

AFFIN HUKUKİ MAHİYETİ VE 2018/2929 SAYILI KANUN TEKLİFİNİN KISA BİR DEĞERLENDİRMESİ*

THE LEGAL NATURE OF AMNESTY AND A BRIEF CRITICISM OF PROPOSED BILL NO. 2018/2929

Tolga YILDIRIM**

Özet: Af yasalarının gerekliliği her dönemde düşünürlerin gündeminde olmuştur. Affin hukuki ve felsefi mahiyeti üzerine sayısız çalışma yapılmış olmasına rağmen bu kavramın meşruluğu halen tartışılmaktadır. Af yasalarının çokça tartışılmasının nedeni, affin kuvvetler ayrılığı ve devletin cezalandırma yetkisine karşıtlığında bulunabilir. Türkiye’de yakın zamanda af konusu ciddi biçimde ele alınmıştır. 2018 yılı Haziran ayındaki seçimi takiben, bir siyasi parti tarafından hazırlanan yasa taslağı Meclise sunulmuştur. Bu çalışmada öncelikle affin hukuki mahiyetinin ne olduğu teorik olarak araştırılmış, sonraki kısımda Meclis’e sunulan af taslağı incelenmiş ve son kısımda ulaşılan sonuçlar ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Özel Af, Genel Af, Affı Meşrulaştıran Nedenler, Koşullu Salıverme, Erteleme, 2018/2929 aayılı Kanun Teklifi.

Abstract: The necessitation of amnesty laws has remained on the agenda of philosophers at all times. Despite myriad scientific studies have been done on the legal and philosophical nature of amnesty, the legitimacy of this concept is still discussed. The reason why amnesty laws have been heavily debated may be found in amnesty’s contradiction to separation of powers and state’s authority to punish. The amnesty/pardon topic has recently come to the fore in Turkey. Following the presidential election in June 2018, a collective pardon bill was proposed to the Parliament. In this paper, the legal nature of amnesty is studied at the outset, the above-mentioned bill is discussed in the following part and the results are presented at the last section.

Keywords: Pardon, Amnesty, the Reasons that Justify Amnesty, Probation, Suspension of Penalty, the Bill No. 2018/2929

* Bu makale Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı 2018-2019 Güz Döneminde Prof. Dr. Türkân Yalçın tarafından verilen “Ceza Hukuku” dersi kapsamında hazırlanan ödevin geliştirilmiş halidir. Bu kapsamda kıymetli katkılarından dolayı Sn. Prof. Dr. Türkân Yalçın’a teşekkürü borç bilirim.

** Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, law.tolgayildirim@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3537-3793, Makalenin Gönderim Tarihi: 23.06.2019, Kabul Tarihi: 23.06.2019

I. GİRİŞ

Her devlette, şu ya da bu biçimde, şüpheli, sanık veya hükümlülerin affedildiği ve af müessesesinin bulunduğu görülmektedir.¹ Tarihîsel süreçte kimi zaman af yetkisi hükümdara verilmiş, kimi zaman affın hükümdarlar tarafından kötüye kullanılmasına tepki duyulmuş, müessesenin kötüye kullanılmasını önlemek için anayasal hükümlere başvurulmuştur.² Bununla beraber af imtiyazının hükümdarın elinden alınıp meclislere verilmesi çözüme vesile olmamış, çok zaman meclislere hâkim çoğunluk partileri tarafından af yetkisi amacından saptırılmış, siyasal amaçlarla iktidarı elinde tutabilmek için genel af çıkartabilme endişesi içinde olunmuştur.³ Bu gelişmeler neticesinde af yetkisinin hangi kuruma ait olması gerektiği daha fazla tartışılmış, affın yasamaya mı yoksa yürütmeye mi tevdi edilmesi gereken bir yetki olduğu hususu halen çözümlenememiştir.

Af, genel olarak anayasa hukuku ve ceza hukuku tarafından düzenlenen, aynı zamanda hüküm ve neticeleri bakımından borçlar hukuku, idare hukuku ve muhakeme hukuku alanlarını da etkileyen, çok yönlü bir müessesedir.⁴ Teknik yönleri açısından ceza kanunlarının düzenlemesi kapsamında kalan bu müessese, kaynağını anayasal metinlerden almaktadır.⁵ Affın kaynağını neden anayasadan aldığı sorusunun cevabını “kuvvetler ayrılığı” ilkesinde bulmak mümkündür.⁶ Esasen mahkemelerin bağımsızlığı ve mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerinin kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaştırılabilmesi için af yetkisinin anayasada düzenlenmesinin tercih edilmesi yerindedir.⁷

¹ Kemal Gözler, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 298. EA: <http://www.anayasa.gen.tr/af.htm>, ET: 07.10.2018.

² Çetin Özek, “Umumi Af”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1959, Cilt: 24, Sayı: 1-4, s. 118. E.A.: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96209>, ET: 07.10.2018.

³ Özek, s. 121.

⁴ Selahattin Keyman, *Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af)*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1965, s. 1; Özek, s. 118.

⁵ Ayhan Döner, “Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM’nin Af Yetkisi”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, Cilt: 12, Sayı: 3-4, s. 35.

⁶ Affın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılığı ve bu konuya ilişkin tartışma için bkz. Hakkı Demirel, “Af Selâhiyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 1957, Sayı: 4, s. 117 vd. EA: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1957-4/2.pdf>, ET: 18.01.2019.

⁷ Mesude Atila, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku’nda Af Kurumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 280. EA: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-1/2010-1-atila.pdf>, ET: 04.11.2018.

Beş kısımdan oluşan bu çalışmada; öncelikle af müessesesinin hangi tarihî ve fikrî orijinden doğduğu incelenecek, affın hukuki niteliğinin analizi bağlamında devletin cezalandırma yetkisi, affı meşrulaştırma nedenleri, Türk hukukunda affın nasıl yer aldığı ortaya koyulacak, sonrasında kamuoyu gündeminde bulunan 2018/2929 sayılı Kanun teklifi irdelenecek ve son olarak da konuya ilişkin değerlendirmeler kısaca belirtilecektir.

II. AFFIN TARİHSEL VE DÜŞÜNSEL KÖKENİ

A. TARİHSEL ARKA PLAN

Af müessesesinin, tarihte ceza hukukuna koşut bir varlığının bulunduğunu tahmin etmek güç değildir. Bununla beraber af kavramını salt hukuk bakımından değil, dinsel referanslar bağlamında da ele almak mümkündür. Meray; İslam, Hristiyanlık ve Budizm gibi dinlerin affa hangi biçimde yer verdiğini incelemiş ve bu dinlerde affın hep en ulvî, en yüksek hareket tarzı olarak telkin edildiği sonucuna varmıştır.⁸

Tarihte bilinen ilk af uygulaması olarak; 30 tiranı yenip Atina'ya demokrasiyi getiren General Thrasybulus'un yenilen oligarşik radikallere yönelik ilan ettiği affa işaret edilmektedir.⁹ Bu bağlamda tarihteki ilk af -şaşırtıcı olmayan biçimde- toplumsal barışı tesise matuf olmuştur.

Af yetkisinin Roma hukukunda da mevcut olduğu, prensin bir mahkûma absolutio veya indulgentia veyahut da restitutio in integrum bahşederek onu affetmek hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.¹⁰ Yine İslam hukukunda cezayı düşüren sebeplerden biri olarak af müessesesi de sayılmaktaydı. Bu kapsamda had suçlarının Allah'a karşı işlenmiş olması nedeniyle affı mümkün değilken; kısas ve diyet cezalarının mağdurun kendisi veya velileri tarafından, ta'zir cezalarının ise hem devlet hem de mağdur tarafından affı mümkün olarak kabul edilmiştir.¹¹

⁸ Seha L. Meray, *Ceza Hukukunda Af (Konusu Üzerine Bir Deneme)*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1944, s. 4-6.

⁹ Meray, s. 9. Benzer yönde açıklamalar için bkz. Amnesty and Pardon-Historical Overview, EA: <http://law.jrank.org/pages/506/Amnesty-Pardon-Historical-overview.html>, E. T.: 27.10.2018.

¹⁰ Tahsin Adam, "Af Salâhiyeti", *Adliye Ceridesi*, Yıl: 1941, No. 41, s.849-850. Özek, 1959, s. 123.

¹¹ Halil Cin/Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 5. Basım, Osmanlı Araştırma-

Af yetkisinin monarkın elinden alınıp parlamentoya verilmesi şeklindeki önemli bir gelişmenin İngiltere’de 1700 yılında yaşandığı görülmektedir. Bu tarihte kraliyet hanedanında yaşanan sıralı ölümler sonucunda taht varisinin belirlenememesi üzerine çıkarılan Act of Settlement’ın 3. madde son fıkrasında, Avam Kamarası’nda başlatılan azletme (impeachment) işlemi üzerine Krallık tarafından verilecek af belgesinin şüpheli/sanık tarafından savunma kapsamında kullanılmayacağı¹² belirtilmiştir.¹³

18. yüzyıl Çin idaresindeki Moğol halkında affa benzer biçimde kimi suçlarda cezaların tebdil (değiştirme) yoluyla hafifletildiğini, hatta ölüm cezasında dahi ceza bedelini ödemenin kabul gördüğünü görmekteyiz.¹⁴ Benzer biçimde en geç 16. yüzyılın birinci yarısında kaleme alındığı tahmin edilen Tsaayın Biçik’te (Yargıçlar Kitabı) “Bir kadın bir hükümdara gider ve kendisine veya yakınlarına verilmiş olan bir cezanın affı için ricada bulunursa, karşı cinse duyulan saygıdan ötürü genel olarak küçük cezalar affedilir. Büyükler ise yarı yarıya indirilir.” hükmü yer almaktadır.¹⁵

Osmanlı İmparatorluğunun son dönemlerindeyse, dönemin büyük devletlerinin af müessesesini Osmanlı’nın iç meselelerine karışma vesilesi olarak kullandığını, bu doğrultuda bazı Bulgar ve Rum çetelerinin işledikleri suçlara rağmen genel affa tabi tutulduğu dikkat çekicidir.¹⁶ Hatta affın Osmanlı tarihindeki enteresan bir örneği olarak; 2. Abdülhamit’e suikast düzenleyen, ancak başarısız olan suikast sonucu olay yerinde bulunan 26 kişinin ölümüne sebep olan ve yapılan yargılama neticesinde idam cezasına mahkûm edilen Belçika vatan-dışı Edward Joris’in bizzat 2. Abdülhamit tarafından affedilmesini görmekteyiz.¹⁷

ları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 302.

¹² “...that no Pardon under the Great Seal of England be pleadable to an Impeachment by the Commons in Parliament.”

¹³ Yasanın tam metnine ulaşmak için bkz. EA: <https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2>, E. T.: 23.10.2018. Aynı doğrultuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Adam, s. 850 vd.

¹⁴ Curt Alinge, Moğol Kanunları (Çev. Coşkun Üçok), Sevinç Matbaası (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 227), Basım Yeri Belirtilmemiş, 1967, s. 138-139.

¹⁵ Alinge, 1967, s. 39-40 ve 147.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Meray, s. 10 vd.

¹⁷ Bu kapsamda Bardakçı, “Batı dünyası teröristin hükümdarın hayatına kastettiği-

Affin Cumhuriyet tarihindeki yerine baktığımızda, Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana –Milli Mücadele dönemi dâhil- af kanunlarının çıkarıldığı, hatta Cumhuriyetin kuruluşuyla beraber ilk af kanununun çıkarıldığı müşahede edilmektedir. Bu tür kanunlar vasıtasıyla genellikle toplumla yeni kurulan devlet arasındaki boşluğun azaltılması amaçlanmış ve toplumsal barış sağlanmaya çalışılmıştır. Örneğin, Cumhuriyetin 10. yılı vesilesiyle 1933'te çıkarılan Af Yasasıyla tek parti rejiminin katı uygulamalarının unutulması ve halkla devletin yaklaşması hedeflenmiş, dönemin siyasi çalkantılarının giderilmesinde af 'araç olarak' kullanılmıştır.¹⁸ Bundan başka; 1938, 1950, 1960, 1963, 1966 ve 1974 yılında af kanunları çıkarılmıştır. Yine geçmişte doğrudan af kanunu olmayıp dolaylı yoldan af benzeri hükümler getiren ve "dolayısıyla af kanunu" olarak adlandırılan pek çok kanun yürürlüğe girmiştir.¹⁹

ni bile gözardı etmiş, sarayla Babıali üzerindeki baskılarını arttırdıkça arttırmış ve Abdülhamid için Joris'i serbest bırakmaktan başka bir yol kalmamıştı." yorumunu yaparken; Engin "II. Abdülhamid'in idam cezasından hoşlanmadığını, bundan dolayı Joris'i affettiğini, bunu Belçika istediği için değil, kendi iradesiyle yaptığını, hatta Joris'in daha sonra Osmanlı hizmetinde kullanıldığını" nı aktarmaktadır. Hangi yorumun doğru olduğu konumuz kapsamında bulunmamakla beraber, aktarılan olaylar ve yorumlar Osmanlı'nın af müessesesini diplomatik baskılardan kurtulmak için araç olarak kullandığını göstermekte ve Meray'dan 16. dipnotta aktarılan bilgiyi teyit etmektedir. Bardakçı'nın yazısı için bkz. Murat Bardakçı, "Biz 'Hasta Adam'ken Belçikalı katili salmıştık", *Hürriyet*, 4 Haziran 2000. EA: <http://www.hurriyet.com.tr/murat-bardakci-biz-hasta-adam-ken-belcikali-katili-salmistik-39159248>, ET: 27.10.2018. Engin'in konuya ilişkin makalesi için bkz. Vahdettin Engin, "Sultan II. Abdülhamid'e Düzenlenen Ermeni Suikastı ve Bu Sebep Belçika ile Yaşanan Diplomatik Kriz", *Türk Tarih Kurumu Belleten*, Yıl: 1995, Cilt: 59, Sayı: 225, s. 428. EA: <https://drive.google.com/file/d/0B7liBn5XLsAfLWNiQjRBeDZBVG8/view>, ET: 27.10.2018.

- ¹⁸ Terakkiperver Cumhuriyet Fırkası mensupları ile İzmir Suikastı kapsamındaki hükümlüler ve Rauf Orbay'ın yasadan faydalanmak istemeyişine ilişkin olarak ek bilgi için bkz. Cahide Sınmaz-Sönmez, "Cumhuriyetin Onuncu Yıl Dönümü Kutlamaları ve 26 Ekim 1933 Tarihli Genel Af Yasası", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı: 33-34, s. 96-100. Dönemin 150'likleri söz konusu yasa kapsamına alınmamıştır. Ancak bu kişiler 1938'de çıkarılan başka bir yasayla affedilmişlerdir. Seyfullah Çakmak, "Türk Hukukunda Af Sorunu", *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu* (Der. Serap Keskin-Kızıroğlu), 1. Basım, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 44. EA: <http://earsiv.okan.edu.tr/xmlui/handle/123456789/251>, ET: 20.01.2019.
- ¹⁹ Türkiye'deki af uygulamalarının detaylı açıklamaları için bkz. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 690-692. Başka bir çalışmada Kuzu, 1923 yılından 2001 yılına kadar 52 tane af kanununun çıkarıldığını belirtmektedir. Burhan Kuzu, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 254. EA:

B. DÜŞÜNSEL ARKA PLAN

1. Platon

Platon, cezalandırmaya ilişkin olarak “Bir devlet kalıcı ve insanlık ölçüleri içinde olacaksa, onur ve cezaların doğru dağıtılması gerekir” demiş ve Perslerin devlet düzeninin bozulmasında temel etkenin halkın özgürlüğünü fazlasıyla kısıtlayarak ve gereğinden çok baskı uygulayarak devlette uyum ve birliği yok etmesi olarak tespit etmiştir.²⁰ Dolayısıyla Platon’a göre, ceza siyaseti ve suç-ceza ölçülülüğü doğru tespit edilemediği takdirde devlet düzeni bozulacaktır.

Ütopyasında ise filozof, demokratik yönetimleri “suçu kesinleşmiş bazı kimselere gösterdiği affediciliğin aşırı olması, ölüme veya sürgüne mahkûm edilmiş insanların diğer insanlar arasında hiçbir şey yokmuş gibi yaşamaya devam etmesi” yönünden eleştirmiş ve demokrasinin geniş hoşgörüsünü kinayeli biçimde dile getirmiştir.²¹ Bu bağlamda Platon’un cezanın da, affetmenin de aşırılığına karşı olduğu çıkarımını yapmak olanaklıdır.

2. John Locke²²

John Locke, siyasal iktidarın mülkiyeti düzenlemek ve korumak için, ölüm cezası dâhil diğer bütün daha hafif cezaları içeren yasaları yapma hakkı olduğunu ve bunun kamu yararı doğrultusunda uygulanacağını dile getirir. Locke her ne kadar kendi temelleri üzerinde duran ve doğası gereği topluluğun korunması amacına göre hareket eden kurulu bir devlette sadece yasanın egemen bir iktidar olabileceğini belirtse de, birçok durumda yöneticinin yasanın ciddiyetini hafifletme ve bazı suçluları affetme iktidarına sahip olmasının uygun olduğunu savunur. Dolayısıyla affın yürütmeye tevdi edilmesi gereken bir yetki olarak tanımlanması fikrinin kökenini Locke’ta görebiliriz.

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Kuzu.PDF, ET: 07.10.2018. Doğrudan ve dolayısıyla af kanunlarının detaylı bir dökümü ve değerlendirilmesi için bkz. Çakmak, s. 43-51.

²⁰ Platon, Yasalar (Çev. Candan Şentuna/Saffet Babür), 1. Basım, Ara Yayınları, Basım Yeri Belirtilmemiş, 1988, s. 134, 135.

²¹ Platon, Devlet (Çev. Neval Akbıyık), Karizma Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 304, 305.

²² Bkz. John Locke, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme (Çev. Fahri Bakırcı), 1. Basım, Babil Yayınevi, 2004, Ankara, s. 125, 136.

Ona göre hükümetin amacı olabildiğince çok sayıda kişinin korunmasını sağlamak olduğundan, suçlular bile, masumlara karşı bir önyargıları olmadığını ispatlayabildiklerinde serbest bırakılabilmelidirler. Ancak bu düşüncenin temellendirmesine katılmak; argümanın ceza hukukunun varlık nedeniyle çelişmesi, “önyargı” kavramının muğlaklığı, suçluların önyargı sahibi olmadığını ispatlamanın güçlüğü gibi nedenlerle pek mümkün gözükmemektedir.

3. Jean Jacques Rousseau

Bir başka toplum sözleşmecisi olan Rousseau; yasanın koyduğu ve yargıcın verdiği cezadan suçluyu bağışık tutma ya da bu cezayı bağışlama hakkının yalnızca yargıçla yasanın üstünde olana, yani egemen varlığa ait olduğunu dile getirmiş, ancak bu durumda da egemen varlığın hakkının pek açık olmadığını, bu hakkın nadiren kullanıldığını dile getirmiştir.²³ Rousseau’nun bağışlamayı “hak” olarak tanımlaması, Hobbes’u çağıştırması bakımından dikkat çekicidir.

4. Montesquieu

Montesquieu, bağışlama yetkisinin hükümdarın başlıca niteliği olduğunu, hükümdarların toplumun sevgisini kazanmak bakımından bağışlama işinden kimi zaman çok kazançlı çıktıklarını ve bağışlamanın doğru zamanda yapılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁴ Yazar, suç ve cezaların orantılılığından bahsederken de “ılımlı hükümetlerde suçun bağışlanmasının çok yararlı önlemlerden biri olduğu, ılımlı hükümdara tanınan bu bağışlama yetkisinin akıllı uslu kullanılırsa çok iyi sonuçlar verebileceği, bağışlamayan istibdat hükümetinin ise böyle bir mutluluktan yoksun kalacağı”na değinmektedir.²⁵

5. Cesare Beccaria

Klasik okulun önemli isimlerinden Beccaria’nın affa şiddetle karşı olduğu hususu, muhtelif kaynaklarda çokça dile getirilmiştir.²⁶ Ger-

²³ Jean Jacques Rousseau, Toplum Sözleşmesi (Çev. Vedat Günyol), 2. Basım, Çan Yayinevi, Basım Yeri Belirtilmemiş, 1965, s. 50.

²⁴ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine (Çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınevi, İstanbul, Nisan 2014, s. 119, 120.

²⁵ Montesquieu, s. 118.

²⁶ Keyman, s. 17; Türkân Yalçın Sancar, “ ‘23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen

çekten de Beccaria “Suçlar ve Cezalar Hakkında” isimli kült eserinin sonunda bulunan “Aflar Hakkında” bölümünde yasalar ve onları uygulayanların kimsenin gözünün yaşına bakmaması, yasaları eğip bükmemesi gerektiğini savunmakta ve af karşıtı duruşunu şöyle ifade etmektedir: “Unutulmamalıdır ki, suçların affa uğrayabileceklerini ve cezanın suçların kaçınılmaz sonucu olmadığını göstermek, suçlularda cezasız kalma umudunu ve düşünüyü kışkırtmak demektir.”²⁷ Beccaria dönemin egemenlerinin bireysel aflar (pardon) yürürlüğe koymalarını sertçe eleştirmiş, af yetkisinin yasa koyucuya ait bir yetki ve erdem olduğunu da savunmuştur.²⁸ Dolayısıyla af yetkisini yasa koyucuya tanınması bakımından Beccaria, Locke’tan farklılaşmaktadır.

Beccaria’nın düşüncelerini bütüncül olarak değerlendirdiğimizde, kendisinin suçlarla cezalar arasında orantılılık bulunmasını, suçlara ilişkin cezaların yalnızca yasalarla belirlenmesini, cezaların ılımlı olmasını ve acımasız yasaların cezasızlığa yol açacağını öne sürdüğünü görürüz. Ünlü düşünür bu gerekçelerden hareketle cezaların ılımlı ve yargılamanın düzenli, kurallara uygun ve çabuk olduğu bir hukuk düzeninden af kavramının çıkartılması gerektiğini beyan eder.²⁹ Dolayısıyla Beccaria’nın cezaların affından ziyade adil kanunlar ve kanunilik ilkesi kapsamında oluşturulmuş ölçülü suç ve cezalara sahip bir yargısal sistemde çıkarılan gereksiz ve keyfi aflara karşı olduğunu söylemek mümkündür.

6. Jeremy Bentham

Jeremy Bentham’ın genel itibarıyla af kurumunun aleyhinde olduğu kabul edilmektedir.³⁰ Esasen düşünür, “Eğer yasalar fazla sertse, af çıkarma yetkisi gerekli bir çaredir ancak bu çarenin kendisi bir musi-

Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 4-5; Hasan Dursun, “Af Kavramına Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı: 85, s. 375-376. E.A.: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-85-572>, ET: 04.11.2018; Sibel Can, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, Sayı: 65 (4), s. 1296. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22261.pdf>, E.T.: 04.11.2018.

²⁷ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami Selçuk), 3. Basım, İmge Yayınevi, Mart 2013, Ankara, s. 218-219.

²⁸ Beccaria, s. 218.

²⁹ Beccaria, s. 31, 45, 132, 217.

³⁰ Keyman, s. 18.

bettir/fenalıktır. İyi yasalar yapılmalıdır-ki onları hükümsüz kılacak sihirli değneklere ihtiyaç kalmasın. Ceza zaruriyse affedilmemeli; yok zaruri değilse, hükümlü onu çekmeye mahkûm edilmemelidir.” diyerek ideal bir hukuk düzeninde affın yer almaması gerektiğini savunmaktadır.³¹ Bu düşünceleriyle Bentham’ın Beccaria’ya yaklaştığı gözlemlenmektedir.

Bunun yanında, Bentham kamusal karışıklıkların, komplo ve ayaklanmalar gibi cezalandırmanın faydadan daha ziyade fenalık getireceği durumlarda, af yetkisini kullanmanın zorunlu olduğunu da dile getirmektedir.³²

7. Hugo Grotius

Grotius “Savaş ve Barış Hukuku” adlı eserinde; suçların cezalandırılmasının gerekli olmakla birlikte, birtakım durumlarda bağışlamaya yer olup olmadığını düşünmek gerektiğini, ceza yasalarının olmadığı çağlarda da ceza vermeye izin verildiği, ancak bunun böyle olmasının cezanın her zaman çektirilmesi gerektiğini göstermeyeceğini, çünkü cezanın çektirilme zorunluluğunun cezaların konmasındaki amaçlara bağlı olduğunu, bu amaçların moral yönden gereksizliği, başka amaçlarla çatışması veya ceza ile güdülen amaca başka yoldan ulaşılabilmesi halinde ceza vermenin gerekli olmadığını savunmaktadır.³³ Dolayısıyla Grotius’un cezalandırmada amaçlara odaklandığını, bu amaçlara ulaşılması ya da ulaşılmasının gerekli olmadığını anlaşılmaması durumunda affa karşı olmadığını çıkarımını yapmamız mümkündür.

C. DEĞERLENDİRME

Gerek tarihsel gerekse de düşünsel örneklerin ortaya koyduğu sonuç, ceza adaletinin gelişiminde af müessesesinin mühim bir yeri olduğu gerçeğidir. Geçmişte özellikle suç-ceza orantılılığının ortadan kalkması, adli hatalardan dolayı adalet duygusunu zedeleyecek biçimde ağır cezalara hükmedilmesi gibi durumlarda af, tecziyeyi tersine

³¹ Jeremy Bentham, *Theory of Legislation* (Translated by R.Hildreth), Trübner & Co., London, 1864, p. 357. EA: <https://archive.org/details/legislation00bentuoft/page/n3>, ET: 07.10.2018.

³² Bentham, p. 356.

³³ Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku-Seçmeler* (Çev. Seha L. Meray), Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1967, s. 142.

çeviren bir denge unsuru olarak belirlemektedir. Affa yetkili makam bağlamındaki tartışmalara baktığımızda, 1982 Anayasası'ndaki Cumhurbaşkanıya tanınan özel af yetkisinin kökenini Bentham'ın yaklaşımında, TBMM'ye tanınan özel ve genel af yetkisinin kökenini özellikle Rousseau ve Beccaria'da bulabiliriz.

III. AFFIN HUKUKİ ANALİZİ

A. DEVLET AYGITININ CEZALANDIRMA İMTİYAZI VE AF

Af, türüne göre değişebilmekle birlikte kimi zaman suç ve cezaların kimi zaman yalnızca cezaların ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Peki devlet, her suçun genel pasif süjesi olmakla birlikte, özellikle doğrudan kişilere karşı işlenen suçlar bakımından şüpheli, sanık veya hükümlüleri af yetkisine gerçekten sahip midir? Bir diğer deyişle, devletin tecziye ve af yetkisinin teorik temelleri nelerdir? Bu soruları yanıtlamak için devlete tanınacak af imtiyazının bir hak mı yoksa bir yetki mi olduğu tartışılmalıdır. Zira tecziye ve af kavramları bir nevi birbirlerinin ters fonksiyonu niteliğinde olduğundan, devletin ceza verme imtiyazını³⁴ "hak" olarak tanımak, affı da bir hak olarak devlete bahşetmek anlamına gelecektir. Dolayısıyla af başlığının bağlamından uzaklaşmadan bu hususun netleştirilmesi gerektiği mülahaza edilmektedir.

Cezalandırmanın hak mı yetki mi olduğu tartışması; ilk bakışta sığ, soyut ve felsefi temelli, kavram kargaşasının yaşandığı ve çok da gerekli olmayan bir teorik değerlendirme olduğu yönünde intiba uyandırabilmektedir. Ancak hukukun kelimeler ve kavramlar üzerinden yürüdüğünü ve tıpkı bir inşaat mühendisinin yapıya göre uygun malzemeyi seçmesi gibi, hukukçunun da doğru kavramları seçip doğru yerde kullanmasının önem arz ettiği bir gerçektir.

Oppenheimer'a göre,³⁵ devletin suçları cezalandırması –her ne kadar tarih bilimi devletin (suçu) cezalandırmasına ilişkin teorideki kopukluğu gidermekte başarısız olsa da- kişisel öç kavramının devamı olarak

³⁴ Hak-Yetki tartışmasından uzaklaşabilmek adına "imtiyaz" kavramı tercih edilmiştir.

³⁵ Bu paragraftaki açıklamalar için bkz. Heinrich Oppenheimer, *The Rationale of Punishment*, University of London Press, London, 1913, p. 35. EA: http://etheses.lse.ac.uk/426/1/Oppenheimer_The%20rationale%20of%20punishment.pdf, ET: 21.10.2018.

adlandırılmak zorundadır. Devletin gücünün artmasıyla ceza hukuku, o döneme kadar yalnızca medeni hukukun elinde kalmış alanlarda müşterek hâkimiyet ilan etmeye başlamıştır. Yazara göre ceza hukukunun ortaya koyduğu silahların gücü, bireyin kendi vazgeçilmez haklarının korunmasında o silahlara daha fazla güvenmesini sağlamıştır.

Gramatica meşhur eseri “Toplumsal Savunma İlkeleri”nin başlangıcında³⁶ devletin “cezalandırma hakkı”ndan bahsetmiştir. Yazar eserinin devamında cezalandırma hakkına sahip devletin öznel hakkına ilişkin sorunu ele almış ve jus puniendi (cezalandırma hakkı)-toplumsal savunma sistemi ilişkisini incelemiştir. Bu kapsamda aslında toplumsal savunmanın devletin üstlendiği bir ödev olduğu, “toplum yaşamına karşıt” diye belirlenen kimselere toplumsal savunma önlemlerini uygulama ödevinin özel bir “ödev-hak” olduğu, söz konusu ödev-hakkın yalnızca bu anlamda toplumsal savunma yetkisi (potestà/gücü) olarak tanımlanabileceğini belirtmiştir.³⁷ Dolayısıyla yazarın -kendi teorisi bakımından- ceza hukuku yerine ortaya koyduğu toplumsal savunma hukukunda devleti toplumsal savunma yetkiyle donattığını söylemek mümkündür.

Bettiol devletin ceza vermesini sübjektif bir hak olarak ifade etmiş; ancak kamu davasının hukuk sahasında mutlak bir kanuniyete tabi olduğunu, “cezalandırmak hukuku”nu tanımayanların ya da devletin herhangi bir hukuki sınıra tabi olmaksızın “cezalandırmak hakkı” olduğunu savunanların, ferde hürriyet hakkı tanımayarak cezalandırmayı devletin mutlak bir parçası olarak kabul ettiklerini belirtmiştir.³⁸

Devletin ceza verme imtiyazına ilişkin olarak Dönmezer-Erman, devletin kendisiyle rekabet halindeki diğer egemenlikleri ortadan kaldırarak egemenliği tek başına ele geçirdiği ve tekel olarak ceza verme hakkına malik olduğunu ilan ettiğini, cezalandırma hakkına devletin hemen bir anda ve tümüyle sahip olmadığını ve bu hakkı yavaş yavaş ve dereceli olarak kazandığını belirtmektedir.³⁹

³⁶ Filippo Gramatica, *Toplumsal Savunma İlkeleri*, (Çev. Sami Selçuk), 2. Basım, İmge Yayınevi, Ankara, 2005, s. 34.

³⁷ Gramatica, s. 109, 110.

³⁸ Giuseppe Bettiol, “Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi” (Çev. Faruk Erem), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1955, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 3. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/329/3311.pdf>, ET: 23.10.2018.

³⁹ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt:

Bir toplum sözleşmecisi olan Hobbes, “Leviathan”ın “cezalandırma hakkı nereden gelir” başlıklı bölümünde, devletin kurulmasından önce herkesin her şeyi yapmaya, dolayısıyla kendi varlığını korumak için herhangi birini boyun eğdirmeye, yaralamaya veya öldürmeye hakkı olduğunu, her devlette kullanılan cezalandırma hakkının temelini buna dayandığını ifade eder.⁴⁰ Benzer biçimde Rousseau suçlunun hüküm giymesini işini “özel bir iş” olarak tanımlayıp bu işin egemen varlığa bırakılmadığını, egemen varlığın kendi başına kullanamayıp başkasına bırakabileceği bir hak olduğunu ifade etmektedir.⁴¹ Ancak M.Ö. 8500’lerde ilk köylerin oluşmaya başladığını, M.Ö. 7000’lerde Catalhöyük’te 5,000-10,000 civarında bireyin yaşadığı kentlerin oluştuğunu buna karşın krallık ve imparatorluk benzeri düzenli devlet yapılarının ancak tarihte ilk olarak M.Ö. 3100 civarında Mısır’da oluştuğunu, ilk yazılı kanunların ise M.Ö. 1776’da Hammurabi Kanunu olarak ortaya çıktığını⁴² düşünecek olursak, Hobbes ile Rousseau’nun savunduğu ve “tecziyede devleti/egemen gücü tarihin başından itibaren yetkili” gören toplum sözleşmesi teorisinin ütöpik kaldığını söyleyebiliriz. Bu konuda Selçuk benzer biçimde “devletin yaptırım uygulama, özellikle ceza verme yetkisini tekeline alması, hiç kuşkusuz uzun bir evrimin sonucudur. O nedenle devletler ortaya çıkar çıkmaz bu tekelin doğduğunu ileri sürmek elbette olanaksızdır.” demektedir.⁴³

Bir görüşe göre cezalandırma tarihsel süreçte bir hak olarak ortaya çıkmış ve zamanla yetkiye dönüşmüştür.⁴⁴ Ama bu hakkın toplumun

1, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 43, 44.

⁴⁰ Thomas Hobbes, *Leviathan* (Çev. Semih Lim), 11. Basım, Yapı Kredi Yayınları, Ocak 2013, İstanbul, s. 232.

⁴¹ Rousseau, s. 50.

⁴² Yuval Noah Harari, *Sapiens-A Brief History of Humankind*, Vintage Books, London, p. 116-117.

⁴³ Sami Selçuk, “Eski Çağlarda Suç Hukuku”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt: 2, Ankara, 2015, Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 1025. EA: <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/873.pdf>, E.T.: 16.11.2018.

⁴⁴ Veysel Dinler, *Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 44. EA: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, E.T.: 23.10.2018. Benzer biçimde Oppenheimer’ın “yargının faili mahkeme önüne gelme ve mahkemeyi (suçsuzluğuna) ikna etmeye zorlamak için etkin bir usûlî metot tesis etmesiyle, devlet önce arabulucu, sonra hâkim olarak (anlaşmazlıklara) müdahil olmuştur; ancak hiçbir zaman taraf olmamıştır” düşüncesini de yeri gelmişken zikretmek gerekir. Oppenheimer, p. 34. Taraf olmama düşüncesini devletin suçun genel pasif süjesi olup olmaması bakımından değil, itham sistemindeki gibi itham

bizatihi kendi farazi soyut varlığında oluştuğu mülahaza edilebilir. Toplumun gelişim süreci boyunca şahısların –meşru müdafaa hakları saklı kalmak üzere- işlenmiş suçlardan doğan karşılık verme hakkına ilişkin olarak devlet aygıtını yetkilendirdiğini kabul etmek olanaklıdır. Zira -kişilere yönelmiş bazı suçlar bakımından- kısasa kısas ilkesi uygulanabilir ise de bu ilkenin tüm suçlar bakımından sürdürülebilirliği yoktur.⁴⁵ Böylece insanoğlu cezalandırmada standartlaşma ve “yasa önünde eşitlik” noktasına doğru yol almıştır. Bu şekilde devlet mekanizması yetkilendirilerek ihkak-ı hak yasağı şekillendirilmiştir. Dolayısıyla devlet aygıtı, cezalandırma yetkisini (hakkını değil) hakkın gerçek sahipleri olan ve kendi varlığına rıza gösteren gruptan almıştır.

Cezalandırmada “hak” tabiri “yetki”ye kıyasla daha geniş bir anlam tasavvur etmemize neden olmaktadır. Oysa devletin işlenen suçta ceza verme imtiyazı sınırlandırılabilir ve akla yatkın olmalı, evrensel insan haklarını zedelememelidir. Ancak buna rağmen devletin cezalandırma imtiyazının neden hak değil de yetki olması gerektiği salt bu argümanlarla açıklanamaz. Zira yetkinin olduğu gibi hakkın da doğal sınırları bulunmaktadır. Yetki kadar hak da sınırlandırılabilir bir görünüm arz etmektedir. Diğer taraftan, devleti cezalandırmada subjektif hak sahibi olarak adlandıırırsak, “ubi societas, ibi ius” özdeyişiyle somutlaşan ve “toplumsal düzeni sağlayan hukuk anlayışının devlet aygıtından önce de var olduğu, hukukun devletle kaim olmadığı” fikrine aykırı bir yaklaşım sergilemiş oluruz. Zira devlet değil, toplumun bizatihi kendisi toplumsal düzene aykırı gelen davranışları tecziye etmek istemiş ve bunun için başlangıçta devlete ihtiyaç da duymamıştır.

edenle itham edilenin yargıç karşısında eşit pozisyonda olması, yargıcın kendiliğinden harekete geçmemesi, devleti temsil eden yargıcın taraftan ziyade hakem olması şeklinde düşünmek uygun olacaktır.

⁴⁵ “Kişinin başkalarına davrandığı gibi kendisine davranılması makul ve açık bir düşünce gibi görünmektedir. Başka birini öldüren kimsenin ölümüne mahkûm olacağı aşikâr bulunacaktır. Ancak diğerinin gözünü çıkaran birinin gözünü oymada (etik gelişimimizin mevcut durumu gereği) hemen tereddüt edilecektir. Ayrıca kısas ilkesine göre tecavüz eden kişiye ne ceza verilecektir? Kant kastrasyon yoluyla diye düşünürdü. Fakat bunun bariz biçimde kısasa kısas ilkesinden ayrılma olduğu ortadadır.” Harald Höffding, “State’s Authority to Punish Crime”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Year: 1912, Vol. 2 (5), p. 700-701. EA: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1126&context=jclc>, ET: 04.11.2018.

Devletlerin oluşmasıyla beraber ceza hukukunun özel hukuktan kamu hukukuna doğru kaydığını⁴⁶ ve kamusal bir ilişki bağlamında ele alındığını, toplumun bu konuda devleti yetkilendirdiğini veya devletin aşırılıkların önüne geçmek maksadıyla cezalandırmayı tekeline aldığını söylemek mümkündür. Bir başka deyişle, toplum ilk başta örf ve adetlerine aykırı davranışları cezalandırmak ihtiyacı hissetmiş; toplumda ancak hukuk bilinci giderek geliştikten sonra ilkel ceza hukuku uygulamalarının (kişisel öç ve kısasta aşırılık, başkasının fiilinden sorumluluk gibi) yarattığı rahatsızlık nedeniyle toplum cezalandırma hakkına ilişkin olarak giderek güçlenen ve “tarafsız olduğu varsayılan” devleti yetkilendirmiştir diyebiliriz.⁴⁷ Dolayısıyla devletin cezalandırma hakkının yetkiye dönüşümü fikri, bu açıdan sosyal sözleşmecilerden ayrılabilir.

Tecziye yetkisinin toplum tarafından geri verilmemek üzere devlete tanınmış olması, mezkûr imtiyazın yetki kavramından uzaklaşıp hak kavramına yaklaşmasını gerektirmez. Yine devlet bu yetkiyi toplumun (ve günümüzde belli ölçüde uluslararası toplumun) belirlediği sınırlar dâhilinde kullanabilecektir. Toplumun tecziye bakımından devleti yetkilendirmesine paralel biçimde, af konusunda da devleti yetkilendirdiğini söylemek mümkündür. Bu bakımdan yetkide paralellik ilkesi gereğince devletin cezalandırmada münhasıran kendine tevdi edilmiş bir hakka değil, yetkiye sahip olduğunu söylemek mümkündür. Pozitif hukuk açısından konuya baktığımızda anayasa koyucunun 87. maddede TBMM’nin görev ve yetkileri arasında genel ve özel affa karar vermeyi saydığını, benzer biçimde 104. maddede Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında -şartları olduğu takdirde- kişilerin cezalarını hafifletmeye veya kaldırmaya yer verdiğini görüyoruz. Bu minvalde Soyaslan’ın “ne olursa olsun her hal ve durumda suçluyu cezalandırmak veya bağışlamak devlet için bir haktır.”⁴⁸ biçimindeki düşüncesine katılmak zordur. Dolayısıyla özellikle af konusu bakımından cezalandırmanın bir yetki olarak kabul edilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

⁴⁶ Roma’nın Krallık Dönemi’nde “suç hukukunun özel hukuk görünümünde olduğu” fikri için bkz. Selçuk, s. 1045.

⁴⁷ Kent devletinin insana özgü öç kavramına sınırlama getirmesi ve öç almaya meşru bir sınırlama çizmesi fikri için bkz. Selçuk, s. 1022.

⁴⁸ Doğan Soyaslan, “Af”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 413. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Soyaslan.PDF, ET: 07.10.2018.

B. AFFI MEŞRULAŞTIRAN NEDENLER

Düşünsel arka plan bölümünde kısaca görüşlerine yer verilen yazarların devletin cezalandırma yetkisine bir istisna teşkil etmesi bakımından af müessesesine mesafeli yaklaşıtlarını müşahade edemekteyiz. Ancak herhalde bu sonuç çok da şaşırtıcı, sürpriz bir çıkarım değildir. Zira özgürlükçü ceza hukuku⁴⁹ anlayışını benimsemiş bir devletin demokratik toplum düzeninin sınırları dâhilinde kendi vatandaşlarının her türden hak ve özgürlüğünü güvenceye alması, bu hak ve özgürlüklere yöneltilen tehditleri bertaraf etmek amacıyla suç ve ceza politikası gütmesi; o devletin bizatihi kendi varoluş sebebidir, içkin özüdür. Af gibi cezayı veya suçu tamamen/kısmen ortadan kaldıran bir müesseseye gerek toplumun gerekse düşünürlerin mesafeli olması anlaşılabilir bir tepkidir. Bu noktada affı neyin meşrulaştırdığını ortaya koymak gerekir.

Afı meşru kılan yegâne gerekçelerden biri, adli hatalardır. Adalet denilen kavramın yahut neyin adil olduğunun izafiliği, her halde izahattan varestedir. Diğer taraftan normalde “kesin hüküm” kavramı haki-katin ifadesi kabul edilirken kimi zaman kesin hükmün adli hatanın bir ifadesi olduğu türden hadiseler de rastlanmaktadır.⁵⁰ Dolayısıyla gerek yasaların gerekse o yasaları uygulayan yargıçların her zaman adil olabileceklerini topyekûn kabul etmek mümkün değildir.⁵¹ Ceza usul mevzuatının son derece mükemmel olduğu, yargıçların en ehil kişiler arasından seçildiği yerlerde dahi bazen adli hataların yapılması imkân dâhilindedir.⁵² Af yetkisi adli hataların düzeltilmesinde son

⁴⁹ Toroslu, özgürlükçü ceza hukukunu “mağdura ve suçluya, sosyal savunmaya ve özgürlüklere ilişkin şartların dengeli bir sentezini sağlayarak, bir yandan özel ve kamusal süljelerin saldırlarına karşı vatandaşların temel haklarını, sosyal menfaatleri, demokratik kurumları, yani uygar bir biçimde birlikte yaşamak için gerekli olan şartların bütününe koruyan, öte yandan da bireylere hukukî kesinlik ve eşitlik sağlayarak, tarafların aleti haline gelmeyecek ve adli keyfilikleri önleyecek şekilde oluşturulan bir ceza hukuku” olarak tanımlamaktadır. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 17. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s. 23.

⁵⁰ Faruk Erem, “I. Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, s. 4. E.A.: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/340/3578.pdf>, ET: 23.10.2018.

⁵¹ Neticede beşeri adaletin hiçbir zaman ilahi adalete erişmek gibi bir kaygısı olmamakla birlikte ceza muhakemesinin asıl amacı mutlak gerçeği değil, maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır.

⁵² Keyman, s. 34.

çare olabilir.⁵³

Doğal hukuk ekolünün önemli isimlerinden Cicero “toplumların kurumlarına ve yasalarına göre belirlenmiş her şeyin adil olduğunu düşünmek tam bir budalalık olur.”⁵⁴ diyerek gerek kurumsal olarak yasama, yürütme ve yargı mercilerinin yaptığı işlemlerin gerekse yasaların bizatihi kendisinin adalet duygusunu zedeleyebileceğini ifade etmiştir. Gerçekten “mahkemelerde yargılayan aslında yargıçlar değil, devletin kişiliğini temsil eden egemen güç”⁵⁵ ise, özellikle politik yansımaları olan davaların -kimi zaman istemli kimi zaman istemsiz biçimde- vicdanı yaralayan sonuçlar doğurması olasıdır. Bu bakımdan kimi zaman politik niteliği olmayan davalarda adli hataların oluşması kimi zamansa siyasi niteliği ağır basan davaların adil olmayan sonuçları affı meşru kılabilir.

Adalet duygusunun zedelenmesinin bir örneğini politik yansımaları haiz bir dava olan *Debs v. U.S.* davasında görmek mümkündür.⁵⁶ Bu davada Amerika Birleşik Devletleri’nin 1. Dünya Savaşı’na katılmasına karşı çıkan, savaş karşıtı söylemlerde bulunan ve kapitalizmi yeren konuşmalar yapan sosyalist politikacı Eugene V. Debs, 1917 tarihli Kontrespiyonaj Yasası’na (Espionage Act) dayanılarak 10 yıl hapis cezasına çarptırılmıştı. Savunma tarafının Amerikan Anayasası’nın Haklar Bildirgesi’ndeki (Bill of Rights) ek 1. maddede⁵⁷ belirtilen ifade özgürlüğü (right of free speech) temeli üzerine kurguladığı davada Yüksek Mahkeme, mezkûr yasanın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş ve cezayı onamıştı. Davada konumuz bakımından önem arz eden husus, 1919’da Debs hapse girdikten 2 yıl sonra sağlık durumunun da kötüleşmesiyle beraber dönemin Amerikan Başkanı Harding’in infaz edilen süreye göre Debs’in cezasını kısaltma (commutation of sentence) yoluna gitmesidir. Bu işlemin savaşın sona ermiş olmasından

⁵³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt: 2, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2399.

⁵⁴ Cicero, Yasalar Üzerine (Çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Basım, Ocak 2018, İstanbul, s. 22.

⁵⁵ Hobbes, s. 204.

⁵⁶ Kararın tam metni için bkz. *Debs v. U.S.*, 249 U.S. 211 (1919). EA: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>, ET: 06.10.2018.

⁵⁷ Söz konusu düzenlemeye göre Kongre ifade ve basın özgürlüğünü kısıtlayacak yasa çıkartamaz. “Congress shall make no law... abridging the freedom of speech or of the press...” bkz. Bill of Rights, EA: <https://www.constitutionfacts.com/us-constitution-amendments/bill-of-rights/>, ET: 10.02.2019.

da kaynaklandığı düşünülebilir. Somut vakıanın sarıh biçimde ortaya koyduğu gerçek, cezai nitelikteki kanunların uygulanmasında kimi zaman haksız sonuçlar doğabileceği, bu bakımdan af yetkisinin bu haksızlıkları gidermede önemli bir fonksiyona sahip olduğudur.

Yukarıda ifade edilen hususları göz önünde tutmak gerekmele birlikte, af kanunlarının meşruluk nedenlerini salt adli hatalardan hareketle açıklamaya çalışmak doğru bir hareket tarzı olmayacaktır. Af, adli hataların önüne geçmek için çok istisnai ve tali bir yol olarak görülmelidir.⁵⁸ Zira en başta adli hataları mevcut hukuksal düzen içerisinde giderebilecek yargılamanın yenilenmesi gibi yollar mevcuttur. Hatta Erem, yargılamanın yenilenmesi kurumunun adli hatanın giderilmesinde aftan daha doğru olduğunu şu şekilde belirtmekte ve aksi bir yaklaşımın yaratabileceği önemli bir tehlikeye işaret etmektedir: “Lehe muhakemenin iadesinde masum olduğu halde mahkûm edilmiş bir kimse bahis konusu olabileceğine göre affın hukuken izahına imkân yoktur. Bir insan, masum olmak kusurundan dolayı mı af edilecektir? Burada gerekli olan şey «af» değil, «hata»nın topluca tamiridir. Esasen adli hataların tamirinde de kullanılmış olmasına rağmen affın maksat ve gayesi bilhassa bu değildir. Adeten af, adli hataların tamirine arızî ve istisnâî bir çaredir. Kaldı ki, kazaî kararlarda hata edilmesinden dolayı af yetkisinin kullanılması düşündürücü bir haldir. Yargılama konusunda hata edilmiş ise bu hata yine yargılama organlarında giderilmelidir. Zira, başka organların hükümlerde hata görmesi yolu açılmamalıdır. Bunun sonu «yargılama erki» ne müdahale ile biter.”⁵⁹

Affin çıkarılma amaçlarından bir diğeri de cezaevlerinin doluluk oranının düşürülmesidir. Buna örnek olarak 2006 İtalyan Af Kanunu verilebilir. Söz konusu Kanun ile İtalyan cezaevlerindeki yüksek doluluk oranı düşürülmek istenmiş⁶⁰ ve 22.384 mahkûm serbest bırakılmıştır.⁶¹ Yine İtalya’da 1959-1995 yılları arasında çıkarılan bir dizi affın ha-

⁵⁸ Yalçın Sancar, s. 39.

⁵⁹ Erem, s. 6.

⁶⁰ Stefano Maffei, Isabella Merzagora Betsos, “Crime and Criminal Policy in Italy- Tradition and Modernity in a Troubled Country”, *European Journal of Criminology*, Year: 2007, Vol. 4 (4), p. 467. EA: <https://doi.org/10.1177%2F1477370807080722>, ET: 07.10.2018.

⁶¹ Barbarino/Mastrobuoni’nin çalışmasının gerek güncel tarihli (2014) olması gerekse de çalışmada Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria raporuna atıfta bulunulması sebebiyle salıverilen mahkûm miktarı 22.384 olarak alınmıştır. Alessandro Barbarino, Giovanni Mastrobuoni, “The Incapacitation Effect of In-

pishane popülasyonu üzerindeki etkisinin kısa süreli olduğu, bu yıllar arasında hapishane popülasyonunun yıllık 449 kişi arttığı, af kanununun çıktığı yıllarda popülasyonun 3.700 kişi düştüğü, ancak aftan hemen sonraki yıllarda popülasyonun 2.944 kişi arttığı saptanmıştır.⁶² Başka bir deyişle, hapishane popülasyonunun -affin çıkarıldığı yıllar hariç- yıllık ortalama artış hızı 1.165 kişi olduğundan, afların hemen ertesinde popülasyon diğer yıllara oranla takriben 2,5 kat artmaktadır.⁶³ Bu veri ışığında suç işlenmesine doğrudan ya da dolaylı etkide bulunan etmenlerin kriminolojik açıdan giderilmediği durumlarda affin pratikte faydasının ne olduğunu sorgulamak olanaklıdır. Tutuklevlerinin boşaltılmasına matuf af girişimlerinin bu bakımdan daha çok sayısal verilere dayalı çalışmalar ışığında bilimsel olarak yeniden değerlendirilmesi gerekliliği tezahür etmektedir.

Türkiye açısından af kanunlarının hapishane popülasyonuna etkisi yönünden benzer türde bilimsel analizlere rastlanamamış olmakla birlikte, kamuoyunda “Rahşan affı” olarak bilinen 4616 sayılı Kanunla getirilen düzenleme sonucunda hapishane popülasyonunun 70.000 civarından 40.000’e düştüğü, ancak 3 yılda % 60 artarak 64.000’e yükseldiği ifade edilmektedir.⁶⁴ Dolayısıyla İtalya örneğine benzer biçimde Türkiye’de de af çıkarıldıktan sonra üç yıl gibi kısa bir sürede hapishane popülasyonunun neredeyse eski haline döndüğünü görmekteyiz. Bununla birlikte 2004’te yasalaşan 5237 ve 5275 sayılı Kanunlardaki bazı hükümlerin, eski yasal düzenlemelere kıyasla daha ağır olması hususunun cezaevlerindeki mahkûm popülasyonunun artmasına etki ettiği söylenebilir.⁶⁵

carceration: Evidence From Several Italian Collective Pardons”, *American Economic Journal: Economic Policy*, Year: 2014, Vol. 6, No. 1, p. 2, 10. E.A.: <https://doi.org/10.1257/pol.6.1.1>, E.T.: 23.11.2018. Bunun dışında farklı salıverilen miktarlarıyla da karşılaşılmaktadır. Örneğin, Maffei/Betsos 2007’de yazdıkları makalede 2006 af kanunuyla 15.000’den fazla mahkûmun serbest bırakıldığını belirtmektedirler. Maffei, Betsos, p. 467. Konu hakkında dünya basınına yansıyan haberlerdeyse salıverilen mahkûm miktarının 25.000 civarında olduğu belirtilmiştir. John Hooper, “Pardon Makes a Mockery of 90% of Italian Trials”, *The Guardian*, 8 November 2006. EA: <https://www.theguardian.com/world/2006/nov/08/italy.johnhooper>, ET: 07.10.2018.

⁶² Burada belirtilen değerler, 1959-1995 yılları arasındaki ortalama değerlerdir. Barbarino, Mastrobuoni, p. 8.

⁶³ Barbarino, Mastrobuoni, p. 8-9.

⁶⁴ İlgili haber için bkz. EA: <https://www.ajanshaber.com.tr/iste-turkiyenin-genel-af-karnesi-haber-13585>, ET: 24.11.2018.

⁶⁵ 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un (mülga) 19/1’inci maddesi ile 5275

Her ne kadar Demirbaş cezaevlerinin boşaltılması isteğini affın amaçları arasında saysa da⁶⁶, böyle bir amacın meşruiyetini mercek altına almak gerekir. Zira cezaevlerinin dolu olması nedeniyle devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçmesi, toplumda ceza adaletinin doğruluğu ve işlerliğine olan inancı zedeleyecek⁶⁷ ve nihayetinde devlet kavramının sorgulanmasına yol açacaktır.⁶⁸ Af için gerçek bir zorunluluk olmadığı halde, sırf siyasi rant elde etmek için cezaevlerini boşaltma gibi hukuksal ve insanî temeli olmayan fikirlerden hareketle affa sarılmak, hem toplumsal barışa katkı sağlamayacak hem de toplumda adalete olan güveni sarsacaktır.⁶⁹ Dolayısıyla toplumsal ve ekonomik şartlar düzeltilmeden, cezaevlerinin dolmasına yol açan nedenler hesaba katılmadan, doluluğundan şikâyet edilen cezaevlerini boşaltmanın bir yolu olarak affa başvurmak, son derece sağlıksız bir yaklaşımdır.⁷⁰

Genel olarak affı meşrulaştıran sebeplere çeşitli eleştiriler getirilmekle birlikte, af yetkisine yöneltilen bu eleştiriler aslında yetkinin kötüye kullanılmasından kaynaklanan sakıncalara dayanmaktadır. İyi şekilde kullanıldığı ve aşırıya kaçılmadığı takdirde bu yetkinin çeşitli hukuki ve sosyal faydalarından kuşku duymamak gerektiği doktrinde dile getirilmektedir.⁷¹

sayılı Kanun'un 107/2'nci maddesini kıyasladığımızda yeni düzenlemeyle koşullu salıverme sürelerinin arttırıldığını görmekteyiz. İki düzenlemenin karşılaştırması için bkz. Demirbaş, s. 663-664. Her ne kadar 5237 sayılı Kanun'un 7/3'üncü maddesi gereği, koşullu salıvermeye ilişkin hükümler hariç olmak üzere, infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanacaksa da, koşullu salıvermeye ilişkin şartların 5275 sayılı Kanunla ağırlaştırılmasının cezaevi popülasyonuna olumsuz etkide bulunduğu mülahaza edilebilir. Bu mülahazaya 5237 sayılı Kanun'la getirilen ve cezaların içtimai sonucunu doğuran hükümler (Ör.: 267/4 ve 272/5 md.ler nedeniyle md. 109'dan da ceza verilmesi veya md. 43/3 kapsamında bazı suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamaması) sebebiyle mahkum popülasyonunun artmış olabileceği hususu da eklenebilir.

⁶⁶ Demirbaş, s. 685.

⁶⁷ Maffei/Betsos, yukarıda zikredilen çalışmalarında ceza adaleti sistemine kamusal güven açısından asıl zararlı etkiyi 2006'da çıkarılan yasanın verdiği sonucuna varmışlardır. Maffei, Betsos, p. 478- 479.

⁶⁸ Kuzu, s. 255.

⁶⁹ Yalçın Sancar, s. 8.

⁷⁰ Yalçın Sancar, s. 39.

⁷¹ Toroslu, s. 457.

C. TÜRK HUKUKUNDA AF

1. Genel Olarak

Türk Anayasalarında af geçmişten bugüne yer almıştır. Osmanlı İmparatorluğunda cezaların tahfifi ve affına yönelik yetki, 1876 Anayasasının 7. maddesiyle Padişaha tanınmıştı.⁷² 1924 Anayasası 26. maddede “genel ve özel af ilân etmek, cezaları hafifletmek ve değiştirmek, kanun soruşturmalarını ve kanun cezalarını ertelemek, mahkemelerden çıkıp kesinleşen ölüm cezası hükümlerini yerine getirmek gibi görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar.” derken, 42. maddeyle Cumhurbaşkanı “Hükümetin teklifi üzerine, daimî mâlûllük veya kocama gibi özlük sebeplerden dolayı belli kimselerin cezalarını kaldırabilme veya hafifletebilme” yetkisini vermiştir.⁷³

1961 Anayasası 64 ve 97. maddelerinde af yetkilerini parlamento ve Cumhurbaşkanı arasında paylaştırarak günümüze yakın bir af düzenlemesi getirmişti.⁷⁴ 1982 Anayasası’na baktığımızda, anayasa koyucu tarafından 87. maddede Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin nitelikli çoğunlukla genel ve özel af⁷⁵ ilanına karar vermek için yetkilendirildiği görülmektedir.⁷⁶ Bunun yanında 104. maddede sürekli hastalık,

⁷² 1876 Anayasası metni için bkz. EA: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmctinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, ET: 15.11.2018.

⁷³ 1924 Anayasası metni için bkz. EA: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/1924.html>, ET: 29.10.2018.

⁷⁴ 1961 Anayasası metni için bkz. EA: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, ET: 15.11.2018.

⁷⁵ Gözler, TBMM’ye hem amnisti (genel af) hem de gras (özel af yetkisi) tanınmasını ve böylece gras yetkisini Cumhurbaşkanı ve TBMM’nin paylaşmasını ilginç bulduğunu belirtmektedir. Konuya ilişkin tartışma ve ek bilgi için bkz. Gözler, s. 327.

⁷⁶ TBMM’nin af yasalarına ilişkin olarak Atilla şöyle demektedir: “TBMM’nin af işlemi de genel manada bir idari işlemdir. Anayasa’nın 125. maddesi gereği “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”. TBMM, af iradesini bir “kanun” ile ortaya koyar. Dolayısıyla TBMM tarafından çıkarılan af yasalarına karşı da anayasaya aykırılık iddiasıyla yargı yoluna başvurulması (iptal davası açılması) mümkündür.” Atilla, s. 282. Mezkûr düşüncenin yasayı idari işleme indirmek gibi bir mantıksal sakatlıkla malûl olduğu sarihdir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında “Af, yargısal sonuçlar doğursa da, niteliği itibarıyla bir yargı işlemi değildir; yas(a)ma ya da devlet başkanı tarafından tesis edilen bir yürütme işlemidir.” diyerek TBMM’nin af işleminin bir yasama işlemi olduğunu, Cumhurbaşkanının af işlemininse bir yürütme işlemi olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla affın bir idari işlem sayılması uygun olmayacaktır. AYM Kararı, E. 1985/30, K. 1986/10, KT: 18.3.1986. E.A.: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/341c0b89-3990-41c3-900d-a384b5e670ed?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 21.10.2018. Af kurumunun af ilanında izlenen usule göre yasama veya yargı tasarrufu olarak kabul edilmesi yönündeki benzer görüş için bkz. Can, s. 1295.

sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisi Cumhurbaşkanına tanınmaktadır.⁷⁷

2. Tasnif ve Terminoloji Meselesi

Affin Anayasada genel ve özel af olarak ikiye ayrıldığı, genel ve özel affın TBMM'nin görev ve yetkileri kapsamında sayıldığı, koşulları olduğu takdirde Cumhurbaşkanının istisnai olarak kişilerin cezalarını hafifletebileceği veya kaldırabileceği yukarıda belirtilmişti. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "dava ve cezanın düşürülmesi" başlıklı dördüncü bölümünde affa yer verilmiştir. (md. 65) Burada kanun koyucunun Anayasaya uygun biçimde genel-özel af tabirlerini kullandığı görülmektedir.

Pozitif hukuk bakımından terminoloji konuyu çok basit biçime indirgese de, doktrinde konuya eğilen ilk yazarların⁷⁸ genel ve özel affı muhtelif açılardan tasnife tabi tuttukları görülmektedir.

a. Genel Affın Tasnifi

Meray 1944 yılındaki bir çalışmasında, umumi affı, "tam umumi af" ve "nakıs umumi af" olarak ikiye ayırmaktadır.⁷⁹ Bu bağlamda; tam umumi af "kati olarak hükmedilememiş ve bakılmakta olan

⁷⁷ Af yetkisinin hangi oranda olması gerektiği tartışmalarına ilişkin uygulanabilirliği tartışmalı bir öneriyi Dönmezer-Erman ortaya atmaktadır. Yazarlar "genel af yetkisinin politik etkilerden kurtarılması gereklidir. Siyasal etkilere açık olan yasama organının bu konuda sahip olması zorunlu olan yetkinin bu etkilerden mümkün olduğu kadar kurtarılması için, önceden yasama organınca genel affın yapılmasına karar verilmesi, böylece Devlet Başkanına yetki veren bir kanunun yayınlanması ve bu kanun çerçevesinde af yetkisinin Devlet Başkanınca ferdileştirilerek kullanılması yerinde olur. Bu suretle af yetkisi adeta ikili bir aşamadan sonra kullanılabilir: önce yasama organı bu yetkinin kullanılması için gerekli durumun ve ortamın bulunduğu ve hangi sınırlar içerisinde geçerli olabileceğine karar verecek, ondan sonra Devlet Başkanı yetkiyi somut bir biçimde kimler ve ne gibi suçlar hakkında kullanacağını belirleyecektir." düşüncesini savunmaktadır. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 3, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 218. Bu öneri, -dönemin siyasal rejimi göz önünde tutulduğunda- af yetkisinin yürütme organınca siyasal etkilerden bağımsız biçimde kullanılması için ortaya atılmıştı. Türkiye'nin bugünkü siyasal rejimi bakımından, devlet başkanlığı makamının siyasal bir fonksiyonu haiz bulunması nedeniyle yazarların hareket noktasının artık geçerli olmadığı mülahaza edilmektedir.

⁷⁸ Bu kapsamda Seha Meray'ın 1941 tarihli "Ceza Hukukunda Af" ve Selahattin Keyman'ın 1965 tarihli "Türk Hukukunda Af" eserleri üzerinden tasnif biçimleri incelenecektir.

⁷⁹ Bu konuya ilişkin Meray'ın açıklamaları için bkz. Meray, s. 17.

âmmе davasını ortadan kaldırır”, nakıs umumi af ise “katiyet kesbetmiş mahkûmiyetlere, hükümden sonra müdahale ederek, onların cezai neticelerini ortadan kaldırır.” Oysa bu ayrım oldukça yapaydır. Zira Keyman’ın da belirttiği gibi, genel af esas itibariyle geçmişin unutulması anlamına gelir.^{80/81} Geçmişin unutulması ifadesi, içinde hem suçun hem de cezanın ortadan kalkması anlamlarını ihtiva ettiğinden, nakıs umumi affın tek başına cezai neticeleri ortadan kaldırdığını savunmak, genel affın doğasıyla çelişmek, onu özel affa benzetmek olacaktır. Bu hususta Keyman, İtalyan Ceza Kanununda tam olmayan genel affa asli ve fer’i cezaların ortadan kalkacağıının, ancak mahkûmiyetin cezai neticelerinin olduğu gibi kalacağıının öngörüldüğünü aktarmaktadır.⁸² Dolayısıyla Meray’ın nakıs umumi af tabiriyle bu ayrımı kastetmiş olabileceği mülâhaza edilmektedir.

Meray, aftan istifade edecekler bakımından genel affı külli, kısmi, şarta bağlı ve mutlak umumi af olarak dörde ayırmaktadır.⁸³ Keyman ise umumi affı üçlü tasnife tabi tutmakta; tam genel af-tam olmayan genel af, mutlak genel af-umumi genel af⁸⁴-kısmi genel af, taliki şartlı genel af-infisahi şartlı genel af olarak ayırmaktadır.⁸⁵

b. Özel Affın Tasnifi

Meray; özel (hususî) affı ana başlık olarak gayri şahsî hususî af ve hususî af biçiminde, alt bölüm olarak belirttiği hususî affı ise şahsî hususî af-kollektif hususî af olarak bölümlendirmektedir.⁸⁶ Bir kere bu ayrımın, hem üst başlığın hem alt başlığın “hususî af” olarak nitelen-dirilmesi nedeniyle karmaşa yarattığını belirtmek gerekir.

⁸⁰ Keyman, s. 43.

⁸¹ İngilizcede “amnesty” (genel af) kelimesini Latince “abolitio” ve “amnestia” kelimeleri karşılamaktadır. EA: <http://latin-dictionary.net/search/english/amnesty>, ET: 27.10.2018. “Abolitio”nun bir anlamıysa “bir şeyin iz ve delillerini yok etmek, hafızadan tamamen silmek” anlamına gelen “obliteration” kelimesidir. EA: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/obliteration>, ET: 27.10.2018.

⁸² Keyman, s. 58.

⁸³ Meray, s. 17-19.

⁸⁴ Gözler ise umumi ve genel tabirlerinin aynı şeyi ifade etmesi hasebiyle bu tabiri kullanmadığını belirtmektedir. Gözler, s. 298.

⁸⁵ Keyman, s. 57-63.

⁸⁶ Meray, s. 42-43.

Keyman ise daha sistematik bir yaklaşım sergileyerek özel af kavramını, cezaya olan tesirine göre, yararlanacak suçlulara göre ve şarta tabi olmasına göre üçe ayırmaktadır.⁸⁷ Cezaya tesir yönünden özel af, cezayı tamamen kaldıran özel af-cezayı azaltan özel af- cezayı değiştiren özel af olarak tasnif edilir. Yararlanacak kişiler bakımından özel af ferdi özel af-toplu özel af olarak bölümlenirken, şarta tabi olma bakımından taliki şartlı-infisahi şartlı özel af olarak ayrılmaktadır.

c. Terminoloji Karmaşası

Görüldüğü üzere genel ve özel affı tasnif çabaları konuyu daha karmaşık hale getirmiş, bazı af türlerinin anlaşılmasına neden olmuştur. Yukarıda anlatılan af türlerinin farklı ülkelerdeki farklı af uygulamalarından kaynaklandığı görülmektedir. Bu husus af konusunda yapılacak mukayeseli hukuk çalışmalarını terminolojik bakımdan zorlaştırmaktadır. Örneğin, Gözler 22 ülkeyi kıyasladığı bir çalışmada bu zorlukları göz önünde tutarak genel-özel af kavramlarını kullanmaktan kaçınmıştır. Yazar, söz konusu çalışmada Türk hukuk doktrininde bulunan “genel af” ve “özel af” kavramlarının Fransız literatüründeki “amnistie” ve “grâce” kavramlarını karşılamadığını belirterek “amnistie”nin genel af, “grâce”ın ise özel af olarak tercüme edilmesine karşı çıkmaktadır.⁸⁸ Bu terminolojik karmaşanın konuyu anlamayı kolaylaştırmaktan ziyade zorlaştırdığı, bu nedenle söz konusu sınıflandırmanın yerinde olmadığı mülahaza edilmektedir. Affın sistematik incelenmesi bakımından daha çok affın hukuki niteliği ve hukuk dünyasında yarattığı sonuçlara eğilmek gereklidir.

3. Affın Hukuki Niteliği

a. Tanım

Af, yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı şekilde, -cezalandırmanın bir nevi ters-fonksiyonu olarak- cezaya ya da hem suç hem de cezaya yönelmiş bir işlemdir. Cezalandırma nasıl ki mahkemenin verdiği bir karara dayanan kolektif bir yargısal işlem olarak vücut

⁸⁷ Konuya ilişkin ek açıklamalar ve tasnif yöntemi için bkz. Keyman, s. 67-72.

⁸⁸ Gözler, s. 300.

buluyorsa, af işlemi de kimi zaman bir yasama işlemine kimi zaman bir yürütme işlemine dayanarak, ama her seferinde siyasi bir tasarruf olarak⁸⁹ vücut bulur. Bu bağlamda affı, suç teşkil eden fiiller için devletin tecziye yetkisini ortadan kaldıran yahut verilmiş olan cezaların kısmen/tamamen infazını önleyen bir yasama veya yürütme işlemi⁹⁰ olarak tanımlamak mümkündür. Bu kapsamda affın atıfet⁹¹ niteliğini haiz olup olmadığının ve bu tartışmadan çıkan sonuçların da tartışılmasında fayda vardır.

b. Affın Atıfet Niteliği

Af gerçekten bir atıfet işlemi midir? Özel affın atıfet niteliği yadsınmamakla birlikte, genel af asla yalnızca bağışlamak, bahşetmek değildir; genel af daha çok maziye bir daha açmamak üzere kapatmak, unutmaktır.⁹² Dolayısıyla özel affın atıfet niteliğinde olduğu tartışmadan münezzehdir.

Bu durum genel af ve özel affı temel bir noktada ayırtırmaktadır. Genel af -özünde "oblivionis"⁹³ bulunduğu- geçmişe ve bugüne etkili biçimde suçu, mahkûmiyeti, mahkûmiyete bağlı her türlü ehliyetsizliği bertaraf etmekteyken; özel af -indulgentia/indulgence⁹⁴ sıfatıyla- etki ve sonuçları bakımından geleceğe yönelmiştir.⁹⁵ Bu bağlamda mezkûr husustan çıkan bir başka sonuç da, genel affın fiile, özel affın şahsa/cezaya yönelmiş olmasıdır.⁹⁶ Zira suçu ve cezayı ortadan

⁸⁹ Affın bir kazai (yargısal) tasarruf değil, siyasi tasarruf olduğu fikri için bkz. Özek, s. 133.

⁹⁰ Özek'in tanıımıysa şöyledir: "Af, suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış hukukî tasarruflardır." Özek, s. 119.

⁹¹ Arapça kökenli bir isim olan "atıfet" kelimesi, "iyilik, bağış, lütuf, karşılık beklemeden gösterilen sevgi" anlamına gelmektedir. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Cilt: 1, Ankara, 1988, s. 102.

⁹² Meray, s. 8; "Genel af suçun yaptırımının bağışlanması değil, bütün neticeleriyle silinip ortadan kaldırılması olduğundan (TCK m. 65/1) geçmişin unutulması anlamına gelir. Özel affın esası ise, bir suçu bağışlamak, mazur görmek şeklinde tezahür eder." Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 2403.

⁹³ Latince "oblivionis" affetme, unutma anlamındadır. Günümüz İngilizcesinde dahi "oblivion" kelimesi affetme, unutulma olarak kullanılmaktadır.

⁹⁴ Katolik Roma'da cezaların hafifletilmesi anlamında indulgentia tabiri kullanılmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. EA: <http://www.newadvent.org/cathen/07783a.htm>, ET: 24.02.2019.

⁹⁵ Meray, s. 53.

⁹⁶ Meray, s. 52.

kaldıran bir kavram olarak genel af doğal olarak fiile odaklanmaktadır.⁹⁷ Dolayısıyla genel af bir atıfetten ziyade bir unutmaya iradesidir. Esasen, unutmaya eylemi özünde bağışlamayı barındırmakla beraber, unutmak bağışlamaktan daha fazlasını özünde ihtiva etmektedir.

Gerçek her ne kadar böyle ise de, Türk doktrininde genel af ile özel af bakımından yukarıda açıklanan ayrıma değinilmediği, af türlerini genel olarak atıfet işlemi olarak kabul etme eğiliminin bulunduğu müşahade edilmektedir.⁹⁸

Affin kapsamına girmeyen bireyler bakımından, bu kişilerin af talebinde bulunabileceğine dair bir hak oluşmayacağı yönünde gerek yargı içtihatlarında⁹⁹ gerekse doktrinde¹⁰⁰ sarih bir eğilim mevcuttur. Başka bir deyişle, bireyler affın atıfet veya unutmaya niteliğine dayanarak kendilerinin de benzer durumda bulunduğu ve affedilmeleri ge-

⁹⁷ Bu argümana karşı çıkan Özek genel affın fiili suç olmaktan çıkardığını kabul etmemekte, genel affın suçu kaldırmadığını, ancak kamu davasını ortadan kaldırdığını savunmaktadır. Özek, s. 140-142. Bettiol'e göre; kanunlar ve doktrin genel affı ceza davasını düşüren bir sebep olarak, özel affı ise cezayı düşüren bir sebep olarak ele almaktadır. Bettiol, s. 3. Ancak bu eleştirilere karşılık, genel affın fiili suç olmaktan çıkartıp çıkarmamasından ziyade genel affın işlenmiş olan fiilin unutulmasına yönelik olduğu söylenebilir. Fiil unutulduğunda zaten ortada ceza normunun somutlaşmış maddi unsuru da kalmayacaktır. Dolayısıyla genel affın unutmaya iradesini, özel affın bağışlama iradesini barındırdığını kabul etmek daha iyi bir çözüm olacaktır.

⁹⁸ Genel affın atıfet muamelesi sayılmaması gerektiğine değinen çalışmalar için bkz. Keyman, s. 56. Özek, s. 8. Alacakaptan af müessesesine ilişkin bir çalışmada "af ve benzeri atıfet muameleleri" ifadesini kullanmış, özel affın atıfet niteliğinden ayrıca bahsetmemiştir. Buradan hareketle yazarın genel-özel af arasında ayrım gözetmeden hepsini atıfet işlemi saydığını kabul etmek olanaklıdır. Uğur Alacakaptan, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 399. E.A.: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/alacakaptan.pdf, E.T.: 04.11.2018. Soyaslan genel affın bir "unutmaya" olduğuna değinmekle birlikte, "özel af da bir atıfet [atıfet] muamelesidir." demektedir. Soyaslan, 2001, s. 416, 422.

⁹⁹ Anayasa Mahkemesi somut norm denetimiyle önüne getirilen bir davada, af kanununun belirli tarihler arasında işlenen suçları kapsamaması konusunu ele alırken şu yorumu yapmaktadır: "Anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında aftan yararlanma diye bir hak gösterilmiş değildir. Bu sebeple suçlular, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Anayasa'nın affa yetkili kıldığı merci affın kapsamını da belli etmeye yetkilidir." AYM Kararı, E: 1964/12, K: 1964/47, KT: 09.06.1964. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51f0e578-a91a-47e3-a5fb-e346a85def49?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, E.T.: 07.10.2018.

¹⁰⁰ Can, 2016, s. 1297. "Mahkûm affedilmek hususunda bir hakkı olduğunu iddia edemez." Adam, 1941, s. 861. Özek, 1959, s. 134.

rektiğini ileri süremezler. Buna benzer biçimde Özbudun yasamanın af konusundaki takdir yetkisinin sınırlarının tespiti bakımından “kamuyuyla en yakın temas halinde bulunan devlet organının yasama olduğu, bu nedenle bu organın af konusundaki takdir hakkının sınırlandırılmasının affın bir “atıfet” olma niteliğiyle bağdaşmayacağı”nı öne sürmektedir.¹⁰¹ Dolayısıyla anayasal sınırlar dâhilinde kalmak kaydıyla, yasamanın affın kişi ve madde yönünden kapsamını belirlemek bakımından yasamanın genellik ve asliliğinden kaynaklanan bir takdir yetkisi olduğu yadsınamaz. Ancak yasa koyucunun takdir yetkisinin doğal sınırını özel olarak eşitlik ilkesi, genel olaraksa hukuk devleti ilkesinin oluşturduğunu söyleyebiliriz.¹⁰² Yasa koyucu sınıflandırma ve farklılaştırmadaki takdir yetkisi¹⁰³ bakımından, eşitlik ilkesinin bağlayıcılığı nedeniyle tamamen serbest değildir.

c. Genel-Özel Af Arasındaki Farklar

Doktrinde bir görüş genel af-özel af arasındaki farkları şöyle izah etmektedir:¹⁰⁴

- Genel af belirli bir şahsı değil, fakat bazı durumlarda veya belirli bir zamanda yapılmış olan kanuna aykırı hareketlerin şu veya bu nevilerini hedef alan genel bir tedbirdir. Hâlbuki özel af şu veya bu şahsı hedef alan ve suçun içeriğini değil, suçlunun şahsiyetini göz önüne alan bir tedbirdir.
- Genel af bütünsel ve köklü neticeler doğurur. Hâlbuki özel affın neticeleri kısmî ve sınırlıdır.
- Genel af açılan kamu davalarını durdurur ve henüz açılmamış olanlar açılmaz. Hâlbuki özel af mutlaka mahkûmiyet kararından sonra müdahale eder.

¹⁰¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 313.

¹⁰² Mithat Sancar, “Devlet Aklı” *Kıskacında Hukuk Devleti*, 6. Basım, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 237.

¹⁰³ Adam, Meclisin af yetkisi konusunda üç tahdit öne sürmektedir: Af için sebep/gerekçe gösterilmesi, bu sebeplerin yargısal mercilerin göz önünde tutabileceği sebepler olmaması ve Meclisin af bahşederken af müessesesinin gayelerinden birini hedeflemesi. Adam, 1941, s. 862.

¹⁰⁴ Bkz. Adam, 1941, s. 851.

Bir başka görüş ise bu farkları şöyle belirtmektedir.¹⁰⁵

- Genel affa tabi fiiller hakkında henüz açılmamış kamu davaları artık açılmaz, açılanlar düşer, kesin hükümle hakkında karar verilmiş olanlar bütün cezai neticeleriyle ortadan kalkar. Ancak özel af verilmiş cezayı kaldırır, hafifletir veya değiştirir.
- Genel af esas itibarıyla fiillere, özel af ise faillere yöneliktir.
- Genel af kesin hükümden önce veya sonra olabilir. Özel af kural olarak kesin hükümden sonra müdahale eder.
- Genel af kural olarak bütün suçlulara veya belirli bir kategorideki suçlulara etkili olur. Özel aftaysa tek bir hükümlü söz konusudur.¹⁰⁶

ç. Affın Mecburiliği

Affin kapsadığı kişilerin aftan yararlanmak istememeleri durumunda ne olması gerektiği hususu da doktrinde yoğun biçimde tartışılan bir konudur. Bu hususta 5237 sayılı TCK'nın -765 sayılı TCK gibi- sessiz kalma yolunu seçtiğini görmekteyiz.¹⁰⁷ Konuya ilişkin bir düşünceye göre; hukukumuzda af mecburidir, affın sonuç doğurması için af kapsamına giren bireyin affedilmeyi kabul etmesi aranmayacaktır. Bu noktada genel af ile özel af arasında bir fark da bulunmamaktadır.¹⁰⁸ Ancak bu durum kişilerin beraat etme hakkını elinden alacağı için af kanunlarına kabule ilişkin madde konmasının uygun olacağı da savunulmaktadır.¹⁰⁹

Bununla beraber literatürde adli muhakeme süreci aftan sonra sanığın isteğiyle devam etse dahi sanık hakkında cezaya mahkûm olunması halinde af kanunu hasebiyle cezanın infaz edilemeyeceği ifade

¹⁰⁵ Keyman, 1965, s. 44-46.

¹⁰⁶ Ancak burada toplu özel afların ya da tek bir kişi için çıkarılmış genel affın mevcut olabileceğini unutmamak gerekir.

¹⁰⁷ Toroslu, 2012, s. 458.

¹⁰⁸ Meray, 1944, s. 29, 48; Toroslu'ya göre özel affın reddi yönünden sorun yoktur, çünkü hüküm verilmiş, suçluluk tespit edilmiştir. Genel af bakımından ise, af kanununda hüküm bulunmadığı müddetçe, affı reddin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Toroslu, 2012, s. 458; Umumi affın mecburiliğine ilişkin bkz. Özek, 1959, s. 171.

¹⁰⁹ Veli Özer Özbek, Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Cilt: 1, 4. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 996; Toroslu, 2012, s. 458; Yalçın Sancar, 2001, s. 9.

edilmektedir.¹¹⁰ Ancak sanıyorum ki böyle bir durum muhakemenin temel ilkelerinden olan usul ekonomisine aykırılık¹¹¹ teşkil edecektir. Diğer taraftan infazı kabil olmayan bir cezanın, tecziyenin esasına ilişkin temel fikirlerle sarahaten çelişeceğini de kabul etmek uygun olacaktır. Salt maddi gerçeğe erişmek uğruna, infaz edilemeyecek bir ceza doğuracak olan yargılama sürecini devam ettirmek külfetten başka bir şey olmasa gerektir.

Benzer biçimde hüküm kesinleştikten sonra çıkan ve cezayı infaz edilemez hale getiren afta, suçluluğuna hükmolunan faile cezanın yerine getirilmesini istemek yetkisinin verilmesinin düşünülemeyeceği de dile getirilmektedir.¹¹² Burada da artık devletin tecziyesinde bir yarar kalmadığını ileri sürmek mümkün olduğu gibi aksi yönde bir düşünce affın mecburlılığıyla ters düşecektir.

d. Affın Ertelemeden Farkı

Doktrinde affın; erteleme, şartla salıverme gibi kurumlardan farkı tartışılmıştır. Konunun kapsamını genişletmemek bakımından kısaca erteleme ve af arasındaki farklar incelenecektir.

Erteleme, ilk defa suç işleyen faile verilen cezanın infaz edilmesinin belli bir süre için geri bırakılması ve failin bu süre içinde yeniden suç işlememesi halinde, cezanın infaz edilmiş veya hükümlülüğün hiç vuku bulmamış sayılmasıdır.¹¹³ Yargıtay’a göre “erteleme devletin cezalandırma hakkından hâkim aracılığı ile ve koşula bağlı olarak vazgeçmesidir.”¹¹⁴ Erteleme müessesesiyle amaçlanan, hâkimin her olayın özelliğini nazara alıp tertip edilecek cezayı suçlunun kişiliğine ve suça uydurması, böylece daha insancıl ve dengeli bir ceza adaleti oluşturmaktır.¹¹⁵

¹¹⁰ Özek, 1959, s. 172. Özek yukarıda alıntılanan düşünceyi “sanığın suçlu olup olmadığının ve suç işlenmişse hukuka aykırı bir sebebin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi” olarak nitelendirmekteyse de, umumi affın soruşturma ve kovuşturmayı ortadan kaldıran niteliğiyle mezkûr argüman uyuşmamaktadır.

¹¹¹ Kunter usul ekonomisinden bahsederken “ucuzluk” tabirini kullanmakta ve ceza muhakemesinin mümkün olabildiğince ucuz olması gerektiğini, bu ucuzluğun hem vatandaşlar hem de devlet için faydalı olduğunu belirtmektedir. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Basım, Yaylacık Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 33-34.

¹¹² Toroslu, 2012, s. 458.

¹¹³ Toroslu, 2012, s. 422.

¹¹⁴ Yargıtay 5. CD, E 1980/3557, K 1980/3806, KT: 19.11.1980. EA: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1980-3557.htm>, ET: 29.10.2018.

¹¹⁵ Yargıtay İBGK, E 1976/3-4, K 1976/3, KT: 07.06.1976. EA: <http://www.kazanci.com>

Ertelemeye af arasında cezaya etki bakımından benzerlik olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu benzerlik yadsınmamakla birlikte, ertelemeyle affın muhtelif farkları bulunmaktadır. Erdem bu farkları; koşullar, amaç, karar verecek organ ve sonuçlar bakımından dört başlık altında incelemektedir.¹¹⁶

Karar verecek organ bakımından iki müessese arasındaki fark net biçimde ortadadır: Ertelemeye yargısal merciler karar verirken, af yasama veya yürütmenin yetki sahasındadır.

Koşullar bakımındansa, ertelemeyle karar verilmesi için failin “suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması” gerekir (TCK md. 51/1). Mahkeme kararlarının gerekçesiz olması düşünülemeyeceğinden, erteleme kararını doğuran nedenler doğal olarak hükme yansıyacaktır. Oysa af kararının verilmesi bakımından, yasama organı -yasama yetkisinin özünde bulunan aslilik ve genellik ilkeleri doğrultusunda- sadece anayasal sınırlar içinde, keyfiliğe kaçmadan ve eşitlik ilkesini ihlal etmeden af kapsamını belirlemek kriteriyle bağlıdır. Anayasamızda af konusunda yasama organına konulmuş tek sınır; orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı, ormanları yakmak, yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçların genel ve özel af kapsamına alınamayacağıdır¹¹⁷ (Ay. md. 169/3). Yasama bakımından hâl böyle olmakla birlikte, Cumhurbaşkanının af yetkisinin sebep unsuru daha dar bir çerçeveye¹¹⁸ sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla af konusunda Cumhurbaşkanının istisnai durumu hariç, takdir konusunda geniş bir hareket sahası mevcutken, erteleme bakımından böyle değildir ve her seferinde ertelemenin gerekçeleri hükme yansıtılmalıdır.

com/kho2/ibb/giris.htm, E: 29.10.2018.

¹¹⁶ Bkz. Mustafa Ruhan Erdem, “Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 33 vd. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Erdem.PDF, ET: 04.11.2018.

¹¹⁷ 1961 Anayasası 131. maddede şimdiki düzenlemeden farklı biçimde orman suçları için genel af çıkarılamayacağı belirtilmiş, bir bakıma orman suçları için özel af ilanına açık kapı bırakılmıştı. 1970 tarihli ve 1255 sayılı Kanun ile genel af sınırlandırılması da kaldırılmıştır. Ancak 1982 Anayasası ile orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı hususu geri getirilmiştir.

¹¹⁸ Diğer demokratik anayasalarda devlet başkanına yönelik bu yönde bir sınırlama bulunmaması hususuna yönelik bkz. Gözler, 2001, s. 328.

Amaç bakımından, erteleme -yukarıda da belirtildiği üzere- cezanın bireyselleştirilmesini hedef alır. Oysa affın hedefi verilmiş cezanın hafifletilmesi, dönüştürülmesi, kaldırılması veya kamu davasının ortadan kaldırılmasıdır. Dolayısıyla erteleme her zaman hükümle beraber ortaya çıkabilirken, genel affa kimi zaman ceza davası dahi ortada olmayabilir.

Sonuçları bakımından, erteleme ile infisahi şartlı aflar benzeşirler. Bu durumda affa da ertelemeye de şartın bozulmasıyla infaz öngörülmektedir. Ancak koşulsuz aflar ertelemekten farklı biçimde, herhangi bir koşula bağlı değildir.

Bu hususlara ek olarak, 5237 sayılı TCK'nin yaptığı erteleme düzenlemesiyle mahkûmiyetin hiç olmamış sayılması yerine "erteleme sürecinin sonunda cezanın çekilmiş sayılacağı" hükmü getirilmiştir (md. 51/8). Kanun koyucu bu şekilde 765 sayılı TCK'den ayrı bir düzenleme yoluna gitmiştir.¹¹⁹ Böylece ertelemenin bir tür koşullu af olmaktan çıktığı ve bir infaz kurumu haline getirildiği dile getirilmektedir.¹²⁰

e. Siyasi Suçlarda Af

Doktrinde genel affın adi suçlardan ziyade siyasi suçlara yönelmesi gerektiği, adi suçlar bakımından bu yola başvurma hata olacağı ileri sürülmüştür.¹²¹ Bu düşüncenin kabul gördüğü de gözlemlenmektedir.¹²² Neyin siyasi suç olup neyin olmadığı, siyasi saiklerle (düzeni değiştirmek adına) adi suç işlenip işlenemeyeceği, bu tür atipik durumlarda söz konusu adi suçların siyasi nitelik kazanıp kazanmayacağı yönünde muğlaklık olduğu malumdur.¹²³ Ancak özellikle ifade

¹¹⁹ Toroslu, 2012, s. 427.

¹²⁰ Özbek, 2010, s. 796.

¹²¹ Naci Şensoy, "Siyasi Suçlar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1951, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s. 69. EA: <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9118/114121>, ET: 28.10.2018.

¹²² Özek; siyasi suçluların ideal gayelerle hareket eden, ahlaki düşüklükleri olmayan, çabalarının -yerli veya yersiz- memleket menfaatine olduğuna inanan kimseler olduğunu, bu bakımdan affa layık kimseler olduklarını siyasi suçluların affedilmesinin cezaların genel önleme kuvvetini zedelemeyeceğini belirtmektedir. Yazar basın suçlarını da siyasi suç kapsamında kabul etmektedir. Özek, 1959, s. 145. Affın yalnızca siyasi suçlara hasredilmesi fikrine ilişkin tartışmalar için bkz. Yalçın Sancar, 2001, s. 6.

¹²³ Bayraktar, konuya ilişkin olarak kült çalışmada siyasi suçları, "tam siyasi suç-

hürriyetinin kullanımından kaynaklanan durumları siyasi suç kapsamında kabul etmek olanak dâhilindedir. Kuzu, ülkemizde şimdiye kadar çıkarılan afların sosyal temeli bulunmadığını, tüm özgürlüklerin kaynağı niteliğindeki düşünceyi açıklama özgürlüğünün günümüzde ülkelerin demokratik niteliğinin tespitinde en belirgin ölçüt sayıldığını ve asıl affı hak eden suçların düşünce suçları olduğunu ifade etmektedir.¹²⁴ Ülkemizde ifade hürriyetinin orantılılık ilkesi ve AİHM kriterleri hilafına sınırlanması şeklinde bir yargısal tandansın mevcut olduğu mülahaza edildiğinden, herhalde bir af çalışmasının ilk olarak kapsamı gereken vakıalar, ifade hürriyetinin siyasi saikler doğrultusunda kullanılmasından doğan ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı davalar olmalıdır.

IV. 2018/2929 SAYILI KANUN TEKLİFİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ¹²⁵

A. TEKLİFİN BAŞLIĞI, AMACI VE GEREKÇESİ

1. Başlık ve Amacın Değerlendirilmesi

24 Eylül 2018 tarih ve 2018/2929 sayılı kanun teklifinin başlığı “Bazı Suçlardan Şartlı İndirim ile Tutuklu ve Hükümlülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi” şeklindedir. Kanun teklifinin amacı, 1. maddede şu şekilde açıklanmıştır: “Bu kanunun amacı, 19 Mayıs 2018 tarihi dâhil olmak üzere bu tarihten önce işlenen, Kanunda ayrı tutulanlar hariç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Özel Kanunlardaki suçlar yönünden tabi oldukları infaz

lar” ve “nispi siyasi suçlar” olarak ikiye ayırmaktadır. Yazar; siyasi suçun incelenmesi bakımından sentez ve analiz metotlarının kullanıldığını, kendisinin de konuyu sentezci bakış açısıyla ele aldığını, sentezci bakış açısında siyasal suçun objektif ve sübjektif anlayışlar doğrultusunda ele alındığını belirtmektedir. Köksal Bayraktar, Siyasi Suçlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 47. Tam siyasi suçlar bakımından yazar “ihlal edilen hukuki menfaat”i esas alan objektif görüşü benimserken, nispi siyasi suçların bir kısmı bakımından bu görüşünden ayrılmakta, failin saikini esas alan sübjektif görüşün göz önünde bulundurulması gerektiğini dile getirmektedir. Bayraktar, 1982, s. 102, 135. Siyasi suç kavramını açıklayan bu görüşler için bkz. Bayraktar, 1982, s. 70-135. Dolayısıyla siyasi suçlara af getirilip getirilmemesi konusu tartışırken “siyasi suç” denilen kavramın muhtevasını ortaya çıkarmanın pek de kolay olmadığı değerlendirilmektedir.

¹²⁴ Kuzu, 2001, s. 295-296.

¹²⁵ Meclis’e sunulan af teklifinin tam metnine ulaşmak için bkz. EA: <http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0970.pdf>, ET: 04.11.2018.

hükümlerine göre çekilmesi gereken toplam ceza sürelerinden şartlı indirim yapılması ve bunun sonucu olarak infazı gereken cezası kalmayan hükümlü ve tutukluların salıverilmesidir.”

Kanun teklifinin başlık ve amacının genel hatlarıyla değerlendirilmesinde ilk göze çarpan husus, “af” kelimesinin kullanımından kaçış eğilimidir. Gerek maddede gerekse ilgili madde gerekçesinde 19 Mayıs 2018 tarihine kadar işlenen suçlar yönünden şartlı indirim ve salıvermeye vurgu yapılmakta; ancak af kelimesi geçmemektedir. Genel gerekçedeysen; ülkede yeni hükümet sistemiyle birlikte siyasal anlamda köklü bir değişiklik meydana geldiği, cezaevlerindeki fizikî koşulların giderek kötüleştiği ve sosyal barışı tehdit edebilecek nitelikte olduğu, suç işleme oranlarının yıllar içinde arttığı, FETÖ/PDY mensubu hâkim ve savcılarının örgütün stratejileri için bulundukları konumu silah olarak kullandıkları, teklifle toplumsal barışı ve uzlaşmanın sağlanmasının esas alındığı gibi yukarıda affı meşrulaştıran nedenler olarak sayılan pek çok husus sayılmıştır. Hatta genel gerekçede “Cezaevleri ve infaz hukuku ile ilgili yeni bir düzenleme yapmak, af çıkarmak, cezalarda indirim yapılmak suretiyle bu sorunları çözmek adına oluşan fikir ve söylemler, 2018 yılı Mayıs ayı ortalarında toplumun tamamı ile paylaşılmıştır.” ifadesine dahi yer verilmiştir. Lâkin nedense af niteliğinde olduğunu düşündüğümüz bu taslak metinde “af kanunu” ibaresi geçmemektedir.

Yukarıda af müessesesinin detaylı analizi yapılırken verilmiş olan cezanın tahfif edilmesi yahut kaldırılmasının yasama/yürütme organı tarafından cezanın affedilmesi anlamına geldiği detaylı biçimde ortaya konulmuştur. Lakin tahfif ya da kaldırma odaklı her kanun “doğrudan af kanunu” olmayabileceği gibi bu tür kanunlar hukuk dünyasında “dolayısıyla af kanunu” niteliğinde de belirebilir.¹²⁶ Bir kanunun başlığında veya muhteviyatında af kanunu olduğunun belirtilmemesi ya da af kanunu olmadığının belirtilmesi, gerek kanunun yargısal de-

¹²⁶ Şunu da belirtmek gerekir ki ceza alt sınırı –söz gelimi- ceza kanununda 10 yıl olan bir suçun cezasının kanun değişikliği sonucu 5 yıla düşürülmesi gibi bir durumda, kanunilik ilkesinin zaman bakımından bir sonucu olarak o suçtan hükümlü olanlar, 5237 sayılı TCK md. 7/2 gereğince bu durumdan faydalanacaklardır. Lehe değişikliğin hükmün infazına başlandığında dahi uygulanması hususu için bkz. Toroslu, 2012, s. 66. Ancak bu durumda aslında tahfif sonucu, o suçu işleyenler açısından doğmakla birlikte bu tür bir yasal değişikliğe “af niteliği” atfedilerek 3/5 nitelikli çoğunluk aranmasının uygun olmayacağı mülhaza edilmektedir.

netiminde¹²⁷ gerekse kanunun bilimsel değerlendirilmesinde¹²⁸ çok da etkili olmayacak, kanunu yapan kanun koyucunun savlarından ziyade metnin işlevine bakılacaktır. Argumentum a contrario yaklaşımına ifade etmek gerekirse; yasal metinlerin adına bakılarak adında “af” kelimesi bulunmayan her kanun teklifinin nitelikli çoğunluk aranmadan kabul edilmesi gibi bir yaklaşım, nihayetinde anayasa metninin etrafından dolaşılması gibi bir durumun meşru sayılması anlamına gelecektir.

2. Gerekçenin Değerlendirilmesi

Teklifin gerekçesine bakıldığında, şu hususlar ön plana çıkmaktadır: 2017 yılındaki Anayasa değişikliği, yıllar içinde ekonomik ve sosyal yapının kötüleşmesi, FETÖ/PDY mensubu hâkim ve savcılarının adalet mekanizmasında örgüt stratejisi doğrultusunda açtığı yaralar, cezaevi koşullarındaki kötüleşen koşullar.

2017 yılındaki Anayasa değişikliği sonucunda ülkede siyasal anlamda köklü bir değişiklik meydana geldiğinden bahsedilmiş, bu değişikliğin genel bir barışmayı da gerekli kıldığı dile getirilmiş, ancak parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçiş halinde nasıl bir barışma ihtiyacının ortaya çıktığı tam olarak anlaşılamamıştır. Bir ihtimal, bu teklif kapsamındakilerin yeni sisteme ısındırılmasının amaçlandığı düşünülebilir.

¹²⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi 4758 sayılı “3 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” hakkında, “Anayasa’da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir.” diyerek bu hususu açıkça dile getirmiştir. Mahkeme bu argümandan hareketle, söz konusu yasanın, yasa kapsamında bulunan hükümlülerin cezalarından 10 yıllık bir indirim öngörmesini ve 10 yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlara infisahi koşul getirmesini “toplular ve şartlı özel af” olarak yorumlamış, yasanın adıyla bağlı kalmamıştır. Dava konusu kanun hükümleriyse, kanunun af niteliğinde olmasına rağmen nitelikli çoğunlukla kabul edilmemesi gerekçesiyle Mahkeme tarafından oybirliğiyle iptal edilmiştir. AYM Kararı, E 2002/99, K 2002/51, KT: 28.5.2002. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/395ede4e-e84c-4327-91c6-d9360348a956?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 03.11.2018.

¹²⁸ Bu konuda benzer minvalde bilimsel bir değerlendirme için bkz. Yalçın Sancar, 2001, s. 40. Af kanununun genel af mahiyetinde olması için bu terimin kullanılmasına ihtiyaç olmadığı fikri için bkz. Keyman, 1965, s. 64.

Bununla birlikte gerekçede ülkemizde yıllar içinde sosyal ve ekonomik değişiklikler meydana geldiği, zaman içinde ekonomik yapının yozlaştığı, sağlıksız kentleşme, ücret, enflasyon, kişi başına düşen gelir gibi makroekonomik değişkenlerin ve dijital yayınlarla sosyal paylaşım sitelerindeki şiddet öğelerinin suçların artmasına yol açtığı hususları dile getirilmiştir. Oysa Türkiye’de kişi başına düşen gelir -namı diğer- “Rahşan affı”ndan bu yana artmakta olup enflasyon oranı Rahşan affının tartışıldığı döneme göre çok daha düşük durumdadır. Dolayısıyla gerekçede “enflasyon, kişi başına düşen gelir gibi makro ekonomik değişkenlerin suçların artmasına yol açması” ifadesiyle neyin kastedildiği tartışmaya açıktır. Öte taraftan, gerekçenin yukarıda alınılan bölümünde aslında ekonomik ve sosyal değişkenlerin kötüleşmesi kastedilmektedir. O halde, söz konusu “kötüleşme” eğilimi tersine çevrilmeden, af müessesesinin işletilmesi ne kadar doğru olabilir? Bu husus da ayrı bir tartışma konusudur. Keza, sosyal ve ekonomik etmenlerin suça olan tesirinin azaltılması bakımından hangi tedbirlerin alındığı, dijital platformlardaki şiddet öğelerinin suç işlenmesine nasıl bir etkisi olduğu hususları da cevapsız kalmıştır.

Gerekçede yer verilen bir diğer husus, FETÖ/PDY mensubu hâkim ve savcılarının vermiş oldukları kararların adalet mekanizmasında açtığı yaralardır. Bu hususta yorum yapabilmek için öncelikle toplam hâkim/savcı sayısı ile ihraç edilen hâkim/savcı sayısının ele alınması gerekir. Eylül 2017 ayında Adalet Bakanı tarafından açıklanan verilere göre, 3,920 FETÖ/PDY mensubu hâkim/savcı ihraç edilmiştir. Aynı açıklamada toplam hâkim/savcı miktarının 16,164’e ulaştığı belirtilmiştir.¹²⁹ Toplam sayının olağanüstü hal döneminde mesleğe alınan hâkim ve savcılar da kapsadığı göz ardı edilmemekle birlikte, ihraç edilen hâkim/savcı miktarının toplam miktara oranı % 24,25’tir. Dolayısıyla ihraç edilenlerin hepsinin -ihraç işleminde olabilecek olası bir hatadan muaf biçimde- örgüt mensubu kabul etsek, ihraç edilenlerin hepsinin ceza mahkemelerinde çalıştığını (hiçbirinin idari hâkim, icra hâkimi, sulh/asliye hukuk hâkimi vb. olmadığını) varsaysak ve -gerekçede iddia edildiği gibi- bu kişilerin verdiği kararların hepsinin örgüt stratejisi doğrultusunda alınmış yanlı ve yanlış kararlar olduğu-

¹²⁹ Milliyet Haberi, “Bakan Gül: ‘3 Bin 920 Fetö Mensubu Hâkim ve Savcı İhraç Edildi’ ”, EA: <http://www.milliyet.com.tr/bakan-gul-3-bin-920-feto-mensubu-hakim-istanbul-yerelhaber-2266083/>, ET: 04.11.2018.

nu düşünsek dahi, bahse konu kararlar takriben tüm kararların ¼'üne denk gelecektir. Kaldı ki bu varsayımların mübalağalı olduğu da sarıhtır.

Yukarıdaki sayısal verilere ek olarak, tartışmanın hukuki boyutunu da ele almak gerekir. Adli hataların affı meşrulaştıran bir neden olduğu yukarıda ortaya konmuştur. Ayrıca adli hata, bir kişi için bile gerçekleşmiş olsa, -başka bir deyişle bin suçlu yerine bir tane masum gereksiz yere hapse atılsa- bile af, kullanılması meşrulaşan bir mekanizma olarak tezahür etmektedir. Ancak affa ihtiyaç kalmayacak biçimde hukuk düzeni içerisinde adli hataları giderecek bir dizi mekanizma mevcuttur-ki bunlardan en önemlisi, olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi müessesesidir. Gerekçede bu hususa ilişkin şu ibareler bulunmaktadır: “Örgütün hukuk sitemini [sistemini] kullanarak gerçekleştirdiği haksızlıklar ve mağduriyetlerin, “yargılamanın yenilenmesi ve diğer kanun yollarıyla” giderilmesi de hukuken mümkün olmamıştır.” Bu husus da gerekçede havada kalan bir başka argümandır. Yargılamanın yenilenmesi ve diğer kanun yollarının neden işletilemediği sarahaten belirtilmemektedir. Eğer burada kastedilen, bir ceza dosyasında sanık lehine delillerin mevcut olmaması ya da yeni olay veya delillerin ortaya konulamamasıysa, bu mantık yürütmesi neticesinde kamuoyunda bütün mahkeme kararları üzerinde şüphe uyanması gibi bir durum hâsıl olacaktır. Bu durumun ceza adaletine olan inanca menfi bakımdan tesiri kaçınılmazdır.

Bununla beraber, teklif sahiplerine göre, bahis konusu örgütün hiyerarşisine tabi hâkim ve savcılar 2006-2016 yılları arasında vermiş oldukları hukuka aykırı kararlar ve usulsüz tutuklamalarla tutuklu ve hükümlü sayısında ülkemizin dünyada yedinci, Avrupa’da birinci sırada yer almasına neden olmuşlardır. Bahse konu örgüt mensupları tarafından yargı eliyle yapılan haksızlıklar yadsınmamakla birlikte, gerekçede belirtilen 2006 yılı öncesinde ne kadar adil bir ceza hukuku sistemine sahip olduğumuzun da sorgulanması ve belki de Türkiye’nin -kendi tarihsel bütünlüğü içinde- ceza adaletinin toplumdaki hatalı algılanışından kaynaklı bir “Ceza Hukuku” sorunsalı olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Yine teklif sahipleri gerekçenin devamında, cezaevlerinin doluluğundan bahisle, kanun teklifine meşru bir temel oluşturmak istemiş-

lerdir. Cezaevlerinin boşaltılmasının bir af sebebi olabileceğine yukarıda değinilmişti. Bu noktada ülkemizde tutuklu ve hükümlü sayısının yüksekliğini yadsımak mümkün değildir. Ancak bu gerekçeye iki açıdan itiraz edilebilir. Birincisi; sanırım -tutarlı olmak adına- kamuoyunda infial uyandıran olaylarda toplumsal tepkiyi gidermek maksadıyla yargı eliyle yapılan hatalı tutuklama/gözaltı işlemlerine de aynı tepkiyi göstermek gereklidir. Zaten -günah keçisi metaforunu hatırlatırcasına- kamuoyundaki tepkileri dindirmek için bireyleri tutuklayan bir ceza adaletinin af gerekçesinde belirtilenlerden çok daha derin problemleri olduğu sarihtir. İkinci olarak, cezaevlerinin boşaltılmasının pratikte sayısal anlamda faydasının olmadığına ilişkin örneklerle yukarıda yer verilmişti. Bu bakımdan suç işlenmesinin önüne geçmek için gerekli tedbirleri almadan cezaevlerini boşaltmak, kısa vadede yeniden hapisanelerin dolmasına yol açacaktır.

B. TEKLİFİN KAPSAMI VE İSTİSNALARI

Teklifte “kanun kapsamındaki suçlardan dolayı hükümlü veya tutuklu olanların; kesinleşmiş hükümlerde, hükmolunan cezaların toplamından, tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekilmesi gereken cezadan bir defaya mahsus olmak üzere beş yıl indirilir. İndirim yapıldıktan sonra infazı gereken ceza kalmaması durumunda hükümlü salıverilir.” denilmektedir.

“Kapsam” kenar başlıklı 2. madde incelendiğinde, teklifin ceza-yı hafifletmesi, ceza kalmaması durumundaysa salıvermeye işaret etmesi bakımından bir af kanunu niteliğinde olduğu açıktır. Mesele bunun bir genel af mı yoksa özel af mı olduğunu belirlemektir.

5237 sayılı TCK 65/1 maddesinde; genel af halinde kamu davasının düşeceği, hükmolunan cezaların bütün neticeleriyle ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 2 ve 3. fıkralarında; özel afla hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebileceği, infaz kurumunda çektirilecek sürenin kısaltılabileceği ya da cezanın adli para cezasına çevrilebileceği, cezaya bağlı ya da hükümde belirtilen hak yoksunluklarının özel affa rağmen etkisinin devam edeceği ifade edilmiştir.

Kanun teklifine yukarıda belirtilen hükümler doğrultusunda bakıldığında, teklifin “özel af” kapsamına girdiği görülmektedir. Bunun

ilk gerekçesi teklifin cezada hafifleştirmeyi temel almasıyken, ikinci gerekçesi teklifin hak yoksunluklarına ilişkin hüküm içermemesidir. Teklifin 6. maddesinde belirtilen “salıverilen hükümlülerin, bihakkın tahliye tarihine kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemleri ve bu hapis cezasının kesinleşmesi halinde, yapılan indirim geri alınarak cezaların infazına başlanacağı” hükmü, infisahi bir şart getirmektedir. Dolayısıyla bu kanun teklifinin hukuki mahiyeti itibarıyla bir infisahi şartlı, cezayı azaltan, toplu özel af niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak bu noktada başka bir soru gündeme gelmektedir. Yukarıda teferruatıyla açıklandığı üzere, özel af ile genel af arasındaki en büyük fark; özel affın hükümden sonra etkili olması, buna karşıt olarak genel affın hem suça hem de cezaya etkili olmasıdır. Yasa koyucu genel affın bu özelliğini TCK’nin 65. maddesinde “genel affın kamu davasını düşürmesi” ifadesiyle izah etmektedir. Yani genel af, hem soruşturma öncesinde hem soruşturma ve kovuşturma devam ederken hem de infaz esnasında etkisini göstermektedir. Ancak bundan farklı olarak özel af mahkûmiyetten sonraya etki etmektedir.¹³⁰ Bu mülahazalar bağlamında teklif kapsamında soruşturması devam eden ve tutuklu olan şüpheli ve sanıkların da bulunması önemli bir karmaşaya yol açmakta, infisahi şartlı özel af niteliğinde olduğunu tespit ettiğimiz teklifin hukuki mahiyetini muğlak hale getirmektedir. Teklifte soruşturması veya kovuşturması devam edenler bakımından kamu davasının düşmesi, davanın açılmaması veya hükme bağlanmasının durdurulması gibi bir durum söz konusu olsaydı, buna net biçimde genel af denilebilirdi.¹³¹ Ancak teklifte sadece tutukluların salıverilmesi hususunun yer aldığı, soruşturma ve kovuşturmanın kesintiye uğramayacağı görülmektedir. Bu istisnai durumdan ötürü teklif bir nevi genel affa yaklaşmakta, ancak kamu davalarını tam olarak kaldırmadığından genel

¹³⁰ Keyman, 1965, s. 72-73. Keyman, özel affın bu niteliğini açıklarken kimi zaman özel af çıkarıldığında yargılamanın devam ettiğini ve hükmün kesinleşmediğini, ancak hüküm kesinleşmemiş olsa dahi özel affın -yasal koşulları bulunduğu takdirde- sonradan verilecek kesin hükme etki edebileceğini belirtmektedir.

¹³¹ Bu konuda geçmişte şartlı genel af niteliğinde olduğu kabul edilen bir af kanunu düzenlemesi için şu çalışmaya bakılabilir: Türkân Yalçın Sancar, “Anayasa Mahkemesinin “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” Hakkında Verdiği İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 2, s. 163-165.

af da denilememektedir. Dolayısıyla teklifin kanunlaşması halinde sui generis bir af türü olarak hukuk dünyasında tezahür edeceği değerlendirilmektedir.

Teklifte tutukluluk süresinin mahsup edilmesi bakımındansa ayrı bir karmaşa vardır. Şöyle ki; gerek soruşturma gerekse kovuşturmalarda alt sınırın esas alınması hususu teklifte belirtilmiş olsa da, alt sınır belirlenirken 61. maddedeki ölçütlerin dikkate alınması ifade edilmiş, md. 61/5 uyarınca teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplerin göz önünde bulundurulacağına değinilmiştir.

Öncelikle 61. maddenin “cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi” bölümünde bulunduğunu ve madde kenar başlığının da “cezanın belirlenmesi” olduğunu belirtmek gerekir. Soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminin, kovuşturma evresinde mahkemenin 61. maddeyi nazara alarak tutukluluk durumunu değerlendirmesinin ve tutukluluğun devamı veya sonlandırılmasına ilişkin bir gerekçeli kararda söz konusu hususlara yer verilmesinin ne kadar uygun olduğu tartışmalıdır. Teklifin yasalaşması halinde 61. maddede sayılan kavramların uygulanması bakımından, kanun önünde eşitlik ilkesinin bizzat kanun eliyle ihlal edildiğine dair pek çok hukuki itirazın doğacağını göz ardı etmemek gerekir.

Teklifin 3. maddesindeki istisnalardan hareketle kapsadığı suçlara bakıldığında;

- 5237 sayılı TCK’de uluslararası suçlar arasında sayılan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarına,
- Kasten öldürme ve nitelikli halleri, insan üzerinde deney, organ veya doku ticareti, işkence ve eziyet, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar hariç olmak üzere kişilere karşı işlenmiş tüm suçlara,
- Topluma karşı işlenmiş tüm suçlara,
- Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlara,
- Adliyeye karşı suçlara,
- Devletin egemenlik alametlerine ve organların saygınlığına karşı suçlara ceza indirimi getirdiği görülmektedir. Teklifin, 5237 sayılı Kanun kapsamında “istisna olarak” af kapsamına almadığı suçlar

devletin güvenliğine, anayasal düzene, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı işlenmiş suçlardır.¹³² Yine teklifin, 5237 sayılı TCK istisnalarının 765 sayılı eski TCK'deki muadil suçları; Atatürk aleyhine işlenen suçları ve anayasal kısıt nedeniyle orman suçlarını kapsamına almadığı görülmektedir. Dolayısıyla teklifin aslında çok geniş bir yelpazedeki suç türüne şartlı özel af getirdiği sarihdir.

V. SONUÇ

Ceza hukukunda af müessesesi cezayı kaldıran istisnai bir hüküm olarak dönemden döneme çokça tartışılmış olup gelecekte de aynı ehemmiyeti koruyacağı benzetilmektedir. Devletin cezalandırma yetkisinin ayrıksı yönünü oluşturan affa en çok itiraz, siyasi amaçlar uğruna af müessesesinin kullanılması üzerinden yapılmaktadır. Bu bakımdan tarihsel gelişimiyle beraber değerlendirildiğinde, affın pek temiz sicilli olduğu da söylenemez. Keza pek çok düşünür de affın istismar edilebilirliği temelinden hareketle bu müesseseye karşı eleştiriler yöneltmiştir. Ancak bu noktada affı meşrulaştıran nedenlerin kimi zaman ağır bastığını da görmezden gelemeyiz. Dolayısıyla affı kontrast kutuplar doğrultusunda yorumlamak pek mümkün görünmemektedir.

2018 yılı Türkiye'sinde af gündemi çokça polemik konusu olmuş, sonunda bir grup milletvekili affa ilişkin kanun teklifini TBMM'ye sunmuştur. Bu çalışmada öncelikle affın teorik altyapısı ortaya konulmaya çalışılmış, teorik altyapı doğrultusunda bahse konu af teklifi değerlendirilmiştir.

Yapılan değerlendirme neticesinde şu sonuçlara ulaşılmıştır:

- İnceleme konusu 2018/2929 sayılı kanun teklifi, adı itibariyle olmasa da, muhtevası itibariyle bir af tasarısıdır. Söz konusu tasarı,

¹³² Öztürk/Erdem, devletin kendisine yönelik suçlar yerine kişilere karşı suçları affetme eğilimi nedeniyle eleştirmektedir. Yazarlar bu düşünceyi şu şekilde dile getirmektedirler: "Karşı olduğumuz bir başka nokta da, devletin kendisine yönelik suçları değil de, kişilere yönelik suçları affetmesidir. Her suçun mağduru aynı zamanda devlettir gibi sözler doyurucu olmaktan uzaktır. Devlet, kişilere karşı suçlarda gösterdiği cömertliği kendisine karşı işlenen suçlarda göstermek istemektedir. Devlet af yetkisini kullanmak istiyorsa, bunu her şeyden önce kendisine yönelik suçlar bakımından yapmalıdır." Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 434.

kolektif özel af görünümünde olmasına rağmen, tutukluluk durumlarına da etki etmesi bakımından genel affa yaklaşmakta ve sui generis bir nitelik arz etmektedir.

- Affa neden ihtiyaç duyulduğu teklifin genel gerekçesinde oldukça zayıf biçimde izah edilmiştir. Bu gerekçeler, ayakları yere basan ve bilimsel bir temellendirmeden hayli uzaktır.
- Kamuoyunda hâlihazırda devam eden af tartışmalarında affı meşrulaştırma bakımından en makul ve gerçekçi sebebin cezaevlerinin doluluk oranı olabileceği belirtilmelidir.
- Ancak bu yönde atılacak bir adım, suçla mücadelede devleti zaafa uğratmakla kalmayıp kısa sürede cezaevlerinin yeniden dolmasıyla sonuçlanacaktır. Çalışmada yer verilen İtalyan af örnekleri de bu hususu teyit etmektedir. Zira suça neden olan etmenlerin kriminolojik incelemesi ve bu etmenlerin azaltılması yolunda çalışmalar yapılmadan devletin tecziye yetkisinden kısmen/tamamen vazgeçmesi, sadece devletin adaletine olan toplumsal inancın daha da azalması neticesini doğuracaktır.
- Teklif suç tiplerinin çok büyük çoğunluğunu kapsamaktadır. Bu nedenle af teklifinin bu suçlardan dolayı mağdur olanlar ve bu suçlardan zarar görenler bakımından tepkiyle karşılanması ihtimal dâhilindedir.¹³³ Affın temel maksatlarından biri toplumsal barışı sağlamaktır. Dolayısıyla teklifin gerekçesinde “toplumsal barışı sağlamak” olarak koyduğu kendi hedefine ulaşma imkânının bulunmadığı mülhaza edilmektedir.

Sonuç olarak; ülkemizde gelecek nesillere uzlaşmış bir toplum bırakmak istiyorsak, suçları türlü vesilelerle affetme çabasına girmek yerine, demokratik değerleri benimsemiş, uzlaşabilen, farklılıklarına saygı duyan bir toplum inşa etme ve bu toplumda suçu azaltma ve ceza adaletini güçlendirme yoluna girmek elzemdir. Ceza adaletinin sağlıklı biçimde işlediği bir sistemde affa en az derecede ihtiyaç duyulacağı tahayyül edilmektedir.

¹³³ Bir gazetecinin konuya ilişkin açık mektubu için bkz. Gökçer Tahincioğlu, “Açık Mektup: Ben Affetmiyorum”, Milliyet, 30.09.2018. EA: <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gokcer-tahincioğlu/acik-mektup-ben-affetmiyorum-2751526/>, ET: 18.01.2019.

Kaynakça

Kitaplar, Makaleler, E-Makaleler

- Adam Tahsin, “Af Salâhiyeti”, *Adliye Ceridesi*, Yıl: 1941, No. 41, s. 849-867.
- Alacakaptan Uğur, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 379-400. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/alacakaptan.pdf, ET: 04.11.2018.
- Alinge Curt, Moğol Kanunları (Çev. Coşkun Üçok), Sevinç Matbaası (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 227), Basım Yeri Belirtilmemiş, 1967.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya A. Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt: 2, 2. Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Atila Mesude, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Hukuku’nda Af Kurumu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2010, Sayı: 1, s. 275-284. EA: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2010-1/2010-1-atila.pdf>, ET: 04.11.2018.
- Barbarino Alessandro, Mastrobuoni Giovanni, “The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence From Several Italian Collective Pardons”, *American Economic Journal: Economic Policy*, Year: 2014, Vol. 6, No. 1, p. 1-37. EA: <https://doi.org/10.1257/pol.6.1.1>, ET: 23.11.2018.
- Bayraktar Köksal, Siyasi Suçlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.
- Beccaria Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami Selçuk), 3. Basım, İmge Yayınevi, Ankara, Mart 2013.
- Bentham Jeremy, Theory of Legislation, Trübner & Co., 1864, London. EA: <https://archive.org/details/legislation00bentuoft/page/n3>, ET: 07.10.2018.
- Bettiol Giuseppe, “Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi” (Çev. Faruk Erem), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1955, Cilt: 12, Sayı: 1, s. 1-19. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/329/3311.pdf>, ET: 23.10.2018.
- Can Sibel, “Türk Hukukunda Af Kurumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2016, Sayı: 65 (4), s. 1291-1312. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/2150/22261.pdf>, ET: 04.11.2018.
- Cicero, Yasalar Üzerine (Çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Basım, İstanbul, Ocak 2018.
- Cin Halil, Akgündüz Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, 5. Basım, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 2011.
- Çakmak Seyfullah, “Türk Hukukunda Af Sorunu”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu (Der. Serap Keskin Kızıroğlu), 1. Basım, Okan Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 39-53. EA: <http://earsiv.okan.edu.tr/xmlui/handle/123456789/251>, ET: 20.01.2019.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Demirel Hakkı, “Af Selâhiyeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 1957, Sayı: 4, s. 117-119. EA: <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1957-4/2.pdf>, ET: 18.01.2019.

- Dinler Veysel, Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. EA: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, ET: 23.10.2018.
- Döner Ayhan, "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2008, Cilt: 12, Sayı: 3-4, s. 33-54.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 1, 11. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt: 3, 12. Basım, Beta Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Dursun Hasan, "Af Kavramına Genel Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl: 2009, Sayı: 85, s. 373-402. EA: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-85-572>, ET: 04.11.2018.
- Engin Vahdettin, "Sultan II. Abdülhamid'e Düzenlenen Ermeni Suikastı ve Bu Sebepile Belçika ile Yaşanan Diplomatik Kriz", *Türk Tarih Kurumu Bülteni*, Yıl: 1995, Cilt: 59, Sayı: 225, s. 413-428. EA: <https://drive.google.com/file/d/0B7liBn5XLsAfLWNiQjRBeDZBVG8/view>, ET 27.10.2018.
- Erdem Mustafa Ruhan, "Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bir Bakış", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 17-39. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/ERDEM.PDF, ET: 04.11.2018.
- Erem Faruk, "I. Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1962, Cilt: 19, Sayı: 1, s. 3-48. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/340/3578.pdf>, E.T.: 23.10.2018.
- Gözler Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 298-329. EA: <http://www.anayasa.gen.tr/af.htm>, ET: 07.10.2018.
- Gramatica Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri, (Çev. Sami Selçuk), 2. Basım, İmge Yayınevi, Ankara, 2005.
- Grotius Hugo, Savaş ve Barış Hukuku-Seçmeler (Çev. Seha L. Meray), Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1967.
- Harari Yuval Noah, Sapiens-A Brief History of Humankind, Vintage Books, London.
- Hobbes Thomas, Leviathan (Çev. Semih Lim), 11. Basım, Yapı Kredi Yayınları, Ocak 2013, İstanbul.
- Hoffding Harald, "State's Authority to Punish Crime", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Year: 1912, Vol. 2 (5), p. 691-703. EA: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=1126&context=jclc>, E.T.: 04.11.2018.
- Keyman Selahattin, Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1965.
- Kunter Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Basım, Yaylacık Yayınevi, İstanbul, 1989.

- Kuzu Burhan, "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 254-297. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Kuzu.PDF, ET: 07.10.2018.
- Locke John, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme* (Çev. Fahri Bakırcı), 1. Basım, Babil Yayınevi, Ankara, 2004.
- Maffei Stefano, Betsos Isabella Merzagora, "Crime and Criminal Policy in Italy-Tradition and Modernity in a Troubled Country", *European Journal of Criminology*, Year: 2007, Vol. 4 (4), p. 461-482. EA: <https://doi.org/10.1177%2F1477370807080722>, ET: 07.10.2018.
- Meray Seha L., *Ceza Hukukunda Af* (Konusu Üzerine Bir Deneme), Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1944.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Çev. Fehmi Baldaş), Hiperlink Yayınevi, İstanbul, Nisan 2014.
- Oppenheimer Heinrich, *The Rationale of Punishment*, University of London Press, London, 1913. EA: http://etheses.lse.ac.uk/426/1/Oppenheimer_The%20rationale%20of%20punishment.pdf, ET: 21.10.2018.
- Özbek Veli Özer, *Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt: 1, 4. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Özek Çetin, "Umumi Af", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1959, Cilt: 24, Sayı: 1-4, s. 118-175. EA: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/96209>, ET: 07.10.2018.
- Öztürk Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Basım, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Platon, *Yasalar* (Çev. Candan Şentuna/Saffet Babür), 1. Basım, Ara Yayınları, Basım Yeri Belirtilmemiş, 1988.
- Platon, *Devlet* (Çev. Neval Akbıyık), Karizma Yayınevi, İstanbul, 2006.
- Rousseau Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Vedat Günyol), 2. Basım, Çan Yayınevi, Basım Yeri Belirtilmemiş, 1965.
- Sancar Mithat, "Devlet Akı" *Kıskacında Hukuk Devleti*, 6. Basım, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Selçuk Sami, "Eski Çağlarda Suç Hukuku", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt: 2, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 1013-1058. EA: <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/873.pdf>, ET: 16.11.2018.
- Sınmaz Sönmez Cahide, "Cumhuriyetin Onuncu Yıl Dönümü Kutlamaları ve 26 Ekim 1933 Tarihli Genel Af Yasası", *Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, Yıl: 2004, Sayı: 33-34, s. 89-101. EA: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/45/793/10164.pdf>, ET: 19.01.2019.
- Soyaslan Doğan, "Af", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Cilt: 18, s. 412-437. EA: http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/Soyaslan.PDF, ET: 07.10.2018.

Şensoy Naci, "Siyasi Suçlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl: 1951, Cilt: 17, Sayı: 1-2, s. 53-74. EA: <http://dergipark.gov.tr/iuhfm/issue/9118/114121>, ET: 28.10.2018.

Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 17. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, C. 1, 1988, Ankara.

Yalçın Sancar Türkân, " '23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl: 2001, Sayı: 18, s. 1-47.

Yalçın Sancar Türkân, "Anayasa Mahkemesinin '23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun' Hakkında Verdiği İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 2, s. 155-173.

Mahkeme Kararları

Debs v. U.S., 249 U.S. 211 (1919). EA: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>, ET: 06.10.2018.

AYM Kararı, E 1964/12, K 1964/47, KT: 09.06.1964. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51f0e578-a91a-47e3-a5fb-e346a85def49?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>, E.T.: 07.10.2018.

AYM Kararı, E 1985/30, K 1986/10, KT: 18.3.1986. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/341c0b89-3990-41c3-900d-a384b5e670ed?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 21.10.2018.

AYM Kararı, E: 2014/120, K: 2015/23, KT: 05.03.2015. EA: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a6fc72d5-eb5c-4755-a5b7-549e212847d1?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, ET: 27.10.2018.

Yargıtay İBĞK, E 1976/3-4, K 1976/3, KT: 07.06.1976. EA: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, EA: 29.10.2018.

Yargıtay 5. CD, E 1980/3557, K 1980/3806, KT: 19.11.1980. EA: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/5cd-1980-3557.htm>, ET: 29.10.2018.

Diğer Kaynaklar

Bardakçı Murat, "Biz 'Hasta Adam'ken Belçikalı katili salmıştık", *Hürriyet*, 4 Haziran 2000. EA: <http://www.hurriyet.com.tr/murat-bardakci-biz-hasta-adam-ken-belcikali-katili-salmistik-39159248>, ET: 27.10.2018.

Tahincioğlu Gökçer, "Açık Mektup: Ben Affetmiyorum", *Milliyet*, 30.09.2018. EA: <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/gokcer-tahincioglu/acik-mektup-ben-affetmiyorum-2751526/>, ET: 18.01.2019.

Hooper John, "Pardon Makes a Mockery of 90% of Italian Trials", *The Guardian*, 8 November 2006. EA: <https://www.theguardian.com/world/2006/nov/08/italy.johnhooper>, ET: 07.10.2018.

Milliyet, "Bakan Gül: '3 Bin 920 Fetö Mensubu Hâkim ve Savcı İhraç Edildi' " , EA: <http://www.milliyet.com.tr/bakan-gul-3-bin-920-feto-mensubu-hakim-istanbul-yerelhaber-2266083/>, ET: 04.11.2018.

- 1876 Anayasası Metni, EA: <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, ET: 15.11.2018.
- 1924 Anayasası Metni, EA: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/1924.html>, ET: 29.10.2018.
- 1961 Anayasası Metni, EA: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, ET: 15.11.2018.
- Bill of Rights, EA: <https://www.constitutionfacts.com/us-constitution-amendments/bill-of-rights/>, ET: 10.02.2019.
- Act of Settlement, EA: <https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2><https://www.legislation.gov.uk/aep/Will3/12-13/2>, E.T.: 23.10.2018.
- Amnesty and Pardon-Historical Overview. EA: <http://law.jrank.org/pages/506/Amnesty-Pardon-Historical-overview.html>, ET: 27.10.2018.
- <http://latin-dictionary.net/search/english/amnesty>, ET: 27.10.2018
- <https://www.merriam-webster.com/dictionary/obliteration>, ET: 27.10.2018.
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0970.pdf>, ET: 04.11.2018.
- <http://www.newadvent.org/cathen/07783a.htm>, ET: 24.02.2019.
- <https://www.ajanshaber.com.tr/iste-turkiyenin-genel-af-karnesi-haber-13585>, ET: 24.11.2018.

