

CEZAI VE İDARİ YAPTIRIMLARIN FARKLILIĞI BAĞLAMINDA TBMM’NİN AF YETKİSİ

*Yrd.Doç.Dr. Ayhan DÖNER**

GİRİŞ

Hukuk biliminin en eski kurumlarından biri olan af, insanlık tarihi boyunca dini, felsefi, siyasi ve hukuki açılardan sürekli olarak tartışmalara yol açmıştır. Genellikle affın meşruluğu, affa yetkili olan organlar, bu organların yetkilerini çoğu zaman kötüye kullanması konularında odaklaşan tartışmalar, ülkemiz açısından 2001 yılından itibaren yeni bir boyut kazanmıştır.

3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla Anayasanın birçok maddesinde değişiklik yapılmış ve bu arada konumuzla ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin yetkilerinin sayıldığı 87. maddesi de değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle maddedeki “*Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç genel ve özel af ilanına... karar vermek*” ifadesinden, “*Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç*” kısmı çıkartılarak Meclisin af yetkisinin kapsamı genişletilmiş; ancak ifade “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararıyla genel ve özel af ilanına... karar vermek*” şekline dönüştürülerek bu yetkinin kullanılması zorlaştırılmıştır.

Bu tarihten sonra Meclis, çeşitli tarihlerde genel olarak idari yaptırımlar şeklinde adlandırılan disiplin cezaları, idari para cezaları ve vergi cezalarını ortadan kaldıran veya hafifleten kanunlar kabul etmiş; ancak bu kanunlar birer af kanunu olduğu, dolayısıyla yapılan Anayasa değişikliğinden sonra bunların da Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararıyla kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle Cumhurbaşkanlığı tarafından Meclise iade edilmiştir. Meclisde bu tarihlerde iktidar partisinin tek başına beşte üç çoğunluğu sağlayacak sandalyesi bulunduğundan, hiç zorlanmadan bunları yeniden beşte üç çoğunlukla kabul etmiş; bu şekilde sorun en azından geçici olarak sadece siyaseten çözüme kavuşmuş-

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

tur. Sorun Anayasa Mahkemesinin önüne gelemediği için Mahkemenin de bu konuda görüş bildirmesi mümkün olmamıştır.

Takdir edilecektir ki, sorunun sadece siyaseten halledilmiş olması hukuk bilimi açısından yeterli değildir. Bu sebeple çalışmamızda öncelikle hukuk bilimi açısından genel olarak af kurumu, kurumun anayasa hukukundaki yeri ve niteliği üzerinde durulacak, özelde de Meclisin beşte üç çoğunlukla kabul etmesi gereken genel ve özel af türlerinin ne olduğu ve idari yaptırımlara ilişkin af kanunlarının Anayasanın 87. maddesi anlamında birer genel veya özel af kanunu olup olmadığı ele alınacaktır.

I. ANAYASA HUKUK AÇISINDAN AF KURUMU VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Af Kurumunun Anayasa Hukukundaki Yeri

Genel olarak kaynağını anayasalarda bulan, teknik yönleri itibariyle ise ceza kanunlarında düzenlenen af, duruma göre kamu davasını düşüren, kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetini bütün kanuni sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran ya da kesinleşmiş bir cezanın kısmen veya tamamen infazını önleyen veyahut da başka bir cezaya dönüştüren yasama veya yürütme organlarının yaptığı bir kamu hukuku işlemidir¹.

¹ Af konusunda genel olarak bkz., **Keyman, Selahattin**, *Türk Hukukunda Af*, Ankara, 1965, s.1 vd.; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.III*, İstanbul, 1997, s.209 vd.; **Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, M. Emin**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1997, s.931 vd.; **Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2007, s.1056 vd.; **Önder, Ayhan**, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s.647 vd.; **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2008, s.538 vd.; **Özgenç, İzzet**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2008, 745; **Soyaslan, Doğan**, *Af*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.412 vd.; **Armağan, Servet**, *Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.347 vd.; **Kuzu, Burhan**, *Af Müessesesi ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.254 vd.; **Gözler, Kemal**, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.298 vd.; **Sözüer, Adem**, *Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.219 vd.; **Sancar, Türkan Yalçın**, *23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanun'un Hukuksal niteliği ve Sonuçları*, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.149 vd.

Af, esas itibariyle anayasa ve ceza hukukunu ilgilendiren bir kurum olmakla birlikte aynı zamanda hüküm ve sonuçları bakımından idare hukuku, borçlar hukuku ve usul hukuku alanlarında da sonuçlar doğuran çok yönlü bir kurumdur². Teknik yönlerinin ceza kanunlarında düzenlenmesi sebebiyle daha çok ceza hukuku alanında ele alınan af, kaynağının anayasalarda olması sebebiyle anayasa hukukunu da yakından ilgilendiren bir konudur.

Kaynağını anayasalardan alan her kurum gibi affın da anayasa hukukuna ilişkin bazı problemler doğuracağı tabiidir. Bunlardan birincisi hangi anayasal organın af çıkarmak konusunda yetkili olacağı sorunudur³. Uygulamada ülkemiz dahil çeşitli devletlerin anayasalarına bakıldığında af çıkarma konusunda genellikle parlamentolar ve devlet başkanlarının yetkili kılındıkları görülmektedir⁴.

Anayasa hukuku açısından affa ilişkin ikinci sorun, af yetkisinin kapsamı ve usulü konusundadır. Bu konuda da uygulamaya baktığımızda Gözler'in Türkiye dâhil yirmi iki demokratik ülke üzerinde yapmış olduğu incelemeden çıkan sonuca göre⁵, bazı devlet anayasalarının parlamentoların af yetkisinin kapsamına ilişkin sınırlamalar getirirken, büyük bir çoğunluğun herhangi bir sınırlama öngörmediği, af kanunlarının kabulü açısından istisnai birkaç devlet anayasası, hariç parlamentolarda nitelikli çoğunluk aranmadığı görülmektedir. Devlet başkanlarının af yetkisi açısından ise ülkemiz hariç devlet başkanlarının af yetkisini kullanırken herhangi bir şarta bağlı olarak sınırlandırılmadığı, parlamenter sistemin uygulandığı ülkelerde devlet başkanının bu yetkisini çoğunlukla karşı imza ile kullandığı gözlenmektedir.

Anayasa hukuku açısından af kurumuyla ilişkili diğer bir sorun kuvvetler ayrılığı ilkesi ve buna paralel olarak da mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı konusu ile ilgilidir. Çünkü af tasarrufu bazen özü bazen de cezanın infazı bakımından mahkemelerce verilip kesinleşen kararları doğ-

2 **Keyman**, s.1.

3 **Keyman**, s.2.

4 Çeşitli devlet anayasalarında af yetkisinin düzenlenişi hakkında bkz., **Gözler**, *Af Yetkisi*, s.306 vd.

5 **Gözler**, *Af Yetkisi*, s.329'daki tablo.

rudan etkilediği için, mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmektedir⁶.

Anayasanın 9. maddesine göre “yargı yetkisi Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır” ve 138. maddesinin son fıkrasına göre de “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”. Bu hükümler mahkemelerin bağımsızlığını ve kararlarının bağlayıcılığını garanti altına alan hükümlerdir. Af kurumu ile kuvvetler ayrılığı ilkesini, dolayısıyla mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkelerinin bağdaştırılabilmesi, bu şekilde bunların arasındaki çelişkinin hukuki açıdan ortadan kaldırılabilmesi için, mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleri karşısında af yetkisinin bu ilkelerin bir istisnası olarak anayasalarda düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yetki, ancak doğrudan normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan anayasayla belirli bir organa tanındığında, mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleri karşısında meşruluk kazanabilecektir⁷. Nitekim bu sebeple devletler af kurumunu doğrudan anayasalarında düzenlemektedir⁸.

Anayasa hukuku açısından affa bakıldığında değinilmesi gereken diğer bir konu da, affın, affedilecekler açısından bir hak oluşturup oluşturmadığı hususudur. Gerek Anayasa Mahkemesi gerekse doktrin⁹ affın yetkili organlar tarafından kullanılan bir *atıfet*¹⁰ işlemi olması dolayısıyla bireyler açısından affın bir hak oluşturmadığını kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesine

⁶ Keyman, s.2.

⁷ Keyman, s.2; Araç, İbrahim/Erikli, Hasan, *Anayasanın 87'nci Maddesine Göre Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranması Gereken Af Kanunları*, Yasama Dergisi, S.1, Y.2006, s.27.

⁸ Çeşitli devletlerin affa ilgili anayasal düzenlemeleri için bkz., Gözler, *Af Yetkisi*, s.298 vd.

⁹ Dönmezer/Erman, s.209; Keyman, s.42; Erem/Danışman/Artuk, s.931; Soyaslan, s.422.

¹⁰ Atıfet kelimesi, “1) iyilik, bağış, kayra, lütf, ihsan, inayet; 2) karşılık beklemeden gösterilen sevgi” anlamlarına gelmektedir. Bkz., Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, C.1, Ankara, 1988, s.102.

göre¹¹, “...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 makam, affin kapsamını da belirlemeye yetkilidir...”

Nihayet af konusunda anayasa hukuku açısından değinilmesi gereken diğer bir konu da affin bir türünü oluşturan genel affa, şüpheli ve sanığın suçsuzluğunu ispatlama imkânının elinden alınıp alınamayacağı sorunudur. Gerçekten genel affin kamu davasını düşüren bir etki göstermesi sebebiyle, şüpheli veya sanığın suçluluğuyla ilgili herhangi bir hüküm verilmeden kamu davası düşürülmektedir. Türk hukukuna bakıldığında gerek Anayasa gerekse Ceza Kanunundaki düzenlemelerde affin reddedileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle doktrinde Türk hukuku açısından kural olarak aftan yararlanmanın zorunlu olduğu, diğer bir ifadeyle affin sonuçlarının doğabilmesinin bireyin kabulüne bağlı olmadığı, bu kuralın istisnasının ise af kanununda kişinin affi kabul etmeyebileceğine ilişkin açık bir düzenlemenin bulunması gerektiği kabul edilmektedir¹².

Ancak af, her ne kadar kamu davasını bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırırsa da suçun işlenmediği anlamına gelmemekte ve toplum ve kişiler nazarında beraat kararının yerini tutmamaktadır¹³. Bu nedenle henüz hüküm kesinleşmeden çıkarılacak bir af kanunu karşısında kendisinin suçsuz olduğuna inanan bir şüpheli veya sanık “aftan yararlanmış” durumuna düşmek yerine davanın sonuçlandırılmasını tercih ederek hukuken beraat etmek ve toplum huzuru ve vicdanlarda aklanmak isteyebilir. Bu istek de bir insanın en temel haklarından biridir¹⁴.

Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı bir hukuk devletidir. İnsan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkeleri ile kişilerin affi reddetme ve dolayısıyla aklanma hakkını kabul etmemeyi

11 AYM, E.1964/12, K.1964/47, KT. 09.06.1964, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1964/K1964-47.HTM>, ET.20.02.2009.

12 **Dönmezer/Erman**, s.219; **Önder**, s.648-649; **Sözüer**, s.224-225. Aksi yönde **Erem/Danışman/Artuk**, s.943-945.

13 **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.1063.

14 **Odyakmaz, Zehra**, 1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.365. Odyakmaz, çalışmasında bireyin aftan yararlanmayı reddetme hakkının bir temel hak olduğunu ve bunun da Anayasanın birçok hükmünden çıkartılabileceğini ifade etmektedir. Bkz., **Odyakmaz**, s.366 vd.

bağdaştırmak mümkün değildir. Hem hukuk devleti hem de insan haklarına saygılı devlet olmanın bir gereği olarak 36. maddede düzenlenen “hak arama hürriyeti” kişilere affı reddetme ve aklanma imkânını vermektedir. Maddeye göre, “Herkes...yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Bu hüküm çerçevesinde hüküm kesinleşmeden çıkartılan bir af kanunu karşısında kişinin kendisinin suçsuz olduğunu iddia etme ve aklanmayı talep etme hakkının elinden alınmaması gerekmektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının henüz kesinleşmesinden önce çıkarılacak genel af kanunlarına, bireyin affı reddetme hakkını, dolayısıyla aklanma imkânını tanıyacak hükümlerin konulması yerinde olacaktır¹⁵.

2- Anayasa Hukuku Açısından Affın Hukuki Niteliği

Bilindiği üzere anayasa hukuk açısından devletin hukuki fonksiyonları yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayrılmakta; bu fonksiyonların tanımlanması ve birbirinden ayrılması bakımından maddi ve şekli (organik) kriter olmak üzere iki değişik kriter kullanılmaktadır. Devletin hukuki fonksiyonları, maddi kritere göre, bu fonksiyonların yerine getirilmesinde kullanılan işlemlerin hukuki mahiyetine göre sınıflandırılırken; şekli (organik) kritere göre ise, bu fonksiyonları yerine getiren organa ve yapılaş şekillerine göre sınıflandırılmaktadır¹⁶.

Gerek maddi gerekse şekli (organik) kriter açısından bakıldığında af tasarrufu, her ne kadar yargısal sonuçlar doğurmakta, yeni dava açılmasına, davanın sürdürülmesine, hükmün infazına engel olmakta ise de, bir yargı tasarrufu değildir¹⁷. Zira maddi kriter bakımından bir yargı tasarrufu esas itibarıyla, belirli usul kurallarına göre bir hukuki uyumsuzluğun çözümlenmesi veya hukuka aykırılık iddialarının karara bağlanması işlemidir. Oysa af tasarrufu ile bir hukuki uyumsuzluk veya hukuka aykırılık iddiası hakkında hüküm verilmemekte, sadece işlenmiş olan suçtan sonra ortaya çıkan ceza veya infaz ilişkisi ortadan kaldırılmaktadır.

¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.1063.

¹⁶ Bu konuda bkz., Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2008, s.184 vd.; Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, 2000, s.357, 475, 831 vd.; Tanör, Bülent, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2005, s.254 vd.; Atar, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya, 2007, s.165, 241, 281 vd.

¹⁷ Dönmezer/Erman, s.219; Sözüer, s.223; Koca/Üzülmüş, s.539.

Şekli (organik) kriter bakımından bakıldığında da, affin yargı organı tarafından değil de yasama veya yürütme organlarınca gerçekleştiriliyor olması, bu kurumun bir yargı işlemi olmadığını göstermektedir. Bu açıdan, 1982 Anayasası sisteminde de af yetkisinin tanındığı gerek Meclis gerekse Cumhurbaşkanını, yargısal düşüncelerle ve bir yargı organı sıfatı ile hareket etmemekte; yargı fonksiyonuna ilişkin usullerle affin kapsamını belirlememekte; hatta kişisel özel bir af ta bulunurken dahi, bir yargı mercii gibi failin leh ve aleyhine olan delilleri değerlendirmemekte, tamamen yargısal düşüncelerin haricinde olarak bu yetkilerini kullanmaktadır¹⁸.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında¹⁹ “Af, yargısal sonuçlar doğursa da, niteliği itibariyle bir yargı işlemi değildir; yasama ya da devlet başkanı tarafından tesis edilen bir yürütme işlemidir” demek suretiyle affin bir yargı işlemi değil, yasama veya yürütme işlemi olduğunu kabul etmektedir.

II. AF KURUMUNUN ÜLKEMİZDEKİ TARİHİ GELİŞİMİ

Yukarıda belirtildiği üzere, gerek siyasi gerekse hukuki bakımdan en tartışmalı kurumlardan biri olan af kurumu, lehinde ve aleyhinde ileri sürülen çeşitli fikirlere rağmen²⁰, tarih boyunca hemen her hukuk sisteminde var olmuştur²¹.

Ülkemizde Osmanlı Devletinin ilk dönemlerinde af hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu dönemde İslam hukukuna ilişkin esaslar uygulanmakta; bireysel ve toplu olarak suçluları af yetkisinin padişaha ait olduğu kabul edilmektedir. Ancak burada şunu belirtmek gerekir ki, İslam hukuku ile Batı hukuku af konusunda tam bir benzerlik içerisinde değildir. Kul hakkına ilişkin suçlar ile Allah hakkına ilişkin suçlar arasında ayırım yapan İslam hukukunda, kul hakkına ilişkin suçlarda (öldürme, yaralama vb.) af yetkisi mağdura veya onun mirasçılara ait iken, Allah hakkına ilişkin suçlarda af yetkisi kadı veya ululemre yani padişaha aittir²².

¹⁸ Dönmezer/Erman, s.219; Sözüer, s.224.

¹⁹ AYM, E.1985/30, K.1986/10, KT. 18.03.1986, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-10.htm>, ET.20.02.2009.

²⁰ Affin leh ve aleyhindeki görüşler için bkz., Keyman, s.14 vd.; Dönmezer/Erman, s.214 vd.; Koca/Üzülmez, s.539 vd.

²¹ Dönmezer/Erman, s.210.

²² Soyaslan, s.414.

Affa ilişkin ilk yazılı düzenleme 1858 yılında çıkarılan Ceza Kanunname-i Hümayununun 47. maddesinde görülmekte ve madde ile af yetkisi padişaha verilmektedir²³. Daha sonra 1876 Anayasasının ilk şeklinde 7. madde ile “...*mücazâtı kanuniyenin tahfifi ve affı... mukaddesei padişah cümlesindedir*” denilmek suretiyle, genel ve özel af yetkisinin padişaha ait olduğu kabul edilmiştir. 1876 Anayasası 8 Ağustos 1909 tarihli kanunla büyük ölçüde değiştirilmiş ve parlamentonun yetkileri arttırılırken, padişahın yetkileri kapsamlı bir şekilde daraltılmıştır. Bu değişikliklerle birlikte, özel af yetkisi padişahın elinde bırakılırken genel af yetkisine Padişahla birlikte Meclisi Umumi ortak edilmiş ve af yetkisi Meclisi Umuminin onayı şartına bağlanmıştır²⁴.

23 maddelik çok kısa bir anayasa olan 1921 Anayasasında affa ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 1921 Anayasasının meclis hükümeti sistemi kurduğu ve 7. maddesindeki “...*ahkâmı şeriyenin tenfizi, umumi kavaninin vazı, tadili, feshi gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir*” ifadesi dikkate alındığında, af yetkisinin de Büyük Millet Meclisine ait olduğu sonucu çıkartılabilir. Nitekim bu dönemde uygulamada da Büyük Millet Meclisi hem genel hem de özel aflar çıkartmıştır²⁵.

1921 Anayasasındaki bu eksikliği gidererek af kurumuna yer veren 1924 Anayasası, af yetkisi ile ilgili olarak *genel af, özel af ve takibat ve cezanın tecili* olmak üzere üç ayrı kurumu düzenlemiştir. Kural olarak her üç yetkiyi de Büyük Millet Meclisine tanımış olan 1924 Anayasası, sadece hastalık ve yaşlılık gibi sebeplerle özel af çıkartma yetkisini Cumhurbaşkanına da tanımıştır²⁶.

1961 Anayasası, 1924 Anayasasında yer alan “*takibat ve cezanın tecili*” kurumuna yer vermez iken, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkilerinin sayıldığı 64. maddesinde Meclisin yetkileri arasında, genel ve özel af ilanına karar vermek de sayılmıştır. Anayasanın ilk şeklinin 131. maddesinin son fıkrasında “*orman suçları için genel af çıkarılamaz*” hükmü yer almakta, bu şekilde Meclisin af yetkisi sınırlandırılmakta idi. Ancak daha sonra 1970

23 Soyaslan, s.414; Dönmezer/Erman, s.212.

24 Keyman, s.86; Dönmezer/Erman, s.212; Soyaslan, s.415.

25 Keyman, s.86, 92.

26 Dönmezer/Erman, s.212-213; Keyman, s.86, 92.

yılında yapılan değişiklikle bu hüküm maddeden çıkartılarak Meclisin af yetkisinin önündeki bu sınır kaldırılmıştır. Bunun yanında Anayasanın 97. maddesiyle, “*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir*” denilmek suretiyle Cumhurbaşkanına da sınırlı bir özel af yetkisi tanınmıştır²⁷.

III. 1982 ANAYASASINDA AF KURUMU

1982 Anayasası da esas itibarıyla 1961 Anayasasının benimsemiş olduğu sistemi kabul etmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin genel olarak görev ve yetkilerin sayıldığı 87. maddesinde genel ve özel af ilan yetkisini Meclisin yetkileri arasında saymıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, maddenin ilk şeklinde yer alan “*Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler*” hakkında af çıkartılmayacağı yasağı, 3 Ekim 2001 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikten sonra artık TBMM, devlet aleyhine işlenen suçlar dâhil, bütün suçlar hakkında af kanunu çıkarabilir hale gelmiştir. Ancak bunun tek istisnası orman suçlarıdır. Anayasanın 169/3. maddesine göre “*münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınmaz*”.

Bundan başka aynen 1961 Anayasasının 97. maddesinde olduğu gibi 1982 Anayasasının 104. maddesinde de Cumhurbaşkanına “*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak*” yetkisi verilmiştir. TBMM’nin af yetkisi hiçbir şarta bağlı değilken, Cumhurbaşkanı Anayasa tarafından kendisine verilen af yetkisini ancak *sürekli hastalık, sakatlık ve kocama* sebeplerine bağlı olarak kullanmak zorundadır²⁸. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, TBMM’nin af yetkisine orman suçları açısından getirilen konu yönünden sınırlama Cumhurbaşkanının bireysel özel af yetkisi açısından söz konusu değildir. 169/3. maddedeki orman suçlarına ilişkin af sınırlamasının Meclise yönelik olduğu bunun Cumhurbaşkanının yetkisiyle ilişkisi bulunmadığı kabul edilmektedir²⁹. Dolayısıyla yukarıda bahsettiğimiz sebeplere dayalı olarak Cumhurbaşkanı,

²⁷ Dönmezer/Erman, s.213; Soyaslan, s.415–416.

²⁸ Armağan, s.358.

²⁹ Sözüer, s.239; Dönmezer/Erman, s.214.

orman suçu işleyenler dâhil bütün suçlular hakkında af yetkisini kullanabilecektir.

VI. MECLİSİN AF İLAN ETME USULÜ

Anayasanın 87. maddesi Meclisin af yetkisini “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına... karar vermek*” şeklinde düzenlemektedir. Her ne kadar burada karar vermek ifadesi kullanılmış olsa da Meclis bu yetkisini *parlamento kararı* şeklinde değil, *kanun* şeklinde kullanmaktadır. Meclisin genel ve özel af çıkarma konusundaki karar vermek yetkisini kanun şeklinde kullanacağı Anayasada öngörülmemekle birlikte, işin niteliğine uygun olarak TBMM İçtüzüğü’nün “*Ölüm cezalarının yerine getirilmesine dair kanun tasarıları ile genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarısı ve teklifleri*” başlıklı 92. maddesinde bu durum açıkça öngörülmüştür³⁰. Maddeye göre “*Genel veya özel af ilanını içeren tasarısı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tasarısı veya tekliflerin ayla ilgili maddelerinde ve tümünün oylamasında ayrı ayrı aranır. Tasarısı veya teklif hakkında verilen genel veya özel af ilanını içeren değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önergenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır*”. Maddeden de anlaşılacağı üzere TBMM genel ve özel af ilan etme konusundaki iradesini kanun şeklinde açıklamak durumundadır.

3 Ekim 2001 tarihinde Anayasanın 87. maddesinde yapılan değişiklikle Meclisin af yetkisinin kapsamı genişletilirken yetkinin kullanımı zorlaştırılmıştır. Buna göre Meclis af kanunlarını ancak üye tam sayısının *beşte üç çoğunluğuyla* kabul etmek zorundadır. Bu durumda Meclisin af kanunu çıkarabilmesi artık oldukça zor hale gelmiştir. Mecliste beşte üç çoğunluğa sahip iktidarlar hariç, Meclisten af kanunlarının çıkarılabilmesi için artık iktidar ve muhalefet partilerinin uzlaşmaları gerekmektedir³¹.

Burada şunu da belirtmemiz gerekmektedir. Anayasanın 87. maddesinde aranan beşte üç çoğunluk şartı, Meclisin genel ve özel af ilan etmesine ilişkin bir şarttır. Yoksa ayla benzer sonuçlara yol açan erteleme veya şartla

³⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s.461–462; Armağan, s.350–351.

³¹ Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2008, s.378.

salıvermeye ilişkin kanunlarda böyle bir nitelikli çoğunluk gerekmemektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de 21.12.2000 tarihli ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”un 1. maddesinin 21.05.2002 tarihli ve 4758 sayılı kanunla yeniden düzenlenen 2. bendinin bir erteleme veya şartla salıverme kanunu olmayıp bir af kanunu olduğu bu nedenle nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi gerektiği iddiasıyla önüne getirilen bir olaya ilişkin kararında bunu şu şekilde teyit etmektedir³²:

“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... Şartla salıvermenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. Dava konusu 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilmelerine olanak tanınması ise, bu düzenlemenin şartla salıverilme olarak kabulünü engellemektedir... Anayasa’nın 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Yasa ile değiştirilen 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Buna göre, “af” niteliğindeki yasama işlemlerinin TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile yasalaşması gerektiği açıktır. Dava konusu kural ise bu oran gözetilmeyerek 174 oyla yasalaşmıştır.”

Anayasa Mahkemesinin bu kararından çıkan sonuca göre, bir kanunun yasama organınca isimlendirilmesinden çok, onun niteliği önemlidir. Eğer kanun af niteliğinde bir yasama işlemi ise, isminin yasama organınca erteleme veya şartla salıverme olarak belirlenmiş olmasına bakılmaksızın, kabulünde Anayasanın 87. maddesinde öngörülen nitelikli çoğunluğun aranması

³² AYM, E.2002/99, K.2002/51, KT.28.5.2002, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K2002/K2002-51.htm>, ET.20.02.2009.

gerekmektedir. Yok eğer kanun erteleme veya şartla salıverme niteliğine sahipse, kabulü için nitelikli çoğunluk aramasına gerek bulunmamaktadır³³.

V. AFFIN TÜRLERİ

Affi çeşitli açılardan sınıflandırmak mümkündür. Mesela af yetkisine sahip organdan hareketle yasama-yürütme organının affi; yöneltildiği kişiden hareketle, bireysel af-toplu af; sonuçlarından hareketle genel af-özel af şeklinde sınıflandırılabilir. Hukuk sistemimizde gerek 1982 Anayasası gerekse eski ve yeni ceza kanunları genel ve özel af ayırımını esas almıştır³⁴. Gerçekten, Anayasanın TBMM'nin genel olarak görev ve yetkilerinin sayıldığı 87. maddesinde Meclisin yetkileri arasında "*genel ve özel af ilanına karar vermek*" yetkisi sayılmış ve buna paralel olarak Türk Ceza Kanununda da genel ve özel af konuları düzenlenmiştir. Biz de Anayasa ve Türk Ceza Kanununun bu düzenlemelerini dikkate alarak, affin bu iki türü üzerinde duracağız.

1- Genel Af

TCK'nın 65. maddesine göre genel af, "*kamu davasını düşüren ve hükümlenen cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıran*" afdır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere bir affin genel olup olmadığının belirlenmesinde affin birçok kişi hakkında çıkarılmış olup olmadığına değil, affin doğurduğu sonuçlara bakmak gerekmektedir.

Genel af esas itibarıyla şu gibi sonuçlara yol açar³⁵:

- Af kapsamına giren fiiller hakkında kamu davası açılmamışsa, artık açılmaz,
- Kamu davası açılmışsa, dava düşürülür,
- Yargılama sona ermiş yani hüküm verilmişse, infaz durdurulur,
- Mahkumiyete ilişkin bütün sonuçlar ortadan katılığı için fer'i ve mütemmim cezalar da ortadan kalkar,

33 Aynı yönde Araç/Erikli, s.39.

34 Koca/Üzülmez, s.540-541.

35 Sancar, s.157.

- Genel af kapsamındaki cezalar adli sicilden silinir ve tekrüre esas olmaz.

Çıkarılan af, yukarıda sıraladığımız sonuçlara yol açıyor, diğer bir ifadeyle kesinleşmiş bir cezayı bütünüyle ortadan kaldırıyor veya bir kamu davasını düşürüyorsa, sadece bir veya birkaç kişiyi ya da birkaç suçu kapsıyor olsa dahi, ortada bir genel af vardır. Bu nedenle kural genel affin toplu olması olmakla birlikte, bir kişinin de yararlanabileceği genel af mümkündür³⁶. Hukuk sistemimizde genel af yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir. Ancak genel af bir kanunla çıkartılabileceği için kanun koyucu yani Meclis, affin kapsamını belirlerken hukuk devleti, eşitlik gibi anayasal ilkeler dairesinde hareket etmek zorundadır.

2- Özel Af

Özel af, kesinleşmiş bir cezayı ortadan kaldıran, hafifleten veya daha hafif olmak şartıyla başka bir cezaya çeviren bir kurumdur. Nitekim TCK'nın 65. maddesinde de özel af ile neler yapılabileceği şu ifadelerle belirtilmiştir: “*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir*”. Özel af sadece ceza üzerinde etkili olduğu için, devam etmekte olan bir ceza kovuşturması ile mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran genel aftan farklıdır³⁷. Genel af kesin hükmün öncesine veya sonrasına müdahale edebilirken, özel af kesin hükmün sonrasına müdahale eder ve sadece cezanın infazıyla ilgili sonuçlar doğurur³⁸.

Özel af da tıpkı genel af gibi bir veya birkaç kişi hakkında çıkartılabileceği gibi, belirli suçları işlemiş bütün mahkûmlar hakkında da çıkartılabilir. Birinci halde bireysel özel aftan, ikinci halde ise toplu özel aftan söz edilir. Anayasamızın kabul ettiği sisteme göre TBMM gerek bireysel gerekse toplu özel af çıkarma konusunda yetkili olmasına karşılık, Cumhurbaşkanı sadece belirli nedenlere bağlı olarak bireysel özel af konusunda yetkili kılınmıştır³⁹.

36 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s.460; **Sözüer**, s.240–241; **Koca/Üzülmez**, s.541.

37 **Sözüer**, s.250.

38 **Sancar**, s.159.

39 **Dönmezer/Erman**, s.238; **Sözüer**, s.250.

Özel af sadece cezanın infazı üzerinde etki doğurur. Mahkûmiyet hükmü varlığını koruduğu için, “cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir” (TCK m.65).

Sonuç itibariyle genel af gerçekleşmiş veya gerçekleşecek olan ceza mahkûmiyetinin hiç gerçekleşmemiş gibi tüm hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldıran bir kurum iken, özel af ceza mahkûmiyetinin hüküm ve sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmayan, sadece cezanın niteliğine ve miktarına ilişkin bir kurumdur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 28.11.1989 tarih, Esas 1988/63, Karar 1989/47 sayılı kararında⁴⁰:

“Genel af, sosyal düşüncelerle tüm ya da kimi suçları ve hükmedilmişse cezaları, bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırır. Kapsamına giren ve haklarında henüz dava açılmamış suçlar hakkında kamu davasını önler. Özel af ise, kesinleşmiş bir cezayı kaldıran, hafifleten veya daha hafif olmak koşuluyla, başka cezaya çeviren bir atıfet kurumudur. Bu niteliğiyle haklarında henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş olanlar için özel af söz konusu olamaz.”

diyerek iki tür affin içeriğini yukarıdaki gibi açıklamıştır.

Yapılan açıklamalar ve Anayasa Mahkemesi kararından da anlaşılacağı üzere genel ve özel affın söz edebilmek için her şeyden önce ortada bir suç veya suç şüphesi, buna paralel olarak da ceza mahkûmiyeti veya bunun tehdidinin bulunması gerekmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda, Anayasa Mahkemesinin affı tanımlarken suç, ceza, mahkûmiyet ve kamu davası terimlerini öne çıkarttığı ve bu terimlerin de ceza hukuku anlamında teknik terimler olduğu görülmektedir⁴¹. Bu nedenle genel ve özel af kavramlarının kapsamını belirleyebilmek ve ceza hukuku anlamındaki suç

⁴⁰ AYM, E.1988/63, K.1989/47, KT.28.11.1989, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-47.htm>, ET.20.02.2009; Aynı yönde bkz., AYM, E.2004/92, K.2008/119, KT.12.6.2008, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/k-2008-119.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1991/22, K.1991/25, KT.19.07.1991, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-25.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1992/6, K.1992/25, KT.31.03.1992, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-25.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1985/30, K.1986/10, KT. 18/3/1986, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1986/K1986-10.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1966/27, K.1968/8, KT.21.02.1968, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1968/K1968-08.htm>, ET.20.02.2009.

⁴¹ Araç/Erikli, s.39.

ve cezalar dışındaki özellikle idare hukuku anlamındaki suç ve cezaların genel ve özel af kavramının kapsamında olup olmayacağını anlamak için ceza hukuk ve idare hukuku anlamında yaptırım kavramlarını açıklamamız gerekmektedir.

VI. AF KAPSAMINA GİREN YAPTIRIMLAR SORUNU

1- Cezai Yaptırım-İdari Yaptırım Ayırımı

Bir fiili suç haline sokan, onu diğer hukuka aykırı fiillerden ayıran özelliklerin neler olduğunu açıklamak amacını güden suç genel teorisinde, suç olarak kabul edilen fiiler ile diğer hukuka aykırı fiiler birbirinden ayrılmaktadır⁴². Ceza hukuku açısından suç, kusur yeteneğine sahip bir kişinin, ceza tehdidi içeren bir kanundaki tanıma uygun hukuka aykırı fiili olarak tanımlanmaktadır⁴³. Tanımda yer alan unsurların tamamını içermeyen bir fiil teknik anlamda suç oluşturmamakta ve böyle bir fiili işleyen faile ceza verilmemektedir. Ceza, teknik olarak suç kabul edilen fiiler için ancak kanunla konulabilen ve ancak bir ceza mahkemesi tarafından hükmedilen bir yaptırım türüdür. Hukuk düzeninde hukuka aykırı olmakla birlikte suç oluşturmayan fiiller de bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle her hukuka aykırı fiil suç oluşturmazken, her suç bir hukuka aykırı fiildir. Suç dışındaki hukuka aykırı fiileri üç grupta toplamamız mümkündür⁴⁴:

- a) Haksız fiiler,
- b) Emniyet tedbirleri gerektiren fiiler,
- c) İdari yaptırım gerektiren fiiler,
 - Disiplin cezaları gerektiren fiiler,
 - İdari para cezasını gerektiren fiiler,
 - Vergi cezasını gerektiren fiiler.

Yukarıda sayılan hukuka aykırı fiilerden konumuzla ilgili disiplin cezası, idari para cezası ve vergi cezası gerektiren fiilere karşı uygulanan yaptırımlar

42 Dönmezer/Erman, s.307, 332.

43 Dönmezer/Erman, s.311; Önder, s.152.

44 Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R./Özbek, Veli Ö., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2002, s.97 vd.; Araç/Erikli, s.33.

rımlar, her ne kadar ceza olarak adlandırılırsa da, bunlar maddi ceza hukuku anlamında birer ceza değildirler. Gerçekten de genel olarak idari ceza olarak adlandırılan bu yaptırımların ceza hukuku anlamındaki cezalardan ayrılan yönleri bulunmaktadır.

İdari yaptırımların temel özellikleri şu şekilde sıralanabilir⁴⁵:

- İdari yaptırımlar belili bir kişiyi hedef alır,
- Cezalandırıcılık ve önleyicilik özelliği taşırlar,
- Yargı kararına gerek olmaksızın, idarece re'sen uygulanırlar,
- İdari yaptırımlarda idare hem iddia hem de yargılama makamı durumundadır,
- İdari yaptırımların usulü diğer yaptırımların usulünden farklıdır.

Sayılan bu özelliklerden cezai yaptırımları ayıran en önemli özellikler, idari yaptırımların yargı kararı olmaksızın idarece re'sen uygulanmaları ve usullerinin farklılığıdır⁴⁶. Diğer bir ifadeyle idari yaptırımlar idare tarafından ve idare hukuku usullerine göre kararlaştırılır ve uygulanırlar⁴⁷. Cezai yaptırımları ise ceza yargılama usulü dairesinde bir ceza mahkemesi tarafından hükme bağlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi de cezai yaptırım ile idari yaptırımın birbirinden farkını vurgulamaktadırlar.

Anayasa Mahkemesi, bu konudaki 13.05.2004 tarihli kararında idare hukuku anlamındaki yaptırımı şu şekilde ifade etmektedir⁴⁸:

“İdarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlara ‘idari yaptırım’ denilmektedir. ...Öte yandan, Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan ‘idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması

⁴⁵ **Oğurlu, Yücel**, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara, 2000, s.40.

⁴⁶ **Oğurlu**, s.44.

⁴⁷ **Özay, İlhan**, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, 1985, s.36.

⁴⁸ AYM, E.2000/43, K.2004/60, KT.13.05.2004, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2004/K2004-60.html>, ET.20.02.2009; Aynı yönde AYM, E.2006/71, K.2008/69, KT.28.02.2008, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/k2008-69.htm>, ET.20.02.2009; AYM, E.1990/29, K.1991/37, KT.15.10.1991, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1991/K1991-37.htm>, ET.20.02.2009.

sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı'na ilişkin kuralın gerekçesinde, fıkranın kişi hürriyetinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarının yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği, yani bunun bir "idari müeyyide" olarak (mesela disiplin cezası) idare tarafından uygulanamayacağı esasını getirdiği belirtilmektedir. Bu durumda, idareye yasayla hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında para cezası, disiplin cezası ya da belli bir haktan geçici olarak yoksun kılma gibi yaptırımlar uygulama yetkisi verilmesine Anayasal engel bulunmamaktadır"

Diğer bir kararında ise Anayasa Mahkemesi ceza hukuku anlamında suç ve ceza ile idare hukuku anlamında suç ve ceza kavramlarının birbirinden farklı şeyler olduğunu şu şekilde belirtmektedir⁴⁹:

"Vergi hukukunda, vergi suçları ve cezaları; mali ve idari suç ve cezalar, ceza hukuku alanında ve anlamındaki suç ve cezalar olarak iki kategoriye ayrılmaktadır. Malî ve idari nitelikteki suç ve cezalarda eylem ve yaptırım, idari yöntemlerle saptanmaktadır. Vergi idaresince suç olarak saptanan fiiller için yargı kararına gerek olmadan, vergi idarelerince ceza verilmektedir. Bu tür suçların yaptırımı, mali ve idaridir. Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasındaki 'idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.' kuralından da idarî ve malî nitelikteki vergi suç ve cezaları ile maddî ceza hukuku anlamındaki vergi suç ve cezalarının birbirinden farklı kurumlar olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır."

Uyuşmazlık Mahkemesine göre de idari yaptırımlar "...konusu olan suçun niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibarıyla ceza yaptırımı uygulamasından" farklıdır⁵⁰.

Yukarıdaki açıklamalar ve mahkeme kararları ışığında idari yaptırımlar açısından Meclisin genel ve özel af yetkisine bakılacak olursa, genel ve özel affın söz edebilmek için ortada maddi ceza hukuku anlamında bir suç ve bu suça yönelik bir ceza mahkûmiyeti veya tehdidinin bulunması gerekmektedir. İdari suçlar ve bunlara yönelik yaptırımlar gerek ceza hukuku gerekse Anayasanın 87. maddesinde bahsedilen Meclisin af yetkisi açısından birer suç ve ceza oluşturmamaktadır. Dolayısıyla bunların genel veya özel affın-

⁴⁹ AYM, E.1994/46, K.1994/57, KT.18.7.1994, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1994/K1994-57.htm>, ET.20.02.2009.

⁵⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, E.1998/10, K.1998/12, KT.08.05.1998, RG. 06.06.1998, S.23364.

dan değil, belki sadece affından bahsedilebilir. Bu nedenle bunların affedilmeleri hususunda çıkartılacak bir kanunun Mecliste beşte üç çoğunlukla kabul edilmesine gerek bulunmamaktadır.

Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, af kurumuna doğrudan anayasalarda yer verilmesinin temel sebeplerinden biri, affın yargı organının bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesidir. Hâlbuki idari yaptırımların affedilmesinin bu ilkelerle çelişmesi mümkün değildir. Çünkü idari yaptırımların, en önemli özellikleri, yargı kararı olmaksızın, idare hukuku usullerine göre idare tarafından re'sen kararlaştırılıp uygulanmalarıdır. İdari yaptırımların bir yargı kararı sonucunda tespit edilen yaptırımlar olmamaları dolayısıyla yasama veya yürütme organı tarafından affedilmelerinin yargının bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesinin söz konusu olamaması sebebiyle, bunların affı için Meclise özel bir yetki vermenin bir anlamı yoktur. Bu nedenle, Meclisin idari yaptırımları af yetkisinin kaynağı 87. maddede zikredilen “*genel ve özel af ilan etmek*” ifadesi değil, “*yasama yetkisinin genelliği ilkesi*”dir.

Bilindiği üzere yasama yetkisinin genelliği, yasama organının kanunla düzenleyeceği alanın *konu itibarıyla sınırlanmamış olduğu* anlamına gelmektedir. Bu ilkeye göre, yasama organı anayasaya aykırı olmamak kaydıyla, dilediği her konuyu dilediği içerikte düzenleyebilir⁵¹. Bunun anlamı, yasama organına Anayasanın 87. maddesinde sayılan af yetkisi verilmemiş olsaydı dahi, yasama organının idarece tespit edilen vergi ve disiplin cezalarının daha genel bir ifadeyle idari yaptırımların affına yetkili olduğudur⁵².

2- Cumhurbaşkanının Genel ve Özel Af Konusundaki Yaklaşımı

Giriş bölümünde belirtildiği üzere, uygulamada hangi kanunun genel ve özel af kanunu olduğu dolayısıyla bunların Mecliste kabulü için beşte üç çoğunluk gerektiği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir yandan idari yaptırımların ve özellikle de bunların bir türünü oluşturan disiplin cezaları ile vergi cezalarının affına ilişkin kanunların da af kanunu niteliğinde olduğu dolayısıyla beşte üç çoğunlukla kabul edilmeleri gerektiği ileri sürülürken, diğer yandan Anayasanın 87. maddesinde bahsedilen genel ve özel af kav-

51 Yasama yetkisinin genelliği konusunda bkz., **Özbudun**, s.203-204; **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s.323-324; **Tanör**, s.255-256; **Atar**, s.166-167.

52 **Araç/Erikli**, s.43.

ramlarının ceza hukukuna özgü birer teknik kavram oldukları, dolayısıyla ceza hukuku anlamındaki cezaların affına ilişkin kanunların ancak bu manada birer af kanunu olduğu ileri sürülmektedir.

2001 Anayasa değişikliği ve ertesinde Cumhurbaşkanlığı görevinde bulunan Ahmet Necdet Sezer de idari yaptırımlara ilişkin af getiren kanunlarının 87. madde anlamında birer af kanunu olduğu bu sebeple de bu kanunların nitelikli çoğunluk olan beşte üç çoğunlukla kabul edilmesi gerektiği kanaatindeydi. Nitekim bu konudaki görüşlerini ortaya koyan 5306 sayılı Yükseköğretim Kanununa Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanunu Meclise geri gönderme tezkeresinde şu ifadelerle yer verilmiştir⁵³:

“...incelenen Yasa'nın 1. maddesiyle 2547 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 50 ve geçici 51. maddelerde yer verilen 'her ne sebeple olursa olsun ilişkileri kesilmiş öğrencilere' ve 'her ne sebeple olursa olsun kurumları ile ilişkisi kesilen öğrencilere' ibarelerinin, disiplin cezası gereğince yükseköğretim kurumlarından ilişkisi kesilen öğrencileri de kapsadığı açıktır.

Bir disiplin cezası nedeniyle yükseköğretim kurumlarıyla ilişkisi kesilenlere yeniden öğrenim hakkı verilmesi 'af' niteliğindedir.

Çünkü, bu düzenlemeyle, disiplin suçu oluşturan bir eylem nedeniyle verilen disiplin cezasının, hatta bu cezaya ilişkin karara karşı dava açılmış ve

⁵³ Geri gönderme tezkeresinin tam metni için bkz., http://www.cankaya.gov.tr/tr_flash/ACIKLAMALAR/02.03.2005-3008.html, ET.16.04.2008. Cumhurbaşkanının 5022 sayılı Kanununun Meclise iadesine ilişkin geri gönderme tezkeresinde de benzer görüşlere şu şekilde yer verilmiştir: “...incelenen Yasa ile 6132 sayılı Yasaya eklenen geçici 2 nci madde düzenlemesi, yukarıda açıklanan içeriğiyle disiplin cezası affı niteliğindedir.

Anayasanın değişik 87 nci maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne genel ve özel af yetkisi verilirken, 'hürriyeti bağlayıcı ceza-para cezası' ya da 'adli ceza-idari ceza' ayırımı yapılmamıştır.

İdarî cezalar da diğer cezalar gibi kendi alanında kamu düzenini sağlamaya yönelik 'cezaî' yaptırımlardır. Bu nitelikleri nedeniyle idarî cezalara ilişkin af kararlarının da, Anayasanın 87 nci maddesine girdiğinde kuşku bulunmamakta ve nitelikli çoğunlukla alınması gerekmektedir.

Bu durumda, incelenen Yasanın, 6132 sayılı Yasaya geçici 2 nci maddenin eklenmesine ilişkin 4 üncü maddesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun oyu ile kabul edilmesi anayasal gerekliliktir.” (Geri gönderme tezkeresinin tam metni için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss370m.htm>, ET. 22.02.2009). Cumhurbaşkanının genel ve özel af konusundaki genel yaklaşımı bu şekilde olmakla birlikte, bu yaklaşımına aykırı olabilecek şekilde idari yaptırım niteliğinde olup da Cumhurbaşkanınca af kanunu niteliğinde görülmeyerek Meclise iade etmediği kanunlar da bulunmaktadır. Bu kanunlar hakkında bkz., **Araç/Erikli**, s.36 vd.

reddedilmiş ise yargı kararının hukuksal sonuçları ortadan kaldırılmaktadır.

Anayasa'nın 87. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kabulüyle genel ve özel af ilanına karar verebileceği belirtilmiştir.

Görüldüğü gibi maddede, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne genel ve özel af yetkisi verilirken 'hürriyeti bağlayıcı ceza-para cezası' ya da 'adli ceza-idari ceza' ayrımı yapılmamıştır.

İdari cezalar da diğer cezalar gibi kendi alanında kamu düzenini sağlamaya yönelik 'cezai' yaptırımlardır. Bu nitelikleri nedeniyle idari cezalara ilişkin af kararlarının da, Anayasa'nın 87. maddesi kapsamına girdiğinde kuşku bulunmamakta ve maddede belirtilen nitelikli çoğunlukla alınması gerekmektedir."

Görüleceği üzere Cumhurbaşkanı, Anayasanın 87. maddesinde geçen genel ve özel af kavramlarını idari ve cezai yaptırım ayrımı, diğer ifadeyle idari ve adli ceza ayrımı yapmaksızın her ikisini de kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır. Cumhurbaşkanı'nın Meclisin af yetkisine ilişkin bu yaklaşımı yerinde bir yaklaşım değildir.

Kanaatimize göre, Anayasanın 87. maddesinde düzenlenen af, maddî ceza hukuku anlamındaki genel ve özel affı ifade etmektedir. İdari yaptırımlara yönelik af düzenlemelerin nitelikli çoğunluk aranan bir af olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Birincisi, genel ve özel af kavramları ceza hukukuna özgü teknik kavramlardır. Ceza hukuku dışındaki diğer hukuk disiplinlerinde genel ve özel af kavramları kullanıldığı görülmemektedir. Diğer bir ifade ile aftan bahsedebilmek için ortada maddi ceza hukuku anlamında bir suç ve bu suça yönelik bir ceza mahkûmiyeti veya tehdidinin bulunması gerekmektedir.

İkincisi, yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hukukta, gerek ceza hukukçuları, gerek idare hukukçuları ve gerekse de Anayasa Mahkemesi tarafından maddi ceza hukuku anlamında yaptırım, yani cezai yaptırım ile idare hukuku anlamında yaptırım, yani idari yaptırım kavramlarının birbirinden farklı şeyler olduğu kabul edilmekte ve suç ve ceza denildiğinde de esas itibarıyla maddi ceza hukuku anlamında suç ve ceza kavramları anlaşılmaktadır.

Üçüncüsü, 03.10.2001 tarihinde yapılan değişiklikten önce Anayasanın

87. maddesinde, “Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere” genel ve özel af ilanına Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkili olduğu belirtiliyordu. Dikkat edilecek olursa, burada, “hüküm giymek” ifadesi kullanılmıştır. Hüküm giymek, idare hukuku alanındaki yaptırımlarla değil, ceza hukuku anlamındaki yaptırımlarla alakalı bir konudur. Yukarıda izah edildiği üzere idari yaptırımları dolayısıyla idari cezaları, ceza hukuku anlamındaki cezalardan ayıran en önemli özellik bunların herhangi bir yargı kararı olmaksızın, idari bir usul dairesinde idarece re’sen verilmiş olmalarıdır. Diğer ifadeyle, yargılama hukuku anlamında bir “hüküm giyme”yi ifade etmemeleridir. “Hüküm giymek” ceza yargılaması sonucu verilen cezanın kesinleşmesiyle gerçekleşen bir durumdur. Buradan çıkan sonuç 87. maddedeki genel ve özel af kavramlarının idare hukuku anlamındaki suç ve cezalara ilişkin olmadığıdır.

Nihayet, Anayasanın 87. maddesini Cumhurbaşkanının özel af yetkisiyle ilgili 104. maddesiyle bağlantılı olarak ele aldığımızda da aynı sonuca ulaşmamız mümkündür. Anayasanın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sayılırken, sürekli hastalık, sakatlık, kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisinden bahsedilmektedir. Cumhurbaşkanları da, bugüne kadar ceza yargılaması sonucunda hüküm giyen kişilerin, hastalık, sakatlık veya kocalık sebebiyle cezalarını hafifletmekte veya kaldırmaktadır. Yaşlılık hastalık veya sakatlık nedenleriyle cumhurbaşkanlarının idari cezaları affettikleri hiç görülmemiştir. Eğer genel ve özel affın idari cezalarla da alakalı olduğu kabul edilseydi, cumhurbaşkanlarının bu yetkilerini disiplin cezalarına ilişkin suçlar hakkında da kullandığı görülürdü⁵⁴. Hâlbuki bugüne kadar her zaman genel ve özel af kavramları maddi ceza hukuku ile ilişkilendirilmiş kavramlardır.

SONUÇ

Af kaynağını anayasalardan alan teknik yönleriyle ceza kanunlarından düzenlenen bir kurumdur. Kaynağını anayasalardan alan her kurum gibi af kurumu da anayasa hukukuna ilişkin birçok sorunu bünyesinde ihtiva etmektedir. Bu sorunlardan biri yargının bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ile ilişkilidir. Çünkü af tasarrufu bazen özü bazen de cezanın infazı bakımından mahkemelerce verilip kesinleşen kararları doğrudan etkilediği için,

⁵⁴ **Bozdağ, Bekir**, *TBMM Genel Kurulu'nun 15.03.2005 Tarihli 70. Birleşimdeki Konuşma*, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 22, C.77, s.34.

mahkemelerin bağımsızlığı ve kararlarının bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmektedir. Bu sebeple yasama ve yürütme organlarının af yetkisinin doğrudan normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer alan anayasalarda düzenlenmesi gerekmektedir.

Anayasa hukuku açısından af bir atıfet işlemidir. Bu sebeple kişiler açısından af talebi anayasa hukuku bakımından bir hak oluşturmamaktadır. Her ne kadar ceza hukuku doktrininde affın zorunluluğu kabul edilmekte ise de, kanaatimizce hüküm kesinleşmeden önce çıkarılan af kanunları karşısında, affı reddetmek anayasal bir haktır. İnsan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olan iddia, savunma ve adil yargılanma haklarının içerisinde kişilerin affı reddetme, böylelikle aklanma hakları da bulunmaktadır.

2001 yılında Anayasanın 87. maddesinde yapılan değişiklikle, Türkiye Büyük Millet Meclisinin af yetkisinin kapsamı genişletilmiş, fakat bu yetkinin kullanımı Meclis üye tam sayısının beşte üçü şartına bağlanarak zorlaştırılmıştır. Bu şartla birlikte Mecliste beşte üç çoğunluğa sahip iktidarlar hariç, Meclisin genel ve özel af ilan edebilmesi için artık iktidar ve muhalefet partilerinin uzlaşmaları bir zorunluluk haline gelmiştir.

Af ve bunun türlerini oluşturan genel ve özel af kavramları ceza hukukuna ilişkin teknik kavramlardır. Bu sebeple ancak ceza hukuku anlamında suç ve cezaların genel veya özel affından bahsedilebilir. Genel ve özel affın söz edebilmek için ortada maddi ceza hukuku anlamında bir suç ve bu suça yönelik bir ceza mahkûmiyeti veya tehdidinin bulunması gerekmektedir. İdari suçlar ve bunlara yönelik yaptırımlar yargı kararı olmaksızın idarece re'sen uygulanmaları ve usullerinin farklılığı sebebiyle gerek ceza hukuku gerekse Anayasanın 87. maddesinde bahsedilen Meclisin af yetkisi açısından birer suç ve ceza oluşturmamaktadır. Dolayısıyla bunların genel veya özel affından değil belki sadece affından bahsedilebilir.

Meclisin idari yaptırımları af yetkisinin kaynağı 87. maddede zikredilen “genel ve özel af ilan etmek” ifadesi değil, “yasama yetkisinin genelliği ilkesi”dir. Meclisin ceza hukuku anlamındaki cezaları af yetkisinin doğrudan anayasada düzenlenmesinin temel sebeplerinden biri ona bu yetkiyi vermek değil, affın yargı kararlarıyla çelişiyor olmasıdır. Hâlbuki idari yaptırımlar bir yargı kararıyla değil idarece re'sen tespit edilen yaptırımlardır. Bunların affının yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesiyle çelişmesi söz konusu değildir. Bu sebeple bunlara yönelik Meclisin af yetkisinin Anayasada açıkça zikredilmesine gerek bulunmamaktadır.