

CEZA ADALETİ SİSTEMİNE YENİ BİR YAKLAŞIM: TAMAMLAYICI BİR SİSTEM OLARAK “ONARICI ADALET” MEKANİZMASI

*Arş. Gör. Sercan TOKDEMİR**

“Cezalandırılan, topluma lekelenmiş olarak değil, temizlenmiş biri olarak dönmelidir.” Gustav Radbruch

Özet

Bu çalışmanın temel amacı onarıcı adalet anlayışının geleneksel ceza adaleti sistemine yeni bir yaklaşım olarak ortaya çıkışını ve bu sistemi tamamlayıcı bir disiplin olduğunu sistemler arası bir mukayese ile ortaya koymaktır. Bu çerçevede, onarıcı adaletin geçirdiği tarihsel süreç, tanımı, düşünce yapısı, uygulanan modelleri, temel ilke ve hedefleri eleştirel ve mukayeseli bir bakış açısıyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Onarıcı adalet, yeniden bütünleştirici kınama, mağdur-fail arabuluculuğu, geleneksel ceza adaleti, zararın onarılması.

Abstract

The main aim of this study is to reveal the emergence of restorative justice as a new approach to conventional criminal justice and a supplementary discipline for this system with a comparative intersystem. In this context, restorative justice will be discussed within a critical and comparative point of view dealing with historical process, definition, mentality, applied modals, the main principles and aims of it.

Key Words: Restorative justice, reintegrative shaming, victim-offender mediation, conventional criminal justice, repairing harm.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Giriş

Ceza adaleti sisteminde önemli olan dış âleme yansıyan bir fiilin, genel ceza ve özel ceza kanunlarında düzenlenen bir normu ihlal etmesidir. Dolayısıyla ihlal edilen bir normun var olması, sistemin en önemli özelliğidir. Fiilin bireye karşı değil, devlete karşı gerçekleştirildiği düşüncesi hâkimdir. Dolayısıyla ihlali gerçekleştiren kişi bazı müeyyidelerle karşılaşacaktır. İhlal edilen normu ve ona denk düşen müeyyideyi tespit edip düzenleme yapacak olan da devlettir. Şu halde norm koyma ve yaptırım uygulama devletin tekelindedir. Bu şekilde devlet gibi bir gücün tekelinde olan bir sistemde, suçun mağdurları ve suçun yol açtığı bireysel ve toplumsal zararlar göz ardı edilmektedir. Zararların telafisinden çok, faili esas alan bir sistemde, suçun yol açtığı çok boyutlu zararları bertaraf etmek ve suç mağdurlarını aktif hale getirmek ceza adaleti anlayışına yeni bir yaklaşımı gerekli kılmıştır. Şüphesiz bu da, “cezalandırma” ve “adalet” anlayışındaki algının farklılaşması ile gerçekleşebilir. Yani, yeni bir ceza adaleti sistemi ile mümkün olabilir. Onarıcı adaletin bunu uzun vadede sağlayacağı ifade edilmektedir. Onarıcı adalette suça ve suç işleyene da bakış farklıdır. Onarıcı adalette suç devlet ile fail arasındaki bir uyumsuzluk değil, bireyler arasında ortaya çıkan bir uyumsuzluk olarak kabul edilmektedir. Suçun devlete karşı değil, bireye karşı işlenen bir haksızlık olduğu kabul edilmektedir. Onarıcı adalet felsefesinin odak noktasında mağdur, fail ve toplum olmak üzere temelde üç aktör yer almaktadır. Dolayısıyla onarıcı adaletin temelinde suça yol açan fiilin bireye karşı gerçekleştirilmesi anlayışından hareketle, bu kişilerin uyumsuzluğun çözümü sürecine doğrudan katılmaları ve doğrudan etkilerinin olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu çerçevede onarıcı adalet, işlenen bir suçun tarafları olan fail, mağdur/mağdurun yakınları ve toplum temsilcilerinin belirlenen yer ve zamanda ve bir moderatör/arabulucu gözetiminde gönüllülük esasına bağlı olarak bir araya gelmeleri ve karşılıklı diyaloga geçmeleri olarak tanımlanabilir.

Biz de bu çalışmamızda ceza adaleti sistemi ile onarıcı adalet sistemi arasında, kavramsal boyutlarına da değinmek sureti ile bir mukayese yaptıktan sonra onarıcı adaletin tarihsel gelişimine değineceğiz. Çalışmanın odak noktası olarak onarıcı adaletin altında yatan düşünce, temel ilke ve amaçları ile dünyada kullanılan modellerini de anlattıktan sonra, mukayeseli bir bakış açısı ile onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif bir sistem mi, yoksa ceza adaleti sistemini tamamlayıcı bir sistem mi olduğu tartışmalarına girerek konumuzun

yelpazesini genişleteceğiz. Neticede onarıcı adaletin her ne kadar ceza adaleti sistemine alternatif bir sistem olduğu görüşü hâkim olsa da, ceza adaleti sistemini tamamlayıcı yeni bir mekanizma olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki kanaatimizi ortaya koyacağız. Son olarak onarıcı adalete yönelik yapılan temel birkaç olumlu ve olumsuz eleştiriye değinerek bir sonuç bölümü ile çalışmamızı tamamlayacağız.

A. Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım Olarak Onarıcı Adalet

1. Ceza Adaleti Kavramı

Adalet, hakkı gözetme, hırsızlık yapmama, herkese hakkını verme vb. anlamlara gelmektedir. Yani, doğruyu göstermek, doğruluktan ayrılmamak, adil olmak demektir.¹

Adalet ile ceza kavramları arasında sıkı bir ilişkinin varlığından bahsetmek mümkündür. Ancak adil bir cezalandırma ile cezalandırma herkes tarafından kabul edilir insan vicdanı tarafından onaylanabilir. Yani cezalandırmanın meşruiyeti adil bir cezalandırmaya dayanmaktadır. Şu halde cezalandırmanın adaletin gereği olduğu ifade edilebilir. Suçun bir haksızlık içerdiği kabul edildiğinde, cezalandırmanın bu haksızlığı gidermenin aracı olduğu söylenebilir. Demek ki cezalandırma, cezayı da

¹ Mahmut Gökpınar, "Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız", *TBB Dergisi*, Sayı: 77, 2008, s. 214. Adalet kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. Turhan Esener, *Hukuka Giriş*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2015, s. 57. ; John Rawls, adaleti "*toplumsal kurumların başta gelen erdemi*" olarak tanımlamaktadır. Düşünüre göre, "*nasıl ki doğruluk düşünce sistemlerinin ilk erdemi ise adalet de sosyal kurumların ilk erdemidir*". Bkz. John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, s. 3.; adaletin "*herkese kendi payına düşeni verme konusunda sonsuz ve sürekli çaba harcanması*" olarak tanımı hakkında bkz. Adnan Güriz, "Adalet Kavramı", s. 13. Makale için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf. Erişim tarihi: 29.04.2015, s. 14. ; başka bir tanım için bkz. Sezgin Seymen Çebi, *Sosyal Adalete Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış*, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2012, s. 27. ; hukuki değerlendirmelerin ölçüsü olarak adalet için bkz. Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, XII Levha Yayınları, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, İstanbul Kasım 2010, s. 41-45. ; adalet kavramı üzerine daha fazla bilgi için ayrıca bkz. Giorgio Del Vecchio, "Adalet ve Hukuk", (Çeviren: Ş.T.), bkz. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 1. Kitap, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, s. 21-23. ; adalet kavramının diğer bir tanımı için bkz. David Schmidtz, *Adaletin Unsurları*, (Çeviren: Hayrettin Özler), Liberte Yayınları, 1. Baskı Mayıs 2010, s. 21-22.

ortaya çıkararak bir gereksinim, bir ihtiyaçtır. Bu noktadan bakıldığında, ceza adaleti kavramı yerine “cezalandırma adaleti” kavramının kullanılmasının daha yerinde olduğu ileri sürülebilir. Şu durumda adaletin kimin için olacağı sorusunun yanıtlanması gerekmektedir. Şüpheli için mi, mağdur için mi adalet? Bu iki süje için adaletin toplamı da devlet için adalet demektir.² Ceza adaletinin temel gayesi, “suçlu insanı değil, insandaki suçluyu cezalandırmaktır”.³ Ceza adaleti suçun önlenmesi ve suçlunun iyileştirilmesini gaye edinir. “O hâlde ceza adaleti, “suç öncesi, suç sonrası yaptırımın belirlenmesi ve yaptırımın uygulanması aşamalarındaki adaletin toplamıdır.” Demek ki, cezalandırmadan evvel de adaletin sağlanması gerekmektedir.⁴

Ceza adaleti çeşitli adalet kavramlarının bir bileşkesi olarak kabul edilebilir. Bu bileşkenin bileşenlerinden birisi herkese eşit olanın verilmesi olarak ifade edilen denkleştirici adalettir. Burada herkes eşit işleme tabi tutulmaktadır. Buna objektif adalet de diyebiliriz. Diğer bileşenlerinden birisi orantılı eşitlik olarak ifade edilen dağıtıcı adalettir. Aynı suçu işleyenlerin farklı cezalara maruz kalması ya da herkese kusuru ölçüsünde cezanın verilmesi gibi durumlara uygulanan dağıtıcı adalet subjektif adalettir. Kuralı uygulayan bakımından uygulanan adalet de hakkaniyet olarak adalettir. Burada kuralı uygulayan polis, savcı veya hâkim somut olayın ve bireyin özelliklerini dikkate almaktadır.⁵ Ceza adaletinin sağlanması için cezalandırmanın amacı noktasından hareketle cezanın işlevi bu hususta önem arz etmektedir.

² Mustafa Serhat Kaşıkara, “Ceza Adaleti Açısından Hukuk Felsefesinin Yeri: Neyi Koruyoruz? Nasıl Koruyoruz?”, Antalya 2012, *Umut Vakfı-1993*, s. 2, 3. Makale için bkz. http://www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-III-3.pdf, Erişim tarihi: 19.04.2015.

³ Sami Selçuk, *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, İmge Kitapevi Yayınları, 1. Baskı, Ağustos 2009, s. 65.

⁴ Kaşıkara, *Ceza Adaleti*, s. 3.

⁵ Kaşıkara, *Ceza Adaleti*, s. 4. ; adalet türleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Sururi Aktaş, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Liberte Yayınları, 2011, s.187-199. ; Esener, s. 60-61. ; Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 64-65. ; Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji ve Devlet*, Der Yayınları, 6. Basım, İstanbul, 2014, s. 81-84.

2. Onarıcı Adalet Kavramı

Her şeyden önce belirtelim ki onarıcı adalet *Anglo-Sakson* hukuk sisteminin bir kurumudur. Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya, İngiltere ve Amerika başta olmak üzere dünyanın birçok yerinde kullanılmaktadır. Her ne kadar yaygın olarak onarıcı adalet (*restorative justice*)⁶ kavramı kullanılsa da bu kavram doktrinde "*toplumsal adalet*", "*iyileştirmeler yapma*", "*pozitif adalet*", "*ilişkisel adalet*", "*düzeltilici adalet*", "*toplum temelli adalet*" "*onarıcı yaklaşımlar*" gibi kavramlarla da ifade edilmektedir.⁷ Her ne kadar terminolojik olarak kavram tanımlanmaya müsait görülse de esasında göstermiş olduğu gelişim nedeni ile tanımı üzerinde bir fikir birliği de yoktur.⁸ Bu nedenle çeşitli tanımlar yapılmaktadır.⁹ Onarıcı adalet, "*mümkün olduğu ölçüde zararın tazmin ve telafisi veya suçun neden olduğu zararın ve yaralanmanın giderilmesi*" olarak tanımlanmıştır.¹⁰ Onarıcı Adalet Hakkında Birleşmiş Milletler Çalışma Toppluluğu (*United Nations Working Party on Restorative Justice*) onarıcı adaleti şu şekilde tanımlamıştır:

"*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*".¹¹

-
- 6 Biz de bu çalışmamızda **Onarıcı Adalet** kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. İngilizcede *restorative* kavramı kullanılarak "onarım" veya "düzeltme" kavramları ifade edilmek istenmiştir. *Restorative justice* kavramı ile de, mağdurların ve genel olarak toplumun uzlaşması ile faillerin ıslahına odaklanan ceza adaleti sistemi kastedilmektedir. *Restorative justice* kavramı için bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/restorative_justice. Erişim tarihi: 10.04.2017.
- 7 Mahmut Kaplan, "Onarıcı Adalet ve Türk Hukukuna Yansımaları", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2005, s. 62. ; Abdullah Batuhan Baytaç, "Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 118.
- 8 Baytaç, s.118-119. ; Kaplan, s. 62. ; Sercan Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey: Rethinking Honour Killings and Reconstructing the Community Using Restorative Justice System", *Law and Justice Review*, 2013, (4) : 2, s. 260.
- 9 Marian Liebmann, *Restorative Justice, How It Works*, Jessica Kingsley Publishing, Londra, 2007, s. 25.
- 10 Mustafa Serdar Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", s. 141.
- 11 Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 141.

Onarıcı adalet kavramı 21. yüzyılda çok geniş kapsamlı bir terim olarak kullanılmıştır. Öyle ki, onarıcı adalet kavramı "*Zorunlu mali ödemelerden (zararı karşılama/tazmin) gönüllü özürlerle (nedamet) ve 'prangalı hapisane' modeli çalışma grupları tarafından 'damgalı montlarla zorunlu kamu hizmet'ine, (Birleşik Krallık'da 'geri ödeme adaleti' adı verilmektedir)*" suçluların kefareti adına her şeyi kapsar hale gelmiştir.¹²

Modern anlamda onarıcı adalet sisteminde üç ana yöntem bulunmaktadır. *Sherman / Strang*'ın da ifade ettiği gibi¹³ bunlar arabuluculuk, zararı tazmin ve adalet görüşmeleridir.

Arabuluculuk: 1960'lı yıllardan beri ceza adaleti sisteminde pek çok yenilik yapılmıştır. Bu yeniliklerden biri ve en sık kullanılan uygulamalardan birisi de, mağdur ile fail arasında failin mağdur için ne yapabileceği (genelde para ödeme) konusunda mahkeme dışı bir anlaşma olan arabuluculuk sistemidir. Bu süreci "*mekik diplomasisi*" ile, yani yüz yüze olarak, uyuşmazlıkları çözmeye yetkili kılınan bir "*arabulucu*" yönetir.

Zararı Tazmin: Arabuluculuğa benzer bir diğer uygulama da hâkim tarafından verilen ve mahkeme içi bir yöntem olan zararı tazmin kararının verilmesidir. Bu yöntemde genelde mağdur ile fail arasında doğrudan bir temas olmaz. Devlete ödenen cezalarda olduğu gibi failin zararı tazmin etmemesi halinde hapis cezası tehdidi ona yüklenir.

Onarıcı Adalet Görüşmeleri: Bir diğer önemli onarıcı adalet yöntemi, arabuluculuk ve zararı tazmin uygulamalarından oldukça farklı olan, onarıcı adalet görüşmeleridir. Bunun da birçok çeşidi bulunmaktadır. Örneğin Yeni Zelanda ve Avustralya'da uygulanan aile grup görüşmeleri, Kuzey İrlanda'da uygulanan Genç toplantıları bunlardandır. Onarıcı adalet görüşmelerinin tanımında üç unsurun varlığını *Sherman/Strand* şu şekilde tespit etmektedir:

"Bir ya da daha fazla mağdurun, sorumluluğunu (yasal olarak suçu olmasa da) kabul eden suçlu ya da suçluların, her iki tarafın da arkadaş ve ailelerinin bir odada aynı anda tartışmalarını yönlendirmek üzere bir

¹² Lawrence W. Sherman - Heather Strang, "Delil Temelli Hüküm Olarak Onarıcı Adalet", *CHKD*, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, (Çeviren: Elif BEKAR CANPOLAT), s. 285.

¹³ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 287-289.

yöneticiyle birlikte bulunmaları"; "Mevcut bulunan herkese (suçlu da dâhil olmak üzere), suç ve sebep olduğu zarara ilişkin duygularını ifade edecek ve ne yapılması gerektiği hususunda öneride bulunacak kadar zaman tanınması"; "Yöneticinin, suçlunun ne yapması gerektiği konusunda grubun mutabakata vardığını ifade ederek görüşmeyi sonlandırma çabası..."¹⁴

Onarıcı adalet, ortaya çıkan ihlalden zarar görenin birinci derecede devlet değil, ihlale maruz kalan kişinin olduğu düşüncesinden hareketle, düzeltilmesi gerekenin mağdurun zararı olduğunu ifade eden bir kavramdır. Onarıcı adalet için kesin bir tanım yapamazsak da, ceza adaleti sistemine yeni bir katkı sağladığını rahatlıkla ifade edebiliriz. Suçun mağdurlarını, sanığı ve toplumu bir bütün olarak ceza yargılaması sürecine dâhil etmesi ile "ne oldu?", "zarar ne?" ve "ne yapılmalı?" sorularına cevap aramak için ortaya çıkmış ve vatandaşa, sürece dâhil olma imkânını vermiştir.¹⁵

a. Onarıcı Adaletin Tarihsel Gelişimi

Onarıcı adalet disiplininin 20. yüzyılın sonlarında ortaya çıktığı iddia edilse de, esasında eski sistemlerde de vardır. Bu disiplin tarihsel olarak Roma ve Yunan Uygarlıklarına kadar uzanmaktadır. Hint ve Japon medeniyetleri de dâhil, bu uygarlıklarda uyuşmazlıklar onarıcı adalet yaklaşımları ile çözülmüyordu. Örneğin, Veda dininde "*her kim gönül almış ise affedilecektir (he who atones is forgiven)*" tabiri, bu yöntemin köklerinin eski uygarlıklarda da kullanıldığını göstermektedir. Japon Budizmi de '*özür dileme/affetme (apologize/forgiveness)*' ye dayanan '*shimatsusho*' ve '*jidan*' anlayışları Japon ceza adalet sisteminde

¹⁴ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 287-289.

¹⁵ Bu çalışmalar üzerinden onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif olup olmayacağına dair tartışmalar ve karşılıklı reddiyeler için bkz. Umbreit, M. S. and B. Vos, "Homicide Survivors Meet the Offender Prior to Execution Restorative Justice through Dialogue." *Homicide Studies*, 200, 4(1): s. 63-87; Mizhael L.Radalet/Marian J.Borg, "Comment on Umbreit and Vos: Retributive Versus Restorative Justice", *Homocide Studies*, 2000, 4: 8, s. 88-92; Mark S. Umbreit, Reply to Radelet and Borg, *Homocide Studies*, 2000, 4: 93, s. 93-97; Sercan Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 260. Daha geniş bir tanım için bkz. Özlem Ayata Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin ve Uygulamasının Onarıcı Adalet Prensipleri ile Değerlendirilmesi", (*Yüksek Lisans Tezi*), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (İnsan Hakları Hukuku), s. 13.

onarıcı adalet uygulamalarının günümüzde de kullanıldığının açık göstergesidir. “*Shimatsusho sisteminde hatasını kabul edip pişmanlığını açıklayan bir özür mahiyetinde mektup; Jidan modelinde de ‘failin devletten ve mağdurdan özür dilemesi ve zararlarını gidermesi karşılığında mağdur ile fail arasında bir antlaşma yapılması esastır’*”.¹⁶ Hatta onarıcı adalet sistemi devlet yapısının olmadığı bir zamanda bile uygulanmıştır. Son otuz yılda onarıcı adalette yaşanan gelişmeler, bu sistemin ilk kez keşfi olmayıp, yeniden farklı yöntemleri ile gün yüzüne çıkması demektir.¹⁷

Onarıcı adaletin tarihsel sürecini iki döneme ayırarak kısaca inceleyebiliriz. Bu dönemlerin ilki antik dönemdir. Onarıcı adaletin çok köklü bir geçmişe sahip olduğu hatta insanlık tarihinde ilk adalet sistemi olduğu kabul edilmektedir.¹⁸ Antik dönemden günümüze değin dünyanın en yaygın ve en eski çözüm yöntemi olarak onarıcı adaletin kullanıldığını söylemek mümkündür. Onarıcı adalet devlet düzeninin olmadığı göçebe kabile yaşamında “*onarım müzakeresi*”¹⁹ adı altında uygulanmıştır. Bu dönemde uygulanan onarım müzakeresi sisteminde kabile dışından bir kimse hırsızlık ve öldürme gibi suçları işlediğinde kabilenin önde gelen yaşlıları iki kabile arasındaki müzakereleri düzenlerdi. Onarım müzakereleri mağdura veya kabilesine bir tazminat ödenmesi ile sonuçlanmaktaydı. Böylece kabileler arasında muhtemel saldırıların önüne de geçilmiş olunuyordu. Bu sistem, Avustralya’da Aborjinler, Mısır’da Bedeviler ve Amerika’da birçok yerli grup tarafından kullanılmıştır. Bunun yanında eski dönemin kanunlarında da onarıcı adalete ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı. Örneğin, *Hamurabi Kanunu*’nda mülkiyet ile ilgili suçlarda, “*mağdurun onarımı (zararın telafisi)*” düzenlenmişti. Sümerlerin, *Urnammu Kanunu*’na göre, “*her kim, bir kişinin gözünü çıkarırsa, gümüş Mina verecektir*” yönünde bir düzenleme yer almaktaydı. Bu örneklerin yanında eski dönemde onarıcı adaletin uygulandığı yönündeki fikirleri desteklemek adına İbrani Hukuku da incelenmiştir. İbranicede onarım (*shillum*) ve barış (*shalom*) kelimelerinin aynı kökten gelmesi eski İbrani Hukuku’nda da onarıcı

16 Özlem Çelik / Sercan Tokdemir, "Kamu Davası ve Toplumsal Algılar", Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Beta Yayınları Cilt I, Ekim 2014, İstanbul, s. 1514.

17 Baytaz, s. 119-120.

18 Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 286.

19 Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 286.

adaletin uygulandığını göstermektedir. Roma Hukuku'nda 12 Levha Kanununa göre hırsızlık suçunu işleyen kişi hakkında hırsızlığa konu eşyanın bedelinin iki katını ödemesine karar verilebiliyordu. Yine Cermen hukukunda öldürme suçunun da içinde olduğu bazı suçlar için onarıcı) bazı hükümlerin ve İngiliz hukukunda *Ethelbert Kanunları* 'nda mağdurun çekmiş olduğu fiziksel acıya mukabil tazminatın öngörülmesi, Avrupa hukukunda onarıcı adaletin olduğunu göstermektedir. Ayrıca *Konfüçyusçuluk*, *Budizm* ve *Taoizm* felsefe sistemlerinde ve *Anglo-Sakson* hukuk sisteminde de onarıcı adaletin varlığından bahsetmek mümkündür.²⁰ Son olarak İslam Hukuku da onarıcı adaleti destekleyen bir hukuk sistemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Biz de aşağıda İslam Ceza Hukuku'nda (*ukubat*) suçları genel olarak sınıflandırarak, verilen cezaların onarıcı adaletin amaçları ile ne dereceye kadar bağdaştırılabileceğini ortaya koymaya çalışacağız.

İslam Ceza Hukuku'nda suçlar üç bölüme ayrılır. Bunlar: Allah'ın haklarına karşı işlenen suçlar, bireyin çıkarına karşı işlenen suçlar ve taziren cezalandırılan suçlar. Allah'ın haklarına karşı işlenen suçlar had cezası gerektiren suçlardır. Had cezalarının özelliği miktarın belli olması ve değişmez cezalar olmasıdır. Hırsızlık, zina, yol kesme, İslam Dini'nin terk edilip başka bir dine geçilmesi, devlete karşı isyan bu kategoride yer alan suçlardır. Doğrudan bireyi ilgilendiren suçlar olan ikinci kategorideki suçlarda, bireyin haklarına önem verildiğinden mağdura affetme ve sulh yapma imkânı verilmiştir. Bireyin haklarına karşı işlenen bu suçlar kendi içinde ikiye ayrılır. Bunlar: adam öldürme ve adam yaralamadır. Bu suçlardan birisinin işlenmesi durumunda, suçun kovuşturulması ve failin cezalandırılması, zarar gören tarafa ya da onun miraççularına aittir. İslam Ceza Hukuku'nda kasten öldürme suçunu işleyene kısas uygulanır. Kısas, bir diğer ifade ile eşittik demektir. Cinayette ödeşme, misli ile ceza demektir. Bu durumda kasten öldürmede kısas eşitlik prensibi gereği ikinci bir öldürmedir. Burada kısas cana karşı yapılan kısastır. Kısasa uğrayacak kişinin yani katilin ölmesi, af, sulh ve kısas hakkının mirasla geçişi (katilin miras yolu ile kısas hakkına sahip olması) durumlarında kısas cezası düşer. Üçüncü kategori olan tazir suçları ise, bu iki kategori dışında kalan fillerin olduğu suçlardır. Öncelikle ifade eldim ki tazir, kelime anlamı olarak yasaklamak, cezalandırmak, zorlamak, terbiye etmek gibi anlamlara

²⁰ Baytaz, s. 120-121.

gelir. İslam Hukuku'nda tazir cezaları, hakkında herhangi bir ceza kuralı olmayan suçlardan dolayı iyileştirici, caydırıcı, terbiye edici tedbirler ve had cezası dışında kalan cezalardır. Allah'ın ve bireyin haklarına karşı işlenen ve İslam Ceza Hukuku tarafından cezası belli olan fiiller dışında kalan, ancak cezası önceden tayin edilmeyen bu fiillerin belirlenmesi ve cezasının tayini konusunda, fiilin ağırlığına ve failin ahlaki durumuna göre hâkimin (kadının) geniş bir takdir yetkisi vardır. Tazir cezaları, azarlama, dayak, hapis, sürgün ve hatta ölüm dahi olabilir.²¹

İslam Hukuku, farklı bir gelenekten gelmiş olsa da, onarıcı adalet sisteminde olduğu gibi, bireyin onuru hususuna vurgu yapan ve işlenen suçun etkilediği herkesin ıslah edilmesi imkânlarının olmasını destekleyen bir hukuk sistemidir. Belirtelim ki İslam Hukuku'nda, yukarıda da ifade edildiği üzere, suçlarda, Teamül Hukuku ve Kara Avrupa Hukuk Sistemleri'nde olduğu gibi bir sınıflandırma yapılmamaktadır. İslam Hukukunda özellikle *kıyas suçları*, onarıcı adalet çalışmalarının ilgi alanından biri olmuştur. Çünkü kıyas suçlarının mağdurlarına cezalandırma aşamasında bulunma imkânı verilmiştir. Mağdurlar, sanığı affedebileceği gibi, ceza verilmemesini de talep edebilir. Bunların dışında, mağdurlar, işlenen suçun verdiği zararı tazmin ettirme olarak bilinen *diyet* isteme imkânına da sahiptir.²² Kasten öldürme suçuna tatbik edilen esas ceza kıyas cezasıdır. Ancak, ölenin mirasçısı/mirasçıları, kıyasın uygulanmasını talep etmez ya da kıyas cezasının uygulanması mümkün değilse, mal olarak verilen bedele diyet denir.²³ Bu anlamda kıyas, onarıcı adalet çalışmalarına ilham veren uygulamaların olduğu küçük toplumlarda sıklıkla uygulanmaktadır. Ayrıca mağdurların, cezalandırma, affetme ve uzlaşma aşamasına katılımına izin verilmektedir. Nihayetinde, bazı farklılıklar olsa da, kıyasın onarıcı adaletin bazı amaçlarını yerine getirdiğini rahatlıkla söyleyebiliriz.²⁴ Belirtelim ki, İslam Hukuku'nda kıyas yerine suçluyu affetme teşvik edilmiştir. Mirasçılardan birinin suçluyu affetmesi diğerlerinin kıyas isteme hakkını da düşürür. Ancak affin hukuki sonucu

21 Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara 2014, s. 55-67.

22 Susan C. Hascall, "Restorative Justice in Islam: Should Qisas Be Considered a Form of Restorative Justice", *Berkeley J. Middle E. & Islamic Law*, 4: 35, s. 37-38.

23 Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 64.

24 Hascall, s. 38.

hakkında farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre affetmek karşılıksızdır. Mirasçı, katil ile diyet üzerinde anlaşmadan evvel katili affederse diyet alamaz. Mirasçı diyet karşılığı affetmişse, bu af değil sulh olur. Bu durumda, diyetin failin mirasçısı tarafından kabulü gerekir. Başka bir görüş der ki, affetmek doğrudan cezanın diyete dönüşmesidir. Bu durum failin isteğine bağlı değildir. Çünkü kısas cezasının düşmesine sebep olan sulh, diyet üzerinde karşılıklı anlaşmanın olması demektir.²⁵ Anlaşılacağı üzere İslam Hukuku'nda da af ve sulh gibi, onarıcı adaletin amaçlarını yerine getiren bazı kurumların varlığına rastlamaktayız. Bu kurumların, aşağıda görüleceği üzere, onarıcı adalet mekanizmasının bel kemiği hükmünde olduğunu ve hatta onarıcı adalet sürecinden asıl beklenenin de mağdurun faili affetmesi ve aralarında sulhun sağlanması olduğunu söyleyebiliriz.

Onarıcı adalet için ikinci dönem ise modern dönemdir. Onarıcı adaletin modern dönemdeki doğuşu 1970'li yıllardır. ABD ve Kanada'da çok az uygulanan onarıcı adalet programının modern dönemdeki ilk uygulaması ABD'nin Kaliforniya Eyaletine bağlı Ontario kentinde 1974 yılında gerçekleşmiştir. 1970'lerde başlayan onarıcı adalet anlayışı 1980'li ve 1990'lı yıllarda ivme kazanmıştır. Bilhassa 1990'ların ikinci yarısında *"Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı, birçok konferans ve programa ekonomik olarak destek vererek onarıcı adalet programlarının uygulamasının gelişiminde ve yayılmasında son derece önemli bir rol oynamıştır"*.²⁶ Avrupa'daki uygulamalara baktığımızda ilk örneklerinin Norveç (1981), Finlandiya (1983) ve Avusturya (1985)'da gerçekleştiğine şahit olmaktayız. 1980'lerin sonunda İtalya, İspanya ve Portekiz'de çocuk faillere yönelik olarak mağdur-fail arabuluculuk sistemi uygulanmıştır. Bu tür çalışmalara Almanya'da ise 1984'ten itibaren başlamıştır. Avrupa Konseyi de 1985 yılında ilk tavsiye kararını vermiştir. Akabinde Birleşmiş Milletler, 10-17 Nisan 2002 tarihinde düzenlenen 10. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Faillerin İyileştirilmesi Kongresinin sonucunda yayınladığı "Suç ve Adalet Üzerine Viyana Deklarasyonu" nun 28. Paragrafında, mağdurun, failin, toplumun ve diğer kesimlerin haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan onarıcı adalet politikalarına; mağdur-fail arabuluculuğu, aile grup konferansları, topluluk grup konferansları gibi onarıcı adalet

²⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 63-64.

²⁶ Baytaz, s. 121-122.

modellerine olan desteklerini açık bir şekilde ifade etmiştir. 18-25 Nisan 2005 tarihleri arasında gerçekleştirilen 11. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Faillerin İyileştirilmesi Kongresinde yayınlanan Bangkok Deklarasyonu'na göre, Birleşmiş Milletlere üye devletler, mağdurların menfaatlerinin korunması ve faillerin ıslahının gerçekleştirilebilmesi için onarıcı adalet sisteminin desteklenmesi gerektiğini bildirmişlerdir. Ayrıca Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin Onarıcı Adalet Programlarının Kullanılmasına ilişkin Temel İlkeleri yayınlaması, Birleşmiş Milletlerin konuya olan ilgisini açıkça ortaya koymaktadır²⁷. Son yirmi yılda onarıcı adaletin başta Avustralya, Kanada, İngiltere, Galler, Yeni Zelanda ve hatta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere diğer ülkelerde çok etkili ve önemli bir akım haline geldiği söylenebilir.²⁸

b. Onarıcı Adaletin Yapısı

Onarıcı adalette suç, devlet ile fail arasındaki bir uyumsuzluk değil, bireyler arasında ortaya çıkan bir uyumsuzluktur. Suç devlete karşı değil bireye karşı işlenen bir haksızlıktır. Onarıcı adalet felsefesinin odak noktasında mağdur, fail ve toplum yer almaktadır. Dolayısı ile onarıcı adaletin temelinde suça yol açan fiilin bireye karşı gerçekleştirilmesi anlayışından hareketle, bu kişilerin uyumsuzluğun çözümü sürecine doğrudan katılmaları ve doğrudan etkilerinin olması gerektiği ileri sürülmektedir²⁹.

Bir suç işlendiği zaman, haksızlık teşkil eden bu fiil hem mağduru ve faili hem de ilgili diğer kişileri, örneğin bunların yakınlarını, aile üyelerini ve hatta en geniş anlamda toplumu ve tüm vatandaşları etkiler. Onarıcı adalet, kanuna aykırı fiillerin ve karşılığında öngörülen yaptırımların amaçları ve doğallığı üzerine odaklanır. Bunun yanında onarıcı adalet, şu sorularla felsefik ve sosyolojik bir düzeyde kendisini gösterir: Suç, kanuna aykırı fiiller, müeyyide, zararın telafisi, uzlaşma ve toplumun menfaatleri gibi konularda yetki ve kontrol kimde olmalı?

²⁷ Baytaç, s. 121-122.

²⁸ Daniel Van Ness /Allison Morris/Gabrielle Maxwell, "Introducing Restorative Justice", in Allison Morris / Gabrielle Maxwell, *Restorative Justice for Juveniles Conferencing, Mediation and Circles*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, s. 4-5.

²⁹ Baytaç, s. 119.

Kanuna aykırı bir fiil işlendiğinde, bunun düzeltilmesi suçtan etkilenen olarak mağdurun mu, failin mi, yoksa toplumun mu menfaatinde? Suç teşkil eden fiillerin nefret suçları veya soykırım gibi bireysel ve toplumsal düzeydeki suç tiplerine yol açtığı farz edilse, bu noktada nasıl hareket edilecektir? Bu meyanda onarıcı adalet, modern anlamda 1970'lerde sert ceza adaleti sisteminin ne suçları önlemede caydırıcılığı ne de failleri ıslahta başarılı olduğuna yanıt olarak, sosyal bir pratik (*a social practice*) düzeyinde başlamıştır.³⁰ Onarıcı adalet modern zamanda aşağıdan yukarı (*from bottom to up*) yani tabandan doğru gelen bir sosyal hareketlenme (*a social movement*) örneği olarak da görülebilir.

Suçun yol açtığı yaraların sarılması, sulh ve barışın sağlanması için ortak bir uzlaşma planının üzerine varılacak mutabakat ve bunun şartlarının uygulanması onarıcı adalet sürecini ifade eder. Bu çerçevede onarıcı adalet sürecinin her ne kadar klasik yargılama öncesinde gerçekleştirilmesi esas olsa da, yargılama esnasında ve sonrasında da bunun yapılması mümkündür. Onarıcı adalet düşüncesine göre suç, mağduru, faili, onların yakınlarını ve hatta toplumu etkileyen bir haksızlık olarak tanımlanmaktadır. Ceza adaleti sisteminin önceliği de suçun yol açtığı bu yaraların sarılması olmalıdır. Bu düşünce yapısı suçun yol açtığı yaraların sarılması adına yeni bir anlayış önermektedir. Bu yeni anlayışta da pişmanlık, özür, utanma ve duyguların açığa vurulması önem arz etmektedir. Getirmiş olduğu bu yeni anlayış ile onarıcı adalet uygulamasının ceza adalet sisteminin eksikliklerini tamamlamada yarar sağlayıp sağlamayacağı tartışılmaktadır. Bu tartışmalara göre, onarıcı adalet uygulamaları yaygınlaştıkça klasik ceza adaleti sisteminden sapma (*diversion*) olacak ve böylece mahkemelerin iş yükü azalacaktır. Onarıcı adalet uygulamaları ile suçun yol açtığı maddi yaraların yanında manevi yaraların da kısa sürede sarılma imkânı elde edilmiş olacaktır. Çünkü bu süreçte amaç faili cezalandırmak olmayıp, öncelik zararların telafisidir. Süreç içerisinde failin verdiği maddi zararı telafi etme planını ve/veya özrünü kabul eden mağdur, suçtan dolayı oluşan manevi yükün/ kafa meşguliyetinin ağırlığından kurtulabilecektir. Manevi zarar süreklilik arz ettiği için bundan kurtulmanın tek yolu af ya da sulhtur. Bir diğer ifade ile fail ile mağdur arasındaki husumetin giderilmesi olup onarıcı adalet süreci de bunu sağlayacak bir zemindir. Onarıcı adalet uygulamasında fail şekli sistem

30 Carrie Menkel-Meadow, "Restorative Justice: What is It and Does It Work?", *The Annual Review of Law and Social Science*, 2007, 3: s. 2, 3, 10.

içine girmediği için, failin kendisi değil, onun işlediği suç kötülenmektedir. Böylece suçlunun damgalanmasının önüne geçilmiş olur. Bu imkânı elde eden suçlu hatasını anlayıp kendine çeki düzen verme ve suç işleme yönünde bir fırsat yakalamış olmaktadır. Bununla beraber, bir saldırı ya da tecavüz karşısında öfkeye kapılan ve intikam duygusu besleyen mağdurların bu duygularının kontrol edilebilir sınırlara çekilmesi gerekir. Aksi takdirde, mağdur olan kişi, mağdur eden konumuna geçebilir. Bu da, karşılıklı olarak gerilimin ve şiddetin daha da artmasına sebep olabilir. Onarıcı adalet sürecinde muhatap alınan ve failin yol açtığı mağduriyetler hakkında ondan açıklama alan mağdurun öfke ve intikam duygularının kontrol edilebilir sınırlara çekilmesinde failin sorumluluğunu kabul ederek özür dilemesi ve yaralarının sarılması konusundaki iradesini ortaya koyması önem arz etmektedir. Bunun ayrıca fail için de pozitif tarafları vardır. Biçimsel sisteme dâhil olmayan ve ceza infaz kurumlarının "kriminojenik" ortamı ile tanışmayan fail birçok olumsuzlukları (topluma uyum, bir iş edinip çalışabilme zorluğu gibi) yaşamaktan da kurtulmuş olacaktır. Bu şekilde hürriyeti kısıtlanmayan fail normal yaşantısını sürdürmüş olacaktır. Failin ayrıca tekrar suç işlememesi ve ıslahının sağlanması, cezalandırma yerine zararları telafi etmeye odaklı ve özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırımları en son çare olarak gören bir sistem ile daha kolay olacaktır. Bu durum ayrıca toplumu da olumlu yönde etkileyecektir. Islah olan bir fail tekrar suç işlemeyeceği için toplumda suç oranları ve suçun yol açtığı mağduriyetler azalacaktır. *"Onarıcı adalet uygulamasıyla kısa süre içerisinde zararı giderilen ve husumetin de ortadan kalkması ile kendisini "emin" hisseden mağdur ve toplum açısından gerçek manada "adaletin tecellisi" gerçekleşebilecektir".*³¹ Bu söylenenler çerçevesinde kısaca ifade edelim ki; onarıcı adalet, biçimsel olmayan bir sistem olarak hem mağdurları ve aileleri hem de toplumu, bu tarafların çoğulculuğunun olduğu bir katılım zemininde ıslah etmektedir.³²

Onarıcı adalet disiplinini temellendiren bazı teorilere/yaklaşımlara da değinmek gerekmektedir. Onarıcı adalet görüşmeleri üzerine politik tartışmalar iki ahlaki teori üzerine temellendirilmiştir. Bunlardan biri deontolojik ahlak diğeri de faydacı ahlaktır. Deontolojik ahlak anlayışı,

31 Şener Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar", *Polis Bilimleri Dergisi Cilt:13 (4)*, s. 129-132.

32 John Braithwaite, "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice*, Vol. 25 (1999), s. 1.

"durum ne olursa olsun sonuçlarına bakmaksızın kusurluluk ve hak etme gibi ahlaki ilkelere bağlı kararlar vermek ister." Deontolojik ahlak anlayışı, gerek süreçte gerekse adalet dağılımında eşit kararların nasıl verileceği ve hangi kararların verileceği konularında tutarlılık felsefesidir. Faydacı ahlak anlayışı ise, "ampirik" olarak fayda-maliyet analizi felsefesi olup, suçlulara işkencenin yapılmaması ve adil yargılama olmadan suçluların hapsedilmemesi gibi insan hakları ilkeleri ile sınırlandırılabilir. Bu noktalardan hareketle, faydacılar daha az zarar ortaya çıkacaksa onarıcı adalet görüşmelerinin uygulanması taraftarıdır. Faydacılar şu halde daha fazla zarar ortaya çıktığında onarıcı adalet görüşmelerini reddetmekte; tüm tarafların (mağdur, suçlu ve toplum) katılımı hesaba katıldığında görüşmeler zararı minimize ediyorsa kabul etmektedirler. Ahlak-bilimciler suçluların daha az toplam zarara ulaşmanın yolu olarak kullanılmasına karşı gelmekte ve onarıcı adaleti reddetmektedirler.³³

Onarıcı adalet görüşmeleri mağdurlar ve suç üzerine etkileri bakımından geniş bir teoriler yelpazesine sahiptir. Mağdurların onarıcı adalet görüşmelerinden faydalanmaları gerektiği üzerine temellendirilen teoriye göre, onarıcı adalet görüşmeleri travma sonrası stres emarelerini azaltmaktadır. Bu yüzden onarıcı adalet görüşmelerinden faydalanılmalıdır. Failin de içinde olduğu güvenli bir ortamda suçla ilişkin öykü tartışılırken, işlenen suç tekrar hatırlanmaktadır. Böylece, mağdurdaki "şartlanmış tepki" onarıcı adalet görüşmeleri esnasında yaşanan hassasiyetleri azaltıcı yönde etki göstermektedir. Bir diğer teori de *süreçsel (prosedürel) adalet teorisi*³⁴dir. Bu teoriye göre, insanlar, yasal otoritenin eşitlik ve saygı muamelesi karşısında hukuk sistemini daha meşru görürler. Ayrıca, onarıcı adalet görüşmeleri, suçlu ve diğer kimseler (hâkim, savcı, avukat vb.) tarafından dinlenen, ancak ceza adaleti sistemi tarafından daima susturulan mağdurun duyduğu öfkeyi de azaltmaktadır. Başka bir teori ise onarıcı adalet görüşmelerinin mağdur ve suçluların yanı sıra diğerlerine olan etkilerini ölçen bir teoridir. Bu teoriyi savunanlara göre, insanların yasal normlara olan bağlılıklarını arttırmak için onarıcı adalet görüşmeleri yapılarak insanlar bir araya getirilmelidir. Bir araya gelme, onarıcı adalet görüşmeleri sırasında yapılan toplantılardaki pozitif enerjiyi de arttırıcı yönde etki yapar.

³³ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 289-290.

³⁴ Ayrıca bkz. Braithwaite, "Restorative Justice", s. 41-42.

Böylece onarıcı adalet görüşmeleri sayesinde hem mağdurlar hem de suçlular hayata daha pozitif bakmaktadırlar. Bu toplantılar, onları kanunlara uymaya ve ahlaki düzeyde kanunlara bağlı kalmaya yardımcı olmaktadır. Diğer önemli teoriler de onarıcı adalet görüşmelerinin tekrar suç işleme üzerine olan etkisini inceleyen yeniden bütünleştirici kınama, dönüm noktası ve suçtan vazgeçme gibi kriminolojik teoriler olarak sıralanabilir.³⁵

Burada özellikle *John Braithwait*'in *Reintegrative Shaming (Yeniden Bütünleştirici Kınama)* teorisini kısaca irdelemek gerekir. Yeniden bütünleştirici kınama teorisine göre, eğer insanlar etkili olacak şekilde işlenen suça dair kınanabilirlik hissiyatını aralarında konuşur ve müzakere ederlerse toplumdaki suç oranları da azalır. İhlal edici davranış insanlar arası bir diyalog süreci ile kınanmazsa, daha fazla ihlal olacaktır.³⁶ Bir diğer teori de, suçu işleyen failin kınanabilirliğini müzakere eden "*damgalama/lekeleme (stigmatization)*" teorisidir. Damgalama teorisi ile yeniden bütünleştirici kınama teorisi arasındaki fark nedir? Yeniden bütünleştirici kınama teorisine göre, suç işleyen kişi hem işlediği suçla sebep olduğu ihlalin hem de aynı suçu bir daha işlememesi gerektiği hususunun farkına varmalı. Bu teoriye göre bu iki hususun müzakere edilmesi gerekir. Bir diğer ifadeyle, suçlunun kendisi değil, suçlunun işlediği fiil ile yol açtığı ihlalin kınanabilirliği müzakere edilmelidir. Damgalama teorisinde ise bütünleştirici kınama teorisindeki gibi kişinin işlediği fiil değil, fiili işleyenini yani failin kınanması gerekmektedir. Yeniden bütünleştirici kınama teorisinde, failin kendisi değil, failin işlediği fiilinin kötülüğü müzakere edilir. Fail, suç niteliğinde kötü bir fiili gerçekleştirse de, herkes gibi bir insan olarak kabul edilir.³⁷ Failin işlediği fiilin bir neticesi olarak ortaya çıkan haksızlık, onun fiilinin kötülüğüdür. Bu, onun iyi bir insan olmadığı anlamına gelmez.

Damgalama teorisinde ise, suç işleyene kötü bir insan olarak bakılmaktadır. Bu nedenle suç işleyen affedilmemelidir. Bu şekilde bir yaklaşımla, fail daimi olarak bu kötülüğü ile baş başa bırakılmaktadır. Buna mukabil, yeniden bütünleştirici kınama teorisinde faili affetmek

³⁵ Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 290-292.

³⁶ John Braithwaite, "Shame and Criminal Justice", *Canadian Journal of Criminology*, July 2000, 42: 3; s. 281-282.

³⁷ Braithwaite, "Shame and Criminal Justice", s. 281-282.

önemli bir husustur. Teorinin kurucusu olan *Braithwaite*'e göre, yeniden bütünleştirici kınama teorisinde failin fiilinin kınanması ve bunun müzakere edilmesi, aynı suçların tekrardan işlenmesini önleyecektir.³⁸ Bu teori suç işleyenden ziyade, suç işleyenin gerçekleştirdiği fiilin kınanması odaklı olup, tabir yerindeyse suçun taraflarından oluşan '*yeniden bütünleştirici merasimler*' öngörmektedir.³⁹ Netice itibari ile *Braithwaite*, sıklıkla faili damgalayıcı kınama (*stigmatic shaming*) ile failin eyleminin kınanması olan yeniden bütünleştirici kınama (*reintegrative shaming*) arasındaki farkı dile getirmektedir.⁴⁰

Onarıcı adalet, toplumu da dâhil ederek mağdur ile suç/suçlu arasındaki bağları onaran pozitif ve üretici bir yaklaşım sağlar. Burada, toplum kavramının onarıcı adalet sürecine dâhil edilmesi önemli rol oynar ki bu göz ardı edilemez. Bu noktada *Zehr* ve *Mika*, *kolektif sorumluluk* kavramının altını çizerek onarıcı adalet sürecinin toplumun adaleti olduğunu şu ifadelerle dile getirirler: “Toplum suçun mağdurlarının gereksinimlerini karşılamak adına onlara yardım etmek ve onları destekleme sorumluluğu altındadır. Toplumun, suç faillerini topluma kazandırmak için gerekli gayreti göstermek noktasında onları destekleme sorumluluğu da vardır”.⁴¹ Demek ki, toplumun onarıcı adalet sürecinde önemli bir rolü bulunmaktadır. Durum böyle olsa da, toplum kavramı onarıcı adalet pratiğinin ve teorisinin içinde tanımlanması güç bir kavram olarak durmaktadır. Yine de, toplum kavramı onarıcı adalet paradigması içinde, failin topluma yeniden entegrasyonu ile mağdur ve

38 Braithwaite, "Restorative Justice", s. 3, 38-39.

39 Adam Hunsberger, "Restorative Justice in Theory," *Undergraduate Transitional Justice Review*: Vol. 2013 (4) : Iss. 1, Article 2. s. 10. <http://ir.lib.uwo.ca/undergradtjr/vol4/iss1/2.10>.

40 Gabrielle Maxwell / Allison Morris "Restorative Justice and Reconviction, Contemporary Justice", *Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 2002, 5: 2, s. 143. 133-146.

41 George Pavlich, "What are the Dangers as well as the Promises of Community Involvement?," *Critical Issues in Restorative Justice*: 173-183, 2004, s. 173, in H. Zehr and B.Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*, Cullompton Devon: Willian Publishing; Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 271; Zehr / Mika, *Fundamentals Concepts of Restorative Justice*", *Contemporary Justice Review* 1998, 1: s.52; Gaudreault, *The Limits of Restorative Justice*, Proceedings of the Symposium of the École Nationale De La Magistrature, Paris: Édition Dalloz. Leído en http://www.victimswweek.gc.ca/pub/arlg_1.html, s. 3.

toplumun ıslahı sürecinde anahtar bir unsur olarak sıklıkla vurgulanmaktadır.⁴²

Onarıcı adaletin yapısındaki bir husus da bu sistemin baskıcı-olmayan (*non-domination*) bir sistem olmasıdır. Braithwaite, taraflardan biri onarıcı adalet konferansı, çemberi vb. herhangi bir onarıcı adalet sürecine katılmak ister ve bir şey söylemek isterse, onun bu katılımının engellenmemesi gerektiğini ifade eder.⁴³

c. Onarıcı Adaletin Temel İlkeleri ve Amaçları

Tüm dünyada çeşitli biçimlerde uygulana gelen onarıcı adalet modellerinde temel ilkelerde yeknesaklığın sağlanması amacıyla Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi, onarıcı adaletin temel ilkelerini belirleyen 13 Nisan 2000 tarihli kararını yayınlamıştır. Kararda öncelikle terimsel birliğin önemi vurgulanmış ve onarıcı adalet, onarıcı bir sürece ve sonuca sahip modellerin hepsini kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. *Onarıcı sonuç* uygulanan onarıcı adalet programının neticesinde tarafların zararın telafisi hususunda anlaşması olarak tanımlanmıştır. *Onarıcı süreç* ise "uygulanacak olan onarıcı adalet programının niteliğine göre failin, mağdurun, bu kişilerin yakınlarının ve toplumun doğrudan katılımı ile zararın giderilmesi amacıyla gerçekleştirilen süreç" olarak tanımlanmıştır.⁴⁴ Bunun yanında kararda onarıcı adaletin ceza muhakemesi hukukunda bulunan tüm aşamaları haiz olması gerektiği de dile getirilen bir diğer önemli husustur. İlgili onarıcı adalet programına katılacak olan tarafların katılımının gönüllü olması esastır. Taraflar istedikleri zaman herhangi bir aşamada ayrılma imkânına sahip olmalıdır. Onarıcı sonucun akla ve mantığa uygun, orantılı bir kararı içermesi gerekir. Burada asıl dikkate değer husus ise

⁴² Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 268. Makro ve mikro düzeyde toplum kavramlarının onarıcı adalet disiplini içindeki rolleri için bkz. McCold, "What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice", *Critical Issues in Restorative Justice*: 2004, s. 155-172.

⁴³ John Braithwaite, "Settings Standards for Restorative Justice", *The Centre for Crime and Justice Studies*, s. 565.

⁴⁴ Karar için bkz. <http://www.un.org/documents/ecosoc/docs/2000/e2000-30.pdf> Erişim tarihi: 07.04.2017.

failin onarıcı adalet programına katılmasının yasal süreçte failin suçlu olduğu yönünde bir delil teşkil etmemesidir.⁴⁵

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin söz konusu bu kararı da nazara alınarak tüm onarıcı adalet modelleri için uluslararası ortak temel ilkeler şu şekilde özetlenebilir:⁴⁶

1. İlke: Suçlar en evvel mağdurlara, ikinci olarak devlete karşı işlenmiştir.

2. İlke: Mağdur-fail ilişkisinin yeniden düzeltilmesi için, yani onarılması için failin, mağdurun zararlarını tazmin ve telafi etmesi önemli bir etkidir.

3. İlke: Mağdurun zararlarının giderilmesi genel olarak bir miktar paranın ödenmesi veya toplum adına bir hizmette bulunulması şeklinde olmaktadır.

4. İlke: Mağdurlar üzerinde failleri affetmeleri ve onlarla uzlaşmaları noktasında baskı olmamalıdır. Mağdurlar hazır olana kadar beklenmelidir.

5. İlke: Failler işledikleri suçun sorumluluğunu üzerine almalı ve faillere de düzelme imkânı verilmelidir.

Bir görüş, onarıcı adaletin beş prensibi üzerinde uzlaşma sağlandığını ileri sürmektedir. Bunlar: Tarafların tamamının gönüllü katılımı, zararın giderilmesi, tam ve doğrudan sorumluluğun üstlenilmesi, yeniden bütünleştirici yaklaşım, toplumun güçlendirilmesi ve gelecekteki zararların önlenmesidir. Bir diğer görüş ise onarıcı adaletin prensiplerini onarıcılık prensibi, tarafların katılımı prensibi ve toplumun dönüşümü prensibi olmak üzere üç ana başlıkta toplamaktadır. Onarıcı adalet süreci, yukarıdaki temel ilkeler doğrultusunda, çeşitli programlarla (mağdur-fail rabuluculuğu, aile ve grup konferansları gibi), suçtan etkilenen tarafların tamamını bir araya getirerek, uyumsuzlukların çözülmesini sağlayan bir süreçtir. Bu süreçte, suçtan etkilenen kişiler bir araya gelerek, uyumsuzluğun çözümü noktasında anlaşmaya dayalı sonuçlara ulaşmayı hedeflemektedir.⁴⁷

⁴⁵ Baytaç, s. 122-123.

⁴⁶ Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 142.

⁴⁷ Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 14-17. Ron Clasen tarafında ortaya konulan temel prensipler üzerine ayrıca bkz. s. 17-18.

Onarıcı Adalet Programları'nın Ceza Konularında Kullanılmasına İlişkin Temel İlkeler başlıklı BM Karar taslağında da onarıcı adalet, “*bir suçtan etkilenen mağdur, fail ve/veya diğer kişi ya da kurum üyelerinin çoğunlukla adil ve tarafsız bir üçüncü tarafın yardımıyla suça ilişkin meselelerin çözüm sürecine aktif olarak katıldıkları*” süreçler şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁸ Söz konusu bu süreçte her ne kadar taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesi hedeflense de, amaç sadece taraflar arasında bir anlaşmanın yapılmasını sağlamak değildir. Mağdurun zararının onarılacağı en makul çözüm araştırılırken, ayrıca failin davranışının insani sonuçları ile yüz yüze gelmesi ve bunun yol açtığı etki neticesinde suç teşkil eden eyleminin kabul edilemez olduğunu anlaması da amaçlanmaktadır.⁴⁹

Dolayısı ile işlenen suçun yol açtığı zararların telafisini amaç edinen onarıcı adalet, suçtan etkilenenlerin katılımını elzem gören bir süreçtir.⁵⁰ *Liebmann'a* göre, onarıcı adaletin amacı, suçun işlenmesi ile mağdurların, faillerin ve toplumun bozulan refahını yeniden getirmek ve suçun tekrardan işlenmesini önlemektir.⁵¹ Onarıcı adalet, görüldüğü üzere hem faili hem de mağduru ve hatta toplumu sürece dâhil etme amacını taşıyan bir disiplindir.

d. Onarıcı Adalet Modelleri

Albert Eglash tarafından 1958 yılında yazılan bazı makalelerde kullanılan ve *Howard Zehr* tarafından düşünce yapısının temelleri ortaya atılan “*Onarıcı Adalet*” kavramı ve bu kapsamda geliştirilen alternatif programlar en başta Yeni Zelanda, Kanada, Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Finlandiya olmak üzere seksenden fazla ülkede uygulanmaktadır. Bilhassa Yeni Zelanda, Avustralya ve Kanada “onarıcı adalet felsefesinin yayılması ve çeşitli formlarının uygulanmasındaki başarıları” ile buna öncülük etmişlerdir. Bunun yanında bölgesel düzeyde de bu çalışmalar önem kazanmıştır. Bu konuda

48 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “Ceza Meselelerinde Arabuluculuk” konulu R (99)19 sayılı tavsiye kararı. Karar için bkz. [http://ankaratahkim.com/R%20\(99\)%2019%20SAYILI%20TAVSIYE%20KARARI.pdf](http://ankaratahkim.com/R%20(99)%2019%20SAYILI%20TAVSIYE%20KARARI.pdf). Erişim tarihi: 07.04.2017.

49 Özyiğit, “Türkiye’de Uzlaşma Kurumu’nun Yasal Çerçevesinin”, s. 21.

50 Adam Hunsberger, “Restorative Justice” s. 4.

51 Liebmann, s. 25.

Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler, onarıcı adalet anlayışının ve modellerinin üye ülkelerin ceza adaleti sistemleri içerisinde kullanılmasının yaygınlaştırılmasına dair kararlar almaktadırlar.⁵²

Onarıcı adalet uygulamalarında onarıcı süreçte üç temel aktör vardır. Bunlar fail, mağdur ve toplumdur. Bu üç aktörün de aktif olarak sürece katılmaları esastır. Mağdur bu sürecin ortasındadır. Geleneksel ceza adaletinde olduğu gibi süreci devlet belirlemez. Burada amaç cezalandırma değil, suçun sebep olduğu yaraların sarılmasıdır.⁵³ Bu temel adalet anlayışından yola çıkarak onarıcı adalet sisteminde kullanılan başlıca modelleri şu şekilde sıralayabiliriz: Mağdur-fail arabuluculuğu (*victim-offender mediation*), aile grup konferansları (*family group conferences*), topluluk grup konferansları (*community group conferences*), cezalandırıcı halka (*sentencing circles*), topluluk panelleri (*community panels*) günümüzde uygulama alanı bulan modellerdir.⁵⁴ Zararların telafisini esas alan denetimli serbestlik ve toplum heyetleri (*reperative probation and community boards and panels*) de bunlara eklenebilir.⁵⁵ Bunların yanında, toplum adalet komiteleri ve

52 Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 133-134.

53 Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 133.

54 Hunsberger, "Restorative Justice", s. 7; Tokdemir, Honor Crimes in Turkey, s. 260, 261; Howard Zehr / Harry Mika, Fundamental Concepts of Restorative Justice", *Contemporary Justice Review*, 1998, 1: s. 47-55; Paul McCold, "What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice." *Critical Issues in Restorative Justice: 2004*, s.161, bkz. H. Zehr and B.Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*, Cullompton, Devon: Willian Publishing; Arlene Gaudreault, The Limits of Restorative Justice. Proceedings of the Symposium of the École Nationale De La Magistrature, Paris: Édition Dalloz. Leido en http://www.victimweek.gc.ca/pub/arl_g_1.html, 2005, s. 1-10; Johannes Wheeldon, "Finding Common Ground: Restorative Justice and Its Theoretical Construction (s)." *Contemporary Justice Review*, 2009, 12(1): s. 97-98; Barbara Hudson, "Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice?" *British Journal of Criminology*, 2002,42(3): s. 616-634; Theo Gavrielides, "Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy", *European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI) Part 2007*, s. 29-35, Baytaş, s. 119. Onarıcı adalet türleri hakkında daha fazla bilgi için ayrıca bkz. Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 142-148.

55 Denetimli serbestlik ve toplum heyetleri modelleri için bkz. <http://www.arabulucu.com/cocuk-genclik-akran-arabuluculuk/cocuk-adaletsisteminde-onarici-adalet-anlayisi-ve-cocuk-arabuluculuğu>, Erişim tarihi: 26.02.2015.

hakikat komisyonları da onarıcı adaletin diğer uygulama örnekleridir.⁵⁶ Hatta günümüzde onarıcı adaletin kasten adam öldürme gibi sonuçları ağır olan suçlarda dahi uygulama örneklerine rastlamak mümkündür.⁵⁷ Ayrıca, onarıcı adaletin nefret suçları ve namus suçları gibi zor davalardaki potansiyelini anlamak için daha fazla ampirik çalışmaların yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁵⁸ Belirtelim ki, bu modellerin hepsini incelemek çalışmamızın çok ötesindedir. Biz, onarıcı adalet modellerinden sadece mağdur-fail arabuluculuğu konusunu temel esasları ile kısaca inceleyeceğiz.

*Ceza Adaleti Sisteminde Mağdur-Fail Arabuluculuğu (Victim-Offender Mediation)*⁵⁹: Mağdur-fail arabuluculuğu en yaygın onarıcı adalet modeli olup, "eğitilmiş bir arabulucunun yardımı ile mağduru ve failin güvenli ve denetimli bir ortamda bir araya getirilmesi sürecini ifade eder."⁶⁰ "Genel manada onarıcı adalet felsefesi üzerinde gelişen ve ilk olarak 1970'li yıllarda Kanada'da uygulamaya konulan "mağdur-fail uzlaşması" profesyonel ve eğitilmiş bir arabulucu nezaretinde fail ve mağduru gönüllü olarak başlattığı ve devam ettirdiği yüz yüze görüşme ve diyaloga geçme seansları" şeklinde tanımlanabilir.⁶¹ Bu sürece "mağdur-fail konferansı", "mağdur-fail görüşmesi" veya "onarıcı adalet görüşmesi" gibi başka isimler de verilmektedir. Bu programlarda fail ve

56 Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 138.

57 Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 260.

58 Mark Walters / Carolyn Hoyle, "Healing Harms and Engendering Tolerance: The Promise of Restorative Justice for Hate Crime (From Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, 2010, s. 228-248, Neil Chakraborti, ed.-See NCJ-232732)."; Tokdemir, "Honor Crimes in Turkey", s. 271-272. Ayrıca polis faaliyetlerinde onarıcı adaletin gelişimi noktasında polisin onarıcı adaletteki rolü hakkında bkz. Carolyn Hoyle, "Policing and Restorative Justice", in G. Johnstone, and D. Van Ness (eds), Handbook of Restorative Justice, Cullompton, Devon: Willan Publishing, Chapter 16: s. 292-311; hapisane ve onarıcı adalet programları hakkında bkz. Daniel W. Van Ness, "Prisons and Restorative Justice", in G. Johnstone, and D. Van Ness (eds), Handbook of Restorative Justice, Cullompton, Devon: Willan Publishing, Chapter 17: s. 312-324.

59 Tarihi gelişimi hakkında bilgi için bkz. Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 133-134.

60 <http://www.arabulucu.com/cocuk-genclik-akran-arabuluculuk/cocuk-adalet-sisteminde-onarici-adalet-anlayisi-ve-cocuk-arabuluculuğu>, Erişim tarihi: 26.02.2015.

61 Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 135.

mağdur meydana gelen suçu, nedenlerini ve etkilerini yüz yüze görüşebilme ve duyguları paylaşabilme imkânı elde ederler. Mağdur, uğradığı maddi ve manevi kayıpları ve kendisine karşı işlenen suçun hayatında yol açtığı yaralar hakkında konuşma şansı bulur. Bunun mukabilinde de fail, işlediği fiille mağdura ve topluma verdiği zararı görür ve hisseder. Fiilin yol açtığı neticeleri daha iyi görerek pişmanlık ve sorumluluğu kabul etme yönünde ilerleme sağlar. Fail, işlemiş olduğu fiile ve vermiş olduğu zararlara rağmen, “mağdur-fail uzlaşması” zemininde insan olarak saygı gördüğünü fark eder. Böyle bir atmosfere giren fail, pişmanlık ve özür duyguları içinde mağdura vermiş olduğu zararları telafi edebilme hususunda kendi çapında öneriler sunma imkânına da sahip olmuş olur. Bu süreçte tarafsız olarak süreci ilerletmekle görevlendirilen moderatör her iki tarafı da sulh yapmaya teşvik eder, sürecin zorluklarının bertaraf edilmesi konusunda tarafları cesaretlendirir. Moderatör çözüm önermez, çözümü taraflara bırakır; ama çözüme giden yolda taraflara destek olur. Nihayetinde sürecin sonucunda mağdur ile fail suçun meydana getirdiği zararların sarılması hususunda bir anlaşmaya varırlar. Burada mağdur failin yol açtığı maddi zararların tazminini isteyebilir. Hatta mağdur failin bir kamu hizmetini yerine getirmesini dahi isteyebilir. Dahası, mağdur faili affedebilir.⁶²

Bir diğer anlatımla, mağdur-fail arabuluculuğu programları suç işleyen faili ve suçtan etkilenen mağduru bir araya getirir. Yüz yüze yapılan görüşmeler neticesinde hem failin hem de mağdurun üzerinde uzlaşacağı bir tazmin usulü üzerinde bir anlaşmaya varılır. Böylece hem mağdurun hem failin hem de hukuk sisteminin temsilcilerinin üzerinde mutabakata varacağı tatminkâr bir uzlaşma metni ortaya çıkar. Burada, mağdur tarafsız bir üçüncü kişi vasıtası ile fail ile bir araya getirilerek faillere müzakere fırsatı verilmekte ve mağdurun zararlarının giderimi için bir uzlaşma imkânı hedeflenmektedir. Zararın telafisi, yani tazmini, mali olabileceği gibi kamusal bir hizmette bulunmak da olabilir. Bu programlar Birleşik Krallıkta "*tazminat programları*", Amerika'da "*mağdur-fail yeniden uzlaştırma programları*" olarak adlandırılmaktadır. Ancak ikisinin ortak adı “onarıcı adalet” üst başlığı altında *Mağdur-Fail Arabuluculuğu (Victim-Offender Mediation, VOM)* olarak kabul edilmektedir.⁶³ Bu programların amaçlarını şu şekilde özetlemek

⁶² Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 135-136.

⁶³ Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 125-127.

mümkündür: Bu amaçların ilki şüphesiz mağdur ile fail arasında yeniden bir uzlaşma tesis etmektir. Diğer bir amaç da mağdurun ceza adaleti sistemine katılımını sağlamaktır. Zira klasik ceza yargılaması sürecinde mağdurun kafasında yargılama sona ermesine rağmen cevaplandırılmayan bir sürü soru kalmaktadır. Örneğin hırsızlık suçunun yargılamasında mağdur, hırsızın neden kendisinin evini seçtiğini, neden kendisinin evine zarar verildiğini, eve nasıl girdiğini faile soramamaktadır. Mağdur böylece içindeki öfke ve üzüntü gibi menfi duyguları faile aktaramamaktadır. Üçüncü amaç da zararın tazmin edilmesi yani telafi edilmesidir. Burada fail ile mağdurun uzlaşmaya varması halinde tazminat miktarı gerçek zararı karşılayabilmelidir. Yani tazmin şekli olarak mağdurun arzusuna ve beklentilerine tekabül edecek bir miktarın belirlenmesi, mağdurun beklentileri hakkında daha az bilgi sahibi olan kontrol memuru gibi bir üçüncü kişinin kararlaştıracağı tazmin şeklinden daha yerinde ve doğru olacaktır. Bu amaçların yanında dördüncü amaç da failin ıslah edilebilmesidir. Bu süreçte fail, öncelikle hukuka aykırı bir eylemi gerçekleştirdiğinin farkında olacak ve ortaya çıkan zararı tazmin için sorumluluk altına girecektir. Son amaç da failin ve mağdurun karşılıklı duygu aktarımına olanak vermesidir. Bu amaçlarla donatılmış böyle bir onarıcı adalet modelinde gönüllülük temel unsurdur. Her ne kadar bu unsuru sağlamak kolay olmasa da sürecin ilerlemesi adına zorunlu ve gereklidir. Herhangi bir baskı bireysel sorumluluğun önüne set çekerek özgür bir müzakere ortamını engelleyebilir.⁶⁴ O halde tarafların rızası ve gönüllü olarak katılmaları bu sürecin temel yapıtaşını oluşturan önemli bir unsurlardır.

Onarıcı adalet sürecinin tamamlanması ile taraflar meydana gelen zararların onarılması için kendi çözümlerinin olduğu bir anlaşmaya varırlar. Süreç boyunca yapılan görüşmelerde kurulacak olan diyaloglar ile suçun yol açtığı zararlar da onarılmaya başlanır. Buradaki onarım kelimesini geniş anlamak gerekir. Maddi karşılığı olan bir edimden öte geniş bir yelpazede düşünmek gerekir. Failin mağdurdan özür dilemesi dahi, mağdurun zararının onarılmasına hizmet eden bir edimdir. Bu edim, anlaşmaya bağlanan sonucun bir parçası olarak da taraflar arasında kararlaştırılabilir. Neticede tarafların varacağı anlaşmanın hükümleri onarıcı nitelikte olmalıdır. Süreci bir an önce bitirmek amacı ile mağdura

⁶⁴ Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 134-135, 138. Mağdur-fail arabuluculuk programlarının sisteme katacağı yararlar hakkında bkz. Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 58.

sadece belli miktar paranın verilmesi üzerine anlaşma, ilişkilerin onarılmasında yetersiz kalabilir. Amaç sadece tazminat vermek sureti ile süreçten kurtulmak değil, ilişkileri onarmaktır. Anlaşmanın, taraflardan birini zor duruma sokacak şekilde cezaya da dönüştürülmemesi gerekir. Anlaşmanın konusu af dileme ya da el sıkışma şeklinde olabileceği gibi maddi zararı telafi etmek için para ve hatta kitap okumak dahi olabilir.⁶⁵

Onarıcı adalet modellerinden biri olan mağdur fail arabuluculuğu, Türk Ceza Adalet Sistemi'ne 2004 yılında kabul edilen ve 01.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 Sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile birlikte “uzlaşma” adıyla girmiştir. Ancak kurum çok eleştiri almıştır. Kimi hukukçular, uzlaşma kurumunun kamu davasının mecburiliği, kusur sorumluluğu, masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkı gibi ceza yargılamasının temel ilkeleri ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Failin suçu kabul etmesi ile uzlaşma sürecinin onu geri dönülemez bir yola sokacağı ve bu sürecin failin mağdur ile mutlaka bir anlaşmaya varılması zorunluluğuna sebep olacağı, uzlaşmaya varılamaması halinde savcı ve hâkimin suçu kabullenmiş olan fail hakkında bazı önyargılara sahip olacağı şeklinde yapılan eleştirilerle, uzlaşma kumrunun mağduru korurken faili zora sokacağı ileri sürülmüştür.

2006 yılında 5560 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten evvel uzlaşmanın sonucunda varılacak anlaşmanın konusu sadece maddi edimler ile sınırlıydı. Ayrıca failin, işlemiş olduğu suçu ve suçun sebep olduğu zararın büyük bir kısmını gidermeyi kabul etmesi gerekmektedir. Aralık 2006’da yapılan değişiklikle birlikte, uzlaşmanın sonucu kapsamında kabul edilen hukuka uygun edimin, ceza adaleti sistemi yetkililerince onaylanması şartı getirilmiştir.⁶⁶ 26 Temmuz 2007 tarihinde “Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin” Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle, taraflara, uzlaştırma sonucunda sadece maddi değil manevi edimler hususunda da anlaşabilme imkânı getirilmiştir. Böylece, taraflar, hukuka uygun maddi veya manevi herhangi bir edim konusunda anlaşabilirler.⁶⁷

⁶⁵ Özyiğit, "Türkiye’de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 63.

⁶⁶ Özyiğit, "Türkiye’de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 67-68, 124.

⁶⁷ 26 Temmuz 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md. 4/b; uzlaşma neticesinde kararlaştırılan

B.Ceza Adaleti Sistemi İle Onarıcı Adaletin Karşılaştırılması: Onarıcı Adalet Ceza Adaleti Sistemine Alternatif Bir Sistem Mi, Tamamlayıcı Sistem Mi?

1. İki Sistemin Karşılaştırılması

Türkiye de dâhil olmak üzere dünya üzerindeki birçok ülkenin ceza adaleti sistemlerine hem yapısal hem de işlevsel olarak şekil veren geleneksel ceza adaleti anlayışına göre, insan rasyonel bir varlık olarak suçu iradesi ile işler ve yaptığı bu eyleminden sorumludur. Bunun temelinde yatan düşünce cezalandırma ve caydırıcıdır. Buna göre caydırıcılık için cezalandırma esastır. Suç işlerken rasyonel olan kişileri bu eylemlerden vazgeçirebilmek için o eylemin doğuracağı zararın ağırlaştırılması yani kişinin yeteri şiddette cezalandırılması gerekmektedir. Ceza adaleti sistemi anlayışına göre suç devlet tarafından oluşturulan düzene karşı işlenen bir eylem olup, cezalandırma yetkisi ve hakkı da sadece devlete aittir. Esasında devlet ceza adaleti ile mağdurun öcünü almaktadır. Bu sistemde faili cezalandırarak suç işlemekten vazgeçirmek, bir çeşit onarma işlevi görmektedir. Bu sistemde amaç, her ne kadar gelecekte suç işlenmesini engellemek olsa da, sistem esasında geçmiş eylemlerin olduğu geçmiş zaman ile ilgilenmektedir. Yargılama noktasında gelecek zaman dilimi, sistemin ilgi alanı dâhilinde değildir. Durum bu olmakla beraber ceza adaleti sisteminden onarıcı adalet sistemine geçişi hazırlayan şartlar nelerdir? Daha doğrusu ceza adaleti sisteminin hangi eksiklikleri ve problemleri bu geçişi tetiklemiştir? Buna mukabil onarıcı adalet mekanizmasının da olumlu taraflarının neler olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yukarıda saydığımız hususlar klasik ceza adaleti sisteminin zayıf tarafları olup, bunların onarıcı adaletin güçlü tarafları ile doldurulması gerekmektedir. Bu tetikleyici unsurları şu şekilde sıralamak mümkündür:⁶⁸

edimin niteliği hakkında daha fazla bilgi için bkz. Özyiğit, "Türkiye'de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 124-125.

68 Uludağ, "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet", s. 139-145. *Uludağ*, ceza adaleti sisteminin dayandığı bu düşüncenin dayanağı olan cezalandırma felsefesini, "*cezalandırıcı adalet*" (*retributive justice*) olarak adlandırmaktadır. Ancak biz, adalet kavramının ceza hukuku alanındaki yansımaları daha iyi ifade eden "ceza adaleti" (*criminal justice*) kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca buradaki *retributive* kavramı adalet kavramının cezalandırıcı vasfını ifade etmemektedir. İngilizce de *retributive justice*, "failin ıslahından çok cezalandırılması esasına dayanan ceza adaleti sistemini ifade

1. *Suçun Meydana Getirdiği Yaraların Tam Olarak Sarılamayı:* Klasik ceza adaleti sisteminde amaç, suçun yol açmış olduğu zararları telafi etmekten ziyade faili bulup cezalandırmak ve failin bu eyleminin yol açtığı ihlali kendisine ödettirmektir. Klasik ceza adaleti sürecinde elbette bazı mağduriyetler giderilmiş olur. Ancak bu sistemde önemli olan failin cezalandırılmasıdır. Suç, hem mağduru hem de fail ve toplumu (failin ve mağdurun yakınları ve genel olarak toplumun tamamı) bir bütün olarak maddi ve manevi olarak olumsuz etkilemektedir. Dolayısı ile mağdurun, failin ve toplumun bu maddi ve manevi zararlarını telafi edici adımların geleneksel ceza adaleti sisteminde karşılığı bulunmamaktadır. Çünkü bu sistemde asıl olan failin cezalandırılmasıdır.

2. *Yargılama Sürecinde Fail, Mağdur ve Toplumun Pasif Durumu:* Klasik ceza adaletinde yargılama sürecine girildikten sonra fail, mağdur ve toplumun rolü oldukça sınırlıdır. Örneğin, mağdur suça verilecek ceza miktarı hakkında söz sahibi olamamaktadır. Takibi şikâyete bağlı olmayan suçlarda, ilgili suçtan doğrudan zarar kendisine yansımına rağmen faili affetme veya alternatif yaptırım önerme imkânına da sahip değildir. Bunun yanında failin de yargılama sürecinde aktifliği zayıftır. Belli bir aşamadan sonra failin avukatı devreye girmekte ve fail doğrudan mağdur ile temas kuramamakta ve pişmanlığını mağdurun yüzüne karşı dile getirememektedir. Suçtan zarar gören toplumun da sürece katılması imkânı bu sistemde yoktur. Suçun işlenmesinden sonra yargılama iddia makamını temsil eden savcı, yargılama makamını temsil eden hâkim ve savunma makamını temsil eden avukat arasında işlemektedir. İşlenen bir suç bu üç aktör tarafından muhakeme edilmektedir. Ancak suçtan en çok etkilenen ve suçun doğrudan tarafları olan fail, mağdur ve toplum yargılama sistemi tarafından etkisizleştirilmektedir.

3. *Cezalandırma Yöntemi:* Cezalandırma devletin tekelinde olan bir hak ve yetki olup, devletin kullandığı araç da hapisanelerdir. Bu infaz kurumlarında failin hürriyeti kısıtlanarak tekrardan suç işlemesi engellenir. Böylece suç işleme niyetinde olan diğer insanların da suç işlemesinin önüne geçilir. Devlet, topluma zararı olanları toplumdan

etmektedir". *Retributive* kavramı adalet kavramını nitelemek için kullanılmamıştır. Bu nedenle, biz de bu çalışmamızda ceza adaleti kavramını tercih etmekteyiz. *Retributive* kavramı için bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/retributive_justice. Erişim tarihi: 10.04.2017.

tecrit ettirmiş olur. Her ne kadar teoride bu infaz kurumlarının bunu sağlayabileceği savunulsa da, pratikte istenilen sonuç elde edilememiştir. Çünkü hükümlü bu infaz kurumlarındaki ortamın olumsuzluklarına maruz kalmaktadır. Özellikle kriminolojik teorilerden öğrenme teorisinin de vurguladığı gibi, suçlu hapisanede suçlu alt kültürü ile tanışır ve bir süre sonra bu kültürün değerlerini benimser. Burada bu değerleri içselleştiren suçlular, suç işleme tekniklerini öğrenerek daha “profesyonel suçlular” olarak dışarı çıkabilirler. Bu da suçlunun pişman olmadan topluma dönmesi demektir. Suçlu hapisteki diğer suçluların fiziki ve psikolojik saldırılarına ciddi olarak maruz kalmakta ve bu saldırıların yol açtığı zararlar kişinin ıslah olmasını engellemektedir. Bu şekilde dışarı çıkan bir kimse tekrardan suç işlemeye hazır bir zeminde olup tekrardan infaz kurumuna dönme potansiyeline sahiptir. Ayrıca uzun süre içerde kalan bir kimse sosyalleşme yetilerini kaybetmiş olarak dışarı çıkmaktadır.

4. *Sistemin Tıkanması*: Geleneksel ceza adaleti günümüzde iş yükü nedeni ile adaleti tesis edemeyecek duruma gelmiştir. Zira ceza adaletini lüzumlu kılan her vak’a bu sistemden geçmek zorundadır.

5. *Caydırıcılığın Tam Sağlanamaması*: Geleneksel ceza adaleti sisteminin dayandığı temel argüman caydırıcılıktır. Bu sistemde caydırıcılığın sağlanabilmesi için cezalar yeteri kadar ağır olmalı, çok hızlı uygulanmalı ve ayırım yapılmaksızın suç işlediği kesinleşen herkese muhakkak uygulanmalıdır. Söz konusu bu üç şartın gerçekleşmemesi caydırıcılığı engellemektedir. Birinin veya ikisinin gerçekleşmesi dahi yeterli değildir. Üç şart bir arada gerçekleşmeli. Ancak gerek Türkiye’de gerekse dünyada kullanılan tüm prosedürlere rağmen tam manada bir caydırıcılığın sağlanmasından söz etmek mümkün değildir.

6. *Husumetin Giderilemeyişi ve Sulhun Sağlanamayışı*: Daha evvel de belirttiğimiz gibi onarıcı adalet anlayışının ifade ettiği gibi işlenen suç hem topluma hem faile hem de mağdura maddi ve manevi olarak ciddi zararlar vermektedir. Fiziki zararlardan ziyade uzun bir süre bazı zararlar devam etmektedir. Örneğin, mağdur ile fail arasında husumetin devam etmesi uzun süre devam eden zararlardandır.

Failin işlediği eylemin cezasını çekmesi onun sorumluluğunu yerine getirmesi açısından yeterli kabul edilmektedir. "Pişmanlık, af, özür, çekilen acıların hafiflemesi, tarafların birbirine saygı duyması, geleceğe dair ilişkileri düzeltme arzusu" gibi kavramlar, bu sistemin ilgi alanında değildir. Dolayısı ile sistem failin cezalandırılmasına odaklanmakta ve

taraflar arasındaki husumetin giderilmesi çok da ehemmiyetli olmamaktadır.

7. *Bazı Suç Tipleri Karşısında Sistemin Fonksiyonunu Tam Yerine Getirememesi*: Fail ve mağdurların tam olarak tespit edilemediği "büyük kan davaları, sülaleler arası çatışma gibi olaylar ile faili meçhuller, işkence, devlet görevlilerinin işlediği suçlar ile kitlesel insan hakları ihlalleri gibi suçlar karşısında delillerin tam elde edilememesi, tarafların tam ayırt edilememesi, ağır iş yükü ve davaların çok zaman gerektirmesi" gibi nedenlerle geleneksel ceza adaleti barışı tesis etmekten aciz kalmaktadır.

8. *Suçta Taraf Olmayan Aktörler, Yargılama Dili ve Mekân*: Fail ve mağdur yargılama sürecinde hiç tanımadığı adli aktörler ile karşı karşıya gelmekte ve bu da kişinin özeline ait birçok bilgiyi tanımadığı kişilere aktarması demektir. Dil ve suçta taraf olmayan aktörler ile yaşanan diyalog problemleri de bu sistemin bir diğer olumsuz tarafıdır.

Geleneksel ceza adaleti sisteminde yargılama sürecinde en fazla ihmal edilen taraf mağdurdur. Hem yargılama hem de hüküm verme aşamasında mağdurun ne ihtiyaçları ne de tercihleri dikkate alınmaktadır. Mağdurun yakındığı en önemli husus kendisinin yargılama aşamasına katılımının teşvik edilmemesidir.⁶⁹ Bunun temel sebebi de klasik ceza adaleti modelinin suçu, hukukun ihlali ve devletin mağduriyeti olarak kabul etmesidir. İlk derecede devlet suçun mağduru olup, birey ikinci planda mağdur olarak kabul edilmektedir. Amaç bu sistemde bir suçlama neticesine varmak ve cezalandırmaktır. Bu sistemde süreç taraflar arası uyumsuzluk üzerine işler ve neticede bir taraf kazanmakta ve diğer taraf kaybetmektedir. Yani tarafların mücadelesi üzerine inşa edilmiştir. Süreç devlet ile suçlu arasında devam eden sistemde işler. Mevcut ceza adaleti sisteminin yaklaşımı, suçu devlete karşı işlenen bir fiil olarak tanımlamaktadır. Buna mukabil onarıcı adalet mekanizması ise, suçu, insanlar arası ilişkilerin ihlali olarak görmektedir. Buradaki adalet anlayışının amacı sorumlulukları tanımlamak, ihtiyaçları karşılamak ve onarmayı arttırmaktır. Suç, insanların zarar görmesi olarak algılanmaktadır. Yani, onarıcı adalet, suçu, bireyin başka bir bireyin hukukunu ihlal etmesi olarak tanımlamaktadır. Bu adalet anlayışı sorumlulukları ve ihtiyaçları tespit etmek için mağdur, fail ve toplumu

⁶⁹ Heather Strang /Lawrence W. Sherman, "Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice", *Utah Law Review*, 2003: 15, s. 16, 21.

sürece dâhil ederek, mümkün olduğunca en doğru sonuca ulaşmaya çalışır. Bunun yanında onarıcı adalet yeni problemlerin çözümünün de tohumlarını içeren bir uygulama olarak tanımlanmaktadır. Onarıcı adalet pratiği faile ceza vermek yerine taraflar (mağdur, fail ve toplum) arasındaki zararları onarmaya girişir.⁷⁰ Zehr ve Mika⁷¹ da onarıcı adaletin güçlü dinamiklerini ortaya koymaktadır. Onlara göre, onarıcı adalet, "zararları kolektif olarak onarma süreci" dir. Onarıcı adalet, bu noktada, ihlalden kaynaklanan zararlara odaklanmakta, fail ve mağduru adalet sürecine dâhil etmek sureti ile taraflara eşit yaklaşmakta, uygun olduğu nispette mağdurlar ve failer arasında doğrudan ve dolaylı diyalog imkânı vermekte, mağdurların ıslahına yönelik bir istem olarak onların ihtiyaçlarına cevap vererek onları güçlü kılmakta, failin sorumluluklarının neler olduğu ve bunun üstesinden nasıl gelineceği konusuna değinmektedir. Ayrıca, onarıcı adalet sistemi, toplumu da sürece dâhil ederek, suça toplumdan gelecek cevaplara da yer vermekte, zorlama ve soyutlamadan ziyade bütünleşmeyi teşvik etmekte, eylemlerimizin istenmeyen sonuçlarına dikkatleri çekmekte ve son olarak sürecin tüm taraflarına (mağdur, fail ve diğer kişiler) saygı göstermeyi istemektedir.⁷² Buradan anlaşılıyor ki, onarıcı adalet, bazı güçlü dinamikleri olan bir sistemdir. Şöyle ki, her şeyden önce, sisteminin merkezinde mağdur yer almaktadır. Suçlu, işlediği fiilden doğan ihlalden sorumlu olduğunu anlamaktadır. Toplum da bu sisteme dâhil edilmektedir. Geleneksel ceza adaleti hukuk ve yaptırım eksenli (*law / punishment-oriented*) adalet anlayışı iken; onarıcı adalet bu ayırıcı dinamikleri ile zarar merkezli (*harm-centered*) bir sistem olarak kabul edilebilir.⁷³ Diyalog, onarıcı adalette olmazsa olmaz bir unsurdur. Sürecin başarıya ulaşması, mağdur-fail diyalogunun başarısına bağlıdır.

⁷⁰ Martin McAnallen (1999) "Restorative Justice: Its Potential", *Child Care in Practice*, 5: 4, s. 361-362. Mark S. Umbreit / Bety Vos / Robert B. Coates / Elizabeth Lightfoot, "Restorative Justice in the Twenty-first Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls", *Marquette Law Review*, 89: 251, s. 254; Kenneth L. Carder, "Resources for Restorative Justice", *Center for Christian Ethics*, 2012, s. 90. Bkz. <http://www.baylor.edu/content/services/document.php/163080.pdf>, Erişim tarihi: 08.04.2017.

⁷¹ Howard Zehr / Harry Mika, "Fundamental Concepts of Restorative Justice", *Contemporary Justice Review*, 1998, 1: s. 47-55.

⁷² Zehr / Mika, "Fundamental Concepts", s. 54-55.

⁷³ Zehr / Mika, "Fundamental Concepts", s. 54-55.

Mağdurun dışlanmadan odak haline getirilmesi ve adalet sisteminin mağdur-fail iletişimi üzerine kurulması çok önemlidir.⁷⁴

2. Onarıcı Adaletin Ceza Adaleti Sistemine Alternatif Olup Olmayacağı Tartışması

Onarıcı adalet sürecinde karar sürece aktif olarak katılan mağdur, fail ve diğer ilgililer tarafından verilirken, <geleneksel ceza adaleti sisteminde kararı hâkim vermektedir. Doktrinde her ne kadar bu iki sistemin birbirinin tersi olmayacağına dair görüşler olsa da, esasında ikisinin birbirinin tam zıddı olduğu düşüncesi hâkimdir.⁷⁵ Örneğin *Radelet* ve *Borg*, onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif bir sistem olduğunu ve onun ceza adaleti sisteminin bir parçası olmadığını savunmaktadırlar.⁷⁶ *Common Law* sisteminde onarıcı adalet modelleri "ceza adaletine alternatif olarak kovuşturmadan ayrılmak" ve "ceza adaletine bir destek olarak kovuşturmaya ek olmak" şeklinde iki sistem şeklinde uygulanmaktadır.⁷⁷ Avrupa'da onarıcı adalet, daha çok sistem dışına yönlendirme tipindedir. Davalar genelde ceza adaleti sisteminden onarıcı adalet sistemine aktarılmaktadır. Ancak sistem dışına yönlendirmede dahi ceza adaleti kurumları bekçi konumlarını korur. Onarıcı adalet sistemi, ceza adaleti sistemine bir taraftan meydan okumakta, ancak diğer taraftan onun bir parçası olmaktan da kendini kurtarmamaktadır. O halde iki sistem arasında denge oluşturacak yepyeni bir yaklaşım gerekir. Onarıcı adalet, ne sadece basit ya da zor davalarla ilgilenmeli ne de ikinci sınıf bir ceza muhakemesine dönüştürülmelidir. Onarıcı adaletin yukarıda anlatılan yapısının ve adalet anlayışının uygulanması için, hem zaman ve mekân olarak fiziksel ortam gerekmekte hem de aynı zamanda yargılamaya dönük usuli güvencelerle arasında gevşek bir bağın olması gerekmektedir.⁷⁸

74 Baytaz, s. 124. Ayrıca iki sistem arasındaki farkları anlatan tablo için bkz s. 125.

75 Baytaz, "Onarıcı Adalet", s. 124.

76 Mizhael L. Radalet / Marian J. Borg, Comment on Umbreit and Vos: "Retributive Versus Restorative Justice", *Homocide Studies*, 2000, 4: 8, s. 88-92.

77 Sherman / Strang, " Delil Temelli Hüküm ", s. 302.

78 Cristia Pelikan, "Onarıcı Adalet Üzerine", s. 25-26. Bkz. Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı (Derleyenler: Galma Jahic ve Burcu Yeşiladalı), 1. Baskı İstanbul, Ekim 2008.

Biz de onarıcı adalet sisteminin ceza adaleti sistemine alternatif bir ceza sistemi olmadığı, mevcut ceza adaleti sistemini tamamlayıcı ve ona ek bir sistem olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple onarıcı adaleti ceza adaleti dışında harici bir sistem olarak mütalaa etmemekteyiz. Çünkü ceza adaleti sistemi sadece yargı teşkilatından oluşan bir istem olarak dar anlamda yorumlanamaz. Aksine ceza yargılaması sistemi çok daha geniş kapsamlıdır. Ayrıca onarıcı adalet sisteminde kararın devleti temsilen hâkim tarafından değil de, eylemin tarafları tarafından verilmesi de devletin günümüze kadar gelen ve kabul edilen cezalandırma yetkisini tehlikeye sokacaktır. İşte bu gibi muhtemel tehlikeleri engellemek adına temel dinamiklerinin korunduğu ve klasik ceza adaleti sistemini güçlendirici ve tamamlayıcı bir onarıcı adalet sisteminin olmasının, sistemi daha güçlü kılacağı düşünülüyor. Dolayısı ile savunduğumuz ve ceza adaleti sistemine yepyeni bir yaklaşım modeli olarak öngördüğümüz bu sistemde onarıcı adalet süreci sonucundaki kararın bağımsız ve tarafsız hâkim tarafından da kabul edilmesi gerekir. Böylece her iki sistemin güçlü yanlarının bir arada olacağı bir sistem yerine, ceza adaleti sistemine sıkı sıkıya bağlı bir onarıcı adalet disiplininin başarı oranının daha fazla olacağı kanaatini taşımaktayız. Çünkü klasik ceza adaleti sistemi her ne kadar cezalandırıcı ve caydırıcı bir karakter taşısa da, günümüze kadar gelen deneyimlerin de göz ardı edilmemesi gerekir. O halde onarıcı adalet sürecinde gerçekleştirilen ceza adaleti faaliyeti ceza adaleti sistemine dâhil bir faaliyet olarak kabul edilmelidir. Bu noktadan hareket edildiğinde onarıcı adaletin sunmuş olduğu yapıcı yöndeki alternatif uyumsuzluk çözümü, ceza politikası için de yeni bir fikirdir. Dolayısı ile devletin kurduğu ceza adaleti sistemince kabul edilen onarıcı adalet, içerdiği adalet anlayışı ile mağdurların ikinci kez zarar görmesini engelleyen ve mağdurları koruyan ideal bir sistem olarak kabul edilebilir. Her ne kadar iki sistem birbirinin zıddı olan temel unsurlar içerse de onarıcı adaletin dinamikleri kullanılarak birey-devlet ilişkisindeki güven sorunu da bir noktada çözülmüş olacaktır. Onarıcı adalet, devletin suç kontrolünün temel bir unsuru olarak görülmelidir. Ceza yargılaması tamamen de bireyin tekeline bırakılmamalıdır. Bu, ayrıca devletin egemenliğinin meşruluğu sorununu yeniden gündeme getirir.⁷⁹

⁷⁹ Özbek'in de ifade ettiği üzere; "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

Her ne kadar onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif⁸⁰ bir sistem olduğu görüşü baskın olsa da; onarıcı adalet, yeni bir adalet mekanizması olarak “geleneksel ceza adalet sisteminin ve daha özel olarak ceza yargılaması usulündeki eksikliklerin giderilmesine ve düzeltilmesine yönelik tamamlayıcı düzenlemeler ve usuller sunması”⁸¹ gereken bir sistem olarak ceza adaleti sisteminin içinde ihdas edilmelidir.

Netice itibarıyla, ceza adaleti sisteminin en önemli özelliği devletin işlenen suç üzerindeki kontrolünün devam etmesidir. Ceza adaleti sistemini tamamlayıcı bir sistem olarak onarıcı adalet mekanizmasında söz konusu özelliğin muhafaza edilmesi gerekir. Ancak bu şekilde, onarıcı adalet, biçimsel ve tamamlayıcı, mevcut sistemi insan hakları ve adalet temelinde güçlendirici ek bir adalet mekanizması olarak, kabul edilebilir. Bir diğer ifade ile onarıcı adalet, biçimsel olmayan ve ceza adaleti sisteminden tamamen bağımsız bir adalet mekanizması sistemi değildir. Her ne kadar onarıcı adalet sistem harici gibi uygulansa da suçun önlenmesi ve sonuçlarının bertaraf edilmesinde devletin kontrolü devam etmektedir.

Onarıcı süreç, kimi zaman ceza adaleti sisteminde yargılamadan evvel, kimi zaman ceza yargılaması sırasında, kimi zaman da yargılamanın bitmesinden sonra uygulanmaktadır.⁸² Onarıcı adaletin çeşitli ülkelerdeki uygulamalarının bu şekilde olması düşüncemizi destekler niteliktedir.

C. Onarıcı Adalet Yöneltilen Eleştiriler

Onarıcı adalet yapılan eleştirilerden birisi belirli olmayan çok sayıda hedeflerinin olmasıdır. Bu sistemi savunanlara göre onarıcı adaletin, mağdurun zararının onarılması, işlediği fiilin kötü olduğunun farkına varılması, fail ile mağdur arasındaki uyumsuzluğun çözülmesi,

olan bu sistemi kabul etmektedir. Böylece ceza adaleti sistemi, adil ve mağduru koruyucu nitelikteki arabuluculuk için uygun bir ortam sunar.”...“Arabuluculuk vasıtasıyla sulh sağlanması, suç üzerindeki devlet kontrolünü ortadan kaldırmadığı gibi, gayri resmî bir tali adalet mekanizması da kurmaz. Arabuluculuk sadece, insan haklarının ilkelerine dayanan bir ceza sisteminde, şiddetli ceza verme anlayışına bir alternatif oluşturur.” (Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti", s. 153.)

80 Carder, “Resources for”, 90.

81 Pelikan, “Onarıcı Adalet”, s. 21-22.

82 Özyiğit, "Türkiye’de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin", s. 34.

bozulan kamu düzeninin sağlanması toplumun suça yönelik korkusunun azaltılması gibi çeşitli hedefleri vardır. Bununla beraber bu hedeflerin belirli ve açık şekilde formüle edilememesi de bir diğer eleştiri noktasıdır. Amaç zararı gidermek olduğunda, bu mağdurun zararının tam olarak tespit edilememesi buna örnek gösterilebilir. Ayrıca bu hedefler öncelik sırası olmadan aynı anda gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Diğer bir eleştiri konusu da, suç neticesinde uygulanan onarıcı adalet sürecinde fail ile mağdur arasındaki “uyuşmazlığı çözmek” kavramının kullanılmasına yöneliktir. Hâlbuki suç ile uyuşmazlık aynı anlama gelmeyen farklı kavramlardır. Son olarak onarıcı adalete yapılan bir diğer eleştiri de uygulanan programların değerlendirme standartlarına ilişkindir. Onarıcı adalet, daha çok katılımcıların memnuniyeti ve programın failin tekrar suç işleme üzerindeki etkisi dikkate alınarak değerlendirilmektedir. Ancak hedefler ile ölçütler arasındaki bağ çok dikkate alınmamaktadır.⁸³ Kanaatimizce onarıcı adalete ve özellikle mağdur-fail arabululuculuğuna yöneltilmesi gereken eleştirilerden birisi de gerçek zararı tazmin edecek miktarın tespit edilmesinin zorluğudur.

Bu menfi yönlerine rağmen, ifade etmek gerekir ki, onarıcı adalet ceza adaleti sisteminde yeni bir değişimin adıdır. Bu değişim, ceza adaleti sistemine yeni bir adalet anlayışını getirmeyi amaçlamaktadır. Çünkü onarıcı adalette amaç cezalandırmak değil, suçun yol açtığı zararları telafi etmek ve suçun taraflar arasında kendilerine söz hakkı verilmek suretiyle gerçek bir sulhun sağlanmasıdır⁸⁴.

Sonuç

Son otuz yılda büyük bir hızla gelişen ve yukarıda tarihçesini, düşünce yapısını, temel ilke ve amaçlarını anlattığımız onarıcı adalet anlayışı, ceza adaleti sistemine yeni bir yaklaşımın adı olmuştur. *Anglo-Sakson* hukuk sisteminde kendine yer edinen onarıcı adalet disiplini dünyanın her tarafında uygulanmaya başlanmıştır. Onarıcı adalet, tasarlanmış çeşitli programlarla uyuşmazlıkların çözüme ulaştırılabilmesi için suçtan etkilenen tarafların tamamını bir araya getirerek her davanın kendine özgü koşullarında yürütülen ve ortak anlaşmaya dayalı sonuçlara varmayı hedefleyen bir süreçtir. Onarıcı adalette esas olan, suçun tarafları arasında bu sürece toplumun da dâhil edilerek, bir diyalog süreci

⁸³ Baytaç, s. 126.

⁸⁴ Uludağ, "Onarıcı Ve Cezalandırıcı Adalet", s. 127-129.

kurmaktır. Böylece mağdur ile suç ve suçlu arasındaki bağları onaran pozitif ve üretici bir yaklaşım da ortaya konulmuş olur. Bu mukayese temelinde onarıcı adaletin ceza adaleti sistemine alternatif bir sistem olup olmadığı tartışmalarına yukarıda değinerek, onarıcı adalet sisteminin ceza adaleti sistemine alternatif bir ceza sistemi olmadığı, mevcut ceza adaleti sistemini tamamlayıcı bir sistem olduğu yönündeki düşüncemizi ortaya koyduk. Bu sebeple onarıcı adalet, ceza adaleti dışında harici bir sistem olarak mütalaa edilmemelidir. Ayrıca devletin cezalandırma hakkının ve yetkisinin tamamen ortadan kalkacağı bir onarıcı adalet sistemi, devlet ile birey arasındaki bağların da kopmasına yol açacaktır. Bu nedenle, onarıcı adalet sistemi, devletin cezalandırma yetkisinin ve hakkının bertaraf edildiği bir sistem olmamalıdır. Yukarıda da dile getirdiğimiz gibi temel dinamiklerinin korunduğu ve klasik ceza adaleti sistemini güçlendirici ve tamamlayıcı bir onarıcı adalet sisteminin olmasının, sistemi daha güçlü kılacağı yönündeki kanaatimizi tekrar ifade ediyoruz. Böylece her iki sistemin güçlü yanlarının bir arada olacağı yani karma bir sistem yerine ceza adaleti sistemine sıkı sıkıya bağlı bir onarıcı adalet sisteminin başarı oranının daha fazla olacağı kanaatini taşımaktayız. O halde onarıcı adalet sürecinde gerçekleştirilen ceza adaleti faaliyeti ceza adaleti sistemine dâhil bir faaliyet olarak kabul edilmelidir. Bu noktadan hareket edildiğinde onarıcı adaletin sunmuş olduğu yapıcı yöndeki alternatif uyumsuzluk çözümü ceza politikası için de yeni bir fikirdir. Dolayısı ile devletin kurduğu ceza adaleti sistemince kabul edilen onarıcı adalet, içerdiği adalet anlayışı ile mağdurun ikinci kez zarar görmesini engelleyerek onları koruyan ideal bir sistem olarak kabul edilebilir. Onarıcı adalet disiplini, devletin suç kontrolünün temel bir unsuru olarak görülmelidir. Ceza yargılaması tamamen bireyin tekeline bırakılmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, Sururi; *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, Liberte Yayınları 2011.

ARTUK, Mehmet Emin / **GÖKCEN**, Ahmet / **YENİDÜNYA**, Caner; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2014.

BAYTAZ, Abdullah Batuhan, "Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış", *İÜHFMC* LXXI, S. 1, 2013, s. 117-130.

BRAİTHWAİTE, John; "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice*, Vol. 25 (1999), s.1-27.

BRAİTHWAİTE, John; "Shame and Criminal Justice", *Canadian Journal of Criminology*, July 2000, s. 281-298.

BRAİTHWAİTE, John; "Settings Standards for Restorative Justice", *The Centre for Crime and Justice Studies*, 42: 2002, s. 563-577.

CARDER, Kenneth L. "Resources for Restorative Justice", *Center for Christian Ethics*, 2012, s. 89-93.

ÇEBİ, Sezgin Seymen, *Sosyal Adalet Tarihsel ve Kuramsal Bir Bakış*, XII Levha yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2012, s. 27.

ÇELİK, Özlem/TOKDEMİR, Sercan; "Kamu Davası ve Toplumsal Algılar", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, *Beta Yayınları*, Cilt I, Ekim 2014, İstanbul.

ESENER, Turhan; *Hukuka Giriş*, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Ocak 2015.

GAUDREAULT, Arlene; "The Limits of Restorative Justice", *Proceedings of the Symposium of the École Nationale De La Magistrature, Paris: Édition Dalloz. Leído en http://www.victimweek.gc.ca/pub/arl_g_1.html*, 2005, s. 1-10.

GAVRİELİDES, Theo; "Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy", *European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI) Part* 2007, s. 29-36 & 52-80.

GÖKPINAR, Mahmut; "Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız", *TBB Dergisi*, Sayı: 77, 2008, s. 214-235.

GÜRİZ, Adnan; *Hukuk Felsefesi*, 11. Baskı, Ankara 2015.

GÜRİZ, Adnan; "Adalet Kavramı", s. 13. Makale için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/adnan.pdf Erişim tarihi: 29.04.2015, s. 14.

HASCALL, Susan C. ; "Restorative Justice in Islam: Should Qisas Be Considered a Form of Restorative Justice", *Berkeley J. Middle E. & Islamic Law*, 4: 35, s. 35-78.

HUNSBERGER, Adam, "Restorative Justice in Theory," *Undergraduate Transitional Justice Review*: Vol. 2013 (4) : Issue: 1, Article 2, s. 2-18. <http://ir.lib.uwo.ca/undergradtjr/vol4/iss1/2>.

HOYLE, Carolyn, "Policing and Restorative Justice", in G. Johnstone, and D. Van Ness (eds), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Devon: Willan Publishing, Chapter 16: s. 292-311.

HUDSON, Barbara; "Restorative Justice and Gendered Violence: Diversion or Effective Justice?" *British Journal of Criminology*, 2002, 42: 3, s. 616-634.

KAPLAN, Mahmut; "Onarıcı Adalet ve Türk Hukukuna Yansımaları", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2005, s. 59-86.

KARACELİ, Süleyman; "Ailede Adalet Eğitimi", *The Journal of Academic Social Science Studies*, Volume: 6, Issue: 8, October 2013, s. 253-278.

KAŞIKARA, Mustafa Serhat; "Ceza Adaleti Açısından Hukuk Felsefesinin Yeri: Neyi Koruyoruz? Nasıl Koruyoruz?", Antalya 2012, *Umut Vakfı-1993*, s.1-17. Makale için bkz. http://www.umut.org.tr/Upload/Document/document_11%20Ekim-III-3.pdf , Erişim tarihi: 19.04.2015.

LİEBMANN, Marian; *Restorative Justice, How It Works*, Jessica Kngsley Publishing, Londra, 2007.

MAXWELL, Gabrielle / **MORRIS**, Allison; "Restorative Justice and Reconviction, Contemporary Justice" *Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 2002, 5: 2, s. 33-146

MCANALLEN, Martin; "Restorative Justice: Its Potential", *Child Care in Practice*, 1999, 5: 4, s. 361-364.

MCCOLD, Paul; "What is the Role of Community in Restorative Justice Theory and Practice," *Critical issues in Restorative Justice*: 2004, s. 155-

172, bkz. H. Zehr and B.Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*, Cullompton, Devon: Willian Publishing.

MENKEL-MEADOW, Carrie; "Restorative Justice: What is It and Does It Work?", *The Annual Review of Law and Social Science*, 2007, 3: s. 161-187.

ÖKTEM, Niyazi / **TÜRKBAĞ**, Ahmet Ulvi; *Felsefe, Sosyoloji ve Devlet*, Der Yayınları, Altıncı Basım, İstanbul 2014.

ÖZBEK, Mustafa Serdar; "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", s. 16-183. Bkz.

<https://www.google.com/tr/search?q=Mustafa+Serdar> Erişim tarihi: 02.05.2015.

ÖZYİĞİT, Özlem Ayata; "Türkiye’de Uzlaşma Kurumunun Yasal Çerçevesinin ve Uygulamasının Onarıcı Adalet Prensipleri ile Değerlendirilmesi", (*Yüksek lisans Tezi, Danışman: Galma Jahic*), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (İnsan Hakları Hukuku), 2009.

PAVLICH, George; "What are the Dangers as well as the Promises of Community Involvement?" *Critical Issues in Restorative Justice*: 2004, s. 173-18, in H. Zehr and B. Toews (eds), *Critical Issues in Restorative Justice*, CullomptonDevon: Willian Publishing.

PELİKAN, Cristia; "Onarıcı Adalet Üzerine", bkz *Onarıcı Adalet, Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı* (Derleyenler: Galma Jahic ve Burcu Yeşiladalı), 1. Baskı İstanbul, Ekim 2008.

RADALET, Mizhael L. / **BORG**, Marian J. ; "Comment on Umbreit and Vos: Retributive Versus Restorative Justice", *Homocide Studies*, 2000, 4: 8, s. 88-92.

RAWLS , John; *A Theory of Justice*, Oxford University Press, s. 3.

SELÇUK, Sami; *Adalet ve Yaşayan Hukuk*, İmge Kitapevi Yayınları, 1. Baskı, Ağustos 2009.

SCHMİDTZ, David,; *Adaletin Unsurları*, (Çeviren: Hayrettin Özler), Liberte Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2010.

SHERMAN, Lawrence W / **STRANG**, Heather; "Delil Temelli Hüküm Olarak Onarıcı Adalet", *CHKD*, Cilt: 2, Sayı: 1-2, (Çeviren: Elif BEKAR CANPOLAT), 2014, s. 281-321.

STRANG, Heather / **SHERMAN**, Lawrence W. ; "Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice", *Utah Law Review*, 2003: 15, s. 15-42.

TOKDEMİR, Sercan; "Honor Crimes in Turkey: Rethinking Honour Killings and Reconstructing the Community Using Restorative Justice System", *Law and Justice Review*, 2013, (4): 2, s. 257-275.

ULUDAĞ; Şener; "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar", *Polis Bilimleri Dergisi* Cilt:13 (4), 2011, s. 127-151.

UMBREİT, Mark S. ; "Reply to Radelet and Borg", *Homocide Studies*, 2000, 4: 93, s. 93-97.

UMBREİT, Mark. S. / **VOS**, Betty; "Homicide Survivors Meet the Offender Prior to Execution Restorative Justice through Dialogue", *Homicide Studies*, 2000, 4 (1): s. 63-87.

UMBREİT, Mark S. / **VOS**, Bety / **COATES**, Robert B. / **LİGHTFOOT**, Elizabeth, "Restorative Justice in the Twenty-first Century: A Social Movement Full of Opportunities And Pitfalls", *Marquette Law Review*, 89: 251, s. 251-304.

VECCHİO, Giorgio Del, "Adalet ve Hukuk", (Çeviren: Ş.T.), Eser için bkz. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, 1. KİTAP, (Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.

VAN NESS, Daniel W; "Prisons and Restorative Justice", in G. Johnstone, and D.Van Ness (eds), *Handbook of Restorative Justice*, Cullompton, Devon: Willan Publishing, Chapter 17: s. 312-324.

VAN NESS, Daniel / **MORRİS**, Allison / **MAXWELL**, Gabrielle; "Introducing Restorative Justice", s. 3-16 in **MORRİS**, Allison / **MAXWELL** Gabrielle, *Restorative Justice for Juveniles (Conferencing, Mediation and Circles)*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001, s. 4-5.

WALTERS, Mark / **HOYLE**, Carolyn; "Healing Harms and Engendering Tolerance: The Promise of Restorative Justice for Hate Crime" (From Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions, s. 228-248, 2010, Neil Chakraborti, ed.-See NCJ-232732).

WHEELDON, Johannes; "Finding Common Ground: Restorative Justice and Its Theoretical Construction (s)", *Contemporary Justice Review*, 2009, 12: 1, s. 91-100.

ZEHR, Howard. / **MİKA**, Harry; Fundamental Concepts of Restorative Justice”, *Contemporary Justice Review* 1998, 1: s. 47-55.

<http://www.arabulucu.com/cocuk-genclik-akran-arabuluculuk/cocuk-adalet-sisteminde-onarici-adalet-anlayisi-ve-cocuk-arabuluculugu>
Erişim tarihi: 26.02.2015.

<http://www.arabulucu.com/cocuk-genclik-akran-arabuluculuk/cocuk-adalet-sisteminde-onarici-adalet-anlayisi-ve-cocuk-arabuluculugu>
Erişim tarihi: 26.02.2015.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Ceza Meselelerinde Arabuluculuk konulu R (99)19 sayılı Tavsiye Kararı. Tavsiye kararı için bkz. [http://ankaratahkim.com/R%20\(99\)%2019%20SAYILI%20TAVSIYE%20KARARI.pdf](http://ankaratahkim.com/R%20(99)%2019%20SAYILI%20TAVSIYE%20KARARI.pdf). Erişim tarihi: 07.04.2017.

Suçun Önlenmesi ve Faillere Yapılacak Muamele konulu 11. Birleşmiş Milletler Kongresi Bangkok Deklarasyonu, 18-25 Nisan 2005. Thailand. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prisonreform/restorative_justice_HB_new.pdf. Erişim tarihi: 07.04.2017.

26 Temmuz 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. Yönetmelik için bkz. http://eski.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/belgeler/cmkyon_070726.aspx. Erişim tarihi: 07.04.2017.

Retributive Justice kavramı için bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/retributive_justice. Erişim tarihi: 10.04.2017.

Restorative Justice kavramı için bkz. https://en.oxforddictionaries.com/definition/restorative_justice. Erişim tarihi: 10.04.2017.