتحكيم والإصلاح بين الزوجين» ص 1295، دراسة فقهية نُشرت في مجلة الدراسات العربية في كلية دار العلوم جامعة المنيا.

ظناً منه أن في هذه المجازر كسر لإرادة الناس كما فعل من قبله سلفه الديكتاتور الأب في 1980 .. وبقيام الثورة نُسفت مفاهيم كثيرة كانت سائدة في المجتمع ووقف الناس أمام امتحانٍ شديد بين الخروج على الظالم والتضحية بكل شيء ، أو البقاء في صف النظام وتبرير جرائمه للحفاظ على أنفسهم وأموالهم ، وهنا اتجهت أنظار المجتمع إلى طلبة العلم الشرعي منتظرين موقفهم ، فالبعض أراد معرفة حكم الشرع في هذه الأحوال والنوازل من طلبة العلم والمتصدرين للإفتاء ، والبعض رأى في هذه المسألة فرصة لتثويبه دور طلبة العلم .

ولقد هيا الله سبحانه في تلك الظروف علماء عاملين مجاهدين وطلبة علم ربانيين فوقوا على منابر الحق مجاهرين بكلمة الصدق في وجه الطغيان مُستحضرين قوله تعالى: «وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَمَا تَمْسُكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ» 113 سورة هود

فوقوا وقفة حق في وجه الظلم وكانوا مجاهدين ودعاةً ومعلمين ، فرغم أن المظاهرات السلمية لأكثر من سنة ونصف واجه نظام الأسد الباطني الناس العزل بالاعتقالات والقتل والمجازر فاضطر الناس للدفاع عن أنفسهم بما توفر لهم من سلاح خفيف ، وبدأت تنهار منظومة النظام الأمني القمعي وتحرر القرى والمدن الصغيرة من ظلم هذه المنظومة ، فكان هناك فراغاً أمنياً مما اضطر طلبة العلم وبعض القانونيين من قضاة ومحامين منتشقين عن نظام الأسد لتشكيل مجالس صلح ولجان تحكيم ومجالس قضاء وتطورت فيما بعد في المناطق المحررة لتكون محاكم رسمية ..

قال الإمام القرافي مقررًا أن الوسائل تأخذ حكم المقاصد فإن القاعدة الشرعية أن وجوب الوسائل تبع لوجوب المقاصد ولأن (ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب)¹⁰ بمعنى أنه متى كان المقصد واجباً كانت الوسيلة لهذا المقصد واجبة أيضاً .

إن كان الاحتكام للشرع واجب وأصل عظيم من أصول الدين كما سبق، أو (مقصد) على حدّ عبارة القرافي، وكان تطبيق هذا الأصل لا يتم خارج ديار الإسلام إلا بالتحكيم، فالتحكيم وسيلة لهذا المقصد، وهو واجب شرعاً ، لأن ما لا يتم . الواجب إلا به فهو واجب .

وقد أورد الإمام الجويني في كتابه غياث الأمم فقال: فإذا خلى الزمان عن السلطان وجب البدار على حسب الإمكان إلى درء البوائق عن أهل الإيمان..... فإن ما يتولاه السلطان من أمور السياسة أوقع وأنجح وأدفع للتنافس

و أجمع لشتات الرأي في تمليك الرعايا أمور الدماء .¹¹

فهو يقرر وجوب قيام الناس بتنصيب قاض بحسب إمكانهم وأن ذلك أذع لمفسدة تولي أحاد الناس تطبيق الأحكام السلطانية ، خاصة ماله علاقة بالدماء كالحودود والقصاص. ولازم كلامه - رحمه الله - أنه إن كانت تولية محكم هو غاية ما يستطيعون فيجب عليهم ذلك .¹²

10 أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق: خليل المنصور، «الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (مع الهوامش)»، ج 1 ص 302، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة: الأولى 1418هـ - 1998م.

11 عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، «غياث الأمم في التياث الظلم، الشهير بالغيثاني»، ج 1 ص 279، دار الدعوة، الإسكندرية 1979، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم، د. مصطفى حلمي شرح فتح القدير، ج 7 ص 264 كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية.

12 د. معن خالد القضاة، «التحكيم في الشريعة الإسلامية: التعريف والقواعد العامة للمقيمين خارج ديار الإسلام»، ص 14، الجامعة الإسلامية الأمريكية هيوستن الولايات المتحدة الأمريكية، 24 نوفمبر 2010.

التحكيم في القانون السوري قبل قيام الثورة:

صدر في عام 2008 قانون رقم 4 الخاص بالتحكيم .

التحكيم: أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلا من القضاء سواء اكانت الجهة التي ستتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة او مركزا دائما للتحكيم ام لم تكن كذلك .

فقانون التحكيم كان كبديل عن القضاء التقليدي في النزاعات المالية والأسرية ، في التحكيم الأسري يتناول القضايا مثل الطلاق والنفقة والحضانة وترتيبات زيارة الأولاد للأب أو الأم ، ويشترط التحكيم أن تكون هذه القضايا قابلة للتسوية خارج القضاء ، ولطرفي النزاع حرية اختيار المحكمين واختيار اجراءات التحكيم وبعد الانتهاء من الاجراءات يجب التصديق على الحكم من المحكمة المختصة وذلك لضمان حقوق الأطراف الضعيفة كالأطفال والنظر لما هو الأفضل لهم ، وتكون الأحكام ملزمة للأطراف بعد التصديق عليها وفي حالات قليلة يمكن الطعن في حكم التحكيم إذا ظهر إخلال بمبدأ العدالة.¹³

ففي المادة (٣) من القانون السوري الخاص بالتحكيم حصر اختصاص النظر في مسائل التحكيم في محكمة الاستئناف التي يجري في دائرتها التحكيم شأنه في ذلك شأن بقية القوانين العربية.

1_ ينعقد اختصاص النظر في مسائل التحكيم التي يشملها هذا القانون إلى محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سورية.

2_ تظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة - دون غيرها - مختصة حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم.

وفي المادة (٥) لطرفي التحكيم حرية تحديد القانون الذي يجب على هيئة التحكيم تطبيقه على موضوع النزاع.

وهنا نرى أنه أجاز هذا القانون لطرفي الخصومة الرجوع لأي قانون كان أو وثيقة إقليمية أو دولية وحتى للشرعية الإسلامية على أن لا يخالف ذلك النظام العام.

اتفاق التحكيم:

في المادة (٧) منه أجاز الاتفاق عند التعاقد، وقبل نشوء النزاع بشكل مستقل، أو من ضمن بنود العقد، سواء في كل الخلافات التي تنشأ أو بعضها، حسب الاتفاق بينهم، وأجاز الاتفاق بشكل مستقل بعد نشوء النزاع، وإن كان الخلاف معروضا على القضاء، واشترط أن يبين الاتفاق المسائل التي تخضع للتحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً.

والمادة (٨) منه تنص على: « أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلاً» ونرى هنا أن شرط الكتابة أصبح شرط انعقاد بعد ما كان مثار جدل عند الفقهاء، وأخذ المشرع هنا بوسائل الاتصال الحديثة، فاكس بريد الكتروني لإثبات كتابة شرط التحكيم، شريطة توافق الإرادة.

وفي المادة (٩) نص على أنه :- I لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي

13 يُنظر المحكمة العربية الدائمة للتحكيم:

يملك التصرف في حقوقه وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

وبالتالي لا يستطيع المجنون والصبي والمحجور عليه لسفه أو غيره من الاتفاق على

التحكيم لأنه أمر يدور بين الضرر والنفع.

2_ لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو المخالفة للنظام العام أو المتعلقة بالجنسية أو بالأحوال الشخصية باستثناء الآثار المالية المترتبة عليها.

وهنا أخذ القانون بأقوال من شدد وضيق فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز من الفقهاء واستثنى الأمور المتعلقة بالمال، وفيما يخص أمر الجنسية لتعلقها بالنظام العام ومظهر من مظاهر السيادة وبالتالي لا يجوز التحكيم فيها.

في المادة (١٠) على المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوة إذا دفع بذلك المدعى عليه، قبل إبداء أي طلب، ما لم يكن اتفاق التحكيم باطلاً، فقد يرى أحد طرفي النزاع أنه ليس من مصلحته إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم، رغم وجود شرط التحكيم، ويرفع الدعوى أمام المحكمة المختصة للإضرار بالطرف الآخر فتحكم المحكمة بعدم قبول الدعوة لوجود شرط التحكيم الذي دفع به المدعى عليه وقبل إبداء أي طلب.

تكوين هيئة التحكيم

من المادة (١٢) إلى المادة (٢١) وهو الفصل المتعلق بتكوين هيئة التحكيم.

تشكل هيئة التحكيم باتفاق طرفي التحكيم من محكم واحد أو أكثر على أن يكون عددهم وتراً فإذا كان عددهم زوجياً كان اتفاق التحكيم باطلاً، وإذا لم يتفق طرفا التحكيم على عدد المحكمين كان عددهم ثلاثة لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة شائنة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره

وفي المادة (١٥) منه قرر هذا القانون أن الاعتداء على المحكم كالاغتداء على القاضي يعاقب بذات العقوبة المقررة لذلك.

لا يجوز للمحكم بعد قبول المهمة التخلي عنها دون مبرر، وإلا كان مسؤولاً عما قد يسببه من ضرر لطرفي التحكيم أو لأي منهما مادة (١٧).

إجراءات رد المحكم:

يُرَدُّ المحكم لنفس الأسباب التي يُرَدُّ بها القضاة وقد نصت المادة (١٩) على الآتي: « 1 - يقدم طلب الرد كتابة إلى المحكمة المعرفة بالمادة رقم (٣) من هذا القانون مرفقاً به الأوراق المؤيدة

له خلال مدة (١٥) يوماً من تاريخ علم طالب الرد بالأسباب المبررة للرد.

2 - تنظر المحكمة المذكورة بطلب الرد في غرفة المذاكرة، وتفصل به بقرار مبرم بعد سماع المحكم المطلوب رده.

3- يترتب على تقديم الرد وقف إجراءات التحكيم وتعليق مدته إلى حين صدور قرار الرد، أو إلى حين قبول المحكم البديل مهمته التحكيمية.

4- لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم وللسبب ذاته.
5 - إذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات بما في ذلك حكم التحكيم كأن لم يكن من تاريخ قيام سبب الرد.

والمحكمة المشار إليها هي محكمة الاستئناف فهي صاحبة الاختصاص.

قرر القانون في المادتين (٣٣-٣٤) : أنه لهيئة التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين سماع الشهود الذين ترى فائدة من سماعهم، ويكون سماع الشهود بعد أداء اليمين القانونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

ترجع هيئة التحكيم إلى المحكمة المعرفة في المادة (٣) من هذا القانون لإجراء ما يلي:

الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع بدون عذر قانوني عن الإجابة، بالجزاءات أو الغرامات المقررة قانوناً.

الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يعتبر ضرورياً للحكم في النزاع.

ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في الأحوال ووفقاً للشروط المقررة لذلك في قانون أصول المحاكمات، ويترتب على انقطاعها الآثار المقررة في القانون المذكور.

وفي المادة (٣٧) على هيئة التحكيم إصدار الحكم الفاصل في النزاع خلال المدة التي اتفق عليها الطرفان، فإذا لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال مدة ١٨٠ يوماً من تاريخ انعقاد أول جلسة لهيئة التحكيم.

وفي المادة (٣٨) تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي اتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة أتبعته القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

على هيئة التحكيم أن تراعي عند الفصل في النزاع شروط العقد موضوع النزاع والأعراف الجارية بشأنه إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح جاز لها أن تفصل النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون.

يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية، أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم النهائي.

يحق لأي من طرفي التحكيم مراجعة قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لاتخاذ إجراء تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات.

وفي المادة (٣٩) إذا اتفق طرفا التحكيم خلال سير إجراءات التحكيم على إنهاء النزاع كان لهما أن يطلبتا من هيئة التحكيم إثبات ذلك. وفي هذه الحالة يجب على الهيئة أن تصدر قراراً يتضمن ما اتفق عليه الطرفان ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ. وفي المادة (٤١) يصدر حكم التحكيم بعد المداولة مكتوباً بالإجماع أو بأكثرية الآراء، ويجب أن يوقع عليه المحكمون، وعلى المحكم المخالف عند توقيع الحكم، أن يدون رأيه على صحيفة الحكم، وإذا رفض التوقيع فيجب أن تذكر أسباب ذلك في الحكم.

دعوى بطلان حكم التحكيم

وفي المادة (٤٩) تصدر أحكام التحكيم طبقاً لأحكام هذا القانون مبرمة غير خاضعة لأي طريق من طرق الطعن. ومع ذلك يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين :
مادة (٥٠)

١ - لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:
أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاء مدته.
ب - إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه، فاقد الأهلية أو ناقصها، وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ت- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً، بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

ث - إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

ج- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون أو لاتفاق الطرفين.

ح - إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق،

ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها. خ - إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

تقضي المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في الجمهورية العربية السورية.

وفي المادة (٥١) بين القانون إجراء رفع دعوى البطلان وبين أن المحكمة المختصة بالنظر بها هي محكمة الاستئناف، وأن المحكمة إذا قررت رد دعوى البطلان، حاز القرار على صيغة التنفيذ.

أما إذا أبطلت حكم التحكيم، وقبلت دعوى البطلان جاز الطعن على حكمها أمام محكمة النقض وذلك خلال (٣٠) يوماً من اليوم التالي لتبليغ القرار، كما نصت المادة (٥٢) من هذا القانون.

حجية أحكام المحكمين

وفي المادة (٥٣) بينت حجية أحكام المحكمين إذ نصت : تتمتع أحكام المحكمين الصادرة وفق أحكام هذا القانون بحجية الأمر المقضي به، وتكون ملزمة، وقابلة للتنفيذ تلقائياً من قبل الأطراف، أو بصفة إجبارية إذا رفض المحكوم عليه تنفيذها طوعاً، بعد إكسائها صيغة التنفيذ.

ويلاحظ أن حكم التحكيم ملزم لأطراف التحكيم، ولا يجوز الطعن به بالطرق المعروفة للطعن على الأحكام القضائية، كالطعن بالاستئناف أو بالنقض، فحكم التحكيم يكون مبرماً.

وأجاز القانون رفع دعوى بطلان حكم التحكيم، وحدد الحالات لذلك، وتعلق بمجملها بالشكل

كما بينت ذلك المادة (٥٠) من هذا القانون.

ونظم القانون السوري في فصله الثامن كيفية إنشاء مراكز للتحكيم

فالمادة (٥٧) نصت على جواز إنشاء مراكز للتحكيم دائمة تعمل وفق أحكام هذا القانون

ثم بين أهم ما يجب أن يتضمنه نظام المركز في المادة (٥٨) من:

1 - اسم المركز ومقره وأهدافه.

2 - هيكل المركز التنظيمي والإداري

3- الخدمات التي يقدمها المركز .

4- أسماء ومؤهلات المحكمين الذين سيعتمدتهم المركز .

5- أسس تقدير أتعاب التحكيم ونفقاته وكيفية توزيعها.

ثم بين الشروط التي يجب أن تتوفر في رئيس المركز في المادة (٥٩) ومنها : أن يكون غير محكوم بجناية أو جنحة شائنة، وأن يكون حقوقياً، وأن يكون له خبرة في العمل القانوني

أو القضائي لمدة لا تقل عن (١٥) سنة.

ثم بين كيفية إشهار المركز وذلك في المادة (٦٠) حيث نص على: يشهر مركز التحكيم بقرار من وزير العدل خلال ستين يوماً، وفي حال رفض الإشهار يستطيع مقدم الطلب أن يطعن به أمام مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري، كما نصت الفقرة الخامسة من هذه المادة

وفي المادة (٦١) تتولى إدارة التفتيش القضائي في وزارة العدل تفتيش مراكز التحكيم، ورفع تقارير سنوية بشأنها إلى وزير العدل.

وفي المادة (٦٢) وفي حال ثبوت ارتكاب مخالفة جسيمة لأحكام هذا القانون يلغى إشهاره بقرار معلل من وزير العدل، ويكون هذا القرار قابلاً للطعن أمام مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري وفوضت المادة (٦٣) وزير العدل عند الاقتضاء في إصدار تعليمات تنظم سير عمل مركز التحكيم. المشرع السوري في قانون التحكيم أخذ بمبدأين مستقرين في الفقه التحكيمي المقارن (٨٣) وهما :

مبدأ استقلال شرط التحكيم.

مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

أولاً : مبدأ استقلال شرط التحكيم

تنص المادة (١١): "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على انتهاء العقد، أو بطلانه، أو فسخه، أو إنهائه، أي أثر على شرط التحكيم، متى كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، وبحسب النص السابق، نجد أن المشرع السوري أخذ بما استقر عليه الفقه المقارن دون أن يأخذ بالنظرية الكلاسيكية التي تعتبر أن شرط التحكيم يرتبط بالعقد وجوداً وهدماً، فإذا كان الشرط صحيحاً بذاته، وغير مخالف للنظام العام، فيبقى النزاع خاضعاً للتحكيم، رغم بطلان العقد

الذي تضمن شرط التحكيم أو انتهائه.

ثانياً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

كما تنص المادة (٢١) على ما يلي :

1_ تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما ذلك الدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو بعدم شموله لموضوع النزاع

2_ يجب تقديم الدفع المتعلق بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فوراً وإلا سقط الحق فيه .

3_ لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو اشتراكه في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى .

4_ أ. لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة باعتبارها مسألة أولية أو تقرر ضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً ويكون قرار الهيئة مبرماً في الحالتين .

ب - يجوز لمن رفضت دفعه المذكورة أن يتمسك بها عن طريق رفع دعوى بطلان حكم

التحكيم وفقاً للمادة (٥١) من هذا القانون والتي تنص على: ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال مدة (٣٠) يوماً من اليوم التالي لتبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه، وأن محكمة الاستئناف هي صاحبة الاختصاص، وتفصل في دعوى البطلان خلال (٩٠) يوماً، إذا قررت المحكمة رد دعوى البطلان فإن قرارها يقوم مقام إكساء حكم المحكمين صيغة التنفيذ. فمبدأ الاختصاص بالاختصاص مبدأ مستقر في الفقه والاجتهاد الدولي ويكمل مبدأ استقلال شرط التحكيم

وبالتالي فإن هيئة التحكيم تبت في جميع الدفوع المتعلقة بشمول أو عدم شمول اختصاصها. بينما كان ذلك سابقاً

من اختصاص المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. بعد المرور على مجمل مواد هذا القانون والتي تماثل المواد في القوانين العربية الأخرى نلاحظ أن التحكيم من نظر القانونيين يركز على كونه اتفاق المتعاقدين على

تحديد الجهة التي يتحاكمون إليها في نزاع حادث، أو قد يحدث في المستقبل (٨٤) وتركيزهم على شرط الكتابة

واهتمامهم بالمسائل التجارية المتعلقة بالتجارة الدولية، وأخضعوا التحكيم لإجراءات تكون مشابهة لإجراءات التقاضي، فكان الاهتمام منصباً على الجانب الإجرائي أكثر من الجانب الموضوعي، حتى في النقض للأحكام،

تركز على الشكل أكثر من التركيز على الموضوع.¹⁴

14 الباحث أحمد الشيخ أحمد، «التحكيم ومعالجته لمشكلات السوريين في دول اللجوء» ص 42، 50، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الزهراء، غازي عتاب 2019 م.

بعد الاطلاع على مواد المرسوم القانوني الخاصة بالتحكيم يمكننا تلخيص القانون بالآتي :

عمل على استقلال العملية التحكيمية وأعطائها صلاحيات وحصانة قانونية وهامشاً جيداً من الحرية بالإجراءات الشكلية حيث يركز على اتفاق المتعاقدين فيعملان على تحديد الجهة التي يحاكمون إليها ، ويعد التحكيم من عقود المعاوضة لأن كلاً من المتعاقدين يتلقى فيه عوضاً عما التزم به . والتحكيم موجود على مستوى الدول فالكثير من النزاعات الدولية تُحل بطرق سلمية ، كما أخذت القوانين تهتم بالتحكيم اهتماماً خاصاً وأنشئت مراكز متخصصة للتحكيم بعضها خاص وبعضها حكومي وبعضها دولي .

تأسيس مراكز التحكيم في تركيا :

وبما أن أغلب الأنظمة تسمح وتُجيز تشكيل مراكز للتحكيم ، كان على السوريين تشكيل هذه المراكز ، فالتحكيم حل لمشكلات العرب والمسلمين في بلاد اللجوء .

وبانتشار مراكز الإصلاح والتحكيم داخل سورية وخارجها ، اتجهوا للتحكيم في قضاياهم وحرصوا على تسجيل معاملاتهم لكي يضمنوا عقودهم واتفاقياتهم .

مركز الإصلاح الأسري في غازي عنتاب :

وأحد هذه المراكز « مراكز الإصلاح الأسري » التي تعمل في الجمهورية التركية أطلقها المجلس الإسلامي ورعتها رابطة العلماء السوريين ، حيث قامت بجهود جيدة في التحكيم بشكل عام والتحكيم الأسري بشكل أخص . ولقد تم افتتاح تسع مراكز موزعة على الولايات التركية التي يكثر فيه وجود السوريين .

ففي التقرير السنوي لعام (2019 م) لإنجازات مكتب غازي عنتاب إحصائية لعدد القضايا التي تم عرضها على

المركز : تم التدخل وتوثيق 208 قضية متنوعة ، شملت حالات إصلاح وتحكيم ، والحلول الشرعية والاجتماعية

والقانونية . فتمّ حسم 181 قضية ، وتدوير 27 للسنة التالية : وهي: 49 قضية تفريق بإرادة منفردة لسبب الشقاق .

37 قضية إصلاح بين الزوجين .

6 قضايا لحل خلافات مالية .

49 قضية لحل خلافات أخرى متنوعة¹⁵.

ومن واقع العمل في مراكز التحكيم، تبرز المشكلات الأسرية التالية كالأكثر شيوعاً:

1. النزاعات الزوجية: تتركز حول الخلافات المتعلقة بسوء المعاملة، أو الإهمال بسبب السفر والهجرة

15 الباحث عمار طاووز، «قضاء الضرورة بين الشريعة والقانون السوري»، ص 14، دراسة تأصيلية ميدانية معاصرة، كلية العلوم الإسلامية في جامعة المدينة العالمية، ماليزيا 2022 م.

وتشتت الأسرة¹⁶ أو انعدام التفاهم بين الزوجين مما يؤدي إلى طلب الطلاق أو الخلع.
2.مشكلات النفقة: تشمل تقصير الزوج في توفير النفقة الزوجية أو نفقة الأولاد بعد الانفصال.
3.حضانة الأطفال وزيارتهم: النزاعات حول أحقية الحضانة، وترتيبات رؤية الأطفال بعد الطلاق
4.الإشكاليات المالية: تتعلق بتقسيم الممتلكات أو المهور المؤجلة بعد الانفصال.
5.زواج القاصرات والإكراه: حالات زواج مبكرة أو مفروضة، مما يؤدي إلى مشكلات قانونية واجتماعية.

وقد سلط الضوء الدكتور محمود كايا في بحثه (الزواج غير الرسمي للاجنات السوريات وأزمة الطلاق) على واحد من أكثر المشكلات شيوعا فقال : يشير أحد الفقهاء السوريين إلى أن الزواج غير الرسمي بين اللجنات السوريات والرجال الأتراك يتسبب في تعرض النساء للاستغلال. ويشرح أن الزواج الديني في سوريا يُعتبر رسميًا إذا توافرت الشهود وتوثيق العقد في المحاكم الشرعية، مما يضمن للزوجين الحقوق القانونية. وعلى النقيض، فإن الزواج الديني في تركيا لا يوفر هذه الضمانات. علاوة على ذلك، في سوريا، يُعتبر المهر، سواء عند الزواج أو عند الطلاق، جزءًا من التزامات الزوج القانونية، ويمكن للمحكمة إجبار الزوج على دفعه في حال رفضه. غير أن هذه الضمانات القانونية غائبة في تركيا¹⁷.

كما أوضح مصدر آخر، كان يعمل قاضيًا في سوريا، أن حق عقد الزواج لم يكن حكراً على المحاكم بل يمكن أن يُمنح لأفراد معينين بشروط محددة، ويتم تثبيت هذا الزواج في المحاكم. في المقابل، في تركيا، الزواج القانوني الوحيد المعترف به هو الزواج المدني، وتُعتبر الزيجات الدينية غير معترف بها قانونيًا. لذلك، تُجرى الكثير من الزيجات بين النساء السوريات والرجال الأتراك في إطار غير رسمي، مما يعرض النساء لمشكلات قانونية واجتماعية.

على الرغم من أن الزواج الديني يتمتع بشرعية اجتماعية في كل من المجتمع المضيف واللجنين، إلا أن هذه

16 M. Murat Erdoğan. "Suriyelilerle Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi" Suriyeliler Barometresi 2019 Orion Kitabevi UNHCR. *UNHCR Official Website*. Accessed from www.unhcr.org/tr.

17 Mahmut KAYA. "İki Hukuk Arasında Arafta: Suriyeli Kadın Mültecilerin İnförmel Evlilikleri ve Boşan(ama)ma Krizi." *Journal of Social and Humanities Sciences Research (SHS Journal)*, Cilt: 5 . Sayfa 4718. Sayı: 31, Aralık 27, 2018.

الشرعية لا تدعمها الروابط الاجتماعية الفاعلة. تفتقد النساء السوريات اللاجئات إلى شبكات الدعم العائلي أو المجتمعي، مثل العائلة الممتدة، الأصدقاء، الجمعيات، أو المنظمات المجتمعية، مما يجعلهن في وضع ضعيف.

ونتيجة لذلك، تصبح الزيجات الدينية، التي لا تخضع لضغط اجتماعي فعال، علاقة غير متوازنة تعتمد على سلطة الرجل، مما يؤدي إلى استغلال النساء في بعض الحالات.

تؤدي الزيجات غير الرسمية إلى ظاهرة "عدم القدرة على الطلاق"، حيث يتعذر على المرأة الانفصال بسبب الشروط الدينية التي تمنح الرجل حق الطلاق. فإذا لم يمنح الزوج هذا الحق لزوجته عند عقد الزواج، يتعين عليه

إعلان الطلاق أمام الشهود أو اتباع الطرق الشرعية الأخرى، وهذا غير ممكن في الحالات التي يكون فيها الزواج سرّيًا. نتيجة لذلك، تظل النساء عالقات بين النظامين القانونيين التركي والسوري، ما يؤدي إلى مشكلات

قانونية واجتماعية معقدة.

تواجه هذه المشكلات تحديات كبيرة حتى بين العلماء والفقهاء في المجتمع السوري، الذين يحاولون معالجتها من

خلال "مجالس شرعية" تضم فقهاء وقانونيين. أفاد أعضاء في مجلس سُكِّل في شانلي أورفا بأنهم تلقوا نحو 30

حالة من هذا النوع، وأن الأسباب الرئيسية للمشكلات تعود إلى الاختلافات القانونية بين تركيا وسوريا وفي النهاية، يتطلب حل هذه المشكلات تقديم حلول متعددة من قبل المؤسسات الحكومية ومنظمات المجتمع المدني. يجب أن تشمل هذه الحلول توعية اللاجئين بحقوقهم، وتوفير الدعم الاجتماعي والقانوني، وتحسين الوصول إلى الخدمات العامة، ومنع الاستغلال والإساءة من خلال تعزيز آليات الحماية والتوعية بين اللاجئين والمجتمع المضيف.¹⁸

المنظومة القضائية في الأراضي السورية المحررة في الوقت الحالي :

كما أسلفنا بعد تراجع قوات النظام وانحسار مؤسساته نحو العاصمة والمدن الكبرى سعت فصائل المعارضة المسلحة لسد الفراغ الذي تركه وبسط نفوذها ؛ لحفظ الأمن وتسيير شؤون الحياة والتعامل مع المشاكل من خلال تشكيل محاكم مؤقتة بطابع مناطقي وثوراني ، وفي مرحلة نشأتها كانت تتجه لتطبيق الشريعة الإسلامية؛ حيث اتفقت جميع الفصائل ومرجعياتها رغم الاختلاف الفكري اتفقت الفصائل فيما بينها على تطبيق الشريعة الإسلامية، باستثناء الاختلاف على آلية التطبيق من ناحية إيجاد محكمة مشتركة

18 Mahmut KAYA. "İki Hukuk Arasında Arafta: Suriyeli Kadın Mültecilerin İnförmel Evlilikleri ve Boşan(ama)ma Krizi." *Journal of Social and Humanities Sciences Research (SHS Journal)*, Cilt: 5 . Sayfa 4718. Sayı: 31, Aralık 27, 2018.

أو محاكم منفصلة، وعلى من يقوم بتطبيق المهام شيخ أم مُفت أم محام قانوني، وعلى مرجعية التطبيق من ناحية اعتماده على النص المكتوب المقنن أم على اجتهاد القاضي .

في البداية تشكلت المحاكم الفصائلية؛ حيث كان نطاق اختصاص كل واحدة منها هي المنطقة التي يسيطر عليها

الفصيل، الذي كان يُعِين القضاة ويُمَوِّل المحكمة، ويُعتبر القوة التنفيذية لتنفيذ أحكامها. نظرت تلك المحاكم بالقضايا المستعجلة مثل محكمة التوحيد في حلب وريفها ومحكمة أحرار الشام في إدلب وحلب. في عام 2013

تشكلت محاكم ناتجة عن اتفاق بين عدة فصائل لتصبح صاحبة الولاية في المدن ومناطق انتشارها الأوسع، مثل

المحكمة الرباعية في حلب التي تشمل باختصاصها جميع مناطق حلب المحررة لكن بقي تمويل الأحكام وتعيينها

وتنفيذها خاضعاً لسلطة تلك الفصائل المكونة لها مع ظهور قدر بسيط من الاستقلالية لتلك المحاكم في غضون

ذلك، كانت هناك تجربة قانونية سعت نحو استقلال المحاكم، بدفع من كوادر حقوقية وشرعية، وبدأت تتشكل في

كل مدينة أو محافظة منظومة حقوقية أو هيئة شرعية واحدة، تعمل على تنظيم العمل القضائي وتتبنى المنظومة

التشريعية المعبرة عن رؤيتها .

فكانت تجربة القضاء الموحد بحلب والهيئة الشرعية الموحدة للقضاء في الريف الحلبى ودار العدل في حوران

والهيئة الشرعية في حمص وكذلك شرعية ريف دمشق؛ حيث ذهب القضاء الموحد بحلب لاعتماد القانون العربي

الموحد المدني والجزائي ليكون النص الواجب التطبيق لديها ، وكذلك تبنت مبدأ التقاضي على درجتين، والقضاء

الفردى في الصلح والبدائية أو الثلاثي في الجنابات والاستئناف والنقض، وعلى أن يكون في التشكيل محام وشيخ

شرعي وثالث من أحدهما ؛ نظراً لحالة التنازع بين القانونيين والشرعيين الممثلين للفصائل ذات الخلفية

الإسلامية، وفي محاولة من المحامين لجذب العاملين بالشأن القضائي وقتها باتجاه النصوص المقننة وتنظيم القضاء بهيكلية معاصرة .

كان لذلك أثر واضح في تراجع دور الفصائل في منظومة القضاء الناشئة وتشكل هيئات قضائية تتمتع بنوع من

الاستقلالية والتنظيم وحتى التمويل الذاتي أو المستقل، وعملت تحت مبدأ ما لا يُدرك كله لا يترك جُلَّهُ». ليطمايز العمل القضائي والكوادر حوله من نقابات المحامين الأحرار وروابط العلماء بتجربة قانونية وإدارية شكلت علامة فارقة خلال سنوات النزاع من ناحية تنظيم وإدارة شؤون المجتمع. نهاية عام 2017، وبعد تغيّر

خراط النفوذ وتدخل تركيا العسكري شمال سورية وانتشار قواتها ومسؤوليها على الأرض، ومع توافد المهجرين من جميع المحافظات السورية إلى شمال حلب مع تجاربهم وخبراتهم، ظهرت محاولات جديدة لتنظيم وإدارة شؤون المجتمع.

في تلك الأثناء تصدرت الحكومة المؤقتة المشهد، بدفع مباشر من تركيا، ولاحقاً تبنت الحكومة المؤقتة القانون السوري المطبق في الدولة السورية، مع تقديم توضيحات بجعل المرجعية الدستورية هي دستور 1950 وليس دستور 2012، والامتناع عن تنفيذ بعض القوانين التي تخص حزب البعث الحاكم والقوانين القمعية والقوانين الصادرة بعد عام 2011. لاحقاً بحلول عام 2020، انتهت المحاكم الفصائلية والمستقلة شمال حلب تماماً، لصالح مشروع

المحاكم التابعة للحكومة المؤقتة بالإشراف المباشر من تركيا، التي دعمت الوصول إلى هيكلية قضائية شبيهة بتلك التي كانت قائمة في الدولة السورية قبل عام 2011 م.¹⁹

مجالس الصلح ولجان التحكيم في الحالة السورية :

لمجالس الصلح ولجان التحكيم أهمية كبيرة وخاصة في الحالة السورية فاللجوء إلى التحكيم في الظروف الطبيعية من باب الاختيار، وذلك عندما يرى المتخاصمون أن موضوع النزاع بينهم يُحل بطرق تسودها المودة والتفاهم والاتفاق بعيداً عن القضاء الذي يتم اللجوء إليه عند استحكام الخلاف وانعدام التفاهم بين المتخاصمين، وهذا كله في ظل وجود القضاء وهيمنته وفي ظل استقرار الدولة ونظامها السياسي.

وتصبح الحاجة إلى التحكيم ضرورة عندما تدخل البلاد في حالة صراع، وانعدام الثقة بالدولة، وانتهيار المنظومة القضائية، وخروج أقاليم ومدن وقرى عن سلطان الدولة، وتتحول البلاد إلى ساحة حرب كما يحدث في سورية اليوم، والتي تشهد حرباً يشنها نظام مستبد على شعبه، ولأن الحياة مستمرة والناس تتأقلم مع ظروفها، يستمر التعامل بين الناس، فيبرمون العقود المختلفة بينهم، من عقود زواج وبيع وشراء وغيرها، ومن الطبيعي أيضاً أن تنشأ بينهم خلافات ومنازعات وادعاء الحقوق على بعضهم البعض، ومن قبل كان الناس يلجؤون إلى القضاء ليفصل بينهم أو التحكيم كخيار ثانوي، أما وقد انهارت الدولة وفقد القضاء وانعدمت الثقة به وبالدولة معاً، أصبح التحكيم ضرورة لا غنى للناس عنه لحل خلافاتهم وإنهاء خصوماتهم

فالتحكيم قريب الشبه بالقضاء في تحقيق العدل واسترداد الحقوق، وهو نوع من القضاء الاختياري بين

19 إعداد محمد سعيد المصري، "المنظومة القضائية في مناطق الحكومة السورية المؤقتة، دراسة تحليلية"، مركز جسور للدراسات ص 4 - 5

الخصوم، وكلاهما أداة لفض النزاعات وإنهاء الخصومات وتساعد في تخفيف الضغط عن المحاكم ودور القضاء وكانت مشروعية ذلك على المستويات جميعها الفردية والأسرية والجماعية والدولة، بدءاً من الإصلاح بين الأطفال في البيت إلى التوفيق بين الزوجين، فالأسر والقبائل والجماعات والدول، وقد جاءت بذلك النصوص الشرعية في القرآن الكريم والإرشادات النبوية ثم جاءت النصوص القانونية بتنظيم ذلك وترتيبه فأصبح من ضروريات الحياة والمجتمع، وصدرت فيه النظم والقوانين، ودعت إليه المنظمات والهيئات والجماعات والمصلحون، ومن هنا حرص وجهاء وقادة الرأي في المجتمع السوري - وخاصة في سياق الثورة السورية - على توجيه الناس إلى الحلول التوافقية بين المتخاصمين من خلال هذه المجالس لأن هذا باب من فروع القضاء كما ذكر ذلك عدد من الفقهاء ولما يحصل في هذا التوافق من مزايا إيجابية عن القضاء من توفير الوقت والاقتصاد في المال وتلاقي الحقد وسلامة القلوب، والابتعاد عن الشكليات والإجراءات الإدارية الملزمة لعمل القضاة، فإذا كان هذا في الظروف الطبيعية فالحاجة أصبحت أشد وأكبر في الحالة السورية الراهنة، فالمؤسسة القضائية الموجودة في مناطق سيطرة النظام والميليشيات الانفصالية غير موثوق بها وكذا في مناطق نفوذ هيئة تحرير الشام «جبهة النصرة»، والقضاء في المناطق السورية الآمنة تحت الإشراف التركي لم يرتق للمستوى المهني الذي كان قبل انطلاقة الثورة، كما أنه يفتقر للاعتراف الدولي في الوثائق الصادرة عنه، أما في مناطق الهجرة واللجوء لتركيا وأوربة فكثير من السوريين يتخرجون من التقاضي في محاكمها لتغير المنظومة القيمية المنعكسة على قوانينها ومخالفة كثير منها للشريعة الإسلامية وخاصة قوانين الأحوال الشخصية والأسرة من زواج وطلاق وولاية وقوامة...²⁰

نماذج واقعية لتعامل المحاكم التركية مع الوثائق الصادرة عن مراكز التحكيم والقضاء السوري :
أجريت لقاءً مع مدير مركز التحكيم الأسري في غازي عنتاب، الأستاذ عمار طاووس²¹، حيث سألته عن بعض

الحالات التي قبلت فيها المحكمة التركية البروتوكول (الوثائق) الصادرة عن مركز التحكيم في غازي عنتاب،

فذكر لي بعضاً من هذه الحالات :

الحالة الأولى: قبلت فيها المحكمة الوثائق والبروتوكول .

لقد تلقيت قضية تتعلق بحالة استمرت لفترة طويلة، حيث كانت القضية في مقام الدعوة، وتم الاتفاق لاحقاً بين الطرفين على إجراء مخالعة رضائية. قمت بدوري بالتدخل كحكم بين الطرفين بناءً على موافقتهم المسبقة على

التحكيم، وصغت صيغة المخالعة الرضائية بعد صياغة الاتفاق، سلمته لمحاميين الطرفين، وقاما بدورهما بترجمتها إلى اللغة التركية مع إجراء تعديلات إجرائية تتماشى مع النظام القانوني المحلي. تضمنت هذه التعديلات الصياغة الإجرائية مثل تحديد مدة الاعتداد .

20 الباحث عمار طاووس «قضاء الضرورة بين الشريعة والقانون السوري دراسة تأصيلية ميدانية معاصرة»، ص 45 كلية العلوم الإسلامية في جامعة المدينة العالمية الماليزية، (2022).

21 عمار طاووس باحث في مرحلة الدكتوراة في قسم الشريعة والقانون، محكم وخبير في التحكيم المالي والأسري، مدير فرع رابطة العلماء السوريين في غازي عنتاب.

بعد الطلاق وأمور متعلقة بالفترة القانونية للتوثيق. ومع ذلك، لم تشمل الصياغة بعض الجوانب الأخلاقية أو السلوكية التي يمكن أن تعزز إنهاء الخلاف بطريقة مرضية للطرفين، كالتأكيد على طي صفحة النزاع وإنهاء الخلاف بروح التفاهم .

المحكمة المعنية في هذه القضية هي محكمة مدنية، ولا تأخذ بعين الاعتبار البنود الأخلاقية أو الدينية في قراراتها ، إذ تركز المحكمة على الجوانب الإجرائية والمالية التي تُعتبر أساساً قانونياً للحكم .

في هذه الحالة، تم قبول صيغة المخالعة الرضائية بناءً على البروتوكول المعتمد لديهم، حيث تضمنت البنود الإجرائية والشروط المالية اللازمة. بعد ذلك، قام الطرفان بترجمة الاتفاق إلى اللغة التركية واعتماده. ومع ذلك، لا يُسمح لديهم بنقل العقد كما هو وترجمته دون الالتزام بالإجراءات القانونية المدمجة في النظام القضائية لديهم .

الحالة الثانية : رفضت فيها الوثائق الصادرة عن محكمة أعزاز .

في إطار التعامل مع الإجراءات القانونية المتعلقة بتسجيل الأحوال الشخصية، قمت بترجمة دفتر العائلة وعقد الزواج الصادرين عن محكمة أعزاز القضائية في سوريا، وهي محكمة تتبع للوصاية التركية. بعد الترجمة، قمت

بتوثيق هذه المستندات لدى كاتب العدل (النوتر) في تركيا، ثم قدمتها إلى إحدى المؤسسات التركية. ومع ذلك، قوبلت هذه المستندات بالرفض، حيث اشترطت المؤسسة الحصول على دفتر عائلة صادر عن النظام السوري

حصراً ومصدق من القنصلية السورية .

على إثر ذلك، قمت بتوكيل شخص داخل سوريا الواقعة تحت سيطرة النظام لإحضار المستندات المطلوبة بعد استلام الأوراق، توجّهت إلى القنصلية السورية في إسطنبول وقمت بتصديقها. ثم قَدِّمت المستندات المصادق

عليها إلى المحكمة التركية، وبعد ذلك اضطررت إلى إجراء عقد زواج جديد لدى السلطات التركية ليتم قبوله من

قبل المؤسسة المعنية. بلغت التكلفة الإجمالية لهذه الإجراءات حوالي 550 دولاراً .

أشير إلى أنني لم أرغب في التعامل مع القنصلية السورية أو الدخول إليها، ولكنني اضطررت لذلك بسبب القيود

القانونية المفروضة. الجدير بالذكر أن هذه المشكلة تواجه الكثير من السوريين، حيث لا تُقبل المستندات الصادرة عن المحاكم الواقعة تحت الوصاية التركية، مثل دفتر العائلة الصادر عن محكمة أعزاز، في المؤسسات الرسمية التركية. ويُشترط وجود وثائق صادرة عن النظام السوري ومصدقة من السفارة أو القنصلية السورية في تركيا .

صور التحكيم من دول اللجوء ومن الواقع السوري :

_ وصورته الأولى كانت بأن يقوم المتخاصمون بالاتفاق على شخص معين، يعرضون عليه الموضوع المتنازع فيه ويتفقون على الرضى بما يحكم بينهم، فيقوم كل طرف برواية الموضوع حسب تصوره له مبيناً النقاط المهمة التي يعتقد أنها تؤكد أنه صاحب الحق.

يقوم المحكم بينهم باختيار عدة أشخاص يشاورهم في الأمر، ويقلبون النظر فيه ثم يجتمعون ويصدرون قرارهم في الموضوع مبينين الحق، وإذا كان الأمر يستدعي كثيراً كانوا يطلبون من أحد الخصوم أو كلاهما، بإحضار كفيل يكفل تطبيق القرار الذي سيصدر، وتنتهي المنازعة ويفض الخلاف على هذا النحو الذي ذكرنا

_ والصورة الثانية كانت بالذهاب إلى الهيئات الشرعية التي تتبع للقوى والفصائل المسيطرة على المدن المحررة من نظام الأسد أو المحاكم، والتحاكم أمامها في موضوع النزاع، هذا بالنسبة للداخل السوري.

صور التحكيم في دول اللجوء :

_ تكرررت الصورة الأولى التي ذكرتها من صور التحكيم في الداخل السوري بين السوريين والإجراءات ذاتها .

_ أما الصورة الثانية: تمثلت بإحداث مراكز للإصلاح والتحكيم تُعنى بأحوال السوريين في دول اللجوء فتقدم لهم الخدمات والنصح والإرشاد، كمرکز الإصلاح الأسري²² تحت إشراف رابطة العلماء السوريين.²³ وفي مكتب التحكيم في غازي عنتاب الإجراءات الإدارية فيه كالتالي :

_ تحكيم فقط بدون متابعة التنفيذ، عند الحنفية والأصح عند الشافعية والأصح عند الحنابلة. مهمة الحكّمين الإصلاح لاغير. فإذا نجح فيه فيها ونعمت وإلا يترك الزوجان لإنهاء النزاع بالمصالحة أو بالصبر أو بالطلاق أو بالمخالعة وليس للحكّمين التفريق بين الزوجين، إلا أن يفوض الزوجان إليهما ذلك²⁴، (ولأن الحكم عندنا إنما يصلح فقط وليس له إيقاع الطلاق فهو وكيل)²⁵. بخلاف المالكية للحكّمين أن يجمعوا وأن

22 الباحث أحمد الشيخ أحمد، "التحكيم ومعالجته لمشكلات السوريين في دول اللجوء"، ص 62 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الزهراء، غازي عنتاب (2019).

23 هيئة علمية دعوية مستقلة، ذات شخصية اعتبارية، عضو الاتحاد العالمي لعلماء المسلمين تأسست في عام 2006م، برئاسة الشيخ محمد علي الصابوني، وفي عام 2011م بدأت الرابطة العمل القرآني في المخيمات في تركيا.

24 الباحث ياسر محمد مصطفى جابر، "التحكيم بين الزوجين دراسة فقهية تطبيقية مقارنة بقانون الأسرة القطري"، ص 80 يونيو 2018.

25 ابن نجيم زين الدين، "البحر الرائق"، ج 7 ص 25، بيروت دار الكتب الإسلامي الطبعة الثانية.

يفرّقا وهو قول مالك وأصحابه²⁶.

تحكيم وتنفيذ على صورتين : الأولى بدون متابعة قضائية والثانية بمتابعة قضائية وذلك بتسجيل الصك في القضاء

تحكيم ورفض التنفيذ من الخصوم والذهاب إلى المحاكم والقضاء التركي .

كثير من السوريين هاجر خارج بلده فخضع لأنظمة قانونية ومنظومة قضائية تختلف قيمها ومشرها ومصدرها عما يؤمن به و يعتقد، سواء في مجال الأسرة والأحوال الشخصية أو غيرها ، ومن هنا تظهر الحاجة الماسة للتحكيم كأداة لحل مشكلات السوريين إن كان في داخل سوريا أو خارجها .

الأزواج الذين يهاجرون معاً لديهم معدل طلاق %19.8، وهو أعلى من الأزواج الذين لم يهاجروا أو الذين يهاجر أحدهم فقط.²⁷

ويمكن للقضاة ان يعملوا كمسهلين للتعاون بين الاطراف ويشجعوا المشاركين والمساهمين على العمل معاً لحل المشكلات الاساسية ويشجعوا على استخدام الفطرة السليمة بدلا من النهج القانوني لحل المشكلة

ولاتزال هناك أدلة على التباين في النهج القضائي في قضايا اللاجئين وعدم تقدير المشاكل التي يواجهها اللاجئين وكيف تظهر هذه المشاكل.²⁸

التأكيد على أهمية وجود قوانين تنظيمية تضمن حقوق المرأة في الحصول على النفقة ودعم الأطفال بعد الطلاق.

هذه القوانين تعد آلية لتقليل الفجوة الاقتصادية بين الزوجين بعد الانفصال.

يتم تحديد النفقة بناءً على دخل الزوج وحاجة المرأة، مع مراعاة عدد الأطفال وتكاليف إعالمتهم.

فنحن بحاجة إلى القوانين التي تضمن العيش الكريم للمرأة والأطفال ، فبعض النساء قد يواجهن تحديات قانونية أو اجتماعية تمنعهن من الحصول على الدعم المالي.. لذلك نحن بحاجة لتحسين القوانين وجعلها أكثر عدالة وفعالية، مع التركيز على ضمان التنفيذ العادل...فالدعم المالي والقانوني أن يخفف من التأثير الاقتصادي السلبي للطلاق على المرأة، ومن الضروري تحسين هذه الآليات في مختلف السياقات الاجتماعية.²⁹

نماذج واقعية تبرز أثر التحكيم في حل النزاعات الأسرية :

القضايا الواقعية التي سأعرضها تُعد تجسيدا حياً للتحديات الاجتماعية والقانونية التي تواجهها الأسر السورية في تركيا. تسلط هذه الحالات الضوء على الدور المحوري لمراكز التحكيم في تحقيق العدالة ورد

26 ابن رشد محمد بن أحمد، "بداية المجتهد"، ج3 ص117، القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٤م.

27 جيمس وفيريس، "حل النزاعات في قانون لم شمل أسر اللاجئين، هل يمكن للوساطة أن توفر حلاً علاجياً أكثر"، ص 8، المجلة الأوروبية للقضايا القانونية الحالية، كاتي 2021.

28 European Journal of Current Legal Issues, "Dispute Resolution in Refugee Family Reunion Law. Could Mediation Provide a More Therapeutic Solution?", *Sheffield Hallam University MARSON, James and FERRIS, Katy* (2021).

29 Caarls, Kim, and Mazzucato, Valentina. "To Divorce? Ghanaian Couples in Ghana and Abroad." *Population-E*, vol. 70, no. 1, 2015, pp. 127–152.

المظالم وتوفير حلول عملية تُنقذ أسر اللاجئين من معاناة قد تطول لولا وجود هذه الهيئات.

في قضية إيمان وسمر، نجد أشكالاً مختلفة من النزاعات الزوجية وما يترتب عليها من آثار نفسية واجتماعية، مع التركيز على كيفية تدخل مركز التحكيم، لتقديم الدعم اللازم. هذه القصص ليست مجرد سرد لأحداث شخصية، بل هي واقع يعكس أهمية وجود مراكز التحكيم في بلاد اللجوء لإنقاذ مئات وربما آلاف الأسر من التشتت والضياع، وتعزيز الوعي الديني والاجتماعي عندهم وتقديم الاستشارات اللازمة لهم .

1_ سمر حاصلة على ليسانس من جامعة كِلَس، وكانت الزوجة الثانية لرجل أنجبت منه طفلين. تركها الزوج وسافر إلى أوروبا على أمل لِمَ الشمل بعد سنة، غير أن المدة طالت أكثر من ذلك، ولم يتمكن الزوج، لظروف قانونية، من العودة إلى تركيا. لجأت سمر إلى مركز التحكيم، الذي نظر في القضية ودرسها بعناية، فتوصل إلى نتيجة تفيد بعدم إمكانية استمرار الزواج. وعليه، أحال المركز القضية إلى المحكمة الشرعية في أعزاز، سوريا، التي أصدرت حكمها بالتفريق بين الزوجين.

قالت سمر، موضحة سبب رجوعها إلى مركز التحكيم: لولا مراجعتي لمركز التحكيم ورؤية المركز عدم إمكانية استمرار الزواج، وبالتالي تحويل القضية إلى المحكمة الشرعية في أعزاز التي أصدرت حكمها بالتفريق والطلاق، لما استطعت الحصول على الطلاق. كنت سأتقاضي لسنوات منتظرة دون تفريق. أستطيع القول: كل الشكر لهم على دراستهم لقضيتي ومتابعتها حتى تم الفصل فيها. وكل هذه المتابعة، والمراجعات، والاستشارات، كانت بالمجان. لهم مني جزيل الشكر.

2_ إيمان شابة في العشرين من عمرها، تحمل شهادة التعليم الثانوي، خاضت تجربة زواج بعقد شرعي أبرم خارج أروقة المحكمة. بدأ الزواج في بدايته مستقراً، ولكن سرعان ما انكشفت طباع الزوج السيئة وأخلاقه المتدنية، مما أدى إلى تفاقم المشكلات بينهما. ورغم ذلك، صبرت وتحملت قسوة الحياة الزوجية، لأجل طفلها الذي أنجبته من هذا الزواج.

غير أن الزوج ساءت أخلاقه ومعاملته لي بشكل كبير في الأيام الأخيرة من زواجنا فوقع بشر أعماله ارتكب جريمة قتل، وأدين بها أمام القضاء التركي، فصدر بحقه حكم بالسجن المؤبد. وجدت إيمان نفسها في موقف عصيب، بين زواج لا أمل فيه وبين حياة معلقة، لا سيما في ظل غياب الزوج. ومع تعقد الظروف، قررت اللجوء إلى مركز التحكيم طلباً للحل.

أدرك المركز، بعد دراسة مستفيضة للقضية، أن استمرار هذا الزواج ضرب من المستحيل، فأوصى بالتفريق بين الزوجين. تم تحويل القضية إلى محكمة أعزاز، حيث أصدرت حكمها بالتفريق، ووضعت حداً لمعاناة إيمان التي امتدت منذ عام 2017.

وأوضحت إيمان: لولا لجوئي إلى مركز التحكيم وسماع حيثيات مشكلتي وخبرتهم في تقديم الاستشارات كنت سأبقى مجبرة بانتظار مصير زوجي المجهول... حيث المحكمة إن المحكمة التركية لا تستقبل حالتي ولن تقبل رفع دعوى طلاق بسبب عدم إجراء عقد زواجنا بشكل يتناسب مع القانون التركي. لقد كان المركز بمثابة طوق نجاة خلصني من هذه المصيبة التي أثقلت كاهلي.

من منظور قانوني، يعد مركز التحكيم أداة فعالة في تعزيز الاستقرار الأسري والاجتماعي، خاصة في المجتمعات التي تواجه تحديات قانونية أو غياباً جزئياً للمؤسسات الرسمية. تأثيره على الحياة الأسرية يتجلى في قدرته على حل النزاعات الزوجية بطريقة مرنة وسريعة، مما يخفف من وطأة الإجراءات القضائية المطولة في حالة مثل قضية إيمان، يظهر الدور المحوري لمركز التحكيم في توفير بيئة توازن بين العدل والرحمة،

مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الإنسانية والاجتماعية للأطراف. من خلال تسهيل إجراءات الفصل بين زوجين في وضع مستحيل الاستمرار، يقدم المركز حلاً عملياً تُجنب الأسرة مزيداً من التفكك أو الظلم.

كما يساهم المركز في تعزيز الثقة المجتمعية ببدائل قانونية تُراعي القيم المحلية والثقافية، مما يجعله ركيزة أساسية لتحقيق العدل ورد الحقوق لأصحابها. نجاحاته تبرز خصوصاً في دعم الفئات المستضعفة، كالأمهات والأطفال، وحمايتهم من التدايعات السلبية للنزاعات الأسرية.

من هنا، يظهر أن دور مركز التحكيم لا يقتصر على كونه جهة قضائية بديلة، بل يتجاوز ذلك ليصبح أداة فعالة لإعادة بناء النسيج الاجتماعي والحفاظ على استقرار المجتمع في أوقات الأزمات.

مما سبق نجد أن أكثر المعوقات والصعوبات التي تواجه مراكز التحكيم هي :

1. ضعف التمويل والدعم المالي: معظم مراكز التحكيم تعتمد على التمويل الذاتي أو دعم محدود من المنظمات الإنسانية، مما يؤثر على استمراريتها وقدرتها على التوسع وتجويد عملها وتطوير أدواتها

2. نقص الكوادر المؤهلة: يواجه التحكيم تحدياً في إيجاد محكمين مؤهلين ذوي خبرة كافية، خصوصاً في ظل الحاجة لمعرفة دقيقة بالقوانين المحلية والدولية وتدفق سير عمليات الصلح والتحكيم الإجرائية.

3. عدم الاعتراف الدولي: تفتقر بعض مراكز التحكيم، خاصة في مناطق النزوح واللجوء، إلى الاعتراف الرسمي من المجتمع الدولي، مما يحد من شرعية قراراتها.

4. تباين القوانين والأنظمة: وجود اختلافات بين القوانين المحلية للدول المضيفة (مثل تركيا) والقوانين السورية يخلق تحديات في تطبيق الأحكام.

5. غياب الإطار القانوني الموحد: عدم وجود إطار قانوني واضح وموحد ينظم عمل مراكز التحكيم يسبب تضارباً في الإجراءات وتفسيرات الأحكام.

6. الانتقال إلى الثقة: بعض الأطراف المتنازعة قد تتردد في اللجوء للتحكيم بسبب غياب الثقة بفعالية وحيادية هذه المراكز والأشخاص القائمين عليها.

7. تحديات التنفيذ: حتى بعد إصدار أحكام التحكيم، قد يواجه الأطراف صعوبة في تنفيذها بسبب نقص الدعم القضائي أو رفض الأطراف الالتزام.

8. قيود الموارد البشرية: بالإضافة إلى نقص الخبرة، تعاني المراكز من قلة العدد الكافي من المحكمين لتلبية الطلب المتزايد على خدماتها.

9. محدودية التوعية: عدم معرفة اللاجئين والمجتمعات المستهدفة بأهمية التحكيم ودوره كبديل للقضاء الرسمي.

10. ضغوط خارجية: في بعض الحالات، قد تتعرض مراكز التحكيم لضغوط سياسية أو اجتماعية تؤثر على حيادها واستقلاليتها.

و يمكن مواجهة هذه المعوقات من خلال تعزيز التعاون الدولي، تطوير الكفاءات، وتوفير الدعم المالي والتقني اللازم لهذه المراكز.

صك الصلح والتحكيم وأسأعرض بشكل عملي صك صلح تم التحكيم فيه في مكتب غازي عنتاب ،
وسأضع صورة عن صك مخالعة رضائية يوضح النموذج كيفية وطريقة المخالعة في مكتب غازي عنتاب .

بسم الله الرحمن الرحيم

صك مخالعة رضائية

الطرف الأول " الزوج "	الطرف الثاني " الزوجة "
الاسم:	الاسم:
اسم الأب:	اسم الأب:
اسم الأم:	اسم الأم:
الولادة:	الولادة:
رقم الهوية:	رقم الهوية:
العنوان: تركيا - غازي عنتاب	العنوان:
الهاتف:	الهاتف:

المقدمة: لما كان كل من الطرفين زوجاً شرعياً للأخر بموجب عقد الزواج الشرعي المسجل في المحكمة الشرعية بحلب بتاريخم.....م، ولديهما ولدان:م مواليد هاتاي م مواليد غازي عنتابم وبتوافق الطرفين لفك عرى الزوجية بينهما عن طريق المخالعة الرضائية - رغم عقد عدة لقاءات ومحاولات للإصلاح والتوفيق بينهما- وكون الحياة الزوجية أصبحت متعذرة الاستمرار بينهما لذلك اتفقت إرادتهما على ما يأتي:

1. تعتبر مقدمة هذه المخالعة الرضائية جزءاً لا يتجزأ منه.
2. قالت الزوجة: يا زوجي السيد بن..... لقد خالعتك من عصمتي وعقد نكاحي بك وعلى براءة ذمتي من كافة الحقوق الزوجية الشرعية والمدنية بما فيها معجل المهر ومؤجله والأشياء الجاهزية والحليّ والمصاغ الذهبي، والنفقة الزوجية ونفقة العدة ومن أي حق أو مطلب شرعي أو مدنيّ نجّم عن عقد زواجي بك، وأنا بدوري أبرئك براءة تامة من كافة الحقوق الزوجية.
3. وقد خاطبها الزوج فوراً وفي نفس المجلس: يا زوجتي..... بنت، لقد قبلت هذه المخالعة الرضائية معك وعلى هذا القول، وإنني أبرئك من كافة حقوقي الزوجية الشرعية والمدنية من معجل المهر ومؤجله والأشياء الجاهزية والحليّ والمصاغ الذهبي، والنفقة الزوجية ونفقة العدة، وإنني أبرئك من أي حق ومطلب نجم أو قد ينجم عن عقد زواجي بك وعن كل ما يفرع عن هذه المخالعة.
4. وفي مجلس العقد تبادل الطرفان ألفاظ هذه المخالعة، ووقع كل منهما بذيل هذه المخالعة إشعاراً بالموافقة عليهما وهما متمتعان بإرادة حرة وبحضور الشاهدين الموقعين ذيلاً، وإنّ الفريقين يسقطان حقهما بالادعاء أمام القضاء أو جهات التحكيم وتكذيب الإقرار.
5. تكون حضانة الأولاد للأُم مالم تتزوج أو تغير مكان إقامتها، وتستحق بذلك نفقة شهرية للأولاد وقدرها (250 \$) مانتان وخمسون دولار أمريكي أو ما يعادلها بالقيمة للعملة المحلية، يدفعها الطرف الأول وتسلم أول كل شهر ميلادي لقاء النفقات المعاشية اليومية المعتادة ويضاف لذلك: الكسوة في المواسم المعتادة، وكذلك نفقات الطبابة والتعليم بالاتفاق والتوافق بين الطرفين.
6. يتعهد الطرف الثاني بالاستجابة بتمكين الطرف الأول من التواصل مع الأولاد عبر وسائل التواصل المتاحة وزيارة الأولاد لوالدهم صباح يوم السبت 12.00 حتى 08.00 مساءً، وتراعى الظروف الاستثنائية للطرفين وبما يتوافقان عليه بروح من المودة والرحمة والثقة المتبادلة بين الطرفين.
7. يتعهد الطرفان بالتعاون معاً على العناية بالأولاد وحمائيتهم من أي إيذاء نفسي أو جسدي أو اجتماعي، ويتوجههم لير

والديهم، وبالعناية التعليميّة والتربوية والدينية وتسجيلهم بالمدارس والمعاهد المناسبة، وعلى دمجهم في محيطهم الاجتماعي وتوجيههم لصلة أرحامهم وأسرتهم الكبيرة.

8. تبقى الولاية القانونية للطرفين - حال بقائهما بتركيا- ويتم التعاون بينهما بما يحقق مصلحة الأولاد.
 9. نسري البنود الخاصة بالحضانة ونفقاتها وما يتعلق بها مادامت إقامة الطرفين في غازي عنتاب وعندما يستجد ظرف جديد فيتم اتفاق جديد بوقته وبما يتناسب مع المستجدات.
 10. تعهد الطرفان بالاستجابة لفك الارتباط الزوجي لدى الجهات التركية والسورية الرسمية ويتحمل الطرف الأول نفقة تلك الإجراءات القانونية.
 11. وقّع الطرفان صك مخالعة رضائية (برتوكول طلاق بالتراضي) في محكمة العائلة 3 في عدلية غازي عنتاب بتاريخ.... وتبقى هذه النسخة - العربية - هي الأصل المعمول به بين الطرفين.
 12. أقرت الزوجة بأنها غير حامل وأن دورتها منتظمة.
 13. تلتزم الزوجة بالعدة الشرعية من تاريخ التوقيع على هذا الصك وتبادل الألفاظ.
 14. تعهد الطرفان باحتساب مصابهما عند الله وتصفية القلوب إرضاء لله تعالى. ويحفظ خصوصيات العلاقة الزوجية السابقة المادية والمعنوية أمام القانون والمجتمع، ومسح كافة الصور والمحادثات بينهما، ويكون التواصل بين الطرفين مبنياً على الثقة الاحترام العالي وبما يحقق مصلحة الأولاد.
 15. تعهد الفريقان بعدم التشهير بالخلافات والمشاكل الزوجية وطبّهما أمام الأولاد والأسرتين والناس كافة.
 16. تعهد الطرفان بإغلاق الدعاوى المفتوحة وعدم رفع كافة الدعاوى الشرعية والمدنية والجنائية والجزائية والشكاوى أو التهديد بذلك مستقبلاً، أمام دوائر الشرطة والمحاكم وأمام المجتمع لأية دعوى ناتجة عن العلاقة الزوجية السابقة، في سورية وتركيا أو أية مكان آخر.
 17. قرأ كل من الفريقين البنود السابقة وفهماها بنبدأ بنبدأ وفهما مضمونه، وهما يتمتّعان بكامل الأهلية الشرعية والقانونية وبحضور الشهود المذكورة أسماؤهم وذلك بتمام الساعة الثانية ونصف ظهراً في يوم الجمعة بمدينة غازي عنتاب.....م.
 18. حرر هذا الصك على ثلاثة نسخ احتفظ كل فريق بنسخته مع نسخة الشهود.
- ولهذا الصك مزايا كثيرة فلقد تم إثبات المخالعة وتسجيلها بحضور شهود وثببت الحضانة للأم مالم تنزوج مع تحديد النفقة وقدرها ، وتم تحديد آلية زيارة الأولاد وتحديد الأيام والساعات ، وتعهد الطرفان بحفظ الخصوصيات
- ومسح الصور والمحادثات والتعهد بإغلاق كل الدعاوى المفتوحة وتم ذلك بحضور الشهود ..

بسم الله الرحمن الرحيم

صك طلاق وتفويض بالصلح والتحكيم

الطرف الأول الزوج: ... بن ... والدته ...، مواليده حلب ...م يقيم في غازي عنتاب ويحمل كيمليك ... رقم هاتف ...

الطرف الثاني الزوجة: ... بنت ... والدتها ...، مواليده حلب ...م يقيم في غازي عنتاب وتحمل كيمليك ... رقم هاتف ...

المقدمة

لما كان كل من الطرفين زوجاً شرعياً للآخر بموجب عقد الزواج العرفي المنعقد..... - تركيا بتاريخ، ولديهما ولد وبنت وحيث حصلت خلافات زوجية وتعذر استمرار الحياة الزوجية بينهما فاتفقت إرادة الطرفين على التسريح بإحسان والامتنال لأمر الله تعالى ((فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ)) وحيث يوجد بين الطرفين حقوق مالية لذلك اتفقت إرادتهما على حل هذا الخلاف المالي والمترتب على العلاقة الزوجية بواسطة التحكيم الشرعي وفق الأسس الآتية:

1. تعتبر مقدمة هذا الصك جزءاً لا يتجزأ منه ويرجع إليه في تفسير مواده وأحكامه.
2. تسمية لجنة شرعية مكونة من الأستاذ والأستاذ والأستاذ لحل هذا الخلاف
3. القانون الواجب التطبيق: أحكام الشريعة الإسلامية والعرف الجاري وقانون الأحوال الشخصية السوري الذي يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.
4. لجنة الصلح والتحكيم معفاة من التقيد بقانون مدني وإجراءات التقاضي المتبعة في المحاكم، ولهم عقد جلسات التحكيم في المكان والزمان الذي يحدده.
5. على الفريقين تقديم مذكرة خطية تفصيلية مع جميع الوثائق والمستندات في أول جلسة تقررها اللجنة
6. لغة التحكيم هي اللغة العربية، على أنه ليس هناك ما يمنع من تقديم الوثائق بلغتها الأصلية مع إرفاق ترجمة لها باللغة العربية، كما سيصدر صك التحكيم باللغة العربية أيضاً.
7. مدة التحكيم: شهر قابلة للتجديد شهراً واحداً أيضاً وتبدأ المدة بتاريخ توقيع الطرفين على هذا التفويض
8. تعهد السيد ... بن محمد والدته ... مواليده ...م. بدفع مايتوجب من حقوق مالية نتيجة التحكيم. بصفته كفيل عن الطرف الثاني.
9. إن الطرفين - وبحضور الشهود - أشهدوا الله تعالى على تفويض اللجنة وعلى القبول المطلق والرضا التام بتنفيذ قرارات لجنة الصلح والتحكيم فور صدوره على اعتبار أنه قرار قطعي مبرم أيأ كانت النتيجة وبدون أي تحفظ أو تعليق على أية كلمة أو قرار أو توصية، ويعتبر هذا التفويض بمثابة إقرار مسبق عن كل ما ستصدره اللجنة، وما ينتج عنه من آثار مالية وأخلاقية، على اعتبار أن قرار اللجنة منبثق من الشريعة الإسلامية ومن خلال ثقة الطرفين بأمانة اللجنة ودمتها ومهنتها المعروفة. وأشهدوا الله تعالى على ذلك أيضاً.

10. حرر هذا الصك على نسخة واحدة تبقى عند لجنة التحكيم ويأخذ صورة عنها أصحاب العلاقة.
الطرف الأول الطرف الثاني الشاهد الأول (وبصفته كفيل عن الطرف الثاني) الشاهد الثاني

عضو اللجنة (.....) عضو اللجنة (.....) عضو اللجنة (.....)

في هذا الصك تم ذكر البيانات كاملة وتم تحديد المدة ولم تبقى مفتوحة وبوجود شهود ووجود كفيل وكذلك فيه الإغلاظ في قضية التفويض وإشهاد الله عزوجل على هذا التفويض .

التبعات القانونية والإجرائية لقرارات مراكز التحكيم بين التنفيذ والتطبيق :

_ هذا الصك السابق مع عقد الزواج الرسمي في تركيا يمكن أن يُترجم ويُقدّم لمحاكم العائلة التركية .
_ وإذا كان عقد الزواج تم في المحاكم الواقعة تحت سيطرة ونفوذ سلطة الأسد ، فيُسجّل في القنصلية السورية

مباشرة من قِبل صاحب العلاقة شخصياً أو يُسجّل بالوكالة عنه .

وهناك حالات بعد صدور هذا الصك تم تسجيله وقبوله في محاكم النظام في سوريا وسجّل مباشرة من قِبل صاحب العلاقة شخصياً أو بالوكالة عنه.

وكذا إذا كان عقد الزواج في المحاكم الشرعية في الشمال السوري المحرر في المناطق الخارجة عن سلطة الأسد

، فيُقبل فيها.

ويجدر بالذكر أن عموم المؤسسات التركية لا تقبل عقد الزواج من السوريين ما لم يكن قد جرى العقد في البلديات التركية أو كان موثقاً لدى النظام السوري.

في حال رفض أحد الأطراف القبول بقرارات وتوصيات مكتب التحكيم يُصار إلى القضاء في تركيا أو القضاء في الداخل السوري .

في حال كان عقد الزواج مُسجّل في البلدية في تركيا يستطيع رفع دعوى في المحاكم التركية .

في حال كان عقد الزواج عند النظام السوري غالباً تستقبل المحاكم التركية ومحاكم سلطة الأسد هذه الدعوى .

أما في حال كان عقد الزواج في المناطق المحررة أو بعقد خارجي حصراً تذهب هذه الدعاوى إلى محاكم الشمال

السوري المحرر وفيها يتم التعامل مع هذه الدعاوى كما يمكن التنويه أيضاً بأن كل الوثائق الصادرة عن مؤسسات المناطق المحررة لا تعتمد في معاملات الرسمية.

نتائج ومقترحات:

تفكك المنظومة القضائية لنظام الأسد ألجأ الناس في سوريا إلى البحث عن بديل وبالتالي كان سبباً للحاجة إلى التحكيم.

اختلاف القيم والقوانين في دول اللجوء هو من الأسباب التي دعت السوريين إلى التحكيم. فاتهموا إلى التحكيم الأسري لحل النزاعات سواء في الأمور العائلية أو القضايا التجارية والشخصية، حيث يتفق الطرفان على تحكيم شخصية أو لجنة مختصة لحسم الخلافات.

بدأ التحكيم في بلاد اللجوء أولاً في المجالس الخاصة ومن ثم في المراكز المتخصصة التي أنشئت في بلاد اللجوء مثل تركيا، كمراكز التحكيم والإصلاح الأسري التي أنشأتها رابطة العلماء السوريين في تركيا ولها دور كبير في تيسير حياة السوريين، من خلال تقديم حلول قانونية وشرعية للنزاعات الأسرية وغيرها

ومن أبرز مميزات مراكز التحكيم الأسري في تركيا الاستناد الكامل في جميع الإجراءات والقرارات على الشريعة الإسلامية مما يمنحها مصداقية وقبولاً واسعاً لدى الأطراف والكفاءة والسرعة في حل النزاعات بعيداً عن التعقيدات القضائية الرسمية وبالتالي اختصار للتكاليف واختصار للوقت والمساهمة في الحد من النزاعات الأسرية.

ولكن رغم نجاحات هذه المراكز إلا أنها تواجه صعوبات وتحديات منها نقص التمويل وعدم الاعتراف القانوني بقراراته في أكثر الحالات، والحاجة المستمرة لتأهيل الكوادر العاملة فيه لإمكانية التعامل مع القضايا المعقدة.

التوصيات : وأرى أنه لا بد من :

1. ضرورة العمل على صياغة قانون تحكيم موحد يتناسب مع متطلبات اللاجئين، مستنداً إلى الشريعة الإسلامية ويكون مستمكلاً بالشكل والموضوع لقانون الأحوال الشخصية، وإدراج التحكيم ضمن القوانين المعترف بها محلياً لضمان تنفيذ الأحكام بسهولة.

2. تطوير الكوادر البشرية، وذلك بإنشاء برامج تدريبية متخصصة لتأهيل المحكمين والقضاة على القوانين المحلية والدولية، مع التركيز على القيم الشرعية وإجراءات التحكيم. استقطاب فقهاء ورجال قانون لضمان جودة الأحكام وحياديتها.

3. السعي نحو اتفاقيات تعاون مع الحكومات المضيفة والمنظمات الدولية لتقوية الاعتراف بمحاكم التحكيم وضمان تنفيذ قراراتها، التعاون مع المؤسسات الشرعية والقانونية في دول اللجوء لتقديم الدعم الفني والقانوني

4. توفير الدعم المالي المستمر بإنشاء صناديق دعم مخصصة لمراكز التحكيم بتمويل من الجهات المانحة والمنظمات الإنسانية لضمان استمرارية العمل والتواصل مع المؤسسات الوقفية والخيرية لدعم هذه المراكز، خاصة المؤسسات المختصة بالقضايا الاجتماعية وقضايا الأسرة.

5. استخدام تقنيات وأنظمة إلكترونية لتوثيق إجراءات التحكيم وحفظ السجلات لتسهيل الوصول إليها، وتطوير آليات إلكترونية لتقديم الطلبات وحل النزاعات عن بُعد لتجاوز صعوبات التنقل بين الولايات التركية بالنسبة للسوريين.

6. زيادة الوعي الديني والاجتماعي وإطلاق حملات توعية للتعريف بدور مراكز التحكيم ومزاياها في

حل النزاعات، خصوصاً في القضايا الأسرية، تنظيم ندوات ودورات تدريبية تستهدف اللاجئين لتوضيح آليات التحكيم وحقوقهم القانونية.

7. العمل على استقلالية مراكز التحكيم عن أي جهات سياسية أو حزبية لضمان نزاهة الأحكام، ووضع آليات لمراقبة المحكمين والتأكد من التزامهم بالمعايير الأخلاقية والمهنية.

8. توسيع نطاق العمل: تأسيس مراكز تحكيم جديدة في المناطق التي يكثر فيها اللاجئين لتغطية أكبر عدد ممكن من القضايا. وتوسيع الاختصاصات لتشمل قضايا جديدة مثل المنازعات التجارية والعقارية بجانب القضايا الأسرية.

9. السعي لإدراج مراكز التحكيم ضمن المنظومات القانونية الدولية وتقديم أحكام التحكيم بصياغة تتوافق مع المعايير الدولية لتسهيل الاعتراف بها.

10. ربط التحكيم بالقيم الشرعية: التأكيد على أن التحكيم هو امتداد للشريعة الإسلامية في تحقيق العدالة وحفظ الحقوق، مما يعزز القبول الشعبي لهذه المراكز. وتطبيق مبادئ الصلح والمرونة الشرعية في الإجراءات لإيجاد حلول عادلة ومرضية للطرفين.

11. إيجاد وسائل ردع للأشخاص والمراكز التي تعمل بدون مؤهلات شكلية ولا موضوعية .

12. القيام بحملات إعلامية وإعلانية لمناصرة مراكز التحكيم .

13. مساهمة قيادات الرأي والوجهاء المجتمعيين في نشر ثقافة الصلح والتحكيم لحل النزاعات .

هذه التوصيات تهدف إلى تطوير محاكم التحكيم لتكون وسيلة فعالة وعادلة لحل النزاعات، مع مراعاة احتياجات اللاجئين والظروف القانونية للدول المضيفة.

المراجع

المراجع من القرآن الكريم: [النساء: ١١٤]، [النساء: ١٢٨]، [هود: 113]

المصادر العربية:

- الموصلية، ماسة، «الطلاق بين السوريين في بلدان اللجوء»، مركز حرمون للدراسات المعاصرة، فبراير 2022
- «ظاهرة العنف الأسري في بلاد اللجوء»، مركز الأبحاث ميناء، فيينا يوليو 2018
- <https://www.mena-researchcenter.org/ar> /ظاهرة-العنف-الأسري-في-بلاد
- القادري، عبد الناصر، «أربعة توجهات كبرى تواجه العالم أين العائلات السورية من ذلك»، نشر في موقع تلفزيون سوريا على ضوء مؤتمر الذكرى الـ 30 للسنة الدولية للأسرة، أكتوبر 2024
- سكيك، وائل طلال، «التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة»، ص 118 الجامعة الإسلامية بغزة - كلية الشريعة والقانون، 2007 م
- الشيخ أحمد، أحمد، رسالة ماجستير بإشراف الدكتور: أسامة جادو، «التحكيم ومعالجته لمشكلات السوريين في دول اللجوء»، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الزهراء، غازي عنتاب 2019 م
- الباحث د. زينب زكريا على معابده، كلية الشريعة/الجامعة الأردنية، والباحث المشارك د. علي محمد أحمد رابعة، كلية الشريعة/جامعة القصيم، «التحكيم في الشقاق بين الزوجين ودوره في الاستقرار الأسري»، دراسة نظرية تطبيقية، ص 18
- سنن الترمذي رقم ١٣٥٢، تحقيق الدكتور بشار عواد معروف، في «أبواب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس»، ج 3 ص 27 طبع دار الغرب الإسلامي

- الهاجري، منيف عبيد جعفر، «الأحكام الشرعية المتعلقة بالتحكيم والإصلاح بين الزوجين» ص 1295، دراسة فقهية نُشرت في مجلة الدراسات العربية في كلية دار العلوم جامعة المنيا
- القرافي، أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، تحقيق: خليل المنصور، «الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق (مع الهوامش)»، ج 1 ص 302، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة: الأولى 1418 هـ - 1998م
- الجويني أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، «غياث الأمم في التياث الظلم، الشهير بالغيثاني»، ج 1 ص 279، دار الدعوة، الإسكندرية 1979، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. فؤاد عبد المنعم، د. مصطفى حلمي شرح فتح القدير، ج 7 ص 264 كمال الدين محمد بن عبد الواحد السبواسي دار الفكر، بيروت، الطبعة: الثانية
- القضاء، معن خالد، «التحكيم في الشريعة الإسلامية: التعريف والقواعد العامة للمقيمين خارج ديار الإسلام»، ص 14، الجامعة الإسلامية الأمريكية هيوسن الولايات المتحدة الأمريكية 24 نوفمبر 2010
- <https://search.app/MTbZsb6hZoKWbFo67> المحكمة العربية الدائمة للتحكيم
- الشيخ أحمد، أحمد، «التحكيم ومعالجته لمشكلات السوريين في دول اللجوء» ص 42، 50، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الزهراء، غازي عنتاب 2019 م
- طاووز، عمار، «قضاء الضرورة بين الشريعة والقانون السوري»، ص 14، دراسة تأصيلية ميدانية معاصرة، كلية العلوم الإسلامية في جامعة المدينة العالمية ماليزيا 2022 م
- المصري، محمد سعيد، «المنظومة القضائية في مناطق الحكومة السورية المؤقتة، دراسة تحليلية»، مركز جسور للدراسات ص 4 - 5
- طاووز، عمار، «قضاء الضرورة بين الشريعة والقانون السوري دراسة تأصيلية ميدانية معاصرة»، ص 45 كلية العلوم الإسلامية في جامعة المدينة العالمية الماليزية، (2022)
- الشيخ أحمد، أحمد، «التحكيم ومعالجته لمشكلات السوريين في دول اللجوء»، ص 62 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية جامعة الزهراء، غازي عنتاب (2019)
- جابر، ياسر محمد مصطفى، «التحكيم بين الزوجين دراسة فقهية تطبيقية مقارنة بقانون الأسرة القطري»، ص 80 يونيو 2018
- زين الدين، ابن نجيم، «البحر الرائق»، ج 7 ص 25، بيروت دار الكتب الإسلامي الطبعة الثانية
- ابن رشد، محمد بن أحمد، «بداية المجتهد»، ج 3 ص 117، القاهرة: دار الحديث، 2004م

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Kaynakça/References

Kaya, Mahmut. "İki Hukuk Arasında Arafta: Suriyeli Kadın Mültecilerin İnfomel Evlilikleri ve Boşan(ama)ma Krizi." *Journal of Social and Humanities Sciences Research (SHS Journal)*, vol. 5, no. 31, December 27, 2018.

Erdoğan, M. Murat. *Suriyeliler Barometresi 2019: Suriyelilerle Uyum İçinde Yaşamın Çerçevesi*. Orion Kitabevi, 2020.

English Sources

Aksu Kargin, İnci. "The Impact of the Syrian Civil War on Intrafamilial Relations and the Parental Functioning of Syrian Refugees." *Journal of Management and Economics Research*,

vol. 21, no. 3, September 2023. <https://doi.org/10.11611/yead.1340867>.

Marson, James, and Ferris, Katy. "Dispute Resolution in Refugee Family Reunion Law: Could Mediation Provide a More Therapeutic Solution?" *European Journal of Current Legal Issues*, 2021.

Caarls, Kim, and Mazzucato, Valentina. "To Divorce? Ghanaian Couples in Ghana and Abroad." *Population-E*, vol. 70, no. 1, 2015, pp. 127–152.

Grossbard, Shoshana. "On the Economics of Marriage: Theory of Marriage, Labor, and Divorce." Springer Publishing, 1993.

UNHCR. *UNHCR Official Website*. Accessed from www.unhcr.org/tr.



darulfunun ilahiyat

Başvuru: 30.07.2024
Revizyon Talebi: 11.10.2024
Son Revizyon: 18.10.2024
Kabul: 19.10.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Müslümanların Azınlıkta Olduğu Ülkelerde Evliliklerin Tahkim İle Sonlandırılması ve Karşılaşılan Sorunlar: Hollanda Örneği

Termination of Marriages through Arbitration in Countries Where Muslims Are a Minority and the Challenges Encountered: The Case of the Netherlands

Fezanur Gökçen

Öz

Bu makale kapsamında Müslümanların azınlıkta olduğu ülkelerden Hollanda incelenecektir. Hollanda'da boşanma davalarında Yahudi ve Hristiyan topluluklarının resmi dini otoriteleri (tahkim kurulları) bulunmaktadır. Bu otoriteler, dini nikahların sonlandırılmasında aktif rol oynamaktadırlar. Ancak Müslümanlar için benzer bir resmi dini kurum bulunmamaktadır. Bu durum, özellikle Müslüman kadınlar için boşanma sürecinde ciddi sorunlara yol açmaktadır. Bu sorun bazen yerel imamlar, bazen sivil toplum kuruluşları bazen de hukuk yolu ile halledilmeye çalışılsa da soruna kalıcı bir çözüm sunulamamaktadır. İmamların sunduğu çözümler, hukuki yaptırım yetkisi olmadığından yetersiz kalmaktadır. Sivil toplum kuruluşları (Stk)'nın çalışmaları da dini ve hukuki destek sunma noktasında yeterli gözüke de kocayı talak vermeye zorlama yetkileri olmadığından kalıcı bir çözüm değildir. Hollanda mahkemeleri de kadın hakları ve din özgürlüğü gibi uluslararası hukuki değerlere dayanarak zaman zaman İslam aile hukukunu dikkate almaktadır. Bu bağlamda, bazı durumlarda mahkemeler, kadınların boşanma taleplerini karşılamak adına kocaları boşanmaya zorlayabilmektedir. Ancak mahkemelerin aldığı bu tür kararlar, yalnızca bireysel vakalarda geçici çözümler sağlamaktadır ve genel bir sistem eksikliğini gidermemektedir. Bu nedenle Müslüman kadınların boşanma süreçlerindeki bu zorlukların üstesinden gelmek için, Hollanda'da Müslümanların işlerinin çözümü için resmi bir dini otoritenin kurulması gerekmektedir. Bu otorite, İslam aile hukukunu uygulayacak ve Müslüman kadınların boşanma taleplerini adil bir şekilde ele alacak yetkiye sahip olmalıdır. Bu makale kapsamında diğer dini grupların boşanma davalarında başvurdukları resmi kurumlar, Müslümanların boşanma için başvuracakları yollar ve bu yolların yeterli olup olmadığı ve çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslam Aile Hukuku, Hollanda, Boşanma, Tahkim, Arbuluculuk

Abstract

Within the scope of this article, the Netherlands, a country where Muslims are in minority, will be analysed. In the Netherlands, there are official religious authorities (arbitration boards) of the Jewish and Christian communities in divorce cases. These authorities play an active role in the finalisation of religious marriages. However, there is no similar official religious organisation for Muslims. This situation causes serious problems in the divorce process, especially for Muslim women. Although this problem is sometimes tried to be solved by local imams, sometimes by civil society organisations and sometimes by law, a permanent solution cannot be offered. The solutions offered by the imams are insufficient since they do not have legal sanction authority. Although CSOs provide religious and legal support, they also cannot compel husbands to divorce, making their efforts incomplete. Dutch courts also take Islamic family law into consideration from time to time based on international legal values such as women's rights and freedom of religion. In this context, in some cases, courts may force husbands to divorce to meet the divorce demands of women. However, such decisions taken by the courts only provide temporary solutions in individual cases and do not address the lack of an overall system. Therefore, to overcome these difficulties in the divorce process of Muslim women, an official Islamic religious authority should be established in the Netherlands. This authority should have the authority to apply Islamic family law and deal with the divorce requests of Muslim women fairly. Within the scope of this article, the official institutions that other religious groups apply for divorce cases, the ways that Muslims can apply for divorce, whether these ways are sufficient or not, and suggestions for solutions will be presented.

Keywords: Islamic Family Law, Netherlands, Divorce, Arbitration, Mediation

* **Sorumlu Yazar:** Fezanur Gökçen (Doktora Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: fyznrgkcn@gmail.com ORCID: 0000-0002-6644-6457

Atf: Gokcen, Fezanur. "Müslümanların Azınlıkta Olduğu Ülkelerde Evliliklerin Tahkim İle Sonlandırılması ve Karşılaşılan Sorunlar: Hollanda Örneği." *darulfunun ilahiyat* 35, 'Aile Arbuluculuğu' Özel Sayısı (2024): 267–290. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1524729>



Extended Summary

Many Muslim and non-Muslim states apply Islamic law. This practise has sometimes been through sharia law, as in Islamic countries, and sometimes in non-Muslim countries as an alternative dispute resolution to the legal problems of Muslims. In real life, family law is one of the most important issues where Islamic law is applied. Especially divorce cases are an issue that causes serious disputes between the parties because the woman does not have the right to divorce. Although it is relatively easy to solve such disputes in countries where Sharia is applied as a legal system, it is quite difficult to solve these problems in countries where Muslims are in the minority and ruled by a secular legal system. Because the right of talaq is given only to the husband, when a woman wants to divorce, she is trapped in her marriage. The solutions that this woman can produce within the secular legal system are also very limited. While in other religions, the right to divorce is also given only to the husband, the fact that they have state-recognised religious authorities to whom they can apply has made this problem relatively solvable.

Within the scope of this article, the Netherlands, a country where Muslims are in minority, will be analysed. The subject of arbitration and mediation related to the Netherlands has not been studied in Turkish before. In this respect, our study, which has a unique characteristic, will be a resource for Muslims in the Netherlands, especially Turks, to solve their problems. For this purpose, first, the problem has been identified by literature review and then the solution suggestions that can be applied to this problem have been presented.

In the Netherlands, there are official religious authorities (arbitration boards) of the Jewish and Christian communities in divorce cases. These authorities play an active role in the finalisation of religious marriages and divorce processes. In Judaism and Christianity, divorce is very limited and subject to strict rules. It is sometimes very difficult and sometimes impossible for the parties to divorce. The reason for divorce must be based on solid grounds recognised by religious texts. While it is relatively easy for the husband to divorce, when the wife wants to divorce, her fate lies between her husband's two lips. This victimisation of the woman is tried to be solved by the religious councils of these religions, at least with minimum victimisation of the woman. Of course, this opportunity is offered to women by religious authorities recognised by the state. The history of these authorities dates back to very old times. Since most population is Christian, religious authorities belonging to this religion already exist. Since the Jews also have a very old history in the Dutch territory (approximately 17th century), they established religious authorities immediately after they settled there and have continued their religious courts until today.

However, there is no similar state-recognised religious authority for Muslims. This situation causes serious problems, especially for Muslim women in the divorce process.

Because when a Muslim woman wants to get divorced when her husband refuses, there is no authority she can apply to, no authority that can offer a solution. Her only remedy is to convince her husband and get talaq. If she is lucky, she may be able to persuade the opposition. This helplessness of Muslim women ranks high as a social problem that needs to be solved in the Dutch society. Because the Netherlands is a country that receive significant immigration and where the Muslim population lives densely. Accordingly, it is essential to establish a religious authority recognised by the state. However, this authority does not currently exist in the Netherlands.

Women who are trapped in marriage try to solve this problem sometimes by local imams, sometimes by NGOs and sometimes by law, but no permanent solution emerges. The solutions offered by the imams are insufficient as they have no legal sanction authority. Although the efforts of NGOs are valuable in providing religious and legal support, they are insufficient and not permanent solutions since they lack the authority to compel the husband to grant a divorce. Another authority that a woman in this situation can apply to is the Dutch courts. However, since the Dutch courts are organised according to the secular legal system, they do not directly recognise Islamic law. However, based on international legal values such as women's rights and freedom of religion, they sometimes take Islamic family law into consideration. In this context, in some cases, courts may force husbands to divorce to meet women's demands for divorce. In fact, they impose monetary penal sanctions on the husband who does not grant a religious divorce. However, such decisions taken by the courts only provide temporary solutions in individual cases and do not address the lack of a general system. Therefore, to overcome these difficulties in the divorce process of Muslim women, an official Islamic authority should be established in the Netherlands. This authority should be authorised to apply Islamic family law and deal with the divorce requests of Muslim women fairly. The existence of such an institution will accelerate the process of women terminating their religious marriages and provide legal security. Within the scope of this article, the official institutions that other religious groups apply for divorce cases and their history, the ways that Muslims can apply for divorce and whether these ways are sufficient or not, and solution suggestions regarding the problems faced by Muslim women in divorce cases will be presented.

Giriş

İslam dini yeryüzüne indirildiği asırdan itibaren sürekli yayılmış Müslümanlar dünyanın dört bir yanında yaşamaya başlamıştır. Bugün Avrupa kıtasından Amerika'ya, Uzak Doğu'dan Afrika'ya her ülkede Müslümanlar yaşamaktadır. Müslümanlar bazı ülkelerde çoğunluk durumunda olup resmi din olarak İslam belirlenmişken bazı ülkelerde azınlık statüsünde bulunmaktadırlar. Bu ise çeşitli hukuki problemlere yol açmaktadır. Avrupa kıtası Müslümanlar tarafından çok göç alan bir bölgedir. Burada yaşayan Müslümanlar dinlerini ve geleneklerini de beraberlerinde götürdüklerinden zaman zaman gidilen ülkenin hukuki alt yapısıyla çözülemeyecek durumların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu durumlar özellikle aile hukuku alanında boy göstermektedir.

Aile hukukuna dair problemlerin üç semavi din tarafından da kamusal değil özel hukuku ilgilendiren bir alan olarak düzenlenmesinden dolayı günümüzde bu alanda ortaya çıkan problemler çözümsüz kalabilmektedir. Nitekim talak, bazı dini inanışlarda yasak, bazılarında yalnızca kocaya tanınmış bir haktır. Bu nedenle modern hukuk sistemleri bu alanda ortaya çıkan problemlere çözüm üretememektedir. Din mensupları ise bu çözümsüzlükten kaynaklanan mağduriyetleri gidermek için çözümler aramaya başlamışlardır. Hollanda'nın geneli Hristiyan nüfustan oluştuğundan ve Yahudilerin de 17.yy'a uzanan köklü bir geçmişi olduğundan dolayı bu din mensuplarının aile hukukuna dair problemlerini çözebilecekleri dini otoriteler bulunurken azınlık durumda olan ve diğer dini gruplara nispetle daha geç Avrupa'ya yerleşen Müslümanların bu hususta ne yaptığı incelenmesi gereken bir husustur. Hristiyan ve Yahudilerin resmi statüde tanınan dini mahkemeleri yani tahkim kurulları olmasına rağmen Müslümanların İslam hukukuna dair problemlerinde danışabilecekleri resmi bir kurum veya mahkemeleri bulunmamaktadır.

İslam aile hukuku Avrupa mahkemeleri tarafından tanınmış ve düzenlenmiş bir hukuk sistemi değildir. Avrupa'da Müslümanlara İslam aile hukuku uygulaması hakkı veren tek ülke İngiltere'dir. İngiltere'de kurulan şeriat mahkemelerinde her ne kadar resmî bir tanınırlıkları olmasa da ülkede bulunan Müslümanların hukuki uyuşmazlıklarını tahkim ve arabuluculuk şeklinde çözmelerine engel olunmamaktadır. Ancak diğer Avrupa ülkelerinde böyle bir uygulama söz konusu değildir. Bu makale kapsamında Hollanda örneği üzerinden gidilerek bazı sorulara cevaplar aranacaktır. Hollanda'da bulunan Müslümanların talakla ilgili hukuki problemleri nasıl bir yol izlenerek çözülmektedir? Mahkemeler dini boşanma davalarındaki uyuşmazlıklara ne oranda müdâhil olmaktadır? Mahkemelerin bu uyuşmazlıkları çözmesini istemek uluslararası hukuk bakımından hangi hakları ön plana çıkarmaktadır? Hollanda mahkemeleri İslam hukukunun talak hakkındaki hükümlerini Müslümanların davalarında uygulamakta mıdır? Yahudi ve Hristiyan

olup da evlilik içerisinde hapsedilmiş kadınlar dini mahkemelerine başvurabilirken Müslümanlara neden bu hak verilmemiştir? Müslümanların da diğer din mensupları gibi tahkim kurumlarının olması nasıl sağlanabilir? Bu sorular kapsamında bazı dava örnekleri ile mesele genişletilerek Hollanda’da bulunan Müslümanların tahkim ve arabuluculuk faaliyetlerini nasıl yürüttüğü ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Bu konuda yazılmış herhangi bir Türkçe makale bulunmamaktadır. Bu çalışma Türkçe alanda sahasında ilk olma özelliğine sahiptir. Çalışmamız bir giriş, sonuç ve üç bölümden oluşmaktadır.

1- Hollanda’da Yargı Sistemi’nde Evlenme Ve Evlilik Birliğinin Sona Ermesi

Hollanda yargısında adli ve idari yargı ayrımı vardır. Her iki yargı kolunda da ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve yüksek mahkeme bulunmaktadır. Hollanda’da her birinin kendine ait mahkemesi bulunan on bir bölge yer almaktadır. Bu on bir bölge mahkemelerinde idare hukuku, medeni hukuk, ceza hukuku davaları yürütülmektedir. Bu mahkemelerde verilen kararlara ülkede dört tane bulunan istinaf mahkemelerinde itiraz edilebilmektedir.¹

Hollanda’da çiftler yasal olarak kendilerine tanınmış iki farklı yaşam biçiminden birisini seçebilirler. Bunlardan birisi resmi bir evlilik diğeri kayıtlı birlikteliktir. Evlenmek istemeyen çiftler kayıtlı birliktelik yoluyla bir arada yaşayabilir.² Birlikte yaşama taraflara nikâha göre daha az sorumluluk yüklemektedir, birlikte yaşayan çiftler evli çiftlere göre daha özgürdür, yaşamsal giderleri paylaşmaktadır, evli çiftlere göre daha az cinsel sadakat söz konusudur.³ Bu ve benzeri nedenlerden ötürü özellikle Avrupa’da nikâh yerine birlikte yaşama daha fazla tercih edilmektedir.

Hollanda’da yapılan nüfus sayımına göre resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşayan çiftlerin sayısı 1 milyonu aşkındır. Ayrıca çok sayıda eşcinsel ve lezbiyen çift de aile hayatı yaşamaktadır. Aile kavramı bu ülkede farklı cinsiyetlerden oluşan ebeveynler ve çocuklardan meydana gelen yapıdan farklı bir boyuta evrilmiştir. İki ayrı cinsten ebeveynlerin bulunduğu aileler bu kavrama dâhilken ebeveynlerden sadece birisinin bulunduğu aileler ve aynı cinsten ebeveynlerin olduğu gruplar da aile kavramı içerisinde değerlendirilmektedir.⁴ Aile hayatı devletin müdahale alanında olmayan tamamıyla kişisel bir meseledir. Çocukların istismarı söz konusu olmadığı

1 Judicial system Netherlands, Erişim 24 Haziran 2021, <https://www.rechtspraak.nl/English>.

2 Family Law, Erişim 15 Haziran 2021, <https://www.government.nl/topics/family-law/marriage-registered-partnership-and-cohabitation-agreements>.

3 Nurşen Adak, “Evlilik veya Evlilik Dışı Birlikte Yaşama: Üniversite Öğrencileri Üzerine Bir Araştırma”, *Sosyoloji Dergisi* 23/40 (2016).

4 “A marriage may be entered into by two persons of a different or of the same gender (sex).”/ Dutch Civil Code Book 1.5.

sürece müdâhil olunan bir alan değildir. Evlilik hukuku ile ilgili hükümler 1838 yılında yürürlüğe giren Hollanda Medeni Kanunu'nun 1. Kitabında yer almaktadır. Bu kanuna göre kilise töreni ile yapılan evlilikler dâhil devletin kurumlarında bir memur önünde yapılmayan hiçbir nikâh resmi olarak geçerli değildir. Hollanda hukuku, dini nikahı tanımasa da dini evlilik toplumsal realitenin bir parçası olduğundan çözümler üretmeye çalışan bir sistemdir. Resmi nikâhın gerçekleştirilmesi için erkek ve kadının en az 18 yaşında olması gereklidir. Nikâhın kayıt memuru ile birlikte iki veya en fazla dört şahit huzurunda olması gerekmektedir. 16 yaşında olan çiftlerin, kadının hamile olduğunu belgelediklerinde veya ebeveynlerinin iznini aldığı⁵ evlenmelerine izin verilebilir. Tek eşlilik esastır. Aynı cinsten kişilerin evlenmesi hususunda Hollanda Yüksek Mahkemesi (Hoge Raad) evlenmenin bir amacının da cinsel üremeyi sağlamak olduğu gerekçesiyle iki farklı cinsten meydana gelen geleneksel evlilik düzeninin esas olduğunu beyan etmiştir.⁶ Bunun yanında 2001 yılında medeni kanun'a "*farklı veya aynı cinsiyetten iki kişi evlilik yapabilir*"⁷ şeklinde madde de eklenmiştir. Bu eklemeye birlikte aynı cinsten olan bireylerin evlilik yapması da yasal hale gelmiştir.

Boşanma da aynı şekilde medeni kanun'da düzenlenmiştir. Kanun'a göre geçerli boşanma sebepleri evlilik birliğinin temelinden sarsılması, fiili ayrılık ve ortak anlaşmadır. Hollanda hukukunda evlilik üç şekilde sona erer. Bunlar fesih, boşanma ve yasal ayrılıktır.

Fesih: Eşlerden birinin veya her ikisinin ölümü ile evlilik sona erer.

Boşanma: Boşanma için 1971 yılından beri tek neden evliliğin kalıcı olarak bozulmasıdır.

Yasal ayrılık: Evlilik devam etmesine rağmen eşlerin birlikte yaşamaktan vazgeçmesidir. Boşanma gerekçeleri aynı zamanda yasal ayrılığın da gerekçesidir.

Zihinsel özürlü bir kişinin evlenmesi mümkün değildir. Birbiriyle yakın akrabalar⁸ olan kişiler evlenemez.⁹ Kendi nafakasını sağlayamayacak durumda olan eş

5 1987'de ebeveyn rızasıyla ilgili düzenlemeler AİHM'nin 12. Maddesi gereğince değiştirilmiştir. Reşit olmayan bir çocuğun ebeveynleri evlenmesine karşı çıktığında çocuk hakimden adli onay isteyebilmektedir.

6 Paul Vlaardingerbroek, "Marriage, Divorce, and Living Arrangements in the Netherlands", *Family Law Quarterly* 29/3 (1995), 635-636.

7 Civil Code, 1:30

8 Ebeveynler ve çocuklar; dede nine ile torunlar ve kardeşlerin birbiriyle evlenmeleri yasaktır. Government of the Netherlands, "Family Law" (Erişim 15 Haziran 2021). <https://www.government.nl/topics/family-law/marriage-registered-partnership-and-cohabitation-agreements>.

9 Vlaardingerbroek, "Marriage, Divorce, and Living Arrangements in the Netherlands", 637.

boşandıktan sonra diğer eş tarafından nafaka verilmesine hükmedilebilir. Evlilik 5 yıldan fazla sürmemişse ve bu evlilikten bir çocuk doğmamışsa evlilik süresi kadar bir sürenin geçmesiyle nafaka yükümlülüğü de sona erer.¹⁰

2- Hollanda’da Diğer Dini Grupların Durumu

Dünya üzerinde genellikle modernitenin etkisiyle din ve devlet işleri birbirinden ayrı yürütülmeye çalışılsa da her ülkenin yaklaşımı farklılık arz etmektedir. Bir yanda Vatikan gibi dinin devlete hakim olduğu ülkeler varken bir yanda da Türkiye ve Fransa gibi din ve devlet işlerinde katı bir ayrımı benimseyen ülkeler bulunmaktadır. Bir diğer tarafta İngiltere ve İtalya gibi yerleşik bir kiliseye sahip olan ülkeler bulunurken diğer tarafta Belçika ve Hollanda gibi birden fazla dini tanıyan ülkeler vardır. Hollanda laikliği benimsemesine rağmen bu durum, devlet ve kilise arasında keskin bir ayrım oluşturmamıştır.¹¹ Hollanda’da dini toplulukların yasal sınırlar dahilinde dini kurallarına göre iç işlerini yönetme özgürlüğü olduğundan dolayı Hristiyan ve Yahudi toplulukların aralarında çıkan anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmak için kurduğu kurumlar vardır.¹² Hristiyan ve Yahudilerin kurdukları bu kurumlar Hollanda Medeni Kanunu’nda¹³ “dini topluluklar” adı altında faaliyet göstermektedir. Bu madde kapsamında Müslümanların da böyle bir yapı oluşturma hakları varken gerek bu hakkı bilmemekten gerek de azınlık olmak bakımından Müslüman kuruluşlar, resmi statüde dernek veya vakıf olarak iş görmektedir, ‘dini topluluk/cemaat’ olarak anılmamaktadır.¹⁴ Bu da Müslümanların diğer dini gruplar gibi iç işlerini düzenleyen yapılar oluşturmaya engel olmaktadır. Zira Hollanda anayasasına göre dini toplulukların yasanın belirlediği sınırlar içerisinde kendi tüzüklerine göre yönetilme hakkı varken dernek veya vakıf statüsündeki kurumların böyle bir hakkı yoktur.¹⁵

2.1. Yahudiler

Hollanda’da Yahudilerin tarihine bakıldığında 1600’lü yıllara kadar gittiği ve daha bu yıllarda yasal bir statüye kavuştukları görülmektedir. Bu yasal statü sayesinde Yahudiler evliliklerini resmileştirebilirken Hristiyan birisi ile evlenmeleri

10 Dutch Civil Code, Book 1

11 Benedicta Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage* (Netherlands: Maastricht University, Doktora Tezi, 2019), 66-67.

12 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 72.

13 Article 2:2

14 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 79-80.

15 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 81.

yasaklanmıştır.¹⁶ Batavian Devrimi ve İnsan ve Vatandaş Haklarının ilanından sonra (1795), 'Felix Libertate' adlı bir Yahudi ve Hıristiyan topluluğu Hıristiyan ve Yahudiler arasında yasaklanan resmi evliliğe izin verilmesi için ilgili yerlere başvuruda bulunmuş ancak evlilik o yıllarda tamamen medeni bir sözleşme olarak kabul edilmesine rağmen bu talep şiddetle reddedilmiştir. 2 Eylül 1796'da Kurtuluş Kararnamesi adı verilen devlet ve kilisenin tamamen birbirinden ayrılması kararından sonra Yahudilerin konumu da ikinci sınıf vatandaş olmaktan çıkmıştır.¹⁷ Toplumdan ayırıştırılan ve dışlanan bir Yahudi grubu ortadan kalkmıştır. İlk Yahudi cemaati Hollanda'da 1635 yılında kurulmuştur.¹⁸ 17. yy'da ilk Yahudi cemaatinin kuruluşundan itibaren Yahudiler aile hukukuna dair problemlerini yetkili rabbilere gelerek çözümlenmişlerdir. 18. yy.'da Amsterdam'da Yahudi nüfusu hızlı bir artış göstermiştir.¹⁹

Günümüzde Hollanda'da bulunan en büyük Yahudi topluluğu Hollanda-İsrail Kilisesi topluluğudur (Nederlands-Israëlitisch Kerkgenootschap (NIK). Ülke genelinde Amsterdam, Rotterdam, Utrecht ve Lahey'de bulunan birkaç Yahudi belediyesi vardır. Atanmış bir hahambaşı, topluluğa dini rehberlik sağlamak ve Yahudi cemaatini kamu hayatında temsil etmekle görevlendirilmiştir. Dini mahkemeler (Beth din), bir veya daha fazla hahamı olan bazı belediyelerde kurulur. İller arası Opperrabbinaat, hahamı olmayan diğer tüm ilçeler için Halaka merkezli kararları uygulamaktadır. Bu mahkemeler, diğer şeylerin yanı sıra, topluluk içindeki uygulamaların dini yasalara uygunluğunu kontrol etmek ve sağlamakla görevlidir. Ayrıca topluluk üyelerine dini konsey ve eğitim sağlarlar ve resmi evliliklerde yer alırlar. Halaka uyarınca bir evliliğin feshi, merkezi Amsterdam'da bulunan Opperrabbinaat voor Nederland'a emanet edilen bir faaliyettir. Katolikliğin aksine, Beth Din'in yetkinlikleri, Halaka hakkındaki yorumları ve kararları yalnızca Hollanda Yahudi toplulukları ile ilgili olarak geçerlidir ve evrensel bir tanıma sahip değildir.²⁰

Evlilik ve boşanma, Yahudi hukukunun uygulanmasını gerektiren konulardır ve bu nedenle münhasıran haham mahkemelerinin (Beth din) yargı yetkisine girer. Yahudi olmayan bir mahkeme tarafından ve önceden bir haham mahkemesine

16 Jr Huussen, "Legislation on the Position of the Jews in the Dutch Republic", *The Legal History Review* 69/1-2 (2001), 50-51.

17 Huussen, "Legislation on the Position of the Jews in the Dutch Republic", 55.

18 Inventarissen, Erişim 25 Haziran 2024, <https://archieff.amsterdam/inventarissen/details/714/keywords/nihs>.

19 Historie van Joods Amsterdam, Erişim 26 Haziran 2024, <https://www.nihs.nl/jga-nihs/historie/historie-van-joods-amsterdam/>.

20 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 76.

başvurmadan yapılan herhangi bir boşanma, mahkemenin bir Yahudi evliliği hakkında karar verme yetkisinin olmaması nedeniyle geçersizdir. Hollanda sivil mahkemesinin verdiği bir boşanma kararı Yahudi hukuku açısından dini nikahı yok eden bir karar değildir. Kocanın ayrıca bir dini boşama vermesi(get) gerekir. Koca karısına ‘get’ vermezse kadın evliliğin içine hapsolmuş olur.²¹ Bu kadına ‘agunah (zincirli kadın)’ denir. Böyle bir kadın resmi olarak boşansa bile Yahudi kurallarına göre dini olarak evli sayıldığından yeniden evlenemez. Başka bir adamdan çocuğu olsa kadının yaptığı bu fiil zina kabul edilir ve çocuk da zina çocuğu ‘mamzerim’ olarak adlandırılır. Yahudi yasalarına göre ise bir ‘mamzerim’ ancak başka bir mamzerim ile evlilik gerçekleştirebilmektedir. Koca karısına ‘get’ vermek isterse ve kadın reddederse ve koca yeniden evlenip başka çocukları olsa onlar için bu tür sonuçlar ve yaptırımlar söz konusu değildir.²²

Yerel cemaatler get istismarı sorununu ele almaya çalışsa bile, koca neredeyse her zaman bu fiilini meşrulaştıracak başka bir Ortodoks cemaat bulabildiği için²³ uluslararası yetkili merci ihtiyacı da hasıl olmuştur. Buna binaen 2013 yılında NYU Hukuk Fakültesi Tikvah Hukuk ve Yahudi Medeniyeti Merkezi tarafından düzenlenen ‘Agunah Sorununun Çözümü’ konulu konferansta Uluslararası Beit Din fikri ortaya çıkmıştır. Toplantıya katılan hahamlar ve akademisyenler, agunah olarak isimlendirilen ve kocalarının nikahında mecburen kalan kadınları kurtarmak için tüm meşru halaktik araçları kullanacak ilmi yeterliliğe sahip dünyaca ünlü uzmanların yer alacağı bir Beit Din’in (Yahudi Hukuk Mahkemesi) kurulmasına güçlü destek vermişlerdir.²⁴ Uluslararası Beit Din (IBD) öncelikle kocayı get vermeye zorlamak için yeterli gerekçelerin olup olmadığını değerlendirir ve eğer gerçekten böyle bir durum varsa, kocaya get vermesi için tavsiyede bulunabilir. Gerekliğinde sosyal ve toplumsal baskı da uygulayabilir. Ancak bu çabalar başarısız olursa İBD, get verilmese bile dini hukuk içerisinde evliliğin geçersiz sayılması için halaktik gerekçeler olup olmadığını değerlendirir.²⁵

Güçlü bir şekilde korunan kilise ve devlet ayrılığı ilkesi gereğince dini evliliğin tanınmadığı Hollanda’da²⁶ Yüksek Mahkeme’nin 1982 yılında aldığı bir karara göre,

21 Bu tür kadınlarla ilgili terim olarak “agunah” kullanılmaktadır.

22 Matthijs Blois, “Religious law versus secular law The example of the get refusal in Dutch, English and Israeli law”, *Utrecht Law Review* 6/2 (2010), 96.

23 Halachic Methods, Erişim 27 Haziran 2024, <https://internationalbeitdin.org/halachic-methods/>.

24 Our vision Erişim 1 Temmuz 2024, <https://internationalbeitdin.org/about/>.

25 Halachic Methods, Erişim: 27 Haziran 2024, <https://internationalbeitdin.org/halachic-methods/>.

26 Marius Hupkes, “How Far Do Dutch Courts Go in Enforcing Religious Marriages”, Hupkes Advocaten, Erişim 28 Haziran 2024, <https://www.hupkeslawyers.com/how-far-do-dutch-courts-go-in-enforcing-religious-divorces/>.

karılarına dini boşanma vermeyen kocalara hukuka aykırı eylemde buldukları gerekçesiyle²⁷ para cezası verilebilmekte ve hatta haklarında tutuklama emri çıkartılabilmektedir. Bu karar daha sonra bir mevzuatla pekiştirilmiştir. Evlilik yasasında yapılan değişiklikle hakimlere, taraflara evlilik bağlarıyla ilgili dini hükümlerin emirlerine uymalarını emretme yetkisi verilmiştir.²⁸ Mahkemenin dini hükümlere uymayı emretmesi esasında haham mahkemesine çıkma emridir. Kocaya dini mahkeme huzurunda iş birliği yapması aksi takdirde para cezasına çarptırılacağı belirtilmiştir.²⁹ Yahudi cemaati dini topluluk statüsünde olduğundan resmi yargıç, Yahudi kurallarını benimseyen kocaya dini mahkemeye çıkma emri verebilmektedir.

Hollanda Yüksek Mahkemesi sadece din özgürlüğünün değil, aynı zamanda feshedilemeyen dini bir evliliğe hapsedilen kadınların kişisel özgürlük haklarının da önemini kabul etmektedir. Bu kişisel özgürlük hakları sadece ulusal hukuk tarafından değil aynı zamanda uluslararası sözleşmeler tarafından da desteklenmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu kararı Hollanda'daki Yahudi toplumu tarafından farklı şekillerde karşılanmıştır. Bir yandan, karar evliliklerinde sıkışık kalmış Yahudi kadınlar için iyi bir çözüm olarak görülürken bir yandan da Yahudi hukukunun bu meseleyi kendi içerisinde çözmesi gerektiği görüşleri oluşmuştur. Ayrıca bu karar sadece Hollanda'da değil farklı ülkelerde yaşayan Yahudileri de bu ülkelerde benzer yasal seçenekler bulunmadığından memnun etmiş olacak ki ülke dışından Yahudilerden de yoğun talep görmüştür. Hollanda mahkemelerinin kararları uluslararası sözleşmeler uyarınca çoğu Avrupa ülkesinde ve diğer bazı ülkelerde tanınmaktadır. Amsterdam'daki haham mahkemesi de agunot davalarında uzmanlaşmıştır.³⁰

Diğer yandan başka ülke vatandaşları, Hollanda topraklarında uygulanması gereken bir hükmün talep edilmesi halinde Hollanda mahkemesi kendisini yetkili ilan edebilmektedir. Bu, Hollanda medeni usul hukukundan kaynaklanan benzersiz bir yetki kuralıdır. Bu yetki kuralının sonucunda, Hollanda mahkemesi, tarafların ikamet ettiği ülkenin mahkemesinin yanında yetkili olabilmektedir. Örneğin kadın İsrail'de, koca ise Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşarken Hollanda mahkemesi kendisini bu tür boşanma davaları için taraflardan talep gelmesi durumunda yetkili ilan etmiştir.³¹

27 Hupkes, "How far do Dutch courts go in enforcing religious divorces?".

28 In the Netherlands, Judges Can Lock up Jewish Man Who Refuse Divorce, Erişim 30 Haziran 2024, <https://eurojewcong.org/news/communities-news/the-netherlands/in-the-netherlands-judges-can-lock-up-jewish-men-who-refuse-divorce/>.

29 Hupkes, "How far do Dutch courts go in enforcing religious divorces?".

30 Hupkes, "How far do Dutch courts go in enforcing religious divorces?".

31 Hupkes, "How far do Dutch courts go in enforcing religious divorces?".

12 Ocak 2018’de Amsterdam mahkemesinde görülen Yahudi dini boşanması hakkındaki bir davada hem karı hem de koca Birleşik Krallık’ta yaşamasına rağmen kadın, Amsterdam hahamlık mahkemesindeki dini boşanmada işbirliği sağlamak amacıyla Hollanda mahkemesine başvurmuştur. Muhtemelen kadın kocasını Birleşik Krallık’ta dini bir boşanmaya zorlamayı başaramamıştı. Bu dava örneğinde de görüldüğü gibi Hollanda’da ikamet etmeyen Yahudi kocalar Hollanda mahkemesinden bir celp ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Davete icabet etmemeleri ve Hollandalı bir avukat tutmamaları halinde daha sonra aleyhlerinde verilen Hollanda yargı kararıyla karşı karşıya kalabilme ve para cezası ödeme riski altındadırlar.³²

Başka bir örnek davada karısına ‘get’ vermeyi reddeden Yahudi bir kocaya Hollanda mahkemesi 30.000 dolar para cezası ödemesini hükme bağlamış, böylece koca ‘get’ vermeyi kabul edip karısını özgür bırakmıştır. Hollanda mahkemeleri İsrail dışında karılarını boşamayan Yahudi kocalara önemli para cezaları veren tek yargı sistemidir. Mahkemeler çok daha fazla para cezalarını ve 1982 emsaline bakarak tutuklama cezalarını bile hükme bağlayabilme hakkına sahiptir.³³

2.2. Hristiyanlık

Hollanda 7 piskoposluğa bölünmüş bir eyalet sistemine sahiptir.³⁴ Her piskoposluğun kendi mahkemesi (kerkelijke rechtbank) vardır ve piskopos ilk derece yargıç olarak görev yapar. Başka bir piskoposluğun kilise mahkemesi ikinci derece mahkemesinin rolünü yerine getirirken, Roma Apostolik Mahkemesi, Roma Katolik Kilisesi’nin en yüksek temyiz mahkemesini oluşturur. Bu mahkemeler dini konular, mülkiyet ve evlilikle ilgili anlaşmazlıklar üzerinde yetkiye sahiptirler.³⁵

Hollanda’daki Protestan Kilisesi en büyük Protestan topluluğunu oluşturmaktadır. Bu kilise, ülke genelinde çeşitli belediyelerden oluşmaktadır ve yönetim farklı seviyelerde gerçekleşmektedir. Genel sinod, kilise meselelerini kilise düzeyinde yönetir. Classis toplantıları sorunları bölgesel düzeyde düzenlerken, kilise konseyi ilgili belediyeyi denetler. Dini boşanmaları yönetmese de, iç meseleleri çözmek için ihtilaf çözme mekanizmaları mevcuttur.³⁶

Hristiyanlığın farklı mezhepleri olan Katoliklik ve Protestanlık boşanma konusuna

32 Hupkes, “How far do Dutch courts go in enforcing religious divorces?”.

33 Cnaan Liphshiz, “Dutch Judges can Sanction Jewish Men Who Refuse to Give Wives Religious Divorce”, Erişim 30 Haziran 2024, <https://www.timesofisrael.com/dutch-judges-can-sanction-jewish-men-who-refuse-to-give-wives-religious-divorce/>.

34 Rotterdam, Groningen, Breda, Roermond, ‘s-Hertogenbosch, Haarlem-Amsterdam ve Utrecht

35 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 74.

36 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 75.

da farklı yaklaşımlar geliştirmişlerdir. Katolik inancına göre evlilik yedi kutsal ayından birisidir. Bu nedenle geçerli bir neden olmadığında boşanma işlemi hoş karşılanmamaktadır. Katolik inancına göre bu geçerli nedenler şöyledir: zina, eşe veya çocuklara ciddi beden ve/veya ruhi zarar vermek, terk. Ayrıca medeni hukuka göre yapılan boşamalar dini olarak geçerli değildir. Bir çift resmi olarak boşansa bile kilise nazarında hala evli olarak kabul edilebilir. Kilise kanunlarına göre boşanmamış çiftler başka bir evlilik veya zina gibi suçları işlerse kilise tarafından bu kişilere çeşitli disiplin cezaları uygulanabilir. Katolik inancında evlilik çözülmez bir bağ olarak görüldüğünden boşanmak ya imkansız ya da çok zor şartlarda mümkündür. Resmi mahkemede gerçekleştirilen boşanmadan sonra tarafların kiliseye gelip evliliğin iptali 'annulment' belgesi almaları gerekmektedir. Protestan kiliselerine göre ise resmi boşanma dini nikahı da etkiler. Protestanlığın reformist bir bakış açısıyla doğmuş olması bu karara varmalarında etkili olduğu söylenebilir. Protestanlara göre evlilik işleri devletin kontrolü altında uygulanması, kilise tarafından da tanınması gereken işlemlerdir. Katolikliğin aksine Protestanlıkta boşanma mümkün bir işlem olmasına rağmen yine de uzlaşma ve nasihat ilk olarak uygulanan yöntemlerdir.³⁷

3- Hollanda'da İslam Aile Hukuku

3.1. Hollanda'da Müslümanlar

Toplam nüfusunun yaklaşık bir milyonu Müslüman³⁸ olan Hollanda'nın İslam ile olan tanışıklığı sömürdüğü topraklarla başlamaktadır. Afrika kıtasının belirli bölgeleri, Uzakdoğu Asya, Hindistan, Endonezya, Surinam bu topraklardan bir kısmıdır. Sömürgeci dönemden sonra ülke topraklarına giren ilk Müslümanlar Endonezya ve Surinam asıllı Müslümanlardır. İlk cami 1947 yılından beri ülkeye yerleşmekte olan Hindistan asıllı Şii Ahmediye³⁹ hareketi tarafından 1955 tarihinde Lahey (Den Haag) şehrinde açılmıştır. 1960 yılında Hollanda da dâhil olmak üzere tüm Avrupa'ya büyük bir işçi göçü başlamıştır. Bu göçler sırasında ülkeye giren en büyük Müslüman grup Türkler ve Faslılar olmuştur. Müslümanlar ülkeye giriş yapmalarından itibaren özellikle ilk çeyrek asırda sosyal hayata çok fazla müdâhil olamamışlardır. 90'lı yıllarda Müslümanlar daha fazla toplum içinde görünür olmaya başlamıştır. Müslüman ailelerin çocukları eğitimlerini tamamlayıp çeşitli mevkilerde göreve gelmeye başlamıştır.⁴⁰

37 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 42-44.

38 Bu Müslüman nüfusun 13.000'i Hollanda asıllıdır.

39 Bu grup, Hz. Muhammed'in son peygamber olduğu inancını reddetmiş, 19.yy'da yaşamış olan Mirza Ghulam Ahmed'in peygamber olduğu iddiasını savunmuşlardır. Pakistan Ulusal Meclisi bu topluluğun Müslüman olarak yasal statüsünü reddetmek için anayasasını değiştirmiştir. Shayan Rajani, "Protest For The Prophet: The Production and Performance of the Anti- Ahmedi Movement" (Boston: Tufts University, Department of History, Yüksek Lisans Tezi, 2012), 3.

40 Cevdet Keskin, "Hollanda'da İslam ve Müslümanlar", *Diyanet Aylık Dergi* 314 (2017), 52-54.

Hollanda’da Yahudi ve Hristiyanlar resmi olarak tanınan ve aktif dini örgütlenmeye sahiptir. Ancak yalnızca İslam dininin örgütlenmesi tüzel kişilik olarak tanınmamaktadır.⁴¹ Bu nedenle Hollandalı Müslümanlar anlaşmazlıklarını aile, arkadaş, imam gibi resmi olmayan otoritelerle çözmeye çalışmaktadır.⁴² Hollanda’da Müslüman kadınların dini boşanma işlemleri için resmi başvuru yapabilecekleri özel bir kurumun bulunmaması, çeşitli nedenlere dayanmaktadır. Bu nedenler, yasal, toplumsal ve tarihsel faktörlerin birleşiminden kaynaklanmaktadır:

1. Yasal Çerçeve ve Laiklik: Hollanda, laik bir devlet olarak, din ve devlet işlerini birbirinden ayrı tutar. Bu, devletin dini boşanma işlemlerine müdahale etmemesi anlamına gelir. Medeni hukuk çerçevesinde boşanma işlemleri yürütülürken, dini boşanma işlemleri dini topluluklar tarafından yönetilir. Yahudi ve Hristiyanların bu bağlamda dini boşanmayı sağlayacak tahkim kurulları bulunmaktadır. Ancak Müslümanlara bu hak tanınmamıştır.

2. Toplumsal ve Tarihsel Faktörler: Yahudi ve Hristiyan topluluklar, tarihsel olarak Hollanda’da daha uzun süredir bulunmaktadır ve bu topluluklar zamanla kendi dini boşanma işlemlerini yürütebilecek resmi mekanizmalar geliştirmişlerdir. Müslüman topluluklar ise, görece daha yeni göçmen topluluklar olduğundan, henüz benzer resmi mekanizmalar geliştirilmemiştir.

3. Sivil Toplumun Rolü: Hollanda’da, Müslüman kadınların dini boşanma işlemleri için resmi kurumların eksikliğini doldurmak üzere, STK’lar önemli bir rol oynamaktadır. Bu kuruluşlar, kadınlara dini ve hukuki danışmanlık sağlayarak, sorunlarını çözmelerine yardımcı olmaktadır. Bu tür sivil toplum kuruluşlarının dini boşanma sürecinde aktif rol almaya çalışması resmi bir tahkim kuruluna olan ihtiyacı bir nebze de olsa gidermiştir.

3.2. Tahkim Kurulu Olarak Şeriat Mahkemeleri Modeli Hollanda’da Uygulanabilir mi?

Avrupa çeşitli ülkelerden yoğun göçler almış bir bölgedir. Müslüman ülkelerden de Avrupa’ya yoğun göçler gerçekleşmiştir. Halihazırda artık Hollandalı Türkler, Hollandalı Araplar, Hollandalı Afrikalılardan bahsetmek mümkündür. Göçler sosyal yapıda önemli değişiklikler meydana getirmiştir. “Öteki” ile birlikte yaşama tecrübesi hayatı birçok yönden değiştirmiştir. Sosyal yapıdaki bu çoğulcu toplum yapısı hukukun da zorunlu olarak dönüşmesini gerektirmektedir. İngiltere bunu başaran ülkelerin başını çekmektedir. Şimdilik herhangi bir Avrupa ülkesinde benzer bir uygulama olmamasına rağmen yakın gelecekte bunun olması kuvvetle muhtemeldir.

41 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 79.

42 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 77.

Hollanda da bu ülkelerden birisidir. Toplumun şeriatla dair çekincelerinden dolayı uygulama söz konusu olmasa da çeşitli aile hukuku davalarında İslam aile hukukunun tanındığı veya kadının mağduriyetinin önlenmesi için pratikte dikkate alındığı görülmektedir.

Aile hukuku kültürel ve dini kökler ile yakından ilişkili bir hukuk alanı olduğundan bazı Avrupa devletleri İslam hukukunu dikkate alma yönünde tavır sergilemektedir. Kültürel ve dini kimlik hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde uluslararası hukukun öngördüğü temel haklardandır. Bu haklar çerçevesinde İslam hukukunun Avrupa hukuk sistemlerinde uygulanma tartışması gün yüzüne çıkmaktadır. Hollanda laik hukuku benimseyen ülkelerdendir. Hollanda her etnik köken için ayrı bir hukuk sistemi yerine vatandaşı olan herkes için aynı hukuk sistemi üzerinde ısrar etmektedir.⁴³ Anayasa'da “*din, inanç, siyasi görüş, ırk veya cinsiyet temelinde veya başka herhangi bir gerekçeyle ayrımcılığa izin verilmeyeceği*” açık bir şekilde belirtilmiştir. Dini anlaşmalar kapsamında değerlendirilecek olan dini nikâh uygulamaları da kişisel alana girdiğinden devletin müdâhil olduğu bir alan değildir. Ancak kadın haklarının korunması çerçevesinde Hollanda'nın tanıdığı bir resmi nikâh gerçekleşmeden önce dini nikâh yapılması suç sayılmıştır. Hollanda medeni kanununa göre din görevlilerinin dini nikâhı ancak resmi nikâh gerçekleştikten sonra yapabileceği karara bağlanmıştır.⁴⁴ Resmi olarak dini nikâh bir anlam ifade etmediğinden dolayı mahkemelerin de Müslüman evliliğini feshetme konusunda yasal bir yetkisi yoktur.⁴⁵

Bu durumda kadınların pek çok yönden mağduriyetleri oluşmaktadır. Çünkü İslam aile hukuku yasalarına göre Müslüman kadın evliliğini sonlandırmak istediğinde kocası iş birliği yapmazsa dışarıdan müdahaleye ihtiyacı vardır. Bu dışarıdan müdahale olmadığında kadınlar evlilik bağından kurtulamamaktadır. Çünkü erkek boşanmayı gerçekleştirmediği sürece hem İslam hukukuna göre hem de Müslüman toplum nazarında o kişiler evli olarak görülmektedir. Hollanda'da bu kadınların durumunu ön plana çıkaran sivil toplum kuruluşu Apna Haq Rotterdam'da İngiltere şeriat mahkemelerine bağlı olarak kurulmuştur. Şeriat mahkemeleri ile çalışmalarındaki amacın evliliklerin içine hapsedilmiş Müslüman kadınların haklarını savunmak olarak açıklamışlardır. Hollanda'da faaliyet gösteren diğer stk'lara dair detaylı bilgiyi ilgili bölümde vereceğiz.

43 Eefje De Kroon, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms: The Recognition of Islamic Legal Practices in them Netherlands and the Protection of Muslim Women's Human Rights”, *Journal of Muslim Minority Affairs* 36/2 (2016), 154.

44 Civil Code, Article 63, Book 1

45 De Kroon, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms”, 158.

Hollanda’da yabancı uyrukluların aile anlaşmazlıklarında iki tür yargılama yetkisi söz konusudur. Birincisi ‘milliyet temelli yargı yetkisi’dir.⁴⁶ Buna göre Almanya, Fransa, İspanya, gibi Avrupa ülkelerinde yaşayan birçok göçmen buna Hollanda’da dâhildir aile hukukuna dair uyuşmazlıklarında (vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları) ülkelerinin hukuku ile yargılanmayı seçebilmektedir. Buna göre örneğin Lübnan asıllı bir çift Hollanda’da boşanmak istediğinde Lübnan boşanma yasasını uygulama hakları varken yine Ürdün asıllı bir çift evlenmek istediklerinde ülkelerindeki evlenme şartlarını taşıyor olmaları gerekmektedir. Hollanda’da uygulanan ikinci yargı seçeneği ise ‘ikametgah temelinde geçerli yasa’dır. Buna göre kişinin sahip olduğu vatandaşlık bağı fark etmeksizin yerleşik olduğu ülkenin kanunlarına tabidir. Bu kuralı uygulayan diğer ülkeler de İngiltere ve İsviçre’dir.⁴⁷

İngiltere’de Müslüman Tahkim kurulu tarafından alınan bir karar resmi mahkemeler tarafından uygulanabilirken, Hollanda’da bu sistem aynı şekilde işlememektedir. Hollanda’da, şeriata dayalı uyuşmazlık çözümü uygulaması tahkim statüsüne sahip değildir, çünkü Hollanda hukuku, katılımcıların uyuşmazlık çözümüne tabi olduğunu belirttiği aile hukuku konuları için tahkime izin vermemektedir. Bu uyuşmazlıklarda bir uzman, alim veya imam⁴⁸, ilgili herkes için kabul edilebilir ve yürürlükteki yasalara uygun bir çözüme ulaşmaya çalışır.⁴⁹ Ancak bu çözümlerin resmi bir bağlayıcılığı veya yaptırımını yoktur.⁵⁰ Bu resmi olmayan otoriteler yanında Hollanda’lı Müslümanların uyuşmazlık çözümü için kullandığı alternatif yöntemleri şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Müslüman STK’lar ve Danışma Merkezleri: Hollanda’da birçok Müslüman sivil toplum kuruluşu (STK) ve danışma merkezi, kadınların İslam hukuku ve medeni hukuk arasındaki bu tür uyumsuzlukları aşmalarına destek olmaktadır. Bu kuruluşlar, kadınlara yasal ve dini danışmanlık sağlayarak, sorunlarını çözmelerine yardımcı olur. Örneğin, “Femmes for Freedom” gibi STK’lar, özellikle kadınların bu tür sorunlarla başa çıkmalarına destek verir.

46 Yabancı Boşanmanın Tanınması Hollanda İhtilaf Yasasına göre şu şekilde olmaktadır: tarafların ortak bir ulusal hukuku varsa, bu kanun uygulanacaktır; ortak ulusal hukuka sahip değillerse, müşterek mutad meskenlerinin hukuku uygulanır; müşterek mutad meskeni yoksa Hollanda hukuku uygulanacaktır. Her iki taraf da Hollanda vatandaşıysa, ikametgahlarının Hollanda’da veya yurtdışında olduğuna bakılmaksızın her zaman Hollanda’da yetkili bir mahkeme bulurlar.

47 Andrea Büchler, “Islamic Family Law in Europe? From Dichotomies to Discourse or: Beyond Cultural and Religious Identity in Family Law”, *International Journal of Law in Context* 8/2 (2012), 198.

48 Investigation: No Sharia Courts in the Netherlands, Erişim 15 Haziran 2024, <https://www.government.nl/latest/news/2010/04/23/investigation-no-sharia-courts-in-the-netherlands>.

49 L. G. H. Bakker, *Sharia in the Netherlands a Study of Islamic Counselling and Conflict Resolution Among Muslims in the Netherlands* (Adalet Bakanlığı Araştırma ve Dokümantasyon Merkezi (Wetenschappelijk Onderzoeken Documentatie Centrum (WODC), 2009), 6.

50 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 87.

2. Müftülük ve İmamlarla Görüşme: Kadınlar, yerel müftülükler veya camilerdeki imamlarla görüşerek, dini boşanma (talak) işlemlerini hızlandırabilirler. İmamlar, kocanın talak vermeyi reddetmesi durumunda, kadının dini boşanmasını gerçekleştirmek için devreye girebilirler.

3. Mahkemeler ve Hukuki Destek: Hollanda'daki medeni hukuk sistemi, kadının medeni boşanma talebini kabul eder ve bu süreçte kadınlara hukuki destek sağlar. Medeni boşanma gerçekleştirildikten sonra, bazı kadınlar dini boşanmayı sağlamak için dini liderlerle veya STK'larla iş birliği yaparlar.

4. Toplumsal Farkındalık ve Eğitim: Kadın hakları savunucuları ve STK'lar, toplumsal farkındalığı artırarak ve eğitim programları düzenleyerek, kadınların haklarını ve bu hakları nasıl savunabileceklerini öğrenmelerini sağlarlar.

Uyuşmazlık çözümü için kullanılan bu yöntemleri daha detaylı anlatmak gerekirse, bunlardan ilki STK'lardır. Müslüman kadınları desteklemek amacıyla çeşitli STK'lar kurulmuştur. Bu STK'lar, kadınların haklarını koruma ve sorunlarını çözüme konusunda önemli rol oynamaktadır. Bu kuruluşlar hem dini hem de medeni hukuk çerçevesinde çeşitli çözümler sunarak, kadınların yaşamlarını kolaylaştırmaya çalışırlar. Hollanda'da bulunan bazı STK'lar ve sağladıkları çözümler şunlardır:

1. Femmes for Freedom: Bu kuruluş evlilik içerisinde sıkışık kalmış kadınlara hukuki danışmanlık ve destek sağlar. İmamlar ve dini liderlerle iş birliği yaparak, kadının dini boşanma sürecini hızlandırır. Kadınların haklarını anlamalarını ve savunmalarını sağlamak amacıyla eğitim programları ve atölye çalışmaları düzenler.

2. Muslim Advisory Council (MARUF): Kadınlara hem dini hem de medeni konularda danışmanlık hizmetleri sunar. Toplumsal farkındalığı artırarak, kadınların karşılaştığı sorunları kamuoyuna taşır ve çözüm önerileri geliştirir.

3. Stichting Platform Islamitische Organisaties Rijnmond (SPIOR): Kadınlara hukuki ve sosyal destek sağlar. Bu destek, kadınların boşanma süreçlerini yönetmelerine ve gerekli desteği almalarına yardımcı olur. Dini liderlerle iş birliği yaparak, kadınların dini boşanma işlemlerini tamamlamalarına yardımcı olur.

4. Stichting Al Nisa: Müslüman kadınların haklarını savunan ve onlara destek sağlayan bir kuruluştur. Kadınların boşanma gibi sorunlarla başa çıkmalarına yardımcı olur. Kadınların haklarını öğrenmeleri ve savunmaları için eğitim programları ve bilinçlendirme çalışmaları yürütür.

5. Apna Haq: Aynı şekilde Müslüman kadınların talak konusundaki sorunlarına çözüm bulmak amacıyla danışmanlık ve destek, hukuki yardım, eğitim ve farkındalık

çalışmaları, arabuluculuk ve tahkim uygulamaları yapmaktadır.

Boşanma meselesinde bir diğer uyuşmazlık çözüm metodu müftülük ve imamlarla görüşmedir. Bu yöntem de sıklıkla uygulanmaktadır. Özellikle cami ve imamı bulunan şehirlerde bir anlaşmazlık durumunda taraflar direkt olarak bölgenin imamıyla görüşme sağlayıp çözüm üretilmesini istemektedirler. Ancak İslam aile hukukunda kocaya zorla talak verdirilme gibi bir uygulama söz konusu olmadığından ya kadının belli bir bedel ödeyerek(muhalaa) nikah bağından kurtulması sağlanmakta ya da mesele kocanın inat etmesi durumunda çözümsüz hale gelmektedir.

Uyuşmazlık çözümünde başvurulacak bir diğer yöntem ise Hollanda yasalarını ve mahkemelerini kullanmaktır. Evlilik içerisine hapsedilmiş kadınlar Hollanda yasalarında var olan kişisel özgürlük, din özgürlüğü ve haksız uygulama kavramlarıyla haklarını savunma yoluna gidebilir. Bu temeller üzerinden hareket ederek davasını güçlendirip kocasına karşı kazanabilir. Bunun haricinde Hollanda’da özellikle aile hukuku alanında anlaşmazlıklarda İslam hukuku Uluslararası özel hukuk(PIL⁵¹) yoluyla uygulanmaktadır. PIL’e göre insanların vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkenin yasaları o kişi hangi ülkeye giderse gitsin geçerlidir. WCE(Conflict of Divorce Law) talakta erkeğin tek taraflı beyanının geçerli olması için üç şart ileri sürmüştür: Bu beyan kocanın tabi olduğu kanunlara uygun olmalıdır, coğrafi olarak beyanın telaffuz edildiği yerde ifade geçerli olmalı ve eş boşanmaya rıza göstermiş olmalıdır. Bu kural gereğince Hollanda’da kadın kabul etmediği sürece erkeğin tek taraflı talak beyanı herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Hollanda yüksek mahkemesi talak kullanımının kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı olduğunu kabul etmiştir.⁵²

Bu uygulama esasında İngiltere örneğinde olduğu gibi şeriat mahkemeleri yolunu da açabilecekken bu fikir hem halk hem de politikacılar tarafından Hollanda’nın temel değerleriyle uyumsuz olduğu gerekçesiyle⁵³ eleştiriye tabi tutulmuştur. Politikacılar şeriatın Hollanda mahkemelerinde özel uluslararası hukuk adı altında babalık, talak, evlilik ve mülkiyet gibi azınlık ailelere ilişkin davalarda uygulanmasını önlemek için yasaların değiştirilmesi çağrısında bulunmuşlardır. Zira onlara göre şeriat geri kalmış ve kadınlar için dezavantaj oluşturan bir hukuk sistemidir.⁵⁴ Ayrıca Hollanda’da 2009 yılında adalet bakanlığının hazırladığı bir raporda araştırma grubundaki Müslüman katılımcılar şeriatın Hollanda’da resmi bir

51 Private International Law

52 De Kroon, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms”, 159-160.

53 Deogratias, *Trapped in a Religious Marriage*, 71-72.

54 Iris Sportel, “Who’s Afraid of Islamic Family Law? Dealing with Shari’a-based Family Law Systems in the Netherlands”, *Religion&Gender* 7/1 (2017), 53.

sıfatla uygulanmasına yönelik somut bir istek ifade etmemişlerdir, zira katılımcıların önemli buldukları şeriat kurallarının birçoğu Hollanda hukuku içerisinde zaten uygulanabilmektedir. Dahası, katılımcıların çoğunluğu şeriatın Müslümanların yaşadıkları yerde yürürlükte olan yasalara uymaları gerektiğini ya da bunun aşılabilir sorunlar yaratması halinde ülkeyi terk etmelerini emrettiğini savunmuştur. Bununla birlikte katılımcılar Hollanda'da şeriatın normatif ve düzenleyici bir rolü olduğunu düşünmektedir. Bazı katılımcılar, hükümetin şeriatın sunduğu fırsatları kullanmayarak, örneğin Hollanda yasalarına göre kocalarından boşanan Müslüman kadınların konumunu şeriata göre boşanmayı da düzenleyerek korumak gibi bir fırsatı kaçırdığını düşünmektedir. Hollanda'daki Müslümanlar, Müslüman nüfusun etnik ve dini açıdan bölünmüş olması ve Hollanda'daki tüm Müslümanların ulusal düzeyde temsilci olarak kabul edebileceği kişilerin bulunmasının son derece sorunlu olması nedeniyle, resmi bir ulusal şeriat kurumunun kurulmasını tek bir ağızdan savunmamaktadır.⁵⁵

Hollanda'da Şeriat mahkemelerinin kurulmasının önündeki bir diğer engel bu mahkemelere izin vermenin paralel toplum ortaya çıkarıp Müslümanları Hollanda toplumuna entegre etmede zorluk çıkaracağı endişesidir.⁵⁶ Femmes for Freedom isimli sivil toplum örgütü liderliğinde küçük bir Müslüman Hollandalı kadın grubu İngiltere'de olana benzer bir şeriat konseyinin varlığını Hollanda'da istemediklerini açıkça belirtmiştir. Gerekçeleri ise Müslüman erkeklerin İslami kuralları kendi çıkarları doğrultusunda kullanıp kadınların hak ve özgürlüklerinin daha fazla ellerinden alınacağı iddiasıydı. Ayrıca şeriat konseylerine karşı geliştirilen bir başka gerekçe ise Hollanda mahkemelerinin Müslüman kadınların sorunlarıyla ilgilenmeleri ve çözmeye çalışmalarıdır. Öyle anlaşılmaktadır ki toplumda Hollanda mahkemelerine yeterince güven söz konusudur. Mahkemelerin çözmeye çalıştıkları bu dini evlilik meselesini yasal bir zemine oturtmak isteyen Femmes for Freedom grubu milletvekillerinden dini bir evliliği doğrudan feshetme yetkisini mahkemelere veren yasa tasarısını önermelerini teklif etmiştir. Ancak bu teklif reddedilmiştir. Bu girişim başarılı olmasa da 2013 yılında ceza kanununda yapılan değişiklik kocanın boşanma vermeme durumunu da kapsayacak şekilde genişletilmiş ve kadınları zorla evliliğe hapseden bu durum için kocaya dokuz aya kadar hapis ve para cezası öngörülmüştür. Devlet şeriat konseyleri kurmak yerine ceza kanununu değiştirmiş ve haksız uygulama kapsamında talak vermeyen kocanın karşısında Müslüman kadının haklarını güvence altına almıştır.

Bu gayriresmi uygulamalarla çözümsüzlüğe itilen ve gerekli olduğu halde bir türlü uygulamaya sokulamayan Müslüman tahkim kuruluşlarının eksikliği Hollanda'da

55 Bakker, Sharia in the Netherlands, 3.

56 Maurits Berger, "Responding to sharia in the Netherlands", Can. J. of Netherlandic Studies 33/2 (2012-2013), 143.

yaşayan Müslümanlar için problem teşkil etmeye devam etmektedir. Diğer dinlere verilen bir hak olan resmi bir arabuluculuk ve tahkim kurumu Müslümanlar için aşırılık olarak görüldüğünden bu hak tanınmamıştır. Çeşitli bahaneler öne sürülerek diğer din gruplarına verilen tahkim hakkının⁵⁷ Müslümanlara verilmemesi eşitlik ilkesine aykırı bir uygulamadır. Müslümanlar yukarıda zikredilen stk, imamla görüşme, hukuki yol gibi tüm yollara müracaat edebilir ancak nihai kararda Hollanda boşanma yasalarına tabi olmak zorundadır.⁵⁸ 1997 yılında Dublin merkezli Avrupa Fetva ve Araştırma Konseyi probleme başka bir çözüm getirmiştir. Bu konseye göre evliliğini yaşadığı ülkenin kendi kanunlarınca yapan bir Müslümanın boşanma gerçekleşirken de bu ülkenin kanunlarına uyması zorunludur. Evlilik sözleşmesi o ülkenin kanunlarına göre düzenlenirken yasalar kabul edildiğinden zımnen boşanma sırasında hâkimin kararına uyulma sonucu da kabul edilmiş olur.⁵⁹ Ancak bu çözüme de esasen İslam hukukuna uygun bir çözüm denemez. Kocanın burada mahkemenin boşamasını tanımıyorum deme ve yine kadını evliliğe hapsederek zulmetme imkanı vardır.

3.3. Örnek Davalar

Roma Katolik Kilisesi'nin Kanonik hukuku uygulayan piskoposluk mahkemeleri, Birleşik Protestan Kilisesi'nin Kilise Konseyleri(kenkenraden), Hollanda İsrail sinagogunun (Nederlands İsraelitische Kerk) Haham mahkemeleri (Beth Din) bu din mensupları arasında çıkan anlaşmazlıkların çözümü için tahkim uygulaması yapmaktadır.⁶⁰

Hollandalı Hristiyan ve Yahudiler boşanma sırasında bir Katolik mahkemesine veya Beit Din mahkemesine başvurabilirken Hollandalı Müslüman bireylerin böyle bir kurumsallaşmış mekanizmaları bulunmamaktadır. Yukarıda da zikrettiğimiz gibi İslami bir boşanma elde etmek isteyen çift ya toplumda bulunan kanaat önderlerine ya da imamlara müracaat ederek bu sorunlarını çözebilir veya menşe ülkelerindeki hukuku kullanarak Hollanda mahkemelerinde sorunun çözüme kavuşturulmasını isteyebilir. Yapılan araştırmalara göre Hollanda'da azınlık statüsünde olan Müslüman çiftler, arabulucuk-sulh yoluna başvurmak için genellikle ülkelerine bağlı bir imamdan dini boşanma elde etmelerine yardımcı olmasını istemektedir. İmamlar öncelikle uzlaştırma- sulh yolunu denemekte bu süreç başarısızlıkla sonuçlandığında

57 De Kroon, "Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms", 174-176.

58 Maurits Berger, "Sharia Law in Canada- Also Possible in the Netherlands?", *Crossing Borders Essays in European and Private International Law* (2006), 182.

59 Esther Van Eijk, "Khul' Divorce in the Netherlands: Dutch Muslim Women Seeking Religious Divorce", *Islamic Law and Society* 26 (2019), 45.

60 Berger, "Responding to sharia in the Netherlands", 136.

ilgili boşanma prosedürünü öğrenmeleri için menşe ülkelerin konsolosluklarına ve avukatlara yönlendirmektedirler.⁶¹

Hollanda'da dini evlilikler resmi olarak tanınmasa da mahkemelerin karşısına talak ile ilgili davalar daha sık gelmeye başlamıştır. Hollanda mahkemeleri kadın hakları ve haksız uygulama bağlamında kadınların evliliklerinin askıda kalmasını değil, onları o bağdan kurtarma yönünde bir tavır sergilemişlerdir. Bu görüşe meyletmek bir noktada dini nikâhı tanımak anlamına gelmektedir.⁶²

Hollanda'da imamlar, aile ve arkadaş yoluyla çözülen ihtilaflara dair kayıtlar olmadığından o tür arabuluculuk örneklerine burada yer veremiyoruz. Hollanda mahkemelerinde Müslümanların aile hukuku ile ilgili görülen davalarından bazı örneklerle aşağıda yer vereceğiz.

2007'de Mısırlı bir erkek ve Hollandalı bir kadın arasında boşanma davası mahkemeye intikal etmiştir. Bu davada mahkeme tarafından erkeğin daha önce Mısır'da yaptığı ve talak vererek bitirdiği evliliğinin resmi olarak bittiğinin de kanıtlanması istendi. Adam Mısır'da yaşayan eski karısından verilen talaka razı olduğunu gösterir bir belge talep etti ve bu belgeyi mahkemeye sundu. Ancak mahkeme talak ile evliliğin bitmesini tanımadı ve adamın hâlâ Mısırlı karısıyla evli olduğunu hükme bağladı. Çok eşliliğin ülkede yasak olmasından dolayı da Hollandalı karısından ayrılmasına hükmetti. Mısırlı adam evlilik dolayısıyla elde ettiği Hollanda vatandaşlığını da bu hüküm neticesinde kaybetmiştir.⁶³ Bu davada görüldüğü üzere Hollanda mahkemesi, İslam hukukuna dayalı talakla boşanmayı kendi hukuk sistemi içerisinde geçerli saymamış ve bu sebeple adamın mevcut evliliğini geçersiz kabul etmiştir.

Somali'de yapılan bir evlilik Hollanda'da boşanma ile sonuçlandığında kadın Hollanda yasalarının uygulanmasını talep ederken koca Somali yasalarını yani İslam hukukunun uygulanmasını istemiştir. Yüksek mahkeme çiftin gerçek toplumsal bağının Somali ile olduğunu ve İslam hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Kadının talep ettiği şekilde Hollanda hukuku uygulanmasa da kadının hakları güvence altına alınmıştır.⁶⁴ Bu durum, Hollanda mahkemelerinin belirli durumlarda vatandaşlık bağını, fiili olarak daha yakın oldukları ve muhtemelen daha fazla yaşadıkları Somali ülkesi hukuku ve kültürünü dikkate alarak karar verdiğini göstermektedir. Böylece zaman zaman İslam hukukuna göre de karar

61 Eijk, "Khul' Divorce in the Netherlands", 47.

62 De Kroon, "Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms", 154.

63 Sportel, "Who's Afraid of Islamic Family Law?", 65.

64 De Kroon, "Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms", 160.

verebildiğini, ancak aynı zamanda Hollanda hukukuna göre bireylerin haklarını koruma sorumluluğunu da gözettiğini göstermektedir.

Pakistan asıllı Hollanda vatandaşı olan bir kadın Pakistanlı bir adamla 2002 yılında medeni nikâh, 2005 yılında da dini nikâh yapmıştı. 2010 yılında kocasından talak alabilmek için Rotterdam aile mahkemesine başvurmuştur. Koca açıkça talak vermeyeceğini belirttiğinde kadın haksız uygulama kapsamı dâhilinde bir dava açmıştır. Mahkeme kocanın talak vermemesini haksız uygulama olarak nitelemiştir. Koca ise savunmasında bu nikâhın dini değil Pakistan yasalarına göre resmi olduğunu Hollanda’da da resmi olarak tanınması gerektiğini savunmuştur. Mahkeme yine de dini olarak talak vermesi gerektiğine hükmetmiş ve adama uygunsuzluk bağlamında ceza vermiştir.⁶⁵ Görüldüğü gibi Hollanda mahkemesi kocaya talak vermesi için en azından nasihatte bulunma ve ceza verme yoluyla İslam hukukunu tanıma yönünde bir tavır sergilemiştir.

Başka bir davada da mahkeme Müslüman Hollandalı bir kadının İslami bir boşanma hakkı elde etmek için bir İslam ülkesine gitmesine gerek olmadığına karar vermiştir. 2014’de Lahey Aile mahkemesi Hollandalı Lübnanlı bir adama, özel yaşam ve hareket özgürlüğünü kısıtladığı için karısına dini boşanma vermesini emretmiştir.⁶⁶ Mahkemeler talak vermeyi emrederek hem kadını içine hapsediği evlilik esaretinden kurtarmaya çalışmış hem de İslam hukukunu asgari düzeyde de olsa tanımıştır.

2013 yılında olan bir davada kadın mut’a evliliğinden dolayı 4350 euro muta bedeli talep etmiştir. Koca ise bu evliliğin Hollanda yasalarına ve ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle bu talebin dikkate alınmaması gerektiğini savunmuştur. Yüksek mahkeme kocanın bu iddiasını reddedip bu mut’a nikâhını geçerli ve yasal bir sözleşme olarak kabul edip kadına bu bedelin ödenmesine hükmetmiştir. Bu karar din özgürlüğü kapsamında değil kadın lehine olan mali kaygılardan ötürü verilmiştir.⁶⁷ Sebep ne olursa olsun İslam hukukunda var olan nikah ve talak çeşitlerinin tanınması toplumsal gerçeklikten yüz çevrilemeyeceğinin bir göstergesidir.

2014 yılında gerçekleşen bir boşanma davasında da kadın sivil boşanma gerçekleştikten sonra mahkemenin kocasını talak vermeye zorlamasını talep etti. Kocasını ise talak ile değil muhâlea yoluyla boşanmak istediğini belirtti. Hollanda mahkemeleri laik hukuk bakışıyla talak ve muhâlea arasında bir fark görmediğinden dini boşanmanın nasıl gerçekleştiğinin bir önemi olmadığı sonucuna vararak kadının talebini reddetti. Kararda kocanın karısını muhâlea

65 De Kroon, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms”, 163.

66 De Kroon, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms, 163.

67 De Kroon, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms, 164.

yoluyla boşayacağı bu nedenle kocaya herhangi bir uyum cezasının verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.⁶⁸ Mahkeme nihai noktada muhâlea ve talak arasında bir fark gözetmezken kadının çıkarlarının korunması gereği adamı dini olarak boşama yapmaya zorlamaktadır. İki boşanma türü arasında sonuç bakımından bir fark olmasa da kadını maddi olarak külfet altında bırakan muhâlea yolu kocanın talak vermekte direktmesi nedeniyle koca tarafından bir alternatif olarak sunulmuştur. Mahkeme de dini boşanma gerçekleşikten sonra nasıl olduğunun bir önemi olmadığını düşündüğü için bu sonuca varmıştır.

Sonuç

Bu makalede, Hollanda'da Müslümanların aile hukukuna dair tahkim düzenlemelerinden dışlanmasının sebepleri ve sonuçları incelenmiştir. Yahudi ve Hristiyan toplumlarına tanınan tahkim hakkının Müslümanlara verilmemesi, dini özgürlüklerin eşit şekilde uygulanması açısından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Müslümanlar, bu boşluğu doldurmak için alternatif yöntemlere başvurmak zorunda kalmışlardır. İmamların rehberliği, Hollanda hukuk sisteminin kullanımı ve sivil toplum kuruluşlarının çalışmaları, Müslümanların hukuki sorunlarına çözüm arayışında başvurdukları yöntemler arasında yer almaktadır.

Müslümanların İngiltere'de var olduğu gibi tahkim hakkına sahip olmaması, onların ailevi anlaşmazlıklarını kendi dini ve kültürel bağlamlarında çözmelerini zorlaştırmaktadır. Bu durum, hukuki süreçlerin uzamasına ve sosyal uyumsuzluklara yol açabilir. Müslüman toplumu için dini tahkimin önemini ve gerekliliğini göz önünde bulundurarak, Hollanda hükümeti ve yasama organları tarafından bazı çözüm önerileri değerlendirilebilir:

1. Yasal Düzenlemeler: Müslümanlara da Yahudi ve Hristiyanlara tanınan tahkim hakkının tanınması, dini özgürlüklerin eşit şekilde uygulanmasını sağlayacaktır. Bu, yasaların yeniden gözden geçirilmesi ve tahkim düzenlemelerinde değişiklik yapılmasıyla mümkün olabilir.

2. Dini Temsilcilerle İşbirliği: Hollanda hükümeti, Müslüman toplumu temsil eden dini liderler ve örgütlerle işbirliği yaparak, dini tahkimin uygulanmasına yönelik ortak bir çerçeve oluşturabilir. Bu çerçeve, hem İslam hukukuna uygun olmalı hem de Hollanda hukuk sistemiyle uyumlu hale getirilmelidir.

3. Eğitim ve Bilgilendirme: Hem Müslüman toplumu hem de genel kamuoyu, dini tahkimin ne olduğu, nasıl işlediği ve hukuki bağlayıcılığı hakkında bilgilendirilmelidir. Bu, yanlış anlaşılmalara ve önyargılara önlenmesine yardımcı olabilir.

68 De Kroon, "Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms, 164.

4. STK'ların Desteklenmesi: Sivil toplum kuruluşlarının Müslümanların hukuki sorunlarına çözüm arayışında oynadığı rol büyük önem taşımaktadır. Bu kuruluşların desteklenmesi ve kapasitelerinin artırılması, Müslüman toplumu için daha etkili çözümler sunabilir.

5. Mahkemelerin Rolü: Hollanda mahkemeleri, Müslümanların dini tahkim taleplerini dikkate alarak, bu davaların daha hızlı ve adil bir şekilde çözülmesini sağlayabilir. Mahkemeler, dini tahkim kararlarının tanınması ve uygulanması konusunda daha esnek ve anlayışlı olabilir.

Bu çözüm önerileri, Hollanda'da yaşayan Müslümanların ailevi anlaşmazlıklarını kendi dini inançlarına uygun bir şekilde çözmelerine yardımcı olabilir. Böylece, hukuki süreçlerin daha etkili ve adil işlemesi sağlanarak, toplumsal uyum ve huzur desteklenmiş olur.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

Peer-review: Externally peer-reviewed.

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

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

Kaynakça/References

- Adak, Nurşen. "Evlilik veya Evlilik Dışı Birlikte Yaşama: Üniversite Öğrencileri Üzerine Bir Araştırma". *Sosyoloji Dergisi* 23/40 (2016), 23-40.
- Berger, Maurits. Sharia Law in Canada- Also Possible in the Netherlands?. *Crossing Borders Essays in European and Private International Law* Hollanda: Leiden University Press, 2006. 173-184.
- Berger, Maurits S. "Responding to sharia in the Netherlands". *Can. J. of Netherlandic Studies* 33/2 (2013). 129-152.
- Blois, Matthijs. "Religious Law Versus Secular Law The Example of the Get Refusal in Dutch, English and Israeli law". *Utrecht Law Review* 6/2 (2010).
- Büchler, Andrea. "Islamic Family Law in Europe? From Dichotomies to Discourse or: Beyond Cultural and Religious Identity in Family Law". *International Journal of Law in Context* 8/2 (2012), 196-210.
- De Kroon, Eefje. "Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms: The Recognition of Islamic Legal Practices in them Netherlands and the Protection of Muslim Women's Human Rights". *Journal of Muslim Minority Affairs* 36/2 (2016), 153-183.
- Deogratias, Benedicta. *Trapped in a Religious Marriage*. (Netherlands: Maastricht University, Doktora Tezi, 2019.
- Eijk, Esther Van. "Khul' Divorce in the Netherlands: Dutch Muslim Women Seeking Religious

- Divorce”. *Islamic Law and Society* 26 (2019).
- Family Law. Erişim 15 Haziran 2021. <https://www.government.nl/topics/family-law/marriage-registered-partnership-and-cohabitation-agreements>.
- “Halachic Methods”. Erişim 27 Haziran 2024.
<https://internationalbeitdin.org/halachic-methods/>
- Hupkes, Marius. “How far do Dutch courts go in enforcing religious divorces?” *Hupkes Advocaten*. Erişim 28 Haziran 2024. <https://www.hupkeslawyers.com/how-far-do-dutch-courts-go-in-enforcing-religious-divorces/>
- Huussen, Jr. “Legislation on the Position of the Jews in the Dutch Republic”. *The Legal History Review* 69/1-2 (2001).
- Historie van Joods Amsterdam. Erişim 26 Haziran 2024. <https://www.nihs.nl/jga-nihs/historie/historie-van-joods-amsterdam/>
- In the Netherlands, Judges can lock up jewish man who refuse divorce. Erişim 30 Haziran 2024 <https://eurojewcong.org/news/communities-news/the-netherlands/in-the-netherlands-judges-can-lock-up-jewish-men-who-refuse-divorce/>
- Inventarissen. Erişim 25 Haziran 2024 <https://archieff.amsterdam/inventarissen/details/714/keywords/nihs>
- Investigation: No Sharia Courts in the Netherlands. Erişim 15 Haziran 2024. <https://www.government.nl/latest/news/2010/04/23/investigation-no-sharia-courts-in-the-netherlands>
- “Judicial system Netherlands”. Erişim 24 Haziran 2021. <https://www.rechtspraak.nl/English>
- Keskin, Cevdet. “Hollanda’da İslam ve Müslümanlar”. *Diyanet Aylık Dergi* 314 (2017).
- L. G. H. Bakker, Sharia in the Netherlands a Study of Islamic Counselling and Conflict Resolution Among Muslims in the Netherlands (Adalet Bakanlığı Araştırma ve Dokümantasyon Merkezi (Wetenschappelijk Onderzoeken Documentatie Centrum -WODC-, 2009), 3.
- Liphshiz, Cnaan. “Dutch Judges can Sanction Jewish Men Who Refuse to Give Wives Religious Divorce”. *The Times of Israel*. Erişim 30 Haziran 2024. <https://www.timesofisrael.com/dutch-judges-can-sanction-jewish-men-who-refuse-to-give-wives-religious-divorce/>
- “Our vision”. Erişim 1 Temmuz 2024.
<https://internationalbeitdin.org/about/>
- Rajani, Shayan. “Protest For The Prophet: The Production and Performance of the Anti- Ahmedî Movement”. Boston: Tufts University, Department of History, Yüksek Lisans Tezi, 2012.
- Sportel, Iris. “Who’s Afraid of Islamic Family Law? Dealing with Shari’a-based Family Law Systems in the Netherlands”. *Religion&Gender* 7/1 (2017), 53-69.
- Vlaardingerbroek, Paul. “Marriage, Divorce, and Living Arrangements in the Netherlands”. *Family Law Quarterly* 29/3 (1995).



darulfunun ilahiyat

Submitted: 09.10.2024
Revision Requested: 09.12.2024
Last Revision: 23.01.2025
Accepted: 27.01.2025

RESEARCH ARTICLE / ARAŞTIRMA MAKALESİ

An Overview of Islamic Dispute Resolution in the United States

Amerika Birleşik Devletleri'nde İslami Uyuşmazlık Çözümüne Genel Bir Bakış

Lee Ann Bambach^{*}, Yasemin Çelikhası^{**}

Abstract

This paper provides a comprehensive overview of Islamic dispute resolution practices in the United States, addressing the intersection of U.S. secular law and Islamic legal traditions. It begins with an examination of the U.S. Muslim population and explores how constitutional guarantees of religious freedom as well as the U.S. arbitration laws and the types of alternative dispute resolution (ADR) used in the United States have enabled religious communities to establish faith-based dispute resolution systems, such as Christian Conciliation and rabbinic tribunals, whose decisions are enforced by U.S. courts. The main focus of this paper is on Islamic dispute resolution traditions such as *taḥkīm* and their practical application, describing the types of Islamic dispute resolution organizations that have been developed in the United States over the past few decades and how they function, aiming to provide insights into the evolving role of Islamic dispute resolution within the U.S. legal framework.

Keywords: Islamic law, Islamic family law, arbitration, mediation, United States of America

Öz

Bu çalışma, ABD'deki İslami uyuşmazlık çözüm uygulamalarına kapsamlı bir genel bakış sunmakta ve ABD seküler hukuku ile İslami hukuk geleneklerinin kesişimini ele almaktadır. Çalışma, ABD'deki Müslüman nüfusun incelenmesiyle başlamakta ve din özgürlüğüne ilişkin anayasal güvencelerin yanı sıra ABD tahkim yasalarının ve Birleşik Devletler'de kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm (ADR) türlerinin, kararları ABD mahkemeleri tarafından uygulanan Hristiyan Uzlaştırma ve haham mahkemeleri gibi dini toplulukların inanç temelli uyuşmazlık çözüm sistemleri kurmalarına nasıl olanak sağladığını araştırmaktadır. Bu makalenin ana odağı, İslami uyuşmazlık çözümünün ABD yasal çerçevesi içinde gelişen rolü hakkında fikir vermek amacıyla son birkaç on yılda Amerika Birleşik Devletleri'nde gelişmekte olan İslami uyuşmazlık çözüm kuruluşlarının türlerini ve nasıl işlediklerini açıklayarak tahkim gibi İslami uyuşmazlık çözüm gelenekleri ve bunların pratik uygulamalarıdır.

Anahtar Kelimeler: İslami hukuku, İslam aile hukuku, tahkim, arabuluculuk, Amerika Birleşik Devletleri

* **Corresponding Author:** Lee Ann Bambach (Dr.), Senior Fellow in Law and Islam, Center for the Study of Law and Religion, Emory University, Atlanta, Georgia, USA. Email: lee.ann.bambach@emory.edu ORCID: 0009-0009-8936-3759

** Yasemin Çelikhası (Res. Ass.), Bilecik Şeyh Edebali University, Faculty of Islamic Sciences, Department of Islamic Law, Bilecik, Türkiye. E-mail: yasemin.celikhasi@bilecik.edu.tr ORCID: 0000-0002-2362-599X

To cite this article: Bambach, Lee Ann, Çelikhası, Yasemin. "An Overview of Islamic Dispute Resolution in the United States." *darulfunun ilahiyat* 35, Special Issue on 'Family Mediation' (2024): 291–314. <https://doi.org/10.26650/di.2024.35.1561956>



I. Introduction

In addition to being generally compatible with current U.S. state and federal laws, Muslims' use of faith-based arbitration and mediation to resolve disputes is deeply rooted in Islamic law and tradition. All major schools of Islamic law, Sunni and Shi'i, regard conciliation and arbitration – known in Arabic as *tahkīm* – to be based on the Qur'an and Sunna, with the Prophet Muhammad himself frequently called on to serve as an arbitrator, settling disputes between individuals and tribes.¹ While an in-depth discussion of the intricacies of *tahkīm* is beyond the scope of this Article, it is sufficient for our purposes to state that modern *tahkīm* is perhaps best seen as combining mediation with arbitration, making this traditional form of private Islamic dispute resolution relatively easy to adapt to the U.S. context.

Historically, Islamic law (sharia) has provided comprehensive guidelines for virtually all aspects of life, including personal disputes, family matters, and commercial transactions. While many Muslims in the United States navigate their legal concerns through secular courts, an increasing number seek resolution through religiously and culturally relevant methods that align with their religious beliefs. This phenomenon raises important questions about the compatibility of Islamic dispute resolution with existing U.S. laws, the role of U.S. courts in recognizing and enforcing such processes, and what these processes look like in practice.

To date, there has been little study of how many Islamic dispute resolution tribunals or services currently exist in the United States and how they function. Like the U.S. Muslim community itself, Islamic ADR services in the U.S. are diverse and currently remain highly fragmented, varying greatly from community to community, with many still in the very early stages of development. The U.S. lacks any formal, nationwide system of Islamic arbitration tribunals or services, and there has been little to no consistency or coordination between organizations or individuals offering Islamic ADR services. The few services that do exist tend

1 While the practice of *tahkīm* is well established in all schools of Islamic jurisprudence, there are clear differences between the schools over the exact nature of *tahkīm*, and some scholars argue that it is a form of conciliation or mediation between the parties, and hence the *hakām's* (mediator/arbitrator) award is neither final nor binding without both parties' consent. See generally Zeyad Alqurashi, "Arbitration Under the Islamic Sharia," in *OGE Energy Law Journal* (2003), <http://www.ogel.org/article.asp?key=149>; Abdul Hamid El-Ahdab, *Arbitration with the Arab Countries* (New York: Kluwer Law International, 2011), 12-13; Zahraa and Nora A. Hak, "Tahkīm (Arbitration) in Islamic Law Within the Context of Family Disputes," *Arab Law Quarterly* 20 (March 2006): 28-29 (noting dominant opinion of Mālikī School was that parties' consent at beginning of arbitration was sufficient; Ḥanbalī School required consent up until the issuance of the award; and Ḥanafī and Shāfi'ī Schools require consent of parties through execution of the award).

to be rather informal; most are not truly “tribunals,” but simply services that tend to rely more on counseling and mediation than arbitration, and very few consider seriously how their decisions can or should interact with that of the U.S. legal system. The handful of more formally organized tribunals or services that do exist are small, generally focusing on one specific geographic area or just starting out and not yet very well known.

Resources are available that explain both sharia and its use by Muslims in the US, including recent publications and reports by Muslim individuals and organizations, civil liberties groups, the US legal community, and academics. These include *Sharia Law in the US 101: A Guide to What It Is and Why States Want to Ban It*,² *Nothing to Fear: Debunking the Mythical ‘Sharia Threat’ to Our Judicial System*,³ and *Islamic Divorce in North America: A Shari’a Path in a Secular Society*.⁴ On the other hand, critics of sharia have countered with their own books and reports, such as *Sharia: The Threat to America*⁵ and *Sharia Law and American State Courts: An Assessment of State Appellate Court Cases*⁶ and other books and reports.

There are also a number of academic studies and reports of meetings organized by Muslims on the principles that should be followed for a successful religious arbitration model. In 2010, the Assembly of Muslim Jurists of America (AMJA) held its annual gathering of imams where the issue of arbitration was on the agenda and the necessary conditions for an effective arbitration system were discussed.⁷ *The Pillars of Successful Religious Arbitration: Models for American Islamic Arbitration Based on the Beth Din of America and Muslim Arbitration Tribunal*

2 Omar Sacirbey, “Sharia Law in the US 101: A Guide to What It Is and Why States Want to Ban It”, *Huffington Post*, July 29, 2013, https://www.huffpost.com/entry/sharia-law-usa-states-ban_n_3660813.

3 “Nothing To Fear: Debunking The Mythical “Sharia Threat” to Our Judicial System,” American Civil Liberties Union, accessed January 15, 2025, at <https://www.aclu.org/publications/nothing-fear-debunking-mythical-sharia-threat-our-judicial-system>.

4 MacFarlane, Julia, *Islamic Divorce in North America: A Sha’ria Path in a Secular Society* (Oxford University Press, 2012).

5 “Shariah: The Treat to America,” Center For Security Policy, accessed January 15, 2025, at <https://centerforsecuritypolicy.org/shariah-law-and-american-state-courts/>.

6 “Sharia Law and American State Courts,” Center For Security Policy, accessed January 15, 2025, at <https://centerforsecuritypolicy.org/shariah-law-and-american-state-courts/>.

7 “Islamic Arbitration: Guidelines and Procedures,” AMJA, accessed January 15, 2025, at <https://www.amjaonline.org/research/islamic-arbitration-guidelines-and-procedures/>.

*Experience*⁸, *Jewish Law Courts in America: Lessons Offered to Sharia Courts by the Beth Din of America*⁹ and *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels*¹⁰ discuss how Jewish arbitration has successfully established itself in the American legal system and the methods that Muslims can follow in this regard.

In this article, we begin with an overview of the history and demographics of the US Muslim population, the youngest and most diverse religious group in the United States. From there, we will turn to U.S. laws relating to religious freedom and alternative dispute resolution (ADR) practices, showing how multiple religious traditions – Christian, Jewish, and Muslim – have utilized these secular laws to establish faith-based dispute resolution forums whose decisions are routinely enforced by the U.S. court system. Finally, we describe the various types of Islamic dispute resolution forums and services in the United States today and how they have developed over the past 30 years to meet the needs of the diverse U.S. Muslim population.

II. Muslims in the United States

According to reliable estimates, as of 2017 there were approximately 3.45 million Muslims lived in the U.S., accounting for roughly 1.1% of the U.S. population.¹¹ Good statistics are difficult to obtain because the official U.S. census does not collect any information on religious affiliation, so any estimates of the U.S. Muslim population are all based on surveys using differing methodologies. However, almost all surveys agree that Islam is one of the fastest growing religions in the United States because of its high rates of immigration, conversion, and birth rate. As a result, the U.S. Muslim population is expected to double in the next twenty-five years to an estimated 8.1 million in 2050, surpassing Jews as the second-largest religious group in the United States by 2040.¹²

8 Ira Bedzow, "The Pillars of Successful Religious Arbitration: Models for American Islamic Arbitration Based on the Beth Din of America and Muslim Arbitration Tribunal Experience," *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice* 30, (2014).

9 Michael J. Broyde, "Jewish Law Courts in America: Lessons Offered to Sharia Courts by the Beth Din of America," *New York Law School Law Review* 57, (2012/13).

10 Michael J. Broyde, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels*, (Oxford University Press, 2017).

11 The Pew Research Center, "Demographic Portrait of Muslim Americans," in *U.S. Muslims Concerned About Their Place in Society, but Continue to Believe in the American Dream: Finding from Pew Research Center's 2017 survey of U.S. Muslims (2017)*, <https://www.pewresearch.org/religion/2017/07/26/demographic-portrait-of-muslim-americans/>.

12 AJ Willingham, "By 2040, Islam Could Be the Second-Largest Religion in the U.S.," *CNN* (January 10, 2018) (citing polls by the Pew Research Center).

The largest increase in the size and diversity of the U.S. Muslim population, however, came as a result of the 1965 Immigration and Nationality Act, which did away with national-origin quotas, thereby opening the doors to Muslim immigration from every part of the globe. Since the passage of this law, the largest group of Muslim immigrants has been “Asian,” predominantly from India, Pakistan, and Bangladesh, but also including immigrants from Indonesia, Malaysia, and other countries. Other significant groups include Arabs, Iranians, Africans, and Bosnians,¹³ as well as U.S. born converts to Islam.¹⁴

As a result, Muslims are the most diverse religious group in the United States and, because of this diversity and lack of any official or centralized Muslim leadership, it is in many ways impossible to speak of “a” U.S. Muslim community. Rather, there are many Muslim communities and different ways to be Muslim in the United States. Some people may consider themselves Muslim but are very secular, while others are deeply religious; some remain closely tied to their home countries, languages, and traditions, while others come from families that have been in the United States for generations. Some live in small communities in the U.S. heartland, while others live in big cities. But importantly, all these Muslim communities overlap and influence each other in many ways, creating a dynamic and ever-evolving Muslim population in the U.S. that is unlike anywhere else in the world.

III. U.S. Laws That Protect Faith-Based Dispute Resolution

Courts have always been an expensive and time-consuming means of resolving disputes. In addition, because court decisions generally end up with a “winner” and a “loser,” litigation tends to be very destructive of relationships. It is therefore unsurprising that people have always looked for alternatives and that many prefer to resolve disputes privately, often with the help of a third party such as a mediator or an arbitrator. This is known as “alternative dispute resolution” or “ADR,”¹⁵ and includes informal negotiations, mediation, in which a neutral third-party assists

13 Pew Research Center, “Demographic Portrait.”

14 Besheer Mohamed and Elizabeth Podrebarac Sciuipac, *The Share of Americans Who Leave Islam Is Offset by Those Who Become Muslim* (Pew Research Center, January 26, 2018), <https://www.pewresearch.org/short-reads/2018/01/26/the-share-of-americans-who-leave-islam-is-offset-by-those-who-become-muslim/>.

15 4 Am. Jur. 2d Alternative Dispute Resolution [ADR] § 1 (2014).

the disputants in reaching a mutually acceptable agreement,¹⁶ and arbitration, where disputants agree to have a neutral third-party hear their arguments and issue a decision.¹⁷

A. The Dual Constitutional Protections of Freedom of Religion and Their Limits

The U.S. Constitution provides strong guarantees of religious freedom. As will be examined in this section, this means that the government is prohibited from adopting any type of “official” religion and, at the same time, must also protect individuals’ rights of religious practice and belief regardless of what religion it is.

Many of the earliest European colonists arrived in the United States to escape the religious persecution they had suffered in Europe and find religious freedom in the United States. Accordingly, the founding fathers of the new United States enshrined this tradition of religious freedom in not one but two guarantees of religious freedom under the First Amendment in the U.S. Constitution’s Bill of Rights,¹⁸ which opens

16 Mediation (also sometimes called “conciliation”) is consensual; the parties may not end up reaching a mutually acceptable agreement and, if they do not, the mediator has no power to impose one. This means that any agreement reached through mediation/conciliation is not legally enforceable in the absence of a written agreement signed by the disputants permitting enforceability.

17 In arbitration, the disputing parties enter into a voluntary agreement to have one or more private third-party neutrals hear their dispute and render a decision (technically called an “award.”). The term “arbitration” can encompass a wide variety of processes, ranging from fairly informal to extremely formal procedures that may be similar to a court trial in scope and complexity. Unlike mediation agreements, arbitration awards are generally binding on the disputants and enforceable in courts; however, because arbitration is essentially contractual and the power of the arbitrator(s) is set by the contract, the disputants may choose to specify in the contract that the arbitration award will constitute a non-binding advisory opinion that is not enforceable in a court. Thus, arbitration can be “binding” or “non-binding.”

A hybrid process, called Mediation-Arbitration, or “med/arb”, is also possible. The disputers voluntarily agree to a process that begins with mediation but that will proceed to arbitration on any issues that they are not able to settle through mediation. The same third-party neutral or neutrals generally serve as both mediator and then arbitrator, if necessary, unless the disputants choose otherwise. As with regular arbitration, any arbitration award issued will be legally binding and enforceable in court unless the parties specify in advance that it will be non-binding.

18 The U.S. Constitution was written in 1787 and ratified in 1788. However, early concerns about restricting the power of the federal government and protecting individual liberties led to the addition of ten amendments to the Constitution in 1791. These ten amendments, known collectively as the Bill of Rights, ensure, in addition to freedom of religion, other individual rights such as freedom of speech and right to assembly (First Amendment), freedom to bear arms (Second Amendment), due process rights under law (Fifth Amendment), and the right to a speedy trial (Sixth Amendment), among others. Bill of Rights Institute, *Bill of Rights: The 1st Ten Amendments*, <https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/bill-of-rights>.

by stating that “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof.”¹⁹ These two interlocking clauses offer all individuals, regardless of their religion or even lack of religion, broad protections of religious freedom.

The first clause in this sentence – “Congress shall make no law respecting an establishment of religion” – is known as the Establishment Clause and was designed to ensure that the Congress cannot pass any law establishing an official state religion or a law that might be seen as favoring one religion over another, or even religion in general.²⁰ The second clause – “or prohibiting the free exercise thereof” – is known as the “Free Exercise Clause” and extends the prohibition against government intrusion into religion further, by prohibiting the government from making any law designed to interfere with an individual’s freedom of religious belief or practice.²¹ This freedom is not absolute; the government may prohibit religious practices if it runs afoul of “public morals” or a “compelling” government interest such as health or safety.²²

With the growth of the U.S. Muslim population in the 1960s due to immigration and conversion,²³ it became clear that Islam was a religion that merited the same

19 National Archives, *Amendments to the U.S. Constitution*, <https://archivesfoundation.org/amendments-u-s-constitution/>

20 *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) (ending devotional exercises in public schools because the Establishment Clause forbade the recognition of one religion over others).

21 Although the First Amendment refers explicitly only to laws passed by “Congress,” which would mean it only applied to federal laws, since 1940 the U.S. Supreme Court has consistently ruled that it also applies to the states by incorporating First Amendment rights into the Fourteenth Amendment due process clause. This was done first done implicitly in *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 303 (1940) (incorporating the free exercise clause), and then explicitly in *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 14-15 (1947) (incorporating disestablishment clause). Accordingly, neither Congress nor state legislatures can pass laws that are seen as establishing or favoring religion, nor can they pass laws that unduly burden an individual’s right to religious belief or practice.

22 *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

23 The Immigration and Nationality Act of 1965 did away with the earlier quota system based on national origin, replacing it with a preference system that prioritized immigrants with skills and family ties to the United States. This led to a surge of immigration from Asia, Africa, and other regions outside of Europe. As a result, “from 1966 to 1997, approximately 2,780,000 immigrated to the United States from areas of the world with significant Muslim populations... [and] one demographer estimates that approximately 1.1 million immigrants were Muslim.” Edward E. Curtis IV, *Muslims in America: A Short History*, 72-73 (Oxford University Press, 2009). In addition, conversion to Islam picked up steam during the 20th century, especially among African Americans who often found Islam attractive for political, as well as religious, reasons. *Id.* 43-44.

protections as Christianity or Judaism, and Muslims had the right to engage freely in religious practices. For example, some Muslim inmates affirmed their rights to engage in religious practices such as Friday prayers, the observance of Ramadan, and access to halal foods.²⁴

In a similar way, religious believers from a variety of different faith traditions have been able to use secular laws regarding arbitration and other forms of alternative dispute resolution as a way to establish private forums that will resolve disputes according to religious law or tradition. One important caveat remains, however – U.S. federal and state law always remains the supreme and final authority, which means that Muslims, like members of other religious traditions, may not violate generally applicable civil or criminal laws, even if they feel these laws conflict with their sincerely held religious beliefs.²⁵

B. Laws Promoting Alternative Dispute Resolution (ADR)

The U.S. legal system today is highly favorable, even encouraging, toward these types of private dispute resolution, both because they are generally faster and cheaper than litigating in court and because they reduce the caseload on the court system.²⁶ The Federal Arbitration Act, passed by Congress in 1925,²⁷ promoted arbitration by holding that arbitration agreements were “valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”²⁸ and that judges must enforce arbitration awards unless there is some issue with the arbitration itself (for example, there was duress in entering

24 *E.g.*, *Cooper v. Pate*, 378 U.S. 546 (1960) (landmark case involving Muslim inmates, recognizing that prisoners have constitutional rights); *Battle v. Anderson*, 376 F. Supp. 402 (E.D. Okl. 1974) (religious services); *Cochran v. Sielaff*, 405 F. Supp. 1126 (S.D. Ill. 1976) (Ramadan observance); *Barnett v. Rodgers*, 410 F.2d 985 (D.C. Cir. 1969) (suitable diet).

25 For example, in 2010 a New Jersey appeals court held that a husband’s belief that his actions were permissible under Islamic law could not be a defense against general criminal laws regarding domestic violence. *S.D. v. M.J.R.*, 2 A.3d 412 (N.J. Super. 2010).

26 This has not always been the case, however. Early English common law was extremely hostile to private dispute resolution, claiming that it “ousted the jurisdiction of the courts” and could not be trusted to provide fair results. *I Domke on Com. Arb.*, § 2:5 (2023). This common law hostility toward arbitration has been the norm in the U.S. legal system since its founding. It was therefore not until the early twentieth century that federal and state legislatures and courts began to change the laws in favor of enforcing arbitration agreements and awards. *I Domke* § 2:9.

27 Legal Information Institute, *Federal Arbitration Act*, (Cornell Law School), https://www.law.cornell.edu/wex/federal_arbitration_act.

28 Codified at 9 USCA § 2 (2022).

the agreement, bias on the part of the arbitrator, etc.). Similar laws exist on the state level for arbitration and mediation.²⁹

It is important to note that these laws regarding arbitration and mediation will generally be applied by U.S. courts regardless of whether the dispute resolution forum is secular or religious.³⁰ On the one hand, the Establishment Clause prohibits the government from “establishing” any kind of official religious court or dispute resolution forum, and courts therefore will not “compel” a party to appear before a religious dispute resolution forum or require that a religious arbitrator or mediator be appointed unless the voluntary agreement between the disputants clearly calls for it,³¹ on the other hand, the “free exercise” clause means that when a religious dispute resolution forum is *privately* convened, it can be considered part of the disputants’ right to freely practice their religion and cannot be prohibited by the courts.

In practice, most court opinions reviewing arbitral awards from a religious dispute resolution forum have not even discussed the First Amendment at all. In those cases, most have focused on the courts’ ability to resolve disputes involving

29 The 1955 Uniform Arbitration Act (UAA) was eventually adopted by 49 states, with a revised version (RUAA) introduced in 2000 and thus enacted in 22 states and the District of Columbia. Uniform Law Commission, *Arbitration Act*, <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a0ad71d6-085f-4648-857a-e9e893ae2736> (last visited September 22, 2024). Similarly, a Uniform Mediation Act has been adopted by 11 states and the District of Columbia, although similar laws allowing for mediation exist in most states. Uniform Law Commission, *Mediation Act*, available at <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=45565a5f-0c57-4bba-bbab-fc7de9a59110> (last viewed September 22, 2024).

30 However, there are important caveats for disputants, especially when it comes to arbitration, because once an arbitration agreement has been signed, it is difficult for a party to challenge the agreement or subsequent arbitral award in court. Courts will not review the merits of the arbitral award even for mistake of law or fact, and the courts can generally only vacate or modify an arbitral award when the court finds “that the rights of the party were prejudiced by corruption, fraud, or misconduct in procuring the award; partiality of an arbitrator; that the arbitrator exceeded his power or failed to make a final and definite award; or a procedural failure that was not waived.” *Lieberman v. Lieberman*, 566 N.Y.S.2d 490 (N.Y. Sup. 1991); *see also, e.g., N.Y. C.P.L.R. § 7511(b)(1)(i-iv)* (West 2014); *GA. CODE ANN. § 9-9-13(a)(1-4)* (West 2014). Courts may also vacate an award on due process grounds, or the award is determined to have been the result of coercion or duress, unconscionable, or a violation of public policy.

31 *See, e.g., Mayer-Kolker v. Kolker*, 819 A.2d 17, 20 (N.J. Super., 2003); *see also In re Ismailoff* (Golan), 836 N.Y.S.2d 493 (Table) (N.Y. Sur., 2007).

religious concerns using “neutral principles of law.”³² According to this approach, a court may apply “neutral, objective principles of secular law to determine if the arbitration award issued by the [religious] tribunal should be binding on the parties” without violating the First Amendment.³³

Therefore, taken together, these two varieties of religious freedoms guaranteed by the U.S. Constitution have enabled religious groups in the United States to use secular ADR laws to establish private dispute resolution forums that apply religious law or principles and to have agreements and awards issued by these religiously based forums enforced by the secular U.S. court system. What this means in practice is that, for the most part, U.S. courts simply do not care whether a case stems from a secular forum or a religious forum – both will be treated the same way.

IV. Use of Secular ADR Laws to Enable Faith-Based Dispute Resolution

Similar to how Jewish and Muslim faith communities have used secular truth-in-advertising laws to ensure that kosher and halal certifications can be relied on, the existence of secular U.S. laws regarding ADR has inspired believers from various religious traditions – including Christian, Jewish, and Islamic – to establish faith-based dispute resolution forums to serve their communities. This section

32 Avitzur v. Avitzur, 446 N.E.2d 136, 138 (N.Y., 1983) (citing Jones v. Wolf, 443 U.S. 595 (1979); Serbian Orthodox Diocese v. Milivojevich, 426 U.S. 696 (1976); Presbyterian Church v. Hull Church, 92 U.S. 440 (1969)).

33 Stein v. Stein, 707 N.Y.S.2d 754, 759 (N.Y. Sup., 1999) (involving a rabbinic tribunal). However, one exception to these general rules comes from a recent case out of California. In *Bixler v. Scientology*, the Church of Scientology sought to enforce an arbitration agreement and to require harassment lawsuits filed by former members of the Church to be resolved within a Scientologist tribunal and under Scientologist law. Unusually, the court in this case struck down the arbitration clause on the grounds that forcing former church members to adhere to the arbitration agreement would violate their First Amendment rights to free exercise and change their faith. *Bixler v. Super. Ct. for the State of Cal.*, No. B310559, 2022 WL 167792 (Cal. Ct. App. Jan. 19, 2022), *review denied sub nom.* *Bixler v. Super. Ct.*, S273276, 2022 Cal. LEXIS 2283 (Apr. 20, 2022), *cert. denied sub nom. Church of Scientology Int'l v. Bixler*, 143 S. Ct. 280 (2022). The California Supreme Court declined to grant a review of the case, and the case was ordered not to be published.

To date, however, no other courts have followed the *Bixler* court’s lead and it is not clear that any will, as legal scholars have taken issue with the *Bixler* decision, arguing that it was wrongly decided because it creates “a new exit right to contracts and a new doctrine in federal arbitration law, only applicable where an arbitration clause delegates disputes resolution through religious avenues” and that courts considering what they deem to be abusive arbitration clauses should instead use the faith-neutral doctrine of unconscionability. Michael J. Broyde and Alexa J. Windsor, “Contract Law Should Be Faith Neutral: Reverse Entanglement Would Be Stranglement for Religious Arbitration,” *N.Y. University Annual Survey of American Law* 79 (2023): 18.

examines how Christian, Jewish, and Muslim communities in the United States have used secular ADR laws to support and strengthen their own “faith-based” or “religious” dispute resolution traditions.

A. Christian Conciliation

While the vast majority of Christians have no qualms about using the secular legal system, there are a growing number who believe that Christians should not sue other Christians in a secular court³⁴ and, beginning in the 1980s, the “Christian Conciliation” movement began to formalize such services. Currently, several Christian Conciliation organizations exist, the largest of which is called the Institute for Christian Conciliation (ICC), that provide biblically based mediation and/or arbitration for a broad range of disputes, including family, communal, and commercial.³⁵ Christian Conciliation mediators and arbitrators are usually Christian lawyers, ministers, or counselors who have received special training or certification in the field.

Courts have routinely upheld the enforceability of agreements using Christian Conciliation to resolve disputes. For example, *Encore Productions v. Promise Keepers* involved a contract containing a dispute resolution clause that stated: “Any claim or dispute arising from or related to this Agreement shall be settled by mediation and, if necessary, legally binding arbitration, in accordance with the Rules of Procedure for Christian Conciliation of the Institute for Christian Conciliation.”³⁶ When one party tried to ignore this clause and to sue in court, the court rejected the party’s argument that the court was prohibited from enforcing “theological conclusions,” stating that it was merely using its power to enforce “secular contract rights” and would be able to employ “neutral principles” to review decisions of religious dispute resolution.³⁷ The court also rejected the argument that compelling the party to a religious dispute resolution process violated the First Amendment because it had voluntarily entered into the agreement in the first place

34 This belief is based on a number of verses in the Christian New Testament, most prominently the Gospel of Matthew, in which Jesus is quoted as saying: “If your brother sins against you, go and confront him while the two of you are alone. If he listens to you, you have won back your brother. But if he doesn’t listen, take one or two others with you so that ‘every word may be confirmed by the testimony of two or three witnesses.’ If, however, he ignores them, tell it to the congregation. If he also ignores the congregation, regard him as an unbeliever and a tax collector.” Matthew 18:15-18 (New International Version).

35 Institute for Christian Conciliation, <https://www.aorhope.org/icc>.

36 *Encore Productions v. Promise Keepers*, 53 F. Supp. 2d 1101, 1106 (D. Colo. 1999).

37 *Encore Productions*, 53 F. Supp. 2d at 1112 (citing *Jones v. Wolf*, 443 U.S. 595 (1979)).

and “[a]lthough it may not be proper for a district court to refer civil issues to a religious tribunal in the first instance, if the parties agree to do so, it is proper for a district court to enforce their contract.”³⁸

B. Jewish Rabbinic Tribunals

For centuries, Jews have lived as religious minorities under Christian or Muslim rule and have become well-versed in adapting their legal traditions to work under non-Jewish governments. While most Jews in the United States have no objection using secular courts, “orthodox” Jews³⁹ who are committed to living according to Jewish law, known as *halakhah*. Because *halakhah* contains a prohibition against bringing suit against another Jew in a non-Jewish court,⁴⁰ orthodox Jews will bring any dispute with a fellow Jew – from family law issues to multi-million-dollar contract disputes – to a rabbinic tribunal, known as a *beth din*.

However, when it comes to forcing a disputant to appear before a *beth din* or enforcing the decision handed down by the rabbis on the panel, the *beth din* has little power other than social pressure and a disputant’s own religious belief to compel them to abide by the *beth din*’s decisions.⁴¹ However, some Jewish groups, such as the Beth Din of America (BDA),⁴² have resolved this problem by harnessing the power of the secular U.S. legal system. For example, if the *beth din* issues a decision and one party refuses to abide by it, then the other party is permitted to go to a secular U.S. court to get the award enforced. In this way, the BDA provides

38 Encore Productions, 53 F. Supp. 2d at 1112-1113.

39 In the United States today, there are four main branches of Judaism – reform, conservative, reconstructionist, and orthodox, with a number of different varieties of orthodox Jewish communities in the U.S., ranging from highly insular Hassidic to highly acculturated “modern orthodox” communities and individuals. My Jewish Learning, *The Jewish Denominations*, <https://www.myjewishlearning.com/article/the-jewish-denominations/>.

40 See Rabbi Simcha Kraus, “Litigation in Secular Courts,” in *Jewish Law*, http://www.jlaw.com/Articles/litigation_in_secular_courts1.html (discussing Talmudic ban against using “courts of Akkum” interpreted as prohibition against using secular or other non-Jewish courts). Furthermore, a Jew who brings an accusation against another Jew before a non-Jewish court is seen as violating the supreme prohibition of *chillul ha-shem*, or the desecration of God’s name, by exposing the alleged wrongdoing before non-Jews, bringing shame upon the entire Jewish community. Kraus, “Litigation in Secular Courts.”

41 Beth Din of America, *See How Cases Are Brought to Beth Din*, <http://www.bethdin.org/cases.asp>.

42 The BDA is affiliated with the “modern orthodox” Rabbinical Council of America, however it is also open to non-orthodox Jews and even non-Jews, who might under certain circumstances (such as a dispute with an orthodox Jew) find them an attractive venue based on their low cost and high speed relative to court proceedings.

both a venue for orthodox Jews to fulfill their religious obligations when it comes to dispute resolution, but also enlists the power of the U.S. court system to ensure the enforcement of its decision.⁴³

C. Islamic Dispute Resolution

It is clear that, like their Christian and Jewish counterparts, at least some Muslims in the United States find it important to resolve disputes in a manner consistent with their religious beliefs and principles. Evidence of this is found in the small handful of cases that have appeared since 1999, in which state appeals courts in the United States have dealt with disputes involving Islamic arbitration. These cases show that faith-based Islamic ADR services exist at some level in the United States and are utilized for a variety of different disputes, such as mosque governance issues,⁴⁴ business contracts,⁴⁵ and divorce or custody matters.⁴⁶

Just as they have with faith-based ADR based on Jewish and Christian traditions, courts have generally found the fact that these cases involve Islamic ADR cases to be unremarkable and decide them on neutral principles of law. For example, in a Texas divorce case in which one of the parties challenged the validity of an agreement to submit “all claims and disputes among them” to an Islamic arbitration tribunal, the appeals court upheld the agreement, deeming it a simple question of contract interpretation.⁴⁷ Similarly, a court in Minnesota upheld an Islamic arbitration committee’s award in a contract dispute between business partners

43 For example, in *Lang v. Levi*, a Jewish couple was married in accordance with secular and Jewish law and had signed an arbitration agreement designating the BDA as the arbitral forum for any disputes arising from their religious prenuptial agreement. After receiving a civil divorce from a secular state court, the couple went to the BDA for a religious divorce, and a BDA panel originally awarded the wife \$10,200 but then reversed its decision. The wife then went to the Maryland state court, asking that the BDA’s decision be vacated. The court refused and upheld the BDA’s decision, stating that it “[could not] delve into whether under Jewish law there [was] legal support” for the rabbi’s decision to reverse the original decision, and that “the Beth Din appropriately exercised its authority within the confines of its own rules and procedures, which both parties agreed to be subject to under the arbitration agreement. *Lang v. Levi*, 16 A.3d 980 (Md. Ct. Spec. App. 2011).

44 *Yaseen Educational Society v. Islamic Association of Arabi, Ltd.*, 406 S.W.3d 385 (Text. Ct. App. 2013); *El-Farra v. Sayyed*, 226 S.W.3d 792 (Ark. 2006).

45 *Abd Alla v. Mourssi*, 680 N.W.2d 569 (Minn. App. 2004); *Hamzavi v. Ahmad*, 1999 WL 33452466 (Mich. App. 1999) (unpublished).

46 *In the Interest of N.Q. and F.Q.*, 2010 WL 2813425 (Tex. App. 2011) (unpublished); *Jabri v. Qaddura*, 108 S.W.3d 404 (Tex. App. 2003); *Amro v. Iowa Dist. Court for Story County*, 429 N.W.3d 135 (Iowa, 1988).

47 *Jabri v. Qaddura*, 108 S.W.3d 404 (Tex. App. 2003).

on the grounds that the partner challenging the decision had failed to prove any fraud or misconduct in the arbitration and, under state law, had waited too long to challenge the results of the arbitration.⁴⁸

These cases, like those arising from a Christian or Jewish context, demonstrate that over the past three decades, U.S. courts have routinely dealt with decisions issued by faith-based dispute resolution forums and have treated them as secular arbitral awards and ruled upon them through the application of neutral principles of law. The combination of the United States' constitutional protections of freedom of religion and secular ADR laws provide fertile ground for the growth of such faith-based dispute resolution systems, and the next section explores the wide varieties of Islamic dispute resolution forums and services have developed as a result.

V. Islamic Dispute Resolution Services in the U.S.

Generally speaking, the Islamic dispute resolution services that do exist in the United States fall into one of four main types, although some overlap exist among some of the categories: (A) services offered in mosques, both informal and formal; (B) ad hoc arbitration panels; (C) sect-specific ADR services; and (D) independent tribunals or dispute resolution, either provided by independent religious scholars, U.S. trained legal experts, or a combination of the two. Each of these types is briefly discussed below.

A. Services offered in mosques

Mosques in the United States are much more than just spaces for prayer – many also function as community centers, providing a range of activities and services for members, which may include education, cultural events, recreation, social services, and various types of counseling. It is therefore not unexpected that when dealing with a dispute or conflict, many Muslims turn to the mosque for help and guidance. Often, congregants turn to the mosque's imam⁴⁹ for counseling or mediation. Often

48 Abd Alla v. Mourssi, 680 N.W.2d 569 (Minn. App. 2004).

49 While in Muslim countries the term "imam" is primarily used to mean a person who leads the Friday congregational prayer, imams in the United States have taken on many other responsibilities, often functioning more like a Christian minister or Jewish rabbi and "pastoring" to members of the mosque community. Yvonne Yazbeck Haddad and Adair T. Lummis, *Islamic Values in the United States: A Comparative Study* (New York: Oxford University Press, 1987), 58-59 (noting "imam" in the Islamic world is used for various leadership roles, included Islamic scholars, religio-political leaders, and Friday prayer leaders).

this is informal,⁵⁰ with the imam working with the parties to a conflict to reconcile them whenever possible, in keeping with Islamic norms of mercy and conciliation.⁵¹ In some cases, an imam may act as an “arbitrator” between two parties, hearing both sides of a dispute and any resulting “decision” or “ruling” tend to be informal, in that they are meant to be accepted and enforced voluntarily by the parties and not intended to be legally enforceable by a U.S. court. For example, given the lack of any formal sharia court system in the U.S., a woman seeking a “religious divorce” may turn to an imam. Any divorce so issued may well be recognized by a woman’s family and community, but it will not be enforceable in a secular court.⁵²

In addition, a very small number of mosques offer formal dispute resolution (ADR) services such as mediation or arbitration. Unfortunately, identifying which mosques offer such services is extremely difficult.⁵³ However, anecdotal evidence shows that such services do exist in some mosques, generally developed independently of each other by local leaders in response to a perceived need in the community. Accordingly, there is no standard model for such mosque-based services and, while most will hear a broad range of disputes, including family, business, or organizational (intra-mosque) disputes, they differ greatly in the way

50 Ihsan Bagby, *The American Mosque 2020: Growing and Evolving - Report 2 of the US Mosque Survey 2020: Perspectives and Activities* (Institute for Social Policy and Understanding, 2021), <https://www.ispu.org/report-2-mosque-survey-2020/#mosque-activities> (“78% of U.S. mosques provide family and marital counseling services, which is usually the job of the imam.”)

51 Aida Othman, *And Sulh is Best: Amicable Settlement and Dispute Resolution* (unpublished Ph.D. dissertation, Harvard University, May 27, 2005), 266 (on file with author).

52 Given the secular nature of the U.S. legal system, no state-appointed or state-recognized religious judges (*qadis*) are authorized to issue a divorce. To be divorced under U.S. law, the parties must undertake civil divorce proceedings, usually in the state in which they reside, in which the state court will adjudicate issues of alimony, custody, and child support. Some Muslim families or communities may refuse to recognize these divorces issued by secular U.S. courts, especially when it is considered that the wife has initiated the divorce action. In such cases, a woman may seek a “religious divorce” from a local imam, who is believed to have religious authority. See generally Julie Macfarlane, *Islamic Divorce in North America: A Shari’a Path in a Secular Society* (New York: Oxford University Press, 2012), 155 *et seq.*

53 While there are some online databases of mosques and Islamic schools, such as Muslimguide.com and salatomatic.com, they are searchable by geographic location only. While salatomatic.com previously had a search function for services, including “sharia arbitration,” it was never reliable. For example, a search in 2012 of the approximately 2400 U.S. mosques and Islamic services included in the salatomatic database at that time revealed 21 results showing that a mosque offered such services. However, of the 21 mosques identified, only 2 had active websites that mentioned mediation or arbitration services. However, some mosques noted that they provided mediation and arbitration services on their websites but not on their salatomatic profiles.

they are structured. Some offer only mediation, while others offer arbitration (binding or non-binding).⁵⁴

The majority of mosques that provide more formalized dispute resolution services, however, seem to take a hybrid approach to dispute resolution, combining both mediation and arbitration. The reasons for this appear to be two-fold. First, since the primary goal of such services is to reconcile the disputing parties, this is best done through an approach that emphasizes the parties working together through a third-party mediator, such as an imam, to craft a mutually agreeable solution to their dispute. For example, the Mosque Foundation, a mosque in Chicago, states on its website:

“Whenever disagreements arise (whether they involve business matters or personal aspects of life), it is helpful to seek an impartial mediator to resolve the issue. The Mosque Foundation offers objective arbitration to resolve disputes and preserve relations between the disputants.”⁵⁵

However, the second reason, for the hybrid, fluid approach to dispute resolution found in many U.S. mosques is sometimes the lack of a basic understanding of the technical and legal differences between “counseling,” “mediation,” and “arbitration” under U.S. law on the part of the imams and other community members who provide these services. For example, one imam speaking about the services his mosque offered stated that disputes would be “mediated by an arbitrator.”⁵⁶

B. Ad-hoc Arbitration Committees

Some mosques and other Muslim organizations may have by-laws or other organizing documents that specifying procedures for establishing an arbitration committee, either internally or externally, to deal with internal disputes. For example, a New Jersey mosque’s by-laws included an arbitration clause that stated: “The board shall create an Islamic Arbitration Committee of 3-5 members in case of disagreement among board members or general assembly members of matters related to the center.... The decisions of the committee shall bind on all parties and may be entered in a court of competent jurisdiction.”⁵⁷

54 For example, the al-Huda mosque in Minnesota states on its website that it provides only arbitration services, stating: “Our Center provides a court-like service for the Muslim community. The Imam will work as a judge to resolve the dispute between any two parties or group. Cases may include social, family matters, business, or any conflict. Based on the complexity of the case, we might organize an arbitration committee from experts to help in solving the problem and make the decision. All the arbitration decisions are final.” <https://www.alhudacenter.net/services>.

55 <https://mosquefoundation.org/services-overview/>.

56 Interview with anonymous imam (December 17, 2013) (notes on file with the author).

57 *Matahen, et al. v. Schwail, et al.*, 2016 WL 1136602 (N.J. App. 2016).

Even where a formal arbitration clause is lacking, as a practical matter many mosques and other Islamic organizations seek to resolve governance or membership disputes through some sort of arbitration process, often convened with the help of an outside organization, such as the Islamic Society of North America (ISNA) or its affiliate, the Fiqh Council of North America. Although these groups do not themselves have formal arbitration programs, they nevertheless serve as a resource to refer interested parties to potential arbitrators, who are generally Islamic scholars, although these scholars may work with U.S.-trained lawyers or other experts.⁵⁸

C. Sect-specific ADR services

Some Muslim groups have developed internal ADR services designed to deal with disputes between their members. This is the case, for example, for the Ismaili Muslim community, a Shi'i Muslim community of approximately 12-15 million members in 35 different countries.⁵⁹

The Ismaili community is extremely cohesive, with a governing structure that includes a constitution,⁶⁰ which sets up a system of “Conciliation and Arbitration Boards” (CABs) designed to assist in the conciliation process between parties in disputes arising from commercial and family matters.⁶¹ Although CABs stress conciliation to help the parties reach an agreement through mediation, the constitution expressly states that a CAB may “act as an arbitration and judicial body.”⁶² While Ismaili Muslims are encouraged to use the CAB system, in the United States, they remain free to take disputes to courts or other forms of private ADR if they prefer. Nonetheless, most Ismailis generally prefer to use the CAB system due to its reputation for resolving disputes quickly, cheaply, and confidentially, in a

58 For example, a Pennsylvania mosque facing governance disputes decided to “submit[] the resolution of the [Islamic center]’s disputes to the Islamic Society of North America (“ISNA”) for voluntary and binding arbitration.” ISNA referred the issue to an imam from another part of the country, resulting in a panel consisting of that imam and two U.S.-trained Muslim attorneys, who held a series of hearings and issued a final ruling. Copy of the 2011 arbitration submitted the author.

59 <https://the.ismaili/global/about-us/the-ismaili-community>.

60 While the Ismailis have had written rules since 1905, the current constitution, known as “The Constitution of the Shia Imami Ismaili Muslims,” was signed by the Aga Khan in 1986 and revised in 1998. “Ismaili Constitution”, *Encyclopaedia of Ismailism*, ed. Mumtaz Ali Tajddin, <http://www.ismaili.net/heritage/node/10434>.

61 *Constitution of the Shia Imami Ismaili Muslims*, Art. 12.1(a). Article 12 establishes International Conciliation and Arbitration Boards; national-level boards are established by Article 13, which includes identical language.

62 *Ismaili Constitution*, Arts. 12.1(b), 13.1(b).

culturally and religiously sensitive environment. However, as the Ismaili Constitution mandates that national and regional CABs are subject “to the overriding effect of any applicable laws of the land of abode,”⁶³ as a matter of practice this means that the CAB system in the United States recognizes and respects applicable state and federal laws.

D. Independent Muslim Dispute Resolution Organizations

A small but growing number of Muslim dispute resolution services and organizations are unaffiliated with a particular mosque or Islamic center. Some of these are quite small, seeking to serve only Muslims in a limited geographic area, while others provide (or hope to provide) Islamic dispute resolution services nationwide. In some cases, the mediators and/or arbitrators are classically trained Islamic scholars, while in others, they are U.S.-trained lawyers or counselors. In at least two instances, the staff is made up of both.

Each of these Islamic dispute resolution organizations shares in common is a deep belief that it is preferable for Muslims, whenever possible, to resolve disputes outside of the U.S. legal system for both religious and practical reasons. All also look to resolve disputes by reconciling the parties as much as possible and therefore, as with Muslim ADR in other types of forums discussed above, seek first and foremost to help the parties arrive at a mutually acceptable resolution to the dispute to the greatest extent possible. However, given the very different structures and types of services available through these independent Islamic dispute resolution organizations, generalizations are difficult. Given the constraints of this article, this section can only briefly describe six such venues that provide dispute resolution services to Muslims in the United States. While additional stand-alone Islamic dispute resolution organizations may exist, as is the case for other types of Muslim ADR in the United States, the lack of any centralized organization or listing of such services makes it difficult to determine the exact number of them.

1. Center of Islamic Counseling and Guidance (Georgia)

The Center of Islamic Counseling and Guidance (CICG) is primarily a counseling and education organization, but it has Islamic scholars on staff who provide arbitration services. It was established in 2001 and is located in the south Atlanta area, where it serves primarily the local African-American Muslim community.⁶⁴

63 *Ismaili Constitution*, Art 3.2.

64 Center of Islamic Counseling and Guidance, *About Us*, <https://islamiccounseling.org/about-us/>.

Most disputes CIGC deals with involve family or marital issues, although it has dealt with intra-mosque and business disputes. Its founder, Sheikh Daoud, understands *tahkīm*, or Islamic arbitration, as encompassing both what U.S. law considers mediation and arbitration. He states that *tahkīm* is “not necessarily dictating a judgement – the *hakam* (mediator/arbitrator) is there to solve the problem. *Tahkīm* is solving, reconciling, bringing to a good end...through the *hukum* (decision or rule) of Allah.” Therefore, generally the CIGC *hakam* will work with the parties, seeking first to solve the dispute through counseling and mediation between the parties to reach a mutually agreeable solution to the dispute and, only when that is not possible will the *hakam* “dictat[e] a decision.”⁶⁵ However, CIGC’s arbitration decision is not designed to be legally binding, instead depending solely on the parties to voluntarily abide by whatever decision the *hakam* has issued from a religious duty.

2. The Islamic Tribunal (Texas)

The Islamic Tribunal (IT) was founded in approximately 2012 to serve the Dallas-Fort Worth area in Texas.⁶⁶ All its committee members are classically trained Islamic scholars.⁶⁷ According to IT’s website, it handles “any kind of dispute in our community” and includes examples of a business dispute, a “community problem,” as well as family and divorce cases.⁶⁸

IT views resolving disputes under Islamic law as being in complete harmony with U.S. law, stating that it views “effective mediation and arbitration” as a way in which “decisions can be made that are stipulated in the Shari’ah and adhering to the binding, ethical and legal code that exists within this country with the final approval of the relevant courts and judges.”⁶⁹

3. Islamic Arbitration and Mediation Services (Texas)

Although also based in Texas, Islamic Arbitration and Mediation Services (IAMS) operates nationally. It offers a wide range of services, including family-related

65 Center of Islamic Counseling and Guidance, *About Us*, <https://islamiccounseling.org/about-us/>.

66 Dr. Taher Elbadawi, “Islamic Tribunal,” November 26, 2013, video, 3:09, <https://www.youtube.com/watch?v=a3iB-55uIQ0&t=6s>.

67 Islamic Tribunal, *Imams*, <https://www.islamictribunal.org/imams/>.

68 Islamic Tribunal, *Cases We Handle*, <https://www.islamictribunal.org/cases-we-handle/>.

69 IT also states that it seeks support from U.S. trained attorneys to ensure that its decisions are in accordance with all pertinent state and federal laws. Islamic Tribunal, *About-IT*, <http://www.islamictribunal.org/about-it/>.

disputes, such as pre-marital counseling, marital mediation, and divorce mediation/arbitration (as well as Islamic divorce documentation), and mediation/arbitration for business or organizational disputes.⁷⁰ IAMS has both “religious consultants” and “experts” trained in classical Islamic jurisprudence and “legal consultants” and “experts” who are lawyers trained and licensed to practice law in the United States, demonstrating its commitment to abiding by both Islamic law and U.S. law.⁷¹

4. Islamic Dispute Resolution Service (California)

The Islamic Dispute Resolution Service (IDRS) is a “full service alternative dispute resolution (ADR) provider” that provides both Islamic mediation and arbitration services, along with other services, such as trainings, consulting, and independent investigations.⁷² Although based in Los Angeles, California, its website states that it provides services locally, nationally, internationally, and online.⁷³

IDRS stands out as “a modern forum that interfaces effectively with timeless principles of our Islamic tradition and contemporary society in a professional, efficient, and cost-effective manner.”⁷⁴ Its mediators and arbitrators are all independent contractors and include Islamic scholars, U.S.-trained and licensed attorneys, and counselors.⁷⁵

5. Muslim Center for Dispute Resolution (New York)

Although it is based in New York City, the Muslim Center for Dispute Resolution (MCDR) is a national organization that can serve disputants located anywhere in

70 Islamic Arbitration and Mediation Services, *Services*, <https://iams.llc/services/>.

71 See Islamic Arbitration and Mediation Services, *Our Consultants*, <https://iams.llc/our-consultants/> and Islamic Arbitration and Mediation Services, *Our Team*, <https://iams.llc/our-team/>. Indeed, on its “About Us” page, it states: “IAMS was established to provide an alternative to the Muslim community to address the issues and conflicts from an Islamic holistic perspective. With the overwhelming rise of marital issues, divorces, and civil conflicts within the Muslim community, religious leaders and legal professionals came together to offer a resolution to these problems in hopes of addressing them within the scope of Islam and in conformity with state law.” Islamic Arbitration and Mediation Services, *About Us*, <https://iams.llc/about-us/>.

72 Islamic Dispute Resolution Service, *Serving the American Muslim Community*, <https://www.islamicdisputeresolution.com/services>.

73 Islamic Dispute Resolution Service, *Serving the American Muslim Community*, <https://www.islamicdisputeresolution.com/services>.

74 Islamic Dispute Resolution Service, *Serving the American Muslim Community*, <https://www.islamicdisputeresolution.com/services>.

75 Islamic Dispute Resolution Service, *People*, <https://www.islamicdisputeresolution.com/people>.

the United States.⁷⁶ MCDR provides services in a large number of areas, including marital and family matters, inheritance, employment, business, commercial, and intra-mosque and other organizational disputes.⁷⁷ However, MCDR currently offers only mediation services, not arbitration.

Its roster of experts includes mediators (who are all either U.S.-trained and -licensed attorneys or hold a certification as a mediator),⁷⁸ licensed therapists,⁷⁹ and a fiqh expert.⁸⁰ Interestingly, although other independent Muslim dispute resolution services discussed in this section do have some female lawyers, MCDR is an outlier with the majority of its board, fully half of its mediators, and all of its therapists and fiqh expert being women.

6. Individual Muslim Lawyers and Law Firms

Islamic arbitration and mediation services may also be offered by individual lawyers and law firms. For example, the Florida-based Law Office of Hassan Shibley, Esq. smartly bills itself as “Muslim Legal” and states that it “connects Muslims who prioritize their faith with lawyers who will strive to secure faith-based solutions for all their legal needs.”⁸¹ The law firm clearly distinguishes between mediation and arbitration, noting that their Islamic arbitration services will result in the issuing of “a binding and enforceable judgment”⁸² that can be taken to a state court for enforcement if necessary.

VI. Conclusion

The United States of America has guaranteed two things under the First Amendment to the Bill of Rights of the US Constitution: “The Establishment Clause” (Congress shall make no law respecting an establishment of religion) under the First Amendment is designed to ensure that Congress cannot pass any law establishing an official state religion or giving the appearance of favoring one religion over another. The second clause, the “Free Exercise Clause,” (or prohibiting the free exercise thereof) further expands the prohibition against government

76 Muslim Center for Dispute Resolution, *Inquiries*, <https://mcdrglobal.com/contact/inquiry/>.

77 Muslim Center for Dispute Resolution, *Mission*, <https://mcdrglobal.com/mission/>.

78 Muslim Center for Dispute Resolution, *Mediators*, <https://mcdrglobal.com/neutrals/>.

79 Muslim Center for Dispute Resolution, *Subject Matter Experts*, <https://mcdrglobal.com/experts/>.

80 Muslim Center for Dispute Resolution, *Havva Guney-Ruebenacker* <https://mcdrglobal.com/fiqh-experts/havva-guney-ruebenacker/>.

81 Muslim Legal, <https://muslimlegal.com/>.

82 Muslim Legal, *Islamic Arbitration*, <https://muslimlegal.com/islamic-arbitration/>.

interference with religion by prohibiting the government from making any law designed to interfere with an individual's freedom of religious belief or practice. This freedom is considered absolute unless it is contrary to "public morality" or a "compelling" state interest, such as health or safety.

Today, under this constitutional guarantee and laws on alternative dispute resolution, individuals of any religion can resolve their disputes in a manner consistent with their religion. In other words, the courts do not look at whether the dispute resolution forum is a secular or religious institution, as long as it fits within the framework established by law. Under this approach, a court can apply "the neutral, objective principles of secular law to determine whether an arbitration award rendered by a [religious] court would be binding on the parties" without violating the First Amendment. This makes alternative dispute resolution an option for individuals such as Christians, Jews and Muslims who wish to resolve their disputes according to their own belief systems. Indeed, the Jewish and Christian communities have long established forums that utilize alternative dispute resolution methods.

Islamic dispute resolution organizations and services are still in the very early stages in the US relative to Christianity and Judaism, but their use is likely to increase as Muslim communities in the US continue to grow and develop and are able to devote more resources to dispute resolution within their communities. In general, Islamic dispute resolution services available in the United States can be divided into 4 main categories. These include (A) services offered in mosques, both informal and formal; (B) ad hoc arbitration panels; (C) sect-specific ADR services; and (D) independent tribunals or dispute resolution, either provided by independent religious scholars, U.S. trained legal experts, or a combination of the two.

Existing arbitration laws and practices in the U.S. today provide a means, at least at the legal level, through which U.S. Muslims can take the rich Islamic traditions of private mediation and arbitration (*tahkīm*) and translate them into dispute resolution forums and services that not only address the Muslim desire to resolve disputes in accordance with their religious beliefs, but also meet the requirements and constraints of local, state, and federal U.S. law. Today, through the organizations featured in this article, Muslims are learning to live in accordance with their religious beliefs by establishing procedures that both comply with U.S. law and meet the requirements of Islamic law. It is clear that these institutions will become more developed and well-established in the coming years.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

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

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

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

References/Kaynakça

- Alqurashi, Zeyad. "Arbitration Under the Islamic Sharia." *OGEL Energy Law Journal*. Accessed January 1, 2025. <http://www.ogel.org/article.asp?key=149>.
- American Civil Liberties Union. "Nothing To Fear: Debunking The Mythical 'Sharia Threat' to Our Judicial System." January 15, 2025. <https://www.aclu.org/publications/nothing-fear-debunking-mythical-sharia-threat-our-judicial-system>.
- AMJA. "Islamic Arbitration: Guidelines and Procedures," January 15, 2025. <https://www.amjaonline.org/research/islamic-arbitration-guidelines-and-procedures/>.
- Bagby, Ihsan. *The American Mosque 2020: Growing and Evolving - Report 2 of the US Mosque Survey 2020: Perspectives and Activities* (Institute for Social Policy and Understanding, 2021). <https://www.ispu.org/report-2-mosque-survey-2020/#mosque-activities>
- Bedzow, Ira. "The Pillars of Successful Religious Arbitration: Models for American Islamic Arbitration Based on the Beth Din of America and Muslim Arbitration Tribunal Experience." *Harvard Journal on Racial & Ethnic Justice* 30 (2014): 33-76.
- Center of Islamic Counseling and Guidance. "About Us." January 15, 2025, <https://islamiccounseling.org/about-us/>.
- Center For Security Policy. "Shariah: The Treat to America." January 15, 2025, <https://centerforsecuritypolicy.org/shariah-law-and-american-state-courts/>.
- Center For Security Policy. "Sharia Law and American State Courts." January 15, 2025. <https://centerforsecuritypolicy.org/shariah-law-and-american-state-courts/>.
- Beth Din of America. "See How Cases Are Brought to Beth Din." January 15, 2025. <http://www.bethdin.org/cases.asp>.
- Broyde, Michael J. "Jewish Law Courts in America: Lessons Offered to Sharia Courts by the Beth Din of America." *New York Law School Law Review* 57, 2 (2012/13): 287-311.
- Broyde, Michael J. *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- El-Ahdab, Abdul Hamid. *Arbitration with the Arab Countries*. New York: Kluwer Law International, 2011.
- Islamic Arbitration and Mediation Services. "Services." January 15, 2025. <https://iams.llc/services/>.
- Islamic Dispute Resolution Service. "Serving the American Muslim Community." January 15, 2025. <https://www.islamicdisputeresolution.com/services>.
- Legal Information Institute. "Federal Arbitration Act." January 15, 2025. https://www.law.cornell.edu/wex/federal_arbitration_act.

- Institute for Christian Conciliation. "Institute for Christian Conciliation." January 15, 2025. <https://www.aorhope.org/icc>.
- Kraus, Simcha "Litigation in Secular Courts." Jewish Law. December 10,2024. http://www.jlaw.com/Articles/litigation_in_secular_courts1.html
- MacFarlane, Julia. *Islamic Divorce in North America: A Shari'a Path in a Secular Society*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Mahdi, Zahraa and Nora A. Hak. "Tahkim (Arbitration) in Islamic Law within the Context of Family Disputes," *Arab Law Quarterly* 20 (2006): 2-42.
- Mohamed, Besheer and Podrebarac Sciapac, Elizabeth. "*The Share of Americans Who Leave Islam Is Offset by Those Who Become Muslim*." Pew Research Center. January 15, 2025. <https://www.pewresearch.org/short-reads/2018/01/26/the-share-of-americans-who-leave-islam-is-offset-by-those-who-become-muslim/>.
- Muslim Center for Dispute Resolution. "Inquiries." January 15, 2025. <https://mcdrglobal.com/contact/inquiry/>.
- Muslim Legal. "Islamic Arbitration." January 15, 2025. <https://muslimlegal.com/islamic-arbitration/>.
- My Jewish Learning, "*The Jewish Denominations*." January 15, 2025. <https://www.myjewishlearning.com/article/the-jewish-denominations/>.
- National Archives Foundaiton, "Amendments to the U.S. Constitution." January 15, 2025. <https://archivesfoundation.org/amendments-u-s-constitution/>
- Othman, Aida. "And Sulh is Best: Amicable Settlement and Dispute Resolution." (unpublished Ph.D. dissertation, Harvard University, May 27, 2005).
- Pew Research Center. "Demographic Portrait of Muslim Americans." January 15, 2025. <https://www.pewresearch.org/religion/2017/07/26/demographic-portrait-of-muslim-americans/>.
- Sacirbey, Omar. "Sharia Law in the US 101: A Guide to What It Is and Why States Want to Ban It." Huffington Post. January 15, 2025. https://www.huffpost.com/entry/sharia-law-usa-states-ban_n_3660813.
- The Ismaili. "About Us." January 15, 2025. <https://the.ismaili/global/about-us/the-ismaili-community>.
- Willingham, AJ. "By 2040, Islam Could Be the Second-Largest Religion in the U.S." CNN, January 15, 2025. <https://edition.cnn.com/2018/01/10/politics/muslim-population-growth-second-religious-group-trnd/index.html>.

darulfunun ilahiyat

MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi tarafından yayımlanan *darulfunun ilahiyat*, akademik bir dergidir. *darulfunun ilahiyat*'a gönderilmiş makaleler çift-kör hakemlik sistemi kullanılarak değerlendirilmektedir.
2. *darulfunun ilahiyat*'a başvurusu yapılan makaleler, Yayın Kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur ve uygun görüldüğü takdirde iki ayrı hakeme gönderilir. Yayın Kurulu, hakemlerden gelen yanıtla göre makalenin yayına kabul edilmesine, reddedilmesine, ya da gözden geçirilmek üzere yazara geri gönderilmesine karar verir. Yazarın gözden geçirip tekrar başvuruda bulunduğu makalenin yayınlanıp yayınlanmayacağına Yayın Kurulu karar verir. Reddedilen makalelerin yazarlarına sürece dair bilgilendirme yapılmaktadır.
3. *darulfunun ilahiyat*'a gönderilecek makaleler, daha önce yayınlanmamış veya başka herhangi bir yerde yayın sürecine girmemiş olmalıdır. Makalelerin araştırma ve yayın etiğine uygun biçimde hazırlanmış olmasına özen gösterilmelidir.
4. Dergiye başvurusu yapılan makaleler intihal programı ile taranmaktadır.
5. Elektronik başvurular <https://dergipark.org.tr/tr/login> adresinden kabul edilmektedir.
6. Makale yazım kuralları ana hatlarıyla aşağıda belirtilmiştir, daha detaylı bilgiye Dergi web sitesinden ulaşılabilir. http://ilahiyatjournal.istanbul.edu.tr/_

GENEL BİÇİM ÖZELLİKLERİ

Yazı Tipi	Bütün metinde 10 punto Times New Roman yazı karakteri kullanılır. Tablo ve şekillerin nasıl hazırlanacağına dair ilgili bölüme bakınız.
Sayfa Yapısı	A4 boyutlarındaki kâğıda üst, alt, sağ ve sol boşluk 2,5 cm (0.98 inç) bırakılarak, iki yana dayalı, satır sonu tirelemesiz şekilde olmalıdır. Çalışmalar tek sütun olarak hazırlanmalıdır. Paragraflarda ve başlıklarda girinti ve çıkıntı olmamalıdır.
Paragraf Yapısı	Paragraf sekmesinde girintiler bölümünde; önce ve sonra alanı 0,6 nk satır aralığı 1,5 olmalıdır.
Kelime Sınırı	Dergiye gönderilen yazılar 5.000-8.000 kelime arası olmalıdır.

BAŞVURUNUN BÖLÜMLERİ

Başlık	Makale başlığı bold ve sayfaya ortalı olmalıdır.
Yazar İsimleri	Yazar isimlerini başvuru dosyasına kesinlikle eklemeyiniz. Yazar isimleri yer alan başvurular işleme alınmaz ve iade edilir.
Öz	Gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde “başlık (title)”, “öz (abstract)” içermelidir. Özler 150-200 kelime arasında olmalıdır. Özde atıf kullanılmamalıdır.
Anahtar Kelimeler	Makalelerde konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce “anahtar kelimeler” bulunmalıdır. Anahtar kelimeler, 5-8 kelime arasında olmalıdır.
Ana Metin	Ana metnin nasıl görüneceğine dair örnek bir metin için lütfen darulfunun ilahiyat’ın web sayfasını inceleyiniz.
Kaynakça	Dergiye gönderilen yazılarda referans sistemi CMOS 17 yazım kurallarına uygun hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html

TABLOLAR, ŐEKİLLER VE EKLER

Tablo ve Őekiller	Tablo, Şekil, resim, grafik vb. unsurlar metin içerisinde yer almalıdır. Çalışmanın sonunda ayrıca verilmemelidir. Tablo ve Şekillerde genel Őablonun dışında paragraf sekmesinde girintiler bölümünde; <ul style="list-style-type: none"> ▶ önce ve sonra alanı 0, ▶ satır aralığı Tek olmalıdır.
Ekler	Her bir ek, kaynakçadan sonra ayrı sayfalarda verilmelidir.
Diğer	p değerini sadece tablo dışında gösteriniz. Tablo içerisinde ayrı bir p sütunu oluşturmayınız. Metin içindeki p değerlerini italik olarak gösteriniz.

BAŞLIK SİSTEMİ

Başlık Oluşturma	Birinci ve ikinci düzeydeki baŐlıkları oluşturan kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır (istisna: ve, ile, de, mi gibi ekler her zaman kk harfle yazılır). Tablo ve Şekil baŐlıkları da bu kurala göre düzenlenmelidir.
Temel BaŐlıklar	çalışmanın başlığı ve temel baŐlıklar (Yöntem, Bulgular, Tartışma) ortali ve bold yazılır (Giriş bölümüne Giriş başlığı konulmaz).
İkinci Düzey Başlık	Sola dayalı ve bold yazılır. Kendinden nceki paragraftan bir satır boşluk ile ayrılır.
nc Düzey Başlık	Sola dayalı, 0,5 cm içerden ve bold yazılır. Sadece ilk kelime büyük harfle başlar; geri kalanlar kk harfle devam eder. Sonuna nokta konur ve paragraf baŐlıđın hizasından devam eder. Kendinden nceki paragraf- tan satır boşluğu ile ayrılmaz.
Dördüncü Düzey Başlık	Sola dayalı, 0,5 cm içerden, bold ve italik yazılır. Sadece ilk kelime büyük harfle başlar; geri kalanlar kk harfle devam eder. Sonuna nokta konur ve paragraf baŐlıđın hizasından devam eder. Kendinden nceki paragraftan satır boşluğu ile ayrılmaz.
Beşinci Düzey Başlık	Sola dayalı, 0,5 cm içerden ve italik yazılır. Sadece ilk kelime büyük harfle başlar; geri kalanlar kk harfle devam eder. Sonuna nokta konur ve paragraf baŐlıđın hizasından devam eder. Kendinden nceki paragraftan satır boşluğu ile ayrılmaz.
Tablo ve Şekil BaŐlıkları	Tablo ve Şekil ifadeleri (Tablo 1., Şekil 1. gibi) bold biçimde kullanılır. Tablo ve Şekil baŐlıklarını oluşturan kelimelerin ilk harfleri büyük ve başlık italik olarak yazılır.

darulfunun ilahiyyat

NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. *darulfunun ilahiyyat*, published by Istanbul University Faculty Theology, is an academic journal. The articles sent to *darulfunun ilahiyyat* are evaluated using the double-blind review system.
2. The articles submitted for publication are first examined by the Journal Manager and Chief Editor in regard to the suitability of their goals, subject, content, presentation style and compliance to the journal's writing rules. Articles that have passed the preliminary evaluation process are sent to two referees that are expert in the specific field of the study. If the views of the referees on the work are at odds, then a third referee will be consulted. According to the reports of the referees the Editorial Management either accepts or rejects the article. The authors of the rejected articles are notified regarding the procedure.
3. The articles submitted for publication should not have been published nor submitted to another journal/editorial book previously. The articles should be composed in accordance with the international research and publication ethics standards.
4. Plagiarism allegations or abuses are constantly being investigated in order to protect the rights of authors and integrity of the journal. Submitted papers to the journal are examined by the plagiarism prevention program.
5. *darulfunun ilahiyyat* accepts the submissions through Dergipark
<https://dergipark.org.tr/en/login>
6. The guideline for general format properties is as follows. Further details are available at <http://ilahiyatjournal.istanbul.edu.tr/en/>

GENERAL FORMAT PROPERTIES

Font	The font used in the entire manuscript should be Times New Roman, font size 10,5.
Page Layout	In a A4 paper, page margins for bottom, top, right, and left should be pre-set as 0.98 inch. Text should be justified with no hyphenation breaks in words at the end of a line. Text should be typed as a single-column document. Paragraphs and headings should not be indented, but aligned with the main text.
Paragraph Format	Paragraph indents should be pre-set in the tabs section as follows: before and after: 6 pt; line spacing: 1.5.
Word Limit	Submitted manuscripts should be between 5000-8000 words

MANUSCRIPT SECTIONS

Title	Article titles should be boldfaced and centered.
Author's name	The names of all authors and their institutions should not be included in the main document.
Abstract	Submitted articles should include Turkish and English title and abstract. The abstracts should be between 150-200 words. No citations should appear in the abstract.
Keywords	The articles should include Turkish and English keywords which present the scope and content of the text. The keywords should be between 5-8 words.
Main Text	Please look at the samples which are available at the journal's website for an example of how the main text will look.
Citations and References	The journal uses Chicago Manual of Style 17 (Notes and Bibliography). For further details see http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html

TABLES, FIGURES AND APPENDICES

Tables and Figures	<p>Tables, figures, pictures, graphics, and similar aspects should be embedded in the text, and not provided as appendices.</p> <p>Under the Paragraph tab, ensure that the indentation is as follows:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▶ before and after: 0 ▶ spacing: Single <p>Tables and figures should be left aligned, and the text wrapping feature should be turned off.</p>
Appendices	Each appendix should be displayed on a separate page after the references section.

LEVELS OF HEADING

The Heading Style	First letters of the first and second levels should be capitalized. (Exception: conjunctions such as and, or, but should be in lowercase)
Main headings (i.e. Methodology, Results etc.)	Centered, boldface.
Second level headings	Flush left, boldface, separated with a line spacing from the previous paragraph.
Third level headings	Flush left, boldface with a 0,5 cm indentation, lowercase paragraph heading ending with a period (Only the first letter is capitalized), not separated with a line spacing from the previous paragraph.
Fourth level headings	Flush left, boldface, italicized, with a 0,5 cm indentation, lowercase paragraph heading ending with a period (Only the first letter is capitalized), not separated with a line spacing from the previous paragraph.
Fifth level headings	Flush left, italicized, with a 0,5 cm indentation, lowercase paragraph heading ending with a period (Only the first letter is capitalized), not separated with a line spacing from the previous paragraph.
Table and figure headings	Headings for tables and figures should follow the same code.