

ULUSLARARASI ÇOCUK
KAÇIRMALARDA ARABULUCULUK

ELİF HANDE ALTINTAŞ

TARAFINDAN

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT
ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜNE SUNULAN TEZ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZİRAN 2017

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ONAYI

Doç. Dr. Seyfullah YILDIRIM

Enstitü Müdür Vekili

Bu tezin yüksek lisans derecesi için gereken tüm şartları sağladığımı tasdik ederim.

Yrd. Doç. Dr. Ünsal DÖNMEZ

Anabilim Dalı Başkanı adına vekâleten

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin bir Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığımı beyan ederiz.

Doç. Dr. Musa AYGÜL

Danışman

JÜRİ ÜYELERİ

Prof. Dr. Vahit Doğan

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Musa AYGÜL

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İntihal Sayfası

Bu tez içerisindeki bütün bilgilerin akademik kurallar ve etik davranış çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu beyan ederim. Ayrıca bu kurallar ve davranışların gerektirdiği gibi bu çalışmada orijinal olmayan her tür kaynak ve sonuçlara tam olarak atıf ve referans yaptığımı da beyan ederim; aksi takdirde tüm yasal sorumluluğu kabul ediyorum.

Adı Soyadı : Elif Hande ALTINTAŞ

İmza : 

ÖZET

ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUK

Altıntaş, Elif Hande

Yüksek Lisans, Hukuk Bölümü

Tez Yöneticisi: Doç. Dr. Musa AYGÜL

Haziran 2017, 154 sayfa

Bu çalışmada, Türkiye'nin de taraf olduğu 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme uyarınca, Türk hukukunda uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıklarda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk yönteminin uygulanması meselesi ele alınacaktır. Bu kapsamda uluslararası çocuk kaçırmalarda arabuluculuğun uygulanabilirliği konusundaki Türk hukukunun hukukî temelleri tespit edilecek, karşılaştırmalı hukuklardaki örnek arabuluculuk uygulamaları ve pilot projeler incelenecektir. Bunlarla birlikte uluslararası çocuk kaçırmalarda arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin uluslararası belgeler incelenerek, Türk hukukuna özgü Sözleşme ile uyumlu uluslararası çocuk kaçırmalarda başvurulabilecek yeni bir arabuluculuk modeli oluşturulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Çocuk Kaçırma, Uluslararası Çocuk Kaçırmalarda Arabuluculuk, La Haye Sözleşmesi, Arabuluculuk

ABSTRACT

MEDIATION IN INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

Altıntaş, Elif Hande

LLM., Department of Law

Supervisor: Doç. Dr. Musa AYGÜL

June 2017, 154 pages

In this thesis; as an alternative dispute resolution method, mediation in international child abduction cases will be covered based on Convention on The Civil Aspects of International Child Abduction (Concluded October 25, 1980). In this context, the legal bases of mediating child abduction cases will be determined in Turkish law. In over the world, pilot projects and countries practices on mediating international child abduction cases will be analysed. In addition to these, international documents about mediating child abduction cases will be examined and a new mediation model that is compatible with contract and special features of abduction cases will be created.

Keywords: International Child Abduction, Mediating International Chil Abduction Cases, Mediating Hague Convention Cases, Mediation

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL SAYFASI	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR CETVELİ.....	ix
GİRİŞ.....	1
BÖLÜM I:.....	3
ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKÎ VEÇHELERİNE DAİR SÖZLEŞME KAPSAMINDA İADE USULLERİ VE ARABULUCULUĞUN BU USULLER İÇERİSİNDEKİ YERİ VE ÖNEMİ.....	3
1. GENEL OLARAK ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMA	3
2. 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKÎ VEÇHELERİNE DAİR SÖZLEŞMENİN TARİHÇESİ VE SÖZLEŞMEDE KULLANILAN HUKUKÎ KAVRAMLAR	8
2.1. 1980 LA HAYE SÖZLEŞMESİNİN HAZIRLIK SÜRECİ VE AMACI.....	8
2.2. LA HAYE SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNDE KULLANILAN HUKUKÎ KAVRAMLAR ...9	
2.2.1. KORUMA HAKKI.....	9
2.2.2. ŞAHSÎ İLİŞKİ KURMA HAKKI.....	11
2.2.3. ÇOCUĞUN HAKSIZ KAÇIRILMASI VEYA ALIKONULMASI	12
2.2.4. MUTAD MESKEN	13
3. LA HAYE SÖZLEŞMESİNDE ÇOCUĞUN İADESİ YÖNTEMLERİ.....	15
3.1. GENEL OLARAK	15
3.2. ÇOCUĞUN MAHKEME YOLUYLA İADESİ	17
3.3. ÇOCUĞUN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ İLE İADESİ.....	20
4. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR.....	26
4.1. ARABULUCULUĞUN ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA UYGUN OLMADIĞI GÖRÜŞÜ	26
4.1.1. ARABULUCULUK SÜRECİNDE KAPSAMA YÖNELİK ELEŞTİRİLER.....	26
4.1.2. ARABULUCULUĞUN İVEDİ İADE SÜRECİNİN ENGELLEYECEĞİ GÖRÜŞÜ	27

4.2. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLECEĞİ GÖRÜŞÜ	31
4.2.1. GENEL OLARAK	31
4.2.2. SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLETİLMESİNİN FAYDALARI	32
4.2.2.1. Arabuluculuk Sürecinde Üzerinde Tartışılıp Karara Varılabilecek Konuların Kapsamının Daha Geniş Olması	32
4.2.2.2. Arabuluculuk Sürecinde Çocuğun Menfaatinin Yargılamaya Nazaran Daha Çok Dikkate Alınabilmesi	35
4.2.2.3. Arabuluculuk Sonucu Oluşan Anlaşma Metninin İcra Edilebilirliği	38
4.2.2.4. Arabuluculuk Sürecinde Çocuğun Dinlenebilmesi	42
4.2.2.5. Çocuğun Mahkeme Kararı İle İadesinin Pahalı Olması	47
4.2.2.6. Arabuluculuk Sürecinin Çocuğun Yerleşim Yerinin Birden Çok Kez Değiştirilmesinin Önüne Geçmesi	50
4.2.2.7. Arabuluculuğun Yaptırıma İlişkin Avantajları	52
4.2.2.8. Online Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Arabuluculuk Sürecinde Uygulanabilirliği	53
4.2.2.8.1. Genel Olarak	53
4.2.2.8.2. Online Arabuluculuk Sürecinin Yaratabileceği Sorunlar	55
4.2.2.8.3. Online İletişim Araçları ile Arabuluculuğun Gerçekleştirilmesi	57
4.2.2.9. Arabuluculuk Sürecine Üçüncü Kişinin Dahil Olabilme İmkânı	59
4.2.2.10. Aile İçi Şiddetin Yaşandığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulanabilirliği	60
BÖLÜM II:	64
ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇELERİNE DAİR SÖZLEŞME KAPSAMINDA ARABULUCULUĞUN UYGULANMASI.....	64
1. GENEL OLARAK.....	64
1.1.1. Bilgilendirmeye Bağlı Onay	65
1.1.2. Somut Uyuşmazlık Konusu Olayın Arabuluculuğa Uygunluğu	66
2. ULUSLARARASI TOPLUMDA LA HAYE SÖZLEŞMESİ İLE UYUMLU BİR ARABULUCULUK MODELİ OLUŞTURMA ÇALIŞMALARI	67
2.1. GENEL OLARAK	67
2.2. ARABULUCULUĞA DAİR DOĞRU UYGULAMA REHBERİ	68
2.3. MALTA SÜRECİ.....	72
2.4. BRÜKSEL II-a TÜZÜĞÜ.....	74
3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA LA HAYE SÖZLEŞMESİ UYARINCA ARABULUCULUK UYGULAMALARI.....	77
3.1. GENEL OLARAK	77
3.2. ALMANYA.....	79
3.3. FRANSA	81

3.4. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ	82
3.5. ARJANTİN.....	83
3.6. BREZİLYA	84
3.7. İNGİLTERE	85
4. LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ARABULUCULUK YOLUNA GİDEBİLMENİN HUKUKİ DAYANAKLARI	89
4.1. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİNİN LA HAYE SÖZLEŞMESİNDEKİ DAYANAKLARI	89
4.2. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİNİN TÜRK İÇ HUKUKUNDAKİ KANUNİ DAYANAKLARI	91
4.3. İADE SÜRECİNDE TÜRK MERKEZİ OTORİTESİNİN ROLÜ	99
4.4. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMÜNDE TÜRK HUKUKUNDA MEVZUAT SORUNU.....	104
5. TÜRK HUKUKUNDA LA HAYE SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK SÜRECİ.....	106
5.1. GENEL OLARAK	106
5.2. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM ve ARABULUCULUK SÜRECİ	107
5.2.1. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM.....	107
5.2.2. ARABULUCULUK SÜRECİNDE İVEDİLİK SORUNU	108
5.2.3. ARABULUCULUK SÜRECİNDE KARARA VARILACAK KONULARIN KAPSAMI SORUNU	109
5.2.4. TÜRK HUKUKUNDA LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDAKİ ARABULUCULUK SÜRECİNDE MASRAF SORUNU.....	110
5.2.5. ARABULUCULUK SÜRECİNİN YAPTIRIMA İLİŞKİN AVANTAJLARI SORUNU	111
5.3. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCUNUN TAŞIMASI GEREKEN NİTELİKLERİ	111
5.3.1. ARABULUCULARIN SAYISI, CİNSİYETİ, VATANDAŞLIĞI.....	111
5.3.2. ARABULUCUNUN EĞİTİMİ.....	117
5.3.3. ARABULUCULUĞUN YAPILACAĞI YER ve ZAMANI.....	119
5.3.4. ARABULUCULUK SÜRECİNE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN VE ÇOCUĞUN KATILIMI.....	120
5.3.5. HUAK'A GÖRE AİLE İÇİ ŞİDDET İDDİASININ VARLIĞI HALİNDE ARABULUCULUK.....	121
SONUÇ.....	129
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	133

KISALTMALAR CETVELİ

- AB** : Avrupa Birliği
- AMK** : Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
- bkz** : Bakınız
- C** : Cilt
- CMK** : Ceza Muhakemesi Kanunu
- Dn.** : Dipnot
- E.** : Esas Numarası
- Ed.** : Editör
- Eds.** : Editörler
- E.K.** : Arabuluculuk Etik Kuralları
- E.T.** : Erişim Tarihi
- EÜHFD** : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- HD** : Hukuk Dairesi
- HGK** : Hukuk Genel Kurulu
- HMK** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
- HUAK** : Hukukî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu
- HUAKY** : Hukukî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği

- İHFM** : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
- K.** : Karar Numarası
- L. S.** : Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî veçhelerine Dair Sözleşme
- md.** : Madde
- MHB** : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
- RG** : Resmî Gazete
- s.** : Sayfa
- S** : Sayı
- T.** : Tarih
- TAAD** : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
- TBB** : Türkiye Barolar Birliği
- TCK** : Türk Ceza Kanunu
- TMK** : Türk Medenî Kanunu
- UÇKK** : Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön Ve Kapsamına Dair Kanun
- vd.** : ve devamı
- Vol** : Volume
- Y.** : Yıl

GİRİŞ

Teknolojideki gelişmeler, seyahat edebilme ve iletişim imkânının gelişmesine katkı sağlamıştır. Bu gelişmelerle birlikte, farklı ülkelerden ve kültürlerden kişilerin birbirlerini tanıyıp evlenmelerine daha sık rastlanır olmuştur. Ancak, yapılan bu çok kültürlü evliliklerde, kültür, dil, din farklılığı gibi sebepler, boşanma oranlarını hızla arttırmıştır.

Boşanma aşamasına gelen ebeveynler, eşlerinin canını yakmak amacıyla ya da evliliği süresince farklı kültür, dil, din içerisinde yaşamının getirdiği sıkıntılar dolayısıyla, çocuğunu diğer eşten kaçırma yoluna gidebilmektedir. 1970'li yıllardan sonra sayısı hızla artan uluslararası çocuk kaçırmalara yönelik ortak bir tedbirin alınabilmesi amacıyla La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferanslarında, özel bir komisyon kurularak çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. 24 Ekim 1980 tarihinde on dördüncü oturumda, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme tamamlanmıştır. Sözleşmede, çocuğun mutad meskenine, mahkeme yoluyla iadesi mümkün olduğu gibi, mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile uyuşmazlıkların çözümü de mümkün kılınmıştır.

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin 7(1)(c) maddesinde merkezi makamlara “*çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak*” ödevi yüklenmiştir. Ayrıca 10'uncu maddesinde de “*çocuğun bulunduğu Devletin merkezî makamının, çocuğun isteyerek teslimi yolunda tüm önlemleri alacağı veya aldiracağı.*” hüküm altına alınmıştır. Sözleşmede yer alan bu iki hükme, ebeveynleri alternatif çözüm yoluna yönlendirmek amacıyla yer verildiği Sözleşmenin açıklayıcı raporunda ve doktrinde kabul edilmektedir.

Sözleşme kapsamında çocuğun gönüllü iadesinin sağlanması amacıyla tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kullanılabilecekken yapılan çalışmalar sonucunda, 2011 yılında La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu tarafından, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi hazırlanmıştır. Bu rehber, La Haye Sözleşmesine taraf olan ülkelere, mahkeme dışı çözüm yollarına başvurulması durumunda, Sözleşmenin amaçları ile uyumlu iç düzenlemeler yapabilmeleri için tavsiyelerde bulunurken, taraf ülkeler arasında yeknesak arabuluculuk uygulamasının sağlanabilmesi için de, olması gereken arabuluculuk modeline ilişkin tavsiyelerde bulunmaktadır.

Sözleşmenin Türkiye’de uygulanmasını sağlamak amacıyla, 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair uygulama kanunu hazırlanmıştır. Bu Kanunun 5 ve 8’inci maddelerinde, uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların gönüllü yollar ile çözülebileceği belirtilmiş ise de ülkemizde, Sözleşmenin uygulanması bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ne doktrinde ele alınan bir konu olmuş ne de, uygulamada başvurulan bir yöntem olmuştur. Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmeye taraf olan ülkemizde, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümüne ilişkin var olan bu boşluğun giderilebilmesi için, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci çalışmamızın konusu olarak seçilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin tarihçesi ve kaçırılan çocuğun mahkeme yoluyla iadesinden kısaca bahsedildikten sonra, uyuşmazlığın gönüllü olarak çözülebilmesi için başvurulabilecek yol olan alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminden kısaca bahsedilecektir. Bu açıklamaların ardından, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözümlenmesine ilişkin, doktrinde var olan olumlu ve olumsuz yaklaşımlar incelenerek, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk sürecinin işletilmesinin mahkeme yargılamasına göre avantajlı yönleri açıklanacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise La Haye Sözleşmesi kapsamında arabuluculuk uygulamalarına yer verilecektir. Bu kapsamda, uluslararası toplumda La Haye Sözleşmesi ile uyumlu arabuluculuk modeli oluşturma çabaları ile akid devletlerde var olan arabuluculuk uygulamaları incelendikten sonra, Türk hukuku açısından uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü hususu incelenecektir. Bu incelemelerde, sözleşme ile uyumlu, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde öngörülen tavsiyelere uygun arabuluculuk sürecinin işletilmesi aşamasında, Türk hukukunda uluslararası çocuk kaçırmaların niteliğine özgü, özel arabuluculuk düzenlemesinin olmamasının yaratacağı hukukî sorunlar da tespit edilecektir.

BÖLÜM I:

ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKÎ VE ÇEHELERİNE DAİR SÖZLEŞME KAPSAMINDA İADE USULLERİ ve ARABULUCULUĞUN BU USULLER İÇERİSİNDEKİ YERİ ve ÖNEMİ

1. GENEL OLARAK ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMA

Çocuğun anne veya baba tarafından kaçırılması¹ hususu son yüzyılda karşımıza sıklıkla çıkmaktadır². Kaçırımların bir kısmı uluslararası nitelik taşıırken, bir kısmı ise uluslararası niteliği haiz değildir. Çocuğun anne veya babası tarafından, ülke içerisinde başka bir yere götürülmesi veya alıkonulması durumlarında, iç hukukun verdiği imkânlar ile birlikte

¹ Türkçe’de anne veya baba tarafından çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden bir başka ülkeye kaçırılmasını ifade edebilmek için, “kaçırma” kavramından başka bir kavram söz konusu değilse de, İngilizce’de bu durumu ifade edebilmek adına “*parental child abduction*” ve “*parental child kidnapping*” kavramları kullanılmaktadır. Her iki kavram arasında keskin bir farkın olduğu kabul edilmekte ise de yazarlar, iki kavramın birbirlerinin yerine kullanılabileceğini ifade etmektedirler. “*Kidnapping*” kavramı, ceza hukukunu ilgilendiren cezaî boyutu söz konusu olan olaylar için kullanılan bir ifade iken, “*abduction*” kavramı cezaî boyutu olmayan olaylar için kullanılacak bir kavram olarak kabul edilmektedir. Julia Alanen, anne veya baba tarafından çocuğun kaçırılması durumları için “*kidnapping*” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Yazara göre anne veya babanın, çocuğu mutad meskeninden başka bir ülkeye götürmesi durumunda potansiyel bir suç ihtimalinin bulunması sebebiyle “*abduction*” kavramının yerine “*kidnapping*” kavramının kullanılması daha doğru olacaktır. Yazar, bu potansiyel suç ihtimaline vurgu yapabilmek adına “*kidnapping*” ifadesinin kullanmayı tercih etmiştir: bkz. Alanen, Julia, “When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense”, *University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 40, 2008, s. 50, (49-108). Ancak 1982 tarihli La Haye Çocuk Kaçırma Sözleşmesi açıklayıcı raporunda, Pérez-Vera “*kidnapping*” kavramı yerine “*abduction*” kavramının kullanılması konusuna vurgu yapmıştır. Pérez’e göre, “*kidnapping*” ifadesi kullanıldığında uyuşmazlığın çözümü meselesi sadece ceza hukukunu ilgilendirirken, “*abduction*” kavramının kullanılması durumunda çözüm için dostane uyuşmazlık çözüm yollarının da açık olacağı anlaşılmaktadır: Pérez-Vera, Elisa, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779> (E.T. 23.10.2016), s. 29; Finan, Cara L., “Convention on the Rights of the Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 34, s. 1013, (1007-1038).

² Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak, 2015 yılı içerisinde sadece Amerika Birleşik Devletleri’nde yaşanan uluslararası çocuk kaçırımlarının sayısı 600’den fazladır ve kaçırılan çocuklardan 16’sı Türkiye’ye getirilmiştir: bkz. U.S. Department of State Bureau of Consular Affairs 2016 “Annual Report on International Parental Child Abduction (IPCA)”

[https://travel.state.gov/content/dam/childabduction/complianceReports/2016%20IPCA%20Report%20-%20Final%20\(July%2011\).pdf](https://travel.state.gov/content/dam/childabduction/complianceReports/2016%20IPCA%20Report%20-%20Final%20(July%2011).pdf) (E.T: 23.10.2016).

çocuğun mahkeme ve kolluk yardımı ile iadesi mümkün olmaktadır³. Ancak kaçırma olaylarının uluslararası nitelik taşıması durumunda, çözüm bu kadar kolay olmamaktadır. Zira uluslararası uyuşmazlıklar, *forum shopping*⁴, kültürel ve dinî hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar gibi bir takım pratik ve hukukî zorlukları da bünyesinde taşımaktadır⁵.

Çocuğun anne veya babası ya da üçüncü bir kişi⁶ tarafından, hukuka aykırı olarak bulunduğu ülkeden başka bir ülkede alıkonulması ya da başka bir ülkeye götürülmesi uluslararası çocuk kaçırma olarak tanımlanmaktadır⁷. Son yüzyılda, çocukların anneleri ya da babaları tarafından kaçırılmasına daha sık rastlanmaya başlanmıştır⁸. Teknolojideki gelişmelerle birlikte 1970’li yıllardan itibaren iletişim ve seyahat imkânlarındaki artışla farklı kültürlerle sahip kişiler arasındaki iletişim artış göstermiştir⁹. Ayrıca, ekonomik gelişmeler ve küreselleşme, uluslararası turizm, seyahat ve iletişim imkânları gibi pek çok alana etki etmiştir. Seyahat imkânlarının gelişmesinin, iletişimin çeşitlenmesinin ve hız kazanmasının ve turizmdeki gelişmelerin aile yaşamına da bazı etkileri olmuştur. Küreselleşmeyle birlikte, farklı ülke vatandaşlığına sahip kişiler arasında evlilikler artış

³ Altuntaş, İlnur, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi”, 2006, s. 1.

⁴ *Forum shopping* kavramı, milletlerarası usul hukukunda kullanılan ve davacının lehine olacak kararı verecek yetkili mahkemenin seçilmesi anlamını taşımaktadır. Bir diğer ifade ile, dava konusu uyuşmazlık hakkında birden fazla ülke mahkemesinin yetkili olması durumunda davacının, lehine karar verecek olan mahkemede davasını açması anlamını taşımaktadır. Bu ise davalının daha önceden aklına gelmeyen bir sonucun ortaya çıkmasına neden olabilecektir: bkz. Sevig, Vedat Raşit, “Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı” İHFM, C. LV, S. 3, 1997, s. 179, (179-190); Moore, Kimberly A., “Forum Shopping in Patent Cases: Does Geographic Choice Affect Innovation”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, Vol. 83, August 2001, s. 561, (558-603).

⁵ Reynold, Sara, “International Parental Child Abduction: Why We Need To Expand Custody Rights Protected Under The Child Abduction Convention”, *Family Court Review*, Vol. 44, No. 3, July 2006, s. 466, (464-483); Ataman Figanmeşe, İnci, “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, *Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, MHB*, İstanbul, 1999, s. 55, 56, (55-100).

⁶ Bu kişiler, vasi olabileceği gibi anneanne, babaanne gibi yakın aile üyeleri de olabilir: Altuntaş, s. 48; Giray, Faruk Kerem, “Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi”, 2010, s. 27 vd.

⁷ Zawid, Jennifer, “Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators”, *Inter-American Law Review*, Vol. 40: 1, 2008-2009, s. 4, (1-47); Martin, Nuria Gonzales, “International Parental Child Abduction and Mediation Sustracción internacional de menores y mediación”, *Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2015, s. 355, (353-412); Bozdağ, Gonca Gülfem, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri” (Red Nedenleri), 2014, s. 22.

⁸ Halabi, Sam F. “The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Latent Domestic Relations Exception to Federal Question Jurisdiction”, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 2016, s. 692, (692-739).

⁹ Bozdağ (Red Nedenleri), s. 19 vd.; Ataman Figanmeşe, s. 57.

göstermiştir¹⁰. Bunların sonucunda yaşanan evliliklerdeki din, dil, kültür bakımından farklılıklar, eşler arasında iletişim eksikliği ve yanlış anlaşılma gibi problemlere sebebiyet vermiştir¹¹. Dolayısıyla bu farklılıkların meydana getirdiği birtakım sorunlar, boşanmalara sebep olmuş¹² ve bu boşanmalar da uluslararası çocuk kaçırmaların sayısının artması sonucunu doğurmuştur. Bu durum, yurtdışında çok sayıda vatandaşa sahip olan ülkemizi de çocuk kaçırma olaylarındaki sayıların artması şeklinde etkilemiştir¹³. Zira evlilik birliği devam ederken eşlerin birlikte karar aldıkları nerede yaşanacağı ya da çocuğun nerede büyüüleceği sorusu, evliliğin sona ermesi ile birlikte eşlerin bireysel olarak karar almak istediği bir sorun haline gelmektedir¹⁴. Sayıdaki bu artış, çocuk kaçırma olaylarını, uluslararası boyutta dikkat edilmesi gereken ve üzerinde durulması gereken bir sorun haline getirmiştir¹⁵. Bu sorunun çözümü için yapılan çalışmalar 1980 tarihinde hazırlıkları tamamlanan ve 1983 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukukî Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi ile tamamlanmıştır¹⁶.

Sözleşmenin ruhuna bakıldığında iki düşüncenin Sözleşmeye tamamıyla hâkim olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki, uygulamada var olanın aksine, çocuğu kaçıran tarafın

¹⁰ Martin, s. 355.; Schuz, Rhona, “The Doctrine Of Comity In The Age Of Globalization: Between International Child Abduction and Cross-Border Insolvency” (Globalization), *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, s.33, (33-107).

¹¹ Giray, s. 2; Carl, Eberhard/Walker, Jamie, “Mediation in Action”, in *Cross-Border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Paul, Christoph C./ Kieseewetter, Sybille (Eds.), 2014, s. 75, (75-93); Stranko, Major W. A., “International Child Abduction Remedies”, *The Army Lawyer*, 1993, s. 28, (28-64).

¹² Örneğin, Avrupa’da bir yılda 170.000 boşanma kayıt altına alınmaktadır. Bununla birlikte tüm dünyada her yıl 100.000’den fazla çocuk kaçırma yaşandığı tahmin edilmektedir: Kieseewetter, Sybille/ Paul Christoph C., “Family Mediation in International Context”, in *Cross-Border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Paul, Christoph C./ Kieseewetter, Sybille (Eds.), 2014, s. 11, (37-55).

¹³ Nebioğlu Öner, Şebnem, “Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması Ve Kısa Bir İçtihat Analizi”, *TBB Dergisi*, 2014, s. 478, (477-516); Giray, s. 1, 2; Bozdağ (Red Nedenleri) s. 19; Martin s. 355.

¹⁴ Lubin, Barbara E. “International Parental Child Abduction: Conceptualizing New Remedies Through Application of the Hague Convention” *Washington University Global Studies Law Review*, Volume 4, Issue 2, January 2005, s. 416, (415-445).

¹⁵ Steward, Priscilla, “Access Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 21:308, 1997-1998, s. 315-316, (308-358); Takcı, Tuğçe, “Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri”, *TAAD*, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, s. 1040, (1039-1078).

¹⁶ Sözleşme Türkiye tarafından 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanmış, 31 Mayıs 2000’de onaylanmıştır: Giray, s. 42. Ülkemiz açısından sözleşme ise 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğü girmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuku ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 16.11.2011 tarihli 65/2 sayılı Genelge, (E.T.: 20.10.2016) http://www.adalet.gov.tr/Genelgeler/genelge_pdf/65-2.pdf; Altuntaş, s. 60.

koruma hakkına sahip olmayan babanın olacağı düşüncesi iken, bir diğeri ise, çocuğun kaçırılmasında çocuğun menfaati ve refahının dikkate alınmadığı düşüncesidir¹⁷. Her ne kadar Sözleşme kaçırma ve alıkoyma olaylarının babalar tarafından gerçekleştirileceği kanaatiyle hazırlanmışsa da, uluslararası çocuk kaçırmalar üzerine yapılan başvurular incelendiğinde, kaçırma ve alıkoyma vakalarının büyük bir kısmının anneler¹⁸ tarafından gerçekleştirildiği görülmüştür¹⁹. Zira evliliği sebebiyle uzun yıllar ülkesi dışında yaşamak zorunda kalan anneler, evliliklerinin sıkıntıya girmesi ya da sona ermesiyle aile ve çevre desteğine ihtiyaç duyduklarından menşe ülkelerine dönüş yapmak istemektedir. Bu amaçla anneler, çocuklarından ayrılmamak adına, çocuklarını da alarak kendi ülkelerine dönmektedir²⁰. Ayrıca uzun yıllar yurt dışında yaşayan anne, yaşadığı ülkeye adapte olamamakta ya da evliliğindeki problemlerle birlikte kendini yalnız ve izole edilmiş hissedebilmektedir. Zira dil problemi ve kültürel farklılıkların yanı sıra, memleket özlemi de bu duyguların nedenini oluşturmaktadır²¹. Kaçırmaların çoğunlukla anneler tarafından gerçekleştirilmesinin bir diğeri ise, aile içi şiddet oluşturmaktadır. Aile içi şiddetle karşılaşan kadın, bu durumdan kurtulabilmek için çareyi çocuğuyla birlikte kaçışta bulmaktadır²².

Uluslararası çocuk kaçırmaların ebeveynler üzerinde duygusal açıdan stres ve gerginlik gibi etkileri olduğu gibi, kaçırılan çocuklar üzerinde de etkisi vardır²³. Çocuğu kaçırılan ebeveyn, çocuğunu kaybetme korkusunun beraberinde getirdiği acı, ümitsizlik, öfke gibi sıkıntıları yaşadığı gibi, çocuğunu geri alabilmek adına kendisine yabancı, dil, kültür ve mahkeme ile de yüzleşmektedir. Bu ise ebeveyne hem duygusal hem finansal zorluklarla

¹⁷ Vigers, s. 62.

¹⁸ 2008 yılında La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından yayınlanan istatistiksel verilere göre; kaçırmaların %68'i anneler tarafından gerçekleştirilirken, %29'u babalar tarafından gerçekleştirilmektedir. Bunun yanında kaçırmaların %1 büyük anne veya büyük baba tarafından, %1'i büyük anne ve büyük babaların beraber torununu kaçırmaları şeklinde, %1 oranında diğeri akrabalar tarafından, %1 oranında da üçüncü kişilerce gerçekleşmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: "A Statistical Analysis Of Applications Made In 2003 Under The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction Part I – Overall Report", Prel. Doc. No 3, Part I (2007 update), September 2008, s. 21, (E.T.:09.12.2016) https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_pd03e1_2007.pdf; Zawid, s. 4; Alanen s, 54.

¹⁹ Vigers, Sarah, "Mediating International Child Abduction Cases- The Hague Convention", 2011, s. 64 vd.

²⁰ Silberman, Linda, "The Hague Child Abduction Convention Turns Twenty: Gender Politics And Other Issues", *International Law and Politic*, Vol. 33, 2000, s. 224, (221-250); Zawid, s. 24.

²¹ Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 8.

²² Alanen, s. 53 vd.

²³ Reunite Pilot Scheme s. 5.

başa çıkmak zorunluluğunu yüklemektedir²⁴. Kaçırılma, çocuk bakımından da stresli bir durumdur²⁵. Kaçıran taraf genellikle çocuğu, geride kalan ebeveynin kendisini istemediği ya da tehlikeli olduğu yönünde ikna etmeye çalışmaktadır. Bu durum çocuk ile geride kalan ebeveyn arasındaki ilişkinin zarar görmesine ve hatta kaçırmanın çözüme ulaşmasının uzun sürdüğü zamanlarda, çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişkinin sona ermesine sebebiyet vermektedir²⁶. Çocuğun anne veya babasından ayrı kalmasının yanında, kaçırma sonucu farklı dil, kültür, sosyal çevre ve eğitim sistemi ile karşılaşması, onun açısından kaçırmanın yaratmış olduğu olumsuz etkileri de arttırmaktadır²⁷.

Çocuk kaçırılmalardaki artışlar ve bu olayların olumsuz etkileri nedeniyle 1980 tarihinde kaleme alınan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme²⁸, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen bir çocuğun bir an evvel mutad meskenine iadesini gerçekleştirerek çocuğun üstün menfaatini sağlamayı ve çocuk kaçırılmaların olumsuz etkilerini giderebilmeyi amaçlamaktadır²⁹. Sözleşme, diğer sözleşmelerden ayrı olarak, maddî hukuka ilişkin düzenlemelere yer vermeksizin adlî ve idarî alanda bir iş birliğini öngörmektedir. Bir diğer ifade ile Sözleşmede, uygulanacak hukukun tespiti veya mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümlere yer verilmekten ziyade, Sözleşmenin amacına ulaşabilmek adına görev yapacak makamların ve mahkemelerin yetkileri kaleme alınarak adlî ve idarî iş birliği öngörülmüştür³⁰.

Sözleşmenin hazırlanışı esnasında çocuğun mutad meskenine iadesinin dört pratik sonucunun olduğu düşünülmüştür. Öncelikle, çocuğun mutad meskeni ile güçlü bir bağı olması sebebiyle çocuğun bir an evvel iadesi gerekli görülmüştür. Bunun yanında hızlı iade ile çocuğu kaçırın kişinin bulunduğu ülkede kendi lehine mahkeme kararı almasının önüne geçilmektedir. Ayrıca, çocuğun iadesi sonrasında, mutad mesken mahkemesinde açılan koruma hakkına ilişkin dava süresince, çocuğun koruma hakkına sahip ebeveynin yanında kalması imkânı sağlanmış olmaktadır. Son olarak, yapılan yargılama sonucunda çocuk,

²⁴ Reynold, s. 466; Paul/ Kiesewetter, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 44.

²⁵ Ataman Fıganmeşe, s. 55.

²⁶ Alanen, s. 57; Reunite Pilot Scheme, s. 5.

²⁷ Alanen, s. 59; Ataman Fıganmeşe, s. 55.

²⁸ Bundan sonra çalışmamızda La Haye Sözleşmesi ya da Sözleşme olarak anılacaktır.

²⁹ Giray, s. 22; Finan s. 1013; Aytaç, Mehlika, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar", *Adalet Dergisi*, Yıl 96, S. 20, Eylül 2004, s. 36, (34-65). Ayrıca bkz: (L.S. md. 16).

³⁰ Bozdağ, (Red Nedenleri), s. 34, 35; Giray, s. 21, 22.

koruma hakkına sahip ebeveyninin yanında mutad meskeninde kalmaya devam edecek ve diğer ebeveynin de çocuk ile şahsî ilişki kurma hakkı temin edilmiş olacaktır³¹. Ayrıca çocuğun mutad meskenine iade edileceğinin bilinmesi, ileride yaşanacak olan çocuk kaçırma vakalarının da önüne geçilmesini sağlayabilecektir³².

2. 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR SÖZLEŞMENİN TARİHÇESİ VE SÖZLEŞMEDE KULLANILAN HUKUKİ KAVRAMLAR

2.1. 1980 LA HAYE SÖZLEŞMESİNİN HAZIRLIK SÜRECİ VE AMACI

La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının on dördüncü oturumu 6 ve 25 Ekim 1980 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. 25 Ekim 1980 tarihinde küreselleşmenin beraberinde getirdiği bir sorun olan uluslararası çocuk kaçırılmalarda ülkeler arası iş birliğini sağlayacak olan sözleşmenin yazımı tamamlanmıştır³³.

Sözleşmeyi hazırlayanlarca, çocuğun kaçırılması durumunda, aile yaşamını sürdürememesi ve alışmış olduğu ortamdaki kopması sebebiyle, onun bir an önce mutad meskenine iadesi, Sözleşmenin amaçları arasında görülmüştür³⁴. Çocuğun bir an önce mutad meskenine iadesi ile asıl hedeflenen ise, çocuk bakımından kaçırmanın sebep olacağı olumsuzlukların en aza indirilmesidir³⁵. Çocuğun bu şekilde bir an evvel iadesi, potansiyel kaçırılmaların da önüne geçmede önemli bir etken olacaktır³⁶. La Haye Sözleşmesinin amacı, koruma hakkına³⁷ ilişkin sorunları çözüme kavuşturmak değildir. Aksine Sözleşmeye göre, koruma hakkına ilişkin en doğru kararı verebilecek olan mahkeme, çocuğun mutad meskeni mahkemesidir ve Sözleşme kapsamında verilecek bir iade kararı koruma hakkının esasını

³¹ Vigers, s. 63; Takcı, s. 1041; Altuntaş, s. 22 vd.

³² Schuz, Rhona, "The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights Transnational Law&Contemporary Problem" *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 12, 2002, s. 398, (393-452).

³³ Shulman Paula, "Brazil's Legacy Of International Parental Child Abduction: Mediation Under The Hague Abduction Convention As A Solution", *Cardozo J. Of Conflict Resolution*, Vol. 16, 2014, s. 238, (237-263); Pérez-Vera, s. 426.

³⁴ Finan, s. 1013; Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman Figanmeşe, İnci, "Milletlerarası Özel Hukuk", İstanbul, 2016, s. 157; Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır, "Milletlerarası Özel Hukuk", 2016, s. 271.

³⁵ Öner, s. 481.

³⁶ Giray, s.23.

³⁷ Türk hukukunda koruma hakkı yerine velâyet kavramının kullanıldığı da görülmektedir. Çalışmamızda koruma hakkı kavramının kullanılmasını tercih etmekteyiz. Bu hususa ilişkin açıklamalar için: bkz: Bölüm I, 2, 2.2,2.2.1

etkilemeyecektir. Bu düzenlemenin arkasında yatan düşünce, mutad mesken mahkemesinin çocuğun devamlı yaşadığı ortama en yakın mahkeme olması dolayısıyla, çocuğun menfaatini en doğru şekilde inceleyebilecek mahkeme olduğu kanaatidir³⁸. Sözleşmede bu hususun açıkça belirtilmiş olması da potansiyel çocuk kaçırımları önlemede etkin bir faktördür (L.S. md. 16, 19)³⁹. Zira, çocuğun ebeveynlerinden biri tarafından kaçırılmasında en etkili sebeplerden birisi de, kaçırılan tarafın çocuğu götüreceği ülkede koruma hakkını alabileceğine ilişkin inançtır⁴⁰.

2.2. LA HAYE SÖZLEŞMESİ HÜKÜMLERİNDE KULLANILAN HUKUKÎ KAVRAMLAR

2.2.1. KORUMA HAKKI

La Haye Sözleşmesinde “*right of custody*” kavramı, Türkçe’ye “koruma hakkı” olarak çevrilmiştir⁴¹. Ancak 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanunda⁴² “koruma hakkı” yerine “velâyet hakkı” kavramı kullanılmıştır⁴³.

³⁸ Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Mediation” (Mediation Guide) The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2012, (E.T. :13.11.2016)

https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf , s. 84.

³⁹ Öner, s. 497.

⁴⁰ Bu sıkıntının önüne geçebilmek adına, La Haye Sözleşmesinin 3’üncü maddesine, çocuğun haksız bir şekilde kaçırıldığı veya alıkonulduğu tarihteki koruma hakkının dikkate alınacağı; ancak kaçırma sonrası elde edilecek bir koruma hakkının dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Bu durumun istisnası ise, iade talebinin reddi sonrası haller veya iade talebinin Sözleşme kapsamında öngörülen makul sürede iletilmediği hallerdir (L.S. md. 16). Yani Sözleşmenin 16’ncı maddesi gereğince, istisnai olarak, iade talebinin reddedilmesi ve çocuğun kaçırılmasından itibaren öngörülen 1 yıllık sürenin geçmesine rağmen halâ iade başvurusunun yapılmadığı hallerde, çocuğun haksız olarak kaçırıldığı devlet mahkemesinin de koruma hakkının esasına ilişkin karar verebileceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Giray, s.106 vd; Weiner H. Merle, “International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence”, *Fordham Law Review*, Vol. 69, Issue, 2, 2000, s. 633, (593-706); Akıncı, Ziya/ Demir Gökyayla, Cemile, “Milletlerarası Aile Hukuku”, İstanbul, 2010, s. 194; Altuntaş, s. 61, 161, 172.

⁴¹ Sözleşmenin Türkçe ve İngilizce metinleri için bkz:

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey.html> (E.T.:26.10.2016).

⁴² Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön Ve Kapsamına Dair Kanun RG.26720, 4.12.2007, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5717.pdf>

⁴³ Kanun metni için bkz:

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071204.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/12/20071204.htm> (E.T.:27.10.2016); Velâyet hakkı ifadesi Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünce hazırlanan 01.03.2008 tarih ve B.03.0.UHİG.0.00.00.06/010.06.02/3-1 Sayılı 65/1 numaralı genelgede de kullanılmıştır. Giray’a göre, La Haye Sözleşmesinin Türkçe çevirisinde koruma hakkının kullanılması, velâyet hakkından farkı ortaya konmak amacıyla yapılmış bir tercihtir. Bu sebeple kanun ve genelgede velâyet hakkı ifadesinin kullanılmış olması yerinde değildir: Giray, s. 90.

Velâyet, kural olarak küçüklerin; ancak bazı durumlarda ise, kısıtlı ergin çocukların bakımı, mallarının yönetilmesi, eğitimi, korunması, ihtiyaçlarının karşılanması, kişiliğinin korunması konularında anne ve babanın sahip olduğu hak ve yetkilerin bütünüdür⁴⁴. Türk hukukunda velâyet hakkı sadece anne ve baba tarafından kullanılmakta ve ebeveynlerin bu hakkı kullanabilmesindeki en temel hedef, çocuğun korunması olmaktadır (TMK md. 355)⁴⁵.

Velâyet hakkının kapsamı; çocuğun temsil edilmesi, adının koyulması, yerleşim yerinin belirlenmesi, eğitiminin verilmesi, erginliğine kadar dinî eğitiminin belirlenmesi gibi, çocuğun kişisel varlığına ilişkin haklarının yanı sıra, çocuğun mal varlığının korunması ve yönetilmesi gibi mal varlığına ilişkin hak ve yükümlülüklerden oluşmaktadır⁴⁶.

La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı İkinci İhtisas Komisyon Raporunda, Sözleşmede kullanılan kavramların anlamının belirli bir hukuk sistemine bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre Sözleşmede yer alan “koruma hakkı” kavramının anlamının, iç hukuklardan bağımsız, sözleşmenin yapısı ve amacına uygun olarak tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁷.

Sözleşmenin 3’üncü maddesinde “*Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad ikametgâhının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlâli şeklinde meydana geldiği taktirde*” ifadesinden, koruma hakkının anlamının belirli bir devlet hukukuna bağlı olarak tespit edileceği düşüncesi akla gelebilmektedir. Ancak bu hükümlerle birlikte Sözleşmenin 5’inci maddesinde koruma hakkının, “*çocuğun şahsının bakım hakkını ve özellikle ikamet yerinin tespit hakkını ihtiva eder*” şeklinde tanımlanmış olması ve İkinci İhtisas Komisyonu Raporunda kavramların belirli bir hukuk

⁴⁴ Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, “Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku”, İstanbul, 2016, s. 341 vd.; Kaplan Güler, Beyhan, “Boşanmanın Hukukî Sonuçlarında Arabuluculuk”, 2014, s. 24; Özbek, Mustafa Serdar, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, 2009, s.168,169.

⁴⁵ Hatemi, Hüseyin/ Kalkan Oğuztürk, Burcu, “Aile Hukuku”, İstanbul, 2014, s. 179, 185; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 345.

⁴⁶ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 147; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 344 vd.; Hatemi/ Oğuztürk, s. 188 vd., Ataman Fıganmeşe, s. 64.

⁴⁷ Report Of The Second Special Commission Meeting to Review The Operation Of The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction Held 18-21 January 1993 (İkinci İhtisas Komisyonu Raporu) <https://assets.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf> (E.T.:26.10.2016); Martin, s. 361, 362.

sistemine bağılı olarak anlaşılması gerektiğinin belirtilmesi sebebiyle, koruma hakkı kavramının iç hukuktan bağımsız bir şekilde düşünülmesi gerekmektedir⁴⁸.

Türk hukuku açısından velâyet hakkı, çocuğun ikâmet yerini belirleme yetkisini de içerisinde barındırmaktadır. Ancak müşterek velâyetin kabul edildiği bazı hukuk sistemlerinde, boşanma sonrasında çocuğun hangi eşin yanında kalacağı, mahkeme tarafından belirlenmektedir. Böyle bir durumda, velâyet hakkının ikamet yerini belirleme yetkisini kapsamadığı açık şekilde görülmektedir. Bu halde, anne ve babanın koruma hakkına sahip olabilmesi için sadece velâyet hakkına sahip olması yeterli olmamaktadır⁴⁹. Bunun yanında, ikâmet yerini belirleme yetkisinin de söz konusu olması gerekmektedir⁵⁰. Dolayısıyla Sözleşmede kullanılan koruma hakkı, velâyet hakkını da kapsayan daha geniş bir kavram niteliğindedir⁵¹. Bu sebeple çalışmamızda, La Haye Sözleşmesi kapsamında, iç hukuklardan bağımsız bir şekilde yorumlanacak “*right of custody*” teriminin karşılığı olarak; doğrudan iç hukuktaki velâyet haklarının anlaşılma ihtimali göz önünde tutularak “koruma hakkı” teriminin kullanılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz⁵².

2.2.2. ŞAHSÎ İLİŞKİ KURMA HAKKI

La Haye Sözleşmesinin 5’inci ve 21’inci maddesinde tanımlanan “*rights of access*” ifadesi resmî çeviride, “ziyaret hakkı” olarak tercüme edilmiştir. Doktrinde, yazarların “ziyaret hakkı” kavramını kullandığı görüldüğü gibi, ziyaret hakkı yerine “şahsî ya da kişisel ilişki kurma hakkı” kavramlarını kullanıldığı da görülmektedir⁵³.

⁴⁸ Weiner, s. 636.

⁴⁹ Ataman Figanmeşe’ye göre ise, Sözleşmedeki velâyet hakkı sadece çocuğun ikâmet yerini belirleyebilmeye ilişkin olup, iç hukuktaki velâyet hakkından daha dar kapsamlıdır: Ataman Figanmeşe, s. 65.

⁵⁰ Giray, s. 88-89; Öner, s. 483.

⁵¹ Öner, s. 484.

⁵² Doktrinde La Haye Sözleşmesindeki “*right of custody*” terimine karşılık velâyet hakkı kavramını kullanmakta olan yazarlar da vardır. Altuntaş, Sözleşmede bahsedilen velâyet hakkının mal varlığına ilişkin haklardan bağımsız olduğunu belirterek çalışmasında kullandığı velâyet hakkı ifadesinin, iç hukukumuzdan bağımsız, sadece bakım ve gözetim hakkını ifade edecek bir kavram olduğunu belirtmiştir: Altuntaş, s.17-18. Aytaç, eserinde velâyet hakkı kavramını kullanmayı tercih etmiştir: Aytaç, Mehlika, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, *Adalet Dergisi*, Yıl 96, Eylül 2004, Sayı 20. Koruma hakkı ve velâyet hakkına ilişkin doktrindeki yazarların tercihine ilişkin olarak bkz: Giray, s. 12 vd.

⁵³ Giray ve Akıncı/ Demir Gökyayla ile Aytaç kişisel ilişki kavramını kullanmayı tercih etmişlerdir: Aytaç, s.49; Giray, s. 15; Akıncı/ Demir Gökyayla; s.244 vd. Altuntaş ise şahsî ilişki kavramını kullanmıştır: Altuntaş, s. 51 vd. Nebioğlu Öner ise ziyaret hakkı kavramlarını kullanmışlardır: Nebioğlu Öner, Şebnem, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi: Amacı, Uygulanması Ve Kısa Bir İctihat Analizi”, *TBB Dergisi*, 2014, (477-516).

Sözleşmenin 5'inci maddesine göre şahsî ilişki kurma hakkı; çocuğun, sınırlı bir süre için, mutad meskeninden başka bir yere götürülmesidir⁵⁴. Sözleşmeye ilişkin açıklayıcı raporu yazan Pérez-Vera'ya göre, Sözleşmenin 5'inci maddesinde, şahsî ilişki kurma hakkı, çocuğun mutad meskeninden başka bir yere götürülmesi olarak tanımlanmış ve bu yere ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Bu sebeple şahsî ilişkinin, ulusal sınırların ötesinde de kurulabileceği kabul edilmektedir⁵⁵.

5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanunun 3'üncü maddesinde “ziyaret hakkı” yerine “şahsî ilişki kurma hakkı” kullanılmıştır. Çalışmamızda, La Haye Sözleşmesinin resmî çevirisinde yer alan “ziyaret hakkı” yerine, 5717 sayılı Kanunda olduğu gibi “şahsî ilişki kurma hakkı” kavramını kullanmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz. Zira Giray'ın da belirttiği gibi, şahsî ilişki kurma hakkında çocuğun mutad meskeninden başka bir yere götürülmesindeki amaç, çocuğun ebeveyni ziyaret yani anne ya da babasını görebilmesi değildir. Buradaki asıl amaç, anne ya da baba ile çocuk arasındaki şahsî ilişkinin kurulmasını sağlayabilmektir⁵⁶. Dolayısıyla velâyeti altında bulunmadığı anne ya da babası ile çocuk arasında şahsî ilişki, taraflar arasında manevi bir bağ sağlayarak çocuğun bu ebeveynden kopmasını engeller⁵⁷. Bu sebeplerle çalışmamızda “şahsî ilişki kurma hakkı” kavramının kullanılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

2.2.3. ÇOCUĞUN HAKSIZ KAÇIRILMASI VEYA ALIKONULMASI

La Haye Sözleşmesinin 1'inci maddesinde amaç, gayrikanunî yollardan götürülen ya da alıkonulan çocukların iadesi olarak belirtilmiştir. Bir başka ifade ile Sözleşme, haksız bir şekilde kaçırılan ya da alıkonulan çocukların, bir an önce mutad meskenine iadesini sağlayacaktır.

Sözleşme kapsamında çocuğun iadesi sürecine başvurulmasının şartı, gerçekleştirilen kaçırma ya da alıkonulmanın haksız olmasıdır. Ancak haksız kaçırma, ceza hukukuna

⁵⁴ Şahsî ilişki kurma hakkı, Türkiye'de 17 Kasım 2011 tarihinde yürürlüğe giren Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ile kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Strazburg, 15.V.2003, R.G: 17.11.2011, S. 28115.

⁵⁵ Pérez-Vera, s. 87; Yargıtay da bir kararında şahsî ilişki kurma hakkının sadece Türkiye'de kurulması gerektiğine yönelik ilk derece mahkemesinin kararını, şahsî ilişkinin babanın çocuğu bulunduğu ülkeye götürmesi yoluyla da kurulabileceğini belirleterek bozmuştur. Yargıtay 2.HD, 12.2.2014, E. 2013/17708, K. 2014/2563 (www.kazanci.com).

⁵⁶ Giray, s. 14.

⁵⁷ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 245.

ilişkin bir terim değildir⁵⁸. Burada söz konusu kaçırma eylemi, koruma hakkını kullanan ebeveynin koruma hakkı ihlâl edilerek, çocuğun mutad meskeninden başka bir yere götürülmesidir. Haksız alıkoyma ise koruma hakkına sahip olmayan ebeveynin, koruma hakkını kullanan ebeveynin iradesine aykırı olarak şahsî ilişki kurma hakkının sonunda çocuğu mutad meskenine iade etmeyip yanında tutmasıdır⁵⁹.

Haksız götürme veya alıkoymadan söz edebilmek amacıyla koruma hakkına sahip ebeveynin sadece bu hakka sahip olması yetmemektedir. Aynı zamanda, koruma hakkının kullanılıyor⁶⁰ ya da haksız götürme ya da alıkoyma olmasaydı kullanılabilir olması gerekmektedir⁶¹. Haksızlığın tespitinde uygulanacak hukuk, çocuğun kaçırılmadan önceki mutad meskeni hukukudur (L.S. md. 3)⁶². Aksi bir durum, La Haye Sözleşmesinin amacına da aykırı olacaktır. Zira Sözleşme, kaçırılma öncesi fiilî durumun ve kaçırma öncesi fiilî koruma hakkının bir an evvel tesis edilmesini amaçlamaktadır⁶³.

2.2.4. MUTAD MESKEN

La Haye Sözleşmesinde yer alan “*habitual residence*⁶⁴” kavramı Sözleşmenin Türkçe resmî çevirisinde, mutad ikametgâh olarak tercüme edilmiştir. Çeviride, Türk hukukunda kullanılan mutad mesken yerine mutad ikametgâh kavramının kullanılması yerinde olmamıştır. Kişinin fiilî yaşam merkezini esas alan mutad mesken, kişiyi bir yere ve hukuk sistemine tâbi kılmayı sağlayan bir bağlama noktasıdır⁶⁵. Bir diğer ifade ile kişinin yaşamının ağırlık merkezini ifade etmektedir⁶⁶. İkametgâh ise, Türk Medenî Kanununun 19’uncu maddesinde, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olarak

⁵⁸ Bkz: Dn. 1

⁵⁹ Finan, s. 1013; Giray, s. 15, 43.

⁶⁰ Sözleşmenin 13’üncü maddesinde yer alan, koruma hakkına sahip olan kişinin bu hakkı gerçekte kullanmadığının ispatı ile kaçırmanın çocuğu iadede kurtarabileceğine ilişkin hüküm, aslında Sözleşmenin koruma hakkına sahip olanın koruma hakkını fiilen kullandığını da kabul ettiği anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Pérez-Vera, s. 448.

⁶¹ Shulman, s. 244, 355; Dittrich, Lalisa Froeder, “Promoting Voluntary Agreements in International Child Abduction Disputes: The Case of Brazil”, *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2015, s. 100, (97–120).

⁶² Dittrich, s. 100.

⁶³ Altuntaş, s. 164.

⁶⁴ Splagounias, Gregory A, “International Law- International Child Abduction”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 18, Issue 2, 1995, s. 827 vd., (823-834).

⁶⁵ Öner, s. 482.

⁶⁶ Nomer, Ergin, “Devletler Hususî Hukuku Kanunlar İhtilafı Hukuku-Milletlerarası Usûl Hukuku-Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, 2015, s. 120. Çelikel/ Erdem ise, kişinin fiilen oturduğu yer olarak ifade etmiştir: Çelikel/ Erdem, s. 185. Şanlı ise, fiilen oturduğu ve hayat ilişkilerinin merkezi olarak ifade etmektedir: Şanlı, s.37, 38.

tanımlanmıştır. Açıklamadan da anlaşılacağı üzere, ikametgâh hukukî bir kavram iken, mutad mesken fiilî durumlara ilişkin bir kavramdır⁶⁷. Çalışmamızda resmî çeviride yer alan mutad ikametgâh ifadesi tercih edilmeyip, mutad mesken kavramı kullanılacaktır. Zira mutad mesken ve ikametgâh birbirinden ayrı kavramlar⁶⁸ olmasının yanı sıra Türk hukuk terminolojisinde mutad ikametgâh terimi yer almamaktadır. Bu sebeple, Sözleşme çevirisinde kullanılan mutad ikametgâh, mutad mesken olarak anlaşılmalı ve kullanılmalıdır⁶⁹.

Mutad meskenin, hukukî bir kavramdan ziyade fiilî bir kavram olması, onun bağlama noktası olarak kabul edilmesini sağlamıştır⁷⁰. Herhangi bir hukuk sistemine bağlı olmaması dolayısıyla milletlerarası alandaki anlaşmalarda kullanılan ve üzerinde uzlaşılması kolay bir kavramdır⁷¹. Fiilî nitelikte olan bu kavramın kullanılması ile birlikte, vasıflandırma problemlerinin de önüne geçilebilmektedir⁷². La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı İkinci İhtisas Komisyonu Raporunda, La Haye Sözleşmesinde yer alan koruma hakkı kavramında olduğu gibi, mutad mesken kavramının da bir hukuk sistemine bağlı kalınarak değil, uluslararası hukuka uygun olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁷³.

Sözleşmede, mutad mesken tanımlanmayarak, her bir olay için çocuğun fiilî yaşam merkezinin tespiti hâkime bırakılmıştır⁷⁴. Ancak hâkim, Sözleşme kapsamında değerlendirmesini yaparken, kendi hukuk sistemine bağlı olarak değil, uluslararası hukuka uygun bir değerlendirme yapacaktır⁷⁵. Mutad mesken kavramının hâkimin hukukuna bağlı olarak yorumlanacak olması ihtimalinde, her hukuk sistemi kendine özgü bir tanımlama yapacağından, Sözleşmenin uygulanmasında bir yeknesaklık olamayacaktır. Bu

⁶⁷ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 215.

⁶⁸ Nomer, s. 121; Arslan, İlyas, “Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı”, 2014, s. 70 vd.; ayrıca bkz: s. 47 vd.

⁶⁹ Giray, s. 53; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 215.

⁷⁰ Ataman Fıganmeşe, s. 67; Nomer, s. 119.

⁷¹ Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, s. 34; Arslan, s. 3 vd.; Çelikel/ Erdem, s. 185,186; Ataman Fıganmeşe, s. 67.

⁷² Nomer, s. 119.

⁷³ Report Of The Second Special Commission Meeting to Review The Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Held 18-21 January 1993, Question-5, Response/ b.

⁷⁴ Aytaç, s. 37, Ataman Fıganmeşe, s. 67.

⁷⁵ Yerleşim yeri kavramının ortak bir tanımının olmaması, hatta aynı hukuk sistemleri içinde farklı anlamlar içeriyor olması, kavramın hangi hukuka göre vasıflandırılacağı sorusunu gündeme getirir. Oysa mutad mesken kavramı fiilî durumu yansıtan, maddî ve gerçek durumu ifade eden bir kavramdır. Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, 34. Ayrıca mutad mesken kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Altuntaş, s. 152 vd.; Giray, s. 52 vd.

istenmeyen durumdan kaçınmak amacıyla La Haye Sözleşmesinde fiilî durumu yansıtan mutad mesken kavramına yer verilmiştir⁷⁶.

Koruma hakkı ve şahsî ilişki kurma hakkının ihlâli meselesi çocuğun mutad meskenine göre tespit edileektir. Ancak bunun için, çocuğun kaçırılmasından önceki mutad meskeninin de Sözleşmeye taraf olan devletlerden birisinde olması gerekmektedir⁷⁷. Bu nedenlerle, La Haye Sözleşmesinde mutad mesken tespiti yani çocuğun devamlı olarak bulunduğu yer ile sosyal çevresinin bulunduğu yerin tespiti oldukça önemlidir⁷⁸. Çocuğun mutad meskeni, anne ve babasına bağlı olarak bir diğer ifade ile soybağına bağlı olarak tespit edilmemektedir. Mutad mesken, çocuğun fiilî olarak bulunduğu yere göre tespit edilecektir⁷⁹. Çocuğun mutad meskeninin tespitinde, bir devlet topraklarında kalış süresi, düzeni, şartları ve sebepleri ile ailenin bu devlete taşınması, çocuğun uyruğu, okula devam yeri ve şartları, dil bilgisi, aile ve sosyal ilişkileri dikkate alınmaktadır. Bu sebeple ulusal mahkemelerin, her bir davaya özgü olarak tüm bu koşulları göz önünde bulundurarak çocuğun mutad meskenini belirlemesi gerekmektedir⁸⁰. Bir diğer ifade ile sadece çocuğun hangi ülkede daha uzun süre kaldığına bakılarak çocuğun mutad meskenin tespit edilmesi mümkün değildir. Çocuğun yaşı, olgunluk seviyesi ve çevresi ile uyumuna bakılarak çocuğun mutad meskenini tespit etmek gerekmektedir⁸¹.

3. LA HAYE SÖZLEŞMESİNDE ÇOCUĞUN İADESİ YÖNTEMLERİ

3.1. GENEL OLARAK

Uluslararası alanda kaçırılan çocukların farklı yollarla iadesinin sağlanması mümkündür. Genel ve her zaman kullanılabilir yöntem olarak, çocuğun uluslararası anlaşmalarla

⁷⁶ Giray, s. 55.

⁷⁷ Altuntaş, s. 153; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 160.

⁷⁸ Tekinalp, Gülören/Uyanık, Ayfer, “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, İstanbul, 2016, s. 55.

⁷⁹ Nomer, s. 121.

⁸⁰ Directorate General For Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs Legal Affairs Illegal removal of children: Brussels II a and the Hague Convention Note, s. 12, 13 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/JOIN/2010/432736/IPOL-JURI_NT\(2010\)432736_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/JOIN/2010/432736/IPOL-JURI_NT(2010)432736_EN.pdf). Ayrıca bkz: Çörtoğlu Koca, Sema, “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-a Tüzüğü (AT 2201/2003)”, Özkan, Işıl/ Süral, Ceyda/ Tütüncübaşı, Uğur (Eds.) Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku içinde, 2016, s. 243-246, (234-278). ATAD’ın Brüksel II-a Tüzüğü uyarınca yaptığı değerlendirme için bkz: Hadimoğlu Özbek, Nimet, “Yeni Brüksel (II) Tüzüğü’nün Çocuk Kaçırmaya ve Çocuklarla Görüşme Hakkına İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, Tuğrul ARAT’ a Armağan, 2012, s. 605-609, (593-628).

⁸¹ Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 161.

iadesinin dışında, bir ülkede verilen kararın diğer bir ülkede tanınması ve tenfizi yolu ile iade mümkündür⁸². Uluslararası alanda çocuğun kaçırılması ve alıkonulması konularını düzenleyen Birinci İhtisas Komisyonu Toplantısında tanıma ve tenfiz kurallarının yeknesaklaştırılması yoluyla kaçırma ve alıkonmaların önüne geçilebilmesi konusu tartışılmıştır⁸³. Ancak tartışmaların sonucunda, tanıma ve tenfize ilişkin yeknesak kurallar oluşturmaktan ziyade, uluslararası kaçırma ve alıkoyma olaylarını düzenleyen ve taraf ülkeler arasında iş birliği sağlayan bir Sözleşmenin oluşturulmasının daha doğru olduğu konusunda anlaşmaya varılmıştır⁸⁴.

1980 tarihinde hazırlanan ve çocuk kaçırma olaylarına ilişkin adlî ve idarî iş birliği⁸⁵ sağlayan anlaşmada, çocuğun iadesi için iki yöntem öngörülmüştür. Sözleşme kapsamında, çocuğun mahkeme yoluyla iadesi mümkün olduğu gibi, mahkeme dışında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla koruma hakkına sahip ebeveyne iade edilebilmesi de mümkündür (L.S. md. 7/2(c), 10). Hem mahkeme hem de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile iadenin sağlanabilmesi için merkezî otoriteler⁸⁶ arasında iş birliğinin sağlanması

⁸² Bu yöntemin kullanılmasında tam anlamıyla başarının sağlanması güç olacaktır Zira ebeveynlerin her ikisi de, buldukları ülkede koruma hakkına ilişkin dava açarak birbiri ile çelişen mahkeme kararlarının ortaya çıkmasına neden olabileceklerdir: Altuntaş, s. 8.

⁸³ Pérez-Vera, s. 435.

⁸⁴ Pérez-Vera, s. 435; Martin, s. 373.

⁸⁵ 1980 La Haye Sözleşmesinin 7'nci maddesinde “*Merkezî makamların, aralarında iş birliği yapmaları ve çocukların acilen geri dönmesini sağlamak ve işbu sözleşmenin diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere Devletlerinin yetkili makamları arasında iş birliğini teşvik etmeleri gerekmektedir.*” ifadeleri ile taraf ülkeler arasında iş birliğine verilen önem vurgulanmıştır.

⁸⁶ “Her taraf Devlet, sözleşmenin kendisine yüklediği mükellefiyetleri yerine getirmekle görevli bir merkezî makam tayin eder. Merkezî makamların Sözleşmede belirtilen görevleri ise şunlardır:

- Özellikle, gerek doğrudan doğruya, gerek aracılardan yardımıyla;
- Kanuna aykırı biçimde yeri değiştirilen veya alıkonan bir çocuğun bulunması;
 - Çocuk için yeni tehlikelerin veya ilgili tarafların uğrayabilecekleri zararların önlenmesini, geçici önlemler alarak veya aldırarak sağlamak;
 - Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak;
 - Faydalı görülür ise, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgilerin teatisi;
 - Devletlerinin, Sözleşmenin uygulanmasına ait hakları konusunda genel bilgiler temini;
 - Çocuğun geri dönmesi ve gerektiğinde, ziyaret hakkının tesisi ile fiilen kullanılması yolunda, adli veya idari dava açılması veya bunun teşviki;
 - Gerekirse, bir avukatın katılması dahil, adli ve hukuki yardım sağlamak veya bunu kolaylaştırmak;
 - İdari alanda, gerekli ve uygun ise, çocuğun tehlikesizce dönüşünü sağlamak;
 - Sözleşmenin işleyişi konusunda karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirmek ve uygulanmasında muhtemelen karşılaşılabilecek engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması;
- İçin uygun tüm önlemleri almaları gerekmektedir.” Ayrıca merkezî makamlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Dittrich, s. 100; Arcaro, Timothy L. “Creating a Legal Society in the Western Hemisphere to

önemlidir (L.S. md. 6 ve 7). Bu iş birliği ile çocuğun kaçırıldığı ülke merkezî otoriteleri ile iletişim arttırılacak ve çocuğun bir an önce iadesinin yolu açılacaktır. Ayrıca çocuğun, geri dönüşü için gerekli olan her türlü imkânın sağlanması ya da alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının göz önüne alınması sağlanacaktır⁸⁷. Çalışmamızın bu kısmında uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk uygulamasına ilişkin yaklaşımlar değerlendirilmeden önce, çocuğun iadesi yolları üzerinde durulacak; ancak çalışmamızın kapsamında yer almadığından, çocuğun mahkeme yoluyla iadesinden ise kısaca bahsedilecektir.

3.2. ÇOCUĞUN MAHKEME YOLUYLA İADESİ

Çocuğun kaçırılmasının ardından koruma hakkı sahibi, taraf devletlerden birinin merkezî otoritesine çocuğun iadesi talebiyle başvurabilir⁸⁸. Zira Sözleşmenin 8'inci maddesi gereğince, ebeveynlerin, çocuğun geri dönmesini sağlayabilmek amacıyla gerek çocuğun mutad meskeni merkezî otoritesine, gerek herhangi bir başka taraf devlet merkezî otoritesine başvurabilmesi mümkündür (L.S. md. 8). Çocuğun iade amacıyla başvuru yapılan merkezî otoritenin ülkesinde olmayıp, Sözleşmeye taraf bir başka ülkede bulunduğu düşünülüyorsa, iade talebi başvuru yapılan merkezî otorite aracılığıyla bu ülke merkezî otoritesine iletilir. Çocuğun iadesi için taraf devlet yetkili makamına müracaat yapılmasının ardından, müracaatta bulunulan makam, altı hafta içinde çocuğun iadesi ile ilgili karar vermelidir⁸⁹.

Koruma hakkı sahibi ebeveynin çocuğun kaçırılmasından hemen sonra merkezî otoritelere başvurarak iade sürecini başlatması en uygun yol olacaktır⁹⁰. Zira Sözleşmenin 12'nci maddesi, iade başvurusunun yapılabilmesi için çocuğun kaçırılmasından veya alıkonulmasından itibaren bir yıllık bir süre sınırlaması getirmiştir⁹¹. Hüküm uyarınca, çocuğun kaçırılmasının üzerinden bir yıl geçtikten sonra yapılacak başvurularda, çocuğun

Support the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction” *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 40, No. 1, Fall 2008, s. 117, (109-138); Shulman, s. 246.

⁸⁷ Martin, s. 375.

⁸⁸ Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 162.

⁸⁹ Buradaki amaç Sözleşme'nin 11'inci maddesinde de öngörüldüğü gibi, çocuğun en kısa zamanda mutad meskenine iadesini sağlayabilmektir. Böylece yukarıda da bahsedildiği üzere, iadenin reddi nedeni olan, çocuğun yeni çevresine uyum sağlaması engellenmiş olacaktır ve Sözleşmenin amacı olan bir an önce iade de sağlanabilmiş olacaktır: Öner, s. 490. Ayrıca bkz. Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 162, 163.

⁹⁰ Sözleşmenin 8'inci maddesi uyarınca, koruma hakkı ihlâl edilen kişi çocuğun geri dönmesini sağlamak üzere yardım etmeleri için gerek çocuğun mutad ikametgâhı merkezî otoritesine, gerek herhangi bir başka taraf devlet merkezî otoritesine başvurabilir. 9'uncu madde uyarınca ise çocuk, başka bir ülkede ise, başvuru yapılan merkezî otorite, durumu o ülke merkezî otoritesi ya da talep eden kişiye bildirir.

⁹¹ Arcaro, s. 113; Çelikel/ Erdem, s. 273.

yeni çevresine uyum sağlayıp sağlamadığı kıstası değerlendirilecektir. Çocuğun yeni çevresine uyum sağlamış olduğunun tespiti ise, iade talebi reddi nedenini oluşturmaktadır⁹². Ancak kaçırmanın üzerinden bir yıllık sürenin geçmesinden önce yapılan başvurularda, çocuğun yeni çevresine uyum sağlayıp sağlamadığı değerlendirme konusu olmayacaktır. Bu nedenle çocuğun bir an evvel mutad meskenine iade edilebilmesi için, kaçırma olayı üzerinden bir yılın geçmeden önce başvurunun yapılması yerinde olacaktır⁹³.

Çocuğun iadesi amacıyla yapılan bu başvuru üzerine, çocuğun kaçırıldığı yer adlı ya da idarî makamı⁹⁴ Sözleşme uyarınca sadece çocuğun kaçırma ya da alıkonulmasının haksız olup olmadığı hususunu inceleyecektir⁹⁵. Sözleşmenin kapsamında, koruma hakkının tesis edilmesi ya da koruma hakkına sahip ebeveynin değiştirilmesi söz konusu değildir⁹⁶. Koruma hakkına ilişkin verilecek karar, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre tespit edilecektir⁹⁷. Kural olarak, iade talebi, çocuğun kaçırılması ya da alıkonulması hukuka aykırı ise kabul edilecektir (L.S. md. 12/1)⁹⁸.

İstisnaî olarak çocuğun iade talebinin reddedilebileceği haller, Sözleşmede sınırlı bir şekilde belirtilmiştir. Sözleşmenin 13'üncü maddesi uyarınca; hukuka aykırı şekilde gerçekleşen kaçırılmalarda koruma hakkını kullanan ebeveynin, çocuğun yer değiştirmesine izin ya da icazet vermiş olması, koruma hakkı sahibinin koruma hakkını etkin bir şekilde kullanmadığının kaçırılan tarafça ispatlanması, çocuğun iadesi sonrasında fizikî ya da

⁹² Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, alıkonulma tarihinden itibaren geçen sürenin bir yıldan az olması sebebiyle çocuğun iadesi talebinin reddini gerektirecek bir durumun olmadığına karar vermiştir: Yargıtay 2.HD, E. 2010/ 22571, K. 2011/ 12691, T: 20.07.2011, (www.kazanci.com).

⁹³ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 209; Altuntaş, s. 61.

⁹⁴ Sözleşme kapsamında hangi adlı ya da idarî makamların görevli olacağı iç hukuklara bırakılmıştır. Sözleşme iadeye ilişkin olarak sadece genel çerçeveler çizmiş; ancak ülkelerin adli düzenlemelerine ilişkin hükümlere yer vermemiştir: Altuntaş, s. 87; Öner, s. 480.

⁹⁵ Altuntaş, s. 87.

⁹⁶ Arcaro, s. 113. Bu hüküm uyarınca, çocuğun kaçırılmasının ardından kaçırılan tarafın, koruma hakkını elde edebilmek amacıyla koruma hakkı tesis edecek bir ülkeye çocuğu kaçırması, bu amaçla ülke seçimi yapması ve bu ülke mahkemelerinden koruma hakkına ilişkin karar alabilme isteği ve ihtimali ortadan kalkmaktadır. Böylece taraf ülke mahkemeleri arasında gerçekleştirilecek olan forum shopping sorunu da ortaya çıkmayacaktır: Vigers, s. 63.

⁹⁷ Shulman, s. 243; Farquhar, Keith B., "The Hague Convention On International Child Abduction Comes To Canada", *Canadian Journal Of Family Law*, Vol 1, s. 23, (5-48).

⁹⁸ Hukuka aykırı kaçırma ve alıkoyma için bkz: Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 250-252.

psikolojik bir tehlikeye⁹⁹ karşılaşılabileceği olması veya müsamaha edilemeyecek bir duruma düşecek olması, çocuğun yaşı ve olgunluğu dikkate alındığında çocuğun kendi iadesine karşı çıkabileceği durumlarda mahkemece, çocuğun iadesi talebi reddedilebilecektir¹⁰⁰. Bu ret sebeplerinin yanında Sözleşmenin 20'nci maddesinde iadenin, talep edildiği devletin insan haklarının korunması ile temel hak ve hürriyetlerine ilişkin temel ilkelerine aykırılık oluşturması halinde de reddedilebileceği belirtilmiştir¹⁰¹.

Sözleşme gereğince çocuğun mahkeme yoluyla iadesinin ya da alternatif yollarla iade sürecinin başlayabilmesi için, 16 yaşından küçük olması şartı aranmaktadır¹⁰². Doktrinde kabul edilen anlayışa göre, çocuğun 16 yaşına gelmesi, 16'ncı yaşını doldurması değil 16'ncı yaş gününe erişmesi anlamındadır¹⁰³. Sözleşmeye göre çocuk 16 yaşına geldikten sonra, La Haye Sözleşmesi uyarınca iadesi mümkün olmayacak ve Sözleşmenin uygulanabilirliği sona erecektir¹⁰⁴. Bunun yanında çocuğu kaçırılan ebeveynin Sözleşme uyarınca iade sürecini başlatabilmesi için kaçırma veya alıkoymanın haksız olması,

⁹⁹ Yargıtay HGK vermiş olduğu bir kararında; çocukların anneyi sevdikleri, küçük İrfan'da babaya karşı olumsuz tepki geliştirdiği, çocukların Türk kültürüne göre yetiştikleri, yabancı bir ülkeye adaptasyonlarının zor olacağı, zira iadeleri istenen Avusturya'nın dilini dahi bilmedikleri, psikososyal ve fiziksel açıdan annelerine ihtiyaç duydukları, annelerinin yanındaki bulunmaktan dolayı memnun oldukları, psikososyal ve fiziksel gelişmeleri açısından annelerinin yanında kalmalarının uygun olacağı" belirtilmiştir. Öte yandan, çocuklardan büyük olan İrfan celsede mahkemece dinlenmiş olup, babası gösterilerek babasını tanıyıp tanımadığının sorulması üzerine anne diyerek ağlayıp koşarak annesine sarıldığı Yerel Mahkemece gözlenerek duruşma tutanağına yansıtılmıştır. Şu halde Sözleşmenin 13/1-b maddesi uyarınca çocukların iade edilmeleri halinde fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacakları veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşebilecekleri yolunda ciddi bir risk bulunduğu kabulü gerektiğine karar vermiştir: Yargıtay HGK, E. 2013/2-2354, K. 2014/523, (www.kazanci.com).

¹⁰⁰ La Haye Sözleşmesinde yer alan iade talebinin reddine ilişkin istisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bk.: Giray, s. 126 vd.; Altuntaş, s. 106 vd.; Zawid, s. 7; Öner, s. 494 vd.; Çelikel/ Erdem, s. 273 vd., Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, s. 164 vd.

¹⁰¹ Temel hak ve hürriyetlere aykırılık şartı, Sözleşmenin amacı olan bir an önce iadenin sağlanabilmesi için dar yorumlanmalıdır. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlere ilişkin temel prensiplerin yorumlanmasında uluslararası anlaşmalar anlaşılmalıdır. Bu durumun aksinin kabulünde, uluslararası anlaşmalara taraf olmayan ülkelerin de bu anlaşmaların temel ilkelerini kabul ettikleri sonucu çıkacaktır: Mast, Smetzer Kerri "The Application Of The Fundamental Principles Exception Of The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction", *Emory International Law Review*, 2003, Vol. 17, s. 251, (241-286); Giray, s.184. Bu hüküm, Sözleşmenin 12'nci maddesine göre çocuğun iadesi kararından sonra dikkate alınabilecektir. İadenin talep edildiği devletin iç hukuk kuralları ile iç hukukunun parçası olmuş anlaşmalarda öngörülen güvencelere aykırılık oluşturacak olması gerekmektedir: Pérez-Vera, s. 462.

¹⁰² Sözleşmenin 4/1'inci maddesi gereğince, Sözleşmenin uygulanması, çocuk 16 yaşına geldiğinde sona erer. Yargıtay 2.HD vermiş olduğu bir kararında çocuğun inceleme tarihinde 16 yaşını bitirmiş olduğundan Sözleşmenin uygulanamayacağı ve çocuğun iadesine karar verilemeyeceğine karar vermiştir: Yargıtay 2.HD, E. 2011/ 1948, K. 2011/ 2921, T.: 21.02.2011 (www.kazanci.com).

¹⁰³ Pérez-Vera, s. 450; Öner, s. 484.

¹⁰⁴ Burada kabul edilen, 16 yaşına gelmiş bir kişinin artık idarenin ya da adli makam kararına ihtiyaç duymadan kimin yanında kalabileceği hususuna kendisinin karar verebileceği düşüncesidir: Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 208.

çocuğun mutad meskeninin taraf devletlerden birinde olması ve çocuğun götürüldüğü ülkenin Sözleşmeye taraf ülkeler arasında olması gerekmektedir¹⁰⁵. Yani Sözleşme, sadece âkit devletler arasında uygulanabilmektedir. Aynı zamanda Sözleşme, zaman bakımından sadece La Haye Sözleşmesinin taraf devlette yürürlüğe girmesinden sonra yaşanan kaçırma ve alıkoyma olayları için uygulanabilmektedir¹⁰⁶.

3.3. ÇOCUĞUN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ İLE İADESİ

Günümüzde bir uyuşmazlığın çözümü için iki yöntem söz konusudur. Bu yöntemlerden ilki, yargılama yapılarak yani uyuşmazlığın mahkeme veya tahkim yoluyla çözülmesi iken, ikincisi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmasıdır¹⁰⁷. Yargılama faaliyetinde uyuşmazlık, tarafların katılımı olmaksızın hâkim veya hakem tarafından çözülürken, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında taraflar yüz yüze gelerek kendi çözümlerini kendileri oluşturabilmektedir¹⁰⁸. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanılmasının başta gelen sebepleri arasında, yöntemin kullanılması sonucu taraflar arasındaki gerilimin azalması sebebiyle gelecekte kurulacak iş ilişkilerini güvence altına alması yer almaktadır¹⁰⁹. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındaki temel amaç, tarafsız ve objektif konumdaki bir kişinin¹¹⁰ yardımıyla, taraflar arasındaki iletişimin sağlanarak, tarafların her ikisini de tatmin edici en ideal sonuca ulaşabilmektir¹¹¹.

¹⁰⁵ Shulman, s. 244; Zawid, s. 7, 8.

¹⁰⁶ Bununla birlikte çocuğun Sözleşmenin tarafı olmayan bir ülkeye götürülmesi durumunda Sözleşme uyarınca bir iade sürecinin öngörülmesi mümkün olmayacaktır (L.S. md. 35); Altuntaş, s. 48 vd., 92; Giray, s.40 vd.

¹⁰⁷ Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, “Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı”, 2016, s. 669; Özekes, Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arbuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, *Hukukî Perspektifler Dergisi*, S.7, 2006, s. 41, (40-43).

¹⁰⁸ Ildır, Gülgün, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*”, (Hak Arama Özgürlüğü), Ankara 2004, s. 386, (385-401); Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 669; Özekes, s. 42.

¹⁰⁹ Ildır, (Hak Arama Özgürlüğü), s. 386; Ersen Perçin, Gizem; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arbuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri” *MHB*, Yıl 31, Sayı 2, 2011, s. 180, (177-201); Soysal Tamer, “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma” “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, 2005, s. 210, (203-242); Yazıcı Tıktık, Çiğdem, “Arbuluculukta Gizliliğin Korunması”, 2013.

¹¹⁰ Her ne kadar tanımda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri için bağımsız tarafsız üçüncü bir kişinin yardımıyla uyuşmazlığın çözülmesi denilmişse de doktrinde üçüncü kişinin katılımının söz konusu olmadığı müzakere gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının olduğu da vurgulanmaktadır: Kısmet Kekeç, Elif, “Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler”, 2016, s. 13.

¹¹¹ Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arbuluculuk” *TBB Dergisi*, Sayı 64, 2006, s. 151, (151-177).

Tarafların yüz yüze gelmek suretiyle uyuşmazlıklarını uzlaşma yoluyla çözmeleri yeni oluşmuş bir yol değildir¹¹². Tarih boyunca, Afrika'dan Anadolu'ya Avrupa'dan Çin'e kadar tüm toplumlar, uyuşmazlıklarını çözmek için karşılıklı uzlaşma yolunu denemişlerdir¹¹³. Ancak 1940'lı yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde, sendikalarla ilgili uyuşmazlıkların ve daha sonra da diğer alanlardaki uyuşmazlıkların, uzlaşma yöntemi kullanılarak çözümlenmesi ile birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hakkında çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Amerika'da ki bu durum Avrupa ülkelerini de etkilemiştir¹¹⁴.

Tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını tercih etmesinin temel iki nedeni vardır. İlk neden, yargı sistemindeki aksaklıkların, insanları dava ile uyuşmazlıklarını çözmekten daha farklı arayışlara yönlendirmesidir. Bir diğer neden ise, her türlü uyuşmazlık için yargıya başvurulması sebebiyle yargının iş yükünün fazla olmasıdır¹¹⁵. Bireylerin, yargının iş yükünün fazla olması sebebiyle uyuşmazlıklarını bir an önce çözüme kavuşturabilmek amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini tercih etmesi, yargının iş yükünün azalması sonucunu doğuracaktır¹¹⁶. Dolayısıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle uyuşmazlıkların çözümü, hem yargının iş yükünü azaltıp uyuşmazlıkların daha hızlı çözüme kavuşturulmasını sağlayacak, hem de ileriye dönük ilişkilerin korunmasında etkili bir uyuşmazlık çözüm yolu olacaktır¹¹⁷. Çünkü, bu yöntemler, taraflar arasındaki uzlaşmaya dayandığından, tarafları memnun ve tatmin edici sonuçların oluşmasını sağlayacaktır.

¹¹² Özekes, s. 40, 41. Kültürün uzlaşma ile uyuşmazlığın çözümü için etkileri için: Yaka, Aydın, "Bireysel Odaklı Modernleşme İhtiyacı" Sosyoloji Yazıları: Çatışma Kültüründen Uzlaşma Kültürüne, 2015, s. 65, (64-68); Lee, Joel/ Hwee, Teh Hwee; "An Asian Perspective on Mediation", 2009, s. 197-212.;Yaka Aydın, "Çatışma Kültüründen Uzlaşma Kültürüne Geçiş" Sosyoloji Yazıları: Çatışma Kültüründen Uzlaşma Kültürüne, 2015, s. 264, (261-265).

¹¹³ Arabuluculuğun tarihsel süreçte uygulaması için bkz: Moore, Christopher W., "The Mediation Process- Practical Strategies For Resolving Conflict", 2016, s. 61 vd; Keshavjee, Mohamed, "Cross-border Child Abduction Mediation in Cases concerning Non-Hague Convention Countries", Paul/ Kiesewetter (Eds), 2014, s. 99, (95-114); Özmumcu, Seda, "Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış"(Sempozyum), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu-I* içinde, Işıқтаç, Yasemin (Eds.), 2014, s.33, (33-42).

¹¹⁴ Pekcanitez, Hakan, "Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı", *Türkiye Barolar Birliği*, 2007, s. 248, (247-265). Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kismet Kekeç, s. 30 vd., Soysal, s. 209. Tarihi gelişim için bkz: Ildır, s. 12 vd; Özmumcu (Sempozyum), s. 34.

¹¹⁵ Soysal, s. 210, 211.

¹¹⁶ Yazıcı Tıktık, s. 12.

¹¹⁷ Yazıcı Tıktık, s. 14, 15.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yargılama faaliyeti öncesinde başvurmak mümkün olduğu gibi, yargılama faaliyeti başladıktan sonra da başvurulabilecektir¹¹⁸. Bir diğer deyişle ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ifadesinde yer alan “alternatif” kelimesinden, bu çözüm yollarının mahkeme yoluyla çözüme alternatif, mahkeme ile yarışan bir yöntem olduğu çıkarılmamalıdır. Bu yöntem tamamıyla gönüllü¹¹⁹ bir çözüm yolu olduğundan, tarafların her ikisini de tatmin edebilecek bir sonuca ulaşamadığında mahkeme yoluyla uyuşmazlığın çözülmesinin yolu halâ açık olacaktır¹²⁰.

Uluslararası çocuk kaçırma vakalarında, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılması ileriye dönük sorunların azalmasına yardımcı olacaktır¹²¹. Mahkeme yoluyla uyuşmazlığın çözülmesi yerine, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tercih edilmesi durumunda, uyuşmazlığı sonuçlandıracak karar, hâkim tarafından verilmeyecektir¹²². Bu yolda kararın verilebilmesi amacıyla eşler arasında iletişim sağlanacak ve bu iletişim ileriye dönük sorunların ortadan kalkmasına yardımcı olacaktır¹²³. Zaten arabuluculuk yolunu seçenler; ilişkilerini ileride de sürdürecektir, birbirleriyle iletişim kurması zorunlu olan kişilerdir. Birbirlerini bir daha görmeyen bireylerin arabuluculuk yolunu seçmesi beklenmemektedir¹²⁴. Bu sebeplerle çocuğun kaçırılması sonrasında, bulunduğu yerin tespit edilmesinin ardından, mahkeme yoluyla iade dışında çocuğun, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılarak iade edilebilmesi de mümkündür. Taraf devletler arasında iş

¹¹⁸ Ildır (Hak Arama Özgürlüğü), s. 392.

¹¹⁹ Tanrıver'e göre alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri gönüllü bir uyuşmazlık çözüm yolu olmalıdır. Yani alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri olan arabuluculuk veya uzlaştırma yönteminin uygulanması yönünde bir zorlamanın olmaması gerekmektedir. Taraflara bu yönde bir zorlamanın olması durumunda uzlaşma bilincinin oluşmadığı, kurumlar hakkında halka yeterince bilgilendirmenin yapılmadığı toplumlarda bu zorlama yarardan çok zarara sebebiyet verecek ve uyuşmazlıkların çözüm sürecini uzatacaktır: Tanrıver, s. 154. Ildır'a göre ise, alternatif uyuşmazlık çözümü ihtiyarî ya da zorunlu olabilecek bir yöntemdir: Ildır (Hak Arama Özgürlüğü), s. 392. Zorunlu arabuluculuğa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Hutchinson, Campbell C., “The Case For Mandatory Mediation”, *Loyola Law Review*, 1996-1997, Vol 42, (85-91).

¹²⁰ Sungurtekin - Özkan, M., “Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi” *Legal Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, 2005/2, s. 353-369; Tanrıver, s. 154. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: Taşpolat Tuğsavul, Melis, “Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)”, 2012, s. 23. vd.; Kaplan Güler, s. 24; Özbek, Mustafa Serdar, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, 2009, s. 134 vd.

¹²¹ Zira arabuluculuğun amaçlarından bir tanesi de her iki tarafın da kazanacağı çözümlerle uyuşmazlığı sonlandırmaktır. Burada kazanmaktan kasıt, iki tarafın da istediği her şeyi almasından ziyade ihtiyaç duyduğu şeyleri alabilmesidir: Kısmet Kekeç, s.27-28; Taşpolat Tuğsavul, s. 28.

¹²² Yazıcı Tıktık, s. 13, 14.

¹²³ Zawid, s. 10.

¹²⁴ Pekcanitez Hakan; “Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı 11 Mart 2016 (Konferans)” *Türkiye Barolar Birliği*, s. 120, (114-124).

birliğini sağlamakla görevlendirilen merkezî makamlara verilen en önemli görevler arasında, çocuğun gönüllü iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak da yer almaktadır (L.S. md. 7/ 1(c))¹²⁵.

Sözleşme kapsamında, çocuğun gönüllü iadesini sağlayabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ise arabuluculuk¹²⁶, uzlaştırma¹²⁷, kısa duruşma¹²⁸, vakaların saptanması¹²⁹ ve doğrudan görüşme yani müzakere¹³⁰ yöntemleridir. Çalışmamız, La Haye Sözleşmesi

¹²⁵ Mediation Guide, s. 42.

¹²⁶ Şıpka, Şükran, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 6, S.12, Güz 2007/2, s. 165, (163-175); Özbek, Mustafa, “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulaması” (Arabuluculuğun İlkeleri), *Özer Seliçi’ye Armağan*, Ankara 2006, s. 492 (441-502); Taşpolat Tuğsavul, s. 21-41; Kısmet Kekeç, 3-87; Yazıcı Tıktık, s.3-32; Yeşilirmak, Ali, “Türkiye’de Ticarî Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 2011; Tanrıver, Süha, “Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış” (Tanrıver Armağan), Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, 2006, (821-842); Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Ayvaz Taşpınar, Sema, “Medenî Usul Hukuku”, 2016, s. 759. Arabuluculuk sürecinde tarafsızlığa ilişkin olarak bkz: Işıktaç, Yasemin, “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemleri”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu-I* içinde, Işıktaç, Yasemin (Eds),2014, (53-76); Exon, Susan Nauss, “The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation” *University Of San Francisco Law Review*, Vol.42, Winter 2008, s. 580, (577-620). Sürecin menfaat temelli oluşuna ilişkin: Green, Eric D., “International Commercial Dispute Resolution: Courts, Arbitration, And Mediation – Introduction” *Boston University International Law Journal*, Vol. 15, s. 177, (175-178); Taşpolat Tuğsavul, s.122, 123, Sosysal, s. 210; Zemans, Adam R., “The Emerging Research of International Parental Kidnapping Mediation”, *Revista de Mediación*, 2015, s. 3, (1-7); Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 671-672; Özmumcu (Sempozyum), s. 37- 38.

¹²⁷ Arabuluculuk ve uzlaştırma arasındaki farklılıklar için Bkz: Alexander, Nadj; “What’s Law Got To Do With It? Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions”, *Bond Law Review*, 2001, Article 5, s. 21, (1-29). Çin Halk Cumhuriyeti’nde her iki kavramda birbirine eş olarak kabul edilirken, Japonya’da birbirinden farklı kavramlar olduğu kabul edilmiştir: Özmumcu, Seda, “Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, 2013, s.19, 23, 260; Bensley, Norman, “Online Dispute Resolution”, *Tort Source*, Vol. 6, No. 4, 2004, (6-7); Arsdale, Suzanne Van, “User Protections in Online Dispute Resolution”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 21, 2015, s. 112, (107-142); Özbek, Mustafa Serdar, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?”, (Çözüm Türleri), *Ankara Barosu Dergisi*, 1999, S. 2-3, s. 199, (187-204); Taşpolat Tuğsavul, s. 31; Tanrıver (Armağan), s. 828; Kaplan Güler, s. 33; Öztatar, Hakan, “Genel Olarak Arabuluculuk”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I* içinde, Işıktaç, Yasemin (Ed.), 2014, s. 10, (9-19); Ercan, İsmail, “Medenî Usul Hukuku”, 2014, s. 505; Kaplan, Yavuz, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, *MHB*, Yıl 28, S. 1-2, 2008, s. 118, (115-146); *Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation Report*, Law Reform Commission, November, 2010, s.17, 23, (ET 18.11.2016) <http://www.lawreform.ie/fileupload/reports/r98adr.pdf>

¹²⁸ Kaplan Güler, s. 39; Özbay, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri” *EÜHFD*, C.X, S. 3-4, 2006, s. 470, (459-475); Ildır, 102 vd.; Riskin, Leonard L., “The Special Place Of Mediation In Alternative Dispute Processing”, *Alternative Dispute Resolution Symposium University Of Florida Law Review*, V. XXXVII, s. 23, (19-27).

¹²⁹ Ildır, s.67-73; Green Eric D.; “Corporate Alternative Dispute Resolution” (Corporate), *Journal On Dispute Resolution*, Vol.1:2, 1986, s. 246, (205-297).

¹³⁰ Şanlı, Cemal, “Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, İstanbul, 2016, s. 491; Cona Frank A, “Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution”, *Buffalo Law Review*, Vol. 45, 1997, s. 979, (975-999); Özekes, Muhammet, “Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku”, 2017, s. 2810; Scalise David G./ Engels Jeffrey E. “Alternative Dispute Resolutions: A

uyarınca arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin olduğundan, Sözleşme kapsamında arabuluculuk sürecini incelemeye başlamadan önce, kısaca arabuluculuk kavramı ve arabulucunun süreç içerisindeki rolünden bahsetmek uygun olacaktır.

Arbuluculuk, uyuşmazlığın tarafları arasında iletişimin sağlanması amacıyla tarafsız üçüncü kişinin dahil olduğu bağlayıcı olmayan bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹³¹. Bu alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminde, arabulucunun taraflar üzerinde herhangi bir otoritesi söz konusu değildir. Bu yöntemde, tarafsız konumda bulunan arabulucunun tek hedefi, tarafları bir araya getirerek, her ikisinin de tatmin olacağı ve kabul edeceği bir çözüme ulaşılmasını sağlayabilmektir¹³².

Arbulucu, uyuşmazlığın çözümünde etkin bir konumda yer alarak uyuşmazlığı hâkim gibi çözecek ya da tarafları belirli bir konuda uzlaşmaları için zorlayacak bir kimse değildir¹³³. Arabulucunun görevi, tarafların iletişim sağlayabileceği özgür bir görüşme ortamı oluşturarak, kendi uyuşmazlıklarını kendilerinin çözebilmesinin yolunu açabilmektir¹³⁴.

Arbuluculuk yöntemindeki asıl amaç, tarafların birbiri ile iletişim kurabilmesinin sağlanmasıdır. Bu nedenle süreç içerisinde arabulucu, tarafların karşılıklı olarak birbirlerini anlaması ve uyuşmazlık konularına ilişkin birtakım çözüm önerileri oluşturmaları için çaba sarf eder¹³⁵. Dolayısıyla arabulucunun oturumlardaki görevi, taraflar arasındaki asıl uyuşmazlığı tespit ederek, bu konu hakkında tarafların çözüm bulmasına yardımcı olmaktır. Aksi bir durumda taraflar uyuşmazlığın esas olan konudan uzaklaşarak küçük ayrıntılar üzerinde duracaktır. Bu durum ise uyuşmazlığı çözüm bulunamaz bir noktaya taşıyacaktır¹³⁶.

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, arabulucu hiçbir şekilde çözüm önerisi getiren bir kimse değildir. Taraflara eşit mesafede bulunan, bağımsız ve tarafsız, uyuşmazlık

Commercial Guide For Dispute Management”, Advocates' Quarterly, Vol. 53, 1988; Özbek, Mustafa, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir” *Ankara Barosu Dergisi*, (187-204).

¹³¹ Hutchinson, s. 86.

¹³² Hutchinson, s. 86.

¹³³ Pekcanitez, s. 256.

¹³⁴ Kaplan Güler, s. 29; Akıncı, Ziya, “Milletlerarası Tahkim”, 2016, s. 9.

¹³⁵ Kısmet Kekeç, s. 104; Yazıcı Tıktık, s. 16.

¹³⁶ Arabulucunun bu konuda başarılı olabilmesi için eğitilmiş ve tecrübe sahibi olması da ayrı bir önem taşımaktadır: Pekcanitez, s. 257.

çözümünde sadece taraflara yardımcı konumda bulunan kişidir¹³⁷. Arabulucunun görevi, oturumlarda iletişim tekniklerini kullanarak, taraflar arasındaki iletişimi sağlaması ve bunun devamı için özgür görüşme ortamının hazırlanmasını sağlamaktadır¹³⁸. Arabulucunun bu görevi büyük öneme sahiptir; çünkü özgür görüşme ortamının oluşması sonucu tarafların birbiri ile iletişimi mümkün hale gelir ve kendi çözümlerini kendilerinin üretmesinin yolu açılmış olur¹³⁹.

Arabulucu, tarafsız konumda bulunarak uyuşmazlığın taraflarının görüşme masasına oturmalarını sağlayarak, görüşmeler sürecinde taraflara yardımcı olmaktadır¹⁴⁰. Yapılacak görüşmelerde arabulucunun, toplantıların sayısı, yeri, ortamın fiziksel özelliklerinin hazırlanması, tartışmaların odak noktasının tespiti, taraf davranışlarının izlenmesi ve bu yolla özgür görüşme ortamının oluşmasının sağlanması, taraflara eşit mesafede durarak konuşma sırası ve süresinin belirlenmesi gibi görevleri söz konusudur. Arabulucu, taraflar arasındaki iletişimi de sağlayacak kişidir. Arabulucunun iletişim sürecindeki rolü ise taraflar arasındaki yanlış anlaşılmalardan kaynaklı aksaklıkların giderilebilmesi için, söylenmek istenenleri içeriğinde herhangi bir değişiklik yapmaksızın karşı tarafın kabul edebileceği bir tarzda yeniden ifadedir¹⁴¹. Arabulucu, taraflara bir çözüm önerisi getiremeyeceği gibi var olan çözüm önerilerinden birinin kabul edilmesi için taraflara baskı da yapamayacaktır. Ancak arabulucunun, tarafları takıldıkları noktalarda yeni düşünceler oluşturmaya yönlendirmek, ulaşamadıkları kişilerle iletişimi sağlamak ya da birtakım ayrıntılara dikkat çekmek, tarafların yeni çözüm yolları bulmasına yardımcı olmak gibi görevleri de söz konusudur. Arabulucu, kabul edilemeyecek çözüm önerilerinin olması halinde, bu önerilerin niçin kabul edilemeyeceğini vurgulayacaktır¹⁴². Dolayısıyla arabuluculukta taraflar, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmakla sorumlu iken arabulucu, sadece sürecin yönetiminde görev alacaktır¹⁴³.

¹³⁷ Pekcantez, s. 256, 260; Özekes, s. 41.

¹³⁸ Tanrıver, s. 165; Ildır, s. 81.

¹³⁹ Kaplan Güler, s. 29.

¹⁴⁰ Bühring-Uhle, Christian/ Kirchhoff, Lars/ Schrerer, Gabriele, "Arbitration and Mediation in International Business", 2. edition, Kluwer, 2006, s. 176.

¹⁴¹ Özmumcu, s. 364.

¹⁴² Kısmet Kekeç, s. 104-107.

¹⁴³ Vigers, s. 19.

4. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

4.1. ARABULUCULUĞUN ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA UYGUN OLMADIĞI GÖRÜŞÜ

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuğun uygulanabilirliği, Sözleşmenin 7'nci ve 10'uncu maddelerine dayalı olarak kabul edilmiştir¹⁴⁴. Sözleşme kapsamında arabuluculuğun uygulanmamasına ilişkin eleştiriler, La Haye Sözleşmesini bilmemekten ya da eksik bilmekten kaynaklanmaktadır. Ülke uygulamalarında, genellikle Sözleşmeye yönelik bilgilendirmeler La Haye Sözleşmesi kapsamında özel bilgiye sahip olmayan avukatlar tarafından yapılmaktadır¹⁴⁵. Dolayısıyla bu avukatların yapacağı bilgilendirme eksik olabildiği gibi yanlış da olabilmektedir. Eksik ya da yanlış bilgilendirmeler tarafları gerçekçi beklentilerden uzaklaştırmaktadır. Zira avukatlar, olası sonuçlar üzerinde bilgilendirme yapmaktadırlar. Bu eksik ya da yanlış bilgilendirmeler ise arabuluculuğa gidişin önü kesmekte ve tarafların arabuluculuğa karar vermekteki isteklilikleri azalmaktadır¹⁴⁶.

4.1.1. ARABULUCULUK SÜRECİNDE KAPSAMA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Bu eleştirilerden ilki, arabuluculuk süreci içerisinde ele alınabilecek sorunların, sadece çocuğun iade edilip edilmemesi meselesi ile sınırlandırılmamış olmasına ilişkindir. Bir başka ifade ile eleştiriler, arabuluculuk sürecinde üzerinde tartışılıp karara varılabilecek konuların kapsamının daha geniş olmasına yöneliktir¹⁴⁷. Örneğin, Sözleşme uyarınca çocuğun iadesi için mahkeme yoluna başvurulması ihtimalinde mahkeme sadece, çocuğun mutad meskenine iade edilip edilmemesine ilişkin bir karar verebilecektir (L.S. md.11, 12, 16). Ancak arabuluculuğun uygulanması durumunda, tarafların koruma hakkına ilişkin dahi karar alabilmesi mümkün olacaktır¹⁴⁸. Malta merkezî otoritesi, arabuluculuk sonucunda koruma hakkına ilişkin bir karar alınabilmesini, uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklı uyuşmazlıklarda asıl halledilmesi gereken konunun iade meselesi

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm II, 4.

¹⁴⁵ Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberine göre süreçte avukatların rolleri, sürecin tarafları tatmin edecek bir anlaşma ile sonuçlanmasını sağlayabilmektir. Bununla birlikte avukatlar, tarafların anlaştıkları hususların icra kabiliyetinin olup olmadığını denetleyecek kişilerdir: bkz. Mediation Guide, s. 46. Aynı husus Reunite Pilot Projesinde de öngörülmüştür: Zawid, s. 37.

¹⁴⁶ Vigers, s. 30.

¹⁴⁷ Vigers, s. 39, 40.

¹⁴⁸ Vigers, s.39 vd.

olduğu ve koruma hakkının bu uyuşmazlıklar bakımından önemli bir mesele olmadığını belirterek eleřtirmiřtir¹⁴⁹.

Güney Afrika merkezî otoritesi ise, arabuluculuk sürecinde çocuğun iadesi dışında, koruma hakkı, çocuğun diğer eş ile şahsî ilişki kurabilmesi amacıyla seyahat düzeni gibi meselelerin tartışılmasının, La Haye Sözleşmesinin ruhuna aykırı olduğunu belirtmiştir. Güney Afrika merkezî otoritesine göre, Sözleşmede esas olan çocuğun bir an evvel iadesidir. İade dışı meselelerin tartışılması, iade sürecini geciktirebilecektir. Bu sebeple, iade dışında diğer konuların çocuğun mutad meskeni mahkemesince incelenmesi gerekmektedir¹⁵⁰. Sözleşme kapsamında arabulucuğun uygulanması gerekliliğini savunanlar ise, arabuluculuk sürecinde ele alınabilecek konuların kapsamının genişliğini arabuluculuğun en büyük avantajlarından birisi olarak görmekte ve sürecin gecikmesine sebep olmayacağını düşünmektedir. Ancak bu husus, Sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk sürecinin işletilmesinin faydaları başlığı altında yer alan, arabuluculuk sürecinde üzerinde tartışılıp karara varılabilecek konuların kapsamının daha geniş olması başlığında ele alınacağından bu noktada daha fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

4.1.2. ARABULUCULUĞUN İVEDİ İADE SÜRECİNİN ENGELLEYECEĞİ GÖRÜşÜ

La Haye Sözleşmesinin amacı, çocuğun bir an önce mutad meskenine iadesidir (L.S. md. md.1/ 1 (a)). Sözleşmenin 2'nci maddesinde de taraf devletlere, Sözleşmenin amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için en süratli usulleri kullanmaları gerektiği yönünde bir yükümlülük verilmiřtir¹⁵¹. Bunun yanında Sözleşmenin 11/ 1 maddesinde, taraf devletlerin adlî ve idarî makamlarına çocuğun bir an önce iadesi için gerekli tüm önlemleri alma görevi verilmiřtir¹⁵².

Çocuğun bir an evvel iadesinin sağlanabilmesi amacıyla Sözleşmede, müracaatta bulunulan adlî ve idarî makamların altı hafta içerisinde karar vermesi gerektiği

¹⁴⁹ Vigers, s. 39.

¹⁵⁰ Vigers, 39-40.

¹⁵¹ Taraf devletler, ülkelerinin sınırları içinde, Sözleşmenin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere, uygun bütün önlemleri alırlar. Bu amaçla, en süratli usüllere başvurmakla yükümlüdürler.

¹⁵² Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayı: 33, (1/315), s. 9.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss33.pdf>

belirtilmiştir (L.S. md. 11/2). Bu altı haftalık süre, zorunlu olmayan bir süre sınırlamasıdır. Çocuğun iadesine yönelik kararın altı haftada tamamlanamaması durumunda, müracaatta bulunulan makamdan gecikmenin sebebinin açıklaması istenebilecektir (L.S. md. 11/2). Her ne kadar süreye ilişkin bu hüküm emredici nitelikte olmasa da, taraf devletlerin yetkili makamlarını, azamî süreye yönelik düzenlemeler yapmaya yönlendirmektedir¹⁵³.

Arabuluculuk uygulamasının, Sözleşmedeki hızlı süreci etkileyebileceğine ilişkin endişeler söz konusudur¹⁵⁴. Örneğin, Uluslararası Sosyal Hizmetlerin İsviçre Şubesi, Sözleşmede tavsiye edilen altı haftalık süre içerisinde, arabuluculuk uygulamasının başarılı bir şekilde sonuçlanabilmesinin çok sık rastlanılabilecek bir durum olmayacağını belirtmiştir¹⁵⁵. Bu açıdan arabuluculuk, uluslararası çocuk kaçırmalar kapsamında uygun bir çözüm yolu olarak görülmemektedir.

Kanaatimizce arabuluculuğa getirilen bu eleştir haklı değildir. Arabuluculuk süreci, çocuğun iadesi yollarından biri olarak Sözleşmenin uygulaması kapsamında yer almaktadır (L.S. md. 7, 10). Dolayısıyla müracaatta bulunulan makama verilmiş olan altı haftalık süreye arabuluculuğun uygulandığı durumlarda da riayet edilmesi gerekmektedir (L.S. md. 11/2)¹⁵⁶. Bu husus İhtisas Komisyonu Raporlarında açıkça belirtildiği gibi tavsiye yazılarında da ifade edilmiştir. Avrupa Konseyi Tavsiye Raporunda arabuluculuğun, çocuğun bir an önce iadesini engelleyecek bir yöntem olması durumunda uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁷. Bunun yanında Dördüncü ve Altıncı İhtisas Komisyonu Raporlarında da çocuğun gönüllü iadesine yönelik ya da anlaşma ile uyuşmazlığın

¹⁵³ Pérez-Vera, s. 458.

¹⁵⁴ Sözleşmede öngörülen altı haftalık süreye ilişkin getirilen bir diğer eleştiri ise, kararın verilmesi için altı haftalık zamanın arabuluculuk sürecinde, tarafları zaman bakımından strese sokacağı yönünde olmuştur. Kiesewetter ve Paul' a göre bu eleştiri arabuluculuk sürecine getirilen haksız bir eleştiridir. Tarafların anlaşmak istedikleri takdirde, altı hafta içerisinde anlaşmayı sağlayamadıkları durumda, süreci uzatabilme imkânları Sözleşmede öngörülmüştür. Ayrıca, taraf ülkelerin çoğu da bu durumu kabul etmektedir. Dolayısıyla süreye ilişkin sınırlama, arabuluculuk sürecinin işlemesine engel olabilecek bir hal değildir: Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 39.

¹⁵⁵ Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 9.

¹⁵⁶ Vigers, s. 42.

¹⁵⁷ Recommendation No. R (98) 1 Of The Committee Of Ministers To Member States On Family Mediation, VIII(b) s, 16.

sonuçlandırılmasına yönelik girişimlerin, çocuğun iadesi sürecini önemli bir şekilde geciktirmemesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁵⁸.

Sözleşmenin 7 ve 10'uncu maddelerine dayanılarak, iade başvurusunun yapılmasının ardından her aşamada tarafların, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullanarak uyuşmazlığı sona erdirilebilmesi mümkündür¹⁵⁹. Sözleşme kapsamında arabuluculuğa başvuru, mahkemeye başvurulmadan önce mümkün olduğu gibi mahkemeye başvurunun ardından da mümkündür. Hâkimin tarafları arabuluculuğa yönlendirdiği durumlarda, taraf devletlerin ivedilik yükümlülüğü sebebiyle, süre sınırlamasını göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu sebeple Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde¹⁶⁰ taraf devletlere, tarafların mahkeme aşamasında arabuluculuğa başvurulması durumunda, hâkimin yargılamayı erteleyebileceğine yönelik bir düzenleme yapması ya da bir sonraki duruşma tarihini arabuluculuğun sona erebileceği bir tarihe erteleme şeklinde düzenlemeler yapması tavsiye edilmiştir.¹⁶¹ Böylece Sözleşmede öngörülen ivedi iadenin aksine bir durum da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, tarafların arabuluculuk sürecine başvurduğu ve sürecin başarılı olduğu hallerde ya da arabuluculuk sürecinin başarısız olduğu ihtimallerde de, çocuk kaçırmadan kaynaklanan uyuşmazlığın, Sözleşmede tavsiye edilen altı hafta içerisinde sonuçlandırılması sağlanabilecektir¹⁶².

Arabuluculuk süreci sonunda anlaşma sağlanamadığı durumlarda da uyuşmazlığın mahkeme yoluyla çözümlenebilmesi için ivedilik yükümlülüğüne aykırı düşmeyecek düzenlemelere ihtiyaç vardır. Arabuluculuğun, iade sürecinin hızını etkilememesi amacıyla İsviçre, Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocuklar ile Yetişkinlerin Korunması Hakkında La Haye Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 tarihli İsviçre Federal Kanununun 8/ 2 maddesinde, uzlaşma veya arabuluculuğun, iade başvurusunun geri çekilmesi sonucuna yol

¹⁵⁸ Conclusions And Recommendations Of The Fifth Meeting Of The Special Commission To Review The Operation Of The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction And The Practical Implementation Of The Hague Convention Of 19 October 1996 On Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation In Respect Of Parental Responsibility And Measures For The Protection Of Children (30 October – 9 November 2006), Appendix, paragraph 1; Conclusions And Recommendations And Report Of Part I Of The Sixth Meeting Of The Special Commission On The Practical Operation Of The 1980 Hague Child Abduction Convention And The 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011), s. 23.

¹⁵⁹ Altuntaş, s. 58.

¹⁶⁰ Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2012, https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf (E.T.: 05.112016) s. 9.

¹⁶¹ Mediation Guide, s. 45.

¹⁶² Vigers, s. 26.

açmaması durumunda, mahkemenin, basit yargılama usulü ile karar vereceği hüküm altına alınmıştır¹⁶³. Almanya’da ise uluslararası çocuk kaçırılarda, mahkeme çocuğun yeniden yer değiştirmesini önleyebilmek için pasaporta el koyma gibi gerekli koruyucu tedbirlerin alınacağı duruşmanın ardından, taraflar arabuluculuğa yönlendirilebilecektir¹⁶⁴. Arabuluculuğa mahkeme teşviki ile gidilmiş ve mahkeme daha önce uyuşmazlığa ilişkin bir duruşma yapmış ise arabuluculukta başarıya ulaşılmadığında duruşma yapılmaksızın karar verilebilecektir¹⁶⁵.

Mahkeme tarafından, arabuluculuğun süresine ilişkin bir sınırlama getirilmesi, arabuluculuk sürecinin geciktirilmesini önlemek adına başvurulabilecek yöntemler arasındadır. Süre sınırlaması ayrıca, tarafların daha hızlı ve etkili bir şekilde sonuç alabileceklerine ilişkin güvenlerinin oluşmasına da katkı sağlayacaktır¹⁶⁶. Ayrıca arabuluculuk süreci de, Sözleşmede tavsiye edilen altı haftalık sürenin içerisinde yer aldığından, arabuluculuk konusunda anlaşılmasının ardından arabulucuların bir an evvel süreci başlatabilmesi için hazır bulunmaları gerekmektedir¹⁶⁷.

Her ne kadar altı haftalık sürecin arabuluculuk için kısa olduğu ve arabuluculuğun bu kısa sürede başarı ile tamamlanamayacağına yönelik görüşler söz konusu olsa da, arabuluculuk uygulamalarına yönelik projelerde altı haftadan daha kısa süreli zaman diliminin dahi arabuluculuk için yeterli olduğu belirtmiştir¹⁶⁸. Örneğin, 2006 yılında tamamlanan Reunite Pilot Projesinde¹⁶⁹, Sözleşme kapsamındaki arabuluculuk faaliyeti iki gün içerisinde

¹⁶³ Kanunun Türkçe çevirisi için bkz: Vural, s.122. Ayrıca İngilizce metin için bkz: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20091488/200907010000/211.222.32.pdf> (E.T.:20.12.2016)

¹⁶⁴ Vigers, s. 26, 27.

¹⁶⁵ Vigers, s. 43.

¹⁶⁶ Vigers, s. 26.

¹⁶⁷ Wrocław Declaration on Mediation of Bi-national Disputes over Parents’ and Children’s Issues, Wrocław, October 8, 2007, (E.T.:20.12.2016), <http://www.bafm-mediation.de/wp-content/uploads/image/images/wroclaw-declaration.pdf>

¹⁶⁸ Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri ile Almanya arasındaki arabuluculuk uygulamasında, 2 ila 4 gün arasında değişen 12 ya da 16 saatlik bir süreçte arabuluculuk uygulaması gerçekleştirilmiştir. Fransa ile Almanya arasında yapılan arabuluculuk uygulamasında ise, Cuma öğleden sonra başlayan arabuluculuk süreci Pazar gününe kadar devam ederek sonuçlandırılmaktadır: Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 9, 10.

¹⁶⁹ Reunite Pilot Projesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: İkinci Bölüm II, 3, 3.7.

tamamlanmıştır¹⁷⁰. Bu kısa süre, tarafların arabuluculuğa odaklanmasını sağladığından anlaşmaya ulaşmada çok daha etkili bir yöntem olarak görülmüştür¹⁷¹.

Tüm bu açıklamaların üzerine, ivediliğin arabuluculuğa başvurunun önünde bir engel olarak görülmemesi gerekir. Dördüncü ve Altıncı İhtisas Komisyonu Raporlarında da belirtildiği gibi Sözleşme kapsamında arabuluculuk sürecinin işletilmesinin engellenebilmesi için gecikmenin ciddi olması gerekmektedir. Bu açıdan süreçte kısa süreli bir gecikme, arabuluculuğun uygulanmasını engelleyebilecek bir husus olmayacaktır.¹⁷².

4.2. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLECEĞİ GÖRÜŞÜ

4.2.1. GENEL OLARAK

Sözleşmenin 7'inci ve 10'uncu maddelerinde, mahkeme dışında, gönüllü olarak çocuğun iade edilebileceği gibi, tarafların farklı bir çözümde anlaşması yolu ile de uyuşmazlıkların sonlandırılabilmesi kabul edilmiştir¹⁷³. Bu hükümlerin yanında ayrıca, uluslararası çocuk kaçırılmalarda uygulanacak arabuluculuğun iç hukuklardaki aile arabuluculuğundan farklı olduğu, uluslararası çocuk kaçırılmaların niteliğine uygun düşen bir arabuluculuk sürecinin oluşturulması gerektiği La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu¹⁷⁴ tarafından kabul edilmiştir¹⁷⁵. Bu sebeple La Haye Sözleşmesinin amacına uygun, Sözleşme ile uyumlu bir arabuluculuk sürecinin oluşturulması için, La Haye Uluslararası Özel Hukuk Komisyonu tarafından, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi oluşturulmuştur¹⁷⁶. Doktrinde kabul edilen bir görüşe göre, Sözleşme kapsamında gerçekleştirilen arabuluculuk, kurumsal bir arabuluculuk sürecidir. Şöyle ki Sözleşme kapsamındaki arabuluculuk, kurumsal bir yapı olan La Haye Milletlerarası Özel Hukuk

¹⁷⁰ Martin, s. 407.

¹⁷¹ Reunite Pilot Scheme, s. 55.

¹⁷² Vigers, s. 45.

¹⁷³ Bozdağ (Red Nedenleri), s. 63 vd.; Martin, s. 366, 367.

¹⁷⁴ Daimî Büro, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının çalıştığı konulara ilişkin ihtiyaç duyulduğunda özel araştırmaları yapan, merkezî otoriteler, delegeler, ulusal organlar ve uluslararası organlar arasında adli ve idari iş birliği sağlayan bir organdır. Ayrıca Daimî Büro, Sözleşmenin uygulanması noktasında uygulayıcıların sorunlarına cevap vermektedir: bkz. HCCH, Hague Conference on Private International Law, "What's the Permanent Bureau of the Hague Conference?", (E.T.:12.02.2017) http://www.hcch.net/index_en.php?act=faq.details&fid=30

¹⁷⁵ Uluslararası çocuk kaçırılmalarda uygulanacak arabuluculuğun iç hukuktan farkına ilişkin bkz. Mediation Guide, s. 26, 27; Carl/ Walker, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 75.

¹⁷⁶ Konuya ilişkin olarak bkz: Martin, s.363 vd.; Mediation Guide, s. 14 vd.

Konferansının gölgesinde gerçekleştirilmektedir¹⁷⁷. Çünkü bu uyuşmazlıklar, iç hukuktaki aile hukukundan doğan uyuşmazlıkları çözmek için başvurulacak arabuluculuk sürecinden çok daha karmaşık bir yapıya sahiptir.¹⁷⁸ Zira tarafların vatandaşlıkları, kültürleri, dilleri birbirinden farklı olduğu gibi birden çok hukuku ilgilendiren bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması gerekmektedir¹⁷⁹.

La Haye Sözleşmesine taraf olan ülke hukuklarının farklılığı, Sözleşmeye dayanan arabuluculuk uygulamalarının da farklılaşmasına yol açmaktadır¹⁸⁰. 2012 yılında hazırlanan Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi, bu farklı uygulamaları ortadan kaldırıp, ortak bir uygulama oluşturulması, Sözleşme ile uyumlu özel bir arabuluculuk yolu oluşturulması ve Sözleşmenin en iyi şekilde uygulanması için önemli görülen kaynaklardandır¹⁸¹. La Haye Sözleşmesine taraf olan devletleri, arabuluculuk uygulamasına teşvik eden bir rehberin ve Sözleşme kapsamında arabuluculuğun uygulanması için hazırlanan uluslararası belgelerin varlığı ve arabuluculuğun mahkeme prosedürüne göre daha avantajlı olan yönlerine rağmen, arabuluculuğun uluslararası çocuk kaçırılmalara uygun olmadığı görüşü haklı görülememektedir. Bu nedenle çalışmamızda arabuluculuk uygulamasının uluslararası çocuk kaçırılmalar üzerindeki faydalarını incelemenin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

4.2.2. SÖZLEŞMEDEN KAYNAKLI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ARABULUCULUK SÜRECİNİN İŞLETİLMESİNİN FAYDALARI

4.2.2.1. Arabuluculuk Sürecinde Üzerinde Tartışılıp Karara Varılabilecek Konuların Kapsamının Daha Geniş Olması

La Haye Sözleşmesi kapsamında arabuluculuğun uygulanmasının avantajları arasında öncelikli olarak gösterilen sebeplerden birisi, arabuluculuk süreci içerisinde ele alınabilecek konuların, Sözleşme kapsamında mahkeme yoluyla iade yolunun seçilmesi ihtimalinde ele alınabilecek konulara göre daha geniş olduğudur¹⁸². Hatta arabuluculuk sürecinde daha fazla konunun ele alınabilmesi ve iade dışında farklı kararların alınabilecek

¹⁷⁷ Zemans, s. 2.

¹⁷⁸ Zemans, s. 2; Ataman Fıganmeşe, s. 55.

¹⁷⁹ Mediation Guide, s. 26.

¹⁸⁰ Sözleşmenin uygulanmasındaki farklılıkların yol açtığı sorunlar için bkz: Mediation Guide, s. 30.

¹⁸¹ Vigers, s. 33, 34.

¹⁸² Mediation Guide, s. 53.

olması doktrin ve Sözleşmenin uygulayıcıları tarafından, arabuluculuğa getirilen eleştirilere verilecek cevapların başında gelmektedir¹⁸³.

Doktrinde genel olarak kabul edilen yaklaşım, La Haye Sözleşmesi uyarınca yürütülecek olan yargılamaya göre arabuluculuk yönteminin daha etkin bir yol olduğudur¹⁸⁴. Şöyle ki, Sözleşme uyarınca yürütülecek mahkeme prosedüründe hâkimin verebileceği karar, sadece çocuğun iade edilip edilmemesine yöneliktir¹⁸⁵. Arabuluculuk yoluna başvurulması durumunda ise, herhangi bir sınırlama olmaksızın taraflar, istedikleri konuları ele alabileceklerdir¹⁸⁶. Bu konuya ilişkin, taraf ülke uygulamalarında öncelikli verilen örnek, koruma hakkı konusunda arabuluculuk sürecinde tarafların karar alabilmesidir. Sözleşmenin 16'ncı maddesinde açıkça mahkemelerin koruma hakkına ilişkin karar veremeyeceği belirtilmiştir¹⁸⁷. Dolayısıyla, Sözleşme uyarınca mahkemeye gidildiğinde karar, sadece çocuğun mutad meskenine iadesinin kabulü veya reddine ilişkin olabilecekken, arabuluculukta hukuk sistemleri izin verdiği müddetçe, tarafların anlaşarak koruma hakkına ilişkin karar almaları dahi mümkün olacaktır¹⁸⁸.

Hukuk sistemlerinin, arabuluculuk süreci sonucunda anlaşılacak konular arasında, çocuğun koruma hakkının kime ait olacağı hususununa yer vermesi, çocuğun mutad meskeni mahkemesinde koruma hakkına ilişkin ikinci bir dava açılmasının önüne geçecektir. Bu sebeple koruma hakkına ilişkin kararın arabuluculuk sürecinde ebeveynler tarafından kararlaştırılabilmesi, La Haye Sözleşmesi kapsamında arabuluculuk uygulamasının yaygınlaştırılması amacıyla çıkarılan, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde de tavsiye edilmiştir¹⁸⁹.

¹⁸³ Vigers, s. 39.

¹⁸⁴ Vigers, s. 39, 67, 69; Mediation Guide, s. 53; Zawid, s. 19, 26.

¹⁸⁵ Nehls, Kyra, "The Legal Framework of Child Abduction Cases", in Cross-Border Family Mediation in Cross-Border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases, Paul, Christoph C./ Kiesewetter, Sybille (Eds.), 2014, s. 25, (19-36).

¹⁸⁶ Mediation Guide, s. 54.

¹⁸⁷ Bir çocuğun, 3. madde çerçevesinde, kanuna aykırı olarak yer değiştirdiği veya geri dönmediğinden haberdar edilmesini müteakip, çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu taraf devletin adlî veya idarî makamları, çocuğun geri dönmesi konusunda işbu sözleşmedeki şartların bir araya gelmediği tespit edilinceye kadar veya sözleşme uyarınca bir talepte bulunulmadan makul bir süre geçinceye kadar, koruma hakkının esasına ilişkin karar veremezler: Ataman Fıganmeşe, s. 57.

¹⁸⁸ Zawid, s. 25. Konu hakkında Türk hukukuna ilişkin açıklamalar için bkz: Bölüm II, 5, 5.2,5.2.3.

¹⁸⁹ Mediation Guide, s. 16, 21.

Mahkeme yoluyla iade durumunda bir çözüme ulaşılamayacak, ancak arabuluculuk süreci sonunda oluşturulacak anlaşma ile çözüme kavuşabilecek başka bir örnek durum ise, çocuğu kaçıran ebeveynin, çocuğu götürdüğü ülkeye yerleşme isteğinin söz konusu olmadığı durumlardır. Bazı kaçırılmalarda kaçıran ebeveyn, çocuğun mutad meskeninde yani evliliği süresince bulunduğu yerde, kendisini ailesinden uzakta ve yalnız hissetmektedir¹⁹⁰. Evliliğinde yaşanan sıkıntıların artması ile birlikte çocuğunu da alarak ailesinin bulunduğu menşee ülkesine gitmektedir¹⁹¹. Ebeveynin bunu yapma sebebi, evliliği süresince yaşadığı kültürü, dili farklı olan ülkede aile desteğini bulamamasıdır. Bu tür olaylarda çocuğu kaçıran ebeveynin, çocuğunun diğer eşle bağlantısını koparmak ya da menşee ülkesine yerleşmek gibi amaçları olmayıp, sadece ailesi ile zaman geçirme isteği olmaktadır. İşte böyle bir durumda, çocuğun mahkeme yoluyla mutad meskenine iadesinin sağlanması yerine çocuğun ve onu kaçıran ebeveyninin, kaçıran ebeveynin ailesi ile sürekli olarak iletişim kurabilmesine imkân verecek bir anlaşmanın yapılabilmesi, mahkeme yoluyla çözümden mümkün olmasa da arabuluculuk yoluyla çözümden mümkündür¹⁹².

Uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgilenen hâkimler, bu uyuşmazlıklarda tek ve aslında esas olan sorunun, çocuğun iadesi olmadığını, dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümünde sadece iadeye odaklanmanın yeterli olmadığını, diğer tüm durumların göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedirler¹⁹³. Yani iadeye karar vermeden önce göz önünde bulundurulması gereken bazı meselelerin var olduğunu ve bu meselelerin çocuğun iadesi yönünde karar verip vermeme konusunda etkili olabilecek nitelikte olduğunu belirtmektedirler¹⁹⁴. Reunite Pilot Projesinde görev yapan tüm arabulucular, arabuluculuk sürecinde, çocuğun iadesinden farklı pek çok konunun ele alındığını belirtmişlerdir¹⁹⁵. Ancak bu meselelerin mahkeme yoluyla çözümden ele alınabilmesi mümkün olmamaktadır. Zira Sözleşme gereğince mahkeme, sadece çocuğun kaçırılmasının haksız olduğunu tespitinin ardından, iade talebinin reddedilmesini

¹⁹⁰ Zawid, s. 25.

¹⁹¹ Giray, s. 2.

¹⁹² Zawid, s. 26.

¹⁹³ Vigers, s. 39.

¹⁹⁴ Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 11.

¹⁹⁵ Reunite Pilot Scheme, Q. 17, s. 49.

gerektirecek bir nedenin de olmaması durumunda, çocuğun mutad meskenine iadesi kararını verecektir (L.S. md. 12).

Uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda önem arz eden ancak La Haye Sözleşmesi kapsamında gidilen mahkeme yargılamasında ele alınamayacakken arabuluculuk sürecinde ele alınabilecek konulara örnek olarak, çocuğun bakımı, ebeveynler arası sorumlulukların paylaşımı, çocuğun ebeveynleri ile iletişiminin sağlanabilmesi amacıyla seyahat düzeni, çocuğun eğitimine ilişkin bilgi alışverişi, çocuğun anaokuluna getirilip götürülmesi, mal paylaşımı, seyahate yönelik finansal konuların düzenlenmesi, ayrı evlerde yaşama gibi konular verilebilir¹⁹⁶.

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk sürecinde tartışılacak ve karara bağlanacak konuların kapsamı her ne kadar geniş olsa ve Sözleşmede bir sınırlandırmaya yer verilmemiş olsa da, işin özü itibarıyla bazı sınırlandırmalar da vardır. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda, uyuşmazlıkların altı hafta içerisinde sonuçlandırılması gerektiği belirtildiğinden (L.S. md. 11/2), arabuluculuk süresinin de, bu süreden fazla olmaması gerekmektedir. Bu süre sınırlaması, arabuluculuk süreci içerisinde üzerinde tartışılarak karara varılmaya çalışacak konuların sınırlandırılmasında, etkili olacaktır. Bunun yanında, arabuluculuk süreci sonucu ortaya çıkan her iki tarafı da tatmin eden anlaşmanın, hukuk sistemlerinde icra edilebilir nitelikte olması da gerekmektedir¹⁹⁷. Bu sebeple, süreçte karara varılabilecek konular, sadece ebeveynlerin bulunduğu ülke hukuk sistemlerinde icra edilebilecek hususlar olacaktır. Dolayısıyla, arabuluculuk sürecinde her türlü konunun ele alınması işin niteliği gereğince mümkün olmayacaktır¹⁹⁸.

4.2.2.2. Arabuluculuk Sürecinde Çocuğun Menfaatinin Yargılamaya Nazaran Daha Çok Dikkate Alınabilmesi

Sözleşme, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun önceki mevcut durumunun bir an önce tesis edilmesi amacıyla düzenlenmiş bir adli yardım sözleşmesidir¹⁹⁹. La Haye Sözleşmesinin hiçbir maddesinde çocuğun üstün menfaati ifadesine yer verilmemiş

¹⁹⁶ Reunite Pilot Scheme, Q. 17, s. 49; Vigers, s. 67, 69.

¹⁹⁷ Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 13, 14; Reunite Pilot Scheme, s. 9; Mediation Guide, s. 30, 79 vd.

¹⁹⁸ Mediation Guide, s. 55.

¹⁹⁹ Giray, s. 47-48. Dolayısıyla Sözleşmede maddî hukuka ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Maddî hukuka ilişkin düzenlemeler, taraf ülkelerin iç hukuklarına bırakılmıştır: Altuntaş, s. 36.

olmasına rağmen Sözleşme, çocuğun menfaatini korumayı amaçlamaktadır ve çocuğun bir an önce mutad meskenine iadesi, Sözleşme kapsamında çocuğun üstün menfaatini oluşturmaktadır²⁰⁰.

Sözleşmede üç yolla çocuğun menfaatinin korunmasını sağlanmaktadır. İlk olarak, Sözleşmede öngörülen hızlı iade süreci ile ebeveynlerin çocuklarını kaçırmaya ilişkin cesaretleri kırılmaya çalışılmaktadır. Bunun yanında, çocuğun mutad meskenine iadesi şayet çocuğu fizikî veya psikolojik bir tehlikeyle karşılaştıracaksa, çocuğun mutad meskenine iadesi reddedilecektir (L.S. md. 13/ 1 (b)). Son olarak, çocuğun en yakın ilişkilerinin söz konusu olduğu, mutad meskenine iadesi sağlanmaktadır²⁰¹.

Mahkeme prosedürü içerisinde Sözleşmenin 13/ 1 (b) maddesinde yer alan ve çocuğun menfaatini korumayı amaçlayan, çocuğun iadesi durumunda büyük bir tehlike riski ile karşılaşma ihtimali söz konusu ise iade talebinin reddedileceği hükmü²⁰²; hâkimlerin başka ülkelerdeki meslektaşlarının yetkilerini gasp etmek istememeleri sebebiyle uygulamasından kaçınılan bir hükümdür. Uygulamada genel olarak hâkimler, çocuğun iade edileceği mutad mesken merkezî otoritesi, iade sonrası çocuğun güvenliğini sağlayamayacaksa iadenin reddine karar vermektedirler²⁰³. Bu durumun haricinde Sözleşmenin 12, 13, 20'inci maddelerinde sayılan istisnalar dışında çocuğun haksız olarak yerinin değiştirildiği durumlarda mahkeme, mutad meskene iade kararı vermektedir²⁰⁴.

²⁰⁰ Kenworthy, Brian S. "The Un-Common Law: Emerging Differences between the United States and the United Kingdom on the Children's Rights Aspects of the Hague Convention on International Child Abduction", *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 12, Issue 2, 2002, s. 357, (329-336); Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 19.

²⁰¹ Vigers, s. 65.

²⁰² Bozdağ (Red Nedenleri), s. 114 vd.; Giray, s. 134 vd.; Altuntaş, s. 121 vd.; Ataman Figanmeşe, s. 89 vd.; Nebioğlu Öner, s. 494.

²⁰³ Vigers, s. 65.

²⁰⁴ Yargıtay 2. HD vermiş olduğu bir kararında, iade halinde çocuğun fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalıp kalmayacağı ya da başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda sosyal çalışmacı, psikolog veya pedagog gibi bir uzmandan rapor alınması gerektiğine karar vermiştir. Ayrıca inceleme tarihi itibarıyla kendisini ilgilendiren davada görüşlerini ifade etme olgunluğuna erişen çocuğun görüşü de alınması gerektiği kararını vererek, çocuğun iadesi hususunun değerlendirilmesinin eksik incelenmesi sebebiyle ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir: Yargıtay 2.HD. 5.10.2016, E. 2016/10737, K. 2016/13560 (www.kazanci.com). Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararında ise çocuğun yaşının küçük olmasının tek başına iadenin reddi nedenini oluşturmadığını belirtmiştir: Yargıtay 2.HD, E. 2011/ 8304, 2011/8799, T.:23.05.2011, (www.kazanci.com).

Kaçırılma durumunda çocuğun mutad meskenine iadesi, her zaman çocuğun menfaatine uygun olmayabilir²⁰⁵. Örneğin, çocuğun koruma hakkına sahip olan anne tarafından kaçırılması durumunda, Sözleşmeyi hazırlayanların düşüncesinin aksine iade, koruma hakkı sahibinin bu hakkını kaybetmesine ve çocuğun onu büyüten ebeveyninden ayrılmasına sebebiyet vermektedir²⁰⁶. Dolayısıyla, mahkeme süreci sonucunda 12, 13 ve 20'nci maddelerde yer alan istisnai durumların söz konusu olmaması halinde, mutad meskene iade somut olayın şartlarına göre değerlendirildiğinde, her olayda çocuğun üstün menfaatini gerçekleştirmeyebilir²⁰⁷. Tarafların, arabuluculuk yöntemini seçmeleri durumunda ise, somut olayın şartlarını değerlendirerek çocuğun ve hatta ebeveynlerin menfaatine en uygun olan ve her iki tarafı da tatmin edecek çözüme ulaşmaları mümkün olacaktır.

Taraflar, hâkim gibi üçüncü bir kişinin baskısı olmadan anlaşmayı kendileri oluşturduklarından, oluşturdukları bu anlaşmaya uyma konusunda, gönüllü olacaklardır. Gönüllü olarak uyulan bu anlaşmanın ömrü de uzun olacaktır²⁰⁸. Yapılan araştırmada, ebeveynlerin her ikisini de tatmin edecek bir anlaşmaya 12 yıl sonra dahi hala uyulduğu gözlemlenmiştir²⁰⁹. Dolayısıyla tarafların anlaşmaya uyma yönünde istekli oluşu dahi çocuğun iadesi ya da şahsî ilişki kurma sürecini zora sokmayacağından, çocuğun menfaatini sağlayabilmektedir.

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda, çocuğun menfaatinin göz önünde tutularak, mutad meskenine iadesi dışında bir çözüme ulaşılmasında en uygun yollardan birisi, arabuluculuk sürecidir²¹⁰. Ebeveynlerin, arabuluculuk sürecinde ortaklaşa oluşturacakları anlaşma

²⁰⁵ Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 25.

²⁰⁶ Vigers, s. 66.

²⁰⁷ Vigers, s. 69.

²⁰⁸ Ildır, s. 49.

²⁰⁹ Amerikalı aileler arasında 12 yıldır yapılan bu araştırmada çocukla şahsî ilişkisinin kurulmasına dair yapılan anlaşmaların 12 yılın sonunda dahi uygulandığı, çocukla aynı ülkede yaşamayan diğer ebeveynin arasındaki iletişimin kesilmediği görülmüştür. Ancak Sözleşme kapsamındaki arabuluculuğun çocuk ile diğer eş arasındaki ailevi bağları sürdürdüğü yönünde kesin bir kaniye varmak şu an için henüz erken olduğu ileri sürülmektedir.

²¹⁰ Reunite Pilot Projesi sonrasında taraflara sorulan sorular arasında arabuluculuk sürecinin çocuğun üstün menfaatini göz önüne alıp almadığı, yer almıştır. Taraflar %92 oranında çocuğun menfaatinin göz önüne alındığını belirtmişlerdir. Katılanların %5'i bu hususta emin değilken, %3 ise çocuğun menfaatinin arabuluculuk sürecinde dikkate alınmadığını belirtmiştir. Reunite Pilot Proje uygulamasına katılanlar, arabulucuların, süreç içerisinde çocuğu odak noktası olarak tutmakta başarılı olduklarını ve yalnızca çocuğun menfaatlerini değil kendi ihtiyaçlarını da göz önünde bulundurabildiklerini belirtmişlerdir: Reunite Pilot Scheme, Q. 12, s. 22.

doğrudan çocuğu etkileyebilecek niteliktedir²¹¹. Dolayısıyla arabuluculuk süreci içerisinde, çocuğun üstün menfaatinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir²¹². Süreç içerisinde arabulucu, karar vermeye yetkili olmayıp sadece taraflar arasındaki iletişimi sağlamakla görevlendirilmiş tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi konumundadır²¹³. Ancak arabulucunun, taraflar arasındaki iletişiminin kurulmasına yardımcı olurken, çocuğun üstün menfaatinin sağlanabilmesi bakımından da bazı yükümlülükleri söz konusudur. Bu kapsamda arabulucu, çocuğun üstün menfaatinin sağlanabilmesi amacıyla, tarafları, çocuğun gereksinimlerini göz önünde bulundurmaya teşvik edecek, çocuğun refahının ve üstün menfaatinin göz önünde tutulması için taraflara sorumluluklarını hatırlatacaktır²¹⁴.

4.2.2.3. Arabuluculuk Sonucu Oluşan Anlaşma Metninin İcra Edilebilirliği

Ebeveynlerin yaptıkları anlaşmanın icra edilebilirliği meselesini, çocuğun menfaati konusundan ayırmak pek mümkün görülmemektedir. Çünkü taraflar, kendilerinin hazırladığı ve kendilerini tatmin eden anlaşmaya uymak bakımından isteklilerken²¹⁵, mahkemenin verdiği karara uymakta gönülsüz olabilirler²¹⁶. Bu gönülsüzlük ise zaman zaman çocuğun üstün menfaatini zedeleyebilecek boyutlara ulaşabilmektedir. La Haye Sözleşmesi kapsamında çocuğu kaçırılan eş, çocuğun iadesi için mahkemeye başvurduğu durumda mahkeme, çocuğun haksız bir şekilde alı konulduğuna kanaat getirirse, onun mutad meskenine iadesine hükmedecektir²¹⁷. Bu karara rağmen kaçırılan ebeveynin çocuğu iade etmemekte direnmesi durumunda başvurulabilecek ilk yol, icra memuru aracılığı ile çocuğun zorla kaçırılan taraftan alınması yoludur. Bunun dışında bazı mahkemeler, bu yola başvurmak yerine, çocuğun iade edilmemesi halinde para ödemesi yapılması gerektiğine hükmedebilirler ya da çocuğun iade edilmemesi halinde hapis cezasına karar

²¹¹ Örneğin, arabuluculuk sonucunda tarafların koruma hakkına ilişkin bir karara varmaları ya da şahsi ilişki kurma hakkına yönelik bir anlaşmaya varmaları durumunda bu anlaşma doğrudan çocuğu etkileyecek niteliktedir.

²¹² Sürecin, tarafların iletişimini sağladığı müzakere ortamından oluşması ve taraflar arasındaki çatışmaları gidermesi, korkuların ortadan kalkmasını sağlaması sebebiyle süreç içerisinde ebeveynlerin çocuklarına odaklanacağı kabul edilmektedir: Vigers, s. 51.

²¹³ Arabulucunun süreç içerisindeki görevi için bkz: Bölüm I, 3.3.

²¹⁴ Mediation Guide, s. 61.

²¹⁵ Hatta mahkemede yapılan yargılama, menfaat temelli olmayıp haklılık temelli olduğundan, çözümü süreklilik gerektiren uyuşmazlıklarda bazen taraflar arasında onarılmaz sorunlar oluşmasına neden olabilir: Ildır, s. 41. Tarafların, süreç sonucu oluşacak anlaşmaya uyma konusunda istekli olacağı yönünde ayrıca bkz: Taşpolat Tuğsavul, s. 191; Mediation Guide, s. 21.

²¹⁶ Ildır, s. 4, 40, 49.

²¹⁷ Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds), 22-23; Altuntaş s. 106 vd.; Giray s. 126 vd.; Nebioğlu Öner, s. 494 vd.; Bozdağ s. 99 vd.

verebilirler²¹⁸. Ancak çocuğu kaçıran ebeveyn, ödeme yapmayı ya da çocuğunu iade etmemek uğruna hapiste kalmayı göze alarak çocuğu iade etmeyebilir. Dolayısıyla çocuğuna kavuşamayan eş de, çocuğu kaçırma yolunu tercih edecektir ve bu süreç etkili bir şekilde uygulanabilecek olan bir kararın oluşmasına kadar devam edecektir²¹⁹.

Arabuluculuğun mahkeme yargısına nazaran kabul edilen avantajlarından birisi, ebeveynlerin her ikisini de tatmin edecek nitelikte olan ve tarafların kendilerinin oluşturduğu anlaşmaya uyma isteklerinin söz konusu olması sebebiyle, anlaşmanın icra edilebilmesi için ayrı bir zorlamaya ihtiyaç duyulmamasıdır²²⁰. Ancak taraflar, anlaşmaya uymanın iradî olmasından dolayı arabuluculuk sürecini, etkin bir yol olarak görmeyerek tercih etmeyebilirler. Dolayısıyla süreç sonunda yapılan anlaşmaya uyulacağına ilişkin güvenceye ihtiyaç duyulabilmektedir²²¹. Sözleşme kapsamında arabuluculuk uygulamalarında, taraf ülkelerce getirilen bazı güvenceler söz konusudur²²². Ayrıca Avrupa Birliği müktesebatında yer alan Brüksel II-a Tüzüğü²²³ düzenlemesinde, Avrupa Birliği üye ülkelerinden birinde icra edilebilir nitelikte olan bir anlaşmanın, diğer üye devletlerce mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile aynı usulde tanınıp, tenfiz edileceği belirtilmiştir (Brüksel II-a md. 46). Bu hükümle, arabuluculuk sonucu ortaya

²¹⁸ Örneğin, Tokyo’da yaşanan bir olayda baba çocuğunu mutad meskene iade etmemesi dolayısıyla 8 gün hapiste kalmıştır: Minamikata, Satoshi, “Resolution of Disputes over Parental Rights and Duties in a Marital Dissolution Case in Japan: A Nonlitigious Approach in Chotei (Family Court Mediation)”, *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Issue 2, Summer 2005, s. 504, (489-506).

²¹⁹ Minamikata (Family Court Mediation), s. 504.

²²⁰ Vigers, s. 53; Ildır, s. 47; Taşpolat Tuğsavul, s. 191.

²²¹ Arabuluculuk sonucu yapılan anlaşmaların icra edilebilirlik niteliği taşıması gerekmektedir. Ancak tarafların üzerinde uzlaştığı her anlaşmanın icra edilebilir olduğuna ilişkin mahkemeden şerh verilmesi zorunlu değildir: Bilge, M. Turgay, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı” *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu-I* içinde, Işıқтаç, Yasemin (Eds), 2014, s. 102, (93-114).

²²² Vigers, s. 53. Ayrıca Avrupa Birliğine taraf ülkeler bakımından bu güvence Arabuluculuk Yönergesi ile sağlanmaktadır. Avrupa Birliğinin hazırladığı Arabuluculuk Yönergesinde, Yönergenin ülkelerin iç hukuklarına aktarılması ile birlikte yapılan arabuluculuk anlaşmasının yürürlüğünün sağlanabilmesi için hukukî mekanizmanın oluşturulması gerekmektedir. Ancak bu düzenlemenin uygulanabilmesi taraflardan en az birinin ikamet ya da mutad meskeninin Avrupa Birliğine taraf devletlerden birinde olmasına bağlıdır. Bu hükmün yanında Arabuluculuk Yönergesinde ayrıca, Yönergedeki hükümlerin uluslararası karakterli arabuluculuk uygulamalarına da uygulanabileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Avrupa Birliğine taraf ülkelerden, 1980 La Haye Sözleşmesine taraf olan ülkeler Arabuluculuk Yönergesini uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde de kullanabilecektir: Directive 2008/52/EC Of The European Parliament And Of The Counciln of 21 May 2008 md. 2/ 1, 4, 8, Recital 8. (E.T.:16.12.2016),

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=en>

²²³ Council Regulation (Ec) No 2201/2003 of 27 November 2003 (Brussel II bis Regulation)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:en:PDF>,

çıkacak anlaşmanın taraf devletlerde tanınıp, tenfiz edilmesinin yolu kolaylaşmış ve garanti altına alınmıştır.

La Haye Sözleşmesi kapsamında, Sözleşmenin taraf ülkelerde ortak kurallarla uygulanabilirliğini sağlayabilmek adına çıkarılan, doğru uygulama rehberlerinden dördüncüsü olan İcra Rehberinde; ülkelere, çocuğun gönüllü geri dönüşünün sağlanması yolunun açılması tavsiye edilmektedir²²⁴. Aynı zamanda ortaya çıkan anlaşmanın icrası bakımından, tarafların anlaşmayı mahkemeye sunmaları da önerilmektedir. Mahkemelerin icraya ilişkin yapacakları işlem, iç hukuklarıyla uyumlu olacak şekilde düzenlenmelidir. Bu düzenleme, tarafların üzerinde uzlaştığı anlaşmanın hâkim kararı haline getirilmesi şeklinde bir düzenleme olabileceği gibi, anlaşmanın mahkeme tarafından onaylanarak, onaylı bir sulh kararı haline getirilmesine ilişkin de olabilecektir²²⁵.

Ortaya çıkacak anlaşmanın icra edilebilirliğinin garanti altına alınabilmesi amacıyla, Yeni Zelanda merkezî otoritesi, anlaşmanın yasal temsilciler tarafından incelenmesini tavsiye edilmektedir. Bu yolla, ortaya çıkan anlaşmanın, ebeveynlerin bulunduğu ülkeler ve çocuğun mutad meskeni ülkesinde icra edilebilecek bir anlaşma olması sağlanarak, icrası adına yeniden yargılama yapmanın önüne geçilebilecektir²²⁶. Reunite Pilot Projesinde de bu öneriye benzer bir süreç uygulanmıştır. Reunite Pilot Projesinde tarafların kararlaştırdıkları; ancak henüz kabul edilen metin olarak imzalanmayan belgeye “*memorandum of understanding*”²²⁷ denilmektedir. Bu belge, anlaşmanın yaratacağı tüm sonuçlar bakımından hukukçular tarafından değerlendirilmektedir. Böylece ebeveynler, oluşturdukları anlaşmanın icra edilebilirliği ve kendileri üzerinde yaratacağı hak kaybı gibi hukukî sonuçlar hakkında bilgi sahibi olabilmektedirler. Ayrıca ebeveynler bu yolla,

²²⁴ Bkz. “Guide To Good Practice Under The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction Part Iv – Enforcement”, (Enforcement Guide) (E.T.: 10.01.2017) <https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-e.pdf> . Benzer nitelikte tavsiyeler, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde de yer almıştır. İcra edilebilirliğe dair sorunun aşılması amacıyla, arabuluculuk sürecinde uzman kişilerin yardımının alınması, merkezî otoriteler arasında iletişimin artırılması, tarafların üzerinde uzlaştığı metnin üçüncü ülkelerde de kabul edilebilir bir anlaşma olabilmesi amacıyla iş birliği üzerinde çalışılması, farklı ülke hâkimleri arasında iletişim imkânlarının artırılması gerektiği tavsiye edilmiştir: Mediation Guide, s. 79 vd, Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 13.

²²⁵ Enforcement Guide, s. 27.

²²⁶ Vigers, s. 156.

²²⁷ Reunite Pilot Scheme, s. 9; Martin, s. 407; Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 14.

anlaşmanın uygulanmasının meydana getireceği sonuçları da görebilme imkânına sahip olabilmektedir. Örneğin; çocuğun, kaçırılan ebeveynin yanında kalmasını kabul eden diğer eş, bu durumun çocuğun mutad meskeninde değişiklik yaratacağını ve buna bağlı olarak çocuğa ilişkin pek çok konuda yargılama yetkisine sahip mahkemenin de değişeceği hakkında bilgilenecektir²²⁸. Amerika’da ise, anlaşma imzalanmadan önce taraflar anlaşmayı avukatları ile birlikte incelemektedir. İncelemenin ardından taraflarca imzalanan anlaşma, Amerikan aile mahkemesi ya da diğer taraf ülke mahkemesince kayıt altına alındıktan sonra icra edilmektedir²²⁹.

Anlaşmanın icra edilebilirliğinin garanti altına alınabilmesi amacıyla getirilen bir diğer öneri ise, arabulucuya yöneliktir. Arabulucunun, hukukçu olsun ya da olmasın, taraflara süreç içerisinde hukukî danışmanlık yapması mümkün değildir. Ancak, uluslararası çocuk kaçırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların niteliği gereği, çözümde görev alacak arabulucuların, La Haye Sözleşmesi hakkında bilgi sahibi olması gerektiği gibi anlaşmanın icra edilebilirliğinin sağlanabilmesi için, ülke hukukları hakkında da yeterli bir bilgiye sahip olması beklenir. Zira, farklı ülkelerde hayatlarını devam ettirmek isteyen ebeveynlerin, mutad meskenlerinin de farklı ülkelerde olması muhtemeldir. Sonuç olarak, oluşturulan anlaşmanın da farklı ülkelerde icra edilebilirliğinin sağlanabilmesi gerekir. Bu amaçla, arabulucuların uygulanabilir bir anlaşmanın ortaya çıkabilmesi için, ülkelerin hukuk sistemleri hakkında bilgi sahibi olması ve neler yapılması gerektiğinden haberdar olması gerekmektedir²³⁰.

Arabuluculuk sonucunda ortaya çıkacak olan anlaşmanın, birden fazla ülkede icra edilebilmesine ilişkin, taraf ülkelerin arabuluculuk uygulamalarında yeknesak bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu durum, Sözleşme kapsamında arabuluculuk uygulanmasına engel bir durum olarak görülmemelidir. Ulaşılan anlaşmanın devlet organları eliyle icra edilebilmesine esas itibarıyla ihtiyaç yoktur. Zira arabuluculuk süreci sonunda taraflarca kabul edilen anlaşma, gönüllü olarak yerine getirilecektir. Anlaşmanın birden çok devlette icra edilebilmesi güvencesinin oluşturulabilme aşamasında olduğumuz

²²⁸ Mediation Guide, s. 80.

²²⁹ Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 14. Ayrıca bkz: Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter, s. 53.

²³⁰ Kucinski, Melissa A., “Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases”, American Journal Of Family Law, 2012, s. 82, (81-85).

bu süreçte²³¹, anlaşmanın tarafların ikamet ettikleri ülkelerde devlet organları eliyle icra edilebilirliğinin şüpheli olması konusu ciddi bir sorun teşkil etmemelidir. Zira, anlaşmaya icra edilebilirlik kabiliyetinin kazandırılmasının amacı, arabuluculuk sürecinin, tarafların gözünde mahkemeye nazaran daha güvencesiz bir yol olarak görülebilmesi ihtimalini ortadan kaldırmaktır.

4.2.2.4. Arabuluculuk Sürecinde Çocuğun Dinlenebilmesi

La Haye Sözleşmesinin 13'üncü maddesinde, çocuğun kaçırılmasının ardından mahkeme yoluyla iade talebi ile ilgilenecek mahkemenin, iadeyi reddedebileceği haller düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen iadenin reddi sebeplerinden birisi de, çocuğun kendisinin, iade talebine karşı çıkmasıdır. Sözleşmenin 13'üncü maddesine göre mahkeme, çocuğun görüşünün göz önünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlemesi ve onun geri dönmeyi istememesi durumunda, iadesi talebini reddedebilecektir²³².

Sözleşmede, çocuğun iadesinin mahkeme prosedürü ile gerçekleşmesi ihtimalinde çocuğun dinlenmesine ilişkin bir hükme yer verilmişken (L.S. md. 13/2)²³³, arabuluculuk için çocuğun dinlenmesine ilişkin tarafları bağlayıcı herhangi bir düzenleme söz konusu değildir²³⁴. Dolayısıyla, ebeveynlerin, Sözleşme kapsamında gerçekleştirilecek arabuluculukta çocuğun talebini göz önüne alma zorunluluğu da bulunmamaktadır²³⁵.

²³¹ Mediation Guide'da da Sözleşmenin ebeveynlerin bulunduğu ülkeler ve çocuğun mutad meskeni devletinde icra edilebilirliğinin sağlanabilmesi amacıyla, taraf devletlere tavsiyeler yer almaktadır: Mediation Guide, s. 79. Uzlaşma sözleşmelerinin icra edilmesi/ tanınması ve tenfizi ayrıntılı açıklamalar için Bkz: Öztürk Necla, "Arabuluculugun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.31, s. 235-241, 2015, (201-254).

²³² Giray s. 159 vd.; Altuntaş, s.128 vd.; Bozdağ (Red Nedenleri), s. 194 vd.; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 307 vd.

²³³ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, iade sonucu çocuğun fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalıp kalmayacağı ya da başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceği yolunda ciddi bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda sosyal çalışmacı, psikolog veya pedagog gibi bir uzmandan rapor alınarak gerektiğinde çocuk da dinlenilerek karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir: Yargıtay HGK, E. 2013/2-769, K. 2014/142, T.: 26.2.2014, (www.kazanci.com). Ayrıntılı bilgi için Bkz. Giray, s. 159 vd.; Altuntaş, s. 128 vd.; Bozdağ (Red Nedenleri) s. 150 vd.; Ataman Figanmeşe, s. 93-94; Takcı, s. 1062-1064.

²³⁴ Çocuğun dinlenilmesi hususu Sözleşme prosedürünün bir parçası olduğundan, Sözleşmede çocuğun dinlenilmesi beklendiği durumlarda arabuluculuk sürecinde de çocuk dinlenmelidir. Bir diğer ifade ile çocuk uygun yaş ve olgunlukta ise arabuluculuk sürecinde dinlenmesi gerekmektedir: Vigers, s. 87.

²³⁵ İsviçre'de Uluslararası Çocuk Kaçırma Ve Çocuklar İle Yetişkinlerin Korunması Hakkında Lahey Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 İsviçre Federal Kanununun 9/ 2 ve 3'üncü fıkralarında "Çocuğun yaşı ya da başka önemli sebepler engellemez ise, mahkeme çocuğu uygun bir şekilde dinler ya da bir uzmanı bunun için yetkilendirir. Mahkeme, çocuğun temsiline hükmeder hukuki meselelerde deneyimli bir kişiyi temsilci tayin eder. Bu kişi hukuki taleplerde bulunabilir ve hukuk yollarına başvurabilir."

Arabulucu, süreç içerisinde sadece ebeveynleri, çocuğun ihtiyaç ve menfaatlerini göz önüne alacak bir karar vermeye teşvik edebilecektir²³⁶. Mahkeme sürecinde ise hâkim, çocuğun yaşı ve olgunluğuna göre, çocuğun görüşünü göz önüne alarak karar verebilecektir²³⁷.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, arabuluculuk sürecinde çocuğun dinlenmesi, ebeveynlerin karar verme konusundaki özerkliklerini engelleyecek bir husustur. Zira taraflar, her iki tarafı da tatmin edecek anlaşmayı beraber oluşturmaktadırlar. Ancak, çocuğun dinlenilmesi, ebeveynlerin süreç sonucunda ortaya çıkacak olan anlaşmadaki kontrolünü azaltacak bir etken olarak görülmektedir²³⁸. Şöyle ki ebeveynler çocuğun görüşü doğrultusunda anlaşmayı oluşturmaya gayret edeceklerdir²³⁹. Ancak bu eleştirinin haklı görülmesi oldukça güçtür. Şöyle ki, mahkeme ile çocuğun iadesi yolu tercih edildiği durumda da hâkim, şayet çocuk, görüşünün göz önünde bulundurulabileceği yaşa ve olgunluğa erişmiş ise çocuğu dinleyecektir. Mahkeme sürecinde de çocuğun dinlenmesinin ardından, hâkim, uygun gördüğü durumlarda kararını çocuğun görüşü doğrultusunda verebilecektir²⁴⁰. Eleştirinin haklı olarak kabul edildiği ihtimalde, hâkimin karar verme konusundaki takdir yetkisi, Sözleşmenin 13'üncü maddesinin 2'inci fıkrası gereğince elinden alınıp çocuğa verildiği anlamını taşımaktadır²⁴¹. Oysa çocuğun dinlenmesinin bazı sınırları söz konusudur. Bu sınırların birisi, çocuğun dinlendiği noktada hâlâ hâkimin takdir yetkisinin devam ettiği hususudur²⁴². Dolayısıyla, arabuluculuk sürecinde de çocuğun dinlendiği durumlarda, ebeveynlerin oluşturacakları anlaşmada karar vermedeki

ifadelerine yer vererek çocuğun bağımsız bir menfaatinin olduğunun altını çimiştir: Kanun Türkçe çevirisi için bkz: Vural, s. 122; Weiner, Merle H., "Intolerable Situations and Counsel For Children", *American Law Review*, Vol. 58, 2008, s. 344, (335-403).

²³⁶ Mediation Guide, s. 70.

²³⁷ Giray, s. 159 vd.; Altuntaş, s. 128 vd.; Bozdağ (Red Nedenleri) s. 150 vd.; Ataman Figanmeşe, s. 93-94; Takcı, s. 1062- 1064.

²³⁸ Parkinson Lisa, "Child-Inclusive Family Mediation" *Family Law*, June 2006, s. 484, (483-488).

²³⁹ Vigers, s. 77.

²⁴⁰ Yargıtay HGK vermiş olduğu kararında, 1999 doğumlu çocuğun, dinlenildiği tarihte yaşı itibarıyla görüşlerini ebeveynlerinden bağımsız olarak oluşturma yeteneğine sahip olduğunu belirtmiştir. Çocuk gerek Mahkemede, gerek Mahkemece kendisine görev tevdi edilen uzmana verdiği beyanında, "Türkiye'de annesi yanında kalmak istediğini, babasının yanına dönmek istemediğini" söylemiştir. Çocuğun annesi ile kalmasının çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı olduğu da iddia ve ispat edilmediğine göre bu çocuk yönünden de iade isteğinin reddi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay HGKE. 2013/2-1772, K. 2013/1557, T.: 13.11.2013, (www.kazanci.com).

²⁴¹ Çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin eleştiriler için bkz: Giray, s. 179, 180.

²⁴² Vigers, s. 8.

takdir yetkileri ve egemenlikleri, hâkimin yargılamadaki takdir yetkisinin devam ettiği gibi devam edecektir.

Doktrinde var olan bir diğer görüş ise, çocuğun görüşünün alınmamasının çocuk açısından daha yararlı olacağı yönündedir. Bu görüşe göre, ebeveynlerce çocuğun menfaatine ilişkin kararlar, çocuğun yokluğunda daha sağlıklı bir şekilde alınabilecektir. Çocuğun süreç içerisinde görüşünün alınması ise çocuğu daha savunmasız hale getirecektir. Hayatını ebeveynlerine bağlı olarak geçiren çocuk, görüşünü açıkladığı durumda görüşü, bir ebeveyn ile çatışma içerisinde olacağından, çocuk ile bu ebeveyn arası ilişkiyi zedeleyebilecektir. Ayrıca çocuğun dinlenilmesinin ardından, görüşünün, süreç sonucu ortaya çıkacak olan anlaşmada dikkate alınmayıp çocuk, çatışma içinde olduğu ebeveynle kalmaya devam ettiğinde, bu çocuk açısından sakınca yaratacak bir durum oluşturabilecektir²⁴³.

Çocuğun arabuluculuk sürecinde dinlenmesine getirilen bir diğer eleştiri ise, kararı verecek ebeveynlerin, çocuğun söyledikleri hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmaması yönündedir. Mahkeme aşamasında çocuğun dinlenmesinde görevli kişi hâkimdir. Hâkim, aynı zamanda kararı verecek konumda olan kişidir. Arabuluculuk sürecinde ise, karar vermeye yetkili kişiler ebeveynlerdir; ancak çocuğu dinleyecek olan kişi arabulucudur. Ebeveynler, çocuğun ifadelerini arabulucunun kendilerine rapor ettiği kadarıyla bilecektir. Bu sebeple ebeveynler, karar verecek konumda olmalarına rağmen çocuğun ifadeleri hakkında yeterli bilgiye sahip olamayacaktır²⁴⁴.

Kanaatimizce, her ne kadar arabuluculuk sürecinde çocuğun dinlenmesine yönelik eleştiriler getirilmiş olsa da, çocuk dinlenilmeksizin bir karar verilmesi çocuğun menfaatine uygun değildir. Sözleşmelerde öngörülen çocuğun dinlenmesine yönelik hükümler, çocuğa kendi menfaatini açıklama ve izah etme fırsatı tanımaktadır²⁴⁵. Çocuğun menfaatini göz önüne alan bir usûlde, çocuğun görüşü alınmaksızın karara varılması doğru görülmemektedir. Bununla birlikte çocuğun görüşünün bilinmesi anne ve babanın anlaşmayı oluştururken çocuğun istek ve dileklerini göz önüne alabilmesini ve

²⁴³ Vigers, s.77.

²⁴⁴ Vigers, s. 78.

²⁴⁵ Pérez-Vera, s. 433.

arabulucunun da çocuğun menfaati konusunda tarafları teşvik etmesini kolaylaştıracak bir durumdur.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin²⁴⁶ 12'inci maddesinde, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda düşüncelerini serbestçe ifade etme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir²⁴⁷. Doktrinde, çocuğun dinlenmesini öngören bu maddenin arabuluculuk sürecini kapsamadığı yorumu da yapılmaktadır. Şöyle ki, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 5'inci maddesi “*Taraf Devletler, bu Sözleşmenin çocuğa tanıdığı haklar doğrultusunda çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda ana-babanın, yerel gelenekler öngörüyorsak uzak aile veya topluluk üyelerinin, yasal vasilerinin veya çocuktan hukuken sorumlu öteki kişilerin sorumluluklarına, haklarına ve ödevlerine saygı göstereceklerdir.*” ifadelerine yer vermektedir. Vigers’a göre, bu ifade gereğince ailenin özel alanını ihlal etmemek amacıyla 12'inci madde hükmünün arabuluculuk sürecini kapsayacak şekilde yorumlanmaması gerekmektedir²⁴⁸. Doktrinde her ne kadar, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12'inci maddesinin arabuluculuk sürecini kapsamayacağı belirtilmişse de 2009 tarihli, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin genel açıklama belgesinde 12'inci maddede yer alan çocuğun görüşünün alınması kuralının arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını da kapsadığı açıkça belirtilmiştir²⁴⁹.

Çocuğun süreç içerisinde dinlenilip dinlenmemesi meselesi farklı ülkelerde farklı şekillerde ele alınan bir konu olmuştur²⁵⁰. Örneğin, İngiltere’de ve Almanya’da çocuğun dinlenip dinlenmemesi hususuna mahkeme karar verecekken, İsviçre’de arabuluculuk sürecinin ilk oturumunda, merkezî otorite ya da arabulucu, çocuğun dinlenilmesi meselesine karar verecektir²⁵¹. Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde ise,

²⁴⁶ 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, (E.T.: 19.01.2017), http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin132.pdf

²⁴⁷ 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, (E.T.: 19.01.2017), http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin132.pdf

²⁴⁸ Vigers, s. 77.

²⁴⁹ General Comment No. 12 (2009) The right of the child to be heard, *COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD Fifty-first session Geneva, 25 May-12 June 2009*, (E.T.: 19.01.2017), <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

²⁵⁰ Vigers, s. 87.

²⁵¹ Çocuk Kaçırma Ve Çocuklar İle Yetişkinlerin Korunması Hakkında Lahey Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 İsviçre Federal Kanunu, md. 3 ve 4; Vigers, s. 88.

mahkeme prosedüründe çocuğun menfaati bakımından çocuğun dinlenmesine nasıl yer verildi ise, alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun tercih edilmesi durumunda da çocuğun dinlenmesi gerektiği belirtilmiştir²⁵².

Arabuluculuk sürecinde çocuğun dinlenebilmesinin avantajları söz konusudur. Çocuğun dinlenmesi, çocuklarının isteklerini gören ebeveynlere sadece kendi çıkarları ile hareket etmekten uzaklaşma fırsatı yaratacaktır. Ebeveynlerin, çocuğun duygu ve isteklerini anlayabilmesi, süreç sonucu ortaya çıkan anlaşmanın, çocuğun menfaatini koruyabilecek nitelikte bir anlaşma olup olmadığına anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Son olarak, çocuğun dinlenilmesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede öngörülen hakkı gerçekleştirilmesinin yanında çocuğun yaşanan süreç hakkında bilgi sahibi olmasını da sağlayacaktır²⁵³.

Hangi yaş veya olgunluktaki çocuğun dinleneceği hususu, La Haye Sözleşmesinde belirtilen şartlara bağlı olarak, ülke hukuklarına bırakılmış bir husustur. Çocuğun olgunluğunun tespiti için anlama ve algılama yeteneği ile görüşünü oluşturabilecek zekâyâ sahip olup olmadığı hususları incelenecektir²⁵⁴. Bu hususun değerlendirilmesi ise, yetkili makamların takdirindedir²⁵⁵. Genel kabul gören anlayışa göre, çocuğun dinlenmesi, usule ilişkin bir konu olduğundan, dinlenecek çocukların belirlenmesi *lex foriye* göre tespit edilecektir²⁵⁶. Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberine göre, hukuk sistemlerinde aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesine yer veren ülkelerde²⁵⁷, aile arabuluculuğunda çocuğun dinlenmesine ilişkin hükümler, uluslararası çocuk kaçırımlarda çocuğun arabuluculuk sürecinde dinlenilmesinde dikkate alınabilecektir²⁵⁸.

²⁵² Mediation Guide, s. 69.

²⁵³ Mediation Guide, s. 66.

²⁵⁴ Altuntaş, s. 133.

²⁵⁵ Pérez-Vera, s. 433.

²⁵⁶ Giray, s. 180.

²⁵⁷ Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü son zamanlarda dünyada kabul edilen yöntemler arasındadır Almanya, Belçika, İspanya, Avusturya, Hollanda gibi ülkelerde uygulanmaktadır: Pekcanitez (Konferans), s. 121. Demircioğlu, Huriye Reyhan, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun Uygulanabilirliği”, *TAAD*, Yıl:6, Sayı:23, Ekim 2015, s. 56, (45-84).

²⁵⁸ Mediation Guide, s. 66.

4.2.2.5. Çocuğun Mahkeme Kararı İle İadesinin Pahalı Olması

La Haye Sözleşmesi kapsamına giren uluslararası çocuk kaçırılmalarda mahkeme yoluyla iadenin tercih edilmesi durumunda yargılama, arabuluculuğa nazaran daha zor işleyen bir süreçtir²⁵⁹. Amerikan Barolar Birliği, Uluslararası Hukuk Bölümü, Uluslararası Aile Hukuku Komitesi eş başkanlığını yapan Morley'e göre, davanın kazanılabilmesi için mümkün olduğunca çok delilin kullanılması gerekir. İadeye ilişkin kararın verilebilmesi için her olaya uygun bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi ise yoğun delil getirilmesi ihtiyacına sebep olmaktadır.²⁶⁰.

Mahkemenin çocuğunun iadesi kararını vermesi için, davacının, çocuğun mutad meskeninden elde edilen delilleri mahkemeye sunması gerekmektedir²⁶¹. Bu delillerle, koruma hakkının iadeyi talep eden davacıda olduğu ve hakkın fiilî olarak da kullandığı veya koruma hakkı sahibinin çocuğun yerinin değiştirilmesine onay verip vermediği hususlarını ortaya çıkaracak ve kararın verilmesinde etkili olacaktır²⁶².

Mahkemenin çocuğun geri dönmesi kararını verebilmesi için, çocuğun yerinin kanuna aykırı olarak değiştirilmiş olması gerekmektedir (L.S. md. 12). Kanuna aykırı yer değişikliği ise, koruma hakkına sahip ebeveynin rızası ya da onayı olmaksızın çocuğun yerinin değiştirilmesidir²⁶³. Çocuğun yerinin, koruma hakkına sahip ebeveynin rızası ya da onayı olmaksızın değiştirilip değiştirilmediğinin tespiti, çocuğun mutad meskeni hukukunun koruma hakkı sahibine sağladığı hakların tespiti ile mümkün olacaktır²⁶⁴. Bu incelemelerin yapılabilmesi ise, genellikle çocuğun mutad meskeni hukukunu bilen bir hukukçudan yardım alınması ile mümkün olacaktır. Bunların yanında komşu, iş arkadaşı, öğretmen gibi kişilerin tanıklığına ihtiyaç duyulabilir. Ayrıca aile içi şiddetin söz konusu olduğu durumlarda, uzman psikologlardan ve doktorlardan da rapor alınması ihtiyacı söz

²⁵⁹ Zawid, s. 20.

²⁶⁰ Morley, Jeremy D., "How to Win a Hague Convention Child Abduction Case", (E.T.: 22.12.2016), <http://www.international-divorce.com/How-to-Win-a-Hague-Convention-Child-Abduction-Case.htm>

²⁶¹ Davacının iade talebine karşı çıkan davalı da çocuğun iadesini önleyebilmek adına, Sözleşmenin 12, 13 ve 20'nci maddelerinde hüküm altına alınan iade engellerinin bulunduğunu iddia ve ispat etmek durumundadır: Altuntaş, s. 150-152; Giray, s. 207.

²⁶² Zawid, s. 20.

²⁶³ Altuntaş, s. 94 vd; Ataman Figanmeşe, s. 63; Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 20.

²⁶⁴ Ataman Figanmeşe, s. 66.

konusu olmaktadır²⁶⁵. Bu sebeple iade davalarında ihtiyaç duyulan uzman raporları ve tanık ifadeleri dava masraflarının ciddi anlamda artmasına sebep olmaktadır²⁶⁶.

Tanık ifadeleri ve uzman raporları masraflarının yanında, Amerika gibi avukatlık ücretlerin çok yüksek olduğu ülkelerde görülen davalarda, avukatlara verilen ücretler de masrafın artışına sebep olmaktadır²⁶⁷. Sözleşmenin 26'ncı maddesinde dava masrafları ile avukatın davaya katılması sonucu doğacak masrafların, merkezî otoriteler tarafından karşılanacağı belirtilmiştir. Ancak, çocuğun geri dönüşüne bağlı yapılacak işlemlerin masrafları, merkezî otoritelerce talep edilebilecektir²⁶⁸. Sözleşmenin 42'nci maddesinde, 26'ncı maddeye çekince konulabileceği belirtilmiştir. Sözleşmeye taraf ülkelerin tamamına yakını Sözleşmenin 26'ncı maddesine çekince koymuştur²⁶⁹. Bu durumda dava masrafları, avukatlık ücretleri, çocuğun iadesi işlemlerinden doğan tüm masraflar, Sözleşmenin 26'ncı maddesine çekince koyan ülkelerde, başvuruçunun kendisi tarafından ödenecektir. Bu ise La Haye Sözleşmesi uyarınca çocuğun iadesi için açılan dava masraflarının yüksek olması sonucunu oluşturmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda çocuğun bir an evvel mutad meskenine iadesinin sağlanabilmesi amacıyla, yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılması gerekmektedir²⁷⁰. Bir an önce çözümün söz konusu olabilmesi için yapılan hızlı yargılamada, taraflar delillerini toplamak için uygun zaman bulamamaktadır. Bu durum ise, mahkemenin vereceği kararın tahmin edilememesi sonucunu doğurmaktadır²⁷¹. Bunun yanında, 1980 La Haye Sözleşmesi kapsamındaki davalara uygulamada çok nadir rastlaması, bu davalarda tercih edilen

²⁶⁵ Morley, 4. Bölüm.

²⁶⁶ Zawid, s. 20; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 673.

²⁶⁷ Cheatham, Elliott E., "Availability Of Legal Services: The Responsibility Of The Individual Lawyer And Of The Organized Bar", *Ucla Law Review*, Vol. 12: 438, 1965, s. 440, (438- 463).

²⁶⁸ Altuntaş, s. 67.

²⁶⁹ Aytaç, s. 34. Sözleşmenin 26'ncı maddesine çekince koyan ülkeler; Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Beyaz Rusya, Bulgaristan, Kanada, Çekya, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İsrail, Japonya, Kuzey Kore, Litvanya, Lüksemburg, Morityus, Monako, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Panama, Polonya, Rusya, Singapur, Slovakya, Güney Afrika, Sri Lanka, İsveç, Türkiye, İngiltere, Amerika, Venezüella bkz: Status Table of Members of Organisation, (E.T.: 23.12.2016), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

²⁷⁰ La Haye Sözleşmesinin 11'inci maddesinde, tüm taraf devletlerin adli ve idari makamlarının, çocuğun geri dönmesini sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlü tutuktan sonra 2'inci fıkrada bu kısa sürenin altı hafta olacağına ilişkin tavsiye niteliğinde bir süre sınırlaması getirilmiştir.

²⁷¹ Zawid, s. 20, 21.

avukatların ise genellikle aile hukukunda uzmanlaşmış avukatlar olması ve çocuk kaçırma davaları hakkında tecrübeli olmamaları dava süresini uzatan diğer olumsuzluklardandır²⁷².

Masrafların artmasına sebep olan diğer bir husus ise kavramlardır. Sözleşmede, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansının kavramları açıklamama geleneğine uyulmuştur²⁷³. Ancak, kavramların taraf ülkelerde farklı yorumlanması sebebiyle, Sözleşmenin amacına ulaşılama riski ile karşılaşılacak istenmediğinden, Sözleşmenin 5'inci maddesinde sadece koruma hakkı ile şahsî ilişki kurma hakkı tanımlanmıştır²⁷⁴. Bu kavramlar dışında yorum, İkinci İhtisas Komisyonu Raporunda da belirtildiği üzere, iç hukuklardan bağımsız olması şartı ile taraf ülkelere bırakılmıştır²⁷⁵. Diğer bir ifade ile, hızlı iade amacını engellemeyecek hükümlerin yorumu taraf devletlerce yapılacaktır²⁷⁶. Dolayısıyla La Haye Sözleşmesi kapsamında kullanılan kavramların anlamında, ulusal ve uluslararası alanda çelişkiler yaşanmaktadır. İlaveten farklı hukuk sistemlerinin uyumsuzlukta söz konusu olması da problem yaratan hususlardandır. Bu sorunların aşılabilmesi amacıyla taraflar, birden fazla avukat kullanmayı tercih etmektedir. Birden fazla avukatla temsil ise, dava için yapılan masrafın artmasına sebep olmaktadır²⁷⁷.

Arabuluculuk sürecinde de, olayın arabuluculuğa uygunluğunun değerlendirilmesi, arabulucunun ücreti, ulaşım ücretleri, arabuluculuğun gerçekleştirileceği mekânın ücreti gibi arabuluculuk sürecine özgü masraflar söz konusudur²⁷⁸. Dolayısıyla arabuluculuk uygulamalarında masrafların arabuluculuğu engelleyici bir faktör olmasının önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu amaçla, uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuğun uygulanması amacıyla gerçekleştirilen pilot projelerde arabuluculuk, ücretsiz olarak gerçekleştirilmiştir²⁷⁹. Taraf ülkeler de, uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk sürecini ücretsiz bir şekilde uygulamakta ya da adlî yardım sistemini arabuluculuk için açmaktadır. Örneğin, İsveç ve Norveç'te, mahkemenin

²⁷² Zawid, s. 21.

²⁷³ Pérez-Vera, s. 451.

²⁷⁴ Altuntaş, s. 16- 17; Pérez-Vera, s. 451.

²⁷⁵ Report Of The Second Special Commission Meeting to Review The Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Held 18-21 January 1993, Conclusion 2.

²⁷⁶ Altuntaş, s. 25.

²⁷⁷ Zawid, s. 22.

²⁷⁸ Mediation Guide, s. 49.

²⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: the Franco-German Bi-National Mediation Project, The 2006 Report on The Reunite Mediation Pilot Scheme

arabulucuyu atadığı ihtimalde, sürecin ücretsiz olması mümkündür. İngiltere ve Galler ise adli yardıma uygun arabuluculuklar için, kamu tarafından finanse edilen arabuluculuk hizmeti sunabilmektedir²⁸⁰.

4.2.2.6. Arabuluculuk Sürecinin Çocuğun Yerleşim Yerinin Birden Çok Kez Değiştirilmesinin Önüne Geçmesi

Uluslararası çocuk kaçırmadan doğan uyuşmazlıklarda, gerilim ve duygu yoğunluğu oldukça yüksektir²⁸¹. Koruma hakkına sahip olan ve çocuğu kendisinden kaçırılan ebeveyn, çocuğunun aniden kaybolmasının şokunun yanında, çocuğunu kaybetme ve bir daha görememe korkusunu da eş zamanlı yaşamaktadır. Kaçıran ebeveyn ise, koruma hakkına ilişkin olumsuz bir kararın çıkması, cezaî prosedür ve çocuğu zorunlu olarak iade etme korkuları ile karşı karşıya kalmaktadır²⁸². Ebeveynler için sıkıntılı bir süreç olan uluslararası çocuk kaçırılmalar, çocuklar bakımından da ciddi sıkıntılar yaratmaktadır²⁸³. Geride kalan ebeveynini bir daha görememe stresinin yanında çocuk, yaşadığı yerin birden çok defa değiştirilmesinin yarattığı uyum sıkıntısını da ayrıca yaşamaktadır²⁸⁴.

Çocuğun kaçırılması, çocuk bakımından ilk yer değiştirmeyi oluşturur. İade prosedürünün başlatılmasının ardından, çocuğun mutad meskenine iadesi halinde çocuk, ikinci defa yer değiştirmiş olacaktır. İadeden sonra koruma hakkına ilişkin, çocuğun mutad meskeni ülkesinde açılacak dava sebebiyle de, üçüncü kez çocuğun yer değiştirmesi, ihtimal dahilindedir²⁸⁵. Zira koruma hakkına sahip olan ebeveyn, artık çocuğu ile birlikte nerede yaşayacağına da karar verebilecek ve bu mahkemenin sonucunda üçüncü yer değişikliği meydana gelebilecektir²⁸⁶.

Çocuğun yer değişikliği hususunu bir örnekle şu şekilde açıklayabiliriz. Çocuğun annesi tarafından kaçırılmış olması durumunda (1. yer değişikliği) babası, çocuğun iadesi

²⁸⁰ Mediation Guide, s. 50.

²⁸¹ Carl/ Walker, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 76.

²⁸² Mediation Guide, s. 27.

²⁸³ Bozdağ, s. 38; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 119 vd.

²⁸⁴ Bozdağ, s. 124.

²⁸⁵ Çocuğun koruma hakkının kime ait olacağı meselesinin, iade davası sonucunda çocuğun mutad meskeninde açılacak ikinci bir dava ile çözümlenebilecek olması, mahkeme yoluyla iade konusuna getirilen eleştiri arasındadır: Bucher, Andreas, "The New Swiss Federal Act on International Child Abduction", Journal of Private International Law, Vol. 4, No. 2, 2008, s. 147- 148, (139-165).

²⁸⁶ Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 8.

amacıyla iade talebinde bulunacaktır. Bu iade talebinin koruma hakkına ilişkin olmaması dolayısıyla kaçırmanın haksız olduğunun anlaşılmasının üzerine çocuk, mutad meskenine iade edilecektir (2. yer değişikliği). İade kararı sonrasında, çocuğun mutad meskeni mahkemesinde koruma hakkına ilişkin bir karar alınabilmesi için dava açılmasının ardından, bu davanın anne tarafından kazanıldığı durumda anne, yeniden çocuğu ikamet ettiği ülkeye götürecektir (3. yer değişikliği). Böylece çocuk üç kez ülke değiştirmiş olacaktır. Yaşanan bir olayda anne çocuğunu Almanya'ya kaçırmıştır. Baba, çocuğun mutad meskeni olan Şikago'ya iadesi için dava açmış ve mahkeme, Sözleşme gereğince kaçırmanın haksız olduğunun tespitinin ardından çocuğun iadesine karar vermiştir. Bu iade kararı üzerine anne, çocuğun mutad meskeni mahkemesinde, çocuğun koruma hakkını alabilmek amacıyla dava açmıştır. Davanın anne tarafından kazanılmasının ardından anne, çocuğunu da alarak Almanya'ya dönmüştür. Dolayısıyla çocuk, Almanya-Şikago-Almanya şeklinde üç kez yer değişikliği yaşamıştır²⁸⁷.

Çocuk bakımından olumsuz etkileri olabilecek yer değişikliklerinin önüne geçebilme, arabuluculuk sürecinin bir avantajı olarak görülmektedir. Zira, arabuluculuk sürecinde mahkeme yargılamasının aksine, çocuğun mutad meskenine iadesi, öncelikli amaç değildir²⁸⁸. Arabuluculuk, ebeveynler arasındaki uyuşmazlığın, geleceğe yönelik olarak her iki tarafın da tatmin olabileceği bir anlaşma ile sonuçlandırılmasını amaçlamaktadır²⁸⁹. Özellikle diğer ebeveynin çocuğun iadesini talep etmediği, çocuğun yeni bir yerleşim yerinin olmasına karşı olmadığı durumlarda, ortak bir anlaşma ile mahkemeye gidilmeksizin arabuluculuk yöntemine başvurularak, çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların gönüllü olarak sonuçlandırılması mümkün olabilecektir²⁹⁰.

Daha önce de bahsedildiği üzere uluslararası çocuk kaçırma vakaları, genellikle evliliği sürecinde ülke özlemi içerisinde kalmış anneler tarafından gerçekleşmektedir. Ancak, bazı olaylarda annenin hedefi ülkesine yerleşmekten ziyade, ülkesinde daha çok zaman geçirebilmektir. Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklarda, arabuluculuk sonucunda yapılacak anlaşma ile eşler, annenin daha sık kendi ülkesini ziyaret etmesi ve orada daha çok zaman harcaması konularında anlaşabilirler. Bunun güvencesini alan ve ülkesine yerleşme

²⁸⁷ Zawid, s. 25.

²⁸⁸ Arabuluculuk sürecinin odaklandığı noktalar hakkında bkz: Vigers, s. 29-30.

²⁸⁹ Ildır, s. 6-7.

²⁹⁰ Mediation Guide, s. 20.

niyetine sahip olmayan anne ise, çocuğunu gönüllü olarak mutad meskenine getirir. Böylece çocuğun gönüllü iadesi sağlanmış olur. Bu durum ayrıca çocuğun birden çok ülkeye yerleşmesinin ve sürekli yer değiştirmesinin de önüne geçecektir²⁹¹.

Çocuğun kaçırılmasının ardından mahkeme prosedüründen ziyade arabuluculuk sürecinin başlatılması ebeveynler arasındaki iletişimi arttıracak ve çocuğun tekrardan kaçırılması riskini de azaltacaktır. Süreç içerisinde taraflar, arabulucunun da yardımıyla birbirlerini daha iyi dinleyerek anlayabileceklerdir²⁹². Birbirlerini anlayan ebeveynler, çocuklarının menfaatini de doğru bir şekilde yansıtacak bir anlaşma yapmaya daha yatkın olacaklar ve çocuğun tekrar kaçırılmasının da önüne geçebileceklerdir²⁹³.

4.2.2.7. Arabuluculuğun Yaptırıma İlişkin Avantajları

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda uyuşmazlığın, tarafların her ikisini de tatmin edecek bir anlaşma ile sona erdirilmesinin, hem çocuğu kaçırın ebeveyn hem de diğer eş için avantajı söz konusudur. Zira çocuğunun kaçırılmasından zarar gören eş, bu zararlarının tazminini arabuluculuk sonucunda sağlayabilecek, kaçırın eş ise kaçırmanın yol açacağı yaptırımlardan yapılacak arabuluculuk anlaşması ile kurtulabilecektir.

Uluslararası çocuk kaçırılmalar için farklı ülkelerde öngörülen farklı ceza hükümleri söz konusudur. Bu cezaî yaptırımlar; tutuklama, para cezası, kısa süreli hapis cezaları şeklinde olabilir²⁹⁴. Uluslararası çocuk kaçırılmaların çözümünde mahkeme yerine arabuluculuğun tercih edilmesi ile çocuğu kaçırın tarafa yönelik hukukî ve cezaî prosedürlerin başlatılmaması mümkün olmaktadır²⁹⁵. Yargılamaya bağlı olarak ortaya çıkabilecek cezaî, hukukî ve ekonomik bazı yaptırımlardan arabuluculuk sürecinde kaçın ya da öngörülecek yaptırımların iyileştirilmesi, ülke uygulamalarına bağlı olarak arabuluculuk süreci ile mümkün olabilmektedir²⁹⁶.

²⁹¹ Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 8.

²⁹² Zira taraflar, uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını kullandıkları durumda, uyuşmazlıklarını daha rahat bir şekilde ortaya koyabilmekte ve uyuşmazlığa sebep olan nedenlerin ortaya çıkmasını sağlayabilmektedirler. Bu da tarafların her ikisinde çıkarına olacak bir anlaşma ile uyuşmazlığın sonuçlanmasına katkı sağlayabilecektir: İldır, s. 6-7.

²⁹³ Mediation Guide, s. 87.

²⁹⁴ Kucinski, s. 82.

²⁹⁵ Nebioğlu Öner, s. 491; Martin, s. 370.

²⁹⁶ Zawid, s. 20.

La Haye Sözleşmesinde çocuk kaçırmının cezaî boyutları düzenlenmeksizin çocuğun iadesi öngörülmüştür. Sözleşmede, kaçırın tarafa yönelik bir yaptırım düzenlenmemiştir²⁹⁷. Ancak arabuluculuk sürecinin, çocuğun kaçırlmasından etkilenen eş bakımından avantajlı sonuçları söz konusudur. Çocuğunun eşi tarafından kaçırlması, ebeveyni duygusal ve psikolojik olarak etkilediği gibi²⁹⁸, aynı zamanda çocuğuna kavuşabilmek adına harcamalar yapmasına neden olmaktadır. Arabuluculuk sürecinde ebeveynin, bu zararlarının tazminini istemesi mümkündür. Ancak Sözleşme kapsamında yapılan yargılamada sadece çocuğun iadesine hükmedilebildiğinden²⁹⁹ bu zararların tazmini amacıyla ayrı bir davanın açılması gerekecektir. Kaçırmadan etkilenen ebeveyn, zararlarının tazmini için çoğu zaman, ikinci bir dava açabilecek duygusal ve maddî gücü bulamamaktadır. Oysa arabuluculuğun kapsamı, mahkeme yargılamasına göre daha geniş olduğundan³⁰⁰, uyuşmazlığın çözümü için arabuluculuk yolu seçildiğinde, süreç sonunda ortaya çıkacak anlaşmada, zarar gören eşin, zararının tazminine ilişkin hükümlere yer verilebilir. Böylece çocuğun kaçırlmasından maddî ve manevî zarar gören eş, zararının tazmin edilebilmesi amacıyla ayrı bir dava açmaya ihtiyaç duymayacaktır³⁰¹.

4.2.2.8. Online Uyuşmazlık Çözüm Yollarının Arabuluculuk Sürecinde Uygulanabilirliği

4.2.2.8.1. Genel Olarak

La Haye Sözleşmesi ile uyumlu uluslararası çocuk kaçırmalarda başvurulabilecek arabuluculuk modelinin oluşturulması amacıyla çalışan en önemli kuruluşlardan biri Reunite olmuştur³⁰². Reunite Pilot Projesinde, projeye katılan ebeveynlere, arabuluculuk sürecinin değerlendirilmesi amacıyla süreç sonunda değerlendirme formu dağıtılmıştır. Değerlendirme formlarını cevaplandıran yasal temsilcilerden %27'si, arabuluculuğun bazı hallerde kısa süreliğine de olsa iade sürecini geciktirdiğini belirtmiştir. Bu gecikme ise genellikle tarafların farklı ülkelerde olmasından kaynaklanmıştır. Bir olayda babanın Noel tatilinin ardından Yeni Zelanda'dan uçak bileti bulamaması gecikmeye neden olmuşken,

²⁹⁷ Erdem, B. Bahadır, "Uluslararası Çocuk Kaçırmının Türk Hukukundaki Sorunları ve Çözümü", Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, 1980 Tarihli La Haye Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri- Seminer Serisi-II, Şubat 2013, s. 6, 7, (4-22).

²⁹⁸ Kiesewetter/ Paul; Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 40.

²⁹⁹ Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 25.

³⁰⁰ Vigers, s. 39; Mediation Guide, s. 53 vd.

³⁰¹ Zawid, s. 28, 29.

³⁰² Keshavjee, Paul/Kiesewetter (Eds), s.110.

bir diğerk olayda babanın İngiltere'ye gidebilmesi amacıyla pasaport başvurusu yapmak durumunda kalması gecikmenin nedeni oluşturmuştur. Diğerk olayda ise annenin Ekvador'dan İngiltere'ye uçak bileti bulamaması arabuluculuk sürecini geciktirmiştir³⁰³.

Süreye ilişkin yaşanabilecek sıkıntıların yanı sıra tarafların farklı ülkelerde olması arabuluculuk masraflarını da etkileyebilmektedir³⁰⁴. Çocuğun bulunduğu, yani çocuğun kaçırıldığı ülke, arabuluculuk sürecinin devam edeceği yer olarak kabul edilmektedir³⁰⁵. Dolayısıyla arabuluculuğun yüz yüze yapılacağı durumlarda ulaşım, konaklama, yemek gibi masraflar ortaya çıkmaktadır. Ayrıca arabuluculuğun yapılacağı bir mekâna da ihtiyaç duyulacağından mekânın kiralanması ayrı bir masrafa sebep olacaktır³⁰⁶.

Tarafların farklı ülkelerden olmasının diğerk bir etkisi de onların arabuluculuk sürecine bizzat dahil olabilmeleri açısından önem kazanacaktır. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda genel olarak ebeveynler farklı ülke vatandaşlığına sahiptir³⁰⁷. Kaçırılmalarda çocuk, ikamet edilen ülkeden farklı bir ülkeye götürülmekte ve arabuluculuk ise çocuğun kaçırıldığı ülkede yapılmaktadır. Dolayısıyla arabuluculuğun yapılacağı ülkeye girebilmek adına ebeveynlerin vize gibi ülkeye giriş koşullarını sağlaması gerekmektedir. Bu zorunluluğun yerine getirilememesi ve ebeveynin vize alamaması gibi hususlar, Sözleşme uyarınca arabuluculuk sürecinin işletilebilmesinde karşılaşılabilecek özel zorluklardandır³⁰⁸.

Yukarıda açıklanan sorunlar, uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk sürecinin elektronik posta, internet üzerinden görüntülü görüşme, telefon görüşmesi gibi yollarla yürütülüp yürütülemeyeceği sorusunu gündeme getirmiştir³⁰⁹. Arabuluculuk sürecinin, daha hızlı ilerlemesi ve masrafların azaltılması gibi sebeplerle online yollarla iletişim kurularak gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir³¹⁰. Ancak, teknolojinin kullanılması ile arabuluculuk sürecinin yürütülmesi her kaçırma olayında mümkün olmayacaktır.

³⁰³ Reunite Pilot Scheme, Q.7, s. 34.

³⁰⁴ Masraflara ilişkin olarak bkz: Paul/ Kieseewetter, Paul/ Kieseewetter (Eds), s. 53.

³⁰⁵ Paul/ Kieseewetter, Paul/ Kieseewetter (Eds), s. 44-45.

³⁰⁶ Kucinski (Using Techonolgy), s. 311.

³⁰⁷ Tarafların farklı ülkede olmasının yaratacağı sıkıntı için bkz: Carl/ Walker, Paul/ Kieseewetter (Eds), s. 77.

³⁰⁸ Mediation Guide, s. 33; Martin, s. 380.

³⁰⁹ Online arabuluculuk yönteminde arabuluculuk bu araçlarla yürütülmektedir: Bensley, Norman, "Online Dispute Resolution", *TortSource*, Vol. 6, Issue 4, Summer 2004, s. 4, (1-4).

³¹⁰ Online uyumsuzluk çözüm yollarına ilişkin olarak bkz: Bensley, s. 109.

Ebeveynlerden birinin bulunduğu yerde internete ulaşılamaması³¹¹ ya da taraflardan birinin eğitim durumunun, teknolojiyi kullanmaya el vermemesi gibi durumlarda, teknolojinin ya da internetin kullanılması mümkün görülmemektedir³¹². Aynı zamanda tarafların, teknolojik iletişim araçlarının kullanımını bilmemesi de online olarak uyuşmazlığın çözümünü güçleştirecektir. Bu gibi ihtimallerde online uyuşmazlık çözümünün kullanılması mümkün görülmemektedir³¹³.

Online iletişim araçlarının arabuluculuk sürecinde kullanılması gerektiğini savunan yazarlara göre, elektronik posta ya da telefon ile iletişim, taraflar arasında yeni bir anlaşma oluşturulurken yüz yüze görüşmeden daha faydalı olacaktır. Bu yollarla iletişim kuran ebeveynler, birbirlerinin iletişime kapalı olduğunu gösteren kol bağlamalarını ya da çatık kaşlarını görmeyeceklerinden daha rahat iletişim kurabilecek ve karara varabileceklerdir³¹⁴.

4.2.2.8.2. Online Arabuluculuk Sürecinin Yaratabileceği Sorunlar

Arabuluculuk sürecinde telefon görüşmesi, elektronik posta gibi teknolojik yolların kullanılmasında gizlilik ilkesinin korunması bakımından bazı eleştiriler söz konusu olmaktadır³¹⁵. Zira, ebeveynler arasında ya da ebeveynlerle arabulucu arasında gerçekleştirilecek bir telefon görüşmesinde, üçüncü kişinin o görüşmeyi dinlemediği ya da elektronik postanın kullanıldığı bir arabuluculukta, bu e-postanın üçüncü bir kişiye gönderilmediğinin garantisi oldukça zor olacaktır³¹⁶. Telefon, telekonferans ya da internet

³¹¹ Loutocky, Pavel, "Online Dispute Resolution To ResolvemConsumer Disputes From The Perspective Of European Union Law: Is The Potential Of ODR Fully Used?" *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 10, Issue 1, 2016, s. 115, (113-127).

³¹² Arsdale, s. 124.

³¹³ Kucinski (Using Techonolgy), s. 313.

³¹⁴ Andrea M. Braeutigam, "What I Hear You Writing Is... Issues in ODR: Building Trust and Rapport in the Text-Based Environment", *University Of Toledo Law Review*, Vol. 38, Fall 2006, s. 113, (101-123).

³¹⁵ Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde de, arabuluculuk sürecinde teknolojik yöntemlerin kullanılması durumunda gizlilik ilkesinin zedelenebileceği kuşku su açıkça dile getirilmiştir: Mediation Guide, s. 52. Arabuluculuk sürecinde gizliliğe ilişkin olarak bkz: Kucinski, Melissa A., "The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases" (Using Technology)", *Journal Of Dispute Resolution*, Vol. 2010, No. 2, s. .314, (297-325).; Kısmet Kekeç, s.77 vd., Taşpolat Tuğsavul, s. 134 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz: Yazıcı Tıktık, Çiğdem, "Arabuluculukta Gizliliğin Korunması", 2013.

³¹⁶ Clark, Eugene/ Cho, George/ Hoyle, Athur, "Online Dispute Resolution: Present Realities, Pressing Problems and Future Prospects" *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 17, Issue 1, March 2003, s. 10, (7-26).

üzerinden gerçekleştirilen arabuluculukta görüşmelerin kayıt altına alınmadığı ve üçüncü kişilerce dinlenmediği de garanti edilememektedir³¹⁷.

Gizlilik ilkesi arabuluculuk sürecinde en önemli ilkelerden birisidir. Zira, gizlilik ilkesi güven duygusu ile bağlantılıdır³¹⁸. Tarafların sürece ilişkin her hususun gizli kalacağı konusunda şüphesinin olmadığı durumlarda özgür bir müzakere ortamı oluşabilecektir. Böylece çözüme ilişkin her türlü seçenek göz önünde bulundurulabilecektir³¹⁹. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda da, arabuluculuk sürecinde, genel olarak gizlilik ilkesi kabul edilmiştir. Ancak bazı ülkelerde özellikle de Amerika’da arabulucunun, arabuluculuk sürecinin içeriği hakkında mahkemeye bilgi vermesi ya da mahkemenin tanıklara başvurması mümkün olmaktadır³²⁰.

Genel olarak iç hukuklarda gizlilik ilkesi arabulucuya yüklenmiş bir görevdir³²¹ ve arabulucunun görüşmelerin içeriği hakkında herhangi bir bilgiyi açığa vurmuyacağı güvence altına alınmıştır. Ancak tarafların gizlilik ilkesine bağlı kalıp kalmayacağı hususu değişiklik göstermektedir³²². Tarafların süreç içerisindeki beyan ve belgeleri gizli tutması istendiğinde, bunun gizlilik anlaşması ile güvence altına alınması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile tarafların arabuluculuk sürecinin gizli kalmasını isteyip istemedikleri konusunda arabulucu hassas davranmalı ve süreç içerisindeki belgelerin üçüncü kişilerden de gizli tutulmasının istendiğini fark ettiği durumlarda, taraflara gizlilik anlaşması yapılmasını önermelidir³²³. Örneğin, ebeveynlerin, çocuk üzerinde emeği olan anneanne veya babaannelerin müdahalesi olmaksızın süreci yürütmek istedikleri ve arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan beyan ve belgelerden bu kişilerin haberdar olması ve sürece müdahale etmelerini istemedikleri görülmektedir. Bu gibi hallerde arabulucunun tarafları gizlilik anlaşması yapmaya yönlendirmesi uygun olacaktır³²⁴. Zira genel olarak gizlilik,

³¹⁷ Zawid, s. 41.

³¹⁸ Özmumcu, s. 307, 308.

³¹⁹ Mediation Guide, s. 58. Arabuluculukta gizliliğin korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Yazıcı Tıktık, s. 51 vd.

³²⁰ Vigers, s. 47. Türk hukukunda da HUAK’ın 5’inci maddesinde, beyan ve belgelerin davada veya tahkim yolunda kullanılmayacağı kabul edilmiştir.

³²¹ Taşpolat Tuğsavul, s. 135.

³²² Prel. Doc. No. 20 of March 2007, “Feasibility Study On Cross-Border Mediation In Family Matters drawn up by the Permanent Bureau”, (29.12.2016), s. 9.

³²³ Kısmet Kekeç, s. 80; Taşpolat Tuğsavul, s. 136.

³²⁴ Zawid, s. 40. Ülkemizde kabul edilen kurala göre, taraflar istemeleri durumunda gizlilik ilkesini uygulamayacakları konusunda anlaşma yapabileceklerdir (HUAK md. 4)

beyan ve belgelerin mahkemede açığa vurulmamasına ilişkin olmakla beraber üçüncü kişilerden de gizli tutulmasını kapsamamaktadır³²⁵. Gizlilik ilkesinin, beyan ve belgelerin üçüncü kişilerden de gizlenmesini kapsamadığı hallerde yapılan görüşmeleri üçüncü bir kişinin dinlemesi ya da belgelerden haberdar olması, gizlilik ilkesini ihlal etmeyecektir. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda, kaçırılan taraf ile koruma hakkı ihlal edilen ebeveyn genellikle farklı ülkelerde bulduklarından gizlilik ilkesinin varlığının tam anlamıyla garanti edilebilmesi için arabuluculuk sözleşmesine, arabuluculuk sürecinde gizlilik ilkesinin geçerli olacağı yazılarak hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan doğacak sıkıntıların önüne geçilmelidir³²⁶.

Arabuluculuk sürecinin elektronik posta ve mesaj gibi yollarla yürütülmesi mümkün görülmekte ise de, bu yöntemin kullanılmasında iletişimin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi daha güçtür³²⁷. Mesaj ve elektronik posta gibi iletişim araçlarında duyguları göstermek amacıyla dijital karakterlerin kullanılıyor olması jest, mimik ve duyguların aktarılmasında tek başına yeterli olmayacaktır. Ayrıca ebeveynlerden birinin bu yollarla iletişim kurmaya alışkın olmadığı durumlarda yaşadığı stres ve baskı iletişime adapte olmasını engelleyebilecektir³²⁸. Bunun yanında daha büyük sorun ise, metin tabanlı bir iletişimin söz konusu olduğu hallerde, iletişimde ortaya çıkan boşlukların ebeveynlerce daha önceki ön yargıları ve algılamaları devreye girerek doldurulacağıdır³²⁹.

4.2.2.8.3. Online İletişim Araçları ile Arabuluculuğun Gerçekleştirilmesi

İletişim olanaklarının gelişmesine rağmen, online iletişim araçları ile arabuluculuk sürecinin işletilmesi, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde yer almamıştır. Zira taraflar arasındaki iletişimin yüz yüze gerçekleştirilmesi durumunda arabulucular, ebeveynlerin el hareketleri ve yüz ifadeleri yardımıyla onların duygularını anlayarak, süreci daha rahat yürütebilirler³³⁰. Bu sebeple genel olarak, yüz yüze iletişimin

³²⁵ Zawid, s. 40.

³²⁶ Örnek şart için Bkz. Vigers, s. 48.

³²⁷ Clark/ Cho/ Hoyle, s. 9.

³²⁸ Kucinski (Using Techonology), s. 315.

³²⁹ James Melamed, Divorce Mediation and the Internet, Mediate.Com (Jan. 2002), (E.T.:14.01.2017) <http://www.mediate.com/articles/melamed9.cfm>

³³⁰ Online iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde kişilerin davranışlarının değiştiği ve kendilerini daha farklı bir kişi olarak gösterdikleri için online iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde tarafların kişiliğine ilişkin problemlerin oluşabileceğine dair endişeler ileri sürülmektedir: Clark/ Cho/ Hoyle, s. 20.

gerçekleştirildiği arabuluculuk süreci arabulucular tarafından tercih edilmektedir³³¹. Ancak ebeveynlerin farklı ülkelerde olması ve uçak bileti bulamaması, vize alamaması, seyahat ücretlerini karşılayamaması gibi sebeplerle iletişimin her zaman yüz yüze sağlanabilmesi mümkün olmamaktadır. Doktrinde yazarlar, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde, uyuşmazlıkta taraflarının farklı ülkelerde olması dolayısıyla arabuluculuğun işletilemeyeceği ya da sürecin gecikeceği hallerde online iletişim araçlarının kullanılması yolunun tercih edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu hallerde sürecin, elektronik posta, video konferans, telefon gibi online iletişim araçları kullanılarak yürütülmesi önerilmektedir³³².

Kanaatimizce bir arabuluculuk sürecinin tamamının video konferans, email, telefon ya da Skype gibi iletişim araçlarının kullanılması yoluyla yürütülmesi mümkün olmayacaktır. Arabuluculuk uygulamalarına bakıldığında, sürecin genel olarak çocuğun bulunduğu ülkede gerçekleştirildiği görülmektedir³³³. Dolayısıyla ebeveynlerden birisi arabulucularla aynı mekânda yüz yüze bulunabilecekken, bir diğer eş uzakta kalacak ve iletişim araçları kullanılarak sürece katılabilecektir. Bu durum uzakta olan ebeveynin, arabulucunun, yanında bulunan diğer ebeveyni destekleyeceği endişesini taşımasına sebep olmaktadır³³⁴. Bu ise, sürecin başarıya ulaşmasını ciddi anlamda etkileyecek bir durumdur. Kanaatimizce arabuluculuk süreci, kural olarak yüz yüze yürütülmesi gereken bir süreçtir; ancak ebeveynin oturma gelememesi sebebiyle iade sürecinin gecikeceği ya da arabuluculuk oturumlarının yüz yüze olmasının ebeveyni ciddi anlamda maddî güçlüğü düşüreceği hallerde, online iletişim araçları ile arabuluculuğun yürütülmesi uygun olacaktır. Zira, duyguların tam anlamıyla anlaşılabilmesi için öncelikli tercih edilecek iletişim yolu, yüz yüze iletişimidir. Ayrıca arabulucunun tarafsızlığı ve sürecin gizliliği hususlarında da bir endişe duyulmaması için, oturumların yüz yüze gerçekleştirilmesi daha doğru olacaktır³³⁵.

Arabuluculuğun yüz yüze yürütülmesi gerekliliğinin istisnalarından bir diğeri de, aile içi şiddet olaylarının söz konusu olduğu durumlar olmalıdır. Eşinin şiddetine uğramış ebeveynin arabuluculuk sürecinde kendini daha özgür ve daha rahat hissedebilmesi ve

³³¹ Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter, s. 54.

³³² Martin, s. 400.

³³³ Arabuluculuk; Almanya'da ve İngiltere'de çocuğun bulunduğu yerde gerçekleştirilmektedir.

³³⁴ Kucinski (Using Technology), s. 316.

³³⁵ Doktrinde de esas olarak arabuluculuk sürecinin yüz yüze yürütülmesi ve hatta arabulucu ve taraflar arası gerçekleştirilecek ilk görüşmenin kesinlikle yüz yüze yapılması önerilmektedir: Martin, s. 400, 401.

korkmadan iletişim kurabilmesi için iletişim araçları kullanılarak arabuluculuk sürecinin işletilmesi kabul edilmelidir³³⁶.

4.2.2.9. Arabuluculuk Sürecine Üçüncü Kişinin Dahil Olabilme İmkânı

Ailevî ilişkilerin yol açtığı uyuşmazlıkların çözümünde, taraflardan biri ile ya da tarafların her ikisi ile sıkı ilişkileri olan üçüncü bir kişinin uyuşmazlık çözümüne dahil olması, tarafların bir uzlaşmaya varabilmesini kolaylaştırabilir³³⁷. Sürece dahil olabilecek bu kişi, büyük anne veya büyük babalar olabileceği gibi, kültürlere bağlı olarak, topluluğun üst düzey bir temsilcisi dahi olabilir³³⁸.

Üçüncü kişinin arabuluculuk sürecine dahil olabilme özelliği diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerine göre arabuluculuğun avantajı olarak görülmektedir. Süreç içerisinde yer alacak üçüncü kişinin, hukukî bir konumu yoktur. Üçüncü kişi, uyuşmazlığın ya da süreç sonucu ortaya çıkacak anlaşmanın tarafı değildir³³⁹. Ancak bazı durumlarda sürece katılan üçüncü kişinin, ortaya çıkacak anlaşmaya uyum sağlayacağına belirtilerini göstermesi anlaşmanın oluşmasını ve uygulanmasını destekleyecektir³⁴⁰. Örneğin, ebeveynlerden birinin duygusal birliktelik yaşadığı kişinin de dahil olduğu bir uyuşmazlık için, bu bireyin anlaşmaya uyacağını bilmek, ebeveynlerce kabul edilen anlaşmanın uygulanabilirliğini etkileyecektir³⁴¹.

Üçüncü kişinin sürece dahil olup olmayacağı, her olayın durum ve koşullarına göre değerlendirilecek bir husustur. Ayrıca, üçüncü kişinin sürece dahil olabilmesi, tarafların her ikisinin de önceden bu konuda anlaşmış olması şartına bağlıdır³⁴². Zira, üçüncü kişinin sürece katılması taraflardan birini süreç içerisinde daha güçlü konuma getirebilecektir³⁴³.

³³⁶ Kucinski (Using Technology), s. 318; Martin, s. 403.

³³⁷ Ildır, s. 80.

³³⁸ Mediation Guide, s. 70; Paul/ Kiesewetter, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 47.

³³⁹ Mediation Guide, s. 70.

³⁴⁰ Paul/ Kiesewetter, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 47.

³⁴¹ Mediation Guide, s. 70.

³⁴² Paul/ Kiesewetter, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 47.

³⁴³ Mediation Guide, s. 70.

4.2.2.10. Aile İçi Şiddetin Yaşandığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Uygulanabilirliği

Aile içi şiddet, genellikle eşlerin birlikte yaşadıkları ev içinde veya kamusal alanda, sözlü, fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik şiddet, tehdit, cinayet gibi eylemleri ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır³⁴⁴. Aile içi şiddet konusu, La Haye Sözleşmesinin 13'üncü maddesinde çocuğun iadesinin reddi sebepleri arasında yer almıştır³⁴⁵. La Haye Sözleşmesinin 13'üncü maddesine göre iade sonrasında, çocuğun psikolojik ya da fizikî bütünlüğünün tehlike altına girecek olması, çocuğun iadesi talebinin reddi sebebidir (L.S. md. 13/1 (b))³⁴⁶. Bu red sebebi, bazı durumlarda Sözleşmenin yanlış uygulanmasına neden olur. Zira La Haye Sözleşmesi uyarınca kaçırılan taraf, aile içi şiddet iddiasında bulunduğu takdirde, mahkeme ya da merkezî otorite, çocuğun gerçekten iade edildiği ülkede büyük bir şiddet riski ile karşılaşmayacağını, bu ülkede çocuğu korumaya yönelik tedbirlerin var olup olmadığı incelemesini yapmaksızın, şiddet iddiasını doğrudan iadenin reddi sebebi olarak görmektedir³⁴⁷. Bir diğer ihtimal ise, şudur. Aile içi şiddete maruz kalan eş, genellikle anne olmaktadır. La Haye Sözleşmesi kapsamında yaşanan olayların çoğunluğunda şiddet mağduru ebeveyn, şiddet uygulayan eşten uzaklaşabilmek amacıyla çocuğu ile birlikte kaçmaktadır³⁴⁸. Sözleşmede çocuğun bir an evvel mutad meskenine iadesi öngörüldüğünden, kaçırmanın haksız olduğu tespit edildiğinde mahkeme prosedüründe çocuk, şiddet uygulayan ebeveyne iade edilmektedir³⁴⁹. Dolayısıyla şiddetin varlığı halinde, çocuğun iadesinin reddedilmesi ya da çocuğun hemen iadesi, hâkimlerce dikkatle incelenip karara varılması gereken hususlardandır.

Aile içi şiddet sorunu, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların birçoğunda karşılaşılan problemler arasındadır³⁵⁰. Burada üzerinde durulması gereken husus, aile içi şiddet

³⁴⁴ Stark, Barbara, "International Family Law an Introduction" Ashgate, 2014, s. 227; Alanen, s. 64; Martin, s. 394; Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler Ve Öneriler Sonuç Raporu (Arabuluculuk Çalışma Toplantısı), 2015, C.1, S.1, (E.T.: 26.01.2017) s. 125, http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Ocak/eskisehir_rapor/eskisehir_raporu.pdf

³⁴⁵ Alanen s. 73, 94.

³⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Giray s. 134 vd.; Altuntaş, s. 112 vd.; Martin, s. 395.

³⁴⁷ Örneğin; Sözleşme uygulayıcıları, aile içi şiddete karşı önlemleri tam olarak alan tek ülke olarak Amerika'yı kabul etmektedirler: Alanen, s. 73-74, 93. Ayrıca bkz: Stark, s. 227 vd.

³⁴⁸ Mediation Guide, s. 73.

³⁴⁹ Shulman, s. 259.

³⁵⁰ Alanen, s. 51.

iddiasının olduğu uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yoluna başvurulup başvurulamayacağıdır.

Aile içi şiddet iddiasının söz konusu olduğu vakalarda arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin, hukuk sistemlerinde ve doktrinde farklı görüşler söz konusudur³⁵¹. Aile içi şiddet iddiasının varlığı bazı hukuk sistemlerinde doğrudan arabuluculuğun reddi olarak kabul edilirken³⁵², bazı hukuk sistemlerinde aile içi şiddet iddiasının varlığında dahi arabuluculuk yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir³⁵³. Aile içi şiddet iddiasının arabuluculuğu etkileyip etkilemediği konusu, Reunite Pilot Projesinde arabuluculara sorulmuştur. Arabulucuların %75'i, aile içi şiddet iddiasının arabuluculuğu engellemediğini belirtmiştir. Ancak, tarafların kendilerini güvende hissetmelerine ve güvenlik konusuna vurgu yapılmıştır³⁵⁴.

Arabuluculuğun başarılı ile sonuçlanmasında önemli faktörlerden birisi, tarafların süreçte kendilerini eşit hissetmeleridir. Aile içi şiddetin var olduğu uyuşmazlıklarda ise, güç dengesi şiddet mağduru kişi aleyhine bozulmaktadır. Bir diğer ifade ile fiziksel ve sözlü şiddet mağduru taraf, diğer eş ile müzakere etmede, kendi menfaat ve isteklerini dile getirme konusunda çekingen davranışlar sergileyebilmektedir³⁵⁵. Dolayısıyla aile içi şiddet iddiasını içeren bir uluslararası çocuk kaçırmının, arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde karşılaşılabilecek ilk sorun; şiddet mağduru tarafın karşı tarafın iddialarına karşı çıkmakta zorlanması ve kendisini güçsüz hissetmesidir³⁵⁶. Bu sebeple arabuluculuğun her aşamasında bir risk değerlendirilmesi yapılarak, tarafların kendisini güven içinde hissetmesi sağlanmalıdır³⁵⁷. Hatta bu sebeple aile içi şiddet iddiasının olduğu uyuşmazlıklarda en doğru incelemenin mahkemede hâkim tarafından yapılabileceği görüşü

³⁵¹ Doktrinde ayrılık sürecinin mağdur açısından en hassas zamanlardan olması sebebiyle, şiddet mağduru ile failin bir araya gelmesi durumunda mağdurun bir daha şiddete uğrama ya da yüzleşme sonucu travmaların ortaya çıkması sebebiyle arabuluculuk sürecinin aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygun olmadığı savunulmuştur. Ayrıca şiddet mağdurunu cezalandırmak yerine, arabuluculuk süreci işletilerek şiddet onaylanmaktadır: Mediation Guide, s. 73.

³⁵² Örneğin Amerika'nın Florado eyaletinde aile içi şiddet, arabuluculuk sürecini durduracak sebeplere dindir: Zawid, s. 42.

³⁵³ Alanen, s. 51; ayrıca bkz: Martin, s. 396; Mediation Guide, s. 73.

³⁵⁴ Reunite Pilot Schime, Q. 15, s. 48.

³⁵⁵ Wheeler, Laurel, "Mandatory Family Mediation and Domestic Violence", Southern Illinois University Law Journal, Vol. 26, Issue 3, Spring 2002, s. 559-560, (559-574).

³⁵⁶ Dittrich, s. 108.

³⁵⁷ Zawid, s. 45.

öne sürülmektedir³⁵⁸. Dolayısıyla arabulucu, mağdur tarafın çekindiği için anlaşmazlıkları dile getirmekten korkması ve anlaşmaya varmaktan kaçınması konularında her zaman dikkatli olup, gerekli önlemleri almalıdır. Bu şartlar sağlandığında, aile içi şiddet iddiasının var olduğu uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde bir engel olmayacaktır. Aksi halde bu uyuşmazlıklar, uygun olarak değerlendirilemeyecektir³⁵⁹.

Arabuluculukta, şiddete uğrayan tarafın kendini ifade etmede zorlandığı durumlarda arabulucular, ebeveynlerin her ikisinin de dahil olduğu oturumlardan ziyade, taraflarla bireysel oturumlar gerçekleştirme yolunu tercih etmektedir. Burada tercih edilebilecek bir diğer yöntem de, teknoloji ve internetin kullanımınıdır. Tarafların internet ya da telefon yoluyla görüşmesi, güvenliğin sağlanabilmesi açısından önemli bir rol oynamaktadır³⁶⁰. Zira bu yolla yürütülen arabuluculuk sürecinde, şiddet mağduru ebeveyn, korkularını, endişelerini ve olaylara bakış açısını hiçbir çekincesi olmaksızın dile getirebilecektir. Bir eşin, diğer eşe göz dağı verme ve onu korkutma olanağı da çok daha düşük seviyelerde kalacaktır³⁶¹. Bu sebeple aile içi şiddet iddiasının söz konusu olduğu durumlarda telefon ya da internet gibi iletişim araçlarının kullanılması, güçsüz tarafın düşüncelerini korkmadan dile getirmesini sağlayarak, ebeveynlerin mahkeme yargılamasından daha faydalı bir sonuca varmalarına yardımcı olacaktır. Zira taraflar iletişim kurarak ortak bir anlaşma metni oluşturmakla kalmayacak, ileriye dönük sağlıklı iletişimin de yolunu açmış olacaklardır. Arabuluculuğun uygulandığı uyuşmazlıklar, genelde ilişkilerin gelecekte devam edeceği uyuşmazlıklar olduğundan, arabuluculuk anne ile babanın ileriye dönük ilişkilerini de korumaya yardımcı olacaktır³⁶².

Aile içi şiddetin söz konusu olduğu durumlarda uyuşmazlığın arabuluculukla çözümünde, eşlerin güvenliği konusu, ayrı bir özen ve dikkat gerektiren husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira güvenli bir çevrenin oluşturulamaması, şiddete uğrayan eşin yeniden şiddete uğramasına sebep olabilir. Bu amaçla şiddet iddiasını barındıran uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde güvenliğin sağlanabilmesi amacıyla, arabuluculuk oturumlarının gerçekleştirileceği yerlerin kaçışının kolay olması, kaçış noktalarının

³⁵⁸ Dittrich, s. 108.

³⁵⁹ Arabuluculuğa elverişlilik için bkz: Zawid, s. 42 vd.; Aile içi şiddet durumunda arabuluculuk için bkz: Holly, Joyce, "Mediation and Domestic Violence: Legislative Responses [comments]", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 14, Issue 2, 1997, (447-468).

³⁶⁰ Mediation Guide, s. 76.

³⁶¹ Kucinski (Using Technology), s. 318; Martin, s. 396, 403.

³⁶² Kısmet Kekeç, s. 98, Ildır, s. 80.

işaretlerle gösterilmesi, bekleme yerlerinin birbirinden ayrı olması gibi önlemlerin alınması önerilmektedir. Hatta şiddet mağduru eşin güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla, metal algılama cihazları ile taramanın yapılması dahi önerilmektedir³⁶³.

Ayrıca aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarda mağdurun zarar görmemesi ve tarafların güvenliğini sağlamak adına gerçekleştirilecek oturumlarda veya oturum aralarında ebeveynlerin baş başa kalmasının önüne geçilmelidir. Eşlerin baş başa kalmasını engellemek ve mağdurun zarar görme ihtimalinin en aza indirebilmek amacıyla aile içi şiddet iddiasının varlığı durumunda sürecin iki arabulucu tarafından yürütülmesi, iletişimde tansiyonun arttığı noktada ortamın sakinleştirilebilmesi açısından uygun olarak kabul edilmektedir. Böylelikle, tarafların süreç içerisinde arabuluculuk oturumlarının gerçekleştirildiği odada tek başlarına kalma ihtimalinin de engellenmesi sağlanabilecektir³⁶⁴.

Aile içi şiddet iddiasının söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda bir diğer sorun gizlilik meselesidir³⁶⁵. Arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan şiddet iddiasının yetkili makama bildirilip bildirilmeyeceği üzerinde durulması gereken bir diğer sorundur. Gizlilik ilkesi gereğince, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkacak bilgi ve belgeler gizli olarak kalmalıdır. Ancak arabuluculuk uygulamalarına bakıldığında, şiddet iddiasının yetkili birimlere bildirilmesi gerektiğini kabul eden sistemlerin yanı sıra şiddet iddiası olsa dahi gizlilik gereğince, yetkili birimlere bilgi verilmesine izin vermeyen ülkeler de söz konudur³⁶⁶. Gizlilik ilkesine göre, arabulucu arabuluculuk sürecinde kendisine sunulan bilgi veya belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür. Böylece taraflar menfaatlerini hiçbir korkuya mahal vermeden tartışabilmekte ve görüşlerini dilediği gibi dile getirebilmektedir. Bu amaçla suç sayılan hususların ve şiddet iddiasının gizlilik kapsamında değerlendirilerek yetkili makama bildirilmemesi gerekmektedir³⁶⁷.

³⁶³ Guion, Donna, "Domestic Violence and Mediation", *Texas Wesleyan Law Review*, Vol. 15, Issue 3, Summer 2009, s. 545, (545-554); Vestal Anita, "Domestic Violence and Mediation: Concerns and Recommendations, May 2007, (E.T.: 26.01.2017) <http://www.mediate.com/articles/vestalA3.cfm#>. Ayrıca arabuluculuğun mağdur eş için yaratabileceği sorunlar için bkz: Wheeler, s. 561.

³⁶⁴ Mediation Guide, s. 76.

³⁶⁵ Bkz. Mediation Guide, s. 76.

³⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Alanen, s. 104. Ayrıca gizlilik meselesine ilişkin olarak bkz: Kucinski (Using Technology), s. 314 vd.

³⁶⁷ Erdoğan, Ersin/ Erzurumlu, Nurbanu, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye'nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı" *SETA*, 2016, s. 12.

BÖLÜM II:

ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR SÖZLEŞME KAPSAMINDA ARABULUCULUĞUN UYGULANMASI

1. GENEL OLARAK

La Haye Sözleşmesi kapsamında gönüllü çözüm yollarına ilişkin olarak yapılan çalışmalarda arabuluculuğun uygulanmasına ağırlık verilmiştir³⁶⁸. Bunun temel sebebi, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini kullanan tarafların genel olarak arabuluculuk yöntemini tercih etmesidir. Ayrıca arabuluculuk, uluslararası çocuk kaçırımlar bakımından uygun bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabul edilmektedir³⁶⁹. Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde de uluslararası çocuk kaçırımlar bakımından diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ziyade, arabuluculuk sürecinin uygulanmasına ağırlık vermiştir. Bunun nedeni, uluslararası alanda aile hukukuna ilişkin meselelerde özellikle arabuluculuk yönteminin tercih edilmesi olarak belirtilmiştir³⁷⁰. İlâveten Sözleşme uyarınca çocuğun yüksek menfaati dikkate alındığından, onun yüksek menfaatinin sağlanabilmesinin en uygun yolunun, anne ve babası arasında uzlaşılacak ortak bir çözümün olacağı, bunu sağlamanın en iyi yolunun ise, arabuluculuk olduğu görülmüştür³⁷¹. La Haye Sözleşmesinin 2006 yılı İhtisas Komisyonu Raporunda da çocuğun gönüllü geri dönüşü için, iade prosedüründe önemli bir gecikmeye sebep

³⁶⁸ Bkz. Mediation Guide; Wroclaw Declaration

³⁶⁹ Vigers, s. 13.

³⁷⁰ Guide, s. 12.

³⁷¹ Bozdağ, Gonca Gülfem, "Arabuluculuk Ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, 2016, S. 1, s. 124, (101-136).

olmadıkça dostane çözüm yollarının çocuk kaçırılmalarda kullanılabilceği belirtilmiştir³⁷². Dolayısıyla, Sözleşmeyi hazırlayanların öngöremedikleri bir takım olumsuz sonuçların önlenbilmesi ve çocuğun menfaatine olacak sonuçların ortaya çıkabilmesi adına La Haye Sözleşmesi kapsamında, arabuluculuk yolunun kullanılması mahkeme sürecinden daha avantajlı olacaktır³⁷³.

Sözleşmede öngörülen arabuluculuk modelinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk sürecine hâkim olan ilkeler aynen geçerli olmakla birlikte, uluslararası çocuk kaçırılmalardan doğan uyuşmazlıkların niteliğine bağlı olarak iki genel ilke daha eklenmiştir.

1.1.1. Bilgilendirmeye Bağlı Onay

Tarafların arabuluculuk sürecine dahil edilmeden önce, arabuluculuk ve bu süreçle bağlantılı tüm konularda bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Bilgilendirme; arabuluculuk süreci, süreç içerisinde hâkim olan ilkeler, kullanılacak olan arabuluculuk modeli, taraflar için ortaya çıkabilecek yaklaşık maliyet, gibi konuları içermektedir. Bunun yanında mahkeme ve arabuluculuk sürecine ilişkin ekstra bilgilendirmeler de yapılabilecektir³⁷⁴.

Uluslararası aile hukukuna ilişkin konular niteliği itibari ile hukukî anlamda karışık uyuşmazlıklardır. Bu sebeple, merkezî otoriteler ya da sadece bu iş için oluşturulacak merkezî iribat noktaları, taraflara hukukî anlamda bilgilendirme yapmalıdır³⁷⁵. Tarafların, hakları ve yükümlülükleri ile verdikleri kararın sonucu hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu süreçte hukukî bilgilendirme hiç şüphesiz arabulucu tarafından da yapılabilecektir. Ancak arabulucu, hukukî danışmanlık yapmayacak, taraflara çözüme ilişkin öneride bulunmayacaktır³⁷⁶.

Uygulamaya bakıldığında arabuluculuk konusunda bilgilendirmenin avukatlar tarafından yapıldığı görülmektedir³⁷⁷. Ancak Sözleşmeye taraf olan ülkelerde avukatların uluslararası çocuk kaçırılmalarda kapsamında yapılacak arabuluculuğa ilişkin, yeterli bilgiye sahip

³⁷² Vigers, s. 67.

³⁷³ Ayrıca bkz: Bölüm I, 4, 4.2, 4.2.2.

³⁷⁴ Mediation Guide, s. 57; Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 38.

³⁷⁵ Mediation Guide, s. 57, 62.

³⁷⁶ Mediation Guide, s. 61-62.

³⁷⁷ Bu husus Yenizelanda merkezî makamı tarafından dile getirilmiştir: Vigers, s. 30; Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 42.

olmadıkları görülmektedir. Bu nedenle taraflara arabuluculuk hakkında yapılan bilgilendirmeler, eksik ve yanlış olmaktadır. Bu da tarafların arabuluculuk konusundaki beklentilerinin, olması gerekenden farklılaşmasına sebep olmaktadır. Örneğin, süreçte menfaat önemli olup, tarafın neyi kazanıp neyi kaybedeceği konusunda herhangi bir açıklık yokken taraflara avukatlarca, sürecin sonucunda kazanacağı ya da kaybedeceklerine ilişkin bilgilendirmeler yapılmaktadır. Bu yanlış bilgilendirmeler ise, tarafların arabuluculuğa yönelmesinin önünü kesmektedir³⁷⁸. Ayrıca arabuluculuk süreci hakkında yeterli ve doğru bilgiye sahip olmayan taraf, arabuluculuğa gitme konusunda isteksiz olup, arabuluculuğu kabul etmekle kendi iddiasının haksız olduğunu kabul etmiş sayılacağını da düşünebilmektedir³⁷⁹.

1.1.2. Somut Uyuşmazlık Konusu Olayın Arabuluculuğa Uygunluğu

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk süreci öncesi olayın arabuluculuğa uygun olup olmadığı hususu önemli bir yere sahiptir. Zira Sözleşmede çocuğun iadesinin bir an önce gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu sebeple sürecin gereksiz uzamasının önüne geçebilmek adına uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığı hususunun incelenmesine ihtiyaç vardır³⁸⁰.

Çocuğun bir an önce iadesinin sağlanabilmesi için arabuluculuğun gerçekleşmesinin mümkün olmayacağı ya da arabuluculuk denemesinin sonuçsuz kalacağına inanılan hallerde süreç başlatılmamalıdır. Ancak bazı olaylar, arabuluculuğa uygun olmakla beraber, arabuluculuk sürecinin yürütülebilmesi için birtakım önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. Örneğin, içerisinde aile içi şiddet, alkol veya uyuşturucu bağımlılığının söz konusu olduğu durumlar, fazladan önlem almayı gerektirecek uyuşmazlıklar arasında gösterilebilir. Bu önlemlerin alınabilmesi ve gereksiz zaman kaybının önüne geçilebilmesi amacıyla sürecin daha başında, uyuşmazlığın arabuluculuğa uygunluğunun incelenmesi yerinde olacaktır.³⁸¹

Uyuşmazlığın arabuluculuğa uygunluğu her olay için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeyi yaparken, tarafların arabuluculuk konusundaki istekleri, sürece bakış

³⁷⁸ Vigers, s. 30 in Carl, E and Wicke C, "Mediation Project in Hague Cases: Developments in Germany" 2007, 12 Judge Newsletter 49.

³⁷⁹ Ildır, s. 82.

³⁸⁰ Mediation Guide, s. 27.

³⁸¹ Mediation Guide, s. 47.

açıları, aile içi şiddetin varlığının ölçüsü ve bunların göstergeleri, çocuk istismarının belirtileri, taraflar arasındaki müzakere gücündeki dengesizlikler ve alkol ya da uyuşturucu bağımlılığından kaynaklanan yetersizlikler incelenebilecek hususlar arasında yer almaktadır³⁸².

2. ULUSLARARASI TOPLUMDA LA HAYE SÖZLEŞMESİ İLE UYUMLU BİR ARABULUCULUK MODELİ OLUŞTURMA ÇALIŞMALARI

2.1. GENEL OLARAK

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk, uygun bir çözüm yöntemi olarak görülmektedir. Çünkü arabuluculuk, tarafları, sadece kendi çıkarlarını göz önünde tutma eğiliminden uzaklaştırmakta ve onların, birbirlerine karşı tutumlarını değiştirebilmelerine olanak sağlamaktadır. Aile hukuku uyuşmazlıklarda, duygular ön planda olmaktadır. Arabuluculuk süreci içerisinde ise duyguların, uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olmasa dahi, ele alınıp, yönetilebilmesi, aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuğun tercih edilmesinde etkili olan sebeplerdendir³⁸³. Buna bağlı olarak, arabuluculuğun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak uygulanmasının yaygınlaşması ile birlikte ülkeler, aile hukukuna ilişkin meselelerde de arabuluculuğun uygulanmasını tercih etmeye başlamışlardır. Örneğin Amerika'da aile hukukuna ilişkin meselelerin arabuluculuk yoluyla çözümü oldukça yaygın bir yol olarak kullanılmaktadır³⁸⁴.

Aile hukukunda arabuluculuk, tarafları birbirlerinin ihtiyacını düşünmeye yönlendiren, taraflarda uyuşmazlığın çözümüne ilişkin ortak bir yaklaşım oluşturmayı sağlayan ve taraflara yardımcı bir yol olarak görülmektedir³⁸⁵. Ayrıca bu çözüm yolunda, yargılamannın aksine çocuğun menfaatine yönelik kararı üçüncü bir kişinin vermesinden ziyade, anne ve babanın ortak olarak vermesi de arabuluculuğun, aile hukukuna uygunluğunu göstermektedir³⁸⁶.

Aile hukukuna ilişkin meselelerde arabuluculuğun olumlu etkilerinin görülmesinin ardından, La Haye Sözleşmesinin uygulama alanına giren uyuşmazlıklar bakımından da

³⁸² Mediation Guide, s. 48.

³⁸³ Milne, Ann, "Mediation-A Promising Alternative For Family Courts", *Juvenile & Family Court Journal*, Vol. 42, Issue 2, 1991, s. 63, (61-74).

³⁸⁴ Zawid, s. 9, 10.

³⁸⁵ Milne, s. 63.

³⁸⁶ Zawid, s. 10.

arabuluculuk sürecinin işletilmesi adına çalışmalara başlanmıştır³⁸⁷. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda çocuğun gönüllü olarak iade edilmesi ya da tarafların alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanarak aralarındaki uyuşmazlığı sonuçlandırabilmesi imkânı, La Haye Sözleşmesinde de bulunmaktadır (L.S. md. 7, 10). Sözleşmede öngörülen bu yolun kullanımının geliştirilmesi ve taraf ülkeler arasında uygulama birliğinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla, uluslararası alanda bazı faaliyetler gerçekleştirilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde arabuluculuğun, Sözleşme kapsamında uygulanmasının teşviki amacıyla yapılan çalışmalar ve bu çalışmaların Sözleşmeye taraf ülkeler üzerindeki etkilerini ortaya koyabilmek için Sözleşmeye taraf ülkelerdeki arabuluculuk uygulamaları incelenecektir.

2.2. ARABULUCULUĞA DAİR DOĞRU UYGULAMA REHBERİ

La Haye'de gerçekleştirilen aile hukukuna ilişkin toplantılarda, arabuluculuk ya da tarafların tatmin olacağı bir anlaşma ile uyuşmazlığın sonuçlandırılabilmesi yollarının, bir başka ifade ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, yabancılık unsuru barındıran aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda çözüm yolu olarak kullanılmasının önemi ele alınmıştır. Bu bağlamda, aile hukukuna ilişkin sözleşmelerde de arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması teşvik edilmeye başlanmıştır³⁸⁸.

2006 yılında, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu Sözleşmenin tarafı olan ülkelere, ikametgâhları ayrı ülkelerde bulunan ya da ayrı ülkelere taşınmaya karar veren çiftler arasındaki, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, arabuluculuğun uygulanabilirliği hakkında bir çalışma yapmalarını istemiştir³⁸⁹. 2007 yılında gerçekleştirilen konferansta, ülkelerin yaptıkları bu çalışmaların değerlendirilmesi yapılmış, 2008 yılının Nisan ayında ise, Genel İşler ve Politikalar Konseyi, Daimî Bürodan, La Haye Sözleşmesinde arabuluculuk sürecinin işletilebilmesine ilişkin uygulama rehberi hazırlanmasını istemiştir. Daimî Büro tarafından hazırlanan

³⁸⁷ Beşinci İhtisas Komisyonunda sözleşmenin uygulanması bakımından arabuluculuğun uygulanması konusu üzerinde ayrıca durulmuştur. Ayrıca Daimî Büro tarafından Sözleşme kapsamında arabuluculuğun uygulanmasını teşvik amacıyla bir rapor da hazırlanmıştır: bkz: Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980.

³⁸⁸ Mediation Guide, s. 14.

³⁸⁹ Bu çalışma sonucu oluşturulan metin için bkz: Prel Doc. No:20, March 2007, Feasibility Study On Cross Border Mediation In Family Matters, (E.T.: 29.12.2016)

<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6181>

Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi, 2011 yılında düzenlenen Altıncı İhtisas Komisyonu Toplantısında onaylanmıştır³⁹⁰.

1980 tarihinde kaleme alınan La Haye Sözleşmesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kullanılmasını teşvik, 7'nci ve 10'uncu maddelerde yer almaktadır (L.S. md. 7/2 (c), 10). Sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanabilmesini sağlamak amacıyla hazırlanan Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi ise, Sözleşmenin 7'nci ve 10'uncu maddelerinde öngörülen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının, çocuk kaçırmadan kaynaklanan uyuşmazlıkları sona erdirecek bir yol olarak kullanılmasını tavsiye ve teşvik etmektedir³⁹¹. Rehber, her ne kadar çocuk kaçırılmalar bakımından arabuluculuğun uygulanmasını geniş kapsamlı olarak ele almışsa da Sözleşmede yer verilen diğer uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden uzlaştırma, tarafsız ön değerlendirme gibi yöntemlerin de bu alanda kullanılabileceğini belirtmiştir³⁹².

Rehberde, arabuluculuğun avantaj ve dezavantajları, uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuğun uygulanabilirliği açısından karşılaşılabilecek zorluklar, çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk sürecinin uygulanabilmesi için gereken özel nitelikler, arabuluculuk süreci, sonuçları gibi konular ele alınmıştır. Ayrıca Sözleşmeye taraf olmayan ülkelerin dahil olduğu çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk sürecinin nasıl işletileceği de ele alınan konular arasındadır³⁹³.

La Haye Sözleşmesinde arabuluculuk gönüllü bir yöntem olarak öngörülmüştür³⁹⁴. Ancak Sözleşmeye taraf olan ve arabuluculuk uygulamasını fiilen gerçekleştiren ülkelerden biri olan İsviçre'de Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocuklar İle Yetişkinlerin Korunması Hakkında La Haye Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 tarihli İsviçre Federal Kanunu madde 8/1 hükmünde, merkezî otoritenin çocuğun gönüllü iadesinin sağlanması ya da dostane çözüme ulaşılması amacıyla arabuluculuk ya da uzlaşma prosedürünü başlatmaması durumunda, mahkemenin arabuluculuk ya da uzlaştırma prosedürünü

³⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: Mediation Guide, s. 14 vd; Martin, s. 363 vd.

³⁹¹ Martin, s. 366.

³⁹² Mediation Guide, s. 12,88-89(Chapter 15).

³⁹³ Mediation Guide, s. 20.

³⁹⁴ Gönüllülüğe ilişkin Bkz: Niemeijer, Bert and Pell, Machteld, "Court- Based Mediation in the Netherlands: Research, Evaluation and Future Expectations" Penn St. L. Rev, Vol. 110.2, s. 352, 372.

başlatacağı belirtilmiştir³⁹⁵. Ancak doktrinde yer alan bir görüş buna karşı çıkmakta ve arabuluculuğun gönüllü bir yöntem olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Zira taraf ülkelerde de genel olarak kabul gören yol, arabuluculuğa başvurunun gönüllü olması olup, başvurunun otomatik olarak gerçekleşmesi değildir³⁹⁶.

Doktrinde var olan ve bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, mahkeme öncesinde arabuluculuğa başvurunun zorunlu tutulduğu hallerde dahi arabuluculuğun gönüllülüğü halâ devam edecektir³⁹⁷. Şöyle ki, tarafların arabuluculuğa katılımı yasal düzenlemelerle zorunlu tutulmuş olsa dahi tarafların arabuluculuk sürecine devam ettikleri her an gönüllülük devam etmektedir. Zira taraflar süreci sonlandırmakta ve devam etmekte özgürlerdir³⁹⁸. Tarafların arabuluculuğa yönlendirildiği bir durumda arabuluculuk masasından kalkmadan, her ikisini tatmin edecek ve çocuğun menfaatine olacak ortak bir anlaşma metni oluşturmaya çabalamaları onların arabuluculuk konusunda gönüllülüklerini ortaya koymakta ve zorunluluğun, arabuluculuktaki gönüllük ilkesini ihlal etmediğini

³⁹⁵ Kanunun Türkçe çevirisi için bkz: Vural, Belkıs, “Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocuklar İle Yetişkinlerin Korunması Hakkında La Haye Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 tarihli İsviçre Federal Kanunu Türkçe Çevirisi”, *Küresel Bakış Çeviri Hukuku Dergisi*, Nisan 2014, S.13, Yıl, 4, s.119-124. Ayrıca kanunun İngilizce metni için bkz: Federal Act on International Child Abduction and the Hague Conventions on the Protection of Children and Adults (E.T.:20.12.2016), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20091488/200907010000/211.222.32.pdf>

³⁹⁶ Vigers, s.27a Ayrıca bkz: La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Beşinci İhtisas Komisyonu Raporu, “On The Fifth Meeting Of The Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects Of International Child Abduction and the Practical Implementation of The Hague Convention of 19 October 1996 On Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation In Respect Of Parental Responsibility and Measures For The Protection of Children (30 October – 9 November 2006)” https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf

³⁹⁷ Tanrıver, s. 154. Hukukumuzda da 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununda “Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttir” ifadesine yer verilmektedir (HUAK md. 3). Böylece arabuluculuğun katılım, anlaşma ve devam etme konularında gönüllü bir süreç olduğu vurgulanmıştır. Bazı ülkeler, mahkeme prosedürüne başvurmadan önce, arabuluculuğa başvuruyu zorunlu kılmışlardır. Ülkemizde bu yönde bir düzenleme olmasa da İş Mahkemeleri Kanunu Taslağının yürürlüğü girmesi ile gönüllü bir yöntem olan arabuluculuk, iş uyuşmazlıkları için zorunlu bir yöntem dönüşecektir. İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Talağı için bkz:

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/%C4%B0MK%20Tas.pdf>;

³⁹⁸ Kısmet Kekeç, s.71. Amerika’da Decker v. Lindsay davasında tarafların arabuluculuğa yönlendirilmesinin bir zorunluluk olacağı; ancak arabuluculuk süreci sonucunda bir anlaşmaya varmanın bir zorunluluk olmadığı belirtilmiştir: Gorczyński, Mediation Judge Dale/ Miller Wendy M. “Confidentiality in Small Claims “*Journal of Texas Consumer Law*, Vol 7, No. 3, Summer 2004, s. 153, (152-155).

göstermektedir³⁹⁹. Zira arabuluculuk istemeyen taraf daha ilk görüşmede, devam etmeyeceğini belirterek sürece son verebilecektir⁴⁰⁰.

Daimî Büro tarafından hazırlanan Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarda Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde de bu görüş kabul edilmiştir. Rehberde, tarafların bir uyuşmazlık için öncelikle arabuluculuğa gitmesinin zorunlu olmasının gönüllülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Ancak tarafların arabuluculuk masasında oturtulmasının zorunlu tutulması durumunda artık gönüllülük ilkesinden bahsedilemeyeceği kabul edilmiştir⁴⁰¹. Dolayısıyla İsviçre’de var olan sistemde, mahkeme tarafları arabuluculuk masasında oturmak adına zorlamadığından arabuluculuk sürecinde gönüllülük ilkesinin devam ettiği kabul edilmelidir.

Doktrinde, arabuluculuğun zorunlu olması halinde hak arama özgürlüğünün önünde bir engel olup olmayacağı hususu da tartışılmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, arabuluculuğun zorunlu hale getirilmesi hak arama özgürlüğünü kısıtlamayacaktır. Zira tarafların önünde hala mahkemeye giderek uyuşmazlıklarını sonuçlandırabilme imkânı bulunmaktadır. Taraflar istedikleri her zaman arabuluculuk sürecini sonlandırarak yargılama ile çözüm yolunu seçebileceklerdir⁴⁰².

Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde de ebeveynlerin, uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk mekanizması ve bu mekanizmanın çocuğun iadesi için bir seçenek olduğu hakkında bilgilendirilmeleri gerektiği açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında, ebeveynlerin arabuluculuğa katılmada istekli ya da isteksiz olmasının ya da arabuluculuk sürecini devam ettirip ettirmemelerinin mahkemede verilecek karar üzerinde hiçbir etkisi olmayacağı da belirtilmiştir⁴⁰³. Rehberdeki bu ifadelerden de anlaşıldığı üzere, La Haye Sözleşmesi kapsamına giren uluslararası çocuk kaçırma olaylarında arabuluculuğa gidilmesi alternatif bir yol olduğu gibi hak arama özgürlüğüne de engel olacak bir yöntem değildir.

³⁹⁹ Paul/ Kiesewetter, Paul/Kiesewetter (Eds), s. 39.

⁴⁰⁰ Kısmet Kekeç, s.71; Mediationn Guide, s. 56; Decker v. Lindsay davası için bkz: Gorczynski s. 153.

⁴⁰¹ Mediation Guide, s. 56. Aynı doğrultuda bkz: Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 39.

⁴⁰² Yazıcı Tıktık, s. 39 vd. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz: Ildır (Hak Arama Özgürlüğü), s. 48; Kısmet Kekeç, s. 74 vd. Tanrıver’e göre ise arabuluculuğa başvurunun zorunlu olması hak arama özgürlüğü önünde bir engel oluşturabilecektir: Tanrıver, s. 154; Tanrıver (Armağan), s. 824. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve hak arama özgürlüğü için bkz: Ildır, s. 28 vd.

⁴⁰³ Mediation Guide, s. 57.

2.3. MALTA SÜRECİ

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda, La Haye Sözleşmesi ile uyumlu arabuluculuk sürecinin işletilmesi amacıyla Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinin hazırlanmasının ardından, Malta Süreci başlatılmıştır. Süreçte, La Haye Sözleşmesi ile 19 Ekim 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşmeye⁴⁰⁴ taraf olan ülkeler ile İslam hukukunun geçerli olduğu veya bu hukukun etkisi altında olan ve La Haye Sözleşmesine taraf olmayan ülkeler arasındaki diyoloğun gelişmesi hedeflenmiştir⁴⁰⁵.

2009 yılında gerçekleştirilen III. Malta Konferansında, Daimî Büro tarafından, Sözleşmeye taraf ülkelerden çalışma grubu⁴⁰⁶ oluşturmaları istenmiştir⁴⁰⁷. Arabuluculuk hakkında tüm ülkelerde kullanılabilir, yeknesak kurallar söz konusu olmadığından çalışma grupları, Sözleşmeye taraf olan veya olmayan ülkelerde bulunan çocukların, koruma hakkı ve şahsî ilişki kurma hakkı üzerinde çalışarak uluslararası çocuk kaçırılmalara ilişkin arabuluculuk sürecinde yeni bir model geliştirmeyi hedeflemektedir⁴⁰⁸.

Malta sürecinde arabuluculuk çözüm yolunun işletilmesinin geliştirilmesi amacıyla, ilkeler belirlemiştir. Bu ilkeler uyarınca, her bir devlette uluslararası aile arabuluculuğu için merkezî irtibat noktası kurulacaktır. Bu merkezî irtibat noktası, ilgili ülkelerdeki mevcut

⁴⁰⁴ Sözleşmenin İngilizce ve Türkçe metinleri için bkz: 19 Ekim 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/lahey.html>

⁴⁰⁵ International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Childre Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, s. 2, <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014id04en.pdf>

⁴⁰⁶ Çalışma grubu Avustralya, Kanada, Mısır, Endonezya, Japonya, Malezya, Pakistan, Filipinler, Katar, Suudi Arabistan, Singapur, Tayland, Türkiye, Amerika Birleşik Devletleri, Lahey Uluslararası Özel Hukuk Sözleşmesi Genel Sekreteri, UNICEF Doğu Asya ve Pasifik Bölge Ofisi temsilcisi ve BM Çocuk Hakları Komitesi üyesi'nden oluşmaktadır: First Regional Seminar of the Working Party on Mediation in Southeast Asia International Islamic University Malaysia (IIUM) 28-29 November 2014.

⁴⁰⁷ International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Childre Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, s. 2.

⁴⁰⁸ Keshavjee, Mohammed M., "Cross-border Child Abduction Mediation in Cases concerning Non-Hague Countries", Paul, Christoph C./ Kiesewetter (Eds), 2014, s. 106, (95-114); First Regional Seminar of the Working Party on Mediation in Southeast Asia International Islamic University Malaysia (IIUM) 28-29 November 2014, s. 1-2, https://assets.hcch.net/upload/mediation20141129report_en.pdf; International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Childre Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, s. 2.

arabuluculuk hizmetleri, arabuluculuğa erişim ve hukukî bilgilendirme gibi önemli konularda iş birliği sağlanmasını kolaylaştıracaktır⁴⁰⁹.

Çalışma grubunda, La Haye Sözleşmesi ile 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşmede de temel alınan ilkeler esas alınmıştır. Bu ilkeler sadece sözleşmelerde öngörülmekle kalmayıp, İslam hukukunun da temelini oluşturan ilkeler olarak görülmüştür⁴¹⁰. Çocuğun üstün menfaatinin çocuklarla ilgili olarak yapılacak tüm faaliyetlerde öncelikli olarak göz önüne alınacağı, ebeveynleri farklı ülkelerde ikamet eden çocukların her iki ebeveynle de şahsî ilişki kurma hakkı, devletlerin, çocuğun iade edilmemesi ya da yasa dışı yollarla ülkeye girişi gibi durumlarla mücadele etme yükümlülükleri ve çocuğun her iki ebeveynin de kültür ve geleneklerini bilmesine izin verme ve buna saygı gösterme yükümlülüğü ilke olarak kabul edilmiştir⁴¹¹.

Arabuluculuk çalışma grubu eşbaşkanı William R. Crosbie çalışmanın, taraf devletler ve Sözleşmeye taraf olmayan; ancak İslam hukukuna göre yönetilen ülkelerler arasında iş birliği sağlayan ilk çalışma olduğunu vurgulayarak, merkezî irtibat noktaları ile arabuluculuk sürecinin işletilmesini ve birden fazla hukuk sisteminin dahil olduğu sınır ötesi arabuluculuk sürecini kolaylaştırdığını belirtmiştir⁴¹². Ayrıca çalışmanın nihaî hedefi olarak, çalışma grubunun ve ilkelerinin daha çok ülke tarafından desteklenerek, sınır ötesi arabuluculuğu kolaylaştırmak ve kalıcı bir çözüm oluşturmak olduğunu ifade etmiştir⁴¹³.

⁴⁰⁹ Avustralya, Fransa, Almanya, Pakistan, Slovenya, Amerika bu Merkezî İrtibat Noktalarını oluşturan ülkeler arasındadır: International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Children Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, s. 2.

⁴¹⁰ First Regional Seminar of the Working Party on Mediation in Southeast Asia International Islamic University Malays, s. 2; International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Children Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, s. 3.

⁴¹¹ International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Children Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, s. 3; First Regional Seminar of the Working Party on Mediation in Southeast Asia International Islamic University Malays, s. 2.

⁴¹² International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Childre Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, s. 3.

⁴¹³ International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Childre Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, s. 3.

2.4. BRÜKSEL II-a TÜZÜĞÜ

Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-a Tüzüğü (AT 2201/2003)⁴¹⁴ 2003 yılında çıkarılarak, La Haye Sözleşmesinin tamamlayıcısı olmuştur⁴¹⁵. Bu Tüzük, Evliliğe ve Eşlerin Müşterek Çocuklarının Velâyetine İlişkin Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2000/1347 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü⁴¹⁶'nün değiştirilmesi ile yürürlüğe girmiştir. 2001 tarihinde yürürlüğe giren Brüksel II Tüzüğü, evliliğin butlanı, boşanma, ayrılık ve müşterek çocukların ebeveyn sorumluluğunu⁴¹⁷ düzenlemekteydi. Brüksel II Tüzüğü'nün tanıma ve tenfiz kurallarının genişletilerek ebeveyn sorumluluğuna ilişkin tüm kararlara uygulanması amacıyla ve ebeveyn sorumluluğu konusunda çocuğun mutad meskeni mahkemesinin yetkisinin artırılması amacıyla Brüksel II Tüzüğü değiştirilerek, 1 Ağustos 2004 tarihinde Brüksel II-a Tüzüğü yürürlüğe girmiştir⁴¹⁸.

Tüzük, çocuğun üstün menfaatini ön plana çıkarıp, uluslararası çocuk kaçırımları önleyebilmeyi hedefleyerek, çocuk kaçırımlarda uluslararası prosedürün oluşmasına katkı sağlamıştır⁴¹⁹. Tüzükte, maddî kurallara yer verilmeksizin aile hukukuna ilişkin konularda tanıma ve tenfize ilişkin işlemlerde kolaylaştırılmış bir usul öngörülmüştür.⁴²⁰ Bir diğer ifade ile evliliğin hükümsüzlüğü, boşanma, ayrılık ve velâyete ilişkin konularda ortak standartlar oluşturularak, bu konularda üye devletlerde verilen mahkeme kararlarının diğer

⁴¹⁴ Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction And The Recognition And Enforcement Of Judgments in Matrimonial Matters and The Matters Of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No: 1347/2000, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:EN:PDF>

⁴¹⁵ Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 24.

⁴¹⁶ Council Regulation (Ec) No. 1347/2000 of 29 May 2000 On Jurisdiction And The Recognition And Enforcement Of Judgments In Matrimonial Matters And In Matters Of Parental Responsibility For Children Of Both Spouses, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1347&from=EN>

⁴¹⁷ Ebeveyn sorumluluğu Brüksel II-a Tüzüğü'nün 2'inci maddesinin 7'nci fıkrasına göre; gerçek veya tüzel kişiye, mahkeme kararı, kanun veya sözleşme ile verilen çocuğun kişiliği veya mallarına ilişkin olan tüm hak ve yükümlülükler ile velâyet ve çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını kapsamaktadır.

⁴¹⁸ Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 234; Hadimoğlu Özbek, s. 594.

⁴¹⁹ "Directorate General For Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs

Legal Affairs Illegal removal of children: Brussels II a and the Hague Convention Note", *European Parliament*, 2010, s. 4,

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/432736/IPOL-JURI_NT\(2010\)432736_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/432736/IPOL-JURI_NT(2010)432736_EN.pdf)

⁴²⁰ Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 24-25.

üye devletlerde kendiliğinden tanınması sağlanmıştır⁴²¹. Brüksel II-a Tüzüğüne göre, Tüzük'te yer alan kurallar Avrupa Birliği üyeleri için, La Haye Sözleşmesinden önde gelmektedir. Bir başka deyişle, Tüzük ile Sözleşmenin aynı konuları düzenlemesi halinde öncelikli olarak Tüzük hükümleri uygulanacaktır⁴²².

Brüksel II-a Tüzüğü uyarınca genel yetkili mahkeme, çocuğun kaçırılmadan önceki mutad meskeni mahkemesidir. Ancak Avrupa Birliği üyesi bir ülkeden, diğer bir üye ülkeye kaçırılan çocuğun mutad meskenin, kaçırıldığı bu yeni üye ülke olması durumunda, yeni mutad meskeni mahkemesi yargı yetkisine sahip olacaktır⁴²³.

Brüksel II-a Tüzüğü, çocuğun mutad meskeni ülkesine bir an evvel iadesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaçla Tüzükte, merkezî otoriteler arasındaki süratli ve etkili bir iş birliği oluşturarak çocuk kaçırılmalara ilişkin işlemlerin, ulusal hukuklarda öngörülen en hızlı prosedürle yürütülmesi gerektiği düzenlemiştir (Brüksel II-a md. 11/ 3). Çocuğun bir an evvel iadesinin garanti altına alınabilmesi için La Haye Sözleşmesinden farklı olarak, Avrupa Birliğine üye devlet mahkemelerinden verilen, uluslararası çocuk kaçırılmalara ilişkin kararın, diğer üye devletlerde herhangi bir prosedüre ihtiyaç duyulmaksızın tanınıp tenfiz edileceği de güvence altına alınmıştır⁴²⁴.

⁴²¹ Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 235.

⁴²² Directorate General For Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs

Legal Affairs Illegal removal of children: Brussels II a and the Hague Convention Note", European Parliament, s. 9; Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 249; Hadimoğlu Özbek, s. 594.

⁴²³ Brüksel II-a Tüzüğü'nün 10/ 1 (b) hükmüne göre, yeni mutad mesken mahkemesinin yetkili olacağı ilk durum, koruma hakkı sahibinin kaçırılmaya rıza göstermesidir. İkinci ihtimal ise, koruma hakkına sahip ebeveynin kaçırma olayından sonra çocuğun yerini biliyor olduğu ya da bilebileceği tarihten itibaren çocuğun yeni devlete en az bir yıldır yerleşmiş olması gerekmektedir. Bu ikinci ihtimalin yanında çocuğun iadesi amacıyla bir yıl içinde merkezî otoritelere başvuruda bulunmaması, bu bir yıl içinde başvuruda bulunmuşsa yapmış olduğu bu iade talebini geri çekmesi, kaçırma veya alıkoymadan önce çocuğun önceki mutad meskeni mahkemesinde açılan davanın sona ermesi veya çocuğun kaçırılmadan önceki mutad meskeni ülkesi mahkemesinde iadesi talebine ilişkin olmayan koruma hakkına ilişkin bir kararı vermesi şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekmektedir: bkz: Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 252-253.

⁴²⁴ Directorate General For Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs

Legal Affairs Illegal removal of children: Brussels II a and the Hague Convention Note, s. 5, 13; Hadimoğlu Özbek, s. 609.

Brüksel II-a Tüzüğü, La Haye Sözleşmesinin tamamlayıcısı olarak uygulanacaktır⁴²⁵. Tüzükte çocuğun iadesi 11'inci maddede düzenlenmiştir. Tüzüğün 11'inci maddesinin 2 ile 5'inci fıkrasında yer alan hükümler, Sözleşmede öngörülen hakları güçlendirmektedir ve La Haye Sözleşmesine göre öncelik taşıyarak, Sözleşmeye göre öncelikli olarak uygulanmaktadır⁴²⁶. Tüzüğün 11/1 'inci maddesi uyarınca, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin birine çocuğun iadesi için başvurulduğunda, Tüzüğün 11'inci maddesinin 2 ile 8'inci fıkraları uygulanacaktır. Tüzük madde 11/2 hükmüne göre, çocuğun iadesinin reddi nedenlerini oluşturan La Haye Sözleşmesinin 12 ve 13'üncü maddelerinin uygulanması esnasında, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesi göz önünde bulundurularak çocuğa, yargılama esnasında söz hakkı veya dinlenilme hakkı verildiğinden emin olunması gerekmektedir⁴²⁷. Bu hüküm uyarınca artık mahkeme, çocuk iadeye karşı çıkmasa dahi, yaşı ve olgunluğu izin verdiği sürece çocuğu dinlemek zorundadır⁴²⁸.

Tüzüğün 11/3 maddesi uyarınca, çocuğun iadesinde millî hukuk sistemlerinde öngörülen en hızlı usûl işletilecek ve mahkeme, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren altı hafta içerisinde kararını verecektir⁴²⁹. La Haye Sözleşmesinin 13/1 (b) maddesinde, çocuğun iadesi, çocuğu, fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacak veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşürecek kadar ciddi bir risk oluşturacak ise hâkimin, iade talebini reddedebileceği belirtilmiştir. Brüksel II-a Tüzüğünde ise bu risklerin mevcudiyeti görülse dahi, iade sonrasında çocuğun güvenliğinin garanti edileceğine ilişkin düzenlemelerin yapıldığı tespit edildiğinde, iadenin reddedilemeyeceği belirtilmiştir⁴³⁰. Bu düzenleme ile çocuğun mutad meskeni mahkemesine, çocuğun güvenliğini sağlayabilmek adına gerekli önlemleri alma zorunluluğu getirdiğinden, iadenin

⁴²⁵ Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 24; Directorate General For Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs Legal Affairs Illegal removal of children: Brussels II a and the Hague Convention Note, s. 4; Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 248.

⁴²⁶ Nehls, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 24; Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 260.

⁴²⁷ Tüzüğün 11/2 hükmünde öngörülen çocuğun yaşı ve olgunluk derecesi göz önüne alınmadan mutlaka dinlenilmesi gereği olmadığından, Tüzük'te üye ülkelerin hukuklarına da saygı gösterilmiştir: Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 257.

⁴²⁸ Hadimoğlu Özbek, s. 615.

⁴²⁹ Tüzükte öngörülen altı haftalık süre, doktirinde eleştirilmiştir. Çocuğun dinlenmesinin dahi sürecin altı haftada tamamlanması bakımından sıkıntıya sokacağı ifade edilmektedir: Hadimoğlu Özbek, s. 610-612, 616.

⁴³⁰ Doktrinde Tüzükle yapılan bu düzenlemenin La Haye Sözleşmesinin 36'ncı maddesi ile uyumlu olduğu kabul edilmektedir. Zira Sözleşmenin 36'ncı maddesinde "Sözleşme, iki veya daha fazla taraf Devletin, çocuğun, geri dönmemesinin sebep olabileceği kısıtlamaları önlemek üzere, sözleşmenin, bu gibi kısıtlamalar meydana getirebilecek maddelerinin yok hükmünde sayılması hususunda anlaşmalarına engel teşkil etmez." hükmü yer almaktadır: Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 259.

reddi nedenlerinin kötüye kullanılması riskinin oluşması da önlenmiş olmaktadır. Ancak bu da aile içi şiddet ve çocuğun istismarı gibi durumlarda istisnaya başvurmama sakıncasını beraberinde getirmektedir⁴³¹.

Tüzüğün 11/5'inci maddesinde, Sözleşmede olmayan bir hakka yer verilmiştir. Hükme göre, çocuğun iadesini talep eden kişi dinlenilmeksizin, iade talebi reddedilemeyecektir. Bu hüküm, çocuğun kaçırıldığı ülkede mutad meskeni bulunmayan ebeveynin, iade davasına katılmadan davanın sona ermesini önlemek amacıyla getirilmiştir. Ebeveyn bizzat mahkemede dinlenebileceği gibi, mahkemeye gelemediği hallerde, ülkeler arasında iş birliği sağlanarak hukukî yardımdan faydalanılacaktır⁴³².

3. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA LA HAYE SÖZLEŞMESİ UYARINCA ARABULUCULUK UYGULAMALARI

3.1. GENEL OLARAK

Sözleşmeye taraf devletlerde, uluslararası çocuk kaçırılmalardan doğan uyuşmazlıklarda Sözleşme ile uyumlu bir arabuluculuk sürecinin oluşturulmasını amaçlayan pilot uygulamalar ya da kanunî düzenlemeler yapılmasına yönelik çalışmalar bulunmaktadır. Çünkü uluslararası çocuk kaçırılmalarda uygulanacak olan arabuluculuk süreci, iç hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak arabuluculuk uygulamalarından farklılık göstermektedir. Öncelikle, Sözleşme, çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların kısa süre içerisinde çözüme kavuşturulmasını tavsiye etmişken ülkelerin, iç hukuklarında arabuluculuk uygulamalarında bu yönde bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Bunun yanında çocuk kaçırılmadan kaynaklanan uyuşmazlıklardaki masraflar, iç hukuka nazaran farklıdır. Zira uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, taraflar farklı ülkelerde bulunabileceği gibi, farklı milletlerden olmaları halinde, ana dillerini konuşma konusunda ısrar etmeleri, iç hukukta söz konusu olmayan çevirmen ihtiyacının ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Masraflara ilişkin sorunlar dışında, arabuluculuk sürecinin başarı ile sonuçlanması ile ortaya çıkan anlaşmanın diğer ülkelerde tanınması,

⁴³¹ Hadimoğlu Özbek, s. 612, 613.

⁴³² Çörtoğlu Koca, Özkan/ Süral/ Tütüncübaşı (Eds.), s. 260.

tenfiz edilebilmesi ya da icra edilmesinin garanti altına alınması amacıyla da, kaununî düzenlemelere ya da ikili anlaşmalara ihtiyaç duyulmaktadır⁴³³.

Düzenleme yapan ülkelerin konuya yaklaşımları farklıdır. Bu yaklaşımlardan ilki, arabuluculuk temelli yaklaşımdır. Bu yaklaşımda arabuluculuk süreci, Sözleşme kapsamında çocuğun iadesi amacıyla yapılan başvuru sürecinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşımı eleştirenler, arabuluculuğun her olay için uygun olmadığını ve temel ilkelerinden olan gönüllülük ilkesini ortadan kaldırdığını, bu nedenle de Sözleşme'den kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygun bir yaklaşım olmadığı ileri sürülmektedir⁴³⁴. Kanaatimizce, arabuluculuk temelli yaklaşım, arabuluculuğun temel ilkelerinden olan gönüllük ilkesini ortadan kaldırmadığı gibi her olayda arabuluculuğun uygulanması zorunluluğunu da getiremeyecektir. Zira, Sözleşme kapsamında gerçekleştirilecek arabuluculuk sürecinin, iade sürecini uzatmayacak olması kaydıyla uygulanması gerektiği hususu üzerinde durulmuştur⁴³⁵. Dolayısıyla arabuluculuğun çözüm sürecini, yani çocuğun iadesinin gerçekleştirilmesi süresini uzatacağı hallerde, bu uyuşmazlıklar için arabuluculuk süreci uygulanmayacaktır. Aksi yönde bir düşünce Sözleşmede öngörülen arabuluculuk yaklaşımına aykırı olacaktır. Ayrıca Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde, zorunlu arabuluculuk uygulamalarının gönüllülük ilkesini ortadan kaldırmayacağı hususu açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla arabuluculuğa yönlendirilen taraflar, arabuluculuğu sonlandırmayıp arabuluculuk sürecine devam ettiği müddetçe temel ilkelerden olan gönüllülüğün ihlal edilmeyeceği de açıktır⁴³⁶.

Sözleşme kapsamında gerçekleştirilen arabuluculuk uygulamalarına bakıldığında, genel olarak iki arabulucunun yer aldığı çok kültürlü bir arabuluculuk yöntemi tercih edildiği

⁴³³ Prel Doc. No:20, March 2007, Feasibility Study On Cross-Border Mediation In Family Matters, (E.T.: 29.12.2016), s. 16; Mediation Guide, s. 26, 27.

<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6181>

⁴³⁴ Vigers, s. 36.

Conclusions And Recommendations Of The Fifth Meeting Of The Special Commission To Review The Operation Of The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction And The Practical Implementation Of The Hague Convention Of 19 October 1996 On Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation In Respect Of Parental Responsibility And Measures For The Protection Of Children (30 October – 9 November 2006), Appendix, paragraph 1; Conclusions And Recommendations And Report Of Part I Of The Sixth Meeting Of The Special Commission On The Practical Operation Of The 1980 Hague Child Abduction Convention And The 1996 Hague Child Protection Convention (1-10 June 2011), s. 23.

⁴³⁶ Mediation Guide, s. 56.

görülmektedir⁴³⁷. Bu açıdan, arabuluculuk temelli yaklaşımın dışında, Sözleşmeye taraf olan ülkelerde yaygın olarak görülen diğer iki yaklaşımdan ilkinde arabuluculuk, çocuğun kaçırıldığı ülkede gerçekleştirilmekte ve arabulucular da bu ülkede eğitim almış arabulucular arasından seçilmektedir. Diğer yaklaşımda ise, uyuşmazlık çözümünde ebeveynlerin, vatandaşlığına sahip olduğu ülkelerde eğitim almış ya da bu ülkelerle bağlantılı, farklı cinsiyetten iki arabulucunun tercih edildiği görülmektedir⁴³⁸. Bu noktada, Sözleşme kapsamında farklı ülkelerde gerçekleştirilen arabuluculuk uygulamalarının kısaca incelenmesi yerinde olacaktır.

3.2. ALMANYA

Almanya'da çok kültürlü arabuluculuk uygulamalarına ilişkin ilk çalışmalar, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü açısından gerçekleştirilmiştir. Bu amaçla 1999 yılında Alman Federal Arabuluculuk Kurumu kurulmuştur. Almanya'nın uluslararası çocuk kaçırmalar açısından öncelikli hedefi, arabuluculuk konusunda bilgili, arabuluculuğu bir çözüm yolu olarak gören ebeveynler yetiştirmek olduğundan⁴³⁹ bu kurum, arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu hakkında ebeveynleri bilgilendirebilmek amacıyla çalışmalarda bulunmuştur⁴⁴⁰.

Arabuluculuk konusunda gönüllülük ilkesi ülkede en çok önemsenen hususlar arasında yer almıştır. Bu doğrultuda, Almanya'da, uluslararası çocuk kaçırmalar kapsamında gerçekleştirilen arabuluculuk uygulamalarında, tarafların arabuluculuğa gönüllü bir şekilde gitmemesi durumunda uyuşmazlığın, arabuluculuk yolu ile çözülmeye uygun olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bazı ülkelerin arabuluculuk uygulamalarında görülenin aksine Almanya'da, mahkemelerin tarafları arabuluculuğa yönlendirmesi durumu söz konusu olamayacaktır. Bu doğrultuda taraflar arabuluculuk yoluyla anlaşmaya zorlayamayacağı gibi ebeveynlerden her biri arabuluculuk sürecini diledikleri zaman sonlandırma konusunda da serbestlerdir⁴⁴¹.

Almanya, La Haye Sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilecek uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde kimlerin arabulucu olabileceğine ilişkin

⁴³⁷ Feasibility Study On Cross-Border Mediation In Family Matters, s. 17.

⁴³⁸ Vigers, s. 35.

⁴³⁹ Kucinski Melissa A., "Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases", *American Journal Of Family Law*, 2012, s. 82, (81-85).

⁴⁴⁰ Shulman, s. 258.

⁴⁴¹ Kucinski s. 82.

standartlar geliştirmiştir. Uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlığın çözümlünde iki arabulucu taraflara uyuşmazlığın çözümlünde yardımcı olacaktır. Süreçte görev alacak bu iki arabulucunun farklı cinsiyetlerde olması zorunludur. Ayrıca bu arabuluculardan birisinin hukukçu olması şartı aranırken, bir diğerinin psikoloji, sosyoloji gibi alanlardan uzman bir kişi olması gerekmektedir. İlaveten ebeveynlerin vatandaşlıklarının farklı olması durumunda, bu iki arabulucudan biri annenin vatandaşlığından diğerinin ise babanın vatandaşlığından olması şartı aranmaktadır. Arabulucunun, anne veya babanın vatandaşlığında olmaması durumunda ise, en azından vatandaşlığından olunmayan eşin dilini bilen bir arabulucunun süreçte yer alması beklenmektedir⁴⁴².

Almanya'da uluslararası çocuk kaçırmadan kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümlünde arabuluculuk yapabilmek için kişinin, öncelikle ulusal düzeyde tutulan arabulucu listesine kayıt yaptırması gerekmektedir. Bunun dışında arabulucunun sahip olması gereken bazı özellikler de söz konusudur. Öncelikle çocuk kaçırmadan doğan uyuşmazlıklarda arabulucu olarak yer alabilmek için kişinin, arabuluculuk eğitimi almış olması gerekmektedir⁴⁴³. Almanya'da uluslararası çocuk kaçırmalarda arabuluculuk eğitimi, en az 160 saatlik aile arabuluculuğu eğitiminin ardından gerçekleştirilen, çocuk kaçıрма ve koruma hakkına ilişkin ayrı bir eğitimle tamamlanmaktadır. Bu eğitimin içerisinde, Almanya'nın diğer ölkelerle yaptığı arabuluculuk projeleri hakkında 15 saatlik bir bilgilendirme de yer almaktadır⁴⁴⁴. Ayrıca arabulucuların, yargılama ve aile hukuku konularında da bilgili olmaları beklenmektedir. Anne veya babanın dilini akıcı bir şekilde kullanabilecek, bu kişilerle rahatlıkla iletişim sağlayabilecek bir dil bilgisine sahip olması ve taraflar ile taraf avukatlarını sürecin sona ermesi ve devam ettirilmesi için ikna edebilecek bir yeteneğe sahip olması gereği aranmaktadır. Almanya'da arabulucunun iletişim yeteneğinin üzerinde özellikle durulan konular arasında olmasının nedeni, farklı költürlere sahip ebeveynlerle iletişim kurmalarının gerekmesinin yanı sıra arabulucuların, sürece dahil olacak olan çocuk ve aile büyükleri ile de iletişim kurma ihtimalleridir⁴⁴⁵. Almanya'da ideal bir arabulucudan, diğer ölkelerin hukuku ve költürel duyarlılıklarına saygı duyması ve bilgi sahibi olması beklenmektedir. Dolayısıyla arabulucunun,

⁴⁴² Kucinski, s. 82; Zawid, s. 12; Martin, s. 406.

⁴⁴³ Kucinski, s. 82.

⁴⁴⁴ Kucinski (Using Technology), s. 301

⁴⁴⁵ Kucinski, s. 82.

uyuşmazlık konusu olayda taraflardan birinin kültürü ve hukuku hakkında bilgi sahibi olmaması durumunda, bu kültür ve hukuk hakkında bilgi edinerek o kültür ve hukuk sistemine aşina olması gerekmektedir⁴⁴⁶.

Almanya'da arabuluculuğun genellikle yüz yüze yapılması tercih edilmektedir. Çocuğu kaçırın ebeveyn ile diğer eşin farklı ülkelerde olması dolayısıyla arabuluculuktan kaynaklanacak masrafların azaltılması hedeflenmiştir. Bu amaçla, arabuluculuğun bir hafta sonunda ve çocuğun kaçırıldığı ülkede yapılması tavsiye edilir. Böylece seyahat masrafları azalacağı gibi çocuk ile çocuğundan uzak kalan diğer eşin birbirini görebilme şansı doğacaktır. Arabuluculuk sürecinde karara varılabilecek konuların kapsamı da geniştir. Örneğin, çocuğun iadesi konusunun yanı sıra çocuğun ikamet edeceği yerin belirlenmesi, çocuğun dedeleri gibi aile büyükleri ile iletişiminin nasıl olacağı ya da tatilleri kimin yanında geçireceği gibi hususlar da süreçte ele alınıp kararlaştırılabilecektir⁴⁴⁷.

3.3. FRANSA

Almanya ile Fransa arasında 1999 yılında üç Alman ve üç Fransız arabulucudan oluşan çok kültürlü arabuluculuk programı başlatılmıştır⁴⁴⁸. Bu program 2003 yılında profesyonel bir program haline getirilmiştir. Uluslararası çocuk kaçırmalar kapsamında arabuluculuğun uygulanışına ilişkin ilk deneysel girişim, Almanya ile Fransa arasında 2003 yılında uygulanmaya konulan proje ile başlamışsa da bu program, 1 Mart 2006 tarihinden sonra yeni olayların çözümünü gerçekleştirememiş ve sona ermiştir⁴⁴⁹.

Bu programda, Almanya ile Fransa arasındaki çocuk kaçırmaların arabuluculuk yolu ile çözümlenmesi hedeflenmiştir. Süreçte iki arabulucunun görev aldığı program, çocuğun katılımının mümkün olduğu hallerde arabuluculuk sürecine dahil edilerek dinlendiği ve bir veya iki haftada tamamlanması beklenen bir arabuluculuk modeli olarak öngörülmüştür. Arabuluculuktan kaynaklanan masraflar ise, taraflara bırakılmadan sürece dahil olan ülkeler tarafından ödenmiştir⁴⁵⁰. Projede süreç, gerekli olduğu durumlarda blok

⁴⁴⁶ Kucinski, (Using Technology), s. 302.

⁴⁴⁷ Kucinski, (Using Technology), s. 302.

⁴⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Carl/ Walker, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 85-87.

⁴⁴⁹ Kucinski, s. 82; Kucinski, (Using Technology), s. 302; Zawid, s. 12.

⁴⁵⁰ Zawid, s. 13.

arabuluculuk şeklinde işletilerek, bir hafta sonunda tamamlanması da mümkün olarak düzenlenmiştir⁴⁵¹.

Fransa, Sözleşmeye taraf olan ülkelerle arabuluculuk uygulamasının yanı sıra, Sözleşmeye taraf olamayan ülkelerle de uluslararası çocuk kaçırılarda arabuluculuk yolunu denemiştir. Ancak bu ülkelerle yapılan arabuluculuk uygulamalarında Almanya'dan farklı olarak artık, arabulucuların cinsiyeti ve uzmanlık alanlarıyla ilgilenmemiştir. Fransa'da, çocuk kaçırılarda arabuluculuğun başarı oranının %86 olduğunu belirtilmiştir⁴⁵².

3.4. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerika Birleşik Devletleri'nde federe devletlerin her birinin aile hukukuna ilişkin kendi kurallarının olması ve bu devletlerin her birinde arabulucu olmanın şartlarındaki farklılıklar dolayısıyla daha karmaşık bir durum söz konusudur. 2005 ile 2006 yılları arasında Amerika Birleşik Devletleri, uluslararası çocuk kaçırma davalarında belirli bir standart oluşturma çabaları içerisinde Almanya ile bir ortak çalışma grubu oluşturmuştur. Bu çalışma grubunda, iki ülkenin de dahil olduğu uyuşmazlıklar için, en iyi arabuluculuk uygulaması tasarısı yapılmıştır⁴⁵³.

Amerika Birleşik Devletleri'nde arabulucu olabilmek için ortak bir standart söz konusu olmadığından federe devletlerde arabulucuların yetiştirilebilmesi için farklı eğitim ve uygulamalar yapılmaktadır. Örneğin, arabulucular hukukçu, sosyolog, psikolog, muhasebeci, din adamı gibi farklı mesleklerden gelebilmektedir. Dolayısıyla bu durum arabulucunun, arabuluculuk faaliyetinde görev alabilmesi için belirli bir uzmanlık alanına sahip olması gerekip gerekmediği sorusunu gündeme getirmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde arabuluculuk için belirli bir uzmanlığa sahip olma şartı aranmamakla birlikte, belirli bir bilgiye sahip olma şartı aranmaktadır. Uluslararası çocuk kaçırılardan kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözümünde görev alacak arabulucudan, genel olarak aile hukukunda uzman bir hukukçu olması beklenmemekle birlikte, Sözleşme hakkında yeterli bilgi sahibi olması beklenmektedir.

⁴⁵¹ Zawid, s. 24. Oturumlar arasında zaman olması gerekliliğine ilişkin olarak: Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 46-47.

⁴⁵² Zawid, s. 13.

⁴⁵³ Kucinski, s. 83.

Almanya ile Amerika Birleşik Devletleri arasında gerçekleştirilen çalışmalarda, başarılı bir aile arabuluculuğunun, 12 ile 16 saat arasında gerçekleştirilebileceği ve bu sürenin günde 2 ila 4 saat süren oturumlar şeklinde tamamlanabileceği belirtilmiştir⁴⁵⁴. Bu ortak çalışmalarda, süreç içerisinde iki arabulucu görev yapmış ve arabuluculardan birinin hukukçu olması şartı aranmıştır. Ayrıca uyuşmazlığın çözümünde görev yapacak arabuluculardan birinin, Alman vatandaşı diğerinin ise, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olması ve arabulucuların farklı cinsiyetten olması gerekmektedir. Bu şartlara, tarafların kendi cinsiyetlerinden olan ve kendi ülkesinin hukukî yapısı, kültürüne ilişkin özel durumları bilen, bağımsız ve tarafsız üçüncü bir kimse ile birlikte süreç içerisinde daha rahat olacakları ve kendilerini diğer tarafla eşit konumda hissedecekleri gerekçesiyle yer verilmiştir⁴⁵⁵.

3.5. ARJANTİN

Amerika Birleşik Devletleri ile Latin Amerika ülkeleri arasında da uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesini sağlamak amacıyla protokoller imzalanmıştır⁴⁵⁶. Latin Amerika ülkeleri, Amerika için uluslararası çocuk kaçırmalar bakımından iş birliği yapılmaya ihtiyaç duyulan ülkeler arasında ilk sıradadır. Zira Amerika Birleşik Devletleri'nde gerçekleşen uluslararası çocuk kaçırmaların yarısından fazlasında çocuklar, Latin Amerika ülkelerine götürülmektedir⁴⁵⁷.

Arjantin, uluslararası çocuk kaçırmalarda arabuluculuk yöntemini mahkemenin yanında alternatif bir yol olarak kabul eden ülkelerden birisidir. Arabuluculuk, tarafsız bir yer olarak görülen Arjantin'in merkezî otoritesinde gerçekleştirilmektedir. Arabulucu, arabuluculuk yolunun süreci uzatmada bir taktik olarak kullanıldığına kanaat getirmediği, taraflar arasında anlaşma sağlanıncaya dek, arabuluculuk oturumlarını düzenlemeye devam edecektir. Arjantin merkezî otoritesi, çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların büyük bir bölümünün arabuluculuk yoluyla sonuçlandırıldığını, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılamayan uyuşmazlıklarda ise süreç sonunda taraflar arasındaki uyuşmazlığın dozunun azaldığını açıklamıştır⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ Zawid, s. 23.

⁴⁵⁵ Zawid, s. 38, 39.

⁴⁵⁶ Zawid, s. 3.

⁴⁵⁷ Zawid, s. 13.

⁴⁵⁸ Zawid, s. 14.

Ülkede, arabuluculuğun tanımı Sözleşme uygulamasından daha geniş bir şekilde kabul edilmektedir. Henüz tüm ülkelerin üzerinde anlaştığı bir arabuluculuk tanımı söz konusu olmadığından ülkeler, yapacakları tanımına göre tarafların karşılıklı anlaşarak uyuşmazlıklarını sonuçlandırabilecekleri tüm uyuşmazlık çözüm yöntemlerini arabuluculuk süreci içerisine dahil edebileceklerdir⁴⁵⁹. Arjantin’de de gerçekleştirilen arabuluculuk, geniş kapsamda kabul edilmiştir. Bu sebeple gerçekleştirilen arabuluculuk uygulamalarının bir kısmının müzakere olarak nitelendirilmesi de mümkündür⁴⁶⁰.

3.6. BREZİLYA

Bir başka önemli Latin Amerika ülkesi olan Brezilya’da merkezî otorite, çocuğun yerinin tespit edilmesinin ardından çocuğu kaçıran ebeveyne bir uzlaştırma yazısı göndermektedir. Merkezî otorite, bu tebligat ile ebeveyne, mahkeme prosedürünün başlamasından evvel arabuluculuk yöntemine de başvurabileceğinin bildirimini yapmaktadır. Brezilya’da arabuluculuk sürecinin yüz yüze yürütülmesi şartı söz konusu değildir. Dolayısıyla tarafların ulaşabilecekleri teknolojik imkânlarla bakılarak, telefon ya da internetin kullanılması suretiyle de, taraflar arasında iletişimin sağlanarak arabuluculuk sürecinin yürütülebilmesi mümkündür⁴⁶¹.

Merkezî otoritenin bu arabuluculuk denemesinin başarılı olmaması durumunda ikinci bir deneme ise, yargılamanın başında federal mahkeme hâkimi tarafından gerçekleştirilmektedir. Arabuluculuk süreci boyunca taraf avukatları süreçte yer alabileceklerdir. Avukatlar, süreç içerisinde taraflara birtakım önerilerde bulunabilecekler ve arabuluculuk sonucunda ortaya çıkacak olan anlaşmanın icra edilebilir olması için çalışacaklardır. Sözleşme, başvurudan itibaren altı haftalık süre içerisinde çocuğun iadesi sürecinin tamamlanmasını tavsiye etmişse de, Brezilya’da arabuluculuk sürecinin 3 ayda sonuçlandırılacağı kabul edilmiştir⁴⁶².

⁴⁵⁹ Vigers, s. 12.

⁴⁶⁰ Zawid, s. 13. Bu konuya La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu üyeliğini yapmış Sarah Vigers’da kitabında dikkat çekmiştir. Vigers, aile hukukuna ilişkin meselelerde arabuluculuğun, tarafların üçüncü kişinin yardımıyla anlaşmasına imkân sağlayan tüm uyuşmazlık çözüm yöntemleri için şemsiye bir tabir olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Diğer bir ifade ile uyuşmazlığın, tarafların yapacakları sulh anlaşması ile sona ermesini sağlayabilecek uyuşmazlık çözüm yolları arabuluculuk olarak nitelendirilebilecektir. Zira La Haye Sözleşmesinde de bir tanıma yer verilmeksizin arabuluculuk uygulamaları, ülke uygulamalarına ve deneyimlere bırakılmıştır: Vigers, s. 11, 12.

⁴⁶¹ Zawid, s. 14.

⁴⁶² Zawid, s. 14.

3.7. İNGİLTERE

İngiltere, Sözleşmenin uygulanmasında istekli olan ve taraf ülkeler arasında Sözleşmeyi titizlikle uygulayan ülkelerdendir. Taraf ülkeler arasındaki bu pozisyonunu kaybetmek istemeyen İngiltere, Reunite Pilot Projesini uygulamaya koymuştur⁴⁶³. Uluslararası çocuk kaçırmalar, kültürel farklılıkların yol açacağı yanlış anlaşılmanın olması, iki farklı dilin konuşulması, iki ülkenin hukuk sisteminin dahil olması ve duygu yoğunluğunun fazla olması sebepleriyle karmaşık uyuşmazlıklar⁴⁶⁴ olduğundan, arabuluculuğa uygun olmadıkları düşünülebilmektedir. İngiltere’de gerçekleştirilen Reunite Pilot Projesi, uluslararası çocuk kaçırmalarda ebeveynleri, ortak bir anlaşmaya uymak adına teşvik edecek nedenlerin olduğunu belirten ilk organizasyon olmuştur⁴⁶⁵. Zira çocuğu kaçıran taraf, çocuğu iade etmek istemezken, diğer eş de çocuğun iadesinden ziyade çocukla şahsî ilişki kurabilmesinin güvence altına alınmasını istemektedir. Daha da önemlisi arabuluculuk sürecinin uygulanması ile anne ve baba arasındaki uyuşmazlık ve çocuğun iki ülke arasında gidip gelmesi durumu bir an evvel sona ereceğinden kaçırmanın çocuk üzerinde yaratacağı olumsuz durumlar en aza inecektir⁴⁶⁶.

Reunite Pilot Proje uygulamasının en önemli özelliklerinden birisi, projenin La Haye Sözleşmesine uygunluğudur. Aksi bir durumda Reunite Pilot Projesinin çalışması mümkün olmayacaktı⁴⁶⁷. Bu amaçla, İngiltere’de gerçekleştirilen Reunite Pilot Projesi ile La Haye Sözleşmesi ile uyumlu, ulusal ve uluslararası açıdan güvenli ve kabul edilebilir nitelikte bir arabuluculuk modeli oluşturulması hedeflenmiştir⁴⁶⁸.

Bu uygulamada öncelikli olarak ebeveynlerin proje hakkında bilgi sahibi olması hedeflenmiştir⁴⁶⁹. Aksi bir ihtimalde projeden bir sonuç alınması ve projenin başarı ile

⁴⁶³ Reunite Pilot Scheme, s. 7.

⁴⁶⁴ Kucinski, Melissa A. “The Delicate Art of Mediating International Parental Child Abduction Cases” (Art of Mediation), *Dispute Resolution Magazine*, Winter 2014, s. 19, (18-22); Carl, Eberhard/ Walker, Jamie, “Mediation in Action”, Paul/ Kiesewetter (Eds), 2014, s. 75, 76, (75-93).

⁴⁶⁵ Program ayrıca; güvenlik, hız, uluslararası ulaşılabilirlik gibi konularla ilgilenerek uyuşmazlıkları sonuçlandırmayı amaçlamaktadır: Martin, s. 407.

⁴⁶⁶ Reunite Pilot Scheme, s. 3.

⁴⁶⁷ Reunite Pilot Scheme, s. 3.

⁴⁶⁸ Reunite Pilot Scheme, s. 6.

⁴⁶⁹ Reunite Pilot Scheme, s. 8.

tamamlanması mümkün olmayacaktır⁴⁷⁰. Zira, uygulamada genel yaklaşım koruma hakkına sahip eşin, çocuğu kaçıran eşle, çocuğu ile ilgili konularda dahi hiçbir şekilde iletişim kurmaması yönündedir. Bu yaklaşımın temelini, böyle bir müzakerenin, mahkeme tarafından kaçırılmaya rıza verildiği yönünde anlaşılacağı kabulü oluşturmaktadır. Bu nedenle Reunite Pilot Projesinde koruma hakkına sahip eşe, kaçırılan ebeveynle iletişimin Sözleşmede öngörülen şekilde çocuğun geri dönüşüne ilişkin olduğu ve yine Sözleşmede öngörülen prosedürle tamamen uyumlu bir arabuluculuk süreci olduğu hakkında bilgilendirmenin yapılması öngörülmüştür⁴⁷¹.

Proje kapsamında, uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk sürecinin işletilmesi ve öngörülen arabuluculuk modelinin uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için uygunluğunun denetlenmesi amacıyla, 20 uluslararası çocuk kaçırma vakasında arabuluculuk sürecinin uygulanması hedeflenmiştir. Bu kapsamda Reunite Pilot Projesinin uygulanabileceği olaylar, çocuğun İngiltere'den Sözleşmeye taraf bir başka ülkeye kaçırıldığı ya da Sözleşmeye taraf bir başka ülkeden İngiltere'ye kaçırıldığı olaylardır⁴⁷². Proje kapsamında 80 olay, arabuluculuk sürecinin başlatılması adına Reunite Projesine sevk edilmiştir. Ancak bu 80 olaydan 39'unda arabuluculuk süreci tarafların arabuluculuğu istememesi, çocuğun mutad meskeninin Sözleşmeye taraf ülkelerden birinde olmaması ya da Sözleşme prosedürüne başvurunun yapılmaması sebepleriyle başlatılamamıştır. 8 olayda da arabuluculuk için yapılan ilk görüşme sonrasında uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığı anlaşılmıştır. Örneğin, ebeveynlerin değil birbirleriyle iletişim kurmaya, aynı odada bulunmaya bile tahammüllerinin olmadığı anlaşılmıştır. Proje'nin başında 20 arabuluculuk uygulamasının gerçekleştirilmesi hedeflenirken, uluslararası çocuk kaçırılmadan kaynaklanan 28 uyuşmazlık arabuluculuk süreci ile başarı ile sonuçlandırılmıştır⁴⁷³.

Bu proje kapsamında oluşturulan arabuluculuk modelinde, arabuluculuk uygulamalarının ücretsiz yapılması planlanmıştır⁴⁷⁴. Süreç içerisinde ortaya çıkacak masraflar, merkezi Londra'da bulunan ve uluslararası çocuk kaçırılmalarla ilgilenen bir sivil toplum örgütü olan

⁴⁷⁰ İngiltere dışında bulunan ebeveynlere de ülkelerinde arabuluculuk süreci öncesinde, süreç hakkında bilgilendirme yapılması tavsiye edilmektedir. Vigers'a göre bu bilgilendirmenin internet ortamında yapılması kişilerin bu bilgiye ulaşmasını da kolaylaştıracaktır: Vigers, s. 25, 26.

⁴⁷¹ Reunite Pilot Scheme, s. 8.

⁴⁷² Reunite Pilot Scheme, s. 9.

⁴⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Reunite Pilot Scheme, s. 12 vd.

⁴⁷⁴ Reunite Pilot Scheme, s. 7.

Reunite'e, *The Nuffield Vakfı*⁴⁷⁵ tarafından verilen bağışlarla karşılanmıştır⁴⁷⁶. Ulaşım, kalacak yer, arabulucunun ücretleri veya idareye ödenecek ücretler gibi masrafların tamamı yapılan bağışlar üzerinden ödenmiştir⁴⁷⁷. Oluşturulan yeni modelde, arabuluculuk sürecine başlanabilmesi sadece Sözleşme kapsamında merkezî otoriteye başvurulup ilk duruşmanın yapılmasının ardından mümkün olmuştur. Yapılacak ilk duruşmada mahkeme, çocuğun yeniden başka bir ülkeye kaçırılmaması ya da çocuğun bir başka yere götürülerek saklanması önüne geçilebilmesi amacıyla gerekli tedbirleri almıştır. Arabuluculuk süreci, alınan bu tedbirlerin ardından başlatılmıştır⁴⁷⁸.

La Haye Sözleşmesi kapsamında, iadenin mahkeme yolu ile talep edilmesi durumunda, yapılacak yargılamanın acil durum olarak kabul edilip nihaî kararın, yargılamanın başlanmasından itibaren altı hafta içerisinde tamamlanması önerildiği gibi, arabuluculuk sürecinin Sözleşmede tavsiye edilen süre içerisinde ve gecikmeye yol açmayacak şekilde uygulanması gerektiği Reunite Pilot Projesinde de özellikle belirtilmiştir⁴⁷⁹.

Reunite Pilot Projesinde öngörülen modelde, uluslararası çocuk kaçırılmalarda uyuşmazlıkların karmaşık yapısı göz önünde bulundurularak, arabuluculuk süreci, iki arabulucu tarafından yürütülmüştür⁴⁸⁰. Amerika ile Almanya arasında gerçekleştirilen ortak çalışmada her iki arabulucunun da hukukçu olması şartı⁴⁸¹ aranıyor iken, Reunite Pilot Projesinde bu durumun tam aksine hukukçu olmayan arabulucular tercih edilmiştir⁴⁸². Projeye göre hukukçu olmayan arabulucuların, aile hukukuna ilişkin eğitimden geçmelerinin ardından, uyuşmazlık çözümünde hukukçulardan daha etkili oldukları belirtilmiştir⁴⁸³.

⁴⁷⁵ The Nuffield,1943 yılında kurulmuş olan bir yardım kuruluşu olarak toplumsal refahı yükseltmek amacıyla hizmet etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: <http://www.nuffieldfoundation.org/about-the-foundation>

⁴⁷⁶ Zawid, s. 14.

⁴⁷⁷ Reunite Pilot Scheme, s. 10; Zawid, s. 18.

⁴⁷⁸ Reunite Pilot Scheme, s. 7.

⁴⁷⁹ Reunite Pilot Scheme, s. 7.

⁴⁸⁰ Reunite Pilot Scheme, s. 9.

⁴⁸¹ Carl/ Walker, Paul/ Kiesewetter, s.87-89.

⁴⁸² Zawid, s. 36.

⁴⁸³ Reunite Pilot Scheme, s. 9.

Oluşturulan arabuluculuk modelinde, arabuluculuk sürecinin iki günde tamamlanması ve arabuluculuk oturumlarının her birinin en fazla üç saat sürmesi öngörülmüştür⁴⁸⁴. Ebeveynlerin, arabuluculuk sürecinin her aşamasında İngiltere'deki ya da farklı bir ülkedeki yasal temsilcilerine danışabilmeleri mümkün olduğu gibi yasal temsilci dışında istedikleri üçüncü bir kişiye danışmaları da mümkündür. Süreç sonunda tarafların anlaşmayı sağlayamaması ihtimalinde ise, Sözleşmede öngörülen şekilde, mahkeme yoluyla çocuğun iadesi süreci işletilebilmiştir. Ancak, mahkeme aşamasında arabuluculuk sürecinde söylenen, çocuğun geri dönüşüne ilişkin itirazlar hakkında hazırlanan hiçbir belge veya ifade dikkate alınmamıştır⁴⁸⁵. Arabuluculuk süreci sonunda anlaşmanın sağlanması ihtimalinde ise ortaya çıkan anlaşmanın icra edilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu ise ortaya çıkan anlaşma metninin her iki ülke mahkemelerinde de kabul edilmesi ile mümkün olmalıdır. Böylece ileride yapılacak olan ikinci bir yargılamanın önüne geçilebilmiştir⁴⁸⁶. Bu amaçla Reunite Pilot Projesinde tarafların anlaşması durumunda ortaya çıkan anlaşma metnini yasal temsilciler tarafından incelenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁸⁷.

Reunite Pilot Projesi 2006 yılında sona ermiştir⁴⁸⁸. Projenin yürütüldüğü tarihlerde telefon, internet gibi iletişim araçlarının kullanıldığı online uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanması yaygın olmadığından, Proje kapsamında, uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenebilmesi amacıyla yürütülen arabuluculuğun yüz yüze gerçekleştirilmesi öngörülmüştür⁴⁸⁹.

⁴⁸⁴ Reunite Pilot Projesi sonucunda; uygulamanın geri bildirimlerinin alınabilmesi amacıyla uyuşmazlıklarını arabuluculuk ile sonuçlandırmak adına Pilot uygulamaya dahil olan ebeveynlere sorular sorulmuştur. Katılan ebeveynlerden %70'i sorulan sorulara cevap vermiştir. Cevap veren ebeveynlerden %82'si 3 saatlik oturumların anlaşabilmek için yeterli olduğunu belirtmiştir: Reunite Pilot Scheme, s. 20. Arabulucular da oturum sürelerini yeterli olarak görmüştür. Hatta bir arabulucu kısa sürenin arabuluculuk süreci için bir disiplin oluşturduğunu belirtmiştir. Bir diğer arabulucu ise üç saatlik sürenin tarafları ve arabulucuları mental olarak yorduğunu bu sürenin iki saat olması gerektiğini belirtmiştir: Reunite Pilot Scheme, s. 44, 45.

⁴⁸⁵ Reunite Pilot Scheme, s. 10 vd.

⁴⁸⁶ Reunite Pilot Scheme, s. 9.

⁴⁸⁷ Zawid, s. 37; Vigers, s. 53, 54.

⁴⁸⁸ Kucinski (Using Technology), s. 303.

⁴⁸⁹ Martin, s. 407.

4. LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ARABULUCULUK YOLUNA GİDEBİLMENİN HUKUKÎ DAYANAKLARI

4.1. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİNİN LA HAYE SÖZLEŞMESİNDEKİ DAYANAKLARI

La Haya Sözleşmesinin öngördüğü sistemde, çocuk kaçırılmalardan kaynaklan uyuşmazlıkların tek çözüm yolu, mahkeme yoluyla çocuğun iadesi değıldir⁴⁹⁰. Sözleşmenin 7'nci ve 10'uncu maddeleri kapsamında mahkeme yoluyla iade dışında, çocuğun gönüllü iadesinin sağlanması ve dostane çözümün elde edilmesi amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulabileceğı belirtilmiştir (L.S. md. 7/2 (c), 10).

Sözleşmede, dostane uyuşmazlık çözümünü gerçekleştirmek ve diğere idarî yükümlülüklerin yerine getirilmesi için taraf devletlerden, merkezî otorite oluşturmaları istenmiştir (L.S. md. 6). Bu hükümler uyarınca merkezî otoritelere, iadenin gönüllü olabilmesi veya arabuluculuk gibi tarafların uzlaşması sonucu oluşacak bir anlaşma ile uyuşmazlıklarını sonuçlandırmasına yönelik tedbirler alma ödevi yüklenmiştir (L.S. md. 10). Oluşturulan merkezî otoriteler, çocuğı kaçırılan ebeveyne çocuğun iadesinde Sözleşmenin sağladığı imkânlardan yararlanmasına olanak sağlayacaktır (L.S. md. 7). İade prosedürünün başlatılabilmesi amacıyla, çocuğı kaçırılan ebeveynin başvuruda bulunduğu merkezî otorite ile çocuğun bulunduğu Sözleşmeye taraf ülke merkezî otoritesi iletişime geçecektir. Bu noktada, merkezî otoriteler mahkeme yoluyla iade prosedürünün yanında uyuşmazlığın mahkeme dışı yollarla yani alternatif uyuşmazlık çözüm yollarıyla sonuçlandırılmasını sağlamak için de iş birliğı yapacaklardır⁴⁹¹.

Sözleşmede her ne kadar uyuşmazlıkların gönüllü olarak çözümlendirilebilmesi yoluna yer verilmişse (L.S. md. 7/2 (c), 10)⁴⁹² de, 2001 yılına kadarki uygulamalarda, gönüllü olarak iade ya da dostane uyuşmazlık elde edilmesi kapsamında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru hususları üzerinde durulmamıştır. Ancak 2001 yılında gerçekleşen

⁴⁹⁰ Ataman Fıganmeşe, s. 80; Bozdağ (Red Nedenleri), 63 vd., Takcı, s. 1045.

⁴⁹¹ Shulman, s. 246; Sözleşmede merkezî otoritelerin görevleri 7'nci maddede belirtilmişken Sözleşmenin uygulama kanunu olan 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununda ise mekezî makamın görevleri 5'inci maddede yer almaktadır.

⁴⁹² Pérez-Vera, s. 454, 457.

Dördüncü İhtisas Komisyonu Toplantısının sonuç raporunda, taraf devletlerin Sözleşmenin 7'nci maddesinde öngörülen çocuğun gönüllü olarak iadesi usulüne de başvuruları gerektiği ilk kez belirtilmiştir. Raporda bu hususa, gönüllü iadenin çocuğun iadesinde önemli gecikmeye sebep olmayacak olması halinde uygulanacağı yönünde bir çekince eklenmiştir⁴⁹³.

Bu gelişmenin ardından, Sözleşmenin uygulanmasında mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuruların sayısı artmaya başlamış ve 2006 yılında gerçekleştirilen İhtisas Komisyonu Toplantısında da arabuluculuk, Sözleşmede öngörülen bir iade yöntemi olarak kabul edilmiştir⁴⁹⁴. Bu toplantılardan önce de, Sözleşmenin dostane çözüme verdiği önem, gönüllü iade hususunun Sözleşmede iki ayrı madde de düzenlemesinden anlaşılmalıydı. La Haye Sözleşmesinin 7/ 2 (c) maddesinde merkezî otoritelerin görevi belirtilirken “Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak” onun görevleri arasında belirtilmiştir. Bunun yanında, Sözleşmenin 10'uncu maddesinde de “Çocuğun bulunduğu devletin merkezî makamı, çocuğun isteyerek teslimi yolunda tüm önlemleri alır veya aldırır.” şeklinde ikinci bir hükme yer verilmiştir. Sözleşmede merkezî otoritelerin, çocuğun iadesini gönüllü ya da dostane yollarla çözümünü iki ayrı hükümle vurgulanması, Sözleşmenin mahkeme dışı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına verdiği önemi açıkça ortaya koymaktadır⁴⁹⁵.

Sözleşmenin hiçbir maddesinde, çocuk kaçırmalarda arabuluculuk yoluna başvurulacağına ilişkin bir düzenlemeye açıkça yer verilmemiştir⁴⁹⁶. Ancak bu durum uyuşmazlıklar açısından arabuluculuğa gidilemeyeceği sonucunu doğurmayacaktır. Zira üye ülkelerin çoğunluğu bakımından da, arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin bir endişe söz konusu değildir⁴⁹⁷. Bu nedenle Sözleşme kapsamında arabuluculuğun uygulanabilirliğinin yasal temelini gerçekleştirebilmek amacıyla üye ülkeler arasında bir protokol yapılmasına da

⁴⁹³ Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (22–28 March 2001), s. 6, https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4_e.pdf

⁴⁹⁴ Vigers, s.15; Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention of 1980.

⁴⁹⁵ Vigers, s. 13.

⁴⁹⁶ Sözleşmede 7'inci ve 10'uncu maddelerde çocuğun isteyerek iadesini, isteyerek teslimi veya dostane bir çözüm ifadelerine yer verilmiş; ancak arabuluculuk ifadesine yer verilmemiştir.

⁴⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm II, 3. Karşılaştırmalı Hukukta La Haye Sözleşmesi Uyarınca Arabuluculuk Uygulamaları.

ihtiyaç duyulmamıştır. La Haye Sözleşmesinin 7/ 2 (c) ve 10'uncu maddelerinin uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuğun uygulanabilmesinin hukukî dayanağı olduğu kabul edilmiştir⁴⁹⁸. Zira hükümlerde belirtilen, çocuğun gönüllü iadesinin sağlanabilmesi ya da uyuşmazlığın dostane bir şekilde tarafların her ikisinin de tatmin olacağı iade dışında bir yolla sonuçlandırılabilmesi, kuşkusuz arabuluculuk yoluyla gerçekleştirilebilecek bir çözümdür⁴⁹⁹.

4.2. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCULUĞUN UYGULANABİLİRLİĞİNİN TÜRK İÇ HUKUKUNDAKİ KANUNİ DAYANAKLARI

Türk hukukunda, 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanunda⁵⁰⁰ uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuğun uygulanabilirliğine ilişkin kanunî dayanaklar yer almaktadır. 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun merkezî otoritelerin görevini düzenleyen 5/ 1 (b) maddesinde “*Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaştırılmasını teminen gerekli bütün tedbirlerin alınmasını sağlar.*” şeklindeki düzenleme, merkezî otoriteye, uyuşmazlığın alternatif yolla çözümünün sağlanması amacıyla gerekli önlemleri alma görevi verildiğinin göstergesidir. Kanunun 5/ 1 (c) maddesinde de “*Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözümün bulunması mümkün değilse, çocuğun iade edilip edilmeyeceği veya şahsî ilişki hakkının kullanılması konusunda bir karar verilmek üzere yetkili mahkemeye dava açar.*” ifadesi ile alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarıya ulaşmadığı hallerde, çocuğun mahkeme yoluyla iadesi sürecinin başlatılacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde, 5717 sayılı kanunun 8'inci maddesinde yer alan “*Mahkeme, bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerde esasa girmeden önce, çocuğun iadesini uzmanlardan da yararlanarak sulh yoluyla teşvik eder.*” ifadesi 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanunun⁵⁰¹ 7'nci maddesi

⁴⁹⁸ Mediation Guide, s.12; Vigers, s. 15.

⁴⁹⁹ Vigers, s. 15.

⁵⁰⁰ Çalışmamızda bundan sonra kısaca 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanunu olarak bahsedilecektir.

⁵⁰¹ 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, RG: 9/1/2003, S. 24997, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4787.pdf>

hükmünde yer alan “*Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder.*” hükmüne benzetilerek, bu kanunlarda yer alan uzmanlardan da yardım alır ifadesindeki uzmanlar ifadesinden, sosyal çalışmacı, pedegog, psikolog gibi kişiler anlaşılması gerektiği savunulmuştur⁵⁰². Kanaatimizce bu kanunlarda yer alan “*uzmanlardan da yardım alınarak sulh yoluyla çözüme teşvik eder*” ifadeleri aynı zamanda arabuluculuk sürecinin uygulanması yolunu da açmaktadır. Arabuluculuk, temelinde sulh kurumu bulunan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan, sulh teşviki, arabuluculuğa teşviki de kapsayacaktır⁵⁰³. Sulh, tarafların karşılıklı fedakârlıkta bulunarak veya ödünler vererek aralarındaki uyuşmazlıkları sonuçlandırmaya çalıştıkları bir sözleşmedir (HMK md. 313/1). Arabuluculuk süreci sonucunda oluşturulacak anlaşmada da, taraflar birtakım fedakârlıklarda bulunur ve bazı konularda ödünler vererek bir sulh anlaşması oluştururlar⁵⁰⁴. Dolayısıyla esasında arabuluculuk süreci sonucunda yapılacak bu anlaşma, bir sulh anlaşmasıdır⁵⁰⁵. Bu kapsamda tarafların uzmanlardan da yardım almak suretiyle sulhe teşviki bir arabuluculuk uygulamasıdır. Bu yaklaşım, Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocuklar İle Yetişkinlerin Korunması Hakkında La Haye Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 tarihli İsviçre Federal Kanununun 3’üncü maddesinde de yer almaktadır. Maddeye göre, “*Federal merkezî makam, kantonlarla iş birliği içerisinde, danışmanlık yapabilecek, uzlaşma ve arabuluculuk faaliyetini yürütebilecek ve ivedilikle hareket edebilecek kapasitede uzmanlar ve kurumlardan oluşacak iletişim ağının kurulmasıyla ilgilenir.*”⁵⁰⁶. Dolayısıyla uzmanlardan yardım alınarak uyuşmazlığın çözümünde sulh yoluyla teşvikte hâkimin, arabuluculuk sürecini tercih edebilmesi de mümkündür. Süreçte arabulucular,

⁵⁰² Giray, s. 211.

⁵⁰³ Taşpolat Tuğsavul, s. 183 vd.; Tanrıver, s. 172.

⁵⁰⁴ Tanrıver, s. 172.; Ildır, s. 169; Yılmaz Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu 35/A)”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 846, (843-855); sulh tanımına ilişkin olarak: bkz: Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 484; Önen Ergun, “Medenî Yargılama Hukukunda Sulh”, Ankara, 1972, s. 19 vd.

⁵⁰⁵ Ildır’a göre alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tamamının sonunda bir sulh anlaşması yapıldığını söylemek doğru olmayacaktır. Sulh, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde karşılıklı fedakarlıkta bulunmasıdır. Ancak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında çözüme, her zaman tarafların karşılıklı fedakârlıkları ile ulaşamayabilir. Bir diğer ifade ile çözüm için sadece taraflardan birisi fedakârlıkta bulunmuş olabilir. Bu sebeple alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında tarafların karşılıklı olarak fedakârlıkta bulunduğu haller sulh sözleşmesi oluşturacaktır: Ildır, s. 169.

⁵⁰⁶ Vural, s. 120.

uyuşmazlığın çözümünde gerektiği durumlarda uzman kişilerden de yardım alabileceklerdir. Bu noktada İsviçre Federal Kanunun ivediliğe ilişkin çekincesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira Sözleşmede, uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların bir an evvel çözümlenmesi hedeflendiğinden uzman yardımı, sürecin gecikmesini sağlayacak bir sebep olmamalıdır (L.S. md. 11/2).

5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun Sulh Yoluyla Çözüm başlıklı 8'inci maddesi ile 5'inci maddelerinde yer alan düzenlemeler, La Haye Sözleşmesinin 7/ 2 (c) ve 10'uncu maddelerinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ve özellikle de arabuluculuğun uygulanmasını sağlayan hükümlere karşılık getirilmiştir⁵⁰⁷. Kanununun 5'inci maddesi gereğince, çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkeme yoluyla iade prosedürüne, alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda başarısız olunması üzerine gidilebilecektir. Böylece Türk hukukunda, mahkeme sürecinin başlamasından önce, arabuluculuk denemesinin yapılmasına olanak sağlanarak mahkeme yoluyla iade sürecinin başlatılması öncesinde ihtiyarî arabuluculuk öngörülmüştür. İlaveten, 8'inci madde yer alan, iade davası açılması akabinde, mahkemenin esasa girmeden önce, tarafları sulhe teşvik edeceği ve sulh sağlanamadığı takdirde iadeye ilişkin karar verileceği şeklindeki düzenleme ile ihtiyarî arabuluculuk benimsenmiştir denebilir. Bir diğer ifade ile mahkeme aşamasında da taraflar, esasa girilmeden önce uyuşmazlığın gönüllü olarak çözümünün sağlanabilmesi amacıyla arabuluculuk yoluna başvurabilecektir.

Kanununun 5'inci maddesinde, çocuğun kaçırın tarafın rızası ile iade edilebileceği ya da sulh yoluyla uyuşmazlığın çözümünün mümkün olabileceği belirtilmiştir. Maddede iade davası açılmadan önce, çocuğun gönüllü iade edilmesi veya uyuşmazlığın gönüllü olarak iade dışı yollarla çözülebilmesi hedeflenmiştir. 5717 sayılı kanunun 5/ 1 (a) bendi uyarınca merkezî otorite, Sözleşme kapsamında çocuğun iadesi veya şahsî ilişki kurulması hakkında başvurunun yapılmasının ardından, çocuğun yerinin tespit edip, menfaatinin korunması için gereken tüm önlemleri alacaktır. Bu aşamadan sonra merkezî otorite, çocuğun rıza ile iade edilebilmesi ya da tarafların anlaşması suretiyle yeni bir çözüme ulaşabilmek adına gereken tüm tedbirleri alacaktır. Zira bu görev, Sözleşme uyarınca da taraf devletlerin

⁵⁰⁷ Bozdağ, s. 125; Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/315), s. 8, 9.

ödevidir⁵⁰⁸. Bu noktada merkezî otoritenin görevi, uyuşmazlığın her iki tarafını tatmin edecek bir anlaşma oluşturulması ile gönüllü çözümü sağlamaya çalışmaktır. Hükümdeki ifadelerden, Türk merkezî otoritesinin bu noktadaki görevinin tarafları arabuluculuk sürecine hazırlamak olduğu anlaşılmaktadır. Zira Kanunun 5/ 1 (c) maddesinde çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi, taraflar arasında sulh yoluyla bir çözümün bulunması mümkün olmadığı takdirde, çocuğun iade edilip edilmeyeceği veya şahsî ilişki hakkının kullanılması konusunda bir karar verilmek üzere yetkili mahkemeye dava açılacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu hükümden, çocuğun gönüllü olarak iadesi ya da tarafları tatmin edecek farklı bir çözümün elde edilmesi için, dava aşaması öncesi tarafların arabuluculuk sürecine teşvik edilmesi gereği açık olarak anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle iade prosedürünün başında, çocuğun iadesinin sağlanması amacıyla merkezî otoriteye başvurunun yapılmasının ardından, henüz mahkeme prosedürü başlamasından evvel, taraflar uyuşmazlıklarını arabuluculuk yolu ile çözmek için teşvik edilecektir. Ancak bu yolda başarının sağlanamaması durumunda, mahkeme yoluyla iade yoluna başvurulabilecektir. Dolayısıyla Kanunun 5/ 1 (c) maddesinde uyuşmazlığın gönüllü çözümünün denemesi ve başarısız olunması, mahkeme yoluna gidilebilmenin ön şartı olarak düzenlenmiştir.

Hukukumuzda dava öncesi aşamada öngörülen, uyuşmazlığın gönüllü olarak çözümü, taraflar ve çocuk açısından faydalı olacaktır. Zira ebeveynler, iletişime geçerek uyuşmazlığı ve belki de uyuşmazlığın temelinde yatan problemleri çözerek ileriye dönük ilişkilerini de koruyabilmektedir⁵⁰⁹. Bu yöntemle, uyuşmazlığın süreç uzamadan bir an evvel çözülmesi sağlanarak ebeveyn ile çocuk arasındaki bağın kopmasının önüne geçilebilecektir. Ayrıca süreç uzadıkça çocuğu kaçıran ebeveyn, çocuğa, diğer ebeveynin onunla ilgilenmediği hakkında yanlış telkinlerde bulunabilmektedir. Bu sebeple arabuluculuk, çocuğun, uzun süre ebeveyninden ayrı kalarak ona karşı yabancılaşması ve ebeveyni ile arasında olan bağların kopmasını engelleyebilecektir⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Akıncı ve Demir Gökyayla'ya göre, Sözleşme uyarınca merkezî otoritelerin en önemli görevi çocuğun gönüllü iadesinin sağlanması ya da uyuşmazlığın taraflarca oluşturulan ortak bir anlaşmayla sonuçlandırılabilmesidir: Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 251. Ayrıca bkz: Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 10.

⁵⁰⁹ Almanya ile Fransa arasında yapılan pilot proje uygulamasında arabuluculuğun taraflar arasındaki iletişimi artırdığı ve ebeveynlerin gelecekteki iletişimlerine katkı sağladığı görülmüştür: Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 38.

⁵¹⁰ Alanen, s. 57.

Türk hukukunda dava öncesi aşamada, uyuşmazlığın gönüllü olarak çözülmesi amacıyla tarafların arabuluculuğa teşviki, taraflarda bir endişeye neden olmamalıdır. Arabuluculuk süreci, Sözleşme sürecinin bir parçası olarak görülmelidir. Uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle barışçıl şekilde çözümlenememesi durumunda mahkeme yolunun halâ açık olduğunun, ancak bu yolun seçilmesi durumunda çocuğun menfaatinde ziyade iade şartlarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin inceleneceği, kararın taraflarca değil hâkim tarafından alınacağı, arabuluculuğa göre daha uzun sürede sonuçlanacağı gibi olumsuz yönler taraflara anlatılmalıdır. Tarafların sürece ilişkin endişelerinin giderilmesi arabuluculukta başarılı olmanın yolunu da açabilecektir⁵¹¹.

Çocuğun iadesi amacıyla Türk merkezî otoritesine yapılan başvuru sonrasında, arabuluculuk sürecinde başarısız olunmasının ardından, artık çocuğun mahkeme yoluyla iadesi süreci başlatılacaktır.⁵¹² 5717 sayılı kanunun 8'inci maddesinde mahkemenin, esasa girmeden evvel çocuğun iadesini uzmanlardan da yardım alarak sulh yoluyla çözümünü için tarafları teşvik edeceği⁵¹³ belirtilmiş olduğundan mahkeme, çocuğun iadesi ve şahsî ilişki kurma hakkının kullanılması hakkında esas bakımdan değerlendirme yapmadan, çocuğun gönüllü iadesini sağlayabilmek amacıyla yeniden arabuluculuk yolunu deneyecektir. Bu durum HMK'nun ön inceleme duruşmasını düzenleyen 140'ıncı maddesinin 2'nci fıkrasında "*Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder*" ifadeleri ile düzenlenen tarafların ihtiyarî olarak arabuluculuğa gidebileceğini düzenleyen hükmü ile benzerlik göstermektedir⁵¹⁴. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 1'inci maddesi gereğince, aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklardaki dava ve işleri görme konusunda görevli mahkeme, aile mahkemeleridir (AMK md. 1/ 2)⁵¹⁵. 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun 6'ıncı maddesi gereği, uluslararası

⁵¹¹ Aynı yönde bkz: Vigers, s. 36, Mediation Guide, s. 57.

⁵¹² Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/315), 7. md gerekçesi, s. 9.

⁵¹³ Arabuluculuk sürecine mahkemenin teşvik etmesinin tarafların arabuluculuğa motivasyonu artırdığı yönünde bkz: Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 41.

⁵¹⁴ Ayrıntılı inceleme için bkz: Kuru, Baki, "Medenî Usûl Hukuku", 2016, s.287 vd.; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 324.

⁵¹⁵ Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu, RG: 24997,

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/01/20030118.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/01/20030118.htm>

çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, aile mahkemeleridir⁵¹⁶. Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununda da mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda esasa girmeden önce uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümü konusunda tarafları teşvik edeceği belirtilmiştir⁵¹⁷. Uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda çocuğun mahkeme yoluyla iadesi aşamasına gelindiğinde, hâkime, HMK ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun'da olduğu gibi, tarafları ihtiyarî arabuluculuk yoluna teşvik etme görevi verilmiştir. Kanaatimizce bu aşamada arabuluculuk zorunlu bir yol olarak öngörülmediğinden, dava aşamasında ikinci kez arabuluculuğa gidilmesinin faydalı olup olmayacağı hususu değerlendirilecek ve ikinci kez arabuluculuğa teşvikin ya da arabuluculuk sürecinin başlatılmasının faydasız olacağına inanılıyorsa yeniden arabuluculuk yolu tercih edilmeyecektir.

Kanunda belirtilmiş olan tarafları arabuluculuğa teşvikin esasa girilmeden evvel yapılmasının bazı avantajları söz konusudur. Şöyle ki davanın ileriki aşamalarında arabuluculuğa teşvik taraflar açısından etkili olmayabilir. Çünkü taraflar, davanın sonucuna ağırlık vererek arabuluculuktan ziyade davada verilecek kararı tercih edebilirler⁵¹⁸. Ancak mahkeme aşamasında, uyuşmazlığın esas bakımından incelemeye geçmesinden sonra da istemeleri halinde tarafların, davanın her aşamasında arabuluculuk yolunu tercih edebilmeleri mümkündür⁵¹⁹. Zira arabuluculuk bir sulh kurumudur ve sulh, hüküm kesinleşinceye dek uyuşmazlığın her aşamasında başvurulabilecek bir yoldur⁵²⁰.

Doktrinde, 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun 8'inci maddesinde yer alan "*Mahkeme, bu Kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerde esasa girmeden önce, çocuğun iadesini uzmanlardan da yararlanarak sulh yoluyla teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.*" ifadesinin, La Haye Sözleşmesinde öngörülen dostane yollarla uyuşmazlığın

⁵¹⁶ Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 262, 263; Yargıtay 20.HD verdiği bir kararında da ilk derece mahkemesi olan Aile Mahkemesinin, kanuna aykırı bir şekilde yeri değiştirilen ve alıkonulan, çocuğun suç mağduru olmasından dolayı tedbir talebi verme yetkisinin Çocuk Mahkemelerinde olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesini 5717 sayılı kanunun 6'ncı maddesi gereğince bozmuştur: Yargıtay 20.HD, E. 2016/4225, K. 2016/7001, T.: 15.6.2016, (www.kazanci.com).

⁵¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Giray, s. 211.

⁵¹⁸ Taşpolat Tuğsavul, s. 171.

⁵¹⁹ İldr, s. 80.

⁵²⁰ Taşpolat Tuğsavul, s. 172; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 251.

sonuçlandırılması yöntemlerine uygun düşmediği belirtilmiştir. Bozdağ'a göre, Sözleşme kapsamında çocuğun mutad meskenine iadesi dışında, her iki tarafı da tatmin edebilecek iade dışı çözüm yollarına ulaşabilmek mümkündür. Zira Sözleşmede kast edilen dostane yollar, sadece çocuğun gönüllü iadesini kapsamayıp, taraflar arasında iade dışında kararlaştırılabilecek diğer tüm çözümleri de içermektedir. Ancak La Haye Sözleşmesinin uygulanmasına yönelik usûl ve esasları düzenleyen 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun 8'inci maddesine göre ebeveynler, yalnızca kaçırılan tarafın çocuğu gönüllü iadeye teşviki açısından arabuluculuk yoluna gidebileceklerdir. Yani arabuluculukta sadece çocuğun Türkiye'den gönüllü iadesine yönelik karar verilebilecektir. Dolayısıyla hüküm, Sözleşme kapsamındaki tarafların anlaşması yoluyla uyuşmazlığın sonuçlandırılması yolları ile örtüşmemektedir⁵²¹.

Kanaatimizce 8'inci maddeye ilişkin olarak, Bozdağ'ın eleştirisi haklı görülmele birlikte, davanın açılmasının ardından yapılacak arabuluculuk denemesinde dahi ebeveynlerin, çocuğun Türkiye'den iadesi dışında bir karar alabilmesi halâ mümkün görülmektedir. Her ne kadar 8'inci madde arabuluculuğun sadece çocuğun gönüllü iadesini sağlamak amacıyla yapılabileceği şeklinde düzenlenmişse de, arabuluculuğun sonucunda iade dışında, tarafların anlaşabileceği çözümlerle çocuğun Türkiye'de kalmasının sağlanabilmesi de mümkündür. HMK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen tasarruf ilkesi gereğince, hak sahibi hakkını dava edip etmeme, yargılamanın içinde ya da dışında uzlaşma ya da arabuluculuğa gidip gitmeme, uyuşmazlığı devam ettirme ya da sona erdirmeye bakımlarından serbesttir⁵²². Dolayısıyla çocuğun iadesi amacıyla, ön inceleme duruşmasında arabuluculuk yolunun seçilmesi durumunda, ebeveyni temsil eden merkezî otoritenin davadan vazgeçebilmesi mümkündür. Bu anlamda her ne kadar Bozdağ'ın, davanın açılmasından sonra gidilecek arabuluculukta yalnızca çocuğun iadesine ilişkin bir karar alınabileceği yönünde eleştirisi haklı olsa da, çocuğu kaçırılan ebeveyni temsil eden merkezî otoritenin, davadaki iade talebini çekmesi tasarruf ilkesi gereği mümkündür. Davanın sona ermesi ile de ebeveynlerin arabuluculuk sürecinde çocuğun iade edilmeyip, Türkiye'de kalmasını sağlayabilecek diğer çözümler hakkında anlaşabilmeleri mümkündür.

⁵²¹ Bozdağ, s. 126.

⁵²² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 220 vd.; Tanrıver, Süha, "Medenî Usûl Hukuku Cilt-I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması" (Medenî Usûl), 2016, s. 350 vd., 999, 1000.

Bu noktada davacı tarafın önünde, davadan feragat edilmesi davanın geri alınması ve davayı takip eden vazgeçmek olarak üç seçenek bulunmaktadır. Davadan feragat, davacının açtığı davadaki talep sonucundan kısmen ya da tamamen vaz geçmesi olarak tanımlanmıştır (HMK md. 307). Feragat, hüküm kesinleşinceye dek yargılamanın her aşamasında yapılabilecektir (HMK md. 310). Davacının davadan feragati, yazılı veya sözlü, tek taraflı ve açık irade beyanı ile gerçekleşecektir. Feragatin gerçekleşebilmesi için karşı tarafın onayına ihtiyaç duyulmamaktadır⁵²³. Zira feragat, dava konusu olan haktan tamamen vaz geçmesi sayıldığından, davacının feragat ettiği talebi tekrardan dava etmesi mümkün olmayacaktır. Davacı tarafın ikinci seçeneği olan davanın geri alınması ise haktan feragat anlamı taşımayıp davacının, dava açma hakkını saklı tutarak davadan şimdilik vaz geçmesidir⁵²⁴. Bu sebeple, davacının davayı geri alabilmesi için davalının açık rızasına ihtiyaç vardır (HMK md. 123). Davanın geri alınması da yine hüküm kesinleşinceye kadar yapılabilecektir (HMK md. 123).

Çocuğun mahkeme yoluyla iadesi sürecinin başlamasının ardından, arabuluculuk yolunda çocuğun mutad meskeni ülkesine iadesi dışında farklı bir çözümle uyuşmazlığı sonuçlandırmak isteyen çift davadan feragat yolunu seçebilecektir. Bunun için koruma hakkı sahibi davacı, bulunduğu ülke merkezî otoritesine davadan feragat ettiğini belirtecek, bu merkezî otorite de Türkiye’de iade prosedüründe koruma hakkı sahibi davacı adına adli ve idarî işlemleri gerçekleştiren Türk merkezî otoritesine, koruma hakkı sahibinin feragat iradesini bildirecektir⁵²⁵. Bu talebi alan davacı Türk merkezî otoritesi, davadan feragat edecek ve davayı sona erdirecektir. Böylece dava aşamasında sadece gönüllü iadeye ilişkin bir anlaşma yapabilecek ebeveynler, davadan feragat ederek çocuğun Türkiye’de kalmasına ilişkin bir arabuluculuk süreci işletebilecek ve bu yönde bir karara varabileceklerdir.

Davanın geri alınması durumunda da aynı prosedürün işletilmesi gerekir. Ayrıca çocuğu kaçıran ve davalı konumunda olan ebeveynin de davanın geri alınmasına ilişkin açık rızasını mahkemeye bildirmesi gerekmektedir (HMK md. 123). Böylece dava hiç

⁵²³ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Tanrıver (Medenî Usûl), s. 999 vd., Kuru, s. 524 vd. Ayrıca bkz. Akyol Aslan, Leyla, “Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat”, 2011.

⁵²⁴ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 480; Kuru, s. 526; Tanrıver, s. 1009, 1010.

⁵²⁵ Zira La Haye Sözleşmesinin 7’nci maddesine göre Sözleşmenin amaçlarının gerçekleşmesi için merkezî otoriteler birbirleri ile ve ülke makamları ile iş birliği yapacaklardır. Ayrıca bkz: Akıncı/ Demir Gökayla, s. 248, 249; Altuntaş, s. 30, 54-57.

açılmamış sayılacaktır. Davanın açılmasının ardından çocuğun gönüllü iadesi dışında, ebeveynlerin istedikleri başka bir konuda karar verebilmeleri amacıyla tarafların başvurabilecekleri bir diğer yol ise davayı takipten vazgeçmektir. Dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurarak anlaşma sağlayan taraflar, usulüne uygun bir şekilde duruşmaya çağırıldıkları halde duruşmaya gitmeyerek dosyanın işlemde kaldırılmasını sağlayabilirler (HMK md. 150). Dosyanın işlemde kaldırılmasının ardından üç ay içinde yenilenmemesi durumunda mahkeme davanın açılmamış sayılmasına karar vererek dosyayı kapatacağıdır⁵²⁶. Açılan dava sona erdiğinden tarafların, çocuğun gönüllü olarak mutad meskenine iadesi dışında bir karara varmaları, mümkün olabilecektir.

4.3. İADE SÜRECİNDE TÜRK MERKEZİ OTORİTESİNİN ROLÜ

La Haye Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde taraf devletlere, yüklenen merkezî otorite tayin etme ödevi kapsamında, Türkiye Adalet Bakanlığı'nı merkezî otorite olarak görevlendirmiştir. Ancak Adalet Bakanlığı bu görevini mahalli Cumhuriyet Başsavcılıklarına bırakmıştır (UÇKK md. 4/ 1)⁵²⁷.

Türkiye'de iade davası açılabilmesi için çocuğun, Türkiye'ye haksız olarak getirilmiş ya da Türkiye'de alıkonulmuş olması gerekmektedir⁵²⁸. Çocuğun Türkiye'ye kaçırılmasının ardından yabancı devlet merkezî otoritesi, Türk merkezî otoritesinden iade talebinde bulunacaktır. Talep başvurusu ve belgelerinin Sözleşmeye uygun olduğunun Adalet Bakanlığınca tespitinin ardından belgeler, merkezî otorite olarak görev yapmakta olan çocuğun bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılıklarına⁵²⁹ gönderilecektir. Çocuğun yerinin tam anlamıyla mahallî emniyet birimlerince tespitinin ardından Cumhuriyet Başsavcısı, çocuğun rızayla tesliminin sağlanabilmesi ya da uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile çözümünü amacıyla girişimlerde bulunacaktır⁵³⁰. Akıncı/ Demir Gökyayla ve Giray'a göre bu girişim, Adalet Bakanlığınca yayımlanan 65/1 sayılı genelgede belirtildiği

⁵²⁶ Taşpolat Tuğsavul, s.193, 194.

⁵²⁷ Adalet Bakanlığı adına Sözleşmenin uygulanmasından Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü görevlidir: bkz: 2992 sayılı "Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun", R.G: 07.04.1984, S. 18365. Adalet bakanlığı, Türkiye Cumhuriyeti açısından Sözleşmenin uygulanmasında "merkezî makam" görevini ise, mahallî Cumhuriyet başsavcılıkları aracılığı ile yerine getirmektedir: Adalet Bakanlığı 65/1 sayılı Genelgesi II. Bölüm I. Kısım 1 numaralı paragraf.

⁵²⁸ Giray, s. 211.

⁵²⁹ Zira Adalet bakanlığı adına görevli makam, mahallî Cumhuriyet başsavcılıklarıdır.

⁵³⁰ Sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 248 vd.; Altuntaş, s. 56-60, 79 vd.; Giray, s. 210 vd.

gibi, Sözleşmede yer alan zorlayıcı tedbirlerin, çocuğu kaçıran tarafa hatırlatılması yoluyla olacaktır⁵³¹. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, iade davası açılmadan önce uyuşmazlığın gönüllü çözümünün sağlanabilmesi için savcının dava açılmadan önce tarafları arabuluculuğa teşvik etmesi gerekmektedir. Bu teşvikin başarılı olabilmesi amacıyla taraflara, davanın açılması durumunda Sözleşmenin öngördüğü zorlayıcı tedbirleri hatırlatmak yerine, arabuluculuk sürecinin taraflar ve çocuk açısından yaratacağı faydalar konusunda bir bilgilendirme yapılması daha doğru olacaktır. Bozdağ'a göre, uygulamada yapıldığı üzere Cumhuriyet savcısının, uyuşmazlığı alternatif yollarla çözme ya da gönüllü iadeyi gerçekleştirebilme girişimini, sadece kaçıran ebeveyni başsavcılığa davet ederek görüş ve düşüncelerini açıklamak suretiyle gerçekleştirmesi yetersizdir. Savcı, ilgili tarafa baskı uygulamaksızın onu arabuluculuğa ikna etmelidir⁵³². Sözleşme uyarınca merkezî otoritelere verilen en önemli rollerden birisi, uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kullanılarak ya da gönüllü iadenin sağlanması yoluyla çözümü konusunda tarafları teşvik etmektir (L.S. md. 7/1(c), 10)⁵³³. Dolayısıyla bu noktada savcı, tarafları arabuluculuğun olumlu yanları hakkında bilgilendirmeli ve şayet arabuluculuk taraflara bazı yükümlülükler yükleyecekse, bu hususları taraflara aktarmalıdır. Uyuşmazlığın arabuluculukla çözüme kavuşmasının sonuçları örneğin, kararı tarafların birlikte oluşturmasının faydaları⁵³⁴, arabuluculuk sürecinin çocuk açısından faydalarının neler olacağı⁵³⁵ ve iade davasına gidilmesi halinde oluşabilecek olumsuz sonuçlar gibi konular hakkında kısa bir bilgilendirme yapmalıdır. Savcının, yalnızca uyuşmazlıkla ilgili görüşünü açıklaması ya da iade prosedüründe oluşacak zorlayıcı tedbirleri hatırlatması, arabuluculuğa teşvik ödevini yerine getirmesi bakımından yetersizdir. Dolayısıyla savcının, gönüllü çözüm hakkında genel bilgilendirme yapması, tarafı, ebeveynlerin her

⁵³¹ Adalet Bakanlığı 65/1 sayılı Genelgesi II. Bölüm I. Kısım 13 numaralı paragraf; Giray, s. 211; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 258, 260.

⁵³² Bozdağ (Red Nedenleri), s. 63.; Giray, s. 211.

⁵³³ Ayrıca 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun merkez otoritenin rolünü düzenleyen 5'inci maddesinde de açıkça gönüllü çözüme teşvik ödevi verilmiştir. Bu yönde bkz: Bozdağ (Red Nedenleri), s. 96, 97; Aytac, s. 39.

⁵³⁴ Arabuluculuğun faydalı sonuçlarına bakılacak olursa, çocuğun zarar görmesini en aza indirerek, uzun süreli memnuniyet verici bir çözümün oluşması şansını artırmakta, taraflar arasında kişisel ilişkiler kurulmasını sağlayarak düşmanlık duygularını bertaraf edebilmekte ve çocuğun daha az travmaya maruz kalmasını sağlamaktadır. Ayrıca, ana ve baba arasında anlaşmanın sağlanması çocuğun iadesine ilişkin gerginliği azaltmakta, yargılama süresi kısaltmakta ve masrafları azaltmaktadır: Aytac, s. 40.

⁵³⁵ Örneğin, süreç içerisinde anne ve babanın çocuğun menfaatini düşünerek bir karara varması ya da birden çok kez yer değişikliğinin önüne geçilmesi gibi hususlar tarafa anlatılabilir.

ikisini de tatmin edecek bir anlaşma ile uyuşmazlığı sona erdirme düşüncesine yönlendirmede daha faydalı olacaktır.

Savcının, gönüllü iadenin sağlanabilmesi ya da alternatif uyuşmazlık yolları ile uyuşmazlığın çözümüne ilişkin girişimleri, sadece çocuğu kaçıran tarafa yönelik olmayıp, ayrıca diğer eş için de olmalıdır. Zira uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun işletilebilmesi, kişilerin bilgilendirilmesi üzerine verecekleri onaya bağlanmıştır⁵³⁶. Bu kapsamda, Türk merkezî otoritesi ile eşin bulunduğu yer merkezî otoritelerinin iş birliğini sağlayarak bu bilgilendirmeleri diğer eşe yönelik olarak da yapmaları gerekmektedir⁵³⁷. Oysa uygulamada yapılmakta olan, çocuğu Türkiye'ye getiren ebeveyne, uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözümünü isteyip istemediğinin sorulmasının ardından, cevabın diğer eşin başvurduğu merkezî otoriteye bildirilmesidir⁵³⁸. Dolayısıyla ülkemizdeki uygulama, uluslararası çocuk kaçırmalarda arabuluculuk yolunun dava öncesinde tercih edilebilmesini güçlendirmektedir. Ancak Türkiye'nin Sözleşme ile uyumlu bir arabuluculuk kanunu olmaması dolayısıyla dava öncesi arabuluculuk süreci işletilmemekte, merkezî otorite de üzerine düşen görevleri yerine getirmemektedir. Bu nedenle, mevzuatta merkezî otoritenin rolünü, arabuluculuk sürecinde doğrudan açıklayan hükümlere yer verilmesi gerekmektedir⁵³⁹.

Tarafların arabuluculuk sonucunda ortak bir çözüme ulaşamamaları halinde, artık aile mahkemesinden, çocuğun iadesine karar verilmesi istenebilecektir (UÇKK md. 5/1(c), 6). Çocuğu kaçıran ebeveyn, çocuğun mutad meskeni ülkesi merkezî otoritesine veya başka bir taraf ülke merkezî otoritesine çocuğun mutad meskenine iadesi amacıyla başvurabilecektir (L.S. md. 8)⁵⁴⁰. Çocuğun kaçırdığı ülke Türkiye ise, bu başvurunun ardından, merkezî otorite, Türk merkezî otoritesine iade talebini ulaştıracaktır. Türk merkezî otoritesi artık koruma hakkına sahip ebeveyn adına tüm adlî ve idarî işlemleri

⁵³⁶ Mediation Guide, s. 57.

⁵³⁷ Zira La Haye Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinde “*Merkezi makamların, aralarında iş birliği yapmaları ve çocukların acilen geri dönmesini sağlamak ve işbu sözleşmenin diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere Devletlerinin yetkili makamları arasında iş birliğini teşvik etmeleri gerekmektedir.*” ifadesi ile merkezî makamlara, uyuşmazlığın gönüllü olarak çözümlenmesi aşamasında, iş birliği içerisinde olma ödevi verilmiştir bkz: Mediation Guide, s. 57.

⁵³⁸ Bozdağ, s. 125; Takcı, s. 1045.

⁵³⁹ Aynı görüşte olan Bozdağ'a göre, 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununda, Cumhuriyet savcılarında bir teşvik ödevi verilmesine rağmen bu teşvikin nasıl yapılacağı, ne zaman başlatılacağı, nasıl devam edip, ilkelerinin neler olacağı düzenlenmesinin yapılmaması bir eksiklik: Bozdağ, s. 125-126.

⁵⁴⁰ Altuntaş, s. 80; Akıncı/ Demir Gökyayla, s. 249-250.

yapabilecek, iade davasında davacı konumda yer alacaktır (UÇKK md. 4/2) ⁵⁴¹. Bu davada, davalı konumunda ise, çocuğu kaçıran ebeveyn yer alacaktır. Sözleşmenin 28'inci maddesinde farklı ülke uygulamaları dikkate alınarak merkezî otoritelerin kendilerine başvuran kişilerden kendi adına talep etme veya adına talep etmekle yetkilendiren bir temsilci tayin etme yetkisi veren yazılı belge isteyebileceği belirtilmiştir⁵⁴². Türkiye'de bu hükmün karşılığı olarak 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun 4'üncü maddesinde, “*Merkezî Makam, başvuruda bulunan adına çocuğun iadesi veya şahsî ilişki kurulmasını sağlamak amacıyla idarî ve adlî işlemleri yapmaya yetkilidir.*”⁵⁴³ ifadesine yer verilmiştir. İşte bu noktada merkezî otoritenin davada hangi yetkiyle yer alabildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁴⁴.

Davanın tarafları, kendi adına hukukî koruma talep eden ve kendisine karşı hukukî koruma talep edilen kimselerdir. Bir somut olayda, davanın taraflarının kimler olduğu, bu kişilerin dava ve taraf ehliyetine sahip olup olmadığı ve dava takip yetkisine sahip olup olmadığı hususları önem taşımaktadır⁵⁴⁵.

Dava dilekçesinde davacı ve davalı konumda yer alan kişiler, davanın taraflarıdır ve bu kişiler taraf ve dava ehliyetine sahip olduğu gibi kural olarak davayı yürüterek talep

⁵⁴¹ Yargıtay 2.HD vermiş olduğu bir kararında, çocuğun iadesi isteğine ilişkin olan ve Türkiye'de açılan davada, dava Sözleşmeye göre belirlenen "merkezi makam" adına mahalli Cumhuriyet Savcısı tarafından davaname ile açılmıştır. Sözleşme ile merkezi makamlara yüklenen yükümlülükler ve Sözleşme'nin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenleyen 5717 Sayılı Kanun hükümleri gözetildiğinde davanamenin taraflara tebliği ve davanın merkezi makam adına mahalli Cumhuriyet Savcısının katılımı ve huzuru ile görülmesi zorunlu olduğunun belirtilmesinden sonra Cumhuriyet Savcısının katılımı olmadan davanın görülmüş olması sebebiyle bozma kararı vermiştir. Yargıtay, 2.HD, E. 2015/21585, K. 2015/24334, T.: 16.12.2015, (www.kazanci.com). Cumhuriyet Savcısının duruşmada bulunması gerekliliğine ilişkin olarak verdiği bir diğer karar için bkz: Yargıtay HGK, 29.5.2015, E. 2014/2-2489, K. 2015/1475, (www.kazanci.com).

⁵⁴² Altuntaş, s. 55. Belgenin Türkçe, İngilizce ve Fransızca örnekleri için bkz: Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü 65/2 Sayılı Genelge, Ek 3.

⁵⁴³ Bkz. Bozdağ (Red Nedenleri), s. 60-63.

⁵⁴⁴ HMK'nın 70'inci maddesine göre, Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça öngörülen hâllerde, hukuk davası açar veya açılmış olan hukuk davasında taraf olarak yer alır. 5717 sayılı kanunun 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, Cumhuriyet savcısı, başvuruda bulunan adına çocuğun iadesi veya çocukla başvuran arasında şahsî ilişki kurulmasını sağlamak amacıyla idarî ve adlî işlemleri yapmaya yetkilidir. Ayrıca Kanunun madde 5/3 hükmüne göre, Cumhuriyet savcısı, çocuğun kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasındaki uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümünün mümkün olmaması durumunda, çocuğun iadesinin sağlanması veya şahsî ilişki hakkının kullanılması konusunda bir karar verilmek üzere yetkili mahkemede dava açacaktır. HMK ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanunu hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Cumhuriyet savcısına dava açma görevi verildiğinden, bu davada Cumhuriyet savcısı davacı sıfatı ile davada taraf olarak yer alacaktır.

⁵⁴⁵ Pekcantez/ Atalay/ Özekes, s. 180; Kuru, s. 93. Kişinin davada taraf olarak yer alabilmesi için taraf ehliyetine yani medenî hukuktaki hak ehliyetine sahip olması gerekmektedir (HMK md. 50). Kişinin tarafı olduğu davayı yürütebilme ve usûl işlemlerini yapabilmesi için de dava ehliyeti yani medenî hukuktaki fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir (HMK md. 51).

sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisine de sahiplerdir⁵⁴⁶. Davanın taraflarının, dava ehliyetine sahip olmadığı hallerde, kanunî temsil kurumu devreye girecektir (HMK md. 52). Kural olarak davanın taraflarında olan davayı yürüterek talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi, bazı hallerde kanunla, dava konusu hakkın sahibi veya hukukî ilişkinin taraflarından başka üçüncü bir kişiye bırakılabilmektedir. Dava takip yetkisine sahip olan kişi, aynı zamanda yargılamayı yürütecek kişi konumundadır⁵⁴⁷.

Davayı takip yetkisinin, kanunla hak sahibi ya da hukukî ilişkinin taraflarından başkasına bırakılması durumunda bu üçüncü kişi, davanın tarafı konumunda yer almaktadır⁵⁴⁸ ve ortaya çıkan kesin hüküm sadece kendisini değil, aynı zamanda davadaki hak sahibini de bağlayacaktır⁵⁴⁹. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı, çocuğun iadesi amacıyla aile mahkemesinde açılan davada, dava takip yetkisini haiz kişi konumundadır⁵⁵⁰. Zira Cumhuriyet başsavcısının davadaki konumunun iradî temsil ve kanunî temsil olarak vasıflandırılması mümkün değildir. Şöyle ki Türk hukukunda iradî temsil yoluyla kişilerin mahkeme önünde temsili, yalnızca avukatlara tahsis edilmiştir⁵⁵¹. Kanunî temsil yetkisi ise, dava ehliyetine sahip olmayan kişilerin, davada temsil edilmesi amacıyla getirilmiş bir kurumdur⁵⁵².

⁵⁴⁶ Tanrıver (Medenî Usûl), s. 509.

⁵⁴⁷ Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 185.

⁵⁴⁸ Tanrıver, (Medenî Usûl), s. 508-509; Pekcanitez H./ Taşkorkmaz H., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku”, 2017, s. 600. Aksi yönde görüş için bkz. Arslan/ Yılmaz/ Ayvaz, s. 258.

⁵⁴⁹ Bu noktada Tanrıver ikili bir ayırım yapmaktadır. Davayı takip yetkisi münhasıran üçüncü bir kişiye bırakılmamışsa yani asıl hak sahipleri de davayı takip yetkisine sahiplerse üçüncü kişinin yürüttüğü davadaki kesin hüküm, hak sahiplerini sadece lehlerine olacak konuda bağlar. Ancak kanun tarafından verilen dava takip yetkisinde olduğu gibi münhasıran verilmiş bir dava takip yetkisi varsa, üçüncü kişinin kendi adına yürüttüğü dava sonucunda ortaya çıkacak kesin hüküm, lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın hak sahibini bağlayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Tanrıver (Medenî Usûl), s. 508 vd.

⁵⁵⁰ Cumhuriyet savcısı, Sözleşme kapsamında çocuğun, mahkeme yoluyla iadesi prosedüründe, 5717 sayılı kanunda verilen yetki ile davada taraf olarak yer alarak, koruma hakkına sahip ebeveyn adına talep sonucu hakkında hüküm almaktadır. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı, kendisine Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen özel kanun tarafından verilen dava takip yetkisini kullanmaktadır. HMK'nın 70'inci maddesinde de açıkça belirtildiği gibi savcı, kanunda belirtilen hallerde açacağı hukuk davalarında taraf olarak yer alacaktır. Dolayısıyla savcı, 5717 sayılı kanunun 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince açacağı davada, davanın tarafı ve davacıdır. Kanunla münhasıran kendine bırakılan dava takip yetkisini kullanan savcının dava sonucunda alacağı hüküm, koruma hakkı sahip ebeveynin lehine veya aleyhine olmasına bakılmaksızın, yani çocuğun iadesine yönelik olup olmadığına bakılmaksızın ebeveyni bağlayacaktır.

⁵⁵¹ Bu yetkinin ihlâli halinde 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 63'üncü maddesinde ihlâl eden kişilere yönelik ceza öngörülmüştür.

⁵⁵² Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s.196, 197; Tanrıver (Medenî Usul), s. 517 vd.

4.4. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDAN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARIN ARABULUCULUK YOLUYLA ÇÖZÜMÜNDE TÜRK HUKUKUNDA MEVZUAT SORUNU

La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu tarafından Sözleşmeye taraf olan ülkelerin profillerinin oluşturulabilmesi amacıyla taraf devletlere sorular yöneltilmiştir. Türkiye 2011 yılında Sözleşmenin tarafı olarak sorulan soruların cevabını içeren belgeyi, Daimî Büro'ya sunmuştur. Türkiye'nin sunmuş olduğu bu belgede yer alan, Arabuluculuk ve Diğer Alternatif Uyuşmazlıklar⁵⁵³ başlıklı kısımdan açıkça anlaşılabilceği üzere ülkemiz, uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların, arabuluculuk veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile çözümüne ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır⁵⁵⁴. Buna bağlı olarak Türkiye, Daimî Büro'nun arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin olarak sorduğu soruların tamamını cevapsız bırakmıştır⁵⁵⁵.

Türk hukukunda özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk, HUAK⁵⁵⁶ ile düzenlenmiştir. Bu Kanunun uygulama alanını gösteren 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, Kanunun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı belirtilmiştir. Uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların yabancılık unsuru içeren ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar olduğu hakkında herhangi bir tereddüt söz konusu değildir. Dolayısıyla bu uyuşmazlıklar için HUAK'ın uygulanabileceğine ilişkin bir şüphe de yoktur⁵⁵⁷.

Uluslararası çocuk kaçırmalar teknolojinin de gelişmesi ile birlikte uluslararası alanda dikkat çeken ve üzerinde hassasiyetle durulan konulardan birisi haline gelmiştir. Bu amaçla La Haye Sözleşmesi ve Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olarak düzenlenen belgelerde, çocuk kaçırmalarda arabuluculuğun uygulanmasına ilişkin, ayrıksı birtakım düzenlemelere

⁵⁵³ Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Country Profile drawn up by the Permanent Bureau, Country Name: Republic of Turkey (Turkey 2011), Part V: Mediation And Other Forms Of Alternative Dispute Resolution, s. 44 vd., (E.T.: 11.02.2017), https://assets.hcch.net/upload/abduct2011cp_tr.pdf

⁵⁵⁴ Turkey 2011, s. 44, 19.1- a) ve b).

⁵⁵⁵ Turkey 2011, s. 44 vd.

⁵⁵⁶ RG. 07/06/2012, S.28331, https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf

⁵⁵⁷ Aynı yönde bkz: Bozdağ, s. 127 vd.

yer verilmiştir. Dolayısıyla uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk yönteminin HUAK'a bağlı olarak yürütülmesi uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların niteliğine bakıldığında her zaman yeterli olmayabilmektedir. Örneğin, uluslararası çocuk kaçırılmalardan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk sürecinde masraflarının karşılanması HUAK tek başına yeterli olmayabilecektir.

Uluslararası çocuk kaçırma uyuşmazlıklarının niteliği bakımından HUAK'ın yeterli olmayacağı bir başka düzenleme, arabuluculuk siciline kayıt şartlarını düzenleyen 20/2(c) hükmüdür. Hükümde uyuşmazlıkların çözümünde arabulucu olarak yer alacak kişinin, hukuk fakültesi mezunu olması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu şartı taşımayan bir kişi arabuluculuk siciline kayıt olamayacak ve arabuluculuk yapamayacaktır. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda genel kabul gören yaklaşım, arabuluculuk sürecinin tek arabulucu ile değil iki arabulucu ile yürütülmesi yönündedir. HUAK'ın 14'üncü maddesindeki "*Arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.*" ifadesinden sürecin birden fazla arabulucu tarafından yürütülebileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu uyuşmazlıklar, farklı kültür, cinsiyet, dil ve hukuk sistemlerinden gelen kişilerin oluşturduğu, taraflar arasında coğrafik olarak da uzaklıkların söz konusu olduğu uyuşmazlıklardır⁵⁵⁸. Dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümünde salt hukuk bilgisi yeterli olmayabilir. Psikolojik ve sosyolojik açıdan uzman olan kişilerin de uyuşmazlıkların çözümünde yer alması gerekebilir. Bu sebeplerle, arabulucuların uzmanlık alanı hususu HUAK'ın uluslararası çocuk kaçırılmalardan doğan uyuşmazlıkların niteliğine uygun düşmediği noktalardandır. Bu sebeple Türk hukukunda vakıaların niteliklerine uygun düşecek düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır⁵⁵⁹.

⁵⁵⁸ Vigers, s. 36; "Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980", Prel. Doc. No 5, October 2006, s. 5

⁵⁵⁹ HUAK'nun tek başına yeterli olmayacağına ilişkin bir diğer görüş için bkz: Bozdağ, s.128 vd.

5. TÜRK HUKUKUNDA LA HAYE SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK SÜRECİ

5.1. GENEL OLARAK

Arabuluculuk, davanın açılması öncesinde ve dava açıldıktan sonrası tarafların uyuşmazlıklarını çözebilmek adına başvurabilecekleri bir süreçtir⁵⁶⁰. Tarafların serbest iradeleri ile mahkeme öncesinde, mahkeme ile hiçbir bağlantısı olmaksızın gerçekleştirdiği arabuluculuğa, mahkeme dışı arabuluculuk denilmektedir. Davanın başında hâkimin tarafları teşviki ile gerçekleşen arabuluculuk ise, mahkeme bağlantılı arabuluculuk olarak adlandırılmaktadır⁵⁶¹.

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk uygulamaları, mahkeme öncesinde mahkeme ile bağlantılı bir şekilde yürütülebildiği gibi davanın açılması sonrasında hâkimin teşvikiyle gidilebilecek bir süreç olarak da işletilmektedir⁵⁶². Sözleşmeye taraf olan ülkelerde gerçekleştirilen arabuluculuk uygulamalarında genellikle, tarafların iradî olarak arabuluculuk yolunu tercih ettikleri, mahkeme dışı arabuluculuk süreci tercih edilmiştir. Bununla birlikte Sözleşmeye taraf olan devletlerden Almanya, Hollanda, İngiltere ve Galler’de gerçekleştirilen arabuluculuk pilot proje uygulamalarında tercih edilen yol, mahkeme bağlantılı arabuluculuktur⁵⁶³.

Ülke uygulamalarından genel olarak anlaşılan, tarafların dava öncesinde arabuluculuk⁵⁶⁴ yolunu tercih etmeleri durumunda, çocuğun gönüllü iadesinin daha yüksek oranda gerçekleştiği yönündedir. Davanın açılması sonrasında ise, yargılama süreci

⁵⁶⁰ Weston, Maureen A., “Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good-Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality”, *Indiana Law Journal*, Vol. 76, Issue 3, 2001, s. 599, (591-645); Erdoğan/ Erzurumlu, s. 12, 20; Kısmet Kekeç, s.12; Ildır, s. 80.

⁵⁶¹ Ayrıntılı Bilgi için bkz: Taşpolat Tuğsavul, s. 164 vd., *Mediation Guide*, s. 9, 10. Ayrıca HUAK’nda dava açılmadan ve dava açıldıktan sonra gerçekleşecek arabuluculuk sürecinin birlikte düzenlenmesine yönelik eleştiri için bkz: Üstündağ, Saim, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”, *Yargı Dünyası*, S. 145, Ocak 2008, s. 17, (11-17).

⁵⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz: Niemeijer, Bert/ Pel, Machteld, “Court-Based Mediation in the Netherlands: Research Evaluation and Future Expectations”, *Penn State Law Review*, Vol. 110:2, 2005, (345-379); Kısmet Kekeç, s. 214 vd.

⁵⁶³ *Mediation Guide*, s. 46.

⁵⁶⁴ Anglo Amerikan hukuk sistemine sahip ülkelerde arabuluculuk, dava açılmadan önce yürütülecek bir süreç olarak görülmektedir. Taşpolat Tuğsavul, s. 166.

düşünüldüğünden, çocuğun gönüllü iadesi konusu göz ardı edilebilmekte ve bu aşamada gerçekleştirilen arabuluculukta başarı oranı yüksek olmamaktadır⁵⁶⁵.

5.2. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM ve ARABULUCULUK SÜRECİ

5.2.1. TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM

HUAK'ın 13'üncü maddesine göre taraflar, dilerlerse dava açılmadan veya dava açıldıktan sonra arabuluculuk yolunu seçebileceklerdir. Dolayısıyla Türk hukukunda, mahkeme dışı arabuluculukla, mahkeme bağlantılı arabuluculuk birlikte tercih edilmiştir. 5717 sayılı Kanunda da uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözülebilmesi amacıyla, mahkeme dışı ve mahkeme ile bağlantılı arabuluculuk yolları tercih edilmiştir. Zira 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun 5'inci maddesinde, mahkeme yoluyla iade süreci öncesinde ihtiyarî arabuluculuk sürecinin işletilebileceği öngörülmüştür.

Dava öncesi arabuluculuk sürecine başvurulmaması ya da süreçte başarının elde edilmemesi durumunda ise artık, uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye gidilecektir. Mahkeme, açılan bu davada, uyuşmazlığın esasına girmeden evvel tarafları, arabuluculuğa teşvik edecektir. Bu yönde bir düzenlemeye HUAK'da da yer verilmiştir. HUAK'ın 13'üncü maddesinde, davanın açılmasının ardından mahkemenin tarafları arabuluculuğa teşvik edebileceği belirtilmiştir⁵⁶⁶. HUAK'da teşvik edebilir ifadesine rağmen, 5717 sayılı Kanunda hâkimin, esasa girmeden önce tarafları arabuluculuğa teşvik edeceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, 5717 sayılı Kanunda tarafların arabuluculuğa teşvik edileceği yönündeki hükümden ziyade, HUAK'da belirtildiği gibi, hâkimin tarafları arabuluculuğa teşvik edebileceğinin belirtilmesi daha doğru olacaktır. Zira taraflar, 5717 sayılı kanunda öngörüldüğü üzere mahkemeye başvurmadan önce, bir arabuluculuk denemesi yapmış olacaktırlar. Bu arabuluculuk denemesinde başarısız olmuş taraflar, uluslararası çocuk kaçırmadan kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü amacıyla mahkemeye başvuracaktır. Dolayısıyla arabuluculuğa teşvik açısından hâkime, tarafları arabuluculuğa teşvik etmenin faydalı olup olmayacağı ya da uyuşmazlığın çözümünde arabuluculuğun etkili bir yöntem olup olmadığı hususları hakkında bir değerlendirme yapma şansı verilmeliydi. Ancak şu da

⁵⁶⁵ Vigers, s. 16.

⁵⁶⁶ Hâkimin sulhe ve arabuluculuğa teşvik ödevi için bkz: Taşpolat Tuğsavul, s. 167.

belirtilmelidir ki, her ne kadar hâkimin tarafları arabuluculuğa teşviki zorunlu olsa da ihtiyarî arabuluculuk süreci öngörüldüğünden, taraflar dava açılmasının ardından arabuluculuğa başvurup başvurmama konusunda serbest olacaktır.

HUAK'ın 13'üncü maddesinde mahkemenin tarafları arabuluculuk konusunda teşvik edebileceği belirtilmiş, ancak bunun hangi aşamada yapılacağı hakkında bir açıklığa yer verilmemiştir. 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun 8'inci maddesinde ise, mahkemenin, esasa girmeden önce, uyuşmazlığın gönüllü çözümü amacıyla tarafları teşvik edeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla dava aşamasında hâkimin tarafları arabuluculuğa teşvik edeceği aşama, tahkikat aşamasından evvel, ön inceleme aşamasıdır. Zira HMK'nın 137'nci maddesinde de tarafların arabuluculuğa teşvikinin ön inceleme aşamasında gerçekleştirileceği kabul edilmiştir⁵⁶⁷.

5.2.2. ARABULUCULUK SÜRECİNDE İVEDİLİK SORUNU

5717 sayılı Kanunun 8'inci maddesinde, hâkime uyuşmazlığın gönüllü çözümü için tarafları teşvik ödevi getirilmiştir. Ancak hâkimin tarafları arabuluculuğa teşviki ile tarafların arabuluculuk yolunu seçmeleri sonrasında, davada yapılacak işlemler hakkında, 5717 sayılı Kanunda herhangi bir açıklık söz konusu değildir. Bu halde genel kanun niteliğindeki HUAK'a bakılması gerekmektedir. HUAK'ın 15'inci maddesinin 5'inci fıkrasında “*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.*” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla yargılama üç ayı geçmemek üzere ertelenecektir⁵⁶⁸. La Haye Sözleşmesinin 11'inci maddesinde gereği mahkemenin, altı hafta içerisinde kararını vermesi beklenirken, HUAK'da, hâkimin mahkemeyi üç aya kadar erteleyebileceği belirtilmiştir. Ancak uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda hâkim, uyuşmazlığın çözülebilecek en kısa sürede çözülmesi gereğini göz önünde bulundurarak, erteleme işini birkaç hafta ile sınırlı tutmalıdır.

La Haye Sözleşmesinin 2 ve 11'inci maddelerinde taraf devletlere, çocuğun bir an evvel mutad meskenine iadesi için en süratli usulleri kullanma ve çocuğun iadesi amacıyla

⁵⁶⁷ Aynı yönde bkz: Taşpolat Tuğsavul, s. 168 vd. Ayrıca ön inceleme aşamasına ilişkin olarak bkz: Ercan, s. 229-233; Ateş, Mustafa, “HMK Yargıtay İlke Kararları 1. Cilt HMK m. 1-165”, 2014, s. 1027 vd.; Kuru, s. 565; Arslan/ Yılmaz/ Ayvaz, s. 359.

⁵⁶⁸ Kuru, s. 565; Ercan, s. 510; Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2841.

gerekli tüm önlemleri alma görevi verilmiştir. Aynı şekilde Sözleşmenin açıklayıcı raporunda da, Sözleşmenin uygulanmasında taraf devletlerin ivedi olması gerektiği kabul edilmiş ve ivediliğin iki yönünün olduğu belirtilmiştir. İlk olarak, taraf devletlerin Sözleşme kapsamındaki müracaatlar için ülkelerindeki en hızlı usûlleri kullanmaları gerekmektedir. İkinci olarak, başvuruların mümkün olduğunca öncelikli muameleye tabi tutulması gerekmektedir⁵⁶⁹. Ülkemizde de Sözleşmede öngörülen bu yükümlülük uyarınca, 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununda, kanunun uygulanmasından doğan dava ve işlerin basit yargılama usulüne göre öncelikli ve acele görüleceği belirtilmiştir (UÇKK md. 9)⁵⁷⁰. Ayrıca HMK'nın 103'üncü maddesinde sayılan adlî tatilde görülecek dava ve işler maddesinin 1'inci fıkrasının h bendi gereğince, çocuğun iadesine ilişkin davaların adlî tatilde de görülebilecektir⁵⁷¹. Bu açılardan Sözleşmede öngörülen ivedi usul Türk hukukunda güvence altına alınmıştır.

5.2.3. ARABULUCULUK SÜRECİNDE KARARA VARILACAK KONULARIN KAPSAMI SORUNU

Daha önce de bahsedildiği üzere Sözleşmede, arabuluculuk sürecinde tartışılacak ve karara varılabilecek hususlar hakkında herhangi bir konu sınırlaması yapılmamıştır⁵⁷². Hatta Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde, koruma hakkı ve şahsî ilişki kurma hakkı hususlarının dahi arabuluculuk sürecinde anlaşılması gereken konulardan olması gerektiği tavsiye edilmiştir⁵⁷³. Ancak hukukumuz açısından her konunun arabuluculuk sonucunda yapılacak anlaşma ile kararlaştırılması mümkün görülmemektedir. HUAK'ın 1'inci maddesinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş ve işlemlerden doğan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda dahil olmak üzere, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk yolunu seçilebileceği belirtilmiştir (HUAK md. 1/2)⁵⁷⁴. Dolayısıyla Türk hukuku açısından ve sonuçları Türkiye'de icra edilecek bir arabuluculuk anlaşması içerisinde, taraflarca çocuğun koruma hakkına ve şahsî ilişkinin kurulmasına

⁵⁶⁹ Pérez-Vera, s. 457, 458.

⁵⁷⁰ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/315), s. 9; Yargıtay 2. HD verdiği bir kararında uluslararası çocuk kaçırma kaynaklı uyuşmazlıkta çocuğun iadesine ilişkin kararın öncelikli ve acele görülmesi gerektiğini belirterek, temyizcinin duruşmalı yapılmasını istemini reddetmiştir. Yargıtay 2.HD., 8.12.2016, E. 2016/22847, K. 2016/15726 (www.kazancı.com).

⁵⁷¹ Altuntaş, s. 102.

⁵⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz: Bölüm I, 4.,4.2.2, 4.2.2.1.

⁵⁷³ Mediation Guide, s. 16, 21.

⁵⁷⁴ Akıncı, s. 10; Bilge, Işıktaç (Eds), s. 100-102; Özkes, Pekcantez Usûl, s. 2827 vd.

dair bir karar alınabilmesi mümkün değildir⁵⁷⁵. Zira koruma hakkı ve şahsî ilişkinin kurulması konuları, hukukumuzda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular arasında yer almamaktadır⁵⁷⁶. Dolayısıyla hukukumuz açısından uluslararası çocuk kaçırılmalar kapsamında yapılacak bir arabuluculuk anlaşmasında koruma hakkına ve çocuk ile ebeveyn arasında şahsî ilişki kurulmasına⁵⁷⁷ dair karar verilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁷⁸.

5.2.4. TÜRK HUKUKUNDA LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDAKİ ARABULUCULUK SÜRECİNDE MASRAF SORUNU

Türk hukukunda 5717 sayılı Kanuna göre uluslararası çocuk kaçırılmalarından doğan uyuşmazlıklardaki yargılama masrafları kovuşturma ödeneğinden karşılanacaktır. Ancak yargılama masrafları davayı kaybeden tarafa yükletilecektir. Başvuruda bulunan adına bir avukat veya müşavirin katılımından doğan masraflar ile çocuğun iadesi sebebiyle doğan masraflar kovuşturma ödeneğinden karşılanmayacaktır (UÇKK md. 27). Arabuluculuk sürecine ilişkin ise, Kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Taraf ülke uygulamalarında Sözleşme kapsamında arabuluculuk uygulamalarına bakıldığında, masrafların azaltılması amacıyla önlemler alındığı görülmektedir⁵⁷⁹. HUAK'ın 7/ 2 maddesinde “*Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılanır.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere Türk hukukunda arabuluculuk ücretsiz yürütülememektedir. Tarafların arabulucunun ücretini ve süreç içerisinde ortaya çıkan masrafları karşılayamadığı

⁵⁷⁵ Bilge, Işıқтаç (Eds), s. 106.

⁵⁷⁶ İldır, s. 24.

⁵⁷⁷ Bulur'a göre çocukla şahsî ilişki kurulması hususu arabuluculuğa elverişlidir. Çocukla şahsî ilişki kurulmasını düzenleyen TMK'nın 323'üncü ve devam eden maddeleri, mutlaka hâkimin karar vermesini gerektiren düzenlemeler olmadığından, çocukla şahsî ilişki kurma hususunun arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olduğu kabul edilebilecektir: Bulur, Alper, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler” 09 Ocak 2014 Ankara Barosu VIII. Uluslararası Hukuk Kurultayı Arabuluculuk Ve Diğer Uzlaşma Yöntemleri Çalıştayı- 25 Ocak 2014 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Paneli”, 2014, s. 7.

⁵⁷⁸ Bozdağ, s. 117, 127 vd. Her ne kadar koruma hakkı ya da aile içi şiddet gibi konularda tarafların tasarruf yetkisi olmadığından bu hususlar arabuluculuk kapsamında olmasa da, çocuğun koruma hakkının kime bırakılacağı hususunda mahkeme karar verirken tarafları dinlemeli ve çocuğun görüşünü de alarak en iyi sonuca varmaya çalışmalıdır: Pekcanitez/ Atalay/ Özkes, s. 676. Ayrıca arabuluculuk, temelinde sulh yatan bir kurum olduğundan HMK'nın sulhe ilişkin hükümlerinden de anlaşılacağı üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri meselelerde sulh ile uyuşmazlığı sonuçlandırmak mümkün olmayacaktır: Ersen Perçin, s. 191, 192.

⁵⁷⁹ Arabuluculuk sürecinde masraflara ilişkin olarak bkz: Bölüm I, 4, 4.2., 4.2.2, 4.2.2.5.

durumlarda, adlî yardımdan faydalanmaları da mümkün olmamaktadır⁵⁸⁰. Dolayısıyla Türk hukuku açısından doğrudan arabuluculuk sürecinin masraflar bakımından daha ucuz bir yol olacağını söyleyebilmek mümkün görülmemektedir. Birden fazla hukuk sistemini ilgilendiren, tarafların ve delillerin farklı ülkelerde olduğu uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda, arabuluculuk sürecinin masraflı olacağı açıktır. Bu sebeple, arabuluculuk sürecinde masraf meselesinin, tarafların arabuluculuğu tercih etmesini engelleyecek bir sorun haline gelmemesi için, Türkiye’de de diğer taraf devletler gibi birtakım önlemler alınmalıdır. Bu amaçla, masrafların bir kısmının devlet tarafından karşılanması düşünülebilir.

5.2.5. ARABULUCULUK SÜRECİNİN YAPTIRIMA İLİŞKİN AVANTAJLARI SORUNU

Arabuluculuğun yaptırıma ilişkin avantajlarının olduğu ve bu sebeple mahkeme yargılamasına nazaran tercih edilmesi gereken bir yöntem olduğu taraf ülkelerde kabul edilmektedir. Zira uluslararası çocuk kaçırmalarda arabuluculuk sürecine başvurulduğunda, taraf ülkelerde hukukî ve cezaî prosedürlerin başlatılmaması kabul edilmiştir⁵⁸¹. Bu hususun Türk hukuku açısından söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz. TCK’nın Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması başlıklı 234’üncü maddesinde, çocuğun kaçırılması durumunda kaçıranın, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına mahkûm olacağı belirtilmiştir. Bu husus tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular arasında değildir⁵⁸². Dolayısıyla taraflar ceza verilip verilmemesi konusunda tasarruf edemeyeceklerinden, arabuluculuk süreci sonucu oluşturulacak anlaşmada, kaçıran eşe ceza verilmeyeceğine ilişkin bir hüküm konabilmesi de mümkün olmayacaktır.

5.3. ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMALARDA ARABULUCUNUN TAŞIMASI GEREKEN NİTELİKLERİ

5.3.1. ARABULUCULARIN SAYISI, CİNSİYETİ, VATANDAŞLIĞI

Uluslararası çocuk kaçırmalarda uygulanacak arabuluculuk sürecinde arabulucuların sayısı, cinsiyeti, uzmanlık alanı, vatandaşlığı gibi hususlar, tarafların kendisini güvende

⁵⁸⁰ Adlî yardım kapsamına alınacak yargılama giderleri için bkz: Kuru, s. 826 vd.; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, 607 vd.; Arslan/ Yılmaz/ Ayvaz, s. 707 vd.

⁵⁸¹ Arabuluculuk sürecinin yaptırıma ilişkin avantajları için bkz: Bölüm I, 4, 4.2., 4.2.2, 4.2.2.6.

⁵⁸² Kısmet Kekeç, s. 96 vd.; Tanrıver, s. 152; Tanrıver (Armağan), s. 822. Ayrıca arabuluculuğa elverişlilik için bkz: Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 2827 vd.

hissetmesi ve daha rahat iletişim ile çözüme kavuşabilmeleri açısından önemli konular arasındadır⁵⁸³. Çalışmamızın bu bölümünde, Türkiye’de Sözleşme kapsamında yürütülecek arabuluculuk sürecinde arabulucuların sayısı, cinsiyeti, dili, uzmanlık alanları gibi hususların ne şekilde düzenlenmesi gerektiği Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi ve Sözleşme kapsamında arabuluculuk faaliyetlerinin yürütüldüğü taraf ülke uygulamaları da göz önünde bulundurularak açıklanmaya çalışılacaktır.

Uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde yaygın olarak kabul edilen yöntem, arabuluculuğun iki arabulucu tarafından yürütülmesi yönünde olmuştur⁵⁸⁴. Zira daha öncede ifade edildiği gibi, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberine göre, iki arabulucunun olması, tarafların süreç içerisinde yalnız kalabilme ihtimalinin önüne geçecek, arabulucular arasındaki iş birliği eşlere, iletişim kurma noktasında örnek olabilecek ve sürecin sakin ancak çözüm odaklı bir şekilde yürütülmesine katkı sağlayacaktır⁵⁸⁵. HUAK’ın 14’üncü maddesinde yer alan “*Başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.*” ifadesi ile Türk hukukunda arabuluculuk sürecinin birden fazla arabulucu ile yürütülmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Türkiye’de yürütülecek uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk süreci açısından, taraf ülke uygulamalarında ve Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde de önerildiği gibi sürecin iki arabulucu tarafından işletilmesi önünde bir engel yoktur.

Sözleşme kapsamındaki arabuluculuk uygulamalarında genel kabul gören yaklaşım, sürecin iki arabulucu ile yürütülmesi olsa da, bu görüşe kuşku ile bakılabilmesi mümkündür. Zira Sözleşmede öngörülen 6 haftalık kısa süre dikkate alındığında, sürecin iki arabulucu tarafından yürütülmesi noktasında kuşku ortaya çıkmaktadır. Kısa süre içerisinde aranılan niteliklerde iki arabulucunun bulunabilmesi, zor olabilecektir. Bulunan arabulucuların, iki arabulucu olarak süreci yürütme deneyiminin olmaması ise, sürecin

⁵⁸³ Paul ve Kiesewetter’in uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde arabulucunun taşıması gereken özellikler için Bkz. Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s.41, 42.

⁵⁸⁴ Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s.48-49.

⁵⁸⁵ Mediation Guide, s. 63; Arabulucuların süreç içerisindeki rollerinden birisi de tarafların oturumlardaki tutumlarının sakin ve yapıcı olmasını sağlayabilmektir. Bkz. Akıncı, s. 10.

uzamasına neden olabilecektir. Bu açıdan arabuluculuk sürecinin, bir arabulucu tarafından yürütülmesi gerektiği de uygun görülebilmektedir⁵⁸⁶.

Genel kabul gören görüş olan sürecin iki arabulucu tarafından yürütülmesinde⁵⁸⁷, arabulucuların seçimi, üzerinde durulması gereken husustur. Arabulucuların seçiminde, arabuluculardan birinin, çocuğun kaçırıldığı ülkeden, diğerinin ise çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden seçilmesine ya da ebeveynlerin vatandaşlığında olmasına dikkat edilmektedir⁵⁸⁸. Burada arabulucuların taraflardan birine önyargılı olması ihtimali en aza indirildiği gibi, tarafların arabuluculukta kendilerini eşit olarak görmeleri sağlanmış ve süreç içerisinde kendi anadilleri ile müzakere imkânı verilmiş olacağı düşünülmüştür⁵⁸⁹.

Arabulucunun tarafların vatandaşlığında olması ya da farklı ülkelerden seçilmesi yaklaşımı eleştiriler almıştır. Arabulucunun, tarafsız ve bağımsız üçüncü bir kişi olması gerektiğinde hiçbir şüphe yoktur⁵⁹⁰. Arabulucuların farklı ülkelerden⁵⁹¹ olması, arabulucunun tarafsızlığını etkileyecek bir faktör olarak görülmüştür. Zira ebeveynin çocuğun kaçırıldığı ülke vatandaşlığında olması durumunda, çocuğun kaçırıldığı ülkeden seçilecek arabulucunun tarafsız olamayacağı endişesi yaşanmaktadır⁵⁹². Bu eleştiri her ne kadar haklı olarak görülse de, arabulucunun müzakerelerdeki konumuna baktığımızda uyumsuzluğun

⁵⁸⁶ Mediation Guide, s. 63.

⁵⁸⁷ Aynı yönde bkz: Mediation Guide. Ayrıca Reunite Mediation Scheme, Avustralya, Belçika, Fransa, Almanya, Macaristan, Litvanya, Slovenya, Birleşik Krallık (İngiltere ve Galler, Kuzey İrlanda) ve Amerika Birleşik Devletleri gibi Sözleşmeye taraf olan ülkelerde uygulanan yöntem, arabuluculuk sürecinin iki arabulucu tarafından yürütülmesi şeklindedir: the Country Profiles under the 1980 Hague Child Abduction Convention developed by the Permanent Bureau, finalised in 2011, (E.T.: 11.02.2017), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=42&cid=24>

⁵⁸⁸ Bu noktada arabulucuların taraflarla iletişimde taraflardan birini destekledikleri yönünde endişeleri engelleyebilmek adına tavsiye edilen yöntem, iletişimde elektronik posta yolunun kullanılması ve bu elektronik postaların diğer eşe de iletilmesidir. Arabulucuların taraflardan biri ile telefon görüşmesi yaptığı durumda da bu görüşmenin rapor halinde diğer ebeveyne sunulması gerekmektedir. Böylece tarafların arabulucuların bir tarafla anlaştığı ya da taraflardan birini destekleyecekleri yönündeki endişelerinin ortadan kalması sağlanabilecektir. Tavsiye edilen, kullanılan e postalarda, mesajlarda arabulucuların her ikisinde adının ve imzasının kullanılmasıdır: Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 43.

⁵⁸⁹ Bölüm II 3'de incelendiği gibi ülke uygulamalarında da tercih edilen yöntem, iki arabulucunun çocuğun kaçırıldığı ve mutad meskeninin bulunduğu ülkeden olması yönündedir: Vigers, s. 36; Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 42.

⁵⁹⁰ Kısmet Kekeç, s. 60 vd.; Taşpolat Tuğsavul, s. 149-151.

⁵⁹¹ 1999 ile 2003 yılları arasında gerçekleştirilen bir araştırmaya göre ebeveynlerin, çocuğunu vatandaşı olduğu ülkeye kaçırma yüzdesi beklendiği kadar yüksek olmadığından, ebeveynlerin ve arabulucuların aynı vatandaşlığa sahip olabilme ihtimali düşük olarak görülmektedir. Bu sebeple arabulucunun tarafsızlığının etkilenmeyeceği görüşü haklı görülmemektedir: Reunite Pilot Scheme, s. 14, Vigers, s. 37.

⁵⁹² Bu yönde eleştiri Ms Lorraine Fillion tarafından 2009 yılında teslim edilen Questionnaire Response'da yer almaktadır. Metne ilişkin İngilizce açıklama için bkz. Vigers s. 36.

çözümünde bir hakem ya da hâkim kadar etkili olmadığı açıktır. Uyuşmazlığın çözümünde sadece taraflar arasında iletişimin sağlanması konusunda aracılık faaliyetlerinde bulunacak ve tarafların birbirini anlayamadığı ya da yanlış anlaşılmanın olduğu noktalarda sürece dahil olarak, yanlış ve eksiklerin giderilmesine katkı sağlayacak arabulucuların, farklı iki ülkeden olması sürecin işleyişinde tarafsızlığı zedelemeyeceği aksine, faydalı olabileceği açıktır. Zira her iki ülke hukukunu bilen arabulucuların varlığı, süreç sonucunda oluşacak anlaşmanın icra edilebilir kabiliyette olmasına katkı sağlayacaktır.

Kanaatimizce, süreçte farklı cinsiyetten iki arabulucunun olması gerekmektedir. Süreci farklı cinsiyette arabulucuların yürütmesi, anne ve babanın kendini diğer eşten güçsüz hissedebilmesinin ve eşitsizlik olduğuna yönelik korkularının önüne geçebilecektir. İki arabulucunun yer alabilmesi kültürel farklılıklardan kaynaklanan anlaşmazlıkların şiddetli olduğu uyuşmazlıklar açısından da faydalı olabilecektir. Zira ebeveynlerin kültürlerini bilen iki arabulucunun seçilmesi, tarafların arasındaki iletişimin daha sağlıklı olmasına ve ortak bir anlaşmanın oluşmasında orta yolun bulunabilmesine yardımcı olabilecek bir husustur⁵⁹³. Yukarıda da ifade edildiği üzere, hukukumuzda arabuluculuk sürecinin birden çok arabulucu tarafından yürütülebilmesinin önünde herhangi bir engel söz konusu değildir. Ancak her olayda çocuğun kaçırıldığı ve mutad meskeninin bulunduğu ülkeden ya da ebeveynlerin kendi vatandaşlığından arabulucuların bulunması ihtimalinin güç olduğu düşünüldüğünde arabulucuların, hangi ülkeden olurlarsa olsunlar, kültürel ve sosyal konularda tolerans düzeyi yüksek ve farklılıklara açık olan kişiler olması gereklidir⁵⁹⁴. Bu nedenle kanaatimizce uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıklarda görev yapacak arabulucuların eğitiminin daha titiz ve iç hukuktaki arabuluculuk eğitiminden farklı yürütülmesi gerekmektedir.

Arabulucuların, ebeveynlerin ana dillerini bilmesi tavsiye edilebilmektedir. Ancak bu hususun sürecin olmazsa olmaz bir şartı olarak görülmesi yerinde olmayacaktır. Süreç içerisinde tarafların her ikisinin ana dillerini kullanmalarının müzakere sürecini zorlaştıracağı kanaatindeyiz. Tarafların farklı ülkelere gelmesi, arabuluculuk sürecinde kendi dilleri kullanacak olmaları sürekli bir tercüman ihtiyacı doğuracak ve doğrudan iletişimi engelleyecektir. Ayrıca süreçte kullanılacak dilin, arabuluculuğun yapılacağı ülkenin dili olarak seçilmesi ihtimalinde, çocuğu kaçıran ebeveynin, bu dili kullanma

⁵⁹³ Aynı yönde bkz: Mediation Guide, s. 64; Carl/ Walker, Paul/ Kiesewetter, s. 76.

⁵⁹⁴ Aynı yönde bkz: Carl/ Walker, Paul/ Kiesewetter (Eds), s. 76.

açısından diğer eşe nazaran daha etkin konumda olacağı açıktır. Bu ihtimalde diğer eşin, müzakerelerde etkin bir şekilde yer alması, duygu, düşünce ve fikirlerini dile getirebilmesi güç olacaktır⁵⁹⁵. Bu sebeple ebeveynlerin evlilikleri süresince kullandıkları ortak dilin, müzakere sürecinde kullanılması yerinde olacaktır⁵⁹⁶. Arabuluculardan birinin bir ebeveynle aynı vatandaşlıkta olduğu durumlarda arabulucunun, vatandaşlığında olduğu ebeveynin anadilini bilmesi beklenen bir ihtimaldir. Bu nedenle ebeveynin, kullanılan ortak dille kendini ifade edemeyeceğini düşündüğü hassas konularda, anadilini kullanmasına izin verilmelidir⁵⁹⁷. Ancak sürekli olarak anadil kullanımının önüne geçilmelidir. Zira bu durumda arabulucuların süreçteki görevin sadece tarafın söylediğini karşı tarafa çevirmek olarak kalma riski de söz konusudur⁵⁹⁸.

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda farklı ülke vatandaşlığına, kültürel bilgiye, cinsiyete ve dil bilgisine sahip arabulucuların olması, süreçte tarafların birbirini eşit hissetmesine yardımcı olacaktır⁵⁹⁹. Ülkeler arasında, uluslararası çocuk kaçırılmaların çözümü amacıyla ikili anlaşmalar çerçevesinde yapılan⁶⁰⁰ projelerde ebeveynlerin vatandaşlığında, tarafların her ikisinin de anadilini bilebilecek niteliklerde arabulucuların tesisi daha kolaydır⁶⁰¹. Zira projeler başlanmadan belirli sayı ve nitelikte arabulucuların seçimi yapılmaktadır. Ancak günlük hayatta yaşanan çocuk kaçırılmalarda her zaman tarafların anadilini konuşabilen, onlarla aynı etnik kimliğe ve kültürel geçmişe sahip, tarafların vatandaşlığında arabulucuların bulunması oldukça güçtür.

Kanaatimizce ülkemizin, uluslararası çocuk kaçırılmaları sık yaşadığı ülkelerle iş birliği yaparak öncelikle bahsedilen niteliklere sahip arabuluculara ulaşabilmek amacıyla ortak bir

⁵⁹⁵ Mediation Guide, s. 58.

⁵⁹⁶ Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberine göre, ebeveynleri, arabuluculuk faaliyetinin yapılacağı yer olan, çocuğun kaçırıldığı ülkenin dilini kullanmaya zorlamak, çocuğu kaçıran eşin bu dille bir bağlantısı olup, diğer eşin bu dili bilmemesi ihtimalinde, diğer eş için, arabuluculuğa yönelik olumsuz bir bakış oluşmasına sebebiyet oluşturacaktır: Mediation Guide, s. 56.

⁵⁹⁷ Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 17.

⁵⁹⁸ Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s.51.

⁵⁹⁹ Bu hususta, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde, tarafların aynı vatandaşlığa, cinsiyete, anadile ve hatta kültürel geçmişe sahip olduğu arabulucuyu, kendilerinin temsilcisi olarak görmesinin engellenmesi gerektiğinin üzerinde durularak, arabulucunun gerekli noktalarda, süreçteki rolünü taraflara hatırlatması gerektiği belirtilmiştir: Mediation Guide, s.65.

⁶⁰⁰ Örneğin; Almanya ile Fransa ya da Amerika Birleşik Devletleri ile Almanya gibi; Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter, s. 42.

⁶⁰¹ Projeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Carl/Walker, Paul/ Kiesewetter (Eds.), 85-91.

arabulucu havuzu oluřturması uygun olandır⁶⁰². Bu iř birlięi saęlanıncaya kadar veya bu iř birlięinin yapılmadıęı űlkelerden biri ile yařanacak ocuk kaçırmalarda ise din, dil, kűltűr gibi her tűrlű farklılıęa açık arabulucuların yetiřtirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla sűrete tarafların vatandařlıęından ya da kűltűrűnden olan arabulucular yer almasa dahi, taraflar arasında farklılıklardan kaynaklanabilecek eēitsizlięi giderecek arabulucular yer alacaktır. Bu yolla kısa sűre içerisinde etkili arabulucuların temin edilmesi sorunu da ortadan kalkabilecektir. Uluslararası ocuk kaçırmalarda arabuluculuk uygulamasına bakıldıęında, tarafların űlkelerinden gelen arabulucularla sűrecin yűrűtűldűęű gűrűlmektedir⁶⁰³. Arabulucunun farklı űlkelerden gelerek sűreci yűrűtmesi sűrecin yavařlamasına neden olacaktır. Tűrkiye, űlkelerle iř birlięi yaparak bir arabulucu havuzu oluřturulmadıka, Tűrkiye’de gerekleēecek arabuluculuk faaliyetlerinde gűrev alacak arabulucuların, Tűrkiye’de arabuluculuk siciline kayıtlı arabulucular arasından seçilmesi gerekmektedir. HUAK’ın 2’nci maddesine gűre arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yűrűten ve bakanlıkça arabuluculuk siciline kayıt edilmiř kiři olarak tanımlanmaktadır. Ancak taraflardan en az birinin, farklı űlke vatandařı olduęu, mutad meskeninin, dilinin, kűltűrűnűn Tűrkiye’den farklı olduęu uluslararası ocuk kaçırmalar da tarafların arabuluculuk sűrecine gűven duyabilmesi amacıyla sűrete, Tűrk arabulucunun gűrev yapması zorunluluęundan vaz geçilmelidir.

Kanaatimizce uluslararası ocuk kaçırmalarda Tűrkiye dıřından arabulucuların sűrete gűrev almasına ya da tarafların yabancı bir űlkeden arabulucu seçmesine engel olunmaması gerekmektedir. Bu sebeple, arabulucu olabilmek için Tűrk vatandařı olma řartı arayan HUAK deęiřtirilmelidir (HUAK md. 20/2). Sicile kayıt zorunluluęu ve kayıt řartları arayan HUAK’ın űimdiki haliyle, yabancı bir arabulucunun Tűrkiye’de gűrev yapması műmkűn deęildir.

Tűrk hukukunda arabulucular siciline sadece beř yıllık kıdeme sahip hukuk fakűltesi mezunları kaydolabilecektir (HUAK md. 20/2 (b))⁶⁰⁴. Bu hűkűmlerden de anlařıldıęı űzere Tűrk hukuku açısından hukuk mezunları dıřında dięer meslek gruplarının arabuluculuk

⁶⁰² Aynı yűnde bkz: Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 40.

⁶⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Almanya-Fransa, Almanya-Polonya uluslararası ocuk kaçırmalarda arabuluculuk uygulaması: Vigers, s. 35. Ayrıca bkz. Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 15.

⁶⁰⁴ Ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 12/1 maddesine, HUAK md. 35/1 hűkmű ile arabuluculuk ifadesi eklenmiř ve avukatların arabuluculuk yapabileceęi hűkűm altına alınmıřtır.

faaliyetini yürütmesi mümkün görülmemektedir⁶⁰⁵. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk uygulamalarında kabul edilen yaklaşım ise, arabuluculardan birinin hukukçu bir diğerrinin de sosyal psikoloji konularında uzman kişilerden seçilmesi gerektiği yönündedir⁶⁰⁶. Bu hükümler uyarınca uluslararası çocuk kaçırılmalarda, psikolog ya da sosyolog gibi kişilerin arabulucu olarak yer alabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, dünyadaki uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk uygulamaları ve Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde yer alan tavsiyelere uygun şekilde mevzuatımızda, hukukçular dışında psikoloji, sosyoloji gibi meslek gruplarının arabuluculuk yapmasına izin verecek düzenlemeler yapılmalıdır.

5.3.2. ARABULUCUNUN EĞİTİMİ

Uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar din, dil, ırk, kültür gibi farklılıkları bir arada barındıran, duygusal⁶⁰⁷ çatışmaların ön planda olduğu uyuşmazlıklardır. Dolayısıyla bu uyuşmazlıklarda arabulucuların rolü önemlidir ve tarafların arabuluculardan beklentileri fazla olmaktadır. Taraf beklentilerinin en doğru şekilde karşılanabilmesi iyi eğitim almış arabulucularla mümkün olacaktır⁶⁰⁸.

Uluslararası çocuk kaçırılmalardan için dünyada öngörölmüş ortak bir arabuluculuk eğitimi söz konusu değildir⁶⁰⁹. Ancak bu uyuşmazlıkların çözümünde genel olarak tecrübeli aile hukukçuları görev yapmaktadır⁶¹⁰. Süreçte tecrübeli arabulucular görev yapacak olsa da, uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde görev alacak arabulucuların, iç hukuk arabuluculuk uygulamalarından ayrı bir arabuluculuk eğitimi alması gerekmektedir. Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde arabulucuların eğitimi konusuna yer verilmiş; ancak herhangi bir şart belirtilmeden genel ifadelerle arabulucuların taşınması gereken nitelikler açıklanmıştır⁶¹¹.

⁶⁰⁵ Kısmet Kekeç, s. 113.

⁶⁰⁶ Özellikle arabulucuların, çocuğun süreç içerisinde dinlenilip dinlenilmemesi hususuna karar verecekleri aşamada ve taraflar arasında eşitsizlik, güç dengesizliği olup olmadığının tespiti gibi durumlarda psiko sosyal konularda uzaman kişilere ihtiyaç duyulmaktadır: Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 17.

⁶⁰⁷ Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 40.

⁶⁰⁸ Kısmet Kekeç, s.122.

⁶⁰⁹ Medaition Guide, s. 36.

⁶¹⁰ Mediation Guide, s. 38.

⁶¹¹ Mediation Guide, s. 36 vd.

Uluslararası çocuk kaçırılmalarda görev yapacak arabulucuların taşınması gereken niteliklere bakacak olursak arabulucuların, aile hukuku bilgisinin yanı sıra psikoloji gibi sosyal konularda da bilgi sahibi olması beklenmektedir⁶¹². Arabulucuların, her olay için ayrı değerlendirme yapabilmesi gerekmektedir. Arabulucunun, tarafların arabuluculuk sürecine katılıp katılamayacağı, müzakere sürecinde yeterince yetkin olup olmayacağı hususlarını, aile içi şiddet iddiasını bu iddianın arabuluculuk süreci üzerinde ve taraflar üzerindeki etkileri, çocuğa veya ebeveynlere yönelik bir istismarın olup olmadığı gibi pek çok hususu değerlendirebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca arabulucu, bu konulara ilişkin gereken önlemleri alabilmelidir⁶¹³. Bu kapsamda Fransa'da 60 saatlik hukuk, psikoloji ve sosyoloji eğitiminin ardından 70 saatlik pratik uygulamalar yapılarak arabulucular, uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için hazırlanmaktadırlar.⁶¹⁴ Arabulucuların bu niteliklere sahip olması tarafların gözünde onların bu konuda uzman olduğu şeklinde bir imaj yaratarak sürecin gelişmesi ve tercih edilmesinin yolunu açacaktır⁶¹⁵.

Arabulucular hukukî anlamda tavsiye ya da uyuşmazlık hakkında karar veremeyecek olsalar dahi, onların uyuşmazlığın tarafı olan ebeveynlerin hukuklarında var olan kurum ve kavramlar hakkında genel bir bilgiye sahip olmaları gerekir. Aksi halde arabulucu, olan biteni tam olarak anlayamayacak ve süreci sağlıklı bir şekilde yürütemeyecektir⁶¹⁶. Aynı zamanda taraflarca oluşturulacak anlaşmanın icra edilebilir nitelikte olup olması ve anlaşmanın çocuğun da menfaatini karşılayabilecek nitelikte olabilmesi amacıyla ebeveynlerin ilgisini bu konuya yönlendirme yeteneğine de sahip olması gerekmektedir⁶¹⁷.

⁶¹² Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi'nde uluslararası çocuk kaçırılmalarda görev alacak arabulucuların sahip olması gereken bu özelliklerin yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri ile Almanya arasında yapılan ikili anlaşmada arabulucuların, aile hukuku ve velâyet konularında bilgili, kültürel hassasiyete sahip, aile birleşmelerinde tecrübeli kişiler olması gerektiği aranmıştır: Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 22.

⁶¹³ Mediation Guide, s. 38.

⁶¹⁴ Mediation Guide, s. 36. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz: Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 22.

⁶¹⁵ Kısmet Kekeç, s. 122.

⁶¹⁶ Arabulucuların La Haye Sözleşmesine uygun standartlarda hazırlanmış ortak bir eğitimden geçmesi, arabuluculuk sürecinin katilitesini artıracaktır. Kalitenin artması ise arabuluculuk sürecin evrensel anlamda kabul edilirliliğine katkı sağlayacaktır: Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980, s. 21; Zawid, s. 36.

⁶¹⁷ Mediation Guide, s. 38.

Arabulucunun en önemli görevi, iki farklı kültürü de tatmin edecek bir çözüm yolu sağlamaktır⁶¹⁸. Bu amaçla çocuk kaçırılmalarda arabulucu, taraflar arasında iletişimi engelleyecek ve arabulucunun taraflarla çalışmasını önleyecek potansiyel engelleri bulabilmelidir. Ayrıca duygularla başa çıkma konusunda da eğitilmiş kişiler olması gerekmektedir⁶¹⁹.

Türk hukukundaki arabuluculuk eğitimi, HUAK'ın 22'nci maddesinde belirtildiği üzere, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgileri, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren eğitimi ifade etmektedir. Eğitimin 32 saati teorik, 12 saati ise uygulamayı içermektedir (HUAKY md. 26). Bu eğitimde arabulucuların alacağı temel hukuk bilgisi ile teknik bilgiler, uluslararası çocuk kaçırılmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümü için yeterli görülmeyeceğinden bu uyuşmazlıklar için beklenen niteliklerde arabulucuların yetiştirilebilmesi amacıyla ayrı bir eğitim programı hazırlanmalıdır. Ya da bu yönde bir değişim yapılamayacaksa da en azından uluslararası çocuk kaçırılmalarda görev yapacak arabulucular için ayrı bir seminer programı hazırlanarak arabulucuların, iletişim, psikoloji, aile hukuku ve farklılıklara tolerans gibi konulara yönelik ek bir eğitim almaları sağlanmalıdır.

5.3.3. ARABULUCULUĞUN YAPILACAĞI YER ve ZAMANI

Arabuluculuğun hangi devlette yapılacağı hususu da önem arz eden bir konudur⁶²⁰. Uluslararası çocuk kaçırılmalarda uyuşmazlık, birden fazla devleti ilgilendirmektedir. Çocuğun mutad meskeni ülkesi, çocuğun kaçırıldığı ülke, ebeveynlerin doğup büyüdüğü ülkeler, uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilebileceği yerler olarak düşünülebilecektir.

Almanya-Fransa⁶²¹ ve Almanya-Polonya⁶²² iş birliklerinde, uluslararası çocuk kaçırılmalarda arabuluculuk süreci iki ülke topraklarında da yürütülmüştür. Amerika Birleşik Devletleri ile Almanya⁶²³ ve Meksika arasındaki arabuluculuk uygulamasında ise,

⁶¹⁸ Kültürel farklılığa ilişkin: Martin, s.390 vd.

⁶¹⁹ Martin, s. 388.

⁶²⁰ Bkz. Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 44-45.

⁶²¹ Bkz. Carl/Walker, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 85-87.

⁶²² Bkz. Carl/Walker, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 89-91.

⁶²³ Bkz. Carl/Walker, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s.87-89.

arabuluculuk, çocuğun kaçırıldığı ülkede yürütülmüştür. Bu iş birliklerinde arabulucular, çocuğun mutad meskeni ülkesinden seçilmiştir. Brezilya, Fransa ve İngiltere’de ise, çocuğun kaçırıldığı ülkede ve bu ülkede eğitim görmüş arabulucularla süreç yürütülmüştür⁶²⁴.

Kanaatimizce arabuluculuğun çocuğun kaçırıldığı ülkede yürütülmesi en en isabetli çözüm olacaktır. Zira süreç içerisinde çocuğun dinlenmesi istendiğinde, ortaya ciddi bir sıkıntı çıkmayacaktır. Ayrıca arabuluculuk sonucunda, başarının elde edilememesi halinde başvurulacak mahkemenin, çocuğun kaçırıldığı yer mahkemesi olması da sürecin zaman bakımından aksamasının önüne geçerek başka bir tercih sebebini oluşturmaktadır.

Arabuluculuk sürecinin zamansal açıdan ayarlanması da önemli konular arasında yer almaktadır. Arabuluculuk ve çocuğun iadesine ilişkin davanın, çocuğun bulunduğu ülkede görülecek olmasından dolayı arabuluculuğun iade davasından birkaç gün önce gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Böylece arabuluculuk sürecinin başarı ile sonuçlanmaması ihtimalinde kolaylıkla mahkeme yargılamasına geçilebilecek ve çocuğun kaçırıldığı ülkede yaşamayan ebeveyn için tekrardan yol, kalacak yer, vize gibi masrafların yapılmasının da önüne geçilmiş olacaktır⁶²⁵.

5.3.4. ARABULUCULUK SÜRECİNE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN VE ÇOCUĞUN KATILIMI

HUAK’da arabuluculuk sürecine üçüncü kişinin katılabileceği açık olarak düzenlenmesi de bazı hükümlerden hareketle dolaylı olarak çıkarılabilir. HUAK’ın Beyan ve Belgelerin kullanılamaması başlıklı 5’inci maddesinde, arabuluculuğa dahil olan üçüncü kişilerin de maddede sayılan beyan ve belgeleri belirtilen kapsamda kullanamayacağı belirtilmiştir⁶²⁶. Dolayısıyla hukukumuzda, arabuluculuk sürecine üçüncü bir kişinin katılımına izin verilmektedir⁶²⁷.

Sürece üçüncü bir kişinin dahil olabilmesine, her iki tarafın onayına bağlı olarak, sürece ve taraflar arasındaki iletişime katkı sağlamasının söz konusu olduğu ihtimallerde izin

⁶²⁴ Vigers, s. 35.

⁶²⁵ Kiesewetter/ Paul, Paul/ Kiesewetter (Eds.), s. 45.

⁶²⁶ Ayrıca bkz: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), md. 5.

⁶²⁷ Pekcanitez/ Özekes/ Akkan/ Korkmaz, s. 2836-2838.

verilmelidir⁶²⁸. Sürece üçüncü bir kişinin dahil olabilmesi, taraflar arasındaki eşitlik dengesinin bozulmaması şartına da bağlanmalıdır. Bu noktada arabulucunun üçüncü kişinin dahli konusunda bir değerlendirme yaparak, karar vermesi gerekmektedir⁶²⁹.

Türk hukukunda henüz uluslararası çocuk kaçırılmalarda uygulanmak amacıyla özel düzenlemelere yer verilmediğinden, çocuğun arabuluculuk sürecine katılımını düzenleyen bir hüküm de söz konusu değildir. Kanaatimizce, üçüncü kişinin sürece katılımı kapsamı içerisinde çocuğun da arabuluculuk sürecinde dinlenilebilmesi değerlendirilebilir. Çocuğun arabuluculuk sürecinde dinlenebilmesi, çocuğun mahkeme tarafından dinlenmesinin uygun bulunacağı zamanlarda mümkün olmalıdır⁶³⁰. Bir başka ifade ile arabulucular, uyuşmazlık mahkemeye gitmiş olsaydı, hâkimin çocuğu dinleyip dinlemeyeceği yönündeki kanaatlerine göre karar vermelidirler. Mahkemede çocuğun dinlenmeyeceği durumlarda, arabulucu tarafından da çocuğun dinlenmemesi gerekir. Ayrıca, arabulucu tarafından çocuğun dinlenmesinin ardından anlaşmanın sağlanamayıp dava sürecinin başladığı noktada, hâkimin çocuğu tekrardan dinlemesine gerek olmadığı kanaatindeyiz. Zira, arabuluculuk süreci de çocuğun iadesi ya da gönüllü çözümün sağlanabilmesi noktasında, La Haye Sözleşmesinde öngörülen sürecin parçasıdır. Arabulucu tarafından sadece çocuğun görüşünün bulunduğu belge hâkime ulaştırılmalıdır⁶³¹. Bu belge, HUAK'ın 5'inci maddesinde yer alan kullanılması yasak beyan ve belgeler arasına da değerlendirilmemelidir. Böylece çocuğun birden çok kez dinlenmesinin ve bazen, ikinci kez anne veya babasına iadesi konusunda seçim yapma ihtimalinin önüne geçilmiş olacaktır.

5.3.5. HUAK'A GÖRE AİLE İÇİ ŞİDDET İDDİASININ VARLIĞI HALİNDE ARABULUCULUK

Türk Hukuku açısından aile içi şiddet iddiasını içerisinde bulunduran bir uyuşmazlıkta arabuluculuk uygulanamaz. HUAK'ın amaç ve kapsamını belirten 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasında arabuluculuğa elverişli alanlar düzenlenirken, yabancılik unsuru taşıyan

⁶²⁸ Kısmet Kekeç, s.167.

⁶²⁹ Mediation Guide, s. 70.

⁶³⁰ Aynı görüşte bkz: Vigers, s. 87.

⁶³¹ Benzer bir yaklaşım için bkz: Vigers, s. 89.

uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, aile içi şiddetin söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuğun uygulanamayacağı kabul edilmiştir⁶³².

HUAK alt komisyon raporunda ise “*Bununla birlikte arabuluculuk sırasında yapılan müzakereler, tarafların herhangi bir korku veya baskı altında kalmaması ve tarafların eşitliği prensibine dayanır. Yapılan araştırmalarda aile içi şiddet olaylarının varlığı, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi veya benzeri nedenlerin varlığı halinde, tarafların kendilerini güvende hissedemeyeceklerini ve eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceğini göstermektedir. Bu nedenle aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı düşünülmektedir.*” ifadeleri ile aile içi şiddet içeren uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamı dışında bırakılmasının nedeni açıklanmıştır⁶³³.

Bu gerekçe, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Mart 2013 tarihinde yayınlanan Arabuluculuk Etik Kuralları’na⁶³⁴ göre, arabulucu, taraflar arasında eşitliği sağlamalı (E.K. md. 1/3), sürecin suç işlenmek amacıyla kullanıldığını gördüğü durumlarda sürece son vermelidir (E. K md. 8/7). Bununla birlikte taraflardan birinin, süreci, ihtilâflı konuları ve uzlaşma seçeneklerini kavramakta güçlük çektiğini veya arabuluculuğa katılmakta zorlandığını fark ettiği durumda arabulucu, bu kişiye yardımcı olmalı ve başarısız olması durumunda süreci sonlandırabilmelidir (E.K. md. 8/8)⁶³⁵. Dolayısıyla arabulucunun, arabuluculuk görevini meslek kurallarına uygun yerine getirebilmesi sağlandığı takdirde, alt komisyon raporunda belirtilen endişeler bertaraf edilmiş olacaktır. Böylece aile içi

⁶³² Kanunun ifadesi gereğince sadece taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular üzerinde yani sulh olarak sonuçlandırabilecekleri konular için arabuluculuk yolunu seçebileceklerdir: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486)”, Sıra Sayısı 233, Madde Gereççeleri, (E.T.: 26.01.2017), md. 1, s. 7, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tasariasamaları/kanunlasan/2012yili/kanmetni/6325ss.pdf>; Bilge, Işıktaç (Eds), s. 105.

⁶³³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486), s. 26; Kısmet Kekeç, s. 97 vd.

⁶³⁴ Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi Ve Arabulucular İçin Model Etik Ve Uygulama Kuralları Mart – 2013, (E.T.: 26.01.2017), http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html. Çalışmamızda bundan sonra Arabuluculuk Etik Kuralları, E.K. kısaltması ile kullanılacaktır.

⁶³⁵ Türkiye Arabuluculuk Kurulu Arabuluculuk Sistemi Ve Arabulucular İçin Model Etik Ve Uygulama Kuralları Mart – 2013. http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html

şiddet durumunda da, taraflar arasındaki eşitlik sağlanarak, mağdur eşin tekrardan zarar görmesi ve sürece dahil olabilme korkusunun önüne geçilebilmektedir⁶³⁶.

HUAK'a yönelik bir diğer eleştiri ise, aile içi şiddet kavramının içeriğinin çok geniş olmasına yöneliktir. Aile içi şiddet ifadesi, fiziksel şiddetin dışında sözlü, ekonomik, psikolojik gibi şiddet türlerinin tümünü içerisinde barındırmakta olan ve aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların neredeyse tamamında mevcut olan şiddet türüdür. Dolayısıyla bu yaklaşımla, aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda arabuluculuk yolu tamamen kapatılmaktadır⁶³⁷.

Esasen HUAK'ın 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasından anlaşılması gereken, sadece fiziksel şiddetin var olduğu uyuşmazlıkların arabuluculuğa kapalı olmasıdır⁶³⁸. HUAK'ın bu şekilde anlaşılması, CMK'da yer alan uzlaşma kavramı ile de örtüşür⁶³⁹. Ceza hukukunda uzlaşma, şüphelinin bir edimi yerine getirmeyi, mağdur veya suçtan zarar görenin bu edimi kabul etmesi ile soruşturma aşamasında kovuşturmayaya yer olmadığı veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kovuşturma aşamasında ise, davanın düşmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını sağlaması sonucunu doğuran bir müessesedir⁶⁴⁰. Diğer bir ifade ile uzlaşma, uyuşmazlığın mahkeme dışında mağdurun zararının giderilmesi suretiyle adil bir şekilde sonuçlandırılmasıdır⁶⁴¹. HUAK'ın 17/1 maddesi hükmünde, suçun uzlaşmaya elverişli olmaması, arabuluculuğu sona erdiren bir neden olarak görülmüştür⁶⁴². Dolayısıyla uzlaşmaya elverişli olan bir uyuşmazlık arabuluculuğa da elverişli olabilecektir. Ancak aile içi şiddet ifadesinin geniş yorumlanması, CMK ile HUAK arasında bir uyumsuzluğun oluşmasına sebep olmaktadır. Örneğin hakaret suçu CMK gereğince uzlaşmaya tabi bir suç iken, hakaretin yaşandığı aile hukukundan kaynaklanan

⁶³⁶ Demir Şamil, "Arbuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi" *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, 213-228, s. 219

⁶³⁷ Bilge, Işıқтаç (Ed.), s. 105.

⁶³⁸ Bilge, Işıқтаç (Ed.), s. 105.

⁶³⁹ Uzlaşmaya ilişkin olarak bkz: Centel, Nur/ Zafer Hamide, "Ceza Muhakemesi Hukuku" Beta, 2015, s.510 vd.; Şahin Cumhuriyet/ Göktürk Neslihan "Ceza Muhakemesi Hukuku-II" Seçkin, 2016, s. 204.

⁶⁴⁰ Üzülmüş, İlhan/ Koca, Mahmut, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler", 2015, s. 577; Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Kırıt Saygılar, Yasemin F./ Özaydın, Özdem/ Akcan Alan, Esra/ Erden, Efser, "Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku- Ders Kitabı, 2014, s. 63 vd.; Şahin, Cumhuriyet, "Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ceza Muhakemesi Hukukuna Giriş, Ceza Muhakemesi Şartları, Ceza Muhakemesi Süjeleri, Koruma Tedbirleri", 2014, s. 91, 92.

⁶⁴¹ İpek, Ali İhsan/ Parlak, Engin, "İçtihatlarla Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma", 2009, s. 3.

⁶⁴² MADDE 17 – (1) Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona erer:
d) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi.

bir uyuşmazlığın HUAK'ın 1'inci maddesi sebebiyle arabuluculuk yoluyla çözülmesi mümkün olmayacaktır⁶⁴³.

Ceza hukukunda uzlaşmaya tabi suçlar, şikâyete bağlı suçlar, suçun şikâyete bağlı olduğuna bakılmaksızın CMK'nın 253'üncü maddesinde sayılan suçlar ve özel kanunlarda uzlaşmaya gidileceği konusunda açık hüküm bulunan suçlar olarak sayılmıştır⁶⁴⁴. Uzlaşmada amaç mağdurun uğradığı zararı gidermek olduğundan özür dileme, malın aynen iadesi veya ikamesi, mağdurun iş yerinde ya da belirli bir kamu hizmetinde çalışması gibi edimler uzlaşma amacıyla gerçekleştirilebilecektir⁶⁴⁵. TCK'nın 234'üncü maddesinde yer alan Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması başlıklı uluslararası çocuk kaçırmaları da kapsayan hüküm uzlaşma kapsamında yer almaktadır (CMK md 253/ 1(b)-4)⁶⁴⁶. Cezaî boyutu dahi uzlaşma kapsamında değerlendirilen uluslararası çocuk kaçırmaların, hukukî boyutu da arabuluculuk kapsamında değerlendirilmelidir. Hatta ceza hukukunda yer alan uzlaşma kurumu ile cezaî meselelerin uzlaşma kurumuna dönüştürüldüğü bile iddia edilmektedir⁶⁴⁷. Dolayısıyla fiziksel şiddetin söz konusu olmadığı hallerde, ceza hukukunda uzlaşmanın öngörüldüğü gibi medenî hukuk alanında da arabuluculuğun uygulanabilirliği önünde bir engel olmamalıdır.

Bununla birlikte 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun'un 7'inci maddesinde hâkimin tarafları sulhe teşvik edeceği, bu teşvik sonucu sulhün sağlanamaması durumunda ise esas hakkında kararın, hâkim tarafından verileceği

⁶⁴³ Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, s. 126.

⁶⁴⁴ CMK, R.G. 04.12.2004, md.253: (1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

⁶⁴⁵ Eryılmaz, Mesut Bedri, "Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri", 2012, s. 345.

⁶⁴⁶ Taşpolat Tuğsavul, s.181-183.

⁶⁴⁷ İpek/ Parlak, s. 4.

belirtilmiştir. Bir görüşe göre, maddede ifade edilen, gerektiğinde uzmanlardan da yardım olarak sulhe teşvik düzenlemesinin bir arabuluculuk faaliyeti olduğu yönündedir⁶⁴⁸. Dolayısıyla bu hüküm uyarınca, aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk yoluna başvurulabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Uluslararası çocuk kaçırmalarda aile içi şiddet vakaları nadir görülmeyip, bazı çocuk kaçırma olaylarının da sebebini oluşturmaktadır⁶⁴⁹. Aile içi şiddet olaylarının ve iddialarının sıklıkla yaşadığı aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklardan olan uluslararası çocuk kaçırmalarda, şiddet iddiasının var olduğu tüm uyuşmazlıklarda HUAK gereğince arabuluculuk yoluna başvurulamaması hem La Haye Sözleşmesine, hem de 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun'un 7'inci maddesine aykırı olacaktır.

Kanaatimizce, uluslararası çocuk kaçırmalar açısından değerlendirildiğinde, ebeveynler arası yaşanan şiddet olaylarının çocuğun menfaatini olumsuz etkileyecek bir sonuca yol açması engellenmelidir. Şiddete uğrayan ebeveyn, eşin şiddetinden kurtulmak ve çocuğundan ayrılmamak adına çocuğu ile birlikte kaçma yolunu tercih etmektedir⁶⁵⁰. Bu noktada çocuğun iadesine ilişkin meselenin, şiddet iddiasının varlığı ihtimalinde dahi arabuluculuk ile çözümü mümkün olmalıdır. Çocuğun iadesi meselesi, eşlerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular arasında yer almaktadır⁶⁵¹. Ayrıca arabuluculuk, ileriye dönük ilişkileri devam edecek kişiler arasında gerçekleştirilecek bir yöntemdir⁶⁵². Anne ve babanın çocukları olması dolayısıyla ilişkilerinin sona ereceği düşünülebilecek bir olasılık değildir. İlişkileri ileriye dönük olarak devam edecek anne ve babanın, çocuklarının iadesi konusunda ortaklaşa karar vermelerine bu açılarından engel olmamak gerekir.

Şiddet iddiasının varlığının arabuluculuğa engel olup olmayacağı tespitini arabulucu, sürecin başında yapmalıdır⁶⁵³. Bu yöntem, Reunite Pilot Projesinde uyuşmazlığın,

⁶⁴⁸ Tanrıver, s. 173; Tuğsavul, s. 82; Kısmet Kekeç, s. 100-101.

⁶⁴⁹ Mediation Guide, s. 73.

⁶⁵⁰ Mediation Guide, s. 73.

⁶⁵¹ İade hususu çocuğun koruma hakkına karar verilmesi ya da şahsî ilişki kurulması gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf etmesi imkânın olmadığı uyuşmazlıklar değildir. Aynı yönde bkz: Bozdağ, s. 65; Bilge, Işıktaç (Ed.), s. 104-107; Kaplan Güler, s. 177; Şanlı, Cemal, "Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi" (Velâyet), *MHB*, Y. 16, S. 1-2, 1996, s. 76-78, (71-82).

⁶⁵² Arabuluculuğun taraflar açısından olumlu yönleri için bkz: Yazıcı Tıktık, s. 12.

⁶⁵³ Mediation Guide, s. 47.

arabuluculuğa uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde kullanılmıştır⁶⁵⁴. Arabuluculuk süreci başlamadan ilk olarak arabulucu ile taraflar arasında ikili görüşmeler yapılarak eşler arasında yaşanan şiddetin arabuluculuğu etkileyecek yoğunlukta olup olmadığı değerlendirilmelidir⁶⁵⁵. Bu değerlendirmelerden olumsuz sonuçlar çıkması durumunda, doğrudan bu uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmadığı sonucuna varılmamalıdır. Zira daha önce ifade edildiği gibi, bu ihtimalde, tarafların güvenliğinin sağlanabilmesi adına, online iletişim araçlarının kullanılması ya da bireysel oturumlar gerçekleştirilerek sürecin yürütülmesi yolu düşünülebilir. Eşler arasında iletişimin telefon ya da video konferans yoluyla sağlanması ihtimalinde şiddete uğrayan eş, düşüncelerini korkmadan dile getirebileceğinden eşler arasında bir güç dengesizliği olabileceği endişesi de yersiz olacaktır.

Türk hukukunda arabuluculuk sürecine bakıldığında⁶⁵⁶, HUAK'ın 15/2 maddesi gereğince, süreç hakkında öncelikli olarak karar vermeye yetkili kişiler, taraflardır. Tarafların, sürecin işleyişine ilişkin bir karar vermemesi durumunda ise, 15/3 maddesi uyarınca arabulucu, uyuşmazlığa ve taraflara uygun olacak arabuluculuk usul ve esaslarını belirleyerek süreci yürütecektir. Ayrıca HUAK 15/1 maddesi hükmü gereği, arabulucu, seçilmesinden kısa bir süre sonra tarafları ilk toplantıya davet edecektir. Bu oturumda arabulucu taraflara, rolünü ve sürecin nasıl işleyeceğini açıklayarak genel bir bilgi verme suretiyle aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmektedir⁶⁵⁷. Bir diğer ortak oturum ise, süreç sona ermeden sürecin genelini değerlendirildiği sonuç aşamasında gerçekleştirilen oturumdur⁶⁵⁸. Bu yöntemin bir sakıncası olmamakla birlikte, uluslararası çocuk kaçırma vakalarında ayrıca bir ön görüşme oturumunun yapılması da uygun olur.

Bu ön görüşmede arabulucu tarafların her biri ile bireysel olarak görüşerek uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığını değerlendirecektir⁶⁵⁹. Zira uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların her biri, arabuluculuğa uygun olmayabilir. Taraflarla bireysel olarak yapılabilecek bu ilk oturumda arabulucu, tarafların arabuluculuk

⁶⁵⁴ Reunite Pilot Scheme, s. 8.

⁶⁵⁵ Reunite Pilot Schime, s. 13.; Mediation Guide, s. 47 vd.

⁶⁵⁶ Arabuluculuk süreci aşamaları için bkz: Taşpolat Tuğsavul, s. 177 vd.,

⁶⁵⁷ Tuğsavul, s.177-178, Kısmet Kekeç, s. 172-173

⁶⁵⁸ Kısmet Kekeç, s.173

⁶⁵⁹ Bu öneriye ilişkin bkz: Mediation Guide, s. 47 vd. Ön görüşmeye ilişkin olarak bkz: Kiesewetter/ Paul, Paul/Kiesewetter (Eds.), s. 43.

konusunda istekli olup olmadığı, aile içi şiddetin varlığı, şiddetin varlığı durumunda mağdurun arabuluculuk sürecinde kendisinin ve çocuğun menfaatine ilişkin görüşlerini dile getirebilme konusunda çekingen bir tutum sergileyip sergilemeyeceği veya eşlerin ortak bir anlaşma oluşturabilmek adına bir arada olabilmeye tahammülleri olup olmadığı konularını değerlendirebilecektir⁶⁶⁰. Dolayısıyla şiddet mağduru ebeveyn, bu bireysel görüşmede sürecin başında, bağımsız ve tarafsız konumdaki arabulucuya tüm endişelerinden bahsedebilecektir. Arabulucu da, bu görüşmeler sonucunda arabuluculuk sürecinin yürütülmesinin mümkün olup olmadığı konusunu ve güvenlik tehlikesinin var olup olmadığını değerlendirerek, birlikte yapılacak oturumlara ilişkin gerekli güvenlik tedbirlerini alabilecektir.

Türk Hukuku açısından bakıldığında HUAK Yönetmeliği'nin Gizlilik başlıklı 6'ncı maddesinde “*Arabuluculuk faaliyeti sırasında fotoğraf çekilemez, ses ve görüntü kaydı yapılamaz*” hükmüne yer verilmiştir. HUAK'ın 15/3 maddesi hükmünde ise, taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucunun, uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini göz önünde bulundurarak arabuluculuk faaliyetinin usûl ve esaslarını belirteceği düzenlenmiştir. Arabulucu, eşler arasında önceden yaşanan bir şiddet söz konusu ise, mağdurun isteği ve uyuşmazlıktaki yoğunluğa bakarak, sürecin telefon, video konferans gibi iletişim araçları ile yürütülmesine karar verebilir.

Online olarak arabuluculuk sürecinin yürütülmesine karar verildiği uyuşmazlıklarda, arabulucunun süreç içerisindeki beyan ve belgeleri gizli tutması, bu belge ve beyanların mahkemelerde dikkate alınmaması kuralları gizlilik ilkesi kapsamında genel olarak tüm dünyada kabul edilmiş ilkelerdir. Türk hukukunda da HUAK'ın 4 ve 5'inci maddelerinde güvence altına alınmıştır. İlâveten Türk hukukunda 4'üncü maddenin ikinci fıkrasında aksi kararlaştırılmadıkça gizlilik ilkesinin tarafları da bağladığı belirtilmektedir⁶⁶¹. Dolayısıyla arabuluculuğun yüz yüze veya bir takım iletişim araçlarının kullanılması yoluyla online olarak yürütülmesi durumlarında, gizlilik yükümlülüğü hem taraflar hem de arabulucular tarafından devam edecektir.

Aile içi şiddet iddiasının var olduğu uluslararası çocuk kaçırımlarda, çocuğun iadesi meselesinin arabuluculuk yoluyla çözülmesi, Türkiye'nin taraf olduğu La Haye

⁶⁶⁰ Bu konuya ilişkin bkz: Reunite Pilot Scheme. Ayrıca bkz: Bozdağ (Red Nedenleri), s. 97; Mediation Guide, s. 47, 48.

⁶⁶¹ Kısmet Kekeç, s. 80; Taşpolat Tuğsavul, s. 136.

Sözleşmesinin 7 ve 10'uncu hükümlerinde ön görülen uyuşmazlığın gönüllü çözülmesi yükümlülüğünü yerine getirmesi ve Sözleşmeye taraf ülkeler arasında yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi açısından faydalı olacaktır. Zira taraf devlet uygulamalarında, aile içi şiddet iddiasının varlığına rağmen arabuluculuk sürecinin işletildiği görülmektedir. İlaveten Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde ve Reunite Pilot Projesinde de aile içi şiddetin arabuluculuğa engel olmadığı belirtilmiştir⁶⁶².

⁶⁶² Bölüm I, 4, 4.2., 4.2.2, 4.2.2.10.

SONUÇ

Çocukların hukuka aykırı olarak kaçırılması veya alıkonulmasının önüne geçebilmek adına uluslararası alanda çalışmalar yapılarak, kaçırma ya da alıkoyma vakaları sonrasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünün gerçekleştirilebilmesi amacıyla, uluslararası alanda iş birliğinin gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir.

Bu hedefleri gerçekleştirmek için, 1980 tarihinde uygulamaya konulan, La Haye Sözleşmesi ile çocuğun kaçırılması ya da alıkonulması sonrasında bir an önce mutad meskenine iadesinin sağlanarak, çocuğun üstün menfaatinin korunması amaçlanmıştır. Sözleşme, çocuğun üstün menfaati olan, kaçırılma öncesi mutad meskenin yer aldığı akid devlete çocuğun mahkeme yoluyla iadesini düzenlediği gibi, mahkeme yoluna gidilmeksizin, ebeveynlerin her ikisini de tatmin edecek bir anlaşma ile uyuşmazlığın gönüllü çözülebilmesine de imkân tanımıştır.

Uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların mahkemeye gidilmesizin, tarafların karşılıklı anlaşması yoluyla çözüme kavuşturulmasını sağlamakta taraf devletlere yol gösterici olmak ve yeknesak bir uygulama amacıyla, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu tarafından, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi hazırlanmıştır. Sözleşme kapsamında, çocuğun isteyerek iadesi ya da dostane uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çocuğun iadesinin sağlanmasında gerekli tüm yollar kullanılabilmesi belirtilmiş olduğundan, uyuşmazlıkların alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının herbiri kullanılarak çözülebilmesi, mümkündür. Ancak tüm dünyada, aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yöntemi yaygın olarak kullanıldığından, Daimî Büro tarafından alternatif yollarla uyuşmazlığın çözümünde, arabuluculuk sürecinin işletilmesine öncelik verilmiştir.

La Haye Sözleşmesine taraf olan ülkemizde de, Sözleşmenin uygulanabilmesi için çıkarılan 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununda, çocuğun kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi ya da taraflar arasındaki sulh anlaşmasıyla uyuşmazlıkların çözülebileceği belirtilmiştir. Çalışmamızın özünü de oluşturan uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların La Haye Sözleşmesi kapsamında, arabuluculuk yoluyla çözümüne ilişkin bazı sonuçlara ulaşılmış bulunmaktayız.

5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununun 5/1(c) maddesinde, çocuğun mutad meskenine iadesinin sağlanabilmesi için öncelikle rıza ile iadenin ya da sulh yoluyla çözüm denemesi gerektiği belirtildiğinden, Türk hukukunda uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde mahkeme öncesinde, tarafların arabuluculuğa teşvik edilmesi gerektiği açıktır. Ancak arabuluculuk süreci gönüllü bir süreç olduğundan, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığı çözüp çözmeme konusundaki kararı taraflar alacaktır. Mahkeme öncesinde öngörülen ihtiyarî arabuluculukta başarının sağlanamaması ihtimalinde ise, mahkeme yolu ile iade prosedürünün başlatılması mümkündür. Mahkeme aşamasında da hâkim, uyuşmazlığın esasına girmeden evvel tarafları sulhe teşvik edeceğinden, bu aşamada da yine ihtiyarî arabuluculuk modelinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Kanunda, hâkimin esasa girmeden evvel tarafları sulhe teşvikinin zorunlu olması gerektiği belirtilmişse de mahkeme aşaması öncesinde, çocuğun iadesi amaçlı arabuluculuk denemesi yapıldığından, esasa girmeden evvel yapılacak teşvik, hâkimin takdirine bırakılmalıdır. Zira mahkeme yargılaması öncesinde arabuluculuk denemesi yapılmış olduğundan, süreç içerisinde ikinci bir arabuluculuk denemesinin yapılmasının faydalı olup olmayacağı hususunun, bu teşvikle birlikte değerlendirilebilir olması gerekmektedir.

5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununda yer alan, sulhe teşvik ve gönüllü iadenin sağlanabilmesi ifadeleri, Sözleşme kapsamında arabuluculuğun uygulanmasının Türk hukukundaki kanunî dayanaklarını oluşturmaktaysa da, Türkiye’de çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülebilmesi hakkında özel bir yasal düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple arabuluculuğu düzenleyen HUAK, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünde de kullanılacak kanundur. Ancak Türkiye’de, birden fazla dil, kültür, hukuk sistemi ve vatandaşlığın dahil olduğu uluslararası çocuk kaçırmalar bakımından, Sözleşmenin yeknesak uygulamasının sağlanabilmesi amacıyla, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde tavsiye edilen ve taraf devletlerde de uygulanan bazı hususların dikkate alınarak, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların niteliğine uyan özel bir düzenlemenin yapılması, taraf devlet olarak Sözleşmede öngörülen yükümlülükleri tam anlamıyla yerine getirebilmek adına uygun olacaktır.

Sözleşmenin uygulamasında genel kabul gören, arabuluculuk sürecinin iki arabulucu tarafından yürütülmesidir. Bu noktada süreç içinde ebeveynlerin kendilerini eşit

hissedebilmesi adına, arabulucuların tarafların vatandaşlığında olması gerektiği kabul edilmiştir. Ayrıca arabuluculardan birinin hukukçu olması şartı aranırken bir diğerinin, sosyal psikoloji alanında uzman olması şartı da aranmaktadır. Ancak HUAK kapsamında Türkiye’de arabuluculuk yapabilecek kişiler, arabuluculuk siciline kayıt olmuş kişilerdir. Arabuluculuk siciline kayıt şartları arasında ise, Türk vatandaşı olmak ve hukuk fakültesi mezunu olmak hususları yer almaktadır. Bu sebeple Türkiye’de arabulucuların seçimi hususunda, uyuşmazlığın niteliğine uygun olacak şekilde ve taraf devletlerle yeknesak bir arabuluculuk uygulanmasını öngörecektir nitelikte kanunî düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

Koruma hakkı ve şahsî ilişki kurma hakkına ilişkin meseleler Türk hukukunda arabuluculuğa uygun uyuşmazlıklar olarak kabul edilmemektedir. Ancak Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberinde ve taraf ülke uygulamalarında bu hususların arabuluculuğa uygun uyuşmazlıklar olduğu açıkça kabul edilmektedir. Bu amaçla, Türk hukukunda kabul edilen koruma hakkı ile şahsî ilişki kurma hakkının, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği hususlardan olduğu yönündeki kabulün, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların özel nitelikleri göz önüne alınarak değiştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, henüz bir uygulaması olmamakla birlikte eşler arasında daha önce aile içi şiddetin yaşanmış olması, uluslararası çocuk kaçırmalarda arabuluculuğun işletilmesine engel bir durum olarak görülmemelidir. Zira ebeveynlerin çocuğu gönüllü olarak iade edip etmeyeceği hususu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular arasında yer almaktadır.

HUAK’ta, arabulucunun seçilmesinin ardından tarafların ilk toplantıya davet edileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenleme de, uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yolu ile çözülmesi aşamasında yeterli değildir. Uluslararası çocuk kaçırmalarda, ilk toplantı öncesinde taraflarla arabulucunun bireysel olarak yapacakları bir hazırlık toplantısına ihtiyaç duyulmaktadır. Arabulucu, taraflarla yapılan bu hazırlık görüşmesinde, onların duygularını izleyerek, uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olup olmadığına karar verebilecektir. Bu sebeple HUAK’ın arabulucunun seçilmesinin hemen ardından tarafları toplantıya çağıracağı yönündeki hükmü, uluslararası çocuk kaçırmadan doğan uyuşmazlıkların niteliğine uygun düşmemektedir.

HUAK'da yer alan, uyuşmazlıklarının çözümünde görev alacak arabulucuların eğitimine ilişkin hükümler, birden fazla kültürü ve hukuk sistemini ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümünde görev yapacak arabulucuların yetiştirilebilmesi için yeterli değildir. Zira uluslararası çocuk kaçırmalar kapsamında işletilecek arabuluculuk sürecinde arabulucuların, La Haye Sözleşmesine ilişkin ve farklı hukuk sistemleri hakkında yeterli bilgi sahibi olması gerektiği gibi, farklılıklara toleransı yüksek kişiler de olması gerekmektedir.

Son olarak, 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırma Kanununda, merkezî otoritelere, tarafları arabuluculuğa teşvik ödevi verilmiştir. Uygulamada merkezî otorite görevini yerine getiren Cumhuriyet savcılarını ise, iade amacıyla mahkemeye gidilmesinin yaratacağı olumsuzlukları hatırlatma suretiyle teşvik görevini gerçekleştirmektedir. Bunun arabuluculuğa teşvik olmadığı açıktır. Bu sebeple merkezî otoritelerce arabuluculuğa teşvik hususunun da, ayrıntıları ile düzenlenmesine ihtiyaç vardır.

Yukarıda bahsedilen tüm olumsuz durumların giderilebilmesi, Sözleşmede öngörülen uluslararası çocuk kaçırmalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi sürecinin ülkemizde etkin bir şekilde işletilebilmesi, Sözleşmenin bu konuda öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi ve taraf devlet uygulamaları ile yeknesaklık sağlanabilmesi amacıyla, uluslararası çocuk kaçırmalardan doğan uyuşmazlıkların özel niteliklerine uygun düşecek şekilde bir mevzuat düzenlemesi yapılması, Türkiye açısından kaçınılmaz bir zorunluluğu oluşturmaktadır. Bu kapsamda Türkiye'nin, 5717 sayılı kanunda öngördüğü arabuluculuk sürecinin işlerliğini sağlayabilmek adına, Arabuluculuğa Dair Doğru Uygulama Rehberi, yürütülen pilot projeler ve taraf ülke uygulamalarını inceleyerek Sözleşme ile uyumlu bir arabuluculuk düzenlemesi yapması gerekmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

GENEL ESERLER

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Ayvaz Taşpınar, Sema, “Medenî Usul Hukuku”, Ankara 2016.

Ateş, Mustafa, “HMK Yargıtay İlke Kararları 1. Cilt HMK m. 1-165”, Ankara 2014.

Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır, “Milletlerarası Özel Hukuk”, İstanbul 2016.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper “Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku”, İstanbul 2016.

Ercan, İsmail, “Medenî Usul Hukuku”, İstanbul 2014.

Erdoğan Ersin/ Erzurumlu Nurbanu, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı” *SETA*, 2016.

Eryılmaz, Mesut Bedri, “Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri”, Ankara 2012.

Hatemi, Hüseyin/ Kalkan Oğuztürk, Burcu, “Aile Hukuku”, İstanbul 2014.

Kuru, Baki, “Medenî Usûl Hukuku”, İstanbul 2016.

Nomer, Ergin, “Devletler Hususî Hukuku Kanunlar İhtilafı Hukuku-Milletlerarası Usûl Hukuku - Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, İstanbul 2015.

Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma, Özge/ Kırıt Saygılar, Yasemin F./ Özyayın, Özdem/ Akcan Alan, Esra/ Erden, Efser, “Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku- Ders Kitabı, Ankara 2014.

Pekcanitez Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, “Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı”, Ankara 2016.

Pekcanitez Hakan/ Özekes, Muhammet/ Akkan, Mine/ Korkmaz Taş, Hülya, “Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku”, İstanbul 2017.

Şahin, Cumhuri, “Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ceza Muhakemesi Hukukuna Giriş, Ceza Muhakemesi Şartları, Ceza Muhakemesi Süjeleri, Koruma Tedbirleri”, Ankara 2014.

Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman Figanmeşe, İnci, “Milletlerarası Özel Hukuk”, İstanbul 2016.

Tanrıver, Süha, “Medenî Usûl Hukuku Cilt-I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması” (Medenî Usûl), Ankara 2016.

Tekinalp, Gülören/ Uyanık, Ayfer, “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, İstanbul 2016.

Üzülmez, İlhan/ Koca, Mahmut, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara 2015.

MONOGRAFİLER

Akıncı Ziya, “Milletlerarası Tahkim”, İstanbul 2016.

Akıncı, Ziya/ Demir Gökyayla, Cemile, “Milletlerarası Aile Hukuku”, İstanbul 2010.

Akyol Aslan, Leyla, “Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat”, Ankara 2011.

Altuntaş, İlknur, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi”, Ankara 2006.

Arslan, İlyas, “Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı”, İstanbul 2014.

Bozdağ, Gonca Gülfem, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri” (Red Nedenleri), Ankara 2014.

Bühning-Uhle, Christian/ Kirchhoff, Lars/ Schrerer, Gabriele, “Arbitration and Mediation in International Business, 2.edition, 2006.

Giray, Faruk Kerem, “Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi”, İstanbul 2010.

Ildır, Gülgün, 2001, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler)”, *Doktora*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.

İpek, Ali İhsan/ Parlak, Engin, “İçtihatlarla Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”, Ankara 2009.

Kaplan Güler, Beyhan, “Boşanmanın Hukukî Sonuçlarında Arabuluculuk”, İstanbul 2014.

Kısmet Kekeç, Elif “Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler”, Ankara 2016.

Lee, Joel/ Hwee, Teh Hwee; “An Asian Perspective on Mediation”, Singapore 2009.

Moore, Christopher W., “The Mediation Process- Practical Strategies For Resolving Conflict”, United States of America 2016.

Önen Ergun, “Medenî Yargılama Hukukunda Sulh”, Ankara 1972.

Özbek, Mustafa Serdar, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara 2009.

Özmunçu, Seda, “Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul 2013.

Stark, Barbara, “International Family Law an Introduction” England 2014.

Şanlı, Cemal, “Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, İstanbul 2016.

Tuğsavul Taşpolat, Melis, “Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)”, Ankara 2012.

Vigers, Sarah, “Mediating International Child Abduction Cases- The Hague Convention”, Oregon 2011.

Yazıcı Tıktık, Çiğdem, “Arabuluculukta Gizliliğin Korunması”, İstanbul 2013.

Yeşilirmak, Ali, “Türkiye’de Ticarî Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İstanbul 2011.



MAKALELER

Andrea, M. Braeutigam, “What I Hear You Writing Is... Issues in ODR: Building Trust and Rapport in the Text-Based Environment”, *University Of Toledo Law Review*, Vol. 38, Fall 2006, (101-123).

Alanen, Julia, “When Human Rights Conflict: Mediating International Parental Kidnapping Disputes Involving the Domestic Violence Defense”, *University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 40, 2008, (49-108).

Alexander, Nadj, “What's Law Got To Do With It? Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions”, *Bond Law Review*, Article 5, 2001, (1-29).

Arcaro, Timothy L., “Creating a Legal Society in the Western Hemisphere to Support the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction” *The University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 40, No. 1, Fall 2008, (109-138).

Arsdale, Suzanne Van, “User Protections in Online Dispute Resolution”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 21, 2015, (107-142).

Ataman Figanmeşe, İnci, “Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukukî Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, *Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, MHB*, İstanbul, 1999, (55-100).

Aytaç, Mehlika, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin Uygulanması ve Karşılaşılan Sorunlar”, *Adalet Dergisi*, Yıl 96, S. 20, Eylül 2004, (34-65).

Bensley, Norman, “Online Dispute Resolution”, *Tort Source*, Vol. 6, No. 4, 2004, (6-7).

Bilge, M. Turgay, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı” *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu-I* içinde, Işıқтаç, Yasemin (Eds), 2014, (93-114).

Bozdağ, Gonca Gülfem, “Arabuluculuk Ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XX, 2016, S. 1, (101-136).

Bucher, Andreas, “The New Swiss Federal Act on International Child Abduction”, *Journal of Private International Law*, Vol. 4, No. 2, 2008, (139-165).

Bulur, Alper, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler” *09 Ocak 2014 Ankara Barosu VIII. Uluslararası Hukuk Kurultayı Arabuluculuk Ve Diğer Uzlaşma Yöntemleri Çalıştayı-25 Ocak 2014 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Paneli*, 2014.

Carl, Eberhard/Walker, Jamie, “Mediation in Action”, in *Cross-Border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Paul, Christoph C./ Kiesewetter, Sybille (Eds.), 2014, (75-93).

Clark, Eugene/ Cho, George/ Hoyle, Athur, “Online Dispute Resolution: Present Realities, Pressing Problems and Future Prospects” *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 17, Issue 1, March 2003, (7-26).

Cheatham, Elliott E., “Availability Of Legal Services: The Responsibility Of The Individual Lawyer And Of The Organized Bar”, *Ucla Law Review*, Vol. 12: 438, 1965, (438- 463).

Cona, Frank A, “Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution”, *Buffalo Law Review*, Vol. 45, 1997, (975-999).

Çörtoğlu Koca, Sema, “Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel II-a Tüzüğü (AT 2201/2003)”, Özkan, Işıl/ Süral, Ceyda/ Tütüncübaşı, Uğur (Eds.) *Birliğı Devletler Özel Hukuku* içinde, 2016, (234-278).

Demircioğlu, Huriye Reyhan, “Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanabilirliğı” *TAAD*, Y. 6, S.23, Ekim 2015, (45-84).

Dittrich, Lalisa Froeder, “Promoting Voluntary Agreements in International Child Abduction Disputes: The Case of Brazil” *International Journal of Law, Policy and The Family*, 2015, (97–120).

Erdem, B. Bahadır, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Türk Hukukundaki Sorunları ve Çözümü”, Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliğı Çalıştayı, 1980 Tarihli La Haye Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması Semineri- Seminer Serisi-II, Şubat 2013, (4-22).

Ersen Perçin, Gizem, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinden Arabuluculuğun Hukuksal Düzenlemelerdeki Yeri” *MHB*, Y. 31, S. 2, 2011, (177-201).

Exon, Susan Nauss, “The Effects that Mediator Styles Impose on Neutrality and Impartiality Requirements of Mediation” *University Of San Francisco Law Review*, Vol.42, Winter 2008, (577-620).

Finan, Cara L., “Convention on the Rights of the Child: A Potentially Effective Remedy in Cases of International Child Abduction”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 34, (1007-1038).

Farquhar, Keith B., “The Hague Convention On International Child Abduction Comes To Canada” *Canadian Journal Of Family Law*, Vol 1, 1983, (5-48).

Gorczynski, Mediation Judge Dale/ Miller Wendy M., “Confidentiality in Small Claims” *Journal of Texas Consumer Law*, Vol. 7, No. 3, Summer 2004, (152-155).

Green, Eric D., “International Commercial Dispute Resolution: Courts, Arbitration, And Mediation – Introduction” *Boston University International Law Journal*, Vol. 15, (175-178).

Green, Eric D., “Corporate Alternative Dispute Resolution” (Corporate), *Journal On Dispute Resolution*, Vol. 1:2, 1986, (205-297).

Guion, Donna, “Domestic Violence and Mediation”, *Texas Wesleyan Law Review*, Vol. 15, Issue 3, Summer 2009, (545-554).

Halabi, Sam F., “The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Latent Domestic Relations Exception to Federal Question Jurisdiction”, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 2016, (692-739).

Hadimoğlu Özbek, Nimet, “Yeni Brüksel (II) Tüzüğü’nün Çocuk Kaçırmaya ve Çocuklarla Görüşme Hakkına İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış”, *Tuğrul ARAT’ a Armağan*, 2012, (593-628).

Holly, Joyce, “Mediation and Domestic Violence: Legislative Responses [comments]”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 14, Issue 2, 1997, (447-468).

Hutchinson, Campbell C., “The Case For Mandatory Mediation”, *Loyola Law Review*, 1996-1997, Vol 42, (85-91).

Ildır, Gülgün, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, (Hak Arama Özgürlüğü), Ankara 2004, (385-401).

Işıқтаç, Yasemin, “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkilemleri”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu-I* içinde, Işıқтаç, Yasemin (Ed.), İstanbul 2014, (53-76).

James Melamed, Divorce Mediation and the Internet, *MEDIATE.COM* (Jan. 2002), (E.T:14.01.2017) <http://www.mediate.com/articles/melamed9.cfm>

Kaplan, Yavuz, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, *MHB*, Yıl 28, S. 1-2, 2008, (115-146).

Kenworthy, Brian S., “The Un-Common Law: Emerging Differences between the United States and the United Kingdom on the Children's Rights Aspects of the Hague Convention on International Child Abduction”, *Indiana International & Comparative Law Review*, Vol. 12, Issue 2, 2002, (329-336).

Keshavjee, Mohamed, “Cross-border Child Abduction Mediation in Cases concerning Non-Hague Convention Countries”, Paul/ Kiesewetter (Eds), 2014, (95-114).

Kiesewetter, Sybille/ Paul Christoph C., “Family Mediation in International Context”, in *Cross-Border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Paul, Christoph C./ Kiesewetter, Sybille (Eds.), 2014, (37-55).

Kohler, Kaufmann Gabrielle/ Kun, Fan, “Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China”, *Journal of International Arbitration*, 25(4): 2008, (479–492).

Kucinski, Melissa A., “Creating a Successful Structure to Mediate International Parental Child Abduction Cases”, *American Journal Of Family Law*, Vol.26, No 2, Summer 2012, (81-85).

Kucinski, Melissa A., “The Pitfalls and Possibilities of Using Technology in Mediating Cross-Border Child Custody Cases” (Using Technology)”, *Journal Of Dispute Resolution*, Vol. 2010, No. 2, (297-325).

Kucinski, Melissa A., “The Delicate Art of Mediating International Parental Child Abduction Cases” (Art of Mediation), *Dispute Resolution Magazine*, Winter 2014, (18-22).

Lubin, Barbara E., “International Parental Child Abduction: Conceptualizing New Remedies Through Application of the Hague Convention” *Washington University Global Studies Law Review*, January, Volume 4, Issue 2, 2005, (415-445).

Loutocky, Pavel, “Online Dispute Resolution To ResolvemConsumer Disputes From The Perspective Of European Union Law: Is The Potential Of ODR Fully Used?” *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 10, Issue 1, 2016, (113-127).

Mast, Smetzer Kerri, “The Application Of The Fundamental Principles Exception Of The Hague Convention On The Civil Aspects Of International Child Abduction”, *Emory International Law Review*, 2003, Vol 17, (241-286).

Martin, Nuria Gonzales, “International Parental Child Abduction and Mediation Sustracción internacional de menores y mediación”, *Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XV, 2015, (353-412).

Milne, Ann, “Mediation-A Promising Alternative For Family Courts”, *Juvenile & Family Court Journal*, Vol. 42, Issue 2,1991, (61-74).

Minamikata, Satoshi, “Resolution of Disputes over Parental Rights and Duties in a Marital Dissolution Case in Japan: A Nonlitigious Approach in Chotei (Family Court Mediation)”, *Family Law Quarterly*, Vol. 39, Issue 2, Summer 2005, (489-506).

Moore, Kimberly A., “Forum Shopping in Patent Cases: Does Geographic Choice Affect Innovation”, *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, Vol. 83, August 2001, (558-603).

Morley, Jeremy D., “How to Win a Hague Convention Child Abduction Case”, (E.T: 22.12.2016),<http://www.international-divorce.com/How-to-Win-a-Hague-Convention-Child-Abduction-Case.htm>

Nebioğlu Öner, Şebnem, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması Ve Kısa Bir İçtihat Analizi”, *TBB Dergisi*, S. 111, Y. 26, 2014, (477-516).

Nehls, Kyra, “The Legal Framework of Child Abduction Cases”, in *Cross-Border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases*, Paul, Christoph C./ Kiesewetter, Sybille (Eds.), (19-36).

Niemeijer, Bert/ Pel, Machteld, “Court-Based Mediation in the Netherlands: Research Evaluation and Future Expectations”, *Penn State Law Review*, Vol. 110:2, 2005, (345-379).

Weiner, H. Merle, “International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence”, *Fordham Law Review*, Vol. 69, Issue, 2, 2000, (593-706).

Weiner, H. Merle, “Intolerable Situations and Counsel For Children”, *Amerikan Law Review*, Vol. 58, 2008, (335-403).

Wheeler, Laurel, “Mandatory Family Mediation and Domestic Violence”, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 26, Issue 3, Spring 2002, (559-574).

Özbay, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri” *EÜHFD*, C.X, S. 3-4, 2006, (459-475).

Özbek, Mustafa Serdar, “Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulaması” (Arabuluculuğun İlkeleri), *Özer Seliçi’ye Armağan*, Ankara 2006, (441-502).

Özbek, Mustafa Serdar, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Temel Çözüm Türleri Nelerdir?”, (Çözüm Türleri) *Ankara Barosu Dergisi*, 1999, S. 2-3, (187-204).

Özekes, Muhammet, “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önersi”, *Hukukî Perspektifler Dergisi*, S.7, 2006, (40-43).

Özmumcu, Seda, “Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış” (Sempozyum), *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu-I* içinde, Işıktaç, Yasemin (Ed.), İstanbul 2014, (33-42).

Öztatar, Hakan, “Genel Olarak Arabuluculuk”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I* içinde, Işıktaç, Yasemin (Ed.), İstanbul 2014, (9-19).

Öztürk Necla, “Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.31, 2015, (201-254).

Parkinson, Lisa, “Child-Inclusive Family Mediation” *Family Law*, June 2006, (483-488).

Paul, Christoph C./ Kiesewetter, Sybille (Eds), “Cross-Border Family Mediation International Parental Child Abduction, Custody and Access Cases”, 2014.

Pekcanitez, Hakan, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Tanıtımı” Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, *Türkiye Barolar Birliği*, 2007, (247-265).

Pekcanitez, Hakan, “Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı 11 Mart 2016 (Konferans)” *Türkiye Barolar Birliği*, (114-124).

Reynold, Sara, “International Parental Child Abduction: Why We Need To Expand Custody Rights Protected Under The Child Abduction Convention”, *Family Court Review*, Vol. 44 No. 3, July 2006, (464–483).

Riskin, Leonard L., “The Special Place Of Mediation In Alternative Dispute Processing”, *Alternative Dispute Resolution Symposium University Of Florida Law Review*, Vol. XXXVII, (19-27).

Scalise, David G./ Engels, Jeffrey E., “Alternative Dispute Resolutions: A Commercial Guide For Dispute Management”, *Advocates' Quarterly*, Vol. 53, 1988, (53-76).

Sevig, Vedat Raşit, “Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı” *İHFM*, C. LV, S. 3, 1997, (179-190).

Shulman, Paula, “Brazil's Legacy Of International Parental Child Abduction: Mediation Under The Hague Abduction Convention As A Solution”, *Cardozo J. Of Conflict Resolution*, Vol. 16, 2014, (237-263).

Schuz, Rhona, “The Hague Child Abduction Convention and Children's Rights Transnational Law&Contemporary Problem” *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 12, 2002, (393-452).

Schuz, Rhona, “The Doctrine Of Comity In The Age Of Globalization: Between International Child Abduction and Cross-Border Insolvency” (Globalization), *Brooklyn Journal of International Law*, 2014, (33-107).

Silberman, Linda, “The Hague Child Abduction Convention Turns Twenty: Gender Politics And Other Issues”, *International Law and Politic*, Vol. 33, 2000, (221-250).

Soysal, Tamer, “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, 2005, (203-242).

Splagounias, Gregory A, “International Law- International Child Abduction”, *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 18, Issue 2, 1995, (823-834).

Steward, Priscilla, “Access Rights: A Necessary Corollary to Custody Rights Under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 21:308, 1997-1998, (308-358).

Stranko, Major W. A., “International Child Abduction Remedies”, *The Army Lawyer*, 1993, (28-64).

Sungurtekin- Özkan, M., “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi” *Legal Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2005/2, (353-369).

Şanlı, Cemal, “Türk Hukukunda Çocukların Velâyetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” (Velâyet), *MHB*, Y. 16, S. 1-2, 1996, (71-82).

Şıpka, Şükran, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 6, S.12, Güz 2007/2, (163-175).

Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Ve Özellikle Arabuluculuk” *TBB Dergisi*, S. 64, 2006, (151-177).

Tanrıver, Süha, “Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış” (Armağan), *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara 2006, (821-842).

Takcı, Tuğçe, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri”, *TAAD*, Y. 5, S. 19, Ekim 2014, (1039-1078).

Üstündağ, Saim, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Düşünceler”, *Yargı Dünyası*, S. 145, Ocak 2008, (11-17).

Vestal Anita, “Domestic Violence and Mediation: Concerns and Recommendations, May 2007, (E.T: 26.01.2017), <http://www.mediate.com/articles/vestalA3.cfm#>

Vural, Belkıs, “Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Çocuklar İle Yetişkinlerin Korunması Hakkında La Haye Sözleşmeleri Hakkında 21 Aralık 2007 tarihli İsviçre Federal Kanunu Türkçe Çevirisi”, *Küresel Bakış Çeviri Hukuku Dergisi* S.13, Yıl, 4, Nisan 2014,(119- 124).

Yaka, Aydın, “Çatışma Kültüründen Uzlaşma Kültürüne Geçiş” *Sosyoloji Yazıları: Çatışma Kültüründen Uzlaşma Kültürüne*, 2015, (261-265).

Yaka, Aydın, “Bireysel Odaklı Modernleşme İhtiyacı” *Sosyoloji Yazıları: Çatışma Kültüründen Uzlaşma Kültürüne*, 2015, (64-68).

Yılmaz, Ejder, “Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi (Avukatlık Kanunu 35/A)”, *Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, Ankara, 2004, (843-855).

Warbeck, Johannes, “Alternative Dispute Resolution in the World of Business: comparative analysis of the use of ADR in the United Kingdom and in Germany, *ADRLJ*, 1998/ June, (104-131).

Weston, Maureen A., “Checks on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good-Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality”, *Indiana Law Journal*, Vol. 76, Issue 3, 2001, (591-645).

Zawid, Jennifer, “Practical and Ethical Implications of Mediating International Child Abduction Cases: A New Frontier for Mediators”, *Inter-American Law Review*, Vol. 40:1, 2008-2009, (1-47).

Zemans, Adam R., “The Emerging Research of International Parental Kidnapping Mediation”, *Revista de Mediación*, 8, 2, 2015, (1-7).



RAPORLAR, PİLOT PROJELER, İYİ UYGULAMA REHBERLERİ

A Statistical Analysis Of Applications Made In 2003 Under The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction Part I – Overall Report”, Prel. Doc. No 3, Part I (2007 update), September 2008, (E.T 09.12.2016) https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_pd03e1_2007.pdf

Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation Report, Law Reform Commission, November, 2010, (E.T.18.11.2016)

http://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf

Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler Ve Öneriler Sonuç Raporu (Arabuluculuk Çalışma Toplantısı), 2015, C.1, S.1, (E.T 26.01.2017),

http://www.adb.adalet.gov.tr/duyurular/2015/Ocak/eskisehir_rapor/eskisehir_raporu.pdf

Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (22–28 March 2001), (E.T 09.12.2016) https://assets.hcch.net/upload/concl28sc4_e.pdf

Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 On Jurisdiction And The Recognition And Enforcement Of Judgments In Matrimonial Matters And In Matters Of Parental Responsibility For Children Of Both Spouses, (E.T 15.04.2017), [http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1347&from=EN)

[content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1347&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1347&from=EN)

Council Regulation (EC) No. 2201/2003 of 27 November 2003 Concerning Jurisdiction And The Recognition And Enforcement Of Judgments in Matrimonial

Matters and The Matters Of Parental Responsibility, Repealing Regulation (EC) No 1347/2000, (Brüksel II), (E.T 12.02.2017),

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:EN:PDF>

Directive 2008/52/EC Of The European Parliament And Of The Counciln of 21 May 2008, (E.T 16.12.2016),

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&from=en>

Directorate General For Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs Legal Affairs Illegal removal of children: Brussels II a and the Hague Convention Note”, European Parliament, 2010, (E.T 15.04.2017),

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/432736/IPOLJURI_NT\(2010\)432736_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2010/432736/IPOLJURI_NT(2010)432736_EN.pdf)

Fifth Meeting Of The Special Commission To Review The Operation Of The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction And The Practical Implementation Of The Hague Convention Of 19 October 1996 On Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement And Co-Operation In Respect Of Parental Responsibility And Measures For The Protection Of Children (30 October – 9 November 2006)” (E.T.15.04.2017)

https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_2006_rpt-e.pdf

First Regional Seminar of the Working Party on Mediation in Southeast Asia International Islamic University Malaysia (IIUM) 28-29 November 2014, (E.T 23.12.2016),

https://assets.hcch.net/upload/mediation20141129report_en.pdf

General Comment No. 12 (2009) The right of the child to be heard, Committee On The Rights Of The Child Fifty-first session Geneva, 25 May-12 June 2009, (E.T 19.01.2017),

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

Guide to Good Practice under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction-Mediation” (Mediation Guide) The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2012, (E.T. 13.11.2016) https://assets.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf

Guide To Good Practice Under The Hague Convention Of 25 October 1980 On The Civil Aspects Of International Child Abduction Part IV – Enforcement, (Enforcement Guide), (E.T 10.01.2017) <https://assets.hcch.net/upload/guide28enf-e.pdf>

Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction Country Profile drawn up by the Permanent Bureau, Country Name: Republic of Turkey, Part V: Mediation And Other Forms Of Alternative Dispute Resolution, (Turkey 2011), (E.T 11.02.2017), https://assets.hcch.net/upload/abduct2011cp_tr.pdf

HCCH, Hague Conference on Private International Law, “What’s the Permanent Bureau of the Hague Conference?”, (E.T 12.02.2017) http://www.hcch.net/index_en.php?act=faq.details&fid=30

“Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Raporları (1/486)”, Sıra Sayısı 233, Madde Gerekçeleri, (E.T 23.12.2016), <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tasariasamalari/kanunlasan/2012yili/kanmetni/6325ss.pdf>

International Seminar Islamic Legal Perspectives on Cross-Border Family Disputes Involving Childre Monday 7 April 2014, The Hague, the Netherlands, (E.T 29.12.2016), <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014id04en.pdf>

Mediation in International Parental Child Abduction The reunite Mediation Pilot Scheme” by reunite International Child Abduction Center, October 2006. (E.T.10.12.2016),<http://www.reunite.org/edit/files/Library%20%20reunite%20Publications/Mediation%20Report.pdf>

Pérez-Vera, Elisa, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779> (E.T. 23.10.2016)

Prel Doc No 5 Of October 2006; “Note On The Development Of Mediation, Conciliation And Similar Means To Facilitate Agreed Solutions In Transfrontier Family Disputes Concerning Children Especially In The Context Of The Hague Convention Of 1980” (E.T. 07.12.2016), https://assets.hcch.net/upload/wop/abd_pd05e2006.pdf

Prel Doc. No:20, March 2007, Feasibility Study On Cross-Border Mediation In Family Matters, (E.T: 29.12.2016), <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6181>

Report Of The Second Special Commission Meeting to Review The Operation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction Held 18-21 January 1993, Conclusion 2, (E.T 23.12.2016), <https://assets.hcch.net/upload/abdrpt93e.pdf>

Status Table of Members of Organisation, (E.T 23.12.2016), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/315), Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayı: 33, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss33.pdf>

Wrocław Declaration on Mediation of Bi-national Disputes over Parents' and Children's Issues, Wrocław, October 8, 2007, (E.T 20.12.2016), <http://www.bafm-mediation.de/wp-content/uploads/image/images/wroclaw-declaration.pdf>



TEZ FOTOKOPİSİ İZİN FORMU

ENSTİTÜ

Fen Bilimleri Enstitüsü

Sosyal Bilimler Enstitüsü

YAZARIN

Soyadı : ALTINTAŞ

Adı : Elif Hande

Bölümü : Özel Hukuk

TEZİN ADI: Uluslararası Çocuk Kaçırmalarda Arabuluculuk

TEZİN TÜRÜ:

Yüksek Lisans

Doktora

1. Tezimin tamamından kaynak gösterilmek şartı ile fotokopi alınabilir.
2. Tezimin içindekiler sayfası, özet, indeks sayfalarından ve/veya bir Bölümünden kaynak gösterilmek şartıyla fotokopi alınabilir.
3. Tezimden bir (1) yıl süre ile fotokopi alınamaz.

TEZİN KÜTÜPHANEYE TESLİM TARİHİ: