

ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ACAR ÜNAL*

ÖZET

Arabuluculuk kurumuna ilişkin ülkemizdeki temel düzenleme, 07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'dur. HUAK md. 1/f.2 gereğince Kanun'un uygulama alanına, özel hukuk uyuşmazlıkları girdiğinden aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların da arabuluculuk kurumu vasıtasıyla çözümlenebilmesi mümkündür. Ancak kanun koyucu her özel hukuk uyuşmazlığında arabulucuya başvurmayı kabul etmemiş ve yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa gidilebileceğini belirterek bir sınırlamaya gitmiştir. Bu kapsamda çalışmamızda boşanma davalarına ilişkin hangi anlaşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesinin mümkün olduğuna ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, boşanma, aile içi şiddet, boşanma sebepleri, boşanmanın hukuki sonuçları

Abstract

The basis of the provisions regarding Mediation is the code of Mediation in Legal Disputes (MLD), No:6325, adopted in 7th of June, 2012. Because according to the Art. 1/f.2 of MLD, Private Law is also involved, it is possible to resolve the disputes regarding Family Law via Mediation Institution. However, the Law Maker refused the applicability of Mediation in every case regarding the disputes in Private Law and put restrictions on

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0001-8112-0001.

the applicability of Mediation stating that the parties may apply for mediation only in terms of disputes on which they both may freely save. Within this context, in our citation, we will try to determine and evaluate which types of disputes regarding divorce might be solved through Mediation.

Key Words: Mediation, divorce, domestic violence, causes of divorce, legal consequences of divorce

GİRİŞ

Çok eski zamanlarda dahi uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak başvuru arbuluculuk kurumuna ilişkin ülkemizdeki en temel düzenleme, 07.06.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu'dur (HUAK). Arbuluculuğun tanımı, HUAK md. 2/f.1 b bendinde düzenlenmiştir. Buna göre arbuluculuk “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise arbuluculuk “*bir uyuşmazlığın, tarafların iradi olarak başvurmaları sonucu, arbulucu (veya uzlaştırmacı) olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle iki tarafın ortak menfaati esas alınarak çözümlenmesi*” şeklinde ifade edilmiştir¹.

Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arbuluculuğa her uyuşmazlık kapsamında gitmek mümkün değildir. HUAK md. 1/f.2 hükmünde yalnızca özel hukuk uyuşmazlıklarının arbuluculuk vasıtasıyla çözümlenebileceği ifade edilmiştir.

1 Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 17. Doktrindeki diğer tanımlar için bkz. Şıpka, Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, Sayı: 12, Güz 2007/2 (Bundan sonra “Şıpka, Tasarı” olarak anılacaktır), s. 165.

Kanun'un uygulama alanına, özel hukuk uyuşmazlıkları girdiğinden aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların da arabuluculuk kurumu vasıtasıyla çözümlenebilmesi mümkündür. Bu çerçevede değerlendirildiğinde bir aile hukuku uyuşmazlığı olan boşanma davalarında da arabuluculuğa gitmeye bir engel yoktur. Kaldı ki, arabuluculuğun boşanma sürecine dahil edilmesiyle tarafların kendilerini daha rahat ifade edebilmeleri ve bu çerçevede birbirlerini daha iyi anlayabilmeleri, daha az yıpranarak süreci hızlı bir şekilde sonlandırabilmeleri mümkün olabilecektir². Bilindiği üzere, boşanma davaları çok uzun sürebilmekte ve çiftler bakımından da sürenin uzaması aslında dostane ilişki kısmından o kadar uzaklaşmaya yol açabilmektedir. Bu sebeple boşanma aşamasının kısa sürede ve dostane bir şekilde bitirilmesi hem eşlerin hayata devam edebilmelerini kolaylaştırır hem de mahkemelerin iş yükünü azaltır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı md. 7'de aile arabuluculuğunun faydaları şu şekilde ifade edilmiştir:

- *"Aile üyeleri arasındaki iletişimin iyileştirilmesi;*
- *İhtilafli taraflar arasındaki anlaşmazlığın azaltılması;*
- *Dostane çözümle üretilmesi;*
- *Aileler ve çocuklar arasındaki kişisel ilişkinin devamının sağlanması;*
- *Ayrılık ve boşanmanın, tarafların kendileri ve devlet için yol açtığı sosyal ve ekonomik masrafların azaltılması;*
- *Anlaşmazlığın çözülmesi için (dava yoluna başvurulması halinde) gereken zamanın azaltılması"*³.

2 Arabuluculuk, hukuk ve psikoloji bilimlerinin harmanlanmasıdır. Bu kapsamda Kaliforniya hukukunda mahkeme arabulucularının psikoloji, sosyal hizmetler ya da aile/çocuk danışmanlığı alanında yüksek lisans yapmış olması ve çocuk gelişimi ile Kaliforniya Aile Mahkemesi sistemine ilişkin bilgi sahibi olması gerekmektedir. Oregon'da ise davranış bilimlerinde yüksek lisans yapmış olmak ya da bu alanda lisans mezunu olup bir yıl davranış bilimlerinde uzmanlık eğitimi almak ve iki yıl bu alanda çalışmak ya da klinik tecrübeye sahip olmak veya davranış bilimlerinde lisans mezunu olup dört yıl bu alanda çalışmak ya da klinik tecrübeye sahip olmak gerekmektedir. New York'da psikoloji alanında yüksek lisans derecesi ve iki yıl tecrübe aranmaktadır. Bkz. Sideris, Nicole, Divorce Mediation: Must Is Be Voluntary?, 26(2) Concl. Cts. Rev. 67 (1988), s. 72 (Hein Online).

3 Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu

Boşanmadan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa gitmek mümkün olmakla birlikte, bu konudaki tüm uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesi mümkün olmayacaktır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararında, boşanma ve ayrılık davalarında aile arabuluculuğuna elverişli uyuşmazlıklar şu şekilde ifade edilmiştir:

“1) *Çocuğun velayeti (custody): Çocuğun nerede ve kiminle yaşayacağı, yerleşim yeri, yetiştirilmesi ve eğitimi konularını kapsar.*

“2) *Çocuk ile kişisel ilişki kurulması (access): Çocukla birlikte yaşamayan, çocuğu kendi velayeti altında bulunmayan anne veya babanın ya da çocuğun yakın hısımlarının (örneğin, büyük anne veya büyük babanın) çocukla görüşmesini kapsar.*

“3) *Ekonomik konular: Ailenin mal varlığını ve bu mal varlığının boşanmadan sonra tarafların ihtiyaçlarına ve durumlarına uygun olarak nasıl paylaşılabileceğini; aile konutunun ve eşyalarının paylaşımını kapsar*”⁴.

Mevzuatımız kapsamında ise HUAK md. 1/f.2 gereğince yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa gidilebilecektir. Kanun’un gerekçesinde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar “*tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri uyuşmazlıklar*” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla kamu düzenine ilişkin olan⁵ ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sa-

Tavsiye Kararı, DEÜHFD, S. 2, C. 7, 2005 (Bundan sonra “Özbek, Tavsiye” olarak anılacaktır), s. 73.

4 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı’na yönelik değerlendirmeler için bkz. Özbek, Tavsiye, s. 71-102. Almanya’da aile arabuluculuğuna en sık başvuru alan konular arasında boşanma, miras, finansal meseleler, velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik uyuşmazlıklar yer almaktadır. Bkz. Castillejo y Peetsch, Isabel Fernandez de, Almanya’da Aile Arabuluculuğu ve Sınır Aşan Davalara İlişkin Özellikler, Çev. Cenk Akil, Özyeğin Üniversitesi Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Editör Ferhat Yıldırım, Ankara 2018, s. 25-26. Fransa’daki aile arabuluculuğuna ilişkin ayrıntılı çalışma için bkz. Özcan, Cem, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 9, Haziran 2017, s. 383-396.

5 HUAK açısından kamu düzeni kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge, M.

hip olmadığı uyuşmazlık bakımından arabuluculuğa gidilemeyecektir⁶. Bu çerçevede boşanmaya ilişkin hangi uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir.

I. Aile İçi Şiddet İddiası Kapsamında Arabuluculuk

HUAK md. 1/f.2 son cümledeki düzenlemeye göre, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi mümkün değildir. O halde öncelikle aile içindeki şiddetten ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır⁷.

Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) md. 3 b bendinde aile içi şiddet şu şekilde tanımlanmıştır⁸: “*aile içi şiddet, aile içerisinde veya hanede, mağdur faille aynı evi paylaşırsa da paylaşmasa da eski veya şimdiki eşler veya partnerler arasında meydana gelen, her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemi anlamına gelir*”. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Kanunu md. 2 b bendinde ise aile içi şiddet ifadesi yerine ev içi şiddet terimi kullanılmıştır. Buna göre “*Ev içi şiddet: Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet*” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere hem İstanbul Sözleşmesi’nde hem de

Turgay, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 93-114.

6 Özekes, Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2829; Koç, Evren, Arabuluculuk Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tespitler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 45.

7 Aile içi şiddetin hukuki açıdan değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, Serkan, Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet, Legal Hukuk Dergisi, S. 38, Şubat 2006, s. 415-445. Aile içi şiddetin önlenmesine yönelik iç hukuk düzenlemeleri için bkz. Akın, Merve, Aile İçi Şiddet, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, s. 30 vd.

8 Sözleşmede “domestic violence” yani ev içi şiddet ifadesi kullanılmış olmasına karşın “aile içi şiddet” olarak çevrilmiştir.

6284 sayılı Kanun'da benzer tanım yapılmış ve yalnızca fiziksel değil cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddetin de aile içi şiddet sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu tanımlama çerçevesinde boşanma sebeplerini oluşturan maddi olayların çok büyük çoğunluğunda aile içi şiddetle karşılaşılacaktır⁹. Zira fiziksel, cinsel ya da ekonomik şiddetin olmadığı bir olasılıkta çok yüksek ihtimalle psikolojik şiddet bulunacaktır. Kadın Dayanışma Vakfı'nın bir raporuna göre; 2016-2017 tarihleri arasında 355 kadın vakfa başvurmuş ve %81'i hakaret, aşağılama, bağırma, nasıl giyineceğine, nereye gideceğine, kimlerle görüşeceğine karışma, kendisine ya da yakınlarından birine zarar vermekle tehdit etme, suçlama, çocuklarını göstermemekle tehdit etme gibi davranışlar sonucu psikolojik şiddetle karşı karşıya kaldıklarını ifade etmişlerdir¹⁰. Öğretide eşini küçük görmek, bir işi yapamayacağına ya da beceremeyeceğine yönelik söylemlerde bulunmak, lakap takmak, sürekli eleştirmek, emir yağdırmak gibi davranışlar da psikolojik şiddete örnek gösterilmiştir¹¹.

Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuğa başvurulmamasının gerekçesi, Adalet komisyonu raporunda şu şekilde ifade edilmiştir: “... Bununla birlikte arabuluculuk sırasında yapılan müzakereler, tarafların herhangi bir korku veya baskı altında kalmaması ve tarafların eşitliği prensibine dayanır. Arabuluculuk, tarafların kendilerini güvende hissedecekleri bir ortamda gerçekleştirilmelidir. Yapılan araştırmalarsa 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

9 Demir, Şamil, Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 221; Bilge, s. 105. Eşlerden birinin süreklilik arz edecek alkol kullanması şiddet olarak nitelendirilmese de alkollü olduğu için eşini ya da çocuklarını dövmesi, hakaret etmesi, tehdit etmesi halinde aile içi şiddet gerçekleşmiş olacaktır. Bkz. Ayan, s. 423.

10 Eryalçın, Münevver/Demirel, Sibel/Duyan, Veli, Kadına Yönelik Şiddetin Düzeyi Ölçeği'nin Türkçeye Uyarlama Çalışması, TJFMPC, 2020 (1), s. 34. <https://dergi-park.org.tr/download/article-file/979413> E.T. 01.11.2020.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/2-2412, K. 2018/1670, T. 8.11.2018 sayılı kararında eşini kendi ailesiyle kıyaslayan kadının kusurlu olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 01.11.2020.

11 Akkaş, İbrahim/Uyanık, Zeki, Kadına Yönelik Şiddet, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, 6 (1) 2016, s. 38.

şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı düşünülmektedir”. Kanun koyucu, aile içi şiddetin varlığı halinde tarafların eşit olmayacağı düşüncesinden hareketle hem dava şartı hem de ihtiyari arabuluculuğu yasaklamıştır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, boşanmaya sebep olan maddi olayların çok büyük kısmında aile içi şiddetle karşılaşmak mümkün olduğundan boşanmaya ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurabilmek pek mümkün görünmemektedir. Bu sebeple doktrinde isabetli bir şekilde, aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklar bakımından hem dava şartı hem de ihtiyari arabuluculuğun önünün kapatılması yerine yalnızca dava şartı arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir¹². Zira HUAK’daki düzenlemeler kapsamında arabulucu taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdür. Tarafların eşit olmadığına yönelik bir kanaate vardığında ise arabuluculuğu sonlandırmalıdır. Dolayısıyla aile içi şiddet iddiası sebebiyle tarafların kendilerini güvende hissetmediği ya da eşitliğin sağlanamadığı durumlarda süreç zaten arabulucu tarafından sonlandırılacaktır¹³. Ayrıca Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) md. 48/f.1’deki düzenlemede de her türlü şiddete ilişkin olarak zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerinin yasaklanması için gerekli hukuki ve idari tedbirlerin

12 Demir, s. 220-221; Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017 (Bundan sonra Akkaya, Usul” olarak anılacaktır), s. 387. Aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların da arabuluculuk kapsamına alınması gerektiği yönünde bkz. Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 2. Cilt, 4. Bası, Ankara 2016 (Bundan sonra “Özbek, Uyuşmazlık” olarak anılacaktır), s. 1195; Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, AndHD 2015, C. 1, S. 1, s. 126. Şiddetin türleri bakımından ayırım yapılması gerektiği ve bu kapsamda şiddetin yoğunluğuna göre psikolojik ve ekonomik şiddette arabuluculuğa gidilebileceği yönünde bkz. Dağhoğlu, Duygu, Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 2, Y. 2020, s. 574. Aile içi şiddet iddiasının uyuşmazlığın kendisinde aranması gerektiği ve uyuşmazlığın kendisinde bulunmadığı durumlarda şiddetin hala mevcut olup olmadığının araştırılması gerekeceği yönünde bkz. Demircioğlu, Huriye Reyhan, Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliği, TAAD, S. 23, Y. 6, Ekim 2015, s. 72. Aksi görüş için bkz. Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Y. 2015, s. 139 dipnot 55.

13 Demir, s. 219.

alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. O halde İstanbul Sözleşmesi de yalnızca dava şartı arabuluculuğun yasaklanması yükümlülüğünü getirmiştir¹⁵. Açıklanan gerekçelerle boşanmaya sebep olan uyumsuzluklar bakımından aile içi şiddetin varlığı ve iddiasının yalnızca dava şartı arabuluculuk bakımından yasak olması, bu tür uyumsuzluklar bakımından ihtiyari arabuluculuğa başvurabilmenin önünü açacak ve bu şekilde boşanmadan kaynaklanan uyumsuzlukları arabuluculuk yöntemiyle çözebilmek mümkün olabilecektir¹⁶.

I. Boşanma ve Arabuluculuk

1. Boşanma Sebepleri ve Boşanma Kararı

Doktrinde boşanma “eşler hayattayken, kanunda öngörülmüş olan bir sebebe dayanarak, birinin açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hakim kararı ile son verilmesi” olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, boşanma ancak kanunda yazılı sebeplere dayanabilir. Boşanmanın özel

14 Doktrinde metni hazırlayanların alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerine ilişkin avantajları göz ardı etmediklerini ancak özellikle vurgulamak istedikleri hususun şu şekilde olduğu ifade edilmiştir: “Özellikle bu tür alternatif çözüm yöntemleri zorunlu tutulduğunda ve mahkeme süreçlerinin yerini aldığı, olumsuz birtakım sonuçlar da ortaya çıkabilir. Şiddet mağdurları, alternatif çözüm süreçlerine, hiçbir zaman faille eşit düzeyde girmezler. Mağdurların utanç, çaresizlik ve güçsüzlük duygularıyla baş başa bırakılmaları, buna karşılık failerin güç ve egemenlik duygusuna kapılmaları bu tür suçların doğasında vardır. Ev içi şiddetin ve kadınlara yönelik şiddetin yeniden özelleşmesinden kaçınmak ve mağdurun adalet arayışını güçlendirmek açısından, başında doğal yargıcın yer aldığı ve yürürlükteki ulusal yasalar uyarınca yürütülecek karışık temelindeki yargı süreçlerine erişimin sağlanması devletin sorumluluğundaki bir iştir”. Bkz. Bakırcı, Kadriye, İstanbul Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2015, s. 192-193.

15 HUK md. 1 hükmündeki düzenlemeyle İstanbul Sözleşmesi md. 48 hükmünün uyum içinde olduğu yönünde bkz. Börü, Levent, Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2017, Y. 2017, s. 189.

16 Doktrinde, aile içi şiddet içeren uyumsuzlukların arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenmesinin yararları olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, arabuluculuk sürecinde çatışmanın sebebi ve çözümlenebilmesi üzerinde durulacak ve şiddet mağduru olan kişi şiddeti gerçekleştirene karşı duygularını daha iyi ifade etme şansı bulabilecektir. Bkz. Özbek, Uyuşmazlık, s. 1194. Ayrıca öğretide, arabuluculuk yöntemiyle şiddet eylemini gerçekleştiren aile bireyinin hatasını görmesi ve durumu düzeltmek için çaba göstermesinin sağlanabileceği belirtilmiştir. Bkz. Börü, s. 191.

17 Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku, Cilt III, 13. Bası, İstanbul 2018, s. 104; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, C. II, 22. Bası, İstanbul 2020, s. 235.

sebepleri; zina (TMK md. 161), hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış (TMK md. 162), küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK md. 163), terk (TMK md. 164) ve akıl hastalığıdır (TMK md. 165). Boşanmanın genel sebepleri ise evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır (TMK md. 166). Boşanma sebeplerinden hangisi olursa olsun sebebin var olup olmadığına karar verecek kişi hakimdir. Bu sebeple boşanma sebeplerinin varlığına yönelik uyuşmazlıklar arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenemez¹⁸.

TMK md. 170 hükmündeki düzenlemeye göre, hakim boşanma sebeplerinin varlığına kanaat getirirse boşanma ya da ayrılığa karar verecektir. Boşanma kararının mutlaka hakim tarafından verilmesi gerektiğinden, tarafların bu konuda serbestçe tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. O halde boşanma kararına yönelik olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir¹⁹.

2. Boşanma Davasında Alınacak Geçici Önlemler

TMK md. 169 hükmü gereğince, boşanma davasının açılmasıyla birlikte eş ve çocukların dava sürecinden zarar görmemesi adına bir takım geçici önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu kapsamda ilk olarak dava sırasında eşlerin barınma ve geçinme ihtiyaçlarının giderilmesi gerekecektir. Zira boşanma davasının açılmasıyla birlikte artık eşlerin ayrı yaşama hakkı ortaya çıkacak ve ortak konutta kimin yaşayacağı sorunu gündeme gelecektir²⁰. Tarafların bu konuda anlaşamamaları halinde ise hakim eşlerden hangisininin

18 Şıpka, Tasarı, s. 174.

19 Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2829; Şıpka, Tasarı, s. 174; Şıpka, Şükran, Türkiye’de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları, İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri (27-28 Nisan 2018) (Bundan sonra “Şıpka, Aile” olarak anılacaktır), s. 59 https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf, E.T. 15.10.2020; Koç, s. 46; Bilge, s. 106; Ceylan, Ebru, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal Hukuk Dergisi, S. 190, C. 16, Y. 2018, s. 4573; Uyumaz/Erdoğan, s. 147-148; Dağlıoğlu, s. 568.

20 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 133; Akıntürk/Ateş, s. 283; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 744; Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2020, s. 176.

ortak konutta yaşayacağına karar verecektir²¹. Dava sırasında alınması gereken bir diğer geçici önlem ise eşlerin geçimine ilişkin olacaktır. Dava açıldığında eşlerden birisi kendi imkanlarıyla geçimini sağlayamıyorsa, hakim diğer eşin tedbir nafakası ödemesine karar verir²². Tedbir nafakası geçici bir nafakadır ve boşanma veya ayrılık davasının açılmasıyla başlayıp hükmün kesinleştiği tarihe kadar devam eder²³. Bir diğer geçici önlem, eşlerin mallarına ilişkindir. Hakim, boşanma veya ayrılık davası sırasında eşlerin mallarına yönelik geçici önlemleri alacaktır²⁴.

Çocuklar açısından ise bakım ve korunmaya yönelik önlemler alınmalıdır. Davanın açılmasıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkı doğduğundan ortak çocukların hangi eşin yanında kalacağı, diğer eşin çocuklara ilişkin geçim giderlerine nasıl katkıda bulunacağı ve kişisel ilişkilerine yönelik geçici önlemlerin alınması gerekmektedir.

TMK md. 169 hükmündeki düzenlemeye göre, hakim bu önlemleri re'sen alacaktır. O halde belirtilen önlemlerin alınması ya da değiştirilmesi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olmadığından, arabuluculuk yöntemiyle çözüme uygun değildir²⁵. Doktrinde; eşler arasında aşırı çatışmanın olduğu durumlarda, hakimin çocuğun korunmasına ilişkin geçici bir önlem olarak eşleri arabulucuya ya da boşanma danışmanına yönlendirebileceği ifade edilmiştir²⁶. Buradaki amaç eşler arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk vasıtasıyla sona erdirilmesinden ziyade, taraflar

21 Ortak konutun mülkiyetinin ya da içerisinde bulunan eşyaların hangi eşe ait olduğu bir önem arz etmemektedir. Hakim, ortak konutta yaşamanın eşlerden hangisi bakımından daha yararlı olacağını göz önüne alarak kararını verecektir. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 133; Akıntürk/Ateş, s. 284; Öztan, s. 745.

22 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 133; Akıntürk/Ateş, s. 285; Öztan, s. 747; Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019, s. 120; Helvacı/Erlüle, s. 176.

23 Akıntürk/Ateş, s. 285.

24 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 134; Öztan, s. 755; Kılıçoğlu, s. 120.

25 Kaplan Güler, Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 114; Uyumaz/Erdoğan, s. 149; Ceylan, s. 4573-4574; Dağlıoğlu, s. 568-569.

26 Akkaya, Usul, s. 394; Akkaya, Tolga, Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korunmalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4 (Bundan sonra "Akkaya, Arabuluculuk" olarak anılacaktır), s. 44; Ceylan, s. 4574.

arasında tekrar iletişimin kurulması sağlanarak çocuğun boşanma sürecinden mümkün olduğu kadar az zarar görmesini sağlamaktır²⁷.

3. Boşanmanın Hukuki Sonuçları

A. Boşanmanın Eşler Bakımından Kişisel Sonuçları

Boşanma kararının eşler yönünden bir takım kişisel sonuçları söz konusudur. Bu sonuçlardan biri, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte evlilik birliği sona erdiğinden artık eşlerin yeniden evlenebilmelerinin mümkün olmasıdır. Ancak TMK md. 132 hükmündeki düzenlemede kadın için bir bekleme süresi öngörülmüştür. Buna göre “*Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hallerinde mahkeme bu süreyi kaldırır*”²⁸. Bu düzenleme, soybağı karışıklığını engellemek amacıyla getirilmiş olup kamu düzenini ilgilendirdiğinden ortaya çıkabilecek uyumsuzluklar arabuluculuk yönetimiyle çözümlenemeyecektir²⁹.

Boşanma kararıyla birlikte ortaya çıkabilecek bir diğer sonuç, kadının evlenmeden önceki soyadını almasıdır. TMK md. 173/f.2 hükmüne göre, kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunması ve bu durumun kocasına zarar vermemesi halinde hâkimden kocasının soyadını taşımasına izin vermesini talep edebilmektedir. Örneğin, yazar olan kadının bütün kitapları evliyken yayınlanmışsa ve bu sebeple kocasının

27 Akkaya, Arabuluculuk, 57.

28 Doktrinde hükme yönelik haklı eleştiriler şu şekilde ifade edilmiştir: “...bugün, DNA testleri ile %99.9'a varan bir kesinlikle babanın kim olduğunun anlaşılabilirdiği düşünülecek olursa, bu bekleme süresinin bir anlamı olduğu söylenemez. Kaldı ki, MK 290, ananın ilk evliliğinden itibaren üçyüz gün geçmeden yeniden evlenmesi ve yine üçyüz gün bir çocuk doğurması halinde, kimin baba sayılacağına ilişkin bir karine getirmiştir. Bu karine ile de babanın eski koca mı yoksa yeni koca mı olduğu belirlenebileceğine göre, MK 132'nin tümüne gerek yoktur. Nitekim, İsviçre'de ZGB Art. 257 ile, MK 290'a paralel bir hüküm getirilince, MK 132'yi karşılayan ZGB eski Art. 103, yürürlükten kaldırılmıştır”. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 61. Ayrıca bkz. Gayretli Aydın, Seda, Kadın ve Hukuki Bekleme Süresi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 136, Mayıs-Haziran 2018, s. 282. Kadının bekleme süresine ilişkin düzenlemenin yerinde olduğu yönünde bkz. Hatemi, Hüseyin, Hatemi Aile Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020, s. 59.

29 Kaplan Güler, s. 115; Ceylan, s. 4574-4575; Uyumaz/Erdoğan, s. 149.

soyadıyla tanınıyorsa aynı soyadı taşımakta menfaati olacaktır. Bu durum kocasına zarar vermeyecekse aynı soyadını taşımaya izin verilmesini hakimden talep edebilecektir. Taraflar bu konuda anlaşmış olsa dahi hakimin anlaşmayı onaylaması gerektiğinden, soyadı konusunda ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık için arabulucuya başvurulamayacaktır³⁰.

Türk Borçlar Kanunu md. 153/b.3 hükmüne göre, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte eşlerin birbirlerinden olan alacakları için duran zamanasını durduğu yerden tekrar işlemeye başlar. Bu düzenleme de kamu düzenine ilişkin olduğundan, ortaya çıkan uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemiyle çözümlenemeyecektir³¹.

B. Boşanmanın Eşler Bakımından Mali Sonuçları

a. Miras Hakları

TMK md. 181 hükmündeki düzenlemede, boşanan eşlerin mirasçılık sıfatının ortadan kalktığı ve boşanmadan önce yapılan ölüme bağlı tasarruflarla sağlanan hakların aksi tasarruftan anlaşılmadıkça ortadan kalkacağı yer almaktadır³². Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde mirasçılık hakkının ne olacağı düzenlenmiştir. Buna göre dava sona ermeden eşlerden birinin ölmesi durumunda yasal mirasçılık devam edecektir. Ancak ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin boşanmada daha kusurlu olduğunun ispatlanması halinde mirasçılık sıfatı ortadan kalkacak ve aksi tasarruftan anlaşılmadıkça yapılan ölüme bağlı tasarruflar ortadan kalkacaktır. TMK md. 181 hükmü çerçevesinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular olmadığından arabuluculuk yoluyla çözümlenemeyecektir³³.

30 Kaplan Güler, s. 116; Ceylan, s. 4575; Uyumaz/Erdoğan, s. 149-150.

31 Kaplan Güler, s. 117; Ceylan, s. 4575; Uyumaz/Erdoğan, s. 150.

32 Evlilik sona ermiş olsa dahi eşler arasında kan hısımlığı olması halinde bu sıfatla yasal mirasçılık hakkı devam eder. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 140; Öztan, s. 771.

33 Kaplan Güler, s. 118; Uyumaz/Erdoğan, s. 150.

b. Maddi Tazminat

Boşanmanın mali sonuçlarından biri, eşlerin birbirlerinden maddi tazminat talep edebilmesidir. TMK md. 174/f.1 hükmündeki düzenlemeye göre “*Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir*”³⁴.

Maddi tazminata hükmedilmesi için gerekli şartlardan ilki, maddi tazminat talebinde bulunan eşin kusurunun bulunmaması ya da daha az kusurlu olmasıdır. Kusur, boşanma sebebinde aranacaktır. Bu sebeple tazminat talep eden eşin boşanma sebebinin gerçekleşmesinde ya hiç kusuru bulunmamalı ya da diğer eşe göre daha az kusurlu olmalıdır. Maddi tazminatın bir diğer koşulu ise kendisinden tazminat talep edilen eşin kusurlu olmasıdır. Dolayısıyla tazminat talebinden bulunan eş kusursuz olsa dahi diğer eşin de kusuru yoksa maddi tazminata hükmedilmez. Örneğin ayırt etme gücü bulunmayan bir eşten tazminat talep edilemez³⁵.

Maddi tazminat talep edebilmek için mutlaka bir zarar bulunmalıdır. Bu zarar, boşanma sebebiyle zedelenen mevcut veya beklenen menfaatlerdir. Doktrinde mevcut menfaatlerin zedelenmesine örnek olarak, eşlerden birinin boşanma sebebiyle kaybettiği nafaka veya bir ticarethanenin tasfiye edilmesi gösterilmektedir³⁶. Beklenen menfaatler ise evlilik boşanma sebebiyle sona ermemiş olsaydı ileride elde edilecek bir takım faydalardır. Örneğin, yasal mirasçılık hakkının sona ermesi ya da yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufların boşanma yüzünden ortadan kalması gibi³⁷.

Yukarıda belirtilen tüm şartların gerçekleşmesi halinde hakim, tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile boşanmadaki kusur oranları çerçevesinde uygun bir tazminata hükmedecektir. Dolayısıyla zararın tamamının karşılanması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir³⁸.

34 Maddi tazminata yönelik düzenlemenin TMK'dan çıkarılması gerektiği yönünde bkz. Hatemi, s. 134-135.

35 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148; Akıntürk/Ateş, s. 297; Öztan, s. 808.

36 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148; Akıntürk/Ateş, s. 297. Eşin yeni bir kiralaması, yeni eşyalar satın alması ve taşınma masrafları da mevcut menfaat zedelenmesi kavramına girmektedir. Bkz. Öztan, s. 811.

37 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148; Akıntürk/Ateş, s. 297; Öztan, s. 812; Kılıçoğlu, s. 128 dipnot 192; Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019, s. 192.

38 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148; Akıntürk/Ateş, s. 298; Öztan, s. 815.

Maddi tazminattan kaynaklanan uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular kapsamına girdiğinden arabuluculuğa elverişlidir³⁹.

c. Manevi Tazminat

TMK md. 174/f.2 hükmünde, boşanmaya sebep olan olaylar sonucu kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın kusurlu olan taraftan manevi tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Manevi tazminat talebinde bulunabilmenin koşullarından ilki, talepte bulunan eşin kişilik hakkının zedelenmiş olmasıdır. Bu zedelenme, boşanmaya sebep olan olaylardan kaynaklanmalıdır. Kişilik hakkı ihlalinin ağır olması gerekmektedir⁴⁰.

Kişilik hakkını ihlal eden eş kusurlu olmalıdır ancak kusurunun ağır olması şart değildir. Manevi tazminat talebinde bulunan eşin ise ya hiç kusuru bulunmamalı ya da davalı eşe oranla daha az kusurlu olmalıdır⁴¹.

TMK md. 174/f.2 hükmündeki düzenleme çerçevesinde hakim, manevi tazminat olarak bir miktar para ödenmesine karar verecektir. O halde paradan başka bir şeye hükmedilemeyecektir. Ayrıca TMK md. 176/f.2 gereği hakim, manevi tazminatın irat biçiminde ödenmesine de karar veremeyecektir.

Boşanmanın mali sonuçlarından biri olan manevi tazminat, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konu olduğundan bu konudaki uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesi mümkün olabilecektir⁴².

d. Yoksulluk Nafakası

Yoksulluk nafakası, TMK md. 175 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre *“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka*

39 Kaplan Güler, s. 123; Akkaya, Usul, s. 389; Şıpka, Aile, s. 59; Bilge, s. 104; Ceylan, s. 4577; Uyumaz/Erdoğan, s. 151; Demircioğlu, s. 79; Dağlıoğlu, s. 569.

40 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150; Akıntürk/Ateş, s. 300; Kılıçoğlu, s. 130.

41 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150; Akıntürk/Ateş, s. 299; Öztan, s. 826-827; Erdem, s. 195.

42 Kaplan Güler, s. 128; Akkaya, Usul, s. 389; Şıpka, Aile, s. 59; Bilge, s. 104; Uyumaz/Erdoğan, s. 151; Demircioğlu, s. 79; Dağlıoğlu, s. 569.

isteyebilir”. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için mutlaka bir talep olmalıdır⁴³. Hakim kendiliğinden eşlerden birinin yoksulluk nafakası ödemesine karar veremez⁴⁴.

Yoksulluk nafakası isteyebilmenin bir başka şartı, nafaka talebinde bulunan eşin boşanma sebebiyle yoksulluğa düşmesidir. Doktrinde yoksulluğun büyük olmasının gerekmediği, normal ve vasat düzeyde olmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir⁴⁵.

Nafaka talebinde bulunan eşin boşanmada kusursuz ya da diğer eşten daha az kusurlu olması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, nafaka talep edilen eşin kusuru bulunmasa dahi diğer koşulların varlığı halinde hakim yoksulluk nafakasına hükmedebilecektir.

Yoksulluk nafakasının miktarı, nafaka ödeyecek eşin mali gücüyle orantılı ve talepte bulunan eşin yoksulluğa düşmesini engelleyecek bir miktar olmalıdır⁴⁶. Yoksulluk nafakasına ilişkin uyumsuzluklar da tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular olduğundan, arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilmelidir⁴⁷.

43 TMK’da yoksulluk nafakası talep edecek eşin kadın ya da erkek olması bakımından bir fark gözetilmemiştir. Bu çerçevede, şartlar varsa erkek eş de yoksulluk nafakası talep edebilir. Doktrinde, kadın eşten yoksulluk nafakası istenmemesi gerektiği ancak ahlaki bir görev olarak ve kendi isteğiyle kadın eşin nafaka ödeyebileceği yönünde bkz. Hatemi, s. 134.

44 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 150; Akıntürk/Ateş, s. 303; Öztan, s. 836; Kılıçoğlu, s. 134.

45 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 151; Akıntürk/Ateş, s. 303-304; Erdem, s. 201. Boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan eş, TMK md. 364 hükmü kapsamında yardım nafakası isteme imkanına sahip olsa da yoksulluk nafakası talep edebilecektir. Bkz. Öztan, s. 839; Erdem, s. 202.

46 Akıntürk/Ateş, s. 304. Yoksulluk nafakasının miktarı belirlenirken, eşin boşanmadan önceki yaşam standartları esas alınmalıdır. Bkz. Öztan, s. 839. Ancak evliyken yaşadığı lüks yaşantının devam ettirilmesi amaçlanmamalıdır. Bkz. Kılıçoğlu, s. 134; Erdem, s. 204.

47 Kaplan Güler, s. 140; Şıpka, Tasarı, s. 174; Şıpka, Aile, s. 59; Akkaya, Usul, s. 389; Bilge, s. 104; Uyumaz/Erdoğan, s. 154; Ceylan, s. 4580; Dağlıoğlu, s. 569.

e. Mal Rejiminin Tasfiyesi

TMK md. 202 hükmüne göre “Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler. Eşler mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları takdirde yasal mal rejimine tabi olacaklardır”. Bu çerçevede, eşler mal rejimi sözleşmesi yapmadıkları takdirde kanun gereği edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaklardır. Edinilmiş mallara katılma rejimini tercih etmedikleri takdirde mal rejimi sözleşmesi yaparak başka bir mal rejimini tercih edebileceklerdir. Bu kapsamda sözleşmeyle mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ya da mal ortaklığı rejimini seçebileceklerdir.

Boşanma kararıyla birlikte evlilik birliği sona ereceğinden mal rejiminin tasfiyesi gündeme gelecektir. TMK md. 179 hükmünde, boşanma halinde eşlerin bağlı olduğu mal rejimine ilişkin hükümler çerçevesinde mal rejiminin tasfiye edileceği düzenlenmiştir.

Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hususlar kamu düzenini ilgilendirmedikten, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözümlenebilecektir⁴⁸.

C. Boşanmanın Çocuklara Yönelik Sonuçları

Boşanmanın çocuklara ilişkin bir takım hukuki sonuçları söz konusudur. Bunlardan biri çocuğun velayetidir. Boşanmanın gerçekleşmesiyle birlikte hakim kural olarak çocuğun velayetini eşlerden birine verir⁴⁹. Hakim

48 Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2829; Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 173; Kaplan Güler, s. 158; Şıpka, Tasarı, s. 174; Şıpka, Aile, s. 59; Akkaya, Usul, s. 389; Uyumaz/Erdoğan, s. 154; Ceylan, s. 4582; Demircioğlu, s. 79.

49 Somut olayın şartlarına göre, velayetin anne ya da babaya verilmesi çocuğun menfaatine aykırı olacaksa hakim çocuğun vesayet altına alınmasına karar verebilir. Bkz. Akıntürk/Ateş, s. 311; Erdem, s. 175.

Son yıllarda yaşanan gelişmeler çerçevesinde, boşanma halinde de velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılabilmesi mümkün hale gelmiştir. Zira 25.03.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 7 No’lu protokolün 5’inci maddesinde evlilik birliği sona erse dahi velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Bu gelişmeler ışığında Yargıtay 2.

kararını verirken olanak bulundukça ana ve babayı dinleyecek ya da çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini alacaktır (TMK md. 182/f.1). Ancak burada takdir yetkisi hakime ait olacak ve çocuğun menfaatine en uygun kararı verecektir⁵⁰.

Velayetin anne ya da babadan birine verilmiş olması halinde, velayet kendisine verilmeyen eşin çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katılma yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu yükümlülük, uygulamada iştirak nafakası olarak bilinmektedir⁵¹. TMK md. 182/f.2 son cümle gereğince velayet hakkı olmayan taraf, bu giderlere mali gücü oranında katılacaktır. Hakim, talep olmasa dahi iştirak nafakası ödenmesine karar verir⁵².

Velayete sahip olmayan eşin, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı bulunmaktadır (TMK md. 323). Ancak TMK md. 326/f.3 hükmüne göre; hakim tarafından çocuk ile kişisel ilişki kurulması yönünde bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, velayet hakkına sahip olan eşin rızası dışında çocuk ile kişisel ilişki kurulamaz. TMK md. 182/f.2 hükmünde ise çocuk ile kişisel ilişkiler düzenlenirken özellikle çocuğun sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas alınacağı düzenlenmiştir.

Boşanmanın çocuklara yönelik sonuçlarında çocuğun menfaati üstün tutulduğundan, anne ve baba anlaşmalar dahi bu anlaşmanın hakim tarafından onaylanması gerekmektedir. Ayrıca talep olmasa dahi hakim in re'sen düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı'nda velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularının arabuluculuğa elverişli

Hukuk Dairesi, T. 20.02.2017, E. 2016/15771, K. 2017/1737 sayılı kararında velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanılmasına karar vermiştir. Karar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 08.12.2020. TMK'nın birlikte velayete engel olmadığı yönünde Bkz. Erdem, s. 173. Birlikte vekaletle yönelik eleştiri için bkz. Hatemi, s. 131.

50 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 143; Hatemi, s. 131.

51 Akıntürk/Ateş, s. 316; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146; Hatemi, s. 133; Öztan, s. 795; Kılıçoğlu, s. 152; Helvacı/Erlüle, s. 177.

52 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 146; Öztan, s. 796.

olduğu ifade edilmiştir. Ancak bizim hukukumuzda velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakası konularında çocuğun menfaati üstün tutulmaktadır. Dolayısıyla boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçları kamu düzenine ilişkin olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların arabuluculuk vasıtasıyla çözümü söz konusu olmayacaktır⁵³.

4. Boşanmanın Arabuluculuğa Elverişli Sonuçları Bakımından HUAK Uygulaması

Yukarıda açıklanan bilgiler ışığında, boşanmanın arabuluculuğa elverişli sonuçları mali konulara ilişkindir. Bu çerçevede maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve mal rejiminden kaynaklanan uyuşmazlıklar arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenebilir.

Taraflar bu konularda arabuluculuk yöntemiyle anlaşmış olsalar da öncelikle mahkemenin boşanma kararını vermesi gerekmektedir.

TMK md. 184/f.1 b. V'de yer alan düzenlemeye göre “Boşanma ve ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz”. Maddi-manevi tazminat, yoksulluk nafakası, iştirak nafakası, mal rejiminin tasfiyesi gibi konular boşanmanın fer'i sonuçlarına girmektedir. Hükümde fer'i sonuçlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığı göze çarpmaktadır. Ancak bu sonuçlardan bazıları üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edebilirken bazıları ise bu kapsamda değildir. Dolayısıyla boşanmanın arabuluculuğa elverişli sonuçları çerçevesinde arabuluculuk

53 Kaplan Güler, s. 182; Bilge, s. 105-106; Uyumaz/Erdoğan, s. 157; Ceylan, s. 4583; Demircioğlu, s. 105; Dağhoğlu, s. 570. Velayete ilişkin olarak anne-babanın ve çocuğun görüşlerinin de esas alınması gerekeceği ve çok büyük sakıncalar doğurmayacaksa tarafların kararlarının aksi yönünde çözümler üretilmemesi gerektiği yönünde Özekes, Pekcanitez Usul, s. 2829. Almanya'da ise velayet ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurmak mümkündür. Hatta mahkeme tarafından anne ya da babaya veya her ikisine birden arabuluculuk faaliyeti hakkında ücretsiz bilgilendirme toplantısına katılma yükümlülüğü getirilebilir. Bkz. Castillejo y Peetsch, s. 26. Amerika'da ise çocuğun velayetine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından önce arabuluculuk yoluna başvurulması gerektiği yönünde ilk eyalet yasası 1981 yılında yürürlüğe girmiş ve bu düzenlemeden sonra çok sayıda eyalet benzer yöndeki arabuluculuk hükümlerini aile hukuklarına dahil etmiştir. Bkz. Beyer, Elizabeth F, A Pragmatic Look At Mediation and Collaborative Law As Alternatives to Family law Litigation, St. Mary's Law Journal, Vol. 40, Issue 1 (2008), s. 310 (Hein Online).

yöntemiyle anlaşılrsa dahi TMK md. 184/f.1 b. V gereği hakimın onayına ihtiyaç duyulacaktır. Doktrinde bir görüş, hükümdeki düzenlemenin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği fer'i sonuçlara ilişkin anlaşmaların hakimın onayına tabi olduğu şeklinde yorumlanmasının isabetli olacağını belirtmiştir⁵⁴. Aksi yöndeki görüşe göre ise TMK md. 184/f.1 b. V'deki düzenleme, zayıfların korunması amacıyla getirildiğinden devletin aile hukukuna doğrudan müdahalesidir. Bu kapsamda her ne kadar HUAK, TMK'ya göre özel ve yeni bir kanun olsa da TMK md. 184/f.1 b. V'deki düzenlemeyi ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla boşanmanın arabuluculuğa elverişli sonuçları bakımından anlaşma sağlansa dahi doğrudan icra edilebilirlik şerhi alınamayacaktır. Hakimın anlaşmanın tarafların menfaatine uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapması gerekecektir⁵⁵. Kanaatimizce de aile hukuku arabuluculuğuna ilişkin olarak yeni bir düzenleme yapılmadığı sürece, arabuluculuk yöntemiyle elde edilen anlaşmanın TMK md. 184/f.1 b. V'deki düzenleme kapsamında hakim tarafından onaylanması gerekecektir. Elbette ki bu durum arabuluculuk kurumunun amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu sebeple aile hukuku arabuluculuğuna ilişkin yeni bir düzenleme yapılması, boşanmanın hukuki sonuçları bakımından arabuluculuğun uygulanabilirliğini çok daha elverişli kılacaktır.

Tekrar belirtmek gerekir ki, uyuşmazlık arabuluculuğa elverişli olsa dahi aile içi şiddet iddiasını içeriyorsa, HUAK'daki mevcut düzenleme kapsamında ihtiyari arabuluculuk yoluyla dahi çözümlenemeyecektir. Örneğin; kocasından fiziksel şiddet gören bir kadın, maddi-manevi tazminat talepleri için arabulucuya başvuramayacaktır.

Sonuç

Bilindiği üzere, boşanma davaları çok uzun yıllar sürebilmekte ve süre uzadıkça zaten bir uyuşmazlığın içerisinde olan çiftler dostane ilişkilerden o kadar uzaklaşmaktadır. Özellikle çocuk söz konusu olduğunda boşanma döneminde adeta bir savaşa dönen anlaşmazlıklar, çocuk bakımından kalıcı psikolojik hasarlara sebep olabilmektedir. Boşanma sürecine arabuluculuğun

54 Uyumaz/Erdoğan, s. 151-152, dipnot 97.

55 Demircioğlu, s. 75-76.

dahil olmasıyla birlikte, tarafların kendilerini daha rahat ifade edebilmeleri ve çatışmaların azalarak karşılık iletişimin tekrar kazanılması mümkün olabilecektir. Ayrıca boşanma aşamasının kısılmasıyla çiftlerin yeni hayatlarına alışması kolaylaşacak ve mahkemelerin de iş yükü azalacaktır.

HUAK md. 1/f.2 son cümledeki düzenlemeye uyarınca, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözümlenmesi mümkün değildir. Aile içi şiddet yalnızca fiziksel şiddet olarak düşünülmemelidir. Cinsel, ekonomik ve psikolojik şiddet de aile içi şiddet kavramının içinde yer alır. Bu tanımlama çerçevesinde boşanmaya sebep olan maddi olayların çok büyük bir çoğunluğunda aile içi şiddetle karşılaşılır. Zira fiziksel, cinsel ya da ekonomik şiddetin olmadığı durumlarda psikolojik şiddetin yansımalarını görmek mümkündür. O halde boşanma davaları bakımından arabuluculuğa başvurabilmek nerdeyse imkansızdır. Bu sebeple boşanmaya sebep olan uyuşmazlıklar bakımından aile içi şiddetin varlığı ve iddiasının yalnızca dava şartı arabuluculuk bakımından yasak olması yönünde bir düzenleme yapılması ve bu şekilde ihtiyari arabuluculuğa başvurulabilmenin önünün açılması yerinde olacaktır.

Boşanma sebeplerinin var olup olmadığına karar verecek kişi hakimdir. Bu sebeple boşanma sebeplerinin varlığına yönelik uyuşmazlıklar arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenemez. Boşanma kararının da mutlaka hakim tarafından verilmesi gerektiğinden, tarafların bu konuda serbestçe tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda boşanma kararına yönelik olarak ortaya çıkacak uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli değildir.

TMK md. 169 hükmündeki düzenlemeye göre, boşanma davasının açılmasıyla birlikte eş ve çocukların dava sürecinden zarar görmemesi için bir takım geçici önlemlerin alınması gerekmektedir. Hakim bu önlemleri re'sen alacaktır. Dava süresince geçici önlemlerin alınması ya da değiştirilmesi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir husus olmadığından, arabuluculuk yöntemiyle çözüme uygun değildir.

Boşanma kararının bir takım hukuki sonuçları bulunmaktadır. Bu sonuçlar biri, boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte eşlerin yeniden evlenebilmeleridir. Ancak TMK md. 132 hükmü gereği kadının yeniden

evlenebilmesi için üçyüz günlük bir bekleme süresi bulunmaktadır. Boşanma kararıyla birlikte ortaya çıkabilecek bir diğer sonuç kadının evlenmeden önceki soyadını almasıdır. TMK md. 173/f.2 hükmüne göre, kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunuyorsa ve bu durumun kocasına zarar vermeyecekse hâkimden kocasının soyadını taşımasına izin vermesini talep edebilmektedir. Boşanma kararının bir diğer sonucu eşlerin artık birbirlerine mirasçı olamamalarıdır. Bir başka sonucu ise boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte eşlerin birbirlerinden olan alacakları için duran zamanaşımının durduğu yerden başlamasıdır. Tüm bu sonuçlar kamu düzenine ilişkin olup tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi olmayan konular olduğundan, ortaya çıkan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

Boşanma kararının mali konulara ilişkin sonuçlarından maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konular kapsamına girdiğinden çıkabilecek uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir. Bunun gibi mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da kamu düzenine ilişkin olmadığından arabuluculuk vasıtasıyla çözümlenebilecektir.

Boşanmanın çocuklara ilişkin hukuki sonuçları ise velayet, çocukla kişisel ilişki kurulması ve iştirak nafakasının belirlenmesidir. Bu konularda çıkabilecek uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Zira boşanmanın çocuklara yönelik sonuçları kamu düzenine ilişkindir ve çocuğun üstün menfaati çerçevesinde bir karar verilmelidir.

Kaynakça

- Akın, Merve, Aile İçi Şiddet, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, s. 27-41.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, C. II, 22. Bası, İstanbul 2020.
- Akkaş, İbrahim/Uyanık, Zeki, Kadına Yönelik Şiddet, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, 6 (1) 2016, s. 32-42.
- Akkaya, Tolga, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara 2017 (Usul).
- 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, 2014/4, s. 23-61 (Arabuluculuk).
- Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, AndHD 2015, C. 1, S. 1.
- Ayan, Serkan, Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet, Legal Hukuk Dergisi, S. 38, Şubat 2006, s. 415-445.
- Bakırcı, Kadriye, İstanbul Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2015, s. 133-204.
- Beyer, Elizabeth F, A Pragmatic Look At Mediation and Collaborative Law As Alternatives to Family law Litigation, St. Mary's Law Journal, Vol. 40, Issue 1 (2008), pp, 303-342 (Hein Online).
- Bilge, M. Turgay, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 93-114.
- Börü, İlevent, Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 2017, Y. 2017, s. 173-198.
- Castillejo y Peetsch, Isabel Fernandez de, Almanya'da Aile Arabuluculuğu ve Sınır Aşan Davalara İlişkin Özellikler, Çev. Cenk Akil, Özyeğin Üniversitesi Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, Editör Ferhat Yıldırım, Ankara 2018, s. 23-33.
- Ceylan, Ebru, Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Legal Hukuk Dergisi, S. 190, C. 16, Y. 2018, s. 4561-4588.
- Dağlıoğlu, Duygu, Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, C. 2, Y. 2020, s. 551-587.
- Demir, Şamil, Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 211-228.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği, TAAD, S. 23, Y. 6, Ekim 2015, s. 45-84.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku, Cilt III, 13. Bası, İstanbul 2018.
- Ekmekçi, Ömer/Özeken, Muhammet/Atalı, Murat/Seven, Murat, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bası, On İki Levha, İstanbul 2019.
- Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 2019.
- Eryalçın, Münevver/Demirel, Sibel/Duyan, Veli, Kadına Yönelik Şiddetin Düzeyi Ölçeği'nin Türkçeye Uyarlama Çalışması, TJFMPC, 2020 (1), s. 33-40. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/979413> E.T. 01.11.2020.
- Gayretli Aydın, Seda, Kadın ve Hukuki Bekleme Süresi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 136, Mayıs-Haziran 2018, s. 263-292.
- Hatemi, Hüseyin, Hatemi Aile Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2020.
- Kaplan Güler, Beyhan, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, 1. Bası, İstanbul 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2019.
- Koç, Evren, Arabuluculuk Kanununun Uygulanmasına İlişkin Tespitler, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, 1. Bası, İstanbul 2014, s. 43-51.

- Özcan, Cem, Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 9, Haziran 2017, s. 383-396.
- Özbek, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Uyuşmazlık, 2. Cilt, 4. Bası, Ankara 2016 (Uyuşmazlık).
- Özbek, Mustafa, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı, DEÜHFD, S. 2, C. 7, 2005, s. 71-102 (Tavsiye).
- Özekes, Muhammet, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), 15. Bası, İstanbul 2017.
- Öztañ, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015
- Sideris, Nicole, Divorce Mediation: Must Is Be Voluntary?, 26 (2) Concl. Cts. Rev. 67 (1988), s. 67-75 (Hein Online).
- Şıpka, Şükran, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:6, S. 12, Güz 2007/2, s. 163-175 (Tasarı).
- Şıpka, Şükran, Türkiye'de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları, İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri (27-28 Nisan 2018), s. 56-63 (Aile). https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf E.T. 15.10.2020
- Tanrıver, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 64, 2006, s. 151-169.
- Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal, Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, Y. 2015, s. 119-169.

