

**AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN
“AİLE ARABULUCULUĞU” KONULU TAVSİYE KARARI**

*Dr. Mustafa ÖZBEK**

GİRİŞ

Avrupa Konseyi bünyesinde aile arabuluculuğu üzerinde yapılan çalışmalar, son on yıldır yoğun bir şekilde devam etmektedir. İspanya’da (Cadiz) 20-22 Nisan 1995 tarihlerinde gerçekleştirilen “Gelecekte Aile Hukuku” konulu Üçüncü Avrupa Konferansında Avrupa Konseyine, bu konferansın sonuçları ışığında, aile uyuşmazlıklarını çözmek için aile arabuluculuğu (*family mediation*) ve diğer usuller üzerinde araştırma yaparak, aile uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan arabuluculuk (uzlaştırma) ve diğer usullerle ilgili ilkeleri içeren milletlerarası bir belge hazırlaması tavsiye edilmiştir.

Bu tavsiyenin ardından, Avrupa Hukukî İşbirliği Komitesinin (*European Committee on Legal Co-operation*) verdiği yetkiyle çalışmaya başlayan Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi (*Committee of Experts on Family Law*), aile uyuşmazlıklarını çözmek için başvurulmuş arabuluculuk ve diğer usullerle ilgili bir rapor hazırlamak ve mümkün olduğu takdirde, bu alanda milletlerarası bir belge hazırlanmasına yönelik olarak Avrupa Hukukî İşbirliği Komitesine önerilerde bulunmakla görevlendirilmiştir. Uzmanlar Komitesi bu çalışmaları yapmak üzere, “Aile Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk ve Diğer Usuller Hakkında Çalışma Grubu”nu kurmuştur.

Çalışma Grubu, Uzmanlar Komitesinden aldığı yetkiyle çalışmalara başlamış ve aile arabuluculuğu hakkında bir tavsiye kararı taslağının önerildiği üç toplantı düzenlenmiştir. Uzmanlar Komitesi 30’uncu toplantısında, tavsiye kararı taslağının üzerindeki çalışmasını tamamlamış ve bu taslak metin, Avrupa Hukukî İşbirliği Komitesince gözden geçirildikten sonra, 21

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Ocak 1998 tarihinde R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı olarak Bakanlar Komitesince kabul edilmiştir¹.

Bu tavsiye kararının kabulünden sonra, aile arabuluculuğuyla ilgili çalışmalar sürmüştür. 1-2 Ekim 1998 tarihlerinde Strasbourg'da gerçekleştirilen "Avrupa'da Aile Arabuluculuğu" konulu konferansın sonuç bölümünde, aile arabuluculuğunun geliştirilmesi, aile arabulucularının eğitimine hız verilmesi, Avrupa Konseyine üye olan Devletlerde aile uyuşmazlıklarının sayısını azaltmak için aile hukuku çalışmalarına devam edilmesi ve yalnız aile hukukunda değil; fakat, özel hukukun tamamında arabuluculuğun (uzlaştırmanın) geliştirilmesi önerilmiştir².

Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu hakkındaki R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararının amacı, bütün aile üyelerinin menfaatlerini koyacak şekilde anlaşmazlıkları azaltarak, aile uyuşmazlıklarını karşılıklı anlaşmaya dayalı bir süreçte çözmeyi amaçlayan aile arabuluculuğunun, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde kabulü, uygulanması, yaygınlaştırılması ve geliştirilmesidir. Söz konusu Tavsiye Kararı, aile arabuluculuğunun henüz uygulanmadığı ülkemiz açısından da önem taşımaktadır. Bu çalışmada, öncelikle Tavsiye Kararının tercümesine yer verilecek; daha sonra, Tavsiye Kararının ekindeki rapor esas alınarak aile arabuluculuğunun temel ilkeleri incelenecektir.

§ 1. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 21 Ocak 1998 tarihinde, Bakan Vekillerinin 616'ncı toplantısında kabul ettiği R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı şu şekildedir:

"1. Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Yasasının 15.b maddesi uyarınca,

2. Aile uyuşmazlıklarının ve bu uyuşmazlıklardan özellikle, boşanma ve ayrılıkla sonuçlananların sayısındaki artışı kabul ederek ve aile anlaşmazlıklarının zararlı sonuçlarına ve devlet için doğurduğu yüksek sosyal ve ekonomik maliyetine işaret ederek;

¹ Council of Europe, *Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum*, Strasbourg 1998, s.5.

² Council of Europe, *Family Mediation in Europe, Proceedings, 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998*, Germany 2000, s.121.

3. Milletlerarası belgelerde güvence altına alındığı gibi, çocukların menfaatlerini ve refahını en iyi şekilde korumanın gerekliliğini dikkate alarak ve ayrılık veya boşanmanın sonucunda, çocukların velayeti ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili sorunları göz önünde tutarak;

4. Uyuşmazlıkları, anlaşmaya dayalı bir şekilde çözen yolların gelişimini dikkate alarak ve bütün aile üyelerinin menfaati için, anlaşmazlıkları azaltmanın gerekli olduğunu kabul ederek;

5. Aile uyuşmazlıklarının başlıca karakteristik özelliklerini (aşağıdaki şekilde) açıklayarak:

- Aile uyuşmazlıkları tanım olarak, birbirine bağlı olacak ve süreklilik arzeden ilişkiler içinde bulunacak kişilerin taraf olduğu uyuşmazlıklardır;
- Aile uyuşmazlıkları, üzüntü verici ve sıkıntıları artırıcı şartlarda ortaya çıkar;
- Ayrılık ve boşanma, çocuklar başta olmak üzere ailenin bütün üyeleri üzerinde etkilidir.

6. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesini ve özellikle bu sözleşmenin, çocukları etkileyen uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk ve diğer usullerle ilgili olan 13'üncü maddesine işaret ederek;

7. Birkaç ülkede, bu alanda arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin olarak yapılan ve aile arabuluculuğunun aşağıdaki konularda etkili olduğunu gösteren araştırmaların sonuçlarını dikkate alarak:

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

8. Aile ilişkilerinin giderek daha çok milletlerarası boyut kazanmasını ve bu olguyla bağlantılı olan çok özel sorunları vurgulayarak;

9. Bazı devletlerin, aile arabuluculuğunu kabul etmeyi düşündüğünün farkında olarak;

10. Tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun), taraflara, ihtilaflı konular üzerinde bizzat müzakere etmeleri ve kendi ortak anlaşmalarına varmaları için yardım ettiği bir usul olan aile arabuluculuğuna daha çok başvurulmasını sağlamanın gerekliliğine inanarak,

Üye ülkelerin hükümetlerine (şunları) tavsiye eder:

i. Aile arabuluculuğunu uygulamaya koymayı veya teşvik etmeyi ya da gerekiyorsa, mevcut aile arabuluculuğunu geliştirmeyi;

ii. Aile uyuşmazlıklarının uygun bir çözüm yolu olarak, aile arabuluculuğunun öneminin ve değerinin anlaşılması ve kullanılması için, aşağıda öngörülen ilkelerin yerleşmesi düşüncesiyle, gerekli gördükleri bütün tedbirleri almayı ya da güçlendirmeyi.

Aile Arabuluculuğunun İlkeleri:

I. Arabuluculuğun Uygulanma Alanı

a. Aile arabuluculuğu, ister kan hısımlılığıyla ister evlilikle ilgili olsun, aynı ailenin üyeleri arasındaki bütün uyuşmazlıklara ve ulusal hukuk tarafından tanımlandığı şekilde, aile ilişkileri içinde bir arada yaşayan veya yaşamış olan kişilere uygulanabilir.

b. Bununla beraber devletler, aile arabuluculuğuna tâbi özel konuları veya davaları belirlemede özgürdürler.

II. Arabuluculuğun Düzenlenmesi

a. Arabuluculuğa başvurulması, kural olarak zorunlu olmamalıdır.

b. Devletler, ister resmî kurumlar, ister özel kurumlar vasıtasıyla olsun, arabuluculuğu uygun gördükleri şekilde düzenleyebilir ve bu kurumların kontrolüne verebilirler.

c. Arabuluculuğun nasıl düzenlendiğine bakılmaksızın devletler:

- Arabulucuların seçimi, eğitimi ve nitelikleriyle ilgili usullerin;
- Arabulucular tarafından yerine getirilmesi ve korunması gereken standartların bulunmasını sağlayan uygun yöntemlerin varlığından emin olmalıdırlar.

III. Arabuluculuk Süreci

Devletler, arabuluculuk sürecinin aşağıdaki ilkelere göre yönetilmesine imkân tanıyan uygun yöntemleri temin etmelidirler:

- i. Arabulucu tarafsızdır;
- ii. Arabulucunun, arabuluculuk sürecinin sonucundan hiçbir menfaati yoktur;
- iii. Arabulucu, tarafların görüşlerine saygılıdır ve onların pazarlıktaki durumlarının eşit olmasını gözetir;
- iv. Arabulucu, tarafları belli bir çözüme uymaları için zorlama gücüne sahip değildir;
- v. Aile arabuluculuğunun işleyişi, gizliliği (mahremiyeti) korumalıdır;
- vi. Arabuluculuk görüşmeleri gizlidir ve (bu görüşmelerin içeriği) tarafların anlaşması veya ulusal hukukun izin verdiği davaların dışında sonradan kullanılamaz;
- vii. Arabulucu uygun hâllerde, tarafların evlilik danışmanına veya evlilik ya da aile sorunlarının çözümü için diğer danışmanlık biçimlerine başvurma imkânları hakkında taraflara bilgi vermelidir;
- viii. Arabulucu, çocukların refahı ve menfaatlerine özel bir ilgi göstermeli, aileleri, çocukların ihtiyaçları üzerinde yoğunlaşmaları için teşvik etmeli ve ailelere, çocuklarının refahıyla ilgili öncelikli sorumluluklarını, çocuklarını bilgilendirme ve çocuklarına danışma gerekliliğini hatırlatmalıdır.
- ix. Arabulucu, geçmişte şiddete başvurulup başvurulmadığına veya taraflar arasında gelecekte başvurulup başvurulamayacağına ve bunun, tarafların pazarlıktaki konumları üzerinde doğurabileceği etkilere özel ilgi göstermeli ve bu durumlarda arabuluculuk sürecinin uygun olup olmadığına dikkat etmelidir;
- x. Arabulucu, taraflara yasal konularda bilgi verebilir; ama hukukî tavsiye vermemelidir. Arabulucu uygun hâllerde, tarafları, bir avukata veya ilgili diğer bir uzmana danışma imkânları hakkında bilgilendirmelidir.

IV. Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmanın Durumu

Devletler, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların, tarafların talep etmesi hâlinde, yargısal bir merci veya diğer bir yetkili makam tarafından

onaylanmasını kolaylaştırmalı ve bu şekilde onaylanan anlaşmaların, ulusal hukuka göre cebri icra yoluyla yerine getirilmesini düzenleyen yöntemler oluşturmalıdırlar.

V. Mahkemeler ve Yetkili Makamlar Önündeki Davalarla Arabuluculuk Arasındaki İlişki

a. Devletler, arabuluculuğun bağımsızlığını (özerkliğini, autonomy) ve dava sürecinden önce, dava süreci esnasında veya dava sürecinden sonra gerçekleşebilme imkânını tanımalıdırlar.

b. Devletler, şu yöntemleri düzenlemelidirler:

i. Dava sürecinin, arabuluculuğa başvurulması için kesilebilmesi;

ii. Böyle bir durumda, yargısal merciin veya diğer bir yetkili makamın, tarafları veya onların çocuklarını ya da mallarını korumak için acil kararlar verme yetkisinin tanınması;

iii. Tarafların arabuluculuğa devam edip etmediğinin ve bir anlaşmaya varıp varmadığının yargısal mercilere veya yetkili makamlara bildirilmesi.

VI. Arabuluculuğun Tanıtılması ve Arabuluculuğa Erişim

a. Devletler, özellikle bu anlaşmaya dayalı uyuşmazlık çözüm yolu hakkında daha iyi bir anlayışın yerleşmesi için, kamuya bilgi veren programlar aracılığıyla, aile arabuluculuğunun gelişmesini teşvik etmelidirler.

b. Devletler, aile uyuşmazlıklarının çözümü için bir alternatif yöntem olarak, davalarda arabuluculuk hakkında bilgi sağlayan yöntemler oluşturmakta (örneğin, tarafların bir arabulucuyla görüşmesini zorunlu tutmak) özgürdürler; böylece, tarafların, ihtilaflı konular üzerinde arabuluculuğa başvurulmasının mümkün ve uygun olup olmadığını düşünmeleri olanaklı kılınır.

c. Devletler, aile uyuşmazlıklarını anlaşmaya dayalı bir şekilde çözen bu yolun gelişimine katkıda bulunmak için, milletlerarası arabuluculuk da dahil olmak üzere, aile arabuluculuğuna erişmeye izin veren gerekli bütün tedbirleri almaya gayret etmelidirler.

VII. Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Devletler, bu Tavsiye Kararında arabuluculuk için öngörülen ilkelerin, uygun bir biçimde diğer uyuşmazlık çözüm yolları hakkında kullanılma isteğini inceleyebilmelidirler.

VIII. Milletlerarası Uyuşmazlıklar

a. Devletler, milletlerarası unsur taşıyan durumlarda uygun olduğunda, özellikle çocuklarla ilgili bütün meselelerde ve bilhassa, ailelerin farklı ülkelerde yaşaması veya yaşamayı istemesi hâlinde, çocukların velayeti ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili hususlarda, arabuluculuğa başvurulmasını düzenleyen yöntemleri dikkate almalıdırlar.

b. Milletlerarası arabuluculuk, ailelerin, çocukların velayetine ve çocuklarla olan kişisel ilişkilerine yönelik hususları düzenlemelerine veya tekrar şekillendirmelerine imkân tanımak için veya bu konularla ilgili sonradan verilen kararlardan doğan uyuşmazlıkları çözmeleri için uygun bir usul olarak düşünülmelidir. Bununla birlikte, çocuğun yerleşim yerinin kanuna aykırı olarak değiştirilmesi veya alıkoyması hâlinde, milletlerarası arabuluculuk, çocuğun derhal dönmesini geciktirecekse kullanılmalıdır.

c. Yukarıda açıklanan bütün ilkeler, milletlerarası arabuluculuğa tatbik edilebilir.

d. Devletler, milletlerarası arabuluculuğun kullanımını kolaylaştırmak amacıyla, aile arabuluculuğuyla ilgili mevcut hizmetler arasındaki işbirliğini mümkün olduğu kadar geliştirmelidirler.

e. Milletlerarası arabuluculuğun özel yapısı dikkate alınarak, milletlerarası arabulucuların özel bir eğitim almaları zorunlu tutulmalıdır³.

§ 2. Tavsiye Kararının İncelenmesi

Aile uyuşmazlıklarının çözümünde, yargısal veya idarî usullere alternatif olarak aile arabuluculuğu ve diğer uyuşmazlık çözüm usullerinin kullanımı, Avrupa Konseyine üye olan ülkelerde oldukça yenidir ve aile arabuluculuğunun temel ilkeleri kadar, bu uyuşmazlık çözüm usulünün işleyişini düzenleyen milletlerarası bir belge de bulunmamaktadır. Bu nedenle R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı, bu alandaki boşluğu doldurmak amacıyla hazırlanmış ve devletlerin, aile uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif yöntemler oluşturmak için yapacakları düzenlemelerde esas alabilecekleri bazı ilkeler belirlemiştir.

Bu Tavsiye Kararı, özellikle ayrılık ve boşanma sürecinde ortaya çıkan aile uyuşmazlıklarının çözümüyle ilgili sistemleri düzenlemektedir. Tavsiye Kararında, Kararın amacı şu şekilde ifade edilmiştir:

³ Council of Europe, *Family Mediation*, s.7-9.

“a. Anlaşmaya dayalı bir yaklaşım geliştirmek ve bu yolla, bütün aile üyelerinin menfaati için anlaşmazlıkları azaltmak;

b. Özellikle çocukların velayeti ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili uygun anlaşmaların yapılması yoluyla, çocukların menfaatlerini ve refahını en iyi şekilde korumak⁴;

c. Aile hayatının sona ermesinin ve evlilik birliğinin dağılmasının zararlı sonuçlarını en aza indirmek;

d. Aile üyeleri ve özellikle aileler ile çocuklar arasındaki ilişkilerin sürekliliğini sağlamak;

e. Ayrılık ve boşanmanın, hem aileler, hem devlet için yol açtığı ekonomik ve sosyal maliyeti azaltmak⁵.”

Aile uyumsuzluklarının yapısı ve etkileri üzerinde yapılan kapsamlı akademik araştırmalar, süreklilik arz eden anlaşmazlıkların, aile birlikteliğine temelden zarar verdiğini ve çocuklar için büyük sakıncalar doğurduğunu göstermiştir⁶. Anlaşmazlıkların çok olduğu ailelerde, aile üyeleri arasındaki iletişimin en düşük seviyede olması hâlinde, daha uzun süreli zararlar ortaya çıkabilir. Sonuç olarak, ayrılık ve boşanma sürecinin güçlü duygusal ortamında uyumsuzluklarını çözmek isteyen kişiler, aralarındaki ilişkilerin daha da kötüleşmemesi için ağır sorumluluk altındadırlar.

Avrupa, Kuzey Amerika, Avustralya ve Yeni Zelanda’da yapılan araştırmalar, aile arabuluculuğunun, aile sorunlarını saran hassas ve hissî konuların çözümü için, şekli yasal yöntemlerden daha uygun olduğunu ortaya koymuştur⁷. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar, boşanan aileler arasındaki karşılıklı ilişkilerin sürdürülmesinde çok etkilidir. Bu anlaşmalar,

⁴ Tavsiye Kararıyla Avrupa Konseyinin çocukları “en ziyade himayeye mahzâr menfaat grubu” olarak kabul ettiği bir kez daha görülmüştür (Süha **Tanrıver**, *Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s.947-953, s.948).

⁵ Council of Europe, *Family Mediation*, s.13.

⁶ Judy K. **Dougherty**, *Family Mediation* (Handbook of Alternative Dispute Resolution, State Bar of Texas, Austin 1990, s.167-179), s.167; Bennett **Wolff**, *The Best Interest of the Divorcing Family-Mediation not Litigation* (Loyola Law Review 1983, Vol. 29, s.55-90), s.75.

⁷ Heike **Stintzing**, *Mediation-a Necessary Element in Family Dispute Resolution?: A Comparative Study of the Australian Model of Alternative Dispute Resolution for Family Disputes and the Situation in German Law*, Frankfurt am Main 1994, s.44.

taraflar arasındaki anlaşmazlıkları azaltır ve çocuklarla aileler arasındaki iletişimin devamını teşvik eder. Çocuğun yerleşim yerine ve velayeti kendisinden alınan tarafla çocuk arasındaki görüşme koşullarına ilişkin anlaşmalarda kendi kararlarını verebilen ailelerin, bu anlaşmalara uyuma olasılığı daha yüksektir. Pek çok ailenin, mahkemelerce veya yetkili makamlarca verilen bağlayıcı kararlara uymakta zorluklar yaşadığı; bu durumun başka uyuşmazlıkların doğmasına yol açtığı ve çocukların menfaatlerine zarar verdiği bilinmektedir. Halbuki, ailelerce karşılıklı anlaşma yoluyla verilen kararların uzun süre uygulanma ve çocukların menfaatlerini en iyi şekilde koruma şansı daha yüksektir⁸.

Bunun yanında, arbuluculukta anlaşmaya varılırsa, sonradan ortaya çıkabilecek davaların karmaşıklığının ve çözülme süresinin azaltılması mümkündür. Bu durum, boşanma davalarıyla ortaya çıkan masrafların, özellikle yargılama giderlerinin azaltılmasında da etkilidir. Ancak, giderlerin azaltılması, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (*Alternative Dispute Resolution process*, ADR) olan arbuluculuğun yaygınlaştırılmasının aslı gerekçesi olarak düşünülmemelidir⁹. Bunun yerine giderlerin azaltılması, arbuluculuk kullanıldığında elde edilebilecek önemli bir kazanç (yarar) olarak görülmelidir.

Ayrılık ve boşanma davalarıyla zarar gören ailelerdeki anlaşmazlıkların azaltılmasının ve iletişimin iyileştirilmesinin, sosyal ve psikolojik masrafların azaltılmasında, fiziksel ve zihinsel sağlığın iyileştirilmesinde ve çalışma ve okul hayatındaki başarının artırılmasında çok faydalı olduğu, genel olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, çözülemeyen uyuşmazlıklar şiddetli strese ve bu durum da, ayrılmış ailelerin, gençlerin, yeniden yapılan evliliklerin ve aile hayatının huzurunun bozulmasına veya tehdit edilmesine yol açabilir.

⁸ Robert H. **Mnookin**, Lewis **Kornhauser**, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce* (The Yale Law Journal 1979, Vol. 88, s.950-997), s.956 vd.; Janet M. **Spencer**, Joseph P. **Zammit**, *Mediation- Arbitration: A Proposal for Private Resolution of Disputes Between Divorced or Separated Parents* (Duke Law Journal 1976, Vol. 1976, s.917-939), s.919.

⁹ ADR'nin sunduğu avantajlar çok çeşitlidir ve bunlar ADR'nin tercih edilmesinin nedenlerini oluşturur. ADR'nin yararları için bkz. John H. **Wilkinson**, *Advantages and Obstacles to ADR* (Donovan Leisure, Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s.11-29); Henry J. **Brown**, Arthur L. **Marriott**, *ADR Principles and Practice*, London 1999, s.12 vd.; Gülgün **İldir**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Ankara 2003, s.61 vd.; Mustafa **Özbek**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s.155 vd.

Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesini¹⁰ (*United Nations Convention on the Rights of the Child*) ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesini¹¹ (*European Convention on the Exercise of Children's Rights*) dikkate alarak şunları belirtmiştir:

“a. Çocuklarla ilgili muamelelere, çocukları etkileyen kanunlara, politikalara ve uygulamalara ve çocuklarla olan resmî ve gayiresmî ilişkilere yönelik ilkeler ve standartlar;

b. Çocuklar için aile hayatının önemi ve çocukların yetiştirilmesinde ortak sorumlulukları olduğu için ailelere yönelik geniş toplumsal destek ihtiyacı;

c. Anlaşmazlık ortaya çıkması hâlinde, ailelerin, anlaşmazlığı mahkeme veya yetkili bir makam önüne götürmeden önce, anlaşmaya varmaya çalışmalarının (uzlaşmalarının) arzu edildiği;

d. Çocukları, insan haklarına sahip bireyler olarak tanımanın ve çocukların, kendilerini etkileyen konularda; özellikle yerleşim yeri, çocuklarla görüşme gibi aile sorumluluklarına giren konularda bilgilendirmenin ve verilecek kararlara katılmalarını sağlamak suretiyle, bu haklarını kullanmalarını kolaylaştırmanın önemi,

e. Uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk ve diğer usullerin teşvik edilmesinin gerekliliği”¹².

Tavsiye Kararının hazırlık çalışmaları sırasında, boşanmayla sonuçlanan evliliklerin sayısındaki artıştan kaynaklanan endişelerin devletleri, aile uyuşmazlıklarını dostane yollarla çözen bir takım usulleri kabul etmeye ve desteklemeye zorladığı açıklanmıştır. Bu usullerin amaçlarının benzer olmasına rağmen, tümünün teknik anlamda “aile arabuluculuğu” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu usuller örneğin, uzlaştırma (*conciliation*), uzlaşma danışmanlığı (*conciliation counselling*), aile danışmanlığı (*family counselling*)

¹⁰ Bu Sözleşme için bkz. <http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/k2crc.htm>

¹¹ Bu Sözleşme için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm>; Ankara Barosu, *Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*, Ankara 2001.

¹² Council of Europe, *Family Mediation*, s.14.

ve benzeri usuller olabilir¹³. Dostane uyuşmazlık çözüm usulleri, aile arabuluculuğuna benzer özellikler taşıyabilir; örneğin, genellikle tarafları, sorunlarını ve uyuşmazlıklarını görüşmeleri için bir araya getirir, müzakereleri kolaylaştıran hünerli bir uzmanın müdahalesini öngörür ve tarafların dostane bir şekilde çözüm bulmalarına yardım etmeyi amaçlar.

Aile arabuluculuğunun işleyişiyle ilgili çeşitli konuları incelemek için, Avrupa Konseyine üye olan ülkelerden bilgi istenmiş ve Uzmanlar Komitesi için bir rapor hazırlanmıştır. Bu raporda şu tespitler yapılmıştır:

a. Bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk, genel olarak devletlerin çoğunda yenidir ve hatta bazı devletlerde bulunmamaktadır.

b. Bazı devletlerde, boşanma ve ayrılık davaları sırasında aile arabuluculuğuyla ilgili hükümler uygulanmaktadır. Bu ülkelerin tümünde, çocuklarla ilgili anlaşmalara (yani çocukların yetiştirilmesini ve çocuklarla görüşme koşullarını düzenleyen anlaşmalara) ağırlık verilmekteyken, ülkelerin neredeyse tamamında taraflar, ekonomik durumları ve mallarıyla ilgili uyuşmazlıkları da arabuluculukla çözebilmektedirler.

Arabuluculuk, tarafların gönüllü olarak başvurduğu bir usuldür. Norveç'te, boşanma veya ayrılık davalarından önce bir arabulucuyla görüşmek zorunludur. Bunun gibi, aile sorumluluklarına, çocuğun yetiştirilmesine ya da çocukla görüşme koşullarına ilişkin davalarda arabuluculuk, başvurulması zorunlu bir ön adımdır.

Bütün devletlerde, tarafların bağımsız yasal danışmanlık isteme hakkı vardır; fakat, avukatlar çoğunlukla arabuluculuğa katılmazlar.

Aile arabuluculuğu kabul edildiğinde, bütün ülkelerde arabuluculuğun gelişmesi için elverişli koşullar oluşturulmuştur. Arabuluculuk, hem dava sürecinin içinde, hem de yargı dışı bir usul olarak gelişmektedir.

Arabuluculuğun geliştiği ülkelerin çoğunda, Tavsiye Kararında sözü edilen ilkeler daha önceden kabul edilmiştir. Bu Tavsiye Kararı devletleri, "alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını ve arabuluculuğu geliştirmeleri, yaygınlaştırmaları ve Tavsiye Kararındaki ilkeleri uygulamaları için teşvik etmektedir"¹⁴.

¹³ Denise **Wilson**, *Alternative Dispute Resolution* (Auckland University Law Review 1992-1995, Vol. 7, s.362-380), s.364.

¹⁴ Council of Europe, *Family Mediation*, s.15.

Aile uyuşmazlıkları, arabuluculukta dikkate alınması gereken bazı karakteristik özelliklere sahiptir¹⁵:

a. Aile uyuşmazlıklarında daima, süreklilik arzeden ve birbirine bağımlı olan ilişkiler bulunmaktadır. Başvurulan uyuşmazlık çözüm usulü, mevcut uyuşmazlıkların çözülmesi yanında, aile ilişkilerinin gelecekte onarılmasını da kolaylaştırmalıdır. Örneğin, bir boşanma davasında taraflar, arabuluculuk sonunda boşanmaktan vazgeçebilir; fakat daha sonra tekrar boşanmak isteyebilirler. Aile uyuşmazlıkları daima devamlılık gösteren ilişkiler içerir. Oysa dava yolu, uyuşmazlık konusu olan ilişkileri kesin olarak bitirir. Tarafların dava yolunda, çekişmeli bir süreçte yüz yüze gelmesi, aile sorunlarının çözümünü zorlaştırır ve taraflar arasındaki ilişkilere zarar verir.

Kişilerin sahip olduğu subjektif haklar sürekli değişim gösterir; bu nedenle dava yolunda, sadece belli bir andaki haklar esas alınarak karar verilir. Dava açıldığı tarihteki duruma göre karar bağlanır. Dava tarihinden sonra doğacak haklar o davada karara bağlanamaz¹⁶. Olağan ekonomik ilişkiler ileriye yönelik etkiler doğurmayacağı için kesin olarak bitirilebilir. Günlük hukukî ilişkilerin tarafları, birbirlerini bir daha hiç görmeyebilir. Buna karşılık, aile davalarının tarafları aralarındaki ilişkileri tamamen geride bırakamazlar. Örneğin, bir mirasın paylaşımı davasında tereke mallarının paylaşımına karar verilebilir; ama bu durum, mirasçılar (örneğin kardeşler) arasındaki ilişkinin sona ereceği anlamına gelmez. Sevgi ve kan bağına dayalı aile ilişkilerinin korunması için, aile üyeleri arasında uzlaşma sağlanması, mahkemece nihaî bir karar verilmesinden daha önemlidir. Aile mahkemeleri, arabulucular tayin etmek suretiyle aile ilişkilerine daha fazla kişisel dikkat harcayabilir ve bu ilişkileri koruyabilir¹⁷.

b. Aile uyuşmazlıkları her zaman, duyguların mevcut anlaşmazlıkları abartabildiği hissî ve kişisel ilişkiler içerir veya anlaşmazlıkların gerçek niteliğini gizler. Taraflarca ve arabulucu tarafından açıklanan ve yorumlanan bu hisler, uygun bir şekilde dikkate alınmalıdır¹⁸.

¹⁵ Janet **Walker**, *Introduction to Family Mediation Europe and its Special Characteristics and Advantages* (Family Mediation in Europe, Proceedings, 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998, Germany 2000, s.21-38), s.25.

¹⁶ Baki **Kuru**, Ramazan **Arslan**, Ejder **Yılmaz**, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2003, s.365.

¹⁷ Rieko **Nishikawa**, *Judges and ADR in Japan* (Journal of International Arbitration 2001/18, s.361-369), s.365.

¹⁸ **Walker** s.25.

Tavsiye Kararına göre arabuluculuk (uzlaştırma), üzerinde uyuşmazlık bulunan konularla herhangi bir menfaati olmayan üçüncü kişinin, uyuşmazlıklarını çözmede ve anlaşmaya varmada taraflara yardımcı olmak için, taraflar arasındaki müzakereleri kolaylaştırdığı bir usuldür. Arabuluculuk yeni bir usul olmayıp, geleneksel toplumlarda toplum ve aile içindeki uyuşmazlıkların çözümünde uzun süredir; batı toplumlarında da iş uyuşmazlıklarının çözümünde daha yakın tarihlerden beri kullanılmaktadır¹⁹. Arabuluculuk kendine has bazı özelliklere sahiptir. Arabulucu, tarafları belli bir çözüme uymaya zorlama yetkisine sahip değildir ve tarafsız kalmak zorundadır. Arabulucunun görevi, tarafların müzakere etmelerine yardımcı olmak ve kendi ortak anlaşmalarına varmalarını sağlamaktır. Arabulucudan beklenen, taraflara hukuk danışmanlığı yapması değildir; zira, hukuk danışmanlığı görevi münhasıran, taraflarca kişisel menfaatlerini temsil etmek için atanabilecek olan bağımsız avukatlara aittir. Arabulucunun görevi, karar verme sürecini etkilemek veya taraflara belli bir anlaşmayı kabul etmeleri için baskı yapmak da değildir²⁰. Baskı altında yapılan anlaşmaların kabul edilmeme ve ihlâl edilme olasılığı çok yüksektir.

Tarafların arabuluculuğa gönüllü olarak başvurmasının diğer bir önemi de, uyuşmazlıklarını arabuluculukla çözmeye istekli olmalarıdır. Araştırmalar, arabuluculuğa yönelmeleri için taraflara baskı yapılmasının etkili olmadığını ve taraflar arasındaki düşmanlıkları artırdığını göstermiştir. Arabuluculuğun faydasını artırmak için tarafların arabulucuyla görüşmesini zorunlu tutmak, bu ilkeye uymamaktadır.

Günümüzde geleneksel dava yolunun, aile uyuşmazlıklarındaki hassas ve duygusal sorunları çözmekte uygun olmadığı ve arabuluculuğun daha yapıcı bir yaklaşım sunduğu genel olarak kabul edilmektedir²¹.

"Dostane çözüm yollarının yaygınlaşmasının istenmesine rağmen, arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişimi, vatandaşların adalete ulaşma hakkını (hak arama hürriyetini) kullanmalarını engel-

¹⁹ Geleneksel ve modern arabuluculuk hakkında bkz. Christian **Bühning-Uhle**, *Arbitration and Mediation in International Business, Designing Procedures for Effective Conflict Management*, The Hague 1996, s.274 vd.; **İldır** s.88 vd.; **Özbek** s.226 vd.

²⁰ Council of Europe, *Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues*, Strasbourg 2003, s.14.

²¹ Stephen B. **Goldberg**, Frank E. A. **Sander**, Nancy H. **Rogers**, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 1999, s.449.

lememelidir. Her ülkede yargı mercileri, vatandaşların haklarını korumak, adalet, hakkaniyet ve hukuk devleti (*due process*) ilkelerinin her zaman ve bütün aile hukuku ilişkilerinde uygulanmasını güvence altına almak için bulunurlar”²².

Aile ilişkilerinin giderek daha çok milletlerarası nitelik kazanması, ülkeler arasında işbirliği yapılmasının önemini artırmış; farklı ülkelerde yaşayan veya yaşamayı plânlayan ailelerin çocuklarıyla ilgili bütün uyuşmazlıkların ve özellikle, çocuklarla sınır ötesi görüşmeyle ve çocukların velayetiyle ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmasını gerekli kılmıştır.

Arbuluculuk, çok sayıda milletlerarası uyuşmazlığın ve özellikle hükümetler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde tercih edilen bir ADR yöntemidir. Milletlerarası boyut taşıyan aile uyuşmazlıklarının arabuluculukla çözülmesi için pek çok neden bulunmaktadır. Avrupa’da milletlerarası arabuluculuğun kullanılmasına yönelik tecrübelerin çok az olmasına karşılık, Fransa’da bir arabuluculuk kurumu, çocuk kaçırma davalarında milletlerarası arabuluculuk konusunda önemli bir tecrübeye sahiptir. Diğer ülkelerdeki arabulucular da, bu alandaki hünelerini sürekli geliştirmektedir. Kuzey Amerika’da devletler arası veya Birleşik Devletler-Kanada arasındaki boşanma uyuşmazlıkları, her iki ülkenin de boşanmayla ilgili kanun hükümlerinde ve yargılama usullerinde pek çok farklılık olmasına rağmen, çoğunlukla arabuluculukla çözülmektedir. Avrupa ülkeleri, bu tecrübelerden çok şey öğrenebilir.

§ 3. Tavsiye Kararında Yer Alan İlkelerin Değerlendirilmesi

A) Birinci Ülke: Arabuluculuğun Uygulama Alanı

İsminden de anlaşıldığı gibi aile arabuluculuğu, öncelikli olarak aynı ailenin üyeleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda uygulanır. Bu durum, devletle kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvurulmasına engel değildir; fakat arabuluculuk özel hukukun dışında kullanıldığında devlet, çocukların menfaatlerini göz önüne almalı ve çocukları koruma yükümlülüğüne riayet etmelidir²³. Devlet, her halükârda çocukların

²² Council of Europe, *Family Mediation*, s.16.

²³ Jay Folberg, *Divorce Mediation: Promises and Problems* (Paper Prepared for Midwinter Meeting of ABA Section on Family Law, St Thomas 1983) (Goldberg, Sander, Rogers s.461’den naklen).

tehlikeye maruz kalmamasını ve uygun hâllerde çocukların arabuluculuk hakkında bilgilendirilmesini sağlamalıdır.

Aile kavramı geniş bir kavram olup, kan hısımlığına veya evliliğe dayalı aile biriminden daha kapsamlıdır. Böylece, devletlere daha geniş bir kontrol alanı tanınır ve devletler, ulusal mevzuatta tanımlandığı şekilde aile ilişkilerinin kapsamını genişletebilirler.

Genel olarak kabul edildiği üzere, arabuluculuk sürecinde aile uyumsuzluğunun bütün yönleri dikkate alınabilmelidir. Arabuluculuğun gerçekçi ve uygun bir şekilde tatbik edilebilmesi için devletler, aile arabuluculuğunun kapsadığı özel konuları veya durumları serbestçe belirlemelidir. Örneğin, bazı devletler arabuluculuğu, uyumsuzluğun dava konusu yapılabilen belirli yönleriyle veya ayrılık ve boşanma ile ilgili sorunlarla sınırlamak isteyebilirler.

Boşanma ve ayrılık davalarında arabuluculuk, normal koşullarda şu konulardaki uyumsuzlukları kapsar²⁴:

- Çocuğun velayeti (*custody*): Çocuğun nerede ve kiminle yaşayacağı, yerleşim yeri, yetiştirilmesi ve eğitimi konularını kapsar.
- Çocuk ile kişisel ilişki kurulması (*access*): Çocukla birlikte yaşamayan, çocuğu kendi velayeti altında bulunmayan anne veya babanın ya da çocuğun yakın hısımlarının (örneğin, büyük anne veya büyük babanın) çocukla görüşmesini kapsar.
- Ekonomik konular: Ailenin mal varlığını ve bu mal varlığının boşanmadan sonra tarafların ihtiyaçlarına ve durumlarına uygun olarak nasıl paylaşılabileceğini; aile konutunun ve eşyalarının paylaşımını kapsar.

Arabuluculuk sırasında bu konulara ilaveten, çocuğun eğitimi ve sağlığına veya diğer hısımların çocukla kişisel ilişki kurmasına yönelik konular görüşülebilir ve bir anlaşma sağlanabilir.

Devletler, adaletsizlikten sakınılması ve aile üyelerinin korunması için, belirli durumlarda aile arabuluculuğa başvurulmasını sınırlamak isteyebilirler. "Yapılan araştırmalar, aile içi şiddet olaylarının varlığı veya taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi hâlinde, arabuluculuğun uygun olmayabileceğini göstermiştir. Arabuluculuk sırasında yapılan müzakereler, tarafların herhangi

²⁴ Walker s.29.

bir korku veya baskı altında kalmadan, kendilerini güvende hissedecekleri bir ortamda gerçekleştirilmelidir”²⁵.

B) İkinci İlke: Arabuluculuğun Düzenlenmesi

Uygulamada arabuluculuğun, “başvurulması tarafların isteğine bağlı (gönüllü) bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olması gerektiği” kabul edilmektedir²⁶. Bu alandaki araştırmalar, başvurulması zorunlu olan bir arabuluculuk usulünün, gönüllülüğe dayalı bir karar verme sürecine ihtiyaç kalmadan anlaşma yapılmasıyla sonuçlanabildiğini; fakat bu anlaşmaların çoğunlukla kısa süreli olduğunu ortaya koymuştur.

Diğer taraftan, pek çok insanın arabuluculuğun ne demek olduğunu ve arabuluculukta neler yapılması gerektiğini bilmediği; bu nedenle de, arabuluculuğun kendileri için uygun olup olmayacağını düşünmeden diğer uyuşmazlık çözüm yollarına yöneldiği bilinen bir gerçektir. Devletler, arabuluculuğun kullanılmasını yaygınlaştırmak için, genel olarak bilgilendirici programlardan veya davalarda kişilerin arabuluculuğu öğrenmesini sağlayacak yöntemlerden yararlanabilirler. Devletler, tarafların, arabuluculuk yönteminin faydalarını öğrenmeleri ve bu faydaların taraflara izah edilmesi için, taraflarla arabulucuların görüşmesini zorunlu kılabilirler. Bu alandaki tecrübeler, bu gibi bir toplantının faydalı olabileceğini ve tarafların, kendilerine, uyuşmazlıklarını dostane bir yolla çözüme imkânı sunan böyle bir fırsatı değerlendireceğini göstermektedir. Bununla beraber arabuluculuğun özü, onun gönüllülüğe dayalı niteliğini ortaya koymakta; böylece, tarafların bir anlaşmaya varmak için bizzat çaba göstermeleri gerekmekte ve taraflar arabuluculuğu reddederlerse veya arabuluculuğu yürütemeyeceklerine inanırlarsa, onları zorlamak ters etki yaratmaktadır.

Bu ilkeye göre devletler, arabuluculukla ilgili hükümleri diledikleri gibi düzenlemekte özgürdürler; fakat, belirlenen standartları mümkün olduğu kadar koruyacak yöntemler oluşturmalarıdır.

Devletlerin çoğunda arabuluculuk, özel kurumlarca veya resmî kurumlarca düzenlenmekte, bu kurumlar işbirliği içinde çalışmakta ya da birbirleriyle rekabet etmektedirler²⁷. Günümüzde, Andorra, Finlandiya, Norveç,

²⁵ Council of Europe, *Family Mediation*, s.17.

²⁶ Brown, Marriott s.135.

²⁷ Brown, Marriott s.232.

Polonya, Slovenya, İsveç ve bazı hâllerde Almanya gibi belirli ülkeler, arabuluculuk hizmetleri sunmaktadırlar. Bu ülkelerin bir kısmında bu görev yerel yönetimlere aittir. Bu ülkelerin tamamında arabuluculuk hizmeti ücretsizdir.

Avusturya, Fransa, Almanya ve Birleşik Krallık gibi bazı ülkelerde arabuluculuk, devletten bağımsız kişi ya da kurumlarca uygulanmaktadır. Bu arabulucular mahkemelerde görev yapmamakta; fakat danışmanlık, yardım veya gençlik hizmetlerini tamamlamaktadırlar. Arabulucuların ücretleri taraflarca karşılanmaktadır. İngiltere ve Galler'de 1996 tarihli Aile Hukuku Kanunu, bu konuda ilginç bir sistem öngörmüştür²⁸. Buna göre, arabuluculuğa başvurmak isteyen kişilere adli yardımdan yararlanma imkânı sunulmakta, gerekli koşulları taşıdıkları tespit edilen (yani fakir olduğu belirlenen) kişilere ödemede bulunulmakta ve devletçe finanse edilen arabuluculuk hizmetini sunmak isteyen arabuluculuk kurumları, bu konuda imtiyaz (*franchised*) almak için Adli Yardım Kuruluna başvurmaya mecbur tutulmaktadırlar. Fransa'da, arabuluculuğun mahkemece talep edilmesi hâlinde, adli yardım imkânından yararlanılabilmektedir.

Kurumsal düzenlemesi ne olursa olsun herkes, arabuluculuktan, ırk, renk, dil, din veya etnik nedenlere dayalı herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, eşit olarak faydalanabilmelidir. Milletlerarası unsur taşıyan uyuşmazlıklarda (örneğin eşlerden birinin farklı bir devlet vatandaşı olması hâlinde), arabuluculuk farklı dillerde yapılabilir veya müzakerelerde tercüman kullanılabilir. Ancak arabuluculuk sonunda yapılacak anlaşma (uzlaşma tutanağı), gerektiğinde dava veya mümkünse cebrî icra yoluna başvurulacak olması da dikkate alındığında, Türkçe düzenlenmelidir²⁹. Ayrıca, aile ilişkilerine olan

²⁸ **Brown, Marriott** s.265. İngiltere ve Galler'de aile arabuluculuğunun uygulaması hakkında geniş bilgi için bkz. David C. **Miller**, *British Development in Alternative Dispute Resolution in Divorce* (B.Y.U. Journal of Public Law 1988, Vol. 2, s.49-69); John **Eekelaar**, *A Jurisdiction in Search of a Mission: Family Proceedings in England and Wales* (The Modern Law Review 1994, Vol. 57, s.839-858).

²⁹ Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların Avrupa Birliğine üye olan ülkelerde icra edilebilirliği, ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bu konu esas itibarıyla kanunlar ihtilafı kurallarında öngörülen hukuka göre çözülür. Ayrıca, arabuluculuk anlaşmalarının (uzlaşma tutanaklarının), "Medenî ve Ticarî Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü" (Brüksel I Tüzüğü) hükümlerine göre icra edilebilirliği hakkında bilgi için bkz. Commission of the European Communities, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Brussels 2002, s.31. Söz konusu Tüzük hakkında bilgi için bkz. Bahadır

etkisi sebebiyle, tarafların kültürel farklılıklarına da saygı duyulmalı ve bu konuda hassasiyet gösterilmelidir.

Bunlara ilave olarak Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi, arabulucuların, uyuşmazlık konuları hakkında tecrübeye ve belirli niteliklere sahip olmalarının yanında, özel bir arabuluculuk eğitimi almalarının da gerekli olduğuna inanarak, arabulucuların seçimi, eğitimi ve nitelikleriyle ilgili konuları incelemiştir. Uzmanlar Komitesi, “arabulucuların çoğunlukla sosyal hizmet uzmanları, psikologlar ve hukukçular arasından seçilmesine rağmen, daha önceki uzmanlıklarının ve tecrübelerinin esnekliğe izin vermesi gerektiğine”³⁰ de işaret etmiştir.

Devletler, arabulucuların seçimi, eğitimi ve nitelikleri için ve arabulucularca yerine getirilecek standartların düzenlenmesi için, mümkün olduğu ölçüde uygun usuller sağlamalıdır³¹. Bu gibi usuller, bazı ülkelerde bulunmaktadır. Arabulucuların seçimi, eğitimi ve nitelikleri konusu ile standartlar konusu iki ayrı konu olduğundan, devletlerin hepsinde bu konuların tamamı düzenlenmiş değildir³².

Arabuluculuk eğitiminin niteliği ülkeden ülkeye değişse de bu eğitimde, teorik ve uzmanlığa dayalı bilginin öğretilmesine ve uzmanların gözetiminde uygulama yapılma imkânının sunulmasına giderek daha çok önem verilmektedir. Ülkelerin çoğunda, aile arabulucularının eğitimlerine denklik belgesi veren ve uzman sıfatıyla kaydedilmelerini sağlayan sistemler kurulmuştur. Bazı ülkelerde eğitim ve öğretimle ilgili çalışmalar, hem resmî kurumlar, hem özel kurumlar tarafından yürütülmektedir.

Arabuluculuğun bütün devletlerde henüz ayrı bir uzmanlık alanı olmasına rağmen, devletlerin çoğu, doğru uygulama ilkelerini geliştirmeye ve arabuluculuk usulüne ilişkin kanunları hazırlamaya başlamışlardır. Arabuluculuk Avrupa çapında daha geniş bir uygulama kazanmadan, arabuluculukla ilgili şekli kurallar koyulması erken olabilir; fakat devletler, aile arabuluculu-

Erdem, *Medenî ve Ticarî Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü* (Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s.1009-1026).

³⁰ Council of Europe, *Family Mediation*, s.18.

³¹ Council of Europe, *Mediation in Civil Matters*, s.19.

³² Sirpa **Taskinen**, *Selection, Training and Qualification of Mediators* (Family Mediation in Europe, Proceedings, 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998, Germany 2000, s.55-68), s.57.

ğunun daha etkin ve daha doğru bir şekilde işlemesi için, arabulucuların faaliyetlerini ve meslekî çalışmalarını düzenleyen kurallar kabul edebilirler.

C) Üçüncü İlke: Arabuluculuk Süreci

Arabuluculuk, kendisini diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayıran bazı ilkelere uygun olarak yönetilmelidir. Böylece, arabuluculuğun uygulanma esasları ayrıntılı olarak belirlenebilir.

Arabulucunun "tarafsızlığı"nın (*impartiality*) iki anlamı vardır. Tarafsızlığın ilk anlamı, arabulucunun taraflardan birinin yanında yer almaması veya bir tarafın çıkarlarını diğer taraftan üstün tutmamasını gerektirir³³. Arabulucu, tarafların herhangi bir korku veya baskı altında kalmadan görüşlerini açıklayabilmesini sağlamalıdır. Arabulucu, arabuluculuk sürecini, mümkün olduğu kadar taraflar arasındaki güç dengesizliğini gidererek yönetmeli ve taraflardan birinin hileye, tehdide veya baskıya başvurmamasını önlemelidir. Arabulucu, bir tarafın adına ve hesabına hareket eden bir avukattan farklı olarak, taraflardan hiçbirinin görüşlerini temsil etmediği gibi, taraflarla geçmişte veya arabuluculuk sırasında meslekî veya kişisel bir ilişkiye de sahip olmamalıdır³⁴.

Arabulucunun tarafsızlığının ikinci anlamı (*neutrality*), onun taraflara herhangi bir çözüm şeklini dikte etmemesi veya tarafları belli bir çözümü benimsemeye zorlamamasını gerektirir. Tarafların anlaşmaya varması, tamamen kendi ortak kararlarına bağlıdır ve arabulucunun görevi bu süreci kolaylaştırmaktır. Taraflar, kendi somut durumlarına uygun olacağını düşündükleri kararları verebilirler. Bu ilke, tarafların kendi meseleleri hakkında, kendilerine en uygun şekilde, kendi kararlarını verebilme yetkisini tanımaktadır. Bununla birlikte, mahkemenin vereceği bir ara kararıyla, böyle bir anlaşmanın yapılmasına izin vermesi hâlinde, yapılacak anlaşmanın, kanuna, ahlâka veya kamu düzenine aykırı olmaması ve taraflardan birinin kanunî menfaatlerini ihlâl etmemesi gerekir³⁵.

³³ **Brown, Marriott** s.128, 460.

³⁴ **Nathalie Riomet**, *The Mediator, Impartiality and neutrality, Role of the mediator towards parties and with regard to the best interest of the child* (Family Mediation in Europe, Proceedings, 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998, Germany 2000, s.39-53), s.41.

³⁵ **Riomet** s.42; Council of Europe, *Family Mediation*, s.19; Council of Europe, *Mediation in Civil Matters*, s.18.

Arabuluculuk oturumları gizli olmalı ve müzakerelerin içeriği gizli tutulmalıdır. Bunun anlamı, arabulucunun, tarafların rızası olmadan veya kanunen izin verilmeden, arabuluculuk esnasında öğrendiği bilgileri açıklamamasıdır. Arabulucunun, bu bilgileri mahkemede delil olarak açıklamayı reddetme hakkına sahip olup olmaması, ülkelerin iç hukukuna bağlıdır³⁶. Arabulucular, taraflar arasında yapılan anlaşmayı açıklayan bir rapor hazırlayarak, mahkemeye veya yetkili makamlara sunmalıdırlar; ama, arabuluculuk müzakerelerinin içeriğini açıklayan resmî bir rapor hazırlamak zorunda tutulmamalıdırlar³⁷.

Arabuluculuktan beklenen, tarafların, arabuluculuktaki görüşmelerin ve müzakerelerin daha sonra, herhangi bir dava sürecinde tartışılmayacağı konusunda anlaşmalarıdır. Arabuluculuktaki bu gizlilik, "imtiyaz" (*privilege*) olarak adlandırılır³⁸. Bu imtiyaz, arabulucuya veya arabuluculuk sürecine değil, karşılıklı olarak her iki tarafa birden tanınmıştır. Bu nedenle, taraflar bu imtiyazdan feragat edebilir ve arabulucu dava sürecinde tanıklık yapmak zorunda tutulabilir. Arabulucular genellikle, gizlilik konusunda kanunen öngörülen sınırlamalara tâbi olacaklardır; fakat, bu imtiyaz tarafların kendilerine tanınmıştır. Arabuluculuk müzakerelerinin gizliliği, her ülkenin kendi mevzuatında ve arabulucuların meslekî uygulamalarına ilişkin standartlarında düzenlenecektir³⁹.

Genel olarak kabul edildiği üzere, arabuluculukta çözümün önündeki engellerin aşılması için, tarafların görüş ve düşüncelerini özgürce, samimi ve

³⁶ Örneğin, arabulucunun avukat olması hâlinde, meslek sırrı oluşturması nedeniyle bu tür bilgileri açıklamaktan ve bu konuda tanıklık etmekten çekinmesi mümkündür.

³⁷ Council of Europe, *Mediation in Civil Matters*, s.19.

³⁸ **Brown, Marriott** s.492. Ayrıca bkz. Jaime Lee, Carl Giester, *Confidentiality in Mediation* (Harvard Negotiation Law Review 1998, Vol. 3, s.285-297); Editorial Note, *Protecting Confidentiality in Mediation* (Harvard Law Review 1985, Vol. 98, s.441-459); **İldır** s.63; **Özbek** s.213 vd.

³⁹ Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanarak Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyine önerilen "Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Belirli Yönleri Hakkındaki Yönerge"nin 6. maddesinde, arabulucuların ve arabuluculuk müzakerelerine katılan kişilerin, müzakereler esnasındaki beyanları, kabulleri, uzlaşma önerileri ve müzakerelerde sundukları belgeler hakkında tanıklık yapmaya zorlanamayacakları belirtilmiştir. Bu Yönerge önerisi için bkz. Commission of the European Communities, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters*, SEC (2004)1314, COM/2004/0718 final- COD 2004/0251, Brussels, 22.10.2004.

açık olarak beyan etmeleri gerekir. Bu nedenle, gizliliğin sınırlarının önceden iyi anlaşılması oldukça önemlidir. Arabuluculuğun başında taraflar, gizliliğin mutlak olmadığı konusunda bilgilendirilmelidirler. Arabuluculuk sırasında, çocuğun zarar gördüğüne veya ciddi bir zarar görme tehlikesi altında olduğuna ilişkin beyanlar, arabulucu tarafından açıklanabilir ve taraflar, uygun bir merciin yardımını almaları için teşvik edilebilir. Bu gibi hâllerde, çocuğun menfaatleri ve korunması gizlilikten üstün tutulmaktadır. Avrupa Konseyine üye olan ülkeler, gizlilikten vazgeçilmesi gereken diğer durumları özel olarak belirleyebilirler.

Boşanma veya ayrılık sürecinde taraflar, arabulucular ve avukatlar dışındaki uzmanlardan yararlanabilirler. Bu nedenle ailelerin, kendilerine destek olabilecek diğer kurumları veya evlilik danışmanlığı (*marital counselling*) gibi diğer yöntemleri bilmesi önem taşır⁴⁰. Arabulucu, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındaki hızlı gelişmeyi göz önünde tutarak, bütün seçenekleri bilmeli ve uygun hâllerde, taraflara bu seçenekler hakkında bilgi vermelidir.

Doktrinde arabulucuların, aile içi şiddet (*domestic violence*) olaylarında çok hassas olması gerektiği ittifakla kabul edilmektedir. Arabulucular, tarafların arabuluculuğa başvurmayı kabul etmesinden önce baskı veya şiddete maruz kalıp kalmadıklarını giderek daha çok araştırmaktadırlar⁴¹. Taraflardan birisi, diğer tarafı korkutarak ona baskı yaparsa, tarafların pazarlıktaki konumları arasında eşitsizlik olacağından, arabulucu, arabuluculuk sürecini bitirmek isteyebilir. "Bununla birlikte yapılan araştırmalar, geçmişteki aile ilişkilerinde şiddet kullanılmış olmasının, arabuluculuğun uygun bir usul olması ihtimalini kendiliğinden ortadan kaldırmayacağını göstermiştir. Devletler, aile içi şiddet olaylarını dikkate alarak, ulusal hukuklarının ışığında bu konuyu düzenleyeceklerdir"⁴².

Arabuluculukların çoğu, çocuklar için uygun ve yararlı anlaşmalar yapılmasını hedeflediğinden, arabulucular, çocukların menfaatlerinin ve huzurunun en iyi şekilde korunmasına özen göstermelidirler. Arabulucular tarafsızlıklarını bozmadan, ailelere, neler olduğu hakkında çocuklarına bilgi vermeleri ve çocuklarının görüşlerini almaları gerektiğini ve aile uyuşmazlıklarıyla uzun süren anlaşmazlıkların, çocuklar üzerinde olumsuz etki bıraktığını hatırlatmalıdırlar. Bazı ülkelerde arabulucular, çocukların, anne-babaları

⁴⁰ Brown, Marriott s.226.

⁴¹ Brown, Marriott s.239.

⁴² Council of Europe, *Family Mediation*, s.20.

arasında yapılan anlaşma koşullarını öğrenmeleri için, arabuluculuğun sonunda, arabuluculuğa katılmasına izin vermektedirler⁴³. Diğer bazı ülkelerde, bunun çocukların menfaatine olacağı düşünülmesi hâlinde, çocukların arabuluculuğa katılmasını öngören hükümler bulunmaktadır. Günümüzde artık, çocukları etkileyen usullerde çocukların da söz sahibi olması gerektiği kabul edilmekte ve bazı arabuluculuk kurumları, çocuklarla görüşmenin zor olduğu durumlarda, çocukların aileleriyle buluşabildikleri, çocuk danışma merkezleri veya çocuklarla temas merkezleri oluşturmaktadırlar. Devletler, aileleri ayrı yaşayan çocuklar ve gençler için destek merkezlerinin oluşturulmasını teşvik etmelidirler.

Aile Hukuku Uzmanlar Komitesi, çalışmaları sırasında, arabulucunun işlevinin sınırları ve özellikle hukukî bilgi vermesi ve hukuk danışmanlığı yapması üzerinde durmuştur. Sonuçta, bilgi vermeyle danışmanlık yapma arasında bir ayırım yapılmış ve arabulucuların, arabuluculuk süreci esnasında talep edilmesi veya uygun olacağına inanılması hâlinde, hukukî bilgi vermesinin yerinde olacağı kabul edilmiştir. Bilgi verme, tarafsızlığın korunmasını gerektirir. Taraflara bilgi verilmesi, onları aydınlatmak amacıyla bilgi sunulması olup, onların nasıl davranmaları gerektiği hakkında herhangi bir tavsiye içermez. Örneğin, arabuluculukla anlaşmaya varılamazsa, uyuşmazlığın çözülmesi için hangi yasal yolların takip edileceğinin veya hâkimin, çocuğun velayeti, bakımı, çocukla kişisel ilişki kurulması, çocuğa verilecek nafaka konularında karar verirken hangi etkenleri dikkate alabileceğinin taraflara açıklanması yararlı olabilir.

Diğer taraftan danışmanlık yapma, arabuluculuğun temel ilkelerinden olan tarafsızlık ilkesiyle de çelişmektedir. Danışmanlık yapma (tavsiye verme), belirli durumların değerlendirilmesini ve belirli bir usulün izlenmesinin tavsiye edilmesini gerektirir. Avukatlar, müvekkillerine hem hukukî bilgi verir, hem hukuk danışmanlığı yaparlar; fakat arabulucular, hukuk danışmanlığı yaparlarsa, tarafsızlıklarını korumak zorundadırlar. Avukatların ve arabulucuların işlevleri birbirini tamamlamakta olup, arabulucular, gerektiği takdirde taraflara, kendi avukatlarından hukukî tavsiye almalarını önerebilirler. Arabuluculuğun geliştiği ülkelerde arabulucular, hukuken bağlayıcı olacak bir anlaşma yapılmadan önce, tarafların bağımsız bir hukuk danışmanına başvurmasını mutlaka önermektedirler.

⁴³ **Brown, Marriott** s.237.

Tavsiye Kararında, arabuluculuğun süresiyle ilgili bir kural koyulmamıştır. Arabuluculuğun süresi, ihtilafli konuların sayısına, yapısına ve karmaşıklığına bağlı olarak değişecektir. Buna karşılık, arabuluculuk kısa sürmeli ve uzun süreli uzman desteği için bir fırsat olarak görülmemelidir⁴⁴. Arabulucular ve taraflar, arabuluculukta görüşülecek konular ve gerçekleştirilecek arabuluculuk toplantılarının sayısı hakkında genellikle anlaşılır. Arabuluculuk usulünün süresine veya arabuluculuğun, taraflardan birisince sırf boşanma davasını geciktirici bir yol olarak kullanılmasının önlenmesine dair düzenleme yapılması, devletlerin kararına bırakılmıştır.

D) Dördüncü İlke: Arabuluculuk Sonunda Yapılan Anlaşmaların Durumu

Devletlerin çoğunda, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmalar yazılı olarak tespit edilir ve taraflara birer suret verilir⁴⁵. Bu anlaşmalar kural olarak bağlayıcı değildir; ama, bu konuda devletler arasında büyük farklılıklar vardır. Örneğin Almanya ve Norveç'te olduğu gibi, anlaşmaların hukuken bağlayıcı olması hâlinde bile, bu anlaşmalar uygun bir mahkeme veya yetkili makam (örneğin noter) tarafından onaylanmadıkça icra edilemezler. Bunu sağlamanın yollarından biri, mahkemenin veya yetkili makamın, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmayı kendi kararı hâline getirmesidir⁴⁶. Söz konusu anlaşmaların onaylanması veya kabulü sırasında, bu işlemi yapacak olan mahkeme veya yetkili makam, taraflarca kabul edilen çözümün muhtevasının kanuna ve ahlâka aykırı olmadığını, taraflardan birinin kanunî menfaatlerini ihlâl etmediğini ve özellikle çocukların menfaatlerini koruduğunu kontrol etmelidir⁴⁷.

Birleşik Krallık'ta ve diğer ülkelerde yapılan araştırmalar, arabuluculuğa başvuran bazı kişilerin, yaptıkları anlaşmaların mahkeme kararlarıyla aynı etkiye sahip olmaması nedeniyle hayal kırıklığına uğradığını göstermiştir. Bu nedenle devletlere, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların, kendilerine ait

⁴⁴ Walker s.32.

⁴⁵ Brown, Marriott s.262; Walker s.33; Council of Europe, *Mediation in Civil Matters*, s.20.

⁴⁶ Commission of the European Communities, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, s.31.

⁴⁷ Council of Europe, *Family Mediation*, s.21; Mary Lloyd, *The Status of Mediated Agreements and their Implementation* (Family Mediation in Europe, Proceedings, 4th European Conference on Family Law, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1-2 October 1998, Germany 2000, s.87-96), s.93.

aile hukuku mevzuatı çerçevesinde, mahkemece veya diğer bir yetkili makamca onaylanma imkânını kolaylaştırmaları tavsiye edilmektedir. Arabulucunun bu amaçla, onaylanacak yasal bir belge olarak, mahkemece veya yetkili makamlarca kabul edilebilecek nitelikte bir anlaşma metni hazırlamakta taraflara yardımcı olması gerekir.

Taraflar, yaptıkları anlaşmanın mahkemece veya yetkili makamca onaylanmasına gerek görmezse, bu anlaşma diğer özel hukuk sözleşmeleriyle aynı hukukî etkiye sahip olacak ve ancak taraflar bu sözleşmeye uyduğu sürece sonuç doğuracaktır⁴⁸. Buna karşılık, söz konusu anlaşmanın taraflardan birinin talebiyle, mahkemece veya yetkili makamca onaylanması hâlinde, anlaşma ihlâl edilirse diğer taraf, anlaşmayı ihlâl eden tarafın anlaşmaya uyumasını bu mercie başvurmak suretiyle (örneğin dava açmak yoluyla) sağlayabilir.

Tavsiye Kararında devletlere, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların yetkili mercilerce onaylanmasını kolaylaştırmaları önerilmiş; bu tür yöntemleri oluşturmanın, arabuluculuğa duyulan güveni ve itibarı artıracığı belirtilmiştir.

E) Beşinci İlke: Mahkemeler ve Yetkili Makamlar Önündeki Davalarla Arabuluculuk Arasındaki İlişki

Tavsiye Kararında, bazı ülkelerde yargı yetkisine sahip olan mahkemeler yanında, belirli türdeki aile uyuşmazlıklarına bakmakla görevli olan idarî makamlardan da söz edilmiştir.

Tarafların, arabuluculuğa başvurmak için mahkemeye ulaşma hakkından (dava hakkından) feragat etmesi mümkündür; ancak, bu feragatin sarih (açık) olması ve isteyerek yapılması şarttır.

“Bu ilke, arabuluculuğun tamamen özerk bir usul olduğu fikrini kuvvetlendirmektedir. Her ne kadar arabuluculuğun dava açılmadan önce veya dava sürecinin başında daha etkin olduğu kabul edilse de, dava açılmadan önce, dava sırasında veya dava açıldıktan sonra kullanılması da mümkündür. Anlaşmazlığın şiddetli olması ve uyuşmazlığın uzun süreden beri devam etmekte olması hâlinde, arabuluculuk konusu olan uyuşmazlıkların

⁴⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Cathleen C. Payne, *Enforceability of Mediated Agreements* (Ohio State Journal on Dispute Resolution 1986/2, s.385-405); Brown, *Marriott* s.505 vd.

çözümü daha zordur. Dava açılmadan önce, tarafların belirli noktalara saplanıp kalması, uzlaşmaya yanaşmayacak kadar katı bir tavır takınmaları ihtimali daha düşüktür ve taraflar anlaşmaları müzakere etmede daha uysal olabilirler⁴⁹.

Görülmekte olan bir dava sırasında arabuluculuğa başvurulmasına karar verilmesi hâlinde dava, mahkemece verilecek bir ara kararıyla ertelenmelidir. Arabuluculuk gönüllü bir usul olduğundan taraflar, davanın ertelenmesi için anlaşabilmelidir. Bu anlaşma, taraflardan birinin arabuluculuğu, davayı geciktirici bir yol olarak kullanmasını önler. Karar verme sürecindeki gereksiz gecikmeler, özellikle çocuklar için zararlı olup, hem tarafların, hem devletin yaptığı masrafları artırabilir.

Davanın, tarafların arabuluculuk girişiminde bulunması nedeniyle ertelenmesi durumunda, mahkeme veya yetkili makam, tarafların ve çocuklara veya taraflara ait malların korunması için geçici tedbirlere her zaman karar verebilir.

Dava sürecinin ertelenmesinden sonra, arabuluculuk tamamlanınca mahkemeye veya yetkili makamlara bilgi verilmeli; arabulucu, arabuluculuğun sonucu ve yapılan anlaşmalar hakkında bir rapor hazırlamalı ve yetkili merci, taraflar arasında yapılan anlaşmaların, çocukların menfaatlerini en iyi şekilde koruduğunu kontrol etmelidir.

Hâkimler, dava süreci üzerindeki nihaî yetkilerini ellerinde tutmalı, maddî olayları incelemeli, bireylerin sahip olduğu insan haklarını, çocukların menfaatlerini koruyan ve adalete ulaşmayı güvence altına alan kararlar verebilmelidirler.

Uyuşmazlık hakkında ister arabuluculuk yoluyla ister dava yoluyla karar verilsin, dava süreci tamamlandıktan sonra yeni uyuşmazlıklar ortaya çıkabilir, önceki uyuşmazlıklar tekrar belirebilir veya taraflardan biri ya da her ikisi, mevcut anlaşmanın değişen koşullara göre uyarlanmasını isteyebilir. Bu hâllerde yeni bir dava açmak yerine, anlaşmaya varmaya çalışmak için arabuluculuğa geri dönmek veya ilk kez arabuluculuğa başvurmak uygun olabilir.

Bu ilkedeki hiçbir kural, mahkemenin bir arabulucu ataması yetkisine sahip olduğu anlamına gelmemektedir.

⁴⁹ Council of Europe, *Family Mediation*, s.22.

F) Altıncı İlke: Arabuluculuğun Tanıtılması ve Arabuluculuğa Erişim

Bu ilkenin oluşturulmasında, arabuluculuğun pek çok devlette iyi anlaşılmadığına ve gerektiği kadar kullanılmadığına işaret edilmiştir. Yapılan araştırmalar, insanlara sorulduğunda kişilerin, uyuşmazlıkların dostane yollarla çözümünü dava yoluna nazaran daha çok tercih ettiklerini; fakat çok az kişinin, arabuluculuk hizmetleri ve arabulucular hakkında bilgi sahibi olduğunu göstermiştir.

Devletler, arabuluculuk hakkındaki bilgi ve anlayışı düzeltmek için bilgilendirici programlar, kitaplar, broşürler ve medya aracılığıyla kamuyu bilgilendirmelidirler⁵⁰. Avukatların ve yargı mercilerinin arabuluculuk usulünü anlamasının ve arabuluculuğu kullanmak isteyen kişilere doğru bilgi vermesinin sağlanması çok önemlidir.

“Devletlerin çoğunda arabuluculuk hizmetleri hakkında sınırlı miktarda bilgi verilirken, sadece Andorra ve Norveç’te bilgilendirici ulusal kapman-yalar bulunmaktadır. İngiltere ve Galler’de 1996 tarihli Aile Hukuku Kanunu (*Family Law Act*), boşanma davası açmak isteyen kişilerin, arabuluculuk da dahil olmak üzere bazı konular hakkında sözlü, yazılı ve diğer yollarla bilgilendirilmelerini sağlayacak bir toplantıya katılmasını zorunlu tutmaktadır. Ayrıca, taraflardan birinin kendisini avukatla temsil ettirmek için adli yardım talep etmesi hâlinde, davanın arabuluculuğa uygunluğunu düşünmesi, arabuluculuk usulünün ve bu usulün potansiyel faydalarının kendisine açıklanması için, bir arabulucuyla toplantı yapması gerekir. Bu tür toplantılara katılım zorunlu tutulabilir. Devletler böyle bir usulün faydalarını değerlendirmekte özgürdür”⁵¹.

Arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilirse, arabuluculuğu kullanmak isteyen herkese açık olmalıdır. Arabuluculuğa erişim örneğin, arabuluculuk hizmetleri için doğrudan malî yardım verilmesi veya taraflara, dava yolundaki koşullarla adli yardım imkânı sunulması yoluyla devletlerce kolaylaştırılabilir.

⁵⁰ Council of Europe, *Mediation in Civil Matters*, s.21. Örneğin Birleşik Krallıkta, aile hukuku üzerine çalışan avukatlar, arabulucular, danışmanlar, terapistler, arabuluculuk kurumları, Vatandaş Danışma Bürosu (*Citizens’ Advice Bureaux*) ve diğer kurumlar, halkı aile arabuluculuğu konusunda bilgilendirmektedirler (**Brown, Marriott** s.262).

⁵¹ Council of Europe, *Family Mediation*, s.23.

G) Yedinci İlke: Diğer Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Tavsiye Kararı, uyuşmazlıkların dostane ve anlaşmaya dayalı yollarla çözümünde kullanılacak tek yolun arabuluculuk olmadığını açıkça belirtmiş ve diğer uyuşmazlık çözüm yolları olarak şunları öngörmüştür:

1) Genellikle, arabuluculuğun farklı koşullarla uygulanmasından ibaret olan uzlaştırma veya uzlaşma danışmanlığı⁵². Bu usul, uzlaştırıcı olarak görev yapan tarafsız bir üçüncü kişinin rehberliğinde, düzenli olarak yürütülen görüşmeleri ifade etmektedir.

2) Aile danışmanlığı. Bu usulde tarafsız bir üçüncü kişi, taraflara, birbirlerini anlamalarında ve aralarındaki ilişkiyi düzeltmek amacıyla mevcut sorunları gidermelerinde yardımcı olmakta ve buna ilave olarak, tarafların gelecekteki hayatlarına yönelik bir anlaşma yapmalarına katkıda bulunmaktadır.

Tavsiye Kararında, dava yoluna gitmeden kullanılan diğer tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yolları teşvik edildiği gibi, devletlerin hem arabuluculuğa, hem de diğer usullere başvurmaya yönelik ilgiyi araştırmaları istenmiştir. Bununla birlikte, iki alternatif uyuşmazlık çözüm usulü aynı anda kullanılmamalıdır; zira bu durum, taraflar için çeşitli karışıklıklar doğmasına ve sonuçta alternatif uyuşmazlık çözüm usullerinden elde edilecek faydanın kaybedilmesine yol açabilir.

H) Sekizinci İlke: Milletlerarası Uyuşmazlıklar

Bu ilke, milletlerarası unsur taşıyan aile uyuşmazlıklarının, özellikle çocukların yetiştirilmesi ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili olanların sayısının giderek arttığını kabul etmektedir. Bu ilke aynı zamanda, bu tür uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygun bir usul olacağını da belirtmektedir.

Tavsiye Kararının görüşmeleri sırasında şu konular dikkate alınmıştır:

- 1) Çocukla görüşme koşullarının kararlaştırılması;
- 2) Kanuna aykırı olarak yerleşim yeri değiştirildikten sonra geri dönen bir çocukla görüşme;
- 3) Çocuğun geri dönmesinin bir mahkeme kararıyla reddedildiği hâller;
- 4) Çocuğun görüşmeyi veya yetiştirilmesini reddettiği hâller.

⁵² Uzlaşma danışmanlığı, bazı konularda danışmanlık yapılmasını içeren bir arabuluculuktur.

Milletlerarası arabuluculuk, ailelere, çocuğun yetiştirilmesi ve çocukla görüşme konularını düzenlemelerinde veya ailelerin farklı ülkelerde ikamet ettiği hâllerde, karar verilmesinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde yardımcı olmak için uygun bir usul olarak görülmelidir. Bu tür uyuşmazlıkların sınır ötesi karakteri ve birden fazla yargısal veya idarî makamın müdahalesini gerektirmesi nedeniyle çözümü çoğunlukla çok zordur.

Aile arabuluculuğu, çocukla görüşme koşullarının belirlenmesinde; özellikle, çocuğun görüşme süresi sonunda ülkesine geri dönmesinin gerektiği sınır ötesi görüşmelerde gerekli güvencelerin sağlanmasında, farklı ülkelerde yaşayan veya yaşamayı plânlayan ailelerce bir karar verilmeden önce faydalı bir usul olabilir.

Arbuluculuk şu hâllerde yararlı olabilir⁵³:

1) Çocuğun velayetiyle ilgili mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin, muhatap ülke mahkemesince (yani çocuğun götürüldüğü ülke mahkemesince), milletlerarası bir belgede öngörülen bir red sebebine (örneğin, Çocukların Velayetiyle İlgili Kararların Tanınması ve Tenfizi ve Çocukların Velayetinin İyileştirilmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesinin⁵⁴ 10'uncu maddesinde belirtilen red sebeplerine) dayanılarak reddedilmesi ve başvuran tarafın, uyuşmazlık hakkında yeni bir dava açılmasını istemesi⁵⁵ (Sözleşme m. 5, IV).

2) Çocuğun velayetine sahip olan tarafın (tanıma ve tenfiz talebiyle başvuran tarafın), tanıma ve tenfiz talebinin muhatap devlet mahkemesince reddini kabul etmesi; fakat bu devletin merkezî mercisinin⁵⁶, kendisine

⁵³ Council of Europe, *Family Mediation*, s.24.

⁵⁴ Council of Europe, *European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*, Luxembourg 1980 (Bu sözleşme için ayrıca bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/105.htm>; <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/andlasavrupa/docs/105.doc>).

⁵⁵ Council of Europe, *European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*, s.4.

⁵⁶ Sözleşmenin 2'nci maddesine göre, Sözleşmeye taraf olan her devlet, bu sözleşmeyle öngörülen görevleri yapmak üzere merkezî bir merci (*central authority*) atayacaktır. Sözleşmenin 3'üncü maddesine göre, Sözleşmeye taraf olan devletlerin merkezî mercileri birbirleriyle işbirliği yapacak ve kendi ülkelerindeki ilgili merciler arasındaki işbirliğini geliştireceklerdir (Council of Europe, *European Convention on Recognition and*

görüşme hakkı verilmesi için mahkemeye başvurmasını talep etmesi⁵⁷ (Sözleşme m. 11, III).

Bu Tavsiye Kararındaki ilkelerin tümü, milletlerarası arabuluculuğa uygulanabilir. Bunlara ek olarak, milletlerarası arabuluculukta aşağıda sayılan özel koşullar da yerine getirilmelidir:

1) Belirli bir ülkede, tarafların arabuluculuğa başvurmak istemesi için geçerli sebepler (örneğin kültürel nedenler) bulunabilir. Bu nedenle, mümkün olduğu takdirde, taraflar arabuluculuğun yapılacağı yeri seçmekte özgür olmalıdırlar. Devletler, arabuluculukla ilgili konuları yakından incelemeli ve sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvuran taraflara en iyi koşulların sunulması için işbirliği yapmalıdırlar. Tarafların farklı ülkelerde ikamet etmesi hâlinde, arabuluculuk için daha tarafsız olacak üçüncü bir ülke dahi belirlenebilmelidir.

2) Bazı özel etkenlerin dikkate alınması için milletlerarası arabuluculara özel eğitim verilmesi gerekir. Milletlerarası arabulucular, ailelerin yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin aile hukuku sistemini ve milletlerarası belgelerde çocukların bakımı ve gözetimiyle, çocuklarla görüşmeyle ve çocuk kaçırmayla ilgili olarak yer alan temel ilkeleri dikkate almak zorundadırlar. Bunun yanında ailelerin, çocuklarıyla sınır ötesi görüşmelerle ve coğrafi uzaklıklarla ilgili anlaşmaları yaparken karşılaşacakları güçlüklerle ve çocuğun velayeti kendisine bırakılmamış olan tarafın başka bir ülkede (yargılama yetkisi yönünden farklı bir ülkede) yaşaması hâlinde daha da artacak olan, çocukların kaçırılabilmesine yönelik korkularına özel önem verilmelidir. Çocuk kaçırmamanın tehlikeleri ve sonuçları göz önünde tutulmalıdır. Milletlerarası arabulucular, tarafların yerleşecekleri ülkedeki farklı kültürel beklentileri dikkate almak zorundadırlar; zira bu etkenler, tarafların aile sorumluluklarını nasıl yerine getireceklerini ve değişen durumlara nasıl tepki vereceklerini belirlemektedir. Geniş ailelerde, çocuklarla kişisel ilişki kurulması ve çocukların terbiye ve eğitimiyle ilgili anlaşmalarda, kültürel etkenlerin diğer aile üyeleri (özellikle büyük anne ve büyük babalar) üzerindeki etkileri de incelenmelidir. Milletlerarası arabulucular, sınır ötesi uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapabilmek için, örneğin mekik arabuluculuğu (*shuttle mediation*)

Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, s.3).

⁵⁷ Council of Europe, *European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*, s.7.

veya video konferansı gibi çeşitli yöntemleri kullanarak, esnek bir biçimde çalışmalıdırlar. Milletlerarası arabulucular yabancı dil bilgisine ve özel konularda gerekli görülen uzmanları uygun bir şekilde kullanabilecekleri eğitim ve yeterliliğe sahip olmalıdırlar.

Milletlerarası arabuluculuk, mekik arabuluculuğu gibi farklı arabuluculuk biçimlerinin kullanılmasını gerektirir. Mekik arabuluculuğu, arabulucunun, fiziksel olarak birbirinden uzak olan taraflar arasında gidip geldiği arabuluculuğu ifade eder⁵⁸. Arabulucu, taraflar arasında mesaj taşıyabilir veya taraflardan biri adına aktif olarak müzakere edebilir. Bununla beraber, bu arabuluculuğun bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Örneğin, arabulucunun bütün müzakereleri yürütmesi hâlinde, tarafsız bir uzlaşma yapamama tehlikesi ortaya çıkar.⁵⁹

Bazı hâllerde bir arabuluculuk toplantısını, tele-konferans yoluyla veya birden fazla arabulucunun katılımıyla yönetmek gerekebilir. Ortak arabuluculuk (*co-mediation*), milletlerarası uyuşmazlıklarda çoğunlukla görüldüğü gibi⁶⁰, şiddetli anlaşmazlıkların veya çözülmesi güç sorunların varlığı durumunda yararlı olabilir.

Milletlerarası arabuluculuk, çocuklarla sınır ötesi görüşme hâlinde, diğer usullere nazaran şu avantajlara sahiptir:

- 1) Milletlerarası arabuluculuk, çocukların velayeti ve çocuklarla görüşme konularında anlaşma yapma sorumluluğunu ailelerin kendilerine bırakır;
- 2) Milletlerarası arabuluculuk, çözümü çok zor olan davalarda hâkimlerin işini kolaylaştırır;
- 3) Milletlerarası arabuluculuk, yargılama giderlerini azaltır.

Bir çocuğun kanuna aykırı olarak yerleşim yerinden uzaklaştırılması veya alıkoyulması hâllerinde, çocuğun geri alınması için açılan davaların görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması uygun olmayabilir. Böyle bir durumda, çocuğun hemen geri dönmesini zorunlu kılan milletlerarası bir belgeye dayanılmaktadır. Bu nedenle, herhangi bir gecikmeye yol açılmamalıdır. Bu gibi davalarda arabuluculuk, davayı sürüncemede bırakmak için bir taktik olarak kullanılabilir. Ayrıca bu hâllerde, Tavsiye Kararının altıncı ilkesinin “b” fıkrasındaki imkânı kullanan devletler, çocuğun geri dönmesi

⁵⁸ Bühring-Uhle s.285.

⁵⁹ Council of Europe, *Family Mediation*, s.25.

⁶⁰ Bühring-Uhle s.299; Özbek s.273.

hakkında karar verilmeden önce, hakları ihlâl edilen tarafı bir arabulucuyla görüşmeye zorlamamalıdır. Benzer şekilde, çocuğun uzaklaştırılması veya alıkoymasının, tarafların pazarlık konumlarındaki eşitliği olumsuz etkilemesi nedeniyle, arabuluculuk uygun olmayabilir. Arabuluculuk, çocuğun geri dönmesi için açılmış olan davanın bitmesinden sonra, çocuğun menfaatlerini koruyacak şekilde çocukla görüşmenin sürdürülmesini sağlamak için, müzakerelerin yeniden düzenlenmesinde faydalı olabilir.

Bu nedenle, "milletlerarası arabuluculuk teşvik edilmeli; fakat zorunlu tutulmamalıdır. Aileler, sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğa başvurmaya teşvik edilirlse, ailelerin bu konudaki bilgilerinin artırılması ve farklı ülkelerdeki arabulucular arasında işbirliğinin geliştirilmesi gerekir"⁶¹.

SONUÇ

Her uyuşmazlıkta olduğu gibi, aile uyuşmazlıklarında da uyuşmazlığın arabuluculukla çözülmesi herkesin yararına. Zira arabuluculuk sayesinde, taraflar arasındaki ilişkiler daha fazla gerginleşmeden taraflar arasında bir anlaşma yapılır, ailelerin ve çocukların daha çok yıpranması önlenir ve yapılacak masraflardan tasarruf edilir. Anayasamızın 41'inci maddesine göre, "aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile plânlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar". Bu çerçevede, aile uyuşmazlıklarının dostane yollarla çözümünün teşvik edilmesi devletin görevleri arasındadır. Bu amaçtan hareketle⁶², ülkemizde 4787 sayılı "Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun"⁶³ kabul edilmiştir⁶⁴. Ancak bu kanunda, Avrupa

⁶¹ Council of Europe, *Family Mediation*, s.26; Council of Europe, *Mediation in Civil Matters*, s.21.

⁶² Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Genel Gerekeçe, TBMM Tutanak Dergisi, 20'nci Birleşim, 9.1.2003, S.Sayısı 15.

⁶³ RG 18.1.2003, Sa. 24997.

⁶⁴ Aile mahkemeleri hakkında bilgi için bkz. Lale **Sirmen**, Cengiz **Koçhisarlıoğlu**, Süha **Tanrıver**, Nurhan **Süral**, Erdal **Tercan**, *Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model* (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s.1-32); Süha **Tanrıver**, *Aile Mahkemelerinin Oluşturulması Üzerine Bazı Düşünceler* (TNBHD 1998/89, s.12-16); **Tanrıver** s.948-953; Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, *Aile Mahkemeleri, Panel-11 Mart 2003*, Ankara 2003.

Konseyi Bakanlar Komitesinin R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararında aile arabuluculuğuna yönelik olarak belirlenen ilkelere yer verilmemiştir. Her ne kadar Kanunun 6'ncı maddesinde aile mahkemesinin, "evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyarak gerektiğinde uzlaştırmaya" yetkili olduğu belirtilmiş ve 7'nci maddesinde hâkimin, davanın esasına girmeden sulh yoluyla çözümü teşvik edeceği öngörülmüşse de, bu düzenlemelerin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanunda yapılacak değişikliklerle şu hususlar açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir:

- Aile uyuşmazlıklarının gerek mahkeme yönetimli arabuluculuk (*court management mediation*), gerek yargı dışı arabuluculuk (*out-of-court mediation*) yoluyla çözümü, arabuluculuğun işleyiş usulü ve arabulucularda aranacak nitelikler ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Bu düzenlemede, mukayeseli hukuktaki emsal uygulamalar yanında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı özellikle dikkate alınmalıdır.
- Aile mahkemelerinde aile arabuluculuğuna ilişkin deneme programları uygulamaya koyulmalı, hukukçuların bu usulü öğrenmesi ve uygulaması sağlanmalı ve arabuluculuk topluma tanıtılmalıdır.
- Hukukçulara, aile arabuluculuğunun işleyişi ve özellikleri hakkında eğitim verilmelidir.
- Mukayeseli hukuktaki aile arabuluculuğu programları izlenmeli ve bu programları uygulayan ülkelerle işbirliği yapılmalıdır.
- Aile arabuluculuğu, yabancı unsur taşıyan (sınır ötesi) aile uyuşmazlıklarının çözümünde geliştirilmelidir.

Arbuluculuğun özel hukukun tamamında ve mümkün olan konularda kamu hukuku (ceza hukuku ve idare hukuku) alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde yaygınlaştırılmasıyla, daha barışçıl bir toplum oluşturulabilecek, uyuşmazlıkların sayısı, mahkemelerin iş yükü ve yargılama giderleri azaltılacak, sonuçta adaletin etkinliği artırılabilecektir.