

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Beyhan KAPLAN GÜLER

BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARINDA ARABULUCULUK

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2014

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Beyhan KAPLAN GÜLER

BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARINDA ARABULUCULUK

Danışman

Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2014

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Beyhan KAPLAN GÜLER'in bu çalışması jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışmanı) : Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA (İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. Muharrem GENÇTÜRK (İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN (İmza)

Tez Başlığı : Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 16/05/2014

Mezuniyet Tarihi : 29/05/2014

Prof. Dr. Zekeriya KARADAVUT
Müdür

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vii
ÖZET	viii
SUMMARY	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK KAVRAMI ve DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KARŞISINDAKİ DURUMU

1.1 Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kavramı ve Temel Özellikleri.....	3
1.2 Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk	5
1.2.1 Arabuluculuk Kavramı ve Tarihsel Gelişimi	5
1.2.2 Arabuluculuğun Tanımı.....	9
1.2.3 Arabuluculuğun Hukuki Niteliği.....	11
1.2.4 Arabuluculuğun Amacı.....	12
1.3 Arabuluculuğun Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Kıyaslanması...	13
1.3.1 Uzlaşma	13
1.3.2 Müzakere	15
1.3.3 Tahkim.....	16
1.3.4 Vakıaların Saptanması.....	18
1.3.5 Tarafsız Ön Değerlendirme	19
1.3.6 Kısa Duruşma	20
1.3.7 Kısa Jüri Yargılaması	21
1.3.8 Arabuluculuk – Tahkim.....	21
1.4 Arabuluculuğa Hakim Olan İlkeler.....	23
1.4.1 Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı İlkesi.....	23
1.4.2 Gönüllülük İlkesi	27
1.4.3 Gizlilik İlkesi	31
1.5 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuğun Tercih Edilme Nedenleri.....	34
1.5.1 Arabuluculuğun Sosyal Barışı Sağlaması	34
1.5.2 Arabuluculuğun Kişisel İlişkilerin Devamını Sağlaması	35
1.5.3 Arabuluculuğun Etkin Bir Uyuşmazlık Yönetimi Sağlaması.....	36

1.5.4	Arabuluculuğun Masraflardan Tasarruf Edilmesini Sağlaması.....	37
1.5.5	Arabuluculuk ile Uyuşmazlıkların Daha Kısa Sürede Çözüme Ulaşması	38
1.5.6	Arabuluculuğun Gizlilik Sağlaması.....	38
1.5.7	Arabuluculukta Egemenliğin Taraflara Ait Olması	39
1.6	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu	40
1.6.1	Arabuluculuğa Başvurma Usulü.....	41
1.6.1.1	Tarafların Arabuluculuğa Başvurması.....	41
1.6.1.2	Mahkemenin Tarafları Ön İnceleme Aşamasında Arabuluculuğa Teşviki.....	42
1.6.1.3	Arabulucuda Aranılan Nitelikler ve Arabuluculuk Eğitimi	43
1.6.2	Arabulucunun Hakları	45
1.6.2.1	Arabulucunun Ünvanını Kullanma Hakkı	45
1.6.2.2	Ücret, Masraf ve Avans İsteme Hakkı.....	46
1.6.2.3	Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurma Hakkı	46
1.6.3	Arabulucunun Yükümlülükleri.....	47
1.6.3.1	Görevi İcra Ederken Özen, Tarafsızlık ve Bağımsızlık Yükümlülüğü.....	48
1.6.3.2	Taraflara Eşit Muamelede Bulunma Yükümlülüğü.....	49
1.6.3.3	Görevini Bizzat Yerine Getirme Yükümlülüğü.....	50
1.6.3.4	Aydınlatma Yükümlülüğü	50
1.6.3.5	Sır Saklama ve Tanıklıktan Çekilme Yükümlülüğü	51
1.6.3.6	İş Elde Etmek Maksadıyla Reklam Sayılabilecek Davranışlardan Kaçınma Yükümlülüğü.....	52
1.6.3.7	Belgeleri Saklama Yükümlülüğü.....	52
1.6.3.8	Aidat Ödeme Yükümlülüğü.....	53
1.6.4	Arabuluculuğun Başlamasının Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi .	53
1.6.5	Arabuluculuk Müzakerelerinin Yürütülmesi.....	54
1.6.6	Arabuluculuğun Sona Erme Sebepleri	56
1.6.7	Tarafların Anlaşması ve Anlaşmanın İlam Niteliğinde Belge Gücü Kazanması	57
1.7	Arabuluculuk Yoluyla Çözüme Kavuşturulabilecek Uyuşmazlıkların Kapsamı	59

İKİNCİ BÖLÜM

EVLENME ve EVLİLİK BİRLİĞİNİ SONA ERDİREN SEBEPLER, ÖZELLİKLE BOŞANMA

2.1	Aile Kavramı.....	61
2.2	Evlenme Kavramı	63

2.2.1	Evlenmenin Hukuki Niteliği ve Şartları	65
2.2.2	Evlilik Birliğini Sona Erdiren Sebepler.....	67
2.2.2.1	Evlenmenin Boşanma İle Sona Ermesi.....	67
2.2.2.2	Boşanmanın Dayandığı İlkeler	71
2.2.2.2.1	Kusur İlkesi	71
2.2.2.2.2	İrade İlkesi.....	72
2.2.2.2.3	Temelden Sarsılma İlkesi	73
2.2.2.2.4	Elverişsizlik veya Uygunsuzluk İlkesi	73
2.2.2.2.5	Eylemlili Ayrıllık İlkesi.....	73
2.3	Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma Davası ve Sebepleri.....	74
2.3.1	Boşanmanın Özel Sebepleri.....	75
2.3.1.1	Zina	76
2.3.1.2	Hayata Kast, Pek Kötü Muamele Ya Da Onur Kırıcı Davranış	78
2.3.1.3	Suç İşleme veya Haysiyetsiz Hayat Sürme.....	79
2.3.1.4	Terk.....	81
2.3.1.5	Akıl Hastalığı.....	82
2.3.2	Boşanmanın Genel Sebepleri.....	83
2.3.2.1	Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması	83
2.3.2.2	Anlaşmalı Boşanma	86
2.3.2.3	Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması.....	90
2.3.3	Boşanma Davası ve Ayrıllık Kararı.....	90
2.3.4	Boşanma ve Ayrıllık Davasında Alınacak Geçici Önlemler	94
2.4	Boşanmanın Hukuki Sonuçları	97
2.4.1	Boşanmanın Eşlerle İlgili Sonuçları	97
2.4.1.1	Boşanmanın Eşler Yönünden Kişisel Sonuçları	97
2.4.1.2	Evlilik Birliğinin Sona Ermesi.....	97
2.4.1.3	Kadın Hakkında Bekleme Süresi.....	98
2.4.1.4	Kişisel Durum Değişikliği	98
2.4.1.5	Eşlerin Birbirlerine Talep Hakkı Bakımından Zamanaşımının İşlemeye Başlaması.....	100
2.4.1.6	Mirasçılık Sıfatının Kaybedilmesi	100
2.4.2	Boşanmanın Eşler Yönünden Mali Sonuçları	100
2.4.2.1	Eşlerden Birinin Diğeri Lehine Yaptığı Tasarrufun Geçersiz Hale Gelmesi	101
2.4.2.2	Maddi Tazminat, Amacı ve Niteliği	102

2.4.2.2.1 Maddi Tazminatın Şartları.....	102
2.4.2.2.1.1 Maddi Tazminat İsteyen Tarafın Kusursuz veya Daha Az Kusurlu Olması	102
2.4.2.2.1.2 Tazminat İsteyen Tarafın Mevcut veya Beklenen Bir Menfaati Boşanma Yüzünden Zedelenmiş ve Boşanma Sonucunda Zararın Doğmuş Olması.	103
2.4.2.2.1.3 Davalı Tarafın Kusurlu Olması.....	104
2.4.2.2.2 Maddi Tazminat Miktarının Belirlenme Esasları.....	105
2.4.2.2.3 Maddi Tazminata İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti.....	106
2.4.2.3 Manevi Tazminat, Amacı, Niteliği	108
2.4.2.3.1 Manevi Tazminatın Şartları.....	108
2.4.2.3.1.1 Davalı Tarafın Kusurlu Olması.....	108
2.4.2.3.1.2 Davacı Tarafın Kusursuz Olması.....	109
2.4.2.3.2 Manevi Tazminata İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti.....	110
2.4.2.4 Yoksulluk Nafakası, Amacı, Niteliği.....	112
2.4.2.4.1 Yoksulluk Nafakasının Şartları	114
2.4.2.4.1.1 Taraflardan Birinin İstemde Bulunması.....	114
2.4.2.4.1.2 Yoksulluk Nafakası İsteminde Bulunan Tarafın Kusurunun Daha Ağır Olmaması	115
2.4.2.4.1.3 Yoksulluk Nafakası İsteminde Bulunan Tarafın Boşanma Yüzünden Yoksulluğa Düşme Tehlikesiyle Karşılaşmış Olması.....	116
2.4.2.4.1.4 Nafakanın Diğer Tarafın Mali Gücüyle Orantılı Olması.....	116
2.4.2.4.2 Yoksulluk Nafakasının Süresi	118
2.4.2.4.3 Nafaka Davasında Yetkili ve Görevli Mahkeme	118
2.4.2.4.4 Tazminat ve Nafakanın Ödenme Biçimi	119
2.4.2.4.5 Yoksulluk Nafakasının Artırılması ve Azaltılması	120
2.4.2.4.6 Yoksulluk Nafakasına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti.....	123
2.4.2.5 Yasal Mal Rejimleri ve Tasfiyesi	124
2.4.2.5.1 Yasal Mal Rejimleri ve Getirilen Eleştiriler.....	125
2.4.2.5.2 Seçilmiş Mal Rejimi ve Farklı Mal Rejimine Geçiş	126
2.4.2.5.3 Mal Rejimi Türleri.....	128

2.4.2.5.3.1	Edini İmiş Mallara Katılma Rejimi.....	128
2.4.2.5.3.1.1	Edinilmiş Mal	128
2.4.2.5.3.1.2	Kişisel Mal.....	129
2.4.2.5.3.1.3	Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiye	129
2.4.2.5.3.2	Mal Ayrılığı Rejimi.....	135
2.4.2.5.3.3	Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi	135
2.4.2.5.3.4	Mal Ortaklığı Rejimi.....	138
2.4.2.5.4	Mal Rejimi Tasfiyesi Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti.....	141
2.5	Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları.....	143
2.5.1	Çocuklar Yönünden Kişisel Sonuçları	143
2.5.1.1	Çocukla Kişisel İlişkilerin Kurulması.....	143
2.5.1.1.1	Kişisel İlişki Kurma Hakkına Sahip Olanlar	144
2.5.1.1.2	Kişisel İlişkinin Kapsamının Belirlenmesi.....	146
2.5.1.1.3	Kişisel İlişki Kurma Hakkının Düzenlenmesinde Esas Alınacak Ölçütler	146
2.5.1.1.4	Ana-Babanın Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Anlaşmaları	148
2.5.1.1.5	Kişisel İlişki Hakkının Reddedilmesi, Değiştirilmesi ve Kaldırılması ...	149
2.5.1.1.5.1	Çocuğun Kişisel İlişkiyi Reddetmesi.....	149
2.5.1.1.5.2	Kişisel İlişki Kurma Hakkına İlişkin Düzenlemelerin Değiştirilmesi	149
2.5.1.1.5.3	Kişisel İlişki Hakkının Kaldırılması	150
2.5.1.1.6	Kişisel İlişki Hakkının Uygulanması, Kişisel İlişki Kurulmasında Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	150
2.5.1.1.7	Kişisel İlişki Kurma Hakkının Düzenlenmesinde Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti.....	151
2.5.1.2	Velayet Kavramı	153
2.5.1.2.1	Velayetin Hakkının Tanımı ve Tarihçesi	153
2.5.1.2.2	Velayetin Hukuki Niteliği ve Kapsamı	154
2.5.1.2.3	Velayete Hakkına Sahip Olanlar ve Velayet Altına Alınabilecekler	156
2.5.1.2.4	Boşanmadan Sonra Velayet Hakkının Ana Babadan Birine Tanınması/Birlikte Velayet.....	157
2.5.1.2.5	Velayet Hakkının Bölünmezliği.....	158
2.5.1.2.6	Boşanmadan Sonra Velayetin Düzenlenmesi.....	158
2.5.1.2.6.1	Velayetin Düzenlenmesinde Esas Alınacak İlkeler	158

2.5.1.2.6.2	Velayetin Düzenlenmesinde Çocuğun Yararının Tespiti	159
2.5.1.2.6.3	Eşlerin Çocuğun Velayeti Hakkında Anlaşmaya Varmaları	161
2.5.1.2.6.4	Boşanmadan Sonra Velayetin Tespitine İlişkin Yargıtay Uygulamaları	162
2.5.1.2.7	Velayetin Kaldırılması	164
2.5.1.2.8	Velayetin Düzenlenmesinde Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti	165
2.5.2	Boşanmanın Çocuklar Üzerindeki Mali Sonuçları	168
2.5.2.1	Çocuğun Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü	168
2.5.2.2	İştirak Nafakası	169
2.5.2.2.1	İştirak Nafakasının Tanımı, Hukuki Niteliği	169
2.5.2.2.2	İştirak Nafakasında Taraflar	169
2.5.2.2.3	İştirak Nafakası Miktarının Belirlenmesi	170
2.5.2.2.4	İştirak Nafakasının Ödenme Şekli ve Faiz	171
2.5.2.2.5	İştirak Nafakasının Başlangıcı ve Süresi	173
2.5.2.2.6	İştirak Nafakası Miktarının Durumun Değişmesi Halinde Yeniden Belirlenmesi	174
2.5.2.2.7	İştirak Nafakası Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme	175
2.5.2.2.8	İştirak Nafakası Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı	176
2.5.2.2.9	İştirak Nafakasında Ana ve Babanın Güvence Vermesi ve Nafaka Davasında Geçici Önlemler	176
2.5.2.3	İştirak Nafakasında Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti	177
2.5.2.4	Çocuklarla İlgili Önlemlerin Değiştirilmesi	179
SONUÇ	180
KAYNAKÇA	191
ÖZGEÇMİŞ	196

KISALTMALAR LİSTESİ

AD.	: Adalet Dergisi
AÜEBFD	: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
Bkz	: Bakınız
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EÜHFD	: Erzinan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dergisi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUAKT	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı
HUAKY	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Yönetmeliği
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İİK	: İcra İflas Kanunu
m.	: Madde
MHB	: Milletler Arası Hukuk ve Milletler Arası Özel Hukuk Bülteni
s.	: Sayfa
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

ÖZET

Çalışmamızın konusu; “Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk” tur. Bu bağlamda, öncelikle genel olarak alternatif çözüm yöntemine değinildikten sonra, alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuk kavramı, hukuki niteliği ve tarihçesi üzerinde durulmuş, arabuluculuğun diğer alternatif çözüm yöntemleri ile kıyaslanması, arabuluculuğun genel ilkeleri, arabuluculuğun tercih edilme sebepleri, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında Arabuluculuğun uygulama alanı bulduğu hukuki uyuşmazlıkların kapsamı ve çalışmamızın amacını oluşturan boşanma davalarında arabuluculuğun uygulanabilirliğinin tespiti inceleme konusu yapılmıştır.

İkinci bölümde boşanma kavramı, evliliği sona erdiren sebepler ve boşanmanın çocuklar ve eşler üzerindeki hukuki sonuçları kapsamlı bir şekilde incelenerek, hukuki sonuçların arabuluculuk kapsamında çözüme ulaştırılabilmesinin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu sınırlamaları çerçevesinde değerlendirilerek açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır. Tüm bu değerlendirme, ülkemizde yeni uygulama alanı bulan arabuluculuğun, eşlerin boşanmaları halinde alternatif çözüm yollarından biri olan arabuluculuk ile medeni ve barışçıl yollarla uyuşmazlıklarını çözümlenmelerinin sınırlarını çizmek ve kişisel ilişkilerin devamının özellikle önem arz ettiği boşanma davalarında uygulanabilirliğini tespit etmektir.

SUMMARY

THE MEDIATION OF IN THE LEGAL CONSEQUENCES OF DIVORCE

The subject of our study is " The Mediation of in the Legal Consequences of Divorce". In this context, after it is being mentioned of the alternative dispute resolution in general primarily, the concept of mediation as an alternative dispute resolution, was focused on the legal nature and history, compared with other methods of alternative dispute resolution in mediation, the general principles of mediations, reasons to prefer mediation, the mediation law in conflict of legal order, it was executed of the study subject in the scope of the legal disputes that it found the field of application of the mediator and was established applicability of the mediation in divorce suits which comprises of our study in the scope of mediation law in legal disputes.

In the second section, the divorce concept, it is intended to clarify by researching extensively the reasons that ends of marriage and the legal results on the children and spouses, and by evaluating within the limitations of the mediation law in legal disputes for having it out in the frame of the mediator of the legal results. In this evaluation, it is to establish applicabilty in the divorce suits that have importance especially of the continuing of the personal relationships and to draw the boundaries of the settling disputes by means of civil and peaceful with the mediation that is one of the solutions in case of divorcing of the spouses and finds the field of application in the recent years in our country.

GİRİŞ

Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde başvuru alan yerel mahkeme ve tahkim yargılama faaliyetlerinin uzun sürmesi, maliyetlerinin fazlalığı, adalete erişim hakkının güçleşmesi ve yargılama faaliyetinin mücadelecilik yapısı gereği uyuşmazlıkların mahkeme yargılaması neticesinde çoğunlukla kişisel ilişkilerin devamını sağlayamayacak biçimde sona ermesi ve bu sebeple toplumsal barışın temin edilememesi, devletleri uyuşmazlıkların çözümü bakımından alternatif yollar aramaya sevk etmiştir.

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuk, ülkemizde 07.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile kabul edilmiştir. Ayrıca 26.1.2013 tarihinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve Mart 2013 tarihinde, “Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları” kabul edilerek arabuluculuk ülkemizde alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak hukuki düzenlemelere konu edilmiştir.

Çalışmamızda öncelikle, genel olarak Alternatif Uyuşmazlık Yönteminin tanımlanması, Alternatif Uyuşmazlık Yöntemlerinin ve Arabuluculuğun Tarihçesi ve dünyada konu olduğu hukuki düzenlemelerden örnekler verilmiştir. Ayrıca arabuluculuğun diğer alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile kıyaslanması konu edilmiştir. Sonraki bölümde arabuluculuk ilkeleri, alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun tercih edilme sebepleri ve 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu inceleme konusu yapılarak, bu Kanun kapsamında arabuluculuğun uygulanabileceği hukuki uyuşmazlıkların kapsamının tespiti ve özellikle aile hukuku uyuşmazlıklarında uygulanabilirliğinin tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde, Kanun Koyucu tarafından Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabında düzenlenen Aile Hukuku'na yer verilmiştir. Bu kısımda konu sınırlaması açısından genel olarak evlenmeden bahsedildikten sonra, evlilik birliğini sona erdiren sebepler ve özellikle boşanma üzerinde durulmuştur. Boşanmanın özel ve genel sebepleri inceleme konusu yapıldıktan sonra, Türk Medeni Kanunu çerçevesinde evlilik birliğini sona erdiren sebepler arasında sayılan boşanma kavramı, eşlerin evlenme ile kazanmış oldukları hukuki statülerinde ortaya çıkardığı sonuçlar üzerinde durulmuştur. Boşanma konusunda uygulamada ortaya çıkan en önemli sorunlara boşanmanın hukuki sonuçlarında karşılaşılmaktadır. Ortaya çıkan bu

hukuki sonuçlar; çocuklar ve eşlerin kişi ve malvarlığı üzerinde neticelerini doğurmaktadır. Boşanmanın hukuki sonuçları tüm yönleriyle anlatılarak, bu hukuki sonuçların Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabulucuk Kanunu kapsamında Arabuluculuk Yönteminin Uygulanması yönünden değerlendirilmelerine yer verilmiştir.

Bu konuyu seçmekteki amacımız; boşanmanın eşlerin ve çocukların kişi ve malvarlığı haklarında ortaya çıkan değişikliklerin incelenmesi ve bu etkilerin psikolojik ve kişisel ilişkilerin devamının büyük önem taşıdığı boşanma olgusunda uyuşmazlıkların medeni ve barışçıl yöntemlerden biri olan arabuluculuk yöntemi ile, 07.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında, boşanmanın hangi sonuçlarında uygulanabilir olduğunun ortaya konulmasıdır.

İkinci bölümde, boşanma kavramı, boşanma konusundaki görüşler, boşanmanın dayandığı ilkeler, boşanma sebepleri, boşanma davası ve ayrılık genel olarak incelenmiştir. Sonrasında, boşanmanın eşler yönünden hukuki sonuçları ve en son olarak çocuklar yönünden hukuki ve mali sonuçları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Çalışmada boşanmanın hukuki sonuçlarına ilişkin öğretilerdeki görüşlere ve Yargıtay uygulamasına sıkça yer verilmiştir. Ayrıca konunun gerektirdiği önem bakımından maddi, manevi tazminat, yoksulluk nafakası ve mal rejimleri üzerinde daha detaylı olarak inceleme yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ARABULUCULUK KAVRAMI ve DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI KARŞISINDAKİ DURUMU

1.1 Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kavramı ve Temel Özellikleri

Modern toplumların farklı kesimlerinde toplumsal barışı yaygınlaştırma, adalete eşit erişim yönündeki çabalar; uyuşmazlıkların dostane yollara çözümüne ilişkin yöntemlerin yaratılması, geliştirilmesi ve bu alanda hukuki reformlar yapılması sonucunu doğurmuştur.¹

Bu çerçevede dünyada pek çok ülke; mahkemelerin üstesinden gelmeye çalıştığı yoğun iş yükünün, mahkemelerde aşırı zaman ve para harcanmasının, hızla artan nüfus yoğunluğu ve teknoloji ile sanayide yaşanan gelişmelerin yarattığı çok sayıda uyuşmazlığın, mahkeme dışı yöntemlerle çözümünün, mücadeleci usul sistemlerine ve yatay otoriteye sahip tepkisel bir devlette daha kolay gerçekleştiğini tespit etmiştir.² Bu durum bireyleri resmi makamların müdahalesi olmaksızın uyuşmazlıklarını alternatif yollarla çözmeye yönelik yöntemler geliştirmeye sevk etmiştir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm (Alternatif Dispute Resolution-ADR) yolları; tarafsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığı çözümlmek hususunda yardımcı olmak ve uyuşmazlığın çözümlenmesine katkıda bulunmak amacıyla çözüm sürecine katıldığı, devlet mahkemelerinde yürütülen dava yolunun yanında işleyen, seçimlik nitelikteki “uyuşmazlık çözüm yolları” olarak tanımlanmaktadır.³ “Seçilebilecek başka bir yol, yöntem, seçenek” anlamına gelen alternatif kavramı, resmi devlet yargılamasına seçenek oluşturan uyuşmazlık çözüm yöntemlerini betimlemek için kullanılmaktadır.⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mahkemelere alternatif olarak geliştiği ve devletin yargılama alanındaki hakimiyetini zedelediği görüşü ile eleştirilmiştir. Ancak bugün baskın görüşe göre; alternatif uyuşmazlık yolları devlet yargılamasının yanında yürüyen onunla rekabet etmeyen yani bir yargılama faaliyetine bu yönü ile alternatif olarak getirilen

¹ İbrahim Özbay, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, 10.cilt, 3,4.sayı, Erzincan, EÜHFD, 2006, s. 460.

² Çiğdem Yazıcı Tıktık, Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2013, s. 15.

³ Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3.bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.167.

⁴ Şule Şahin Ceylan, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul, Onikilevha Yayınları, 2009, s. 2.; Türk Dil Kurumu Sözlüğü; çevirimiçi (www.tdk.gov.tr).

bir uyuşmazlık çözüm methodudur. Genel kabul görmüş anlamıyla mahkemelere başvurmak yerine, genellikle tarafsız üçüncü kişiler tarafından yürütülen bir grup seçimlik uyuşmazlık çözüm methodunu ifade etmek için kullanılmaktadır.⁵ Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındaki “alternatif” kelimesi, bu yönüyle dostane ve uygun gibi daha farklı anlamlar da taşımaktadır.

Mahkeme yargılaması sonuca odaklanmakta olduğundan verilen “hüküm” her zaman uyuşmazlıklara son vermeyeceği gibi yeni uyuşmazlıkların da ortaya çıkmasının önüne geçemez. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile asıl hedeflenen ise uyuşmazlığın çözümlenmesidir.⁶ Zira uyuşmazlık; bir hak veya menfaatin varlığı, kapsamı ve kullanılması halinde ortaya çıkan anlaşmazlığı ifade eder. Hak ve menfaatin çatışması halinde bu çatışmalar giderilemediği veya ihlallerin önüne geçilemediği takdirde bir uyuşmazlık doğmuş olmaktadır.⁷ Çözüm ise mevcut uyuşmazlığın, her iki taraf için de tatmin edici bir sonuç yaratmak suretiyle ve ileride yeniden bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasına mahal vermeyecek biçimde ortadan kaldırılmasıdır.

Alternatif uyuşmazlık çözümüyle, mücadelenin yerini uzlaşma, hakların uygulanmasının yerini etkinlik, hukuk dilinin yerini gündelik yaşam dili, bürokrasinin yerini toplumsal yaşam ve zorla yerine getirmenin yerini ikna almaktadır.⁸

Gönüllü katılım, gizlilik, tarafların uyuşmazlık çözümünden tatmin olmaları ve kazan-kazan sonucunu amaçlayan, uyuşmazlık taraflarının süreci yönetmekteki iradelerinin ön planda olduğu, tarafların tatmin olmaması halinde ise devlet yargılaması yolunun kapatılmamış olması alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin temel özelliklerini oluşturur.⁹

⁵ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 168.; Mustafa Serdar Özbek, “Avukatlık Kanun’u 35/a Maddesine Göre Arabuluculuk”, Ankara, Ankara Barosu Dergisi, 3.sayı, 2001, s. 114.

⁶ Gülgün Ildır, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002, s. 83.

⁷ Ildır, s.22 vd.; Elif Kısmet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s. 2,4.

⁸ Şahin Ceylan, s. 5.

⁹ Sevde Keçer, Arabuluculuk; Psikoloji ve Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yüksek Lisans Bitirme Projesi, 2013, s. 107.

Tahkim, arabuluculuk, uzlaşma, müzakere, arabuluculuk-tahkim, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların saptanması, kısa duruşma, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak kabul edilmektedir.

Sayılan çözüm yolları ayrı bir başlık altında inceleme konusu yapılacağından, tezimizin konusunu sınırlandırmak açısından alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına genel olarak değinmekle yetiniyoruz. Aşağıda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının ve arabulucuk kavramının tarihçesi, arabuluculuğun diğer alternatif uyuşmazlık yöntemleri ile kıyaslanmasına ayrı bir başlık altında yer verildikten sonra, özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuk, arabuluculuğun hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk kanunu içindeki yeri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun tercih edilme nedenleri ve ilkeleri üzerinde durularak, devam eden başlıkta arabuluculuğun hangi hukuki uyuşmazlıklarda uygulanabildiği ve özellikle boşanmanın hukuki sonuçları açısından arabuluculuğun uygulanabilirliğinin tespiti inceleme konusu yapılacaktır.

1.2 Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk

Alternatif uyuşmazlık yöntemlerinin geçmişi çok eski tarihlere dayansa da alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin hukuki düzenlemelere konu olması yakın bir geçmişe dayanmaktadır. Aşağıda kısaca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tarihsel süreçte kanuni düzenlemelere konu olması ve özellikle arabuluculuğun tarihsel gelişimi ile Türk hukukuna girişi konu edilmektedir.

1.2.1 Arabuluculuk Kavramı ve Tarihsel Gelişimi

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, geleneksel dava yoluna alternatif olarak bulunan uyuşmazlık çözüm yolları olarak tanımlandığını bu yönüyle uyuşmazlığa düşmüş olan kişilerin, bu uyuşmazlıklarını dava açmaya gerek kalmadan çözmelerine yardımcı olmak için oluşturulmuş yolları ifade etmekte olduğunu belirtmiştik.¹⁰

Tarihi gelişim sürecinde özellikle tahkim ve arabuluculuk çok farklı türde uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için kullanılmıştır. Yunan şehir devletleri arasındaki uyuşmazlıklarda, rönasans döneminde, Bosna'da; tahkim ve arabuluculuk yöntemleriyle uyuşmazlıklara çözüm bulmaya çalışıldığı bilinmektedir. Tarihi gelişiminde tarafların

¹⁰ Mustafa Serdar Özbek, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", 1.cilt, İstanbul, Özel Hukuk, GSÜHFD, Prof Erdem Kuntalp'e Armağan, 2004, s.261.

arabuluculuğa ve tahkime başvurma konusundaki seçimleri ya da taahhütleri genel olarak yaptıkları sözleşmelerde bir şart olarak bulunmuştur.¹¹

Özellikle Amerika Birleşik Devletleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin doğduğu ve geliştiği ülke olarak öne çıkmaktadır. 1940'lı yıllarda öncelikle Amerika'da sendikalarla ilgili uyuşmazlıkların uzlaşarak çözümü denenmiş ve başarı sağlanmıştır.¹² 1960'larda, bireylerin özel hukuka ilişkin haklarından ve Vietnam savaşı protestolarından kaynaklanan çok sayıda çatışma ve anlaşmazlık ortaya çıkmıştır. Bu durum mahkemelerin tıkanmasına ve yargılama giderlerinde artışa sebep olmuştur. Dolayısıyla eşit koşullarda adalete ulaşmanın mümkün olmadığı bir devlet yargılaması modeli oluşmuştur. 1964 yılında yürürlüğe giren Medeni Haklar Kanunu ile, ırk ayrımcılığında doğan uyuşmazlıklar ile toplumsal uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelere yardımcı olmak için, Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı bünyesinde toplum ilişkileri servisi (Community Relations Service) kurulmuştur. Aynı şekilde Ford Kurumu da, uyuşmazlık çözüm yöntemleri üzerine çalışılması için Ulusal Uyuşmazlık Enstitüsü ve Arabuluculuk ve Anlaşmazlık Çözüm Enstitüsünü kurmuştur.¹³

Amerika Birleşik Devletlerinde başta ticari uyuşmazlıklar olmak üzere, yaşamın her alanında özellikle; okul, kilise, komşuluk ilişkileri, çalışma yaşamı alternatif uyuşmazlık yollarının yaygınlaştığı alanlar olmuştur.¹⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle ilgili gelişmeler kısa zamanda Kıta Avrupası'nda da etkisini göstermiştir. Bu etkileşim sonucu Avrupa'da pek çok ülke alternatif çözüm yöntemlerini denemeye ve bilimsel araştırmalar yapmaya başlamışlardır. Avrupa Bakanlar Konseyi Komitesinin aile, ceza, idare hukukunda ve genel olarak özel hukukun tamamında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ve arabuluculuğun geliştirilmesi yönünde tavsiye kararları yayınlanmıştır. Özellikle arabuluculuk Avrupa'da en yaygın uygulanan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmuştur.¹⁵

¹¹ Özbek, Avukatlık Kanunu, s.116 vd.

¹² Hakan Pekcanitez, "Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI Tebliği", İzmir, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, s.247.

¹³ Özbek, "Çözüm Yollarına Genel Bakış", s. 261.; Bahadır Yakut, "Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletleri Örneği", Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1.sayı, 2010, s. 35 vd.

¹⁴ Şahin Ceylan, s. 301.

¹⁵ Pekcanitez, "Medeni Usul Tebliği", s. 248.; Özbek, "Çözüm Yollarına Genel Bakış", s. 263.

Tarihsel süreci incelendiğinde, küreselleşmenin de etkisiyle kıta Avrupasında da işlerlik kazanan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, pragmatik bir özellik taşıyan Angolo-Sakson menşeli bir kurumdan temelini aldığı görülmektedir.¹⁶

Arabuluculuk insanlık tarihi kadar eski bir kurumdur. Tarih içerisinde farklı isimler altında ve kültürde kullanıla gelmiş bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uyuşmazlıkların dostça çözümü, özellikle Yunan ve Roma’da sivil uyuşmazlıkların çözümü için önem taşımıştır. Arabuluculuğun toplumsal bir kontrol ve uyuşmazlık çözüm aracı olarak kurumsallaştırıldığı eski çağda da; Babil, Mısır ve Asur’da geleneksel arabuluculuk yöntemlerine rastlamak mümkündür.¹⁷

İlk çağlarda ortaya çıkan arabuluculuğu günümüzdeki modern uygulamalardan ayıran en önemli fark şu şekilde açıklanabilir: İlk olarak ortaya çıkan geleneksel arabuluculuk; uyuşmazlığın sıkıca birbirlerine bağlı sosyal bir toplulukta görüldüğü, uyuşmazlık çözüm süreci sahibinin bu kişiler olduğu arabuluculuktur. Günümüzde uygulanan Çağdaş arabuluculukta ise taraflar uyuşmazlık çözüm sürecinin sahibidirler ve arabulucu tarafların kendi çözümlerini geliştirmelerinde onlara sadece ışık tutar.¹⁸

Arabuluculuk bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak insanlık tarihi kadar eski olmasına karşılık hukuk sistemleriyle bütünleşmesi itibariyle yeni bir yöntemdir. Çağdaş arabuluculuk, ABD’de 1964 tarihli Yurttaşlık Yasası ile toplum hayatına girmiş, 1960’lı yıllarda ise federal hükümet tarafından belirli bir bölgede ortaya çıkan bireysel uyuşmazlıkların mahkeme dışı yöntemlerle çözümü için Yerel Adalet Merkezleri (Neighborhood Justice Centers)’nin kurulmasını teşvik etmiştir. Arabuluculuğun ABD’ye paralel şekilde geliştiği ülkeler arasında Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda yer almaktadır. Doğu Avrupa ülkelerinde komünist rejimlerin yıkılmasıyla ancak 1990’lı yılların başlarından itibaren ABD’nin finansal ve eğitimsel desteği ile Uyuşmazlık Çözüm Merkezleri kurulmuştur.¹⁹

¹⁶ Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, 64.sayı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, s. 151.

¹⁷ Melike Polat, Milletler Arası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s.16.

¹⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 590.

¹⁹ Mustafa Serdar Özbek, “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı IX, Arabuluculuk, Ankara, 2010, Bildiri Metni, Ankara, 2012, Çevirimiçi <http://angora.baskent.edu.tr>, s.107 vd.; Yazıcı Tıktık, s. 15,16.

Yargının işleyişindeki aksaklıkların giderilmesi ve daha barışçıl yöntemlerle uyuşmazlığın sona erdirilmesinin devletlerce de özendirildiği süreçte, Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde 30 yılı aşkındır uygulama bulan bu anlayışın yansımaları Avrupa Birliği müktesebatında arabuluculuğa ilişkin düzenlemeler yapılması sonucunu doğurmuştur.²⁰

Avrupa’da yapılan araştırmalar, adalete ulaşmanın önünde aşılması çok güç engellerin olduğunu ortaya koymuştur. Bahsi geçen engeller; dava yolunun çok masraflı ve zaman alıcı olması, kişilerin mahkemelere ulaşmasının zorlaşması ve bu yüzden medeni yargı sistemine karşı duyulan kamusal güvenin zedelenmesidir. Zira adalete erişim; medeni usul hukukunda, hakların daha etkin kullanılmasını ve herkesin eşit ölçüde adalete erişmesini sağlamak için ortaya çıkmış bir akımdır.²¹ Bu doğrultuda Avrupa Birliği Komisyonu, 2002 yılında “*Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller*” üzerine Yeşil Kitabı hazırlayarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin Avrupa Birliğindeki sürecini, işleyişini araştırmış ve alternatif uyuşmazlık yolları adalete erişim için bir araç olarak benimsenmiştir.²²

Sonraki yıllarda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin; “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*” hakkındaki (Rec) 2002/10 sayılı tavsiye kararı ile “*Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli yönlerine ilişkin 2008 tarihli ve 2008/52 EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi*”²³’nı kabul edilerek Avrupa Birliği’nde hukuki ve ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde arabuluculuğun Avrupa Birliği ülkelerindeki temeli inşa edilmiştir. Ayrıca uluslar arası düzenlemeler içerisinde en önemlilerinde biri olan Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun oluşturduğu ve “*Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa İlişkin Model Kanun*”, 2002 tarihinde kabul edilmiştir.²³

Arabuluculuk konusunda; Avrupa Konseyi tarafından yapılan üç temel düzenleme söz konusudur ve bu düzenlemeler devletlerin Türkiye’de de olduğu gibi arabuluculukla ilgili hukuksal düzenlemelerini oluşturmalarında yol gösterici niteliktedir. Bu düzenlemeler; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*”

²⁰ Mustafa Serdar Özbek, “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, 51.cilt, AÜHFD, Ankara, 2002, s. 123.

²¹ Mustafa Serdar Özbek, “Sosyal Devletin Gereği, Adalete Erişim”, İstanbul, Legal Medeni Usul, İcra ve İflas Hukuku Dergisi, 2006/2, s. 907,927.

²² Kekeç, s.30.

²³ Şamil Demir, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 2.bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2014, s. 32.; Kekeç, s. 36.

hakkındaki 2002 tarihli Tavsiye Kararı, “Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin” 21 Mayıs 2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi ve 2 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren arabuluculara ilişkin “Avrupa Etik Kuralları”dır.

Ülkemiz açısından bakıldığında arabuluculuk ve barışçıl çözüm yolları Osmanlı İmparatorluğu’ndan bu yana uygulanmaktadır. Bu yönüyle yeni bir yöntem değildir. Ancak yeni olan, arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık yöntemi olarak kabul edilerek kanunla düzenlenmesi, ayrı bir kurum ve usul olarak gelişmesi ve yöntemin ücret karşılığı yapılan bir meslek haline dönüştürülme çalışmalarıdır.²⁴

Bu doğrultuda, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin batı ülkelerinde gelişimi ve ülkemizde çözüm yollarına duyulan ihtiyaç dikkate alınarak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı hazırlanmış ve 07.06.2012 tarihinde 6325 sayılı Kanun olarak kabul edilmiştir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun hemen akabinde 26.1.2013 tarihinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Ayrıca Türkiye Arabuluculuk Kurulu tarafından, “*Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları*” başta olmak üzere, tüm modern ülkelerin etik ve uygulama kuralları dikkate alınmak suretiyle, Mart 2013 tarihinde, “Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular için Model Etik ve Uygulama Kuralları”; arabuluculuk sistemimize ve ülkemizin sosyal ve kültürel değerleri ile gerçeklerine uyumlu olacak şekilde oluşturularak, Arabuluculuk Kurulu tarafından kabul edilmiştir.

1.2.2 Arabuluculuğun Tanımı

Arabuluculuk kavramı; bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafların, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getirildiği, birbirlerini anlamalarının sağlandığı ve bu yolla kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerinin temini için aralarındaki iletişimin yapılandırıldığı, tümüyle tarafsız, bağımsız ve objektif konumda yer alan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen bir çözüm yolu olarak tanımlanabilir.

Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Danışma Kurulu’nun verdiği tanıma göre; arabuluculuk, uyuşmazlık içindeki tarafların, uyuşmazlığın içeriğine veya çözüme ilişkin

²⁴ Kekeç, s. 37.

belirleyicisi olmayan, fakat sürece ilişkin olarak tavsiye veya karar verme yetkisi bulunan bir uyuşmazlık çözümü uygulayıcısı yardımı ile uyuşmazlık konularının belirlenmesi, çözüm önerilerinin getirilmesi, alternatiflerin değerlendirilerek bir anlaşmaya varılması çabası içeren bir süreçtir.²⁵ Arabuluculuk, ortaya çıkan bir uyuşmazlık karşısında, tarafların mahkeme yargılamasına başvurmak yerine, tarafsız üçüncü kişi veya kişilerin yardımı ile uyuşmazlığı çözmeye girişimleridir.²⁶

Diğer ifadeyle arabuluculuk, bağımsız bir üçüncü kişinin yardımıyla, tarafların içinde buldukları uyuşmazlık ve müzakerelerdeki ihtilaf noktalarında, tarafların ortak çözüme ulaşmalarını sağlayan, gönüllü, kabul edilebilir, belirli bir anlaşmayla sonuçlanan gizli bir müzakere sürecidir.²⁷

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2002 tarihli tavsiye kararının 1. maddesinde arabuluculuk; “Bu tavsiye kararının amaçları doğrultusunda arabuluculuk bir veya daha fazla arabulucunun yardımıyla, tarafların bir anlaşmaya varmak için uyuşmazlık konuları üzerinde müzakere etmeleri esasına dayanan bir uyuşmazlık çözüm yolunu ifade eder.” şeklinde tanımlanmaktadır.²⁸

2008 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesine göre arabuluculuk; isimlendirme veya başvuru şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, bir arabulucunun yardımıyla, uyuşmazlıkların çözümü konusunda anlaşmaya varabilmeleri için gönüllülük esaslı bir temelde bizzat çaba gösterdikleri bir süreci ifade etmektedir.²⁹

Türkiye’de, Avusturya Federal Kanunu model alınarak hazırlanan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’na göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında, taraflar isterlerse hakim önüne gitmeden veya davanın görülmesi sırasında “arabulucu” (mediatör) önünde uzlaşmalarının

²⁵ Kekeç, s. 23.

²⁶ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 123.

²⁷ Deniz, Kite, “21. YY’da Arabuluculuk – Mediasyon”, Kayseri, Kayseri Ticaret Odası, 2007, s. 41 vd.

²⁸ Gizem Ersen Perçin, “Alternatif Uyuşmazlık Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, MHB, Yıl 31, Sayı 2, 2011, s. 187.

²⁹ Ersen Perçin, s.188.

yolu açılmış ve arabulucu önünde uzlaşamayan tarafların, daha sonra mahkemeye başvurma imkanları veya açılmış davaya devam edebilme hakları saklı tutulmuştur.³⁰

Türkiye’de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 07.06.2012 tarihinde kabul edilmiş ve 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun’un Birinci Bölümü, Arabuluculuk, Amaç, Kapsam ve Tanımlar kısmına ayrılmış ve Kanun’da açıkça arabuluculuğun tanımına yer verilmiştir. Buna göre; HUAK m. 2/2 arabuluculuğu; *“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlamıştır.

Kanun koyucu anılan maddenin gerekçesinde arabuluculuğu şu şekilde tanımlamaktadır:

*“...arbuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle “kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak” için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman eğitimi almış, tümüyle bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü yani ihtiyarî olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir.”*³¹

1.2.3 Arabuluculuğun Hukuki Niteliği

Arabuluculuğun HUAK’ta verilen tanımı uyarınca arabuluculuk; *“Uyuşmazlık içine düşmüş tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, tümüyle bağımsız tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katılımıyla yürütülen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.”*³²

Uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma işlevi esas olarak mahkemelere ait ve devletin işi olmakla birlikte alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden arabuluculuğun hukuki niteliğine

³⁰ Şükran Şıpka, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi” 6.yıl, 12.sayı, İstanbul, İTÜSBD, 2007, s.164.

³¹ Madde Gerekçesi, HUAK m. 2/2; www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm, (son erişim 30.03.2014)

³² Ersen Perçin, s. 185.

bakıldığında devletin yargısal faaliyeti ile yarışan bir durum yaratılmadığı görülecektir. Nitekim arabuluculuk; yargısal yolların yanında yer alan ve ilgililerin talepleriyle işlerlik kazanan, her iki taraf için de tatmin edici optimal çözüm önerilerinin üretilerek uyuşmazlığın çözümünü hedefleyen yöntemler bütünüdür. Arabuluculuk hukuki niteliği itibariyle devlet yargı yetkisinin yerine geçen bir çözüm yöntemi değildir. Zira arabuluculuk yönteminin işlerlik kazanacağı alanlar; kamu düzeninden sayılmayan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları olmak üzere HUAK'da sınırlandırılmıştır.³³

1.2.4 Arabuluculuğun Amacı

Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuğun amacı; yukarıda verilen tanımlar çerçevesinde, yargının etkin ve verimli çalışabilmesine ve yargı ile ilgili anayasal kuralların işlevsellik kazanabilmesine katkı sağlamak, yargıya alternatif olarak değil yargının yanında yer alarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmayı amaçlamak ve bu gaye ile barışçıl, medeni ve etkin dostane uyuşmazlık çözüm yolu sunmaktır.³⁴

Özbek'e göre; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları dört ana amaca hizmet etmektedir: Yargı yolunun sebep olduğu aşırı gecikme ve masrafları azaltarak, mahkemelerde oluşan tıkanıklığı gidermek, uyuşmazlıkların çözüm usullerine toplumun katılımını sağlamak, adalete ulaşmayı kolaylaştırmak ve daha etkin bir uyuşmazlık çözümü sağlamaktır. Yani arabuluculuğun temel amaçları olarak; adaletin gerçekleşmesi, uyuşmazlıkların çözümünde etkinlik ve kalitenin yanında adalete daha iyi erişimin sağlanması, sayılabilir.³⁵

Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuğun amacının yargısal yollara başvurma imkanını ortadan kaldırmak olmadığı, devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümünü amaçlamak olduğu görülmektedir.³⁶ Arabuluculuk, yargının alternatifi olan ve bu şekilde yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan yahut onunla yarışan bir süreç değildir. Zira "alternatif" sözcüğü ile kastedilen, kişilere sunulan, dava yoluna ek bir seçimlik uyuşmazlık çözüm biçimi olmasıdır.³⁷

³³ Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 151 vd.

³⁴ Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 151,154.

³⁵ Yakut, s. 29.

³⁶ Özbek, "Arabuluculuk", s. 117.

³⁷ Özbek, "Arabuluculuk", s. 127.

Arabuluculuk çözüm yolunun asıl hedefi; küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir. Bu sebeple arabuluculuk gönüllü (iradi) katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tatmin edici bir çözümün sağlanamaması halinde tarafların yargıya başvurma haklarının açık olduğu bir yöntemdir.³⁸

Arabuluculuğun ahlaki amacı ise; anlaşmazlık içinde olan tarafların saygı ve dürüstlük çerçevesinde, psikolojik yaralanmaya, suçlamalara, iş ilişkilerinde imaj tahribine, ilişkilerde maddi ve manevi kayıplara uğramasına fırsat vermemek amacıyla her türlü sorunların çözümlenmesini sağlamaktır.³⁹

1.3 Arabuluculuğun Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri İle Kıyaslanması

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıların tespiti, kısa duruşma, kısa jüri yargılaması, arabuluculuk ve uzlaşmadır. Ayrıca devletler tarafından kendi sosyal gerçeklikleri nazarında karma yöntemler de oluşturulabilmektedir.⁴⁰ Yargısal yollar dışında ve yanında yer alan uyuşmazlık çözüm yollarından en yaygın olanı müzakere ve arabuluculuktur. Aşağıda kısaca bu yollar ve arabuluculukla aralarındaki farklılıklar üzerinde durulacaktır.

1.3.1 Uzlaşma

Uzlaşma; taraflardan tamamen bağımsız ve objektif bir konumda olan üçüncü kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflara somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre şekillenecek çeşitli çözüm önerileri sunup onların bu çözüm önerilerini müzakere etmesini ve sunulan somut çözüm önerilerinden birisi üzerinde anlaşmaya varmalarını hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁴¹

Arabuluculuk ise, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerede bulunmak amacıyla bir araya getiren ve aralarındaki iletişimi kolaylaştırarak bu suretle birbirlerini anlamayı ve kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁴²

³⁸ Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 152.

³⁹ Şıpka, "Arabuluculuk Tasarısı", s. 164.

⁴⁰ Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 160.

⁴¹ Demir, s. 22.

⁴² Demir, s. 22.

Arabuluculuğu uzlaştırma yönteminden ayıran en önemli özelliği; arabuluculuk yönteminde tarafsız üçüncü kişi olan arabulucunun, taraflara hukuki uyumsuzluğun çözümü konusunda herhangi bir öneride bulunma yetkisinin olmamasıdır.⁴³ Arabulucuya göre çok daha etkin bir konumda olan uzlaştırıcının görevi ise, tarafların karşılıklı menfaatlerinin korunmasını ve gerçekleştirilmesini hedefleyen çözümler kataloğu sunmaktır.⁴⁴

Arabuluculukla uzlaşma arasındaki diğer temel farklılar; arabuluculuk sürecinin sorun odaklı, uzlaşma sürecinin dava odaklı olmasıdır. Arabuluculuk süreci çıkarların dengelenmesi temeline dayanır ve gelecekteki kişisel ilişkilerin devamını ön planda tutar; uzlaşma ise hakkı ve haklılığı temel alır ve geçmişteki durumu gözetir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ilişkiler ön plan tutulduğu halde uzlaşma sürecinde teamüller ve ilkeler daha ön plandadır.⁴⁵

Arabuluculuk sürecinde, uzlaşmaya nazaran taraflar arabuluculuk usulünü belirlemekte daha serbest bırakılmışlardır (HUAK m.15/II). Arabuluculukta sürecin işleyişinde hukuk kuralları ve delil değerlendirilmesi daha geri planda olmakta, tarafların kendi iradeleriyle ortaya koydukları kazan-kazan ilkesine dayalı en uygun çözümün bulunması gayesi ön plana çıkmaktadır. Uzlaşmada ise, arabuluculuk kadar esnek ve ılımlı olmayan katı ve inisiyatif kullanmaya müsaade etmeyen bir yapı bulunmakta olup bu sebeple, hukuk kuralları ve delil değerlendirilmesi daha ön plandadır.⁴⁶

Kazan-Kazan ilkesine dayalı arabuluculukta tarafların ikisinin de tatmin edilmesi dolayısıyla bu tatmin oranları farklılık taşısa da her iki tarafı memnun eden yaratıcı çözümlerin ortaya çıkması hedeflenirken, uzlaşmada ise en iyi hukuki sonucun elde edilmesi hedeflediğinden burada daha sınırlı çözümler bulunmaktadır.⁴⁷

Arabuluculuk, tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi tarafından yürütülen, bu kişinin beceri ve psikolojik taktikleri ile taraflar arasındaki farklılıkları ortadan kaldırmaya yönelik dinamik bir süreçken, uzlaşma esas itibarıyla ortaya bir karar çıkartılmasını hedefleyen ve genelde bir kurul yoluyla gerçekleştirilen formel ve statik bir süreçtir.⁴⁸

⁴³ Erdem İlker, Mutlu, “Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme”, 81.cilt, 5.sayı, İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, 2007, s. 2145.

⁴⁴ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 166.

⁴⁵ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 167.

⁴⁶ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 167.

⁴⁷ Kekeç, s. 87 vd.

⁴⁸ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 167.

Uzlaştırma üçüncü kişinin uyuşmazlık çözümüne daha etkin ve yönlendirici biçimde katıldığı bir süreçtir. Arabuluculuk ise taraflar arasındaki müzakerelerin bir nevi üçüncü bir tarafsız kişi tarafından iletişimin yapılandırıldığı bir süreç içermektedir.

1.3.2 Müzakere

Müzakere, birbirlerinden bir takım şeyler elde etmek isteyen kişilerin, kurumların, devletlerin, diğer tarafı ikna etmek ve etkilemek yoluyla, diğer tarafın kendi istedikleri yönünde düşünmelerini ve bu şekilde taleplerini kabul etmelerini sağlamaya odaklanan ve tarafların kendi bilgi ve hünerini sergiledikleri bir iletişim ve karar verme sürecidir.⁴⁹

Müzakere tarafların menfaat ve ihtiyaçlarının kesişmesinin yarattığı sorunları çözüme kavuşturmak için müzakere etmelerinin zemini olan, karşılıklı etkileşim ve bilgi alışverişinin bulunduğu dinamik bir süreçtir. Müzakereye taraflar gönüllü olarak katılırlar ve ikna çabalarının nihayetinde kendi isteklerine en yakın sonuca ulaşmayı hedeflerler. Bu yönüyle müzakerenin başarısı gerçek bir çabayı gerekli kılar.⁵⁰

Müzakerenin iki tarafı vardır. Bu taraflar gerçek ve tüzel kişiler olabileceği gibi devletler de olabilir. Çoğunlukla diplomatik çerçevedeki ilişkilerin çözüme kavuşturulması için, tarafların üçüncü bir kişinin herhangi bir yardım veya desteğini almadan karşılıklı fikir alışverişinde bulunmak ve birbirlerini ölçmek suretiyle anlaşmalarını hedefleyen en klasik alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir.⁵¹ Taraflar bir sözleşme yapmak için müzakere edebilecekleri gibi, aralarındaki uyuşmazlığı doğrudan birbirleriyle ya da temsilcileri aracılığıyla çözüme kavuşturmak için de müzakere etmek isteyebilirler. Ancak bu girişimlerin başarısız olması ve dava ya da tahkime başvurulması gerektiği aşamada avukatların katılımı ile müzakere etme imkanları da bulunmaktadır.⁵²

Müzakere yöntemi kendi içinde sınıflara ayrılmıştır. Sorun çözücü müzakere yaklaşımı, birleştirici müzakere, menfaat temelli müzakere, işbirlikçi müzakere, kazan-kazan müzakeresi olarak ayrımlara tabi tutulmuştur. Konusu bakımından ise sözleşme müzakeresi, uyuşmazlık müzakeresi, uzlaşma müzakeresi olarak üçe ayrılmaktadır.⁵³

⁴⁹ İldır, s. 83.

⁵⁰ Demir, s. 25.

⁵¹ Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 160.

⁵² Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 135.

⁵³ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 141.

Müzakere teorileri çok çeşitlidir. Sabit olanakların taraflar arasında paylaşılması için mücadele edilen paylaştırıcı müzakere, ikincisi ise tarafların daha iyi sonuç elde edebilmek için eldeki olanaklarını birleştirerek yeni değerler yaratması ve bölüşülmesi üzerinde kurulu olan birleştirici müzakeredir.⁵⁴ Konuyu sınırlandırmak açısından burada bu ayrımların sadece isimlerini vermekle yetiniyoruz.

Müzakere yöntemi, tarafların uyuşmazlık üzerinde en çok kontrol ve karar verme yetkilerinin bulunduğu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı birbirleriyle direkt olarak görüşmeleri sürecin işleyişini kolaylaştırmakta ve ılımlı, resmi olmayan bir müzakere ortamı ve etkin bir çözüm olanağı sağlamaktadır.⁵⁵

Müzakere, çeşitli hukuki sonuçlar doğurabilmesine rağmen diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile kıyaslandığında, hem uygulama kolaylığı hem de geleneksel kökenleri dikkate alındığında, en basit ve en az şekli olan usuldür.⁵⁶

Müzakere ile arabuluculuğu ayıran en önemli temel fark; müzakere yönteminde iki tarafın bulunması karşısında arabuluculuk yönteminde tarafsız ve bağımsız üçüncü kişinin varlığıdır. Müzakere yolunu kullanarak bir sonuca ulaşamayan ya da üçüncü kişinin sürece dahil olmasının daha iyi olacağını düşünen kişiler, bu halde arabuluculuğa başvurmayı tercih etmektedirler.⁵⁷

1.3.3 Tahkim

Tahkim (arbitration), tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, sözleşme ya da sözleşme dışı ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü devlet yargısı yerine özel hakem veya hakemlere bıraktıkları, kural olarak ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yoludur.⁵⁸

Tahkim sözleşmesi sonucu mahkemenin yargılama yetkisi ortadan kaldırılmış olur.⁵⁹ Ancak HUAK'taki mevcut düzenleme ve arabuluculuk yönteminin özelliği sebebiyle tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşamamaları durumunda, yargıya başvurabilme hakları saklı tutulmaktadır. Hatta bu süreçte hak kayıplarının yaşanmaması için HUAK m. 16/II'ye

⁵⁴ Demir, s. 25.

⁵⁵ Kekeç, s. 9.

⁵⁶ Özbek, "Gelişmeler", s. 138.; Şahin Ceylan, s. 296.

⁵⁷ Şahin Ceylan, s. 296,301.

⁵⁸ Demir, s. 16.

⁵⁹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 194.

göre, arabuluculuk faaliyeti süresince zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Tahkim, arabuluculuktan resmi delil ve belgelerin varlığı, tarafsız üçüncü kişinin hüküm kurma ve karar verme yetkisiyle donatılmış bir makamı temsil etmesi yönleri ile ayrılmaktadır.⁶⁰

Bazı görüşler; tahkimin en yaygın ve en etkin alternatif uyuşmazlık yöntemi olduğunu savunurken, bazı görüşler ise; tahkimin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olmadığını zira hakemin, devlet yargısında olduğu üzere, hakim gibi nihai karar verme yetkisinin bulunduğunu bu yönüyle devlet yargısının alternatifi olduğunu ve alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında sayılmayacağını ileri sürmektedirler.⁶¹

Ancak aksi görüşe göre; tahkim yolu yargı yoluna eşit değildir. Hakemler yargı organı olarak kabul edilemez. Hakem yargılamasında kamu menfaati bulunmazken mahkemelerde yürütülen yargı faaliyetinde kamu yararı esastır. Ayrıca tahkimde, hakem kurulu devlet yetkisiyle kudretlendirilmemiştir. Hakemlerin faaliyetleri de organik anlamda yargısal bir faaliyet değildir. Nitekim HMK 432'ye göre; taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun onayı ile delillerin toplanmasında mahkemeden yardım isteyebilmektedirler. Zira yargıya tanınmış olan emretme yetkisi hakemlere tanınmadığından, sözleşmenin tarafı olan ancak hakem ve hakemlerle işbirliği yapmak istemeyen bir tarafın veya tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan bir kişinin elindeki delillerin toplanması için ancak mahkemeden yardım istenilmesi mümkündür. Yukarıda izah edilen sebeplerle tahkimin yargıya alternatif bir yol olarak görülmesi mümkün olmamakta, ancak yargının yanında yer alan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabulü gerekmektedir.⁶²

Tahkim alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminde, hakem devlet tarafından denetlenmekle birlikte kararları kesin hüküm oluşturan ve mahkeme kararı gibi icra edilebilen özel bir yargı faaliyetidir.⁶³ Arabuluculuğun tahkim alternatif çözüm yönteminden ayrılan en temel noktası, arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmaması ve tarafsız bağımsız bir üçüncü kişi tarafından yürütülmesidir. Arabuluculuk tarafların kendi çözümlerini üretmelerini

⁶⁰ Şahin Ceylan, s. 302.

⁶¹ Özbay, s. 459.; Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 161.; Kekeç, s. 22 vd.

⁶² Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 190 vd.

⁶³ Kekeç, s. 21.

hedef alan bir alternatif çözüm yöntemidir. Dolayısıyla taraflar adına karar alamayan arabulucunun kararları da bağlayıcı olmamaktadır.

Nitekim, tahkim sözleşmesi bir uyuşmazlığın hakemler tarafından çözülmesinin yolunu açarken, o uyuşmazlık hakkında devlet mahkemesinde dava açma olanağını da kaldırır. Tahkim kesin bir sonucu garanti etmekle birlikte, tarafların ortak menfaatlerinin gözetilerek taraflar için ortak en makul çözümün oluşturulacağını garanti edemez. Zira tahkimde, devlet yargılamasında olduğu gibi kazan-kaybet anlayışı hakimdir. Ve bu yönleriyle arabuluculuktan tamamen ayrılmaktadır.⁶⁴

Arabuluculuk tarafsız bir arabulucunun yardımıyla taraflar arasındaki ilişkilerin kolaylaştırılmasıdır. Arabuluculuk, arabulucunun sahip olduğu işlev itibarıyla dava ve tahkim yolundan ayrılmaktadır. Arabulucu, hakim ve hakemden farklı olarak, tarafları bağlayıcı bir karar verememektedir. Arabulucunun bu noktada yegane görevi, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı anlaşmaya varmak suretiyle çözmeleri için yardımcı olmak, uyuşmazlığın yapısına ve taraflar arasındaki ilişkiye bağlı olarak, taraflardan her birinin temel menfaatlerini ve endişelerini belirginleştirmek, anlaşma olmadığı takdirde karşılaşılabilecek sorunları tespit etmek ve işbirliğine dayalı ve sorun çözücü yaklaşımla taraflar arasındaki iletişimin yapılandırılmasını sağlamaktır.⁶⁵

1.3.4 Vakıaların Saptanması

Vakıaların Saptanması (fact finding) alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi, uyuşmazlığın ilk aşamasında uygulanan, tarafların uyuşmazlığı somutlaştırması ve özellikle uyuşmazlığın temelini oluşturan maddi olguların, taraflarca seçilen bağımsız, tarafsız, deneyimli ve hatta uzman kişilerce saptanarak, taraflara yeni bir bakış açısı kazandırılmasıyla çözüme kavuşturulmasını amaçlayan, bağlayıcı olmayan bir yöntemdir.⁶⁶

Vakıa saptayıcılar, araştırmalarından sonra tarafların belirlediği veya vakıa saptayıcısının belirleyeceği yöntemlere göre, önerisinin bulunduğu veya bulunmadığı objektif bir rapor hazırlamaktadırlar. Bu rapor her iki taraf için de ortak olarak hazırlanabileceği gibi, her yanın zayıf ve güçlü yanlarını ortaya koyan değerlendirmeler içerir. Taraflar bu

⁶⁴ Demir, s. 15.

⁶⁵ Özbek, “Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, s. 263.

⁶⁶ Özbay, s. 468.

raporlardaki tespitler nazarında uzlaşmaz tutumlarından sıyrılma ve sorunlarını görüşerek çözüme imkanı bulabilirler. Ayrıca vakıa saptayıcılara önerilerde bulunabilir ancak bu önerilerin bağlayıcılığı bulunmamaktadır.⁶⁷

Vakıa saptamasında daha çok vakıalara dayanılır ve arabuluculukla kıyaslandığında tarafların beklentileri ve menfaatleri daha geri plandadır.⁶⁸ Taraflar bu yönüme, hukuki durumlarının tarafsız bir yöntemle değerlendirilmesini ve devlet yargısına başvurdıkları takdirde davayı kazanma olasılıklarını öğrenmek için başvururlar.

Bu özelliği sebebiyle vakıaların saptanması diğer alternatif çözüm yolları için tamamlayıcı rolde bulunmaktadır. Vakıa saptayıcıların görevi, uyuşmazlığın esaslı unsurlarının tespitinde ve uyuşmazlıkla doğrudan ilgisi olmayan konuların elenmesine yol gösterir. Bu nedenle vakıa saptayıcılar taraflarca konunun uzmanı kişilerden uyuşmazlığın ortaya çıkmasıyla yahut daha önce yapmış oldukları bir sözleşmeye dayanarak seçebilirler.⁶⁹

Arabuluculuk yöntemi ile arasındaki temel farklılık; arabulucunun, maddi vakıları değerlendiren uzman bir bilirkişi rolünde olmaması ve maddi vakılardan değerlendirmekten ziyade, taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık noktalarını tespit ederek, tarafların ortak menfaatine uygun yaratıcı bir çözümün ortaya konulması amacıyla aralarındaki iletişimi yapılandırmasıdır.

1.3.5 Tarafsız Ön Değerlendirme

Tarafsız ön değerlendirme (ealy-neutal evaluation), tarafsız bir üçüncü kişi tarafından, tarafların içinde buldukları uyuşmazlığın daha ilk evrelerinde, uyuşmazlığın nasıl ortaya çıktığı, ne şekilde geliştiği ve gelecekte tarafların durumunu ne şekilde ve nasıl etkileyebileceği hususunda, taraflardan alınan kısa bilgi ve ifadelere dayanılarak değerlendirme yapılması yöntemidir.⁷⁰

Tarafsız ön değerlendirme, henüz uyuşmazlığın ilk aşamalarında etkili olabilecek bir yöntemdir. Bu yöntemde tarafsız ön değerlendirici, tarafların sundukları belge ve beyanlar doğrultusunda, uyuşmazlığın gelişimi ve tarafların gelecekte nasıl bir süreçle karşılaşabileceği

⁶⁷ Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 164.

⁶⁸ Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 161.; Kekeç, s. 19.

⁶⁹ Demir, s. 30.

⁷⁰ İldır, s. 83.

hususlarını içeren bir rapor hazırlamaktadır. Bu çözüm yolunda hedeflenen taraflara uyuşmazlık hakkında yeni bir bakış açısı kazandırmak ve izlemeleri gereken yollar hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlamaktır.⁷¹

Belli bir prosedürü olmamakla birlikte, taraflar bu yöntemle uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilecekleri gibi, taraflara sadece bir görüş sunulması ile de yetinilebilir. Tarafsız ön değerlendirme, çözüme kavuşması mümkün görülmeyen veya derinlemesine inceleme gerektiren uyuşmazlıklar için uygun bulunmamaktadır. Tarafsız ön değerlendirmeci hukukçulardan seçilebileceği gibi alanında uzman kişiler de olabilir.⁷²

Tarafsız ön değerlendirmenin, tarafların mahkemeye veya diğer alternatif çözüm yöntemlerine başvurmadan önce, ileride çözüme ulaşmalarını kolaylaştırmak adına uyuşmazlık konularını daraltarak zaman kazandırmayı, erken bir aşamada ucuz ve hızlı bir yolla uyuşmazlığın çözümünü sağlamalarını amaçlamaktadır.⁷³

Tarafsız ön değerlendirme arabuluculuk yöntemi ile kıyaslandığında; arabuluculuk uyuşmazlığın esaslı noktalarını tespit etmeye çalışan derinlemesine bir inceleme gerektirir. Ayrıca uyuşmazlığın ilerleyen aşamalarında da başvurulabilen bir yöntemdir.

1.3.6 Kısa Duruşma

Diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi kısa duruşmadır (mini-trial). Kısa duruşma taraf yöneticilerinden oluşan bir kurul ile tarafsız üçüncü kişinin yer aldığı, problemi gizlilik içinde ortadan kaldırmayı hedefleyen bağlayıcı olmayan ve arabuluculuğu, uzlaştırmayı ve ihtiyari tahkimi bünyesinde barındıran karma bir yöntemdir. Alternatif çözüm yolları arasında kısa duruşma, en yaratıcı olandır.⁷⁴

Genelde ticari uyuşmazlıkların çözümünde iş çevreleri tarafından tercih edilen, büyük ölçekli ve karmaşık uyuşmazlıkların çözümünde başvuru olan bir yöntem olmaktadır. Kısa duruşmadaki tarafsız üçüncü kişiler; hukukçular, hakemler veya konunun uzmanları olabilmekte ve uyuşmazlığın her aşamasında bu yöntemle başvurulabilmektedir.⁷⁵

⁷¹ Özbay, s. 467.

⁷² Demir, s. 29.

⁷³ Özbay, s. 468.

⁷⁴ Kekeç, s. 20.

⁷⁵ Demir, s. 31.

Kısa duruşmada taraflara davalarının umdukları gibi sonuçlanmama ihtimalinin bulunduğu gerçeklik testiyle gösterilmekte ve uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözümü teşvik edilmektedir. En göze çarpan özelliği, avukatların dava özetlerini, bir yargıca, hakeme, jüriye ya da bağlayıcı karar verebilecek herhangi bir üçüncü kişiye değil, müvekkillerine sunmalarıdır.⁷⁶

Kısa duruşmada tarafların ihtiyaçlarına göre, tarafsız üçüncü kişilerin, tavsiye kararı vermeleri veya arabuluculuk yapmaları ya da ortaya çıkacak çözümün daha önce yapılan bir anlaşmayla bağlayıcı olması yönünde karar verilmesi şeklinde yapılmasını da mümkün kılmaktadır.⁷⁷

1.3.7 Kısa Jüri Yargılaması

Türkiye’de var olan mahkeme yapılanması itibariyle uygulanması mümkün olmamakla birlikte; kısa jüri yargılamasında, gerçek bir yargılama olmamasına karşılık, gerçek bir yargılama varmış gibi bağlayıcı olmayan kararını açıklayan jürinin açıklamalarıyla, tarafların gerçeğe çok yakın sonuçlar elde etmesi sağlanmış olmaktadır.⁷⁸

Kısa jüri yargılaması, ABD federal hukuk sisteminde başarılı biçimde uygulama alanı bulmaktadır. Burada jüri, bağlayıcı olmayan fakat taraflar için yol gösterici etkisi olan ve normal yargılama usulüne göre çok daha hızlı biçimde oluşan, kararını alırken tarafların sunduğu delil, iddia ve tezleri gözetir. Anlaşmaya varılmaması durumunda tarafların dava yoluna gitme hakları bulunmaktadır.⁷⁹

1.3.8 Arabuluculuk – Tahkim

Arabulucu-tahkim (med-arb) yöntemi, tarafların arabuluculuk yoluyla anlaşmaya varamamaları halinde, bağlayıcı bir çözüme ulaşmak gayesiyle karar verme yetkisini tarafsız bir hakeme devrettikleri bir yöntemdir.⁸⁰

Bu yöntemle hedeflenen uyuşmazlığın çözümünü garanti altına almaktır. Arabuluculuk-tahkime başvurmak sözleşme ile kararlaştırılabileceği gibi, uyuşmazlık

⁷⁶ Şahin Ceylan, s. 308 vd.

⁷⁷ Özbay, s. 468.

⁷⁸ Kekeç, s. 21.; Özbek, “Gelişmeler”, s. 141.

⁷⁹ Özbek, “Gelişmeler”, s. 51,52.

⁸⁰ İldır, s. 100 vd.

çıktıktan sonra ya da arabuluculuk süreci başarıyla sonuçlanmadığı takdirde başvurulması şeklinde de kararlaştırılabilmektedir.⁸¹

Arabuluculuk tahkim, bünyesinde hem arabuluculuğu hem de tahkimi barındırmaktadır. Bu yöntemde taraflar uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşmaması halinde tahkim yoluna gidebilmektedirler. Bu uygulamanın olumlu yanı; tarafların tahkim aşamasına geçmeleri halinde, arabuluculuk faaliyeti sırasında ortaya çıkarılan tarafların çıkarları ve amaçları doğrultusunda karar verilecek olması ve bu sebeple en başa dönmeye gerek olmamasıdır.⁸²

Aynı üçüncü kişinin hem arabulucu hem de hakem olarak bu görevi üstlenmesi mümkündür. Ancak arabulucu ve hakemin aynı kişi olması durumunda, arabuluculuk esnasında edinilen gizli bilgi ve içten paylaşımlar hakemin bu bilgilerin gölgesinde kalmasına yol açabilmektedir.⁸³

Çoğunlukla sendikalı kamu işçileri ve işverenleri arasındaki sözleşme müzakerelerinde çıkan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmaktadır.⁸⁴

Arabuluculuk yöntemi ile kıyaslandığında; arabuluculuk faaliyeti sırasında alınan kararlarının bağlayıcı olmaması ve gizlilik ilkesi, tarafların uyuşmazlık konusunu arabulucu ile açıkça paylaşabilmelerini sağlamaktadır. Zira, HUAK m. 5'e göre; uyuşmazlığın çözüme bağlanmadığı durumlarda da arabuluculuk süresince elde edilen bilgi ve belgeler mahkemede delil olarak kullanılamamaktadır. Benzer şekilde arabulucunun, aynı uyuşmazlık konusunda tarafların avukatı olması, uyuşmazlık hakkında tanıklık yapması yasaklanmıştır. Ancak med-arb'da tarafların paylaştıkları bilgilerin, sonrasında bağlayıcı bir karar verecek olan aynı arabulucu ile paylaşılması söz konusu olacaktır. Bu durumun tarafların bilgileri gizlemesine ve bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını aydınlatmakta yetersiz kalacağı kanaatindeyim.

⁸¹Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 164. ; Özbay, s. 469.

⁸² Özbay, s. 469.

⁸² Kekeç, s. 21.

⁸³ Kekeç, s 21.

⁸⁴ Şahin Ceylan, s. 309.

1.4 Arabuluculuğa Hakim Olan İlkeler

Avrupa Birliği Konseyi tarafından, 2004 tarihinde hazırlanan Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kurallarını içeren direktif taslağı; bireysel olarak arabulucuların uymayı gönüllü olarak taahhüt edebilecekleri bazı ilkelere ışık tutmaktadır.

Nitekim, Birlik bünyesine dahil olmak isteyen ülkemiz için de bağlayıcılık taşıyacak bu ilkeler çerçevesinde, hukuki ve ticari uyumsuzluklar bağlamında, arabuluculuk kurumunun yasal çerçevesini oluşturmak ve hukuki düzenlemeleri gerçekleştirerek hukuk sistemimize adapte etmek zorunluluğu doğmuştur. Bu nedenle direktifte arabuluculuk kurumunun tüm üye ülkeler kapsamında işlerlik kazanabilmesi için birtakım ortak ilkeler benimsenmiştir.⁸⁵

Türkiye Arabuluculuk Kurulu tarafından, Mart 2013 tarihinde, Arabuluculuk Sistemi ve Arabulucular için, “Model Etik ve Uygulama Kuralları”; “Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kuralları” başta olmak üzere, tüm modern ülkelerin etik ve uygulama kuralları, ülkemizin sosyal ve kültürel değerleri ile gerçeklerine uyumlu olmak suretiyle kabul edilmiştir.

Ayrıca Avrupa Etik Kuralları, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği’nde de benimsenerek Türk Arabulucuları için de uyulması gerekli etik ilkeler haline dönüştürülmüştür.

1.4.1 Arabulucunun Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı İlkesi

Arabulucunun, arabuluculuk görüşmelerini sağlıklı ve beklenen amaç doğrultusunda gerçekleştirebilmesi, devamlı ve değişmez olarak tarafsız duruşunu korumasına bağlıdır.⁸⁶ Bu nedenle arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı arabuluculuk yöntemine hakim olan ilkelere biridir. Bu sebeple arabulucu daima taraflara eşit uzaklıkta olmalı, tarafsızlığından şüphe duyulacak veya tarafsızlığına gölge düşürecek menfaat ilişkileri kurmaktan kaçınmalıdır.⁸⁷

HUAK m.3/II ve HUAKY m.5/II hükümleri uyarınca; tarafların, arabulucuya başvurmada ve bütün süreç boyunca eşit haklara sahip oldukları düzenlenmiştir. Madde

⁸⁵Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 155.

⁸⁶Kekeç, s. 60.

⁸⁷Yazıcı Tıktık, s. 43.

gereğesinde; arabuluculuk sürecinde tarafların eşitliğinin, anayasal bir ilke olan kanun önünde eşitlik, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olduğu; taraflar arasında eşitlik olmazsa bir çözümden değil, taraflardan birinin sonuca katlanmasından bahsedilebileceği, böyle bir anlaşmanın gerçek bir uzlaşma olamayacağı açıkça vurgulanmıştır.⁸⁸ HUAKEY m.5/II'e göre tarafsızlık; *“taraflardan biri arabuluculuk sürecinin dışında bırakılamayacağı gibi söz hakkı da diğerine göre sınırlandırılmaz.”* demekle vurgulanmış olmaktadır.

Tarafsızlık arabulucunun arabuluculuk sürecine katılanlarla arasındaki ilişkiyi ve arabulucunun uyuşmazlık konusu bakımından tarafsız olmasını yani varılacak anlaşma sonucunda bir menfaat beklentisi içinde olmamasını içermektedir. Bu yönüyle tarafsızlık iki yönde incelenmelidir.⁸⁹

Tarafsızlık kavramı; “impartiality” yani taraflardan birinin getirdiği çözüm önerileri karşısında arabulucunun önyargısız olmasını ve taraflardan birini destekler nitelikteki davranışlardan kaçınılmasını ifade eder. Diğer yönüyle tarafsızlık; “neutrality” yani arabulucunun taraflarla arasındaki mevcut veya doğacak ilişkiler sebebiyle menfaat elde edebileceği bir ilişki içine girmekten kaçınmasını ifade etmektedir.⁹⁰

HUAK m. 2/b'nin *“Arabuluculuk;... tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir”* şeklindeki tanımlamasıyla, arabulucunun faaliyetlerini tarafsız bir üçüncü kişi olarak yürütmesi gereğine dikkat çekilmektedir.

Arabulucunun tarafsızlığına ilişkin düzenlemeler ayrıca HUAK m. 8 ve 9'da da yer bulmaktadır. HUAK m. 8'e göre; *“Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir ve iletişim kurabilir. Taraflar bu görüşmelere vekilleri aracılığıyla da katılabilirler.”* . Arabulucunun taraflarla özel görüşmeler yapmasına imkan verilmesinin sebebi arabulucunun tarafsızlığını bertaraf etmek değil, tarafların birebir görüşmelerde

⁸⁸ Madde gerekçesi, www.kgm.adalet.gov.tr; son erişim (30.03.2014)

⁸⁹ Andrew J. Pirie, *Alternative Dispute Resolution: Skills, Science and The Law*, Toronto, Irwin Law Inc., 2000, s.197.

⁹⁰ Suzanne Mccorkle, “The murky world of mediation ethics: Neutrality, impartiality, and conflict of interest in state codes of conduct”, *Idaho, Conflict Resolution Quarterly*, sayı :23, 2. bası, s. 165 vd.

kendilerini daha iyi ifade imkanı bulmaları sebebi ile uyuşmazlığın daha iyi aydınlatılmasına hizmet edeceği düşüncesidir.

Söz konusu düzenleme, arabulucuya taraflarla özel görüşmeler yapma imkanı vermesi karşısında, arabulucu, görüşmeye katılmayan tarafı bu görüşmelerden haberdar etmek ve bu özel görüşmelerde de tarafsız konumunu koruyacak şekilde davranmakla yükümlüdür.

Dolayısıyla arabulucu süreç içerisinde taraflardan biri lehine veya aleyhine sergileyeceği tutum ve davranışlardan kaçınılmalı, hiçbir şekilde menfaat/çıkar çatışmalarının tarafı olmamalıdır.⁹¹

HUAK m. 9'da da açık şekilde arabulucunun tarafsızlığı ve eşit ilişki kurma yükümlülüğünün altı çizilmiştir. Buna göre; arabulucu görevini özenle, tarafsız biçimde ve şahsen yerine getirmeli ve arabulucu olarak görevlendirilen kimsenin, tarafsızlığından şüphe edilecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, tarafları bilgilendirmelidir. Arabulucunun açıklaması karşısında taraflar, arabulucudan açıkça birlikte talep ederlerse, arabulucu görevi üstlenebilir ya da üstlenmiş olduğu göreve devam edebileceği düzenlenmektedir.⁹²

Arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin öncesinde, devamında ve sonrasında tarafsızlık konumu muhafaza etmelidir. Bu sebeple arabulucunun, sürecin sonrasında taraflardan birinin avukatı olarak görev yapamayacağı hususu HUAK m. 9'da açıkça belirtilmiştir.

Arabuluculuk sürecinin sağlıklı bir biçimde yürütülebilmesi için arabulucunun tarafsızlığının önemini vurgulayan kanun koyucu HUAKY'de, tarafların hak ve yükümlülükleri bölümünde düzenlenen 12. maddesinde, "*Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, hâkimlik, hakemlik ve bilirkişilik yapamayacağı gibi avukat olarak da görev üstlenemez.*" düzenlemesi ile HUAK m. 9'daki düzenlemeye ek olarak, arabulucunun hakim, hakem ve bilirkişilik görevlerini üstlenemeyeceğini belirtmiştir.

⁹¹ Kekeç, s. 61.

⁹²Yazıcı Tıktık, s. 46,47.; HUAK m. 9: "(1) Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir.

(2)Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hal ve şartların varlığı halinde, bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte tale ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir.

(3)Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür.

(4)Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açtığı davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez."

Yine HUAK m. 9/II ile arabulucunun tarafsızlığının sağlanması için taraflara, arabulucunun tarafsızlığından şüphe edilmesi durumunda arabulucuyu reddetme imkanı verilmektedir. Arabulucunun taraf tuttuğu sonucuna varan taraf, arabulucunun görevine son verebilecektir. ABD eyaletlerinde de tarafsızlık ilkesinin taraflara benzer hakları tanıdığı görülmektedir.⁹³ Zira arabuluculuk aşağıda inceleyeceğimiz üzere gönüllük ilkesine dayalı bir süreçtir ve taraflar bu sürecin içinde tutulmaya zorlanamazlar.

Bu düzenlemeye bir istisna yine aynı fıkra içerisinde yer almaktadır. Arabulucu, kendi önyargılarının süreci nasıl etkileyebileceği konusunda taraflara net bilgi verebilecek farkındalıkta olmalı ve gerekli gördüğü hallerde arabuluculuk görevinden kendisi çekilmelidir. HUAK m. 9/II'ye göre; arabulucunun açıklamasına karşı taraflar arabuluculuk sürecine yine de devam etmek isterlerse, arabuluculuk sürecinin esasına girilmeden her iki taraf da kendi açık rızalarıyla arabuluculuk sürecine devam etmek istediklerini beyan etmeleri halinde arabulucu görevine devam edebilmektedir.

Zira arabulucu, arabuluculuk faaliyeti süresince tarafsızlığını korumakla yükümlü olup kişisel düşüncelerini, önyargılarını, taraflarla ilgili mevcut ve olası menfaatlerini sürecin dışında tutmakla yükümlüdür.⁹⁴

HUAK m. 9/II'ye göre, arabulucuya tarafsızlığını koruyamadığı durumlarda dahi tarafların rızasını almak koşuluyla sürece devam etme hakkı tanınmaktadır. Nitekim,

⁹³ "Illinois Arabuluculuk Konseyi; her ne kadar arabulucu arabuluculuk sürecinin yöneticisi olsa ve uyuşmazlığın bir tarafı olmasa da tarafların arabulucunun doğası gereği taraf tutabileceğini bilmeleri, böyle bir durum oluştuğunda arabulucunun işbirliği içinde olmadığını yazılı olarak beyan etmeleri gerekmektedir.", "Teksas Arabuluculuk Kanun'una göre; Arabulucunun kendisinin kanaat getirmesi veya taraflardan birinin yahut taraf avukatlarından biri tarafından, arabulucunun geçmişinin veya kişisel deneyimlerinin arabuluculuk uygulamalarının yürütülmesinde tarafsızlığını engelleyeceğini beyan etmesi halinde arabulucu, her iki tarafça kabul edilmediği takdirde arabuluculuk faaliyetlerine son vermekle yükümlüdür." "Oregon arabuluculuk birliği "tarafsız olma" başlığıyla ilgili bölümde; "Arabulucu, arabuluculuk hizmeti verdiği tüm süreç boyunca, tarafsız olma yükümlülüğünü tarafsız olduğunu göstermek ve tarafsız olma taahhüdüne uygun davranmakla yükümlüdür. Arabulucunun, Arabuluculuk sonucuna ilişkin kişisel bir kazancı/payı olamaz. Arabulucunun tarafsız olma kabiliyeti sorgulandığında, bu sorgulamalar çözümlenemediğinde, arabulucu hizmet vermeyi reddetmeli veya arabuluculuktan çekilmelidir.(III)." Iowa arabulucunun önyargılı olabileceği konuları ayrıntılı olarak ele almıştır: "Her Arabulucunun kişisel önyargıları olabileceği anlaşılmaktadır ancak önemli olan arabulucunun kendi önyargılarının farkında olması ve arabuluculuk sürecindeki davranışlarını etkileyecek kişisel önyargılarının oluşmasına izin vermemesidir. Arabulucu her iki tarafa da gereken özeni göstererek, onların ayrışan ihtiyaçlarına göre farklı teknikler kullanarak onlara gereken desteği vermelidir (III). Arabulucunun taraf olmaması hususundaki tartışmalara Massachusetts şu eklemede bulunmaktadır: "Tarafsız kişi, sadece taraflar ve anlaşmazlık konusuyla ilgili tarafsız olabileceği uyuşmazlıklarda uyuşmazlık çözüm hizmetini sunmalıdır" (Rule,9b,I.); "Kaliforniya Uyuşmazlık Çözüm Konseyi "Arabulucu tarafsızlığını koruyamayacağı konularda arabuluculuk yapmamalıdır" şeklinde hüküm kurmaktadır."; Mccorkle, s. 166 vd.

⁹⁴ Kekeç, s. 62 vd.

arabulucunun tarafsızlığı onun farkındalığına bağlıdır. Arabulucu etik ikileme⁹⁵ düştüğü, tarafsızlığını koruyamayacağını ve sürecin devamında menfaatlerinin oluşacağını düşündüğü zamanlarda kendi öz denetimini yaparak arabuluculuktan çekilmelidir.⁹⁶

1.4.2 Gönüllülük İlkesi

Arabuluculuğun mahkeme yargılamasına alternatif bir yöntem olmayıp, adalete erişimde mahkemeye yardımcı bir usul olduğuna yukarıda değinilmişti. Bu durumda tarafların yargıya ulaşmalarının önü kapatılmadığından diledikleri anda uyuşmazlığı yargı organlarına taşıyabilmektedirler. Dolayısıyla arabuluculuğun gönüllü yani iradi bir çözüm yolu sunduğu HUAK'ta açıkça düzenlenmiştir.⁹⁷

HUAK m. 3/I hükmünden ve madde gerekçesinden de⁹⁸ anlaşıldığı üzere, arabuluculuk sürecine katılım kural olarak iradidir. Tarafların arabulucuya başvurmak, süreci

⁹⁵ “Arabuluculuk bağlamında “etik ikilemlerin” ne olduğu hakkında en kapsamlı değerlendirme Bush tarafından yapılmıştır. Bush’a göre; “Arabulucu olarak bir duruma ilişkin davranışınızın yerinde ve doğru olup olmadığı konusunda ciddi şüpheleriniz varsa yani arabulucu olarak hangi davranış biçiminin doğru ve uygun olduğundan emin olmadığımız halleri, genel olarak etik ikilem olarak tanımlamıştır. Buna göre; bir değer korunması için yapılan eylem (gösterilen tutum) başka bir değere zarar veriyorsa ve arabulucu bu hususta bir karar vermek zorundaysa arabulucunun etik ikileme düştüğü varsayılır.”; Pirie, s.196.

⁹⁶ “Arabulucunun tarafsızlığı kavramı arabuluculuk sürecinin merkezinde yer almaktadır. Arabulucu sadece tarafsız kalabileceği, hiçbir tarafa iltimas geçmeyeceğine inandığı konularda arabuluculuk görevini yapmalıdır. Arabulucu, arabulucuğu tarafsız bir şekilde yürütemeyeceğine kanaat getirdiği takdirde, hangi aşamada olursa olsun arabuluculuk sürecinden çekilmek zorundadır.”; Pirie, s.198.

⁹⁷ Yazıcı Tıktık, s.36.

⁹⁸ Madde Gerekçesi; “Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözme yönteminin en temel ilkeleri iradi olma ve eşitlik ilkesidir. Bu ilkeler arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yolunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira devlet yargısı dışında bu yola başvurmak, süreci yürütmek ve sonuçlandırmak bakımından gönüllü olmak bu yolun başarısını sağlamaktadır. Ayrıca, taraflar bu yola başvururken ve süreci yürütürken eşit oldukları ve bunu hissettikleri ölçüde sürecin başarılı olması mümkündür. Birinci fıkrada arabuluculuk yolunun iradi olması ortaya konmuştur. Taraflar öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırmak konusunda anlaşmalıdırlar. Tarafların her ikisini veya birini, zorla bu sürecin içine dahil etmek mümkün değildir. Uyuşmazlığın devlet yargısına taşınmadan çözülmesi için, hem kanuni düzenlemelerle hem de uygulamada taraflar teşvik edilebilir, bunu cazip kılacak bazı tedbirler alınabilir. Nitekim bu düzenleme içinde de bu yönde bazı hükümlere yer verilmiştir. Ancak tarafları buna mutlak anlamda zorlamak, bu yolun niteliğine tamamen aykırıdır. Bu yönde teşvik etmekle zorlamak arasındaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Şüphesiz bir uyuşmazlığı inatla sürdürmek veya çözümü zora sokmak için çaba gösteren tarafı engellemekte, tarafların dışında, kamunun da yararı vardır. Nitekim mahkeme önünde yapılan yargılamalarda da, kötüniyetle dava açan ya da dürüstlük kuralına aykırı davranan taraflar için bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, bu, ne olursa olsun mahkeme dışında çözüme zorlamak sonucu doğuramaz; aksi halde herkesin meşru vasıta ve yollardan hak arama özgürlüğüne sahip olduğu konusundaki anayasa hükmüne aykırılık meydana gelir. Gönülsüz ve isteksiz sırf mecbur bulunduğu için başlayan böyle bir süreçten başarılı sonuç da elde edilemez. Tarafı zorla masaya getirmek mümkün olsa da, zorla masada tutmak ve müzakere zemini yakalamak mümkün değildir. Ayrıca, gönülsüz yapılan bir anlaşma da kalıcı olmayacak en azından uygulanmasından bir çok sorun çıkaracaktır. Taraflar sürecin iradi olması çerçevesinde, arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında da sürecin hangi kapsamda ve nasıl yürütüleceğini belirleyebilirler. Arabuluculuk faaliyetinin iradi olmasının gereği olarak tarafların başladıkları bu süreci devam ettirip ettirmemek konusunda da serbestileri söz konusudur. Taraflar istedikleri zaman bu süreçten çekilebilirler, onların artık bu yolla uyuşmazlığı çözmek istememelerini de kabul etmek gerekir. Bu sürecin nasıl sonuçlanacağı da taraflara bağlıdır. Uyuşmazlığı tamamen cozen bir anlaşmaya varılabileceği gibi kısmen çözüme varılabilir veya farklı bir çözümle

devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek hususunda serbest oldukları ve mahkemenin de tarafları arabuluculuğa teşvik edebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla gönüllülük ilkesi; arabuluculuğa başvurma ve katılma, uzlaşma baskısının olmayışı, ortaya çıkan uzlaşma önerisinin kabul edilmesinde veya reddedilmesinde yahut arabuluculuk faaliyetinin sona erdirilmesinde tarafların özgür iradelerinin bulunduğu anlamını taşımaktadır.⁹⁹

Bazı ülkelerde, tarafların yargılama öncesinde veya sırasında arabuluculuğa başvurusu zorunlu olarak öngörülmüştür.¹⁰⁰ Yapılan düzenlenmeler ile arabuluculuk belirli konularda zorunlu tutularak arabuluculuk teşvik edilmek istenilmiştir. Ancak her ne kadar arabuluculuğa gitmek bazı ülkelerde zorunlu tutulsa da, bu ülkelerde de anlaşmaya varıp varmama konusunda taraflar her zaman özgür bırakılmışlardır.¹⁰¹

Gönüllük esasına göre yürüyen arabuluculuğun özellikle uzlaşma bilincinin yeterince oluşmadığı, uzlaşmaya varmada genel bir isteksizliğin olduğu toplumlarda, tarafların özellikle yaptırımlar göreyerek arabuluculuğa başvurmalarının zorunlu kılınması; hak arama özgürlüğüne müdahale olarak algılanabileceği gibi, sürecin uzamasına da sebebiyet verebilir. Bu sebeple zorunlu arabuluculukla arabuluculuğun teşviki amaçlanırken, yarardan çok zarar getireceği görüşü ile eleştirilmektedir.¹⁰²

Bu sebeple ülkemizde ihtiyari arabuluculuk kabul edilmiştir. HUAK m. 3'e göre; "*Taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler*". O halde arabuluculuk sürecine tarafların gönüllü olarak katılımı, arabuluculuk sürecinin devamı ve sona erdirilmesi için de geçerlidir. Tarafların istedikleri her an arabuluculuk faaliyetine son verme hakları bulunmaktadır.

HUAK m.13-16 hükümleri arasında, arabuluculuk sürecinin işleyişi; arabuluculuk faaliyeti başlıklı dördüncü bölümünde inceleme konusu yapılmıştır. Arabuluculuk sürecinin

de arabuluculuk faaliyeti sonlandırılabilir. Yani süreç her zaman uzlaşma ve anlaşma ile sonuçlandırılmak zorunda değildir. Bu, arabuluculuğun esnek yapısının da bir gereğidir." ; www.kgm.adalet.gov.tr

⁹⁹ Yazıcı Tıktık, s.36.

¹⁰⁰ "Örneğin Bavyera ve Baden Württemberg Eyaletleri'inde sulh hukuk mahkemesinin alanına giren ve konusu para veya parasal değer olup toplamı 750 Euro'yu aşmayan taleplere ilişkin parasal uyuşmazlıklarda, belirli komşuluk uyuşmazlıklarında vb. arabulucuya başvurmak zorunludur."; Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara Yetkin Yayınları, 2012, s. 125.

¹⁰¹ Kekeç, s. 68 vd.

¹⁰²Tanrıver, "Arabuluculuk", s. 154.

işleyişi göz önüne alındığında HUAK hükümlerine göre, Türkiye’de arabuluculuğun ihtiyari olduğu ve taraf iradelerinin ön planda tutulduğu görülmektedir. Aşağıda, HUAK kapsamında arabuluculuğun gönüllüğüne vurgu yapan maddelere yer verilmiştir:

HUAK m. 13’e göre, “ *Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır.*”

O halde madde hükmünden de anlaşılacağı üzere taraflar arabuluculuk sürecine katılıp katılmama konusunda tamamen serbesttirler.

HUAK m. 14’e göre; arabulucunun seçilmesi başlıklı kısmında, tarafların diledikleri arabulucu ile çalışmalarını olanaklı kılmaktadır. Buna göre; “*başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilecektir.*”

HUAK m. 15’e göre; “*...arabuluculuk sürecinde tarafların emredici usul kurallarına aykırı olmadığı takdirde usulü serbestçe kararlaştırabileceklerini ayrıca arabulucu tarafından yürütülen arabuluculuk faaliyetinin yargısal bir işlem olmadığı bu nedenle arabulucunun bir yargı faaliyeti yürütmediğini ve arabuluculuk faaliyetlerinde taraf iradelerinin ön planda tutulacağını hüküm altına almıştır.*”¹⁰³

Yine arabuluculuğun sona ermesinin şartlarını düzenleyen 17. maddenin c ve ç bendinde; taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesinin mümkün

¹⁰³ HUAK m. 15’ göre; “ (1)Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder.
 (2)Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.
 (3)Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.
 (4)Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.
 (5)Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir.
 (6)Taraflar arabuluculuk müzakerelerine bizzat veya vekilleri aracılığıyla katılabilirler.

olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk sürecine girmekte serbest oldukları gibi, diledikleri takdirde arabuluculuk sürecini sonlandırmaları mümkündür.

Arbuluculuğa başvurulması hususundaki rıza, bilinçli ve bilgili olarak arabuluculuğa başvurulmasıdır. Bu yalnızca arabuluculuğa başvurmak için bir belge imzalanmasından ibaret değildir; arabuluculuk yönteminin bütünlüğünü, yapısını oluşturan bir taahhüttür. Arabuluculuk sonunda elde edilen anlaşmaya rıza ise, bu anlaşmanın içeriğinin ve sonuçlarının farkında olunması anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan anlaşmayı kabul etmek hususunda da serbest iradelerini kullanabilmektedirler.¹⁰⁴

Yukarıda bahsedilen hususlar dışında; belli bir anlaşmanın oluşması aşamasında, tarafların bu anlaşmayı özgür ve bilinçli olarak yapmaları için gerekli durumlarda, arabulucu, bilgi almak ve danışmak için uzmanlardan yardım almalarının önemini taraflara açıklamalıdır. Zira tarafların karar verirken, sonuçla ilgili yeterli hukuk, örf adet kuralları ve diğer ilgili bilgilerden haberdar olması önemlidir. Arabulucunun taraflara hukuki yönlendirmede bulunamayacağı kabul edilmekle birlikte, arabuluculuk faaliyetinin sağlıklı bir biçimde yürütülebilmesi için uyumsuzluk taraflarının, yeterli seviyede bilgi ve kavrayışta olması gereği ile, arabulucu HUAK'ın çizdiği sınırlarda üzerine düşeni yapmalıdır.¹⁰⁵

Anayasamızın 36. maddesi uyarınca; *“herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.”* Arabuluculuğa katılımın taraf iradelerine dayalı gönüllü bir süreç olması sonucu olarak; arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların bir anlaşmaya varmaları zorunlu olmadığı gibi,

¹⁰⁴ Kekeç, s. 70.

¹⁰⁵ “Ancak arabulucu; HUAK m. 15'e göre; “arbuluculuk faaliyetlerini yürütürken yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemleri yapamayacaktır. Nitekim HUAK m.7 fıkra 3 hükmüne göre de arabulucu belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamayacağından bu yasağa aykırı işlemlerin batıl olduğunu düzenlemektedir. Bu kanun maddeleri ışığında arabulucunun tanık, bilirkişi, keşif gibi sadece hakim tarafından yapılacak işlemleri yapmasının da yasak olduğunun altını çizmek gerekir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere arabulucu sadece tarafları verecekleri kararların sonuçları hakkında yeterli bilgi ve kavrayışa sahip olmaları konusunda yönlendirebilir ancak bu yönlendirmeyi belirli bir kişiye veya kişilere doğru ve aracılık hizmeti kapsamında yürütmesi kanun tarafından yasaklanmıştır.”; Kekeç, s. 71.

anlaşamadıkları takdirde bu durumda mahkemeye başvurmalarına engel bir durum da yoktur.¹⁰⁶

Arabuluculuk hak arama özgürlüğünü kısıtlamamaktadır; ancak burada dava konusu hak veya alacağa ilişkin zamanaşımı ve hak düşürücü süreler konusuna dikkati çekmek gerekmektedir. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar anlaşmayarak uyuşmazlığın dava yoluyla çözümüne devam etmek isteyebilirler. Ancak, arabuluculuk yolunun denendiği süreçte, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin dolmuş veya dolmak üzere olması, dava açılmasını zorlaştırabilir, hatta buna engel olabilir. Bu özellik daha dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması halinde büyük önem taşımaktadır.¹⁰⁷

Bu sebeple kanun koyucu, HUAK m. 16/II'de; “*Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.*” hükmünü düzenleyerek, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçecek sürede, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğini düzenlemiştir. Bu şekilde kanun koyucu, tarafların, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varamamaları halinde, mahkemede yargılama imkanının ve hak arama özgürlüğünün engellenmemesi için hassasiyet göstermiş, arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmadığı ve yargısal yollara başvurma hakkını ortadan kaldırmadığı noktasının altı bir kez daha çizilmiş olmaktadır.

1.4.3 Gizlilik İlkesi

Arabuluculuk yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümünde gizlilik ve güvenilirlik çözüme ulaşmada en önemli şartlardan birini teşkil eder.¹⁰⁸ Zira tarafların arabuluculuk sürecinde ortaya koydukları menfaat ve beklentilerinin, ileride kendi aleyhine sonuç doğurma ihtimali varsa bu ihtimal taraflar arasındaki iletişimi ve uzlaşma sürecini sekteye uğratacaktır.¹⁰⁹

Devlet yargılamasında esas olan aleniyet ilkesidir. Aleniyet ilkesi, keyfilik önüne geçilmesi ve yargının kanuna uygun kararlar alıp almadığının teminini sağlama amacı taşır.

¹⁰⁶ Kekeç, s. 71.

¹⁰⁷ Kekeç, s. 72, 73.

¹⁰⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 134

¹⁰⁹ Yazıcı Tıktık, s. 51.

Ancak yargılama sürecindeki aleniyet ilkesinin her zaman tarafların yararına olmayacağı kuşkusuzdur. Özellikle aile hukuku uyuşmazlıklarında, ailelerin mahremiyetinin korunması düşüncesi ile çelişkili bir durum yaratmaktadır. Taraflardan birinin kötüniyetli olması, ailevi sırlar ve özel bilgilerin açıklanması ve hatta medya tarafından geniş kitlelere sunulması olasılığı göz ardı edilmemelidir. Bu sebeple alternatif çözüm yöntemlerinden arabuluculukta gizlilik ilkesinin mevcudiyeti, arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yönteminin en göze çarpan, tercih nedenlerinden biri sayılmaktadır.¹¹⁰

Arabuluculukta gizlilik ilkesi iki farklı şekilde düzenlenmektedir. Bunlardan birincisi özel oturumlarda elde edilen bilgilerin karşı tarafla paylaşılmamasıdır. Gizlilik ilkesinin ikinci yönü ise; arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgilerin başka kişilerle paylaşılmamasıdır.

HUAK'ta kanun koyucu, arabuluculuğun temel ilkeleri başlıklı kısmının 4. maddesinde, "Gizlilik" başlığı altında aşağıdaki düzenlemeye yer vererek hem tarafların hem de arabulucunun aksi kararlaştırılmadığı sürece gizlilik ilkesine uymakla yükümlü olduklarını düzenlemiştir.¹¹¹ O halde arabulucu ve taraflar, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdürler.

Ayrıca HUAK m. 5'te; arabuluculuk faaliyetlerinin anlaşma ile sona ermemesi halinde süreç içinde kullanılan beyan ve belgelerin gizliliği hususunda düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda; taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteğini, uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifleri, arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflarca ileri sürülen önerileri, herhangi bir vakıa veya iddianın kabulünü, sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri, delil olarak ileri süremeyecek ve bunlar hakkında tanıklık yapamayacaklardır.

Ayrıca HUAK m.5/III hükmü uyarınca; yukarıda belirtilen bilgi ve belgelerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından da istenemez, istenilmiş olması halinde hükme esas alınmaz. Bu durumun istisnasını, söz konusu bilgilerin

¹¹⁰ Kekeç, s. 75, 76.

¹¹¹ HUAK m. 4: "Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar."

bir kanun hükmü tarafından emredilmesi veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olması nedeni oluşturur. Yine HUAK m.5/IV'e göre; yukarıdaki açıklamalar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde de uygulanacaktır. Ancak, birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmeyeceği de ayrıca hüküm altına alınmıştır.

Böylece HUAK m.4 ve HUAK m. 5 hükümleri ile tarafların, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varamamaları halinde, süreç boyunca sundukları belge ve beyanlar sebebiyle ileride yargısal yollara başvurmak istediklerinde, arabuluculuk sırasında bir anlaşmaya varma umudu ile yaptıkları açıklamalar sebebiyle zarara uğramaları önlenmiş olmaktadır.

Arabuluculuk faaliyetinin sağlıklı olarak yürütülmesi tarafların uyumsuzluk hakkında olabildiğince fazla bilgiyi arabulucu ile paylaşmasını gerektirir. Ancak gerekli güvenin sağlanamaması ve bilgilerin ileride aleyhlerine kullanılma ihtimali karşısında tarafların açık olmalarını kendilerinden beklemek yersiz olacaktır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde gizlilik, tarafların samimi ve yapıcı görüşmeleri gerçekleştirilebilmelerinin en önemli kriterlerinden biridir.¹¹²

Ancak gizliliğin mutlak olması da düşünülemez. Kanun koyucu HUAK 5. maddenin 1. fıkrasında; gizlilik ilkesine bir istisna getirerek; söz konusu bilgilerin bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabileceğini öngörmüştür. Ayrıca HUAK m. 4/II uyarınca, tarafların rızalarının varlığı halinde de arabulucu özel oturumlarda elde ettiği bilgileri diğer taraflarla paylaşabilecektir. Ancak taraflarca aksinin kararlaştırılabilmesi için açık şekilde bildirimde bulunulmuş olması öngörülmüştür.¹¹³

Yukarıda belirtilen istisnalar dışında, arabulucunun gizlilik ilkesine uymaması halinde, kanun koyucunun getirmiş olduğu yaptırımlar, gizliliğin arabuluculuk faaliyetlerindeki önem ve yerini vurgular niteliktedir. Nitekim HUAK'un; Gizliliğin ihlali başlıklı 33.maddesinde; *“Bu Kanununun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile*

¹¹² Kekeç, s. 80, 81.

¹¹³ Kekeç, s. 82.

cezalandırılır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.”demektedir. Ayrıca arabulucuların sicilinden silinmesine ilişkin HUAK m. 21 düzenlemesinde; arabulucunun, diğer yükümlülüklerinde olduğu gibi, gizlilik yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunması durumunu sicilinden silinme sebepleri arasında saymıştır.¹¹⁴ Ayrıca tarafların, arabulucunun hukuki sorumluluğuna gitmeleri de mümkündür.¹¹⁵

Arabuluculuğun işlerliği ve arabulucunun tarafsızlığına olan güvenin pekişmesi için gizlilik, bu güvenin destekleyicisidir.¹¹⁶

1.5 Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuğun Tercih Edilme Nedenleri

1.5.1 Arabuluculuğun Sosyal Barışı Sağlaması

Arabuluculuğun önceki bölümlerde açıklanan amaçları göz önüne alındığında, Anayasa’da devlete yüklenen görevlerle tam bir uyumluluk içinde olduğu görülecektir. Toplumsal barış ancak o toplumu oluşturan bireyler arasında, küçükten büyüğe ayırım gözetmeksizin, tüm anlaşmazlıkların eşitlik ve adalet çerçevesinde sona erdirilmesi ile oluşabilecektir. Anayasamızın başlangıç kısmında, bu genel hedefle hareket edilerek, tüm yurttaşların karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularını paylaştığı, sulh arzusu ile yaşadığı ve huzurlu bir hayat sürme talebinde bulunma hakkına sahip olduğu vurgulanmaktadır.¹¹⁷

Anayasamızın 2. Maddesinin devamında, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu açıkça ifade edilmiş, “devleti temel amaç ve görevlerinin” sayıldığı 5. maddesinde de kişilerin ve toplumların refahını, huzur ve mutluluğunu sağlamak, bunun önündeki siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri olarak belirtilmiştir.¹¹⁸ Arabuluculuk

¹¹⁴ HUAK m. 21/II: “Daire Başkanlığı, bu Kanun’un öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediği tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması halinde arabulucunun savunması alındıktan sonra, gerekirse adının sicilinden silinmesini Kuruldan talep eder.”

¹¹⁵ Madde Gerekeçesi, www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm; (son erişim:27.04.2014)

¹¹⁶ Kekeç, s. 83.

¹¹⁷ Anayasamızın başlangıç kısmı: “Toplumcu Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarında, milli sevinç ve kederde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve milli hayatın her türlü tecellisinde ortak olduğu birbirlerinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duyguları ve “yurtta sulh cihanda sulh” arzu ve inancı içinde huzurlu bir hayat sürme talebine hakları bulunduğu” ; Özbek, “Arabuluculuk”, s. 110.

¹¹⁸ Özbek, “Arabuluculuk”, s. 110.

kurumu, hedeflenen tüm bu ilkelerle paralel hareket ederek sosyal barışın temini için ortaya atılmış ve yasa ile düzenleme alanı bulmuş bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

Hukuk yargılamasının özellikleri dikkate alındığında, uyuşmazlıkların dava yolu yerine, tarafların kendi iradeleri ile uzlaşarak çözmeleri, AY'nin yukarıda belirtilen “*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak*” şeklindeki temel ilkesine uygun olduğundan, arabuluculuk, toplumsal barışın korunması açısından tercih sebebi sayılmalıdır.¹¹⁹

1.5.2 Arabuluculuğun Kişisel İlişkilerin Devamını Sağlaması

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri genel yapısı itibariyle, taraflar arasındaki, devamlılık gösteren ilişkilerin, geleceğe taşınmasını sağlar. Arabuluculuk için de aynı şeyleri söylemek mümkündür. Alternatif uyuşmazlık yolları, dava yoluyla kıyaslandığında daha uygun, verimli ve taraflara daha az zarar vericidir. Dava yolu resmi ve mücadelecı bir süreç yaratır, nitekim yarmak fiilinden türeyen yar-gı faaliyeti taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesip atarken taraflar arasındaki ilişkiler de kesilip atılmaktadır. Dava yolu, taraflar arasındaki husumeti daha da derinleştirir. Dolayısıyla yargısal yaklaşım, ileride birbiriyle kişisel ilişkileri devam edecek, ortak hayat sürdürecektir, ortak bir çocuğu büyütecek tarafların yoğunlukla tercih ettiği bir yol olmamaktadır.¹²⁰

Hukuk yargılamasının yapısına bakıldığında, dava yolunun bünyesinde barındırdığı mücadelecı ve çekişmeli süreç ve doğurduğu kazan-kaybet sonucu bu yolun tatmin edici olma özelliğini sınırlandırmaktadır. Uyuşmazlık içinde olan tarafların ilişkilerini, yargı yoluyla kesip atmak, tarafların birbirlerinden kopmalarına ve düşmanlık beslemeleri sonucunu doğurmaktadır. Zira hukuk yargılamasının uyuşmazlıkları, geleceğe yönelik olarak çözmekte yetersiz kaldığı, birçok davadan sonra yeni hukuk veya ceza davası ile icra takiplerinin başlatılıyor olmasından anlaşılmaktadır. Bu haliyle hukuk davaları yeni davaların doğmasına sebebiyet veren düzenlenmeler içermektedir. Kaldı ki bu sonuçlar kimi zaman davayı kazanan tarafı dahi yeterince tatmin etmemektedir¹²¹

¹¹⁹ Özbek, “Arabuluculuk”, s. 116.

¹²⁰ Özbek, “Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, s. 263.

¹²¹ Özbek, “Arabuluculuk”, s. 115,116.

Buna karşılık, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, tarafların karşılıklı menfaatlerine uygun olan ve kazan-kazan sonucunu doğuran çözümler üretir. Bu yönüyle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, taraflar arasındaki güven ve anlayışın yeniden tesisi ile ilişkilerin geleceğe taşınmasına yardımcı olur.

Arabuluculuk, taraflar arasındaki ilişkiyi onarmaya çalışmakta ve geçmişteki uyuşmazlık konuları hakkında kesin bir hüküm vermeyi amaçlayan dava yolundan, bu yönüyle ayrılmaktadır. Bu sebeple, gelecekte devam edecek uzun süreli ilişkileri konu olan davaları en iyi şekilde çözümlenecek olan yol arabuluculuktur.¹²²

Özelliği itibariyle boşanma davalarındaki uyuşmazlıklarda, kişisel ilişkilerin ön planda olduğu ve çoğu zaman özellikle ortak bir çocuğun varlığı halinde ileriye taşınması ve devam etmesi gereken kişisel ilişkilerin var olduğu uyuşmazlıklardır. Bu sebeple aile uyuşmazlıkları da en optimal şekilde çözülmesi gereken uyuşmazlıklar arasındadır.

1.5.3 Arabuluculuğun Etkin Bir Uyuşmazlık Yönetimi Sağlaması

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlığın temelindeki sorunların çözülmesinde dava yoluna göre daha etkindir. Şöyle ki, tarafların menfaatlerinin ve gereksinimlerinin daha iyi anlaşılabilmesi ve taraflar arasındaki iletişimin henüz uyuşmazlık ilerlemeden, erkenden ve doğrudan kurulmasını sağlayarak, daha tatminkar sonuçların ortaya çıkmasına zemin hazırlamaktadırlar.¹²³

Taraflar uyuşmazlık üzerinde daha etkindirler ve süreçte kendi kontrolleri bulunmaktadır. HUAK m. 15/II'e göre; taraflar arabuluculuk usullerini emredici kurallara aykırı olmadığı sürece kendileri belirleyebilmektedirler. Taraflar karar verirken, esas alınmak üzere, yargılama süreci ile ilgisi olmayan belirli bir hukuk kuralını tercih edebilmektedirler. Ayrıca, taraflar çözüm sürecinin zamanlamasını ve işleyiş hızını da kontrol edebilmektedirler. Bunun sonucunda tarafların katılımı ile yapılacak anlaşmaya uyma olasılıkları da artmakta, dava değil, uyuşmazlık sona erdirildiğinden yeni davaların oluşması da önlenmektedir.¹²⁴

Taraflar mahkemece atanan bilirkişi yerine, uyuşmazlık konusuna ilişkin özel ve teknik bilgi almak için başka bilirkişilere başvurabilirler. Bununla birlikte tarafların çalışmak

¹²² Özbek, "Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", s. 264.

¹²³ Mustafa Serdar Özbek, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması", Ankara, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, 2009, s. 462.

¹²⁴ Özbek, "Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış", s. 262.

istedikleri tarafsız üçüncü kişi olan arabulucuyu seçme imkanları da bulunmaktadır. HUAK m. 14'te; “*Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu ve arabulucular taraflarca seçilir.*” denmekle taraflara henüz uyuşmazlık çözüm sürecinin başında süreci etkin bir yönetim imkanı verilmektedir.

Yukarıda açıklanan yönleri ile mahkeme yargılamasının, belirli usul kurallarına sıkı sıkıya bağlı kalması nedeniyle ulaşacağı çözüm şekilleri de sınırlıdır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk yaratıcı çözüm seçeneklerinden ve yaratıcı çarelerden yararlanabilir. Bu sebeple mahkeme uyuşmazlığın özüne temas edemeyebilirken esnek delil ve usul kuralları sağlayarak uyuşmazlık çözüm sürecini dava yoluna nazaran daha elverişli kılmaktadır.¹²⁵

Ayrıca uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözülmesi neticesinde mahkemelerin iş yükü azalır. Mahkemelerdeki tıkanıklık giderildiğinde toplumların adalete olan inancı pekişir.¹²⁶ Ancak arabuluculuğun asıl amacı, uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözülmesi olduğundan dava sayısının azaltılması ancak arabuluculuk olumlu sonuçlarından birisi olabilir.¹²⁷

1.5.4 Arabuluculuğun Masraflardan Tasarruf Edilmesini Sağlaması

Yargılama sürecinde dava yolu harç ve giderleri oldukça masraflıdır. Mahkeme sisteminde ortalama yargı giderleri her ülkede yüksektir. Giderlerin bu derece yüksek olması aynı zamanda adalete ulaşmaya engel bir durum oluşturarak düşük ve orta gelirli kişilerin adalete ulaşması imkanını daraltır.¹²⁸

HUAK m. 7 uyarınca; tarafça aksi kararlaştırılmadığı sürece, arabuluculuk ücreti eşit olarak ve arabuluculuk asgari ücret tarifesine göre belirlenmektedir.

HUAK m. 18 ise; tarafların anlaşmaları halinde, taraflarca anlaşma belgesinin ilam niteliğinde bir belgeye dönüştürülmesi için icra edilebilirlik şerhinin alınması neticesinde, icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi halinde maktu harç

¹²⁵ Özbek, “Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, s. 263.

¹²⁶ Özbek, “Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, s. 262.

¹²⁷ Özbek, “Arabuluculuk”, s. 115,116.

¹²⁸ Özbek, “Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, s. 262.

alınacağını hükme bağlamıştır. Yine aynı maddenin devamında; tarafların anlaşma belgesini icra edilebilirlik dışında bir sebeple resmi işlemlerde kullanmak istemeleri halinde damga vergisi maktu harç olarak alınır demektedir. Kanun koyucunun düzenlemesi ışığında harç ve giderlerin oldukça düşük oranda tutulması ile adalete erişimin kolaylaştırıldığı inancındayım.

1.5.5 Arabuluculuk ile Uyuşmazlıkların Daha Kısa Sürede Çözümüne Ulaşması

Anayasamız m.141/IV’de belirtildiği üzere; kanunlarda yargıya davaları süratle ve düzgün bir şekilde sonuçlandırma ödevi verilmiştir. Ayrıca makul sürede yargılanma adil yargılanma hakkının da bir unsurudur zira doğru olan haksızlığın mümkün olan en kısa sürede ortadan kaldırılmasıdır.

Aşırı iş yükü bürokrasinin ayrıntılı işleyişi delillerin toplanması çoğu zaman mahkemelerin bu ödevlerini gereken zamanda yerine getirememesine sebep olmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlığın çözülmesi için harcanan zamanı azaltır. Tarafların özel sorunlarına ve ihtiyaçlarına uyumlu hale getirilerek zamandan ve masraftan tasarruf edilmesine imkan verir.¹²⁹

Uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü pek çok ülkede kanuni düzenlemelerde yer bulmuştur. Bunun nedeni söz konusu ülkelerde yargı giderlerinin artması ve bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ile bunların getirdiği çözüm arayışıdır. Yargısal bir yol olmamakla birlikte adil yargılanmada temel olan prensiplerin gerçekleşmesinde tercih edilen unsurları bünyesinde bulunduran arabuluculuk da bu çözüm arayışı sonucunda daha fazla kullanım alanı bulmuştur.¹³⁰

1.5.6 Arabuluculuğun Gizlilik Sağlaması

Tarafların devlet yargısı dışında uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmeyi tercih etmelerinin önemli sebeplerinden birini arabuluculuğun gizliliği oluşturur. Mahkeme yargılamasında ise esas olan aleniyettir. Buna karşılık özellikle son yıllarda medyanın da gelişen ilgisi ile tarafların gizli kalmalarını istedikleri kimi uyuşmazlıklarda bunu sağlamak mümkün olmamaktadır.

¹²⁹ Özbek, “Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, s. 262.

¹³⁰ Kekeç, s.83.

Zira taraflar uyuşmazlığın üçüncü kişilerce bilinmesini istemezler. Mahkeme önünde yapılan yargılamada özellikle duruşmaların aleni olması Anayasa'dan esasını alır, gizlilik ise istisnadır. Gizlilik, bazen tarafların mahkeme dışındaki uyuşmazlık çözüm yoluna başvurmalarındaki en önemli etken olabilir. Örneğin önemli ticari ilişkileri olan iki tarafın yüksek meblağlara varan bir konuda uyuşmazlık içinde olduklarını üçüncü kişilerin bilmesi, onların piyasadaki itibarlarını ve iş ilişkilerini etkileyebilir ya da iki taraf arasında sır niteliğindeki bir takım hususların kamuoyu önüne çıkması istenmeyebilir. Bununla birlikte gizli ve sadece taraflar arasında kalan bir uyuşmazlık sürecinde tarafların daha dikkatli davranması birbirlerine zarar vermek yerine uyuşmazlığa odaklanmaları daha mümkün görünmektedir.¹³¹

Arabuluculuk çözüm yolunun tercih edilmesiyle uyuşmazlıkların alenileşmesinden kaynaklanabilecek sorunlardan kaçınmak ve ticari işletmeyi ilgilendiren bilgilerin ekonomik ve kişisel sırların ifşa edilmesini önleme imkanı doğacaktır. Nitekim arabuluculuk yönteminin, gizliliği güvence altına alması, tarafların çözüme ulaşmak için daha etkin bir şekilde iletişim kurma yoluna gitmelerinde belirleyici rol oynamaktadır.¹³²

Bu konuyla ilgili arabuluculuğun etik ilkeleri kısmında ayrıntılı olarak inceleme yapıldığından tekrardan kaçınmak üzere burada gizlilik ilkesi yönünün arabuluculuğun tercih edilme sebeplerinden biri olduğuna kısaca değinmekle yetiniyoruz.

1.5.7 Arabuluculukta Egemenliğin Taraflara Ait Olması

Devlet yargılamasında uyuşmazlık hakkındaki emredici ve nihai kararı hakim vermekte taraflar ise yargılamaya dolaylı olarak katılmaktadırlar. Arabuluculukta ise taraflar anlaşmayı ve şartlarını kendileri oluşturduklarından yine sorumluluğu kendilerinde olan bu kararlara uyma ihtimalleri de artmaktadır.¹³³ Nitekim, arabuluculuk taraflara, sonuçla ilgili sorumluluğu ve kontrolü ele alarak etkili bir çözüm bulma imkanı sağlayan bir yöntemdir. Bu yönüyle, anlaşma arayışında, egemenliğin uyuşmazlığın taraflarına ait olması, arabuluculuğun tercih edilme nedenleri arasında sayılmaktadır.¹³⁴

¹³¹ Madde Gerekçesi, HUAK m. 4; www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm; son erişim (30.04.2014)

¹³² Yazıcı Tıktık, s. 54.

¹³³ Kekeç, s. 87

¹³⁴ Yazıcı Tıktık, s. 47.

Zira arabulucu, HUAK m.2 gerekçesinde de belirtildiği üzere; uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerisi getiremez. Arabulucunun görevi sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulayarak, taraflar arasındaki iletişimi yapılandırmak ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlayarak, tarafların, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olan, kendi çözümlerini kendilerinin bulması için, rahat ve özgür bir müzakere ortamı sağlamaktır.

Diğer bir deyişle arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkan veren bir ortamı oluşturmayı hedefler. Arabulucunun görevi haklı ve haksızı bulmaya çalışmak değil tarafların her ikisinin de menfaatlerinin uygun şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına yardımcı olmaktır. Tarafların üzerinde anlaşabilecekleri ortak menfaatleri tespit eder ve bu zemin üzerinde uzlaşmaya varmaları için çaba sarf etmekle birlikte taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez.¹³⁵

Arabuluculuk görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bu yolla birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi kavramaları, hukuki durumlarındaki güçlü ve zayıf noktalar ile anlaşmaya varılmaması halinde ortaya çıkacak sonuçları görmeleri ve somut duruma göre yaratıcı çözüm seçenekleri üretip değerlendirmeleri sağlanır. Bu sebeple arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemen olmaktadır.¹³⁶

1.6 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

Bu başlık altında, Türkiye’de, 7.06.2012 tarihinde kabul edilerek, 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu inceleme konusu yapılmıştır.

HUAK’ın genel gerekçesine göre; kanunun hazırlanmasında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi ile birlikte Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Avrupa

¹³⁵ Madde Gerekçesi, HUAK m. 2; www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm; son erişim (30.04.2014)

¹³⁶ Madde Gerekçesi, HUAK m. 2; www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm; son erişim (30.04.2014)

Federal Kanunun ile Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun hazırladığı Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa ilişkin model kanun esas alınmıştır.¹³⁷

Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği düzenlenerek kabul edilmiştir.

Kanun'un genel gerekçesinde; devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine vurgu yapılarak, alternatif çözüm yöntemlerinin yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı ve yargı yoluna başvurma imkanının ortadan kaldırılmadığının altı çizilmektedir.¹³⁸

1.6.1 Arabuluculuğa Başvurma Usulü

HUAK kapsamında arabuluculuğa başvurma usulü, iki şekilde düzenlenmektedir. Taraflara dava açılmadan önce veya davanın görüldüğü sırada arabuluculuğa başvurma hakları tanınmaktadır. İkinci usul ise hakimin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesidir.

1.6.1.1 Tarafların Arabuluculuğa Başvurması

Bazı hukuk sistemleri, özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde, arabuluculuğa başvuru, dava açılmadan önce yürütülecek bir prosedür olarak kabul edilmektedir.¹³⁹

HUAK göre de; uyuşmazlık tarafları uyuşmazlıkla ilgili olarak dava açılmadan önce arabulucuya başvurmak hususunda aralarında anlaşabilirler. HUAK m.13/II ve HUAKY m.17/II uyarınca; arabulucuya başvurma kararı taraflarca ortak alınabileceği gibi, taraflardan birinin diğerine arabuluculuk yolunu teklif etmesi ve diğerinin kabulü ile de gerçekleşebilir. Bir tarafın diğerine yaptığı teklifin 30 gün içinde kabul edilmemesi halinde arabuluculuk teklifi reddedilmiş sayılır. Ancak bu durum, tarafların 30 gün geçtikten sonraki bir zamanda, arabulucuya başvurmalarına engel oluşturmamaktadır.¹⁴⁰

Taraflar dava açıldıktan sonra, ön inceleme ve tahkikat safhasında da arabuluculuğa başvurabilirler. Dolayısıyla hakimin tarafları ön inceleme aşamasında, sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmesine karşılık, tarafların anlaşmaya varmamaları, tarafların daha

¹³⁷ Demir, s. 33.

¹³⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1018.

¹³⁹ Taşpolat Tuğsavul, s. 166.

¹⁴⁰ Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdiklerinin Değerlendirilmesi", Ankara, Prof Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, 2009, s. 645.

sonrasında aralarında anlaşarak, arabuluculuğa başvurmalarına engel oluşturmamaktadır. HUAK m. 15 uyarınca tarafların birlikte arabuluculuğa başvuracaklarını beyan etmeleri halinde, yargılama, mahkemece üç aya kadar ertelenmektedir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilmektedir.¹⁴¹

1.6.1.2 Mahkemenin Tarafları Ön İnceleme Aşamasında Arabuluculuğa Teşviki

Tarafların, dava açıldıktan sonra da anlaşarak, arabuluculuğa başvurmasına engel olmadığını belirtmiştik. Dava açıldıktan sonra, mahkemenin teşviki ile arabuluculuğa başvurulduğunda, arabuluculuk yöntemi ile anlaşmaya varılması sürecine mahkeme de katılmaktadır. Nitekim HUAK m. 15/V ile HMK m. 137/I ve m. 140/II maddelerine “sulhe” ibarsinden sonra gelmek üzere, “veya arabuluculuğa” ibaresi eklenmiştir. Yukarıdaki bu maddeler uyarınca, hakimin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi zorunlu kılınmıştır.¹⁴²

HUAK m. 13/I’de, “...mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.” ifadesine yer verilmektedir. Bu nedenle HUAK m. 15/V ve HUAKY m. 19/VI hükmü; HMK m. 137 ve devamında düzenlenen ön inceleme aşamasıyla birlikte değerlendirilmektedir. Mahkeme ön inceleme aşamasında dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını belirler ve tarafların delillerini sunmalarını ve delillerin toplanması için gerekli işlemler yapar ve tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri davalarda tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik etmektedir.¹⁴³

Nitekim HUAK m. 13’ün gerekçesinde de düzenlendiği üzere; bir davanın başında veya ilerleyen aşamalarında, tarafların aralarındaki uyuşmazlık konularını iyice belirleyip, üzerinde uzlaşamadıkları çok az konu kaldığında ve bir anlaşma zemini olduğu anlaşıldığında, mahkemenin tarafları bu yola teşvikinin yararlı olacağı belirtilerek, hakimin yargılamanın her aşamasında taraflara bu şansı vermesinin doğru olduğu belirtilmiştir.

HUAK m. 15/V ve HUAKY m. 19/IV’e göre, dava açıldıktan sonra, tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri üzerine, yargılamanın, mahkeme tarafından üç aya kadar erteleneceği, bu sürenin tarafların ortak talepleri ile üç aya kadar uzatılabileceği

¹⁴¹ Demir, s. 40.

¹⁴² Taşpolat Tuğsavul, s. 167.

¹⁴³ Selçuk Öztekin, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına İlişkin Görüş ve Öneriler, Arabuluculuk Yasa Tasarısı - Eleştiri ve Öneriler”, Sempozyum Notları, İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi Yayınları, 2008, s. 17,34.

düzenlenmektedir. Ön incelemede, sulhe teşvik kapsamında verilen süre, tarafların talebi üzerine veya hakim tarafından kendiliğinden verilmektedir. Bu süre içinde taraflar, karşılıklı görüşerek veya bir arabulucu yardımıyla uyuşmazlığı çözebilirler. Yargılamanın başlamış olması, yargılma dışında alternatif çözüm yollarının kapatıldığı anlamına gelmemektedir.¹⁴⁴

Taraflar ön inceleme aşamasında, hakimin sulh olmaları hususunda verdiği sürede HUAK'a göre arabuluculuk, Avukatlık Kanunu m.35/a'ya göre¹⁴⁵, uzlaşma yoluna başvurma konusunda serbesttirler.¹⁴⁶

Ancak hakimin, davayı arabulucuya gönderme kararı vermesi zorunlu değildir. Tarafların talebine rağmen, hakim, arabuluculuk yönteminin faydalı olmayacağı, arabuluculuk teklifinin davayı geciktirmek amacı ile yapıldığı kanaatine varırsa, tarafların talebine rağmen davanın, arabulucuya gönderilmesi kararı vermeyebilir.¹⁴⁷

HMK'da, arabuluculuğa teşvik ve başvuru her ne kadar ön inceleme aşaması için öngörülmüş ise de, davanın sonraki aşamalarında da tarafların ortak iradeleriyle arabuluculuğa başvurmaları mümkün olmaktadır. Nitekim HUAK m. 13 hükmünden anlaşıldığı üzere, hakimlerin tarafları arabulucuya teşviki veya tarafların kendi iradeleri ile arabulucuya başvurmaları hakkı, kesin hüküm verilinceye kadar devam etmektedir.

1.6.1.3 Arabulucuda Aranılan Nitelikler ve Arabuluculuk Eğitimi

HUAK'ın getirdiği düzenleme ile yeni bir serbest meslek yaratılmış olmaktadır. Bu mesleğin toplum hayatında kendinden beklenen işlevi yerine getirmesi ve amaçlanan yararı sağlayabilmesi için, arabulucuların bazı niteliklere sahip, eğitilmiş kişilerden oluşması gerekmektedir.

¹⁴⁴ Hakan Pekcanitez /Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 12. bası, Ankara, 2011, s. 372.

¹⁴⁵ Avukatlık Kanunu; avukatın uzlaştırma yetkisinin düzenlendiği ve bu yönüyle arabuluculuğa benzer bir düzenleme içermektedir. 35/A – (Ek : 2/5/2001 - 4667/23 md.) : “Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir.”

¹⁴⁶ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, Medeni Usul, s. 371 vd.

¹⁴⁷ Özbek, s. 26.

HUAK m. 20/II uyarınca; arabulucu olabilmenin şartları şu şekilde sayılmaktadır: Türk vatandaşı olmak, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip, hukuk fakültesi mezunu olmak, tam ehliyetli olmak, kasten işlenmiş bir suçtan mahkum olmamak, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılacak yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak şartlarını taşımak gerekmektedir. Bu niteliğe sahip olan kişiler, sicile kayıt tarihinden itibaren arabuluculuk faaliyetlerine başlayabilmektedirler.¹⁴⁸

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü nezdinde kurulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı, HUAK m. 19/I uyarınca, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicilni tutmaktadır. Arabuluculuk Daire Başkanlığı, arabuluculuk siciline kayıt şartlarını taşımadığı halde, sicile kaydolan veya daha sonra sicile kayıt için gerekli şartları taşımadığı anlaşılan kişilerin, HUAK m. 21'e göre, kayıtlarını sicilden silmektedir. Ayrıca, arabulucular, her zaman arabuluculuk sicilinden kendi kayıtlarının silinmesini isteyebilirler.

HUAK m. 22'ye göre; arabuluculuk eğitimi, hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınan ve arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim tekniklerini, müzakere, uyuşmazlık çözüm yöntemleri, davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik eğitimleri kapsamaktadır.¹⁴⁹

Arabulucununun mesleğini yaparken arabuluculuk temel ilkelerine bağlı bir şekilde, tarafsızlığını tüm süreç boyunca koruyabilecek kişilik özelliğine sahip olması gerekmektedir. Ayrıca arabulucu, objektiflik, zeki, kendisiyle barışık, tarafları iyi anlama kapasitesine sahip, etkili, ikna edici, yaratıcı, kolay anlaşılır, dürüst, güvenilir, sabırlı, hoşgörülü, azimli, iyimser olmalı, kendi sahip olduğu çözüm odaklı yaklaşımları taraflara yansıtabilmeli, doğru kararlar alabilmeli ve yetki sınırlarını iyi bilmelidir.¹⁵⁰

Arabulucu bu yöntemin gerektirdiği birçok beceriye sahip olmalı ve uyuşmazlığı çözerken çeşitli iletişim taktiklerini kullanabilmelidir. Arabuluculuk eğitimlerinde, arabulucu yetiştirilirken, bu iletişim taktiklerinin üzerinde oldukça durulmaktadır. Kanaatimce zaten hukuk fakültesi mezunu olma şartı olan arabulucuların, tamamen farklı anlayışa dayanan

¹⁴⁸ Demir, s. 44.

¹⁴⁹ Taşpolat Tuğsavul, s. 108.

¹⁵⁰ Kekeç, s. 102.

meslek pratiklerinden geldiği düşünülürken, iletişim ve müzakere teknikleri ile psikoloji bilgilerinin kendilerine öğretilmesinde oldukça yarar vardır. Örneğin bir avukat arabulucu adayının, taraf olma alışkanlığından kurtulabilmesi pratiğini kazanmasının yanında, bir hakim arabulucu adayının da yargılama faaliyeti yapmadığını iyi bir şekilde kavranması gerekmektedir.

Söz konusu arabuluculuk eğitimleri, Adalet Bakanlığında izin alan, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilmekte olup, izin için yazılı olarak başvurma şartı getirilmiştir ve izin verilen eğitim kuruluşları elektronik ortamda yayınlanmaktadır.¹⁵¹

1.6.2 Arabulucunun Hakları

Arabulucunun, bir kamu hizmeti üstlendiği kabul edilerek, arabulucuların uyması gereken kurallar, HUAK'ta, HUAKY'de ve Arabulucular için Etik ve Uygulama Kurallarında düzenlenmiştir.

Aşağıda, yukarıdaki düzenleme alanları kapsamında arabulucunun hak ve yükümlülükleri inceleme konusu yapılmıştır.

1.6.2.1 Arabulucunun Ünvanını Kullanma Hakkı

Arabulucu, Arabuluculuk Daire Başkanlığı'na aranan nitelikleri karşılması halinde sicile kaydolunur. Sicile kayıtlı beraber arabulucu, arabuluculuk ünvanını ve bu ünvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahip olmaktadır.

Arabulucular, bu ünvanlarını, HUAK m. 6 ve HUAKY m. 9 uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sırasında taraflarla görüşürken, yazılı belgelerde, basılı kağıtlarda, gerçekleştirdikleri işlemlerde ve faaliyetlerini yürüttükleri elektronik ortamda, belirtmek zorundadırlar.¹⁵²

Ayrıca, HUAK m.10, HUAKY m.13/I hükümlerine göre, arabuluculuk ünvanı yanında, avukat ve akademik ünvanlardan başka sıfat kullanılması yasaktır. Ancak birden fazla arabulucunun birlikte çalışması halinde, "Arabuluculuk Bürosu" ibaresi kullanılması mümkündür.

¹⁵¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 157.

¹⁵² Demir, s. 45.

HUAK m. 13/IV'e göre; arabulucunun, tabela ve basılı kağıtlarda, arabulucu, avukat ve akademik ünvan dışında bir ibare kullanması yasaktır.

1.6.2.2 Ücret, Masraf ve Avans İsteme Hakkı

Arabulucu, yapmış olduğu uyuşmazlık çözüm faaliyetinin karşılığı olarak ücrete hak kazanır. HUAK m.7'deki düzenlemeye göre; arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığında, taraflardan ücret ve masraf isteyebileceği gibi, ücret ve masraflarını karşılamak üzere taraflardan avans da talep edebilmektedir. Bu düzenleme ile arabulucunun ücret isteme hakkı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.

Arabulucunun ücreti hususu, HUAK m. 7/II, HUAKY m.10/II'de düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucunun ücreti taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Asgari Ücret Tarifesi'ne göre ödenir. Taraflar arabuluculuk asgari tarifесinden az olmamak üzere aralarında arabuluculuk ücretini serbestçe belirleyebilirler. Arabulucunun ücreti ve arabuluculuk masrafları aksi kararlaştırılmadıkça uyuşmazlığın taraflarınca eşit olarak karşılanır.¹⁵³

Ayrıca HUAK m. 7/III'te, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapmanın ve belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak, ücret alamayacağı ve bu yasağa ayıkırı işlemlerin batıl sayılacağı düzenlenmiştir.¹⁵⁴

1.6.2.3 Taraflarla Görüşme ve İletişim Kurma Hakkı

Arabulucunun, iletişim kurma hak ve yetkisi, onun uyuşmazlık çözüm sürecini idare ediliyor olmasından kaynağını almaktadır. Arabulucu, tarafları bir araya getirilerek, taraflara sistematik teknikler uygulayarak görüşmeleri yürütmektedir. Arabulucu, böylece taraflara, görüşerek birbirlerini anlamalarını ve kendi çözümlerini üretmeleri konusunda yardım etmektedir.¹⁵⁵ Buna göre, arabulucu taraflarla ayrı ayrı ya da birlikte görüşme ve iletişim kurma hak ve yetkisine sahip olmaktadır. Ayrıca tarafların görüşmelere vekilleri aracılığıyla da katılabilirler.

HUAKY m. 11'e göre; arabulucu, iletişimi yürüten eylem ve işlemleri belgelendirmek ve tutanak halinde getirerek Arabuluculuk Daire Başkanlığına sunmakla görevlidir. Bu maddeye göre; *“arabulucu, taraflarla görüşülerek iletişim kurulduğuna,*

¹⁵³ Demir, s. 46.

¹⁵⁴ Taşpolat Tuğsavul, s. 148.

¹⁵⁵ Tanrıver, “Değerlendirmeler”, s. 646.

arabuluculuk faaliyetine başlandığına, bu faaliyete ilişkin işlem ve eylemlerin doğru şekilde uygulandığına ve nihayetinde arabuluculuk faaliyetinin sona erdirildiğine yönelik fiili durum ve aşamalarını belgelendirir; belge arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Taraflar veya vekillerince imzalanmaz ise sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır.”

Arabulucu, HUAK m.17 uyarınca; faaliyet süresince edindiği belge ve bilgileri 5 yıl süreyle saklamak zorundadır.¹⁵⁶

1.6.3 Arabulucunun Yükümlülükleri

Bağımsız bir üçüncü kişi olan arabulucu, esaslı uyuşmazlık noktalarını belirleyen, taraflar arasındaki ortak menfaatlerin ve uyuşmazlık konularının tespiti ile tarafların anlaşmasını sağlayan bir rol üstlenmektedir. Arabulucu, tarafları, uyuşmazlıkların çözümüne yaklaştıran işbirliğini geliştirmektedir.¹⁵⁷

Arabuluculuk yönteminde, arabulucu, hukuki uyuşmazlık konusu ile ilgili herhangi bir karar vermemektedir. Karar süreci tamamen tarafların iradesine bırakılmıştır. Arabulucunun görevi; taraflar arasındaki iletişimi yapılandırılarak, tarafların kendi çözümlerini üretmelerini sağlamaktır. Arabulucunun taraflara uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak bir çözüm önerisinde bulunması veya hukuki yönlendirme yapması söz konusu değildir.

HUAK m.2/II gerekçesinde arabulucu tanımlandıktan sonra, arabulucunun hak ve yükümlülükleri açıklanmıştır.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Remzi Özmen, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 23.

¹⁵⁷ Mustafa Serdar Özbek, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?”, Ankara, Ankara Barosu Dergisi, 1999, yıl:56, 2. sayı, s. 199.

¹⁵⁸ Madde Gerekçesi, HUAK m. 2/2: “Bir başka ifade ile, arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez. Taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. O, sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur. Diğer bir anlatımla arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vermek suretiyle çözmeyi değil; ikna ve telkin ile tarafların yeniden müzakerelere girişmelerine ve bir anlaşma sağlamalarına imkan veren bir ortamı oluşturmayı hedefler; o haklıyı veya haksızı bulmaya yahut belirlemeye yönelik olarak değil; tarafların her ikisinin de menfaatlerinin en uygun bir şekilde dengelenmesini öngören bir anlaşma zemininin bulunmasına çaba sarf ederek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmeye çalışır.

Arabulucu, tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir; taraflara çözüm önerisi geliştirip bunu onlara empoze edemez ve geliştirilen çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için onları zorlayamaz. Arabuluculuk

Arabulucunun yukarıda incelenmiş olan gizlilik ve tarafsızlık, eşitlik vb. etik kurallarına uyma yükümlülüğünün yanı sıra, HUAK'da düzenlenen diğer yükümlülüklerine aşağıda yer verilmiştir.

1.6.3.1 Görevi İcra Ederken Özen, Tarafsızlık ve Bağımsızlık Yükümlülüğü

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir şekilde ve şahsen yerine getireceğini düzenlenmiştir.

Arabulucu, uyuşmazlığın çözümüne yardımcı olmalı ve görevini özenle yerine getirmelidir. Taraflar arasındaki iletişimin tesisi için uygun ortamın yaratılması, arabulucunun tutum ve davranışlarıyla oldukça bağlantılıdır.¹⁵⁹ Bu sebeple arabulucu olarak görevlendirilen kişinin, tarafsızlığından şüphe edilmesine yol açacak önemli hal ve şartların bulunması halinde, HUAK m. 9/I,II ve HUAKY m. 12 uyarınca, arabulucuya tarafları bu hususta bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.

HUAK m. 2/1,a hükmüne göre; arabulucu, arabuluculuk mesleğini yürüten tarafsız ve bağımsız üçüncü kişidir. Bu sebeple, tüm süreç boyunca gerek davranışları, gerek sözleri ile tarafsızlığını korumalıdır. O halde, arabulucu, tarafsız kalamayacağı durumlarda, kendi oto kontrolünü yaparak, taraflara durumu ivedilikle açıklamalıdır. Ancak, HUAK m. 9/II,c hükmüyle getirilen istisna uyarınca, tarafların arabulucunun açıklamaları karşısında, aynı kişi ile arabuluculuk sürecini devam etmek istediklerini, ortak iradeleriyle yazılı olarak açıklamaları halinde arabulucu görevine devam edebilmektedir.¹⁶⁰

Yukarıdaki düzenleme ile herhangi bir yanlış anlaşılma sebebiyle arabuluculuk sürecinin kesilmesinin engellenmesinin önüne geçilerek, iletişimin korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca arabulucunun, tarafsızlığını bertaraf edecek tüm etkenlerin ortadan kaldırılması için, HUAK m. 9/IV'de arabulucunun görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak

görüşmelerinde tarafların birbirleri ile iletişim kurmaları ve bunun pekiştirilmesi ile birbirlerine ait menfaatleri ve ortak yönleri daha iyi anlamaları, hukukî durumlarındaki güçlü ve zayıf noktalar ile çözüme ulaşılmaması halinde doğabilecek sonuçları görmeleri ve somut duruma göre işlerlik kazanabilecek değişik çözüm seçeneklerini genel bir çerçevede üretip, değerlendirmeleri temin edilir. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde ve sonucun elde edilmesinde tümüyle taraflar egemendir.”; www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm; son erişim (24.04.2014)

¹⁵⁹ Demir, s. 47.

¹⁶⁰ Tanrıver, “Değerlendirmeler, s. 1042,1043.

daha sonra açılan bir davada taraflardan birinin avukatı olarak görev alamayacağı düzenlenmiştir.¹⁶¹

Nitekim arabulucunun tarafsız ve bağımsız olması, uyuşmazlığın tarafları arasında varılan sonuç üzerinde bir menfaati olmaması, arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yolunun en temelini oluşturan özelliklerden biridir. Arabulucunun tarafsızlığını ve bağımsızlığı; onun kişisel, ekonomik, hukuki olarak bağımsız olması anlamına gelir ki bu durumunu sürecin sonuna kadar koruması kendisinden beklenilmektedir. Bağımsızlığın kapsamının belirlenmesinde; HMK m. 34,36'da düzenlenen, hakimin reddi halleri ve avukatın işi kabulden kaçınma yükümlülüğü esas alınabilir.¹⁶² Zira taraflarla hukuki, ekonomik ve kişisel bağları olan arabulucunun, bu bağları sebebiyle tarafsızlığını koruması ve eşit davranma yükümlülüğüne uygun davranması mümkün olmayacaktır.¹⁶³

Arabulucunun görevini özenli ve tarafsız olarak sürdürmemesi ve yapılan yazılı uyarıya rağmen bu yükümlülüklerini ihlal etmeyi sürdürmesi halinde eylemleri hakkında savunması alındıktan sonra söz konusu fiilin sabit görülmesi halinde, HUAK m. 21/II, HUAKY m. 25/III hükümleri uyarınca, arabulucunun kaydının sicilden silinmesine karar verilebilir.

Bu hususlar arabuluculuk etik ilkeleri kısmında detaylı olarak inceleme konusu yapılmış olduğundan tekrardan kaçınmak suretiyle burada sadece genel kurallara değinmekle yetiniyoruz.

1.6.3.2 Taraflara Eşit Muamelede Bulunma Yükümlülüğü

Taraflar, HUAK m. 3,II, HUAKY m.5/II'de düzenlendiği üzere, arabulucuya başvururken olduğu gibi devam eden tüm süreçte de eşit haklara sahiptirler. Tarafların eşit haklara sahip olması, eşit muamele görme hakkını da kapsamaktadır. Nitekim taraflar, arabulucuya başvururken ve arabuluculuk sürecini yürütürken eşit şartlarda olduklarını, hem müzakere şartlarından hem de arabulucunun taraflara tutum ve davranışlarından ayrıca arabulucunun, taraflara yönelik işlemlerinden, hissettikleri ölçüde, arabuluculuk süreci başarılı olabilir.¹⁶⁴

¹⁶¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 150.

¹⁶² Tanrıver, "Değerlendirmeler", s. 647 vd.

¹⁶³ Demir, s. 48.; Tanrıver, "Değerlendirmeler", s. 645 vd.

¹⁶⁴ Tanrıver, "Değerlendirmeler", s. 647.

Arabulucu, taraflar arasındaki eşitliği gözetmekle yükümlüdür. HUAK m. 9,III, HUAKY m. 12/III hükümlerinde düzenlenen bu yükümlülükle kastedilen; taraflarla ve tarafların birbirleri ile olan iletişimde eşitliği gözetmesi, taraflara eşit sürelerle oturumlarda kendilerini ifade etmeleri için imkan tanınması, onlarla eşit sürelerde iletişim kurmaya ve zaman geçirmeye özen göstermesi, sistematik teknikleri eşit özen ve düzeyde kullanması, yani tarafla için eşit düzeyde çaba ve emek sarf etmesi anlaşılması gerekmektedir.¹⁶⁵ Tarafların ücret ve masraflara eşit karşımalarının kanunla öngörölmüş olması taraflara eşit işlem yapma yükümlölüğünün bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁶

Bu hususlar arabuluculuk etik ilkeleri kısmında detaylı olarak inceleme konusu yapılmış olduğundan tekrardan kaçınmak suretiyle burada sadece genel kurallara değinmekle yetiniyoruz.

1.6.3.3 Görevini Bizzat Yerine Getirme Yükümlölüğü

Arabulucunun tercih edilmesinde onun kişisel özellikleri, eğitimi, sahip olduğü uzmanlıkların ve güven vermesinin büyük önemi vardır. Bu nedenle, HUAK .9/I ve HUAKY m.14/I'de düzenlendiğı üzere, arabulucu, görevinin yerine getirilmesini, kısmen ya da tamamen, başka bir kimseye bırakamaz.

Tarafların bir arabulucu üzerinde anlaşması, o kişinin nitelikleri ile uyumsuzluğun çözümlüne katkı sağlayabilecek en uygun kişi olduğü düşüncesine dayanmaktadır. Dolayısıyla arabulucu, kendi üzerine düşen yükümlölüklerini ve görevini bizzat yerine getirmekle yükümlölüdür. Başka bir arabulucuyu yetkilendirmesi, oturumlardan birini bir başka arabulucunun yönetmesine, tek başına tarafların ortak mutabakatını almadan karar vermesi, mümkün değildir.¹⁶⁷

1.6.3.4 Aydınlatma Yükümlölüğü

HUAK m. 11, HUAKY m.14/I uyarınca, arabulucu, tarafları arabuluculuk faaliyetinin başında yazılı olarak ve açılış konuşması sırasında sözlü olarak arabuluculuğun esasları, arabuluculuğun ilkeleri özellikle de gizlilik ilkesi, sürecin işleyişi ve sonuçları hakkında

¹⁶⁵ Kekeç, s. 60 vd.

¹⁶⁶ Demir, s. 50.

¹⁶⁷ Tanrıver, "Değerlendirmeler", s. 648.

gereği gibi aydınlatmakla yükümlüdür.¹⁶⁸ Böylece taraflar, arabuluculuk faaliyeti hakkında yeterince bilgi sahibi olacaklar ve sürecin daha verimli geçmesi sağlanmış olacaktır.¹⁶⁹

Arabulucunun tarafları arabuluculuk faaliyetinin başında aydınlatması istisnasız uygulanması gereken, mutlak bir yükümlülüktür. Ayrıca, arabulucu, sürecin devamında da tarafları bilgilendirme ve aydınlatma faaliyetinde bulunmalıdır.¹⁷⁰

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını; tarafların sahip oldukları hakların, güvencelerin, arabuluculuğun usulü ve sonucuna ilişkin bilgilendirilmelerin, çelişkili ve açık olmayan hususların taraflara açıklattırmasını oluşturur. Aydınlatma yükümlülüğünden, dava sürecinin geleceği veya uyuşmazlık konuları hakkında, taraflara hukuki danışmanlık verme anlamını çıkarılmamalıdır. Zira, arabulucunun, HUAK m.2'nin gerekçesinde belirttiği üzere, herhangi bir çözüm yolunu taraflara empoze etmesi ve hukuki yönlendirmede bulunması arabuluculuk esaslarına aykırıdır.¹⁷¹

HUAK m.14'te açıklandığı üzere; arabulucu tarafından şahsen ve doğrudan yerine getirilmeli, taraflara sözlü olarak yüzlerine karşı aydınlatma yükümlülüğüne uygun olan gerekli bilgiler verilmelidir.

1.6.3.5 Sır Saklama ve Tanıklıktan Çekilme Yükümlülüğü

HUAK m. 4'e göre arabulucu, arabuluculuğa katılanlar ile birlikte, yürütülen faaliyet çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgelerle tuttuğu kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Arabulucu, gizlilikle yükümlü olmakla birlikte bu yükümlülüğün aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür.

Arabuluculuk etik ilkelerinde de değinildiği üzere gizlilik ilkesinin bir sonucu olarak arabulucu sır saklamakla yükümlü olup, yapılan yargılamada kanunların öngördüğü çerçevedeki bir yargılamada tanıklıktan çekilme hakkına da sahiptir. O halde arabulucu HUAK m. 5/I maddesinden anlaşılacağı üzere; uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında ya da tahkim yoluna başvurulduğunda tanıklık yapamayacaktır. Hangi konularda

¹⁶⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1044.

¹⁶⁹ Taşpolat Tuğsavul, s. 153.

¹⁷⁰ Tanrıver, "Değerlendirmeler", s. 648.

¹⁷¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 154.

tanıklık yapılamayacağı HUAK m.5'te sayılmıştır, tezimizin önceki kısımlarında gizlilik ilkesi başlığı altında değinildiği için tekrardan kaçınıyoruz.¹⁷²

HUAK m. 33 arabulucunun bu yükümlülüğüne uygun davranmaması halinde cezai yaptırım öngörmüştür. Ayrıca sicilden silinme ve gizliliğin ihlali halinde arabulucunun hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak böyle bir durumun oluşması halinde, tarafların arabulucuya tazminat davası açma hakları da bulunmaktadır.¹⁷³

1.6.3.6 İş Elde Etmek Maksadıyla Reklam Sayılabilecek Davranışlardan Kaçınma Yükümlülüğü

Avukatların tabii olduğu reklam yasağının bir benzeri, arabulucular için de öngörülmüştür. Haksız rekabet oluşturacak şekilde reklam yapılmasının önüne geçilmek için, HUAK m. 10 ve HUAKY m.13 hükümlerine göre; arabulucuların iş elde etmek için reklam niteliğindeki her türlü teşebbüs ve hareketleri, özellikle tabela ve basılı kağıtlarında yanıltıcı nitelikte ifade, ünvan ve ibare kullanmaları yasaklanmıştır. Arabulucuların, tabela ve basılı kağıtlarında akademik ünvan ile arabuluculuk ve avukat ünvanı dışında ünvan kullanmaları yasaklanmıştır.¹⁷⁴

1.6.3.7 Belgeleri Saklama Yükümlülüğü

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesiyle, arabulucu, arabuluculuk süreci içinde taraflarca kendisine tevdi edilmiş olan ve elinde olan belgeleri veya kendisine yapılan bildirimleri ayrıca anlaşma sağlanması halinde düzenlenecek olan anlaşma tutanağını, beş yıl süre ile saklamak yükümlülüğündedir.¹⁷⁵

Arabulucunun saklamakla yükümlü olduğu belgeleri; arabulucuya başvuru bildirimini, arabulucuya tevdi edilen belgelerin aslı veya kopyaları ile faaliyetin sonunda tutulan tutanak oluşturmaktadır.¹⁷⁶

Ayrıca arabulucu, HUAK m.17/IV, HUAKY m.21/IV hükümlerine göre, tarafların anlaşması halinde düzenlenecek olan tutanağın bir suretini, sürecin sona ermesinden itibaren

¹⁷² Demir, s. 52.

¹⁷³ Baki Kuru, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", İstanbul, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2010/2, s. 237.

¹⁷⁴ Demir, s. 53.; Taşpolat Tuğsavul, s. 153.

¹⁷⁵ Özmen, s. 23.

¹⁷⁶ Madde Gerekçesi, HUAK m.2, www.kgm.adalet.gov.tr, son erişim (29.04.2014)

bir ay içinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne göndermekle yükümlüdür.¹⁷⁷ Bu maddenin amacı, arabuluculuk faaliyeti ile ilgili daha sonra ortaya çıkabilecek tereddütlerin giderilmesi ve sürecin belgelendirilmiş olmasıdır.

HUAK m. 21/III'e göre; arabulucu, her zaman kendisinin sicilden silinmesini talep edebilir. Ancak arabulucunun kaydının sicilden silinmesi, kendisinde bulunan tutanak ve belgeleri saklama yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.¹⁷⁸

1.6.3.8 Aidat Ödeme Yükümlülüğü

Arabulucular sicile kayıt için, HUAK m.12/I,II'de öngörülen, giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat ödemekle yükümlüdürler. Bu aidatlar genel bütçeye gelir olarak kaydedilir.

Arabulucuların ödeyecekleri aidatlar Arabuluculuk Daire Başkanlığı Arabuluculuk Kurulu tarafından tespit edilmektedir.

Arabulucunun, aidat ödeme yükümlülüğüne uymaması halinde yazılı uyarıya rağmen bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen arabulucunun adı sicilden silinir.

1.6.4 Arabuluculuğun Başlamasının Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi

Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçen süre, HUAK m. 16/II, HUAKY m. 20/II'e göre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. HUAK genel gerekçesinde, arabuluculuk sürecinde, maddi hukuktaki sürelerin tarafların önüne bir engel olarak çıkmaması ve sürecin bu sürelerin kaygısı olmadan işlemesi için, süreler konusundaki düzenlemeyle, arabuluculuğun desteklenmek istenildiği ifade edilmiştir.¹⁷⁹

Özellikle dava açılmadan önce, arabuluculuğa başvurunun süreler etkisi, büyük önem taşımaktadır. Zira dava açılmadan önce arabuluculuk yöntemine başvurulduğunda, dava açılması ile kesilecek olan zamanaşımının işlemeye devam etmesi, hak kayıplarının yaşanmasına neden olabilirdi.¹⁸⁰ Bu nedenle, dava açılmadan önce de arabuluculuğa başvurulması halinde, sürelerin kesileceği yönündeki düzenleme yapılmıştır. Ancak

¹⁷⁷ Özmen, s. 23.

¹⁷⁸ Demir, s. 53.

¹⁷⁹ Madde Gerekçesi, HUAK m.2; www.kgm.adalet.gov.tr, (son erişim: 29.04.2014).

¹⁸⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul, s. 174.

kanaatimce tarafların sırf zamanaşımının kesilmesi için arabuluculuk yoluna başvurmalarının önüne geçilmesi için de bir düzenleme yapılması yerinde olurdu.

Arbuluculuk sürecinin başlangıcı HUAK m. 16/I'de belirtilmiştir. Buna göre; arabuluculuk süreci; dava açılmadan önce arabulucuya başvuru halinde; tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri, taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varmaları ve bu durumu bir tutanakla belgelendirdikleri tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açıldıktan sonra arabulucuya başvuru halinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını, duruşma dışında, mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının, tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.¹⁸¹

Ancak HUAK'ta, duran sürelerin ne zaman işlemeye başlayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde bu hususta açık bir düzenleme yapılması gerekliliği tartışılmaktadır. Bu konuda Belçika Medeni Usul Kanun'u m. 1731/IV örnek gösterilerek, bu kanunda düzenlendiği üzere; taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, taraflardan birinin diğer tarafa ve arabulucuya ya da arabulucunun taraflara yaptığı ve arabuluculuğu sona erdirme iradesini ortaya koyan bildirimden itibaren, bir ay sonra, durmuş olan sürelerin, yeniden işlemeye başlayacağı şeklinde bir düzenlemenin, mevcut olduğu belirtilmiştir.¹⁸²

1.6.5 Arabuluculuk Müzakerelerinin Yürütülmesi

HUAK m15/I'e göre; arabulucu, taraflarca seçildikten sonra en kısa zamanda tarafları ilk toplantıya davet eder. Arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda, HUAK m.15/II fıkrasında da belirtildiği üzere, taraflar arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi ve izlenecek yöntemin belirlenmesi için, izlenecek yöntem konusunda, emredici hukuk kurallarına aykırı olmadığı sürece, usulü kendileri belirleyebileceklerdir. Bu durum arabuluculuğun esnek yapısını göstermekte olup, katı ve sıkı kurallara bağlı olunmadığının da göstergesidir.

Ancak usulün, taraflarca kararlaştırılmaması halinde, HUAK m.15/III fıkrasına göre; arabulucu, uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları değerlendirerek, arabuluculuk faaliyetini başlatacaktır.

¹⁸¹ Özmen, s. 21.

¹⁸² Öztekin, s. 24.

Arabuluculuk faaliyeti bir yagılama faaliyeti değildir. Bu nedenle arabulucuların hakimlerin kullandığı yetkileri kullanarak, sadece hakimin yapabileceği nitelikte tahkikat işlemlerini yapması, örneğin keşif, bilirkişi incelemesine başvurması, tanık dinlemesi veya bazı zorlayıcı işlemlere karar vermesi mümkün değildir.¹⁸³ HUAK m. 15/IV bu hususu; “niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hakim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz” şeklindeki düzenlemesi ile hükme bağlamıştır.

Arabulucunun işlevi, tarafların kendi çözümlerini bulma konusunda onlara yardım etmektir. Dolayısıyla yargısal işlemlerin yapılmasının engellenmesi yerinde olmuştur. Ancak arabulucunun bu yetkileri kullanamaması, tarafların birlikte karar vererek, maddi olguları aydınlatmak, birbirlerini çözüm önerilerine ikna etmek için, birlikte ortak karar alarak, bilirkişi, keşif incelemesi yaptırmalarına ve tanık dinletmeye karar vermelerine engel oluşturmamaktadır.¹⁸⁴

Tarafların, dava açıldıktan sonra, hakimin ön inceleme safhasında tarafları arabulucuya teşvik etmesiyle ya da sonraki aşamalarda tarafların ortak kararları ile arabulucuya başvurmak konusunda beyanda bulunmaları halinde, hakim, HUAK m.15/IV uyarınca, duruşmayı üç ayı geçmemek üzere erteler. Bu süre tarafların talebi halinde üç aya kadar ek olarak uzatılabilmektedir.¹⁸⁵

Arabuluculuk süreci, tarafların asıl uyuşmazlık içine düştükleri konuların aydınlatılması ve tarafların ortak menfaatlerinin belirlenerek yol alınması ve kalıcı çözümlerin bulunmasını hedefleyen bir süreç olduğundan arabuluculuk sürecine tarafların bizzat katılımının büyük önemi vardır. Bu sebeple Kanun Koyucu; HUAK m.15/VI ile, tarafların arabuluculuk sürecine kural olarak bizzat katılmaları zorunluluğunu getirmiştir. Bu durum tarafların özel yetki verdikleri avukatları ile arabuluculuk sürecine katılmalarına engel oluşturmamaktadır.¹⁸⁶

Arabuluculuk sürecinin yönetilmesine ilişkin HUAK’da kesin bir düzenleme olmamakla beraber arabuluculuk sürecini beş aşamada incelemek mümkündür. Tezimizin konusu sınırlandırmak açısından bu aşamaları detaylı olarak incelemek mümkün olamamakla

¹⁸³ Demir, s. 55.

¹⁸⁴ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1048.; Demir, s. 55.

¹⁸⁵ Özmen, s. 21.

¹⁸⁶ Demir, s. 57.

birlikte kısaca değinmek gerekirse; bu aşamalardan birincisi yukarıda değinildiği üzere, arabulucunun tarafları ilk oturuma davet ettiği, açılış konuşması yaparak tarafları arabuluculuk süreci hakkında aydınlattığı süreçtir. Ayrıca arabuluculuk usulü de bu oturumda belirlenmektedir.

İkinci aşama; maddi olayların ortaya çıkarılması için tarafların dinlenildiği süreçtir. Bu süreçte arabulucu, her iki taraf menfaatine en uygun çözümün oluşması için taraflarla gerekirse, diğer tarafın bilgisi dahilinde, özel oturumlar düzenleyerek uyuşmazlık konusu hakkında bilgi toplamaktadır. Ve taraflar arasından mekik- diplomasisi yürüterek, gerekli gördüğü yerlerde, ve tarafın rızasını alarak, bu bilgileri diğer taraflar paylaşmaktadır.

Üçüncü aşama, tarafların menfaatlerinin açıklandığı aşamadır. Bu aşamada arabulucu iletişim teknikleri, taktikleri ve psikoloji bilgisini kullanarak, doğru soru sorma teknikleriyle tarafların ortak menfaatlerinin ne olduğunun saptanmaktadır. Dördüncü aşama çözüm önerilerinin getirilmesidir. Bu aşamada belirlenen ortak menfaatler neticesinde yaratıcı çözümlerle ortaya çıkması için çalışılmaktadır. Bu noktada, arabulucu, taraflara hukuki yönlendirmede bulunamayacağı gibi, tarafları belirli bir çözümün uygulanmasını empoze edemez. Bu noktada taraflar kazan-kazan teorisine göre, “tarafların en makul bir kaybı göze alarak, muhtemel olan en kazançlı çözümü inşa etmesi” hedeflenmektedir. Zira arabuluculuğu yargılama faaliyetinden ayıran en temel özelliği budur.¹⁸⁷

1.6.6 Arabuluculuğun Sona Erme Sebepleri

Arabuluculuk süreci, genel olarak tarafların uyuşmazlık konusuna ilişkin, tamamen veya kısmen anlaşmaya varması veya anlaşma sağlamayıp, uyuşmazlığın devam etmesi ile sona erer.¹⁸⁸ Arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği haller, HUAK m.17’de açıkça tek tek düzenlenmiştir. Buna göre; tarafların anlaşmaya varması, taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi, taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi, tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi halinde arabuluculuk faaliyeti sona ermektedir.

¹⁸⁷ Kekeç, s. 116 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 177 vd.

¹⁸⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 181.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda, HUAK m.17/II'e göre, tarafların anlaşmaları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığının bir tutanak haline getirilmesi gerekmektedir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır. Zira anlaşmaya varılmamış olsa dahi tutanak hazırlanması hak düşürücü sürelerin ve zamanaşımının hesaplanması açısından önem taşımaktadır.¹⁸⁹

Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, HUAK m.17/III uyarınca, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar serbestçe karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar. Taraflar varılan sonuç hakkında detaylı olarak açıklamalar yapabilecekleri gibi, bazı konuların gizli kalması için kısa bir açıklama ile yetinebilirler.¹⁹⁰

Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesiyle, HUAK m.17/IV hükmü uyarınca, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirim, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri ve anlaşma/anlaşmama içeren tutanağı, beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe göndermektedir.¹⁹¹

1.6.7 Tarafların Anlaşması ve Anlaşmanın İlam Niteliğinde Belge Gücü Kazanması

Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı, HUAK m.18/T'e göre, taraflarca kanuna ve ahlaka aykırı olmayacak şekilde serbestçe belirlenebilir. Kanuna ve ahlaka ayırılık dışında, düzenlemenin ayrıntılı olmaması, arabuluculuk anlaşmasının esnek bir yapıda olduğunu göstermektedir. Bu nedenle arabuluculuk anlaşması içeriği, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir.¹⁹²

Genel olarak incelendiğinde, arabuluculuk süreci sonunda taraflar arasında yapılan anlaşma her iki tarafın da karşılıklı irade beyanına dayanan bir sözleşme olup, bu sözleşmeye

¹⁸⁹Tanrıver, "Değerlendirmeler", s. 651,652.; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1057,1064.

¹⁹⁰Tanrıver, "Değerlendirmeler", s. 651,652.; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1057,1064.

¹⁹¹Tanrıver, "Değerlendirmeler", s. 651,652.; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1057,1064.

¹⁹² Taşpolat Tuğsavul, s. 185.

uyulmadığı veya sözleşmenin varlığı ispat edilemediği takdirde mahkemeye başvurulması mümkündür.¹⁹³ Ancak hukuk açıdan bakıldığında arabulucunun çözüm sürecine katılmış olması tek başına arabuluculuk sonucunda yapılan anlaşmanın kanuna uygun olduğu ve tarafların haklarının en iyi şekilde dengelendiği anlamına gelmez. Söz konusu nedenlerle anlaşmanın genel hükümlere göre hükümsüzlüğü iddia edilebilir.¹⁹⁴

Tarafların imzasını taşıyan arabuluculuk anlaşması bir özel hukuk sözleşmesidir ve bu haliyle uygulanması genel hükümlere tabidir. Ancak tarafların talepleriyle arabuluculuk anlaşmasının ilam niteliğini kazanması mümkündür.¹⁹⁵

HUAK m. 18/II'e göre, tarafların arabulucuya dava açılmadan önce başvurmuş ve anlaşmış olmaları halinde, anlaşma tutanağı taraflarca, asıl uyuşmazlık bakımından yetkili ve görevli mahkemeden şerh alınması suretiyle ilam niteliğini kazanacaktır. Tarafların dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurmaları halinde ise, davaya bakan mahkeme yetkili ve görevli olmakta, bu halde de tarafların anlaşma tutanağını mahkemeden şerh almalarıyla birlikte anlaşma tutanağı, ilam niteliğini kazanmaktadır.¹⁹⁶

İcra edilebilirlik şerhi verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yürütülür. Ancak arabuluculuğa elverişli, Aile hukuku alanına giren uyuşmazlıkların, şerh edilmesi öncesinde ayrı bir incelemeye tutulmasına ilişkin bir istisna getirilmiştir. Uyuşmazlığın Aile hukukuna ilişkin olması halinde, HUAK m. 18/III'e göre; bu incelemenin kapsamı, anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlı kalmaktadır. Bu şekilde, Aile hukuku alanında, konusu ve içerdiği hükümler açısından icra edilemeyecek anlaşmaların ilam niteliğini kazanması nedeniyle uygulamada yaşanabilecek sorunlar önlenmek istenilmiştir.

İcra edilebilirlik şerhi isteminin reddi halinde, istinaf yoluna gidilebilmektedir. HUAK m.18/III son cümlede belirtildiği üzere, icra edilebilirlik şerhi için mahkemeye yapılacak başvuru ile verilen kararlara karşı istinaf yoluna gidilmesi halinde maktu harç alınır. Anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi dışında başka bir resmi işlemde kullanılması için de maktu

¹⁹³ Özbek, "Arabuluculuğun İlkeleri", s. 465.

¹⁹⁴ Mustafa Serdar Özbek, "Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Ankara, TBBD yayınları, 2007/68, s. 305.; Özbek, "Arabuluculuğun İlkeleri", s. 463.

¹⁹⁵ Demir, s. 58.

¹⁹⁶ Taşpolat Tuğsavul, s. 186.

damga vergisi alınır.¹⁹⁷ Yargılama masraflarının az olması, alternatif uyuşmazlık yollarından arabuluculuğun, toplum tarafından tercih edilecek çözüm yollarından biri olmasına yol açmaktadır.

Arabuluculuk anlaşmasına karşı kanun yollarına başvurulamaz. Bu anlaşmadan tek taraflı olarak dönülmesi de mümkün değildir. Ancak şartları varsa anlaşmanın, hile, aldatma, korkutma gibi iradeyi sakatlayan nedenlerle iptali mümkündür.¹⁹⁸

1.7 Arabuluculuk Yoluyla Çözüme Kavuşturulabilecek Uyuşmazlıkların Kapsamı

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinde; arabuluculuğun hangi tür uyuşmazlıklarda ve hangi kayıtlı uygulama bulacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre; arabuluculuk çözüm yönteminin, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanabileceği belirtilmiştir. O halde HUAK uyarınca arabuluculuk idare ve ceza hukuku alanına giren uyuşmazlıklarda uygulanamayacaktır.¹⁹⁹

Ayrıca özel hukuk alanına giren uyuşmazlıkların da ancak kamu düzenine ilişkin olmamaları halinde, HUAK kapsamında arabuluculuk yöntemine başvurularak çözüme kavuşturulmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. O halde tarafların ancak üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmeleri sebebiyle kamu düzeninden olmayan, “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri” özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yöntemine başvurmaları mümkündür.²⁰⁰

Bunun yanı sıra, HUAK, arabuluculuğun uygulama alanını daraltan iki ek düzenleme getirmiştir. HUAK m.1/II'ye göre; aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar ile HUAK m. 17/I,d'ye göre, 4.12.2004 tarihli ve 5721 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen suçlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olmamaktadır.

Özbek'e göre; arabuluculuğun alanının belirlenmesi açısından sorunlar yaşanmaması için HUAK m.1'deki düzenleme biçimiyle; “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları*” ifadesindeki “*iş veya işlemlerden*” yerinde “*işlem ve ilişkilerden*” denilmesi yerinde olurdu; zira “*işler*”

¹⁹⁷ Özmen, s. 23.

¹⁹⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1062.

¹⁹⁹ Demir, s. 38.

²⁰⁰ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1020.

ifadesinden çekişmesiz yargı işlerinin anlaşılması mümkün olmaktadır ki, çekişmesiz yargı işlerinde arabuluculuğa başvurulması kanunen mümkün değildir.²⁰¹

Arabuluculuk, Avukatlık Kanunu m. 35/a ve HMK 408’de tahkim için öngörülen şartlara benzer olmakla birlikte, arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yöntemi, tahkimle kıyaslandığında, arabuluculuk yönteminde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulamaması halinde dava yolu kapatılmadığından, arabuluculuğa elverişli konular belirlenirken daha geniş bir yorum yapılmalı; malvarlığı haklarıyla ilgili taleplerden kaynaklanan bütün hukuk uyuşmazlıkları ile malvarlığı haklarıyla ilgili taleplerden kaynaklananlar dışında kalan uyuşmazlıklardan tarafların sadece üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular arabuluculuğa elverişli kabul edilmelidir.²⁰²

Tüketici uyuşmazlıkları, taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar, işçi-işveren arasındaki uyuşmazlıklar veya kat mülkiyeti kanundan doğan uyuşmazlıklar, arabuluculuğa başvurulabilecek konulara örnek olarak gösterilebilir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, HUAK’ın çizdiği sınır çerçevesinde, boşanma olgusu ve boşanmanın hukuki sonuçları inceleme konusu yapılarak, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğun uygulanabilirliğinin tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

²⁰¹ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1020.

²⁰² Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1021.

İKİNCİ BÖLÜM

EVLENME ve EVLİLİK BİRLİĞİNİ SONA ERDİREN SEBEPLER, ÖZELLİKLE BOŞANMA

2.1 Aile Kavramı

Aile kavramının anlamı ve ailenin yapısı zaman içinde ve farklı toplumlarda çok farklı biçimlerde var olmuştur.²⁰³ Çalışmanın sınırlandırılması bakımından ailenin tarihçesi ve gelişimi burada inceleme konusu yapılmayacak, günümüzde aile denilince eşler ve evlenmemiş çocuklardan oluşan aile biçiminin anlaşıldığının belirtilmesi ile yetinilecektir.

Türk Dil Kurumu aileyi “evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik”, “aynı soydan gelen veya aralarında akrabalık ilişkileri bulunan kimselerin tümü”, “birlikte oturan hısım ve yakınların tümü”, “eş, karı” ve “aynı gaye üzerinde anlaşılan ve birlikte çalışan kimselerin bütünü” biçimlerinde tanımlamaktadır.²⁰⁴ Aile, toplumun en küçük birimi olarak kabul edilir. Aile denince genellikle bir evde oturan anne ve baba ile, varsa onların evlenmemiş çocukları anlaşılır. Bu tip aileye "çekirdek aile" denir. Bu aynı zamanda çekirdek ailenin tanımıdır.²⁰⁵

“Aile ilişkileri” ise evlilik ve kan bağı ile birbirine bağlı eşler ve çocuklar arasındaki ilişkilerdir²⁰⁶ ve bu ilişkiler zamanla birtakım mali, şahsi hak ve yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Aile ilişkileri diyebileceğimiz bütün bu ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları aile hukukunu oluşturmaktadır.²⁰⁷ ve ülkemizde 22/4/2001 tarihinde kabul edilen ve 01/1/2001 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ikinci kitabında “Aile Hukuku” başlığı altında düzenlenmiştir.

Toplumun sağlıklı bir biçimde gelişebilmesi ilişkilerin huzur, refah ve güvenlik içinde yürüyebilmesi toplumun en temel yapı taşı olan aile kurumunun sağlam bir zemine yerleştirilmesi ile yani ideal bir hukuki düzenlemeye ulaşılması ile mümkün olabilir.²⁰⁸ Aile,

²⁰³ Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 2. cilt, 15. bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, s. 4.

²⁰⁴ Türk Dil Kurumu, Çevrimiçi; www.tdk.gov.tr (son erişim:21.04.2014)

²⁰⁵ Wikipedia, Çevrimiçi; (son erişim:21.04.2014)

²⁰⁶ Bilge Öztan, Aile Hukuku, 5. bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2004, s. 3.

²⁰⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 7.

²⁰⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 3.

Türk toplumunda önemli bir yer taşıdığından, toplumun menfaatlerinin korunması için ailenin korunması ve gelişmesi teşvik edilmiştir.

Anayasamızın bazı ilkeleri aile hukukunda geçerli sayılarak aile kurumuna verilen önem vurgulanmıştır. Başta AY m. 41’de “Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” denilmekle ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ilkesi vurgulanmıştır. Anayasamızda düzenlenen diğer ilkeler; “Ailenin Korunması ilkesi”, “Aile Planlaması İlkesi”, AY m. 10 “Eşitlik ilkesi”, AY m. 20 “Aile Hayatının Gizliliği İlkesi”, AY m. 174/IV “Resmi Evlilik İlkesi” dir. Çalışmanın sınırlandırılması açısından sadece isimlerini vermekle yetiniyoruz.

Aile, büyük ölçüde hukuksal olandan bağımsız görülmekte ve daha ziyade sosyolojinin alanına girse de; evlilik ve onun sonucunda oluşan aile ve toplumdaki ihtiyaçların karşılanması için doğan hukukun konusunu oluşturduğunu yukarıda belirtmiştik. Hukuk Sosyolojisi açısından; evliliğin asıl işlevi aralarında bağ olmayan iki soyu birleştirmek olduğundan çiftlerin birlikte olmasının normatif tarifini evlenme olarak tanımlanabilir.²⁰⁹

Evlenmenin şekli açısından ise sosyolojik olarak kabul edilen ile hukuksal tanımlamalar arasında fark vardır. Özellikle kanunen belirli şekiller esas alınarak ve sicil kaydı ile yapılan evlilikler, kadının evlilikten doğan hakları, boşanma hukuku, miras ve çocuğun velayetine ilişkin belirsizlikleri ortadan kaldırmaktadır.²¹⁰

Evlenme sözleşmesi, yukarıdaki belirsizliklerin önlenmesi için birçok toplumda önem verilen bir sözleşme olmuştur. Kadim dinlerde de evlenme töreninin “din adamı” önünde gerçekleştirilmesi aranmış, modernleşme ile birlikte yükselen laikliğin de etkisi ile nikah sözleşmesi kurala bağlanmış ve resmi sözleşme olarak tescil edilmiştir.²¹¹ Roma’da dini bir tören olan, şekle tabi “*conferratio*”²¹², baş rahibin de hazır bulunduğu, en az on şahidin huzurunda belirli bir merasim yapılmasıyla gerçekleşirdi. On şahidin huzurunda evlilik törenin gerçekleştirilmesi devletin müdahale etme gereğini hissetmesidir zira Roma’da

²⁰⁹ Yasemin Işıқтаç, Hukuk Sosyolojisi, 1. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 55.

²¹⁰ Işıқтаç, s. 356.

²¹¹ Hüseyin Hatemi/ Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 27.

²¹² “*conferratio*” kurumu, gensler arasındaki dini bağlarla açıklanabilir; gens içindeki evliliklerden çok, kadının kendi gensinden çıkarak başka bir gense geçişi söz konusu olan egzogami halinde uygulanmaktaydı.; Fulya, İlçin Gönenç, Roma Hukukunda Kadın, 1. Bası, İstanbul, Onikilevha Yayınevi, 2010, s. 64.

evlilik; malvarlığının, statünün ve aile değerlerinin nesilden nesile aktarılacağı bir ortaklık olarak görülmekte ve şekle tabi olmayan beraber yaşamların ortaya çıkaracağı belirsizliklerden toplum korunmuş olmaktadır. Bunun yanında Romalılar, her evlilikte; evlilikle ulaşılmak istenilen amaç ne olursa olsun, sevgi sevecenlik ve şefkatin evliliğin içinde yer alacağına inanırlardı. Evlilik hiç bir kamusal erk tarafından onaylanması gerekmeyen bir kurum olup; evliliği bir arada yaşama değil consensusun meydana getirdiği inancı hakimdi.²¹³

İslam Hukukunda, “ruhban sınıfı” bulunmadığı için Batı’daki anlamı ile “din adamı” önünde yapılan bir “nikah” söz konusu değildir. Ancak Batı’daki anlamı ile ruhani sınıf bulunmasa da namaz kıldırma, nikah, cenaze gibi dini hizmetlerle uğraşan imamların, tarafların karşılıklı irade beyanlarını dile getirmesi ile nikah kıyması Müslüman ülkelerde de yaygınlık kazanmış “imam nikahı” terimini ortaya çıkmıştır.²¹⁴

Ülkemizde resmi nikah, evlenmenin kurucu unsurlarından biri sayılsa da kırsal kesimlerde dini törenle yapılan evlilikler hala varlığını sürdürmektedir. Hukuksal açıdan resmi olmayan bu evlenmelerde özellikle çocuğun velayeti, miras gibi konularda son derece karmaşık sorunlar ortaya çıkmaktadır.²¹⁵ Ülkemizde Aile Hukukunun kapsamına sadece resmi evlilikler dahil edilmiş olduğundan AY m. 41’de sözü geçen “aile”; yetkili evlendirme memuru önünde yapılmış olan bir evlenme akti ile doğan “aile”dir.²¹⁶

Tezin sınırlandırılması açısından, hukukun konusu olarak aile kavramından genel olarak bahsettikten sonra sonraki bölümde; evlilik kavramı, evliliğin hukuki niteliği ve evlenmenin şartları incelendikten sonra evliliğin sona ermesi ve özellikle boşanma konusu inceleme konusu yapılacaktır.

2.2 Evlenme Kavramı

Evlenme, farklı cinsten iki kişinin evlilik birliğini meydana getirmek için yaptıkları bir hukuki işlemdir. Kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte baskın görüşe göre; evlilik ayrı iki cins mensup kişilerin, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere, hukukun aradığı koşullara uygun olarak birleşmesidir.²¹⁷ Evlenme tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak

²¹³ İlçin Gönenç, s. 64.

²¹⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 28.

²¹⁵ Işıқтаç, s. 356.

²¹⁶ Öztan, 2004, s. 2.

²¹⁷ Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 11. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 389 vd.

üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin²¹⁸ hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmesi olup, sosyal, ahlaki ve aynı zamanda hukuki bir kurumdur.²¹⁹

Eşler evlilik birliğini; hayatlarının tamamını birlikte geçirmek, hayatın acı tatlı yönlerini birlikte yaşamak, sürekli bir hayat ortaklığı kurmak amacıyla oluştururlar. Ancak, bu “ortaklık” kavramını mutlak anlamda bir ortaklık olarak anlamamak gerekir. Hemen her insan tıpkı maddedeki atomlar gibi etrafındaki moleküllerden biri ile birleşir. Bu birleşmede, kendi varlığından ancak bir kısmı, ortaya çıkan yeni organizmada yer alır. Evlilik her ne kadar kadın ve erkeği bağlıyorsa da, bu bağ mutlak anlamda bir birlik anlamına gelmez. Örneğin kadın ve erkek dinlerini seçmekte serbesttirler ya da “sadakât borcunu” ihlal etmedikçe üçüncü şahıslarla şahsi ilişkiler kurabilirler yahut her eş şahsiyetini serbestçe geliştirme, mali durumunu dilediği şekilde düzenleme hakkına sahiptir. Evlenme ortaklığı; bir ömür boyu sürecek, bütün hayatı içine alan bu “manevi ortaklık” his, fikir ve kader ortaklığıdır.²²⁰

Bu yaklaşım TMK’da; evliliği eşler arasındaki eşit olmayan rol dağılımını yıkarak evlilik birliğini “ortak görevler” ve “karşılıklı saygıya” dayalı, temelde eşlerin ortak ve bireysel yaşam alanları arasındaki sınırların kişilik değerlerine esaslı bir koruma sağlayacak şekilde belirgin olarak ayrıldığı, eşlerin manevi-duygusal bağlılığının arka plana itildiği, tüzel kişilikten yoksun bir “hukuksal-ekonomik ortaklık” temeli üzerine yapılandırılmış olmasında görülmektedir.

Evlilik birliği Türk Hukukunda monogami esasına tabi olup; erkek ve kadın birden fazla kişi ile evli olamaz.²²¹ Eski hukukumuzda geçerli olan “çok eşlilik” (poligami) usulü 4.10.1926 yürürlüğe giren 743 sayılı Medeni Kanun ile ortadan kaldırılmıştır.²²²

Sonuç olarak diyebiliriz ki evliliğin varlığından bahsedebilmek için gerekli unsur; evliliğin hukuk düzenince tanınmasıdır. Aksi halde sadece devamlı, monogram ve farklı iki

²¹⁸ “Aynı cinse mensuplar arasında evlenme Türk kamu düzenine aykırıdır.”; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 3. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2000 s. 94.

²¹⁹ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, 2. cilt, 5. bası, İstanbul, Nurgök Matbaacılık, 1965, s. 45.

²²⁰ Öztan, 2000, s. 94,95.

²²¹ Öztan, 2000, s. 95.

²²² Serkan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, 58. cilt, 1. bası, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 6.

cinsin bir arada yaşaması suretiyle bir yaşam ortaklığı meydana getirilmiş olması ile “hukukilikten” bahsedilemeyeceğinden, ortada geçerli bir evlilik de yoktur.

Türk hukukunda evlilikten bahsedebilmek için, evlilik yönünden Türk Hukukunda aranan bazı şartların yerine getirilmiş olması gerekir.²²³ Bir sonraki bölümde evliliğin hukuki niteliği ve Türk hukukuna göre evlilikten bahsedebilmek için gerekli birtakım maddi ve şekli şartlardan bahsedilecektir.

2.2.1 Evlenmenin Hukuki Niteliği ve Şartları

Evlenmenin hukuki niteliğini açıklayan farklı görüşler bulunmaktadır.²²⁴

Bugün Türk Hukukunda baskın görüş; evlenmenin bir medeni hukuk sözleşmesi olduğu fikridir. Nitekim Yargıtay’ımız da aynı görüşe taraftar bulunmaktadır.²²⁵

Evlenme sözleşmesinin kurulabilmesi için TMK bir takım maddi ve şekli şartlar öngörmüş, sadece akti yapanları değil aynı zamanda toplumu da ilgilendirdiğinden diğer akitlerden ayırarak evlenme aktini çok daha sıkı şartlara bağlamıştır.²²⁶ Evlenmenin maddi şartları olumlu ve olumsuz şartlar olmak üzere ikiye ayrılır.

²²³ Öztan, 2000, s. 95.

²²⁴ Doktrinde benimsenen “*Evlenmenin kendine has özellikler taşıyan (sui generis) bir medeni hukuk sözleşmesi*”²²⁴ olduğu görüşüne göre evlenme bir akittir ancak Borçlar hukukundaki akitler tipinde olmadığından özel şekil ve hükümlere tabi “sui generis” nitelikte bir akittir. ; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 60. Buna karşı “Şart-Tasarruf” görüşü; tarafların evliliğin hükümlerini kararlaştırmakta, değiştirmekte serbest olmadıklarını yani evliliğin tabi olacağı hükümleri ve evliliğin ortadan kaldırılması şartlarını diledikleri gibi düzenleyemeyeceklerini, kişilerin ancak kanunen düzenlenen evlilik statüsüne girmek hususunda iradelerini açıklayabildiklerini ileri sürmüşlerdir.²²⁴ Ancak bu görüşe karşı olanlara göre şart- tasarruf görüşü; evlenme aktini açıklayamaz çünkü TMK. 109’uncu maddesinde; “evlendirme memuru” evlenmenin her iki tarafın rızası ile kanunen akdedilmiş olduğunu beyan eder” şeklindeki ifadesi, evlenme akdinin tarafların iradesi ile kurulduğunu yani evlendirme memurunun beyanının sadece açıklayıcı nitelik taşıdığını ortaya koymaktadır. ;Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku 3.cilt, 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, 2013, s. 47 vd., Öztan, 2000, s. 95. Bir diğer görüş ise; Fransız hukukçuların benimsedikleri “kurum” görüşüdür. Buna göre; “Evlilik statüsü emredici hükümlerle düzenlenmiş olduğundan, eşler bu statüde istedikleri değişikliği yapamazlar.”demektedir.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 60. Buna karşı çıkan görüş evliliğe kurum görüşü uygulandığında; evliliğin şahısların iradesiyle doğduğunun, fakat evlilik kurumunun bu iradelerin üstünde olduğunu kabul edilmesini zorunlu kılacağını, böyle bir görüşün ise, evliliğin mahiyetine uygun düşmeyeceğini ileri sürmektedirler. Kurum görüşü; Nasyonal Sosyalizm zamanında saf Alman kanı taşıyan yakışıklı, sıhhatli ve memlekete yararlı çocuklar yetiştirmek gayesine yönelik ortaya çıkmış ancak aksi kabul olunabilecek bir dünya görüşüne dayandığı için tenkit edilmiştir. ;Öztan, 2000, s. 99)

Bu görüşlerden her biri evlenmeye farklı açılardan yaklaşıtlarından hiçbirinin yanlış olduğu iddia edilemez.

²²⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 60.

²²⁶ Öztan, 2000, s. 99.

Evlenme ehliyeti olarak da sayılan; bir kimsenin evlenme akti yapabilmek hususunda sahip olmak zorunda olduğu olumlu şartlar şu şekilde sayılmıştır: TMK. m. 125'e göre; "evlenecek kişilerin ayırt etme gücüne sahip olması", TMK. m. 124/II'ye göre; " tarafların on yedi yaşını doldurmuş olmaları ve/veya olağanüstü durum ve pek önemli sebebin varlığı ile on altı yaşını doldurmuş olmakla hakim tarafından izin verildikçe evlenebilmeleri" olarak sayılmaktadır.²²⁷

Evlenmenin maddi şartlarından olumsuz şartlarını ise evlenme engelleri oluşturur.²²⁸ Evlenme ehliyetine sahip olan bir kimsenin, belirli bir evlenmeyi yapabilmesi için, bu evlilik yönünden bir evlenme engelinin bulunmaması gerekmektedir.²²⁹ Bu evlenme engelleri TMK m. 129-133 arasında sayılmıştır. Kısaca değinecek olursak; TMK 129/b'ye göre kan hısımlığı, kayın hısımlığı, evlatlık ilişkisi bulunması, TMK 145/b.1' göre eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması, TMK 133'e göre akıl hastalığı, mutlak butlanla evlenmenin sakat olması sonucunu doğuran kesin evlenme engelleri iken; bekleme süresi²³⁰, bazı bulaşıcı hastalıklar kesin olmayan evlenme engeli yani yapılmamaları gereken ancak her nasılsa yapılmış olduklarında (evlendirme memurunun önünde yapılmış olması şartıyla), iptal edilmeyen evlenme engelleri olarak sayılmıştır.²³¹

Evlenmenin geçerli olarak yapılabilmesi için, sadece tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaları ve evlenme engellerinin bulunmaması yeterli değildir bunun yanında evlenmenin şekil şartlarına da uyulması gerekir.²³² Buna göre evlenme; bir erkek ile bir kadının evlilik birliği kurma yolundaki iradelerini, yetkili resmi memur ile tanıklarının önünde karşılıklı olarak ve memurun sorusuna sözlü olumlu cevap vererek açıklamalarıyla kurulan bir *sui generis* sözleşmedir.²³³

Yukarıdaki sayılan maddi ve şekli şartlarının eksikliği yokluk, bazılarının eksikliği mutlak butlan bazılarının eksikliği ise nispi butlan sonucunu doğurur.²³⁴ Ancak butlan davaları bozucu yenilik doğuran bir dava olması ve bu hakların dava yoluyla kullanılması

²²⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 55.

²²⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 62, 72.

²²⁹ Dural/ Öğüz/Gümüş, s. 55.

²³⁰ TMK m.132/1'e göre, "Evlilik sona ermişse, kadın evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez."

²³¹ Dural/ Öğüz/Gümüş, s. 56,60.

²³² Dural/ Öğüz/Gümüş, s. 61.

²³³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 193.

²³⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 96.

gereğinden Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uygulaması alanı dışında tutulmuşlardır.

Geçerli olarak kurulan evlenme bir “hukuki işlem” olarak, kadın ile erkek arasında bazı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu hukuki sonuçlar, evlenmenin sürekli ve tam hayat ortaklığı oluşturma işlevi gereğince diğer hukuki işlemlerin sonuçlarına nazaran çok kapsamlı ve etkili olmaktadır zira evlenme eşler arasında manevi bir bağ kurmakla kalmaz aynı zamanda iktisadi bir birlik de oluşturduğundan eşler için hayati önem taşıyan bir hukuki işlemdir.²³⁵ Bu sebeple bir sonraki bölümde evlilik birliğini sona erdiren sebepler, özellikle boşanma sebeplerine değinildikten sonra, kapsamlı bir biçimde boşanmanın hukuki sonuçları inceleme konusu yapılmıştır.

2.2.2 Evlilik Birliğini Sona Erdiren Sebepler

Geçerli olarak kurulan bir evlenme; eşlerden birinin ölümü ile kendiliğinden, gaiplik ve diğer eşin mahkemeye başvurusu üzerine, hakimin; TMK m.131’e göre; evliliğin feshine karar vermesi ile veya geçersiz olarak kurulan bir evliliğin mahkemece mutlak ve nispi butlanına karar verilmesi sonucu mahkemenin TMK m. 156’ e göre; iptal kararıyla ve kanunda yazılı sebeplerle eşlerden birinin açacağı boşanma davasında hakimin, TMK m.161 vd maddelerine göre boşanmaya karar vermesiyle sona erer. Konuyu sınırlamak açısından aşağıda boşanma ile sona erme sebepleri inceleme konusu yapılmıştır.

2.2.2.1 Evlenmenin Boşanma İle Sona Ermesi

Tarihsel gelişimi izlendiğinde, boşanmanın eski devirlerde de uygulanan oldukça eski bir kurum olduğu görülmektedir. Tarihsel süreçte farklı hukuklarda boşanma konusunda birbirine tamamen ters görüşlerle yaklaşılmış ve bazı toplumlarda boşanma eylemi tamamen reddedilmiştir.²³⁶

Boşanma, evlilik kadar eski bir kurumdur; öyle ki belli bir kültür düzeyine ulaşmış ve evliliği sosyal bir kurum olarak kabul etmiş toplumlarda boşanma hakkı, ancak yasa ve geleneklerle kısıtlanmış fakat boşanma hiçbir zaman tam olarak ortadan kaldırılmamıştır.

²³⁵ Ayan, s. 9.

²³⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 235,237.

Tarihi süreçte boşanmaların ne tarzda geliştiğine dair üç temel görüşün varlığından söz edilir.²³⁷ Bunlar; özel ve serbest boşanma, boşanmanın yasak olduğu sistemler, belirli sebeplere ve usule göre mahkeme kararı ile boşanma sistemleridir.²³⁸

²³⁷ Işıқтаç, s. 358.

²³⁸ Boşanmayı yasaklayan, X. yüzyıldan reformasyona kadar Avrupa’da uygulanmış olan Katolik kilisesi görüşüne göre; evlilik ruhların birleşmesi şeklinde kutsal bir bağ sayıldığından evlilik birliğinin tamamen ve kesin olarak ortadan kaldırılması mümkün değildir. ;Akıntürk/Ateş Karaman, s. 235 vd. Özel ve Serbest Boşanma görüşünde ise; eşler karşılıklı olarak anlaşarak bir eşin tek taraflı irade açıklamasıyla evlilik ilişkisine son verebileceğini savunulmuştur.Üçüncü görüş olarak getirilen; belirli sebeplere ve usule göre boşanmanın hakim tarafından gerçekleştirilmesi yaklaşımına göre ise boşanma; kanunda öngörülmüş bir sebebe dayanarak hakim kararıyla son verdirilebilecek bir kurum olarak görülmüştür. İlkel insanlar için evlilik; cinsel bir doyum aracı ve hayat boyu yanında bulunacak bir yardımcı anlamından öteye gitmediğinden boşanma olayı da, eşlerin istedikleri zaman müşterek konutu terk etmesinden ibaret bulunuyordu. Töreye aykırı davranışlar çocukların paylaşımı veya ev eşyaları sebebiyle uyuşmazlıklar çıksa da bunlar boşanmaya engel oluşturmamaktaydı. ; Yaşar Şahin Anıl, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması-Geçimsizlik, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 5.

İlkçağ dönemi doğal ve ilkel itaat etme tavrının sona ermesiyle orta çağa kadar uzanan, merkezi oteritelerin kurulduğu, yazılı yasaların ve devamlı yönetimlerin oluşturulduğu bir dönemi kapsamaktadır. Bu evrede; Sümer, Babil ve Assur’larda uygulanan Hammurabi kanunlarına göre eşlerin herhangi bir sebebe dayanmaksızın geçimsizlik haline özgü boşanmalarının gerçekleştirilmesi için devlet kurumunca onaylanmaları gerekmektedir yani modern anlamda bu tip boşanmalar mahkeme hükmü ile mümkün olabilmekteydi. Buna karşılık koca; kendisine çocuk doğurmayan, eviyle ilgilenmeyen, eşini küçük düşüren, sokak sokak gezen karısını devletin herhangi bir kurumuna başvurmadan tek taraflı iradesi ile boşayabiliyordu. ; Anıl, s. 7.

Roma hukukunda boşanma, taraflar arasındaki evlilik niyetinin sona ermesi halinde, evlilik bağının ortadan kalkması olarak tanımlanmaktaydı. Bu durumda evliliğin sona ermesi bakımından, evlilik niyetinin eşlerden yalnızca birinde veya her ikisinde birden ortadan kalkması bakımından bir fark yaratılmamakta her iki durum da “divortium” olarak adlandırılmaktadır. Günümüzde boşanma kanunda yazılı bir sebebe bağlı tutulmak zorunluğunda iken Roma hukukunda boşanmanın herhangi bir sebebe dayanması gerekmemektedir. Klasik hukuk dönemi boyunca boşanmanın yalnız belirli sebeplerin varlığı halinde geçerli olabileceği ve bunların dışında cezai yaptırımların uygulanacağı fikri hiçbir zaman tam olarak benimsenmemiştir. Ancak ilerleyen dönemlerde aile birliğinin korunması yönündeki çabalar, imparator Constantinus’u boşanmanın sebepsiz yere bitirilmesini bir takım maddi yaptırımlara bağlayan düzenlemeler yapmaya sevk etmiştir. Bugün olduğu gibi, Roma’da da evlilik “karı-kocanın bölünmez bir yaşam ortaklığı içinde birleşmeleri” olarak görülse de “hiçbir ortaklığın sonsuza dek sürmeyeceğini” kabul eden Romalılar bakımından evlenme gibi, boşanmanın da serbestliği ilkesi her zaman hakim olmuştur. ;Gönenç, s. 114 vd.

Musevi hukuku da kocaya boşanma hakkını tanımıştır. Cermen Hukukunda evliliğin sona erdirilebilmesi için kadının zinası veya çocuk doğuramaz olması gibi belirli hallerde kocanın boşaması “kadının evden uzaklaştırılması” şeklinde olabilirdi. ; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 235,237.

Özel ve serbest boşanma sistemi İslam hukukunda da benimsenmiştir. Medeni Kanun’un 1926 yılında kabulünden önce ülkemizde uygulanmakta olan Şeri Hukuk’ta evlenme ve boşanma oldukça kolaydır. Işıқтаç; s. 360. İslam Hukukunda boşanmanın serbestliğini benimseyen bireyci görüşe göre; boşanma sadece kocaya tanınan bir haktır. “Talak” olarak ifaden bu boşanma biçimi kocaya “mahkeme dışı”, dilediği zaman tek taraflı iradesi ile karısını boşanma imkanı vermektedir. Hukuksal sonuç doğurması için kadının rızası gerekmediği gibi kocanın herhangi bir sebep göstermesi de gerekmiyordu. İslam hukukunda çok sınırlı da olsa kadına da boşanma imkanı tanıyan sistem bu şekilde yaratılmış olmaktadır. İslam hukukunda uygulanan bir diğer boşanma “muhalâ” ya da “hul” diye bilinen karı-kocanın karşılıklı rızalarıyla yapılan bir hukuksal işlem. Uygulamada bu tip boşanma daha çok kadınların kocalarına belli bir mal veya para vererek bu isteklerine ulaşmaları için kullanılmaktaydı. Bu boşanma biçiminde kadının rolü sadece anlaşmanın sağlanıp sağlanmadığının tespitini içermekteydi. “Tefrik” diye bilinen bir diğer üçüncü boşanma usulü ise yargısal bir boşanma yolu olduğundan zaten talak ile karısından kolayca boşanma imkanı sunulmuş olan kocadan ziyade kadınların başvurduğu bir boşanma usulü olmuştur. Böylece kadına belirli sebeplerle olsa da boşanma imkanı yolu açılmıştır. 1917 tarihli Aile Hukuku Aile Kararnamesinin 130. Maddesinde düzenlemiş bulunan bu usule göre; karı-koca arasında uyuşmazlık ve kavga ortaya çıktığında taraflardan biri hakime başvurursa hakim tarafların ailelerinden birer hakem atar, aile meclisi eşlerin arasını bulmaya çalışır eğer kusur kocada ise aralarını “tefrik eder” şeklinde uygulanmaktaydı. Görüldüğü üzere Cumhuriyet öncesi İslam hukukunda koca açısından serbest boşanma görüşü benimsenirken, boşanma kadın açısından belli sebeplere ve hakim onayına bağlanmıştır. ;Anıl, s. 7.

Ülkemizde, kaynağı İsviçre Medeni Kanunu olan, 4/10/1926'da yürürlüğe giren 743 sayılı Medeni Kanun ile evlilik ve boşanma hukuku çağdaş ve laik bir yapıya kavuşmuştur.

Cumhuriyet döneminde kadının toplum içindeki etkinliği artıkça toplumdaki rolü de önem kazanmış, tek eşlilik prensibi, her iki eşe de boşanma davası açma imkanının tanınmış olması, medeni nikah zorunluluğu, geçerli bir evlenmenin evlendirme memurunun önünde olabileceği esası, boşanmada mahkeme kararının aranması, evlenmede temsil yolunun kapanması kadın-erkek eşitliğinin sağlanması için getirilen yenilikler olmuştur.²³⁹

Bugün modern hukuk sistemlerinin çok büyük bir kısmı “boşanmanın sebebe ve hakimin hükmüne dayanması” görüşünü benimsemektedir.²⁴⁰ 4721 sayılı yasayla yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu da bu görüşü benimsemekte ve boşanma sebepleri sınırlı sayıda sayılmakta ve hakimin hükmüyle gerçekleşmektedir. Boşanmanın TMK'da belirli sebeplerle gerçekleşmesi “boşanmanın dayanacağı ilkelerin” neler olacağı hususunda bazı ilkeler getirmiştir.

Türk Medeni Kanunu sisteminde boşanma; evliliği sona erdiren sebepler arasında önemli bir yere sahip olduğundan Kanun Koyucu tarafından ayrı bir bölüm altında, Kanun'un Aile Hukuku kitabının birinci kısmının, ikinci bölümünde m. 161-183 arasında düzenlenmiştir.

Boşanmanın yasak olduğu sistemler ise inanç çerçevesinde şekillenir. Evlilik ruhların birleşmesi biçiminde kutsal bir bağlantı sayıldığından, insanlarca bu bağlantının koparılması kabul edilmemektedir. ; Işıktaç, s. 359,360. Boşanmaya yer vermeyen Katolik kilisesi tarafından X. yüzyıldan reformasyona kadar benimsenen görüşe göre ise; erkeğin gerekse kadının cinsel ilişki kurduktan sonra boşanmaları kesin olarak yasaklanmıştı. Öyle ki taraflardan birinin zina gibi çok ağır bir suç işleyerek aile sadakatine aykırı davranması halinde bile boşanma yine de mümkün olmamaktaydı. ; Anıl, s. 17.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 236. Nitekim Protestanlık Kilisesi Hukuku'nun evliliğe mahkeme kararıyla son verilebileceği kabul edildikten sonra Avrupa devletlerinin bir çoğunda kanunlara boşanmaya imkan veren hükümler eklenmiştir. Örneğin İtalya'da Aralık 1970 tarih ve 898 sayılı yasa ile yapılan bir yasal değişiklikle evliliğin sona erdirilebilmesi olanağı getirilmiştir. ; Işıktaç, s. 360. Boşanmayı tamamen serbest bırakan sistemlerde; taraflardan sadece birinin tek taraflı iradesiyle ya da tarafların hiçbir sebep göstermeden boşanabilmeleri, en küçük zorluk ya da sonradan pişman olunabilecek ani bir kararla veya kadın-erkek eşitliğine aykırı bir şekilde sadece kocaya tanınan bir hak olarak tanınması toplumun düzenli ve güvenli olması gereğine uygun düşmezken, boşanmanın yasak olması da bireyin özgürlüklerini sınırlandırıcı ve eşleri katlanılmaz bir evliliğe mahkum eden katı bir sistem getirmektedir. Boşanmayı belli bir sebebe ve hakimin hükmüne bağlayan görüşte ise; boşanma “kanundaki belli bir sebebe dayanması” ve “hakimin hükmüyle gerçekleşmesi” halinde evliliğe son vermenin mümkün olduğu, her iki görüşe göre “ortalama” bir yerde durmaktadır. ; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 239.

²³⁹ Ebru Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s. 48.

²⁴⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 236,238.

Eşler, “ömür boyu bir yastıkta birlikte yaşamak” amacı ile evlenirler. TMK 185. maddesinin son fıkrası bu amaç ve ilkeyi; “*Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.*” şeklinde betimlemektedir. Ancak bu niyet ve arzularla kurulsada ölüm ve gaiplik gibi irade dışı gelişen durumlar dışında da evlilikler aile içi çatışmaların başlaması ve bu çatışmaların uzlaşmaya dönüştürülememesi durumlarında boşanma olgusunun gündeme gelmesiyle son bulabilmektedir.²⁴¹

Evlilik birliği devamlı bir birliktir. “Belli bir süre” ile devam edecek bir evlilik yapma hakkı kimseye verilmediği gibi boşanma sebeplerinin varlığı, evliliğin bu özelliğini değiştirmez. İstisnai olan durum boşanmadır.²⁴² Diğer bir deyişle “*toplumun genel sağlık ve sağlamlığı, memleketin nüfusu, milli savunması, kültür terbiyesi, hatta memleketin ekonomi ve maliyesi ile aile arasında çok sıkı bir bağ vardır. Dolayısıyla belirli süre evlenmek toplumun ahlak anlayışına da uymadığı gibi hukuken de mümkün değildir.*”²⁴³

Diğer taraftan eşler, evlilik hayatından beledikleri ve hatta düşledikleri esenlik ve mutluluğu bulamazlarsa, kurulan evlilik büyük çapta ümitsizlik, elem ve keder kaynağı olur ki bu durumda onlardan aralarında kurdukları evlilik ilişkisini devam etmelerini istemek doğru olmaz. Bu sebeple eşlere kendi iradeleriyle meydana getirdikleri evliliği yine kendi iradeleriyle sona erdirme hakkı tanınmaktadır.²⁴⁴

Türk doktrininde boşanma; “*Eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda öngörölmüş sebeplerden birine dayanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hakim karar ile son verilmesi.*”²⁴⁵, “*evlenme anında mevcut olması gerekmeyen bir sebeple açılan yenilik doğuran dava sonucunda verilen ilam ile geçmişe etkili olmayarak evliliğe son verilmesi*”²⁴⁶, “*Evliliğin yargıç kararı ile ortadan kaldırıldığı durumlardan birisi*” olarak tanımlanmaktadır.²⁴⁷

Yukarıdaki tanıma göre varılması gereken sonuç; İslam hukukundaki gibi tek taraflı irade açıklaması ile boşanmaya karar verilemeyeceğidir. Hakim kararı, taraflardan en az

²⁴¹ Şükran Şıpka, “Boşanma Çatışmaları ve Boşanmada Kusur İlkesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı, İstanbul, 2007, www.ailehukuku.org, (son erişim 31.03.2014)

²⁴² Öztan, 2000, s.95.

²⁴³ Velidedeoğlu, s.45.

²⁴⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s.237.

²⁴⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 235-236.

²⁴⁶ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan, Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 209.

²⁴⁷ Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K.Emre Gökyayla, Medeni Hukuk-Giriş Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku - Aile Hukuku, 6. bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2000, s. 877.

birinin boşanma davası açmış olması ve davanın kanunda yazılı sebeplere dayandırılması aranmaktadır.²⁴⁸ Boşanma hakkı, dava yolu ile kullanılması gereken, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu bozucu yenilik doğuran hak; aynı zamanda “kişilik işlemi hakkı”dır.²⁴⁹

2.2.2.2 Boşanmanın Dayandığı İlkeler

Türk Medeni Kanunu; Almanya, Fransa ve İsviçre’de olduğu gibi “sebebe dayanan boşanma” görüşünü benimsemiştir. Buna göre; ancak kanunda öngörülmuş genel bir sebebe veya ayrı ayrı sayılan özel sebeplerden birine dayanarak ve hakim kararı ile boşanma görüşünü benimsenmiştir. Bununla birlikte hangi hallerin ve olguların boşanmaya sebep oluşturacağı hususunda beş temel ilke ortaya konulmuştur.

Eski Medeni Kanun’da kusur, temelden sarsılma ve elverişsizlik ilkeleri kabul görmüşken, 4.5.1988 tarihinde 3444 sayılı Yasa ile irade ilkesi ve eylemli ayrılık ilkesi kabul edilmiştir.²⁵⁰ Aşağıda bu ilkelere kısaca bahsedilmektedir.

2.2.2.2.1 Kusur İlkesi

Kusur ilkesi; boşanma davası açma hakkının sadece kusursuz veya daha az kusurlu eşe tanınması esasına dayanır. Bu durumda, boşanma ancak eşlerden birinin kusurlu olması halinde mümkündür. Başka bir deyişle kusurlu olan eş dava açamaz ya da açmış olduğu dava reddedilir.

Bu ilkenin temelindeki düşünce; kimseye kendi kusuruna dayanarak hukuken korunan bir yarar elde etmesi fırsatı verilmemesi yaklaşımıdır. İsviçre’de yeni düzenleme ile kusur ilkesinden vazgeçilmiştir denilebilir.²⁵¹ Ancak TMK’da kusur ilkesi halen mevcut olmakla birlikte, 4.5.1988 tarihli 3444 sayılı yasa ile Eski Medeni Kanun m.134’de yapılan değişiklikle kusur ilkesi yumuşatılarak, TMK m. 166/I-II’e göre; dava açma hakkı kusurlu olmayan eşe de tanınmıştır. Buna göre; davalı eş tarafından kusurun ileri sürülmesi yani itiraz hakkının kullanılması, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve çocuklar /davalı eş bakımından korunmaya değer bir yarar kalmadığı anlaşılıyorsa, hakim tarafından, davayı açan eş kusurlu olsa dahi boşanmaya karar verileceği hükmüne yer verilmiştir.²⁵² Bu hükümle

²⁴⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 102-103.

²⁴⁹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 96.

²⁵⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 240.

²⁵¹ Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.75.

²⁵² Zevkliler/Acabey/Gökayla, s. 880.

kusur bir itiraz olmaktan çıkarılıp defî haline getirilmiş bununla birlikte defînin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasına neden oluyorsa dikkate alınamayacağı hükme bağlanmıştır.²⁵³

TMK’da evliliğin temelinden sarsılması esas alınmakla birlikte geniş ölçüde kusur ilkesine yer verildiği görülmektedir.²⁵⁴ Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk gibi boşanma sebeplerinde kusur aranmış; sadece kusursuz veya daha az kusurlu eşe dava açma hakkı tanınmıştır.²⁵⁵

Ancak kusur ilkesinin mutlak olarak kabul edilmesi eşlerin kusuru olmayan hallerde yine de evliliği sürdürmelerinin kendilerinden beklenemeyeceği durumlarda; örneğin akıl hastalığı sebebine dayalı boşanma davalarında boşanmaya engel oluşturarak, eşleri boşanabilmeleri için birbirlerine kusur yüklemeye zorlayacağı sebebiyle eleştirilmiştir.²⁵⁶

Boşanma davası genelleştirilerek özel boşanma sebepleri düzenlemesi terk edilse dahi boşanma hükmünün ferî sonuçlarının düzenlenmesinde “kusur” etkisi bertaraf edilmemelidir. Aksi takdirde zina eden eşin diğer taraftan nafaka alması gibi ahlaki anlamda kabul edilemez bir uygulamanın kapısı açılmış olacaktır.²⁵⁷

2.2.2.2.2 İrade İlkesi

İrade ilkesi; eşlerin birlikte açıkladıkları ortak iradeleriyle kurulan evliliğin yine onların iradeleriyle bozulması esasına dayanır.

Bu ilke ile serbest boşanma görüşüne yaklaşılmış olunmaktadır. Ancak bu durum eleştirilere yol açmaktadır. Bu görüşü eleştirenlere göre; evlenme tarafların ortak iradeleri ile kurulmuş olsa da kurulduktan sonra artık alelade bir sözleşme olmaktan çıkar ve tarafların kişiliklerini birleştiren görülmez bir bağ halini alır. O halde hiç duraksamadan bu birliğin ortadan kaldırılmasının tarafların iradesine bırakılamayacağını görüşündedirler.²⁵⁸

²⁵³ Ceylan, s. 11.

²⁵⁴ Feyzi Necmettin Feyzioğlu, Aile Hukuku, 3. bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1986, s. 252.

²⁵⁵ Ceylan, s. 10.

²⁵⁶ Ceylan, s. 10.

²⁵⁷ Hatemi/ Kalkan Oğuztürk, s. 98-99.

²⁵⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 240,241.

3444 sayılı Yasa ile Eski Medeni Kanun'un 134. maddesinde yapılan değişlikle; TMK m. 166'da yer alan "anlaşmalı boşanma" hakimnin kararı ve denetimiyle kabul edilmiştir.²⁵⁹ Böylece eşlere belli oranda irade serbestisi tanınmış olmaktadır.

2.2.2.2.3 Temelden Sarsılma İlkesi

Temelden sarsılma ilkesi; tarafların kusurlarından bağımsız olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması esasına dayanır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması halinde, bu birliğin devamını istemenin; toplumun, eşlerin ve çocukların menfaati için hiçbir faydası ve anlamı kalmamıştır.²⁶⁰ Bu ilkeye göre boşanma için kusur şart değildir. Taraflardan biri veya ikisi kusurlu olabileceği gibi her ikisi de kusurlu olmayabilir burada önemli olan husus evliliğin anlam ve amacını yitirmiş olması, ızdırap veren evliliğin artık sonlandırılması gereğidir.²⁶¹ Temelden sarsılma ilkesi, kusur ilkesi gibi boşanma hususunda hakime çok geniş takdir serbestliği tanımaktadır.

Temelden sarsılma ilkesi Kanun'da, TMK m. 166/I; "*evlilik birliğinin temelden sarsılması*", TMK m.163'a göre, "*haysiyetsiz hayat sürme*" ve TMK m. 165'e göre, "*akıl hastalığı*" boşanma sebeplerinde kabul edilmiştir.

2.2.2.2.4 Elverişsizlik veya Uygunsuzluk İlkesi

Elverişsizlik veya uygunsuzluk ilkesi; eşlerden birinde ortaya çıkan bedensel veya ruhsal bozukluklarından ötürü, evlilik hayatını ve özellikle ondan doğan yükümlülükleri yerine getirmeye elverişsiz bir duruma düşmesi halinde evlilik birliğinin sona erdirilmesi esasına dayanır. Bedensel ve ruhsal bozukluklara akıl hastalığı, cinsel sapkınlık ve gelecek kuşaklar için tehlikeli hastalıklar gösterilebilir.²⁶²

TMK'nın 165. maddesinde bu ilke; boşanmanın akıl hastalığı sebebine dayanması yönünden kabul edilmiştir.

2.2.2.2.5 Eylemli Ayrılık İlkesi

Eylemli ayrılık ilkesi; Medeni Kanunun 166. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiş yeni bir ilkedir. Bu ilke; eşlerin uzun süreden beri bir arada yaşamamaları nedeniyle evlilik

²⁵⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 881.

²⁶⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 241.

²⁶¹ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 75.

²⁶² Akıntürk/AteşKaraman, s. 242.; Feyzioğlu, s. 253.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 882.

birliğinin sona erdirilmesi esasına dayanır. Buna göre, eşlerin uzunca bir süreden beri bir araya gelmemesi ve eylemli olarak ayrı yaşamayı sürdürmeleri halinde artık bu evliliğin devam etmesinde bir yarar kalmamıştır. Ancak bu durumda uzunca süreden anlaşılması gereken ne olmalıdır? Köprülü/ Kaneti; “*eylemli ayrılık süresinin kısaltılması tek yanlı boşanmaya yol açar; uzun tutulan süre ise yeni bir yaşamı başlatmak olanağını sınırlar.*” görüşü ile ifade ettiği üzere “uzunca süreden” ne anlamak gereği hassas bir konu olarak görülmektedir.²⁶³

Türk Medeni Kanunu’nda 166. maddenin IV. fıkrasına göre, dava koşulu olarak üç yıl belirlenmiş olduğundan bu süre mahkemece doğrudan gözetilmelidir.²⁶⁴

TMK’da boşanma sebepleri belirlenirken bir tek ilke değil yukarıdaki tüm ilkeler benimsediğinden “karma sistem” e yer verildiği söylenebilir. Bir sonraki bölümde bu ilkeler ışığında TMK’da düzenlenen boşanma sebeplerine yer verilmiştir.

2.3 Türk Medeni Kanunu’na Göre Boşanma Davası ve Sebepleri

Batı’da 20. yüzyıla kadar genel olarak “*boşanmanın ancak belirli sebeplerin varlığı halinde başvurulabilecek*” bir yol olduğu düşüncesi hakimdi. Almanya’dan sonra İsviçre’de 1 Ocak 2000’de yürürlüğe giren düzenlemeler ile belirli boşanma sebepleri yerine, bunların ayrı ayrı düzenlenmediği, “*anlaşmalı boşanma*”, “*ortak hayatın belirli süre sağlanamamış olması*” ve “*genel boşanma sebebi*” ayrımının esas alındığı bir sistem getirilmiştir. Türk Medeni Kanunu’nda da; özel boşanma sebepleri, genel boşanma sebepleri ve belirli süre ayrı yaşamının ayrıca özel boşanma sebebi olarak kabul edildiği bir sistem benimsenmiştir.

Kanunda bir boşanma sebebi için belirli “olgular” aranmakta ise “özel” boşanma sebebinden, boşanmanın kanuni şartı olarak ileri sürülen olgular belirtilmeyip de evlilik birliğinin temelden sarsılması yeterli görülüyorsa “genel” boşanma sebebinden bahsedilmektedir.²⁶⁵

²⁶³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 242.; Bülent Köprülü/ Selim Kaneti, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s.144.

²⁶⁴ Y2HD; 13.06.1995, 5770/6944; “Medeni Kanununun 134/son maddesinde öngörülen süre hak doğurucu, maddi hukuka ilişkin bir süredir ve dava şartıdır. Dava hakkı sürenin dolmasından sonra doğar ve hakim tarafından resen nazara alınmalıdır. Yıllık sürelerde, süre senenin kaçınıcı günü işlemeye ise biteceği senenin aynı gününde biter. Süre bitmeden (dolmadan) bir gün önce, yani 3 yıl sonrasının kararın kesinleştiği güne tekabül eden gününde, açılan davanın bu sebeple reddi gerekir.”; Talih Uyar, Türk Medeni Kanunu, Gerekçeli-İçtihatlı Aile Hukuku, 2.-3. cilt, Ankara, Feryal Matbaacılık, 2002, s. 1140.

²⁶⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 98.

Olgulara dayandırılmış özel boşanma sebepleri Kanun'da; TMK. m. 161 “zina”, TMK. m. 162 “hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranış”, TMK. m. 163 “suç işleme veya haysiyetsiz yaşam sürme”, TMK. m. 164 “terk”, TMK. m. 165 “akıl hastalığı”, TMK 166/son “boşanma davasının reddinden sonra 3 yıl ortak hayat kurulamaması” olarak belirlenmiş; TMK m. 166 ve diğer fıkralarında ise evlilik birliğinin sarsılması ve aynı maddede düzenlenen “eşlerin anlaşması ve eylemli ayrılık” ise genel boşanma sebepleri olarak sayılmıştır. Genel boşanma sebepleri belirli bir olguya dayanmadığından bunların önceden teker teker belirlenmesi mümkün olamamaktadır.²⁶⁶

Doktrinde kabul edilen diğer bir ayrımı nispi ve mutlak boşanma sebepleri oluşturmaktadır.²⁶⁷ Bir boşanma davasında, boşanma sebebi olarak kabul edilen maddi olguların varlığının kanıtlanması yeterli ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve ortak hayatın çekilmez hale geldiğinin hakim tarafından araştırılması gerekmiyor ise mutlak boşanma sebebinden bahsetmek mümkündür Ancak boşanma sebebini oluşturan olguların kanıtlanması yeterli olmayıp “çekilmezlik, beklenemezlik” şartının aranması halinde takdirde nispi boşanma sebebinden bahsetmek mümkün olacaktır.

Türk Medeni Kanun’u; zina, hayata kast ve pek fena muamele, terk, boşanma davasının reddinden sonra belirli süre boyunca ortak hayatın tekrar kurulamaması boşanma sebeplerini mutlak boşanma sebebi olarak, genel boşanma sebebini, akıl hastalığını, suç işlemeyi ve haysiyetsiz hayat sürmeyi nispi boşanma sebebi olarak sayılmıştır.

Boşanma sebeplerinin mutlak ve nispi nitelikte olmaları, hakimin takdir yetkisi kullanması bakımından önem taşımaktadır.²⁶⁸

2.3.1 Boşanmanın Özel Sebepleri

TMK’da boşanmanın özel sebepleri arasında; “zina”, “hayata kast”, “pek kötü veya onur kırıcı davranış”, “suç işleme”, “haysiyetsiz hayat sürme”, “terk” ve “akıl hastalığı” sayılmıştır.

²⁶⁶ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 98.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 243.

²⁶⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 243.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 103.

²⁶⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s.244.

2.3.1.1 Zina

Genel olarak zina, “evli bir erkeğin karısından başka bir kadınla veya evli bir kadının kocasından başka bir erkekle isteyerek cinsel ilişkide bulunmasıdır.”²⁶⁹ Zina mutlak boşanma sebebi olarak sayıldığından ayrıca zina olayının evlilik birliğini temelinden sarmış olup olmadığına bakılmaksızın boşanmaya karar verilmesi gerekir.²⁷⁰ Zira zina, evlilik birliğinin eşlere yüklediği karşılıklı sadakat gösterme yükümlülüğünün en ağır şekilde çiğnenmesidir.²⁷¹

Türk Medeni Kanunu’nda, evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte ortaya çıkan hak ve yükümlülükler; her iki eş için de ortak hak ve yükümlülükler halinde düzenlenmiş olduğundan kadın ve erkek arasında bir ayrım gözetilmemiştir. TMK, hem karının hem de kocanın karşı cinsten başka biriyle bir tek defa bile cinsel ilişkide bulunmasını zina olarak kabul etmiş olup, bu yolla kadın ve erkek arasında bir fark gözetmediği gibi eylemin sürekliliğini de aramamaktadır.²⁷²

Ancak eşcinsel ilişkide bulunulması zina kapsamında değerlendirilmemekte; bu durum haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle veya evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanma davasına konu olabilmektedir.²⁷³

Zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesi birtakım şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Zina sebebiyle boşanma davası açabilmek için öncelikle zinanın hukuken evlilik birliği içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durumda evlilik ilişkisi hukuken devam ettiği sürece; ayrılık, gaiplik yahut birlikte yaşamaya ara verilmiş olması hallerinde veyahut batıl evlilikler de hakim kararına kadar geçerli bir evliliğin varlığı kabul edildiğinden, eşler arasında sadakat gösterme yükümlülüğünün devam ettiğinden bahsedilmektedir.²⁷⁴

²⁶⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 244., Bilal Köseoğlu/Köksal Kocaağa, Aile Hukuku ve Uygulamaları, Ekin Kitabevi, 2. Bası, Bursa, 2011, s.21.

²⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 103,104.,Öztan, 2004, s.374 vd.

²⁷¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 244.; Öztan, 2004, s. 374.

²⁷² Önceki Türk Ceza Kanunu m. 440-441 kadın ve erkek arasında farklı düzenlemeler yapmış karının başkasıyla giriştiği bir defalık cinsel ilişki zina suçunu oluştururken kocanın karısından başka bir kadınla yaşaması şartının ancak zinayı oluşturacağını kabul etmişti. AY md 10’da eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa mahkemesinin 23.9.1996 tarih ve 15/4 iptal kararıyla zina, hem kadın hem erkek için suç olmaktan çıkarıldığı gibi kadın ve erkek arasındaki eşitsizlikte ortadan kaldırılmış ayrıca tek bir cinsel birlikteliğin dahi zina sebebiyle boşanmak için yeterli sayılmıştır.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 244,245.

²⁷³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 104.

²⁷⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 245.; Öztan, 2004, s.375.

Zinadan bahsedilebilmesi için diğer bir şart, kusur şartı yani cinsel ilişkinin bilerek ve isteyerek gerçekleşmesi şartıdır. Burada aranan kusur zinanın sübjektif şartıdır. Ayırt etme gücü bulunmayan veya kusuru olmaksızın ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden eşin eylemi, zina sayılmaz. Maddi cebirle veya bayılarak cinsel ilişki kurulması durumunda kusurdan bahsedilemezken, maddi bir cebir olmaksızın manevi cebirle yani tehditle cinsel ilişkiye girilmesi veya mala yapılan tehditlerin etkisiyle cinsel ilişki kurulması durumunda kusurdan ne ölçüde bahsedilebilecektir? Bu konuda Yargıtay içtihatlarında kesinlik bulunmamakla doktrindeki görüşler birlik kazanmış görünmektedir. Akıntürk; maddi cebirde kusurun bulunmadığını, manevi cebirde de “çok ciddi ve ağır bir manevi tazyikle ilişkiye razı olan kadının kusurlu bulunmadığı” görüşünü benimsemektedir. Tekinay ve Velidedeoğlu ancak mala yapılan tehditlerin etkisiyle kurulan cinsel ilişkide eşi kusurlu saymak gerektiği görüşündedir.²⁷⁵

Zinada ispat yükü davacıdadır. Zinanın ikrarı, zinanın ispatına yeterli görülmediği gibi zina sebebiyle kendisine dava açılan eşin, davacının da zina yaptığını ispat etmesi mevcut davayı düşürmeyecektir.

TMK m. 161/III’e göre, zina yapan eşin affedilmesi veya zina eyleminin öğrenilmesinden itibaren altı ay ve herhalde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşmektedir.²⁷⁶

Zina nedeniyle boşanma kararı verilmesinin birtakım hukuki sonuçları vardır. TMK m 174/1’ e göre kusursuz veya az kusurlu eş, diğer eşe karşı maddi tazminat ve bu arada TMK m. 174’e göre kişilik hakkı ihlal edilmişse manevi tazminat davası açabilir.

Ayrıca zina sebebiyle boşanmaya karar verilmiş olmasına bakılmaksızın, zinaya dahil olan üçüncü kişiye karşı, kişilik hakkı ihlal edilen eş, TMK m. 25 ve TBK m. 61 vd maddelerine dayanarak maddi ve manevi tazminat davası açabilir. Aynı zamanda yoksulluk nafakası da davacının talep edebileceği bir diğer hakkıdır.²⁷⁷

²⁷⁵ Öztan, 2004, s. 376,377, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 246.;

²⁷⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 248.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 99.; Öztan, 2004, s. 375.

²⁷⁷ Öztan, 2004, s. 375., Köseoğlu/Kocaağa, s.23 vd.

2.3.1.2 Hayata Kast, Pek Kötü Muamele Ya Da Onur Kırıcı Davranış

TMK m. 162/I'e göre, “eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir.” Maddede üç ayrı boşanma sebebi ortaya konulmuştur. Bu sebepler ise kendi içinde mutlak, kusura dayalı ve özel boşanma sebepleri olarak farklılık göstermektedir.²⁷⁸

Hayata kast, ayırt etme gücüne sahip bir eşin diğeri öldürme amacıyla bazı pasif ve aktif davranışlar ortaya koyması olarak tanımlanabilir. Bu halde hayata kast kusura dayanan bir boşanma sebebidir.

Pasif ve aktif eylemlere örnek olarak; yardımdan kaçınarak ölüme terk etme, eşi intihara teşvik etmek, eşi fiilen öldürmeye teşebbüs gibi eylemler de hayata kast olarak değerlendirilir. Buna karşılık öldürme tehdidi, öldürme amacı bulunmayan eylem, eşin yakınlarına yönelik eylem hayata kast kavramına girmez. Bu durumlarda TMK m.163 suç işleme sebebi ile ve TMK m. 166'ya göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası açılabilir.²⁷⁹

Hayata kast mutlak boşanma sebebi olduğundan hakim ayrıca evliliğin temelden sarsılıp sarsılmadığına bakmaksızın, hayata kast eyleminin ispatı ile boşanmaya karar verecektir.²⁸⁰

Pek kötü davranış; özel ve mutlak boşanma sebebi olduğundan ve hakim tarafından hayatın çekilmez hale gelmiş olup olmadığına bakılmaksızın boşanmaya karar verileceğinden bu davranışların zulüm ve işkence boyutuna ulaşmış olması şarttır. Pek kötü davranışlara; zulüm, cinsi ilişkide pek fazla ileri gitmek, işkence, ağır eziyet, aç bırakmak, acımazsızca dövmek örnekleri gösterilebilir. Bu davranışların bir kere dahi yapılması yeterli olup aynı zamanda 5237 sayılı TCK m. 232'ye göre aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse iki aydan bir yıla kadar cezalandırılır.

²⁷⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 107., Köseoğlu/Kocaağa, s.23 vd.

²⁷⁹ Gençcan, Boşanma Hukuku, s.101,102., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 248-249; Öztan, 2004, s. 383.

²⁸⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 249.; Öztan, 2004, s. 383.

Onur kırıcı davranış da mutlak ve özel bir boşanma sebebi olup söz yazı veya hareketlerle eşlerden birinin diğerinin onuruna haksız ve küçük düşürmek amacıyla yaptığı davranışlardır.²⁸¹

Onur kırıcı davranışlara ağır hakaret örnek verilebilir. Ancak eşin kışkırtılması veya bu davranışların kızgınlık anında yapılmış olması, kusuru tamamen ortadan kaldırır veya hafifletir.²⁸²

TMK m. 162/III' e göre; eşin affedilmesi durumunda veya TMK m.162/II'ye göre altı aylık ve beş yıllık hak düşümü süreleri geçmiş olması durumunda, kusursuz olan ve hayatına kastedilmiş ya da kendisine pek kötü veya onur kırıcı davranışta bulunulmuş olan eşin dava hakkı düşer.²⁸³

2.3.1.3 Suç İşleme veya Haysiyetsiz Hayat Sürme

Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme iki ayrı boşanma sebebidir. Bu madde ile TMK m.162'den farklı olarak eşlerden birinin diğer eşe yönelen davranışları değil, toplumdaki diğer kişilere yönelik suç sayılan eylemleri ve haysiyetsiz davranışları boşanma sebebi oluşturmaktadır.²⁸⁴

Türk Medeni Kanunu m. 163 hükmüne göre; “*eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler... ve bu sebepten birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir.*” Maddenin gerekçesine bakıldığında; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile küçük düşürücü suç ve haysiyetsiz hayat sürmenin nispi boşanma sebebi haline getirildiği görülmektedir. Bu durumda evlilik birliğini devam ettirmenin diğer eşten beklenemezlik-çekilemezlik durumu içerdiğinin davacı tarafından ispatı gerekmektedir. Aksi takdirde çekilmezlik koşulu gerçekleşmedikçe dava reddedilecektir.²⁸⁵

Boşanmaya karar verilebilmesi için küçük düşürücü suçu işleyen eşin kusuru aranmakta olup, ayırt etme gücünden yoksun veya akıl hastası eşin davranışları bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Küçük düşürücü suç kavramı ile hem yüz kızartıcı hem de bu

²⁸¹ Gençcan, Boşanma Hukuku, s.104,106.; Öztan, 2004, s. 383.

²⁸² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 251.;

²⁸³ Köseoğlu/Kocaağa, s.24.

²⁸⁴ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 111., Köseoğlu/Kocaağa, s.24 vd.

²⁸⁵ Y2HD, 08.03.2004, 1653 E, 2888 K; www.kazancı.com, (son erişim:19.04.2014)

nitelikte olmayan diğer cürümler kastedilmektedir. Bunlara örnek olarak hırsızlık, dolandırıcılık, ırza geçme, güveni kötüye kullanma, sahtecilik, kalpazanlık, kaçakçılık, livata, zimmet gibi suçlar gösterilebilir.²⁸⁶ Ancak aç kaldığı için hırsızlık yapan ya da tecavülden kurtulmak için adam öldüren bir kişinin işlediği suçta ve benzeri durumlarda, hakim suçun yüz kızartıcı olup olmadığını takdir etmesi beklenilmektedir. Burada suçun küçük düşürücü olup olmadığı verilen cezaya göre değil, suçun işleniş saikine ve toplumdaki anlayışa göre saptanmaktadır.²⁸⁷

Küçük düşürücü suçu işleyen eşin ceza kovuşturmasına uğramış ve bu suçtan dolayı hüküm giymiş olması şart olmamakla birlikte evlilik içinde işlenmiş olması yeterli sayılmaktadır. Ancak açılmış bir ceza soruşturması varsa bunun sonucu Aile Mahkemesi tarafından bekletici mesele yapılacaktır.²⁸⁸

Evlilik içinde işlenmemiş olmamakla birlikte, hüküm giymiş birinin nişanlısını kandırması veya evlenilen kişinin hüküm giymiş olduğunun bilinmemesi durumlarında şartları varsa hata hileye göre evlenmenin iptali, ya da evlilik birliğinin sarsılmasına dayanarak dava açılabilir.²⁸⁹

Maddede yer alan “*her zaman boşanma davası açılabileceği*” hususu öğretide tartışma yaratmıştır. Eşinin küçük düşürücü bir suç işlediğini bilmesine rağmen uzun yıllar bunu saklayan sonra da dava konusu yapan eşin dava açmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesi hakimdir. Yargıtay suç işleme sebebiyle boşanma davasının her zaman açılabilmesi görüşündedir.²⁹⁰

Haysiyetsiz yaşam sürme, toplumun anlayışına göre sürekli olarak namus, şeref ve haysiyet kavramlarıyla bağdaşmayacak biçimde yaşamaktır. Örneğin ayyaşlık, kumarbazlık, anormal cinsel ilişki alışkanlığı, şerefsiz bir meslek ve sanatla uğraşma gibi haller sayılabilir. Bu sebeple boşanmaya karar verilebilmesi için bu hallerin sürekli devam etmesi ve ortak hayatı çekilmez hale gelmiş olması şartı aranmaktadır.²⁹¹

²⁸⁶, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 252., Köseoğlu/Kocaağa, s.24,25.

²⁸⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 109.

²⁸⁸ Gençcan, Boşanma Hukuku, s.112 vd.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 252 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 109.

²⁸⁹ Gençcan, Boşanma Hukuku, s.117; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 109.

²⁹⁰ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 114 vd.; Öztan, 2004, s. 390 vd.

²⁹¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 253.; Öztan, 2004, s. 391.

Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma davası kanuna göre her zaman açılabilir. Ancak “küçük düşürücü suç işleme” sebebinde olduğu gibi doktrinde bazı yazarlar haysiyetsiz hayat sürme durumu sona erdikten sonra aradan uzunca bir süre geçmişse artık bu sebebe dayalı boşanma davası açılmayacağı görüşündedir.²⁹²

2.3.1.4 Terk

TMK m. 164’e göre; *“Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği ya da haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hakim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise, terk edilen eş boşanma davası açabilir.”* Ayrıca eşini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.

TMK’da Kanun Koyucu’nun da açıkça belirttiği gibi terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi birtakım şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Ortak konuttan ayrılarak ayrı yaşamının teknik anlamda terk sayılabilmesi için eşlerden biri, ortak konutu evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmemek maksadıyla ve haklı bir sebebi olmaksızın terk ediyor olmalıdır. Buna göre; iş için gitme, hastanede yatma, askere gitme, ceza mahkumiyeti gibi zorunlu durumlar ile diğer eşin terke zorlaması ya da haklı bir sebep olmaksızın diğer eş tarafından ortak konuta dönmesinin engellenmesi durumlarında terkin varlığından söz edilemez.²⁹³ Ancak yukarıdaki örnekteki gibi evi iş için terk eden eşin işi bitmesine rağmen ortak konuta dönmemesi haklı sebebin sonradan ortadan kalkması durumunu oluşturur.

Terkten bahsedilebilmesi için ayrı yaşamının en az altı ay sürmüş olması gerekmektedir. Terk eden eş altı ay dolmadan ortak konuta dönecek olursa bu süre kesilmiş olmaktadır. Ancak evi terk eden eş yeniden evi terk edecek olursa süre yeni bir altı aylık süre olarak tekrar işlemeye başlayacaktır. Bu terk ve geri dönüşlerin TMK2/II’ye göre hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturduğu hallerde terk sebebi ile boşanmaya imkan tanımak gerekir.²⁹⁴

²⁹² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 254.; Öztan, 2004, s. 388 vd.

²⁹³ Nihat İnal, Boşanma, Nafaka, Eşya, Nişanlanma Davaları, Ankara, Adalet Yayınevi, 1998, s.163 vd., Öztan, 2004, s. 392 vd.

²⁹⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 258., Öztan, s.392 vd., Köseoğlu/Kocaağa, s.28 vd.

Terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için, evi terk eden eşe usulüne uygun, samimi bir beyan içeren bir ihtarda bulunulması gerekir. TMK m. 164/II, c.3'e göre, bu ihtar terkin dördüncü ayın sonunda yapılabilir. Bu durumda TMK 164/I c.1'de bahsi geçen altı aylık sürenin, dört ayı ihtardan önce, iki ayı da ihtardan sonra geçirilmeden terk sebebiyle boşanma davası açılmaz. Başvuru ve istem üzerine gönderilecek olan ihtar da hakim; terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesini aksi taktirde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur.²⁹⁵

Terk, mutlak boşanma sebebi olarak gösterildiğinden yukarıda sayılı şartların gerçekleşmesi halinde hakim ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğine bakmaksızın boşanmaya karar verir. Ayrıca terkin tüm şartları gerçekleştikten sonra terk eden eşin ortak konuta dönmesi ya da dönme isteminde bulunmasının davanın sonucuna bir etkisi bulunmamaktadır.²⁹⁶

2.3.1.5 Akıl Hastalığı

Akıl hastalığı sebebiyle boşanma nispi, özel ve kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir. Bu hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık raporu ile tespit edilmesi ve diğer eş için evliliğin çekilmez hale gelmesi şartı aranmaktadır. Bu yönüyle akıl hastalığı elverişsizlik ilkesine dayanan bir boşanma sebebidir.

TMK m. 165'e göre; *“eşlerden biri akıl hastası olup da ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir.”*²⁹⁷

Akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için; akıl²⁹⁸ hastalığının evlilik sırasında var olması ve iyileşmeyeceğinin resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olması gerekmektedir. Akıl hastalığının ne zaman başladığı önem arz etmemekle birlikte evlenmeden önce de evlenmeye engel olacak bir akıl hastalığı var idiyse aynı zamanda bu durum mutlak butlan²⁹⁹ sebebi oluşturur.³⁰⁰ Ancak Akıntürk aksi görüştedir. Yazara göre; *“her ne kadar*

²⁹⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 259, Öztan, 2004, s. 391., Köseoğlu/Kocaağa, s.28 vd.

²⁹⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 254 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 110 vd.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.101.

²⁹⁷ Köseoğlu/Kocaağa, s.28., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 259, Öztan, s.400 vd.

²⁹⁸ Medeni kanun her türlü hastalığı değil sadece akıl hastalıklarını bu kapsamda değerlendirir, bu durumda aids, frengi, kanser akıl hastalıklarının dışında tutulmuştur.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 259.

²⁹⁹ 4721 sayılı TMK m.145 b.2 hükmüne göre; *“eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması halinde evlenme, mutlak butlanla batıldır.”*

TMK m. 165'te belirtilmemişse de akıl hastalığının boşanma sebebi sayılması için evlenmeden sonra meydana gelmiş olması aksi takdirde zaten evlenme engeli oluşturacağı görüşünü" ileri sürülmektedir.³⁰¹

2.3.2 Boşanmanın Genel Sebepleri

Buraya kadar incelediğimiz boşanma sebepleri belli bir olguya-olaya dayanan özel boşanma sebepleri iken yasa koyucunun TMK m.166'da düzenlediği "boşanmanın genel sebepleri" ise önceden belirlenmesi olanaksız, çok çeşitli olguların veya olayların oluşturabileceği bir çerçeveyi temel alan durumları içeren boşanma sebepleridir.³⁰² Bu durumu yansıtan sebepler TMK'da somut olarak düzenlenmemiş ve hangi hallerin evlilik birliğini temelinden sarsacağı konusunda hakime geniş takdir yetkisi tanınmıştır.³⁰³

TMK m. 166'da düzenlenen genel boşanma sebepleri üç türde düzenlenmektedir. TMK m. 166/I,II "evlilik birliğinin temelinden sarsılması", TMK m. 166/III; "anlaşmalı boşanma", TMK m. 166/IV; "boşanma davasından sonra ortak hayatın yeniden kurulamaması" dır.³⁰⁴

Uygulamada genel boşanma sebebine dayalı açılan boşanma davalarının sayısı oldukça fazladır. "Evlilik birliğinin sarsılması" sebebiyle açılan boşanma davaları Türkiye'de gerçekleşen boşanma davalarının çoğunluğunu oluşturmaktadır.³⁰⁵

2.3.2.1 Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

TMK m. 166/I uyarınca "Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilirler." Burada kanun koyucu biri objektif; "evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması" ve diğeri subjektif; "ortak hayatın sürdürülmesinin taraflardan beklenilmemesi" olmak üzere iki şartın gerçekleşmesini aramaktadır. Subjektif şartın varlığı bu boşanma sebebinin nispi boşanma sebebi olduğuna işarettir.³⁰⁶

³⁰⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 115.Özta, s.400 vd.

³⁰¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 259.

³⁰² Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 225.

³⁰³ Özta, 2004, s. 403.

³⁰⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s.102 vd.

³⁰⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 262., Köseoğlu/Kocaağa, s.104 vd., Zafer Zeytin/Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, 2. bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2013. s.189.

³⁰⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 261., Özta, 2004, s.403 vd.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, eşler arasında çok ciddi ve şiddetli geçimsizlik veya anlaşmazlık durumunun oluşmasıdır. Eşler arasında bu evliliği sürdürme konusunda ruh ve istek kalmamışsa evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı sonucuna varılabilir. Kuşkusuz bu tespiti yapacak olan hakime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hakim evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenip beklenmediğine karar verirken; kişisel görüşlerinden ari, toplumun değişen gerçeklerini, kanun koyucunun evlilik birliğine hayat boyu devam edecek bir birlik olarak değerlendirdiği görüşünü dışarıda tutmadan ve eşlerin hukuk düzenince tanınan en yüksek değeri taşıyan “kişilik”e saygı açısından somut olayı inceleyerek kararını verecektir.³⁰⁷

Gençcan; hakimın takdir hakkını kullanırken, somut olayı değerlendirilmesinde objektif ve sübjektif şart arasındaki ilişkiye dikkat çekerek bu durumu ev-deprem örneği ile açıklamıştır. Evlilik birliğini bir eve benzeten Gençcan; evlilik birliğinin temelinden sarsılması nispi boşanma sebebini de depreme benzetmiştir. Deprem şiddeti; temelden sarsılma (objektif) şartının, evin yapısının-dayanıklılığının ise çekilmezlik şartı (sübjektif) varsayılması halinde; evlilik birliğinin yıkılıp yıkılmayacağını bu iki şart arasındaki ilişki belirleyecektir. Öyle ki her evin yapısı aynı olmadığı gibi her deprem şiddeti de aynı yıkıcılıkta değildir. Bu benzetme üzerinden objektif ve sübjektif şartın birbiriyle ilişkisel durumu ve bu nedenle Yargıtay uygulamasında takdir farklılıklarının sebebi anlaşılmaktadır. Bu nedenle meydana gelen olayların=depremin şiddetinin, ne şekilde evlilik birliğini etkilediğinin-çekilmezlik oluşturduğunun tespitinde eşlerin evlilik algıları, yaşam biçimleri ve kültürel-toplumsal değerleri yani evin yapısı ve dayanıklılığı değerlendirilerek karar vermek gerekir.³⁰⁸ Daha somut bir örnekle açıklayacak olursak; aşırı iki içmek evlilik birliğini sarsar ancak bu eylemin evliliği ne ölçüde çekilmez hale getireceği her evlilikte farklılık yaratır. 8 şiddetindeki bir depremin her evi yıkacağı varsayılsa da dayanıklı evlilikler için bu durum çekilmezlik oluşturmazken, 2 şiddetinde bir deprem bir evi yani evlilik birliğini temelden sarsabilir.

Bu ekilmezliğin; “eşlerdeki evlilik ruhunu söndürmüş, onları evlilikten nefret eder duruma sokmuş olması gerekliliği dışında ortak hayatın sadece eşlerden biri için çekilmez olması yeterlidir.”³⁰⁹

³⁰⁷ Öztan, 2004, s. 375., Zeytin/Ergün, s.189 vd.

³⁰⁸ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 75.

³⁰⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 265., Öztan, 2004, s. 411 vd.

Yargıtay kararlarında; yıkanmaktan kaçınma³¹⁰, kadının rızası dışında cinsel ilişkiye zorlanması³¹¹, ağız kokusu³¹², sadakatsiz davranışlar, onur kırıcı söz ve davranışlar, kötü alışkanlıklar, şiddet içeren davranışlar, çocukların bakımını ihmal evlilik birliğinin temelinden sarsılma boşanma sebeplerine olarak örnek gösterilebilir.³¹³

Kanun Koyucu evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını zemin aldığından, bu boşanma sebebinde “kusur” şartını aramamıştır. Zira evlilik birliğinin temelinden sarsılması durumu eşler arasında geçimsizlik olmadan da gerçekleşebilir örneğin eşler birbirlerini sevmelerine karşın bir kaza sonucu eşlerden biri evliliğin gerekliliklerini yerine getiremiyor olabilir bu durumda duygu ve fikir ayrılığı olmadan evlilik birliği temelinden sarsılmış olmaktadır.³¹⁴ Dolayısıyla eşlerden her ikisi de kusurlu olsa ya da her ikisinin de kusuru bulunmasa bile boşanma davası açılabilir.³¹⁵

TMK m. 166/I hükmü; “...eşlerden her biri boşanma davası açabilir.” diyerek kusurlu eşe dava açma hakkını tanımış olsa da; TMK m.166/II hükmü; davacının kusurunun daha ağır olması halinde, davalının açılan davaya itiraz³¹⁶ hakkı olduğunu düzenlemektedir. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde³¹⁷ ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa hakim yine de boşanmaya karar vereceği düzenlenmektedir.³¹⁸ Bu düzenleme ile kanun koyucu evliliğin anlamını yitirdiği hallerde sırf davacının daha fazla kusurlu olması sebebi ile evliliğin devam etmesi gereği görüşünden vazgeçmiştir.³¹⁹

Yukarıda belirttiğimiz gibi ülkemizde boşanma davalarının çoğunluğu TMK 166/I-II’ye göre dayanak gösterilerek açılmaktadır. “Kusur ilkesi” ve “evliliğin temelinden sarsıldığına” ilişkin ispat zorunluluğu ülkemizde devam etmekte olduğundan boşanma davaları kanlı bir arenaya dönüşmekte, diğer eşin kusurlu çıkarılması yönündeki çaba sonucu

³¹⁰ YHGK,11.03.1964 T., 604/195; Ahmet Cemal, Ruhi, Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.97.

³¹¹ Y2HD, 01.03.1976 T., 1414/1767; Ruhi, s. 98.

³¹² YHGK, 07.07.1976 T., 760/2494; Ruhi, s.98.

³¹³ Gençcan, Boşanma Hukuku, s.229; Öztan, 2004, s. 408-409.

³¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 117.

³¹⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 266.

³¹⁶ “Burada kullanılan “itiraz” teknik anlamda bir itiraz değil defidir.”; Akıntürk/Ateş Karaman, s.266-267.

³¹⁷ “Bu hakkın kötüye kullanılması durumuna; davalının davacıya “bu iş bitti ben de istemiyorum..” demesi, davacı kadının beş seneden beri bir başkası ile karı koca gibi yaşadığı halde boşanmaya karşı çıkılması Yargıtay kararlarından diğer bir örnek olarak gösterilebilir.”; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 232

³¹⁸ Gençcan, Boşanma Hukuku, s.232

³¹⁹ Öztan, 2004, s. 415.

taraflar arasında üzücü, çirkin, ortak çocukların ruh sağlığını ve gelişimini olumsuz yönde etkileyen hatta eşlerin kişilik haklarına saldırı derecesine varan iddia ve savunmalara yer verilmesine sebep olmaktadır.

Nitekim, kim daha fazla kusurlu ise diğer taraf açılan bu davayı reddettirmek, daha fazla manevi-maddi tazminat almak, çocuğun velayetinin diğer tarafa verilmesini engellemek için gerçek olmayan tanık beyanlarına, çocukları taraf tutmaya yöneltmeye ve asılsız iddialara dayanmaktadır.³²⁰ Psikologlara göre de; boşanma sürecinde, eşlerden bir veya ikisinin depresyona girdiği, inançsızlık, ümitsizlik ve kendine acıma duyguları ile yoğun öfke içinde buldukları bir dönemdir. Bu sebeple eşlerin, yoğun pazarlık içinde bulunmaları, çatışma içine olmaları ve birbirlerini tehditler içeren davranışlarda bulunmaları söz konusu olmaktadır.³²¹

Uzun süren çekişmeli boşanma davaları nihayete erdiğinde; ortada ruhsal sağlığı bozulmuş ebeveynler, bu savaş alanında yıpratılmış çocuklar, evlilik birliğinin sona ermesi ile ileriye hiçbir şekilde taşınamayan ilişkiler ortaya çıkmaktadır. Eşlerin her ikisinin de boşanmayı istemesi ancak diğer hususlarda anlaşmaya varamamış olmaları halinde aile arabuluculuğuna başvurma yolu açıldığı takdirde, “kusur ilkesinin” sebep olduğu kimsenin aslında kazanmadığı bu savaş alanından uzaklaşmış; evlilik birliği sona erse dahi “ortak çocuk için aile” olarak kalabilmenin yolları açılmış olacaktır.

Ancak mevcut düzenlemede, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 2/I'e göre; taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf haklarının bulunduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuğa başvurabilmektedirler. Boşanma davaları bu yönüyle değerlendirildiğinde kamu düzenini ilişkin uyuşmazlıklardan biri olduğu sabittir. Bu sebeple Kanun Koyucu çok net bir sınır çizerek boşanma davalarını arabuluculuk uygulamaları kapsamı dışında tutmuştur. Bu husustaki kanaatimiz anlaşmalı boşanma davalarının incelenmesinden sonra ortaya konulduğundan tekrara düşmemek açısından yinelemekten kaçınıyoruz.

2.3.2.2 Anlaşmalı Boşanma

Anlaşmalı boşanma; tarafların evlilik birliğini sona erdirme yönündeki ortak iradelerini ortaya koydukları boşanma sebebidir. Anlaşmalı boşanma; eşlerin birlikte

³²⁰ Şükran Şıpka, “Boşanma Çatışmaları”, www.ailehukuku.org, (son erişim 31.03.2014)

³²¹ Murat Dokur/Yael Profeta, Aile ve Çift Terapisi, İstanbul, Morpa Yayınevi, 2006, s.217 vd.

başvurusu ile veya sonradan tarafların ortak iradesi ile mevcut davanın anlaşmalı boşanma davasına dönüştürülmesi şeklinde gerçekleşebilir.

TMK m. 166/III'e göre; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması şartı aranmaktadır. Ayrıca hakimin "tarafların iradelerini serbestçe açıkladıklarına" yine tarafları bizzat dinleyerek kanaat getirmesi ve tarafların boşanmanın ferî sonuçları hakkında mahkemece kabul edilebilir şekilde anlaşmış olmaları aranan diğer şartlardır. Görüldüğü üzere; Kanun Koyucu, tarafların karşılıklı anlaşmak yoluyla çözüm yolu bulmalarının önünü açmakla birlikte yapılan anlaşmanın geçerliliğini; hakimin onaylaması şartına bağlamıştır.³²²

O halde evlilik birliğinin en az bir yıl devam etmiş olması koşuluyla eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi veya her iki eşin birlikte boşanmayı talep etmesi halini Kanun Koyucu evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına karine olarak kabul etmektedir.³²³ Ancak boşanmaya ilişkin ortak taraf iradelerinin bulunması evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine olarak kabul edilse bile hakim tarafları bizzat dinleyip sözlü iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmediği boşanmaya karar vermeyecektir.³²⁴

Dikkati çekmek gerekirse; Kanun Koyucu TMK 166/III son cümle'de "*bu halde tarafların ikrarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.*" demek suretiyle boşanma davalarında açıkça uygulanmakta olan "*tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı*" ilkesine istisna getirmiş olmaktadır. Ancak, hakimin tarafları bizzat dinlemeden ve iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırmadan boşanmaya karar veremeyeceği hükmünün yanında "*tarafların ikrarlarının hakimi bağlayacağı*" anlamına gelen bir hüküm koymak açıkça çelişki yarattığından doktrinde eleştirilmektedir³²⁵.

Zira, anlaşmalı boşanma davalarında, boşanmanın mali ve çocuklar üzerindeki sonuçları hakkında tarafların anlaşması yeterli değildir. Aynı zamanda tarafların sözlü veya yazılı olarak sundukları anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması gerekmektedir. Boşanmanın ferî sonuçları olan; velayet, çocuklarla kişisel ilişkinin kurulması, nafaka ve tazminat gibi konuların kural olarak hakim tarafından belirlenmesi ve/veya tarafların anlaşmasının uygun bulunması aranmaktadır. Ancak hakimin yapacağı değişikliklerin de

³²² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 269, 282., Köseoğlu/Kocaağa, s.104 vd., Öztan, s.415 vd.

³²³ Köseoğlu/Kocaağa, s.104 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 269.

³²⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 271., Öztan,2004, s.415 vd., Zeytin/Ergün, s.190.

³²⁵ Öztan, 2004, s.418 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 271.

nihayetinde taraflarca kabul edilmesi gerekmektedir aksi takdirde tarafların anlaşarak boşandıklarından bahsedilemez³²⁶.

Anlaşmalı boşanma, çocukların psikolojisi açısından da tavsiye edilen boşanma biçimidir. Eşler ve çocuklar, anlaşmalı boşanma sürecinde diğer boşanma biçimlerine nazaran daha az yıpranmakta, eşlerin boşanma sonrası normal yaşantıları çok daha hızlı ve sağlıklı devam edebilmekte, ilişkiler çocuklar için geleceğe daha sağlıklı taşınabilmektedir. Ayrıca bu boşanma biçiminde, yargılama sürecinin kısalığı, eşlerin boşanmanın yukarıda bahsedilen ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmayı kendi iradeleriyle gerçekleştirme imkanları, ülkemizde anlaşmalı boşanma davalarının son yıllarda artış göstermesinin önemli sebeplerindendir.³²⁷

Anlaşmalı boşanmanın düzenlenme esası; tarafların her konuda uzlaşmış olmalarına dayanır. Ancak bazı durumlarda fiziki ve psikolojik koşullar altına tarafların tamamen özgür iradeleri ile karar verdiklerinden bahsetmek mümkün değildir. Bu sebeple bu uzlaşma aşamasında eşlerin hukuksal ve psikolojik yardım almaları son derece önemli ve üzerinde durulması gereken bir noktadır. Boşanma davalarının ferî sonuçlarının hakim tarafından onaylanması şartı bulunmakla birlikte, anlaşmalı boşanma davalarında örneğin; şiddet gören taraf, artık içinde bulunmak istemediği evliliğinden bir an önce kurtulma gayesi ile hareket ederek şiddet gördüğü eşinden boşanmak için anlaşma protokolünü kabul etmektedir. Benzer bir durum; eşin, psikolojik olarak daha fazla zarar görmemek için kendisini aldatan kocasından bir an önce ayrılma isteği ile çoğu zaman hiçbir talepte bulunmadan veya daha aza razı olarak evliliğe son vermek zorunda kalmasında da görülmektedir.³²⁸

Kanaatimizce yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, taraf iradelerinin daha net bir şekilde ortaya konulabilmesi açısından anlaşmalı boşanma davaları HUAK kapsamında arabuluculuğa elverişli sayılmalıdır. Ancak Kanun Koyucu, anlaşmalı boşanma davalarını arabuluculuk faaliyetine uygun düşen uyuşmazlıklar arasında düzenlememiştir.

Anlaşmalı boşanma, ancak hakimin “tarafların iradelerini serbestçe açıkladıklarını” tarafları bizzat dinleyerek kanaat getirmesi ve tarafların boşanmanın ferî sonuçları hakkında yaptıkları anlaşmayı onaylaması şartına bağlanmıştır. Bu durum, boşanmanın kamu düzenine

³²⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 271., Öztan, 2004, s.417 vd.

³²⁷ Şıpka, “Boşanma Çatışmaları”, www.ailehukuku.org (son erişim 31.03.2014)

³²⁸ Şıpka, “Boşanma Çatışmaları”, www.ailehukuku.org/ (son erişim 31.03.2014)

ilişkin hukuki uyuşmazlıklardan biri olmasının sonucudur. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'nu kapsamında değerlendirildiğinde, bu yönüyle boşanma davaları arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulabilecek uyuşmazlıklar arasında yer almamaktadır.³²⁹

Yukarıdaki şartların aranması; boşanmanın yukarıda da bahsettiğimiz bozucu yenilik doğuran bir hak olması ve ayrıca TMK m. 184/5 hükmü gereği, hakimin onayının arandığı durumlardan biri olması sebebi ile arabuluculuk kararının ilam niteliğinde sayılması mümkün değildir.³³⁰ Zira bu tür uyuşmazlıklar hakimin onayı şartına bağlıdır. Bu husus ise boşanma davalarının arabuluculuğun uygulanabileceği alanların dışında bırakılmasının sebebidir.

Aile arabuluculuğu konusunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1998 tarihli, R(98) 1 sayılı tavsiye kararı doğrultusunda üye ülkelerden aile arabuluculuğuna ilişkin çeşitli konularda bilgiler istenilmiş, bu bilgiler doğrultusunda; bazı devletlerde boşanma ve ayrılık davaları sırasında aile arabuluculuğu ile ilgili hükümlerin bulunduğu görülmüştür. Örneğin Norveç'te boşanma veya ayrılık davalarından önce bir arabulucu ile görüşülmesi zorunlu tutulmuştur.³³¹

Kanatimce, ileride anlaşmalı boşanma davalarında arabuluculuk uygulamasının yolunun açılması isabetli görülse de yine de arabuluculuk faaliyeti neticesinde oluşturulan boşanma anlaşmasının hakimin onayından geçirilmesinin zorunlu tutulmasını gerektiren bir ara çözüm yolunun bulunması yerinde olacaktır. Her ne kadar arabuluculuk boşanma davalarında maddi ve psikolojik açıdan birçok avantaj sunsa da ancak anlaşma metninin hakimin onayından geçirildiği bir düzenleme ile kötüye kullanımların önüne geçilebileceği düşüncesindeyim.

Nitekim, HUAK m.18/III bendinde; sadece aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda incelemenin duruşmalı olarak yapılacağı ancak hakimin sadece uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamında olup olmadığı ve cebri icraya elverişli konulardan olup olmadığını inceleme konusu yapacağı hükme bağlanmıştır. Kanaatimce bu hüküm kapsamı genişletilmek suretiyle, anlaşmalı boşanma davalarının arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulması halinde, tarafların iradelerinin oluşup oluşmadığı yönünde tarafların hakim tarafından duruşma

³²⁹ Şıpka, "Boşanma Çatışmaları", www.ailehukuku.org/ (son erişim 31.03.2014)

³³⁰ Şıpka, "Arabuluculuk Tasarısı", s.167.

³³¹ Mustafa Serdar, Özbek, "Avrupa Birliği Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı", 7. cilt, İzmir, DEÜHFD, 2005, s. 92.

yapılarak dinlemesi yoluyla, ara bir çözüm getirilerek, anlaşmalı boşanma davalarında arabuluculuk yolunun açılabilceği görülmüştür.

Ancak, TMK m. 166/III son hükmü uyarınca; tarafların anlaşmalı boşanmaya ilişkin ikrarlarının hakimi bağlayacak olduğu tartışmasız kabul edilecek olursa bu durumda hakimin bizzat tarafların açık iradelerini araştırması ve dinlemesi gerekmeyecektir. O halde tarafların boşanmaya ilişkin açık ikrarlarını boşanma arabulucusuna bildirmeleri ve ferî sonuçlara ilişkin protokolün hakimin onayından geçirilmesi şartı ile boşanma arabuluculuğunun anlaşmalı boşanma davalarında uygulanması mümkün olabilir mi?

Kanaatimce yine de arabulucuların, avukatların ve tarafların olası kötü niyetli girişimlerinin önüne geçilmesi için anlaşmalı boşanmada arabuluculuk uygulansa dahi hakimin tarafların sözlü beyanlarını alması ve anlaşmanın çocukların ve tarafların menfaatlerine zarar getirmediği araştırılmasının yapılması yerinde olacaktır.

2.3.2.3 Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması

TMK m. 166/IV'e göre; *“Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerinde boşanmaya karar verilir.”*

“Fiili ayrılık”, “eylemli ayrılık” olarak da bilinen “ortak hayatın yeniden kurulamaması” olgusu ile birbiriyle ortak hayatı sürdürme konusunda hiçbir şekilde uzlaşmayan, uzunca bir süre ayrı yaşayan ve bir daha bir araya gelmek istemeyen eşlerin, “maddesel olarak çökmüş olan evliliklerinin hukuksal yönden sona ermesine imkan sağlayan” bir uygulama yaratılmıştır.³³²

2.3.3 Boşanma Davası ve Ayrılık Kararı

Yukarıda incelemiş bulunduğumuz boşanma sebeplerinin varlığı halinde eşlere boşanma veya ayrılık isteme hakkı tanınmıştır.

TMK m. 167 ve TMK m. 170/II'ye göre, boşanma değil de ayrılığa karar verilmesinin hakimden istenildiği durumlarda boşanmaya karar verilmez. Boşanma davası

³³² Serap Helvacı/Fulya Erlüle, Medeni Hukuk, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2007, s.299.

evliliği sona erdiren, ayrılık ise ortak hayatın tatil edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar ayrılık kararı verilebilmesi için, boşanma sebeplerinden birinin mevcudiyeti aransa da anlaşmaya dayanan veya fiili ayrılık sebebiyle açılan boşanma davalarında evlilik birliğinin sarsıldığı karine olarak kabul edildiğinden ve eşlerin barışma ihtimali görülmediğinden eşler ayrılık isteminde bulunamayacaklardır.³³³

Türk Medeni Kanunu'nda ayrılık süresi bir yıldan üç yıla kadar kabul edilmiştir. Ayrılık süresinin tespitinde hakkaniyet, boşanma sebebinin ağırlığı, tarafların barışma olasılığının gerçekleşebilme süresi, eşlerin ve çocukların durumları dikkate alınmaktadır.³³⁴ Ayrılık süresi sonunda eşlerin ortak yaşamı kuramaması halinde eşler kusur oranına bakılmaksızın dava açabilirler.³³⁵

Taraf olma ehliyeti açısından, boşanma davasının sadece eşler tarafından açılabileceği kuşkusuzdur. Boşanma davalarında davacı olan eş, özel boşanma sebebi oluşturan olgu ve olayların meydana gelmesine etkisi olmayan taraftır. Genel boşanma sebebiyle açılan davalarda da, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusurlu olsun olmasın her iki eşin de dava açma hakkı olmasına karşı kusuru bulunmayan eş TMK md.166/II'ye göre davaya itiraz edebilmektedir. Anlaşmalı boşanma hallerinde veya ortak hayatın yeniden kurulamaması halinde ya da ayrılık için verilen sürenin dolmuş olması³³⁶ sebebine dayalı boşanma davalarını ise boşanma davasını eşlerden her biri açabilir.³³⁷

Boşanma davaları bozucu yenilik doğuran davalardandır ve evliliği hukuken kesin olarak sona erdirmektedirler. Boşanma davası açma hakkı doğrudan mirasçılara geçmemekle birlikte mirasçılara açılmış olan boşanma davasına devam etme hakkı tanınmıştır. Burada asıl gaye evliliği sona erdirmek değildir çünkü zaten ölümle evlilik kendiliğinden sona ermektedir. Mirasçılarının davaya devam etmelerindeki amaç kusurlu olduğu ispatlanan davalı eşin mirasçılığının engellenmesidir.³³⁸ Özellikle burada amaçlanan zina, hayata kast

³³³ Öztan, 2004, s. 429.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 274.; Ceylan, s. 28.

³³⁴ Ceylan, s. 29., Köseoğlu/Kocaağa, s. 140 vd.

³³⁵ Y2HD., 10.12.1984., 8713/10196.; “Eski MK m. 140 hükmü ise kusurlu eşe kusursuz eşin barışmak istememesi halinde dava açma hakkı tanımıştı.” Yeni TMK’da eşlerin ayrılık kararı kesinleştikten sonra birleşmemesi halinde karı-kocadan her biri boşanma davası açabilir demektir.; Ceylan, s. 29.

³³⁶ “Hakimin ayrılığı karar verdiği durumlar TMK m. 171’de kanun koyucu tarafında bir ve üç yıl arasında sınırlandırılmış olduğundan eşlerin yeniden ortak hayat kuramadıkları anlaşıldığında eşler kusurlu olsun olmasın boşanma davası açabilirler.”; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 277.

³³⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 277., Öztan, 2004, s.430 vd.

³³⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 277.,

davasında, davacının ölümü halinde, bu eylemlerde kusurlu bulunan davalı eşin bunlara karşılık davacının mirasçısı olarak kalması konusunda haksız ve adil olmayan sonuçların önüne geçilmek istenilmesidir.³³⁹ Ancak maddenin dayandığı gerekçeden hareket edildiğinde davalının mirasçılara da aynı hakkın tanınmaması isabetsiz olmuştur. Örneğin kusurlu olan eşin açtığı davayı kaybetmesi ve kararın kesinleşmesinin üzerinden 3 yıl geçtikten sonra dava açması ve dava devam ederken davalı eşin ölmesi halinde de belki de tamamen kusurlu olan eşin mirasçı haline gelmesi söz konusu olacağından bu durumun hakkaniyetle bağdaşır bir yanı bulunmamaktadır.³⁴⁰

Dava ehliyeti açısından; boşanma davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Hakkın niteliğini dava ehliyeti açısından değerlendirmek gerekirse, sınırlı ehliyetsizler “ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar” bizzat davacı ve davalı sıfatıyla yasal temsilcilerinin iznine muhtaç olmadan bu haklarını kullanabileceklerdir.³⁴¹

Tam ehliyetsiz (ayırt etme gücünden yoksun) kişilerin ise dava açma ehliyeti yoktur. Boşanma davalarında temsil hükümleri, dava açma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasından ötürü geçerli olmamaktadır. Ancak, örneğin diğer eş tarafından bu kişinin hayatına kast edilmesi veya pek kötü onur kırıcı muamelede bulunulması hallerinde, bu kuralı uygulayarak ayırt etme gücü bulunmadığından bahisle boşanma davası açma hakkı tanınmayan ve bu hakkını yasal temsilcisi marifetiyle de kullanmasına izin verilmeyen eşin bu evliliğe devamını mecbur kılan bir durum yaratılmaktadır. Yargıtay uygulamasında ve doktrinde bu sakıncanın önüne geçilmek için boşanma davaları başta olmak üzere kişiye bağlı haklardan bazılarının yasal temsilciler tarafından kullanılması uygun bulunmaktadır.³⁴²

Boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme; TMK m.168’e göre eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir. Bağımsız bir yerleşim yerine sahip olan eş, davadan önce son altı aydan beri ortak konutta da oturuyor ise kendi yerleşim yerinde, eşinin yerleşim yerinde ya da eşiyile birlikte son altı aydan beri oturdukları yer mahkemesinde dava açabilecektir.

³³⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 139., Zeytin/ Ergün, s. 191 vd.

³⁴⁰ Öztan, 2004, s. 464.

³⁴¹ Helvacı/Erlüle, s.299.

³⁴² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 278.

4782 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinde Aile Mahkemelerinin görevli olduğu belirtilmiştir. Aile Mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Asliye Hukuk Mahkemeleri görevli olacaktır.

Boşanma ve ayrılık davasında uygulanacak hükümler TMK m. 184 saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'na tabidir. Boşanma davalarında yargılama usulüne ilişkin ispat konusu TMK m. 183 ile düzenlenmiş ve bu hüküm ile hakime delilleri serbestçe takdir edebilme imkanı getirilmiştir. TMK m.184/I'e göre; hakim; boşanma davasının dayandığı olguların gerçekten mevcut olduğuna vicdanen kanaat getirmediği, bunlar ispat edilmiş olsalar dahi, davayı reddedebilecektir. Bu hüküm hakime dilediği gibi hareket etme serbestliği tanımamakla birlikte hakimi, vicdanen kanaat getirmediği delillere bağlı olma zorunluluğundan kurtarmaktadır. TMK m. 184/II'e göre; hakimin veya tarafların yemin önerisinde bulunması engellenmiştir. Bu halde, boşanma davalarında yemin kanıtına yer verilmemektedir. Ayrıca boşanma davalarında, TMK 184/III-IV maddelerine göre; hakimin sebepleri araştırarak bunların mevcudiyetine kanaat getirmesi benimsendiğinden tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı, hakimin delilleri serbestçe takdir ederek kararını vereceği üzerinde durulmuştur. TMK 184/V maddesinde düzenlenen, anlaşmalı boşanma başlığı altında da incelediğimiz üzere tekrardan kaçınarak, boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin tarafların anlaşmalarının yeterli olmadığını hakimin bu anlaşmayı onaylaması gerektiği şartını belirtmek isteriz.³⁴³

Tezimizin konusunun amacı doğrultusunda; Türkiye'de 1963'e kadar HUMK m. 494'e göre uygulanmış bulunan "sulh teşebbüsü" olarak isimlendirilen bir uygulamaya değinmek isteriz. Bu uygulamaya göre; taraflar boşanma davası açmadan önce eşler sulh hakimi önüne davet edilmekteydi. Buna göre; taraflar gizli yürütülen bu oturumlarda sulh hakimince barıştırılmaya çalışılmakta ancak başarılı olunamadığı takdirde boşanma davası taraflara boşanma davası açma imkanı tanınmak tadıydı.³⁴⁴ Ancak günümüzde taraflar doğrudan aile mahkemesine başvurarak dava açabilmektedirler.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un genel gerekçesinde belirtildiği üzere; bünyesinde psikolog, pedagog ve sosyal

³⁴³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 279 vd.; Ceylan, s. 32 vd.

³⁴⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 280.

çalışmacı bulunan aile mahkemeleri, aile hukukundan doğan dava ve işleri, taraflar arasında karşılıklı saygı, sevgi ve hoşgörünün korunması ilkesi gözeterek, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunların sulh yoluyla çözümünü sağlamaya çalışmalıdır. Kanun'un gerekçesinde açık olmak üzere, aile mahkemelerinin davaları karar bağlamanın yanı sıra öncelikli görevi ailenin korunmasına yönelik koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler almak işlevlerini de yerine getirtmek olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim AY 41. maddesinde vurgulandığı üzere ailenin Türk toplumunun temelini oluşturduğu vurgusu unutulmamalıdır.

TMK m. 184/VI'ya göre; taraflardan birinin istemi üzerine, hakim duruşmaların gizli yapılmasına karar verebilir. HMK. m. 28'de düzenlenen duruşmaların herkese açık olduğu kuralına boşanma davalarının eşlerin özel hayatına ilişkin olması sebebiyle getirilen bu istisnai durum karşısında istemin haklı ve gerekli olması halinde hakim tarafından kabul edilmesi gerekmektedir³⁴⁵.

İlk bölümde arabuluculuk etik ilkelerinde açıklandığı üzere, arabuluculuk faaliyetlerinde gizlilik ilkesi arabuluculuğun en önemli ve olması gereken özellikleri arasında sayılmıştır. Kanun Koyucu gizlilik ilkesine verdiği önemi, çalışmamızın ilk bölümde üzerinde durulduğu üzere, HUAK'ın birçok maddesinde de dile getirmiştir. Bu açıdan değerlendirildiğinde; özellikle son yıllarda davalara medyanın artan ilgisi ve aile ilişkilerinin mahremiyeti göz önünde tutulduğunda, boşanma davalarının arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturulmasının önü açıldığı takdirde, arabuluculuğun bu yönüyle de tercih sebebi olacağı görüşümdedir.

2.3.4 Boşanma ve Ayrılık Davasında Alınacak Geçici Önlemler

Boşanma veya ayrılık davasının açılması ile var olan çekişme ve anlaşmazlık yerini kimi zaman düşmanlığa dönüşen şiddetli çatışmalara bıraktığından eşler ve çocukların bundan zarar görmemeleri için geçici önlemlerin alınması gerekmektedir. TMK. m. 169; bu konuya düzenleme getirmektedir. Buna göre, boşanma veya ayrılık davasının açılması ile hakim davanın devamı süresince gerekli olan özellikle eşlerin barınması, geçimi, eşlerin mallarının yönetimi ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alacaktır.

³⁴⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 282.; Ahmet M. Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 13.; Ceylan, s. 32.; Ali İhsan Özuğur, Nafaka Hukuku, 4. bası, İstanbul, Legal Yayınevi, 2007, s. 25.

Taraflar geçici önlemler üzerine kendi aralarında anlaşmış olabilirler ancak bu durumda dahi hakimin yapılan anlaşmayı uygun bulması şartı aranmıştır. Bu önlemler; ihtiyati tedbir niteliğindedirler ve kanunda örnekleme niteliğinde sayıldığından hakime gerektiğinde farklı önlemlere başvurması veya mevcut önlemleri değiştirmesi yolunda geniş takdir yetkisi ile verilmiştir.³⁴⁶

Boşanma veya ayrılık davasının açılmasından itibaren ve dava süresince eşlerin ayrı yaşama hakkı bulunduğundan alınabilecek önlemlerin başında eşlerin barınmasına ilişkin ortak konutun ve ev eşyalarının hangi eşe tahsis edileceği sorunu gelmektedir. Hâkim, ortak konutun hangi eşe tahsis edileceğini eşlerin ve çocukların ortak yararını değerlendirerek karar verecektir. Aile konutunun eşlerden birine tahsis edilmesinde mülkiyetin hangi eşe ait olduğu etkili olmamakta, tamamen eşlerin ihtiyacı, yaşı, sağlık durumu, meslekleri ve çocukların kimin yanında bulunduğu gibi hususlar dikkate alınarak karar verilmektedir.³⁴⁷

Boşanma veya ayrılık davası açılmasıyla evlilik birliği boşanma kararına kadar devam etmekte ve bu süreçte eşlerin bakım ve geçimleri için gerekli önlemlerin alınması gereğini doğurmaktadır. Bu süreçte hakim, eşlerden ödeme gücü olanın, ihtiyacı olan diğer tarafın bakım ve geçimin sağlanması için “tedbir nafakası” ödenmesine karar verebilir. Bu düzenleme ile bakım ve geçindirme yükümlüğünün her iki eşe yüklenmiş olması ile eşler arasındaki ayırım kaldırılmış ve bu önlemin hem kadın hem de erkek için alınabileceği hükme bağlanmıştır.³⁴⁸

Tedbir nafakası, boşanma veya ayrılık davasının açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlamakta ve boşanma hükmünün kesinleşmesine kadar bu yükümlülük devam etmektedir. Hakimin tedbir nafakasına hükmetmesi için maddi imkanları yetersiz olan eşin kusursuz olması şartı aranmamaktadır.³⁴⁹ Tedbir nafakası miktarına karar verilirken, eşlerin ihtiyaçlarından hareketle, cinsiyet farkı gözetilmeksizin eşin ve çocukların yararı ve diğer eşin mali durumu göz önünde bulundurulmaktadır. Nafaka, eşlerin sosyo ekonomik durumları değerlendirilerek çocuk ve eşlerin evliliğin devamı sırasındaki yaşam tarzına uygun bir hayat

³⁴⁶ Ceylan, s. 283.; Öztan, 2004, s. 445.

³⁴⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 283.; Velidedeoğlu, s. 247.; Ceylan, s. 35. ; Öztan, 2004, s. 448.

³⁴⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 284 vd.; Öztan, 2004, s. 449 vd.

³⁴⁹ Y2HD. 8.3.1999, 14/2003; Ceylan, s. 36; Öztan, 2004, s. 450 vd.

sürmelerine yeter miktarda olmalıdır.³⁵⁰ Hakim taraflardan birinin talebi olmaksızın resen de nafakaya hükmedebilmektedir.³⁵¹

Boşanma ve ayrılık davalarında ortak çocuk bulunması halinde, çocukların bu süreçten en az zararı almaları gayesiyle hakim çocukların velayet hakkının hangi eş tarafından kullanılacağını³⁵², çocukların hangi eşin yanında kalacağını ve çocuklar kendisine bırakılmamış eşin çocukların eğitim, öğretim, bakım ve geçimleri konusunda katkılarının ne ölçüde olacağını ve onlarla ne şekilde kişisel ilişki kurulacağını hakim resen düzenlemektedir.³⁵³

Boşanma davası sırasında alınan önlemler geçici nitelikte olduğundan taraflar ödenecek nafakayı aralarında kararlaştırabilirler. Çocukların bakımına eşlerin katılmasına “iştirak nafakası” denir. Çocuk taraflardan birine bırakıldığı takdirde diğer eş çocuğun masraflarının karşılanması için nafaka ödemekle yükümlüdür.³⁵⁴

TMK’da sayılan diğer önlemlerin sınırlı sayıda olmadığını, hakim evlilik birliğinin ve çocuğun menfaatini gözeterek başka önlemlere de başvurabileceğini yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla, TMK’da edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edildiğinden hakim; eşlerin mallarının yönetilmesi, eşlerin mallardan yararlanması ve mal kaçırmasını önlemek amacıyla gerektiği hallerde resen mal birliğinin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilecektir.

Yukarıda sayılan önlemlerin bir kısmı evliliğin boşanma ile sonuçlanması halinde de devam etmektedir. Bir sonraki bölümde boşanma kararı neticesinde meydana gelecek hukuki sonuçlar inceleme konusu yapılarak yukarıda bahsedilen önlemler daha detaylı olarak açıklanmaktadır.

Yukarıda sayılan bu önlemler hakim tarafından resen değerlendirilmekte olduğundan, kamu düzenini ilgilendirmektedir, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği hususlar değildir. Bu sebeple HUAK kapsamında, bu önlemlerin belirlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması uyuşmazlıklarının arabuluculuk faaliyeti ile çözüme kavuşturulması

³⁵⁰ Y2HD. 5.2.1991, 1174/1878; Öztan, 2004, s. 452.

³⁵¹ Öztan, 2004, s. 452.

³⁵² “Hakim çocuğun himayesini, çocuğu daha iyi koruyacak yaşadığı ortamdan uzaklaştırmayacak tarafa bırakır burada velayet hakkının kısıtlanması anlaşılmalıdır.”; Öztan, 2004, s. 453.

³⁵³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 285,286 vd.; Öztan, 2004, s. 454.

³⁵⁴ Öztan, 2004, s. 456., Zeytin/Ergün, s.191 vd.

mümkün değildir. Nitekim bu önlemler; boşanma davası sırasında, kesin hüküm oluşturuluncaya kadar devam etmektedir bu yönüyle boşanma davası içerisinde talep olmaksızın da hakim tarafından resen oluşturulmaktadır.

2.4 Boşanmanın Hukuki Sonuçları

Boşanmanın hukuki sonuçları ile, açılan boşanma davasının yargılamaında hakimin boşanmaya karar vermesi ile ortaya çıkacak olan hukuki sonuçlar anlatılmaktadır. Bu sonuçlardan asli olanlar; boşanma kararı ile kendiliğinden doğarken ferî sonuçları hakimin verdiği boşanma kararının içinde yer alması şartıyla veya tarafların isteğiyle hakimin karara bağlaması sonucu ortaya çıkmaktadır.³⁵⁵

Boşanmanın bazı sonuçları her boşanmada doğabileceği gibi bazılarının meydana gelmesi için kanunda sayılı şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu sonuçların bir kısmı eşleri bir kısmı da eşlerin ortak çocuklarını ilgilendirmekte ve bunlar da kendi içinde mali ve kişisel sonuçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Doktrinde bu konu, birçok farklı ayrımlarla incelenmekte ise de çalışmamızda eşler ve çocuklar yönünden mali ve kişisel sonuçları ayrımı esas alınmıştır.³⁵⁶

2.4.1 Boşanmanın Eşlerle İlgili Sonuçları

2.4.1.1 Boşanmanın Eşler Yönünden Kişisel Sonuçları

Boşanma hükmünün gerçekleşmesiyle eşlerle ilgili kişisel sonuçlar meydana gelmektedir. Boşanma davası kararı bozucu yenilik doğuran bir karardır ve kararın kesinleşmesiyle istenilen hukuki sonuç kendiliğinden gerçekleşir, herkese karşı ileri sürülebilen bir sonuç ortaya çıkar.³⁵⁷ Bu bölümde öncelikle boşanmanın eşler üzerindeki sonuçları üzerinde durulduktan sonra boşanmanın eşler üzerindeki mali sonuçları inceleme konusu yapılacaktır.

2.4.1.2 Evlilik Birliğinin Sona Ermesi

Boşanma kararının eşler açısından öncelikli sonucu eşler arasında kurulmuş olan evlilik birliğinin hukuken sona ermesidir. Bu durumda, evlilik birliğinin eşlere yüklediği

³⁵⁵ Namık Yalçınkaya/Şakir Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku, 2. cilt, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 1988, s. 1742,1743.

³⁵⁶ Yalçınkaya/Kaleli; s. 1744.

³⁵⁷ Ceylan, s. 48.

yükümlülükler ve haklar da kendiliğinden sona ermiş olmaktadır.³⁵⁸ Bu hak ve yükümlülükler; TMK m. 185'te “*Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlamak ve çocukların bakımına, eğitimine ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.*” şeklinde düzenlenmiştir. O halde TMK m. 185'te düzenlenen bu yükümlülükler evlilik birliğinin sona ermesi ile kendiliğinden sona ermektedir.

2.4.1.3 Kadın Hakkında Bekleme Süresi

Boşanma kararı ile birlikte erkek hemen, kadın ise nesep karışıklarının önlenmesi amacıyla 300 günlük yasal bekleme süresinin dolması üzerine yeniden evlenebilir.³⁵⁹ Yeniden evlenmek isteyen kimse TMK 130'a göre, önceki evliliğinin bittiğini ispat etmekle yükümlüdür.

Kadın hakkında yasal bekleme süresinin oluşması, boşanmanın asli sonuçlarındanır. Boşanmanın asli sonuçlarından olan bu hüküm nesep karışıklıklarının önlenmesi amacıyla getirilmiş olan kamu düzenini ilgilendiren konulardandır ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf hakları olan uyuşmazlıklardan biri değildir. Bu nedenle HUAK m. 2/I uyarınca, bu uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyeti ile çözümlenmesi mümkün olmamaktadır.

2.4.1.4 Kişisel Durum Değişikliği

Evliliğin sona ermesi ile birlikte eşlerin kazandığı kişisel durumlar örneğin; TMK m.11/II' göre; ergenlik, TVK m. 5' de düzenlenen vatandaşlık ve TMK m.18/II'e göre kayın hısımlığı³⁶⁰ gibi kişisel durumlar her iki eş için de boşanmadan sonra da korunmaktadır. Her ne kadar TMK m.173'de kadının evlenme ile kazandığı durumunu koruyacağı belirtilmişse de yukarıda sayılı hususlar erkek için de geçerlidir.

Boşanma ile birlikte korunamayacak olan kişisel durum ise kadının soyadıdır. Kanun'un maddesinde sadece kadından bahsedilmiş olması; boşanmanın sadece kadının

³⁵⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 288., Öztan, 2004, s.458., Zeytin/Ergün, s.192.

³⁵⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 289. “Boşanan kadın TMK 132'ye göre ancak 300 günlük iddet süresinin dolmasından sonra evlenebilir. Ancak kadının doğurması, gebe olmadığına anlaşılması ve eşlerin yeniden birbirleriyle evlenmek istemeleri hallerinde mahkeme bu süreyi kısaltır veya tamamen kaldırır.”; Ceylan, s. 52,53.

³⁶⁰ TMK m.129/2'ye göre; “Kayın hısımlığının korunduğu için boşandıktan sonra da eşler birbirinin altsoyu üstsoyu ile evlenemeyeceklerdir”.

soyadını etkilemiş olmasındandır.³⁶¹ Tüm kişisel durumların tamamen korunmayacağına bu yolla dikkat çekilmiştir.³⁶² Kadın, evlenmeyle kazandığı soyadını artık taşıyamayacağından eski soyadına dönmek durumundadır. Ancak önceden dul idiyse bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini hakimden isteyebileceği kabul edilmektedir.

TMK m. 171/II hükmü bu duruma bir istisna getirerek kadının; boşandığı kocasının soyadını taşımakta bir menfaatinin bulunması ve bu durumun kocasına zarar vermediğini ispatlanması halinde hakimden soyadının korunmasını talep edebilmektedir.³⁶³ Örneğin, velayeti elinde bulunduran kadının okulda velisi de olduğu çocuklarıyla aynı soyadı taşımak istemesi ya da kadının iş hayatında boşandığı kocasının soyadı ile tanınmış olması durumları soyadının korunmasına geçerli sebep teşkil eden durumlara örnek gösterilebilir. Ancak TMK m. 173/III'e göre; bu menfaatlerin ortadan kalkması halinde kocaya bu iznin kaldırılmasını isteme olanağı tanınmıştır.³⁶⁴

Evlilik birliğinin “haklar ve yükümlülükler” başlığı altında; evliliğin bir yükümlülüğü hatta bir nevi kadının hakkı olarak TMK m. 185'de düzenlenen; kadının evlenme ile kocasının soyadını alması veya kocasının soyadı önünde kendi soyadını taşıması hükmünün kadın-erkek eşitliği açısından adil olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak TMK m.173 ve TMK m.187 birlikte değerlendirildiğinde, kadının boşandıktan sonra kocasının soyadını taşıyabilmesi hakkının tanınması kadının sosyal statüsünün korunması amacını, kadının evlilikle kendi soyadını taşıyabilmesi hakkı ise kadının sosyal kişiliğini korumaktadır.³⁶⁵

HUAK m. 2 hükmüne göre; arabuluculuk ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, bu sebeple kamu düzenine girmeyen uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak bir alternatif uyuşmazlık yoldur. Dolayısıyla kadının boşandıktan sonra kocasının soyadını taşıması hususunda taraflar anlaşmaya varmış olsalar dahi, hakimin bu anlaşmayı onaylaması şartı aranmaktadır. Bu nedenle hakimin onayı şartına bağlı bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyeti ile çözülmesi mümkün değildir.

³⁶¹ Nazan Moroğlu, Kadının Soyadı, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s.102.

³⁶² Ceylan, s. 49.; Öztan, 2004, s. 461.

³⁶³ Moroğlu, Kadının Soyadı, s.101., Öztan, 2004, s.460.

³⁶⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 137.

³⁶⁵ Akıntürk/ Ateş Karaman, s. 117 vd., Öztan,2004, 459 vd.

2.4.1.5 Eşlerin Birbirlerine Talep Hakkı Bakımından Zamanaşımının İşlemeye Başlaması

Eşler açısından boşanmanın diğer kişisel sonuçlarına kısaca değinecek olursak; TBK m. 153'te; evlilik birliği devam ettiği sürece karı kocanın birbirlerinden doğan alacakları için işleyen zamanaşımı boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte yeniden işlemeye başlayacaktır hükmüne yer vermektedir.³⁶⁶

Eşlerin birbirlerine karşı alacak talepleri bakımından zamanaşımının işlemeye başlaması kamu düzenini ilgilendiren bir husustur. Zira tarafların sulh, kabul ve feragat yolu ile birbirlerinden olan alacaklarından vazgeçmeleri mümkün ise de, bu alacaklar hakkında zamanaşımın işlemeye başlamasından feragat etmeleri mümkün değildir. Bu sebeple HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetinin boşanmanın asli sonuçlarından olan eşlerin birbirlerine talep hakkı bakımından zamanaşımının işlemeye başlamasında uygulanması mümkün değildir.

2.4.1.6 Mirasçılık Sifatının Kaybedilmesi

Boşanma kararıyla birlikte eşler birbirlerinin evlilik nedeniyle yasal mirasçısı olma sıfatını kaybederler. Ancak TMK m 181/I' göre; aralarında yasal mirasçı olmayı gerektiren bir kan hısımlığı bulunması halinde bu hısımlıktan doğan mirasçılık sıfatları devam edecektir. Ayrıca boşanma davası açıldıktan sonra ancak henüz kesinleşmeden eşlerden birinin ölümü üzerine evliliğin sona ermesi halinde mirasçılık sıfatı devam edecektir.³⁶⁷

TMK m.181'in ölüme bağlı tasarrufların geçerliliğini düzenleyen ilgili kısmı boşanmanın eşler yönünden mali sonuçlarını içeren aşağıdaki bölümde incelenme konusu yapılacağından burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.

2.4.2 Boşanmanın Eşler Yönünden Mali Sonuçları

Boşanma ile eşler arasında sadece kişisel değil aynı zamanda mal varlığı ile ilgili ilişkiler de sona ermektedir. Bunlardan bazıları mal rejiminin tasfiyesi, evlilik sırasında yapılan tasarrufların iptali gibi talep gerektirmeksizin kendiliğinden doğan sonuçlardır, bazıları ise maddi-manevi tazminat ve nafaka da olduğu gibi gerçekleşmesi öncelikle talep edilmiş olmalarına bağlı tutulmaktadır.

³⁶⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 291.Ceylan, s.54.

³⁶⁷ Öztan,2004, s.463., Dural/Oğuz/Gümüş, s.136 vd.

Eşler bir anlaşma metni ile, boşanmadan sonra ödenecek tazminat ve nafakanın miktarını tayin edebilirler. Hakim tarafından, anlaşılarak belirlenen miktarın hakkani bulunması geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir.³⁶⁸

HUAK'ın çizdiği sınırlar değerlendirildiğinde; boşanmanın mali sonuçlarının bazılarının arabuluculuk uygulamalarına uygun olması ve özellikle “talep üzerine hakim tarafından takdir edilen” boşanmanın mali sonuçlarında uygulanabilirliğinin tespiti önem arz ettiğinden aşağıdaki bölümde her boşanmanın mali sonucu kapsamlı olarak inceleme konusu yapıldıktan sonra yine aynı bölümlerin altında ayrı bir başlık ile konunun arabuluculuk yönünden uygulanabilirliğinin tespiti inceleme konusu yapılmasını uygun gördük.

2.4.2.1 Eşlerden Birinin Diğeri Lehine Yaptığı Tasarrufun Geçersiz Hale Gelmesi

Eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar TMK 181/I' göre, aksi bu tasarrufun içeriğinden anlaşılmadığı surette boşanma kararının kesinleşmesiyle hükümsüz hale gelecektir. O halde boşanmaya rağmen sağ kalan eşin mirasçı olacağına ilişkin düzenlemelerin geçerli olacağı anlaşılmaktadır.³⁶⁹

Ayrıca ölüme bağlı tasarrufun içeriğinden, eşin mirasçılık hakkının boşanmadan sonra da devam edeceği anlaşılmasa da, TMK m.163/III'e göre hakim onayından geçecek olan boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmanın içinde yer verilmesi halinde de eşin mirasçılığı devam edebilecektir.³⁷⁰ Eşlerden biri, ölüme bağlı tasarrufla diğer eşe bir kazandırmada bulunmuş fakat boşanmaya karar verilmesinden önce ölmüş ise, evlenme boşanma ile değil ölümlle sona erdiğinden bu tasarrufu geçerli sayılmaktadır.

HUAK m. 1/II hükmüne göre; arabuluculuk ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, bu sebeple kamu düzenine girmeyen uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak bir alternatif uyuşmazlık yoldur. Bu nedenle boşanmanın asli sonuçları arasında yer alan, eşlerden birinin diğeri lehine yapmış olduğu tasarrufun geçersiz hale gelmesi sonucuna ilişkin uyuşmazlıklarda, arabuluculuk yoluna başvurulması mümkün değildir.

³⁶⁸ Öztan, 2004, s. 476,477. Köseoğlu/Kocaağa; s. 252.

³⁶⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 294.; Öztan, 2004, s.462 vd.

³⁷⁰ Ceylan, s. 59., Öztan,2004, s.462 vd., Velidedeoğlu, s.254 vd.

2.4.2.2 Maddi Tazminat, Amacı ve Niteliği

Maddi tazminatın amacı; kusursuz veya daha az kusurlu eşin, boşanma sebebiyle mali dünyasında meydana gelen azalmaları, zararları tazmin hakkıdır. “Boşanmadan doğan ödemeler kusur prensibine, kişiliğin korunması fikrine ve hakkaniyet ve nefaset mülahazalarına dayanır.”³⁷¹ Kişinin talebine bağlı haklardan olduğundan hak sahibi kusursuz eş, dilerse bu hakkından vazgeçebilecektir. Bu durumda hakimin resen tazminata hükmetmesi mümkün değildir.

2.4.2.2.1 Maddi Tazminatın Şartları

TMK’da da belirtildiği üzere kişinin talebine bağlı bu hakkın kullanılması birtakım şartlara bağlanmıştır. TMK 174/I “*mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelen kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat talep etme hakkını*” düzenlemektedir.

Maddi tazminat talep edilebilmesi için aşağıda ayrı başlıklarda incelenmekle birlikte kısaca sayacak olursak; boşanmaya karar verilmiş olması, kusursuz veya daha az kusurlu davacının boşanma dolayısıyla maddi bir zarara uğramış olması ve bu zararın boşanma sebebi ile doğmuş olması ve aralarında illiyet bağı bulunması, davalının boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olması şartlarının oluşmuş olması gerekmektedir. Ayrıca öncelikle boşanma nedeniyle eşin malvarlığında bir azalma olup olmadığının tespit edilmesi gereklidir.³⁷²

2.4.2.2.1.1 Maddi Tazminat İsteyen Tarafın Kusursuz veya Daha Az Kusurlu Olması

TMK m. 174/I göre; tazminat isteyen tarafın kusursuz veya daha az kusurlu olması maddi tazminat isteminin şartlarından biridir. Tazminat isteminde bulunanın; karşı tarafın kusuruyla boşanmaya karar verildiğini ispatlaması gerekmektedir.³⁷³ Burada kusursuzluktan veya daha az kusurdan anlaşılması gereken evlilik birliğinin yükümlülüklerinin ihlal edilmesi ile ortaya çıkan kusurdur.³⁷⁴ Ayrıca doktrinde kusursuz olma durumundan, mutlak kusursuzluğun anlaşılması gerektiği düşüncesi hâkimdir. Gerçekten de bir boşanma davasında mutlak bir eşin kusurlu olduğunun iddia edilmesi mümkün değildir.³⁷⁵

³⁷¹ Öztan, 2004, s. 819.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 240., Zeytin/Ergün, s.192.

³⁷² Öztan, 2004, s. 479 vd.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 241 vd.

³⁷³ Öztan, 2004, s. 483.

³⁷⁴ Ceylan, s. 83; Köseoğlu/Kocaağa; s. 242,243., Velidedeoğlu, s.258.

³⁷⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 296., Köseoğlu/Kocaağa; s. 244 vd.

O halde boşanma kararın verilmesinde kusursuz olmanın arandığı ve kusursuzlukla aslında diğer tarafa kıyasla daha az kusurlu olma tanımı yapıldığı sonucuna varabiliriz. Tazminat isteminde bulunan tarafın kusurunun diğer tarafa göre ikincil derecede kalması TBK m. 64'e göre, tazminat istemine engel olmamakla birlikte ortak kusur dolayısıyla tazminat miktarından indirim yapılacaktır.

Tarafların her ikisinin de kusursuz olması veya eşit kusurlu olmaları halinde TMK m. 174/I'e göre maddi tazminat isteminde bulunma imkanı bulunmamaktadır. Öztan; bu imkansızlık ile aile hukukun temel ilkesi olan; “*eşlerin emeklerinin ve kazançlarının eş değerde kabul edilmesi*” ilkesine aykırı davranıldığı gerekçesiyle aksi görüşü paylaşmaktadır.³⁷⁶

Şöyle ki bir örnekle açıklamak gerekirse, eşler evlenirken birinin ev işlerini yapmasını aralarında kararlaştırmış olabilirler bu anlaşmanın sonuçlarına da birlikte katlanmalıdırlar dolayısıyla sadece kusurlu olan eşin tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmesi, ekonomik bir birlik olmayı düzenleyen aile hukukunun benimsediği ilkelere ters düşmektedir.³⁷⁷

2.4.2.2.1.2 Tazminat İsteyen Tarafın Mevcut veya Beklenen Bir Menfaati Boşanma Yüzünden Zedelenmiş ve Boşanma Sonucunda Zararın Doğmuş Olması

Yukarıda açıklamalar ışığında; evlilik birliğinin sona ermesinde eşit veya daha ağır kusurlu olan eş tazminat talebinde bulunamayacaktır.³⁷⁸ O halde tazminat ödeyecek tarafın kusurlu davranışları boşanmaya sebebiyet vermiş olmalı ve boşanmayla davacı eş zarar görmüş olmalıdır.³⁷⁹ Yani boşanma ile zarar arasında illiyet bağı aranmaktadır.

Bu durumda maddi tazminat davalarının açılabilmesi için öncelikle boşanma sonucunda eşlerden birinin malvarlığında azalma olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.³⁸⁰ Ayrıca Gençcan; “hukuka aykırılığı” maddi tazminat davalarının koşulları arasında saymıştır. Yazara göre; “*Zarar hukuka aykırı bir eylemle oluşmadığı takdirde o davranış maddi tazminat verilmesine sebep teşkil etmeyecektir.*” görüş bildirmektedir.³⁸¹

³⁷⁶ Öztan, 2004, s.482 vd.

³⁷⁷ Öztan, 2004, s. 483.

³⁷⁸ Köseoğlu/Kocaağa; s. 248., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 296.

³⁷⁹ Öztan, 2004, s. 481-482, Köseoğlu/Kocaağa; s. 248,249.

³⁸⁰ Öztan, 2004, s. 479., Ceylan, s.78.

³⁸¹ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 673.

TMK m.174/I hükmü, tazminat isteyen tarafın mevcut ve beklenen bir menfaatinin boşanma yüzünden zedelenmiş olmasını maddi tazminat talebinde bulunma şartı olarak sayarken mevcut menfaatle; evlilik birliği boşanmayla ortadan kalkmamış olsaydı, kusursuz ya da daha az kusurlu olan tarafın sağlamaya devam edeceği yararları kastetmektedir. Mevcut menfaate örnek olarak yasal mal rejiminden doğan hakların kaybedilmesi, karı ve kocanın karşılıklı bakım haklarının ortadan kaldırılmasını gösterebiliriz. Beklenen menfaat ise, henüz sağlanmış ve sağlanmakta olan bir menfaat değil evlilik devam edecek olsaydı ileride sağlanması çok muhtemel yararlar olarak tanımlanmıştır. Örneğin sosyal güvenlik kurumu veya sandıklarından bağlanacak aylık veya miras hakkından yoksun kalınması durumları gibi.³⁸²

Ancak özellikle beklenen menfaatin ne olduğu konusunda doktrin ve uygulamada tam bir paralellik sağlandığı söylenemez. Örneğin; çocuklarla kalacak eşin ortak konuttan ayrılması durumunda, konuttan yararlanma hakkının sona ermesi olgusu maddi zararı oluşturmakta ve aile konutunu kullanma hakkının veya mülkiyetinin bu eşe bırakılması gerekirken Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarında, aile konutundan yararlanmanın maddi tazminat olarak öngülenemeyeceği vurgulanmaktadır. Doktrinde ise; boşandığı için ailekonutundan çıkmak zorunda kalan hatta zorla tahliye edilen eşin bu zararının maddi tazminat kapsamında değerlendirileceği bu sebeple aile konutunun mülkiyet veya intifa hakkının talep sahibi eşe öngülenebileceğini kabul edilmektedirler.³⁸³

2.4.2.2.1.3 Davalı Tarafın Kusurlu Olması

Maddi tazminata hükmedilebilmesi için davalı tarafın kusurlu olması şartı aranmaktadır. Evlilik birliği tarafların kusurlu sayılmayacağı bir sebeple sona ermişse maddi tazminat istemek mümkün olmayacaktır. Örneğin boşanmanın akıl hastalığı sebebiyle açılması gibi davalının kendisinin sebebiyet vermediği nispi boşanma davalarında kusurdan bahsedilemeyeceği için davacının tazminat isteminin de reddi gerekmektedir.³⁸⁴ Zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış ve terk gibi kusur şartının arandığı mutlak boşanma sebeplerinde bu durumların kanıtlanması halinde davalı eş kusurlu sayılacaktır.³⁸⁵

³⁸² Köseoğlu/Kocaağa; s. 248 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 297., Feyzioğlu, s. 454 vd.

³⁸³ Şıpka, "Boşanma Çatışmaları", www.ailehukuku.org, (son erişim 31.03.2014)

³⁸⁴ Dural/Oğuz/Gümüş, s.136., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 297.

³⁸⁵ Ceylan, s. 85.

2.4.2.2 Maddi Tazminat Miktarının Belirlenme Esasları

Maddi tazminatın belirlenmesinde hakime çok geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Hakim “uygun” maddi tazminatın miktarını³⁸⁶ ve şeklini³⁸⁷ belirlerken birçok unsuru bir arada değerlendirmek mecburiyetindedir. Tazminat miktarının uğranılan zararın tam karşılığı olması aranmadığından “uygun” bir tazminat şeklinde tanımlanması yerinde olmuştur.

Şekli şartlarına baktığımızda hakim ne kadar geniş takdir yetkisi ile donatılsa da, tazminat isteminin miktarının, türünün taraflarca, tam ve net olarak talep edilmesi gereklidir. Muğlâk ifadelerde bulunulması halinde taraflardan miktar ve tür için açıklama istemelidir.

Yargıtay’a göre tazminat isteminde bulunan tarafın tazminatı ayın olarak istemesi mümkünse de geçerli ve özel sebepleri ortaya koyabilmesi gereklidir.³⁸⁸ Yargıtay kararlarında; bir evin yarı hissesinin maddi tazminat bedeli olarak sayılarak, evin ayın olarak talep edilmesi halinde; hakim tarafından tarafların beyan ettiği geçerli ve özel sebebin varlığına kanaat getirilerek tazminata hükmedilebilecektir şeklinde hüküm kurmakla birlikte velayetin bırakıldığı eşin çocukları ile alıştıkları ortamda yaşamak istemesi ise geçerli ve kabul edilebilir bir sebep olarak sayılmamıştır.³⁸⁹

Yukarıda daha önce açıklanan, tarafların tazminat isteminde miktarı açıklamaları gereği, hakimin bu taleple bağlı kalma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Hakimin istenilenden fazlaya hükmetmesi mümkün değildir. Ayrıca tazminat talebinde bulunan yanlılıkla veya bilmeyerek az miktarda tazminat talebinde bulunmuşsa bu miktarın sonradan yükseltmesi de mümkün değildir.³⁹⁰

³⁸⁶ “Tazminat miktarı belirlenirken hakim; tarafların ekonomik ve sosyal durumu, kusur derecelerini, zarar gören menfaatlerin topluma, ülke şartlarına ve yaşam gerçeklerine göre makul ciddi ve sürekli beklenebilecek istekler olmasını, eşin eğitim düzeyini, yaşı itibarıyla evlenme şansını kaybetme oranını, evliliğin süresini, ortak çocuk olup olmadığını ileri sürülen isteğin başka şekillerde karşılanmasının mümkün olup olmadığı gibi bir çok hususu birlikte değerlendirmelidir.”; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 298.

³⁸⁷ “Aile mahkemesi hakimi tarafların zararlarını ve yararlarını gözeterek tazminatın toptan yada irat olarak ödenmesine karar verebileceği gibi hakim tarafından onaylanması şartıyla bu hususa taraflar ortak anlaşarak karar verebilirler.”; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 681.

³⁸⁸ Gençcan, Boşanma Hukuku, s.673 vd.

³⁸⁹ Y2HD, 09.06.2004, 6230-7534; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 682.

³⁹⁰ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 675 vd.

Tarafların kendi aralarında ödenecek tazminat miktarı üzerinde anlaşmaları mümkündür ancak bu anlaşmanın geçerliliği hakimın tazminat miktarını; hakkaniyete, ahlaka ve kamu düzenine uygun görerek onaylaması şartına bağlıdır.³⁹¹

TMK’da; “eş” yerine “taraf” sözcüğünün seçilmiş olması oldukça isabetlidir. Zira maddi tazminat boşanma davasıyla talep edilebileceği gibi boşanma davasından sonraki bir zamanda bağımsız bir dava ile de talep edilebilir.³⁹² TMK m. 178’e göre, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden 1 yıl geçmekle dava hakkı zamanaşımına uğramaktadır. Maddi tazminatın boşanma davasından bağımsız bir dava ile talep edilmesi halinde, talep harca tabi olacaktır. Ayrıca kabul veya reddedilen miktarlar üzerinden karşı vekalet ücretine hükmedilecektir.³⁹³

2.4.2.2.3 Maddi Tazminata İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti

Yukarıda da açıklandığı üzere, maddi tazminat davaları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık konusu olduğundan arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözüme ulaştırılabilecek konular arasında yer almaktadır.

Zira Türk Medeni Usul Hukuku uyarınca bu davaların, davayı kabul, davadan feragat ve sulh gibi taraf işlemleri ile sonlandırılması mümkündür. Sulh, kabul ve feragat; tarafların karşılıklı irade beyanları ile oluşan ve aralarındaki uyuşmazlığı çözümledikleri bir sözleşmedir. Şarta bağlı olmayan bir sulh anlaşmasıyla sonuçlanan bir davada, hakim tarafların isteği üzerine anlaşmayı mahkeme kararına geçirerek ona kesin anlamda kesin hüküm niteliği kazandırabilmektedir. Bu şekilde tarafların iradeleriyle gerçekleştirdikleri çözüm mahkeme ilamı haline gelerek kesin hüküm niteliği kazanabilmektedir. Bu noktadan bakıldığında sulhe, kabule ve feragata tabi olarak çözülebilen; maddi tazminat davaları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup HUAK uyarınca arabuluculuk ile çözülmesi mümkün konulardan görülmektedir.

HUAK m.1/II hükmüne göre; kamu düzenini ilgilendiren alana girmeyen maddi tazminat konusunda tarafların uzlaşmak üzere arabuluculuk yoluna başvurmaları mümkündür.

³⁹¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 298.; Öztan, 2004, s. 477.

³⁹² Köseoğlu/Kocaağa; s. 253., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 299.

³⁹³ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 689 vd.; Öztan,2004, s.493.

Bir anlaşmaya varmaları halinde taraflar, bu anlaşma tutanağını yine maddi tazminat davasına bakmakla görevli ve yetkili mahkemeye sunarak şerh alacak ve tutanağın ilam niteliğinde bir belge haline dönüşmesini mahkemeden talep edebileceklerdir. Ayrıca uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi halinde maktu harç ödenecektir.

Ancak hakim daha önce de belirttiğimiz üzere aile hukukuna giren uyuşmazlıklarda bu anlaşma tutanağına ilam hükmü kazandırmadan önce, önüne getirilen aile hukuku uyuşmazlığının arabuluculuk kapsamına girip girmediğini ve ayrıca cebri icraya elverişli olup olmadığını yapılan duruşmada açıklığa kavuşturmalıdır. Nitekim HUAK m. 18/3; “Tarafların Anlaşması” başlıklı kısmında, aşağıdaki düzenlenmeyi getirmiştir; “... *ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.*” O halde Kanun Koyucu, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda incelemenin duruşmalı olarak yapılması istisnasını getirerek, hakime uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ve cebri icraya uygun olup olmadığını denetimini yapma yetkisi tanımaktadır.

Kanun Koyucu tarafından HUAK’taki düzenleme uyarınca getirilen diğer bir sınırlama ise; aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıklardır. HUAK m. 1/II’de açıkça düzenlendiği üzere, aile içi şiddet iddiasını içeren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda arabuluculuk yolu ile uyuşmazlığın çözümü öngörülmemektedir.³⁹⁴ Dolayısıyla boşanma davalarının hukuki sonuçlarının HUAK kapsamında arabuluculuğa uygunluğunun tespiti yapılırken ayrıca konunun aile içi şiddet içerip içermediğinin de mutlaka gözetilmesi gerekmektedir.

Zira kocası tarafından işlenen kasten yaralama suçunun mağduru olan kadın, özel hukuka ilişkin maddi-manevi tazminat taleplerini arabuluculuk yoluyla çözümü yoluna başvuramayacaktır. Kanun koyucu burada, zaten baskıya maruz kalmış bir eşin arabulucu seçimi ve sürecin devamında da baskıya maruz kalabileceğini, özel hukuka ilişkin taleplerini arabulucu vasıtasıyla özgür iradesi ile dile getiremeyeceğini öngörmektedir.³⁹⁵

³⁹⁴ Ahmet Barut “Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabulucunun Faaliyet Sınırının Belirlenmesi”, 88.cilt, 1.sayı, İstanbul, İstanbul Barosu Dergisi, 2014, s. 85.

³⁹⁵ Barut, s. 85.

O halde aile hukukundan doğan maddi tazminat davalarının HUAK kapsamında arabuluculuğa uygunluğunun tespiti yapılırken ayrıca konunun aile içi şiddet içerip içermediğinin de mutlaka gözetilmesi gerekmektedir.³⁹⁶

Yukarıda açıklanan sebeplerle, boşanma davası dışında açılan aile hukukuna ilişkin aile içi şiddet iddiasına dayanmayan maddi tazminat davalarının HUAK kapsamında arabuluculuk yolu ile çözülmesi mümkün görülmektedir.

2.4.2.3 Manevi Tazminat, Amacı, Niteliği

Manevi tazminat; boşanma ile kişilik haklarına yapılan saldırı ile oluşan manevi zararın para ile tazmin edilmesi esasına dayanır.³⁹⁷ Bu şekilde Kanun Koyucu boşanma davası sonucunda taraflara sadece maddi değil, manevi zararlarını da tazmin etme imkanı tanımıştır.

TMK m.174/II'ye göre, “boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.”³⁹⁸

2.4.2.3.1 Manevi Tazminatın Şartları

Bu tanımdan yola çıkarak manevi tazminat isteminin şartları incelendiğinde, boşanmaya karar verilmiş olması, davacının boşanma yüzünden manevi zarara uğramış olması, manevi zararın boşanmanın sonucu doğmuş olması, davalının kusurlu olması, boşanma ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı şartları aranmaktadır.³⁹⁹

2.4.2.3.1.1 Davalı Tarafın Kusurlu Olması

Kanun koyucu davalı tarafın kusurlu olması şartını aramıştır. Davalının kusurundan; kusurun boşanmaya sebep olması⁴⁰⁰ ve boşanma sonucu davacının kişilik haklarının zedelenmesinde davalının kusurunun bulunması anlaşılmalıdır. Burada aranılan kusurun ağırlığı değil kişilik haklarına yapılan saldırıda kusurlu olunmasıdır.

³⁹⁶ Barut, s. 85.

³⁹⁷ Ceylan, s. 93, 94., Öztan, s.492 vd., Köseoğlu/Kocaağa; s. 266.

³⁹⁸ Köseoğlu/Kocaağa; s. 266, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 299.

³⁹⁹ Köseoğlu/Kocaağa; s. 268 vd., Ceylan, s. 95.

⁴⁰⁰ Y2HD, 15.03.2004, 2551-3178; “Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenlerinden Akıl hastalığında boşanma davasında kusursuz olan taraftan, diğer eş manevi tazminat isteyemez.”; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 706.

Manevi zarar boşanmaya sebep olan olgu ve olaylar sebebiyle oluşmalı ve kusurlu eşin boşanmaya yol açan eylemi olayların olağan akışında bir manevi zarar meydana getirmeye elverişli olmalıdır. Bu halde boşanmaya sebep olan kusurlu davranışla manevi zarar arasında uygun nedensellik bağının varlığı kabul edilmektedir.⁴⁰¹ Davacının kişilik haklarının hangi durumlarda zedelenmiş olduğu; olayların niteliğine, davacının duyduğu elem ve üzüntünün derecesine göre belirlenmektedir.⁴⁰²

2.4.2.3.1.2 Davacı Tarafın Kusursuz Olması

TMK m. 174/II'e göre; manevi tazminata hükmedilebilmesi için davacının mutlak kusursuzluğu şartı aranmamaktadır. Davacının davalıya nazaran daha az kusurlu olması manevi tazminat isteminde bulunması için yeterli sayılmaktadır.⁴⁰³ Diğer bir deyişle tazminat isteminde bulunan eşin, boşanma kararına yol açacak bir kusurunun olmaması; kusur ile boşanma kararı arasında bir illiyet bağının bulunmaması gerekmektedir.⁴⁰⁴

Kanun koyucu, davacının kişilik haklarının ağır biçimde zedelenmiş olmasını veya davacının kusursuz olmasını aramamaktadır. Ancak kişilik haklarının ne derecede ve ne suretle zedelenmiş ve davacının da bu durumun oluşmasında kusurunun bulunup bulunmadığı manevi tazminatın miktarını belirleyecek olup⁴⁰⁵ davacının eşit kusurlu⁴⁰⁶ veya daha fazla kusurlu olması durumunda ise manevi tazminata hükmedilmeyecektir. Ayrıca zedelenme olgusunun niceliği ve niteliği ve davacının kusurunun oranı TBK 52'ye göre tazminatın indirilmesine sebep olacaktır.⁴⁰⁷

Sonuç olarak manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde; zararın ağırlığı, oluş biçimi, tarafların kusur oranları, sosyal ekonomik durumları, yaşları, evliliğin devam süresi ve olaya özgü diğer özellikler birlikte değerlendirilerek hüküm kurulacaktır. Manevi tazminatın uğranılan zararlar orantılı olması ve manevi tazminata hükmedilen kişinin ekonomik bakımdan çöküntüye düşmesi sonucunu doğuracak bir miktara karar verilmemelidir.⁴⁰⁸ Hükmedilen tazminat ruhsal dengeyi düzeltecek ve duyulan acıyı azaltacak boyutta olmalı, verilen

⁴⁰¹ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 708.

⁴⁰² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 299 vd., Köseoğlu/Kocaağa; s. 268.

⁴⁰³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 147,148.

⁴⁰⁴ Öztan, 2004, s. 493 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 299 vd.

⁴⁰⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 300.

⁴⁰⁶ Y2HD, 15.02.2005, 67-2066; "Eşit kusurlu olarak kabul edilen hallere örnek olarak; bir eşin hakaret etmesine karşılık onu döven eş", Y2HD, 25.04.2005, 4847-6742; "Başkalarıyla karı-koca gibi yaşayan eşler eşit kusurlu sayılmıştır."; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 704.

⁴⁰⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 148.

⁴⁰⁸ Öztan, 2004, s. 495, 496., Köseoğlu/Kocaağa; s. 273 vd.

tazminat bir zenginleşme aracı olmamalıdır. Ayrıca manevi tazminat belirlenirken; “*onun tatmin, ceza ve telafi boyutu göz önüne alınmalı tek boyuta dayalı oluşumdan ziyade çok boyutlu hüküm kurmaya öncelik vermelidir.*”⁴⁰⁹

Manevi tazminata hükmedilmesini gerektiren olaylara Yargıtay kararlarından örnekler vermek gerekirse; başkası ile ayrı hayat kurulması⁴¹⁰, eşini istemediği söylemesi⁴¹¹, hastalık halinde ilgisiz bırakılması⁴¹², iftira atılması⁴¹³, kürtaja zorlama varsa⁴¹⁴ diğer şartların da oluşması ile manevi tazminata hükmedilebilecektir. Manevi tazminata hükmedilmesi için maddi tazminatta aranılan hukuka aykırılık şartı aranmamaktadır.

Manevi tazminata da, maddi tazminatta olduğu gibi ancak istem üzerine hükmedilebilecektir. Ayrıca hâkim tarafın talebiyle bağlı olup, talep miktarının üzerinde bir tazminata hükmedilmesi mümkün değildir. Yine manevi tazminat da aynı şekilde dava sırasında talep edilebileceği gibi daha sonra açılacak bir dava ile de talep edilebilmektedir. TMK m. 178’e göre, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden 1 yıl geçmekle dava hakkı zamanaşımına uğramaktadır.

TMK m. 174/II’ de manevi tazminatın “*uygun bir miktar para olarak*” ödenmesi düzenlenmiş olduğundan manevi tazminatın paradan başka bir şekilde ödenmesi şeklinde hüküm kurulması mümkün değildir.⁴¹⁵ Ayrıca manevi tazminat yabancı para olarak, kısmi veya irat biçiminde de ödenemez. Manevi tazminatta faizin işleyebilmesi için talep edenin faiz isteminde bulunmuş olması gereklidir. Bu halde boşanma hükmünün kesinleşme tarihinden itibaren faiz istenebilecektir.⁴¹⁶

2.4.2.3.2 Manevi Tazminata İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun

Uygulanabilirliğinin Tespiti

Boşanmanın eşler üzerindeki ferî ve mali sonuçlarından olan manevi tazminatın HUAK kapsamında arabuluculuğa uygun olup olmadığı hususunu değerlendirecek olursak;

⁴⁰⁹ Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 708.

⁴¹⁰ Y2HD, 02.12.2004, 13111-14359; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 711.

⁴¹¹ Y2HD, 20.10.2004, 10860-12164; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 716.

⁴¹² Y2HD, 16.03.2005, 2265-4107; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 717.

⁴¹³ Y2HD, 05.5.2004, 4718-5863; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 718.

⁴¹⁴ Y2HD, 03.3.2004, 2065-2873; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 719.

⁴¹⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 300 vd; Ceylan, s. 103,104., Köseoğlu/Kocaağa; s. 275.

⁴¹⁶ Ceylan, s. 103,104., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 301., M. Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, 3. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 135 vd.

manevi tazminat, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık konusu olduğundan arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözüme ulaştırılabilecek konular arasında yer almaktadır.

Nitekim, Türk Medeni Usul Hukuku uyarınca bu davaların, davayı kabul, davadan feragat ve sulh gibi taraf işlemleri ile sonlandırılması mümkündür. Sulh, kabul ve feragat; tarafların karşılıklı irade beyanları ile oluşan ve aralarındaki uyuşmazlığı çözümledikleri bir sözleşmedir. Şarta bağlı olmayan bir sulh anlaşmasıyla sonuçlanan bir davada, hakim tarafların isteği üzerine anlaşmayı mahkeme kararına geçirerek ona nihai anlamda kesin hüküm niteliği kazandırabilmektedir. Bu şekilde tarafların iradeleriyle gerçekleştirdikleri çözüm mahkeme ilamı haline gelerek kesin hüküm niteliği taşır. Bu noktadan bakıldığında sulhe, kabule ve feragata tabi olarak çözülebilen; manevi tazminat davaları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup HUAK uyarınca arabuluculuk ile çözülmesi mümkün konulardan görülmektedir.

HUAK'a m. 1/II'e göre; kamu düzenini ilgilendiren alana girmeyen manevi tazminat konusunda tarafların uzlaşmak üzere arabuluculuk yoluna başvurmaları mümkündür. Bir anlaşmaya varmaları halinde taraflar, bu anlaşma tutanağını yine manevi tazminat davasına bakmakla görevli ve yetkili mahkemeye sunarak şerh alacaklar ve tutanağın ilam niteliğinde bir belge haline dönüşmesini mahkemeden talep edebileceklerdir. Ayrıca uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi halinde maktu harç ödenecektir.

Ancak hakim daha önce de belirttiğimiz üzere aile hukukuna giren uyuşmazlıklarda bu anlaşma tutanağına ilam hükmü kazandırmadan önce, önüne getirilen aile hukuku uyuşmazlığının arabuluculuk kapsamına girip girmediğini ve ayrıca cebri icraya elverişli olup olmadığını yapılan duruşmada açıklığa kavuşturmalıdır. Nitekim "Tarafların Anlaşması" başlıklı kısmında; HUAK m. 18/3'te aşağıdaki düzenleme yer almaktadır; "... *ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.*" O halde Kanun Koyucu, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda incelemenin duruşmalı olarak yapılması istisnasını getirerek, hakime uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını ve cebri icraya uygun olup olmadığını denetimini yapma yetkisi tanımaktadır.

Kanun Koyucu tarafından HUAK'taki düzenleme uyarınca getirilen diğerk bir sınırlama ise; aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıklardır. HUAK m. 1/II'de açıkça düzenlendiği üzere, aile içi şiddet iddiasını içeren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda arabuluculuk yolu ile uyuşmazlığın çözümü öngörülmemektedir.⁴¹⁷ Dolayısıyla boşanma davalarının hukuki sonuçlarının HUAK kapsamında arabuluculuğa uygunluğunun tespiti yapılırken ayrıca konunun aile içi şiddet içerip içermediğinin de mutlaka gözetilmesi gerekmektedir.

Zira kocası tarafından işlenen kasten yaralama suçunun mağduru olan kadın, özel hukuka ilişkin manevi tazminat taleplerini arabuluculuk yoluyla çözümü yoluna başvuramayacaktır. Kanun koyucu burada, zaten baskıya maruz kalmış bir eşin arabulucu seçimi ve sürecin devamında da baskıya maruz kalabileceğini, özel hukuka ilişkin taleplerini arabulucu vasıtasıyla özgür iradesi ile dile getiremeyeceğini öngörmektedir.⁴¹⁸

O halde aile hukukundan doğan manevi tazminat davalarının HUAK kapsamında arabuluculuğa uygunluğunun tespiti yapılırken ayrıca konunun aile içi şiddet içerip içermediğinin de mutlaka gözetilmesi gerekmektedir.⁴¹⁹

Yukarıda açıklanan sebeplerle, boşanma davası sona erdikten sonra açılan manevi tazminat davası taleplerinin HUAK kapsamında arabuluculuk uyuşmazlık çözüm yolu ile sona erdirilmesi mümkün görülmektedir.

2.4.2.4 Yoksulluk Nafakası, Amacı, Niteliği

Türk Medeni Kanun'unda boşanmanın mali sonuçları arasında kanun koyucu tarafından yoksulluk nafakasını düzenlenmiştir. Yoksulluk nafakası, ahlaki ve sosyal düşünceleri temel almakta ve TMK m. 186'de düzenlenen evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün evlilik birliği sona erdikten sonra da kısmen devamı niteliğini taşımaktadır.⁴²⁰

Boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek tarafı koruma düşüncesine dayandığı için yoksulluk nafakası hiçbir şekilde karşı tarafa yükletilen bir ceza veya tazminat vasfında değerlendirilemez. Bu nedenle maddi tazminatın talep edilemediği durumlar için özel bir

⁴¹⁷ Barut, s. 85.

⁴¹⁸ Barut, s. 85.

⁴¹⁹ Barut, s. 85.

⁴²⁰ Öztan, 2004, s. 496.

hüküm olarak ortaya çıkan yoksulluk nafakasını ödemekle yükümlü kişinin kusurlu olması şartı da aranmamaktadır.⁴²¹ Nitekim 3444 sayılı Kanunla önceki Kanun'da yapılan değişiklikler bu amaca uygun olması sebebiyle TMK'da da aynen benimsemiştir.

TMK m. 175'de "*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.*" şeklinde yapılan düzenlemede bu husus açıkça dile getirilmiş önceki Kanun'un 144. maddesindeki "*Kabahatsiz olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile münasip bir surette bir sene müddetle nafaka ifasına mahkum edilir.*" hükmü terk edilmiştir. Buna göre, TMK'ya göre, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşecek olan taraf "kusurunun daha ağır olmaması" şartı ile geçimi için diğer yandan "süresiz" olarak nafaka isteyebilecektir.

Eski Medeni Kanun m. 144'de, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için aranan "kadının refahta olması" şartı, kadın erkek eşitliği anlayışı uyarınca TMK'dan kaldırılmıştır.⁴²² Dolayısıyla taraf bakımından yapılan farklı düzenleme terk edilerek kadın-erkek eşitliğini erkek aleyhine bozulmuştur. O halde kadının refahta olup olmamasına bakılmaksızın, yoksulluğa düşecek olan erkeğe, diğer şartların da oluşmasıyla kadın nafaka ödemekle yükümlü olacaktır.⁴²³

TMK'da yoksulluk nafakası hükümleri düzenlenirken, eski Medeni Kanun sisteminden ayrılarak, kadın ve erkek ayrımının yapılmaması hem uluslar arası hukuka⁴²⁴ hem de Anayasa'mızın⁴²⁵ eşit haklar prensibine uygun düşmektedir.

⁴²¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 302.; Öztan, 2004, s. 497.

⁴²² Özuğur, s. 295., Köseoğlu/Kocaağa; s. 190,191.

⁴²³ Nazif Kaçak, Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s. 143.

⁴²⁴ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesinin özellikle 1,2,7 maddelerinde herkesin eşit ve hür doğduğu, kanun önünde eşit olduğu ve dolayısıyla da bireyler arasında cinsiyet vb. kıstaslara göre ayırım yapılmayacağı açıkça ifade edilmiştir.

⁴²⁵ 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası temel olarak kadın erkek eşitliği ilkesinden hareket etmiştir. Özellikle Anayasamızın İkinci kısmı'nda düzenlenmiş olan "Temel hak ve ödevler" bu ilke üzerine şekillenmiştir.

2.4.2.4.1 Yoksulluk Nafakasının Şartları

2.4.2.4.1.1 Taraflardan Birinin İstemde Bulunması

Yoksulluk nafakasının boşanan taraflardan birisi lehine hükmedebilmesi için, TMK m. 175/II uyarınca, öncelikle yoksulluk nafakasının yoksulluğa düşen veya düşecek olan tarafça, miktarı da belirtilerek talep edilmesi gerekmektedir.⁴²⁶ Hakim talep olmadan bu yönde kendiliğinden yoksulluk nafakasına hükmedemez.⁴²⁷

Yoksulluk nafakası, boşanmanın ferî sonuçlarından olduğundan, bu istek dava dilekçesinde yer almasa da dava sırasında boşanmayla ilgili hüküm kesinleşinceye kadar her zaman istenilebilmektedir. Ayrıca boşanma davası sonuçlandıktan sonra⁴²⁸ da harcı yatırılarak ayrı bir dava ile talep edilmesi mümkündür.⁴²⁹

TMK m. 178 hükmüne göre, boşanma kararından sonra açılacak davanın boşanma hükmünün kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde açılması gerekmektedir aksi halde dava zamanaşımına uğramaktadır.⁴³⁰ O halde bir yılın dolmasıyla diğer tarafın zamanaşımı definde bulunması halinde açılan dava reddedilecektir.⁴³¹ Boşanma davası içinde yoksulluk nafakası istenilmiş olması halinde ise, nafakanın arttırılması, azaltılmasına, kaldırılmasına ilişkin davalar her zaman açılabilir.⁴³²

Yoksulluk nafakası boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren geçerli olmaktadır.⁴³³ Ancak sonradan açılan nafaka davasında yoksulluk nafakasının koşullarının oluşup oluşmadığı boşanma hükmünün kesinleştiği ana göre belirlenecek olduğundan ve koşulların sağlanması halinde boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren değil,

⁴²⁶ Y2HD, 01.4.2002, 3925/4518; Özüğür, s.309.

⁴²⁷ Öztan, 2004, s. 497.

⁴²⁸ Yoksulluk nafakasının boşanma kararı kesinleştikten sonra istenip istenemeyeceği yönündeki tartışmalar Yargıtay'ın yeni bir kararı ile açıklığa kavuşmuştur. Yargıtay kararında; "*boşanma davasından sonra yoksulluk nafakasının istenemeyeceğinin kabulü, hak arama özgürlüğünün sınırlanması olur ki bu, Anayasa'ya aykırıdır.*" demekle boşanma kararından sonra da yoksulluk nafakası istenebileceği yönündeki görüşünü ortaya koymaktadır. Kaldı ki Kanun Koyucunun 3444 sayılı kanunla Önceki Medeni Kanun m.144'teki geçen "*yoksulluğa düşen eş*" deyiminin TMK m. 175 göre; "*yoksulluğa düşecek taraf*" olarak düzenlenmesini tercih etmesinin de Kanun Koyucunun iradesini ortaya koyan bir değişikliktir. ; Öztan, 2004, s.497,498.

⁴²⁹ Feyzioglu, s.399.

⁴³⁰ Özüğür, s. 298, 299.

⁴³¹ "Eski düzenlemenin aksine yeni düzenlemeyle yoksulluk nafakasının istenmesinin süreye bağlanmasının nedeni eşlerin boşanmalarına rağmen, boşanma davasından istenilmeyen nafaka talepleriyle yıllar sonra karşılaşmalarının önüne geçilmesi düşüncesidir.;" Özüğür, s.307.

⁴³² Özüğür, s. 307.

⁴³³ Y2HD; 24.09.1998, 8358/9790; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 306.

sonradan açılan nafaka davasının dava tarihinden itibaren nafakaya hükmolunacağı burada dikkat edilmesi gereken bir husustur.⁴³⁴

Henüz doğmamış nafaka alacağından feragat edilemez, fakat işlemeye başlayan nafaka alacağından feragat etmek mümkündür.⁴³⁵ Ancak nafaka talep eden eş sonradan bu davadan feragat edebileceği gibi, bu halde yeniden yoksulluk nafakası talep edemeyecektir.⁴³⁶

2.4.2.4.1.2 Yoksulluk Nafakası İsteminde Bulunan Tarafın Kusurunun Daha Ağır Olmaması

Boşanmaya sebebiyet veren olaylarda tamamen veya daha ağır kusurlu olan taraf yoksulluk nafakası talep edemeyecektir.⁴³⁷ Kanun koyucu, TMK m. 175/I'de; nafaka isteminde bulunan tarafın yukarıda da değinildiği üzere "kusursuz" olması şartını aramamakla birlikte istemde bulunan tarafın kusurunun diğer tarafın kusurundan daha ağır olmaması koşulunu aramaktadır.⁴³⁸

Öte yandan nafaka yükümlüsünün kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Bu yönüyle yoksulluk nafakası maddi ve manevi tazminat istemlerinden ayrılmaktadır. Boşanmada maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinin temel sebebini boşanan taraflardan kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, karşı tarafın kusurlu davranışıyla boşanmaya sebebiyet vermesi neticesinde uğramış olduğu zararın tazmini oluştururken, yoksulluk nafakasının dayandığı temel düşünce, boşanma sonucu düşülen yoksulluk halinin, sosyal dayanışma fikri ve ahlaksal değerler gereğince kısmen de olsa giderilmeye çalışılmasıdır.⁴³⁹ Nitekim her iki tarafın kusursuz olduğu akıl hastalığı, karakter ayrılığı gibi hallerde diğer şartların da oluşması ile nafaka isteminde bulunulabilmektedir.⁴⁴⁰

Eşlerden birinin evlilik birliğinin devam ettiği süreçte evin masraflarına emeği veya kazancı ile katılmaması, boşanmadan sonra yoksulluk nafakası ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁴¹

⁴³⁴ Özuğur, s. 295.; Y2HD, 11.2.2002,1104/1667; Özuğur, s. 297.

⁴³⁵ Öztan, 2004, s. 590., Ruhi, s.78 vd.

⁴³⁶ Öztan, 2004, s. 497.

⁴³⁷ Y2HD, 08.3.2002, 2226/3207; Özuğur, s.297.

⁴³⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 303., Köseoğlu/Kocaağa; s. 189 vd.

⁴³⁹ Öztan, 2004, s. 497.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 303.

⁴⁴⁰ Feyzioğlu, s. 398.; Öztan, 2004, s.500.

⁴⁴¹ Öztan, 2004, s. 499.

2.4.2.4.1.3 Yoksulluk Nafakası İsteminde Bulunan Tarafın Boşanma Yüzünden Yoksulluğa Düşme Tehlikesiyle Karşılaşmış Olması

Nafaka isteminde bulunan tarafın gelirinin olmamasından veya çalışamayacak duruma düşmesinden dolayı boşanma sebebiyle yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşmış olması gerekmektedir. Kanun Koyucu, TMK m. 175 hükmü ile kişinin yoksulluğa düşme olasılığını da dikkate almış ayrıca Eski Medeni Kanun'daki gibi "*büyük bir yoksulluğa düşmekten*" bahsetmemiştir.⁴⁴² Dolayısıyla eşin boşanma sebebiyle yoksulluğa düşülmesi arasındaki illiyet bağının kurulması yeterli görülmekte yoksulluğa düşme durumu derecelendirilmemektedir.⁴⁴³

Ancak TMK m.175'de yoksulluk kavramından ne anlaşılması gerektiğinin tanımı verilmemiştir. Doktrin ve uygulamada yoksulluk; kişinin geçimini kendi malvarlığı veya onun geliri ile veya çalışması ile karşılayamaması hali olarak kabul edilmiştir. Ayrıca tarafın yoksulluğunun kendi tutum ve davranışından kaynaklanıp kaynaklanmadığı örneğin; iş bulabilecekken çalışmaması⁴⁴⁴, yakın zamanda mirasçı olup olmayacağı, mal rejimi tasfiyesi sonunda yoksullukta kurtulacak bir meblağ elde edip etmeyeceği hususlarının da göz önünde tutulması gerekmektedir.⁴⁴⁵

Şahsi serveti olmayan, sağlık durumu sebebiyle çalışamayan veya mesleğini icra edemeyen eş bu durumda sayılmaktadır⁴⁴⁶. Yargıtay bazı kararlarında; SSK⁴⁴⁷ veya BAĞ-KUR⁴⁴⁸ aylığı olanların veya asgari ücretle çalışanların⁴⁴⁹, boşanmadan önce sahip oldukları refah seviyesinin altında yaşam sürdürmelerini yoksulluğa düşme olarak kabul etmemiştir.

2.4.2.4.1.4 Nafakanın Diğer Tarafın Mali Gücüyle Orantılı Olması

Nakafa miktarı hakim tarafından takdir edilir. TMK m. 175/I'e göre, hakim nafaka miktarını tayin ederken nafaka isteminde bulunan tarafın yoksulluğa düşmesini önleyecek ve normal şartlarda onun geçimine yetecek miktarda ve nafaka yükümlüsünün mali gücü ile

⁴⁴² Feyzioğlu, s.397; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 304.

⁴⁴³ Öztan, 2004, s. 499.

⁴⁴⁴ Y2HD, 17.6.1986, 5970/6108; Öztan, 2004, s. 503.

⁴⁴⁵ Öztan, 2004, s. 503.

⁴⁴⁶ Y2HD, 12.9.1995, 6066/8671; Öztan, 2004, s. 499.

⁴⁴⁷ Y2HD, 25.12.2002, 13554/14829; Gençcan, Boşanma Hukuku, s.964.

⁴⁴⁸ Y2HD, 01.10.2001, 10258/11123; Gençcan, Boşanma Hukuku, s. 965.

⁴⁴⁹ Y2HD, 10.10.1991, 9589/9589; Köseoğlu/Kocaağa; s. 187.

doğru orantılı olacak şekilde nafakayı tespit etmelidir.⁴⁵⁰ Hakimin nafakanın belirlenmesinde geniş takdir yetkisi bulunmaktadır.

Hakim, nafaka yükümlüsünün gelir durumu kendisini asgari şartlarda geçindirecek şekildeyse, kendi asgari ihtiyaçları üzerinde kalan meblağı yoksulluk nafakası olarak belirlemelidir. Boşanmadan önceki yaşam şekli ödenecek nafaka miktarının en üst sınırı olmakla birlikte eşlerden birinin boşanmadan önceki hayat tarzına oranla düşük ekonomik şartlarda yaşaması yoksulluğa düşme olarak kabul edilmektedir. Nitekim aile hukukunda “emeğin değerlendirilmesi” ilkesi gereğince evlilik süresince her iki eş anlaşarak eşlerden birinin ev işlerini yapmasını kararlaştırmış iseler o halde bu durumun olumsuz sonuçlarına da birlikte katlanmalıdırlar.⁴⁵¹ Dolayısıyla her iki tarafın yoksulluğa düşmemesi için gerekli meblağ ayrıldıktan sonra, nafaka alacaklısının boşanmadan önceki standartlarında yaşaması mümkün olmuyorsa, her iki taraf da bu duruma birlikte katlanma mecburiyetindedirler.

Ancak bu halde her iki tarafın da eşit alması anlamı çıkarılmamalı; nafaka miktarı belirlenmesinde; evliliğin süresi, eşlerin durumu, görev taksimleri, velayetin kimde bulunduğu, eşlerin çalışma imkanları birlikte değerlendirilmelidir. 5787 Sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca hakim, görevlendireceği uzmanlardan da bu tespitlerin yapılması hususunda yararlanabilmektedir.⁴⁵²

Kanun koyucu yoksulluk nafakası talebinde bulunan tarafın koşullarının da değerlendirilmesi gereğine TMK m.175/I’de kanımızca isabetsiz olarak değinmemekle beraber Yargıtay uygulamalarından ve TMK m.176/IV maddesinden anlaşılacağı üzere yoksulluk nafakasının miktarı belirlenirken, nafaka talep eden eşin zorunlu ihtiyaçları ile nafaka yükümlüsünün mali gücü arasında denge kurması gereği anlaşılmaktadır.⁴⁵³

Şöyle ki, nafaka isteminde bulunanın lehine boşanma davası dolayısıyla manevi tazminata hükmedilmiş bulunuyorsa istemde bulunan tarafın hükmedilmiş manevi tazminata karşı yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin ayrıca araştırılması gerekmektedir.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ “Örneğin askerde olan eş aleyhine askerde olduğu süre içinde yoksulluk nafakasına karar verilmez. Evlilik birliği devam ederken bir başkası ile karı koca hayatı yaşayan eş lehine yoksulluk nafakasına karar verilemez.” ; Kaçak, s.143

⁴⁵¹ Öztan, 2004, s. 500,501.

⁴⁵² Özüğür, s. 299.

⁴⁵³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 939.

⁴⁵⁴ Y2HD, 20.11.2000, 14218/14480; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 304

Ayrıca TMK m. 176/IV’de “ *tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyet gerektirdiği hallerde, iradın arttırılması veya eksiltilmesine karar verilebilir*” denilerek irat şeklinde ödenen yoksulluk nafakasının miktarının sonradan belirlenmesinde, boşanan her iki tarafın da maddi durumlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

Taraflar, karşılıklı olarak anlaşmak suretiyle yoksulluk nafakasının miktarını belirleyebilirler. Ancak bu miktar; kamu düzenine, ahlaka ve emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz. Tarafların aralarında yaptıkları anlaşmanın geçerliliği, hakimin onayını şartına bağlıdır.⁴⁵⁵

2.4.2.4.2 Yoksulluk Nafakasının Süresi

Önceki Medeni Kanun 144. maddesi yoksulluk nafakasına ancak bir yıl süre ile hükmolunacağını belirtmekteydi. 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle nafakanın “süresiz” (devamlı) olarak nafaka istenebileceği hükmüne bağlanmış bu değişiklik TMK m. 175’de de da aynen benimsenmiştir.⁴⁵⁶

Eşlerden birinin yoksulluk nafakası talebi yokken, diğerinin kendiliğinden eşine nafaka ödemek istemesi ve bu nafakayı “evleninceye kadar ödeyeceği” koşuluna bağlaması geçerli bir beyan olarak kabul edilmektedir.⁴⁵⁷

2.4.2.4.3 Nafaka Davasında Yetkili ve Görevli Mahkeme

Boşanma davasıyla beraber talep edilen yoksulluk nafakasında, görevli ve yetkili olan mahkeme boşanma davasına bakmakla görevli ve yetkili olan Aile mahkemeleridir. Ancak TMK m. 177’ye göre; boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında veya nafakanın arttırılması veya azaltılmasına ilişkin davalarda yetkili mahkeme nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Bu hüküm ile amaçlanan, genel yetki kuralının istinası olarak, ekonomik olarak güçsüz bulunan nafaka alacaklısını korumaktır.⁴⁵⁸

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni*

⁴⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s.148.

⁴⁵⁶ Köseoğlu/Kocaağa; s. 192, Özüğür, s.295.,

⁴⁵⁷ Öztan, 2004, s.504.

⁴⁵⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s.306.,Öztan, 2004, s.479.

Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler” Aile Mahkemelerinin görevine girmektedir. Dolayısıyla yoksulluk nafakasının boşanma davası sırasında veya yoksulluk nafakasının arttırılması-azaltılması-kaldırılması davalarının tümünde görevli mahkeme Aile mahkemeleri olmaktadır.⁴⁵⁹

2.4.2.4.4 Tazminat ve Nafakanın Ödenme Biçimi

Yoksulluk nafakasının, TMK m.176/I'e göre, toptan veya irat şeklinde ödenmesine karar verilebilir. Kanun koyucu bu hususta hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Uygulamada genellikle yoksulluk nafakasının irat şeklinde ödenmesine karar verilmekle⁴⁶⁰ birlikte, nafaka borçlusunun ekonomik durumu ve mali gücünün fazla olması yoksulluk nafakasını toptan ödemeye uygun olduğu belirlenmesi halinde nafakanın toptan ödenmesine de karar verilebilir. Ancak TMK m. 176/son fıkrası ile nafakanın tarafların değişen koşullarına göre yıldan yıla değiştirilebilmesine imkan tanınmış olduğundan, tarafların yararının aksini gerektirmediği surette nafakanın irat biçiminde ödenmesine karar verilmelidir.⁴⁶¹

Yoksulluk nafakasının ne biçimde ödeneceği eşler arasında yapılacak bir sözleşme ile kararlaştırılabilir. TMK m.184/V'e göre, bu anlaşmanın geçerliliği hakim onayına bağlıdır. Ancak eşler arasında boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin bir anlaşma yapılmamış veya yapılan anlaşma hakim tarafından onaylanmamış ise ödeme biçimi hakim tarafından resen kararlaştırılacaktır.⁴⁶² Ayrıca hakim nafakanın “ayın” veya “nakit” olarak ödenmesine karar vermekte geniş bir takdir yetkisi bulunmakla tarafların talepleri ile bağlı değildir.⁴⁶³

TMK m. 176/III hükmü uyarınca; yoksulluk nafakasının ve maddi tazminatın irat biçiminde ödenmesinin sözleşme veya hakim hükmüyle kararlaştırılması durumunda; alacaklı tarafın yeniden evlenmesi veya taraflardan birinin ölümü halinde nafaka yükümlülüğü kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Ancak alacaklı tarafın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması veya haysiyetsiz hayat sürmesi halinde yoksulluk

⁴⁵⁹ Özüğür, s.307.

⁴⁶⁰ Y2HD. 09.12.1992,12034/12459 ; www.kazancı.com; son erişim 19.03.2014

⁴⁶¹ Özüğür, s. 300.

⁴⁶² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 307.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 193,194.

⁴⁶³ Öztan, 2004, s.505.

nafakası ancak mahkeme kararıyla, dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kaldırılabilir.⁴⁶⁴

Maddi ve manevi tazminat konu başlıklarının altında değinildiği üzere TMK m. 176/I,II'ye göre; maddi tazminat ile yoksulluk nafakasının toptan veya irat şeklinde ödenmesine karar verilebilirken, manevi tazminat borcunun mutlaka toptan ödeme biçiminde kararlaştırılması gerekmektedir.⁴⁶⁵

Yoksulluk nafakasının miktarının belirlenmesi hakimnin takdirine bağlı olduğundan, dava tarihinde muayyen ve muaccel olması mümkün olmayan yoksulluk nafakasına faiz yürütülemez. Ancak hüküm kurulduktan sonra yoksulluk nafakası muaccel olmakta bu sebeple nafaka borçlusunun temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren istem halinde yasal faiz yürütülmektedir.⁴⁶⁶

2.4.2.4.5 Yoksulluk Nafakasının Artırılması ve Azaltılması

TMK m.176/IV'e göre; maddi tazminat veya yoksulluk nafakası irat şeklinde ödenmekte ise, tarafların mali durumlarının değişmesi halinde veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde nafakanın arttırılmasına veya azaltılmasına karar verilebilecektir. Ancak bu değişiklik için ekonomik durumda süreklilik arz eden büyük bir değişikliğin ortaya çıkması, boşanma kararı verilirken bu değişikliğin ortaya çıkmasının öngörülemez olması, nafaka yükümlüsünün kendi iradesi dışında ortaya çıkan sebeplerle ekonomik durumunun kötüleşmesi gibi hususlar bir arada değerlendirilmelidir.⁴⁶⁷ Nitekim, aradan çok az bir zaman geçtikten sonra nafakanın indirilmesi isteminde bulunulması hakkın kötüye kullanılması şeklinde öngörülmektedir.⁴⁶⁸ Aynı şekilde nafaka alacaklısının mali ve ekonomik durumunun sürekli olarak önemli ölçüde düzelmesi halinde de yoksulluk nafakası tenkis edilecek veya tamamen ortadan kaldırılabilir.⁴⁶⁹ Buna karşılık, nafaka alacaklısının çalışma imkanının olması, yaşının buna uygun veya evlenme şansını kaybetmemiş olması sebepleri ile yoksulluk nafakasının azaltılması talep edilemez.⁴⁷⁰

⁴⁶⁴ “Önceki Kanun taraflarca aksinin kararlaştırılabileceğini öngörmekteydi ancak TMK’da bu imkan taraflara tanınmamış ve emredici olarak düzenlenmiştir.”; Özüğür, s. 298-303.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 307.

⁴⁶⁵ Köseoğlu/Kocaağa; s. 281 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 308.

⁴⁶⁶ Özüğür, s. 309., Köseoğlu/Kocaağa; s. 23 vd.

⁴⁶⁷ Öztan, 2004, s.506., Velidedeoğlu, s.308 vd.

⁴⁶⁸ YHGK. 20.1.1960, 2-1/2; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 308.

⁴⁶⁹ Öztan, 2004, s.507.

⁴⁷⁰ Özüğür, s.304.

Mahkeme tarafından ekonomik ve sosyal durumlarının değişip değişmediği tarafların yaşam koşullarının, ödeme güçlerinin veya sağlık durumlarının değerlendirilip belirlenmesi için 4787 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca görevlendirilecek sosyal çalışma ve psikolog uzmanların araştırma, inceleme raporlarındaki görüşlerinden yararlanılabilmektedir.⁴⁷¹

Ayrıca TMK'nın, önceki Kanun'da yer verilmeyen düzenlemesi uyarınca, TMK m. 176/5'e göre; istem halinde irat şeklinde ödenmesine karar verilen maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının, gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda artarak devam edeceğine karar verilebilir.⁴⁷² Bu madde hükmüyle mali açıdan güçsüz olan tarafın her yıl emek ve masraf sarfi suretiyle nafaka artırımı davaları açmalarını önleyerek bu sebeple zarar görmelerine engel olunmak istenilmiştir.⁴⁷³ Ancak gelecek yıllardaki artırıma ilişkin olarak kurulan ve bu konuda kesinleşen önceki hükümler kesin hüküm taşımamaktadır zira sonraki yıllarda, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarında, ihtiyaçlarında veya ülkenin ekonomik yapısında değişiklikler yaşanması mümkündür.⁴⁷⁴

Tazminat ve nafaka alacaklarının miras yoluyla geçip geçmeyeceği hususunda önceki Medeni Kanun; irat şeklinde veya toptan ödeme şeklinde olmasına bakılmaksızın alacağın borçlunun ölümü halinde mirasçılara geçeceğe görüşüne egemendi.⁴⁷⁵ Ancak TMK'nın yürürlüğe girmesi ile bu husus doktrinde tartışmalı hale dönüşmüştür.

Velidedeoğlu; nafaka borçlusunun ölümü halinde nafaka borcunun mirasçılara geçmeyeceği görüşündedir. Nitekim, TMK m. 144'e göre, yoksulluk nafakasının irat şeklinde ödenmesine karar verildiği hallerde borç tamamen şahsi bir karakter taşıyacak ve evliliğin devam etmekte olan bir sonucu niteliğini göstereceğinden, borç sadece nafaka borçlusu eşe ait olacak ve onun mirasçıları bu borcu ödemeye devam etmekle yükümlü tutulamayacaktır, görüşündedir.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ Özuğur, s. 303.

⁴⁷² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 308., Feyzioğlu, s.402 vd.

⁴⁷³ Özuğur, s. 299.

⁴⁷⁴ Y2HD, 9.9.2008, 9857/13986; "Yargıtay, yoksulluk nafakasının yıllar içinde %20 arttırılmasına karar verilmesinde, arttırma oranın dayanağının gösterilmediği ve belirlenen oranın ekonomik koşullar karşısında fazla olması sebebiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir."; www.kazancı.com, son erişim:25.03.2014.

⁴⁷⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 308.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 284.

⁴⁷⁶ Köseoğlu/Kocaağa; s. 194., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 308.

Doktrindeki aksi görüşü paylaşan Akıntürk; irat veya toptan ödeme biçiminde olmasına bakılmaksızın nafaka borcunun mirasçılara geçeceği görüşündedir. Bu görüşü benimseyenlere göre; TMK m. 144'ün sosyal amacı kişiyi yoksulluğa düşmekten kurtarmak olduğu için evlilik birliği sona erse de nafaka borcu devam etmektedir. Bu haliyle bağımsız nitelik kazanan nafaka borcu, yoksulluğa düşen eş tarafından nafaka borçlusunun mirasçılarında, nafakanın irat veya toptan ödeme biçiminde olmasına bakılmaksızın istenebilmelidir.⁴⁷⁷

TMK m.176/III'e göre, nafaka alacaklısının ölmesi halinde ise, nafakaya irat şeklinde hükmolunmuş ise, mirasçılar nafakanın kendilerine ödenmesini talep edemezler. Ancak nafakanın ölüm anına kadar muaccel olmakla birlikte ödenmeyerek birikmiş iratların ödenmesini talep edebilirler. Yoksulluk nafakasının toptan ödeme şeklinde ödenmesine karar verildiği durumlarda ise nafaka alacaklısının mirasçıları henüz ödenmemiş meblağı nafaka borçlusundan talep edebileceklerdir.⁴⁷⁸

Sonuç olarak; TMK m. 176/III'te yer alan; *“irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddi tazminat veya nafaka,.... taraflardan birinin ölümü halinde kendiliğinden kalkar”* hükmüyle tartışmalı olan konuya açıklık kazandırmıştır.⁴⁷⁹

Kanun'umuzda yoksulluk nafakasının sözleşme ile belirlenmesinde bir açıklık bulunmamakla birlikte, TMK m. 166/III uyarınca, taraflar usulüne uygun sözleşme ile veya anlaşmalı boşanma hükmolunan veya kararlaştırılan yoksulluk nafakasının; evlenme, haysiyetsiz hayat yaşam, evlilik dışı yaşam, nafaka alacaklısının yoksulluktan kurtulması gibi hallerinde de devamını kararlaştırabilirler. Bu durumda her ne kadar yasa da açıklık bulunmasa da Türk Borçlar Kanun'unun genel hükümlerine göre sözleşmeye değer verilmesi esas olduğundan böyle bir sözleşmenin varlığı halinde uyumsuzluk sözleşmeye göre sonuçlandırılacaktır.⁴⁸⁰ Ancak haysiyetsiz hayat sürme halinde, her ne kadar sözleşmeye itibar edilerek uyumsuzluk çözümlenecek olsa da, yoksulluk nafakasının devamına karar verilese de nafakanın artırımına yönelik istem mahkemece reddedilmelidir.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 309.

⁴⁷⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 309.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 194.

⁴⁷⁹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 309. Köseoğlu/Kocaağa; s. 193.

⁴⁸⁰ Özüğür, s.301.

⁴⁸¹ Özüğür, s.303.

İİK m. 38'e göre, ilam ve ilam sayılan belge dışında kararlaştırılan yoksulluk nafakasında, her ay için taahhuk nafaka ise nafaka tahakkuk eden aydan itibaren 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Yoksulluk nafakasının ilama dayalı olması halinde ise son takipten başlamak üzere 10 yıllık zamanaşımı geçerli olacaktır.⁴⁸²

TMK m. 954'e göre; yoksulluk nafakası alacağı kişiye bağlı kendine özgü özellikleri olan bir alacaktır. Bu sebeple alacaklının rızası dışında takas edilemez, temlike elverişli değildir ve üzerinde rehin tesis edilemez.⁴⁸³ İlama bağlı olmayan nafakaların bir kısmı haczedilebilirken, ilama bağlı nafakalar nafaka alacaklısının geçinmesi için zorunlu olan miktar dikkate alınarak mahkemece tayin ve takdir edileceğinden, İİK m. 83'e göre haczedilemezleri mümkün değildir.

2.4.2.4.6 Yoksulluk Nafakasına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun

Uygulanabilirliğinin Tespiti

Boşanmanın eşler üzerindeki ferî ve mali sonuçlarından olan yoksulluk nafakasının HUAK kapsamında arabuluculuğa uygun olup olmadığı hususunu değerlendirecek olursak; yoksulluk nafakası; tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık konusu olduğundan arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözüme ulaştırılabilecek konular arasında yer almaktadır. Nitekim taraflar yoksulluğa düşecek olan tarafa ödenecek nafaka miktarı üzerinde serbestçe anlaşmaya varabilmektedirler.

Türk Medeni Usul Hukuku uyarınca bu davaların, davayı kabul, davadan feragat ve sulh gibi taraf işlemleri ile sonlandırılması mümkündür. Sulh, kabul ve feragat; tarafların karşılıklı irade beyanları ile oluşan ve aralarındaki uyuşmazlığı çözümledikleri bir sözleşmedir. Şarta bağlı olmayan bir sulh anlaşmasıyla sonuçlanan bir davada, hakim tarafların isteği üzerine anlaşmayı mahkeme kararına geçirerek ona nihai anlamda kesin hüküm niteliği kazandırabilmektedir. Bu şekilde tarafların iradeleriyle gerçekleştirdikleri çözüm mahkeme ilamı haline gelerek kesin hüküm niteliği taşır. Bu noktadan bakıldığında sulhe, kabule ve feragata tabi olarak çözülebilen; yoksulluk nafakası davaları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup HUAK uyarınca arabuluculuk ile çözülmesi mümkün konulardan görülmektedir.

⁴⁸² Özüğür, s. 309.; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, 845.

⁴⁸³ Baki, Kuru, İcra İflas Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 815., Öztan, 2004, s. 590.

HUAK'a m.1/II'e göre; kamu düzenini ilgilendiren alana girmeyen yoksulluk nafakası davaları konusunda, tarafların uzlaşmak üzere arabuluculuk yoluna başvurmaları ve bir anlaşmaya varmaları halinde; bu anlaşma tutanağını yine yoksulluk nafakası davasına bakmakla görevli ve yetkili mahkemeye sunarak şerh almaları ve tutanağın ilam niteliğinde bir belge haline dönüşmesini mahkemeden talep etme hakları bulunmaktadır.

Ancak hakim daha önce de belirttiğimiz üzere aile hukukuna giren uyuşmazlıklarda bu anlaşma tutanağına ilam hükmü kazandırmadan önce, önüne getirilen aile hukuku uyuşmazlığının arabuluculuk kapsamına girip girmediğini ve ayrıca cebri icraya elverişli olup olmadığını yapılan duruşmada açıklığa kavuşturmalıdır. Nitekim HUAK; "Tarafların Anlaşması" başlıklı kısmında, m. 18/3 ile aşağıdaki düzenlenmeyi getirmiştir; "... *ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.*"

Dolayısıyla HUAK m. 18/III uyarınca, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda incelemenin duruşmalı olarak yapılması istisnasını getirerek, hakime uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını denetimini yapma yetkisi tanımaktadır.

HUAK uyarınca getirilen diğer bir sınırlama ise; aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıklardır. HUAK m. 1/II'de açıkça düzenlendiği üzere, aile içi şiddet iddiasını içeren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda arabuluculuk yolu ile uyuşmazlığın çözümü öngörülmemektedir.⁴⁸⁴ Dolayısıyla boşanma davalarının hukuki sonuçlarının Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'u kapsamında arabuluculuğa uygunluğunun tespiti yapılırken ayrıca konunun aile içi şiddet iddiası içerip içermediğinin de mutlaka gözetilmesi gerekmektedir.⁴⁸⁵

2.4.2.5 Yasal Mal Rejimleri ve Tasfiyesi

Kanun koyucu TMK m. 179 ile boşanma halinde eşler arasındaki mal rejiminin sona ereceğini hükme bağlamıştır. TMK m. 181'de; eşler arasındaki mal rejiminin eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümlere göre tasfiye edileceği belirtilmiştir.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Barut, s. 85.

⁴⁸⁵ Barut, s. 85.

⁴⁸⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 294., Zeytin/Ergün, s.169 vd.

Boşanmanın eşler arasındaki mali sonuçlarından birisi olan; boşanma ile evlilik birliğinin sona ermesi durumunda mal rejiminin tasfiyesi konusunun Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'una göre arabuluculuğa uygun konulardan biri olarak düzenlenmesi sebebiyle, konunun kapsamlı olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle TMK m. 202-281'de düzenlenmiş bulunan mal rejimlerinin neler olduğu, eşlere ait olan malların yönetimi, eşlerin sorumlulukları ve üçüncü kişilerin mal rejimleri karşısındaki konumları ayrı bir başlıklar altında aşağıda inceleme konusu yapılmıştır.

2.4.2.5.1 Yasal Mal Rejimleri ve Getirilen Eleştiriler

Eşler arasında malvarlıksal ilişkilerin yani eşlerin sahip oldukları mallarda yönetim, tasarrufta bulunma ve eşlerin sorumluluklarının düzenlenmesi mal rejimi olarak ifade edilmektedir.⁴⁸⁷

Yasal mal rejimi; evlenmeden önce veya sonra eşlerin aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yapmak ya da evlenme başvurusu sırasında yazılı olarak bildirimde bulunmak suretiyle kanun'un öngördüğü yine sınırlı sayıda belirlenmiş olan diğer mal rejimi türlerinden birini seçmemiş olmaları halinde tabii olacakları mal rejimine denilmektedir.⁴⁸⁸

Osmanlı-Türk Hukuku'nun, İslam Hukuku'ndan gelen geleneği ile Eski Medeni Kanunu'muz, 1 Ocak 1988 öncesi kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak düzenlenmiş olan "mal birliği" rejiminden ayrılarak, yasal mal rejimi olarak "mal ayrılığı rejimini" tercih etmiştir.⁴⁸⁹ "Mal birliği" rejiminde eşlerin birliğe giren mallarının mülkiyeti yine eşlerde kalmasına rağmen kocanın birliğe giren malları yönetme ve yararlanma hakkı vardı. Nitekim bu durum Türk gelenek ve adetlerine daha uygun bulunmaktaydı. Bu düşüncenin temelinde; karısından her an boşanma hak ve yetkisine sahip koca karşısında kadının kendi mallarındaki menfaatleri daha fazla korunmuş olacağı düşüncesi yatmaktaydı.⁴⁹⁰ Ancak yasal mal rejimi olarak "mal ayrılığı" rejiminin benimsenmiş olması da kadın-erkek eşitliğinin sağlanması için yeterli olmamış, örneğin kocasının köydeki tarlasında boğaz tokluğuna çalışarak, bütün gençliğini harcayan kadın, boşanma halinde koca evini beş parasız terk edip gitmek zorunda kalması gibi durumlarının önüne geçilememiştir.⁴⁹¹

⁴⁸⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 143-144.

⁴⁸⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 144., Zeytin/Ergün, s.169 vd.,

⁴⁸⁹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 84.

⁴⁹⁰ Velidedeoğlu, s. 138.

⁴⁹¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 145.

Buna karşılık edinilmiş mallara katılma rejiminde, evlilik süresince ve evlilik sona erdiğinde mal ortaklığı bulunmadığından, birlikte mülkiyetin sorunlarını ortadan kalkmaktadır. Ayrıca evlilik sona erdiğinde “kazancın paylaşılması” öngörüldüğünden ve eşlerin mallarına ilişkin haklarında evlilik süresince geniş bir bağımsızlık verildiğinden dayanışma ve eşitlik ilkeleri yerine getirilmiş olmaktadır.⁴⁹² Böylece kadına evlilik birliği içinde gösterdiği çabaların maddi karşılığına kavuşabilme güvencesi yanında kocanın eşini kolayca boşaması düşüncesi de engellenmiş olmaktadır.⁴⁹³

Doktrinde bu rejime getirilen eleştiriler de olmaktadır. Özellikle birçok mal grubu arasında yapılan tasfiyenin masraflı zor ve karmaşık olmasının uygulama zorlukları yarattığı ayrıca adaletin gerçekleştirilmesini zorlaştırdığı düşüncesi eleştirilerin merkezinde yer almıştır.⁴⁹⁴

İsviçre’de 1 Ocak 1988 tarihinde “Aile Reformu Kanunu’nun” yürürlüğe girmesiyle “edinilmiş mallara katılma rejimi” yasal rejim olarak kabul edilmiş, ülkemizde de Batı ülkelerinde ve İsviçre’deki reformun etkisiyle 1.2.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Kanun’la, TMK m. 202/I’e göre yasal mal rejimi olarak daha önce uygulanmakta olan “mal ayrılığı” rejimi yerine “edinilmiş mallara katılma” rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir.⁴⁹⁵

Böylece TMK’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde eşler başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılacaklardır.⁴⁹⁶

2.4.2.5.2 Seçilmiş Mal Rejimi ve Farklı Mal Rejimine Geçiş

Eşlerin evlenme başvurusu sırasında yazılı açıklamada bulunarak ya da evlenmeden önce veya evlendikten sonra mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle kendi istek ve iradeleriyle seçecekleri, TMK’da “mal ayrılığı”, “paylaşmalı mal ayrılığı” ve “mal ortaklığı” olarak sınırlı sayıda düzenlenmiş olan mal rejimleri; seçimlik mal rejimlerini oluşturmaktadır.

⁴⁹² M. Beşir Acabey, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, İzmir, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, s. 100 vd.

⁴⁹³ Şükran Şıpka, “Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1995, s.360.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 154.

⁴⁹⁴ Ceylan, s. 63.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 738.

⁴⁹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 202.; Ceylan, s.59.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 84.

⁴⁹⁶ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 85.

Böylece sınırlı sayıda sayılmakla birlikte, eşlere tabi olacakları mal rejimi türünü seçmekte serbestlik tanımıştır.⁴⁹⁷ Ancak bu serbestliğin mal rejimlerini düzenleyen kuralların değiştirilmesinde irade özgürlüğü anlamını taşıdığı yorumu yapılmamalıdır.⁴⁹⁸

TMK m. 203-205 arasında seçimlik mal rejiminin kurulmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Eşler evlenmeden önce veya sonra aralarında mal rejimi sözleşmesi yapabilmektedirler.⁴⁹⁹ Ayrıca evlenme başvurusunda buldukları sırada da evlendirme memuruna yazılı olarak hangi mal rejimine tabi olmak istediklerini bildirmeleri mümkündür.⁵⁰⁰

TMK m. 205/II'ye göre; mal rejimi sözleşmesi yapmak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan eşler tarafından sözleşmenin bizzat yapılması ve imzalanması gerekmektedir. Dolayısıyla yasal veya atanmış temsilciler eliyle yapılan sözleşmeler geçersiz olacaktır.⁵⁰¹ Bu durumda, TMK m. 204 uyarınca, bu sözleşmeyi düzenleyecek olan tarafın ayırt etme gücüne sahip olması şartı aranmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar ve küçükler ise sözleşmeyi yasal temsilciyle birlikte imza altına almak zorundadırlar.⁵⁰²

TMK'nın, taraflara dilediği mal rejimini seçme imkanı tanımının yanında eşlere tabi buldukları mal rejimini değiştirebilme imkanı da tanımıştır. TMK m. 208; *“eşler her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimine geçebilirler.”* demektedir. Ancak bu değişiklikten zarar görme ihtimali olanların menfaatleri TMK m. 213 ile koruma altına alınmıştır. Buna göre; mal rejiminin değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi ile eşlerden birinin veya üçüncü kişilerin, üzerinden haklarını alabilecekleri malların sorumluluk dışı bırakılması mümkün değildir.⁵⁰³

Mal rejimi değişiklikleri bazen hakim kararıyla da gerçekleştirilebilmektedir. Konuyla ilgili düzenleme TMK m. 206 ve sonrası maddelerinde yapılmıştır. Konuyu sınırlamak

⁴⁹⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 146 vd.

⁴⁹⁸ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 86.

⁴⁹⁹ TMK m. 205'e göre *“Mal rejimi sözleşmesinin resmi şekilde yapılması düzenlenmiştir. Buna göre; mal rejimi sözleşmesinin noter önünde düzenleme veya onaylama şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir.”*

⁵⁰⁰ Köseoğlu/Kocaağa; s. 641, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 147.

⁵⁰¹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 87, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 148.

⁵⁰² *“Ancak evlenmenin TMK m.11/II'ye göre kişiyi ergin kıldığı durumlarda evlenmeden sonra yapılan sözleşmelerde kişi ergin sayıldığından yasal temsilcinin de sözleşmeyi imzalaması şartı aranmayacaktır.”*; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 147-148.

⁵⁰³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 149 vd.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 644.

açısından “başka bir mal rejimine geçme”, “mal ayrılığı rejimine dönüşme”, ”mal ayrılığına geçişten dönme” konularına detaylı olarak değinmiyor sadece isimlerini vermekle yetiniyoruz.

2.4.2.5.3 Mal Rejimi Türleri

2.4.2.5.3.1 Edini lmiş Mallara Katılma Rejimi

2.4.2.5.3.1.1 Edinilmiş Mal

Ülkemizde yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi; TMK m. 218’e göre; eşlerin edinilmiş malları ile eşlerden birinin kişisel mallarından oluşmaktadır. Edinilmiş mal; TMK m 219 hükmünde; “*her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği mal varlığı değerleri*” olarak tanımlanmıştır. Bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal sayılabilmesi için “edinilmiş mallara katılma rejiminin yürümeye başladığı günden sona erdiği ana kadar geçen süreç içinde edinilmiş olması” ve bu malvarlığı değerinin “emek” karşılığında edinilmiş olması koşulları birlikte aranmaktadır. Bir eşin emeğiyle edindiği malda veya malvarlığında diğer eşin de belli ölçüde katkısı olduğunun kabul edilmesi düşüncesinden kaynağını alan bu mal rejiminde “emek” dikkat çekilmesi gereken önemli bir unsurdur.⁵⁰⁴

TMK m. 219’da beş bent halinde edinilmiş malların kapsamı şu şekilde belirlenmiştir:

- 1) Eşin çalışmasının karşılığı olan edinimler yani eşlerden her birinin çalışması sonucunda edindiği örneğin ücret veya maaşından ya da serbest meslek kazancından harcayarak sahip olduğu edinimler. Bu kazanımlar eşlerin evlilik birliği süresince kazandığı olağan ve düzenli gelirlerle elde edinilen malvarlığı değerleridir.⁵⁰⁵ Düzenli gelir sayılmadıklarından bahisle istisna olarak düzenlenen diğer bentlerde sayılanlar ise;
- 2) Sosyal Güvenlik veya Sosyal Yardım Kurumu ve Kuruluşlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,
- 3) Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,
- 4) Kişisel malların gelirleri,
- 5) Edinilmiş malların yerine geçen değerler; edinilmiş mal olarak sayılmaktadır.⁵⁰⁶

Bir eşin tüm malları, TMK m. 222/III’ye göre, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilmektedir. Bu durumda belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden

⁵⁰⁴ Köseoğlu/Kocaağa; s. 644, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 157.

⁵⁰⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 158.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 644 vd.

⁵⁰⁶ Acabey, s. 132.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 157.

kimse iddiası ispatlamakla yükümlü kılınarak “edinilmiş mal karinesi” ile adi karine yaratılmış olunmaktadır.⁵⁰⁷ Ayrıca TMK m. 222/I-II; eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların her iki eşin paylı mülkiyetinde sayılacağını kabul edilerek, üçüncü bir mal tipi yaratmış ve bu şekilde “paylı mal karinesine” yer verilmiştir.⁵⁰⁸

2.4.2.5.3.1.2 Kişisel Mal

Türk Medeni Kanun’unda kişisel malların kapsamı, TMK m. 220’de şu şekilde ifade edilmiştir: 1) Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, 2) Mal rejiminin başlangıcında eşlerden herhangi birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da başka bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, 3) Manevi tazminat alacakları, 4) Kişisel Malların yerine geçen değerler. Ayrıca kanun koyucu TMK m.221/I’de; eşlerin aralarında yapacakları mal sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken bir malvarlığı değerinin de kişisel mal sayılacağını kabul etme imkanı tanımıştır. Bunun yanı sıra TMK m. 221/II ile mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal kapsamına alınmayacağını kararlaştırma serbestisini taraflara tanımaktadır.⁵⁰⁹

Edinilmiş mal rejimi, TMK m. 223/I’e göre, eşlerden her birine yasal sınırlar içinde⁵¹⁰ kalmak kaydı ile kendi kişisel mallarını ve edinilmiş mallarını yönetme ve bu mallardan yararlanma ve tasarrufta bulunma hakkını tanımaktadır. Ancak emredici nitelikte olmamakla birlikte, TMK m.223/II’e göre, paylı mülkiyet konusu mallarda eşlerden her biri diğerinin rızası olmadıkça kendi payı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmayacaktır.⁵¹¹

2.4.2.5.3.1.3 Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiye

Edinilmiş mallara katılma rejimi; TMK m.225/I uyarınca, eşlerden birinin ölümüyle ölüm anında, TMK m. 225/I, TMK m. 208 uyarınca, başka bir mal rejimine geçişle, yeni mal rejimi sözleşmesi kurulduğu anda kendiliğinden, TMK m. 206/I’e göre, mevcut mal rejiminin

⁵⁰⁷ Köseoğlu/Kocaağa; s. 646, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 156 vd.

⁵⁰⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 158,159.

⁵⁰⁹ Ömer Uğur, Gençcan, Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s. 126 vd. Akıntürk/Ateş Karaman, Aile Hukuku, s. 159.; Ceylan, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, s.64.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 646.

⁵¹⁰ İstisnalar: *Eşlerin “aile konutu” üzerinde tasarrufta bulunabilmesi ancak diğer eşin açık rızasıyla mümkün olabilir.* (TMK m. 194/I)., *“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesini gerektirdiği ölçüde eşlerden birinin istemde bulunması halinde hakim belirli malvarlığındaki tasarrufu diğer eşin açık rızasının alınması şartına bağlayabilir.”* (TMK m. 199).; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 161.

⁵¹¹ Zeytin/Ergün, s. 174 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 160 vd.

mal ayrılığına dönüştürülmesinde ve TMK m.225/II'e göre, evliliğin boşanma veya iptal sebebiyle sona ermesinde hakimin kararıyla "dava tarihinden" itibaren sona ermektedir.

Görüldüğü üzere rejimin sona erme sebebine göre, sona erme anı farklılık göstermektedir. Bu duruma dikkat çekilmesinin pratik önemi; rejimin tasfiyesi halinde, TMK m. 228 hükmünde düzenlendiği üzere, edinilmiş malların ve kişisel malların değerlerinin saptanmasında rejimin sona erme anının esas alınacak olması ve bundan sonra edinilmiş mal rejiminin sona ermesiyle birlikte edinilmiş malların kişisel mal statüsüne geçecek olmasıdır. Böylece eşlerden birinin davayı olabildiğince uzatarak diğer eşin edinilmiş mallarındaki artışa katılması ve bu artış dolayısıyla kendi payını arttırması önlenmiş olmaktadır.⁵¹² Konuyu sınırlandırmak açısından diğer sona erme hallerinin isimlerini vermekle yetinerek, aşağıda boşanma halinde edinilmiş mal rejiminin sona ermesi inceleme konusu yapılacaktır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesiyle birlikte eşlerden her biri, karşılığını ödeyerek edindiği mallar ile kişisel malları üzerinde mülkiyet hakkında sahip olduğundan diğerinin zilyesinde bulunan mallarını, TMK m. 226/I uyarınca geri alma hakkına sahip olmaktadır.

TMK 228/I hükmüne göre; eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona erdiği andaki durumlarına göre ayrılmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, TMK m. 228/II'e göre, eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya işgücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre bağlanan iratlarda, mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar eşlerin birlikte yaşadığı döneme ait irat hesap edilerek diğer eşin katkı payının hesaplanacak olmasıdır.⁵¹³

Diğer mal varlığı değerlerinin tasfiye anındaki değerlerine göre hesap edileceğine yukarıda değinmiştik. Mal varlığı değerinin hesaplanmasında kullanılacak ölçülerden biri, TMK m. 232'de belirtildiği üzere, malın o andaki sürüm değeri (piyasa değeri) olacaktır.⁵¹⁴ Ancak TMK m. 233/I' düzenlemesine göre, bizzat işletmeye devam edilen veya sağ kalan eş

⁵¹² Acabey, s. 140.

⁵¹³ Köseoğlu/Kocaağa; s. 648.

⁵¹⁴ Ceylan, s. 68., Zeytin/Ergün, s.174 vd.

ya da alt soya özgülenen örneğin bir işletme söz konusu olursa, bu işletmeyi malik sıfatıyla işletmeye devam eden eşin bu işletme için değer artışından alacağı pay ve katılma alacağı, bu işletmenin “gelir değeri” üzerinden hesap edilecektir. Ancak TMK 233/II uyarınca, bu işletmenin maliki veya mirasçıları, diğer eşe karşı ileri sürebilecekleri değer artışı payının ve katılma alacağının, işletmenin sadece sürüm değeri üzerinden hesaplanmasını da talep edebilirler. Bu gibi durumlarda değerlendirmeye ve işletmenin kazancından mirasçılara pay ödenmesine ilişkin miras hukuku hükümlerinin kıyasen uygulanacağına TMK m. 233/III’de yer verilmiştir.⁵¹⁵

TMK’da 234. maddede düzenlenen; değerlerin belirlenmesi usulleri dışında “özel hal değeri” olarak isimlendirilen diğer bir ölçü ise hakkaniyete uygun hesaplanan değerde artırım yapılmasını gerektirmektedir. Bu durumlara örnek olarak, diğer eşin geçim koşulları, işletmenin alım gücü, ayrıca işletme kendisine özgülenen eşin yaptığı yatırımlar sebep gösterilebilir.⁵¹⁶

Edinilmiş mallara katılma rejimine göre eşlerin tasfiye neticesinde “alacak hakkı” olarak sahip olacakları katılma payı; TMK m. 236/I’de düzenlendiği üzere; artık değer yarısı veya eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle öngördükleri oran olacaktır. Mal rejimi sözleşmesiyle katılma oranının tespitindeki sınır, TMK m. 236/II maddesinde belirtildiği üzere, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarının zarar görmeyeceği nokta olmalıdır. Böylece eşlerin yapacakları sözleşmede pay oranının tamamının sağ kalan eşe bırakılmasının kararlaştırması engellenmiş olmaktadır.⁵¹⁷

Öte yandan, TMK m.238 hükmü uyarınca; evliliğin iptal ve boşanma sebebiyle sona ermesinde, katılma oranının yasal düzenlemelerden farklı olması halinde bu durumun mal rejimi sözleşmesinde “açıkça” gösterilmiş olması şartı aranmaktadır.⁵¹⁸ Bu maddenin gerekçesinde; mal rejimi sözleşmesi ile belirlenen farklı paylaşım şekilleri bundan yararlanan eşe bir ödül niteliğinde olduğundan, buna ilişkin sözleşme hükümlerinin boşanma sebebiyle evliliğin son bulması halinde uygulanabilmesi için bunun sözleşmede açıkça öngörülmüş

⁵¹⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 166 vd.

⁵¹⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 167.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 656.

⁵¹⁷ Y8HD; 27.4.2010, 953/2148; Köseoğlu/Kocaağa; s. 663.

⁵¹⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 167 vd.; Ceylan, s. 67.

olması gerektiği belirtilmiştir.⁵¹⁹ Mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili anlaşmaya TMK m.166/III hükmündeki düzenlemenin içinde de yer verilebilmektedir.⁵²⁰

Artık değerın tanımı TMK 231/I’de şu şekilde yapılmıştır; “*Artık değer, eklenmeden veya denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil edilmek üzere her eşin edinilmiş malların toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktar olacaktır.*”⁵²¹ Ayrıca TMK m. 231/II hükmüne göre, değer eksilmeleri artık değerın hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır.⁵²²

Kanunda artık değerın hesabında “eklenecek değerlerden” bahisle, TMK m. 229’da belirtilmiş olan malvarlığı değerlerinden söz edilmektedir. Buna göre; eşlerden birinin mal rejimin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı bağışlama ve ölüme bağlı tasarruflar gibi karşılıksız kazandırmalar ve süreyle sınırlanmaksızın bir eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak amacıyla kasten yaptığı devirler anlatılmaktadır.⁵²³ Ayrıca TMK m. 229/II’de; bu tür devir ve kazandırmalara ilişkin uyumsuzluklarda davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla devir ve kazandırmalardan yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğini belirtmektedir.⁵²⁴

Ayrıca TMK’da artık değerın hesabında “denkleştirme” yapılacak malvarlığı değerlerinin göz önünde bulundurulması üzerinde durulmaktadır. Öyle ki çeşitli sebeplerle eşlerden birinin kişisel malları ile edinilmiş malları arasında değer kaymaları yaşanmış olabilir. Böyle bir durumda; TMK 230/I’e hükmüne göre; bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallardan ödenmiş olabilir, bu halde eşlerin tasfiye sırasında artık değerın hesaplanmasında denkleştirme talep etme hakları düzenlenmektedir.⁵²⁵ Aynı şekilde bir mal türünden diğer mal türünün edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, TMK m. 230/III uyarınca değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın

⁵¹⁹ Ceylan, s. 62.

⁵²⁰ Ceylan, s. 62.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 666.

⁵²¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 167.

⁵²² Ceylan, s. 66.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 659.

⁵²³ Akıntürk/Ateş Karaman, s.168 vd.

⁵²⁴ “Bu maddeden bu kazandırma ve devirlerin iptali yoluna gidileceği anlaşılmalıdır. Ancak tasfiye sırasında bu temlikler yapılmamış gibi edinilmiş malların hesabında göz önünde tutulacak, yapılan hesaplama sonunda diğer eşin katılma alacağına sahip olduğu saptandığında, diğer eşten tahsil edilemeyen bu alacağın ödenmesi istenecektir.” ; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 169.

⁵²⁵ Köseoğlu/Kocaağa; s. 657.

tasfiye anındaki değerine göre, mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılmalıdır.

O halde, her iki eşin tasfiye sırasında, mal rejiminin sona erdiği anda, sahip olduğu edinilmiş malların o anki sürüm değerleri ve yukarıda açıklanan “eklenecek değerler” ile “kişisel mallara giden edinilmiş malların karşılıkları” artık değeri oluşturan aktif değerlerdir.⁵²⁶

Bunun yanı sıra, artık değerın hesabından çıkarılacak olan pasif değerlerde bulunmaktadır. Bu pasif değerler üç durumda oluşmaktadır: “Edinilmiş mallara giden kişisel malların karşılıkları” yani eşlerden birinin edinilmiş mala ilişkin bir borcu kendi kişisel malından ödemesi hali, “eşlerin edinilmiş mallara ilişkin mevcut borçları” ve sonuncu olarak “değer artış payı”dır.

“Değer artış payını” TMK m. 227 hükmü şu şekilde açıklanmaktadır: Eşlerden biri diğerine ait bir kişisel veya edinilmiş bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuş ise, tasfiye sırasında bu maldaki değer artışı için katkısı oranında, o malın tasfiye anındaki değerine göre alacak hakkına sahip olacaktır. Eğer malın değer artışı yerine malın değerinde azalma söz konusu ise katkının yapıldığı andaki değeri esas alınmaktadır. Böyle bir malın elden çıkarılması halinde ise hakim hakkaniyete göre bir alacak belirleyecektir. Sonuç olarak yukarıda sayılan üç hal artık değerın tespitinde pasif değerleri oluşturmakta ve artık değerın hesabında çıkarılması gereken değerleri oluşturmaktadır.⁵²⁷

Sonuç olarak artık değer; aktif değerlerden pasif değerlerin çıkarılması yoluyla tespit edilmektedir. Akıntürk bu hesaplamayı şu şekilde formuluze etmektedir; “*Artık Değer = (Edinilmiş mallar +Eklenecek Değerler+ Kişisel Mallara Giden edinilmiş malların karşılıkları)–(Değer artış payı+ Edinilmiş mallara giden kişisel malların karşılıkları+ Borçlar)*”⁵²⁸

⁵²⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 167, Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 93; Köseoğlu/Kocaağa; s. 658.

⁵²⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 169 vd.; Ceylan, s. 65.

⁵²⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 172.

Katılma alacağının borçlusu ve alacaklısı kural olarak eşlerdir bununla birlikte borçlu eşin boşanma davası devam ederken ölmesi halinde, borçlu ölen eşin mirasçıları olacaktır. TMK m.241' e göre, eşlerden birinin mal rejimi sona ermeden önce paylaşımına tabi olan bütün mallarını elden çıkarması tehlikesine karşı alacaklı eşin ve mirasçılarının korunması için karşılıksız kazandırma yapılan üçüncü kişilere karşı dava açma hakkı kabul edilmiştir. TMK 241/II hükmüne göre, alacaklı eş veya mirasçılarının haklarının zedelendiğini öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhalde mal rejiminin sona ermesinin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakları düşmektedir.⁵²⁹

Katılma alacağı ile değer artış payı para veya ayın olarak ödenir. Aynı ödemede malın piyasa değeri esas alınmaktadır. Kural olarak kazanca katılma ve katkı alacaklarının hemen ödenmesi gereklidir. Ancak TMK m. 239/II' göre, borçlu eşin veya mirasçının borcu derhal ödenmesi kendisi için ciddi zorluklar doğurması halinde borçlu ödeme için uygun süre talep edebilir. Katılma alacağının ve değer artış payına tasfiyenin sona ermesinden itibaren faiz yürütülür ve gerekirse borçlu eşten veya mirasçıdan güvence istenebilir.⁵³⁰

Üçüncü bir mal türü olarak tanımlanan paylı mülkiyete tabi malvarlığı değerlerinin tasfiyesinde, diğer olanaklara ek olarak TMK m. 226/II hükmü, eşlere farklı bir imkan getirmiştir. Buna göre, malın tamamının kendisinde kalmasında “üstün bir yararı” olduğunu ispat eden eş, diğerinin payını ödemek suretiyle bu malın kendisine bırakılmasını talep edebilecektir.⁵³¹

Mal rejiminin boşanma davası ile birlikte sona erdiği durumlarda, katılma alacağının boşanma davasıyla birlikte veya davalının bu davaya karşı açacağı boşanma davasıyla birlikte talep edilmesi mümkün görülmekte, yasal mal rejiminin uygulandığı hallerde mal rejiminin sona ermesi ve katılma alacağının varlığını öğrenme tarihinden itibaren 1 yıl ve mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür.⁵³² O halde boşanma davası ile birlikte talep edilmesi halinde hükmün kesinleşme tarihinden itibaren 1 yıllık süre işlemeye başlayacaktır.⁵³³

⁵²⁹ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 94.; Köseoğlu/Kocaağa; s. 660,661.

⁵³⁰ Ceylan, s. 68.

⁵³¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 177.

⁵³² Kılıçoğlu, s. 76.; Ceylan, s. 68.

⁵³³ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 94.

2.4.2.5.3.2 Mal Ayrılığı Rejimi

Mal ayrılığı rejiminin bir önceki medeni kanunda yasal mal rejimi olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Mal ayrılığı rejimi eşlerden her birinin yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde, yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarına bizzat sahip olması temeline dayanmakta ve TMK m. 242’de seçimlik mal rejimi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Yönetim, yararlanma ve tasarruf hakkının malvarlığı değerinin sahibi olan eş tarafından serbestçe kullanması esas olsa da kanun koyucu yasal sınırlar içinde kalmak şartıyla deyimiyle birtakım istisnalara işaret etmiştir. Bunun yanında eşlerin kendi malvarlıklarında serbest yönetim hakkı bulunmakla birlikte TMK m. 252’ye göre yönetim hakkının açık veya örtülü biçimde diğer eşe devredildiği durumlarda aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekalet hükümleri uygulanmaktadır

Bu rejimde, eşlerin evlilik süresince sahip oldukları mallar yine kendi mülkiyetlerinde kalmaya devam etmektedir. Bunun yanında eşlerin her ikisine birlikte ait olan “paylı mallar” bulunmaktadır.

Mal ayrılığı rejiminin tasfiye usulü oldukça kolay ve pratik olmaktadır. Zira eşlerden her birinin malı kendisine ait olduğu için her eş kendi malını alacak, malı diğer eşin zilyesinde bulunuyorsa malını geri isteme hakkına sahip olacaktır. Mal ayrılığı rejiminde diğer mal türü olan paylı mallar ise TMK m. 248/II hükmüne göre tasfiye edilecektir.⁵³⁴ Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde anlatıldığı üzere tekrardan kaçınmak üzere burada tekrar belirtmiyoruz.

2.4.2.5.3.3 Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında yaşanacak güçlüklerin bir derece ortadan kaldırılması ve ülkemiz şartlarına uygunluğunu sağlamak amacıyla Türk hukukçuları tarafından yaratılan bu orjinal mal rejimi, TMK’da seçimlik mal rejimi olarak düzenlenmiştir.⁵³⁵ Edinilmiş mal rejimi temel alınarak oluşturulmuş bu rejimde de, yasal sınırlar içinde eşler kendi kişisel ve edinilmiş malları üzerinde mülkiyet hakkına sahiptirler.

⁵³⁴ Kılıçoğlu, s.163 vd, Moroğlu, Mal Rejimi, s.43, Acar, 227 vd.

⁵³⁵ Acar, s. 227 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 181.

Ancak paylaşmalı mal rejiminde farklı tür malların varlığından söz edilmektedir. Buna göre; bu mal türlerinden birincisi; mülkiyeti eşlerden hangisine ait olursa olsun rejim sona erip tasfiye edilirken eşler arasında yarı yarıya paylaşılacak olan “paylaştırma konusu” mallardır. TMK m. 250’de “*aileye özgülenen mallar*” başlığı altında düzenlenmiş olan bu malların tasfiyesinin ne şekilde olacağı da aynı madde hükmünde belirtilmiştir. Buna göre; “*Eşlerden biri tarafından paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenen mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar ve bunların yerine geçen değerler, mal rejiminin sona ermesi halinde eşit olarak paylaşılır.*” demektir. Dikkati çekmek gerekirse, edinilmiş mallara oldukça benzemekle birlikte aradaki önemli fark; paylaşmalı mal rejiminde edinilen malların tamamının değil sadece yukarıda belirtilmiş olan malların paylaşma konu olacak olmasıdır.⁵³⁶

Paylaştırma konusu olan bu mallar kanunda üç grupta ifade edilmiştir. “Ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenen olan mallar”; mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra karşılığı verilerek edinilmiş olmakla birlikte ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiştir. En belirgin örneğini aile konutu ve içindeki ev eşyaları oluşturmaktadır. İkinci grubu “ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar” oluşturmaktadır. Örneğin eşlerin kira geliri elde etmek amacıyla satın almış oldukları yazlık gibi, emeklerinin ürünü olarak edindikleri mallarla yaptıkları yatırımlar bu mal grubunda sayılmaktadır. Son grubu ise diğer iki grubun yerine geçen değerler oluşturmaktadır. Örnekle açıklamak gerekirse, ileride değerlendirilmek üzere alınan arsanın değerlendirilmek üzere müteahhide verilmesi ve karşılığında apartman daireleri edinilmesi durumu gibi.⁵³⁷

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız bu üç grup, “paylaştırma konusu malları” oluşturmakta bu malların tasfiyesi sırasında diğer eş bu mallar üzerindeki ½ pay karşılığı aynı hakka sahip olmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejimi eşlere tasfiye sonucunda “alacak hakkı” tanırken, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde eşlere aynı hak yani “mülkiyet hakkı” tanınmaktadır.⁵³⁸ Dolayısıyla paylaşmalı mal rejiminin tasfiyesinde asıl olan, malların ayın

⁵³⁶ Öztan, s. 314, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 184, Kılıçoğlu, s.164 vd.

⁵³⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 184,185, Acar, s.228.

⁵³⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 187, Acar, sç228 vd.

olarak paylaştırılması olmaktadır. Ancak malın ayın olarak paylaştırılması söz konusu değilse bu halde tasfiye anındaki payın sürüm değerinin karşılığı bedel olarak ödenebilmektedir.⁵³⁹

Paylaşım konusu malın, ev konutu ve eşyası olması halinde kanun koyucu eşlere farklı bir imkan tanımıştır. TMK m.254/I'e göre; mal rejiminin evliliğin iptali veya boşanma kararıyla sona ermesi halinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve aralarında eşit olarak paylaşma konusu olan aile konutunda kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya içlerinden hangisinin devam edeceği konusunda taraflar anlaşabilirler hatta konutta kalma hakkı elde eden eş bu durumun tapu kütüğüne şerh edilmesini isteyebilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da eşlerin anlaşamadıkları durumlarda hakimin olayın özelliklerine göre resen karar vereceği düzenlenmektedir.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde ikinci mal türünü “paylaştırma dışı mallar” oluşturur. Bu mallar tasfiye sırasında paylaşımına konu olmamaktadır. Bu mallar TMK m. 250/II'ye göre; miras yoluyla edinilen mallar, sağlar arası veya ölüme bağlı tasarruflarla edinilen mallar ve manevi tazminat alacakları olmak üzere üç grupta değerlendirilmektedir.

Üçüncü tür mallar ise; TMK m. 245/III'te “paylı mallar” olarak düzenlenen eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilememiş mallardır.⁵⁴⁰ Paylı mallarla ilgili konularda Medeni Kanun'un paylı mülkiyeti düzenleyen hükümleri dikkate alınmalıdır.

Paylaşmalı mal rejiminin edinilmiş mallara katılma rejimine kıyasla tasfiyesi oldukça kolaylaştırılmıştır. Bu rejim sona erdiğinde, TMK m.248'e göre, her eş diğer eşte bulunan kendi mallarını geri almayı ve zilyedi karşı tarafta bulunan mallarının geri verilmesini talep edebilecektir. Paylı malların tasfiyesi ile ilgili olarak daha önce mal ayrılığı rejimi ve edinilmiş mallara katılma rejimindeki paylı mallara ilişkin tasfiye ve “üstün yarar” ilkesi bu rejimde de aynı şekilde uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, üstün yararı olduğunu ispat eden eş, paylı mülkiyete konu malın kendisine özgülenmesini talep edebilecektir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde “değer artış payı” olarak isimlendirilen değer, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde “katkıdan doğan hak” olarak isimlendirilmiştir. TMK m. 249 uyarınca; eşlerden birinin, diğerine ait olup paylaştırma dışında kalan bir malın

⁵³⁹ Moroğlu, Mal Rejimi, s. 43 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 188.

⁵⁴⁰ Moroğlu, Mal Rejimi, s. 44 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s.182.

edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunulması halinde, mal rejiminin sona ermesiyle birlikte katkısı oranında hakkaniyete uygun bir bedelin ödenmesini talep edebileceği durum olarak düzenlenmiştir.⁵⁴¹

Yine edinilmiş mallara katılma rejiminde mevcut olan ve “eklenecek değer” olarak ilgili kısımda açıklan; eşlerden birinin diğer eşin payını azaltmak kastıyla paylaşmadan önce bir malı karşılıksız olarak elinden çıkarması halinde de TMK m. 229 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır.⁵⁴²

Paylaşmalı mal rejiminde eşlerin kendi malları üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarının kullanımı ve mal rejiminin sona erme sebepleri arasında farklılık bulunmadığından edinilmiş mallara katılma rejimindeki düzenlemelere atıf yapmakla yetiniyoruz.⁵⁴³

Artık değerdeki pay oranının hakim tarafından azaltılması veya kaldırılmasını düzenleyen TMK m. 252’göre; eşlerden birinin zinası veya hayata kast sebebiyle verilen boşanma kararı neticesinde mevcut mal rejiminin sona ermesi halinde, hakime; kusurlu eşin payı hakkaniyete uygun olarak azaltmak ve hatta tamamen kaldırma hususunda takdir yetkisi verilmiştir.⁵⁴⁴ Kılıçoğlu; bir eşin zina etmesi veya hayata kast etmesinin onun yıllarca verdiği emeğin yok sayılması ve edinilmiş mallarda alacak hakkının reddedilmesinin cezalandırma niteliği taşıdığını ama borçlu eş için bir yaptırım öngörmediğini ileri sürerek bu maddeyi eleştirmektedir.⁵⁴⁵

2.4.2.5.3.4 Mal Ortaklığı Rejimi

Mal ortaklığı rejimi; TMK m. 256 uyarınca eşlerin ortaklık malları ile eşlerden her birinin kişisel mallarını kapsayan bir rejim olarak, Kanunu’muzda seçimlik mal rejimleri arasında düzenlenmiştir.

Mal ortaklığı rejimi kendi içinde “sınırlı mal ortaklığı” ve “genel mal ortaklığı” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. TMK m.257/I’e göre, genel mal ortaklığı türünde ortaklık malları,

⁵⁴¹ Moroğlu, Mal Rejimi, s. 44., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 184.

⁵⁴²Köseoğlu/Kocaağa; s. 656, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 186.

⁵⁴³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 182.

⁵⁴⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 186, Kılıçoğlu, s.64 vd.

⁵⁴⁵ Kılıçoğlu, s. 64.

eşlerin kanun gereğince kişisel mal sayılanlar dışında kalan malları ve gelirlerinden oluşmaktadır.

“Sınırlı mal ortaklığı” türünü tanımlamak için onun alt ayrımlarının tanımlanması gerekmektedir. Sınırlı mal ortaklığı rejimi “edinilmiş mallarda ortaklık” ve “diğer mal ortaklıkları” olarak ikiye ayrılmıştır. TMK m. 258’deki düzenleme uyarınca; “Edinilmiş mallarda ortaklık” ile ifade edilen; eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kabul ettikleri ve sadece edinilmiş mallardan oluşan ve kişisel malların gelirlerinden oluşan bir sınırlı ortaklık türüdür.⁵⁴⁶

TMK m. 259’a göre; “Diğer mal ortaklıkları” ise; eşlerin yine mal sözleşmesiyle belirli malvarlığı değerlerini veya türlerini, özellikle taşınmaz mallarını, bir eşin kazancını, bir meslek veya sanatın icrası için kullandığı mallar dışındaki mallar ve aksi sözleşmede öngörülürse bu malların gelirlerinden oluşmaktadır.⁵⁴⁷ O halde ortaklığa girmeyen; eşlerin mal rejimi sözleşmesinde kişisel mal olarak düzenledikleri mallar veya eşlerin üçüncü kişinin karşılıksız kazandırmasıyla elde ettikleri mallar veya kanunla kişisel mal olarak öngörülen mallar yani eşlerin her birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşya ile manevi tazminat alacakları “kişisel mal” sayılacaktır. Ancak TMK m. 260’e göre; mal rejimi sözleşmesinde bir eşin saklı payı olarak isteyebileceği malvarlığı değerlerinin ortaklığa girmesi halinde miras bırakanları tarafından kendisine kişisel mal olarak kazandırılmaz.⁵⁴⁸

Genel mal ortaklığı; mülkiyet hakkı, yönetim ve tasarruf bakımından diğer mal rejimlerinden ayrılmaktadır. Bu rejimde, TMK m. 257/II uyarınca öngörüldüğü üzere; eşlerin kişisel malları dışında kalan tüm değerler bir bütün halinde bir birlik oluşturmakta olduğundan eşler bu iktisadi ve hukuki birliğe, elbirliği mülkiyeti şeklinde malik olmaktadır.⁵⁴⁹ Ayrıca TMK m. 262, 263 uyarınca; yönetim hakkının kullanılmasında ortaklık mallarıyla ilgili olağan yönetim dışında, eşler ancak birlikte ve diğerinin rızasını almak koşuluyla hareket edebilmektedirler. Ancak kişisel malların yönetimi söz konusu ise her eş yasal sınırlar içinde kendi mallarını yönetmek hakkına sahip olmaktadır. Tasarruf işlemlerinde de benzer biçimde, eşler ortaklık malları üzerinde elbirliği mülkiyetine sahip olduklarından eşler birlikte veya biri diğerinin rızasını alarak tasarrufta bulunabilirler. Bu

⁵⁴⁶ Acar, s.226 vd. Akıntürk/Ateş Karaman, s. 189.

⁵⁴⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 188 vd.; Ceylan, s. 72.

⁵⁴⁸ Ceylan, s. 72.

⁵⁴⁹ Acar, s.227 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 189.

rızanın varlığı TMK m. 263'ün ikinci fıkrasında karine olarak kabul edildiğinden eşlerden birinin ortaklık malları üzerinde diğerinin rızasını almadan yaptığı tasarruf işlemlerinde, diğer eş iyi niyetli üçüncü kişiye rızasının bulunmadığını ileri süremeyecektir.⁵⁵⁰

Mal ortaklığı rejiminde, TMK m. 265 düzenlemesinden anlaşılacağı üzere, eşlerin ortaklığın gelişmesi için iyiniyet esasları çerçevesinde birbirlerine yardım görevi bulunmaktadır. Ayrıca TMK m. 268 uyarınca; eşler üçüncü kişilere karşı; evlilik birliğini temsil veya ortaklık mallarını yönetme yetkisine dayanarak yapılan borçlardan, ortaklık mallarını veya ortaklık mallarına giren gelirleri kullanarak bir meslek veya sanatın icra edilmesi nedeniyle yapılan borçlardan, diğer eş için kişisel sorumluluk doğuran borçlardan, kişisel mal yanında ortaklık mallarının da sorumlu olacağı hususunda eşlerin üçüncü kişilerle anlaşarak yaptığı borçlardan, kişisel malları ve ortaklık malları ile sorumlu tutulmaktadır. Bunun yanı sıra, TMK m. 269'da düzenleme ile her eş diğer bütün borçlardan kendi kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı kadarıyla sorumlu tutulmaktadır.⁵⁵¹

Eşler arasındaki borçlarla ilgili TMK 270'te yapılan düzenleme edinilmiş mallara katılma rejiminde TMK m. 239'da yapılan düzenleme ile benzerlik göstermektedir. Buna göre, eşler arasındaki borçların muaccel hale gelmesini önlememekle beraber borçlu eşin yapacağı ödeme; evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede ağır ise bu halde talep üzerine bu eşe ek süre verilebilir. Gerekli görülmesi halinde hakim ayrıca bu eşin güvence göstermesini isteyebilir.⁵⁵²

Mal ortaklığı rejimi de diğer mal rejimleriyle aynı sebeplerle sona ermektedir. Farklı olarak mal ortaklığı rejimi eşlerden biri hakkında iflasın açılması halinde de sona ermektedir. Diğer sona erme sebeplerinin aynı olması nedeniyle tekrardan kaçınmak üzere atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

TMK m. 275'e göre; mal rejiminin tasfiyesinde, ortaklık mallarının değeri tasfiye anına göre hesaplanmaktadır. Bununla birlikte; TMK m. 271/III'e göre; hangi malların ortaklık malı hangilerinin kişisel mal olduğu ayrımı ortaklığın sona erdiği ana göre tespit

⁵⁵⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 190,191, Acar, 226.

⁵⁵¹ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 191 vd, Acar, s.226 vd.

⁵⁵² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 192, Acar, s.226 vd.

edilmektedir.⁵⁵³ TMK m. 272 düzenlemesi uyarınca, mal ortaklığı rejiminin tasfiyesinde, ortaklığa giren bir sosyal yardım veya sosyal güvenlik kurumunca yapılan toptan ödeme veya işgücü kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat “kişisel mal” olarak değerlendirilmektedir.

Kişisel mala eklenecek değer, denkleştirme yapılacak malvarlığı değerleri ve değer artış payının belirlenmesi yöntemleri edinilmiş mallara katılma rejimi ile benzer düzenlenmeleri içermektedir.

Tasfiyenin ölüm veya başka bir mal rejiminin kabulü sonucunda yapılması ve bunun dışındaki sebeplerle gerçekleşmesi halinde farklılık bulunmaktadır. Mal ortaklığı rejimi ilk durumda sona erdiğinde, her eşe ve mirasçılara mal rejimi sözleşmesiyle aksi kararlaştırılmadığı sürece ortaklık payının yarısı verilmektedir. TMK m. 276 ile diğer eşin altsoyunun saklı paylarının zedelenmemesi koşulu getirilmiştir.

Bu rejimde de paylaşımlı mal ortaklığında olduğu gibi eşlerin tasfiye sonucunda sahip olacakları hak aynı hak olduğundan edinilmiş mal rejiminden bu yönüyle ayrılmaktadır. Mal ortaklığı rejiminin boşanma ve evliliğin iptali sebebiyle ya da kanun ve mahkeme kararıyla mal ayrılığı rejimine geçilmiş olması sebebiyle sona ermesinde ise, her eş kişisel mallarını ortaklık mallarından geri almaktadır. Geriye kalan ortaklık malları, eşler arasında yapılmış bir mal rejimi sözleşmesinde açıkça belirtilmediği sürece yarı yarıya paylaşılacaktır. Ayrıca TMK m. 279’ a göre; eşlerden her biri üstün bir yararının bulunduğunu ispat etmek koşulu ile konut veya ev eşyasının payına mahsuben kendisine özgülenmesini, mülkiyet veya intifa hakkının kendine verilmesini talep edebilir. Ek olarak; TMK m. 280 düzenlemesi ile aile konutu veya ev eşyası dışında kalan diğer malvarlığı değerlerinde de üstün yarar ilkesine yer verilmiş; örneğin eşlerden biri bir yağlı boya eserin kendisi için önemini veya hatıra değerini ispat etmesi halinde payından düşülmesi suretiyle kendisine bırakılmasını talep etme hakkı tanınmıştır.⁵⁵⁴

2.4.2.5.4 Mal Rejimi Tasfiyesi Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti

Mal rejiminin tasfiyesi; boşanmanın eşler üzerindeki mali-feri sonuçları arasında yer almaktadır. Kişilerin mal varlığı haklarını ilgilendiren bu husus, tarafların üzerinde serbestçe

⁵⁵³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 192, Acar, s.239,240.

⁵⁵⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 194, Acar, s.240 vd.

tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık konusu olduğundan, arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözüme ulaştırılabilecek konular arasında sayılmaktadır.

Zira Türk Medeni Usul Hukuku uyarınca bu davaların; davayı kabul, davadan feragat ve sulh gibi taraf işlemleri ile sonlandırılması mümkündür. Sulh, kabul ve feragat; tarafların karşılıklı irade beyanları ile oluşan ve aralarındaki uyuşmazlığı çözümledikleri bir sözleşmedir. Şarta bağlı olmayan bir sulh anlaşmasıyla sonuçlanan bir davada; hakim tarafların isteği üzerine anlaşmayı mahkeme kararına geçirerek ona nihai anlamda kesin hüküm niteliği kazandırabilmektedir. Bu şekilde tarafların iradeleriyle gerçekleştirdikleri çözüm; mahkeme ilamı haline gelerek kesin hüküm niteliği taşır. Bu noktadan bakıldığında sulhe, kabule ve feragata tabi olarak çözülebilen; mal rejiminin tasfiyesi davaları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup, HUAK m. 1/II uyarınca arabuluculuk yolu ile çözülmesi mümkün konulardan görülmektedir. Nitekim HUAK düzenlemesine göre sadece kamu düzeni alanına girmeyen uyuşmazlıklar arabuluculuk uygulamasına elverişlidir.

HUAK m. 1/II'e göre; kamu düzenini ilgilendiren alana girmeyen mal rejiminin tasfiyesi konusunda, tarafların uzlaşmak üzere arabuluculuk yoluna başvurmaları ve bir anlaşmaya varmaları halinde; bu anlaşma tutanağını yine mal rejiminin tasfiyesi davasına bakmakla görevli ve yetkili mahkemeye sunarak şerh almaları ve tutanağın ilam niteliğinde bir belge haline dönüşmesini mahkemeden talep etme hakları bulunmaktadır.

Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere aile hukukuna giren uyuşmazlıklarda; hakim, bu anlaşma tutanağına ilam hükmü kazandırmadan önce, önüne getirilen aile hukuku uyuşmazlığının arabuluculuk kapsamına girip girmediğini ve ayrıca cebri icraya elverişli olup olmadığını yapılan duruşmada açıklığa kavuşturmalıdır. Nitekim HUAK m. 18/3 “Tarafların Anlaşması” başlıklı kısmında, aşağıdaki düzenlenmeyi getirmiştir; “.... *ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.*”

Sonuç olarak, HUAK düzenlemesi kapsamında değerlendirildiğinde; yukarıda açıklayıcı şekilde bahsetmiş bulunduğumuz mal rejimi tasfiyesine ilişkin davaların; kamu düzenini ilgilendiren alana girmediklerinden ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf imkanı olan

uyuşmazlıklardan sayıldığından, arabuluculuk alternatif çözüm yolunun uygulanması için elverişli olduğu kanaatindeyiz.

2.5 Boşanmanın Çocuklar Yönünden Sonuçları

Türk Medeni Kanunu'nun 182. ve 183. maddelerinde boşanmanın çocuklarla ilgili hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca boşanmanın çocuklar üzerindeki sonuçlarını üç noktada toplamak mümkündür. Bunlar; “çocukların velayetinin bırakılması”, “çocuklar ile kişisel ilişki kurulması”, ve “çocukların bakımı” yani bakım ve iştirak nafakasının belirlenmesidir.⁵⁵⁵ Bir sonraki bölümde bu hukuki sonuçlar üzerinde durulmaktadır.

2.5.1 Çocuklar Yönünden Kişisel Sonuçları

2.5.1.1 Çocukla Kişisel İlişkilerin Kurulması

Çocuk ile kişisel ilişki hakkı, boşanma kararı ile çocuğun velayeti kendisine bırakılmayan tarafın, ana veya babanın çocuğunu görme hakkından yoksun bırakılmaması için tanınan ve ana babanın kişilik hakkı kapsamına giren bir haktır. Bu nedenle ana veya baba kişisel ilişki kurulmasını bir hak olarak talep edebilmekte⁵⁵⁶ ancak bu haktan feragat etmeleri veya bu hakkın devredilmesini talep etmeleri mümkün olmamaktadır.⁵⁵⁷

Kişisel ilişki hakkı, bir görüşe göre ana babanın çocukla aralarındaki soy bağı ilişkisine dayanan kişilik haklarından⁵⁵⁸ Bir diğer görüş ise; bu hakkın sadece soy bağı ilişkisinden değil, psikolojik ana ve baba olma olgusuna dayandığını ve ana baba olmaktan ileri gelen sevgi ve bağlılık duygusunun buna kaynak oluşturduğunu savunmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre; çocuğu dünyaya getirmek ve onunla soy bağı ilişkisi içinde olmak, psikolojik ana baba olmak için yeterli olmamakta, ana babanın çocuğu eğitmek yanında topluma uyum sağlayabilen ve kendi kendine yeterli, bağımsız bir birey haline getirmek için de çaba sarf etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kişisel ilişki hakkının düzenlenmesinin amacı; velayeti kendisine verilmeyen ana veya babanın yetişmesine katkıda bulunduğu çocuğun

⁵⁵⁵ Oğuzman/Dural, s. 141, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 197., Öztan,2004, s.462 vd., Ceylan, s.151.

⁵⁵⁶ Ceylan, s.165, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 314., Dural/Öğüz/Gümüş, s.144.

⁵⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 144., Velidedeoğlu, s.269 vd.

⁵⁵⁸Feyzioğlu, Aile Hukuku, s. 387.

gelişiminden haberdar olma ve akrabalık ilişkilerini sürdürme hakkını sağlamaya hizmet etmektedir.⁵⁵⁹

Kişisel ilişki hakkı; çocuğundan ayrı olan ana veya babanın, yetişmesine katkıda bulunduğu çocuğun gelişmesi hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamayı, çocuğu ile hısımlık ilişkisini sürdürmeyi, çocuğuna karşı yabancılaşmasını önlemeyi, her iki tarafın da sevgi gereksinimlerini karşılamayı hedeflemektedir. O halde kişisel ilişki kurmanın ve ilişkiyi kısıtlamanın sebebi ve ölçüsü çocuğun yüksek menfaati olmalıdır.⁵⁶⁰ Özellikle boşanma davalarından sonra, çocuğun yararına olan; boşanmadan önce var olan duygusal bağların mümkün olduğunca devam etmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılmasıdır.⁵⁶¹

Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9/III hükmü; ana babasından veya bunlardan birinden mahkeme kararıyla ayrı yaşayan çocuğun kendi güvenliğine aykırı olmadıkça ana veya babası ile kurallara uygun biçimde kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir.⁵⁶²

Çocukla kişisel ilişki kurulması; sadece ayrılık ve boşanmaya karar verilmesi halinde değil; velayet ya da bakım hakkına sahip olmayan ana veya babanın hiç evlenmemiş olması ya da velayetin ana babaya birlikte ait olmaması, velayetin kaldırılması hallerinde de söz konusu olmaktadır.⁵⁶³ Ana babanın velayet hakkı kaldırılmamakla beraber, çocuğun bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi halinde de; TMK m. 347'ye göre, ana ve babanın çocuk ile kişisel ilişki kurması hakim tarafından düzenlenmektedir.⁵⁶⁴

2.5.1.1.1 Kişisel İlişki Kurma Hakkına Sahip Olanlar

Çocukla kişisel ilişki kurulması, velayet hakkına sahip olmayan ve çocuk kendilerinden alınan ana ve baba açısından TMK m. 323-324 maddelerinde düzenlenirken, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurlmalarına ilişkin düzenlemeye TMK m. 325'te yer verilmiştir.⁵⁶⁵

⁵⁵⁹Emine Akyüz, Çocukların Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 2. bası, Ankara, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, 2000, s.144.; Serdar Çelikel, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 117.

⁵⁶⁰Emine Akyüz, Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, Ankara, AÜEB Yayınları, No: 125, 1983, s. 144.

⁵⁶¹ Çelikel, s. 117.

⁵⁶²Mehmet Akif Tutumlu, Yeni Türk Medeni Kanun'una Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara, Adalet Yayınevi, 2002, s. 486.

⁵⁶³ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 200.

⁵⁶⁴ Çelikel, s. 116., Ceylan, s.172.

⁵⁶⁵ Ceylan, s.172, Çelikel, s. 115.

TMK m. 323 göre; “*Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.*” Eski Medeni Kanun’da yer almayan bu hükümde farklı olarak ana ve babaya karşılıklı olarak bu hak tanınmış olmaktadır.

Eski Medeni Kanun’da ana ve baba ile kişisel ilişki kurulması dışında diğer hısımların çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Yargıtay, İctihadı Birleştirme Kararlarında bu durumu bir kanun boşluğu olarak değerlendirerek, TMK m.1’e dayanarak büyük anne babaya torunlarıyla kişisel ilişkide bulunma hakkı tanımış; haklı bir sebep olmaksızın çocuğun büyükanne ve büyükbabasıyla kişisel ilişkisini kesmenin velayet hakkının kötüye kullanılması olduğunu kabul etmiştir.⁵⁶⁶

TMK’nın 325. maddesi üçüncü kişilerle çocuğun ilişki kurmasını hüküm altına alarak; “*Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere özellikle hısımlarına da tanınabilir.*” demektedir. “Hısımlık” kavramıyla kanun koyucu; öncelikle büyük anne babayı, yeğenleri, kardeşleri anlatmaktadır.⁵⁶⁷

Kanun koyucu, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını sadece hısımlarla da sınırlı tutmamıştır. Ancak üçüncü kişilerle çocuk arasındaki ilişkinin, ana baba ve çocuk arasındaki ilişkiden farklı olduğunu gözeterek bu haktan ancak “olağanüstü haller mevcutsa” yararlanabilmeye imkan tanımıştır. O halde “olağanüstü haller” kavramı ile çocuk ile üçüncü kişi arasındaki akrabalığı veya aynı aile ortamında bulunmanın getirdiği yakınlığı anlamak gerekmektedir.⁵⁶⁸

Üçüncü kişilerin ve hısımların talep etmeleri üzerine hakim çocukla kişisel ilişki kurulmasını düzenleyecektir. Ancak istem burada gerçekleşmesi gereken tek şart değildir. Çocukla ilgili tüm düzenlemelerde olduğu gibi bu durumda da üçüncü kişilerin çocukla ilişki kurması için çocuğun menfaatinin bulunması şartı aranmaktadır.

⁵⁶⁶ Çelikel, s. 127-128., Kılıçoğlu, s. 130 vd.

⁵⁶⁷ Öztan, 2004, s. 473., Kılıçoğlu, s.132.

⁵⁶⁸ Çelikel, s. 128. Akıntürk/Ateş Karaman, s.201.

Üçüncü kişilerle veya hısımlarla çocuğun kişisel ilişkileri kurulurken, ana ve baba için geçerli olan sınırlamalar bu kişiler için de kıyasen geçerli olmakta; çocuğun diğer kişisel ilişki hakkı olanlarla kişisel ilişkisi zedelemekten, çocuğun eğitimi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlü tutulmaktadır.⁵⁶⁹

2.5.1.1.2 Kişisel İlişkinin Kapsamının Belirlenmesi

Kişisel ilişki hakkı, velayet kendisinden alınan ana veya babanın ortak çocukları ile görüşmesi, belli saat ve aylarda yanına alması, iletişim araçlarıyla ilişki kurması haklarını içerir. Dolayısıyla kişisel ilişki hakkı kendisine tanınan kişi, çocukla mektuplaşabilir, telefonlaşabilir, sokakta veya karşılaştığı herhangi bir yerde konuşabilir, kişisel ilişki hakkı sadece ziyaretlerle sınırlı değildir.⁵⁷⁰

TMK m. 326/III'e göre; kişisel ilişki kurulması hakkı mahkeme kararı ile verilmediği takdirde velayete sahip olan kişinin rızası olmadıkça, çocukla kişisel ilişki kurulamaz.⁵⁷¹ Bu durumda bu kişilerin çocukla kişisel ilişki kurlmaları ancak mahkeme kararıyla mümkün olabilecektir. Mahkeme kararı olmadığı takdirde, çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılan kadar velayet hakkına sahip olan ana veya babanın ya da çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası olmadan çocuk ile kişisel ilişki kurulması bu hükümlerle sınırlanmış olmaktadır.⁵⁷²

2.5.1.1.3 Kişisel İlişki Kurma Hakkının Düzenlenmesinde Esas Alınacak Ölçütler

TMK m. 182'ye göre; boşanma ve ayrılığa karar veren mahkemenin; ana babanın çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenlemesi gereğini ortaya koymaktadır. Maddenin ikinci fıkrası ise çocukla kişisel ilişkiler düzenlenirken, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulması gereğini belirtmektedir.⁵⁷³ Buna göre, kanun koyucu tarafından bazı ölçütler sayılarak, hakime çocuğun kişisel yararı için en uygun olan çözümü bulması üzerine geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Kişisel ilişkilerin kurulmasında; ana ve babalık duygularının tatmini göz önünde tutulmakla birlikte çatışma halinde “çocuğun menfaati “ ön plana alınmalıdır. TMK m.

⁵⁶⁹ Öztan, 2004, s. 473., Velidedeoğlu, 269 vd.

⁵⁷⁰ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 200.

⁵⁷¹ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 200.

⁵⁷² Çelikel, s. 115.

⁵⁷³ Çelikel, s. 115.

324/I'e göre; ana ve babadan her biri, diğ erinin çocuk ile kiş isel iliş kisine zarar vermekten, çocu ğ un eđ itilmesi ve yetiş tirilmesini engellemekten kaçı nmakla yük ümlüdür.⁵⁷⁴

Kanunda genel bir çerç eve çizilmekle birlikte, kiş isel iliş kinin düzenlenmesinde, çocu ğ un yararı gö zetilirken; çocu ğ un yaşı , bedensel ve ruhsal sağ lı ğ ı, ahlaki yararı, okul durumu, kardeş lerin birbirlerini gö rebilmeleri, ana ve babanın yaş adıkları yer, izin durumları, analık ve babalık duygularının tatmini, kiş isel iliş kilerin sü resi ve sıklı ğ ı, kiş isel iliş kinin kurulma ř ekli ve çev re değ iş likliğ i gibi birç ok husus birlikte değerlendirilmelidir.⁵⁷⁵

Aç aç ıda Yargıtay'ın uygulamaya ış ık tutan kararlarından ö rnekler sunulmaktadır:

Velayet hakkı anneye verilen kü çü kle baba arasında her hafta sonu kiş isel iliş ki düzenlenerek tüm hafta sonlarında, annenin çocukla ilgisinin ön lenmesi uygun görü lmemektedir.⁵⁷⁶ Anne babanın çocukla kiş isel iliş ki kurarken yaş am biç imleriyle çocu ğ a kötü ö rnek oluş turmaları halinde, anne veya babanın çocukla ç ok uzun bir arada tutulmaması gerekmektedir.⁵⁷⁷ Annenin bakımına muhtaç yaş ta olan bir çocu ğ un uzun süre babasıyla kalacak ř ekilde kiş isel iliş ki kurulması çocu ğ un geliş imine olumsuz etki yapacağ ı yön ünde karar verilmiş tir.⁵⁷⁸ Kiş isel iliş ki tesisi yapılacak ana veya babanın yurtdı ř ında oturması halinde, kiş isel iliş ki kurulurken yurt dı ř ını kapsayacak ř ekilde düzenleme yapılmamalı, çocu ğ un geriye dö nmeme ve kiş isel iliş kinin zedelenme olasılığ ı göz önünde tutulmalıdır.⁵⁷⁹

Kiş isel iliş ki kurulması analık ve babalık duygularını tatmin edecek sıklık ve sü rede olmalıdır. Dolayısıyla çocukla baba arasında ayda bir kez düzenlenen kiş isel iliş ki yetersiz olup, babalık duygusunun tatminini sağ lamaz.⁵⁸⁰ Kiş isel iliş ki kurulurken sık sık çev re değ iş likliğ ine yok açacak ř ekilde düzenleme yapılması, 11-13 yaş larında bulunan çocukların

⁵⁷⁴ Y2HD, 10.01.2005, 2004/14530, 2005/69; Ç elikel, s. 115.

⁵⁷⁵ Ç elikel, s. 119.

⁵⁷⁶ Y2HD, 30.01.2003, 2002/15617,2003/1371; Y2HD, 30.11.2005,2005/12953,2005/16623; Ç elikel, s. 120., Y2HD, 12.04.2007,17160-6186; "...Müş terek çocuk Arda 30.1.2006 doğ umludur. 1,5 yaş ındadır. Velayeti anneye bırakılan çocuk ile baba arasında ayın her cumartesi günü anne yanında kiş isel iliş ki kurulması annenin velayet hakkını kısı tlayan niteliktedir.Değ iş en ř artlar karş ısında velayetin değ itirilmesi ve kiş isel iliş kinin yeniden düzenlenmesi de imkan dahilindedir.Bu kuralı berataf edecek ř ekilde ileriki uzun yılları iç ine alacak ř ekilde kiş isel iliş ki kurulması da doğ ru görü lmemiş tir."; Ö mer Uđ ur Genç can, Boş anma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara,Yetkin Yayınları, 2008.

⁵⁷⁷ Y2HD, 04.2.1993,13478/809; Ç elikel, s. 121.

⁵⁷⁸ Y2HD,02.10.1998,8593/10237; Ç elikel, s. 119.

⁵⁷⁹ Y2HD, 14.12.2005,2005/13699,2005/17555, Y2HD,22.10.1992,9561/10092; Ç elikel, s. 122.

⁵⁸⁰ Y2HD, 28.2.1986,8879/9339, Y2HD,30.1.1992,509/815; "Velayeti anaya verilen müş terek çocukla baba arasında sadece dini ve milli bayramlarda kiş isel iliş ki kurulması yetersizdir."; Ç elikel, s. 123.

anne babalarından ziyade arkadaşlarıyla vakit geçirmek istemeleri, sosyal davranışlarını etkileme olasılığı ve ailede ikili bir terbiye sistemi içinde bulundurulmaları sonucunu doğuracağından, Yargıtay; çocukların sık aralıklarla çevre değiştirmelerine neden olacak şekilde düzenleme yapılmamasının yerinde olacağı kanaatindedir.⁵⁸¹ Dolayısıyla kişisel ilişkinin düzenlenmesinde, velayeti kendisinde bırakılmayan çocuk ile ana babadan her birinin aralıksız olarak belli sürelerle, sıralı olarak çocukla kişisel ilişki kurması; velayet görevinin ifası engellediği gibi çocuğun kişisel ve bedeni gelişimini de etkiler.⁵⁸²

Kişisel ilişkinin memur huzurunda yapılması, ana baba ve çocuklar arasında yeterli bir duygusal ilişkinin kurulmasını olanaksız kılacağından, ana veya babanın çocuğu yanına alması şeklinde ve memur huzurunda gerçekleşmeyen kişisel ilişki kurulması düzenlenmeye çalışılmalıdır.⁵⁸³

Kişisel ilişkilerin tarihi ve süresi belirli olmalıdır. Kişisel ilişki kurulması açık ve infazda tereddüt yaratmayacak şekilde düzenlenmelidir.⁵⁸⁴

2.5.1.1.4 Ana-Babanın Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Anlaşmaları

Velayet kendisine bırakılmayan eşin çocukla kişisel ilişkilerinin ne şekilde düzenleneceği ile ilgili taraflar aralarında anlaşmaya varabilirler. Velayet konusu başlığı altında da inceleneceği üzere, anlaşmalı boşanma davalarında tarafların velayet ve kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin anlaşmaları mümkün olmakla birlikte bu kararların geçerliliği hakim onayı şartına bağlıdır.

Ancak Yargıtay son kararlarında; kişisel ilişki konusundaki tarafların anlaşmasına mahkemenin müdahalesini gerektirebilecek yasaya aykırı bir yön bulunmamahtaysa hakim müdahalesini yerinde görmemektedir.⁵⁸⁵

⁵⁸¹ Y2HD, 04.6.1985,5290/5516; “Çocuğun senenin çift aylarında babanın senenin tek aylarında ananın yanında kalması şeklinde düzenleme yapılması çocuğun zararınadır. Çünkü çocuğun her bir değişik ortamda ve değişik bir terbiye tarzı ile karşı karşıya kalması, onun kişilik kazanmasını olumsuz yönde etkiler.”; Çelikel, s. 126.

⁵⁸² Y2HD; 17.03.2008,19993-3497; “...Bu hususta hakim, tarafların arzusu ile bağlı değildir. Ana ve babanın özel durumları çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde dikkate alınır. Velayeti babada bırakılan küçük Ata, 27.1.2004 doğumludur. Çocuğun “bir hafta süre ile anne yanında bir hafta süre ile babanın yanında kalacak” şekilde kişisel ilişki tesisi,....doğru bulunmamıştır.”; Gençcan, Tazminat, s.1255,1256

⁵⁸³ Y2HD, 29.1.2004, 229/1132; “... kişisel ilişkinin anne yanında tesisi de doğru bulunmamıştır.”; Çelikel, s. 125.

⁵⁸⁴ Y2HD, 13.12.2005,11103/17494; “Müşterek çocukla baba arasında düzenlenen kişisel ilişkinin infazda tereddüte yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Şubat tatilinde on günlük süreli kişisel ilişkinin başlangıç ve bitiş tarihinin gösterilmemesi doğru görülmemiştir.”; Çelikel, s. 126.

2.5.1.1.5 Kişisel İlişki Hakkının Reddedilmesi, Değiştirilmesi ve Kaldırılması

Çocukla kişisel ilişkilerin kurulması nedeniyle, çocuğun huzurunun bozulması veya ana babanın bu haklarını yükümlülüklerine aykırı biçimde kullanmaları; çocuğu ciddi biçimde ilgisiz bırakmaları ve diğer önemli sebeplerin bulunması halinde, kişisel ilişki kurma hakkı TMK m. 324/II'ye göre reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.⁵⁸⁶

2.5.1.1.5.1 Çocuğun Kişisel İlişkiyi Reddetmesi

Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması halinde çocuğun görüşünün alınması gerekmektedir. Çocuğun iradesinin ilişki kurulmaması yönünde olması, çocuğun kişisel ilişki kurmak istememesinin mantıklı gerekçelere dayanması, çocuğun kişisel ilişki kurulmamasının sonuçlarını kavrayabilecek olgunluğa sahip olduğunun anlaşılması halinde, çocuğun kişilik hakkının korunması ve kişisel ilişki kurma hakkının amacı göz önünde bulundurularak kişisel ilişki kurma talebinin reddedilmesi gerekmektedir.⁵⁸⁷

Çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlarda dahi, çocuğun kişisel ilişki kurmak istememesi neticesinde, çocuğun şiddet ve istismara maruz kalıp kalmadığı araştırılarak düzenleme yapılmalıdır. Bu halde boşanmadan sonra çocuğun ruh dengesinin daha fazla bozulmaması için uzman kişilerin görüşü alınarak çocuğun yararına olan çözüm yolunu tespit edilmelidir.

2.5.1.1.5.2 Kişisel İlişki Kurma Hakkına İlişkin Düzenlemelerin Değiştirilmesi

Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili kararlar, durum ve şartların değişmesi halinde her zaman yeniden düzenlenebilir, bu kararlar kesin hüküm teşkil etmez.⁵⁸⁸ Boşanma hükmü gerçekleşikten sonra, velayete sahip olmayan taraf ile çocuk arasında kişisel ilişkilerin başka bir şekilde düzenlenmesini gerektiren yeni olgular ortaya çıkabilir. TMK m. 183'de; ana veya babanın başka biriyle evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi durumlar kanunda örnekleme yoluyla sayılmaktadır.

⁵⁸⁵ Y2HD, 06.7.2011,2010/10865,2011/11563; “ Taraflar, anlaşmalı olarak boşanmışlardır. Mahkemece velayeti davalı-davacı anneye verilen tarafların ortak çocuğu Nazlı Duru'nun davacı-davalı baba ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesi konusunda tarafların anlaşmasına aykırı olarak düzenlemeye hükmedilmiştir. Kişisel ilişki konusundaki tarafların anlaşmasına mahkemenin müdalesini gerektirebilecek yasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır. ...hükümün bozulmasına karar verilmiştir.”,Çelikel, s. 119.

⁵⁸⁶ Çelikel, s. 119.

⁵⁸⁷ Çelikel, s. 130., Gülçin Elçin Grassinger, Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2009, s.194.

⁵⁸⁸ Öztan, 2004, s. 473., Tutumlu, s.486 vd.

Velayete sahip olmayan ana veya babanın yeniden evlenmesi kural olarak kişisel ilişki hakkının değiştirilmesi sonucu doğurmasa da, bazı durumlarda bu yeni bir düzenleme yapılmasını gereğini doğurabilir. Örneğin; yeni eş evlilik birliğinin dağılmasına neden olmuş ve çocuk üzerinde ona karşı antipati oluşturmuşsa kişisel ilişkinin sürdürülmesinde çocuğun yararı kalmamaktadır.⁵⁸⁹ Anne babanın başka bir şehre taşınmaya karar vermesi ise yeniden düzenleme yapılması gereğini doğuran sebeplerden biridir.⁵⁹⁰

2.5.1.1.5.3 Kişisel İlişki Hakkının Kaldırılması

Kişisel ilişki kurulmasının düzenlenmesinde göz önüne alınacak en önemli ölçüt çocuğun yararı olup, çocuğun ruhsal ve bedensel bütünlüğünün ciddi bir tehlike ile karşılaşması halinde kişisel ilişki hakkı kaldırılabilir. Ancak bu hakkın kaldırılması, velayeti kaybetmiş ana veya babaya, çocuğun yararı için verilebilecek en ağır önlemdir. TMK m. 324'te düzenlenen sebeplerin gerçekleşmesi halinde, hakim kişisel ilişki kurma hakkını reddedebileceği gibi daha önce incelenmiş olan bu sebeplerin oluşması halinde kişisel ilişkinin kaldırılmasına karar verme yetkisine de sahiptir.⁵⁹¹

2.5.1.1.6 Kişisel İlişki Hakkının Uygulanması, Kişisel İlişki Kurulmasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

Velayet kendisine bırakılmış taraf, diğerinin çocukla kişisel ilişki kurmasına izin vermediği takdirde, İcra İflas Kanunu'nun 25/a maddesine göre kişisel ilişki hakkı sahibi mahkeme ilamını icraya koyarak kişisel ilişki tesisinin sağlanmasını icra müdürlüğünden talep edebilir.

İcra İflas Kanunu m. 25/b bendine göre; çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte sosyal hizmetler ve çocuk esirgeme kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ veya çocuk gelişimcisi gibi bir

⁵⁸⁹ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s.185.

⁵⁹⁰ Y2HD, 27.10.2003,13421/14276; "... Kişisel ilişki: 15 günde bir saat 08:00 ile 1700 arasında, dini ve milli bayramların birinci ve üçüncü şeklinde düzenleme yapılmıştırDavacı babanın İskenderun'a taşındığı annenin ise konya'da oturduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda da kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi gerekmektedir." Çelikel, s. 133.

⁵⁹¹ Y2HD, 9.7.2003,7602/10488; "Toplanan delillerden, davalının davacıyı tehdit ettiği, küçükle kişisel ilişkisini zedelediği, bununla da kalmayarak küçüğü okuldan kaçırdığı ve halen de yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve velisi olarak çocuğu davacıya teslim etmediği belirlenmiştir. MK 324 koşulları olduğundan ana ile küçüğün kişisel ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekmektedir."; Y2HD, 31.5.2005,5868/8446; "Davacının boşanmalarından sonra davacıyı ve davacının annesini çocuğun gözleri önünde silahla ağır biçimde yaraladığı, çocuk beş yaşındayken gerçekleşen bu olay çocukta babaya karşı korku geliştirdiği ve babasını sürekli olarak annesine zarar verecek potensiyelde gördüğü,...sebebiyle kişisel ilişkinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekir." Çelikel, s. 132.

uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir.

TMK m. 326/I'e göre; kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde yetkili mahkeme çocuğun oturduğu yer mahkemesidir. Bu yetki kuralı kesin yetki kuralı olarak düzenlememiş olmakla; boşanma ve evliliğin korunmasına ilişkin kararlar hususunda yetkili olan mahkemeler, çocuk ile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlar açısından da yetkili olmaktadır.

Görevli mahkeme TMK m. 326/I-II uyarınca; Aile Mahkemeleri olmakla birlikte korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında koruma önlemleri alan çocuk mahkemesi de kişisel ilişki kararı verebilmektedir.⁵⁹²

2.5.1.1.7 Kişisel İlişki Kurma Hakkının Düzenlenmesinde Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti

Yukarıda anlatılanlar ışığında değerlendirildiğinde, boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları kendiliğinden doğmayıp hakim tarafından resen düzenlenmektedir.⁵⁹³ Eşlerin, çocuklarla aralarındaki kişisel ve mali ilişkilerini, bir anlaşma ile düzenlemeleri mümkün olmakla birlikte; TMK m.184/I, 5. bendi uyarınca boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmamakta, hakim bu düzenlemeler ile bağlı kalmak mecburiyetinde değildir. Dolayısıyla eşlerin yaptıkları anlaşmanın hakim tarafından uygun görülmemesi ya da herhangi bir anlaşma yapılmamış olması halinde, hakim boşanma kararında eşlerin çocukla ilgili mali ve kişisel ilişkilerini kendiliğinden düzenlemektedir.

Çocuğun, bir taraftan toplum için taşıdığı önemi, diğer yan da onun korunmaya muhtaçlığını, kendi sorunları çözmedeki çaresizliğini, haklarını koruyabilme yetisine sahip olmasını göz önünde tutan kanun koyucunun “çocuk”u ilgilendiren alana müdahalesi oldukça fazladır. Çocuk hukukuna ilişkin hükümler emredicidir, özellikle soy bağı ile ilgili davalarda hakim tarafların sunduğu delillerle yetinmeyip, resen araştırma görevini üstlenmektedir. Bu sebeplerle kamu düzenine ilişkin sayılan çocuk ile ilgili boşanmanın ferî

⁵⁹² Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 200.

⁵⁹³ Öztan, 2004, s. 465. ; Ceylan, s. 151.

sonuçlarından olan kişisel ilişkinin kurulmasına ilişkin davalarda arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yolu uygulama alanı bulamayacaktır.⁵⁹⁴

İsviçre Hukukunda ise, boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmada, eşlerin çocuklarıyla ilgili düzenlemeleri mahkemenin takdir hakkı saklı kalmak suretiyle yapabilecekleri, eşlerin anlaşmasının velayeti, kişisel ilişkileri ve iştirak nafakasını da kapsamı gerektiği kabul edilmektedir.⁵⁹⁵

Ancak HUAK m. 1/II uyarınca; tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları, kamu düzenini ilgilendiren hususlarda arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi mümkün değildir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkanları olmayan çocukla kişisel ilişkilerinin tespiti; ancak hakim tarafından karar verilebilecek olan hususlardandır.

Muhakkak ki, velayeti kendisine bırakılmayan tarafın, çocuğu hangi gün ve saatlerde, hangi resmi ve dini tatillerde görerek kişisel ilişki kuracağı yönünde tarafların görüşlerinin alınması yerindedir. Ancak bu hususun tamamıyla taraf iradelerine bırakılması ne kadar uygundur? Örneğin velayeti kendisine bırakılmayan babanın çocuğunu hiç görmek istememesi, velayeti kendisinde bulunan annenin de bu duruma razı olması halinde, çocuğun babasıyla hiç kişisel ilişki kurmayacağı yönünde yapacakları arabuluculuk anlaşması ne kadar çocuğun yararını karşılamaktadır?

Avrupa Birliği Konseyi 1998 tarihli Rec(98) tavsiye kararı incelendiğinde, üye devletlerin birçoğunda çocukla kişisel ilişkilerin kurulmasının düzenlenmesinin arabuluculuk yolu ile çözüme kavuşturulabileceği öngörülmüştür. Ülkemizde arabuluculuk uygulamaları çok yeni hukuki düzenlemelere konu olmaktadır. Bu açıdan Batı'daki uygulamaları ölçüsünde yaygınlaştırılarak, geliştirilmesi için henüz erkendir. Nitekim arabuluculuk için yeterli ve nitelikli eğitimlerin verilmesi, denetim mekanizmalarının geliştirilmesi ve arabuluculuğun Batı'daki ideal seviyesine ulaşması için daha uzun yıllar geçmesi gerektiği görüşümdedir. Aksi takdirde özellikle çocuğun konu olduğu boşanmanın hukuki sonuçlarında, arabuluculuğun kötü kullanımlarının önüne geçilmesinin mümkün olmayacağı kanaatindeyim.

⁵⁹⁴ Öztan, 2004, s. 517.

⁵⁹⁵ Ceylan, s. 151.

2.5.1.2 Velayet Kavramı

2.5.1.2.1 Velayetin Hakkının Tanımı ve Tarihçesi

Velayet sözcük anlamında “ sevmek ve yardım etmek”, kavramsal olarak, izni ve onayı olmaksızın başkasına söz geçirmek anlamını taşımaktadır.⁵⁹⁶

Velayet kavramı Türk Medeni Kanunun’da tanımlanmamıştır. Doktrinde Velayet, “küçüklerin ve bazen de kısıtlı ergin çocukların gerek şahıslarına, gerek kendilerine, gerek mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanun’un ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesi için onlara tanıdığı hakların tümüdür.”⁵⁹⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla velayet hakkı ana ve babaya çocuğun şahsı ve malları üzerinde sadece birtakım haklar tanımının yanında aynı zamanda onlara birtakım yükümlülükler de yüklemektedir.⁵⁹⁸ Velayet hakkı, belirli bir zaman içinde, ana babanın birlikte kullandığı, çocuğun yararının ön planda olduğu ve bu hakka sahip olmada ana ve babanın öncelikli olduğu bir haktır.⁵⁹⁹ Ayrıca velayet hakkı, modern düşünceye göre, çocuğun korunmasına hizmet eden ve çocuğu gelecekteki yaşamına hazırlamak için aileye verilmiş hukuki bir ödevdir. Bu hukuki ödev aileye çocuğun zararına kullanılmamak şartıyla verilmiştir.⁶⁰⁰ Ancak tarihsel süreçte gelişimi bu şekilde olmamıştır.

Tarihsel süreçte, çocuğun bedensel, ruhsal, ahlaksal ve düşünsel bakımdan gelişmesi bir ailenin varlığını zorunlu kılar. Nitekim çocuğun büyütülüp yetiştirilmesi ana ve baba için ahlaki bir ödev ve yükümlülüktür. Roma ve Cermen hukukunda aile kendi içine kapalı bir görünümde olduğundan sıkı bir disiplin anlayışı hakimdi. Ailede mutlak otoritesi olan baba, suç işleyen veya hatalı davranan çocuklarını cezalandırma, dövme, hapsetme hatta öldürme yetkilerine sahipti. Klasik hukuk döneminde baba; çocuklarını eğitimleri için cezalandırmakla birlikte eski şiddetli yetkisini kaybetmiştir. İslam Hukukun’da da evlilik birliğinde mutlak hakimiyet kocaya aitti. Hatta kadın dahi kocanın vesayeti altında olduğundan velayet sadece babaya ait olan bir haktı. Modern Hukukta, çağdaş aile yapısında kadın erkek eşitliği benimsenmiş ve çocuğun yararı ön plana çıkarılmıştır. Türkiye’nin taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin önsözünde “çocuğun kişiliğinin tam ve uyumlu gelişebilmesi için

⁵⁹⁶ Tutumlu, s. 477.

⁵⁹⁷ Cengiz Koçhisarlıoğlu, Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 238. vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 406., Köseoğlu/Kocaağa; s. 431, Akyüz, Çocuğun Korunması, s.26., Baktır Çetiner, s.53., Hatemi/Serozan, s.341.

⁵⁹⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 406., Köseoğlu/Kocaağa; s. 433 vd., Öztan, s.465 vd,

⁵⁹⁹ Selma Çetiner Baktır, Velayet Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 32.

⁶⁰⁰ Ceylan, s. 153., Koçhisarlıoğlu, s.186.

*mutluluk, sevgi ve anlayış havasının içinde çocuğun yetişmesi gerekliliğinin” altı çizilmiştir.*⁶⁰¹

Yine Türkiye tarafından da 4433 sayılı yasayla 4.8.1999 tarihinde kabul edilip onaylanan “Çocukların Velayetine ilişkin kararların tanınması ve tenfizi ile çocukların velayetinin yeniden tesisine ilişkin Avrupa Sözleşmesi’ nde; “... çocuğun çıkarlarının göz önüne alınmasının, velayeti konusundaki kararlarda hayati öneme haiz olduğu” vurgulanmıştır.⁶⁰²

Nitekim Türk Medeni Kanunu’nun 335 ve 352. maddeleri arasında düzenlenen velayet hükümlerinde, çocuğun ailede ana ve babası tarafından yetiştirilmesinin çocuk için ideal bir durum olduğu görüşünden hareket edilerek⁶⁰³ bu kapsamda çocuğun yararını ön planda tutan, velayet hususunda kadın-erkek eşitliğini benimseyen anlayışla düzenlemeler getirilmiştir. TMK, kadın-erkek eşitliğini benimseyerek; TMK m.335’de; “*Ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altında olur*” ve TMK m. 336’da “*evlilik birliği içinde ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar*” benzer şekilde TMK m.337/I’de “*anne babanın evli olmaması halinde velayet anneye ait olur*” şeklinde düzenlemeleriyle kural olarak velayet hakkını ana ve babaya ortaklaşa tanımıştır.⁶⁰⁴

2.5.1.2.2 Velayetin Hukuki Niteliği ve Kapsamı

Velayetin kapsamını; çocuğun şahsı ve malvarlığı üzerinde ana ve babanın hak ve yükümlülükleri oluşturur. Çocuğun sahsı bakımından ana babanın hak ve yükümlülükleri; TMK m. 339’e göre, çocuk üzerindeki egemenlik, TMK m.340-341’e göre, çocuğun yetiştirilmesi ve eğitilmesi, çocuğa yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek mesleki eğitimin verilmesi, TMK m. 342’e göre, dini eğitimini belirlemek, üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil etmek, TMK m. 343’e göre, fiil ehliyeti, bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlamak, isminin verilmesi, olgunluğu ölçüsünde çocuğa kendi hayatını düzenleme olanağı tanıma, gerektiğinde hakim m. müdahalesini talep etme ve çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye girdiğinde her türlü önlemi almak ve onu korumak şeklinde özetlenebilir.⁶⁰⁵

⁶⁰¹ Tutumlu, s. 478.

⁶⁰² Tutumlu, s. 479.

⁶⁰³ Ceylan, s. 153.

⁶⁰⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 408., Öztan, s.465 vd.

⁶⁰⁵ Tutumlu, s. 480.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 410 vd.

Çocuğun malları bakımından ana babanın hak ve yükümlülükleri kısmı Türk Medeni Kanun'da ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bu düzenlemeyle, TMK m. 352'e göre, çocuğun mallarının yönetilmesi, TMK m.354'e göre, çocuğun mallarının kullanılması, TMK m. 355-356'a göre, çocuğun gelirlerinin kısmen harcanılması ve TMK m. 357-359'a göre, çocuğun serbest malları ile ilgili konularla çocuğun mallarının korunması çocuğun mallarına ilişkin getirilen düzenlemelerdir.⁶⁰⁶

TMK 339/I maddesine göre, ana ve babanın çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları almaları gerektiği belirtilerek, devamında TMK 339/III maddesinde de; ana ve babanın olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüşünü alacakları ve özellikle önemli konularda olabildiğince çocuğun fikirlerini göz önünde bulundurmaları gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰⁷

TMK m. 339 hükmü uyarınca;

“Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.

Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür.

Ana ve baba olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar.

Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.

Çocuğun adını ana ve babası koyar.” düzenlemesiyle ayrıntılı biçimde bu hak ve yükümlülükler belirtilmiş olunmaktadır.

Velayet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı ve mutlak haklardan olduğundan, başkalarına devredilmesi, ölüm halinde mirasçılara geçmesi veya velayet hakkından feragat edilmesi veya bu hakkın bir hukuki işlemle sınırlandırılması mümkün değildir.⁶⁰⁸ Ana veya baba bu haktan kısmen vazgeçemez, kullanılmasını başkasına devredemez.⁶⁰⁹ Örneğin velayet altında bulunan çocuğu ilgilendiren ve sadece ana babanın rızasıyla yapılabilecek hukuki işlemlerin,

⁶⁰⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 420., Öztan, 2004, s.685 vd.

⁶⁰⁷ Ceylan, s. 153., Rona Serozan, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2005, s.68 vd, Koçhisarlıoğlu, s.242.

⁶⁰⁸ Ceylan, s. 153.; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 409., Öztan, 2004, s.689.

⁶⁰⁹ Ceylan, s. 153., Öztan, 2004, s.589 vd., Koçhisarlıoğlu, s.242.

ana ve babadan birinin yapacağı tek yanlı bir irade açıklamasıyla diğerine bırakılması ve kendisi adına rıza beyanında bulunma yetkisi tanınması mümkün değildir.⁶¹⁰

2.5.1.2.3 Velayete Hakkına Sahip Olanlar ve Velayet Altına Alınabilecekler

TMK m. 335'te açıkça düzenlendiği üzere; "*Ergin olmayan çocuk ana ve babasının velayeti altındadır.*" Kanundan doğan bu hak neticesinde; velayet hakkı kural olarak birbirleriyle evli olan ana ve babaya tanınmaktadır.⁶¹¹ Velayetin ana babadan birine bırakılması için çocuğun, eşlerin ortak çocuğu olması gerekir.⁶¹² Anne ve babanın evli olmaması halinde çocuğun velayeti ise TMK m. 337/I'e göre; sadece anneye ait olmakta, çocuğun evlat edinilmesi halinde ise TMK m. 314/I'e göre; "*evlat edinenin de ergin olmayan evlatlık üzerinde velayet hakkı vardır.*" denilmektedir. O halde TMK'daki düzenlemeler uyarınca çocuk üzerinde ana ve baba ile evlat edinenin dışında bir kişi velayet hakkına sahip olmamaktadır.

TMK m. 335'te, ayrıca velayet altına alınabilecekler de belirtilmektedir. Henüz ergin olmamış küçükler ile TMK 335/II'de düzenlendiği üzere ergin olmakla birlikte kısıtlanmış olan çocuklar velayete tabi olacaklardır. Ayrıca TMK m. 419/II maddesi; "*kısıtlanan ergin çocuklar kural olarak vesayet altında olmayıp velayet altında bırakılır*" şeklinde açıklamak suretiyle vasi atanmasına gerek görülmediği takdirde bu çocukların ana ve babanın velayeti altında kalacağını belirtmektedir.⁶¹³ Ayrıca Türk Medeni Kanunu'muz üvey çocuklarla ilgili olarak yaptığı düzenlemeyle TMK m. 338'de, kendi çocuğu üzerinde velayeti kullanan eş diğer eşin uygun bir şekilde yardımcı olacağını ve hal ve şartların zorunlu kılması halinde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil edebileceğini belirtmiştir.⁶¹⁴

Ana ve babadan birinin ölümü veya gaipliği halinde veya velayet hakkını kullanamayacak durumda olması halinde velayet hakkı tek başına diğer tarafa geçecektir. TMK m. 336/III'e göre; boşanma davası neticesinde de hakim tarafından velayetin kendisine bırakılmasına karar verilen kişi velayet hakkına tek başına sahip olacaktır. Ancak boşanmayla velayet hakkı kendisine bırakılan eşin ölmesi halinde, velayet hakkı doğrudan diğer eşe

⁶¹⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 409., Oğuzman/Dural, s.276 vd.

⁶¹¹ Y2HD, 11.03.2008, 19530/3196; "Velayet hakkı münhasıran ana veya babaya tanınan bir hak olup, evlat edinme hali hariç, anne ve baba dışında hiç kimseye tevdi olunamayacağından, mahkemece gerekçeli kararda velayetin küçüğün davacı dedesine verilmesi şeklinde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...", Akıntürk/Ateş Karaman, s. 407.

⁶¹² Öztan, 2004, s. 465., Akıntürk/Ateş Karaman, s.409 vd.

⁶¹³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 409.

⁶¹⁴ Ceylan, s. 154., Akyüz, Çocuk Güvenliği, s.242., Tutumlu, s.480.

verilip verilmeyeceği hususu kanunda belirtilmemiştir. Yargıtay velayetin kendiliğinden diğer eşe geçmeyeceğini kabul etmektedir.⁶¹⁵ O halde hakim uygun görmediği takdirde vasi atayabileceği görüşü doktrinde de kabul görmekle birlikte aksi görüşü savunan Akıntürk'e göre; *“Boşanma sırasında velayetin bir eşe bırakılması diğer eşin velayet hakkının alınması anlamını taşımamakta, sadece önlem mahiyetinde olmaktadır.”* ve bu nedenle velayetin kendiliğinden karşı tarafa geçeceği görüşünü savunmaktadır.⁶¹⁶

2.5.1.2.4 Boşanmadan Sonra Velayet Hakkının Ana Babadan Birine Tanınması/Birlikte Velayet

Ortak hayata son verilmesi hali ya da ayrılık kararı alınması halinde de hakim velayetin eşlerden birine bırakılmasına karar verebilir (TMK m. 336/II).

TMK m. 182/II hükmünde, boşanmadan sonra velayetin ana-babadan sadece birine verileceğini düzenlenmekte ve boşanmadan sonra eşlerin birlikte velayete sahip olabileceklerinden bahsedilmemiştir. Velayet hakkının ana babaya birlikte bırakılmasının isabetli olacağı görüşü psikologlar tarafından da savunulmaktadır.⁶¹⁷ Dünyadaki genel eğilim göz önüne alındığında, hakimler, uygulamacılar bu tür velayetin boşanmadan sonra ana baba ile çocuklar arasındaki ilişkilerde model oluşturduğunu kanısındadırlar.⁶¹⁸

Kaynak İsviçre Kanunu'nda da birlikte velayete ilişkin düzenlemeler mevcuttur. ÖZTAN; *“TMK m.182'de velayetin ana babaya birlikte bırakılamayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme olmaması sebebiyle ve buna karşılık “çocuk yararı”nın ön planda tutulması ve kanundaki boşluğun çocuk yararına doldurulabileceği”* gerekçesiyle maddenin geniş yorumlanarak velayetin her iki eşe birden bırakılabileceği görüşünü savunmaktadır.⁶¹⁹

Velayet hakkının kural olarak “bölünmez” bir hak olduğunu ileri sürenlere göre ise, boşanma ve ayrılık kararı ile eşlerin çetin mücadelelerle birbirlerine düşman olarak ayrılmaları ve bu durumda eşlerin velayeti birlikte sürdürmelerinin çocuğun zararına olacağı düşüncesine dayanmaktadır. Oysa aksi görüşte olanlar, bu gibi durumlarda hakim tarafından

⁶¹⁵ Ceylan, s. 162.

⁶¹⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 408., Öztan, 2004, s.464 vd.

⁶¹⁷ Öztan, 2004, s. 466.

⁶¹⁸ Koçhisarlıoğlu, s. 42 vd., Köseoğlu/Kocaağa, s. 443.

⁶¹⁹ Öztan, 2004, s. 467.

velayet hakkının kötüye kullanan taraftan her zaman geri alınmasının mümkün olduğunu ileri sürmektedirler.⁶²⁰

2.5.1.2.5 Velayet Hakkının Bölünmezliği

Velayet hakkının kural olarak bölünmezliği sorunu, velayet kendisine bırakılan eşin çocuğun şahsına özen gösterme hak ve ödevi ile mallarını idare etme hak ve ödevlerinin idaresinin sadece tek bir eşe bırakılmasında da kendini göstermektedir. Doktrinde velayet hakkının kural olarak bölünmez bir hak olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre boşanma ve ayrılık durumunda velayet kendisine bırakılan eş, velayet hakkının tanıdığı tüm yetkilere tek başına sahiptir.⁶²¹

Velayetin bölünmezliğinde ikinci bir sorun, velayetin ana baba arasında zaman yönünden bölünüp bölünemeyeceği yani velayetin belli bir zaman için anaya, belli bir süre için babaya ait olup olamayacağı konusunda oluşmaktadır. Yargıtay, çocuğun belli bir süre için anaya belli bir sürede babaya verilmesinin çocuğun eğitimi için sakıncalı olduğunu, çocuğun yararının üstün tutulması ilkesinden hareketle velayetin niteliği gereği velayetin kullanılmasının süre ile sınırlandırılmayacağına karar vermiştir.⁶²²

2.5.1.2.6 Boşanmadan Sonra Velayetin Düzenlenmesi

2.5.1.2.6.1 Velayetin Düzenlenmesinde Esas Alınacak İlkeler

Boşanma, çocuğun gelişimi için en uygun ortamı sunan “tam aile” nin parçalanmasını sonucunu doğuran, ve çocuğun tüm yaşamını olumsuz etkileyebilecek süreçler içeren bir olgudur. Velayetin düzenlenmesi süreci, tam bu noktada; çocuk üzerinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukları en aza indirmek için önemli ölçüde çaba ve dikkatle en uygun çözümün üretilmesi gereken bir dönemdir.⁶²³

Boşanma sonucunda çocuğun velayetinin hangi tarafa bırakılacağına karar verilirken, çocuğun güvenliği ve yararının sağlanması ilkeleri bu bağlamda yol gösterici olmaktadır.⁶²⁴

⁶²⁰ Çetiner Baktır, s. 108, Akyüz, Çocuğun Korunması, s.117 vd., Koçhisarlıoğlu, s.242., Ceylan, s.153.

⁶²¹ Çetiner Baktır, s. 108, Akyüz, Çocuğun Korunması, s.117 vd.

⁶²² Y2HD, 3.6.1985, 5130/5389; “... Boşanma ve ayrılık kararı verilmesi halinde hakim, çocukların gelecek yaşantılarını ve durumun özelliklerini göz önünde tutarak velayetin hangi tarafça kullanılacağına karar verir. Hakim bu konudaki takdir hakkını süre ile sınırlandıramaz.”; Yasa Hukuk Dergisi, s.11, 1985, s.1577.

⁶²³ Tutumlu, s. 480. ; Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 242.

⁶²⁴ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 242.

Çocuğun güvenliği kavramı ile çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve sosyal bakımlardan özgür ve haysiyet içinde gelişebilmesine olanak tanıyan ortamın çocuğa sağlanması kastedilmektedir.⁶²⁵ Çocuğun güvenliği kavramı her somut olayda değerlendirilmesi gereken sübjektif bir niteliğe sahiptir. Nitekim çocuğun güvenliğine neyin hizmet ettiği, nasıl bir karar ve uygulamanın çocuğun bedensel, zihinsel güvence altına alacağı ancak tüm şartların belirginleşmesi ile tespit edilebilecek niteliktedir.⁶²⁶

“Çocuğun Güvenliği” kavramı, bilimsel ve objektif esaslara göre bir başka anlatımla bedensel güvenliği, tıp ve beslenme biliminin verilerine göre değerlendirilirken, sosyal güvenliği ise; psikoloji, sosyoloji ve sosyal hizmet araştırmalarına göre değerlendirilmesi gerekmekte, toplumsal, geleneksel yargılar ve tutumların örnekleri değerlendirmede hiç veya en az oranda dikkate alınmalıdır.⁶²⁷

“Çocuğun yararı” kavramı ise, “çocuğun güvenliği” kavramından daha objektiftir. Nitekim çocuğun hem mevcuttaki hem de gelecekteki yararlarını ve haklarını kapsamaktadır. Bu kavram ile çocuğun güvenliğinin korunmasına hizmet eden yararları anlaşılmalıdır. Boşanmadan sonra çocuğun velayetinin ana ve babadan birine verilmesiyle çocuk ana veya babadan ayrılmakla zaten duygusal bakımdan zarar gördüğünden, artık çocuğun güvenliğinin tam olarak korunduğundan bahsetmek mümkün olmasa da hakim sonrası için “çocuk için en az zararlı olan” çözümü belirlemek durumunda olacaktır.⁶²⁸

2.5.1.2.6.2 Velayetin Düzenlenmesinde Çocuğun Yararının Tespiti

Boşanmada, velayet hakkının ana veya babadan birine verilmesinde, çocuğun yararının göz önünde tutulması gereği, Türk Doktrini ve Yargıtay tarafından uygulamalarda da kabul edilmektedir.

Gelişim Psikolojisine göre; 0-3 yaş çocuğun kişiliğinin biçimlendiği, çocuğun anaya sevgi ve duygusal bağımlılığının en yüksek olduğu dönemdir. Çocuğun bu yaş dilimlerinde annesinden ve anne yerine geçen birisinden ayrılması, çocukluk çağı depresyonlarının temel nedeni olmaktadır. 3-6 döneminde ise anneye bağlılık önceki döneme oranla azalsa da “benlik” gelişimi, cinsel rolün benimsenmesi bu yaş sürecinde gerçekleştiğinden, annenin

⁶²⁵ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 242.; Ceylan, , s. 154.

⁶²⁶ Ceylan, s. 155.

⁶²⁷ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 84.; Ceylan, s. 155.

⁶²⁸ Ceylan, s. 155.

içinde bulunduğu şartlar çocuğun güvenliğini tehlikeye düşürmediği ölçüde bu yaş döneminde de çocuğun anneye verilmesine karar verilmesi daha doğru olmaktadır.⁶²⁹ 6-13 yaş döneminde çocuğun dış dünyaya ilgisi artmakta anneye olan bağımlılığı azalmaktadır. Bu yaş döneminde velayet, çocuğun gereksinimlerini karşılayabilecek yeterlilikte olan tarafa bırakılmalı, 13-17 yaş aralığında ise, erginlik dönemiyle birlikte hem bir model hem de otorite olarak çocuk üzerinde etkisi artan babaya velayetin bırakılması çocuğun yararına uygun görülmektedir.⁶³⁰

Çocukların gelişim süreçleri içindeki iç huzursuzlukları; kesintisiz ve istikrarlı bir çevre şartına gereksinimlerini arttırmakta alışılmış çevrenin değişmesi çocuğun duygusal ve zihinsel yaşantısını etkileyerek gelişimini durdurarak normalden uzaklaştırmaktadır. Bu nedenle çocuğun yaşı kadar yaşadığı çevrenin de velayetin düzenlenmesi sırasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁶³¹

Türk Medeni Kanunu'muz velayetin düzenlenmesinde hakime geniş takdir yetkisi tanımış, velayetin eşlerden hangisine verileceği konusunda, belirli ve kesin ölçütler koymamıştır.⁶³² TMK m. 182'ye göre; *“mahkeme boşanma ve ayrılığa karar verirken olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.”* Çocuğun psikolojik gelişimine vurgu yapıldığı üzere, hakimin çocuğun velayetinin taraflardan birine bırakılmasına karar vermeden önce, “olanak buldukça” anne babayı dinlemesi, çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının görüşünü alması, durumu algılama döneminde olan çocuğu dinleyerek çocuğun görüşünü alması⁶³³ ve psikoloji, psikiyatri ve pedagojinin çocuk gelişimi ve eğitimi verilerinden yararlanarak⁶³⁴ kararını oluşturması, çocuk yararına bir kararın oluşturulabilmesi için önem taşımaktadır.⁶³⁵

Kanun Koyucunun bu maddede “olanak buldukça” anne babanın ve vesayet altındaysa vasi veya vesayet makamının görüşünü alacağı ifadesi hakimin bu görüşleri almaktan

⁶²⁹ Y2HD, 1.11.2000, 2-1272/1608; “İlkokula başlama çağındaki ya da anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğun anne yanında kalmasının bedeni ve ahlaki gelişimine engel olacağı yolunda ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadıkça velayetin anneye verilmesi gerekir.”, Y2HD, 1999- 2022/2077; “Genel evde çalışan bir annenin çocuğunu yaşamının dışında tutması ve çocukla yaşam biçimi çocuğun yararına olması şartıyla velayet anaya bırakılabilir.”; Ceylan, s. 158.

⁶³⁰ Tutumlu, s. 481,482.

⁶³¹ Tutumlu, s. 482

⁶³² Akıntürk/Ateş Karaman, s. 303.; Öztan, 2004, s. 465.; Oğuzman/Dural, s. 141.

⁶³³ Y2HD, 15.9.1992, 6917/7931; Tutumlu, s. 484.

⁶³⁴ Ceylan, s. 157.

⁶³⁵ Tutumlu, s. 483.; Öztan, 2004, s. 465.

kaçınması sonucunu doğurabileceği gerekçesiyle daha kesin bir ifade kullanılmasının yerinde olacağı görüşü ile eleştirilmektedir.⁶³⁶ Bu dinlemenin imkansız olduğu hallerde, örneğin ana babanın nerede olduğunun bilinmemesi, ayırt etme gücünü kaybetmiş olmaları gibi hallerde, ana babanın dinlenmesi ise zaten söz konusu olmayacaktır.⁶³⁷

Çocuk dinlenecek yaştaysa, kendisini ilgilendiren davalarda görüşünün alınması gerektiğine TMK’da yer verilmemekle birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve İkinci Hukuk Dairesinin Kararlarında hakimin “çocuk dinlenecek yaştaysa” çocuğu dinlemesi gerektiği belirtilmiştir.⁶³⁸ Ayrıca 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12/I-II hükmünde; görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkının var olduğunu ve çocuğun doğrudan veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatının tanınması gereği üzerinde durulmuştur.⁶³⁹ Ancak çocuğun dinlenilmesinin uzman pedagog veya psikologlar tarafından gerçekleştirilmesi yoluyla çocuğun gerçek duygu ve düşüncelerini dile getirip getirmediğinin anlaşılması büyük önemi taşımaktadır. Zira çocuğun her zaman kendi düşüncelerini dile getirmesi veya kendi çıkarlarını gözetebilmesi veya etki altında kalmaması mümkün olmayabilir.⁶⁴⁰

2.5.1.2.6.3 Eşlerin Çocuğun Velayeti Hakkında Anlaşmaya Varmaları

Velayetle ilgili davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan, ana babanın velayetin hangi tarafa bırakılacağı hususunda yapmış oldukları anlaşma, bu anlaşmanın hakim tarafından çocuk yararına bulunması ve onaylanması şartına tabiidir.⁶⁴¹ Zira çocukla, boşanan ana baba arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi durumu taraf iradelerine bırakılamaz. Hakim, çocuğun güvenliği ve yararını göz önünde bulundurarak en uygun kararı resen vermelidir.⁶⁴² Böyle bir anlaşmanın ileri sürülmesi halinde hakim, anlaşmanın tarafların gerçek ve samimi isteklerini yansıtıp yansıtmadığını, baskı unsuru oluşturan bir durumun var olup olmadığını araştırdıktan sonra, anlaşmanın çocuğun yararına olduğunu kanaat getirdiği takdirde anlaşmayı onaylayacaktır. ÇETİNER BAKTIR; “*ana ve babanın anlaşmaları, ana ve*

⁶³⁶ Ceylan, s. 156.

⁶³⁷ Öztan, 2004, s. 466.

⁶³⁸ YHGK, 18.10.1969, 2/52-71, s. 156.(kazancı otomasyon)

⁶³⁹ Ceylan, s. 157.

⁶⁴⁰ Çetiner Baktır, s. 132.

⁶⁴¹ Özüğür, Boşanma, s.944., Öztan, 2004, s. 466.

⁶⁴² Öztan, 2004, s. 465.

babanın çocuğun çıkarı için eşit konumda olduklarından dolayı hakimi bağlayıcı nitelikte olması gerektiği” görüşünü ileri sürmektedir.”⁶⁴³

Adli merci önünde çocukları ilgilendiren davaları önleyebilmek ve anlaşmazlıkların önüne geçebilmek veya çözümlenebilmek adına, 25.01.1996 tarihli “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”⁶⁴⁴ tarafı olan devletler, arabuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümüne yönelik diğer tüm yöntemlerin uygulanmasını ve taraflarca belirlenen uygun durumlarda, bu yöntemlerin bir anlaşmaya varılması için kullanılmasını desteklerler. Bu hüküm, tüm dünyada yaygınlaşmaya başlayan, “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları”nın teşvikine yönelik girişimlerin sonucudur.⁶⁴⁵

2.5.1.2.6.4 Boşanmadan Sonra Velayetin Tespitine İlişkin Yargıtay Uygulamaları

TMK’da velayetin eşlerden hangisine bırakılacağı konusunda belirli kıstaslar olmamakla birlikte, Yargıtay ve doktrinde; velayet hakkının ana babadan birine verilmesinde sadece çocuğun menfaatinin göz önünde tutulacağı, yukarıda inceleme konusu yapılan yol gösterici ilkeler benimsenmektedir.⁶⁴⁶

Aşağıda Yargıtay uygulamasına ilişkin örnek kararlar sunulmaktadır:

Yargıtay kararlarında; çocuğun yararını ön planda tutularak; *“boşanmaya karar verildiğinde çocukların velayeti düzenlenirken yaşları, cinsiyetleri, sağlık durumları, eğitimleri, ailenin parçalanması olgusunun en az hissedilmesi, anne sevgisine ihtiyaçları gibi etkenler göz önünde bulundurulmalıdır.”* demektedir.⁶⁴⁷

Yukarıda belirtilen hususlar dışında, velayet hakkı kendisine bırakılanın istikrarlı bir yaşam sürmesini, çocuğun bakım ve eğitimi doğrudan üstlenebilecek kişilik yapısında olması,

⁶⁴³ Çetiner Baktır, s. 111.

⁶⁴⁴ “Türkiye, Sözleşmenin 1. Maddesinin 4. Paragrafı gereğince, yaptığı beyanla, Sözleşmeyi boşanma davalarında, ayrılık davalarında, çocukların velayetine ilişkin davalarda, ayrılık davalarında, ebeveynle çocuk arasındaki kişisel ilişki kurulması davalarında ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda uygulayacağını belirtmiştir.”; Hakkı Dinç ve Diğerleri, Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2004, s. 150.

⁶⁴⁵ Ejder Yılmaz, “Çocuk Hakları Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, DEÜFHD, C:11, Özel Sayı, 2009, s. 819-841.

⁶⁴⁶ Ceylan, s. 156.

⁶⁴⁷ Y2HD, 28.9.1993,7040/8381; Tutumlu, s. 483.

çocuğu eğitebilme yeteneğine sahip olmasını ve çocukla kişisel ilişkisini göz önünde bulundurarak velayetin düzenlenmesine ilişkin kararını oluşturmaktadır.⁶⁴⁸

Yargıtay kararlarında, babanın varlıklı olmasını, velayet hakkının kendisine bırakılmasında tek başına yeterli bir neden olarak kabul etmemiştir.⁶⁴⁹ Anne bakım ve şefkatine muhtaç çocuğu terk eden kadına, terk ettiği çocuğun velayeti verilemez.⁶⁵⁰ Ayrıca birden fazla çocuk olması halinde, ana babasından birini kaybeden çocuğun bir de kardeşini kaybetmemesi için ve kardeşlik bağlarının kopmaması için kardeşleri ayırmamaya özen gösterilmelidir.⁶⁵¹

Velayet hakkı ana veya babaya belirli bir süreyle sınırlı olarak verilemez.⁶⁵² Velayet kendisine bırakılmayan annenin, haftada beş gün; velayet hakkına sahip babanın da haftanın son iki günü çocukla beraber olmalarına karar verilmesi, velayet hakkının kullanılmasını fiilen sınırlandıracağından yasaya uygun düşmez.⁶⁵³

Boşanmada eşlerin kusurlu olup olmamaları velayetin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz.⁶⁵⁴ Ancak evlilik birliği, akıl hastalığı, terk, küçük düşürücü suçtan dolayı mahkumiyet⁶⁵⁵ veya haysiyetsiz hayat sürmekten dolayı sona ermişse akıl hastası⁶⁵⁶ veya suçlu olan tarafa çocuğun velayetinin bırakılamayacağı yönünde kararlar vermektedir.⁶⁵⁷ Ana babadan birinin eşcinsel olması halinde çocuğun velayeti diğer eşe verilecektir.⁶⁵⁸

Yargıtay'ın örnekleri verilen yukarıdaki kararları bugün de yol gösterici olmaktadır.

Velayetle ilgili kararların infazı İİK m. 25 hükmünde düzenlenmektedir.

⁶⁴⁸ Y2HD, 10.3.1999, 14474/2147; Y2HD, 27.11.1997, 12911/12889; Öztan, 2004, s. 467.

⁶⁴⁹ Y2HD, 1999, 2022/2077 ; Ceylan, s. 158.

⁶⁵⁰ Y2HD, 21.11.1990, 7540/11307; Ceylan, s. 159.

⁶⁵¹ YHGK, 7.2.2001, 2-13/35, Y2HD, 1.11.1999, 1166/11515; Öztan, 2004, s. 467,468.

⁶⁵² Y2HD, 24.11.1983, 8848/172; Ceylan, s. 159.

⁶⁵³ Y2HD, 11.6.1998, 6412/7398; Ceylan, s. 159.

⁶⁵⁴ Tutumlu, s. 482.; Öztan, 2004, s. 468., Ceylan, s.157., Özüğür, Boşanma, s.944.

⁶⁵⁵ Y2HD, 21.9.1994,283/539; Ceylan, s. 159.

⁶⁵⁶ Y2HD, 30.12.2002,2003/6627-8302; Ceylan, s. 159.

⁶⁵⁷ Ceylan, s. 157, Akyüz, Çocuğun Korunması, s.184 vd.

⁶⁵⁸ Y2HD, 21.6.1982, 6627/8302, Ceylan, s. 159.

2.5.1.2.7 Velayetin Kaldırılması

Çocuğun anne ve babaya karşı korunması bakımından alınabilecek en ağır önlem velayetin kaldırılması olduğundan, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden bir sonuç alınamaması ve ölçülülük ve talilik ilkelerine uygun olarak hafiften ağıra doğru diğer önlemlerin yetersiz kalacağına anlaşılması halinde velayetin kaldırılmasına karar verilmektedir.⁶⁵⁹

Velayet hakkı ancak kanunda belirtilen sebeplerin varlığı halinde hakim tarafından kaldırılabilir. TMK m. 348’de velayetin kaldırılması sebepleri; TMK m. 348/I-1’de; “*ana ve babanın başka yerde bulunması veya başka bir sebeple velayet görevlerini yerine getirmemeleri*” , “*ana babanın deneyimsizliği*”, “*hastalığı*” olarak sayılmış, TMK m.338/I-2’de ise ana babanın kusurlu davranışlarını gerektiren; “*ana babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya yükümlülüklerini ağır biçimde ihmal etmeleri*” şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin çocuğun ölüme terkedilmesi, kötü alışkanlıklar edinmesine sebep olmak bu durumlara örnek gösterilebilir.⁶⁶⁰

Çocuğun menfaati gerektiriyorsa, hakim çocuğun velayetini, ana veya babadan hiçbirine bırakmayarak, çocuğa vasi atayabilir ancak hakimin bu şekilde hüküm kurabilmesi için velayetin kaldırılması sebeplerinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir.⁶⁶¹ TMK m. 348/II’ye göre; velayetin kaldırılmasına ilişkin kararda aksi belirtilmediği sürece, velayetin kaldırılmasına ilişkin karar, mevcut ve doğan bütün çocukları kapsamaktadır.⁶⁶²

TMK m. 339 düzenlemesi uyarınca, velayet kendisine verilmiş olan eşin yeniden evlenmesi velayetin kaldırılmasını için tek başına yeterli bir sebep oluşturmamakla birlikte, çocuğun menfaati gerektirdiğinde, yeniden evlenen ana babanın velayet hakkı kaldırılarak diğerine verilebileceği gibi, hal ve şartların gerektirmesi halinde hakim vasi atanmasına karar verebilir.⁶⁶³

⁶⁵⁹ Grassinger, s.162.

⁶⁶⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 439.

⁶⁶¹ Öztan, 2004, s. 465,468.

⁶⁶² Çetiner Baktır, s.165,Akıntürk/Ateş Karaman, s. 440, Öztan, s.472 vd.

⁶⁶³ Oğuzman/Dural, s.318 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 420.

Velayetin kaldırılması halinde; TMK m. 349/I'e göre; velayet hakkı tek başına diğer eşe ait olur. Ancak velayet hakkının ana babadan her ikisinden de alınması durumunda çocuğa vasi atanacaktır.

Velayetin kaldırılması ile birlikte, velayetten kaynaklanan hak ve yükümlülükler sona ermektedir. Ancak TMK m. 350 uyarınca, velayete bağlı olmayan çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması yükümlülüğünü devam edecektir.⁶⁶⁴

Velayetin kaldırılmasıyla birlikte ana ve babanın çocuğun malları üzerindeki yönetim ve kullanma hakkı sona ermektedir. Ancak ana ve babanın kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle velayetin kaldırılması söz konusu olmuşsa o halde TMK m. 354'e göre çocuk ergin oluncaya kadar mallarını kullanma hakkı devam edebilecektir.⁶⁶⁵

Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde, TMK m. 351/I hükmüne göre; hakim kendiliğinden veya ana babanın istemde bulunması üzerine velayeti onlara geri verebilmektedir.

Velayet hakkı, hakim kararı dışında, kural olarak çocuğun ergin olmasıyla kendiliğinden sona ermektedir.⁶⁶⁶

Velayetin kaldırılmasına ilişkin davalarda, davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri Aile Mahkemeleridir.⁶⁶⁷

2.5.1.2.8 Velayetin Düzenlenmesinde Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti

Boşanmada velayet hakkının düzenlenmesinde, çocuğun yararının göz önünde tutulması gereğinin, Türk Doktrini ve Yargıtay tarafından uygulamalarda da kabul edildiğine yukarıda değinilmişti.

TMK m. 182'ye göre; *“mahkeme boşanma ve ayrılığa karar verirken olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini*

⁶⁶⁴ Grassinger, s.192, Baktır Çetiner, s.127 vd.

⁶⁶⁵ Serdar Çelikel, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 114.

⁶⁶⁶ Grassinger, s.254., Ceylan, s. 154.

⁶⁶⁷ Çelikel, s. 115.

düzenler.” Çocuğun psikolojik gelişimine vurgu yapıldığı üzere, hakimin çocuğun velayetinin taraflardan birine bırakılmasına karar vermeden önce, “olanak buldukça” anne babayı dinlemesi, çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının görüşünü alması, durumu algılama döneminde olan çocuğu dinleyerek çocuğun görüşünü alması⁶⁶⁸ ve psikoloji, psikiyatri ve pedagojinin çocuk gelişimi ve eğitimi verilerinden yararlanarak kararını oluşturması önemi tartışmasıdır.⁶⁶⁹

Ancak, tarafların çocuğun velayetinin düzenlenmesi üzerine anlaşmalarını ileri sürmeleri halinde hakim, anlaşmanın tarafların gerçek ve samimi isteklerini yansıtip yansıtmadığını, baskı unsuru oluşturan bir durumun var olup olmadığını araştırdıktan sonra, anlaşmanın çocuğun yararına olduğunu kanaat getirdiği takdirde anlaşmayı onaylayacaktır.

Nitekim, ana babanın ve çocuğun dinlenilmesi taraf iradelerinin ortaya konulması bakımından önem taşımakla birlikte velayetle ilgili davalar kamu düzenine ilişkin olduğundan, velayetin hangi tarafa bırakılacağı hususunda tarafların yapmış oldukları anlaşma, bu anlaşmanın hakim tarafından çocuk yararına bulunması ve onaylanması şartına tabii tutulmuştur.⁶⁷⁰ Çocukla, boşanan ana baba arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi durumu tamamen taraf iradelerine bırakılacak, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konular arasında yer almamaktadır. Hakim, çocuğun güvenliği ve yararını göz önünde bulundurarak en uygun kararı resen vermelidir.⁶⁷¹

Adli merci önünde çocukları ilgilendiren davaları önleyebilmek ve anlaşmazlıkların önüne geçebilmek veya çözümlenebilmek adına, 25.01.1996 tarihli “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”⁶⁷² tarafı olan devletler, arabuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümüne yönelik diğer tüm yöntemlerin uygulanmasını ve taraflarca belirlenen uygun durumlarda, bu yöntemlerin bir anlaşmaya varılması için kullanılmasını desteklerler. Bu hüküm, tüm dünyada yaygınlaşmaya başlayan, “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları”nın teşvikine yönelik girişimlerinin sonucudur.⁶⁷³

⁶⁶⁸ Y2HD, 15.9.1992, 6917/7931; Tutumlu, s. 484.

⁶⁶⁹ Ceylan, s. 157.

⁶⁷⁰ Öztan, 2004, s. 466.

⁶⁷¹ Öztan, 2004, s. 465.

⁶⁷²“Türkiye, Sözleşmenin 1. Maddesinin 4. Paragrafı gereğince, yaptığı beyanla, Sözleşmeyi boşanma davalarında, ayrılık davalarında, çocukların velayetine ilişkin davalarda, ayrılık davalarında, ebeveynle çocuk arasındaki kişisel ilişki kurulması davalarında ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda uygulayacağını belirtmiştir.”, Dinç ve Diğerleri, s. 150.

⁶⁷³ Yılmaz, s. 819-841.

İsviçre Hukukunda ise, boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmada, eşlerin çocuklarıyla ilgili düzenlemeleri mahkemenin takdir hakkı saklı kalmak suretiyle yapabilecekleri, eşlerin anlaşmasının velayeti, kişisel ilişkileri ve iştirak nafakasını da kapsamı gerektiği kabul edilmektedir.⁶⁷⁴

Yukarıda anlatılanlar ışığında değerlendirildiğinde, boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları hakim tarafından resen düzenlenmektedir.⁶⁷⁵ Eşlerin, çocuklarla aralarındaki kişisel ve mali ilişkilerini, bir anlaşma ile düzenlemeleri mümkün olmakla birlikte; TMK m.184/I, 5. bendi uyarınca boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmamakta, hakim bu düzenlemeler ile bağlı kalmak mecburiyetinde tutulmamaktadır. Dolayısıyla eşlerin yaptıkları anlaşmanın hakim tarafından uygun görülmemesi ya da herhangi bir anlaşma yapılmamış olması halinde, hakim boşanma kararında eşlerin çocukla ilgili mali ve kişisel ilişkilerini kendiliğinden düzenlemektedir.

Çocuğun, bir taraftan toplum için taşıdığı önemi, diğer yan da onun korunmaya muhtaçlığını, kendi sorunları çözümedeki çaresizliğini, haklarını koruyabilme yetisine sahip olmamasını göz önünde tutan kanun koyucunun “çocuk”u ilgilendiren alana müdahalesi oldukça fazladır. Çocuk hukukuna ilişkin hükümler emredicidir, özellikle soy bağı ile ilgili davalarda hakim tarafların sunduğu delillerle yetinmeyip, resen araştırma görevini üstlenmektedir. Bu sebeplerle kamu düzenine ilişkin sayılan çocuk ile ilgili boşanmanın ferî sonuçlarından olan velayete ilişkin davalarda, arabuluculuk uygulama alanı bulamayacaktır.⁶⁷⁶

Nitekim HUAK m. 1/II’de açıkça düzenlendiği üzere; tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları, kamu düzenini ilgilendiren hususlarda arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi mümkün değildir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkanları olmayan velayetin düzenlenmesi hususu; ancak hakim tarafından karar verilebilecek olan uyuşmazlık konuları arasındadır.

⁶⁷⁴ Ceylan, s. 151.

⁶⁷⁵ Öztan, Aile Hukuku, 2004, s. 465.; Ceylan, s. 151.

⁶⁷⁶ Öztan, 2004, s. 517.

2.5.2 Boşanmanın Çocuklar Üzerindeki Mali Sonuçları

2.5.2.1 Çocuğun Giderlerini Karşılama Yükümlülüğü

Türk Medeni Kanunu'nun 327 ve 334 maddeleri arasında, ana babanın en temel yükümlülüklerinden olan çocuğun bakım ve eğitimi için gerekli olan masrafların karşılanması konusu düzenlenmektedir. TMK m. 327/I'e göre; çocukların bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli masrafları karşılama yükümlülüğü esas olarak ana ve babaya aittir. Boşanmadan önce ana baba tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gereken bu yükümlülük, boşanmadan sonra çocuklar eşlerden birine bırakıldığı için ayrı olarak yerine getirilmelidir.⁶⁷⁷

Çocuğun giderlerinin TMK m. 327/I'e göre, ana baba tarafından karşılanması esas olmakla birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasında; çocuğun durumunun olağanüstü harcamalar gerektirdiği hal veya olağandışı bir sebebin mevcudiyeti halinde çocuğun malvarlığından da hakimin izni ile çocuğun bakım ve eğitimi için yetecek bir kısım kullanılabilir. ⁶⁷⁸ Kanun hükmünde bu giderlerin kapsamına neler girdiğinden bahsedilmemiştir. Çocuğun yaşı, ihtiyaçları, ana babanın mali gücü, yaşadığı çevre vb. durumlara göre giderler değişiklik gösterecektir.⁶⁷⁹ İştirak nafakasının belirlenmesi aşamasında, çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin tespiti önemli bir rol oynamaktadır.⁶⁸⁰

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 27. maddesine göre; çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaksal ve toplumsal gelişimini devam ettirmesi için gerekli bir seviyede yaşam sürme hakkına sahip olması ve öncelikle bu hakkın çocuğun ana ve babası tarafından sahip olunan olanaklar çerçevesinde karşılanması gerektiği, yine çocuğun bakımını üstlenen diğer kişilerin de bu yükümlülüğü taşımalarının yanı sıra devletin de olanakları ölçüsünde ana baba ve diğer kişilere bu sorumluluğun yerine getirilmesinde yardımcı olmak üzere gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir.⁶⁸¹

TMK m.350/I'de belirtildiği üzere, velayet hakkının kaldırılması hallerinde dahi ana ve babanın çocuğa ilişkin bu yükümlülükleri devam etmektedir. Nitekim ana babanın, çocuğu

⁶⁷⁷ Feyzioğlu, s.389., Ceylan, s. 176.

⁶⁷⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 428.

⁶⁷⁹ Emine Akyüz, Çocuk Hukuku, 2.bası, Ankara, Pegem Yayınevi, 2012, s. 196.

⁶⁸⁰ Akyüz, Çocuğun Güvenliği, s. 224., Ceylan, s. 175.

⁶⁸¹ Ceylan, s. 174.

eğitme, bakma ve koruma yükümlülüğü ana babanın velayet hakkından bağımsız soybağının kurulması ile doğan bir yükümlülüktür.⁶⁸²

TMK m. 371’de yer alan bakım yükümlülüğü, boşanmadan sonra iştirak nafakası olarak devam etmektedir.

2.5.2.2 İştirak Nafakası

2.5.2.2.1 İştirak Nafakasının Tanımı, Hukuki Niteliği

Velayet hakkı kendisine verilmeyen eş, TMK m. 182/II uyarınca, velayet hakkına sahip olan eşe, çocuğun bakımı ve eğitimi için gerekli giderlere kendi mali gücü oranında katkıda bulunur. Çocuğun bakımı ve eğitimi için ödemekle yükümlü olunan nafaka, doktrinde ve uygulamada iştirak veya bakım nafakası olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸³ Velayet hakkı kendisine bırakılan tarafın çocuğun bakım ve eğitimi için gerekli harcamaları yapma yükümlülüğü ortadan kalkmamakla birlikte, velayet kendisine bırakılmayan taraf çocuğun bakımı ve eğitimi için kendi mali gücü doğrultusunda katkıda bulunarak bir nafaka ödemekle yükümlü tutulmaktadır.⁶⁸⁴

İştirak nafakasına ilişkin hükümler, çocuğun korunmasına yönelik olup kamu düzenine ilişkindir bu sebeple boşanma davasında hakim taraflardan talep edilmese dahi resen iştirak nafakasına hükmedilebilecektir.⁶⁸⁵ Yargıtay’ın yerleşik içtihatları da bu yönde bulunmaktadır.⁶⁸⁶

2.5.2.2.2 İştirak Nafakasında Taraflar

Küçüğe fiilen bakan ana veya baba; ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gerekli hallerde atanacak kayyım veya vasi ve ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, TMK m. 329’a göre iştirak nafakası davası açabilirler.

İştirak nafakası talep hakkı, çocuk adına açılacak dava ile, velayetin bizzat kullanılmasına bağlı bir hak olması sebebiyle velayeti kendinde bulunduran tarafa aittir.⁶⁸⁷

⁶⁸² Oğuzman/Dural, s. 115.

⁶⁸³ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 316.; Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 226.

⁶⁸⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 142.; Öztan, 2004, s. 474. ; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 316.

⁶⁸⁵ Öztan, 2004, s. 474.

⁶⁸⁶ Y2HD, 30.12.1954, 6696/6130; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 316.; Y2HD, 08.10.1970, 4633/5148; Öztan, 2004, s. 474.

⁶⁸⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.943 vd.,Ceylan, s. 177.

TMK m. 329 hükmüyle önceki Medeni Kanun'un 306. maddesinden ayrılarak, iştirak nafakasının küçük adına, küçüğe fiilen bakan ana baba tarafından istenebileceği esası benimsenmiştir. Maddenin gerekçesinde; ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün nafaka istemesinin, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu ve küçük için önemli bir mali külfete yol açmadığı için, herhangi bir izne tabi olmadan, tek başına da nafaka davası açabileceği belirtilmiştir.⁶⁸⁸

TMK m. 350/II'ye göre; velayetin kaldırılması halinde, ana ve babanın çocuğun eğitim giderlerini karşılama güçleri olmaması sebebiyle yükümlülüklerini yerine getirememeleri halinde, bu giderlerin devlet tarafından karşılanacağı belirtilmektedir. Bu halde ana babanın ödeme gücüne kavuşması halinde devlet, ana babaya rücu ederek iştirak nafakası davası açabilirler.⁶⁸⁹

İştirak nafakasının borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde, bu ilamın icra kanalı ile tahsilini isteme hakkı; çocuğun verildiği tarafa veya çocuk veraset altında ise vasiye ait olmaktadır.⁶⁹⁰

Boşanma davasından sonra velayet kendisine bırakılmayan taraf, velayet ve iştirak nafakasına hükmedilmesi için dava açabileceği gibi, boşanma davası sırasında iştirak nafakası talep etmeyen taraf da sonradan iştirak nafakası için dava açabilmektedir.⁶⁹¹

İştirak nafakası davasında, davalı taraf; velayet hakkı kendisine verilmeyen ve bu nedenle çocuğa fiilen bakmayan ana veya baba, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe atanan vasi veya kayyım tarafından açılan davada, küçüğün ana ve babası; ayırt etme gücüne sahip olan küçük tarafından açılan davada ise nafaka yükümlüsü olan ana veya babadır.⁶⁹²

2.5.2.2.3 İştirak Nafakası Miktarının Belirlenmesi

İştirak nafakasının kapsamı, tarafların aralarında miktar konusunda anlaşmaları, anlaşmaya varamamaları halinde ise hakim tarafından belirlenmektedir.⁶⁹³ İştirak nafakasının belirlenme esasları TMK m. 330'da düzenlenmiştir. Buna göre; "*Nafaka miktarı çocuğun*

⁶⁸⁸ Dural/Ogüz/Gümüş, s. 142 vd, Ceylan, s. 177.

⁶⁸⁹ Özüğür, s.123, Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 226., Ceylan, s. 178.

⁶⁹⁰ Velidedeoğlu, s. 272.

⁶⁹¹ Velidedeoğlu, s. 272 vd.

⁶⁹² Köseoğlu/Kocaağa, s. 216 vd., Ceylan, s. 177,178.

⁶⁹³ Köseoğlu/Kocaağa, s. 218 vd, Ceylan, s. 181.

ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri dikkate alınarak belirlenir. Nafaka miktarının belirlenmesinde çocuğun gelirleri de göz önünde bulundurulur.” İştirak nafakası çocuğun; konut, giyecek, yiyecek, eğitim, öğretim, tatil, sağlık ihtiyaçlarını karşılamaya yeterli tutarda olmalıdır.⁶⁹⁴ Kanun koyucu, “*ana ve babanın hayat şartları ve ödeme güçleri*” ifadesi ile; velayeti kendisine verilmiş olan taraf ile bakım nafakası ödeyecek olan tarafın, ekonomik ve sosyal durumlarını; “*hayat şartları*” ifadesi ile ana ve babanın çalışma imkanlarını, sağlık durumlarını ve günümüz geçim şartlarını anlatmak istemiştir.⁶⁹⁵ Belirlenen nafaka miktarı, nafaka ödeyecek ana veya babanın zarurete düşmesine, yaşam biçiminin esaslı suretle değişmesine yol açmamalıdır.⁶⁹⁶

Nafaka miktarının belirlenmesi sırasında hakim; TMK m. 330/I’e göre, çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu, bakım giderleri ile gelirin olup olmadığı, sağlık durumu, ana babanın yukarıda bahsedilen hayat şartları ve ödeme güçleri, bakmakla yükümlü oldukları çocuk sayısı gibi ölçütler hakkında sosyal çalışmacı, pedagog ve psikologların çalışma, araştırma, inceleme ve görüşlerinden yararlanabilecektir.⁶⁹⁷ Görüldüğü üzere; iştirak nafakasının miktarını etkileyen unsurlar; “*çocuğun kişiliğine bağlı unsurlar*” ve “*ana baba ile ilgili unsurlar*” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiş çocuğun kişiliğine bağlı unsurlar; çocuğun yaşı, sağlık durumu, eğitimi ile ilgili şartlar ve çocuğun mali durumu olurken; ana baba ile ilgili unsurları ise ana babanın sosyal durumu ve ödeme gücü, ödeme gücü olmaması halinde fiilen çocuklara bakmış olması unsurlarından oluşmaktadır.⁶⁹⁸

İştirak nafakasının miktarının belirlenmesinde TMK m.4’e göre hakkaniyet ilkesi gözetilmelidir.⁶⁹⁹ Bağımsız bir dava olarak açılan iştirak nafakası davasında, davanın açıldığı tarihteki şartlar, diğer hallerde ise kararın kesinleştiği tarihteki şartlar dikkate alınmaktadır.⁷⁰⁰

2.5.2.2.4 İştirak Nafakasının Ödenme Şekli ve Faiz

İştirak nafakasının ne biçimde ve nasıl ödeneceği hakim tarafından, nafaka yükümlüsünün şartları ve çocuğun yararını göz önünde bulundurarak tespit edilmektedir.

⁶⁹⁴ Köseoğlu/Kocaağa, s. 218 vd, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 402,

⁶⁹⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 403.; Ceylan, s. 180.

⁶⁹⁶ Köseoğlu/Kocaağa, s. 218,219., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 404.

⁶⁹⁷ Özüğür, 188.

⁶⁹⁸ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 229, Ceylan, s.182.

⁶⁹⁹ Y2HD, 16.6.199,5244/6896; Uyar, s. 2027., Ceylan, s. 182.

⁷⁰⁰ Ceylan, s. 183.

İştirak nafakasının düzenli, peşin, pratik ve basit bir usul ile ödenmesi halinde çocuğun yararı sağlanmış olacaktır.⁷⁰¹

Türk Medeni Kanunu'muz 330/III maddesinde, hakimin belirleyeceği nafakanın her ay ödenmesini öngörmektedir. O halde taraflar nafakanın; çocuğu yanına alarak bakma şeklinde veya çocuğa ayni yardım yapmak şeklinde ödenmesine karar verilmesini talep edemeyecekler, nafakanın mutlaka belli bir miktar para olarak ödenmesini kararlaştırılabilecektir.⁷⁰² Aynı şekilde nafaka yükümlüsünün, çocuğu kişisel ilişki hakkını kullanmak amacıyla tatile götürmesi dolayısıyla bazı harcamalarda bulunması, çocuğa ara sıra harçlık ve hediye vermesi borçluyu iştirak nafakası ödemekten kurtarmaz.⁷⁰³

Taraflar boşanma davalarında, nafaka miktarı, artırım oranı, süresi, hangi cins para ile ödeneceği hususunda aralarında anlaşma sağlayabilirler ancak bu sözleşmenin geçerliliği hakimin onayı şartına bağlıdır aksi takdirde hukuki sonuç doğurmayacaktır.⁷⁰⁴

Anlaşmalı boşanma davasında iştirak nafakası istenmemesi veya bundan vazgeçilmesi hali daha sonra talep edilmesine engel oluşturmamaktadır.⁷⁰⁵ Ayrıca taraflar değişen şartlar karşısında iştirak nafakasının artırılmasını veya azaltılmasına ilişkin dava açabilmektedirler. TMK m. 330/son maddesinde tanınan imkan doğrultusunda da hakim istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini kararlaştırabilmektedir. Bu hükümle amaçlanan; tarafların gelecek yıllardaki ekonomik ve sosyal durumları ile çocuğun ihtiyaçları belirlenebilir durumda ise yeni davaların açılmasının önüne geçmek, masraf zaman ve emek kaybını en aza indirmektedir.⁷⁰⁶ Böyle bir talepte bulunulmuş olmaksızın da TMK m. 331 hükmü uyarınca hakim durumun değişmesi halinde nafaka miktarının yeniden belirlenmesine veya nafakanın kaldırılmasına karar verebilir.

⁷⁰¹ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 230.; Ceylan, , s. 185.

⁷⁰² Özüğür, s.184 vd.,Akıntürk/Ateş Karaman, s. 403.

⁷⁰³ Y3HD, 14.5.2002, 2981/5436 ; Ali Karagülmez/Sami Sezai Ural, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2.bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 200.

⁷⁰⁴ Öztan, 2004, s. 475.; Özüğür, s. 188.

⁷⁰⁵ Y2HD, 26.04.2004,4671-5292; "...Boşanma sırasında annenin iştirak nafakası istemiyorum şeklinde sözleri, küçüğün ergen olacağı tarihe kadar sürecek olan nafakayı kapsamaz. İştirak Nafakası her an doğup işleyen haklardandır. Mahkemece tarafların Sosyal ve ekonomik durumları il küçüğün ihtiyaçları dikkate alınıp uygun bir nafaka takdir edilmesi gerekir.Açıklanan husus üzerinde durulmaması usul ve yasaya aykırıdır.>"; Gençcan, Tazminat, s.1309.

⁷⁰⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 403.; Ceylan, s. 183.

Nafaka borcu TMK m. 330/II'ye göre; her ay peşin olarak ve Türk Lirası olarak ödenir ve taraflar açıkça anlaşmadıkça yabancı para olarak ödenmesine karar verilemez. Bir defada sermaye olarak ödenmesi çocuk yararına uygun bulunmamaktadır. Velayete sahip olan anne veya baba kişisel yatırımlarıyla sadece kendi malvarlığını değil; çocuğun bakım ve eğitimi için ödenmiş olan parayı da kaybetme olasılığı bulunmaktadır. Bu sebeple ancak çocuğun açıkça yararı saptanması halinde nafakanın sermaye şeklinde ödenmesine karar verilmelidir.⁷⁰⁷

İştirak nafakasına dava tarihinden hüküm tarihine kadar faiz yürütülemez, faiz iştirak nafakasıyla ilgili kararın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.⁷⁰⁸

2.5.2.2.5 İştirak Nafakasının Başlangıcı ve Süresi

İştirak nafakasının başlangıcı, boşanma kararının kesinleştiği tarihtir. Boşanma davası kesinleştikten sonra bağımsız bir dava ile iştirak nafakasının istenilmesi halinde, iştirak nafakası dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere hükme bağlanacaktır.

Çocuğun velayet hakkı kendisine verilen tarafın yanında bulunmaması halinde iştirak nafakası, velayetle ilgili kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren başlamaktadır.⁷⁰⁹

Ana ve babanın çocuğa bakma ve bakım giderlerini karşılamakla ilgili yükümlülüğü TMK m. 328/I'e göre çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Buna karşılık, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlendiği üzere; çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba hal ve şartlara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlü olacaklardır.

Önceki Medeni Kanun'da, ana ve babanın çocuklara ilişkin bakım yükümlülüğü ile ilgili bir hüküm mevcut olmamakla birlikte doktrinde⁷¹⁰ ve yargı kararlarında⁷¹¹ bu bakım yükümlülüğünün çocukların ergin olmasına kadar, çocukların eğitimlerinin devam etmesi halinde ise bu eğitimin sona ermesine kadar devam edeceği kabul edilmekteydi. Bu uygulama TMK m. 328 ile kanun hükmü haline getirilmiş olmaktadır. Bu şekilde öğrenimlerine

⁷⁰⁷ Akyüz, Çocuk Güvenliği, s. 230.; Ceylan, s. 185-186.

⁷⁰⁸ Özugur, s.189, Ceylan, s. 186.

⁷⁰⁹ Y2HD, 1.4.2002, 4026/4538; Özugur, s. 129, Akıntürk/Ateş Karaman, s. 308.;

⁷¹⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 401; Öztan, 2004, s. 475.

⁷¹¹ Y2HD, 30.9.1991, 8015/11767; Özugur, s. 170-171.

devam eden çocuklar yasal bir desteğe kavuşmuş olmakla birlikte hakimin çocuğun eğitimini başarılı bir şekilde sürdürüp sürdürmediğini de dikkate alarak takdir hakkını kullanması gerekmektedir.⁷¹² Çocuğun sakat veya çalışmayacak durumda olması halinde ise yine ana babanın bakım görevi devam eder ve iştirak nafakası söz konusu olur.⁷¹³

Çocuk kendisine bırakılmamış olan taraf, çocuğun okuması için harcamalarda bulunur, örneğin çocuğu yatılı okulda okutur, okul taksitlerini öder ve masraflarını karşılarsa, harcamış olduğu bu meblağ ödeyeceği iştirak nafakasından tenkis edilir.⁷¹⁴

2.5.2.2.6 İştirak Nafakası Miktarının Durumun Değişmesi Halinde Yeniden Belirlenmesi

İştirak nafakasının miktarı, çocuğun ihtiyaçlarının değişmesi, tarafların durumlarında ve yaşam şartlarında önemli değişikliklerin meydana gelmesi halinde; talep üzerine yeniden belirlenebilmektedir.⁷¹⁵

TMK m. 331'e göre; *“Durumun değişmesi halinde hakim, istem üzerine nafaka miktarını yeniden belirler veya nafakayı kaldırır.”* Buna göre; hakim dava açılması halinde, çocuğun ihtiyaçlarına, eğitim durumuna, yaşına ve ana babanın artan gelir durumuna göre nafakayı yeniden belirleyebileceği gibi, çocuğun gelir elde etmesi, ana babanın ekonomik güçlerinde azalma, ortadan kalkma durumlarında da gerekirse nafakayı kaldırabilecektir.⁷¹⁶ Görüldüğü üzere, hal ve şartlardaki değişiklikler nafaka yükümlüsüne ilişkin olabileceği gibi nafaka alacaklısına ilişkin de olabilmektedir.

Nafaka miktarının arttırılması veya azaltılması için açılacak dava, herhangi bir süreye tabi olmamakla birlikte, uygun bir süre olması gerekir.⁷¹⁷

Nafakanın arttırılması isteminde; tarafların gelir ve kazancının iyileşmesi, çocukların yaşlarının büyümesi, çocuğun bir işte çalışmaya başlamış olması, eğitim giderleri, günün geçim şartları ve tarafların sosyal durumları dikkate alınmaktadır. Ancak iştirak nafakasının

⁷¹² Ceylan, s. 185.

⁷¹³ Öztan, 2004, s. 475.

⁷¹⁴ Feyzioğlu, s. 393, Ceylan, s.187., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 309.

⁷¹⁵ Öztan, 2004, s. 475-476.; Ceylan, s. 186.

⁷¹⁶ Ceylan, s. 187; Y2HD, 23.3.2002, 3551/4244; Özüğür, s. 126.

⁷¹⁷ Y2HD, 4.3.1996, 1324/2021; Ceylan, s. 187.

arttırılması halinde, yeni nafaka miktarının nafaka yükümlüsünü sıkıntıya düşürmemesi gerekmektedir.⁷¹⁸

Nafakanın azaltılması isteminde; nafaka yükümlüsünün ekonomik gücü ve çocuğun ihtiyaçları azalıp azalmadığı yahut nafaka alacaklısının ekonomik gücü artmış olup olmadığı dikkate alınmaktadır.⁷¹⁹ O halde hakim, nafaka yükümlüsünün tüm malvarlığı araştırarak başka kişilere nafaka ödemekle yükümlü olup olmadığı da tespit etmelidir.⁷²⁰

Ayrıca nafaka yükümlüsünün geliri aynı kalmakla birlikte bakmakla yükümlü olduğu başka çocukların olduğu tespit edilmişse, “çocukların eşit haklara sahip olması” esnasından yola çıkılarak nafaka miktarında indirim gidilebilir. Ancak nafaka yükümlüsünün evlenmesi tek başına nafakanın indirilmesine sebep olamaz.⁷²¹

Nafakanın arttırılması veya azaltılmasına dair taleplerin hakim tarafından kabulü halinde, yeni miktar karar tarihinden itibaren değil davanın açıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere hükme bağlanır.⁷²²

2.5.2.2.7 İştirak Nafakası Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

İştirak nafakasının davası ve nafaka ile ilgili arttırma, azaltma veya kaldırma davalarında görevli mahkeme, Aile Mahkemeleri veya Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’na belirlenen Asliye Hukuk Mahkemeleridir. Boşanma davası içinde talep edilen iştirak nafakalarında ise boşanma davalarına bakan Aile Mahkemesi görevli mahkemedir.

TMK m. 177’ye hükmüne göre; “Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında, nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.” Bu düzenlemenin amacı yoksulluk nafakasında olduğu gibi ekonomik bakımdan güçsüz olan nafaka alacaklısının, nafaka yükümlüsünün bulunduğu yere giderek aşırı masraf yapmasını ve zarara uğramasının

⁷¹⁸ Feyzioğlu, s. 391.

⁷¹⁹ Ceylan, s. 187.

⁷²⁰ Feyzioğlu, s. 393.; Ceylan, s. 187.

⁷²¹ Öztan, 2004, s. 476.

⁷²² Öztan, 2004, s. 476.

önlenmesidir.⁷²³ Bu yetki kuralı HMK m. 6’da düzenlenen, genel yetki kuralının uygulanarak, davanın davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılmasına engel oluşturmamaktadır.

TMK m. 326/I-II hükmünün kıyasen uygulanarak iştirak nafaka miktarının takdirinde davanın çocuğun oturduğu yer mahkemesinde açılacağı görüşü isabetli olarak ileri sürülmüş⁷²⁴ olsa da söz konusu madde hükmü kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı getirdiğinden çocuğun oturduğu yer mahkemesinin yetkisi olduğu söylenemeyecektir.

2.5.2.2.8 İştirak Nafakası Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı

İİK m. 339 uyarınca, İştirak nafakasının ilama dayalı olması halinde son işlem üzerinden on yıl geçmekle nafaka borcu zamanaşımına uğramaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 146 gereğince, nafakaya ilişkin davalar 10 yıllık⁷²⁵ zamanaşımına tabiidir. İlam ve ilam niteliğinde belge dışında, taraflarca karşılıklı anlaşmayla kararlaştırılan nafakalarda; her ay için tahakkuk eden nafaka, tahakkuk eden aydan itibaren beş yıllık zamanaşımına tabidir.⁷²⁶

2.5.2.2.9 İştirak Nafakasında Ana ve Babanın Güvence Vermesi ve Nafaka Davasında Geçici Önlemler

Nafaka davasının açılması üzerine, davacının istemde bulunması halinde, TMK m. 332’e göre, hakim dava süresince gerekli olan önlemleri alabilecektir. Kanun maddesindeki “gerekli olan önlemleri alabilir” ifadesi hakimin alacağı önlemlerin sınırlandırılmadığını işaret etmektedir. Buna göre, hakim dava süresince tedbir niteliğinde olmak üzere, davacıya uygun bir nafakanın ödenmesine karar verebileceği gibi, davalının malvarlığı üzerine devir ve temlik yasağı konulmasına da karar verebilir.

TMK 334. maddesinde ise önceki kanunda yer almayan bir düzenlemeye yer verilerek ana babanın nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemeleri halinde, çocuğun bakım ve eğitimi açısından ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların engellenebilmesi için ana ve babadan güvence istenmesine olanak tanımıştır.⁷²⁷ Buna göre; “*Ana veya baba nafaka*

⁷²³ Ceylan, s. 188.

⁷²⁴ Ceylan, s. 189.

⁷²⁵ Kılıçoğlu, 845.

⁷²⁶ Özüğür, s. 196., Ceylan, s.189.

⁷²⁷ Öztan, 2004, s. 476.

yükümlülüklerini sürekli olarak ve ısrarla yerine getirmezlerse ya da kaçma hazırlığı içinde buldukları, mallarının gelişigüzel harcadıkları veya heba ettikleri kabul edilebilirse hakim, gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak uygun bir güvencenin sağlanmasına veya gerektirdiğinde diğer önlemlerin alınmasına karar verebilir.” hükmüyle sınırlı sebeplerle bu önlemlerin alınabileceği belirtilmiştir.

2.5.2.3 İştirak Nafakasında Arabuluculuğun Uygulanabilirliğinin Tespiti

İştirak nafakasının kapsamı, tarafların aralarında miktar konusunda anlaşmaları, anlaşmaya varamamaları halinde ise hakim tarafından belirlenmektedir.⁷²⁸ İştirak nafakasının belirlenme esasları TMK m. 330’da düzenlenmiştir.

İştirak nafaka miktarının belirlenmesi sırasında hakim; TMK m. 330/I’e göre, çocuğun yaşı, cinsiyeti, eğitim durumu, bakım giderleri ile gelirin olup olmadığı, sağlık durumu, ana babanın yukarıda bahsedilen hayat şartları ve ödeme güçleri, bakmakla yükümlü oldukları çocuk sayısı gibi ölçütler hakkında sosyal çalışmacı, pedagoğ ve psikologların çalışma, araştırma, inceleme ve görüşlerinden yararlanabilecektir.⁷²⁹

Ancak tarafların boşanma davalarında, nafaka miktarı, aratırım oranı, süresi, hangi cins para ile ödeneceği hususunda aralarında anlaşma sağlayabilmekle birlikte, bu sözleşmenin geçerliliği hakimin onayı şartına bağlıdır aksi takdirde hukuki sonuç doğurmayacaktır.⁷³⁰ İştirak nafakasının ne biçimde ve nasıl ödeneceği hakim tarafından, nafaka yükümlüsünün şartları ve çocuğun yararını göz önünde bulundurarak tespit edilmektedir.

İştirak nafakasına ilişkin hükümler, çocuğun korunmasına yönelik olup kamu düzenine ilişkindir bu sebeple boşanma davasında hakim taraflardan talep edilmese dahi resen iştirak nafakasına hükmedilebilecektir.⁷³¹

Adli merci önünde çocukları ilgilendiren davaları önleyebilmek ve anlaşmazlıkların önüne geçebilmek veya çözümlenebilmek adına, 25.01.1996 tarihli “Çocuk Haklarının

⁷²⁸ Ceylan, s. 181.

⁷²⁹ Özüğür, s. 188.

⁷³⁰ Öztan, 2004, s. 475. ; Özüğür, s. 188.

⁷³¹ Öztan, 2004, s. 474.

Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁷³² tarafı olan devletler, arabuluculuk ve anlaşmazlıkların çözümüne yönelik diğer tüm yöntemlerin uygulanmasını ve taraflarca belirlenen uygun durumlarda, bu yöntemlerin bir anlaşmaya varılması için kullanılmasını desteklerler. Bu hüküm, tüm dünyada yaygınlaşmaya başlayan, “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları”nın teşvikine yönelik girişimlerinin sonucudur.⁷³³

İsviçre Hukukunda ise, boşanmanın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmada, eşlerin çocuklarıyla ilgili düzenlemeleri mahkemenin takdir hakkı saklı kalmak suretiyle yapabilecekleri, eşlerin anlaşmasının velayeti, kişisel ilişkileri ve iştirak nafakasını da kapsamı gerektiği kabul edilmektedir.⁷³⁴

Yukarıda anlatılanlar ışığında değerlendirildiğinde, boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları kendiliğinden doğmayıp hakim tarafından resen düzenlenmektedir.⁷³⁵ Eşlerin, çocuklarla aralarındaki kişisel ve mali ilişkilerini, bir anlaşma ile düzenlemeleri mümkün olmakla birlikte; TMK m.184/I, 5. bendi uyarınca boşanma ve ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmamakta, hakim bu düzenlemeler ile bağlı kalmak mecburiyetinde tutulmamaktadır. Dolayısıyla eşlerin yaptıkları anlaşmanın hakim tarafından uygun görülmemesi ya da herhangi bir anlaşma yapılmamış olması halinde, hakim boşanma kararında eşlerin çocukla ilgili mali ve kişisel ilişkilerini kendiliğinden düzenlemektedir.

Çocuğun, bir taraftan toplum için taşıdığı önemi, diğer yan da onun korunmaya muhtaçlığını, kendi sorunları çözümedeki çaresizliğini, haklarını koruyabilme yetisine sahip olmamasını göz önünde tutan kanun koyucunun “çocuk”u ilgilendiren alana müdahalesi oldukça fazladır. Çocuk hukukuna ilişkin hükümler emredicidir, özellikle soy bağı ile ilgili davalarda hakim tarafların sunduğu delillerle yetinmeyip, resen araştırma görevini üstlenmektedir.⁷³⁶ Bu sebeplerle kamu düzenine ilişkin sayılan çocuk ile ilgili boşanmanın

⁷³²“Türkiye, Sözleşmenin 1. Maddesinin 4. Paragrafı gereğince, yaptığı beyanla, Sözleşmeyi boşanma davalarında, ayrılık davalarında, çocukların velayetine ilişkin davalarda, ayrılık davalarında, ebeveynle çocuk arasındaki kişisel ilişki kurulması davalarında ve babalığın mahkeme kararı ile kurulmasına ilişkin davalarda uygulayacağını belirtmiştir.” Dinç ve Diğerleri, s. 150.

⁷³³ Yılmaz, s. 819-841.

⁷³⁴ Ceylan, s. 151.

⁷³⁵ Öztan, 2004, s. 465.; Ceylan, s. 151.

⁷³⁶ Öztan, 2004, s. 517., Özüğür, s.192.

feri sonuçlarından olan iştirak ilişkin davalarda, arabuluculuk uygulama alanı bulamayacağı kanaatindeyim.

Nitekim HUAK m. 1/II'de açıkça düzenlendiği üzere; tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları, kamu düzenini ilgilendiren hususlarda arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi mümkün değildir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkanları olmayan velayetin düzenlenmesi; ancak hakim tarafından karar verilebilecek olan uyuşmazlık konuları arasındadır.

2.5.2.4 Çocuklarla İlgili Önlemlerin Değiştirilmesi

Boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçları olan; velayetin ana ve babadan birine verilmesi, çocuk kendisine bırakılmamış olan tarafın çocukla kişisel ilişki kurması ve iştirak nafakası, kesin ve nihai bir hukuki durum yaratmadıklarından, yeni şartlara göre tamamen veya kısmen değiştirilebilmeleri mümkündür.⁷³⁷

TMK m. 183'e göre; *“ana veya babadan birinin başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hakim, resen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır”* Buna göre; her iki eş mahkemedен bu tedbirlerin konulmasını isteyebileceği gibi hakim de kendiliğinden tedbir alabilir.⁷³⁸

Madde hükmünde yeni olgular sınırlı bir şekilde sayılmamıştır. Ana ve babadan birinin hapsedilmesi, alkole veya içkiye düşmesi, ağır bir hastalık geçirmesi, çocuğun ihtiyaçlarının artması, eşlerden birinin başka bir şehre taşınması örnek gösterilebilir.⁷³⁹ O halde bu gibi hallerde hakim; çocuğun velayeti kendisine verilmiş taraftan alınması, iştirak nafakasının yeniden belirlenmesi, kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi gibi önlemlere başvurabilmektedir.⁷⁴⁰

TMK m. 183'e göre; gerekli önlemleri almaya yetkili mahkeme boşanma davasına bakmış olan mahkeme değil, HMK'daki yetkiye ilişkin genel hükümlere göre *“davalının yerleşim yeri mahkemesidir.”*

⁷³⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, s. 318., Özüğür, s.196.

⁷³⁸ Öztan, 2004, s.473 vd.

⁷³⁹ Öztan, 2004, s.472 vd., Akıntürk/Ateş Karaman, s. 318.

⁷⁴⁰ Öztan, 2004, s.472 vd.,Ceylan, s. 190.

SONUÇ

“Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk” başlıklı çalışmamızda, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuk yönteminin, aile hukukunun konusu olan boşanmanın hukuki sonuçlarında uygulanmasının kapsamı değerlendirilerek, boşanmanın hukuki sonuçlarından hangilerinin HUAK kapsamında arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olduğunun tespiti yapılmaya çalışılmıştır.

Bu bağlamda, öncelikle alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak, arabuluculuğun tanımını yapmak gerekmektedir. Arabuluculuk, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların, tarafsız bir üçüncü kişi olan arabulucu yardımıyla, taraflara çözüm önerisi empoze etmeden, sistematik teknikler uygulayarak, tarafların aralarındaki ilişkiyi yapılandırmak suretiyle, ortak menfaatlerinin tespit edilerek, anlaşmaya varmalarını amaçlayan, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biridir. Arabuluculuk insanlık tarihi kadar eski olmakla birlikte, hukuki düzenlemelere konu olması yakın bir geleceğe dayanmaktadır. Bu çerçevede, devletlerce, arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin hukuki düzenlemeler yapılarak, toplumlarda uyuşmazlıkların, mahkeme dışı yöntemlerle, uzlaşma sağlanarak çözümlenmesi teşvik edilmek istenilmektedir.

Boşanma davalarının, genellikle karmaşık hukuki boyutları bulunmaktadır. Özellikle velayet ve mal paylaşımı konuları değerlendirildiğinde, çözülmesi güç hukuki uyuşmazlıkları bünyesinde barındırdığı bilinmektedir. Boşanma davalarının, çocukların velayeti ile ilgili uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere çözümünde, arabuluculuğu zorunlu kılan ilk eyalet, 1981 yılında Kaliforniya olmuştur. Diğer bazı sistemlerde de arabuluculuk hizmetlerinden, mahkeme bağlantılı kurumlarla yararlanılabilmektedir. Bununla beraber, aile arabuluculuğunun asıl gelişimi, özel bir hizmet olarak arabuluculuğu uygulayan avukat ve psikologlar tarafından mahkeme dışında gerçekleştirilmiştir.⁷⁴¹

Aile kurumunun mahiyeti dikkate alındığında; Kanun Koyucu aileyi Anayasa ve çeşitli Kanunlarla korumaktadır. Anayasamızın “Sosyal Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen ilk hüküm, “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” başlığını

⁷⁴¹ Özbek, “Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, s. 264.

taşımakta, yine AY m. 41'e göre; aile, Türk Toplumunun temeli sayılarak, eşler arasındaki eşitlik ilkesi vurgulanmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; devlet ailenin huzur ve refahı için, özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve planlaması ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, demektir. Anayasamızın devlete yüklediği bu görevler kapsamında, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, yapılan yasal düzenlemelerden biridir.⁷⁴²

Devlet yargısının işleyişini düzenleyen usul hukuku mevzuatında yapılan değişiklikler, tarafların aile hukuku uyuşmazlıklarında sulh olabilmelerine imkan tanımaktadır. HMK m. 213'ün birinci fıkrasında hakim; tarafları sulhe teşvik etmekle görevli kılınmıştır. Bu anlamda hakime, tarafları sulh olmaya teşvik etme ödevi yüklenmektedir.⁷⁴³ Arabuluculuğun temelinde de sulh kurumu yatmaktadır.

Aile uyuşmazlıklarının sulh yoluyla çözümlenmesi önceki düzenlemelerle mümkün kılınmış ve HMK'da yer almıştır. Bu kapsamda, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanunu ile hakime, sulh girişiminde bulunma görevi yüklemiştir. Aynı Kanun'un 7. maddesine göre; *“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 uzmanlarından da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde, yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.”*

Bu düzenleme ile, aile mahkemesi hakimleri, baktıkları dava ve işlerde esasa girmeden evvel uyuşmazlıkları sulhe teşvik etmekle yükümlü tutulmuşlardır. Bu çerçevede, aile mahkemesi hakimine, taraflar arasında bir anlaşmanın sağlanabilmesi için “aile arabulucusu” gibi hareket etme ve mahkeme nezdinde görev yapan uzmanları gerektiğinde arabulucu olarak görevlendirme olanağı tanınmıştır.⁷⁴⁴

Ancak aile hukuku kapsamına giren uyuşmazlıkların, büyük ölçüde kamu düzenine ilişkin olması dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler arasında

⁷⁴² Özbeke, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 740.

⁷⁴³ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 152.

⁷⁴⁴ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 172,173.

yer almadığı gözetilecek olursa, sulh teşebbüsünü ve sulhu sağlamakla, aile mahkemesini görevli kılan kuralın işlevselliğinin sınırlı kalacağı ve sadece boşanma davaları ile evlilik mallarının tasfiyesi ile ilgili davalarda uygulama alanı bulacağı görülmektedir.⁷⁴⁵

Hakim, aile uyuşmazlıklarının çözümünde mümkün olduğunca dostane çözüm yollarını deneyerek tarafları sulhe teşvik etmek zorundadır. Bu nedenle, davanın başında sulh sağlanamasa da, davanın esasına girildikten sonra her aşamada, olayın aydınlanmasıyla birlikte uyuşmazlık konularının birkaç noktada toplanması halinde, hakim, sonuç vereceği umudunun olması halinde, taraflara yeniden sulh teklif edebilmektedir.⁷⁴⁶

Ayrıca hakim, tarafları sulhe yönlendirirken, uzmanların yardımına başvurabilmektedir. Şöyle ki; aile mahkemelerinde görevli olan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan oluşan uzmanlar, eşler arasındaki uyuşmazlık nedenleri hakkında araştırma ve inceleme yapabilir ve sonucunu hakime bildirerek, tarafların sulh olmasına yardım edebilmektedir.⁷⁴⁷

Ülkemizde, dünyadaki örneklerinden yola çıkılarak, 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu”, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi ile birlikte Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Avrupa Federal Kanunu ve Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun hazırladığı Milletlerarası Ticari Arabuluculuğa ilişkin model kanun esas alınarak hazırlanmış ve 7.06.2012 tarihinde kabul edilerek, 22.06.2012 tarihinde, Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bunun yanı sıra, 26.01.2013 tarihinde, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliği” ve Mart 2013’te “Arabulucular İçin Model Etik ve Uygulama Kuralları” kabul edilerek yürürlüğe girmiş, ayrıca HMK ve Avukatlık Kanunu’nda arabuluculukla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Türkiye’de Hukuk Uyuşmazlıklarının, Arabuluculuk Kanunu ile çözümüne ilişkin düzenlemelerin kabulü ile; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda 07.06.2012 tarih ve 6325/35 madde ile; “ *...mahkeme, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*”

⁷⁴⁵ Tanrıver, “Arabuluculuk”, s. 173.

⁷⁴⁶ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.743.; Şıpka, “Arabuluculuk Tasarısı”, s. 167.

⁷⁴⁷ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 743.; Şıpka, “Arabuluculuk Tasarısı”, s. 167.

demekle ön inceleme duruşmasında hakimin tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi yönünde kanun maddesinde değişiklik yapılmıştır.

Yukarıda anlatılan; hakim tarafından tarafların sulhe teşviki yoluyla aile uyuşmazlıkların çözümü yanında, HUAK kapsamında, arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin kanunla düzenlenerek, aile hukukuna giren alanlarda uygulanmasının bazı sınırlamalarla mümkün kılınması, aile hukuku uyuşmazlıklarının mahkeme dışında anlaşma ile çözümlenmesinin, devam eden aile ilişkilerindeki önemi vurgulanmış olmaktadır.

Nitekim, aile uyuşmazlıklarının, toplum, taraflar ve özellikle çocuklar üzerindeki sosyal ve psikolojik etkileri, bu uyuşmazlıkların özellikle dostane bir şekilde çözümünü gerekli kılmaktadır. Aile uyuşmazlıkları, süreklilik gösteren, müşterek çocukların bulunması halinde ise çocukların yetiştirilmesi için daima kişisel ilişkilerin devamının sağlanması gereken uyuşmazlıklardır. Ayrıca boşanma ile zaten ruh sağlığı ve gelişimi etkilenen çocuğun uzun süren çekişmeli boşanma davaları süreciyle daha da olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Tarafların içinde buldukları duygu durumları nedeniyle objektif ve rasyonel kararlar alıp, ortak yararlarını gözetecek bir uzlaşma noktasına yardımsız olarak varabilmeleri de oldukça güçtür.⁷⁴⁸

Diğer taraftan, özel hukuk uyuşmazlıklarında, mahkeme dışı unsurlar ve dava sırasında delil, tespit ve bilirkişi görüşü alınma süreçleri oldukça uzun zaman almakta, devlet bürokrasisi içerisinde, bazen nüfus bilgisinin dahi edinilmesi oldukça uzun sürmektedir. Ülkemizde orta ölçekte bir yargılamanın iki yıla kadar sürdüğü değerlendirildiğinde hakimlerin önündeki dosya yığınları, davalara yeterli zamanın ayrılamamasına ve sonucunda taraf iradelerinin yeterince ortaya konulamamasına neden olmaktadır.⁷⁴⁹

Ayrıca aile hayatının gizliliği ve mahremiyeti, Anayasamızın m. 20'sinde; *"herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* hükmüyle korunmaktadır. Aleniyet ilkesinin genel olarak kabul edildiği dava yoluyla, bu gizliliğin korunmasının yetersiz kaldığı

⁷⁴⁸ Sunay İl, Aile Arabuluculuğu, 20.cilt, 1.sayı, Toplum ve Sosyal Hizmet, Ankara, 2009, s. 23,24.

⁷⁴⁹ Mutlu, s. 2147, 2148.

düşünüldüğünde, arabuluculuğun gizliliğe verdiği önem itibariyle, arabuluculuğun aile hayatının gizliliğini ve mahremiyetini daha etkili biçimde koruyacağı tartışmasızdır.⁷⁵⁰

Sonuç olarak, arabuluculuk, taraflar arasındaki iyi ilişkilerin korunması, gizlilik ihtiyacı, karmaşık sorunlara çözüm bulunabilme imkanı sağlaması, tarafların görüşleri arasındaki köklü ayrılıkların giderilmesi ve nihayet bir mahkeme hükmünün doğuracağı sakıncalardan kaçınılması gibi nedenlerle de, aile hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde tercih edilmektedir.⁷⁵¹

Dünyada, Aile hukukunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri oldukça başarıyla uygulanmaktadır. Almanya’da ayrılık ve boşanma sürecine giren eşlerin arabuluculuk merkezlerine yönlendirilmesini öngören ve özel kuruluşlarca yürütülen merkezler bulunmaktadır. Bu pilot merkezlerde taraflar, bir ayrılık veya boşanma anlaşması üzerine müzakere etmektedirler. Daha sonra aile mahkemesindeki duruşmaya katılan taraflar, müzakere sonucu edindikleri anlaşmayı aile mahkemesinin yargılaması esnasında hukuken bağlayıcı etkiye sahip bir anlaşma olarak tescil ettirmektedirler. Bu şekilde boşanan eşlere tanınan bu uzlaşma imkanı sayesinde, çekişmesiz yargı işlerinde ilgililerin mahkeme önünde uzlaşmaları teşvik edildiği gibi, uzlaşmaların mahkemenin kontrolünde olması da sağlanmış olmaktadır.⁷⁵²

Aile Arabuluculuğunun yaygın olarak kullanıldığı bir diğer ülke olan Amerika Birleşik Devletlerinde; Teksas eyaleti Alternatif Uyuşmazlık Kanunu’na göre; aile ve çocuk ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar gözetilerek, vesayet, velayet ve nafakaya ilişkin konuları da kapsayacak şekilde bu uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümü özendirilmektedir.⁷⁵³

21 Ocak 1998 tarihinde kabul edilen Avrupa Birliği Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğuna ilişkin Rec 98(1) sayılı tavsiyesi, özellikle ayrılık ve boşanmayla sonuçlanmış olan birçok aile içi uyuşmazlığın, aileler için zarar verici sonuçlarına değinerek, üye devletlerin aile arabuluculuğu yoluna başvurmalarını ya da durumun gerektirdiği hallerde var olan arabuluculuk uygulamalarının kullanılmasını tavsiye etmiştir. Aynı tavsiyenin 7.

⁷⁵⁰ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 755.

⁷⁵¹ Şıpka, “ Arabuluculuk Tasarısı”, s. 165.

⁷⁵² Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.746.

⁷⁵³ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.746, 747.

fıkrasında aile arabuluculuğuna başvurunun; “*aile bireyleri arasındaki ilişkiyi daha iyi hale getirebileceği, ebeveynler ve çocuklar arasındaki ilişkinin sürekliliğini sağlayabileceğini, taraflar ve devletin kendisi için boşanma ve ayrılıktan kaynaklanan sosyal ve mali giderleri azaltabileceği*” hükmüne yer vermiştir.⁷⁵⁴

HUAK'ta yapılan düzenleme ile de aile hukuku alanına giren uyuşmazlıkların belirli sınırlarla arabuluculuk yönteminin uygulanmasına uygun olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un genel gerekçesinde; devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine vurgu yapılarak, alternatif çözüm yöntemlerinin yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı ve yargı yoluna başvurma imkanını ortadan kaldırılmadığının altı çizilmektedir. Bu sebeple arabuluculuğun uygulanabileceği uyuşmazlık alanı daraltılmıştır.

HUAK'ın 1. Maddesinin II. fıkrasında ve madde gerekçesinde belirtildiği üzere; arabuluculuk, kamu hukuku alanına girmeyen, yabancılık unsuru içeren davalar da dahil olmak üzere, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanabileceği öngörülmüştür. Ayrıca arabuluculuğun, aile içi şiddet iddiasını içeren, aile hukuku uyuşmazlıklarında ve 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi halinde hukuk davalarında, uygulanamayacağını da altı çizilmiştir.

Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve bu sebeple tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelerine olanak bulunmayan hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk kurumuna başvurma imkanı bulunmamaktadır.⁷⁵⁵ Madde gerekçesinde; tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konulardan söz edilirken; “*sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları*” ifadesi kullanılmaktadır.⁷⁵⁶

Öyle ise bu maddeden ilk anlaşılması gereken; aile hukuku uyuşmazlıklarının HUAK kapsamında arabuluculuk yoluyla çözümüne imkan tanınmış olduğudur. İkinci çıkarım ise; idari veya cezai uyuşmazlıklarda söz konusu kanun hükümlerine dayanılmasının söz konusu

⁷⁵⁴ Mustafa Serdar Özbek, “Aile Arabuluculuğu”, 7.cilt, İzmir, DEÜHFD, 2005, s. 71-102.

⁷⁵⁵ Ersen Perçin, s. 195.

⁷⁵⁶ Kekeç, s. 96.

olamayacağı, ayrıca hukuki uyumsuzlıklardan da sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyumsuzlıklarında arabuluculuğun uygulama alanı bulabileceğidir.

Ancak Aile Hukuku kapsamına giren uyumsuzlıkların büyük ölçüde kamu düzenine ilişkin olması, dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler arasında yer almaması dolayısıyla aile hukukunda arabuluculuk uygulamaları oldukça sınırlı tutulmuştur.

Çalışmamızda, boşanma olgusu değerlendirilirken üzerinde durulduğu üzere; anlaşmalı boşanma davalarının arabuluculuk faaliyeti alanına girmediğinin tespiti kolaylıkla yapılabilmektedir. Zira anlaşmalı boşanma; tarafların iradelerine bırakılamayacak, hakimin ancak tarafların serbestçe iradelerini açıkladıklarını yine tarafları bizzat dinleyerek kanaat getirmesi ile mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu anlaşmalı boşanma davalarında, her ne kadar tarafların anlaşma protokolünü serbestçe düzenlemelerinin yolunu açmış olsa da tarafların yapmış oldukları bu anlaşmaya istinaden tarafların boşanmaları; hakimin bu anlaşmayı onaylama şartına bağlı tutulmaktadır. O halde boşanma davalarında arabuluculuk yolu tamamen kapatılmış durumdadır.

Çalışmamızın ikinci bölümü, HUAK'ın çizdiği sınır çerçevesinde, boşanmanın hukuki sonuçlarının değerlendirmesini içermektedir. TMK'da sayılı sebeplerin ortaya çıkması ile evlilik birliğinin sona erme sebeplerinden biri olan boşanma olgusunun, sebepleri ve sonuçları üzerinde durulmuştur. Boşanmanın asli sonuçları, kendiliğinden hüküm doğuran, kamu düzenine ilişkin konulardır. Boşanmanın ferî sonuçlarında ise, bir kısım sonuçlar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerini kullanabilecekleri, bir kısmı ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etme yetkileri bulunmayan, kamu düzenini ilgilendiren sonuçlardır.

Çalışmamızda bu ayrımlar üzerinde durularak, boşanmanın eşlerle ilgili mali ve ferî sonuçlarından olan; yoksulluk nafakası, mal rejiminin tasfiyesi, maddi ve manevi tazminat konuları, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlar olduğundan arabuluculuk faaliyeti kapsamında çözüme ulaştırılabilecek konular arasında yer almaktadırlar. Zira Türk Medeni Usul Hukuku uyarınca bu davaların, davayı kabul, davadan feragat ve sulh gibi taraf işlemleri ile sonlandırılması mümkündür.

Sulh, kabul ve feragat; tarafların karşılıklı irade beyanları ile oluşan ve aralarındaki uyuşmazlığı çözümledikleri bir sözleşmedir. Şarta bağlı olmayan bir sulh anlaşmasıyla sonuçlanan bir davada, hakim tarafların isteği üzerine anlaşmayı mahkeme kararına geçirerek ona kesin anlamda kesin hüküm niteliği kazandırabilmektedir. Bu şekilde tarafların iradeleriyle gerçekleştirdikleri çözüm, mahkeme ilamı haline gelerek kesin hüküm niteliği kazanabilmektedir. Bu noktadan bakıldığında sulhe, kabule ve feragate tabi olarak çözülebilen; yoksulluk nafakası davaları, mal tasfiyesine ilişkin davalar ve maddi manevi tazminat davaları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup HUAK uyarınca arabuluculuk ile çözülmesi mümkün konulardan görülmektedir.

Boşanmanın asli neticelerinden olan ve eşlerle, çocuklarla ilgili kişisel durumları ilgilendiren sonuçlarından; evlilik birliğinin sona ermesi, yeniden evlenme imkanının doğması, kişisel durumların değişmesi ve korunması (soyadı), kadın hakkında bekleme süresi, alacaklar açısından zamanaşımının işlemeye başlaması, mirasçılık sıfatının kaybedilmesi ve eşlerle ilgili kişisel sonuçlar açısından; ölüme bağlı tasarrufların geçersiz hale gelmesi, boşanmanın çocuklarla ilgili sonuçlarından; velayet, kişisel ilişkilerin tesisi, iştirak nafakasının belirlenmesi hususlarında, hakimin bu sonuçları resen düzenlemesi gerekliliği bu konuların kamu düzeni esasına dayandığını göstermekte ve taraflara bu hak ve yükümlülüklerde serbestçe tasarruf etme yetkisi tanımamaktadır. Boşanmanın çocuklar üzerindeki sonuçlarında, “çocuğun yüksek yararı” özellikle gözetilmekte olduğundan, kamu düzenini ilgilendiren bu hususlarda, HUAK kapsamında arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinin mevcut düzenlemeye göre, söz konusu olamayacağı kanaatindeyim.

Zira çocuğun velayetinin ana babadan hangi tarafa bırakılacağı, kişisel ilişkilerin tesisinde velayeti kendisine bırakılmayan tarafın çocukla kişisel ilişki tesisinin sağlanmasına ilişkin tarafların yapacakları anlaşmalar, ancak hakimin onaylaması şartına bağlı tutulan anlaşmalardır.

HUAK uyarınca getirilen diğer bir sınırlama ise; aile içi şiddet iddialarını içeren uyuşmazlıklardır. HUAK m. 1/II’de açıkça düzenlendiği üzere, aile içi şiddet iddiasını içeren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, arabuluculuk yolu ile uyuşmazlığın çözümü öngörülmemektedir. Dolayısıyla, kocası tarafından işlenen kasten yaralama suçunun mağduru olan kadın, özel hukuka ilişkin maddi-manevi tazminat taleplerini arabuluculuk yoluyla çözümü yoluna başvuramayacaktır. Kanun koyucu burada, zaten baskıya maruz kalmış bir

eşin arabulucu seçimi ve sürecin devamında da baskıya maruz kalabileceğini, özel hukuka ilişkin taleplerini arabulucu vasıtasıyla özgür iradesi ile dile getiremeyeceğini öngörmektedir.⁷⁵⁷

Özbek'e göre; aile içi şiddet iddiasını içeren aile uyuşmazlıklarında HUAK kapsamında arabuluculuk yolunun kapatılması isabetli olmamıştır. Yazar'a göre doğru olan; *“aile içi şiddet iddiasının ağırlığı ve sürekliliğinin değerlendirilerek, her somut olayın özelliğine göre, tarafların talep ve ihtiyaçları doğrultusunda karar verilmesidir”*. Ayrıca 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunda ve buna paralel olarak HUAK'ta yapılacak değişikliklerle, şiddete uğrayan kadınların, çocukların ve aile bireylerinin korunması, bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi için alınacak tedbirlerin aile arabuluculuğu programlarıyla bütünleştirilmesi sağlanmalı ve şiddet önleme ve izleme merkezlerinin vereceği destek hizmetleri arasına aile arabuluculuğunun da katılması gerektiği düşüncesidir.⁷⁵⁸

Sonuç olarak, diyebiliriz ki boşanma davalarının hukuki sonuçlarının arabuluculuk kanunu kapsamında arabuluculuğa uygunluğunun tespiti yapılırken ayrıca konunun aile içi şiddet içerip içermediğinin de mutlaka gözetilmesi gerekmektedir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun'da, Aile hukuku alanında kalan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümlenmesinde usule ilişkin de bir istisna getirmiş bulunmaktadır. Buna göre; HUAK m. 18/3; “Tarafların Anlaşması” başlıklı kısmında; *“... ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır.”* hükmüne yer vermektedir. Dolayısıyla HUAK aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda incelemenin duruşmalı olarak yapılması istisnasını getirerek, hakime, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını denetimini yapma yetkisi tanımaktadır.

Boşanma arabuluculuğunun temel amacı tek bir tarafın isteklerinin karşılandığı, diğer tarafın kaybettiği (Kazan-Kaybet) bir sonuca ulaşmak yerine, iki tarafın da gerçek ihtiyaçlarının karşılandığı ve iki tarafın da kazandığı (Kazan-Kazan) ortak sonucuna

⁷⁵⁷ Barut, s. 85.

⁷⁵⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s.1026 vd.

ulaşmaktır. Taraflardan yalnızca birinin kazanması diğer tarafta öfke ve hayal kırıklığına yol açmaktadır. Özellikle tarafların ortak çocuğunun bulunması durumunda her iki taraf da birbiri ile kişisel ilişkiyi sürdürmek zorundadır ve maalesef çocuklar tarafların öfkesinin bir silahı haline dönüşmektedir. En nihayetinde anne babalar sadece birbirlerinden boşanmaktadır, bu nedenle tarafların iletişiminin devam etmesi son derece büyük önem taşımaktadır.

Ancak, arabuluculuğun taraflar arasındaki asıl uyuşmazlığı çözmeye odaklanan medeni yapısı ve taraflar arasındaki iletişimi yapılandırmak suretiyle uyuşmazlığın sonlandırılarak, tarafların arasındaki kişisel ilişkilerin devamının sağlanmasına hizmet ettiği düşünüldüğünde, dünyadaki uygulamalardan da yola çıkılarak, boşanma davalarının, hukuki sonuçlarında daha geniş bir perspektifte arabuluculuğun uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Zira, velayet, çocukla kişisel ilişkilerin kurulması ve boşanma davalarında, Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya başta olmak üzere birçok ülkede aile arabuluculuğu uygulamalarına, kanunlarında yer verildiği görülmektedir.

Bu nedenle, arabuluculuğun, boşanma davalarında uygulama alanı bulmaması kanaatimce isabetli olmamıştır. Zira arabuluculuğun taraflara büyük yararlar sağlayacağı tartışmasızdır. Boşanma sürecinde taraflar hırslı ve öfkeli oldukları için kişisel ve ekonomik sebeplerle diğerine zarar vermek pahasına hareket edebilirler. Arabuluculuk; bu yoğun duygulanımlardan uzaklaşarak, çocukların bakımı, desteklenmesi, mal paylaşımı konularının tartışılarak uzlaşmaya varılmasını kolaylaştıracaktır. Böylece yargılama faaliyetinde uyuşmazlıkların kesilip atılması yerine asıl uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ile kişisel ilişkilerin devamının, çocukların huzur ortamında büyümesinin ve nihayetinde toplum barışının sağlanması amacına hizmet edeceği kanaatindeyim.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (98) 1 sayılı tavsiye kararında, özellikle ayrılık ve boşanma sürecinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili sistemler düzenlenmektedir. Söz konusu tavsiye kararı, aile arabuluculuğunun ayrı bir şekilde düzenlenmediği ülkemiz açısından da önem taşımaktadır. Tavsiye kararının amacı doğrultusunda aile uyuşmazlıklarının yapısı ve etkisi üzerinde yapılan araştırmalar, süreklilik arz eden anlaşmazlıkların, aile birlikteliğine zarar verdiğini ve özellikle ayrılık ve boşanma sürecinde, güçlü duygusal baskı altında olan çocuklar açısından büyük sakıncalar yarattığını ortaya çıkarmıştır. Avrupa, Kuzey Amerika, Avustralya ve Yeni Zelanda'da yapılan

araştırmalar da aile arabuluculuğunun aile sorunlarının çözümünde, şekli yargısal yollara nazaran daha etkili olduğunu ortaya koymuştur.

Nitekim, boşanan eşler arasında yapılan arabuluculuk anlaşmaları ilişkilerin sürdürülmesinde daha etkilidir. Ayrıca tarafların, çocukla kişisel ilişki kurulması ve velayetin düzenlenmesi hususlarında, karşılıklı anlaşma ile verdikleri ortak kararlarına, daha fazla uydukları görölmektedir. Bu durum, çocukların menfaatinin korunma ihtimalini daha da yükseltmektedir. Tüm araştırmalar ışığında, ayrılık ve boşanma davaları ile zarar gören ailelerdeki anlaşmazlıkların azaltılmasının ve iletişimin iyileştirilmesinin, sosyal, psikolojik, fiziksel ve zihinsel sağlığın iyileştirilmesinde faydalı olduğu genel olarak kabul edilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (98) 1 sayılı bu tavsiye kararı doğrultusunda ölkemizde de; aile uyuşmazlıklarının gerek mahkeme yönetimli arabuluculuk, gerek yargı dışı arabuluculuk yoluyla çözümü, arabuluculuğun işleyiş usulü ve arabulucularda aranacak nitelikler ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Öncelikle arabuluculara aile arabuluculuğunun işleyişi ve özellikleri hakkında eğitim verildikten sonra, aile mahkemelerinde aile arabuluculuğuna ilişkin deneme programları uygulanarak, aile arabuluculuğunun işleyişi ve uygulanması sağlanmalı ve arabuluculuk topluma tanıtılmalı, aile arabuluculuğu yabancılik unsuru taşıyan aile uyuşmazlıklarının çözümünde geliştirilmelidir.⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, s. 99.

KAYNAKÇA

- Acabey, M. B., Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1998.
- Acar, F., Aile Hukukunda Mal Rejimleri ve Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Akintürk, T./ Ateş Karaman, D., Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 2. cilt, 15. bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Akyüz, E., Çocuk Hukuku, 2.bası, Pagem Yayınevi, Ankara 2012.
- Akyüz, E., Çocukların Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, 2. bası, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara 2000 (Çocuk Güvenliği).
- Akyüz, E., Medeni Kanuna Göre Müşterek Hayatın Tatili, Ayrılık ve Boşanmada Çocuğun Korunması, AÜEBFD Yayınları, Ankara 1983 (Çocuğun Korunması).
- Anil, Y. Ş., Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması-Geçimsizlik, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Ayan, S., Evlilik Birliğinin Korunması, 58. cilt, 1. bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.
- Barut, A., “Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabulucunun Faaliyet Sınırının Belirlenmesi”, 88.cilt, 1.sayı, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2014, s. 81-88.
- Çelikel, S., Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Çetiner Baktır, S., Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Ceylan, E., Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul 2006.
- Demir, Ş., Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 2.bası, Adalet Yayınları, Ankara 2014.
- Dinç, H./ Bıçkın, İ./ Aycı, E., Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- Dokur, M./ Yael P., Aile ve Çift Terapisi, Morpa Yayınevi, İstanbul 2006.
- Dural, M./ Öğüz, T./ Gümüş, M. A., Türk Özel Hukuku-Aile Hukuku 3.cilt, 7. bası, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul 2013.
- Ersen Perçin, G., “Alternatif Uyuşmazlık Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri”, MHB, 31.yıl, 2.sayı, İstanbul 2011, s. 177-201.
- Feyzioğlu, N. F., Aile Hukuku, 3. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986.
- Gençcan, Ö. U., Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınları, 2006 Ankara (Boşanma).

- Gençcan, Ömer Uğur, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008 (Tazminat).
- Gençcan, Ö. U., Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2002 (Mal Rejimi).
- Gönenç, F. İ., Roma Hukukunda Kadın, Onikilevha Yayınevi, İstanbul 2010.
- Grassinger, G. E., Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Hatemi, H./ Kalkan Oğuztürk, B., Aile Hukuku, 2. bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Hatemi, H./ Serozan, R., Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Helvacı, S./ Erlüle F., Medeni Hukuk, Arıkan Yayıncılık, İstanbul 2007.
- İl, S., Aile Arabuluculuğu, 20.cilt, 1.sayı, Toplum ve Sosyal Hizmet, Ankara 2009.
- Ildır, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.
- İnal, N., Boşanma, Nafaka, Eşya, Nişanlanma Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 1998.
- Işıқтаç, Y., Hukuk Sosyolojisi, 1. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Kaçak, N., Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.
- Karagülmez, A./ Ural, S. S., Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2.bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Keçer, S., Arabuluculuk; Psikoloji ve Hukuk Açısından Bir Değerlendirme, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yüksek Lisans Bitirme Projesi, İstanbul 2013.
- Kekeç, E. K., Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlıkların Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Kılıçoğlu, A. M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003 (Borçlar Hukuku).
- Kılıçoğlu, A. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011 (Katılma Rejimi).
- Kite, D., “21. YY’da Arabuluculuk – Mediasyon”, Kayseri Ticaret Odası, Kayseri 2007, s. 41-52.
- Koçhisarlıoğlu, C., Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Köprülü, B./ Kaneti, S., Aile Hukuku, 2. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- Köseoğlu, B./ Kocaağa, K., Aile Hukuku ve Uygulaması, Ekin Kitabevi, 2. bası, Bursa 2011.
- Kuru, B., İcra İflas Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006,

- Kuru, B., “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, İstanbul 2010/2, s. 237-246.
- Mccorkle, S., “The murky world of mediation ethics: Neutrality, impartiality, and conflict of interest in state codes of conduct”, Conflict Resolution Quarterly, Sayı 23, 2. bası, Idaho 2005, s. 165–183.
- Moroğlu, N., Kadının Soyadı, Beta Yayınları, İstanbul 1999 (Kadının Soyadı)
- Moroğlu, N., Medeni Kanunda Mal Rejimleri, İstanbul 2002 (Mal Rejimleri).
- Mutlu, E. İ., “Arabuluculuk Yasa Tasarısı Üzerine Kavramsal Bir Değerlendirme”, 81.cilt, 5.sayı, İstanbul Barosu Dergisi, İstanbul 2007, s. 2140-2150.
- Oğuzman, M. K./ Dural, M., Aile Hukuku, 3. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- Özbay, İ., “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, 10.cilt, 3-4.sayı, EÜHFD, Erzincan 2006, s.461-475.
- Özbek, M. S., “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış”, 1.cilt, Özel Hukuk, GSÜHFD, Prof Erdem Kuntalp’e Armağan, İstanbul 2004, s. 261-292 (Çözüm Yollarına Genel Bir Bakış).
- Özbek, M. S., “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?”, Ankara Barosu Dergisi, yıl: 56, 2. sayı, Ankara 1999, s. 187-204 (Alternatif Uyuşmazlık).
- Özbek, M. S., “Anayasal Hak ve Hürriyetler ile Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı IX, Arabuluculuk, Ankara, 2010, Bildiri Metni, Ankara 2012 s.107-154 (Arabuluculuk).
- Özbek, M. S., “Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, TBBD Yayınları, Ankara 2007/68, s. 265-320 (Avrupa Birliği).
- Özbek, M. S., “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, 7.cilt, DEÜHFD, İzmir 2005, s. 71-102 (Aile Arabuluculuğu).
- Özbek, M. S., “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2009, s. 441-502 (Arabuluculuk İlkeleri).
- Özbek, M. S., “Avukatlık Kanunu 35/a maddesine göre Arabuluculuk”, Ankara Barosu Dergisi, 3.sayı, Ankara 2001, s. 113-139 (Avukatlık Kanunu).
- Özbek, M. S., “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, 51.cilt, AÜHFD, Ankara 2002, s.121-162 (Gelişmeler).
- Özbek, M. S., “Sosyal Devletin Gereği, Adalete Erişim”, Legal Medeni Usul, İcra ve İflas Hukuku Dergisi, İstanbul 2006/2, s. 907-927 (Adalete Erişim).

- Özbek, M. S., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3.bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013 (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü).
- Özmen, R., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Öztan, B., Aile Hukuku, 3. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000 (2000).
- Öztan, B., Aile Hukuku, 5. bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2004 (2004).
- Öztan, B., Medeni Hukukun Temel Kavramları, 11. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2003 (Medeni Hukuk).
- Öztek, S., “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına İlişkin Görüş ve Öneriler, Arabuluculuk Yasa Tasarısı - Eleştiri ve Öneriler”, Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Dergisi Yayınları, İstanbul 2008, s. 17-34.
- Özüğür, A. İ., Nafaka Hukuku, 4. bası, Legal Yayınevi, İstanbul 2007.
- Pekcanitez, H./ Atalay, O./ Özekes, M., Medeni Usul Hukuku, 12. bası, Ankara 2011.
- Pekcanitez, H., “Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı VI Tebliği”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, İzmir 2007, s.247-265.
- Pirie, A. J., Alternative Dispute Resolution: Skills, Science and The Law, Irwin Law Inc., Toronto 2000, s.192-211.
- Polat, M., Milletler Arası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Ruhi, A. C., Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Serozan, R., Çocuk Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Şahin Ceylan, Ş., Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2009.
- Şıpka, Ş., “Boşanma Çatışmaları ve Boşanmada Kusur İlkesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı, İstanbul 2007 (Boşanma Çatışmaları).
- Şıpka, Ş., “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi” 6.yıl, 12.sayı, İTÜSBD, İstanbul, 2007 (Arabuluculuk Tasarısı).
- Şıpka, Ş., “Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenen Düzenlemeler Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul 1995, s.353-364 (Düşünceler).
- Tanrıver, S., “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, 64.sayı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2006, s. 151-177 (Arabuluculuk).

- Tanrıver, S., “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdiklerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 637-656 (Değerlendirmeler).
- Taşpolat Tuğsavul, M., Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Tutumlu, M. A., Yeni Türk Medeni Kanununa göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.
- Uyar, T., Türk Medeni Kanunu, Gerekçeli-İçtihatlı Aile Hukuku, 2.-3. cilt, Feryal Matbaacılık, Ankara 2002.
- Velidedeoğlu, H. V., Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, 2. cilt, 5. bası, , Nurgök Matbaacılık, İstanbul 1965.
- Yakut, B., “Arabuluculuğun Kanunla Düzenlenmesi Bakımından Amerika Birleşik Devletleri Örneği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1.sayı, Ankara 2010, s.31-79.
- Yalçınkaya, N./ Kaleli, Ş., Yeni Boşanma Hukuku, 2. cilt, Türkmen Kitabevi, İstanbul 1988.
- Yazıcı Tıktık, Ç., Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Yılmaz, E., “Çocuk Hakları Açısından: Çocuğun Davada Temsilinin ve İradesinin Önemi”, DEÜFHD, 11.cilt, Özel Sayı, İzmir 2009, s. 819-841.
- Zevkliler, A./ Acabey, M. B./ Gökyayla, K.E., Medeni Hukuk-Giriş Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku - Aile Hukuku, 6. bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.
- Zeytin, Z./ Ergün, Ö., Türk Medeni Hukuku, 2. bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

İnternet Kaynakları

- <http://www.kgm.adalet.gov.tr>
- <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/huakt.htm>
- <http://www.tdk.gov.tr/>
- wikipedia çevirimiçi
- www.kazanci.com
- www.arabulucu.com
- www.ailehukuku.org
- www.tdk.gov.tr

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI : Beyhan KAPLAN GÜLER
Doğum Tarihi ve Yeri : 25.03.1983 – Korkuteli / Antalya
Medeni Durumu : Evli

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Metin-Nuran Çakallıklı Anadolu Lisesi, Antalya, 2001
Lisans Diploması : Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü,
İstanbul, 2006
Yüksek Lisans Diploması : Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk
Ana Bilim Dalı, Antalya, 2014
Tez Konusu : Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk
Yabancı Dil / Diller : İngilizce, Almanca

İş Denevimi

Stajlar : Avukatlık Stajı (2006)
Proje : Viadrina University, Viadrina Oder, Almanya (Erasmus)
Çalıştığı Kurum : Kaplan&Güler Avukatlık Bürosu (2008)
E-Posta : av.beyhankaplan@gmail.com