

## PAPER DETAILS

TITLE: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Ceza Uyusmazliklarinda Arabuluculuk" Konulu  
Tavsiye Karari

AUTHORS: Mehmet ÖZBEK

PAGES: 127-166

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754286>

**AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN  
“CEZA UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK”  
KONULU TAVSİYE KARARI**

**Dr. Mustafa ÖZBEK\***

**GİRİŞ**

Anglo-Amerikan hukukunda ortaya çıkan alternatif uyuşmazlık çözüm (*Alternative Dispute Resolution*, ADR) hareketinin bir parçası olarak gelişen mağdur-fail arabuluculuğu, Kıta Avrupasında da hızla ayılmaktadır. Bu gelişmeler doğrultusunda, Avrupa Konseyi bünyesinde, ceza muhakemesi hukukunda arabuluculuk (uzlaştırma) hakkında önemli çalışmalar yapılmıştır. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan çeşitli belgelerde ve Bakanlar Komitesinin muhtelif tavsiye kararlarında, ceza muhakemesi hukukunda arabuluculuğun ve benzeri programların geliştirilmesi gerektiği açıkça vurgulanmaktadır.

- 1) Avrupa Konseyinin belgeleri içinde öncelikle dikkat çeken, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesidir<sup>1</sup> (*European Convention on the Exercise of Children's Rights*). Bu sözleşmenin 13. maddesi, sözleşmeye taraf olan devletlerin, arabuluculuğun kurumsallaşmasını ve kullanılmasını teşvik etmelerini gerekli kılmaktadır.
- 2) Bakanlar Komitesinin tavsiye kararları incelendiğinde, konuya öncelikle mağdurun hakları açısından yaklaşıldığı dikkat çekmektedir. Bakanlar Komitesinin R (85) 11 sayılı, “ceza hukukunda mağdurun durumu” başlıklı kararına göre, mağdurun menfaatlerinin korunması

---

\* Avukat (Ankara Barosu)

<sup>1</sup> Bu Sözleşme için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm>; Ankara Barosu, *Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi*, Ankara 2001.

ve ihtiyaçlarının karşılanması ceza adaletinin temel işlevlerinden biri olmalıdır<sup>2</sup>. Ceza adaleti, fiziksel, psikolojik, maddî ve sosyal yönlerden zarar gören mağdurla daha çok ilgilenmeli ve mağdurun ihtiyaçlarını karşılamak için hangi adımların atılması gerektiğini dikkate almalıdır. Bu amaçla alınacak tedbirler, toplumsal kuralların kuvvetlendirilmesi ve faillerin ıslahı gibi, ceza hukukunun diğer amaçlarıyla çelişmeden; tam tersine, bu amaçlara ulaşılmasına yardımcı olacak ve mağdur ile fail arasında sonuçta yeniden bir uzlaşma tesis edecek şekilde hayata geçirilmelidir<sup>3</sup>. Bakanlar Komitesine göre, ceza muhakemesi hukukunun tüm aşamalarında mağdurun ihtiyaçları daha büyük ölçüde göz önüne alınmalıdır. Bu amaçla, üye ülkelerin mevzuatında ve uygulamalarında yapılması gereken düzenlemeler içinde, “arabuluculuk ve uzlaştırma programlarının muhtemel faydalarının incelenmesi”<sup>4</sup> önemli bir yer tutmaktadır.

- 3) Bakanlar Komitesinin R (87) 18 sayılı, “ceza adaletinin sadeleştirilmesi” başlıklı kararına göre, mahkemelere havale edilen ceza davalarının sayısındaki artış dikkate alındığında, küçük cürümlerle sık işlenen cürümlerde, ceza soruşturmasına mümkün olduğu kadar alternatif olabilecek ve yetkili mercilerce uygulanacak yargı dışı çözüm yolları kullanılmalıdır<sup>5</sup>.
- 4) Bakanlar Komitesinin, çocuk suçlarına karşı toplumsal tepkiler hakkındaki R (87) 20 sayılı kararında hükümetler, kovuşturmadan

<sup>2</sup> Ceza adaleti sisteminde mağdurların sahip olduğu haklar, mağdurlara nasıl davranılması gerektiği, mağdurların talep ve beklentileri konusunda geniş bilgi için bkz. Helen **Fenwick**, *Procedural 'Rights' of Victims of Crime: Public or Private Ordering of the Criminal Justice Process ?* (The Modern Law Review 1997, Vol. 60, s. 317-333).

<sup>3</sup> Recommendation No. R (85) 11 of the Committee of Ministers to Member States on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure (European Committee on Legal Co-operation, 23<sup>rd</sup> Conference of European Ministers of Justice, *Cost-Effective Measures Taken By States To Increase The Efficiency of Justice*, London 2000, s. 95).

<sup>4</sup> European Committee on Legal Co-operation s. 96.

<sup>5</sup> Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member States Concerning the Simplification of Criminal Justice (European Committee on Legal Co-operation s. 99). Bu tavsiye kararında, ceza hukukunda yargı dışı çözüm yollarıyla ilgili ilkeler belirtilmiştir. Bu ilkeler için bkz. Mustafa **Özbek**, *Dünya Çapındaki Adalet Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (AÜHFD 2002/2, s. 121-162), s. 151.

ayrılma (*diversion*) ve arabuluculuk usullerinin gelişmesini teşvik etmek amacıyla, mevzuatlarını ve uygulamalarını gözden geçirmeye davet edilmektedirler.

- 5) Bakanlar Komitesinin, mağdurlara yardım ve mağdurluğun önlenmesi hakkındaki R (87) 21 sayılı kararında, üye devletlere gerek ulusal, gerek yerel düzeyde, failler ve mağdurlar arasında arabuluculuk uygulamasını teşvik etmeleri önerilmektedir.
- 6) Bakanlar Komitesinin, toplumsal müeyyidelere ve tedbirlere ilişkin Avrupa kuralları hakkındaki R (92) 16 sayılı kararında, hürriyeti bağlayıcı cezalara alternatif tedbirler yoluyla (örneğin arabuluculuk), faillerin toplum içinde yaşamasını sağlayacak tedbirlerden söz edilmiştir.
- 7) Bakanlar Komitesinin, hüküm vermede tutarlılıkla ilgili R (92) 17 sayılı kararında, üye devletlerde mahkûmiyet hükümlerindeki mantığın, özellikle, arabuluculuk gibi kovuşturmadan ayrılma tedbirlerini kullanarak hapis cezasının azaltılmasına yönelik çağdaş ve hümanist ceza politikalarıyla uyumlu olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kararda ayrıca, mağdurun zararlarının tazmin edilmesini sağlamanın önemi de dikkate alınmıştır.
- 8) Bakanlar Komitesinin R (95) 12 sayılı, “ceza adaletinin yönetimi” başlıklı kararında, adil ve etkili bir ceza adaletinin, hukuk kurallarına dayanan demokratik bir toplum için öncelikli bir gereklilik olduğu belirtilmiştir. Bunun yanında, son yıllarda Avrupa çapında ceza adaleti sistemlerinin, dava sayısında ve davaların karmaşıklığında bir artışla, istenmeyen gecikmelerle, bütçe sınırlamalarıyla ve adalet kurumlarından artan bir toplumsal beklentiyle karşılaştığı açıklanmıştır. Tavsiye kararında dekriminalizasyon<sup>6</sup> (*decriminalisation*), depenalizasyon (*depenalisation*) veya kovuşturmadan ayrılma

<sup>6</sup> Dekriminalizasyon, bazı fiil ve hareketlerin suç olmaktan çıkarılmasıdır. Bunda amaç, bu fiillerin onaylanmakta olması değildir; fakat, cezalandırmamanın toplumsal bakımdan daha yararlı hâle gelmiş bulunmasıdır. Depenalizasyon, ceza sistemi içinde suçun cezalarını azaltmak veya fiili, medenî ya da idarî müeyyidelere tâbi kılmak yahut hakem yetkisine almak amacını taşır. Saptırma sürecinde ise, suçun kovuşturmasındaki çeşitli aşamalarda mevcut olan takdir hakkı kullanılarak, fiil, ceza adaleti sisteminin resmî işleyişinin dışına çıkarılır. Örneğin, polisin fiili adliyeye intikal ettirmemesi veya savcının faille müzakere yaparak işi mahkemeye götürmemesi saptırmadır (Sulhi **Dönmezer**, Sahir **Erman**, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. I, İstanbul 1994, s. 35).

(saptırma, *diversion*), arabuluculuk ve ceza muhakemesinin basitleştirilmesi gibi ceza politikalarının bu güçlüklerin aşılmasına katkıda bulunabileceği tekrar vurgulanmıştır<sup>7</sup>.

## **§ 1. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN CEZA UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK HAKKINDAKİ R (99) 19 SAYILI TAVSİYE KARARI**

### **A. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN R (99) 19 SAYILI TAVSİYE KARARI**

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, ceza hukukunda arabuluculukla ilgili asıl açıklamaları, “Suçla İlgili Sorunlar Hakkında Avrupa Komitesi”nin (*European Committee on Crime Problems*) verdiği yetkiye dayanarak kurulan “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkında Uzmanlar Komitesi” tarafından (*Committee of Experts on Mediation in Penal Matters*) hazırlanan ve Bakanlar Komitesince 15 Eylül 1999 tarihinde kabul edilen R (99) 19 sayılı tavsiye kararında bulunmaktadır. Bu tavsiye kararı şu şekildedir<sup>8</sup>:

“Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi yasasının 15.b maddesi uyarınca,

Üye ülkelerde ceza meselelerinde esnek, kapsamlı, sorun çözücü, katılım seçeneğinin geleneksel ceza muhakemesini tamamlayıcı ya da ceza muhakemesine alternatif olduğu arabuluculuğun kullanımındaki gelişmelere dikkat çekerek,

Mağdur ve failin ve ceza muhakemesine katılan topluluklar kadar ceza muhakemesinden taraf olarak etkilenebilecek olan diğer kişilerin, ceza soruşturmasına aktif kişisel katılımının artırılmasının gerektiğini göz önüne alarak,

Mağdurların, mağduriyetlerinin sonuçlarına değinmeleri, faille iletişim kurmaları ve kendilerinden özür dilenmesi ve kendilerine tazminat

<sup>7</sup> Recommendation No. R (95) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Management of Criminal Justice (European Committee on Legal Co-operation s. 121).

<sup>8</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. 3-4.

ödenmesiyle ilgili olarak daha çok söz hakkına sahip oldukları konusundaki meşru menfaatlerini kabul ederek,

Faillerin sorumluluk duygularının teşvik edilmesinin ve onlara, topluma yeniden uyum sağlayıp ıslah olabilecekleri şekilde, hatalarını düzeltmeleri için pratik fırsatlar sunmanın önemini dikkate alarak,

Arabuluculuğun, suçun önlenmesinde, işlenmesinde ve suçun ortaya çıkardığı uyuşmazlığın çözülmesinde, bireyin ve toplumun önemli olan işlevinin değerini artırabileceğini, böylece daha yapıcı ve daha az baskıcı ceza adaleti sonuçlarını teşvik edeceğini kabul ederek,

Arabuluculuğun özel hüneler gerektirdiğini ve uygulama kanunlarını ve güvenilir bir eğitimi zorunlu kıldığını kabul ederek,

Ceza meselelerinde arabuluculuk hakkında sivil toplum örgütleri ve mahallî topluluklarca yapılması mümkün olan önemli katkıyı ve kamusal ve özel kuruluşların çabalarının birleştirilmesi ve düzenlenmesinin gerektiğini göz önüne alarak,

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin gereklerine saygı duyarak,

Üye ülkelerin hükümetlerine, ceza meselelerinde arabuluculuğun geliştirilmesinde, bu tavsiye kararının ekinde açıklanan ilkeleri dikkate alması ve bu metne mümkün olan en kapsamlı uygulamayı kazandırması tavsiye olunur”.

## **B. AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN TAVSİYE KARARININ EKİNDE ÖNGÖRÜLEN İLKELER**

Bakanlar Komitesinin bu tavsiye kararının ekinde yer alan ilkeler şu şekildedir<sup>9</sup>:

### ***I. TANIM***

Bu rehber, mağdur ve failin, tarafsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) yardımıyla, suçtan hasıl olan sorunların çözülmesine aktif olarak katılmaya özgür iradeleriyle rıza göstermeleri hâlinde, onların katıldığı sürece uygulanır.

---

<sup>9</sup> Council of Europe s. 5.

## **II. GENEL İLKELER**

1. Ceza meselelerinde arabuluculuk, yalnızca tarafların özgür iradeleriyle rıza göstermeleri hâlinde gerçekleştirilir. Taraflar, arabuluculuk esnasında her zaman bu rızalarını geri alabilmelidirler.

2. Arabuluculukta yapılan görüşmeler gizlidir ve tarafların anlaşması dışında sonradan kullanılamaz.

3. Ceza meselelerinde arabuluculuk, genel olarak erişilebilen bir hizmet olmalıdır.

4. Ceza meselelerinde arabuluculuğa, ceza muhakemesi sürecinin her aşamasında başvurulabilmelidir.

5. Ceza adaleti sisteminde arabuluculuk hizmetine yeterli özerklik tanınmalıdır.

## **III. YASAL TEMEL**

6. Yasal düzenlemeler, ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuğu kolaylaştırmalıdır.

7. Ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuğun kullanılmasını açıklayan rehberler olmalıdır. Bu gibi rehberler öncelikle, davanın arabuluculuğa havale edilmesinin koşullarını ve arabuluculuğu müteakiben davanın yürütülmesini açıklamalıdır.

8. Temel usulî teminatlar arabuluculukta uygulanmalıdır; özellikle, taraflar yasal yardım alma ve gerekli olduğu takdirde çeviri/açıklama hakkına sahip olmalıdırlar. Buna ek olarak küçükler, velilerinin yardımı alma hakkına sahip olmalıdırlar.

## **IV. ARABULUCULUKLA İLGİLİ OLARAK CEZA ADALETİNİN UYGULANMASI**

9. Bir ceza davasının arabuluculuğa havale edilmesine karar verme, bir arabuluculuk sürecinin sonucunu değerlendirmede olduğu gibi, ceza adaletindeki yetkili mercilerin yetkisi dahilinde olmalıdır.

10. Arabuluculuğa başvurma konusunda anlaşmadan önce taraflar, hakları, arabuluculuk usulünün yapısı ve kararlarının muhtemel sonuçları hakkında tam olarak bilgilendirilmelidirler.

11. Ne mağdur ne de fail, arabuluculuğu kabul etmeleri için hukuka aykırı yollarla ikna edilmelidir.

12. Yargılama sürecine katılan küçüklerle ilgili özel düzenlemeler ve yasal tedbirler, onların ceza muhakemesinde arabuluculuğa katılmalarında da uygulanmalıdır.

13. Arabuluculuğa katılan taraflardan herhangi birisi, süreci anlamaya muktedir değilse arabuluculuk sürdürülmemelidir.

14. Davanın esasını oluşturan maddî vakıalar, arabuluculuğa bir temel teşkil etmek için normalde her iki tarafça ikrar edilmelidir. Arabuluculuğa katılım, daha sonraki yargı sürecinde suçun ikrarı şeklinde delil olarak kullanılmamalıdır.

15. Bir dava arabuluculuğa havale edilmeden önce, tarafların yaşı, ayırtım gücü ve zihnî kapasitesi gibi etkenler konusundaki açık farklılıklar dikkate alınmalıdır.

16. Bir davanın arabuluculuğa havale edilmesine ilişkin karara, yetkili ceza adaleti mercilerini arabuluculuğun durumu hakkında bilgilendirmeye yetecek makul bir süre de eklenmelidir.

17. Arabuluculuk anlaşmasına dayanan yükümlülükler, yargısal kararlar ya da hükümlerle aynı etkiye sahip olmalı ve aynı vakıalar hakkında soruşturma açılmasını önlemelidir (ne bis in idem).

18. Taraflar arasında bir anlaşma olmadan veya böyle bir anlaşmanın yerine getirilmemesinden sonra dava ceza adaleti mercilerine geri gönderilirse, dava hakkında gecikmeksizin karar verilmelidir.

## ***V. ARABULUCULUK HİZMETLERİNİN UYGULANMASI***

### **V.1. Standartlar**

19. Arabuluculuk hizmetleri, önceden belirlenmiş kurallara göre yürütülmelidir.

20. Arabuluculuk hizmetleri, görevlerini yerine getirmeye yetecek ölçüde özerkliğe sahip olmalıdır. Arabulucuların seçilmesi, eğitilmesi ve değerlendirilmesi usulleri kadar, arabuluculuk yapabilmek için gerekli olan ehliyet standartları ve etik kuralları da oluşturulmalıdır.

21. Arabuluculuk hizmetleri yetkili bir kuruluş tarafından izlenmelidir.

## V.2. Arabulucuların Nitelikleri ve Eğitimleri

**22.** Arabulucular, toplumun bütün kesimlerinden toplanmalı, mahallî kültüre ve toplumsal değerlere genel olarak hâkim olmalıdırlar.

**23.** Arabulucular, karar verme yeteneğine ve arabuluculuk için gerekli olan beşerî hünerlere sahip olmalıdırlar.

**24.** Arabulucular, uygulama eğitimi kadar, arabuluculuk sorumluluğunu üstlenmeden önce başlangıç eğitimi almalıdırlar. Arabulucuların eğitimi, yüksek seviyede bir yeterlilik sağlamayı amaçlamalı, uyuşmazlık çözüm hünerlerini, mağdurlarla ve faillerle birlikte çalışmanın gerektirdiği özellikleri ve ceza adaleti sisteminin temel bilgilerini kapsamalıdır<sup>10</sup>.

## V.3. Bireysel Durumların Ele Alınması

**25.** Arabulucu, arabuluculuk başlamadan önce, dava ile ilgili bütün vakıalar hakkında bilgilendirilmeli ve yetkili ceza adaleti mercilerince arabulucuya gerekli belgeler verilmelidir.

**26.** Arabuluculuk tarafsız bir biçimde icra edilmeli, davadaki vakıalar ile tarafların ihtiyaçlarını ve isteklerini esas almalıdır. Arabulucu tarafların onurlarına her zaman saygılı olmalı ve tarafların birbirlerine karşı saygılı davranmalarını sağlamalıdır.

**27.** Arabulucu, arabuluculuk için güvenli ve rahat bir ortam sağlamaktan sorumlu olmalıdır. Arabulucu, tarafların incinme ve zarar görme olasılığına karşı hassas olmalıdır.

**28.** Arabuluculuk etkili; fakat, taraflarca izlenebilecek ölçüde ağır ve düzenli bir şekilde sürdürülmelidir.

**29.** Arabuluculuk gizlilik içinde yürütülmelidir.

**30.** Gizlilik ilkesinin varlığına rağmen arabulucu, arabuluculuğun işleyişi esnasında, yakın bir zamanda işleme ihtimali olan ağır bir suç hakkında edindiği herhangi bir bilgiyi, yetkili mercilere ya da ilgili kişilere iletmemelidir.

## V.4. Arabuluculuğun Sonucu

**31.** Anlaşmalar, taraflarca gönüllü olarak yapılmalıdır. Anlaşmalar, sadece makul ve orantılı yükümlülükler içermelidir.

---

<sup>10</sup> Council of Europe s. 6.

32. Arabulucu, katedilen aşamalar ve arabuluculuğun sonucu hakkında ceza adaleti mercilerine rapor vermelidir. Arabulucunun raporu, arabuluculuk oturumlarının içeriğini açıklamamalı ve arabuluculuk sırasında tarafların davranışları hakkında bir açıklama ya da hüküm içermemelidir.

## **VI. ARABULUCULUĞUN GELİŞİMİNİN SÜRDÜRÜLMESİ**

33. Ceza adaleti mercileriyle arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlar arasında, ortak anlayış ve iş birliğini geliştirmek amacıyla düzenli istişare yapılmalıdır.

34. Üye ülkeler, ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkındaki araştırma ve değerlendirmeleri geliştirmelidirler<sup>11</sup>.

## **§ 2. TAVSİYE KARARININ İNCELENMESİ**

### **A. BAKANLAR KOMİTESİNE GÖRE CEZA UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUĞUN ALT YAPISI**

Yirminci yüzyılın sonlarına doğru, yasal uyuşmazlık çözümünün geleneksel yaklaşımına rakip olmak üzere yeni bir uyuşmazlık çözüm türü ortaya çıkmıştır. Anlaşmaya dayalı uyuşmazlık çözüm usulleri, tarafları karşı karşıya getiren mücadelecî uyuşmazlık çözüm usullerine bir alternatif olarak geliştirilmiştir. Bu gelişme belirli bir yargı yolunda veya belirli bir hukuk dalında değil; fakat, bütün hukuk alanlarında görülmüş ve hukuk sistemlerinin çoğunda ilerleme kaydetmiştir.

Anlaşmaya dayalı uyuşmazlık çözüm usullerinin tümü yeni değildir. Aslında, anlaşmaya dayalı politikalar uzak bir gelecek için üretilmiş teorik bir bakış açısı olmayıp, sahip olduğu güçlü cazibesiyle devletleri etkileyen, kuvvetli ve yaygın bir kullanım alanına sahip olan ve ceza hukuku sistemlerinde bile uygulanma imkânı bulan bir anlayıştır<sup>12</sup>. Bu hareket, toplumsal adalet (*community justice*), onarıcı adalet (*restorative justice*), gayri

<sup>11</sup> Council of Europe s. 7.

<sup>12</sup> Ceza hukuku sistemlerinde arabuluculuk ve tahkim gibi ADR usullerinin kullanım imkânları hakkında geniş bilgi için bkz. Paul R. Rice, *Mediation and Arbitration as a Civil Alternative to the Criminal Justice System-An Overview and Legal Analysis* (The American University Law Review 1979, Vol. 29, s. 17-81).

resmî adalet (*informal justice*) gibi çeşitli adlarla anılsa da, uygulamada büyük bir çoğunlukla yasal yargılama sürecinden ayrı bir usul olarak “arabuluculuk” (*mediation*) adıyla ifade edilmektedir.

Günümüzde arabuluculuk hareketi, farklı ideolojik kaynaklardan ve düşünce akımlarından destek almakta, ceza hukukunun dışındaki alanlarda olduğu kadar ceza hukukunda da teşvik edilmektedir<sup>13</sup>.

Ceza hukukunda çeşitli müzakere unsurları her zaman mevcut olmuştur. Bu gibi pragmatik yaklaşımlar, örgütlenmiş arabuluculuk programlarına, çok taraflı ve topluluk kökenli olan, geleneksel ceza yargılamasından daha kapsamlı ve daha geniş ölçüde sosyal içeriğe sahip bulunan uyuşmazlık çözüm usullerine karşı çıkmışlardır. Ancak, arabuluculuk hareketinin kuvveti, aldığı destekle birlikte bu ideolojik ve felsefi sınırları aşacağını göstermektedir. Arabuluculuk fikri, uzun zaman önce kullanılmış olan uyuşmazlık çözüm usullerini yeniden düzenleyerek canlandırmayı, mağdurların durumlarını kuvvetlendirmeyi, cezalandırmaya alternatif arayışları ve ceza yargılaması sisteminin yol açtığı masraflar ile karşı karşıya olduğu aşırı iş yükünü azaltmayı veya bu sistemi daha etkili ve verimli kılmayı amaçlayan çeşitli düşünceleri bünyesinde toplamaktadır<sup>14</sup>.

## B. MAĞDUR-FAİL ARABULUCULUĞU MODELLERİ

Ceza hukukunda arabuluculuk pek çok farklı şekilde ve usulde uygulanabilir. Bu usuller birbirleriyle birleşebilir ve çok değişik çeşitlere bürünebilir.

1) “Gayri resmî arabuluculuk” (*informal mediation*) olarak adlandırılan bazı usuller, ceza adaleti sisteminin işleyişinde görev alan personel tarafından, bu personelin olağan çalışma faaliyetleri esnasında yürütülür. Bu görevlilerden biri, tatmin edici bir anlaşmaya ulaşılması hâlinde, soruşturmaya son verilmesi amacıyla tarafları gayri resmî bir çözüm sürecine katılmaya davet eden bir savcı olabilir. Diğer bir görevli, mağdurla temas kurulmasının fail üzerinde büyük bir etki yapacağını düşünen ve hükümlüyle ilgilenmekle görevli olan bir sosyal hizmet uzmanı ya da kontrol memuru olabilir. Diğer

<sup>13</sup> Mark W. Bakker, *Repairing the Breach and Reconciling the Discordant: Mediation in the Criminal Justice System* (North Carolina Law Review 1994, Vol. 72, s. 1479-1526), s. 1483.

<sup>14</sup> Council of Europe s. 8.

tarafından, cezaî bir görev üstlenmeden uyuşmazlığı giderebilecek olan bir mahallî uyuşmazlık çözüm görevlisi olarak adlandırılabilen polis memuru da bu personele dahil olabilir. Nihayet, bir hâkim de yargı dışı uyuşmazlık çözümünü (*out-of-court settlement*) tercih ederek davayı arabuluculuğa yönlendirebilir. Bu çeşit gayri resmî müdahaleler, uygulanma koşulları ülkelerin ulusal mevzuatlarına bağlı olarak değişse de, bütün hukuk sistemlerinde görülmektedir. Ayrıca, bu tür müdahaleler bazı hukuk sistemlerinde düzenli olarak değil, kontrolsüz bir şekilde uygulanmaktadır. Yargı dışı uyuşmazlık çözümü, hukukçuların hünerlerine ve bu konuya olan ilgilerine de bağlı olduğu için uygulamada özel bir yer işgal etmektedir. Mahkeme yönetimli ADR usulleri, yargılama sisteminin işleyişindeki aksaklıkları gidermeye yardımcı olmak için kullanılmaktadır. Ancak, ceza hukukunda uygulanan arabuluculuk bu usullerden daha geniş kapsamlıdır.

2) “Geleneksel köy veya kabile müzakereleri” (*traditional village or tribal moots*), bütün topluluğun, kendi üyeleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek, işlenmiş suçlar hakkında görüşmek amacıyla bir araya geldiği, uzun süreden beri devam etmekte olan geleneksel toplantılardır. Bu usuller, az gelişmiş ülkelerde ve kırsal kesimde hâlâ uygulanmaktadır. Geleneksel müzakereler, çok kuvvetli bir bütünlüğe ve dayanışmaya sahip olan toplumlarda uygulanabilen, modern toplumlar için elverişli olmayan usullerdir. Tamamen toplumsal menfaatleri korumayı hedefleyen bu usuller, Batı hukuk sistemlerinden daha eski olup, pek çok arabuluculuk programına ilham kaynağı olmuştur. Zamanla, geleneksel müzakerelerin faydaları, çağdaş toplumsal düzene uyumlu olacak şekilde benimsenmiş ve bireysel bir hak olarak hukuken tanınmıştır.

3) Ceza hukukunda arabuluculuktan söz edildiğinde, ilk akla gelen “mağdur-fail arabuluculuk usulü”dür (*victim-offender mediation*). Bu usul, mevcut tarafların (taraflarda birden çok mağdur veya fail bulunabilir), özel olarak atanan bir arabulucu (bu arabulucu gönüllü veya ücretli çalışabilir) huzurunda toplanmalarını öngörür. Arabuluculuk, her iki tarafın da katılımıyla gerçekleştirilebileceği gibi (doğrudan arabuluculuk), mağdurun faille karşılaşmak istememesi hâlinde, tarafların her biriyle yapılan ayrı toplantılarla da gerçekleştirilebilir (dolaylı arabuluculuk). Bu usulün bir çok çeşidi bulunmaktadır.

Arabuluculuk programlarının çoğunda arabulucular, genellikle arabuluculuğun yürütülmesi konusunda özel olarak eğitilmiş sosyal hizmet uzmanları

veya kontrol memurlarından oluşur. Bununla beraber, arabulucuların polis memurları veya mahkeme ve savcılık bürosu personeli arasından seçilmesi de mümkündür. Bazı programlarda, yargısal görevi olmayan bağımsız arabulucular (uzmanlar ya da gönüllüler) kullanılmaktadır.

Mağdur-fail arabuluculuğu, polis, gençlik örgütleri, savcı veya bağımsız bir topluluk kökenli kuruluş gibi, bu konuda özel olarak görevli olan bir kurum veya mercii tarafından da yürütülebilir. Bağımsız programlarda arabuluculuk, mağdurları destekleyen kuruluşlar, faillere yönelik topluluk kökenli faaliyet gösteren programlar veya arabuluculuk hizmeti sunmak için özel olarak kurulmuş olan kurumlarca yönetilmektedir. Bazı uyuşmazlıklarda arabuluculuk programı, kurumlar arası bir yönetim kurulu vasıtasıyla, çeşitli kurumların birleşmesiyle oluşan karma bir kuruluş tarafından yürütülmektedir<sup>15</sup>.

Ceza hukukunda arabuluculuk, davanın herhangi bir aşamasında uygulanabilir. Örneğin arabuluculuk, ceza soruşturması durdurularak başlatılabilir, bir polis tedbiriyile birlikte yürütülebilir, ceza soruşturmasıyla aynı anda yürütülebilir, hükmün bir parçasını oluşturabilir veya hükümden sonra gerçekleştirilebilir. Bu noktada en önemli farklılık, ceza soruşturmasının durdurulmasının, tarafların kabul edilebilir bir çözüme ulaşmasına bağlı tutulması hâlinde, arabuluculuğun mahkeme kararını etkileyip etkilemeyeceği veya taraflar arasında yapılan anlaşmanın tavsiye edici bir karar olarak mı mahkemeye sunulacağı konusunda karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuğun mahkeme kararları üzerinde etkili kılınması durumunda, yargısal yönden denetlenmesi de daha büyük bir gereklilik olacaktır.

Bazı arabuluculuk programları sadece küçük suçlular veya reşitlerle uğraşırken, diğer bazı programlar bütün failleri kapsamaktadır<sup>16</sup>. Az sayıdaki bazı programlar ise, dükkanlardan yapılan hırsızlıklar, yağma veya kişi hürriyetine karşı cebir kullanılmasıyla oluşan suçlar gibi tek tip suçlar üzerinde çalışmaktadır. Bunların yanında, asıl amacı küçük suçlularla veya ilk kez suç işleyen faillele ilgilenmek olan programlar olduğu gibi, daha ağır

<sup>15</sup> Council of Europe s. 9.

<sup>16</sup> Sheila D. **Porter**, *Mediation Meets the Criminal Justice System* (The Colorado Lawyer, 1994/ November, s. 2521-2524), s. 2522.

suçları veya tekrar suç işleyen failleri hedefleyen programlar da bulunmaktadır<sup>17</sup>.

4) “Tazminata yönelik müzakere programları” (*reparation negotiation programmes*) sadece, fail tarafından mağdura ödenecek olan tazminatın belirlenmesi için uğraşır. Mağdura bir tazminat ödenmesi, mahkemenin tazminat konusunu hükme bağlayan kararıyla, failin bu yönde teşvik edilmesi yoluyla gerçekleştirilir. Bu müzakere programlarında, taraflar arasında ortak bir arabuluculuk toplantısı düzenlenebileceği gibi, tarafların her biriyle ayrı ve nispeten daha basit ve kısa müzakerelerde bulunulmasıyla da yetinebilir. Tazminata yönelik müzakere programları taraflar arasında uzlaşmanın sağlanmasına yönelik olmayıp, sadece maddi tazminatın belirlenmesine ilişkindir<sup>18</sup>. Bazı programlar, failin tazminat olarak ödeyeceği parayı kazanabilmesi için bir çalışma programı içermektedir.

5) “Topluluk kurulları veya mahkemeleri” (*community panels or courts*) olarak bilinen programlar, bir ceza davasının savcılık soruşturmasından veya mahkemeden alınarak, daha esnek, gayri resmî ve genellikle arabuluculuk veya müzakere usulünün bazı unsurlarını içeren topluluk usullerine havale edilmesini öngörür. Yerel merciler, arabuluculuk konusunda kendi kurallarını oluşturabilirler<sup>19</sup>.

6) Avustralya ve Yeni Zelanda’da geliştirilen “aile ve topluluk grup toplantıları” (*family and community group conferences*), ceza hukukunda topluluk katılımının diğer bir örneğini oluşturmaktadır. Bu ADR türü öncelikle Yeni Zelanda’da ortaya çıkmış ve daha sonra bazı değişikliklerle küçük suçlular hakkında Avustralya’da kullanılmaya başlanmıştır. Tarafsız bir kişinin mağdur ve fail arasında anlaşma yapılmasını kolaylaştırmak için hareket ettiği bu usul arabuluculuğa benzese de, bu usulde failin ailesinin işlevi daha fazladır. Bu toplantılar, küçük suçlularla ve çocukların korunması konularıyla ilgili olarak, karar verme sürecinde ailelerin katılımının gerekli olduğu düşüncesine dayanır. Yeni Zelanda yasa koyucusunun 1989 tarihli

<sup>17</sup> Doktrinde mağdur-fail arabuluculuğunun küçük suçlular ve özellikle ilk kez nas-ı ızzar suçu işleyen küçükler hakkında uygulanmasının çok faydalı ve hapis cezasına karşı etkili bir alternatif olacağı savunulmaktadır. Bkz. Nancy **Lucas**, *Restitution, Rehabilitation, Prevention, and Transformation: Victim-Offender Mediation for First-Time Non-Violent Youthful Offenders* (Hofstra Law Review 2001, Vol. 29, s. 1365-1400), s. 1400.

<sup>18</sup> Bu programlar hakkında bilgi için bkz. **Bakker**, s. 1496-1500.

<sup>19</sup> Council of Europe s. 10.

Çocuklar, Genç Kişiler ve Onların Aileleri Kanununu (*Children, Young Persons and Their Families Act*) yürürlüğe koyarak ulaşmak istediği amaç, karar verme sürecinde ailelerin sorumluluğunu artırmak, çocukların haklarını açıklamak, kültürel farklılıkları tanımak ve çocuklar söz konusu olduğunda, hükûmetin, devlet ile toplum arasında iş birliği yapılmasına dair çabalarını ortaya koymaktır. Başlangıçta onarıcı adalet anlayışını özel olarak belirtmeyen bu kanun, daha sonra işleyiş şekli itibarıyla bu teorik modele uyum sağlamıştır.

Bu toplantılarda sadece mağdur ve fail değil, failin akrabaları ve faile topluluk içinde destek olacak diğer kişiler, müdafî, sosyal çalışanlar, belirli kurumlar (polis ve gençlik adalet merkezleri gibi) ve bazen de mağdura destek olacak kişiler bir araya getirilir. Fail ve onun ailesi, faille ilgili tazminatı belirlemeyi, failin karşılaşacağı yaptırımları ve yükümlülükleri içeren kapsamlı bir anlaşma oluşturmayı umar ve bu sayede, mağdurun tatmin olacağını ve failin daha ağır bir neticeyle karşılaşmayacağını düşünür. Mağdur-fail arabuluculuğuna benzer olarak Yeni Zelanda aile grup toplantısı modeli, failin suç hakkındaki duygu ve düşüncelerini mağdura açıklamasını ve pişmanlığını göstermesini sağlar. Aynı şekilde, failin ailesi de düşüncelerini açıklar ve faille ilgili olarak oluşturulacak plâna katılır.

Avustralya’da bu toplantılara ailelerin katılımı özellikle vurgulanmaktadır. Ancak, çeşitli eyaletlerin çocuk adalet sistemlerinde farklı usuller kabul edilmiştir. Bazı toplantılar adli görevliler veya bağımsız kolaylaştırıcıları içerirken, diğerleri polislerin katılımını öngörür. Bazı toplantılarda her aşamada mağdurların katılımı sağlanırken, diğer toplantılarda mağdurlar sadece, toplantıyı yöneten kişinin, mağdurun katılımını yararlı görmesi hâlinde toplantıda bulunur<sup>20</sup>.

### C. ARABULUCULUĞUN AVRUPA’DA GELİŞİMİ

Modern arabuluculuk programları Kuzey Amerika modellerine dayanmakta ve diğer yerlerde geliştirilen fikirleri de içine alarak bu alanda öncülük etmektedir. Bununla beraber, diğer ülkelerdeki tartışmalar, arabuluculuğun Avrupa’da yeniden ortaya çıkışını gündeme getirmiştir.

<sup>20</sup> Kathy Douglas, *ADR: Is it Viable in Criminal Matters?* (Legaldate 1996, Vol. 8, s. 3-5), s. 4.

Arabuluculuk usullerinin Avrupa’daki gelişim süreci her ülkede aynı olmamış ve pek çok ülkede arabuluculuk hâlâ başlangıç aşamasında kalmıştır. Avrupa Konseyine üye olan ülkelerdeki arabuluculuk usulleri arasında da büyük bir farklılık vardır. Birleşik Krallık’ta uygulanan temel usul mağdur-fail arabuluculuğudur; fakat, uygulanan programlar arasında pek çok farklılık bulunmaktadır. Birleşik Krallık’taki yasal sistem, toplulukların geniş bir etkiye sahip olmasına imkân tanımaktadır.

Hâlâ gelişmekte olan Kıta Avrupası’nda durum daha farklıdır<sup>21</sup>. Ceza adaleti mercileri, arabuluculuk düzenlemelerinin geliştirilmesinde daha etkilidir ve mevcut arabuluculuk usulleri ceza hukuku sistemiyle sıkı bir bağlantı içinde olup, yasal düzenlemelerde yer alır. Örneğin, Avusturya, Fransa, Finlandiya<sup>22</sup> ve Almanya gibi ülkelerde, yasal düzenlemeye dayanan ceza hukuku arabuluculuk programları oluşturulmuştur. Bu programlarda, ceza davaları savcı tarafından “mağdur-fail arabuluculuğuna” havale edilebilir ve sonuçta soruşturmanın ya da davanın düşmesine karar verilebilir. Norveç’te Arabuluculuk Kurulları, arabuluculuğun faydaları ile topluluk usullerini birleştirmeye çalışmaktadırlar. Bu Kurullar uygulamada küçükler üzerinde yoğunlaşmaktadır. İspanya’da sosyal merciler tarafından, ceza yargılaması sürecinde uygulanmak üzere, küçük suçlular için arabuluculuk/tazminat programları geliştirilmiştir. Arabuluculuk programlarında genellikle küçüklerin esas alınması, bu programların Avrupa çapında en dikkat çeken özelliğidir. Küçük suçlular için oluşturulan arabuluculuk, reşit suçlular için kullanılacak arabuluculuğa hazırlık yapılarak arabuluculuğun geliştirilmesini sağlayacaktır.

Ceza hukukunda arabuluculuk Avrupa’daki büyümesini sürdürecektir. Arabuluculuk uygulamasına sahip olan ülkeler arabuluculuğu daha da geliştirme eğilimindedirler. Bazı ülkelerde arabuluculuk yeni kullanılmaya başlanmıştır. Diğer bazı ülkeler, arabuluculuğun yasal bir seçenek olarak kabul edilme olasılığını düşünmektedirler.

<sup>21</sup> Kıta Avrupası ülkelerinin mevzuatında arabuluculuğun (veya uzlaşmanın) durumu için bkz. Cumhuriyet **Şahin**, *Ceza Muhakemesinde Uzlaşma* (SÜHFD 1998/1-2, s. 221-297), s. 255 vd.

<sup>22</sup> Finlandiya’da mağdur-fail arabuluculuğu hakkında bilgi için bkz. Juhani **Livari**, *Mediation in Finland* (<http://www.restorativejustice.org/asp/listing.asp>).

#### D. AVRUPA KONSEYİ VE ARABULUCULUK

Avrupa Konseyine üye olan bazı ülkelerde, çeşitli arabuluculuk türlerinin gelişmesi Avrupa Konseyince görülmüş; bu nedenle, Avrupa çapında arabuluculuğun incelenmesi gerekli olmuştur. Bunun sonucunda, 1998 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, aile arabuluculuğu hakkında R (98) 1 sayılı tavsiye kararını kabul etmiş ve bu arabuluculuk usulünün faydaları ışığında, aile uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesi için gerekli olan ilkeleri tespit etmiştir<sup>23</sup>. Benzer şekilde, idare hukukunda ADR'nin geliştirilmesi maksadıyla, “idarî mercilerle özel kişiler arasında dava yoluna alternatifler” hakkında R (2001) 9 sayılı tavsiye kararı Bakanlar Komitesince 5 Eylül 2001’de kabul edilmiştir<sup>24</sup>. Bundan sonra da, özel hukukta genel olarak arabuluculuğu düzenleyen R (2002) 10 sayılı tavsiye kararı benimsenmiş ve özel hukukta ADR hakkında “*Green Paper*” adlı kitap yayımlanmıştır<sup>25</sup>.

Ceza hukukunda arabuluculuğun gelişmesi, Avrupa Konseyinin son zamanlardaki tavsiye kararlarına ve Suçla İlgili Sorunlar Hakkında Avrupa Komitesinin (*European Committee on Crime Problems*, CDPC) gözetiminde hazırlanan raporlara dayandırılabilir. Örneğin, ceza hukukunda ve yargılamasında mağdurun durumu, mağdurlar için yardım ve mağduriyetin önlenmesi, çocuk suçlulara toplumsal tepkiler, ceza adaletinin sadeleştirilmesi gibi ceza hukukuyla ilgili son tavsiye kararları, öncelikli olarak arabuluculukla ilgili olmamalarına rağmen, belirli durumlarda uzlaştırma ve arabuluculuk gibi diğer yargı dışı uyuşmazlık çözüm usullerini teşvik ederek, avukatları bu usulleri kullanmaya yöneltmişlerdir.

Suçla İlgili Sorunlar Hakkında Avrupa Komitesi 1992 yılında, arabuluculuk tecrübesini değerlendirmek ve arabuluculuğun geleneksel ceza adaleti sistemindeki işlevini belirlemek amacıyla, ceza hukukunda arabuluculuk hakkında bir uzmanlar komitesi kurulmasını önermiştir. Bakanlar Komitesi 1993 yılında bu öneriyi onaylamıştır. Ancak, bazı bütçe

<sup>23</sup> Council of Europe, *Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum*, Strasbourg 1998, s. 7-10.

<sup>24</sup> Council of Europe, *Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Private Parties, Recommendation Rec (2001)9 and explanatory memorandum*, Council of Europe 2002, s. 5-6.

<sup>25</sup> Commission of the European Communities, *Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law*, Brussels, 2002.

sorunları nedeniyle Komitenin çalışmaya başlaması ertelenmiş ve bu arada, gözlemci ülkelerle Avrupa Konseyine yeni üye olan bazı ülkeler, Komitenin çalışmalarına katılmak istemişlerdir. Komitenin hazırladığı raporun içeriği bu nedenle değiştirilmiştir<sup>26</sup>.

Ceza Hukukunda Arabuluculuk Hakkında Uzmanlar Komitesinin raporunun nihai şekli, 1995 yılında Ceza Sorunları Hakkında Avrupa Komitesinin 44. toplantısında kabul edilmiş ve aynı yıl Bakanlar Komitesinin 543. Temsilciler toplantısında onaylanmıştır. Rapora göre Komite, Avrupa’daki farklı arabuluculuk usullerini ve programlarını değerlendirmeli ve geleneksel ceza adaleti sisteminde arabuluculuğun işlevini belirlemelidir. Özellikle aşağıdaki konu ve alanlarda çalışılmalıdır:

- 1) Arabuluculuğun, geleneksel ceza yargılaması tarafından üretilen çözümlere nazaran, sürece katılanlarca (toplum geniş ölçüde arabuluculuğa dahil edilebilir veya arabuluculuk dışında bırakılabilir) daha çok kabul edilen anlaşmazlık çözüm şekillerine ulaşmadaki etkisi;
- 2) Arabulucuların işlevi, eğitimi, uzmanlık durumları ve uzmanlık dereceleri;
- 3) Arabuluculuğa uygun olan uyuşmazlık çeşitleri ve uyuşmazlıkların temelinde yatan sorunların yapısı;
- 4) Arabuluculuğun ceza adaleti sistemindeki biçimi ve sisteme uyumlu hâle getirilmesi;
- 5) Arabuluculukta, “davanın yürürlükte olan kanunlara uygun olarak yürütülmesi” (*due process*, hukuk devleti) ilkesine uyulması ve bu ilkenin uygulanması<sup>27</sup>.

Uzmanlar Komitesi, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Liechtenstein, Norveç, Slovenya, İspanya ve Türkiye’den gelen uzmanlardan oluşturulmuştur. Kanada Temsilcileri, Denetimli Serbestlik ve Tahliye Sonrası Koruma Hakkında Avrupa Daimi Konferansı (*European Permanent Conference on Probation and Aftercare*) ve Dünya Vikitimoloji Topluluğu

<sup>26</sup> Council of Europe s. 11.

<sup>27</sup> ADR’de “due process” ilkesinin öngördüğü himayenin kapsamı ve unsurları hakkında geniş bilgi için bkz. **Rice**, s. 46-68.

(*World Society of Victimology*) komiteye gözlemci sıfatıyla katılmışlardır. Komite, arabuluculukta uygulamaya yönelik deneyimi olan uzmanlar kadar, adalet bakanları temsilcilerini, hâkimleri, savcılar ve akademisyenleri (hukuk, kriminoloji ve sosyoloji alanlarından) de içermiştir.

Komite 1996 yılı Kasım ayı ile 1999 yılı Nisan ayı arasında beş toplantı yapmıştır. Komite üyeleri, kendi ülkelerinde, ceza hukukunda arabuluculuğun uygulanması konusunda ayrıntılı bir yazılı rapor sunmuşlardır. Buna ek olarak, Komitede temsil edilmeyen ülkelerdeki arabuluculuk sistemleri hakkında da bilgi verilmiştir. Böylece Komite, üye ülkelerde arabuluculuğun yasal yapısı, politikası ve uygulamasıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgiye sahip olmuştur. Bundan sonra, ceza hukukunda arabuluculukla ilgili tavsiye kararının taslağı, Uzmanlar Komitesinin 1999 yılı Nisan ayındaki beşinci toplantısında son şeklini alarak onaylanmak ve Bakanlar Komitesine intikal ettirmek üzere, Suçla İlgili Sorunlar Hakkında Avrupa Komitesinin 1999 yılı Haziran ayında yapılan 48. toplantısına sunulmuştur. Sonuçta Bakanlar Komitesi, 15 Eylül 1999 tarihinde yapılan 679. Temsilciler toplantısında tavsiye kararını kabul etmiş ve tavsiye kararının eki olan açıklama notunun yayımlanmasına izin vermiştir<sup>28</sup>.

#### **E. TAVSİYE KARARININ ÖNSÖZÜ HAKKINDA AÇIKLAMA**

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu tavsiye kararında, ceza hukukunda arabuluculuğun faydalarını vurgulamıştır. Ceza hukukunda arabuluculuk, geleneksel ceza yargılamasını tamamlayan bir seçenek veya ona bir alternatif olarak görülmüştür. Arabuluculuk, esnek ve katılımcı yapısı sayesinde, suçun işlenmesinden kaynaklanan sorunlara, ceza adaleti sisteminin yalnız başına yapabileceğinden çok daha kapsamlı bir çözüm şekli üretebilecek niteliktedir. Geleneksel ceza yargılamasına ve mahkûmiyet hükmüne bir alternatif olan arabuluculuk aynı zamanda, hürriyeti bağlayıcı hükümlerin verilmesini ve sonuçta ceza evi sisteminin yol açtığı masrafları azaltabilecek güçtedir.

Bakanlar Komitesinin tavsiye kararında, ceza hukukunda arabuluculuğun amacı ve felsefi temeli açıklanmıştır. Bir ceza davasının temel sükeleri olarak mağdur ve failden oluşan tarafların arabuluculuğa katılımı, devletin ve failin temel sükeler olduğu geleneksel ceza yargılamasından farklıdır. Böylece,

<sup>28</sup> Council of Europe s. 12.

arabuluculuğun amaçlarından biri, tarafların “kendi” uyuşmazlıklarını kendilerinin yönetmesi ve uyuşmazlığı karşılıklı olarak tatmin olacakları şekilde çözmeleri imkânının oluşturulmasıdır.

Arabuluculuk sürecine katılım, mağdurun, failin özür beyanını ve uzlaşma konusundaki kişisel görüşlerini dinlemesini ve kendi düşüncelerini açıklamasını mümkün kılar. Bu imkân, mağdurun öfkesini ve korkusunu hafifleterek uzun dönemde, ilişkilerde daha büyük bir düzelme olmasına katkıda bulunur. Bundan başka, arabuluculukta mağdur, ihtiyaçlarına uygun olan çok daha kapsamlı bir tazminatı müzakere edebilir. Mağdur, faili ve failin fikirlerini daha gerçekçi olarak tanıyabilir. Bazı mağdurlar, failin sorumluluğunu kabul ederek bağışlanma isteğine karşılık vermeyi arzu edebilir.

Fail açısından bakıldığında, mağdurla karşı karşıya gelme ve ondan özür dileme fırsatı, failin mağdura verdiği zarar ve acı konusunda duyarlı olması için önemli bir unsurdur. Buna ek olarak, arabuluculuk aracılığıyla faile, uyuşmazlığın çözümüne ve tazminat şeklinin (maddî tazminat gibi) belirlenmesine doğrudan katılma imkânı verilir. Böylece, failin toplumla olan ilişkilerini yeniden kurmasına yardımcı olunarak, failin ıslah edilmesi ve toplum hayatına yeniden uyum sağlayabilmesi kolaylaştırılır.

Arabuluculuk, mahallî topluluklardan seçilen gönüllü arabulucuların ve toplum kökenli kurumlarca yürütülen programların kullanılması suretiyle, suçla doğrudan ilgili olan kişilerin arabuluculuk sürecine katılımını sağlayarak, toplumu ceza adaleti sistemine daha yakın hâle getirir. Uyuşmazlık çözüm sürecine toplumsal bir katılımın sağlanmasıyla, suç hakkında daha iyi bir kamusal anlayış oluşturulur ve sonuçta mağdurların korunması, faillerin ıslahı ve suçun önlenmesi için toplumsal destek bulunur.

Arabuluculuk bu yapısıyla mağdurun, failin ve geniş çapta toplumun menfaatlerinin tatmin edilmesinin birbirine ters olmadığını göstermektedir. Toplumsal yönden yapıcı çözümler, uyuşmazlıkla ilgili olan herkesin menfaatinedir. Arabuluculuğun uzlaştırmacı yapısı, ceza adaleti sisteminin, “bir suçun işlenmesinden sonra toplumsal dengenin onarılması ve sosyal barışın sağlanması yoluyla toplumun huzuruna ve güvenliğine katkıda bulunulması” olarak belirtilen temel amaçlarından birini yerine getirmesine yardımcı olabilir<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Council of Europe s. 13.

Arabuluculuk alanındaki kamusal ve özel programların çeşitlilik ve karışıklık göstermesi, bu programların ortak kriterlere göre düzenlenmesini ve iş birliği yapmalarını gerekli kılmaktadır. Arabuluculuk uygulaması, ceza adaletiyle ilgili diğer uygulamalardan farklı bir bilgi alanı oluşturmuştur. Ancak, arabuluculuk hafife alınmamalıdır. Arabulucuların, özel bazı hünerlerin kullanılmasında eğitime ve tecrübe kazanmaya ihtiyaçları vardır. Arabuluculuk her ne kadar esnekliği ve uyumsuzluğun dava dışına taşınmasını içerse de, arabuluculuğun temel ilkeleri yasalarda düzenlenmelidir. Bu durum, arabuluculuk hizmetlerinin daha düzenli, istikrarlı ve güvenilir bir şekilde uygulanmasını sağlayacaktır.

Arabuluculuk uygulamasında, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasına özen gösterilmelidir<sup>30</sup>. Arabuluculuğun ceza adaleti sisteminde esneklik sağlaması, kişisel hakları koruyan mevcut kuralların bazılarının ihmal edilmesi veya önemsiz görülmesi tehlikesini ortaya çıkarabilir. Bu nedenle arabuluculuğun, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ayrıntılı olarak açıklanan güvencelerden bazılarını sahip olması gerekir<sup>31</sup>.

### § 3. TAVSİYE KARARININ EKİ ÜZERİNDE İNCELEMELER

#### A. TANIM

Arabuluculuk, uygulamada sık kullanılan bir terim olarak tanımlanması gereken bir kavramdır. Arabuluculuğun tanımı yapılırken, arabuluculuk gibi uzlaşma kökenli olan diğer programları ve yaklaşımları tanımlamakta kullanılan terimlerden yararlanılmalıdır. Diğer taraftan böyle bir tanımlama, her bir programın ve usulün kendine özgü farklılıklarını da içermelidir.

Örneğin, Fransa’da hukuk uygulamasında *arabuluculuk (médiation)* kural olarak reşit suçlular için uygulanırken, *tazminat (réparation)* terimi, küçük suçlulara yönelik ceza adaleti uygulamasını nitelendirmektedir. Almanya’da tartışmalar “*fail-mağdur uzlaşması*”<sup>32</sup> (*Täter-Opfer-Ausgleich*),

<sup>30</sup> Rice, s. 46.

<sup>31</sup> Council of Europe s. 14.

<sup>32</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. 239. Ayrıca, Alman literatüründe kullanılan diğer kavramlar için bkz.

Avusturya’da “yargı dışı suç uzlaştırması” (*Außergerichtlicher Tatausgleich*) üzerinde yoğunlaşmaktadır. Norveç uygulaması “anlaşmazlık” (*conflict*) ve “arabuluculuk” (*mediation*) kavramlarını tercih etmektedir. Birleşik Krallık’ta ise “arabuluculuk” (*mediation*) ve “tazminat” (*reparation*) birbirlerinin yerine kullanılabilmekte ve daha genel olarak “onarıcı adalet” (*restorative justice*) terimine doğru artan bir eğilim görülmektedir. Terminolojideki bu farklılıklar, arabuluculuk programlarının özündeki, amacındaki ve yapısındaki farklılıkları zımnen göstermektedir.

Arabuluculuk ceza hukukundan soyutlandığında, genel olarak, uyuşmazlığın tarafları arasında gönüllü bir anlaşma yapılmasını teşvik etmek amacıyla tarafsız bir üçüncü kişinin katıldığı bir uyuşmazlık çözüm usulünü ifade eder<sup>33</sup>.

Bakanlar Komitesinin tavsiye kararında, ceza hukukunda arabuluculuk, mağdur ve failin, tarafsız bir üçüncü kişinin veya arabulucunun yardımıyla, suçun işlenmesinden doğan uyuşmazlığın çözülmesine gönüllü ve aktif olarak katılabilmesine imkân tanıyan bir usul olarak tanımlanmıştır. Taraflar olarak sadece mağdur ve failin belirtilmiş olması, diğer gerçek ve tüzel kişilerin arabuluculuğa katılmasını engellememektedir.

Arabuluculukta çeşitli uzlaşma şekilleri karşılaştırılabilir ve bu uzlaşma şekilleri genellikle birbirleriyle birleştirilir<sup>34</sup>. Örneğin:

- 1) Mağdur ve failin birbirlerini daha iyi anlayabilmeleri için görüş ve düşüncelerin paylaşımı;

---

Hamide **Zafer**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Özelleşme Eğilimi: Uzlaşma* (Prof. Dr. Ergun **Önen**’e Armağan, İstanbul 2003, s. 727-750), s. 728.

<sup>33</sup> Arabuluculuk hakkında geniş bilgi için bkz. Leonard L. **Riskin**, *The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing* (University of Florida Law Review 1985, Vol. 37, s. 19-27); Leonard L. **Riskin**, *Mediation and Lawyers* (Ohio State Law Journal 1982, Vol. 43, s. 29-60); Joshua D. **Rosenberg**, *In Defense of Mediation* (Arizona Law Review 1991, Vol. 33, s. 467-507); Marsha L. **Merill**, *Mediation* (Handbook of Alternative Dispute Resolution, Austin 1990, s. 37-55); Henry **Brown**, Arthur Marriott, *ADR Principles And Practice*, London 1999, s. 127-187; Christian Bühring **Uhle**, *Arbitration and Mediation in International Business*, Hague 1996, s. 272-304; Stephen B. **Goldberg**, Frank E.A. **Sander**, Nancy H. **Rogers**, *Dispute Resolution, Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York 1999, s. 123-231; Mustafa **Özbek**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara 2004, s. 201 vd.; Gülgün **İldır**, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medenî Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Ankara 2003, s. 88 vd.

<sup>34</sup> Council of Europe s. 16.

- 2) Failin, mağdurun zararını giderebilmesi için ondan özür dilemesi ve onunla gönüllü bir anlaşmaya varması;
- 3) Failin, bir sosyal kuruluştaki çalışması veya topluma uyumlu ve faydalı bir birey olabilmesini sağlayacak (*rehabilitation*) bir programa katılması (dolaylı onarım) gibi diğer bir uygulamaya uymayı gönüllü olarak kabul etmesi;
- 4) Mağdur ve fail arasındaki ya da onların aileleri ve yakınları arasındaki diğer uyuşmazlıkların çözülmesi;
- 5) Üzerinde anlaşılan bazı müeyyidelerin belirlenmesi ve mahkemenin bir karar vererek bu konuda öneride bulunmasından önce, bu müeyyideye uyulacağının taahhüt edilmesi.

Ceza hukukunda arabuluculuk doğrudan veya dolaylı biçimlerde gerçekleştirilebilir; yani, taraflar arabulucuyla birlikte toplantı yapabilir veya arabulucuyla ayrı ayrı görüşebilir. Arabuluculuk, bu konuda uzman olan kişilerce ya da uzman olmamakla birlikte arabuluculuk eğitimi almış gönüllülerce yürütülebilir. Benzer şekilde, arabuluculuğun bir ceza adaleti kurumunca veya bağımsız bir toplum kökenli kuruluşun himayesinde gerçekleştirilmesi de mümkündür. Arabuluculuğun tarafları (klasik mağdur-fail arabuluculuğundaki gibi) mağdur ve fail olabileceği gibi, (aile veya topluluk grup toplantısında olduğu gibi) onların akrabaları, topluluk üyelerinden onlara destek olan diğer kişiler ve ceza adaleti kurumunun temsilcileri de olabilir. Arabuluculukta önemli olan, her durumda arabulucunun tarafsız ve arabuluculuğa katılımın gönüllü olmasıdır.

## **B. MAĞDUR- FAİL ARABULUCULUĞUNUN GENEL İLKELERİ**

Ceza hukukunda arabuluculuğun genel ilkeleri, arabuluculuğun temel unsurlarını yansıtır. Bu ilkeler, ceza adaleti sisteminde arabuluculuğun önemini, temel nitelik ve özelliklerini (gönüllü katılım ve gizlilik) ve arabuluculuğun hem mağdur, hem fail için erişilebilir bir hizmet olduğunu açıkça gösterir.

Uyuşmazlığın tarafları arabuluculuğa katılmaya gönüllü olarak istekli olmadıkça arabuluculuğun başarı şansı bulunmadığı için, arabuluculuğa gönüllü katılım (*voluntary participation*) bütün arabuluculuk türleri için

öncelikle gerekli bir ilkedir<sup>35</sup>. Bu ilke, arabuluculuğu geleneksel ceza yargılamasından ayırır ve arabuluculukta tarafların davalarına geniş ölçüde hâkim olduğunu gösterir. Taraflar, arabuluculuğun başında, özgür iradeleriyle arabuluculuğa rıza göstermelidirler. Taraflar bu rızalarını her zaman geri alabilirler. Gerek arabuluculuğu organize eden ceza adaleti mercisi, gerek arabulucu, arabuluculuk başlamadan önce bu hususu taraflara ayrı ayrı açıklamalıdır.

Ceza hukukunda arabuluculuk, gizlilik ilkesine uygun yürütülmelidir. Bunun iki nedeni vardır. Birinci neden, arabuluculukta verimli bir bilgi değişiminin yapılabilmesi ve yapıcı bir sonuca ulaşılabilmesi için gizliliğin şart oluşudur. Gizlilik, tarafların geleneksel ceza yargılamasına nazaran, görüş ve düşüncelerini daha kolay açıklayarak daha güvenli tartışabilmeleri için uygun bir ortam yaratır. Böylece açıklanan bilgiler genellikle, bir yargı dışı çözüme ulaşılmasına temel oluşturur. Gizlilik ilkesine uyulmasının ikinci nedeni, tarafların menfaatlerinin korunmasıdır. Gizlilik sayesinde, arabuluculuk esnasında gerçekleştirilen müzakereler, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça açıklanamaz<sup>36</sup>. Bu durum, geleneksel ceza yargılamasına egemen olan alenî yargılama (duruşmaların alenî yapılması) ilkesine bir tezatlık oluşturur<sup>37</sup> ve arabuluculuğun “özel karakterini” vurgular. Gizlilik sadece yüz yüze yapılan görüşmeleri değil, ceza yargılaması süreciyle ilgili işlemleri de kapsar. Gizlilik ilkesinin bazı istisnaları da bulunmaktadır.

Arabuluculuk bugüne kadar, Avrupa ülkelerinin çoğunda yeteri kadar geliştirilememiştir. Bazı ülkelerde arabuluculuk daha geniş kapsamlı uygulanırken, diğer bazı ülkelerde daha dar kapsamlı bir hizmet olarak sunulmuştur. Ancak, özellikle Avrupa Konseyine üye olan ülkelerde arabuluculuğa başvuru hakkının eşit olarak tanınması ve arabuluculuk hizmetinin geniş kapsamlı

<sup>35</sup> Gönüllülük hakkında bkz. **Rice**, s. 68-72.

<sup>36</sup> Gizlilik hakkında bkz. **Rice**, s. 72-81.

<sup>37</sup> Nitekim, Alman Federal Yüksek Mahkemesi, aleniyet ilkesinin korunması için uzlaşmanın duruşmada gerçekleşmesi gerektiğine hükmetmiştir (Zafer s. 739). Ancak doktrinde, uzlaşmanın (veya arabuluculuğun) aleniyet ilkesiyle çelişmediğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlere göre, aleniyet ilkesi, ceza muhakemesi süreçlerinin güven ilkesine dayalı bir görüşme yapmalarını yasaklamaz. Aleniyet ilkesi sadece duruşma için geçerli olup, oturumda verilen araları veya oturum tarihleri arasında geçen zamanı kapsamaz. Önemli olan, uzlaşmada yapılan sanığın ikrarı veya mahkemenin kararı gibi ceza muhakemesi işlemlerinin alenî duruşmada yapılmasıdır. Böylece aleniyet ilkesinin gereği sağlanmış olur (Şahin s. 247).

olarak uygulanması gerekir. Bu nedenle, Bakanlar Komitesi arabuluculuk konusunda verdiği tavsiye kararında, üye ülkelerin kamusal ve özel arabuluculuk programlarını genişleterek, arabuluculuğu genel olarak erişilebilir bir hizmet hâline getirmelerini tavsiye etmiştir. Bu da arabuluculuğun, ister kamusal, ister özel programlarla olsun, geleneksel ceza yargılamasına seçimlik olarak veya onun tamamlayıcısı olarak, devletçe mümkün olduğu ölçüde tanınmasını gerektirir. Bu tür programlar kamusal bütçeden (devletçe veya yerel yönetimlerce) desteklenmeli ve kamusal bir sorumluluk taşımalıdır. Bakanlar Komitesi arabuluculuğu bir “hak” olarak nitelendirmek yerine, ceza adaleti mercilerince dikkate alınacak yasal bir seçenek olarak kabul etmiştir<sup>38</sup>.

Arabuluculuk, ceza yargılamasının farklı aşamalarında (örneğin ön soruşturma veya son soruşturma aşamalarında) kullanılabilir<sup>39</sup>. Arabuluculuğa ceza yargılamasının hangi aşamalarında başvurulabileceği, her ülkenin mevzuatına göre değişmektedir<sup>40</sup>. Arabuluculuk programlarının çoğunda, yargılamanın herhangi bir aşamasında arabuluculuğa başvurulması mümkünken, bazı programlarda, soruşturmanın terk edilmesi hâlinde (bu şartla veya başka bir şekilde), bir polis ihtarıyla birlikte, soruşturmaya paralel olarak, hükmün bir parçası niteliğinde (örneğin tazminata yönelik bir mahkeme kararıyla) veya mahkeme hükmünden sonra arabuluculuğa başvurulmasına izin verilmektedir. Ancak, doğru olanı, ceza yargılamasının her aşamasında arabuluculuğa başvurulabilmesinin mümkün olmasıdır. Yargılamanın başında tarafların (özellikle mağdurun) arabuluculuktan faydalanmak için yeterince hazır olmaması ihtimalinin varlığına rağmen, davaların çoğunda uyuşmazlığın mümkün olduğu kadar çabuk çözülmesi çok önemlidir.

Ceza adaleti sistemi içinde arabuluculuk hizmetinin özerk kılınması, arabuluculuğun “geleneksel” ceza adaleti sisteminden daha farklı bir anlayışla yürütülebilmesini sağlar. Arabuluculuk hizmetlerinin tarafların güvenini kazanması için yeterli özerkliğe sahip olması şarttır.

Arabuluculuğun sahip olduğu özerklik, onun ceza adaleti sisteminden tamamen ayrı ve kopuk olarak uygulanmasını gerektirmez. Ceza adaleti

<sup>38</sup> Council of Europe s. 17.

<sup>39</sup> Şahin, s. 231.

<sup>40</sup> Örneğin, İtalyan Ceza Muhakemeleri Kanununun 446. maddesine göre, hazırlık soruşturması esnasında uzlaşma talebinde bulunulabileceği gibi, en geç duruşmanın açılmasına kadar da bulunulabilir (Zafer, s. 745).

mercileri, arabuluculuğun uygulanmasındaki denetleyici ve destekleyici işlevlerini sürdürmek ve usulün hukuka uygunluğu konusundaki nihâî sorumluluklarını yerine getirmek için yeterli yetkiye sahip olmalıdırlar. Bu durum, hem arabuluculuk öncesinde, hem arabuluculuk sonrasında karar verirken, kamu menfaatini ilgilendiren konularla tarafların usulî hak ve güvencelerinin dikkate alınmasını gerektirir. Buna ek olarak, arabuluculuk süreci esnasında korunması gereken bireysel hakların da bulunması, ceza adaleti mercilerinin arabuluculuk uygulamalarını gözlemlemelerinin gerekli olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

### C. YASAL TEMEL

Arabuluculukla ilgili yasal düzenlemelerin kazuistik bir usulle yapılmasından kaçınılmalıdır. Arabuluculuk programlarının her yönüyle kanunî hükümlerde düzenlenmesi beklenemez. Bununla birlikte, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin de tavsiye kararında açıkça savunduğu üzere, soyut yasal düzenlemeler arabuluculuğu caiz kılmalı ve arabuluculuğun uygulanmasını mümkün olduğu ölçüde kolaylaştırmalıdır<sup>41</sup>.

#### I. USULÎ HAKLAR VE GÜVENCELER

Arabuluculuk esnasında usulî haklar ve güvenceler mutlaka dikkate alınmalıdır. Bu hak ve güvencelerin yasalarla ne ölçüde düzenleneceği, her ülkenin kendi yasal geleneğine bağlıdır.

Arabuluculuk, uyuşmazlığın taraflarının kişisel gereksinimlerine daha uygun ve daha kapsamlı bir uyuşmazlık çözümü sağlayabilmek amacıyla, ceza yargılamasından daha az resmî bir yapıya sahiptir. Arabuluculuğun bu özelliği, usulle ilgili ayrıntıların düzenlenmeyeceği anlamına gelmez. Tam tersine, hukuk devleti ilkesiyle yönetilen bir toplumda ceza yargılamasında, bireylerin vazgeçilemeyecek nitelikte olan usulî hakları ve güvenceleri vardır. Bu nedenle, ceza yargılamasının tamamlayıcı bir parçası olan arabuluculuk yasal düzenlemeye sahip olmalı ve arabuluculuğa katılan kişilerin temel hak ve hürriyetlerine uygun olarak yürütülmelidir. Bu konuyla ilgili olarak karşımıza çıkan hüküm, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin adil yargılanma hakkını (fair trial) düzenleyen 6. maddesidir.

---

<sup>41</sup> Council of Europe s. 18.

Sözleşmenin 6. maddesi, bir suç isnadının yapıldığı bütün davalarda geçerlidir. Böylece, arabuluculuğun uygulandığı bir ceza davası da bu maddenin kapsamındadır. Arabuluculuğun geleneksel ceza yargılamasına bir alternatif olarak kullanıldığı durumlarda, Sözleşmenin 6. maddesinin öngördüğü çeşitli hakların ne ölçüde uygulanacağı daha ayrıntılı olarak incelenmelidir.

## **II. BİR MAHKEMEYE ULAŞAMA HAKKI (İHAS m. 6.1)**

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 27 şubat 1980 tarihinde “Deweer davasında” verdiği karara göre, ceza davalarında “bir mahkemeye ulaşma hakkı” (*the right to a court*) hukuk davalarından daha mutlak değildir ve bu hak, kovuşturmanın kararı gibi bazı sınırlamalara konu olabilir. Aynı karara göre, bu haktan taraflarca feragat edilmesi mümkündür. Önemli olan, tarafların feragat beyanının sonuçlarını bilebilecek durumda olmalarıdır. Bir kovuşturmadan ayrılma (saptırma) süreci içinde arabuluculuğa başvurmayla karar verilmesi, mahkemeye ulaşma hakkından (*right of access to a court*) feragat edilmesi sonucunu doğurabilir. Burada dikkat edilecek nokta, feragatin uygun koşullarda yapılmış olup olmadığıdır<sup>42</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu mülâhazalarla, ceza hukukunda arabuluculukla ilgili tavsiye kararında “arabuluculukla ilgili ceza yargılamasının işleyişini” ve “arabuluculuk hizmetlerinin yürütülmesini” birbirinden ayırmıştır. Bu ayırım aynı zamanda, arabuluculuğun yasal temelini de belirlemektedir.

Arabuluculuğun işleyişinde ceza adaleti mercilerinin önemli bir yeri vardır. Zira bu merciler, arabuluculuğun nasıl kullanılabileceğini açıklayan rehberlere sahip olmalıdırlar. Bu rehberler, arabuluculuğa uygun olan cürümlerin çeşitlerini veya taraflarla ilgili koşulları içermelidir. Örneğin böyle bir rehberde, failin dava ile ilgili vakıaları kabul etmesi gerektiği belirtilmelidir. Fail, kendisine suç isnad etmeye yeterli olmasa da, belli bir ölçüde sorumluluğu olduğunu kabul etmek zorundadır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesinin (*presumption of innocence*) bir gereği olarak, gerekli yargılama süreci tamamlanmadan önce, ceza adaleti mercilerince failin suçluluğuna dair bir karar verilemez (İHAS m. 6.2) Bu nedenle ulusal düzenlemeler, bir davanın

<sup>42</sup> Council of Europe s. 19.

arabuluculuğa havale edilmesinden önce, ve arabuluculuk süreci esnasındaki maddî koşullarını ve tarafların güvencelerini düzenlemelidir.

Arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlarca yürütülen arabuluculuk uygulamaları esnasında dikkate alınacak olan bazı temel haklar açıkça düzenlenmelidir. Bu haklar arasında öncelikle avukat tutuma ve hukukî yardım alma hakkı, çeviri ve açıklama hakkı, küçükler için aile yardımı (veya gerekli olduğu takdirde diğer temsilcilerin yardımını) alma hakkı sayılabilir.

#### D. ARABULUCULUKLA İLİŞKİLİ OLARAK CEZA ADALETİ UYGULAMASI

Arabuluculuk uygulamasında, ceza adaleti mercilerinin görevleri ve arabuluculuğu denetleyici işlevleri oldukça önemli bir yere sahiptir.

Ceza davalarında arabuluculuk, ceza adaleti mercilerince (savcılık veya mahkeme tarafından) verilen bir karara dayanarak uygulanmalıdır. Ceza davası, cezaî bir uyuşmazlığın çözülmek üzere yargılama makamı önüne getirilmesidir<sup>43</sup>. Bir ceza davası, suçları kovuşturmakla görevli makamların, suç işlendiği konusunda (ihbar, suç duyurusu veya şikâyet gibi yollarla) bilgi edinmeleriyle başlar<sup>44</sup>. Arabuluculuk süreci tamamlandığında, bu sürecin değerlendirilmesi de ceza adaleti mercilerine bırakılmalıdır.

Arabuluculuğa başlamaya karar vermeden önce tarafların, davanın maddî vakıalarına dayanan usulî durumlarını, hak ve yetkilerini tam olarak bilmeleri çok önemlidir. Taraflar, arabuluculuğu uygulayacak kuruluşça arabuluculuğun nasıl yürütüleceği, arabuluculuğun muhtemel sonuçları, arabuluculuğun sonucunda verilecek kararın niteliğine göre (örneğin anlaşmaya varılması, anlaşma olmaması ya da kısmî çözüme ulaşılması hâlinde) ceza yargılamasında verilecek kararın ne olacağı hakkında ayrıntılı bir açıklama yapılması hakkına sahiptirler. Aynı şekilde, ceza adaleti mercilerinin de bu konularda bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Tarafların her biri, ihtiyaç duydukları takdirde ayrı ayrı bilgilendirilmelidir. Taraflara böyle bir bilgi verilmesi, arabuluculuğa hâkim olan gönüllülük ilkesi gereğince, onların sürece katılmaya rıza göstermelerini sağlamak için de gereklidir.

<sup>43</sup> Nurullah **Kunter**, Feridun **Yenisey**, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2002, s. 159.

<sup>44</sup> Nevzat **Toroslu**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 1998, s. 239.

Arabuluculuktaki gönüllülük ilkesi nedeniyle, taraflarca arabuluculuğa gösterilerek rızanın haksız yollarla alınmaması son derece önemlidir. Arabuluculuğa başvurulmasıyla fail, muhakeme hukukuna ilişkin bazı haklarından vazgeçmektedir. Failin bu kararının iradî olabilmesi için, fail arabuluculuğa ilişkin olarak yeterli ve doğru bilgi edinme imkânına sahip olmalıdır. Ceza adaleti mercileri, tarafların hukukî durumları ve arabuluculuk sürecinin işleyişi hakkında taraflara verilen bilginin gerçeği yansıttığından emin olmalıdır. Ceza adaleti mercileri, arabuluculuğu kabul etmeleri konusunda taraflara hiçbir baskı yapmamalı ve taraflardan birinin diğerine hile veya ikrah yapmasını önlemelidir. Aksine bir davranış, delil yasağına yol açabilir<sup>45</sup>. Kısacası ceza adaleti mercileri, tarafların arabuluculuğa başvurmaya hiçbir etki altında kalmadan, özgür iradeleriyle karar vermelerini sağlamalıdır<sup>46</sup>.

Geleneksel ceza yargılamasında, küçüklerin korunması için öngörülen yasal düzenlemeler ve güvenceler, hem davanın arabuluculuğa havalesinde, hem arabuluculuk esnasında uygulanmalıdır. Bu ilke, küçüklerin katıldığı arabuluculuk süreci üzerinde ceza adaleti mercilerine özel bir gözlemcilik ve denetleyicilik işlevi yükler. Küçüklerin yasal güvenceleri özellikle bilgi alma hakkını, görüş ve düşüncelerini açıklama hakkını, bir temsilciye (aileden ya da aile dışından) sahip olma hakkını ve sür'atli bir uyuşmazlık çözüm sürecinin yapılması hakkını içerir. Ceza adaleti mercileri, küçüklerin menfaatlerini en iyi biçimde koruyacak şekilde arabuluculuğa ilişkin olduğu kadar, usule ilişkin konuları da dikkate almalıdır (örneğin, Çocuk Hakları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Çocuk Haklarının Uygulanması Hakkında Avrupa Sözleşmesiyle tanınan haklar)

Arabuluculuğun taraflarından birinin, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi bir nedenle temyiz kudretinin bulunmaması veya benzer bir sebep yüzünden arabuluculuk sürecinin etkisini, sonucunu ve anlamını idrak etmekten mahrum olması hâlinde, bu taraf arabuluculuğa katılmamalıdır. İki den fazla kişinin taraf olduğu davalarda, taraflardan birinin arabuluculuğun kapsamını ve etkilerini anlama iktidarından yoksun olması hâlinde bile, bu tarafın, uyuşmazlığın çözümünde küçük bir işleve sahip olması şartıyla, davanın arabuluculuğa havale edilmesi mümkündür.

<sup>45</sup> Şahin, s. 254.

<sup>46</sup> Council of Europe s. 20.

Arabuluculuğa başvurulması için, fail kadar mağdurun da davanın sebebini oluşturan temel maddî vakıaları kabul etmesi gerekir. Taraflar arasında böyle bir ortak anlayış sağlanmadan, tarafların arabuluculuk sürecinde bir anlaşmaya varma olasılığı sınırlı kalır. Failin buna ek olarak, kendisine isnad edilen suçu da kabul etmesi gerekmemektedir. Aynı şekilde, ceza adaleti mercileri de masumiyet karinesinin (İHAS m. 6.2) ihlâl edilmemesi için, failin suçlu olup olmadığı meselesi hakkında önceden hüküm veremezler<sup>47</sup>. Failin, mevcut vakıalar hakkında kısmen sorumlu olduğunu kabul etmesi yeterlidir. Bundan başka, uyuşmazlığın arabuluculuktan sonra dava aşamasına geri dönmesi hâlinde, failin arabuluculuğa katılmış olması, kendisinin aleyhine olacak şekilde kesinlikle kullanılmamalıdır. Benzer şekilde, arabuluculuk süreci esnasında belli vakıaların failce kabul edilmiş olması ve hatta suçun ikrar edilmiş olması dahi, daha sonraki ceza yargılamasında aynı konu hakkında fail aleyhinde delil olarak kullanılamaz<sup>48</sup>.

Taraflar arasında açık bir güç dengesizliği ve eşitsizlik varsa, arabuluculuk uygun bir ADR usulü olmayabilir. Arabuluculuk, tarafların uyuşmazlık çözüm sürecine aktif katılımını ve müzakereler esnasında kendi menfaatlerine yönelik kararları alabilme imkânının tanınmasını gerektirir. Bu nedenle taraflar arasında, taraflardan birini diğerine bağımlı kılan bir ilişki olması, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi gibi büyük bir güç dengesizliğinin bulunması hâlinde, tarafların arabuluculuğa özgürce katılmaları ve anlaşmaya özgür iradeyle rıza göstermeleri mümkün olmaz. Mahkeme önünde alenî olarak yürütülen bir yargılamada hâkim ve müdafî, taraflar arasındaki güç dengesizliğini tartışabilirler. ADR’de bu durum özellikle küçükler, kadınlar, özürlüler, fakirler ve kendini tam olarak ifade edemeyen kişiler için olumsuz sonuçlar doğurabilir. ADR’nin özel sürecinde yasal temsilci görev almayabilir ve süreci yöneten tarafız kişi mevcut güç dengesizliğinin farkında olmayabilir. Tarafsız kişinin güç dengesizliğini anlaması hâlinde bile, taraf

<sup>47</sup> Uzlaşmanın (veya arabuluculuğun), failin suçlu olduğu varsayımına dayanılarak yapılması yanlış olup, masumiyet karinesinin ihlaline yol açar. Yargılama yapılması baskısıyla masum kişilerin uzlaşma yolunu kabul etmesi mümkündür. Bu hâlde uzlaşmayla, maddî gerçeğe aykırı olarak uyuşmazlık sonuçlandırılabilir. Oysa, delil durumunun sanığın suçlu olduğunu ortaya koyması hâlinde, ikrarda bulunması hususunda sanıkla anlaşmanın, masumluk karinesi ile çelişmeyeceği doktrinde kabul edilmektedir (**Şahin**, s. 250).

<sup>48</sup> Alman Federal Yüksek Mahkemesi, sanığı tehlikeye sokmamak için, uzlaştırmanın başarısız olması hâlinde, failin ikrarının mahkemece esas alınamayacağına karar vermiştir (Zafer s. 743).

tutan bir izlenim vermeden bu dengesizliği gidermek için etik olarak neler yapabileceğinin belirlenmesi kolay değildir<sup>49</sup>. Bununla birlikte, tarafların güçleri ve yetenekleri arasındaki pek çok dengesizliğin, mevcut dengeleri zayıf olan taraf lehine yeniden ayarlamaya gayret eden arabulucularca giderilmesinin mümkün olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Arabuluculara verilecek düzenli bir eğitim sayesinde bu sorun aşılabılır.

Ceza yargılamasının uzun sürmesi, Avrupa Konseyine üye olan ülkelerde bilinen bir sorundur. Arabuluculuk bu açıdan, tarafları rahatlatıcı bir aşama olarak yürütülmelidir. Ceza adaleti mercileri, arabuluculuğun makul bir süre içinde tamamlanmasını öngören kurallar koymalıdır. Arabuluculuk, belirlenen bu süre içinde tamamlanamazsa, “çabukluk ilkesi” gereğince, ceza adaleti mercileri ceza yargılamasının yeniden başlayıp başlamayacağına karar vermek zorundadır. Ancak bu durum, arabuluculuğun mutlaka sona erdirileceği anlamına gelmemekte; taraflar isterlerse ve hâlâ bunu yapabilecek durumdalarsa, özel bir ortamda olmak üzere arabuluculuğu sürdürebileceklerdir<sup>50</sup>.

Bir ceza davası arabuluculukla başarılı olarak bitirilebilirse, ceza adaleti mercileri ortaya çıkan sonucu kabul etmeli ve neticede ceza yargılaması, “kovuşturmama” veya “yargılamanın durması” kararı verilerek sona erdirilmelidir. Ceza adaleti mercilerince verilen böyle bir kararla, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi ve yasal olarak icra edilebilmesi şartıyla, aynı vakıalara dayanan bir davanın yeniden görülmesi (*ne bis in idem*) imkânsız hâle gelir.

Arabuluculuk sonunda taraflar bir anlaşmaya varmayı başaramazlarsa veya bir anlaşma yapılır fakat taraflarca yerine getirilmezse<sup>51</sup>, ceza adaleti mercileri yargılama sürecini devam ettirmelidirler. Çabukluk ilkesi gereği ceza yargılamasının uzamasından kaçınılmalı ve gecikmeksizin davanın devamına karar verilmelidir.

<sup>49</sup> Douglas, s. 5.

<sup>50</sup> Council of Europe s. 21.

<sup>51</sup> Tarafların çeşitli nedenlerle arabuluculuktan dönmeleri mümkündür. Bu nedenler hakkında bkz. Şahin, s. 234.

## **E. ARABULUCULUK HİZMETLERİNİN UYGULANMASI**

Bir ceza davasının arabuluculuğa havale edilmesi durumunda, arabuluculuğun işleyişi belli kurallara göre olur. Ceza davası bir anlamda, ceza adaleti sisteminin doğrudan kontrolünde olmaktan çıkar. Arabuluculuğun işleyişini düzenleyen genel kurallar, yalnız ceza arabuluculuğunda değil, diğer arabuluculuk usullerinde de geçerlidir.

### ***I. ARABULUCULUĞUN İŞLEYİŞİNE YÖNELİK İLKELER***

Yukarıda da ifade edildiği gibi, arabuluculuk sadece gerekli olduğu ölçüde yasal kurallarla düzenlenmeli ve arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlara, görevlerini yapabilmeleri için gerekli olan bağımsızlık ve özerklik tanınmalıdır. Bununla birlikte, genel olarak herkesçe ulaşılabilmesi gereken arabuluculuğun işleyiş şekli kadar, arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşların örgütlenmeleriyle ilgili belirli ilkeler de mevcut olmalıdır. Bu çeşit ilkeler devlet, yerel yönetimler veya diğer kamu kuruluşları tarafından tespit edilmelidir. Bu ilkelerin mutlaka yasa veya tüzükle düzenlenmesi gerekli değildir; ancak, bazı resmî düzenlemelerin yapılması yararlı olabilir.

Arabuluculuk hizmetlerinin yeterli ölçüde özerkliğe sahip olmasının faydası, arabuluculuğu gerçekleştirecek personelin niteliklerini düzenleyen kuralların, arabuluculuğun yönetimiyle ilgili hükümlerin ve arabuluculuğun icrasıyla ilgili etik kuralların geliştirilebilmesidir. Aynı şekilde, arabulucuların yetiştirilmesi ve çalışmalarının değerlendirilmesi için gerekli yöntemler de oluşturulmalıdır. Bu faaliyetler sayesinde, arabuluculuğun uygulanmasında daha yüksek ölçüde uzmanlık sağlanabilecektir.

Pozitif hukuk tarafından kabul edilen ilkeler ışığında arabuluculuğun işleyişi, bu konuda yetkili olan bağımsız kurumlarca gözlemlenmeli ve denetlenmelidir. Bu kurumlar, ceza adaleti mercileri veya diğer kamusal merciler arasından belirlenmelidir<sup>52</sup>.

### ***II. ARABULUCULARIN NİTELİKLERİ VE EĞİTİMLERİ***

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ceza hukukunda arabuluculuğu açıklayan tavsiye kararında, arabulucu olarak görev yapacak kişilerin sahip olmaları gereken asgari nitelikleri, bilgi düzeyini, kişisel hünelerleri ve

---

<sup>52</sup> Council of Europe s. 22.

arabulucu eğitiminin amacını belirtmiştir. Halen az sayıda üye ülkede uygulanan bu ilkelerin daha kapsamlı ve daha ayrıntılı olarak düzenlenmesi mümkündür.

Arabulucular ister uzman, ister gönüllü olarak çalışsınlar, çalışacakları alanla ilgili olarak toplumun bütün kesimlerini mümkün olduğu ölçüde temsil etmelidirler. Arabulucular özellikle, etnik grupları ve azınlıkta kalan grupları da içerecek şekilde bütün toplumsal sınıflardan seçilmelidirler. Arabulucular bir çok yönden ve özellikle yaşadıkları çevreyle ilgili olarak iyi bir bilgi ve kültür düzeyine sahip olmalıdırlar. Arabulucuların seçilmesinde, onların eğitim ve tahsil düzeyi öncelikle dikkate alınacak unsurlardan değildir. Arabulucu olarak seçilebilmek için asgari bir yaş sınırı tespit etmeyen Bakanlar Komitesi, bu konuyu ulusal düzenlemelere bırakmıştır.

Arabulucuların kişisel hünerleri, onların kişisel mizaçlarıyla yakından ilişkili olan “doğru karar verme” (*sound judgment*) yeteneklerini ifade eder. Arabulucuların, insanlara açık bir tavır sergilemesi, onları dinleme ve onlarla iletişim kurma yeteneğine sahip olması ve tarafsız kalabilmesi gibi “kişiler arası hünerlere” (*interpersonal skills*) sahip olmaları şarttır. Bu gibi hünerler arabulucuların seçilmesi ve eğitilmesinde dikkate alınmalıdır<sup>53</sup>.

Arabulucu sıfatıyla çalışacak herkes, öncelikle asgari düzeyde bir başlangıç eğitimi almalı ve bu eğitim arabulucuların çalışma hayatları boyunca sürdürülmelidir. Arabuluculuk eğitimi, arabuluculuk hizmetinin ilkeleriyle bağlantılı olmalı, alternatif uyuşmazlık çözümü ve müzakere usulünün gerekli kıldığı özel hünerleri<sup>54</sup> ve yöntemleri geliştirmeyi amaçlamalıdır. Benzer şekilde bu eğitim, mağdurların karşılaştıkları genel sorunları öğretmeli; bunu yaparken, faillele ilgili sorunları ve toplumsal sorunları incelemek yanında, mağdurları destekleyen topluluklarla da iş birliği yapmalıdır. Arabuluculuk eğitiminin kurumsallaşması sadece bu alanda çalışan arabuluculara yararlı olmakla kalmayacak, aynı zamanda arabuluculuğun genel olarak geliştirilmesine, daha başarılı sonuçlar doğurmasına ve itibarının yükselmesine de katkıda bulunacaktır.

<sup>53</sup> Arabulucuların, arabuluculuğun yönetimi esnasında çeşitli hünerleri kullanmaları gerekir. Öğrenme yoluyla veya sezgisel yolla geliştirilen bu hünerler taraflar arasındaki iletişimi, müzakerelerin esnekliğini ve güvenilecek bir yaratıcılığı artırmaya ve iyi düzenlenmiş bir ortam oluşturmaya yöneliktir. Bu hünerler hakkında bkz. Brown, **Marriott**, s. 337-346.

<sup>54</sup> Müzakere hünerleri hakkında bkz. Brown, **Marriott**, s. 111-112.

### III. BİREYSEL DAVALARIN YÖNETİLMESİ

Arabuluculuk sürecinin başında arabulucu, kendisine havale edilen davanın maddî vakıaları hakkında yeterli ölçüde bilgi edinmeye ihtiyaç duyar. Ceza adaleti mercileri tarafından sağlanacak olan bu bilgi ilk olarak, arabuluculuğun konusu olan suçun tam olarak tanımlanabilmesi ve ikinci olarak da, davanın arabuluculukla çözülmeye uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde arabulucuya yardımcı olunabilmesi için gereklidir. Arabuluculuğa ilişkin kararlarla bağlantılı olan ve tarafları ilgilendiren ek bilgiler ise, tarafların rıza göstermesi hâlinde, ulusal mevzuata uygun olacak şekilde, gerekli kapsamda ve mümkün olan ölçüde arabulucuya sunulmalıdır.

Arabuluculuk tarafsız bir şekilde yürütülmelidir. Bunun anlamı, arabulucunun taraflardan hiçbirinin yanında yer almaması; fakat, tarafların arabuluculuğa eksiksiz olarak katılımını sağlayarak, arabuluculuktan en iyi şekilde yararlanabilmeleri için onlara yardım etmesidir. Tarafsızlık aynı zamanda, arabulucunun taraflardan biriyle olan kişisel bağlantısı veya davaya önceden herhangi bir şekilde karışmış olması yüzünden, taraf tutan biri olarak görünmemesini de gerektirir. Buna göre, uyuşmazlığın taraflarından biriyle herhangi bir bağlantısı bulunan ya da davaya kişisel olarak katılmış olan bir kimse arabulucu sıfatıyla atanmamalıdır. Arabuluculukta tarafsızlığın vurgulanması, ceza adaleti mercilerinde çalışan personelin arabuluculukta görev almasını kural olarak engellemez; fakat, davada iddia makamını oluşturan savcı, aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak arabuluculuk görevi üstlenemez.

Arabuluculukta tarafsızlık ilkesi, arabulucunun, bir suçun işlenmiş olduğu ve failin bir kanun hükmünü ihlâl etmiş olduğu gerçeğine kayıtsız kalmasını gerektirmez. Böylece, ceza hukukundaki arabuluculukta arabuluculuğun tarafları, özel hukuktaki arabuluculuğun taraflarından farklı olarak, faile yüklenen temel yükümlülükler yönünden daha başlangıçta bir eşitliksizlik içerir. Bununla birlikte, masumiyet karinesi gereği arabulucu, failin suçluluğu hakkında ön yargılı olmamalı, faile karşı bir tavır takınmamalıdır<sup>55</sup>.

Arabulucunun üstlendiği sorumluluklardan birisi de, arabuluculuğun, tarafların menfaatlerine uygun olacak nitelikte tarafsız bir mekânda yürütülmesini sağlamaktır. Arabuluculuk toplantıları, tarafların birbirlerine karşı saygılı davranacakları, kendilerini huzurlu ve güvenli hissedecekleri, kontrollü bir ortamda yapılmalıdır. Bu ortamda, tarafların hassasiyet

<sup>55</sup> Council of Europe s. 23.

gösterdikleri konular ve rencide olma olasılıkları dikkatle düşünülmelidir. Aksi hâlde, davanın arabuluculuk yoluyla çözülmesi için harcanan çabalar başarısızlıkla sonuçlanabilir ve dava yargılama aşamasına geri döner.

Ceza muhakemesinin tamamlayıcı bir parçası olarak arabuluculuk, etkili ve verimli bir şekilde yürütülmelidir. Arabuluculuğun ceza hukukunda uygulanmasının nedeni, ceza adaleti sisteminin verimliliğini artırabilmek olduğundan, arabuluculuk, mevcut olanakların ve tarafların isteklerinin izin verdiği ölçüde, mümkün olan en hızlı biçimde yürütülmelidir.

Arabuluculuk oturumları, ihtilaflı taraflar ve arabulucu arasında gerekli olan güvenin sağlanabilmesi amacıyla, kural olarak kamuya açık olmamalı; tam tersine, gizlilik ilkesine göre gerçekleştirilmelidir. Bu sayede, aleniyet ilkesi nedeniyle mağdurun ve hatta tanığın özel hayatının zarar görmesi önlenabilir<sup>56</sup>.

Arabuluculuk esnasında önemli bir suç işlenmesi ihtimalinin varlığı hâlinde, gizlilik ilkesiyle, ağır bir suç işlenmesinin veya bir kimsenin şahsına ya da malına zarar verilmesinin önlenmesi gerekliliği arasında bir denge kurulmalıdır. Bu nedenle, arabuluculuk esnasında önemli bir suç işlenmesinden korkulması durumunda gizlilik ilkesi uygulanmaz. Böyle bir durumda, arabulucu yetkili mercilere bilgi vermelidir. Bu merciler de genellikle ceza adaleti mercileri olacaktır. Bazı davalarda, davayla ilgili olan diğer kişilere de bilgi verilmesi yararlı olabilir. Tıpkı diğer vatandaşlar gibi arabulucuların da bu gibi davalarda, suçların yetkili mercilere bildirilmesi ve önlenmesiyle ilgili ulusal hukuk kurallarının gereklerine uyma yükümlülüğünü taşımaları gerekir.

#### IV. ARABULUCULUĞUN SONUCU

Arabuluculuk sonunda yapılan bir anlaşmanın geçerli olabilmesi için üç temel ilkeye mutlaka uyulmuş olması gerekir. Buna göre, bir çözüm anlaşması gönüllü, makul ve orantılı (ölçülü) olmalıdır.

Öncelikle, arabuluculuk sonunda yapılan çözüm anlaşmasının yerine getirilmesi tamamen gönüllü (*voluntary*) olmalıdır. Bu ilke arabuluculuğu, tarafsız bir üçüncü kişinin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tarafları bağlayıcı nitelikte bir karar vermek suretiyle çözdüğü dava ve tahkim yolu gibi “hüküm

---

<sup>56</sup> Şahin, s. 287.

vermeye dayalı usuller”<sup>57</sup>den (*adjudication*) açıkça ayırmaktadır. Zira, bu usullerde her ne kadar tarafsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarını dinlemesi ve onları mahkemelere oranla daha gayri resmî ve daha esnek bir ortamda çözüme teşvik etmesi söz konusu olsa da, sonuçta üçüncü kişinin (örneğin hakemin) verdiği karar nihai nitelik taşımakta ve tarafları bağlamaktadır. Çözüm anlaşmasının gönüllü olması, arabulucunun, tarafların bir anlaşmaya varabilmeleri için aktif bir işleve sahip olmasını engellemez.

Çözüm anlaşmasının taşınması gereken diğer bir ilke, makul (*reasonable*) olmasıdır. Bu ilkeye göre, faile makul bir yükümlülük yüklenmelidir. Bu ilke, fail tarafından işlenen suçla faile yüklenen yükümlülüğün çeşidi arasındaki ilişkiyi ifade eder.

Nihayet, orantılık (ölçülülük, *proportionality*) ilkesi ise, geniş çaplı bir çerçeve içinde, faile yüklenen külfet ile failin işlemiş olduğu suçun ağırlığı arasında bir uygunluk ve orantı olması gerektiği anlamına gelir. Örneğin, failin ödemek zorunda olduğu tazminatın, mağdura verdiği zarar miktarından aşırı fazla olmaması orantılık ilkesinin bir gereğidir<sup>58</sup>.

Arabuluculuk sürecinin sonuçlanmasından sonra arabulucu, arabuluculuk esnasında gerçekleşen aşamalar ve usulî işlemler ile arabuluculuğun neticesi hakkında ceza adaleti mercilerine rapor vermelidir. Arabuluculuğun başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde, mümkünse bunun nedenleri raporda kısaca belirtilmelidir. Bununla birlikte, gizlilik ilkesi uyarınca bu raporda, arabuluculuk esnasında taraflarca yapılan beyanların ve tarafların davranışlarının içeriği açıklanmamalıdır. Arabulucunun hazırlayacağı sonuç raporu yazılı olmalı ve mümkünse standart bir biçimde düzenlenmelidir.

## V. ARABULUCULUĞUN GELİŞMESİNDEKİ DEVAMLILIK

Arabuluculuk, Avrupa ülkelerinin çoğunda nispeten yeni bir anlayıştır. Arabuluculuğun, doğrudan uygulama alanı bulacağı ceza adaleti sistemi kadar, toplumsal düzeyde de geniş bir kabul görmesi gerekmektedir. Arabuluculuğun yaygınlaşması için, asgari düzeyde de olsa bireyler arasında

<sup>57</sup> Bazı uyuşmazlık çözüm usullerinde tarafsız bir üçüncü kişi, uyuşmazlığın taraflarını dinledikten sonra, onları bağlayıcı nitelikte bir hüküm verir. Buna “hüküm vermeye dayalı usuller” (*adjudication*) denir. Dava yolu (*litigation*), tahkim yolu (*arbitration*) ve bazı hukuk sistemlerinde bulunan özel yargıç (*private judging*) bu tür usullere örnek olarak gösterilebilir (Brown, **Marriott**, s. 649).

<sup>58</sup> Council of Europe s. 24.

ortak bir anlayış ve karşılıklı saygının tesis edilmesi önemlidir. Arabuluculuğun, özellikle ceza yargılaması sürecine daha iyi bir kalite getirmesi ve arabuluculuk uygulamasının yüksek ölçüde bir verimlilik taşıması gereklidir. Bunların gerçekleşebilmesi için de arabuluculuk hizmeti sunan uygulamacılarla ceza adaleti sisteminin üyeleri (adalet bakanlığı, mahkemeler, savcılık ve polis teşkilatı dahil olmak üzere) arasında düzenli bir iletişim, iş birliği ve istişarenin yapılması teşvik edilmelidir. Mağdur-fail arabuluculuğunun gelişmesi suç oranları, genel olarak ADR'nin gelişmesi, onarıcı adalet anlayışının toplumca kabulü, Mağdur Hakları Hareketi ve suç hakkındaki katı politik ihtiyaçlar gibi bazı sosyal ve politik etkenlere bağlıdır<sup>59</sup>.

Arabuluculuğun benimsenmesi için, arabuluculuk hakkında “araştırmalar” ve “değerlendirmeler” yapılmalıdır. Arabuluculukla ilgili araştırmalar, arabuluculuğun diğer usuller arasında (*inter alia*) gerçekçi olarak açıklanması ve değerlendirilmesinden ibarettir. Araştırma, arabuluculuğun işlevi hakkında yararlı bilgiler edinilmesi için gereklidir. Bu tür bilgiler olmadan, kullanılan bu gibi tedbirlerin kapsamını ve sonuçlarını açıklamada ve değerlendirmede güvenilir bir temele dayanılamaz. Arabuluculukla ilgili diğer gelişmeler için mevcut usullerin değerlendirilmesi yapılmalıdır. Özellikle, arabuluculuğun pek çok Avrupa ülkesinde hâlâ yeni olduğu göz önüne alındığında, ceza hukukunda arabuluculuk hakkında değerlendirmeye yönelik araştırmaların yapılması gerektiği kolaylıkla görülür. Bu nedenle, bu tür araştırmalar özendirilmelidir<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Katherine L. **Joseph**, *Victim-Offender Mediation: What Social & Political Factors Will Affect Its Development?* (Ohio State Journal on Dispute Resolution 1996, Vol. 11, s. 207-225), s. 214.

<sup>60</sup> Council of Europe s. 25.

## SONUÇ

Çoğunlukla mağdur-fail arabuluculuğu olarak adlandırılan, ceza uyuşmazlıklarında arabuluculuk, geleneksel ceza yargılamasının tamamlayıcısı olup, Avrupa Konseyine üye olan ülkelerin bir çoğunda farklı şekillerde uygulanmakta ve hâlâ yeni bir yöntem olarak görülmektedir. Bununla beraber, bu yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemine yönelik ilgi Avrupa Devletlerinin çoğunda giderek artmaktadır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, ceza uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili yukarıda açıklanan tavsiye kararında, arabuluculuğun tanımı yapılmış, yasal temeline değinilmiş, mevcut ve yeni geliştirilecek arabuluculuk programlarının uygulanmasında dikkate alınacak ilkeler belirlenmiştir. Tüm bunlar yapılırken, ceza yargılamasında, tarafların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde belirlenen hukukî güvenceleri özellikle vurgulanmıştır. Avrupa Konseyine üye olan ülkeler, ceza uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğu oluştururken, kendi hukuk sistemlerine uyum sağlaması için farklı düzenlemeler yapma hakkına sahip olmakla beraber, tavsiye kararında ayrıntılı olarak yer alan ilkelere yararlanmalıdırlar. Bu bağlamda, ülkemizde de, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda uzlaştırmayı düzenleyen hükümlerin, tavsiye kararında belirtilen ilkeleri içermesi, uzlaştırmının ceza muhakemesi hukukunda doğru işlemesi ve başarılı olması için zorunludur.

**EK :**

**Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Hakkındaki R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı Doğrultusunda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Uzlaştırmaya İlişkin Olarak Yapılabilecek Düzenlemeler**

**Uzlaştırma**

**Madde 262-** (1) Uzlaştırma, fail ile mağdur arasındaki uyuşmazlıkların çözülmesi için tavsiyelerde bulunan tarafsız bir kişinin uzlaştırıcı sıfatıyla katıldığı ve failin gönüllü bir hizmette bulunarak mağdurun zararını giderdiği bir usuldür.

**Uzlaştırma konusu olabilecek hizmetler**

**Madde 263-** (1) Aşağıdaki hizmetlerden biri veya birkaçı uzlaştırma konusu olabilir:

1. Failin, fiilinden doğmuş olan maddî ve manevî zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemesi veya zararları gidermesi;
  2. Failin, mağdurun haklarına halef olan üçüncü kişinin zararlarını tazmin etmesi;
  3. Failin, hayır amaçlı kuruluşlara bağış yapmak gibi diğer maddî hizmetlerde bulunması;
  4. Failin, mağdurdan özür dilemesi ve mağdurun zararını gidermek için mağdurla gönüllü bir anlaşma yapması;
  5. Failin, özellikle hayır amaçlı kuruluşlarda olmak üzere sosyal bir kuruluşta çalışma yapması veya topluma faydalı bir birey olmasını sağlayacak bir programa katılması gibi diğer bazı yükümlülükler altına girmesi.
- (2) Fail veya mağdur, uzlaştırma konusu olabilecek yükümlülükler yoluyla, gönüllü olmayan, faile makul bir yükümlülük yüklemeyen ve failin işlemiş olduğu suçun ağırlığıyla orantılı olmayan bir sorumluluk altına sokulamaz.

**Uzlaştırmaya başvurulması**

**Madde 264-** (1) Fail ve mağdur, uzlaştırmaya başvurmaya karar vermeden önce, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından, sahip oldukları haklar, uzlaştırmamanın işleyişi ve uzlaştırmaya başvurma sonuçları hakkında bilgilendirilirler. Tarafları uzlaştırma konusunda tam olarak bilgilendirmek üzere Adalet Bakanlığınca rehberler hazırlanır. Bu rehberler, uzlaştırmaya hangi suçlarda başvurulabileceği, uzlaştırmaya başvurulmasının koşulları ve uzlaştırmamanın ardından soruşturmanın durumu hakkında bilgi içerir.

(2) Cumhuriyet savcısı, kanunun uzlaşma yapılabilmesi olanağını verdiği hâllerde, faili bu Kanunun öngördüğü usullere göre davet ederek suçtan dolayı sorumluluğunu kabul edip etmediğini sorar.

(3) Fail, suçu ve uzlaştırmaya başvurmayı kabullendiğinde durum mağdura veya varsa vekiline veya kanunî temsilcisine bildirilir.

(4) Mağdur, uzlaştırma konusu olabilecek bir hizmet yerine getirildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.

(5) Uzlaştırmaya başvurulması zamanaşımını durdurur.

(6) Uzlaştırmaya başvurma ve sonuçta yapılan anlaşmayı yerine getirme tarafların isteğine bağlıdır. Taraflar uzlaştırmadan her zaman vazgeçebilirler.

(7) Failin veya mağdurun, ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeniyle uzlaştırmadan etkilerini ve sonucunu anlayamayacak olması hâlinde uzlaştırmaya başvurulamaz. Suçta birden çok fail veya mağdur bulunması hâlinde, bu failin veya mağdurun uzlaştırma sürecindeki işlevinin küçük olması koşuluyla uzlaştırmaya başvurulabilir.

#### **Uzlaştırıcı**

**Madde 265-** (1) Cumhuriyet savcısı, suç faili ile mağdur arasında uzlaştırma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir anlaşmaya varmalarını sağlamak üzere, tarafların üzerinde anlaştığı bir veya daha fazla kişiyi veya uzlaştırma hizmeti veren bir kuruluşu uzlaştırıcı olarak atayabilir.

(2) Uzlaştırmacılar, bu konuda eğitim almış ve mesleğinde en az beş yıllık tecrübeye sahip avukatlar arasından seçilir. Uzlaştırmacılar, barolarda tutulan listelere kaydedilir.

(3) Uzlaştırmacı olarak atanan kişi tarafsız hareket etmek zorundadır. Taraflardan biriyle arasında kişisel ilişki olan veya davaya kişisel olarak katılmış bir kişi uzlaştırmacı olarak atanamaz.

(4) Uzlaştırmacı yönetiminde gerçekleştirilecek toplantılarda uzlaştırmacı, uyuşmazlığın çözülmesi için taraflara çeşitli önerilerde bulunur ve tarafları anlaşmaları için teşvik eder. Uzlaştırmacı, tarafları belli bir çözümü kabul etmeye zorlayamaz.

(5) Uzlaştırma müzakereleri başlamadan önce, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme, dava konusu olaylar hakkında gerekli bilgi ve belgeleri uzlaştırmacıya verir.

(6) Uzlaştırmacı, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı veya mahkeme, bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir.

(7) Uzlaştırma süreci sonunda uzlaştırmacı, ilgili Cumhuriyet savcısına, yaptığı işlemleri, uzlaşmayı sağlayıcı müdahalelerini ve uzlaştırmadan sonucunu belirten

yazılı bir raporu on gün içinde sunar. Uzlaştırmanın başarısızlıkla sonuçlanması hâlinde, mümkünse bunun nedenleri raporda belirtilir. Bu raporda, tarafların uzlaştırma müzakereleri sırasında yaptıkları beyanlar ve verdikleri bilgiler açıklanamaz.

(8) Zarar uzlaşmaya uygun olarak giderildiğinde, Cumhuriyet savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir.

(9) Uzlaştırıcıların eğitimi, çalışma usul ve esaslarıyla ilgili diğer hususlar Başbakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.

#### **Uzlaştırma müzakerelerinin gizliliği**

**Madde 266-** (1) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma sürecinde, tarafların ve uzlaştırıcının görüşmelerde yaptıkları beyanlar, verdikleri bilgi ve belgeler, taraflarca izin verilmedikçe, daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırma müzakereleri sırasında, yakın bir zamanda işleme ihtimali olan bir suç hakkında öğrenilen bilgiler bu hükmün dışındadır.

(2) Uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması veya davaya devam edilmesi hâlinde, failin uzlaştırmaya katılması, uzlaştırma müzakerelerinde bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması, davada aleyhine delil olarak kullanılmaz.

#### **Davanın mahkeme tarafından uzlaştırmaya havale edilmesi**

**Madde 267-** (1) Uzlaşmaya tâbi bir suçtan dolayı kamu davası açıldığında, uzlaştırma işlemleri mahkeme tarafından da 264'üncü maddede belirtilen usule göre yapılır.

(2) Uzlaşmanın gerçekleşmesi hâlinde, davanın düşmesine karar verilir.

#### **Uzlaştırma giderleri**

**Madde 268-** (1) Uzlaştırıcıların ücretleri, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenir.

(2) Uzlaştırma veya dava açılmışsa yargılama işlemlerinin giderleri suç failince ödenir. Bu giderler ödenmeden kovuşturmaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilemez. Fail adli yardımdan yararlanıyorsa bu giderleri ödemez.

#### **Birden çok fail hâlinde uzlaştırma**

**Madde 269-** (1) Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok fail tarafından işlenen suçlarda sadece uzlaşan failler uzlaştırmadan yararlanır.