

# Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması

Yrd. Doç. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK<sup>\*,\*\*</sup>

## ABSTRACT

### Searches for Alternative Measures in the Contemporary Criminal Justice Systems and the Practice of Mediation

The use of mediation in penal matters has emerged towards the end of the twentieth century. As part of the larger Alternative Dispute Resolution movement in North America, the practice of mediation has grown recently. There are a handful of mediation programs in panel matters provided for in legislation in many parts of North America and Europe. These schemes are often called in the United States as "victim offender reconciliation programs" and in Britain as "reparation schemes". However, they are known more generally as "victim-offender mediation programs" in the literature.

The victim-offender mediation program brings together in a face-to-face meeting a person who has been convicted of a crime and the person or persons who were victims of that crime. In these meetings the parties meet in the presence of a third party in order to mediate some form of restitution whether financial or by way of services to be performed for the victims or community, and to achieve a reconciliation satisfactory to the victim, the offender and the representatives of the legal system.

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ([mozbek77@hotmail.com](mailto:mozbek77@hotmail.com)).

\*\* Bu çalışmada kullanılan yabancı kaynakların temininde ve çalışmanın tashihlerinde yardımcı olan annem, Gazi Üniversitesi TEF (E) Öğretim Görevlisi Seviye Özbek'e teşekkürlerimi sunarım.

The concept of victim-offender mediation is a product of three contemporary movements within the criminal justice system. First movement is victimology. According to some new views, crime victims are placed in a totally passive position by the criminal justice system and therefore recent studies have focused on an increased concern for victims and their role in the criminal law. Second movement is about a growing dissatisfaction with established ways of punishing and treating the offender. This movement is a part of the restorative justice. Restorative justice focuses on the injury to the victim and the community, rather than to the State and seeks to replace retribution with restoration. Third movement is awareness of new alternatives to standard methods of dispute settlement.

The primary aim of victim-offender mediation programs is to provide a dispute resolution process which is perceived as fairly both the victim and the offender. The mediator facilitates mediation, by first allowing time to address informational and emotional needs, followed by a discussion of losses and the possibility of developing a mutually agreeable restitution obligation. The victim-offender mediation process can be summarized by four distinct phases: 1) Referral/Intake, 2) Preparation for Mediation, 3) Mediation, 4) Follow-up.

New Turkish criminal justice system started to operate on June 1, 2005. One of the novelties brought about by the new criminal justice system is penal mediation in criminal procedure law. It is important to enhance applicability and efficiency of provisions concerning penal mediation. Within the scope of Judicial Reform Strategy, it has been set as target that all aspects of penal mediation in criminal procedure law will be reconsidered, problems will be determined and necessary measures will be taken to solve the problems.

## **GİRİŞ**

İşlenmiş suçların faileri ile mağdurları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuğun kullanılması, yirmibirinci yüzyılın başına kadar hukukumuzda üzerinde yeterli ölçüde çalışılmamış bir konudur. Mağdur-fail arabuluculuğu, Amerika Birleşik Devletleri'nde doğan alternatif uyuşmazlık çözümü akımının (*Alternative Dispute Resolution, ADR*) bir parçası olarak, hızla büyüyen bir alanı temsil etmektedir. Geleneksel arabuluculuk uygulamasından belirli yönleriyle ayrılan mağdur-fail arabuluculuğunun işleyişi, kendine has bazı özelliklere sahiptir.

Mağdur-fail arabuluculuğu ve yeniden uzlaştırma programları ilk olarak, 1978 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin orta bölgelerindeki eyaletlerde görülmüştür. 1998 yılına gelindiğinde Amerika Birleşik Devletleri çapında 315 adet, Avrupa çapında ise 700'den fazla bu çeşit program kurulmuştur. Örneğin, Texas eyaletinin Dallas, Houston ve Corpus Christi şehirlerinde bu tür programlar bu-

lanmaktadır. Texas Ceza Usûl Kanununda mağdur-fail arabuluculuğu, belirli davalarda denetimli serbestliğin bir geçerlik şartı olarak açıkça düzenlenmektedir<sup>1</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuğu programlarının büyük bir kısmı, mahkemelerle yakın bir ilişki içinde faaliyet gösteren özel kuruluşlarca desteklenmekteyken, sayısı giderek artan diğer bazı programlar doğrudan denetimli serbestlik büroları tarafından yürütülmektedir. Örneğin, Dallas, Houston ve Corpus Christi'deki programlar yerel uyuşmazlık çözüm merkezlerince desteklenmektedir<sup>2</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuğuna geçmeden, uygulamada bu konuyla ilgili olan bazı temel kavramların açıklanması yararlı olacaktır.

## **Ş 1. DENETİMLİ SERBESTLİK, MÜCADELECİ SİSTEM VE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ**

### **A) Denetimli Serbestlik**

Denetimli serbestlik (*Probation*), İngiltere ve Amerika'da, mahkûmiyet hükmünün ertelenmesine ilişkin farklı yöntemlerin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkmış bir uygulamadır. Denetimli serbestlik hakkındaki ilk yasa, 1978 yılında Massachusetts eyaletinde kabul edilmiş, 1891 yılında aynı eyalette ceza mahkemelerinin denetimli serbestliği daha geniş ölçüde kullanmalarını öngören ikinci bir yasa yürürlüğe koyulmuştur. 1933 yılına gelindiğinde, 13 eyalet dışında bütün eyaletler, yetişkinlere yönelik denetimli serbestlik yasalarına ve Wyoming dışındaki bütün eyaletler de küçüklere yönelik denetimli serbestlik yasalarına sahip hâle gelmiştir<sup>3</sup>.

Denetimli serbestlik, Amerika Birleşik Devletleri'nde en çok kullanılan tedbirdir. 1999 yılı tahminlerine göre, yaklaşık 3.2 milyon kişi denetimli serbestlik altındadır. Bu tedbirin kullanılmasındaki artışın nedeni, ceza evlerinin aşırı ölçüde kalabalıklaşmasıdır. Ancak, bu tedbirin uygulanması son yıllarda o kadar çok artmıştır ki, Birleşik Devletler'de denetimli serbestlik yığılmasından söz edilmektedir. Büyük şehirlerde kontrol memuru başına 200 fail düşmektedir.

Denetimli serbestlik, hapis cezasından farklı olarak, failerin toplum içinde (denetim altında) yaşamasına izin verirken, failer üzerindeki kontrolün de sürdürülmesi için bir araç olarak düşünülmüştür. Denetimli serbestlik uygulaması önceleri, hükmün ertelenmesi yoluyla ortak hukukun öngördüğü aşırı sert cezaların hafifletilmesi çabalarıyla ortaya çıkmıştır. Denetimli serbestlik uygulaması, yirminci yüzyılın başından itibaren sosyal bir reform olarak hız kazanmış ve 1920 yılında geniş ölçüde kabul edilir hâle gelmiştir. Günümüzde, ceza evlerinin bazı

<sup>1</sup> Texas Criminal Procedure Code a. 42,12 (<http://www.capitol.state.tx.us/statutes/cptoc.html>).

<sup>2</sup> Mark S. Umbreit, *Mediating Criminal Conflict* (Handbook of Alternative Dispute Resolution, Austin 1990, s. 227-238), s. 228.

<sup>3</sup> Lewis Diana, *What is Probation?* (Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 1960, Vol. 51, s. 189-204), s. 189.

suçlular için uygun ortamlar olmadığı ve sınırlı bir denetimin suçluları topluma kazandırmak için daha iyi bir yol olduğu mülâhazalarıyla bu uygulama desteklenmektedir. Suça sürüklenen çocuklar ile ilk kez suç işleyen kişiler, ceza evinde sürekli suç işleyen kişilerle bir arada bulunurlarsa sadece acı çeker ve daha ağır suç işleme yöntemlerini öğrenirler. Bundan da önemlisi, denetimli serbestlik ceza evine nazaran çok daha az masraflıdır.

Denetimli serbestlik, "özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının ya da cezanın hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasını ve serbest bırakılan suçlu hakkında, onun kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir tedbirdir". Bu tedbirler, hapis cezasının öncelikli alternatifi olarak ceza sistemini tamamlarlar. Denetimli serbestlikte dava, duruşma veya cezaya hükmedilmesi şartlı olarak geri bırakılır. Cezanın şartlı olarak geri bırakıldığı dönem içinde, suçlu hakkında özel bir kontrol memuru (*probation officer*) aracılığıyla gözetim görevi yürütülür ve suçlunun topluma yeniden kazandırılması amaçlanır<sup>4</sup>.

Denetimli serbestlik en basit ifadesiyle, mahkeme tarafından mahkûmiyet hükmünün verilmesinin ertelenmesidir. Hüküm verilmediği için fail, hükmün ertelendiği dönem bitinceye kadar ve bu süre içinde yapmasına izin verilen davranışları yerine getirmesi şartıyla toplum içinde yaşamaya devam eder. Bu sistem, her şeyi denetimli serbestlik altındaki kişiye bırakır ve denetimli serbestliği basit bir polis süreci hâline getirir. Bu nedenle, denetimli serbestlik fail açısından şu iki hususu öne çıkarır: Yeni bir şans ve failin davranışlarını düzeltmemesi hâlinde cezalandırılma tehdidi<sup>5</sup>. Bu yapıyla her şeyden önce potansiyel bir suçlunun yeniden topluma kazandırılmasını amaçlayan denetimli serbestlik, failin işlediği suç değil, onun kişiliğini hedef alır. Denetimli serbestlik adeta "insanlık adına toplum tarafından yapılan bir yatırımdır"<sup>6</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde eyalet hukuku ve federal hukuk kuralları, bir suçlu hakkında denetimli serbestliğin uygulanıp uygulanmayacağına karar verme konusunda hâkimlere geniş takdir hakkı tanımaktadır. Yasal düzenlemeler, genel olarak şu üç koşulun varlığı hâlinde denetimli serbestliğe izin verir:

- 1) Fail başka bir suç işlemeyecek biri gibi görülüyorsa;
- 2) Kamu yararı, failin işlemiş olduğu suç nedeniyle ceza almasını gerektirmiyorsa;
- 3) Failin topluma kazandırılması için ceza alması gerekli değilse.

<sup>4</sup> Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. III, İstanbul 1994, s. 5-7; David W. Neubauer, *America's Courts and the Criminal Justice System*, New York 1999, s. 384.

<sup>5</sup> Diana s. 190; Neubauer s. 385.

<sup>6</sup> Sanford Bates, *Probation and Parole as Elements in Crime Prevention* (Law and Contemporary Problems 1934, Vol. 1, s. 484-493), s. 484.

Hangi faillerin denetimli serbestliğe katılabileceğine ilişkin yasal düzenlemeler eyaletten eyalete değişiklik göstermektedir. Bazı eyaletler, belirli türdeki suçlar (genellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar) için denetimli serbestliğe katılmayı yasaklayan kanunlara sahiptir<sup>7</sup>.

Denetimli serbestlik süreci, birbirini izleyen şu üç aşamadan oluşur:

1) Mahkemeye, kararını vermede yol gösterecek olan hüküm öncesi raporun hazırlanması ve sunulması;

2) Mahkemenin belirleyebileceği koşullara göre, belirli bir süre için fail hakkında verilecek hükmün ertelenerek failin ceza evi yerine toplum içinde tutulması;

3) Denetimli serbestlik altında bulunan failin, iyi eğitilmiş bir kontrol memuru tarafından denetlenmesi<sup>8</sup>.

Uygulamada çoğunlukla, hükmü veren hâkim, fail hakkında hapis cezasını içeren bir mahkûmiyet hükmü verdikten sonra, bu hükmün yerine getirilmesini erteler (açıklanmasını geri bırakır) ve faili denetimli serbestliğe havale eder. Denetimli serbestliğe ilişkin bir karar, genellikle arabuluculuk, para cezası, tazminat veya bir uyuşturucu ya da alkol tedavi merkezine devam zorunluluğu gibi, hapis cezası dışındaki diğer bir tedbirle birlikte uygulanır.

Denetimli serbestliğe tâbi tutulan suçlular, hükmü veren hâkimce belirlenen bazı kurallara uymayı kabul etmelidirler. Denetimli serbestliğin koşulları, failin arabuluculuğa katılması, bir işte çalışması, ailesine bakması, alkollü içeceklerin satıldığı yerlerden uzak durması, kontrol memuruna düzenli olarak bilgi vermesi ve herhangi bir suç işlememesi olabilir. Denetimli serbestliğin yargısal bir karar olması sebebiyle, koşulları ihlâl edilirse, hâkim denetimli serbestliği kaldırarak faili ceza evine gönderebilir.

Denetimli serbestliğin etkinliği, üzerinde önemle çalışılan bir konudur. Bazı çalışmalar, denetimli serbestlik altındaki failerin tekrar suç işleme oranının yüksek olduğunu ortaya koymuştur. 1992 yılında yapılan federal bir araştırmaya göre, bu failerin tekrar suç işleme oranı %43'tür. Bu yüksek oran karşısında, denetimli serbestliğin bazı suçlar için sınırlı ve ihtiyatlı olarak kullanılması önerilmektedir. Buna karşılık, yeniden suç işleme oranındaki yükselişle ilgili bu sonuçlara, daha düşük oranları gösteren diğer bazı araştırmalarla itiraz edilmektedir. Örneğin, New Jersey'de tekrar suç işleme oranı %9 olup, Kentucky ve Missouri'deki oranlara oldukça yakındır. Bu bilgiler ışığında, denetimli serbestliğin özellikle uyuşturucu maddelerle ilgili suç işleyen failer başta olmak üzere, yeni-

---

<sup>7</sup> Neubauer s. 385.

<sup>8</sup> Judah Best, Paul I. Birzon, *Conditions of Probation: An Analysis*, (Georgetown Law Journal 1963, Vol. 51, s. 809-836), s. 813.

den suç işleme oranının düşük olduğu suçların faileri üzerinde uygulanmasının yerinde olacağı kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

Hukukumuzda denetimli serbestlik tedbirine, Türk Ceza Kanununun çeşitli hükümlerinde (örneğin TCK m. 51,3'te cezası ertelenen hükümlü hakkında denetim süresi belirlenmesi veya TCK m. 58,6'da suçta tekrürde) yer verilmiştir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un<sup>10</sup> 104. maddesinde, cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında hapis cezası dışında herhangi bir tedbire hükmedilen hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psiko-sosyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere denetimli serbestlik ve yardım merkezlerinin kurulması öngörülmüştür. Bu kapsamda, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu yürürlüğe girmiştir<sup>11</sup>.

Türk Ceza Kanunu Tasarısının 94. maddesinde denetimli serbestlik, suçlunun iyileştirilmesi yoluyla sosyal savunmayı güvence altına alma amacıyla öngörülen güvenlik tedbirleri içinde, hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri arasında sayılmıştır. Tasarının 94. maddesinin gerekçesinde yapılan tanıma göre, denetimli serbestlik genel olarak, özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının veya duruşma yapılmasının veya cezanın hükmedilmesinin koşullu olarak geri bırakılmasını ve serbest bırakılan suçlu hakkında onun kişiliğini hedef tutan bir denetim, yönetme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir tedbirdir<sup>12</sup>. Denetimli serbestliğin esas amacı, hükümlüyü yeniden suça teşvik edecek, suça doğru yönlendirecek etki ve ilişkilerden uzaklaştırmak ve onun suç işlemekten yaşamasını kolaylaştırıcı yardımlarda bulunmaktır. Bu nedenle, denetimli serbestliğin bir eğitim tedbiri niteliğini taşıması gereklidir. Böylece, suçluya hem sosyal, hem maddi yardım sağlanacaktır. Bu hizmetler bir denetim görevlisi marifetiyle verilecektir. Suçlunun toplumla bütünleşmesini sağlamak üzere bu görevli gereken her şeyi yapacaktır<sup>13</sup>. Tasarı bu tedbiri, suçtan dolayı aslî cezalardan birisine mahkûm edilmiş bulunan suçlunun, cezasını çektikten sonra tâbi tutulabileceği bir tedbir olarak kabul etmiş ve böylece bazı Batı kanunlarından ayrılmıştır<sup>14</sup>. Ancak denetimli serbestlik, Türk Ceza Kanununda, tasarıdaki şekline farklı düzenlemiş ve hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında bir denetim süresinin uygulanması öngörülmüştür (TCK m. 51, 3).

<sup>9</sup> Neubauer s. 385.

<sup>10</sup> RG 29.12.2004, Sa. 25685.

<sup>11</sup> RG 20.07.2005, Sa. 25881.

<sup>12</sup> Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, Ankara 2003, s. 67.

<sup>13</sup> Bkz. Tasarının 97. maddesinin gerekçesi (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü s. 70).

<sup>14</sup> Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü s. 67.

## B) Mücadeleci Sistem

Bilindiği gibi hukuk, maddî hukuk ve usûl hukuku olmak üzere iki ayrı bölümden oluşur. Maddî hukuk (*substantive law*), kişilerin yasal hak ve borçlarını belirler. Haksız fiiller, sözleşmeler, menkul ve gayri menkullere ilişkin hak ve borçlar, aile hukuku ilişkileri ve miras hukuku hükümleri medenî hukukun içinde yer alır ve maddî hukukun örneklerini oluşturur. Benzer şekilde, yasalarda yer alan çeşitli suçlar da maddî ceza hukukunu oluşturur. Diğer taraftan usûl hukuku (*procedural law*), maddî hukukun belirlediği yasal hak ve borçların yerine getirilmesinin (uygulanmasının) yöntemlerini düzenler<sup>15</sup>. Duruşmalar, Amerikan usûl hukukunun en iyi bilinen yönüdür; fakat duruşmalar, yargılama sürecinde mevcut olan tek aşama değildir. Bir davanın başlatılması, sürdürülmesi ve bitirilmesi için yapılması gereken başka işlemler vardır. Usûl hukukunun en önemli yönlerinden birisi, yargılama sürecinde hâkim ve avukatların işlevleri ve görevlerinin belirlenmesidir.

Anglo-Amerikan hukuk sisteminin temelindeki görüşe göre, mahkemeler hukuk kurallarını en iyi "mücadeleci sistem" (*adversary system*) aracılığıyla uygulurlar. Mücadeleci sistem, uyuşmazlığın tarafları arasında gerçekleştirilen hukukî bir savaştır<sup>16</sup>. Mücadeleci sisteme göre, davalının suçlu olduğunun kesin olarak veya her türlü makul şüpheden uzak olarak (şüpheden âri, *beyond reasonable doubt*<sup>17</sup>) kanıtlanma yükü savcıya aittir. Aynı şekilde müdafî, sanığın masum olduğunu ispatlamak zorundadır. Hâkim ise, taraflarla ilgisi ve menfaati olmayan bir kişi olarak, taraflar arasındaki mücadelenin üstünde kalan tarafsız bir hakem sıfatıyla görev yapar ve her iki tarafın da belirli kurallara riayet ederek savaşmasını sağlar. Nihayet, hüküm verme görevi hâkime (veya jüriye) tevdi edilir. Mücadeleci sistem, ceza muhakemesinde üç çeşit güvence sağlar<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Yavuz Alangoya, Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usûl Hukuku Esasları*, İstanbul 2009, s. 4-5; Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2009, s. 72-73; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2009, s. 46-47. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku, C.1-II*, İstanbul 2000, s. 2-3.

<sup>16</sup> Halûk Konuralp, *Medenî Usûl Hukukunda Duruşma Safhası ve Delillerin Değerlendirilmesi* (KKTC ve Türk Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı İnceleme) (Türkiye Cumhuriyeti-Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu, Ankara 2001, s. 115-134), s. 118. Mücadeleci sistemin ilkeleri ve alternatif uyuşmazlık çözümüyle olan ilişkisi için bkz. Paul T. Wangerin, *The Political and Economic Roots of the "Adversary System" of Justice and "Alternative Dispute Resolution"* (Ohio State Journal on Dispute Resolution 1994, Vol. 9, s. 203-242).

<sup>17</sup> Mustafa Ovacık, *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2000, s. 39.

<sup>18</sup> Neubauer s. 32; Fleming James, Geoffrey C. Hazard, John Leubsdorf, *Civil Procedure*, New York 2001, s. 4; Richard H. Field, Benjamin Kaplan, Kevin M. Clermont, *Materials for a Basic Course in Civil Procedures*, New York 1997, s. 292; David S. Clark, *Civil Procedure* (Introduction to the Law of the United States, Deventer 1992, s. 367-409), s. 372; Maurice Rosenberg, Hans Smit, Rochelle C. Dreyfuss, *Elements of Civil Procedure, Cases and Materials*, New York 1990, s. 18.

Mücadeleci sistemin sağladığı ilk güvence, delillerin incelenmesi (*testing of evidence*) gerekliliğidir. Her iki taraf, olaylara farklı yönlerden ve amaçlardan yaklaşıtlarında, gerçeği soruşturmacılardan daha çok ortaya çıkaracaklardır; fakat bu çabalar ve amaç, gerçekleşen olayların ne olduğunu açıklayan, birleştirilmiş bir resmin parçalarını bir araya getirmeye matuf olacaktır. Örneğin, mücadeleci sistemin göstergelerinden biri olan çapraz soru sorma sistemi (*cross-examination*) aracılığıyla taraflar, tanıkların doğruyu söyleyip söylemediklerini sorgulama, tarafsız olmama ihtimali olan tanık beyanlarını ortaya çıkarma, tanıkların gerçekte ne bildiklerini ve neyi bildiklerini zannettiklerini görme fırsatını yakalarlar. Çapraz soru sorma hakkı, Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 6. Ek maddesiyle teminat altına alınmıştır. Bu maddeye göre, bütün ceza davalarında sanık, aleyhine olan tanıklarla yüzleşme ve lehine olan tanıkları bulma hakkına sahiptir<sup>19</sup>.

Mücadeleci sistemin öngördüğü ikinci güvence, yargılama esnasında yetkileri, farklı süjelere dağıtmasıdır. Mevcut yetkiler, her bir yargılama süjesinin elindeki yetkileri, kendi iddialarını ispatlaması ve karşı iddiaları çürütmesi konusunda kullanması için süjeler arasında paylaştırılmıştır. Hâkim tarafsız veya adil olmazsa, jüri hâkimle aynı görüşte olmayarak adil bir hüküm verme yetkisine sahiptir. Hâkim, jürinin hatalı hareket ettiğine inanırsa, jüri kararını bir kenara bırakabilir ve yeni bir yargılama yapılmasını emredebilir. Mücadeleci sistemdeki bu yetki paylaşımı, ceza mahkemelerinde politik kökenli suistimalleri önlemek amacıyla bir dizi kontrol ve ayarlamayı kapsamaktadır.

Mücadeleci sistemin yetki dağıtımıyla sağladığı üçüncü güvence, sanığın haklarını ileri süren savunma avukatıdır (müdafi). Müdafi, sanığın haklarının ihlâl edilmemesi için çalışır. Müdafi ceza muhakemesinde sürekli görev yapan bir süje olarak, en azından teorik açıdan, uygun muhakeme şeklinin izlenmesinde ısrar ederek, savcılık makamına karşı koymak için muhakemenin her aşamasında faaliyet gösterir<sup>20</sup>.

### C) Alternatif Uyuşmazlık Çözümü

Mahkemelerin karşılaştıkları en önemli sorun, mahkemelerdeki dava sayısının çokluğudur. Yargı reformu hareketleri tarihsel olarak, mahkemelerin aşırı iş yükünü mücadeleci sisteme temelden zarar veren bir sorun olarak görmüş ve hâkim sayısını artırmak veya "*due process*" ilkesinin kapsamına giren hakları genişletmek gibi yöntemleri kullanarak bu soruna çözüm aramışlardır. Bununla beraber, daha yakın tarihlerde yeni nesil reformcular<sup>21</sup>, mahkemelerdeki aşırı iş

<sup>19</sup> Constitution of the United States, Sixth Amendment (Federal Civil Judicial Procedure and Rules West Group 2001, s. 1083).

<sup>20</sup> Neubauer s. 32.

<sup>21</sup> Yakın bir tarihte bu düşünceyle yapılan reform hareketlerine örnek olarak Birleşik Krallık'ta Lord Woolf öncülüğünde yapılan reform hareketi gösterilebilir. Lord Woolf'un 1995 yılı Haziran ayında yayınlanan geçici raporunda bu düşünceye dayalı görüşler ileri sürülmüş ve İngiltere'de 26 Nisan 1999'dan itibaren yürürlüğe giren Hukuk Usûlü Kurallarının temelinde "dava yolunun daha



yükünün, davalarda egemen olan yargılama sisteminin çok fazla mücadeleci bir süreç olmasından kaynaklandığını düşünmüş ve çözümü, uyuşmazlıkların çözümünde daha az mücadeleci ve ılımlı (esnek) usullerin kullanılması olarak ortaya koymuşlardır.

Önceleri yeni bir kavram olarak görülen alternatif uyuşmazlık çözümü, bugün başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere pek çok ülkede temel çalışma alanı hâline gelmiştir<sup>22</sup>. Amerika Birleşik Devletleri'nde halen, pek çok üniversitede müzakere ve uyuşmazlık çözümü üzerinde düzenli olarak kurslar verilmektedir<sup>23</sup>. Bu gelişmeler, ADR'nin çok büyük bir destek aldığını göstermektedir. Toplumdaki farklı kesimler, geleneksel dava yoluna karşı geliştirilen alternatifleri savunmaktadır. Örneğin, Ticaret Odaları öncülüğünde bütün ticarî işletmeler veya tüketiciler ADR'yi desteklemektedirler. Toplumdaki bu gruplar, mahkemelelerin, hukuk ve ceza davalarının çoğunu görmek için uygun olmadığı görüşünü paylaşmaktadırlar.

---

az mücadeleci ve daha çok iş birliğine dayalı olması" gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bunun için de ADR'nin teşvik edilmesi önerilmiştir (Civil Procedure Rules 1.4 (e)) Lord Woolf'un görüşleri için bkz. *Blackstone's Guide to The Civil Procedure Rules*, Ed-in-Chief: Charles Plant, London 1999, s. 4; Lord Chancellor's Department, *Civil Procedure Rules: Practice Directions, Pre-Action Protocols and Forms*, Vol. 1, London 2000, Part 12; Konuralp-Delillerin Değerlendirilmesi s. 132; Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2009, s. 271; Lord H. Woolf, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, London 1996; Lord Woolf, "Adalet Erişim", *Nihai Rapor* (Çev. Mustafa Özbek) (MİHDER 2006/2, s. 989-1002). Reform hareketleri konusunda daha geniş bilgi için ayrıca bkz. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Adrian Zuckerman ed.), Oxford 1999, s. 3 vd.; Adrian A.S. Zuckerman, *Reforming civil justice systems: trends in industrial countries*, The World Bank Notes 2000/46, s. 1-4; European Committee on Legal Co-Operation, *23rd Conference of European Ministers of Justice, Cost-Effective Measures Taken by States to Increase the Efficiency of Justice*, London 2000, s. 9 vd.; Baki Kuru, *Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması için Alınması Gereken Tedbirler* (İBD 1984/4-6, s. 166-185), s. 166; Ejder Yılmaz, *Medenî Hukuk ve Usûl Reformu, Aksak Adaletten İşleyen Adalet* (Yeni Türkiye, 1996/10, s. 470-493), s. 472; Ejder Yılmaz, *Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler* (SÜHFD, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 54-76), s. 65; Hakan Pekcanitez, *Yargı Reformu Yapılmasını Gerektiren Nedenler* (İz. B.D. 1995/2, s. 103-113), s. 103; Mustafa Özbek, *Avrupa Konseyince Adalet Hizmetlerinin Etkinliğinin Artırılması İçin Öngörülen Tedbirler* (AÜHFD 2006/1, s. 207-292), s. 212 vd.

<sup>22</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde ADR'ye hız veren en önemli etkenlerden birisi, 1990 tarihli Medenî Yargı Reform Kanunudur (28 U.S.C. § 471-482). Bu kanun, medenî yargıdaki gecikmelerin ve masrafların azaltılması amacıyla, bütün federal bölge mahkemelerinin özel bir bölge plânı geliştirmelerini gerekli kılarken, ADR'yi dava yönetim ilkelerinden biri olarak tavsiye etmiştir (Elizabeth Plapinger, Donna Stienstra, *ADR and Settlement in the Federal District Courts, a sourcebook for judges & lawyers*, Federal Judicial Center and the CPR Institute for Dispute Resolution 1996, s. 3; Özbek s. 264).

<sup>23</sup> Linda Singer, *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, Boulder 1990, s. 9.

Birleşik Devletler’de önceleri çocuk mahkemeleri<sup>24</sup>, küçük talepler mahkemeleri ve aile mahkemelerinde uygulanan ADR usûlleri, daha sonraları uyuşturucu maddelerle ilgili suçlara bakmakla görevli mahkemelerde ve topluluk mahkemelerinde de uygulanmaya başlanmıştır<sup>25</sup>.

ADR, geleneksel yargılama sisteminden farklı niteliklere sahip olan ve bir dizi seçimsel uyuşmazlık çözüm yöntemini kapsayan bir kavram olarak kullanılmaktadır. ADR yöntemlerinin çoğu, ilk derece mahkemelerinde görülen özel hukuk davaları için (örneğin trafik kazalarından ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için) oluşturulmuştur. ADR, müzakere, arabuluculuk, tahkim, kısa jüri yargılaması, kiralık yargıç ve mahkeme kökenli tahkim gibi sayısı giderek artan çözüm yollarını ifade etmektedir<sup>26</sup>. Diğer teknikler de ilk derece mahkemelerinde uygulanmakta ve özel hukuk davalarıyla ceza davaları arasındaki geleneksel ayırımın yumuşadığını göstermektedir<sup>27</sup>.

## Ş 2. MAĞDUR-FAİL ARABULUCULUĞU VE TAZMİNAT

### A) Ceza Adaleti Sisteminde Arabuluculuk ve Tazminat

#### I- Mağdur-Fail Arabuluculuğunu Destekleyen Akımlar

Mağdurla ilgili endişeler ile failerin tekrar topluma uyumlu bir birey hâline getirilmesini (*rehabilitation*) amaçlayan görüşlerin, suçtan doğan zararın tazmin ve telafisi düşüncesiyle bir araya getirilmesi sonucunda, ceza adaleti alanında bir

<sup>24</sup> Amerika Birleşik Devletleri’nde çocuk mahkemelerinde uygulanan arabuluculuk programları hakkında bkz. Glenda L. Cottam, *Mediation and Young People: A Look at How We’ve Come* (Creighton Law Review 1996, Vol. 29, s. 1517-1545), s. 1531; Mustafa Özbek, *Suçta Sürüklenen Çocuklara Yönelik Onarıcı Adalet Programları ve Çocuk Arabuluculuğu* (Prof.Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s. 449-466), s. 450 vd. Ayrıca bkz. Emine Akyüz, *Uluslararası Standartlara Göre Çocuk Yargılaması* (II. Ulusal Çocuk ve Suç Sempozyumu: “Yargı Öncesi ve Yargılama Süreci”, Ankara 2003, s. 123-151), s. 140; Uğur Tekin, *Almanya Gençlik Ceza Adaleti Sisteminde Gençlik Yardım Hizmetleri* (II. Ulusal Çocuk ve Suç Sempozyumu: “Yargı Öncesi ve Yargılama Süreci”, Ankara 2003, s. 187-197), s. 192-194; Renate Winter, *Çocuk Yargılaması Alanında Yeni Yaklaşımlar: Çeşitli Ülkelerden Örnekler* (II. Ulusal Çocuk ve Suç Sempozyumu: “Yargı Öncesi ve Yargılama Süreci”, Ankara 2003, s. 367-382), s. 380.

<sup>25</sup> Neubauer s. 478.

<sup>26</sup> George W. Adams, Naomi L. Bussin, *Alternative dispute resolution and the Canadian courts: a time for change* (Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 1995, Vol. 4, s. 243-262), s. 243; Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H. Rogers, Sarah Rudolph Cole, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 2003, s. 4-5; Jacqueline M. Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, St. Paul 2001, s. 2; Henry Brown, Arthur Marriott, *ADR Principles and Practice*, London 1999, s. 17; Kimberlee K. Kovach, *Mediation, Principles and Practice*, St. Paul 2004, s. 6-18; Gülgün İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Ankara 2003, s. 78 vd.; Özbek s. 127.

<sup>27</sup> Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesinde Uzlaşma* (SÜHFD 1998/1-2, s. 221-297), s. 221.

arabuluculuk türü geliştirilmiştir. Belirli suçların<sup>28</sup> mağdurları ile failleri için öngörülen arabuluculuk ve tazminat programları, Kuzey Amerika, Birleşik Krallık ve Avrupa'nın pek çok yerinde oluşturulmuştur<sup>29</sup>. Benzer şekilde Avrupa Konseyi de, son 10 yıldır ceza politikasında arabuluculuğun gelişmesine kayıtsız kalmamıştır. Bu kapsamda yapılan çalışmalar neticesinde, 15 Eylül 1999 tarihinde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" başlıklı R (99) 19 sayılı tavsiye kararı kabul edilmiştir. Bu tavsiye kararında, geleneksel ceza yargılamasını tamamlayıcı bir yöntem olarak arabuluculuğun uygulanmasında dikkate alınacak ilkeler ayrıntılı bir şekilde açıklanmış ve üye ülkelerin hükümetlerine, arabuluculuğu geliştirmeleri önerilmiştir<sup>30</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuk programı, bir suç işleyen kişi ile bu suçtan mağdur olan kişi ya da kişileri, yüz yüze gerçekleşen bir toplantıda bir araya getirir. Taraflar arasında yapılan müzakerenin amacı, mağdur açısından herhangi bir tazmin şekli üzerinde arabuluculuk yapmak ve mağduru, faili ve hukuk sisteminin temsilcilerini tatmin edecek bir uzlaşmayı oluşturabilmektir<sup>31</sup>. Bu programlarda mağdurların, tarafsız bir üçüncü kişi huzurunda faillerle bir araya getirilmesi suretiyle, faillere bir müzakere fırsatı verilmesi ve faillerin verdikleri zararın giderilebilmesi için bir uzlaşma imkânı yaratılması hedeflenir. Zararın tazmin ve telafisi malî yönden olabileceği gibi, mağdur veya toplum için bir hizmette bulunmak yoluyla da olabilir<sup>32</sup>. Bu programlar, Birleşik Krallık'ta "tazminat programları" ve

<sup>28</sup> Bu suçlara örnek olarak ekonomik suçlar, çevre suçları, vergi suçları, mala karşı işlenen suçlar, uyuşturucu suçları ve trafik suçları gösterilebilir (Şahin s. 223).

<sup>29</sup> Ekrem Çetintürk, *Ceza Adaleti Sisteminde Uzlaştırma*, İstanbul 2009, s. 34 vd.; Jacqueline Devreux, *Ceza Davalarına Alternatif Olarak Uzlaşma: Belçika Örneği* (Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 2006, s. 55-61), s. 56; United Nations Office on Drugs and Crime: Handbook on Restorative Justice Programmes, Criminal Justice Handbook Series, New York 2006, s. 17 vd.; Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Özelleşme Eğilimi: Uzlaşma* (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 727-750), s. 732 vd.; Hamide Zafer, *Türk Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması* (TCK m. 73/8) (MÜHFD 2006/2, s. 117-140), s. 125 vd.; Clara Casado Coronas, *Mağdur Fail Arabuluculuğu Hizmetlerinde İyi Uygulamalar* (Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, İstanbul 2008, s. 109-202), s. 112 vd.; Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, *Uzlaşma ve Önödeme*, Ankara 2007, s. 68 vd.; Ali İhsan İpek, Engin Parlak, *İçtihatlarla Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma*, Ankara 2009, s. 3 vd.

<sup>30</sup> Council of Europe, *Mediation in Penal Matters*, Recommendation N. R (99) 19, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum, Strasbourg 1999, s. 5 vd.; European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Better Implementation of mediation in the member states of the Council of Europe, Concrete rules and provisions*, CEPEJ Studies No. 5, Council of Europe, s. 24-27; Mustafa Özbek, *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk" Konulu Tavsiye Kararı* (DEÜHFD 2005/1, s. 127-166), s. 130-135; Özbek s. 929-938.

<sup>31</sup> Ceza muhakemesinde arabuluculuğa (uzlaşmaya) yönelişin nedenleri, ceza muhakemesinin süjeleri açısından değişiklik göstermektedir. Bu nedenler hakkında açıklama için bkz. Şahin s. 223-229.

<sup>32</sup> Doktrinde, mağdurun haklarının korunması için yetkili organlar arasında bilgi aktarımı yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bunun için de, cezanın biçimi ve miktarı belirlenirken mağdurun

Amerika Birleşik Devletleri'nde "mağdur-fail yeniden uzlaştırma programları" olarak adlandırılmıştır. Ancak zamanla, her iki ülkede de "onarıcı adalet" üst başlığı altında olmak üzere, "mağdur-fail"<sup>33</sup> arabuluculuğu" (*victim-offender mediation*, VOM) programları ortak isim hâline gelmiş ve kullanılmaya başlanmıştır<sup>34</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuğu anlayışı, ceza adaleti sistemindeki üç çağdaş akımın sonucudur. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

- 1) Ceza adaleti sisteminde mağdurlar ve mağdurların işlevi hakkında artan bir ilgi<sup>35</sup>,
- 2) Faillerin cezalandırılma yolları ve failere yönelik davranış şekllinden du-yulan tatminsizlik,

---

tazminat gereksinimi dikkate alınmalıdır. Bu amaçla Türk hukuk sisteminde, mağduru zararları sanık tarafından karşılandığında, sanığın cezasının indirilmesinin ve hatta sanık hakkında kovuşturma yapılmamasının sağlanması haklı olarak savunulmaktadır. Böylece mağduru, uğradığı zararın tazmin ve telafisi için uzun bir yargılama süreci boyunca uğraşmayarak ikinci kez mağdur olmayacağı ve mahkemelerin aşırı iş yükünün azalacağı belirtilmektedir. Bunun önödemeye benzer bir kurumla yapılabileceği savunulmaktadır (Fusun S. Akıncı, *Mağdurun Korunması ve Mağdur Haklar*, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu 5-6-7-8 Nisan 2000, s. 693-712, s. 701). Günümüzde çağdaş ceza adaleti sistemlerinde bu amaçlara, mağdur-fail arabuluculuğuyla ulaşılmaktadır.

<sup>33</sup> "Mağdur-fail arabuluculuğu", "mağdur-sanık arabuluculuğu" olarak da adlandırılabilir. Zira fail hakkında arabuluculuk sürecinin başlatılmasıyla, şüphelinin sanıklık sıfatı başlayacağından, bu usûlü "mağdur-sanık arabuluculuğu" olarak adlandırmak mümkündür. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunuyla bağlantılı olarak doktrinde savunulan görüşe göre, şüphelinin "sanık" sıfatını alabilmesi için, şüpheliye bu sıfatı veren bir işlem yapılmalıdır. Şüpheliye resmen suç isnadı yapılmasına ilişkin işlemler bu kapsama girmektedir. Böylece sanıklık sıfatı, şüpheli hakkında ceza davası açılmadan önce, soruşturma sırasında başlayabilir. Örneğin, savcının sulh ceza hâkiminden şüphelinin tutuklanmasını veya sorguya çekilmesini istemesiyle ya da savcının önödeme teklifinde bulunmasıyla şüphelinin sanıklık sıfatı başlar (Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 474). Buna göre fail hakkında, soruşturma veya kovuşturmada arabuluculuk (uzlaştırma) sürecinin başlatılması (CMK m. 253), hakkında soruşturma yapılan kişiye suç isnad edici nitelikte bir işlem olduğundan, fail "sanık" sıfatını almış olacaktır. Ancak, bazı hâllerde failer hakkında hüküm verilmesinden sonra da arabuluculuk programı uygulanabileceğinden ve "fail" kavramının "sanık" kavramına göre daha geniş olduğundan, bu usûlü "mağdur-fail arabuluculuğu" olarak adlandırmak doğru olur. Diğer yandan, 5271 sayılı CMK'da şüpheli, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi (CMK m. 2/a); sanık da, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi (CMK m. 2/b) ifade ettiğinden, doktrinde daha önce esas alınan kstaslara göre kullanılan "sanık" teriminin, 5271 sayılı CMK karşısında sürdürülmesi de isabetli olmayacaktır.

<sup>34</sup> Brown, Marriott s. 294; Mark S. Umbreit, Robert B. Coates, Betty Vos, *The Impact of Victim-Offender Mediation: Two Decades of Research* (Federal Probation 2001, Vol. 65, s. 29-38), s. 30 vd.; Council of Europe, *Mediation in Penal Matters* s. 9; Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet*, İstanbul 2008, s. 13 vd.; Ekrem Çetintürk, *Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı* (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış) (CHD 2009/9, s. 191-245), s. 213 vd.; United Nations Office on Drugs and Crime s. 17 vd.

<sup>35</sup> Şahin s. 228.

3) Uyuşmazlık çözümü ve yönetiminde, bilinen yöntemlere yeni alternatiflerin bulunması<sup>36</sup>.

Son yıllarda, failer ve cezalandırma üzerinde önceden yapılan ayrıntılı araştırmalarda bir çeşit dengeleyici unsur olarak "viktimoloji" (mağdurluk, *victimology*) adında bir çalışma sahasının geliştiği görülmüştür<sup>37</sup>. Asıl amacı faili cezalandırmak olan devlet, mağdurun zararlarını karşılamadığı için mağdur tatmin olamamaktadır. Dahası, ağır ve aksak olarak işleyen ceza adaleti sisteminin mağdurları ikinci kez mağdur ettiği de bir gerçektir<sup>38</sup>. Ceza hukuku tarihinde failin korunmasına ağırlık verilmesi de mağdurların ihmal edilmesine yol açmıştır. Oysa doğru olan, hem failin hem mağdurun dengeli bir şekilde korunmasıdır<sup>39</sup>. Hukuk devletinin gereklerinden biri de, mağdurun haklı çıkarlarının korunmasıyla hukukî barışın tesis edilmesidir. Bu amaçla, ceza muhakemesi hukukunda mağdurun konumu güçlendirilmelidir<sup>40</sup>.

Bu alanda yapılan ilk çalışmalar, mağdurların hassasiyeti ve suçun neticeleri üzerinde yoğunlaşmıştır. Son yıllarda bu çeşit çalışmalar, işlenen bir suç nedeniyle (örneğin cinsel saldırı) istismara maruz kalarak travma geçiren mağdurlarca suçluluğa karşı duyulan öfkeyi canlandırmıştır.

Mağdurla ilgili en son çalışmalar, mağdurların haklarının korunması için avukatlık yapılması şekline bürünmüştür. Mağdurlara yönelik bu ilgi, Ulusal Mağdur Destekleme Kurumu (*National Organization of Victims Assistance*<sup>41</sup>) ve Çocuk İstismarı ve İhmali Hakkında Ulusal Merkez (*National Center on Child Abuse and Neglect*<sup>42</sup>) gibi kurumların kurulmasına neden olmuştur<sup>43</sup>. Mağdurlara yardımcı olmak amacıyla, Amerika Birleşik Devletleri'nde ülke çapında faaliyet gösteren programlar, mağdur-tanık yardımı, tecavüze uğrayan mağdurları destekleme

<sup>36</sup> John Burton, Frank Dukes, *Conflict: Practices in Management, Settlement and Resolution*, New York 1990, s. 45.

<sup>37</sup> Ivo Aertsen, Tony Peters, *Mediation for Reparation: The Victim's Perspective* (European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1998, Vol. 6/2, s. 106-124), s. 106. Viktimoloji alanında başta Anglo-Amerikan hukukunda olmak üzere mukayeseli hukukta araştırmacılar tarafından kapsamlı çalışmalar yapılmaktadır. Hatta bu alanda uluslararası bir dergi olan, "Victimology" dergisi çıkarılmaktadır. Örneğin Oxford Üniversitesi Kriminolojik Araştırma Merkezi (Center for Criminological Research), bu alanda bilimsel araştırmalar yapan ve önemli yayınlara sahip olan kuruluşlardan biridir. Bkz. <http://www.crime.ox.ac.uk>

<sup>38</sup> Dönmezer, Erman, C. II, s. 432.

<sup>39</sup> Doğan Soyaslan, *Kriminoloji, Suç ve Ceza Bilimleri*, Ankara 1998, s. 21; Akıncı s. 693.

<sup>40</sup> Şahin s. 288. Doktrinde, mağdurun haklarının korunması açısından mevzuatımızın yeterli olmadığı, mevzuatımızda daha çok sanığın ve sanık haklarının ön plana çıktığı belirtilmektedir (Durmuş Tezcan, *Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması*, Ceza Hukuku Reformu, Sempozyum, 20-23 Ekim 1999, İstanbul 2001, s. 73-84, s. 75 ).

<sup>41</sup> Ulusal Mağdur Destekleme Kurumu hakkında bilgi için bkz. <http://www.try-nova.org/>

<sup>42</sup> Çocuk İstismarı ve İhmali Hakkında Ulusal Merkez hakkında geniş bilgi için bkz. <http://ojjdp.ncjrs.org/pubs/fedresources/ag-05.html>

<sup>43</sup> Mağdur Yardım Programları hakkında bkz. Neubauer s. 217-220.

merkezleri, mağdur ombudsmanı, mağdur avukatlığı ve aile içi şiddete maruz kalan eşler için sığınaklar gibi yardım amaçlı programları içermektedir.

Mağdurlara yönelik bu artan ilgiye rağmen, hâlâ çeşitli sorunlar bulunmaktadır. Mağdurların ceza adaleti sisteminden kaynaklanan tatsızlıkları hakkında yapılan çalışmalar, mağdurların uzun zamandan beri ihmal edildiği ve onları korumayı amaçlayan bir sistem tarafından mağdurlara kötü davranıldığı konusunda, bir süreden beri mevcut olan inancı ve şüpheyi kuvvetlendirmiştir.

Kendilerine karşı suç işlenen mağdurlar, genellikle travmatik bir tecrübe yaşarlar. Hatta, başkasının malına zarar verme veya araba hırsızlığı gibi, mağdura sıradan bir etki bırakan hafif suçlarda bile, mağdur bir şok, öfke, korku ve çaresizlik hissine kapılır. Ancak ceza muhakemesi süreci, mağduru, suça karşı sürdürülen işlemlere katılmaktan uzak tutarak genellikle bu duyguları daha da kötüleştirir. Mağdur, failin tutuklanmasında hiçbir rol üstlenmez ve yargılama başlamadan önce uzun bir süre beklemek zorunda kalır. Tanıklık mahkeme için uygun olan tarihte yapılır ve mağdur sık sık duruşmaya katılmak zorunda bırakılır. Suçlama, hüküm verme ve dikkate alınsa bile tazminat, tamamen mağdur dışındaki kişilerce karara bağlanır. Bu süreç içinde, mağdurun ceza adaleti sisteminden olan tatsızlığının bu derece yüksek olması ve bazı değişikliklerin arayışına girilmesi şaşırtıcı görülmektedir.

## **II- Cezalandırmaya Karşı Mağdur-Fail Arabuluculuğu**

Fail hakkındaki olağan muamele, failin hapsedilerek cezalandırılmasıdır. Toplum, hapsedilmenin üç amaca hizmet ettiğini ileri sürerek bu cezayı meşrulaştırmaktadır. Bu amaçlar, başka bir suçun işlenmesine engel olunması, failin suç işleme imkânından uzak tutulması ve failin bu vesileyle ıslah edilmesidir<sup>44</sup>.

Bu konuda mevcut olan çeşitli teorilerin yerindeliği tartışılabilir olmakla beraber, Anglo-Amerikan hukuk uygulaması, fiili gerçeğin, cezalandırmanın bu meşruiyet gerekçelerinin hiçbirini desteklemediğini göstermiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, her on yılda hükümlü sayısı yaklaşık % 50 artmakta ve hem ilk kez hem de ikinci kez suç işleme oranında büyük bir artış görülmektedir.

Benzer bir durumun görüldüğü İngiltere ve Galler'de, ceza evlerinde bulunan mahkûm sayısı, 2002 yılında toplam 70.000'e çıkmış ve ceza evlerindeki bu aşırı kalabalık ortam, bir kriz olarak değerlendirilmiştir. 2002 yılının Mart ayında, ceza evlerindeki mahkûmların sayısında 2000 kişilik bir artma görülmüş ve bu ani artıştan önce de, İngiltere ve Galler'de bir süreden beri ceza evlerindeki mahkûm sayısının Çin, Suudi Arabistan veya Türkiye gibi ülkelerden nispeten daha fazla olduğuna dikkat çekilmiştir. İngiltere'de Adalet Bakanı, ceza evleri başmüfettişi ve ceza evleri genel müdürü bu durumun giderek daha çok zararlı sonuçlar doğurduğuna ilişkin uyarılarda bulunmuşlardır. Ceza evlerindeki aşırı kalabalık ortam, hükümlülerin ıslah programlarına zarar vermekte, okuma, yaz-

<sup>44</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2003, s. 551.

ma ve matematik eğitimine engel olmakta ve ceza evlerindeki mahkûmların sürekli dağıtılmasına yol açmaktadır. Halbuki yapılan bütün araştırmalar, ailelerine yakın tutulan hükümlülerin, topluma yeniden uyum sağlamakta daha büyük şansa sahip olduklarını göstermiştir. Oysa İngiltere ve Galler'de, 11.000 hükümlünün, ailelerinden 100 mil uzakta olduğu belirtilmektedir.

İngiltere ve Galler'de yirmibirinci yüzyılın başında görülen bu krizin iki nedeni bulunmaktadır. Ancak bu nedenlerden hiç birisi suç oranındaki artışla ilgili değildir. Genel düşüncenin tersine, son yıllarda İngiltere ve Galler'de suç oranı düşmektedir. En son yapılan İngiliz Ceza Araştırması, 1996 yılından bu yana suç oranında % 33'lük bir düşüş olduğunu ortaya koymuştur ki bu oran, İngiliz Ceza Araştırmasının başladığı yıl olan 1981'den beri kaydedilen en düşük seviyedir. Ceza evlerinde bulunan hükümlü sayısındaki artışın ilk nedeni, ağır mahkûmiyet hükümleridir. Mahkemeler, hemen hemen bütün suç türlerinde, çok sayıda suçluyu hapis cezasına mahkûm etmektedirler. Bu da insan hayatının ve toplum kaynaklarının boşa harcanmasına yol açmaktadır. Denetimli serbestlik altında olabilecek veya bir toplum hizmetinde çalışabilecek pek çok kişi hapisanelerde tutulmaktadır. Mahkûmların çoğu, kısa süreli hapis cezası çekmek için ceza evine gönderilmektedir. Halbuki yapılan araştırmalar, bu durumun, suçluların işlerini ve bazen ailelerini kaybetmelerine yol açması ve bu yüzden de suçluların topluma yeniden intibakını güçleştirmesi nedeniyle, çağdaş ceza adaleti sisteminin amaçlarına ne kadar aykırı olduğunu göstermiştir.

Hükümlü sayısındaki artışın ikinci nedeni ise, politik gerekçelere dayandırılmış, dönemin İngiltere İçişleri Bakanının samimi olmayan katı politikası eleştirilmiştir. David Blunkett, İçişleri Bakanı olduğu zaman bu tutumu değiştirmiştir. Bakanın, hükümlü sayısını azaltmak amacıyla geliştirdiği ve 2002 yılının Şubat ayında açıkladığı cesur plân, tutuklu sayısını azaltma, toplum programlarını tamamlayan suçluların hükümlerinin infazının ertelenmesi ve hayır amaçlı kurumlarda çalışma gibi bir dizi tedbir içermektedir. Bu tedbirler olumlu karşılanmıştır; fakat, atılması gereken diğer bir adım daha vardır. Bu adım, mahkemeleri, topluluk programlarını daha çok kullanmaları konusunda ikna etmek için bir kamu desteği sağlanmasıdır<sup>45</sup>.

Ceza evlerinin aşırı kalabalıklaşması sorunu, Avrupa Konseyinin de üzerinde çalıştığı konulardan biridir. Bu konuyla ilgili olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince 30 Eylül 1999 tarihinde kabul edilen, "ceza evlerinin aşırı kalabalıklaşması ve ceza evi nüfusu enflasyonu" başlıklı R (99) 22 sayılı tavsiye kararında, ceza evlerinin aşırı kalabalıklaşmasının ve ceza evi nüfusundaki artışın, hem insan hakları, hem ceza kurumlarının etkili bir şekilde yönetilmesi açısından, ceza evi yönetimlerine ve ceza adaleti sistemine yönelik büyük bir tehdit oluşturduğu vurgulanmıştır<sup>46</sup>. Tavsiye kararının ekindeki temel ilkeler arasında, kişinin özgür-

<sup>45</sup> *Blunkett's hard cell, Time for action to cut prison numbers*, The Guardian , 2 March 2002, s. 9

<sup>46</sup> Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation No. R (99) 22 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation*, s.

lüğünün elinden alınmasının, en son başvurulacak bir yaptırım veya tedbir olarak görülmesi ve bu nedenle, sadece suçun ciddiyetinin, diğer yaptırım veya tedbirleri açıkça yetersiz bırakması hâlinde uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu sorunun giderilmesi için alınacak tedbirlerden olan "duruşma aşaması ile ilgili tedbirler" arasında, hürriyetin kısıtlanması yerine kullanılabilir bir tedbir olarak "mağdur-fail arabuluculuğu ve mağdurun zararının tazmini" ayrıca sayılmıştır<sup>47</sup>. Bu da, mağdur-fail arabuluculuğunun, hükümlü sayısındaki artışın engellenmesinde kullanılabilir etkili bir tedbir olduğunu göstermektedir.

Suç politikasının ilkelerinden biri olan Ümanizm İlkesinin temel amacı, suç işleyen kişinin yeniden sosyalleştirilmesi ve sosyal sorumluluğa sahip bir birey hâline getirilmesidir. Bu amaç, cezaların infazında ana amaç olarak kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Çağdaş bir ceza infaz kurumunun amaçları arasında güvenliğin sağlanması, düzenin korunması, hükümlülerin çağdaş penoloji düzenlerine göre iyileştirilmesi ve adaletin yerine getirilmesi bulunmaktadır<sup>49</sup>. Ancak bu amaçlara ulaşılabilmesi için, ceza yargısının altında bulunduğu ağır iş yükü azaltılmalı<sup>50</sup>, mahkemelere zaman kazandırılarak mahkemelerin etkinliği artırılmalı ve suçluların ceza evine girişi mümkün olduğu ölçüde önlenmelidir. Zira, ceza evleri kalabalıklaştıkça çağdaş ceza adaleti sistemi amaçlarına ulaşamamaktadır. Bu ortamda, ceza evi sayısının artırılmasının kalıcı bir çözüm olmadığı açıktır. Suçlular ceza evlerinde kaldıkları sürece daha kötü bir yapıya sahip olmaktadır. Oysa, infaz müesseselerinde bulunan kişilerin topluma yeniden kazandırılmaları ve infaz kurumundan çıktıktan sonra tekrar suç işlemelerinin önlenmesi gereklidir. Suçluların iyileştirilmesi, onların sosyal hayata yeniden uyum sağlayabilecekleri şartlara tâbi tutulmalarıyla mümkün olur. Suçlunun, sosyal yaşayışa benzemeyen şartlarda bulundurulması ve böyle bir rejimle, ilerisi için sosyal hayata yeniden uyum sağlama imkânlarının araştırılması imkânsızdır<sup>51</sup>. Bu nedenle hürriyeti bağlayıcı cezalar, uygulamaclar tarafından zorunlu görüldüğü takdirde uygulanmalı ve hürriyeti bağlayıcı cezalara mümkün olduğu kadar alternatif çözümler üretil-

1 (<http://cm.coe.int/ta/rec/1999/99r22htm>). Ayrıca, bu tavsiye kararının taslak metni ve bu metnin tercümesi için bkz. *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı Taslağının Tercümesi: Draft Recommendation No. R (99)* (Ceza Hukuku Reformu, Sempozyum, 20-23 Ekim 1999, İstanbul 2001, s. 441-446).

<sup>47</sup> Council of Europe Committee of Ministers s. 4 (<http://cm.coe.int/ta/rec/1999/99r22htm>).

<sup>48</sup> Kayıhan İçel, *Ceza Hukukuna Giriş, Maddi Ceza Hukuku, Ceza Kanunları* (Türk Ceza Kanunu, Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, İstanbul 1994, s. 11-25), s. 19; M. Naci Ünver, *Çağımızın Ceza Adaleti* (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu 5-6-7-8 Nisan 2000, s. 366-369), s. 368; M. Yılmaz Sağlam, *İnfaz Hukukunun Sorunları* (Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu 5-6-7-8 Nisan 2000, s. 746-754), s. 747.

<sup>49</sup> Dönmezer, Erman, C. II, s. 633 vd. Amerika Birleşik Devletleri'nde, kötü ceza evi koşullarından kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculukla çözülmesi gerektiği savunulmakta ve dava yolunun, kural koyma konusunu ve ceza evi koşullarını belirleyen davranışların yeniden yapılandırılmasında uygun olmadığı ileri sürülmektedir (Note, "Mastering" Intervention in Prisons, Yale Law Journal 1979, Vol. 88, s. 1062-1091), s. 1063 vd.

<sup>50</sup> Şahin s. 224.

<sup>51</sup> Dönmezer, Erman, C. II, s. 628.



melidir<sup>52</sup>. Bu mülâhazalarla, çağdaş ceza adaleti sisteminde arabuluculuk uygulamasına etkinlik kazandırılması faydalı olacaktır.

Bir fail ceza evine kapatıldığında, mağdurun zararını tazmin etme olasılığıyla birlikte, faile, işlemiş olduğu suçun sorumluluğunu anlamasını ve kabul etmesini sağlayacak bir eğitim verme imkânı da kaybolur. Bundan başka, mahkûmlar ceza evinde çok zor ıslah edilir<sup>53</sup>. Merkezî Virginia Islah Evlerinin baş kontrol memuru, hapis cezasına karşı mevcut olan alternatifler hakkındaki görüşünü şu şekilde açıklamıştır: "Ceza evine geldikten sonra dışarı çıktığında daha iyi bir kişi olan hiç kimseyi henüz görmedim"<sup>54</sup>. Benzer şekilde, doktrinde Zehr ve Umbreit tarafından, ceza evlerinin, mahkûmların özgür bir toplumda kanunlara itaat eden vatandaşlar olarak yaşayabilmelerini sağlamak, onları bu konuya yönlendirmek, desteklemek ve kontrol etmek için doğru bir ortam olmadığı, ceza evi ortamının suçu azaltmak yerine artırabileceği ve mahkûmların kendilerini sür'atle toplumdandan soyutlayabilecekleri ileri sürülmüştür<sup>55</sup>.

Doktrinde bu konuda yapılan tartışmalarda, suçların ve uyuşmazlıkların nedenleri üzerinde durulmakta, toplumun cezalandırma üzerinde gereğinden fazla durup durmadığı ve suçlar ile uyuşmazlıkların muhtemel nedenleri üzerinde yeteri kadar düşünülüp düşünülmediği sorusu sorulmaktadır. Hapis cezası ve baskının, toplumca başvurulacak son çare olarak değil, fakat tek çare olarak kabul edildiği görülmektedir. Oysa, doktrinde haklı olarak savunulduğu gibi, bugün için suçlunun cezalandırılması amaç olmaktan çıkmış, bunun yerini suçlunun topluma yeniden kazandırılması almıştır<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Doktrinde, modern ceza hukukunda yaptırım teorisi içinde değerlendirilen ve cezalar yerine uygulanan; böylece cezaların sakıncalarını ortadan kaldırma hedefine hizmet eden kurumlara "cezalara seçenek olan kurumlar" adı da verilmektedir. Bu kurumlara örnek olarak, cezaların ertelenmesi, şartla salıverme, önödeme veya yasaklanmış hakların geri verilmesi gösterilebilir (İçel s. 24).

<sup>53</sup> Ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından bugüne, hürriyeti bağlayıcı cezalar yoluyla suçluların ıslahı veya topluma yeniden kazandırılması düşünülmüşse de, bu amaca tam olarak ulaşamamıştır (Soyaslan-Genel Hükümler s. 582). Zamanla hürriyetten mahrum etmenin ve ceza evlerinde yaşamanın mahzurları görülmüştür. Suçluların, ceza evi denilen kötülüklerden oluşmuş suni ortam içine sokularak toplumdandan koparılmak suretiyle uygulanacak yöntemlerle bir sonuç alınamayacağı; ayrıca, hapis cezasının ferdî ve içtimaî bakımdan daha büyük sakıncaları olduğu öne sürülmüştür (Dönmezer, Erman, C. II, s. 631). Bu nedenlerle, infaz rejimlerinde suçlunun iyileştirilmesi ve topluma yeniden kazandırılmasının zorunlu kıldığı değişiklikler yapılmıştır (Dönmezer, Erman, C. III, s. 1). Sonuçta kanun koyucular, cezanın ertelenmesi, şartla salıverme, denetimli serbestlik, para cezası ve diğer cezalara çevirme gibi, hapis cezalarını kısmen veya tamamen önleyen veya şartlı tahliye gibi ceza evinden çıkmayı hızlandıran tedbirler almışlardır (Dönmezer, Erman, C. II, s. 632; Soyaslan-Genel Hükümler s. 561).

<sup>54</sup> Burton, Dukes s. 46.

<sup>55</sup> Howard Zehr, Mark Umbreit, *Victim Offender Reconciliation: An Incarceration Substitute?* (Federal Probation 1982, Vol. 4, s. 63) (Burton, Dukes 47' den naklen).

<sup>56</sup> Soyaslan-Genel Hükümler s. 551.

## B) Mağdur-Fail Arabuluculuğunun Tarihi Gelişimi ve Amaçları

1974 yılında Ontario'da yaşanan "Elmiro" davasında kontrol memuru, başkasının malına zarar verme suçunu işlemiş olan iki küçüğe en iyi muamele şeklinin, onları mağdurlarla karşı karşıya getirmek suretiyle, tazmin şeklini aralarında görüşerek halletmelerini sağlamak olduğuna karar vermiştir. Bir arabulucunun yardımıyla bir araya gelen taraflar, altı ay içinde tazmin konusunu çözmüşlerdir. Ortaya çıkan sonuç o kadar tatmin edici olmuştur ki, yüz yüze yapılan bu çeşit toplantılar tekrarlanmıştır. Deneme amaçlı birkaç davadan sonra, bu konuda bir örnek uygulama programını desteklemek üzere hükümetten yardım alan bir mağdur-fail arabuluculuk komitesi kurulmuştur.

Zamanla davaların çoğunda, kişilerin istekleri ve öncelikli tercihleri bu arabuluculuğa yönelmiştir. Diğer bölgelerde, arabuluculukla ilgilenen bölge sakinleri de benzer programlar başlatmıştır. Bu alandaki programların sayısı çok arttığından, mevcut kuruluşlara yardım edecek merkezî bir bilgi ve yardım birimine gereksinim duyulmuştur. Böylece, Indiana'da PACT (*Prisoner and Community Together*, Mahkûm ve Toplum Bir Arada) Adalet Enstitüsü tarafından, bugün de mağdur-fail arabuluculuk programıyla ilgilenen kişilere bilgi ve belge sağlayarak destek olan, "Mağdur-Fail Uzlaştırma Merkezi" (*Victim-Offender Reconciliation Center*) kurulmuştur.

PACT Enstitüsüne ilaveten Mennonite Merkez Komitesi (*Mennonite Central Committee*, MCC) Ceza Adaleti Bürosu, mağdur-fail arabuluculuk programlarının yayılması ve desteklenmesi amacıyla kurulmuştur. Bugün Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Birleşik Krallık'ta, çok sayıda mağdur-fail arabuluculuk programı bulunmaktadır<sup>57</sup>.

Ontario Kitchner'deki Mağdur-Fail Uzlaştırma Projesi, Ontario Mennonite Merkez Komitesi ile Ontario Eyaleti Ceza Evi Hizmetleri Bakanlığının ortak bir projesi olarak başlamıştır<sup>58</sup>. Bu projenin amaçları şunlardır:

- 1) Toplumdaki suçları azaltabilecek faydalı bir yöntem geliştirmek,
- 2) Mağduru ve faili, mevcut zararın tazmin ve telafisi üzerinde bir uzlaşma ve anlaşmaya varmaya gayret etmeleri için bir araya getirmek,
- 3) Tarafların yeniden uzlaşmasını teşvik etmek için üçüncü bir kişiden yararlanmak,

<sup>57</sup> Burton, Dukes s. 47; Susan C. Taylor, *Victim-Offender Reconciliation Program-A New Paradigm Toward Justice* (University of Memphis LawReview 1976, Vol. 26, s. 1187-1195); Mark S. Umbreit, *Victim Offender Mediation in Juvenile or Criminal Courts* (ADR Handbook for Judges, American Bar Association 2004, s. 225-236), s. 226; Mustafa Özbek, *Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma* (AÜHFD 2005/3, s. 289-321), s. 291-292; Mustafa Özbek, *Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları* (AÜHFD 2007/4, s. 123-205), s. 131-136.

<sup>58</sup> Dean E. Peachey, *The Kitchener Experiment* (Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community, London 1989, s. 14-26), s. 15 vd.

4) Çözülmesi gereken bir uyuşmazlık olarak suça çözüm bulabilmek.

Bir kılavuz olarak kullanılan ilk programın örnek alınmasından sonra diğer topluluklar, bu amaçları daha da sadeleştirerek, mağdur-fail arabuluculuğunu başka amaçlar için de kullanmaya başlamışlardır. PACT Adalet Enstitüsünün uzmanlarının ve doktrindeki diğer mağdur-fail arabuluculuğu savunucularının vurguladığı amaçlar şu şekilde özetlenebilir:

Öncelikli olarak ileri sürülen amaç, mağdur-fail arasında yeniden bir uzlaşmanın tesis edilebilmesidir. Gerçek bir tazminat anlaşması, uzlaştırma sürecinin somut ve açık bir ürünü olarak ortaya çıkacaktır. Diğer amaç, ceza adaleti sisteminde mağdurun katılımının artırılmasının faydalı olması nedeniyle, bunun hem mağdur hem ceza adaleti sistemi tarafından istenmesidir<sup>59</sup>. Ceza muhakemesi sürecinde, genellikle mağdurun zihninde cevaplanmamış bazı sorular kalır. Bu sorulara örnek olarak, hırsızın neden kendisinin evini seçtiği, neden kendisinin arabasına zarar verildiği veya failin eve nasıl girdiği gibi sorular gösterilebilir. Mağdurun uğradığı şok, sahip olduğu öfke, katlandığı üzüntü ve korku çoğu zaman failin önünde dile getirilemez.

Üçüncü amaç olan zararın tazmin ve telafisi<sup>60</sup> (giderimi, *restitution*), eğer mağdur ve fail aralarındaki uyuşmazlığı çözebilirlerse, mağdurun gerçek arzu ve beklentilerini (belki de gerçek zarar miktarını) yansıtmalıdır. Böylece belirlenen tazmin şekli, mağdurun beklentileri konusunda daha az bilgi sahibi olan kontrol memuru gibi bir üçüncü kişinin kararlaştıracağı tazmin şekline daha doğru ve yerinde olacaktır.

Dördüncü amaç olan failin ıslahı gerçekleştirilebilirse, fail öncelikle hukuka aykırı bir eylem yaptığının farkına varmalı ve yaptığı haksızlığı düzeltmek için sorumluluk üstlenmelidir. Bu amaç, failin sorumluluğunun gelişmesine yardım etmek için kabul edilmiştir.

Son amaç, ceza muhakemesi sürecine mağdurun katılımının artırılmasıyla tamamen uyumlu olmak üzere, faille bazı yetkiler vermektedir. Günümüzün ceza adaleti sistemlerinde suçluluk, mahcubiyet ve pişmanlık hisseden failerin sıkıntılarını hafifletecek yapıcı bir yol bulunmamaktadır. Mağdur-fail arabuluculuk prog-

<sup>59</sup> Jennifer Gerarda Brown, *The Use of Mediation to Resolve Criminal Cases: A Procedural Critique*, (Emory Law Journal 1994, Vol. 43, s. 1247-1310), s. 1255.

<sup>60</sup> Tazminat (*restitution*) kavramı, geleneksel ceza müeyyidelerinin yetersizliğine, hapis cezasının şiddetine ve denetimli serbestliğin yumuşaklığına karşı geliştirilmiş yapıcı bir alternatiftir. Geleneksel ceza adaleti sisteminde tazminata yönelik olarak yapılan eleştirilere karşı, bu kavramın ceza adaleti sisteminin amaçlarını gerçekleştirmede etkili bir karar mekanizması olduğu savunulmaktadır. Bu konudaki görüşler için bkz. Notes, *Victim Restitution in the Criminal Process: A Procedural Analysis* (Harvard Law Review 1984, Vol. 97, s. 931-946), s. 941. Ayrıca, tazminatın Amerikan Anayasasına uygunluğu hakkındaki tartışmalar için bkz. Thomas M. Kelly, *Where Offenders Pay For Their Crimes: Victim Restitution and Its Constitutionality* (Notre Dame Law Review 1984, Vol. 59, s. 685-716).

ramları, tarafların duygu ve düşüncelerini açıklamalarına olanak tanımayı amaçlamaktadır<sup>61</sup>.

### C) Mağdur Fail Arabuluculuğunun Düşünsel Temeli

Ceza muhakemesi hukuku sistemlerinde mağdurlar genellikle pasif bir konuma sokulmakta ve çoğu kez hukuki durumlarıyla ilgili gerekli yardımı ve temel bilgileri dahi alamamaktadırlar. Ceza hukuku tarihinde ilk korunan süjenin mağdur olmasına karşılık, aydınlık çağdan günümüze kadar fail korunmaya başlanmış, zamanla her iki süjenin korunmasındaki denge bozulmuştur<sup>62</sup>. Bu durum, mağdurların kendilerini zayıf ve saldırılara karşı dayanaksız hissetmelerine yol açmaktadır. Bazı mağdurlar, adeta iki defa zarar gördüklerini düşünmektedirler. Bunlardan birincisi, bizzat fail tarafından verilen zarar olurken; ikincisi, mağdurlara gereken zamanı ayırmayan ve onları ihmâl eden ceza hukuku sistemlerince verilen zararlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Failler, suç teşkil eden fiillerinin insanî yönden doğurduğu sonuçları ender olarak anlayabilmektedirler. Mağdurların birer nesne değil, insan olduklarını görmeleri, failler için kolay değildir. Diğer taraftan, faillerin işledikleri suçlar için kendilerince geliştirdikleri çeşitli bahaneleri de bulunmaktadır. Dava süreci ilerledikçe, faille mağdur arasında düşmanlığın ve anlaşmazlığın artması kaçınılmazdır.

Mağdur-fail arabuluculuk programlarıyla, mağdurlar ile failler arasındaki kişisel ilişkileri kesen bir ceza hukuku istemi terk edilmekte; bunun yerine, suçun sadece devlete karşı değil, temelde insana karşı olduğunu kabul eden eski ilkelere dayanılmaktadır. Bu programlarda mağdurlar, pasif bir işleve sahip olmadıkları gibi, sürecin mücadeleci yapısından da uzak tutulmaktadır. Mağdur-fail arabuluculuğu, mağdurun daha aktif olarak katıldığı bir süreci meydana getirmekte ve bunu yaparken de, hem mağdurların hem faillerin menfaatlerini koruyan bir usûl olma özelliğini taşımaktadır<sup>63</sup>.

### D) Mağdur-Fail Arabuluculuk Programlarının Konusu Olan Suç Türleri

Farklı mağdur-fail arabuluculuk programlarının her biri, programa konu olacak suçların niteliği hakkında kendi koydukları kurallara sahiptirler. Programların çoğunun, ağır suçları ve cinsel suçları arabuluculuktan muaf tutmalarına karşılık, bazı programlar arabuluculuğa konu olabilecek suçlar hakkında bir sınırlama yapmamakta ve daha ağır suçları içeren davaları bile arabuluculuğa kabul etmektedirler<sup>64</sup>. Arabulucular bu suçlarda, doğrudan müzakereleri yürütmek için aşırı ölçüde hassas ve tedirgin olan tarafların zarar görmesini önlemek amacıyla daha dikkatli olacaklardır.

<sup>61</sup> Burton, *Dukes* s. 48.

<sup>62</sup> Soyaslan-Kriminoloji s. 21.

<sup>63</sup> Umbreit-Victim Offender Mediation s. 229.

<sup>64</sup> Gwen Robinson, *Victim-Offender Mediation: Limitations and Potential*, Oxford 1996, s. 23.

Arabuluculuk programına konu olan suçun ağırlığıyla, bu suçun programa havale edildiği sırada, suçla ilgili kovuşturmanın bulunduğu aşama arasında bir ilişki mevcut olabilir. Kovuşturma başlamadan önce arabuluculuğa havale edilen bir suç, kovuşturma başladıktan veya hüküm verildikten sonra arabuluculuğa havale edilen bir suçtan daha hafif olabilecektir.

Arabuluculuk, görülmekte olan bir ceza davasında, haklarında adli tevbih kararı verilen failer üzerinde uygulanabileceği gibi, haklarında henüz hüküm verilmiş olan failer hakkında da uygulanabilir. Önemli olan, failerin tümünün işlemiş oldukları suçü kabul etmiş olmalarıdır. Zira, suçun işlenmiş olduğunun şüpheli olduğu hâllerde arabuluculuk uygun değildir. Failler, arabuluculuk müzakeresinden önce pişmanlık hissedebilir veya kararsız olabilirler. Samimi ve dürüst olmadığı açıkça görülen failer arabuluculuğa kabul edilmemelidirler. Mağdurla yapılan toplantının amaçlarından birisi, suçun neden olduğu kişisel zararın anlaşılır hâle gelmesi ve failin davranışında, kısa bir dönemde küçümsenmeyecek bir değişme beklenebilmesi için faili, sorumluluğunu kabul etmeye teşvik etmektir. Fail, kendisine özür dileme şansı tanındığı, çoğunlukla verdiği zararı onarma fırsatı sunulduğu ve kendisine, işlemiş olduğu suçun yanlış olduğunu göstermek amacıyla dürüstçe bilgi verildiği için memnuniyet duyabilir<sup>65</sup>.

Bazı görüşlere göre, ağırlaştırıcı sebepli hırsızlık olarak binaya girerek hırsızlık yapılması (*aggravated burglary*) veya cinsel saldırı (*sexual assault*) gibi daha ağır suçlarda, mağdurlar hislerini açıklayabilmekten ve suçun zararlı etkilerinin ortadan kaldırılması yönünde bir ölçüde anlaşmaya varılmasından önemli ölçüde yararlanabilirler. Hatta arabuluculuk, adam öldürme suçlarında bile, faille mağdurun ailesi arasında (daima suçun işlenmesinin üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra) kullanılabilir. Arabuluculuğun bu etkisini ileri süren Umbreit'e göre, bu etkinin varlığından şüpheli olanlar, arabuluculuğun kullanılmasında gözlemlenen özelliklere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde, öldürülen çocukların aileleriyle failer arasında yapılan görüşmelere dikkat etmelidirler<sup>66</sup>.

Kişilere karşı işlenen suçların büyük bir kısmı, mağduru tanıyan kişiler tarafından işlenmektedir. Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığının yaptığı bir çalışma, incelenen davaların yarısında, mağdur ve failin birbirlerini önceden (en azından görünüşte) tanıdıklarını göstermiştir. Böyle olmasa bile onların, uyumsuzluğu doğuracak olayın vuku bulabileceği ortak bir çevrede yaşadıkları, özellikle (mağdur veya failce) intikam alma hissiyle işlenen suçlarda, bu durumun suça yol açan bir etken olduğu tespit edilmiştir. Bu gibi hâller, arabuluculuk vasıtasıyla durumun daha iyi anlaşılması ve yeniden uzlaşmanın tesis edilebilmesi için fırsatlar sunmaktadır.

<sup>65</sup> Brown, Marriott s. 300.

<sup>66</sup> Mark S. Umbreit, *Humanistic Mediation: A Transformative Journey of Peacemaking* (Mediation Quarterly 1997, Vol. 14, 201-212), s. 203.

Fife Suça Sürüklenen Çocuklar Arabuluculuk Programı, kendisine getirilen suçlar arasında ağırlıklı olarak hırsızlığın bulunduğunu belirtmektedir. Diğer suçlar genel olarak başkalarının mallarına zarar verme, kasten veya taksirle yaralama ve trafik suçlarıdır. Thames Valley Projesi, sadece adli tevbih alan faillerin programa katılabileceklerini özel olarak belirtmiştir. Programa katılım isteğe bağlıdır. Robinson'a göre "mahkeme kökenli programların, sulh mahkemelerinin ağır iş yükünü azaltması beklenirken, polis kökenli projeler kaçınılmaz olarak daha hafif suçlarla ilgilidir"<sup>67</sup>.

Thames Valley Polis Teşkilatı hazırlamış olduğu kitapçıkta, 1997 yılında sarhoş olarak Oxfordshire Köyündeki tarihi bir binaya büyük zarar veren iki gencin davasını örnek olarak göstermiştir. Tutuklandıklarında işlemiş oldukları suç kabul eden bu gençler, daha önce herhangi bir mahkûmiyet almamışlardır. Bölge Konseyi (*Parish Council*), başlangıçta ceza davasının açılmasını istemiş, fakat faillerle bir toplantıya katılmayı da kabul etmiştir. Toplantıda konsey üyeleri, binanın nasıl kullanılamaz hâle geldiğini ve kapandığını gençlere anlatmışlardır. Köy halkı da bu olaydan olumsuz etkilenmiştir. Gençlerin aileleri, oğullarının davranışlarına ne kadar üzüldüklerini ve kızdıklarını açıklamışlardır. Gençler, son derece mahcup bir şekilde, binanın zararını tazmin etmek suretiyle binayı onarmak ve binanın yeniden düzenlenmesine yardım etmek istediklerini belirtmişlerdir. Taraflar arasında bu koşulları kapsayan bir anlaşma imzalanmış; konsey üyeleri, gençler ve onların aileleri, müzakerelere tamamen katılabilmişlerdir. Bölge Konseyi üyeleri, toplantıya katılmaktan büyük ölçüde tatmin olduklarını belirtmiş, hem konsey üyeleri hem bölge polisi sonuçtan memnun olmuştur<sup>68</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuğuna konu olacak suçlar belirlenirken, ceza uyuşmazlıklarında ADR'nin uygulanma kabiliyeti de tartışılacaktır. Bu noktada belirlenmesi gereken temel konulardan biri, ADR'nin ceza adaleti sisteminde bir kovuşturmadan ayrılma (saptırma, *diversion*) yolu olarak mı, yoksa hüküm verme sürecinin bir parçası olarak mı kullanılacağıdır.

Kovuşturmadan ayrılma uygulaması, failin, mahkeme önünde yargılanmadan önce polis ikazına muhatap olarak bir ADR usulüne katılması ve böylece yargıya "alternatif" bir sürece sürüklenmesi tehlikesini taşır. Avustralya'nın Victoria eyaletinde aile grup toplantısıyla ilgili bir örnek uygulama programı, hüküm verme sürecinin bir parçası olarak düzenlenmiş ve çocuk mahkemesinden havale edilen suçlarla sınırlandırılmıştır. ADR'nin ağır kasten yaralama ve cinsel saldırı da dahil olmak üzere bütün suçlarda mı, yoksa mala karşı işlenen suçlar veya hafif kasten ya da taksirle yaralama gibi bazı suçlarla sınırlı olarak mı uygulanması gerektiği, üzerinde tartışılan bir konudur<sup>69</sup>. Diğer taraftan, ADR'nin kapalı

<sup>67</sup> Robinson s. 22.

<sup>68</sup> Brown, Marriott s. 301.

<sup>69</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Alyssa H. Shenk, *Victim-Offender Mediation: The Road to Repairing Hate Crime Injustice* (Ohio State Journal on Dispute Resolution 2001, Vol 17, s. 185-217), s. 200.

kapılar arkasında gerçekleşmesi ve bu nedenle denetlenmesinin güç olması da dikkate alındığında, ADR'ye sadece suçtan doğan sorumluluğunu kabul eden failerin katılması durumunda bile, bazı önemli sorunların varlığından söz edilmektedir. Bu sorunlar şu şekilde sıralanmaktadır<sup>70</sup>:

1) Polis tarafından suçun özetlenmesi, failin gerçekleşen olaylar hakkındaki görüşüne uygun olmayabilir.

2) Failin mağdurla ve belki de mağdurun ailesiyle müzakere ederek kabul ettiği plân, ceza davası sonunda alacağı hükümden daha ağır olabilir.

3) Ceza hukukunda ADR'nin yayılmasıyla daha az sayıda dava mahkeme önüne gidecek ve bu yüzden yargı içtihatlarının (*case law*) gelişimi önlenecektir.

4) Bunlara ek olarak, ADR sürecinin gizliliği gerektiği gibi korunamayabilir. ADR sürecinde görüşülen konular, polis tarafından diğer failerin soruşturulması için kullanılabilir.

### **E) Mağdur-Fail Arabuluculuğunda Gönüllülük**

Mağdur-fail arabuluculuğunda gönüllülük unsuru, bu arabuluculuğun kullanılmasının temel şartıdır. Bununla beraber, gönüllülüğün içten ve samimi olarak sağlanamaması veya arabuluculuğa katılımın doğrudan ya da dolaylı olarak yapılan bir baskıdan kaynaklanması tehlikesi bulunmaktadır.

Fail yönünden baskı, süreçte etkili olan ceza adaleti sisteminden kaynaklanabilir. Bunun yanında fail, arabuluculuğa katılmaktan bazı menfaatler elde etmeyi umabilir. Fail örneğin, arabuluculuğun hüküm verilmeden önce gerçekleşmesi hâlinde, daha hafif bir ceza almayı düşünebilir. Mağdur yönünden baskı doğrudan olabileceği gibi, gizli de olabilir. Örneğin, mağdur arabuluculuğa katılmaya istekli olduğunu açıkladıktan sonra, anlaşmayı kabul etmemekte zorlanabilir.

Doktrinde ittifakla benimsenen görüşe göre gönüllülük, her ne kadar sağlanması zor da olsa, arabuluculuk süreci için gereklidir. Arabuluculukta yapılabilecek her türlü baskı, kişisel sorumluluğa mâni olabilir ve özgür bir müzakere ortamını engelleyebilir<sup>71</sup>.

### **F) Arabulucuların Eğitimi**

Mağdurla failin bir araya getirilmesi, ancak hünerli bir kolaylaştırıcının kontrolünde, çok iyi düşünülmüş bir süreçte gerçekleştirilebilir. Bu tarafsız üçüncü kişinin işlevi, sahip olması gereken ilkeler ve hünerler bakımından diğer arabuluculara benzemektedir. Bu işlevin yerine getirilebilmesi için de eğitim şarttır.

<sup>70</sup> Kathy Douglas, *ADR: Is it Viable in Criminal Matters?* (Legaldate 1996, Vol. 8, s. 3-5), s. 5.

<sup>71</sup> Sally Engle Merry, *Myth and Practice in the Mediation Process* (Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community, London 1989, s. 239-250), s. 245; Council of Europe, *Mediation in Penal Matters* s. 17.

Mağdur-fail arabuluculuğundaki eğitim, topluluk arabuluculuğuna benzermekte ve buna ek olarak suçun yapısı, ceza adaleti sisteminin nasıl işleyeceği ve mağdurların ihtiyaçları üzerinde çalışılmasını da gerektirmektedir. Sosyal çalışmada eğitilen uzmanlar, tarafları dinleme ve taraflarla iletişim kurma gibi gerekli pek çok yeteneği kazanırlarken, bu uzmanların, arabuluculuğun sosyal çalışmadan farklı olan koşullarına (örneğin tarafsızlığın korunması ve taraflara asgari düzeyde müdahale edilmesi gibi) yeniden uyum sağlamaya ihtiyaçları vardır<sup>72</sup>.

Suçta sürüklenen çocuklarla çalışan arabulucuların, özel yeteneklere ve bilgilere sahip olması ve bir eğitim kursundan geçmeleri gerekir.

Birleşik Krallık Arabuluculuk Kurumu, arabuluculuk uygulamasının ilkelerinin belirlenmesinde, yayınlar yapılmasında, mağdur-fail projeleriyle ilgili kuruluşlarla birlikte çalışılmasında, konferanslar, eğitim kursları ve seminer çalışmaları düzenlenmesinde öncülük yapmaktadır<sup>73</sup>.

### **G) Mağdur-Fail Arabuluculuğunun Geleneksel Arabuluculukla Karşılaştırılması**

Mağdur-fail arabuluculuğu oldukça farklı bir arabuluculuk yöntemi olmakla beraber, arabuluculuğa ilişkin temel kurallardan ayrılmamaktadır. Ancak, bu arabuluculuk yönteminin yapısı kendine özgü özelliklere sahip olduğundan, geleneksel arabuluculuk uygulamasından farklıdır.

Geleneksel arabuluculuk uygulamalarının neredeyse tamamında arabuluculuk, birbirleriyle önceden kişisel veya hukukî bir ilişkiye girmiş olan kişiler arasında (örneğin kiralyan-kiracı, karı-koca, işçi-işveren, çiftçi-alacaklı gibi) gerçekleştirilir. Oysa mağdur-fail arabuluculuğuna katılan kişiler, genellikle birbirlerini tanımamaktadırlar. Mağdur-fail arabuluculuğunda, uyuşmazlığın konusu açıktır. Bu arabuluculukta ortada bir mağdur ve suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmiş bir fail vardır. Burada amaç, suçun mahkeme kararına geçirilmesi olmayıp, kısa süreli olan ve sorun çözücü bir yaklaşımla yürütülen arabuluculuk süreci boyunca, mağdur ve failin bizzat bilgi paylaşımında bulunmalarını ve tazmin şeklini müzakere etmelerini sağlayarak, daha onarıcı bir adalet anlayışını hâkim kılmaktır<sup>74</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuğunda belirgin şekilde bir mağdur ve fail mevcut olduğu için, taraflar arasında büyük bir güç dengesizliği bulunur. Uyuşmazlığın ortaya çıkmasına her iki tarafın da eşit ölçüde sebep olduğu kabul edilemez. Böylece, arabuluculuğa katılan kişileri "ihtilafli kişiler" (*disputants*) şeklindeki daha tarafsız bir terminolojiyle adlandırmak da mümkün değildir. Arabuluculuğa

<sup>72</sup> Council of Europe, *Mediation in Penal Matters* s. 23.

<sup>73</sup> Brown, Marriott s. 302.

<sup>74</sup> Umbreit-Victim Offender Mediation s. 227; Mark S. Umbreit, Robert B. Coates, Betty Vos, *Victim Offender Mediation: Evidence-Based Practice Over Three Decades* (The Handbook of Dispute Resolution, San Francisco 2005, s. 455-470), s. 456; Özbek-Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları s. 132.



katılan taraflardan birinin hakları ihlâl edilmiştir ve mağdurun arabuluculuk süreciyle tekrar mağdur edilmemesi için, mağdura özel bir ilgi gösterilmelidir. Mağdura karşı gösterilen bu hassasiyet, faile karşı duyarsız olunacağı veya üçlü müzakerelere zarar verileceği anlamına gelmez. Bu ilgi ve hassasiyetin anlamı, mağdurun arabuluculuğa katılımının tamamen gönüllü olması ve arabuluculuk oturumunun yapılacağı zamanın ve yerin mağdura uygun olacak şekilde seçilmesidir<sup>75</sup>.

Birbirini hiç tanımayan kişiler arasında arabuluculuk yapılması ilk bakışta zor gibi görünebilir; fakat Amerika Birleşik Devletleri'ndeki uygulama ve deneyimler, bunun doğru olmadığını göstermiştir. Geleneksel arabuluculukta tarafların birbirlerine duydukları güvensizlik hissi ve benzeri kaygılar, mağdur-fail arabuluculuğunda görülmez.

Bu arabuluculukta taraflar arasında, onların konumlarından kaynaklanan bir güç dengesizliğinin yanı sıra, genel bir güç dengesizliği de bulunur. Fail genellikle bir çocuk veya bir genç olurken, mağdur yetişkin bir kişi olmaktadır. Örneğin fail, müzakereler sırasında kendini iyi ifade edemeyebilir. Oysa ilk arabuluculuk toplantısında failin, mağdur tarafından sorulabilecek sorulara nasıl cevap vereceği konusunda hazır olması gerekir. Failin bu konuda hazırlanması ve yönlendirilmesi, belirli sorulara harfi harfine nasıl cevap vereceği şeklinde değil, görüşmenin gayri resmî bir canlandırması şeklinde olur.

Mağdurun sorması muhtemel olan soruların neler olacağı, failin korkmadığı bir ortamda tahmin edilmeye çalışılırsa, fail, arabuluculuk süreci esnasında mağduru doğrudan etkilemek için daha iyi hazırlanmış olacaktır. Bu durum, faille mağdur arasında yaş farkından ve iletişim zorluğundan kaynaklanan güç dengesizliğini gidermek için kullanılan bir yöntemdir.

Mağdur-fail arabuluculuğunun geleneksel arabuluculuk uygulamasından en önemli farkı, politik ve ideolojik yapıda görülür. Amerikalıların suç ve ceza konusunda güçlü duyguları vardır. Bu duygular, özellikle medya ve politikacılar tarafından gündeme getirilen suçlarda en katı şekilde kendini göstermektedir. Bazı görüşlere göre, hukuk mahkemelerindeki uyuşmazlıklarda uygulanan alternatif uyuşmazlık çözümü bir takım çelişkiler taşısa da ADR, Amerikan toplumundaki suç kontrol politikasıyla ilgili temel ideolojik engellerle kesinlikle çalışmamaktadır. Bununla birlikte, ceza muhakemesi hukukunda arabuluculuğun uygulanmasıyla önemli bir ideolojik gelişme kaydedilmiştir<sup>76</sup>.

Ceza hukukçuları ve arabuluculuğa katılan kişiler arasında, arabuluculuğun, toplumun adalet ve hakkaniyet duyguları ile oldukça uyumlu olabileceği yönünde giderek büyüyen bir inanç vardır. Buna karşılık, mağdur-fail arabuluculuk usulünün bünyesinde bulunan onarıcı adalet (*restorative justice*) görüşüne, bazı uygulamacılar ve katılımcılar tarafından tepki gösterilmesi de doğaldır. Suç yüzünden

<sup>75</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 236.

<sup>76</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 237.

zarar görmüş kişilerin doğrudan çıkarlarına hitap etmek pahasına da olsa, devletin çıkarları adına cezaların ağırlığını vurgulayan cezalandırıcı adalet anlayışı (*retributive sense of justice*) günümüzde daha baskın olup<sup>77</sup>, çağdaş Amerikan kültüründe köklü bir yere sahiptir ve bu anlayışın gelecekte kolaylıkla değişmesi de güç görünmektedir.

### § 3. ONARICI ADALET ANLAYIŞI

Ceza adaleti sistemi büyük ölçüde, suçun devlete karşı işlenmiş olduğu düşüncesine dayanır. Bu nedenle, devlet adına iddia görevini yapan savcılar, suçlu hakkında soruşturma yapar ve gerek görürlerse, ceza (kamu) davasında faille ceza verilmesini talep ederler. Ancak bu anlayış, mağdurun kendisine karşı işlenen suçla ve faille arasında bulunan ilişkiyi gözden kaçırmaz ve bazen de muhakeme sürecinde mağduru ihmal eder. Bu nedenle ceza adaleti sistemi, mağdurların hakları ve desteklenmesi fikrinin esas alınması suretiyle, Mağdur Destekleme Hareketi (*Victim Support Movement*) adı altında, 1980 yılından itibaren yeniden düzenlenmiştir<sup>78</sup>.

Onarıcı adalet anlayışı, mağdur, fail ve devlet arasındaki ilişkiye dayanır. Bu anlayış, devletten ziyade suçun işlenmesiyle mağdura ve topluma verilen zarar üzerinde yoğunlaşarak, suça karşı farklı bir yönden yaklaşır. Ayrıca bu anlayış, öncelikli olarak suçlunun cezalandırılmasını değil, zararın tazmin ve telafisini amaçlar. Devletin hukuk kurallarının ihlâl edilmesi ikinci bir unsur olarak görülür<sup>79</sup>.

Onarıcı Adalet Hakkında Birleşmiş Milletler Çalışma Topluluğunun (*United Nations Working Party on Restorative Justice*) yaptığı tanıma göre, "onarıcı adalet, işlenmiş bir suçtan etkilenen tarafların tümünü, suçun ortaya çıkardığı zararlı sonuçları ve suçun geleceğe yönelik etkilerini nasıl giderecekleri konusundaki meseleyi toplu olarak çözmeleri için bir araya getiren bir süreçtir". Onarıcı adalet anlayışının amacı, "mümkün olduğu ölçüde zararın tazmin ve telafisi veya suçun neden olduğu zararın ve yaralanmanın giderilmesi" olarak tanımlanmıştır<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Çetintürk-Onarıcı Adalet s. 44.

<sup>78</sup> 1970'li yılların sonunda ve 1980'in başında ortaya çıkan mağdurlarla ilgili gelişmeler ve Mağdur Destekleme hareketi ile Ulusal Mağdur Destekleme Programları Birliği hakkında bilgi için bkz. Helen Reeves, *The Victim Support Perspective* (Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community, London 1989, s. 44-55); Neubauer s. 220-222.

<sup>79</sup> Çetintürk-Onarıcı Adalet s. 44-45; Mualla Buket Soygüt-Arslan, *Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu*, İstanbul 2008, s. 4; United Nations Office on Drugs and Crime s. 6.

<sup>80</sup> United Nations Office on Drugs and Crime s. 6; Brown, Marriott s. 295. Onarıcı adaletin tanımı ve niteliği hakkında ayrıca bkz. Andrew Ashworth, *Is Restorative Justice The Way Forward For Criminal Justice?* (Current Legal Problems 2001, Vol. 4, s. 347-376); Jason Nadeau, *Critical Analysis of the United Nations Declaration of Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programs in Criminal Matters*, Belgium 2001, s. 2-6; Lynne D. Dahlborg, *Restorative Justice: A Survey of the Law and Process with Applications for Paralegals and Paralegal Educators* (Journal of Paralegal Education and Practice 2001, Vol. 17, s. 1-38); Joan W. Howarth, *Toward*

Mağdurların menfaatleriyle ilgili gelişmeler, aslında daha önceki yıllarda Howard Ceza Reformu Cemiyetinden (*Howard League for Penal Reform*<sup>81</sup>) Margaret Fry tarafından savunulan tazminat fikrini ortaya çıkarmıştır<sup>82</sup>. Fry, 1964 yılında, suçlardan doğan zararların tazminiyle ilgili gelişmeyi etkileyen bir mücadeleyle ve mağdurların zararlarının giderilmesi konusundaki çabalarıyla tanınmıştır.

Onarıcı adalet anlayışının temel ilkeleri şu şekildedir<sup>83</sup>:

- 1) Suçlar ilk olarak mağdurlara, ikinci olarak devlete karşı yönelmiş fiillerdir.
- 2) Mağdurla fail arasındaki ilişkinin düzeltilmesinde mağdurun zararlarının tazmini ve telafisi önemli bir etkidir.
- 3) Mağdurun zararlarının giderilmesi, genellikle mağdura bir miktar paranın ödenmesi veya belli bir toplum hizmetinde bulunulması biçiminde olmak üzere, mağdurun zararının tazmin edilmesi yoluyla sağlanır.
- 4) Mağdur ve fail arasında uzlaşmanın yeniden tesis edilmesi, onarıcı adalet anlayışının önemli bir amacı olarak görülse de, yegâne amacı değildir. Bazı görüşlere göre, mağdurlara, failleri affetmeleri ve onlarla uzlaşmaları için baskı yapılmamalı, mağdurlar bu konuda hazır olana kadar beklenilmelidir. Bu görüş, Amerika Birleşik Devletleri'nde mağdur-fail yeniden uzlaştırma programlarının adının, mağdur-fail arabuluculuk programları olarak değiştirilmesinin temel nedenidir.
- 5) Mağdur ve fail arasında iletişim kurulması ve müzakere yapılması, çoğunlukla mümkün olan ve aradaki bozulmuş ilişkilerin düzeltilmesi için arzu edilen bir unsurdur.
- 6) Failler, işlemiş oldukları suçun sorumluluğunu almalı ve faillere düzelmeye imkânı verilmelidir.

Onarıcı adalet anlayışının bu temel ilkeleri, cezalandırma ve caydırmayı esas alan günümüz ceza adaleti sistemine bir alternatif olarak ortaya çıkmıştır.

#### **A) Onarıcı Adalet Programları**

Onarıcı adalet anlayışı, içerdiği ilkeleri esas alan bazı programlar vasıtasıyla uyulamaya girmiştir.

---

*the Restorative Constitution: A Restorative Justice Critique of Anti-Gang Public Nuisance Injunctions* (Hasting Constitutional Law Quarterly 2000, Vol. 27, s. 717-755).

<sup>81</sup> Howard Ceza Reformu Cemiyeti hakkında geniş bilgi için bkz. <http://www.howardleague.org/>

<sup>82</sup> Robinson s. 10.

<sup>83</sup> Brown, Marriott s. 295; Neubauer s. 376; Çetintürk-Onarıcı Adalet s. 19-23; Kaymaz, Gökcan s. 58-59; Soygüt-Arslan s. 9-10; United Nations Office on Drugs and Crime s. 9-11; Özbek s. 753-754.

## I- Mağdur-Fail Arabuluculuk Programları

Mağdur-fail arabuluculuk programları (*Victim-Offender Mediation Programmes*), mağdurlarla faillere, doğrudan veya dolaylı olarak, işlenmiş olan suç hakkında arabulucuyla birlikte müzakerede bulunmaları, suçun sonuçlarını ve etkilerini görüşmeleri ve failin, suçun etkilerini en iyi şekilde nasıl düzeltebileceği konusunda düşünmesi için bir imkân sunar. Bu, özür dileme, tazminat ödeme, toplum hizmetinde çalışma veya üzerinde anlaşmaya varılan başka bir yolla olabilir.<sup>84</sup>

Mağdur-fail arabuluculuk programlarının tarihçesi hakkında çok sayıda çalışma yapılmıştır.<sup>85</sup> Kuzey Amerika'da mağdur-fail uzlaştırma programlarının ilk örneğinin, 1974 yılında Ontario'da, Kitchener'deki bir mahkeme tarafından uygulandığı ileri sürülmektedir. Bu davada kontrol memuru, mahkemeden, mağdurun suç hakkında faille görüşmeye istekli olup olmadığının öğrenilmesini talep etmiştir. Bu ilk deneme, failin, mağdurun uğradığı zararı tazmin etmesiyle sonuçlanmış ve herkesin beklentisinden daha başarılı olmuştur. Bu anlayış, Kuzey Amerika'da mağdur-fail uzlaştırma programlarının ve daha sonra mağdur-fail arabuluculuk programlarının gelişmesine öncülük etmiştir.

Birleşik Krallık'ta, mağdur-fail tazminat programlarına yönelik ilgi 1970'li yıllarda gelişmiştir. 1972 tarihli Ceza Kanunu ile, tazminata ilişkin hükümler maddî hukukun bir parçası olmuştur. Aynı yıllarda, failerin sosyal hizmetleri sürdürerek içinde yaşadıkları topluma yeniden intibak edebilmelerine yardımcı olmak amacıyla, İçişleri Bakanlığının desteği ile topluluk hizmeti programlarının uygulanmasına başlanmıştır. Gerçek anlamdaki onarım programları ise, ancak 1980'li yıllarda oluşturulabilmiştir. Bu tarihe kadar, mağdurların hakları ve gereksinimleri üzerindeki hassasiyet giderek artmış ve Ulusal Mağdur Destekleme Programları Birliği (*National Association of Victims Support Schemes*<sup>86</sup>) faaliyete geçirilmiştir. İçişleri Bakanlığı Coventry<sup>87</sup>, Wolverhampton, Carlisle ve Leeds'te 4 adet deneme amaçlı (pilot) onarım programı kurmuştur<sup>88</sup>.

İçişleri Bakanlığı, tazminata yönelik deneme programlarını, uzlaştırma için kullanılacak gönüllü bir uygulamadan ziyade, mahkemelerin kullanacağı ek bir müeyyide olarak görmüştür. Ancak bu bakış açısı, deneme programlarınca tasvip

<sup>84</sup> Çetintürk-Onarıcı Adalet s. 73-75; Soygüt-Arslan s. 37 vd.; United Nations Office on Drugs and Crime s. 17-18.

<sup>85</sup> Örneğin bkz. Harry Mika, *The Practice and Prospect of Victim-Offender Programs* (SMU Law Review 1993, Vol. 46, s. 2191-2206); Brown s. 1257; Robinson s. 3.

<sup>86</sup> Ulusal Mağdur Destekleme Programları Birliği hakkında geniş bilgi için bkz. [http://www.victimsupport.org.uk/site\\_home.html](http://www.victimsupport.org.uk/site_home.html)

<sup>87</sup> Coventry onarım programı hakkında bilgi için bkz. Rose Ruddick, *A Court-Referred Scheme*, (Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community, London 1989, s. 82-98).

<sup>88</sup> Brown, Marriott s. 296. Bu programların tarihçesi hakkında daha geniş bilgi için bkz. John Harding, *Reconciling Mediation with Criminal Justice* (Mediation and Criminal Justice: Victims, Offenders and Community, London 1989, s. 27-43).

edilmemiştir. İçişleri Bakanlığının bu amaca tahsis ettiği fonların bitmesi üzerine, söz konusu programlar başka fonlar ve destekler bulmuştur. Mağdur-fail arabuluculuk programlarına dönüşen bu programların çoğu halen uygulanmaktadır<sup>89</sup>. Birleşik Krallık'ta, tazminat ve arabuluculuk konusundaki gelişmeleri düzenlemek amacıyla 1985 yılında kurulan ve bu alandaki bütün programları kapsamına alan Birleşik Krallık Arabuluculuk Kurumu, kuruluşundan beri mağdur-fail arabuluculuk programları için güçlü bir destek olmuştur. Bu kurum uygulama kuralları çıkarmış, arabulucuların eğitimine yardım etmiş, yeni plân ve projelerin geliştirilmesini teşvik etmiş ve arabuluculuk kurumlarının, tarafsızlıklarına ve amaçlarına yönelik tehditlere karşı korunmasını sağlamıştır.

## II- Aile Grup Toplantısı

Aile grup toplantısı (*Family Group Conferencing*), faillerin, mağdurların ve onların aileleriyle arkadaşlarının katılımıyla gerçekleştirilen, suçun sonuçları üzerinde tartışılan ve meydana gelen zararın en iyi şekilde nasıl onarılacağına karar vermeyi amaçlayan bir görüşmedir. Öncelikle küçükler için kullanılan bu toplantılarda, mağdurlara, faillerle karşı karşıya gelerek hislerini açıklama fırsatı verilir ve faillere, özür dileyerek verdikleri zararı giderme şansı tanınır. Bu süreçte taraflara, arabulucu yerine bir kolaylaştırıcı yardımcı olur<sup>90</sup>.

İki yıllık bir çalışmanın sonuçlarına göre, toplantıların % 94'ünde verilen taahhütlere uyulmuş ve böylece aile grup toplantıları, tarafları yüksek ölçüde tatmin etmiştir. İçişleri Bakanlığının Araştırma Bölümünün başkanı olan Tony Marshall bu toplantıları, "yargı sistemini tamamlayan 'onarıcı adalet' sisteminde temel bir uygulamaya dönüşebilen heyecan verici bir fikir" olarak görmektedir. Buna karşılık Marshall, olası engellere karşı da uyarılarda bulunmaktadır. Bu uyarılar, arabuluculuk konusunda iyi bir eğitim almamış kolaylaştırıcıların süreci yönetme tehlikesinin varlığı ve polislerle toplum görevlilerinin, kolaylaştırıcının işlevini üstlenebileceği hususlarını kapsamaktadır. Marshall ayrıca, dikkatli ve ayrıntılı bir hazırlık yapılmasının şart olduğu ve güvenceye alınan fail haklarına karşı dengeleme yapılan mağdurların süreçte tam bir etkinliğe sahip olmalarının gerekliliği konusunda da uyarılarda bulunmuştur. Sürece katılan aileler de destek almaya ihtiyaç duyabilirler<sup>91</sup>.

## III- Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Projeler

Suçta sürüklenen çocuklara yönelik onarıcı adalet projeleri (*Young Offenders Projects*), çocuklar için özel olarak çaba göstermekte ve bu özel amacı nedeniyle de büyük önem taşımaktadır<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Robinson s. 17.

<sup>90</sup> *What is Restorative Justice?* 2001, s. 2 (<http://www.restorativejustice.org/tj3/introduction-Definition>); Council of Europe, *Mediation in Penal Matters* s. 10; Çetintürk-Onarıcı Adalet s. 77-79; United Nations Office on Drugs and Crime s. 20-21; Kaymaz, Gökcan s. 61.

<sup>91</sup> Brown, Marriott s. 297.

<sup>92</sup> United Nations Office on Drugs and Crime s. 26.

Thames Valley Polis Teşkilatı, suça sürüklenen çocuklar için bir onarıcı adalet örnek uygulama programı kurmuştur. Bu programın sonuçları, suça sürüklenen çocuklarla ilgili topluluklar kadar, üst düzeydeki görevliler açısından da şaşırtıcı olmuştur. Ulusal istatistiklere göre, suça sürüklenen çocukların üçte biri, ilk suçları için bir adli tevbi<sup>93</sup> almalarından sonra yeniden suç işlemektedirler. Oysa bu programın sonuçları, örnek uygulama programının, yeniden suç işleme oranını % 30'dan yaklaşık %4'e düşürdüğünü göstermiştir. Sonuç olarak, örnek uygulama programı genişletilmiş ve programın ülke çapında uygulanması için talepler gelmiştir.

Thames Valley örnek uygulama programı, Nisan 1995-Ekim 1997 döneminde, yaklaşık 400 suça sürüklenen çocuk üzerinde uygulanmıştır. Programa katılım gönüllü olmuş ve program sadece, mahkemede kendilerine adli tevbihte bulunmuş olan failere uygulanmıştır. Programın temel unsurlarından birisi, faileri, işledikleri fiillerin sonuçlarıyla karşı karşıya bırakmaktır.

Thames Valley Emniyet Müdürü, 1997 yılının Mart ayında yapılan bir konferansta, ikinci veya üçüncü kez suç işleyen failerin topluluk görüşmesine sevk edilmesinin yararlı olduğunu ileri sürmüştür. Bu girişim, sadece mağduru ve faili değil; fakat onların ailelerini, danışmanlarını, komşuları gibi ikinci derecedeki mağdurlarını ve topluluk temsilcilerini de bir araya getirerek, işlenmiş olan suç, bu suçun nedenleri ve etkileri hakkında görüşülmesini, tarafların tümünün fikirlerini açıklamasını ve onarıcı bir anlaşmayla müzakerelerin sonuçlanmasını sağlayacaktır.

Thames Valley Polis Programı, onarıcı adalet toplantılarını kendi çalışmalarının kilit noktası olarak kullanmaktadır. Toplantılarda genel olarak mağdurlar ve onların aileleri ve arkadaşları, failer ve onların aileleri ve arkadaşları ve gerekirse suçtan etkilenen topluluğun temsilcileri bulunmaktadır. Toplantılarda eğitimli bir kişi başkan olarak yer almakta ve görüşmelerin olumlu şekilde sonuçlanması için taraflara yardımcı olmaktadır. Bu yolla failer, sebep oldukları zararın sonuçlarını ayrıntılı olarak görmektedirler. Bu şekilde yapılan toplantılar çoğunlukla, failin pişmanlık ve suçluluk hissine kapılarak mahcup olması, mağdurlardan samimi olarak özür dilemesi, bunu takiben yazılı olarak özür dilemesi, maddi bir tazminat ödeyerek veya para dışında bir mal ya da hizmetle mağdurun zararını tazmin etmesi gibi bir onarım şekli hakkında anlaşmaya varılmasına imkân tanımaktadır.

---

<sup>93</sup> Suça sürüklenen çocukların topluma yeniden kazandırılabilmesi amacıyla, suça sürüklenen çocuklara eğitici veya sağlığı koruyucu nitelikte bazı tedbirler (küçüğün tevbihi, belirli sorumluluklarla ailesine verilmesi, başka bir aileye verilmesi, resmî veya özel bir kuruma yerleştirilmesi, denetim altında tutulması gibi) uygulanabilmektedir (Dönmezer, Erman, C. II, s. 731; Soyaslan-Kriminoloji s. 230). Nitekim 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde koruyucu ve destekleyici tedbirler düzenlenmiştir. Bu tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Koruyucu ve destekleyici tedbirler kapsamında adli tevbihe yer verilmemiştir.

Thames Valley Polisi onarıcı adaleti, "sorun çözücü polis tarzıyla" (*problem-solving style of policing*) uyumlu olarak tanımlamaktadır. Suçun nedenlerini ortadan kaldırmanın yollarından biri de, toplum kökenli çözümlerin araştırılmasıdır. Thames Valley Polis Teşkilatının görüşüne göre onarıcı adalet, topluma söz hakkı verir ve faillerin, kendi davranışlarının neticeleriyle karşı karşıya gelmelerini sağlar. Onarıcı adalet, insanî hislerden ve gereksinimlerden uzak ve teknik bir süreç olan mahkeme ortamı yerine, failere davranışlarını değiştirme şansı sunar.

Toplantılar aynı zamanda, uyuşmazlığın çözülmesi için uygun bir yol olması durumunda, faile adli tevbih yapılması için bir vesile olarak da kullanılabilir. Ani bir ikazın, suçun mağdur veya toplum üzerindeki etkisinin en düşük düzeyde olması hâlinde yapılmasına karşılık; onarıcı bir ikaz, suçun etkisinin çok daha ağır olduğu durumlarda yapılabilir. Bu gibi hâllerde, ikazın uyuşmazlık çözüm sürecinde kullanılacak en uygun yol olduğunu kontrol etmek için, ilgili tarafların tümüyle temas kurulmalıdır. Bir mağdur, faille yüz yüze toplantıya katılmaya istekliyse bu toplantı, eğitilmiş bir polis memurunun resmî polis tevbihinde bulunacağı bir ortamda gerçekleştirilecektir<sup>94</sup>.

1999 yılının Mayıs ayına kadar Thames Valley Polis teşkilatı, onarıcı adalet toplantılarında, polislerden ve diğer kuruluşların görevlilerinden oluşan 277 kişilik bir kadroyu eğitmiştir. 1998 Mayıs ile 1999 Mayıs arasında 500'den fazla onarıcı adalet toplantısı yapılmıştır. Bu programın ilk sonuçlarına göre<sup>95</sup> suçta tekerrür önemli ölçüde azalmıştır. Suçta tekerrürün azaltılması da bu programın temel amaçlarından biri olduğundan, programın faydalı olduğunu söylemek mümkündür.

Benzer diğer bir proje, 1996 yılında İskoçya'nın Fife şehrinde kurulan SACRO'nun Suça Sürüklenen Çocuklar Arabuluculuk projesidir. Bu projede kullanılan yöntem, SACRO'nun yetişkin suçlular için geliştirdiği mağdur-fail arabuluculuğundaki tecrübelerinden çıkarılmıştır. SACRO bu projenin üç temel özelliğinin bulunduğunu belirtmiştir. Bunlar, erken müdahale, uyuşmazlığa mağdur açısından bakılması ve gönüllü katılımıdır.

Fife projesi, tekrar suç işleme tehlikesi olan failer için oluşturulmuştur. Mağdurlar, failer ve onların aileleri yanında bir proje arabulucusuyla da temas kurarlar. Onarıcı çalışmalar, gönüllü gruplar ve toplum konseyleri aracılığıyla düzenlenir.

Bu projede ilginç olan nokta, mağdurlarla failer arasındaki yüz yüze toplantıların, Fife'deki davaların sadece % 10'unda yapılmış olmasına karşılık, failerin yaklaşık % 90'ının, bu projenin, kendilerinin failerini anlamalarına ve suç işleme konusundaki fikirlerini değiştirmelerine yardımcı olduğunu düşünmeleridir. Mağdurların % 75'i, projeye katılımı diğer mağdurlara da tavsiye ettiklerini belirtmiş-

<sup>94</sup> Brown, Marriott s. 298.

<sup>95</sup> Bu program Oxford Kriminolojik Araştırma merkezi tarafından yürütülmüştür. Bkz. <http://www.crim.ox.ac.uk>

lerdir. Bu proje, mağdurlarla suça sürüklenen çocuklar arasında gerçekleştirilen doğrudan toplantılar dışında, diğer bazı sonuçlar da doğurmuştur. Bunlara örnek olarak, yazılı açıklamada bulunulması ve özür dilenmesi (% 13) , mağdurlar için onarıcı çalışmalar yapılması (% 8), toplum için onarıcı çalışmalar yapılması (% 27), mağdura yaklaşmama veya mağduru rahatsız etmeme konusunda bir anlaşmaya varılması (% 8) ve bir görüşme programı yapılması (% 20) gösterilebilir. Mağdurların çoğu, suça sürüklenen çocukların onarıcı bir çalışmaya girişmelerini takdir etmektedir. Bunun gibi, mağdurlar için önemli olan ve mağdurların tatmin olmasını sağlayan diğer bir konu da, mağdurların kendileriyle istişare edilmesi ve mağdurlara görüşlerini açıklama fırsatı verilmesidir.

#### **IV- Onarıcı Adalet Konsorsiyumu**

İngiltere'de 1999 yılının Mayıs ayında, tam bir onarıcı ceza adaleti sistemini geliştirmede ortak menfaati olan ulusal kuruluşların oluşturduğu bir topluluk olarak, Onarıcı Adalet Konsorsiyumu (*Restorative Justice Consortium*) başlatılmıştır. Bu konsorsiyum, ceza adaleti alanında çalışan bütün gönüllü kuruluşları ve uzman toplulukları bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin Baş Kontrol Memurları Birliği (*Association of Chief Officers of Probation*), Emniyet Amirleri Birliği (*Association of Chief Police Officers*), Polis Teşkilatı (*Polis Foundation*), Cezaevi Yöneticileri Birliği (*Prison Governors' Association*), Howard Ceza Reformu Cemiyeti (*Howard League for Penal Reform*), Birleşik Krallık Arabuluculuk Birliği (Mediation U.K.), Ulusal Mağdur Destekleme Bürosu (*Victim Support National Office*) ve Failerin Korunması ve Yeniden Topluma Uyum Sağlaması Ulusal Birliği (*National Association for the Care and Resettlement of Offenders*) bu topluluklar içinde yer alır.

Onarıcı Adalet Konsorsiyumu, ceza adaleti için denge sağlanması; bu suretle mağdurların sorunlarının çözülmesinde, suçta tekerrürün önlenmesinde ve toplumun daha sağlıklı bir yapıya kavuşturulmasında daha etkili olunması konusunda onarıcı adaletin önemini kabul etmektedir. Bu konsorsiyum, onarıcı adalet anlayışının ilkelerinin daha geniş ölçüde anlaşılması ve tartışılması, gözlemlenmesi ve değerlendirilmesi ve hassas bir şekilde geliştirilmesi için, bu ilkeler üzerinde daha kapsamlı bir araştırma yapmaya gayret etmektedir<sup>96</sup>.

#### **V- Uyuşmazlıkları Onarıcı Adalet Programına Havale Eden Merciler**

Mağdur-fail arabuluculuk programlarına çeşitli mercilerden uyuşmazlık havale edilmesi mümkündür. Bu merciler genellikle polis irtibat kurulları, mahkemeler, savunma avukatları, Vatandaş Danışma Bürosu, yerel idarenin çevre sağlığı veya konut daireleri, kontrol memurları (*probation officers*) ve sosyal çalışanlardır. Bazı alanlardaki Mağdur Destekleme Projeleri bu konuyla ilgilenmekte ve bu projelerden de arabuluculuk programlarına uyuşmazlık havale edilmektedir.

<sup>96</sup> Brown, Marriott s. 299.



Kuzey Amerika ve Avustralya'da, bölgesel arabuluculuk merkezlerine de, hukuk ve ceza mahkemelerinden kişiler arası uyuşmazlıklara ilişkin davalar havale edilmektedir. Arabuluculuk süreci başlatıldığında yargılama durdurulmakta ve dava çözümlerse, davanın mahkemeye geri gönderilmesine gerek kalmamaktadır.

Mağdurlar gerçek ve tüzel kişiler olabilmekte ve failerle yapılan toplantılarda farklı amaçlara sahip bulunabilmektedirler. Mağdurlar, bu suçun neden işlendiği, neden kendisinin seçildiği gibi konularda failden bilgi almayı, suçun kişisel sonuçları hakkında faile öfkelerini açıklamayı veya faili etkilemeyi isteyebilmektedirler<sup>97</sup>.

## B) Ceza Teorisi ile Onarıcı Adalet Arasındaki İkilem

Kişilerin zarar verici eylemlerine veya tehlikeli, antisosyal davranışlarına karşı tepki gösterilmesi her toplumda bulunan bir unsurdur. Zarar verici ve hukuka aykırı eylemler her insan topluluğunu tehdit eder; zira toplum hayatını koruyan kurallar içgüdüsel olarak değil, süreklilik arz eden ve zorlayıcı olan kurallarla oluşturulmuştur. Ceza hukukçuları arasında, haksız ve zarar verici eyleme karşı nasıl tepki verileceği konusunda bir ikilem görülmüştür. Etik açıdan bakıldığında, bir suça verilecek tepkinin fail açısından olumsuz olması kaçınılmazdır; fakat bu tepkinin, suçu işleyen kişiye yeni bir zarar vermesi veya bu kişi için bir acı doğurması gerekli değildir.

Suç karşılık olarak ceza verilmesi (ödetme, *retribution*), ceza teorisine olduğu kadar sağduyulu düşünceye de uygun geleneksel bir cevap şeklidir<sup>98</sup>. Suç teşkil eden eylemin doğal ve mantıklı sonucunun cezalandırma olması beklenir. Ceza hukuku faile, onun mağdura verdiği zararları aynı şekilde zarar vermelidir<sup>99</sup>. Bu (medenî hukukta olduğu gibi), mağdura verilen zararın tazmin edilmesini anlamına gelmez. Ancak son zamanlarda adaletin, verilmiş olan zararları gidermeye, yanlışlığı doğruyla düzeltmeye ve uyuşmazlığı yapıcı yollarla bularak çözmeye hizmet etmesinin<sup>100</sup> daha doğru olup olmayacağı sorusu sorulmaya başlanmıştır<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Brown, Marriott s. 300.

<sup>98</sup> Suçla oluşan kötülük ya onarma ya da ödetme suretiyle giderilir. Onarmanın kötülüğü gidermede uygun olmaması hâlinde ödetmeye başvurulmaktadır (Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu*, Ankara 1996, s. 185, 205).

<sup>99</sup> İnsanlarda, kendilerine yapılan bir kötülüğü ödetmek beşerî bir eğilimdir. Cezanın amacının ödetme olduğunu savunan görüş, cezanın azap ve acı verici olmasını esas alır (Dönmezer, Erman, C. II, s. 561). Ancak, çağdaş anlayışta cezanın amacı üzerindeki görüşler değişmiş ve suçlunun topluma yeniden kazandırılarak, tekerrüre düşmekten kurtulmasının sağlanması cezanın başta gelen amaçları arasında mütalâa edilmiştir (Dönmezer, Erman, C. II, s. 564).

<sup>100</sup> İçinde barındırdıkları talepler birbirinin tersi olan ve amaçları birbiriyle çelişen iki ayrı kavram olarak ödetici (retributive) ve onarıcı (reparative) adalet anlayışları birbirine zıt bir konumda bulunmaktadır. Doktrinde radikal görüşlerce, onarma fikrinin ceza adaleti sisteminin amacı olarak cezalandırmadan üstün olduğu savunulmaktadır (Lucia Zedner, *Reparation and Retribution: Are They Reconcilable?*, The Modern Law Review 1997, Vol. 57, s. 228-250).

<sup>101</sup> Nitekim günümüzde, hem toplumun hem de suçlunun ortak yararlarını dikkate alan bir bastırma sistemi içinde, sırf suçluya acı ve ızdırap verme amacını güden bir müeyyide sisteminin sosyal yararları bağdaşmayacağı anlaşılmıştır. Bunun yerine yapıcı, suçlunun uslanması ve yeniden sosyal-

Daha çok veya daha az cezalandırma ya da tazmin etme anlayışıyla çözülmeye çalışılan bu ikilem, kişiliğimize bağlı olduğu kadar, özellikle felsefe ve psikoloji olmak üzere bütün insan bilimlerinde de görülmektedir. Kısaca kısas mantığını kabul eden kutsal kitaplar, Kant ve Beccaria<sup>102</sup> gibi bilim adamlarının ceza teorileri veya otoriter ve özerk ahlâkın davranışları mukayese edildiğinde, tamamen farklı görüşlere rastlamak mümkündür.

Bu açıdan bakıldığında, onarıcı adalet ve arabuluculuğun sunduğu yapıcı alternatif çözüm yolu, ceza politikası için yeni bir fikir olarak görülmektedir. Bununla birlikte, bir suçun işlenmesinden sonra sulh yapmanın doğal ve ahlâki üstünlüğü, şekli hukuk sisteminin sunî kısıtlamalarıyla bastırılmıştır. Bir ceza anlaşmazlığının sosyal boyutu, failin yükümlülükleri ve sorumlulukları ve mağdurun katlandığı acı ve zarar için, kriminolojinin sulh sağlama anlayışı açısından bakıldığında, ceza teorisi yeni zorunluluğun eski bir sorusuyla karşılaşır. Bu sorunun toplum hayatı için taşıdığı büyük önemi dikkate almadan, hukuk dalları (yani medenî hukuka karşı ceza hukuku) arasındaki farklılıklara ilişkin şekli tartışmalara dayanarak, mevcut ikilemden kurtulmak mümkün değildir<sup>103</sup>.

Ceza teorisi, mağdur ve fail arasındaki karmaşık anlaşmazlığa önem vererek, kendisini toplum gerçekliğinden korumaya çalışır. Ceza hukuku bundan dolayı, ceza adaleti sistemine yapılan bir şikâyetin sadece, mağdurun kendisine verilen zarara misilleme yapılmasına dair bir isteğinden ibaret olmadığını<sup>104</sup>; fakat aynı zamanda, mevcut bir uyuşmazlığın çözülmesi için mağdurca yapılan bir yardım talebi olduğu gerçeğini gözden geçirir. Özellikle aile içi şiddetten kaynaklanan anlaşmazlıklarda geleneksel ceza hukukunun tepkisinin, uyuşmazlıkları çözmek yerine uyuşmazlık doğurduğu görülmektedir. Mağdurların korunması, sadece tecavüz teşkil eden fiilin hemen uzaklaştırılması ve bu fiile izin verilmediğinin gösterilmesi demek değildir; fakat aynı zamanda, belirli bir sosyal durumun muhtevastaki uyuşmazlığı çözmeye gayretidir. Özellikle, mağdur ve failin birbiriyle yakın ilişkisi olan kişiler olması hâlinde ceza kontrolü, ceza teorisinin bizi inandırmaya çalıştığı gibi, sosyal uyuşmazlık çözümü vasıtasıyla sulh tesis etmeyi ihmal edemez. Toplumun her iki sosyal kontrol mekanizmasına da ihtiyacı vardır. Bununla beraber, ceza teorisinin bu konu aleyhindeki tutumu kabul edilmeli ve özellikle, suç teşkil eden fiilleri toplumdan uzak tutma ve sosyal açıdan yapıcı bir uyuşmazlık çözümünü bir araya getirme şeklindeki karmaşık ve zor görevi ba-

---

leşmesiyle birlikte, toplumun tepkisini de açığa vurabilecek karma yapıda müeyyideler kullanılmaktadır (Dönmezer, Erman, C. I, s. 6). Arabuluculuk da yapısı itibarıyla çağdaş ceza adaleti sisteminin amaçlarına uymaktadır.

<sup>102</sup> Ceza hukukundaki felsefe hareketleri hakkında bilgi için bkz. Dönmezer, Erman, C. I, s. 51.

<sup>103</sup> Dieter Rössner, *Mediation as a Basic Element of Crime Control: Theoretical and Empirical Comments* (Buffalo Criminal Law Review 1999, Vol. 3, s. 211-233), s. 213; Çetintürk-Onarıcı Adalet s. 48 vd.

<sup>104</sup> “Ceza, kökeninde bir ölç alma olsa da, bir ölç alma tepkisi değildir. Cezanın amacı, ölç almanın tamamen ötesindedir. Ceza, şahsi ölç almayı ve kamusal misillemeyi önlemeyi amaçlamaktadır” (Hafizoğulları s. 193).

şarmak için çaba harcanmalıdır. İnsan haklarını dayanak alan bir toplumda, ceza kontrolünün ikilemi ancak bu yolla giderilebilir.

Ceza kontrolünün ana hatlarıyla çizilmiş olan bu kapsamı, ceza kontrolünün sadece bir yönünü oluşturduğu sosyal kontrolün temel ilkelerinde güçlü destek bulur. Bu açıdan, çok geniş bir davranış programı alanı olarak (belki de biyolojik bir alan), tazminat ve uzlaştırma eylemleri aracılığıyla ortaya çıkarılan sulhün kabul edilmesi gerekir. İlk insan topluluklarının davranışları üzerinde yapılan etnolojik çalışmalar, haksız bir tecavüzdən sonra uzlaşma girişimlerinde bulunulmasının, toplum yaşamının sürdürülmesi için taşıdığı önemi göstermiştir. Sosyal yaşamın bir parçası olarak uzlaştırma, uygarlaşma sürecinden daha eskidir. Ne yazık ki, bu olumlu genetik davranış programı, onun olumsuz yönü olan "sal-dırgan davranış" hususunda nispeten keşfedilmemiş bir alan olarak kalmıştır.

Kuşkusuz, ilk toplumlarda onarıcı adalet çok başarılı olmuştur; çünkü bu toplumlar, zarar vermeye dayalı olmayan uyumsuzluk çözümünün faydalarını görmüştür. Uzlaştırma, daha çok toplum güvenliğini, huzuru, istikrarı ve şiddetin uygulandığı bir dönemde süren tepkilere nazaran daha fazla ilerlemeyi garanti etmiştir<sup>105</sup>.

Sosyal kontrolün bu ilk biçimi yakından incelendiğinde, suç kontrolünün temel ilkeleri görülür. Örneğin, "görüşme" (*palaver*) kurumuna bakıldığında, mağdur ile fail arasında yüksek sesle dile getirilen sosyal uyumsuzluklarda, onarıcı adaletin unsurlarıyla birlikte çağdaş ceza adaleti sisteminin açık ve basit bir temsili bulunur. Fail ve mağdur, toplumun ortasında, duvarları olmayan bir kulübede bir araya getirilirler. Bunda amaç, mağdurun, fail tarafından ikinci kez mağdur edilmesini önleyerek mağduru korumak olduğu kadar, uyumsuzluğu da kontrol etmektir (çağdaş dönemde bu, ceza adaleti sistemi aracılığıyla suç kontrolüdür). Bununla birlikte, sonuçta bu davranışın kendisi de anlaşmazlığı çözen bir tartışmadır (mağdur-fail arabuluculuğu ceza adaleti sisteminin bünyesinde ve kontrolünde yürütülür).

Onarıcı adaletin işleyiş yöntemi, orta çağın başına, sulh yapmanın olağan olmayan para cezası ile devlet kudretinin sadece sembolik bir göstergesi olarak görülmesine kadar, suç kontrolünün temel bir unsuru olmuştur. Zayıf devlet güçsüzlüğünü, vahşi ve şiddete dayalı bir suç kontrolüyle ortaya koymuştur.

Bu sistemde sosyal (toplumsal) uyumsuzluk çözümünün yeri yoktur. Devlet otoritesi tehdit edildiğinde, şiddetli cezaların devlet otoritesi tarafından sembolik olarak kullanıldığı görülmüştür.

Günümüzün sanayileşmiş batı ülkelerindeki iyi örgütlenmiş devlet otoritesi, ceza adaleti sisteminde tazmin edici düzenlemeler için daha çok özgürlük sun-

---

<sup>105</sup> Rössner s. 214; Çetintürk-Onarıcı Adalet s. 50-51.

maktadır. Bu durum, onarıcı adalet anlayışının günümüzde uluslararası ceza politikasında ortaya çıkmasının diğer bir nedenidir<sup>106</sup>.

### **C) Suç Kontrolünde Onarıcı Adaletin İşlevi**

Suç kontrolü, sosyal kontrolün genel sisteminin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Bu kabul, ceza hukukunun işlevleri hakkında bazı sorular ortaya çıkarır. Ceza hukukunun, bütün sosyal kontrol sistemiyle ilişkili olarak özel görevlerinin neler olduğu belirlenmelidir. Her iki kontrol yönteminin de birbirine bağlı olduğu anlaşılmalıdır. Geleneksel ceza teorisi bu karşılıklı bağlılığı dikkate almaz ve bu nedenle, ceza hukukunun işlevini, sosyal kontrolün gerçekçiliğini göz önüne almadan belirler.

Bu gerçekçi olmayan, toplumdaki kopuk ve sadece dogmatik yaklaşım, cezalandırmanın geleneksel felsefesini ve özellikle cezalandırma vasıtasıyla suçluları ıslah etme olasılığını abartmaktadır. Sosyalleşme süreci hakkındaki bazı olaylar, suçluların yeniden topluma uyum sağlamasının ceza hukukunun özel bir görevi olmadığını ortaya koymuştur. Sosyalleşme sürecindeki bütün belirleyici etkenlerin belirsizliğine rağmen, bazı temel ilkelerin varlığı kanıtlanmıştır. Norm eğitimi, zamana ve sosyal ilişkiye bağlıdır. Bir kişi ne kadar gençse ve eğitimciyle ne kadar yakın bir kişisel ilişkiye sahipse, o kadar etkili bir norm eğitimi yapılıır. Dolayısıyla, eğitimin etkisinin aileden, arkadaşlardan, komşudan ve çevreden, spor kulüplerinden, cami ve kiliseden, kitle iletişim vasıtalarından ve sonunda ceza hukukundan başlayarak sürekli olarak azaldığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle ceza hukuku, etkili bir norm eğitim aracı olarak görülemez<sup>107</sup>.

Ceza hukukunun özel işlevleri<sup>108</sup>, ancak sosyal kontrolün genel sistemiyle ilişkili olarak açıklanabilir. Çağdaş bir suç kontrol sistemi için gerekli olan ve sosyal kontrolde başka bir yerde bulunmayan bu işlevler şu unsurlardan oluşur:

- 1) Güçlü bir ceza adaleti sisteminin tepki göstermesi suretiyle suç teşkil eden fiilin toplumdaki uzaklaştırılması;
- 2) Bir suç nedeniyle sorumluluğun belirlenmesi;
- 3) Mağdur için adalet ve koruma;
- 4) İhlâl edilmiş olan hukuk düzeninin ve bozulmuş olan güvenin kuvvetlendirilmesi;
- 5) Makul, dengeli, ölçülü ve resmî bir muhakeme;
- 6) Mağdur-fail arabuluculuğu gibi tamamlayıcı yaptırımlar aracılığıyla yapıcı uyumsuzluk çözümü.

<sup>106</sup> Rössner s. 215.

<sup>107</sup> Rössner s. 216.

<sup>108</sup> Cezanın işlevleri ve amacı hakkında bkz. Hafizoğulları s. 181-203.

Yeni bir ceza hukukunun ilkesel unsurları olarak kabul edilen bu unsurlardan, arabuluculuğun mantıklı ve sulh yapıcı bir şekilde devletin suç kontrol sistemine nasıl dahil olabileceğini açıklarken yararlanılabilir.

Öncelikle suç kontrolünün temel yapısı, suçlar ve bu suçlara karşı yapılan muameleler üzerinde yoğunlaşır. Bu suç merkezli anlayış, ceza hükmünde açıkça görülür. Ceza hükmü, dava konusu olan bir hırsızlık, yağma, yaralama veya öldürme suçunun failini bir hırsız, yağmacı veya katil olarak mahkûm etmez. Ceza hükmü, failin kişiliğine ve onuruna saygılıdır. Ceza hükmü, faili küçültücü bir sıfatla damgalamaz; sadece suça karşı koyar, suçu damgalar ve dışlar. Fail ile onun işlediği fiil arasında önemli bir fark vardır. Ceza hukukundaki bu ince ve dogmatik ayırım, failin sulh yapma konusunda kendi kendine sorumluluk duymasının yolunu açar. Mağdurun zararının giderilmesi suretiyle, fail hukuka aykırı bir eylem yapmış olduğunu kabul eder ve diğer kişilere ve süreklilik arz eden hukuk kurallarına genel olarak saygı duyacağını gösterir. Mağdurun zararının gönüllü olarak tazmin edilmesiyle fail, kendi kişiliğiyle kendisinin suç teşkil eden fiili arasında farklılık olduğunu açıkça ortaya koyar<sup>109</sup>.

Bu ortaklık fenomeni Goffman tarafından şu şekilde belirtilmiştir: "Bir birey kendisini iki kısma ayırır: Bir suçtan dolayı suçlu olan kısım ve suçu desteklemeyen ve ihlâl edilen kuruldaki düşünceyi onaylayan kısım"<sup>110</sup>.

Faillerin toplumla yeniden uyum sağlamalarına yönelik uygulamanın hayata geçirilmesi başlangıçta zor görülebilir. Suç teşkil eden eylemler toplumdan uzak tutulmalı, bu eylemlere karşı koyulmalı ve bu eylemler (sanığın kişiliği küçük düşürülmeden) açıkça kınanmalıdır. Aynı zamanda faile, gönüllü olarak toplumla ilişki kurabilme, hukuk kurallarına riayet etme ve topluma yeniden intibak edebilme fırsatı tanınmalıdır.

Bu ilkeler ancak, bir devletin ceza adaleti sistemince benimsenen onarıcı adaletin içinde barındırdığı adalet anlayışıyla gerçekleştirilebilir. Onarıcı adalet anlayışı, failerin topluma yeniden kazandırılmaları çabalarının doğurduğu karmaşık sorunları gidermenin ve özellikle, mağdurların korunması konusundaki gerekliliği gerçekleştirmenin uygun bir yoludur. Uyuşmazlık çözüm sürecinde mağdur ikinci kez zarar görmemelidir.

Devletin adalet sisteminin bu anlayışı içermesi, arabuluculuk sürecinde mağdurların ve failerin haklarının korunacağını garanti eder. Bir kimseye suçlu olarak muamele edilmesi, sadece fail için kötü ve cezalandırıcı bir sonucun yaratılmasını ifade etmez; fakat aynı zamanda, mağdur ve toplumu korumak için özgürlüklerin ve sosyal kurallara olan inancın da korunması anlamına gelir. Devlet tarafından yürütülen suç kontrolü, toplumun zayıf ve güçlü üyeleri arasındaki güç ve özgürlük dengesinin ayarlanmasının bir vasıtasıdır. Bu teorik yaklaşımı

<sup>109</sup> Rössner s. 217.

<sup>110</sup> Erving Goffman, *Relations in Public: Microstudies of the Public Order* 1971, s. 113 (Rössner s. 217'den naklen).

daha somut bir şekilde ifade etmek gerekirse, fiziksel olarak kuvvetli olan birey kendi menfaatlerini gerçekleştirmek için işleyebileceği suç teşkil eden bütün fiillere karşı, kanunî yasaklamalarla korunur. Zayıf birey ise, hukuk düzenince korunan menfaatlerinin fiziksel bir güç tarafından zarar görmeyeceğine güvenir.

Suç teşkil eden eylemler, ceza adaleti sistemi tarafından kontrol edilmelidir. Onarıcı adalet, suçun insanların sosyal hayatından uzaklaştırılmasını güvenceye alan ve modern bir toplumda uygarlaşmanın yapı taşı olan bu sistemi kabul etmektedir. Böylece ceza adaleti sistemi, adil ve mağduru koruyucu nitelikteki arabuluculuk için uygun bir ortam sunar<sup>111</sup>.

Suç teşkil eden eylemlerle ilgili olarak ceza adaleti sistemine mağdur-fail arabuluculuğunun yerleştirilmesi için başka nedenler de bulunmaktadır. Ceza teorisinde bulunan sorumluluk ve isnad yeteneği (davranışlarını yönlendirme yeteneği), ceza hukukunda önemli bir yere sahiptir<sup>112</sup>. Cezaî sorumluluk, isnad yeteneğinin (*autonomus decision*) varlığına ve failin hukuka aykırı bir eylem yapmış olmasına dayanır. Sonuçta sorumluluğun ve tazminatın kabulü, suç teşkil eden eylemin ötesinde uygulanan maddî ilkeleri temsil eder (örneğin gönüllü vazgeçme veya etkin pişmanlık<sup>113</sup>).

Sorumluluğun kabulü ve fail tarafından mağdurun zararının tazmin edilmesi, müeyyide sürecinde baskıya dayalı tedbirler gereksiz olduğundan, hukuk kurallarının kabul edilmesi ve mağdurun zararlarının giderilmesi yoluyla cezalandırmanın amacını yerine getirir.

Arabuluculuk vasıtasıyla sulh sağlanması, suç üzerindeki devlet kontrolünü ortadan kaldırmadığı gibi, gayri resmî bir talî adalet mekanizması da kurmaz<sup>114</sup>. Arabuluculuk sadece, insan haklarının ilkelerine dayanan bir ceza sisteminde, şiddetli ceza verme anlayışına bir alternatif oluşturur.

Daha çok ceza kontrolü özerk unsurlar içerirken baskıya daha az yer verir ve nihaî kararda anayasal otoriteyi daha çok onarır. Günümüzün ceza hukuku geç-

<sup>111</sup> Rössner s. 218.

<sup>112</sup> İsnad yeteneği, bir fiilin bir kimsenin üzerine yüklenebilmesi için o kimsede (failde) bulunması gereken niteliklerdir (Dönmezer, Erman, C. II, s. 145; Soyaslan-Genel Hükümler s. 395). Doktrin de isnad yeteneği, sorumluluktan ayrılmaktadır. Sorumluluk, isnad yeteneğinden sonra söz konusu olur. İsnad yeteneği (davranışlarını yönlendirme yeteneği, TCK m. 31,2; 32; 34), bir kişinin belli bir neticeyi meydana getirebilecek, belli bir sorumluluğu alabilecek iktidara sahip olduğunu gösterir. Sorumluluk ise bu kişinin, ortaya çıkan netice nedeniyle oluşan zararı tazmin etmesinin veya cezaya çarptırılmasının zorunlu olduğunu gösterir (Dönmezer, Erman, C. II, s. 145).

<sup>113</sup> Failin suça ilişkin icra hareketlerine başladıktan sonra, neticenin gerçekleşmesi için elinden geleni yapmadan önce suça devam etmekten vazgeçmesi hâlinde “gönüllü vazgeçme” (ihtiyarı ile vazgeçme, renunciation from attempt) söz konusu olur (TCK m. 36). Failin, neticenin meydana gelmesi için elinden geleni yaptıktan sonra, neticenin meydana gelmesini önlemesi hâlinde ise “etkin pişmanlığın” (faal nedamet, active repentance) varlığından söz edilir (Soyaslan-Genel Hükümler s. 284; Dönmezer, Erman, C. I, s. 443).

<sup>114</sup> Arabuluculuk (uzlaştırma), kendisine ceza verilen bir fiili idarî bir suç ve idarî bir ceza hâline getirmekte, yargılamasız ceza olmaz ilkesine ters düşmemektedir (Hafizoğulları s. 220-221).

mişte olduğu kadar cezalandırmaya dayalı değildir. Müdahale etmeyen bir anlayış, gayri resmî müeyyideler ve önleyici tedbirler sisteminde önemli bir işleve sahiptir. Ceza hukuku sisteminin karakteristik özelliği, cezalandırma değil devlet kontrolüdür<sup>115</sup>.

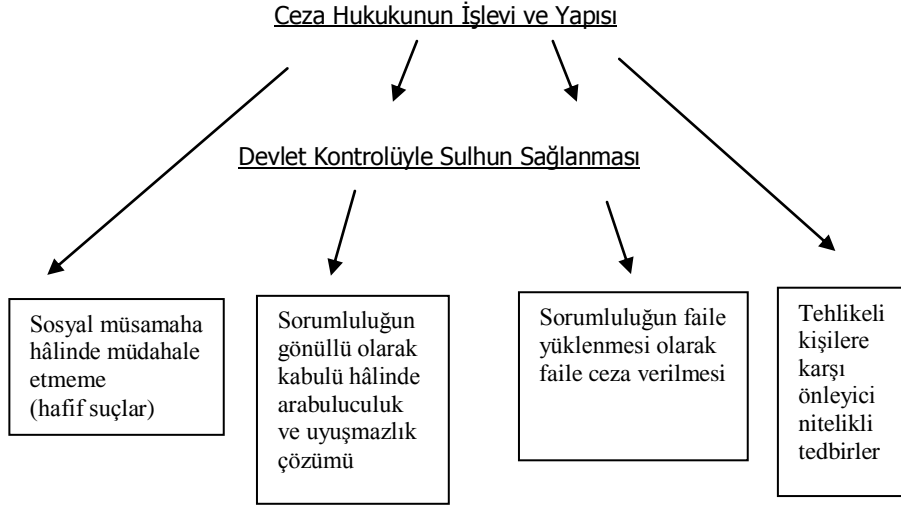
Ceza hukuku, topluma zarar veren bütün davranışları kontrolünün kapsamına alır. Amaç, suçun işlenmesinden sonra ihlâl edilen hukuk kuralını ve bozulan düzeni eski hâline getirmektedir. Bunun dört yolu vardır:

1) Hukukun ve toplum düzeninin, mahkûmiyet kararı veya ceza müeyyidesi olmadan onarılabileceği düşüncesiyle, topluma zarar verici nitelikteki davranışa tepki göstermeme olasılığı ile müsamahalı yaklaşmak.

2) Uyuşmazlıkların mağdur merkezli olarak dostane yolla çözümü. Fail tarafından sorumluluğun üstlenilmesinin, mağdurun ve toplumun menfaatlerine yeteri kadar uygun olduğunun düşünülmesi hâlinde, tazmin etme yoluyla mağdura yönelmiş bir çözüm.

3) Müsamaha göstermek veya mağdur-fail arabuluculuğuyla çözüme ulaşmak, suçun işlenmesinden sonra ihlâl edilen hukuk kuralını ve bozulan toplum düzenini onarmakta yeterli olmazsa, suç nedeniyle oluşan zararı telafi ederek suçu affettirmeye çalışmak ve ceza yaptırımını vasıtasıyla suçu önleyici etkiyi kullanmak.

4) Önleyici sosyal savunma vasıtasıyla, suçu önleyici ve faili ıslah edici tedbirlerin kullanılması<sup>116</sup>.



<sup>115</sup> Rössner s. 219.

<sup>116</sup> “Çağdaş ceza hukuku sadece tenkil edici değil, aynı zamanda suçu önleyici tedbirleri de içermektedir” (Hafizoğulları s. 109).

Sonuç olarak, arabuluculuk yoluyla uzlaşmanın sağlanması, devlet tarafından gerçekleştirilen suç kontrolünün temel bir unsurudur. Arabuluculuk, önemli bir "üçüncü yol" olarak, müdahale etmeme ile cezalandırma arasında uygun bir yer işgal eder ve suç kontrolü ile mağdurun menfaatlerini birbirleriyle uyumlu hâle getirir. Suça karşı tepki gösterilmesinde daha aktif ve olumlu bir işlevin üstlenilmesiyle mağdur, başka bir zarara uğramaktan veya süreç esnasında (ve süreç yüzünden) yeniden mağdur edilmekten, en azından belli bir ölçüde kurtulmuş olur. Bunun gibi, tazminat (onarım) ilkesi, arabuluculuğa katılan herkesin yararına olduğu gibi, arabuluculuğu tasvip eden failerin, mağdurların ve toplumun da yararınadır<sup>117</sup>.

#### D) Almanya'da Onarıcı Adalet ve Mağdur-Fail Arabuluculuğu

Almanya'da ceza politikası, 1990 yılından bu yana mağdur-fail arabuluculuğunu ceza muhakemesine ve cezaî müeyyideler sistemine yerleştirmeye çalışmaktadır<sup>118</sup>. Bunun sonucunda, günümüzde onarmaya dayalı adalet modelini ve bu modelin sonuçlarını tahlil etmek olanaklı hâle gelmiştir. Mağdur-fail arabuluculuğunun gelişmesinden etkilenen Alman, İsviçreli ve Avusturyalı ceza hukukçularından oluşan bir grup tarafından, giderime ilişkin alternatif bir taslak (AE-WGM) hazırlanmıştır<sup>119</sup>. Ayrıntılı olarak hazırlanan bu taslak, onarıcı adaleti benimseyen devlet modeli kavramını esas almış ve ilk aşamada suç faileri için önemli olan ilkeleri, sosyal açıdan yapıcı bir biçimde açıklamaya çalışmıştır. Alternatif taslağın önerdiği hükümler, Alman hukukundaki tartışmaların merkezi ve Almanya'daki reformun temeli olarak görülebilir.

Alternatif taslağın temel özellikleri şu şekilde özetlenebilir<sup>120</sup>:

1) Alternatif taslak, hem maddî ceza hukukuna hem ceza muhakemesi hukukuna ilişkin hükümlerden oluşmaktadır.

2) Alternatif taslak, çocuk suçları (*juvenile delinquency*) hukukunda, cezalar ve güvenlik tedbirleri yanında, "suç teşkil eden eylemin yasal sonuçları"nın değerlendirilmesi için "üçüncü bir seçenek" oluşturmuştur.

3) Tazminat, ihlâl edilen hukuk kuralının ve bozulan düzenin eski hâline getirilmesini kapsamaktayken, bu "üçüncü seçenek", cezalandırmadan sakınmayı olanaklı kılarak bizzat cezanın yerini alır. Bir yılın üstündeki hapis cezalarında alternatif taslak cezaı hafifletmektedir.

4) Kişisel mağdur-fail uzlaşması, reform hareketinin en önemli parçasıdır. Bununla beraber alternatif taslağın, faili, geleneksel ceza hukukunda olduğundan

<sup>117</sup> Rössner s. 220.

<sup>118</sup> Detlev Frehsee, *Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications* (Buffalo Criminal Law Review 1999, Vol. 3, s. 235-259), s. 240; Zafer-Özelleşme Eğilimi s. 732.

<sup>119</sup> Bkz. aşa. Ek.

<sup>120</sup> Rössner s. 221-222.



daha kötü bir konumda bırakmaması da önemli bir husustur. Bu durum, mağdurun çözüme yönelmekte isteksiz olması, kasten öldürmeye teşebbüs nedeniyle dava açılması ve failin, bireysel menfaatler yerine kamu menfaatlerine karşı bir suç işlemiş olması hâlinde özellikle önemlidir. Fail için ortaya çıkan kişisel faydalara ek olarak, toplum hizmeti yapılması veya yardım kuruluşlarına para ödemesi şeklindeki tazminat biçimi toplumun da yararınadır.

5) Failin, duruşmanın (*Hauptverhandlung*) başlamasından önce, mağdurun zararını tazmin etmek amacıyla gönüllü olarak herhangi bir girişimde bulunması hâlinde, cezanın azaltılması veya cezanın değiştirilmesi zorunlu olmalıdır. Buna karşılık, duruşmanın başlamasından sonra tazmin girişiminde bulunulması hâlinde, cezanın hafifletilmesi hâkimin takdirine bağlı olmalıdır.

6) Mağdur-fail arabuluculuğu, failin ve mağdur veya suçtan zarar görenin, en erken aşamada tazminat (giderim) olasılıkları hakkında bilgilendirilerek, tarafların arabuluculuğa kendilerinin özel olarak başlamalarını da teşvik eder. Bunun gibi, hakem heyetleri veya diğer istişarî kurulların çözüm sürecine dahil edilmesi yanında, yargılama sürecinin ertelenmesi de tarafların arabuluculuğa başlama konusundaki özel girişimlerini cesaretlendirir.

7) Hâkim tarafından yönetilen veya uzlaşmaya ilişkin yargısal bir öneri etrafında yürütülen bir adli tazminat süreci, dava dilekçesiyle veya iddianamenin hazırlanması ve mağdur-fail arabuluculuğuyla bitecek olan yargı sürecinin başlamasından sonra ortaya çıkabilir. Mahkeme, mağdur-fail arabuluculuğunun hemen (veya kısa bir süre içinde) sonuç doğurması hâlinde, cezada zorunlu bir indirim yapılacağı konusunda taraflara bilgi vermelidir. Davanın düşmesi veya tazminat miktarının yüksek olması durumunda, mahkeme cezaı gene indirecektir.

Alternatif taslağın tazminata ilişkin tanımı, tazminatın bir ceza hukuku müeyyidesi olarak amacını ortaya koymaktadır. Alternatif taslakta tazminatla kast edilen, hakem kararıyla anlaşma, müzakere yapma, özür dileme veya bir hibede bulunma biçiminde, maddî olmayan bir tazmin şekliyle tarafların gönüllü olarak uzlaşmasıdır. Mağdurun zararının maddî olarak tamamen tazmini, bunlara ilaveten mevcut çözümlerden sadece biridir. Mağdurun maddî bir zarara uğramaması (yani suçun teşebbüs aşamasında kalması) veya herhangi bir uzlaşmayı kabul etmemesi durumunda ya da kamu aleyhine işlenen suçlarda, toplum hizmetinde çalışma şeklindeki sembolik giderim biçimlerinin kullanılması da mümkündür. Sembolik tazminatlar sigorta şirketlerine ödeme yapılmasını dahi içerebilir<sup>121</sup>. Her ne kadar alternatif taslak veya Alman Ceza Kanunu (*Strafgesetzbuch*, StGB), tazminatı belirli suçlarla sınırlamasa da, ortada mağdur yoksa tazminat da söz konusu olmayacaktır. Bu tür suçlara, devlet güvenliği aleyhine işlenen suçlar örnek olarak gösterilebilir. Mağdurun bir gerçek kişi olmaması nedeniyle tüzel kişilere karşı işlenen suçlarda tazminat uygun gibi görünmese de, tecrübeler,

---

<sup>121</sup> Rössner s. 222.

tüzel kişilerin de uğradıkları zararların tazmini hakkında müzakerelere katılmaya istekli olduğunu göstermiştir<sup>122</sup>.

Alternatif taslak ağırlıklı olarak ufak suçlar ve şahsa karşı işlenen suçlar üzerinde dursa da, aslında Alman Ceza Kanunu'nda tanımlanan bütün suçları kapsamayı amaçlamıştır. Taslağın temel ilkesi, ceza hukuku kurallarına gönüllü olarak uyulması ve mağdurun menfaatlerinin başarılı bir şekilde korunabilmesidir.

Kural olarak mağdur, arabuluculuk süreci esnasında herhangi bir malî güçlüğe katlanmaya zorlanmamalıdır. Bu nedenle, tazminat ödemelerinin tamamı duruşmadan önce yapılmalıdır. Tazminat, süresi bir yılı aşmayan hapis cezalarında failin ceza almamasına imkân tanır. Aslında bu tür suçlarda, yalnızca istisnâî hâllerde ve sadece cezanın, fail veya toplum üzerinde önemli bir etki doğurduğu durumlarda ceza verilmektedir<sup>123</sup>.

Tazminat ödeme gibi, failin cezaya ilişkin sorumluluğunu gönüllü olarak kabul etmesine öncelik tanıyan alternatif yasal çareler, bazı usulî değişiklikler de gerektirmektedir. Örneğin, kendilerine çeşitli konularda yardım edilmesini isteyen mağdurlara ve failere yardımcı olacak yöntemler oluşturulmalıdır. Bu yolla, iş birliğine yönelik unsurlar ceza muhakemesine dahil edilmiş olur. Buna ek olarak alternatif taslak, tazminat sürecine katılmaya hakları olduğuna dair her iki tarafa da bilgi verilmesini gerekli kılarak, hem savunma makamlarının hem de mağdurların hak ve menfaatleri arasında denge kurmuştur<sup>124</sup>.

Tazminatı konu alan davalarda bazı usuller kullanılmaktadır. Taraflar, uzlaşmak amacıyla muhakemeyi durdurabilirler<sup>125</sup>. Benzer şekilde taraflar, tahkim gibi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun kullanılmasına<sup>126</sup> ya da uyuşmazlığın bir uzmanlar heyeti ve hâkimler kurulu önünde yargısal tazminat sürecine<sup>127</sup> sunulmasına karar verebilirler<sup>128</sup>.

Mahkeme, davanın düşmesi kararıyla<sup>129</sup>, ceza verilmesini içermeyen bir mahkûmiyet hükmüyle veya tazminata dayanarak cezanın indirilmesi kararıyla muhakemeyi bitirebilir.

12 Ocak 1994'te Alman yasa koyucusu, bu genel önerileri kısmen kabul ederek Alman Ceza Kanununa yerleştirmiştir<sup>130</sup>. Alman Ceza Kanunu'nun, "Fail ve

<sup>122</sup> Frehsee s. 243.

<sup>123</sup> Alternative Draft-Compensation (AE-WGM) § 4, (II).

<sup>124</sup> Alternative Draft-Compensation (AE-WGM) §§ 14, 15.

<sup>125</sup> Alternative Draft-Compensation (AE-WGM) §§ 13 (III), 16 (II).

<sup>126</sup> Alternative Draft-Compensation (AE-WGM) § 14 (II).

<sup>127</sup> Alternative Draft-Compensation (AE-WGM) §§ 17, 18.

<sup>128</sup> Rössner s. 223.

<sup>129</sup> Bkz. Alman Ceza Usûl Kanunu (*Strafprozessordnung*, StPO) § 153 b.

<sup>130</sup> Kaymaz, Gökcan s. 71-72.

Mağdur Arasında Arabuluculuk, Verilen Zararın Tazmini” başlıklı 46 (a) maddesi (StGB § 46a) şu şekildedir<sup>131</sup>:

“Fail;

1. müştekiyle uzlaşma çabasıyla, işlemiş olduğu suçun neticelerini tamamen veya büyük ölçüde tazmin ederse ya da tazmin etmek için samimi olarak gayret ederse,

2. verilen zararın tazmini için önemli ölçüde kişisel çaba gösterilmesinin ya da bazı fedakârlıklar yapılmasının gerekli olduğu durumlarda, mağdurun zararını tamamen veya büyük ölçüde giderirse, mahkeme, 49. maddenin 1. paragrafına dayanarak cezayı hafifletebilir veya bir yıla kadar olan hapis cezalarında veya üç yüz altmış günlük çalışma ücretine kadar para cezalarında ceza vermektan imtina edebilir”.

Doktrinde, Alman Ceza Kanunu’nun, mahkemenin takdir yetkisini açıklamakta ve usulî bir temel oluşturmakta yetersiz olduğu ileri sürülmektedir. Alternatif taslağın, onarıcı adalet alanında gelecekte de ceza politikasını şekillendirmeye devam edeceği savunulmaktadır<sup>132</sup>.

### **E) Alman Hukukunda Onarıcı Adaletin İşleyişi**

Onarıcı Adalet Hakkında Alman Araştırma Grubu 1996 yılında, Almanya’da onarıcı adalet faaliyetlerinin 1990 yılından bu yana ne durumda olduğunu değerlendirmek maksadıyla, sistematik bir araştırma projesi başlatmıştır. Bu proje, mağdur-fail arabuluculuğuyla uğraşan bütün kuruluşları kaydetmiş, bu kuruluşlarda çalışan arabulucuların niteliklerini ve bu kuruluşların idarî yapılarını incelemiş ve somut olay çalışmalarından elde edilen bilgilerin tahlilini yapmıştır.

Bu alanda çalışan kuruluşlar açısından konuya bakıldığında, onarıcı adaletin 1990 yılından itibaren sür’atli bir gelişme kaydettiği görülmüştür. Onarıcı adalet üzerinde herhangi bir biçimde çalışan yerel kuruluşların sayısı, 1990 ilâ 1995 yılları arasında iki katına çıkmıştır. Örneğin 1995 yılında, mağdur-fail arabuluculuğu alanında 368 kurum ceza adaleti sistemiyle birlikte çalışmaya başlamıştır. Bu kuruluşların çoğunluğu, olağan sosyal çalışmaları esnasında, işbirliğine dayalı çabalarla bu konuda faaliyet göstermiş ve mahkemelerin yardımıyla veya ceza adaleti sistemindeki diğer sosyal yardımlarla çok az sayıdaki davada işlem yapmıştır. Bunun aksine, mağdur-fail arabuluculuğu üzerinde uzman olarak çalışan 25 kuruluşun her biri, yılda 100’den fazla davada görev yapmıştır. Bu kuruluşlar bünyelerinde her zaman, arabuluculuk eğitimi almış ehliyetli sosyal çalışanlar bulundurlar. Yapılan ayrıntılı tahliller, bu kuruluşların açık ve kesin bir onarıcı adalet anlayışıyla çalıştıklarını, ağır ve karmaşık olaylarla başarılı bir şekilde uğraştıklarını ve kamuoyunda onarıcı adaletin yayılmasını teşvik ettiklerini göstermiştir. Böylece bu veriler, suç kontrolünün genel bir unsuru olarak onarıcı adale-

<sup>131</sup> <http://www.iuscomp.org/gla/index.html>.

<sup>132</sup> Rössner s. 224.

tin yayılması için, eğitilmiş personele sahip olan özel amaçlı kuruluşların gerekli olduğunu ortaya koymuştur<sup>133</sup>.

Almanya'da 1995 yılında, üçte ikisi çocuk adalet sisteminden gelmek üzere, bu tür kuruluşlara 9000'in üzerinde dava kaydedilmiştir. Bununla birlikte, "onarıcı adalet" uygulaması yapan kuruluşların çeşitleri ve seviyeleri arasında çok sayıda önemli yerel farklılık bulunmaktadır. Davaların sadece % 10'u mahkemelerce verilen bir ara kararla arabuluculuğa sevk edilmektedir. Bunun yerine genellikle savcı, mağdur-fail arabuluculuğu için hangi davaların uygun olduğuna kendisi karar vererek davayı arabuluculuğa havale etmektedir. Bu arabuluculuk (tazminat) sürecinin başarılı olarak tamamlanmasından sonra, savcı mutlaka fail aleyhindeki iddiadan vazgeçmekte ve kovuşturmayla son vermektedir.

Mağdurların zararlarının giderilmesini konu alan davalar çok çeşitli suçları kapsamakta ve klasik suçların tümünü içermektedir. Bu suçların % 63'ü yaralama, % 10'u hırsızlık, % 15'i başkasının malına zarar verme ve % 10'u hakaret suçlarından oluşmaktadır. Bu suçlarda mağdurların neredeyse tamamı, işlenen suçtan kişisel olarak zarar görmüştür. Suçların dağılımı, onarıcı adalette kişisel ilişkilerin ve sosyal uyumsuzluk çözümünün büyük önemi olduğunu göstermiştir.

Mağdur-fail arabuluculuğuna katılan failerin yaş ve cinsiyet dağılımı, polis teşkilatının suç istatistiklerindeki şüphelilerin dağılımıyla aynı olup, failerin % 75'ini erkekler oluşturmaktadır. Arabuluculuk programına katılan yabancıların yüzdesi, genel nüfusa nazaran çok yüksek değildir. Katılımcıların büyük bir kısmı (% 40'ı), önceden başka bir suçtan mahkûm olmuş failerdir. Bu bilgiler, tazmin amaçlı girişimlerin (arbuluculuğun) itiyadî suçların<sup>134</sup> kontrol edilmesinde hassas ve mantıklı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

Failler ve mağdurlar, ceza hukukunda uzlaşma sürecine katılmanın nedeni olarak, tazminata ilişkin menfaatleri de dahil olmak üzere bazı etkenlerden söz etmişlerdir. Aslında failer ve mağdurlar tarafından sıralanan saikler, ceza hukuku hakkındaki politik tartışmalarda tazminata (giderime) atfedilen işlemlere büyük ölçüde benzerdir<sup>135</sup>.

Failler, kendilerinin ceza muhakemesindeki durumlarını daha iyi bir hâle getirmek için uzlaşma sürecine katıldıklarını belirtmektedirler. Bununla beraber failer, uyumsuzluğun boşa emek, para ve zaman harcanmadan başarılı bir şekilde çözümlenmesindeki çıkarlarını ve mağdurla görüşme konusundaki arzularını da uzlaşma sürecine katılmalarının önemli birer nedeni olarak göstermektedirler. Diğer

<sup>133</sup> Rössner s. 225.

<sup>134</sup> İtiyadî suçlar (alışık suçlar) ile mükerrir suçlar birbirinden ayrılmaktadır. Mükerrir suçlu, bir suçtan dolayı kesin olarak mahkûm olduktan sonra yeniden suç işleyen kişidir. İtiyadî suçlu ise belli bir ağırlıkta olan bir suçtan dolayı kesin olarak mahkûm olan ve devamlı bir suç işleme eğilimine (alışkanlığına) sahip bulunan kişidir. Mükerrir suçlu, suç işleme itiyadına sahip olmadıkça itiyadî suçlu sayılamaz (Dönmezer, Erman, C. III, s. 122; Soyaslan-Kriminoloji s. 156).

<sup>135</sup> Rössner s. 226.

tarafından, mağdurlar için uzlaşma sürecine katılmanın öncelikli nedeni, failden kendilerini tatmin etmesini beklemeleridir. Tatmin edilme isteği, bireysel barışı (ferdî sulhü) amaçlayan basit bir istekten, uyuşmazlığın dostane yolla çözümüne ilişkin daha kapsamlı bir isteğe kadar değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Uyuşmazlık çözümündeki menfaat, yaralama ve hakaret suçlarında özellikle belirgin-dir. Davaların yaklaşık yarısında mağdurlar, tazminat yoluyla kişisel zararlarının giderilmesi hâlinde işbirliği yapmaya istekli olmaktadır. Mağdurların bir kısmı, kendi davranışlarının, suç nedeniyle kendilerinin de ortak sorumluluklarını gerektirdiğine inanmaktadır. Uzun süren davalarda uzlaşma sürecine girilmesinin en önemli nedeni uyuşmazlığı çözmektir.

Uyuşmazlıkların % 60'ında arabuluculuk süreci, mağdur, fail ve arabulucunun katılımıyla gerçekleştirilmektedir. Geriye kalan olaylarda (uyuşmazlıkların % 20'sinde), mağdur ve fail doğrudan görüşmekte veya arabulucu taraflarla ayrı toplantılar yapmaktadır<sup>136</sup>.

Almanya'da arabuluculuk girişimleri çok başarılı olmaktadır. Davaların % 85'i zararın tazmini ile beraber, tazminat ve uzlaşma koşulları üzerinde tamamen anlaşmayla sonuçlanmaktadır.

Arabuluculuk ve zararların tazminine ek olarak özür dileme, bağış yapma ve hem mağdurla birlikte hem de mağdurun yararına çalışmayı kapsayan hizmet görme biçimindeki sembolik uzlaşmalar da sık sık yapılmaktadır. Mağdurlar ve yargı kurumları, her gün işlenen suçların ardından, bozulan toplum düzeninin eski hale gelmesini sağlayacak yöntemlerden biri olarak, mevcut zararın tazmin ve telafisini kabul etmektedirler. Bundan başka, mağdurların ve savcılarının çoğu, taraflar arasında uzlaşmayı ve sulhü sağlamayı amaçlayan uyuşmazlık çözüm sürecinden tatmin olmuş görünmektedirler<sup>137</sup>.

Sonuç olarak onarıcı adalet anlayışı, mukayeseli hukukta pek çok kişi tarafından kullanılmakta ve bu nedenle de sosyal yaşamın bir parçası hâline gelmiş bulunmaktadır. Ceza hukukunun genelinde, tazminata (giderime) ilişkin ihtiyaç açıkça görülmektedir. Yapılan hukuka aykırı bir eylemin ardından, bu yanlışlığı giderecek ve affettirecek olumlu bir davranış sergilenmesi, insan toplumunda ortak bir uygulamadır. Sosyal kontrol (ceza adaleti sisteminde bile), toplum barışı (içtimaî sulh) olmadan gerçekleştirilemez. Bu nedenlerle, ceza kontrolünün farklı yönlerinin bir uyum içinde birleştirilmesi kaçınılmazdır. Onarıcı adaletin belki de en etkili yönü, mağdur tarafından uğranılan zararı somut bir biçimde

---

<sup>136</sup> Arabuluculuğun işleyişi ve arabuluculuk sürecinde gerçekleştirilen açılış oturumu, özel oturumlar, ortak oturumlar ve kapanış oturumu gibi aşamalar için bkz. Christian Bühring Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, Hague 1996, s. 284-287; Brown, Marriott s. 165-180; Joseph B. Stulberg, Sylvan J. Schaffer, *Tactics of the Mediator* (Donovan Leisure Newton & Irvine ADR Practice Book, New York 1990, s. 137-157), s. 140-147; David Shapiro, *Pushing the envelope-selective techniques in tough mediations* (Arbitration and Dispute Resolution Law Journal 2000, Vol. 2, s. 117-124); Özbek s. 540 vd.

<sup>137</sup> Rössner s. 227; Frehsee s. 251.

dikkate alarak ve kişisel sorumluluğun gelişmesini destekleyerek, toplumda bireylerin sorunları ve menfaatleri üzerinde yoğunlaşmasıdır.

#### Ş 4. MAĞDUR-FAİL ARABULUCULUĞUNUN İŞLEYİŞİ

##### A) Arabuluculuk Programlarının Genel Esasları

Amerika Birleşik Devletleri'nde mağdur-fail arabuluculuk programlarının uygulamasında tam bir yeknesaklık olduğu söylenemez. Programa kabul edilen faillerin yaş sınırları ve suçların ağırlığı bölgeden bölgeye değişmektedir. Toplum desteği, program yöneticilerinin ve arabulucuların yetenekleri, hâkimlerin, kontrol memurlarının, savcılarının, mağdur-tanık düzenlemecilerinin ve diğer mahkeme personelinin davranışları, her bölgedeki programların, programa kabul edilecek failere ve suçlara ilişkin kıstaslarını ve usullerini belirlemektedir.

Mağdur-fail arabuluculuğuna başlanmadan önce, yerine getirilmesi gereken iki ön koşul vardır. Bunlar, failin yakalanması ve suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmesidir<sup>138</sup>. Bu koşullar, daha hassas, daha fazla takdir hakkı içeren ve daha ılımlı bir muhakeme sürecinin uygulandığı suça sürüklenen çocuklar için özellikle gereklidir. Yetişkin suçlar için geçerli olan "yürürlükte olan kanunlara uygunluk" (*due process*, hukuk devleti) ilkesinin öngördüğü himaye, suçun işlenmiş olduğunun resmî olarak saptanmasından önce arabuluculuğun başlatılmasına engeldir. Böylece yetişkin suçlular, daima suçları sabit olduktan sonra arabuluculuk programına havale edilirler<sup>139</sup>; fakat arabuluculuğa, hüküm verilmeden önce veya hüküm verildikten sonra başvurulabilir. Mağdur-fail arabuluculuğu anlaşmasının denetimli serbestlik sürecinin bir koşulu olarak belirlendiği davalarda, arabuluculuk programı bütün hükmün bir parçası hâline getirilebilir<sup>140</sup>.

Doktrinde arabuluculuk müzakerelerine katılımın, hem mağdur hem fail açısından gönüllü olması gerektiği savunulsa da, uygulamada bu genellikle müm-

<sup>138</sup> Failin suçtan dolayı sorumluluğunu kabul etmesi, suçu kesin bir şekilde ikrar etmek veya suçun sorumluluğunu tamamen üstlenmek zorunda olması demek olmayıp, soruşturmanın başlamasından itibaren, suçun işlenmesindeki etkisini inkâr etmemesidir (Aertsen, Peters s. 111; Özbek-Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma s. 309; Özbek-Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları s. 143, 160).

<sup>139</sup> Nitekim ceza muhakemesi hukukumuzda da şüpheliye uzlaştırma teklifinde bulunulması ve uzlaştırmaya başvurulabilmesi için, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda mağdurun şikâyetine ilave olarak, suçun şüpheli tarafından işlendiğine dair yeterli şüphe (TCK m. 170) bulunması da gerekmektedir (Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 8,1). Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu s. 1214; Kaymaz/Gökcan s. 161; Erol Karaaslan, *Ceza Yargılamasında Uzlaşma* (AD 2007/29, s. 276-307), s. 284; Adalet Bakanlığı, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı, *Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı*, Ankara 2009, s. 39; Özbek-Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma s. 309; Özbek s. 766.

<sup>140</sup> Burton, Dukes s. 49.

kün olmamaktadır<sup>141</sup>. Coates, bu konudaki görüşlerini şu şekilde açıklamıştır: "Mağdur-fail uzlaştırma programı görevlilerinin (arabuluculuğa) katılımın gönüllü yapısını vurgulayan ikna edici konuşmalarının aksine, failer bunu yapmaya mecbur olduklarına inandıkları için (arabuluculuğa) katılırlar....Faillerin büyük çoğunluğu için (arabuluculuğa) katılım emredilmiştir"<sup>142</sup>.

Bununla birlikte genel ilke, arabuluculuk programının mağdurlar için tamamen gönüllü olmasıdır. Hiçbir mağdur arabuluculuğa katılmaya zorlanamaz. Failin arabuluculuğa katılmayı kabul etmesinden veya arabuluculuğa katılmaya zorlanmasından sonraki aşama, arabulucunun faille görüşmesidir. Arabulucu, failin gerçekten istekli olup olmadığını araştırabilir, süreçte değişiklik yapmak isteyebilir ve daha sonra, mağdurla olan ilk görüşmesinde, failden öğrendiği bu bilgileri esas alır. Mağdurun faille bir toplantı yapılmasını talep etmesi nadiren görülür. Mağdurla yapılan görüşmede daha çok, arabuluculuğun hem mağdur hem fail için taşıdığı müstakbel faydalar vurgulanmalı ve mağdur arabuluculuğa katılmayı kabul etmeden önce, mağdurun korku ve endişeleri giderilmelidir. Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında, kendileriyle temas kurulan mağdurların yaklaşık % 60'ı arabuluculuğa katılmayı kabul ederken, bu oran arabuluculuk programına bağlı olarak % 50 ilâ % 100 arasında değişmektedir.

Programların çoğunda, arabuluculukların büyük bir kısmı eğitimli ve gönüllü arabulucular tarafından yürütülür. Mağdur ve faille ayrı ayrı yapılan toplantılardan sonra arabuluculuk toplantısı gerçekleştirilir. Bu toplantıların yaklaşık üçte ikisi, mağdurun evinde veya iş yerinde yapılır. Arabulucu, tarafları tanıştırdıktan ve arabuluculuk usulünün amaçlarını açıkladıktan sonra, her iki taraf da olaylara ilişkin kendi görüşlerini açıklama fırsatı bulur. Bu aşamada taraflar, duygu ve düşüncelerini açıklamaları için teşvik edilir.

Arabuluculuk oturumu esnasında tazminat (giderim şekli) üzerinde görüşülmelidir. Arabuluculukların neredeyse tamamında çeşitli tazminat biçimleri araştırılır ve taraflar, arabulucunun da yardımıyla tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde anlaşmaya çalışırlar. Tazminat şekli değişebilmekte; bazı olaylarda para, diğerlerinde failin mağdur için bazı hizmetler icra etmesi (örneğin suçla verilen zararın tamir edilmesi) veya üzerinde anlaşmaya varılabilecek herhangi bir toplum hizmetinde çalışılması olarak kararlaştırılmaktadır. Taraflar arasında anlaşma sağlanırsa, taraflar ve arabulucu bir sözleşme imzalarlar ve mahkemeye gönderirler.

Tazminata ilişkin ödemenin yapılması, arabuluculuk programı görevlilerince veya taraflarca yapılan anlaşmanın yerine getirilmesinin denetimli serbestliğin bir

---

<sup>141</sup> Umbreit, Coates, Vos-Evidence-Based Practice s. 458; Özbek-Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları s. 139, 146.

<sup>142</sup> Robert V. Coates, *Victim Meets Offender: An Evaluation of Victim-Offender Reconciliation Programs*, 1985, s. 7 (Burton, Dukes s. 49'dan naklen).

koşulu hâline getirilmesi durumunda kontrol memurunca takip edilir. Ödemeler tamamlandığında dava düşürülür.

Mağdur-fail arabuluculuğunun konusu olan tipik suçlar, kabahatler (*misdemeanors*) ile suçlardır (*felonies*). Buna karşılık, son zamanlarda bazı uygulamacılar, mağdur-fail arabuluculuğunun sınırlarını ağır suçları da kapsayacak şekilde genişletmişlerdir.

1983 yılından beri Genesee İlçe Toplum Kuruluşu (*Genesee County Community Service*) ve Mağdur Destekleme Programı, "mağdur-fail uzlaştırma ve arabuluculuğu"nu taksirle öldürme (*negligent homicide*) ve cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar (*sexual abuse*) için de kullanmaktadır. Bu programın dayandığı mantığa göre, "duygu ve düşüncelerin açıklanmasına, olayın ve neticenin anlaşılmasına ve bu gibi travmatik suçların mağdurları arasında bir yakınlaşma kurmak amacıyla çalışmaya çoğunlukla büyük bir ihtiyaç vardır"<sup>143</sup>.

Bu gibi olaylara, sarhoş bir sürücü ve onun dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu ölen bir adamın karısının durumu örnek olarak gösterilebilir. Böyle bir olayda dul kalan bir eşin şu açıklaması bu mantığı desteklemektedir: "Arabuluculuk, kocamı öldüren adama öfkemi açıklamak ve işlemiş olduğu suçun bana yaşattığı acıyı kalbimin derinliklerine gömebildiğimi ve hayatımda tekrar huzuru yakaladığımı göstermek için karşı karşıya gelebildiğim tek andı"<sup>144</sup>.

İngiltere genelinde faaliyette olan mağdur-fail arabuluculuk programlarının uygulamasında, işleyiş koşullarında, programlardaki arabulucuların kontrolünde ve programlara yeni arabulucuların kaydedilmesinde çeşitli farklılıklar bulunmaktadır. Bazı programlar polis temelli veya mahkemelerle ya da ceza adaleti mercileriyle bağlantılıyken, diğerleri ceza adaleti mercilerinden bağımsızdır. Bu bağımsız programlar, bir polis müdahalesine alternatif olarak işlemekte veya uyuşmazlık, ceza yargılaması aşaması tamamlandıktan sonra (örneğin hüküm verildikten sonra) arabuluculuğa havale edilmişse, failer için cezaya ilişkin bir fayda sunmamaktadır.

Birleşik Krallık Arabuluculuk Kurumu, mağdur-fail arabuluculuğunun plânlanması ve yönetimiyle ilgili olarak etik kurallar ve bazı tavsiyeler oluşturmuştur. Bu kurallarda bütün modeller kabul edilmiş; fakat, mevcut kurumlar tarafından yürütülen programlarda arabulucu olarak görev yapan uzmanlar için bir menfaat çatışması ihtimalinin mevcut olabileceği düşünülerek, arabulucuların tarafsızlığına ilişkin daha çok güvence sağlanması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Mağdur-fail arabuluculuğunun işleyişi, diğer alanlardaki arabuluculuğun işleyişine benzemekle beraber, arabuluculuk öncesi çalışmaların ticarî arabuluculuğa ve bazı topluluk arabuluculuk programlarına nazaran daha hassas olması gere-

<sup>143</sup> Burton, Dukes s. 50.

<sup>144</sup> Mark Umbreit, *Victim Offender Mediation and Judicial Leadership*, (Judicature 1986, Vol. 69, s. 202-204), s. 204.



kebilir. Bu arabuluculuk, tek bir arabulucu veya bir arabuluculuk heyeti tarafından yönetilir<sup>145</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuk ve yeniden uzlaştırma programlarının öncelikli amacı, hem mağdurlar hem failer tarafından adil olduğuna inanılan bir anlaşmazlık çözüm usulü oluşturmaktır. Arabulucu, öncelikle kişilerin psikolojik ve hissî ihtiyaçlarını dikkate alarak onlara bir zaman tanır. Daha sonra, uğranılan zararların ve bu zararların tazmin edilmesini öngören, taraflarca kabul edilebilecek bir çözüm şeklinin (örneğin mağdura para ödenmesi, mağdur için iş imkânı yaratılması veya failin, mağdurca seçilen bir yardım kurumunda çalışması gibi) müzakere edilmesini sağlayacak bir ortam oluşturmak suretiyle, uyuşmazlık çözüm sürecini kolaylaştırır. Buna göre mağdur-fail arabuluculuk programı, aşağıdaki dört temel aşamaya ayrılabilir:

- 1) Arabuluculuğa başvurulması
- 2) Arabuluculuk için hazırlık yapılması
- 3) Arabuluculuk aşaması
- 4) Arabuluculuğun tamamlanması

### **B) Dolaylı Arabuluculuk**

Taraflardan birisi diğer tarafla doğrudan görüşmeyi istemezse, arabulucu gene de taraflar arasındaki iletişimin sürdürülmesine katılabilir ve örneğin, mağdurun katlandığını ifade ettiği zarar ve acıyı veya failden gelen tazminat tekliflerini karşı tarafa iletebilir. Bu faaliyet, taraflar arasında karşılıklı olarak gidip gelme yoluyla sürdürülür. Bu yolla arabulucu, mağdurun endişelerini ve ihtiyaçlarını değerlendirme ve bunları faille izah etme fırsatını yakalar. Arabulucu, faili bu duygu ve düşüncelerle yüzleştirerek, failin cevabını mağdura taşır<sup>146</sup>.

İngiliz uygulamasında tarafların çoğu dolaylı arabuluculuğu tercih etmektedir. Örneğin, 1993 yılında Leeds projesinde tamamlanan 84 arabuluculuğun sadece % 16'sında doğrudan müzakereler yapılmıştır<sup>147</sup>. Yüz yüze arabuluculuk çoğu durumda gerekli görülmemiştir.

Aşağıda özetlenen arabuluculuk süreci doğrudan arabuluculuğa ilişkindir.

### **C) Doğrudan Arabuluculuk Sürecinde Mağdur-Fail Arabuluculuğunun Aşamaları**

Doğrudan mağdur-fail arabuluculuğunun işleyişini, arabuluculuğun işleyişine ilişkin 10 aşamadan oluşan genel yapı içinde incelemek mümkündür.

---

<sup>145</sup> Brown, Marriott s. 302.

<sup>146</sup> Çetintürk-Uzlaştırma s. 60; Özbek-Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları s. 147.

<sup>147</sup> Robinson s. 23.

## I- Arabuluculuk Öncesi Aşama

### 1. Aşama: Tarafların Arabuluculuk Oturumuna Katılımının Sağlanması

Arabuluculuğun başında, her iki tarafın da arabuluculuğa gönüllü olarak ve hiçbir zorlama olmadan katılmaya istekli olması ve tarafların, arabuluculuk sürecinin mahiyeti ile muhtemel etki ve sonuçlarını tam olarak anlaması mutlaka sağlanmalıdır.

Arabuluculuk programları, arabuluculuğa uygun olan uyumsuzlukları belirleme yönünden ve tarafların arabuluculuğa katılmaya istekli olup olmadıklarını saptamak açısından birbirlerinden farklıdır. Taraflara telefonla veya yazılı olarak başvurulabileceği gibi, tarafların bu konudaki fikirlerinin resmî olarak sorulması da mümkündür. Bu işi arabulucu, kontrol memuru veya mağdur destekleme görevlisi yapabilir. Taraflarla kim görüşürse görüşsün önemli olan, hem mağdura hem faile arabuluculuğun temel kurallarının açıklanması ve tarafların bu kuralları kabul ettiklerinden emin olunmasıdır. Failin mağdurla görüşmeye istekli olmasını ve mağdurun zararını tazmin etmeyi müzakere etmesini sağlamak için, ilk önce faille irtibat kurulması uygun olur. Bu girişim, mağdurun, sırf failin arabuluculuğa katılmaya ve anlaşma yapmaya istekli olmadığını ortaya çıkarmak amacıyla arabuluculuğa katılmayı kabul etmesi olasılığını önler.

Tarafların tavırları, arabuluculuğa zihni olarak hazır olmaları ve amaçları büyük bir hassasiyetle kontrol edilmelidir. Çok kızgın olan, alt üst olmuş veya korkmuş mağdurlar ya da kendisini iyi bir şekilde ifade edemeyen failer gibi bazı taraflar, arabuluculuğa katılmadan önce rehberlik veya danışmanlık hizmetine ihtiyaç duyabilirler. Arabulucu, özellikle eğitilmiş bir sosyal görevliyse veya mağdur destekleme gönüllülerinden ya da failin kontrol memuruysa<sup>148</sup> bu hizmeti yerine getirebilir. Mağdur-fail toplantılarının hassas yapısına uyum sağlanabilmesi için, taraflar çok iyi hazırlanmalı ve özellikle taraflardan birinin, diğer tarafın anlaşma konusunda tamamen olumsuz olduğunu düşünmeye eğilimli olması hâlinde, verimli müzakerelerin yapılmasına izin verilmelidir<sup>149</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuk oturumlarına tarafların katılımı meselesi önemini sürdürmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, 1989-1997 yılları arasında toplanan bilgiler kullanılarak yapılan bir çalışma, arabuluculuğa katılmayı kolaylaştıran ve engelleyen etkenleri ortaya koymuştur. Ortaya çıkan sonuçlardan birine göre, genel olarak mala karşı işlenen suçlarda, taraflarla suçun işlenmesinden sonra kısa bir süre içinde temas kurulması hâlinde, taraflar arabuluculuğa katılmaya daha çok istekli olmaktadır. Buna karşılık, kişilere karşı işlenen suçlarda

<sup>148</sup> Bazı programlarda, denetimli serbestlik bürosunda çalışan kontrol memurları arabuluculuk yapsa da, doktrinde, zorunlu olmadıkça kontrol memurlarının arabuluculuk yapmaması gerektiği savunulmaktadır (Umbreit-Victim Offender Mediation s. 229; Özbek-Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları s. 142).

<sup>149</sup> Brown, Marriott s. 303.

veya kasten ya da taksirle yaralama suçlarında durum bunun tam tersidir. Bu olaylarda, taraflarla suçun işlenmesinden uzun bir süre sonra temas kurulması hâlinde, taraflar arabuluculuğa katılmaya daha istekli olmuşlardır. Bu çalışma avukatlara, müvekkillerinin arabuluculuğa katılımları konusundaki görüşlerini tahmin edilebilmeleri için başka yollar da önermektedir.

## **2. Aşama: Tarafların Taahhütlerinin Alınması ve Arabuluculuk Kuralları Üzerinde Anlaşılması**

Tarafların her ikisi de arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmaya varırsa, arabuluculuğun yapılacağı yeri ve zamanı gösteren, gayri resmî nitelikte ve sözlü bir anlaşma yapılacaktır. Arabuluculuk için yazılı bir anlaşma yapılması gerekli değildir; hatta yazılı anlaşma yapılması, arabuluculuğun amacı olan gayri resmîliğe zarar verebilir. Bununla beraber, yazılı olan standart bir form doldurularak, arabuluculuğun yapılacağı yer, zaman ve faydalı olacağı düşünülen diğer bilgiler ayrıntılı olarak yazılabilir.

Arabulucu, tarafların her ikisiyle de görüşmüş ve onların süreç hakkındaki düşüncelerini öğrenmiş olmalıdır. Taraflarla yapılan görüşmede, arabuluculuk esnasında uyulacak olan temel kurallar da konuşulmalı ve büyük ölçüde kabul edilmelidir<sup>150</sup>.

Bir davada arabuluculuğa başvurulması aşaması, davanın açılmasıyla başlar ve davanın görevli mahkeme memuruna ya da gönüllü dava yöneticisi olarak çalışan arabulucuya (*mediator*) havale edilmesiyle biter. Bazı programlarda davalar, mahkûmiyet öncesi veya mahkûmiyet sonrası aşamada<sup>151</sup>, savunma avukatları tarafından doğrudan arabuluculuğa gönderilmektedir. Programların çoğunda, davanın arabuluculuğa havale edilmesinde şu ölçütler dikkate alınır<sup>152</sup>:

- 1) Bina içinde hırsızlık, ticarî hırsızlık, hırsızlık veya mala zarar verme gibi mala karşı işlenen suçlar,
- 2) Şahısları veya küçük işletmeleri konu alan mala karşı işlenen suçlar;
- 3) Kasten veya taksirle yaralama gibi kişilere karşı işlenen belirli suçlar;
- 4) Suçun fail tarafından kabul edilmesi;
- 5) Zararın belirlenebilmesi ve tazmin edilmesinin gerekli olması;
- 6) Fail hakkında daha önce, iki defadan fazla mahkûmiyet kararı verilmemiş olması;

---

<sup>150</sup> Brown, Marriott s. 304.

<sup>151</sup> Örneğin Texas eyaletinde görülen ve birbirini tanıyan mağdurlar ile failerin taraf oldukları bazı çocuk davaları, başlamadan önce mahallî çözüm merkezlerine havale edilmektedir. Uyuşmazlığın ADR'ye havale edilmesi gönüllü bir süreç olup, ADR süreci her zaman, ilgili uyuşmazlık çözüm merkezinin kurallarına göre ve failin ailesinin de sürece katılımıyla yürütülür.

<sup>152</sup> Umbreit, Coates, Vos-Evidence-Based Practice s. 457.

7) Failin önemli bir akıl hastalığının bulunmaması;

8) Failin, kendisine tanınan hakları kötüye kullanma alışkanlığının olmaması.

Davanın arabuluculuğa havale edilmesi aşamasında üç işlemin tamamlanmış olması gerekir. Bunlar:

1) Arabuluculuğun başlatılmasına ilişkin formların, mağdur ve fail hakkında doğru bilgilerle doldurulmuş olması;

2) Mağdur ve faile tanıtım mektuplarının gönderilmiş olması;

3) Davanın görevli mahkeme memuruna veya gönüllü dava yöneticisi olarak çalışan arabulucuya havale edilmiş olması.

Mağdur-fail arabuluculuk usulü, genellikle basit hırsızlık veya gece vakti bir meskene girmek suretiyle işlenen hırsızlık gibi suçlardan mahkûm olan failerin, mahkeme kararıyla arabuluculuğa havale edilmesiyle başlatılır. Arabuluculuk programlarının çoğu davanın arabuluculuğa havalesini, suçun resmî olarak kabulünün mahkemece kaydedilmesinden sonra kabul ederken; diğer bazı programlar, ertelenmiş bir ceza soruşturmasının parçası olarak, resmî suç kabulünün yapılmasından önce davaların arabuluculuğa havalesini kabul etmektedirler. Davaların tümü, mahkemede bu konuda görev yapan memura veya gönüllü bir arabulucuya devredilmektedir<sup>153</sup>.

### **3. Aşama: Ön Görüşmeler ve Arabuluculuk Oturumuna Hazırlık**

Bu aşama, birinci ve ikinci aşamanın birleştirilmesinden oluşur. Taraflarla yapılan ön görüşmeler, arabuluculuğun somut olaya uygun olması ve tarafların arabuluculuğa katılmaya istekli olmaları için gereklidir. Bu girişim, tarafların arabuluculuk için anlaşmasına ve sürece katılmayı taahhüt etmelerine öncülük eder.

Tarafların arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmalarından sonra, arabuluculuğun uygulanmasıyla ilgili plânlamaların yapılması, yer ve tarihin belirlenmesi, ayrıntıların taraflara bildirilmesi ve bütün işlemlerin tam olduğundan emin olunması gerekir<sup>154</sup>.

Taraflar, arabuluculuk esnasında kullanmaları gereken belgelere sahip olmalarına rağmen, durumlarını açıklayan yazılı özetleri hazırlamamış veya belgeleri toplamamışlarsa, uygun olacağı düşünülmesi hâlinde, bu belgelerin gayri resmî olarak incelenmesi için toplantıya getirilmesi istenebilir.

Her arabuluculukta olduğu gibi mağdur-fail arabuluculuğunda da, arabuluculuk toplantılarının yapılacağı yerin tarafsız olması ve her iki tarafça da kabul edilebilir bir yer olması gerekir. Bazı uygulamacılar, arabuluculuğun kontrol memurunun bürosunda yapılmasının, faille aşırı bir yakınlık kurulduğu ve failin korunduğu izlenimi verebilecek olması nedeniyle doğru olmadığını düşünmektedir-

<sup>153</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 230.

<sup>154</sup> Şahin s. 232.

ler. İngiltere’de arabuluculuk toplantıları, kilisede veya topluluk merkezlerinde yapılabilmektedir. Arabulucu, hem mağdurun hem failin kendisini güvende hissetmesini sağlamalıdır. Mağdur veya arabulucu, kendisini kesinlikle tehdit, baskı veya fiziksel bir tehlike altında hissetmemelidir.

Taraflardan herhangi birinin özel bir ihtiyacı olursa, bu durum görüşülmeli ve gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Bunlar örneğin, yabancı dil konuşan kişiler için veya işitme engelli kişiler için çeviri ve açıklama kolaylıklarının sunulması ya da arabuluculuğun yapılacağı binaya ulaşım kolaylığının sağlanması olabilecektir<sup>155</sup>.

Arabuluculuk aşaması için hazırlık yapılması, arabuluculuğun taraflarının bir araya getirilmesini ifade eder. Bu aşama, davanın arabuluculuğa havale edilmesiyle başlar ve ilk müşterek arabuluculuk oturumunun başlamasıyla sona erer. Bu aşamada yapılan işler, esas arabuluculuk oturumu üzerinde büyük etkiye sahip olacaktır. Mağdur ve fail arasında, uyumlu ve güvene dayalı bir ilişki kurulmadıkça, arabuluculuk oturumunun gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Arabuluculuk oturumundan sonra ortaya çıkabilecek olan çeşitli sorunlar, genellikle mağdur-fail arabuluculuk sürecindeki bu çok önemli aşamanın tam olarak tamamlanmaması sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Arabuluculuk aşması için hazırlık yapıldığı sırada, aşağıdaki üç temel görevin tamamlanmış olması gerekir:

- 1) Arabuluculuk sürecini faille anlatmak ve faili arabuluculuk sürecine katılması için hazırlamak;
- 2) Mağdurun arabuluculuk sürecine katılma konusundaki rızasını almak ve mağduru arabuluculuk sürecine hazırlamak amacıyla mağdurla görüşmek;
- 3) Arabuluculuk sürecinin işleyişini düzenlemek ve programlamak.

Arabuluculuk aşaması için hazırlık yapılırken, öncelikle failin olay hakkındaki beyanları dinlenilmeli, arabuluculuk programının amacı ve faydaları faille anlatılmalı, failin programa katılımı teşvik edilmeli ve failin mağdur için çalışarak ya da bir kamu hizmetinde çalışarak mağdurun zararını tazmin etme imkânı değerlendirilmelidir. Bunlar yapıldıktan sonra, kişisel bir toplantı yapmak için mağdur davet edilmeli, mağdurun olay hakkındaki beyanları dinlenmeli, arabuluculuğa katılımı teşvik edilmeli ve programa katılımın kesinlikle gönüllü olduğu mağdura açıkça belirtilmelidir<sup>156</sup>.

Arabuluculuk programlarının çoğunda ilk toplantı, failin işlediği suç hakkındaki düşüncesini ve tavrını öğrenebilmek amacıyla faille gerçekleştirilir. Bundan sonra mağdurla ilk toplantı yapıldığında, arabulucunun fail hakkında öğrendiği bilgilerin bazılarını mağdurla paylaşması genellikle faydalı olabilir. Program hakkında mağdurla başlangıçta yapılan telefon konuşmasında, programı mağdura

<sup>155</sup> Brown, Marriott s. 304.

<sup>156</sup> Umbreit, Coates, Vos-Evidence-Based Practice s. 461.

beğendirmeye çalışmak yerine arabulucu, karşılıklı olarak uygun olacak bir yerde görüşmeleri konusunda mağdurdan bir taahhüt almaya çalışır. Mağdurla yapılacak bu görüşmede, öncelikle mağdurun suç hakkındaki düşünceleri ve endişeleri dinlenir ve ardından mağdur, arabuluculuk programına katılmaya davet edilir<sup>157</sup>.

Mağdurlar bazen, arabuluculuğa katılma konusunda hemen bir karar veremekte, düşünmek için süre istemektedirler. Arabulucu, mağdurla yapılan bu ilk görüşmede, arabuluculuğun faydalarını anlatmak suretiyle mağduru arabuluculuğa katılmaya ikna etmeye çalışır. Arabuluculuğa hâkim olan gönüllülük ilkesinin bir gereği olarak mağdur, arabuluculuk sürecinin tamamında tam bir seçim hakkına sahiptir ve önce sürece katılmayı kabul etmişken, daha sonra bu karardan vazgeçebilir. Bütün süreç boyunca, mağdurla kurulan iletişimde büyük bir hassasiyet gösterilmelidir. Bunun nedeni, esnekliğin arabuluculuğun tamamında olduğu kadar, toplantıların yapılacağı yerin ve zamanın belirlenmesinde de gerekli bir unsur olmasıdır.

Mağdur-fail arabuluculuk usulünün en önemli etik kuralı, mağdurun, arabuluculuk süreciyle istemeden de olsa tekrar mağdur edilmesinin önlenmesidir. Mağdur hiçbir davada, arabuluculuk usulüne katılma konusunda zorlanamaz. Mağdurun arabuluculuğa katılması için teşvik edilmesi, mağdura baskı yapmaya kesinlikle dönüşmemelidir. Arabuluculuk, mağdurlara karar verme yetkisi tanıyan, onlara seçenekler sunan bir nitelik taşımaktadır.

Mağdurla yapılan bu ilk toplantıdaki görüşmenin hassasiyetine önem gösterilmelidir. Zira mağdur, kendisiyle yapılan ilk telefon konuşmasında arabuluculuğa katılmayı reddedebilir. Oysaki sürecin başlangıcında, hem mağdur hem fail için uyumlu ve güvene dayalı bir ortamın oluşturulması, daha sonra yapılacak olan müşterek toplantılar sırasında gerekli olacaktır.

Amerikan hukuk doktrininde, arabuluculuk sürecine katılımın fail açısından da gönüllü olması gerektiği kabul edilmektedir. Uygulama ise daha farklı olabilmektedir. Failler, denetimli serbestlik yoluyla mahkemece arabuluculuğa yönlendirildiklerinde veya faillerin programı tamamlamaları hâlinde soruşturmadan kurtulacaklarının öngörülmesi hâlinde, önemli ölçüde bir devlet baskısının varlığından söz etmek mümkündür. Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmada, faillerin, arabuluculuk programlarına katılımı gönüllü olarak görmedikleri ortaya çıkmıştır. Bazı arabuluculuk programları, davanın arabuluculuğa havalesini mümkün olduğu kadar zorlayıcı tutmamaya çalışarak veya arabuluculuğa katılmayı şiddetle reddeden faillere ya da programda görev yapan memurca arabuluculuğa katılmasının uygun olmadığı belirtilen faillere programdan ayrılma hakkı vererek, arabuluculuk programlarını yumuşatmaya gayret etmektedirler<sup>158</sup>.

<sup>157</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 231.

<sup>158</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 232.

## II- Arabuluculuk Aşaması

### 4. Aşama: Arabuluculuğun Yapılacağı Yerin Hazırlanması ve Tarafların Toplanması

Arabuluculuğun yapılacağı yerin (mekânın) taraflar için hazırlanması gerekir. Bu hazırlıklar daima, tarafların karşılaşma ve yerleştirilme plânlamalarının uygun bir şekilde tanzim edilmesini ve tarafların müzakereler sırasında rahat ve güvenli bir ortama sahip olmalarını gerektirir.

Bazen taraflar, evlerinden alınıp arabuluculuğun yapılacağı yere götürülebilir ve arabuluculuk toplantısı için taraflara eşlik edilebilir. Bu davranış, özellikle taraflardan birinin endişeli ve huzursuz olduğu hâllerde, o tarafa destek olucu ve güven verici niteliktedir. Aksi takdirde, taraflar arabuluculuğun yapılacağı yerde kendileri bir araya geleceklerdir. Diğer arabuluculuk uygulamalarında olduğu gibi, mağdur-fail arabuluculuğunda da karşılama düzenlemeleri, tarafların birbirlerini tek başına beklemek zorunda kalmayacağı şekilde yapılmalıdır. Tarafları karşılamak üzere ya arabulucu hazır olmalı ya da ilk gelen taraf başka bir kişice karşılanarak bekleme odasına alınmalıdır.

Arabuluculuk odasında tarafların oturma konumlarına dikkat edilmeli ve tarafların oturma şekilleri önceden ayarlanmalıdır. Bazı düzenlemelerde, mağdur ve failin karşı karşıya oturtulması mümkündür. Ancak bu oturma şekli bir ölçüde, aralarında şiddetli anlaşmazlık olan kişilerin karşı karşıya getirilmesi olarak algılanabilir.

Tarafların yerlerini almalarından sonra arabulucu, tarafları samimi olarak karşılamalı ve taraflara, arabuluculuğa katıldıkları için teşekkür etmelidir. Arabuluculuğa devam edilmesi konusunda usulen anlaşmaya varılmadan önce, tarafların soru sormalarına da izin verilmek kaydıyla, arabuluculuğun temel kuralları ve arabuluculuk usulü üzerinde taraflara bilgi verilmelidir. Sürecin gönüllülüğe dayanan yapısı ve gizliliği, tekrarlanmak suretiyle vurgulanmalıdır. Arabulucu, tarafları mümkün olduğu kadar rahatlatmalı ve onların kendilerini güvende hissetmelerini sağlayarak bu meseleleri ustalıkla halletmelidir.

### 5. Aşama: Konuların Tespiti ve Gündemin Oluşturulması

Mağdur-fail arabuluculuğunda konuların tespiti, tarafların her birinin kendi duygu ve düşüncelerini açıklamasına izin verilmesini ifade eder. Arabuluculukta buna ilişkin resmî bir gündemin olması şart değildir; fakat, oturumun amacı açıkça anlaşılmalıdır. Bu yolla taraflardan birinin özür dilemesine, herhangi bir tazminat biçimini teklif etmesine, suçun mağdur üzerinde bıraktığı etkilerin failce anlaşılmasına yardım edilmesine veya tarafların yeniden uzlaşma fırsatları yakalamalarına ya da bu seçeneklerden bazılarının birleşmesiyle oluşan başka bir seçeneğin ortaya çıkmasına imkân tanınır.

Arabuluculuk sürecinin tanıtımını ve takdimini takiben, taraflardan her birine sırayla ve sözleri kesilmeden konuşma şansı verilecektir. Bazı arabulucular, taraf-

lara kimin önce konuşmak istediğini sormaktadırlar. Diğer bazı arabulucular ise her zaman mağdurun konuşmaya başlamasını önermektedirler. Her durumda, tarafların her ikisi de konuştuğuktan sonra, birbirlerinin durumunu anlamış olmalıdırlar<sup>159</sup>.

### **6. Aşama: Bilgi Toplanması**

Bilgi toplanmasına geniş ölçüde, taraflar bir araya gelmeden önce ve mümkün olan en erken aşamada başlanılır. Bazı bilgiler, uyuşmazlığın arabuluculuğa havale edilmesiyle elde edilir. Daha sonra bilgi toplama, taraflarla yapılan ilk görüşmelerde daha iyi bir görüntü çizmede arabulucu için önem taşıyan bir konu hâline gelir.

Arabulucunun belirli temel olayları öğrenmesi gerekecektir. Bunlar, herhangi bir şiddetin kullanılıp kullanılmadığını veya bir yaralanmaya yol açılıp açılmadığını ve mağdurun katlandığı zararın ne olduğunu konu alan, suç hakkındaki bilgileri kapsar.

Diğer bilgiler, mağdur ve faille yapılacak toplantılardan öğrenilecektir. Mağdur ve failin uzlaşma olasılığına ilişkin gerçek tutumları, onların hem sözlerinden hem de dikkatle incelenmesi gereken diğer davranışlarından anlaşılabilir. Olayda kültürel, ırksal veya cinsiyete ilişkin meseleler olabilir ve öyleyse bunların bilinmesi gerekir. Taraflardan her birinin, arabuluculuğa başlamaya psikolojik olarak hazır olmasına dikkat edilmelidir.

Bazı bilgiler, doğası gereği arabuluculuğun devamı esnasında ortaya çıkacaktır. Failin mevcut zararı tazmin etme imkânı ve tazminatın ne şekilde yapılacağı, arabuluculuk müzakerelerinde (veya dolaylı bir arabuluculukta taraflar arasına gidip gelme sırasında) görüşülebilir. Suçun, mağdur ve suçtan zarar görmüş olabilecek diğer kişiler üzerindeki etkileri de, muhtemelen bu aşamada ortaya çıkacaktır<sup>160</sup>.

### **7. Aşama: Görüşmelerin ve Müzakerelerin Yönetilmesi ve Kolaylaştırılması**

Arabuluculuk aşaması, mağdur ile fail arasında ilk yüz yüze görüşmenin yapılmasıyla başlar ve ertelenmiş bir ceza soruşturmasının bir parçası olarak ya da denetimli serbestliğin bir koşulu olarak, uyuşmazlığı arabuluculuğa havale eden kurumun anlaşmayı onaylamasıyla sona erer. Arabuluculuk esnasında tamamlanması gereken dört temel işlem vardır. Bunlar:

- 1) Arabuluculuk oturumunu yönetmek,
- 2) Zararın tazminini öngören anlaşmanın imzalanmasını sağlamak;
- 3) Gerekli olduğu takdirde daha sonra yapılacak oturumu hazırlamak;

<sup>159</sup> Brown, Marriott s. 305.

<sup>160</sup> Brown, Marriott s. 306.



4) Arabuluculuk sonunda taraflar arasında yapılan anlaşmayı, uyuşmazlığı arabuluculuğa havale eden kuruma iletmek.

Arabulucu, mağdur ve faille ayrı ayrı görüştüktan ve onların her ikisinin de arabuluculuğu takip etme konusundaki isteklerini öğrendikten sonra, karşılıklı görüşmelerin yapılacağı oturumları programlar. Arabuluculuk toplantısı, arabulucunun işlevini ve görevini anlatması, gündemi açıklaması ve arabuluculuk esnasında gerekli olabilecek temel görüşme kurallarını belirtmesiyle başlar. Toplantının ilk aşamasında, maddî olayların ve işlenen suç ile ilgili tarafların düşüncelerinin görüşülmesi üzerinde yoğunlaşılır. Mağdurların düşüncelerini faille doğrudan açıklamalarına ve "neden beni seçtin", "evimize nasıl girdin", "bizi gizlice takip ediyor muydun ve "geri dönmeyi plânlıyor muydun" gibi süreci uzatacak pek çok soruyu sormalarına çoğunlukla fırsat verilmez. Mağdurlar, zihinlerinde korkutucu bir kişi olarak canlandırdıkları kişileri nihayet karşılarında görünce bazen rahatlamaktadırlar<sup>161</sup>.

Arabuluculuk toplantısında failler, kendilerine karşı suç işleyerek haklarını ihlâl ettikleri mağdurlarla karşı karşıya geldiklerinde rahatsız bir duruma sokulurlar. Faillere nadir de olsa, kişiliklerinin insanî yönünü gösterme ve kişisel bir üslup içinde pişmanlıklarını açıklama fırsatı verilmektedir. Hem failler, hem mağdurlar, duygu ve düşüncelerini açıkça belirtmek suretiyle, bir insan olarak basmakalıp sözlerle değil, samimi duygularla kendilerinden bahsetme olanağını bulurlar.

Düşüncelerin ve olayların tartışıldığı bu önemli görüşmenin ardından gelen toplantının ikinci kısmında, mağdurun zararları üzerinde yoğunlaşılır ve uyuşmazlığın çözülmesinde ve failin sorumluluğunun belirlenmesinde maddî bir sembol mahiyetinde olan, karşılıklı olarak kabul edilecek tazminat anlaşmasının müzakeresi yapılır. Burada önemli olan nokta, mahkemenin, tazminat miktarını özel olarak belirleyecek bir karar vermemesidir. Mağdur ve fail, tazminatın miktarı veya tazmin şekli üzerinde anlaşamazlarsa, dava, uyuşmazlığı arabuluculuğa havale eden mercie (genellikle hükmü verecek olan mahkemeye) geri gönderilir. Bundan sonra, failin farklı bir programa yerleştirilme ihtimali de bulunmaktadır. Arabulucular, bir tazminat anlaşmasının kabul edilmesi için taraflara baskı yapamazlar. Zira arabuluculuğun (ve bütün ADR usullerinin) temel özelliklerinden birisi de, uyuşmazlık çözüm sürecine taraf iradesinin egemen olmasıdır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkları gönüllü bir anlaşmaya vararak çözerler. Arabuluculuğun bağlayıcı olmaması iki açıdan gönüllülüğü gerektirir. Buna göre, hem uyuşmazlık çözüm sürecine katılım hem uyuşmazlık çözüm sürecinin sonucunun kabul edilmesi, taraflarca serbestçe kararlaştırılacak konulardır. Tarafların arabuluculuktan yüksek ölçüde tatmin olmalarının ve üzerinde anlaştıkları çözüm şekline

---

<sup>161</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 233; Umbreit, Coates, Vos-Evidence-Based Practice s. 459.

uyuma konusunda bağlayıcı usullere nazaran daha fazla istekli olmalarının nedeni de, uyuşmazlığın çözüm süreci üzerinde sahip oldukları hâkimiyet duygusudur<sup>162</sup>.

Arabuluculuk toplantılarının % 95'inden fazlasında, toplantı sonunda yazılı bir tazminat anlaşması müzakere edilerek mağdur, fail ve arabulucu tarafından imzalanmaktadır. Mağdur ve failin katıldığı ortak toplantılar çoğunlukla bir saat sürmekteyken, bazı toplantılar iki saate kadar uzayabilmektedir.

Mağdurun duygu ve düşüncelerini açıklaması, sanıldığı aksine, genellikle duygusal boyutu yüksek ve faili sözlü olarak taciz eden bir şekilde dönüşmemektedir. Mağdurun başlangıçta sahip olduğu öfke, arabulucuyla yapılan ilk toplantıyla yatışır. Bununla birlikte, mağdurun başlangıçta bazı duygularını hatırlaması ve ortak toplantı esnasında faile doğrudan açıklaması çoğu zaman önemli bir husustur.

Genellikle görüldüğü üzere, arabuluculuğa katılan mağdurlar ve failer, önceden herhangi bir ilişkiye girmiş değildirler. Arabuluculuk programlarının çoğu, öncelikle mağdurun zararının tazminini değil, her iki tarafın da suçla ilgili düşünceleri hakkında gerekli olan bilgiyi açıklamaları için taraflara yeterli zamanın verilmesini amaçlar. Tazminata karar verilmesi, arabuluculuk için önemli bir ilave başarı olmakla birlikte, arabuluculuk programlarının çoğunda tazminat, aslında uyuşmazlık çözümünün veya yeniden uzlaştırmanın bir sembolü olarak görülür.

Arabuluculuk oturumunun öncelikli amacı, ne failin ıslah edilmesi ne de mağdura yardım edilmesidir. Bunun yerine arabuluculuğun amacı, mevcut uyuşmazlığın toplum düzeyinde çözülmesi için her iki tarafa da imkân tanıyarak, yargılama sürecinin kişiselleştiği bir usulde, mağdurların ve failerin ihtiyaçlarını dile getirmelerini sağlamaktır.

Her iki tarafın da ihtiyaçlarını belirtmelerini sağlamaya çalışmak, tarafların, uyuşmazlığa eşit ölçüde katkıda bulunmuşlar gibi düşünülerek aynı muameleye tâbi tutulacakları anlamına gelmez. Tam tersine, suçun işlenmiş olduğu meselesi tartışılmadığı ve taraflardan birinin hakkı açıkça ihlâl edilmiş olduğu için, mağdurla birlikte çalışılırken özel bir hassasiyet gösterilmelidir. Mağdurların arabuluculuğa katılmaları için baskıya maruz kalmaları veya başka yollarla mağdurlara zorluk çıkarılması suretiyle, onların tekrar mağdur edilmeleri kesinlikle önlenmelidir. Mağdurlara, bağlayıcı nitelikteki yargısal kararlar yerine tercih hakkı sunulması için her türlü çaba gösterilmelidir. Failerin arabuluculuğa katılımında bir dereceye kadar devlet baskısı görülebilirken, mağdurların arabuluculuk sürecine katılımı tamamen gönüllü olmalıdır<sup>163</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuk programı, bütün mağdur ve failer için söz konusu değildir. Bu programın teorisinde yer alan düşünce, arabuluculuğa katılan mağdur ve failer arasındaki uyuşmazlığı insancıl bir şekilde çözebilmek, tarafları

<sup>162</sup> Bühring-Uhle s. 270.

<sup>163</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 234.

birbirlerine karşı ılımlı hâle getirmek ve tarafların korkularını azaltabilmektir. Arabuluculuk usulünün, hem mağdur hem fail açısından daha tatminkâr bir sonuç doğuracağına inanılmaktadır.

Mağdur-fail arabuluculuğunda diğer arabuluculuk türlerine oranla, hakkında yaratıcı çözümler bulunabilecek olan çok az sorun bulunur. Gerçekten fail yakalanmış, suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmiş ve ceza almış ya da alacaktır. Müzakereler çoğunlukla, toplantıdan önce arabulucu tarafından belirlenmiş olabilen tazminat şeklinin miktarı ve ayrıntılarıyla sınırlandırılmıştır. Toplantıda muhtemelen, mağdurun sorular sormasına ve faili işlemiş olduğu suçun kişisel etkileriyle karşı karşıya getirmesine izin verilecektir. Benzer şekilde, fail de pişmanlığını ve özrünü açıklama fırsatına sahip olacaktır. Arabuluculuk esnasında, failin başka bir suç işlemesine nasıl engel olunabileceği konusunda görüşülebilir. Ayrıca, uygun olan olaylarda taraflar, gelecekteki ilişkilerini düzenlemeye ve olası bir intikam alma olayını önlemeye ihtiyaç duyabilirler.

Mağdur-fail arabuluculuğunda en sık karşılaşılan sorun, rahat bir ortamın yaratılamaması ve taraflar arasındaki doğal düşmanlığın veya soğukluğun giderilememesidir. Bu durum, arabulucunun iyi bir iletişimi ve yapıcı tavırları teşvik etmesini gerekli kılar. Tarafların birbirlerini bir birey olarak görmeleri için onlara yardım etmek, arabulucu açısından önemlidir.

Mağdur-fail arabuluculuğunu yürütmekle görevlendirilen arabulucu, arabuluculuk için gerekli olan bütün iletişim hünerlerine ve kolaylıklarına<sup>164</sup> sahip olmalı ve hem mağdurun hem failin duygularını anlayabilmelidir. Çocuklarla çalışan arabulucuların, çocuklarla iletişim kurabilecek ve onları hor görmeden, onlarla verimli bir şekilde çalışabilecek özel hüner ve bilgilerle donatılmış olmaları gerekir<sup>165</sup>.

### **8. Aşama: Tıkanıklık Stratejilerinin Kullanılması**

Mağdur-fail arabuluculuğunda bazı tıkanıklık stratejileri kullanılabilir. Bunlar örneğin, sürecin neden tıkanıp kaldığını belirlemek için arabuluculuğun durdurulması ve bu konu üzerinde düşünülmesi olabilir. Benzer şekilde, tarafların sembolik bir fiil veya herhangi bir söz yüzünden çıkmaza girip girmediklerinin dikkate alınması da bu stratejiler arasında yer alabilir.

Bununla beraber, mağdur-fail arabuluculuğunda taraflar anlaşmaya varmazlarsa ve müzakereleri kolaylaştırmak için yapılan uygun girişimlerden sonuç alınamazsa, arabulucu bir çözüm bulmak için taraflara baskı yapmamalıdır. Uyuşmazlık çözüm sürecini dolaylı arabuluculuğa çevirmek ve en iyi çözüm şekli-

<sup>164</sup> Bir arabulucunun arabuluculuk müzakerelerindeki işlevleri ve müzakereler esnasında kullandığı taktikler hakkında bilgi için bkz. Brown, Marriott s. 347-351; Bühring-Uhle s. 293-301.

<sup>165</sup> Brown, Marriott s. 306.

nin nasıl bulunabileceğini taraflarla ayrı ayrı araştırmak için hâlâ imkân bulun-  
maktadır<sup>166</sup>.

### **9. Aşama: Arabuluculuğun Sonuçlandırılması ve Sonucun Yazılı Hâ- le Getirilmesi**

Arabuluculuğun tamamlanması, tazminat anlaşmasının, uyuşmazlığı arabu-  
luculuğa havale eden kurumca onaylanması ile başlar ve dava hakkında nihâî  
kararın verilmesiyle sona erer. Bu aşamada yerine getirilmesi gereken dört temel  
vazife vardır. Bunlar:

- 1) Tazminat anlaşmasının yerine getirilip getirilmediğinin gözlemlenebilmesi  
için mağdurla her ay telefon görüşmesi yapmak;
- 2) Fail yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa, failin yükümlülüklerine uymasını  
sağlamak için faille ve kontrol memuruyla birlikte çalışmak;
- 3) Mağdur ve faille birlikte, önceden plânlanmış olan ortak tamamlama top-  
lantısını yapmak;
- 4) Davanın bitirilmesi için gerekli olan nihâî evrak işlemlerini tamamlamak.

Gerektiği zaman ilave mağdur-fail toplantıları plânlamak da dahil olmak üze-  
re, arabuluculuğu yakından izleme ve tamamlama konusundaki gereklilik, pek  
çok mağdur-fail arabuluculuk programı uygulayıcısı için gün geçtikçe daha açık  
hâle gelmektedir. Fail ile mağdurun yeniden uzlaştırılması sürecinin ve failin  
mağdura karşı olan kişisel sorumluluğunun kapsamını genişletmek için, bir veya  
daha fazla sayıda olmak üzere, fail ile mağdur arasında yapılan tamamlama top-  
lantıları önemli bir rol oynayabilir. Bu tamamlama toplantıları, başlangıçta yapılmış  
olan mağdur-fail arabuluculuk oturumlarından daha kısa ve özlüdür. Ta-  
mamlama toplantıları, tazminat anlaşmasının uygulanmasının tekrar gözden  
geçirilmesi için taraflara gayri resmî bir imkân tanır, ödeme programıyla ilgili  
olarak ileride ortaya çıkabilecek sorunların görüşülmesini sağlar ve hatta mağdur  
ve failin istemesi hâlinde, onların sadece ufak bir sohbet yapmalarını dahi müm-  
kün kılar<sup>167</sup>.

Tamamlama toplantılarına duyulan ihtiyaç ve isteklilik, ödenecek olan taz-  
minat miktarından etkilenmektedir. Küçük bir miktar tazminatın ödenmesi karar-  
laştırılmışsa, bir tamamlama toplantısının yapılması gerekmez. Diğer taraf-  
tan, büyük bir miktar tazminatın ödenmesi gerekiyorsa, kısa tamamlama top-  
lantılarının (sözleşmenin ortasında ve sona ermesinde) yapılması yararlı olabilir.  
Başlangıçta yapılan mağdur-fail arabuluculuk oturumunda olduğu gibi, mağdur-  
lar tamamlama toplantılarına katılmaya zorlanmamalıdır. Amerika Birleşik Devlet-

<sup>166</sup> Brown, Marriott s. 307.

<sup>167</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 235; Umbreit, Coates, Vos-Evidence-Based Practice s. 460.

leri'nde uygulanan mağdur-fail arabuluculuğu programlarında, tamamlama toplantılarına oldukça az başvurulmaktadır<sup>168</sup>.

Arabuluculuk sonunda yapılan ve daima tazminatla ilgili olan anlaşmalar yazılı hâle getirilir ve taraflarca imzalanır. Tarafların rıza göstermesi hâlinde (tarafların rızası her zaman arabuluculuk başlamadan önce araştırılmalıdır), bu anlaşmaların bir nüshası, uyumsuzluğu arabuluculuğa intikal ettiren kurumlara da gönderilir. Böylece bu kurumlar, taraflar arasında yapılmış olan anlaşmayı, faille ilgili diğer bir durumda veya karar verilmesinde dikkate alabilirler.

Arabulucuların çoğu, tarafların göstermiş olduğu çabalar hakkındaki olumlu izlenimleri kullanarak, mağdur-fail arabuluculuğunu bazı sembolik ifadelerle veya tarafları el sıkıştırarak bitirmeyi istemektedir. Bu durumda, ortaya çıkan bu olumlu sonucun sunî olarak oluşturulması tehlikesi bulunsa da, bu gibi alışkanlıklar genel olarak taraflara baskı yapılmadan, taraflar arasındaki müzakerelerin doğal sonucu olarak meydana getirilmelidir.

### 10. Aşama: Arabuluculuk Sonrası

Arabuluculuk toplantısından sonra taraflara, arabuluculuk programının, anlaşmanın nasıl uygulandığını anlamak için kendileriyle temas kurmasını isteyip istemedikleri sorulur. Taraflar kabul ederse bu tür bir izlemenin yapılması, "arabuluculuğun doğru uygulanması" olarak tavsiye edilmektedir. Bazı mağdurların, hafızalarının giderek berraklığını yitirmesi nedeniyle bu toplantıların değerinden kuşku duydukları görülmektedir. Arabuluculuk toplantılarının heyecanlı tecrübelerinden sonra, bu olay hakkında bir daha hiçbir şey duymamak bir hayal kırıklığı olarak görülebilir. Örneğin tarafların çoğu, arabuluculuk toplantılarından bu yana faille ne olduğunu öğrenmeyi istemekteyken, bazıları yaşanan bütün olayları unutmayı tercih etmektedir<sup>169</sup>.

### SONUÇ

Mağdur-fail uyumsuzluklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesi sayesinde, çeşitli yönlerden önemli kazançlar sağlanabilir<sup>170</sup>. Birinci olarak, mağdurların bir kısmının öfke, hüsrân ve korkuları azaltılabilir. İkinci olarak, failer kendi fiillerinden sorumlu tutulabilir ve gerçekçi ve kişisel bir yolla ıslah edilebilir. Üçüncü olarak, mağdurlar zararlarını telafi edebilir. Dördüncü olarak, failerin bir kısmının, yeni başlayan veya devam etmekte olan bölge ceza evlerindeki veya devlet ıslah tesislerindeki hapis cezalarından kurtulmaları suretiyle, çok miktarda masraftan tasarruf edilmiş olur. Minnesota eyaletinde ve Indiana eyaletinde yeni uygulanmaya başlanan bazı programlarda yapılan araştırmalar sonucunda, mağdur-fail arabuluculuk programları istikrarlı bir dava sürecinin eksikliğini taşıdığı

<sup>168</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 236.

<sup>169</sup> Brown, Marriott s. 307.

<sup>170</sup> Mağdur-fail arabuluculuğunun ceza muhakemesinin süjeleri açısından sunduğu faydalar için bkz. Zafer-Özelleşme Eğilimi s. 748-749.

gereğesiyle bir ölçüde eleştiri almakla birlikte, bu programlarda hem mağdurların hem faillerin, karşılaştıkları adalet süreciyle daha insancıl bir uygulamadan faydalandıkları anlaşılmıştır. Mağdur-fail arabuluculuk usulü, katılımcıların süreçten yüksek ölçüdeki tatminiyle ve hakkaniyet duygusuyla sonuçlanmaktadır.

Ceza hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümünün uygulanması, arabuluculuğun diğer türleriyle belli ölçüde benzerlik gösterse de, ceza hukuku arabuluculuğunun kendine özgü bazı ayırıcı özellikleri vardır. Mağdur-fail arabuluculuğu yöntemi, elbetteki bütün mağdurlar ve failer için söz konusu değildir. Ayrıca bu yöntemle, mağdurların veya failerin ihtiyaçlarına hizmet eden diğer programların ortaya çıkardığı başarılı sonuçlar da küçümsenmez. Bunun yerine, mağdur-fail uyuşmazlıklarında arabuluculuğun uygulanmasına dair giderek büyüyen ilgi, ceza muhakemesi hukukunda alternatif uyuşmazlık çözümünün, uygun olduğu takdirde daha geniş çaplı olarak uygulanmasını isteyen bir anlayışı temsil etmektedir. Gerek suça sürüklenen çocuklar gerek suç işleyen yetişkinler için uygun alternatiflerin arayışı sürdükçe, mağdur-fail arabuluculuğunun uygulanması artacaktır<sup>171</sup>.

Hukuk yargılamasında kullanılan ADR usullerinden farklı olarak, ceza yargılamasında ADR, yargılama sistemindeki masrafları artırabilir. Bununla beraber, ceza hukukunda uygulanan ADR usulleri failerin topluma yeniden kazandırılmasına katkıda bulunacaksa, bu masraflara katlanılmalıdır. Ceza muhakemesinde yeni bir radikal akımı temsil eden ADR'nin başarılı olabilmesi için, devlet tarafından gerekli ölçüde desteklenmesi şarttır<sup>172</sup>.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1985 yılı istatistiklerine dayanılarak yapılan bir çalışmada, arabuluculuk uygulamalarının yaklaşık üçte birinde, katılımcıların birbirlerine karşı davranışlarında olumlu değişiklikler olduğu kaydedilmiştir. Bu düşük orana neden olan etkenlerden biri, arabuluculuğun belirtilen amacı ile mağdur, fail ve ceza adaleti personeli tarafından gerçekte inanılan amacı arasında farklılık yaratılarak hata yapılmasıdır. Arabuluculuğa katılan kişilerce yapılan açıklamalar, tarafların uygulamaya yönelik düşüncelerinin çoğunlukla çok yüksek ideallere dayandığını göstermiştir. Arabulucular ve ceza adaleti personeli açısından öncelikli amaç, ceza muhakemesi sürecinin yüz yüze müzakereler aracılığıyla insanileşmesidir. Buna karşılık mağdurlar için amaç, uğranılan zararın telafi edilmesidir. Failler ise genellikle ağır bir cezadan kurtulmak isterler ve ceza adaleti mercileri en çok mağdurun zararının tazmin edilmesini arzular. Böylece arabuluculuk, diğer amaç ve istekler doğrultusunda, ikinci derecede önemi haiz bir kurum olarak kalır.

Bazı uyuşmazlıklarda uzlaşma sağlanamazken, arabuluculuk oturumlarının %92'sinde sonuçta bir tazminat anlaşması imzalanmaktadır. Bunun yanında, bu uyuşmazlıklarda mağdurların %94'ü, tazminat miktarından tatmin olmuştur. Ancak, arabuluculukların yaklaşık yarısında, tarafların ödeme plânına uymalarını

<sup>171</sup> Umbreit-Mediating Criminal Conflict s. 238.

<sup>172</sup> Douglas s. 5.

sağlamakta zorluk çekilmektedir. Mağdur-fail arabuluculuğu dışındaki tazminata ilişkin mahkeme kararlarının da aynı sorunla karşılaşması nedeniyle, bu bilgiden geçerli bir sonuç çıkarmak güçtür; fakat mağdurlar, arabuluculuk anlaşmalarına uyulmasının yeterli ölçüde takip edilmediğinden ve anlaşmaların icra edilebilirliği açısından arabuluculuk programının yeteri kadar tatmin edici olmadığından yakınmaktadır.

Mağdur-fail arabuluculuğu aslında, normal koşullarda sadece mahkeme tarafından verilebilecek kararlara mağdurun katılımını gerektirmektedir. Bununla birlikte, çoğu davada uyuşmazlık, mahkûmiyete ilişkin hükmün verilmesinden sonra arabuluculuğa havale edildiği için, mağdur arabuluculuğa katılmadan önce ceza muhakemesi sürecini takip etmek zorunda kalmaktadır. Mağdurlar tarafından dile getirilen diğer şikâyetler ise, suçun işlenmesinden nihaî çözüme kadar geçen sürenin uzun olması ve arabuluculuk sürecine katılmak için verilen sürenin çok fazla olması konularında yoğunlaşmaktadır<sup>173</sup>.

Mağdur-fail arabuluculuğu programını savunan görüşlere göre, fail öncelikle işlemiş olduğu suçu kabul etmeli veya yapmış olduğu hukuka aykırı eylemden dolayı sorumluluğunu üstlenmelidir. Arabuluculuğa katılım için taraflara baskı yapılamaz; arabuluculuğa katılım tamamen gönüllü olmalıdır. Bununla beraber failerin çoğu, haklarında verilen hükmün bir parçası olarak arabuluculuğa havale edilmekte ve failer arabuluculuğu sadece hapisten kurtulmak için kabul edilecek bir ceza olarak görmektedirler. Teori ve uygulama arasındaki bu ayrılığa rağmen arabuluculuk, tarafları bilinçlendirmede çok etkili olabilir. Faillerden bazıları, işlemiş oldukları suç neticesinde diğer insanların gerçekten acı çektiğinin ilk kez farkına varır ve mağdurlardan bazıları, suç işleyen kişilerin de bir insan olduğunu görür.

Faillere belli noktalarda yetki tanınması, değerlendirilmesi zor bir amaçtır. Failler bizzat, bütün insan sınıflarını çeşitli haklardan mahrum kılan, yapısal zorlamalara ve kurumsal kayıtsızlıklara maruz bırakan siyasi kararların mağdurlarıdır. Mağdur-fail arabuluculuğunun, tıpkı diğer alternatif müeyyideler gibi, sosyal kontrol ağını genişletmek için kullanıldığına dair bir kanaat mevcuttur. Ayrıca, arabuluculuğa katılmaktan en çok korkan kişilerin mağdurlar değil failer olduğu da unutulmamalıdır.

Ancak, mağdurlar kadar failerin çoğu da, arabuluculuğa katılmanın kendi menfaatlerine olduğunu görmektedirler. Failerin bu konudaki deneyimleri değerlendirildiğinde, her grubun üçte ikisinin, arabuluculuk sürecinin mücadelecî (çekişmeli) bir süreç olmadığını beyan ettikleri görülür. Failerin %83'ü ve mağdurların %59'u arabuluculuktan tatmin olmuşlardır. Diğer bir %30'luk mağdur grubu ise kısmen tatmin olduklarını ifade etmişlerdir. Buna karşılık ilginç olanı, hemen hemen bütün mağdur ve failerin, bunu tekrar yapmak zorunda kalsalar, mağdur-fail arabuluculuğuna katılmayı tercih edeceklerini açıklamış olmalarıdır.

---

<sup>173</sup> Burton, Dukes s. 51.

Mağdur-fail arabuluculuğu farklı şekillerde yürütülmekte, program amaçları ve uygulamaları arasında farklılıklar bulunabilmektedir. Arabuluculuğun amacı, "uzlaştırma" olarak ilan edildiği için, bu durum gönüllü kişilerin ilgisini çekmekte; fakat arabuluculuk, "tazminatı" ve "hapis cezasının alternatiflerini" öne çıkarmaktadır.

Mağdur-fail arabuluculuğu, gerekli bütün koşulların doğru zamanda ve doğru yerde bir araya getirilmesi hâlinde başarılı olabilir. Mağdur ve fail karşı karşıya gelerek, gerçek bir uzlaşma ortamında birbirlerinin duygu ve düşüncelerini öğrenirler. Ceza adaleti sisteminin ferdi olmayan işleyiş süreci arabuluculukla işletilmekte, katılımcılar birbirlerini bir insan olarak görmeyi öğrenmektedirler. Fail, mağdurun katlandığı acıyı hissederken, mağdur da failin çekeceği cezayı ve suçun nedenlerini anlar. Gerçek bir uzlaşma sağlandığında, fail sorumluluğunu kabul eder ve pişmanlığını açıklar. Mağdur ise, failin de bir insan olduğu bilinciyle faili affeder. Böylece arabuluculuk, her iki taraf için de denemeye değer bir süreç hâline gelir<sup>174</sup>.

Hukumumuzda mağdur-fail arabuluculuğunun uygulanması, yasal düzenlemeye sahip kılınarak geliştirilmiştir. Türk Ceza Kanunu Tasarısının genel gerekçesinde, mevzuatımızda hürriyeti bağlayıcı cezaların alternatifleri arasında, günümüzde uygar ülkelerin çoğunda başarıyla uygulanmakta olan uzlaşma kurumuna yer verilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak mütalâa edilmiştir<sup>175</sup>. Bu amaçla, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu<sup>176</sup> ile uzlaştırmaya başvurulması olanaklı kılınmış<sup>177</sup>; uzlaştırmanın usûlü, Ceza Muhakemesi Kanununun 253 ilâ 255. maddelerinde düzenlenmiştir<sup>178</sup>. 19.12.2006 tarihinde, 5560 sayılı, "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla"<sup>179</sup>, Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaştırmaya ilişkin maddelerinde değişiklik yapılmış ve uzlaştırmanın usûlü ve esasları yeniden düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin yirmidördüncü fıkrasında, uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususların, Yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükümlerine ek olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ceza arabuluculuğu hakkındaki R (99) 19 sayılı tavsiye kararında belirtilen ilkeler dikkate alınmak suretiyle, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Ceza Muhakemesi Kanununa

<sup>174</sup> Burton, Dukes s. 52.

<sup>175</sup> Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü s. 67.

<sup>176</sup> RG 17.12.2004, Sa. 25673 (<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>).

<sup>177</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (RG 12.10.2004, Sa. 25611, <http://rega.basbakanlik.gov.tr/>), uzlaştırmaya başvurulabilecek suçları düzenleyen 73. maddesinin sekizinci fıkrası, 5560 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un 45. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>178</sup> Kaymaz, Gökcan s. 65 vd.; Özbek-Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma s. 290 vd.; Mustafa Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırıcı Avukatlık* (Hukuk Merceği 7, Konferans ve Paneller, Ankara Barosu 2006, s. 534 vd.); Veli Özer Özbek, Koray Doğan, *Ceza Muhakemesi Kanunun'da 5560 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi* (CHD 2006/2, s. 227-252), s. 242-250; Zafer-Fail-Mağdur Uzlaşması s. 125 vd.

<sup>179</sup> RG 19.12.2006, Sa. 26381(<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>).



Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" (Uzlaştırma Yönetmeliği) Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>180</sup>. Tüm bu mevzuat hükümleri ışığında ceza arabuluculuğu, ceza adaleti sistemimizde hak ettiği yeri alacaktır.

**EK:**

**Giderime İlişkin Alternatif Taslağın İlgili Maddeleri<sup>181</sup>**

**§ 1. Uzlaştırma**

(I) Uzlaştırma, fail tarafından gönüllü bir hizmette bulunmak suretiyle zararın giderilmesinin amaçlanmasıdır. Uzlaştırma hukukî dengenin onarılmasına sağlar. Uzlaştırma, öncelikle mağdurun yararı için gerçekleştirilir; bunun mümkün olmaması veya tek başına yeterli olmaması hâlinde, toplum için (sembolik uzlaştırma) dikkate alınır.

(II) Gönüllü hizmet, yargısal veya yargı dışı tazmin işlemlerinde üstlendiği yükümlülüğü yerine getiren failin hizmetini ifade eder.

**§ 2. Uzlaştırma hizmetleri**

(I) Aşağıdaki uzlaştırma hizmetlerinin kullanılması mümkündür:

1. Mağdurun zararlarının tazmin edilmesi;
2. Mağdurun haklarına halef olan üçüncü kişinin, özellikle sigorta şirketlerinin zararlarının tazmin edilmesi;
3. Hayır amaçlı kuruluşlara bağış yapmak gibi diğer maddî hizmetler;
4. Mağdura hediye vermek veya mağurdan özür dilemek ya da mağdurla uzlaştırma toplantısına katılmak gibi manevî hizmetler sunmak;
5. Özellikle hayır amaçlı hizmetler olmak üzere sosyal çalışma yapılması. Bu farklı hizmetlerin birleşmesinden oluşan hizmetler yapılabilir.

(II) Mağdur veya fail, uzlaştırma hizmetleri yoluyla haksız veya makul olmayan bir sorumluluk altına sokulamaz.

**§ 3. Zararın kısmen tazmini**

(I) Fail, belirli davalardaki (özellikle taksirli suçları konu alan davalardaki) kişisel veya malî durumu nedeniyle, mağdurun uğramış olduğu zararı tamamen tazmin etme gücüne sahip değilse, yol açtığı zararın bir kısmını gidermesi uzlaştırma olarak kabul edilebilir.

(II) Böylece, kural olarak, §2, I/4 veya 5'e göre diğer hizmetleri yapma yükümlülüğü doğar.

<sup>180</sup> RG 26.07.2007, Sa. 26594 (<http://rega.basbakanlik.gov.tr/>).

<sup>181</sup> Rössner s. 228-233.

#### **§ 4. Ceza yerine uzlaştırma**

(I) Fail, mağdurun suçtan doğan zararını tazmin ederse (§1, §3), mahkeme, verilecek cezanın fail veya toplum için önemli bir etki taşımaması hâlinde, ceza vermekten imtina edebilir.

(II) Kural olarak, sadece failin, uzlaştırma olmadan bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûm edileceği davalarda ceza, I. fıkraya göre önemli etki taşır.

#### **§ 5. Cezanın hafifletilmesi**

(I) Ceza uzlaştırmaya rağmen (§4) önemli bir etki taşıyorsa, Alman Ceza Kanunu §49, I'e göre hafifletilir.

(II) Aynı hüküm failin, uzlaştırma hizmetlerini yerine getirmesi suretiyle, mağdurun zararını tam olarak değil fakat büyük ölçüde tazmin ettiği hâllerde, suçun hukukî neticeleri için uygulanır. Mahkeme buna ek olarak, ödenen tazminatın miktarına göre, takdir yetkisini kullanarak (Alman Ceza Kanunu §49, II) cezayı hafifletebilir.

#### **§ 13. Ön soruşturma sırasında uzlaştırma**

(I) Soruşturmada, kamu davası açılması için yeteri delil elde edilirse, savcı, bu süre içinde uzlaştırmanın tamamlanacağını tahmin edilmesi koşuluyla, kamu davası açılması kararını üç ay erteler. Fail, bu erteleme hakkında bilgilendirilir.

(II) Savcı, uygun bir tahkim kuruluşundan uzlaştırmaya çaba göstermesini isteyebilir. Fail ve mağdur bu konuda bilgilendirilir; fail ve mağdura, tahkim kuruluşu tarafından başlatılan işlemlere katılmaya mecbur olmadıkları bildirilir.

(III) Tahkim kuruluşuna gerekli bilgiler verilir; dosyalar gönderilir. Tahkim kuruluşunun önerisi üzerine, savcı, bir defaya mahsus olmak üzere, I. fıkranın 1. cümlesindeki süreyi üç ay daha uzatabilir. Tahkim kuruluşu, çalışmalarının sonucu hakkında savcıcı bilgilendirir.

I. fıkranın 1. cümlesi ve III. fıkranın 2. cümlesinde belirtilen sürede, (dava) zamanaşımı durur.

#### **§ 14. Kamu davası açılması hâlinde davanın uzlaştırmaya havale edilmesi**

(I) Fail, kamu davası açılmadan önce mağdurun zararını tazmin ederse ve savcı, §11, I'e göre kovuşturamama kararı vermezse, gerçekleştirilen uzlaştırma hizmetleri ve bunların §4-§5'e göre yasal sonuçlar açısından önemi, iddianamede belirtilir.

(II) Savcı, §4-§5'in yasal sonuçlarıyla uzlaştırmaya başvurulmasını sağlayacağı düşünürse, iddianamede yasal tazmin işlemlerini (§16-§18 ) önerir.

### **§ 15. İddianamenin tebliğinde tazmin işlemlerine başvurulması**

(I) Savcı, yasal tazmin işlemlerini (§14, II ) önermişse veya dava başka şekilde tazminata uygun görünüyorsa, fail, iddianamenin tebliği yoluyla bilgilendirilir ve fail tanıkların bildirilmesi süresi içinde (Alma Ceza Usûl Kanunu §201, I ) yasal tazmin işlemleri için talepte bulunabilir.

(II) I. fıkrada sözü edilen hâllerde, mağdur da tazmin işlemleri hakkında bilgilendirilir. Bu sırada mağdur, iddianamede faile isnat edilen suç hakkında bilgilendirilir; iddianame, mağduru ilgilendirdiği ölçüde mağdura açıklanabilir. 11. maddenin I. fıkrasının 2. cümlesi uygun olduğu ölçüde uygulanır.

### **§ 16. Tazmin işlemleri**

(I) Asıl duruşmanın başlatılması için koşullar oluşmuşsa ve uzlaştırma sonunda §4 ve §5'in yasal sonuçlarının ortaya çıkacağı tahmin ediliyorsa, mahkeme, failin uzlaştırma hizmetlerini yerine getirmesine imkân vermek için, duruşmanın başlatılması hakkında bir karar vererek oturumu üç ay erteler. Fail ve mağdur, bu erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Üç aylık süre bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Bu fıkranın 1. cümlesi, 1. cümleye göre uzlaştırma olasılığının bulunmadığı açıkça belli olmadığı takdirde, fail ve mağdur tarafından talepte bulunulması hâlinde de uygulanır.

(II) Mahkeme uzlaştırmayı desteklemek için:

1. Uzman bir tahkim kuruluşunun uzlaştırmaya yardımcı olmasını isteyebilir; §13, II; III'ün 1 ve 3. cümleleri uygun olduğu ölçüde uygulanır; veya

2. Bir tazmin sürecini yönetebilir. 1. cümle, failin ve mağduru bunu talep etmesi hâlinde uygulanır. Daha sonra, 1 ve 2 numaraların 1. cümlesine göre yargılama usûlleri uygulanabilir.

(III) I. fıkraya göre verilen süreler esnasında zamanaşımı durmaz.

### **§ 17. Yargısal tazmin duruşması**

(I) Duruşmada, yargısal tazmin muhakemesinin amacı, tarafları uzlaştırmak veya asıl duruşmanın sonunda yerine getirilmesi gereken bir uzlaşma anlaşmasının yapılmasını sağlamaktır (§16, I).

(II) Dava, birkaç hâkimden oluşan (toplu) bir mahkemede görülmekteyse, davanın, çok karmaşık olması gibi özel bir nedenle mahkeme heyeti önünde görülmesi gerekmediği sürece, tazmin duruşması bu hâkimlerden biri tarafından yönetilir.

(III) Fail ve mümkünse mağdur, duruşmada hazır bulunmak üzere davet edilirler; tarafların mahkemece izin verilmeden duruşmaya katılmaması hâlinde, zorla getirilmelerine veya idarî para cezasına çarptırılmalarına karar verilemez. Savcı mahkemede hazır bulunmak zorundadır.

### **§ 18. Yargısal Tazminat Duruşmasında Muhakeme**

(I) Yargısal tazminat duruşmasında, mağdur, fail ve savcı dinlenir. Hâkim, uygun bazı önerilerde bulunarak uzlaşmayı teşvik eder.

(II) Hâkim, olayları açığa çıkarmak için delilleri inceler. Hâkim, takdir hakkına dayanarak, gerekli tahkikatın çeşidi ve kapsamı hakkında karar verir.

(III) Uzlaştırma hizmetleri derhal yerine getirilemezse, fail, §16, I'deki sürenin sonuna kadar bu hizmetleri yerine getirmeyi taahhüt edebilir. Hizmetlerin büyük kısmı uygun bir sürede yerine getirilirse, üç aylık süre uzatılabilir.

(IV) Fail, uzlaştırma hizmetlerini yerine getirmeyi taahhüt ederse, bu yükümlülük tutanağa geçirilir; Alman Ceza Usûl Kanunu'nun §168a, II ve IV buna göre uygulanır.

(V) Yargısal tazminat duruşması sonunda uzlaştırma hizmetleri yerine getirilmez veya bir uzlaşmaya varılamazsa ve davanın bir tahkim kuruluşuna gönderilmesinin uzlaşmayı sağlaması mümkün görülmezse, tazmin işlemlerinin başarısızlıkla sonuçlandığı tutanağa kaydedilir ve asıl duruşma başlatılır.

### **§ 19. Mahkeme kararıyla ceza vermektен vazgeçilmesi**

(I) §4'e göre ceza vermektен imtina etme koşulları oluşmuşsa ve mahkeme §11, II'ye göre karar vermezse, vereceği bir kararla faili suçlu bulur ve failin suçlu olduğuna kanaat getirmesi ve failin bu usulü kabul etmesi durumunda faille ceza vermektен imtina eder. Alman Ceza Usûl Kanunu'nun 267. maddesi, uygun olduğu ölçüde uygulanır. Mahkemenin kararına karşı derhal üst mahkemeye itiraz edilebilir.

(II) Yargısal tazminat duruşmasının mahkeme heyetinden bir hâkim tarafından yönetilmesi hâlinde, hâkim, failin ve savcının rızasıyla I. fıkraya göre karar verebilir.