



ÖZEL AF İLE İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ÖZELLİKLERİ

(7242 Sayılı Kanun'la Değiştirilen İnfaz Kanunu'nun Geçici 6. Maddesinin Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kararının Değerlendirilmesi)

*Characteristics of the Statutory Arrangements regarding the Pardon and
Sentence-Execution Regime*

*(Legal Nature of Provisional Article 6 of the Law on the Execution of Sentences
and Security Measures Amended by Law no. 7242 and an Assessment of the
Constitutional Court's Decision)*

Prof. Dr. Mahmut Koca*

ÖZ

Anayasa'da af mahiyeti taşıyan kanunların Türkiye Büyük Millet Meclisinde (TBMM) kabulü bakımından beşte üç çoğunluğun aranması, belli bir tarihe kadar işlenen suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişilerin cezalarını tamamen veya kısmen infaz kurumu dışında çekmesi sonucunu doğuran düzenlemelerin niteliği hususunda tartışma yaratmaktadır. Son zamanlarda bu tartışmayı doğuran kanunlar, 5/4/2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun'la İnfaz Kanunu'na 105/A maddesi olarak eklenen "Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı" kurumunun koşullarının değiştirilmesi suretiyle yapılmaktadır. İnfaz Kanunu'na eklenen 105/A maddesinin ilk hâli, bilahare kabul edilen geçici maddelerle sekiz yıl süresince uygulanamadan yürürlükten kalkmıştır. Geçici maddelerle af kanununa başvurmadan 105/A maddesinde kabul edilen kurumun üzerinden belli bir tarihe kadar işlenen suçlardan dolayı mahkûm olunan hapis cezasının tamamen veya kısmen infaz kurumunda çektirilmesine son verilmektedir. Bu nitelikteki kanunların geçici ve geriye yönelik olması ve suçlunun ıslahından ziyade ceza infaz kurumlarındaki doluluk oranını azaltmak amacını taşıması

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mahmut.koca@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4804-0656.

nedeniyle özel af niteliğinde olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesinin bu nitelikteki kanunlarla ilgili verdiği kararlar arasında bir tutarlılık bulunmamaktadır. Bu nedenle 7242 sayılı Kanun'la getirilen geçici infaz düzenlemelerinin şekil itibarıyla Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında, Anayasa Mahkemesinin talebin reddine ilişkin kararına katılma imkânı bulunmamaktadır. Zira İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin ilk kabulünden bu yana geçici maddeler yoluyla Anayasa'nın af yasalarının kabulü bakımından aradığı nitelikli çoğunluk koşulunu "aşma" bakımından bir araç olarak kullanıldığı izlenimi doğmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Genel af, özel af, denetimli serbestlik yoluyla infaz, 7242 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeler, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı.

ABSTRACT

The constitutional requirement of a majority of three-fifths of the ballots in the Turkish Parliament for the adoption of the amnesty laws raises an issue as to the nature of the statutory arrangements alleviating the execution of the imprisonment sentences imposed for the offences having committed until a certain date. The laws that have recently led to this debate have been enacted by making changes in the conditions of the institution of the “*execution of sentences through probation*”, added to Article 105/A of the Execution Law by Law no. 6291 and dated 5 April 2012. The original form of Article 105/A of the Execution Law was repealed, without having been actually implemented during 8 years, through the subsequently-incorporated provisional articles. The provisional articles put an end to the execution, in whole or in part, at penitentiary institutions of the imprisonment sentences imposed for the offences having been committed until a certain date, through the institution set forth in Article 105/A, in the absence of an amnesty law. It is clear that such laws are in the form of a pardon as they are temporary and retroactive in nature and indeed intended for reducing the size of the prison population rather than the rehabilitation of offenders. The decisions rendered by the Constitutional Court concerning such laws appear to lack consistency. Therefore, it is not possible to agree with the decision whereby the Constitutional Court dismissed the request for the annulment of the temporary sentence-execution arrangements introduced by Law no. 7242 for being unconstitutional in form. As a matter of fact, it appears that Article 105/A of the Execution Law has been employed, since the date of its initial adoption, as a means to circumvent the condition of qualified majority, which is sought in the Constitution for the adoption of amnesty laws, through provisional articles.

Keywords: General amnesty, pardoning, execution of sentence through probation, arrangements introduced by Law no. 7242, the Constitutional Court’s annulment decision.

GİRİŞ

TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılan hususlardan biri de **genel ve özel af ilanına karar vermektir**. TBMM bu yetkisini çıkaracağı bir af kanunuyla kullanabilir. Ancak Anayasa'da, diğerlerinden farklı olarak genel ve özel af mahiyeti taşıyan kanunların TBMM üye tam sayısının **beşte üç çoğunluğu** tarafından kabul edilmesi aranmaktadır (AY mad. 87). Anayasa'da af kanunlarının kabulü bakımından böyle bir koşulun aranması, hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme gibi cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan müesseselerle ilgi kurularak çıkarılan ve suç işleyen kişilerin mahkûm oldukları hapis cezasını tamamen veya kısmen infaz kurumu dışında çekmesine imkân tanıyan yasaların niteliği hususunda tartışma yaratmaktadır. Bu tartışmanın odağında TBMM tarafından kabul edilen kanunun genel veya özel af mahiyeti taşıyan bir kanun olup olmadığının belirlenmesi yatmaktadır. Anayasa'da af kanunlarının kabulünde aranan şekle ilişkin özellik, TBMM tarafından çıkarılan kanunların af kanunu mu yoksa infaz rejimine ilişkin bir kanun mu olduğunun belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

7242 sayılı Kanun'la İnfaz Kanunu'nda yapılan değişiklikler bu sorunun yeniden gündeme gelmesine neden olmuştur. Konunun sağlıklı bir zeminde tartışılabilmesi için ceza hukuku kurumları olan genel af, özel af ve cezanın infazı rejimine ilişkin müesseselerin özellikleri üzerinde durmak ve özel af kurumunun cezaların infazına ilişkin diğer kurumlarla farkını ortaya koymak gerekir. Bilahare İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin niteliği ve bu maddenin günümüze kadar cezaların infazı bakımından nasıl bir fonksiyon gördüğü belirlenmelidir. Nihayet bu bilgiler ışığında 7242 sayılı Kanun'la değişik İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinin niteliği ve buna ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin kararı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

I. AF KANUNLARININ KABULÜNE İLİŞKİN ANAYASA HÜKÜMLERİ

Hükümlünün cezasının tamamını veya bir kısmını infaz kurumunda çekmesine engel olan kanunların niteliğine ilişkin tartışma yeni değildir. 1982 Anayasası döneminde bu tartışmanın Anayasa'nın 87. maddesindeki düzenlemeden kaynaklandığı görülmektedir. Fakat bunun sebebi 2001 yılına kadar af kanunlarının Mecliste nitelikli çoğunlukla kabul edilmesini arayan hükümden kaynaklanmıyordu.

Zira af yasalarının TBMM’de nitelikli çoğunlukla kabulüne ilişkin hüküm, Anayasa’ya 2001 yılında girdi. TBMM’nin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa’nın 87. maddesinde 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun’la¹ değişiklik yapıncaya kadar TBMM’nin genel ve özel af ilanına karar verme yetkisi, kapsamı itibarıyla sınırlandırılmış ve *Anayasa’nın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hakkında* genel ve özel af ilanına karar verilmesi kabul edilmemişti. Kanun koyucu Anayasa’daki bu yasağı “aşmak” amacıyla adına af kanunu demeden cezanın infazını bireyselleştiren koşullu salıverilme veya erteleme müesseselerinin şartlarını değiştirerek mahkûmların infaz kurumuna girmesini önleyen veya erken salıverilmesini sağlayan düzenlemeler yaptı. Örneğin 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun² geçici 1., 2., 3. ve 4. maddeleri hükümleriyle 8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle koşullu salıverilme; 28/8/1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertilenmesine Dair Kanun³ ile 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertilenmesine Dair Kanun’da⁴ hapis cezasının ertelenmesi ve koşullu salıverme müesseseleriyle irtibat kurulmak suretiyle düzenlemeler yapıldı. Bu kanunların af kanunu niteliğinde olup olmadığı gerek doktrinde⁵ gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında⁶ yoğun şekilde tartışıldı.

¹ RG: 17/10/2001, S. 24556 (mükerrer).

² RG: 12/4/1991, S. 20843 (mükerrer).

³ RG: 3/9/1999, S. 23805.

⁴ RG: 22/12/2000, S. 24258.

⁵ Bu tartışmalar için özellikle bkz. Sözüer, A. (2001). “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ve Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, C.18, s. 219 vd.; Demirbaş, T. (2001). “Af Tartışmaları ve 4616 sayılı ‘23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertilenmesine Dair Kanun’”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, s. 78 vd.; Alacakaptan, U. (2001). “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertilenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, s. 379 vd.; Özgenç, İ. (2001). “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, s. 133 vd.; Soyaslan, D. (2001). “Af”, *Anayasa Yargısı*, C. 18, s. 430 vd. Ayrıca Anayasa Yargısı Dergisi’nin zikredilen sayısında yayımlanan diğer makalelerde de af konusu kapsamında ortaya çıkan sorunlar tartışılmıştır.

⁶ “... Yasama organı salt af yasası çıkarıp Anayasa’nın af dışı tuttuğu suçlara ilişmeseydi Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırı olmadıkça suç türleri arasında farklı af süreleri getirilmesine karşımazdı. Oysa yasama organının, Anayasa’nın yapılmasını istemediğini ‘şartla salıverme’ kurumu içinde yürürlüğe koymasına karşısında salt teknik hukuksal denetimi ve sonuçta aykırılık saptanursa ‘eşitlik’ ilkesi yönünden iptali zorunlu kılmaktadır.” AYM, E.1991/34, K.1991/34, 8/10/1991. Ayrıca bkz. AYM, E.1999/39, K.2000/23, 19/9/2000; AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.

3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'la (mad. 28) Anayasa'nın 87. maddesinde yer alan "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki fillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere*" ibaresi metinden çıkartıldı ve maddeye genel ve özel af ilanına karar vermek bakımından "*TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun*" kararının aranacağına ilişkin ibare eklendi. Böylece bu değişikliğe kadar af yasaları konusu itibarıyla sınırlandırılmışken değişiklikten sonra af yasalarının TBMM'de kabulü şeklen zorlaştırılmış oldu. 2001 yılında yapılan bu değişikliğe kadar Anayasa'nın 87. maddesinde affın kapsamını sınırlandıran hüküm nedeniyle, bu değişiklikten sonra da af yasalarının beşte üç çoğunlukla kabulünün aranmasından dolayı kanun koyucunun hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme veya denetimli serbestlik müesseseleri adı altında yaptığı düzenlemelerin 87. maddeye uygun olup olmadığı sürekli gündeme geldi.

Bu konuda ortaya çıkan son tartışma 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷ yürürlüğe girdikten sonra yaşanmıştır. Zira 7242 sayılı Kanun'la, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (İnfaz Kanunu) geçici 6. maddesi'nde yapılan değişiklikle, İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinde düzenlenen "*denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı*" yöntemi kullanılmak suretiyle 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan dolayı (bazı suçlar istisna tutularak) koşullu salıverilmesine üç, bazı hâllerde dört yıl kalan hükümlülerin (hatta bazı durumlarda süresine bakılmaksızın) infaz kurumundan çıkarılmalarına veya hiç girmemelerine imkân sağlanmıştır. Geçici madde 6 kapsamında yapılan bu değişikliğin sonucu olarak 30/3/2020 tarihinden önce işlediği suçtan dolayı altı yıl ve bazı hâllerde sekiz yıl hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler infaz kurumuna hiç girmemiş, bunun üzerinde ceza alanlar ise belirtilen süreler göz önünde bulundurularak ceza infaz kurumundan salıverilmiştir. Geçici madde 6 ile getirilen bu düzenlemenin **özel af** niteliğinde olup olmadığı tartışılmış ve konu Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir.

⁷ RG: 15/4/2020, S. 31100.

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN 17/7/2020 TARİHLİ KARARI

TBMM üyesi 135 milletvekili tarafından 7242 sayılı Kanun'un tümünün, tümünün iptaline karar verilmemesi hâlinde 52. maddesiyle 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun değiştirilen geçici 6. maddesinin şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir. Dava dilekçesinde özetle dava konusu Kanun'un 52. maddesiyle 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun değiştirilen geçici 6. maddesi uyarınca istisna olarak belirtilen suçlar hariç olmak üzere 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan mahkûmiyeti bulunan hükümlülerin daha kısa süre ceza infaz kurumunda kalmak suretiyle denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmalarının sağlandığı, bu itibarla anılan hükümlülerin infaz edilecek ceza miktarında indirim yapıldığı, istisnai ve geçici bir düzenleme olan **söz konusu maddenin öngördüğü kurumun bu özellikleri sebebiyle özel toplu af niteliğinde olduğu**, Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca af ilanını konu alan kanunların kabulü için **TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun gerektiği**, dava konusu Kanun'un kabulünde ise bu nitelikli çoğunluğun aranmadığı belirtilerek kuralların şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi açılan iptal davasını 17/7/2020 tarihinde⁸ neticelendirmiş ve yediye karşı dokuz oyla **düzenlemenin şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığına** ve iptal talebinin reddine **karar vermiştir.**

Anayasa Mahkemesi kararında; Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'ye genel anlamda kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisi dışında ve bundan farklı olarak genel ve özel af ilanına karar verme yetkisinin de tanındığını, genel veya özel affın şarta bağlı olarak çıkartılabileceğini ve bu şartın taliki (geciktirici) veya infisahi (bozucu) olabileceğini, İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde 7242 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle yapılan değişikliğin genel af mahiyetinde olmadığına açık olduğunu, bunun özel af mı yoksa cezanın infaz şekli niteliğinde bir düzenleme mi olduğunun tartışılabileceğini, bu tartışmada kanun koyucunun bir düzenlemeyi cezaların infazı kapsamında ele almasının afa ilgili anayasal denetim bakımından bir önem taşımadığını, önemli olan hususun düzenlemenin anayasal özerk yorum çerçevesinde

⁸ AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020.

belirlenen af kavramının unsurlarını taşıyıp taşımadığının belirlenmesi olduğunu, 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 gerektiğini belirtmiş, bu kapsamda bir düzenlemenin öngördüğü kurumun niteliği belirlenirken ilk olarak af ile cezaların infazına ilişkin müesseselerin suça etki, suçun soruşturulması ve kovuşturulması, mahkûmiyetten ziyade kesin veya kesinleşmiş cezalara etki yönünden değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.

Mahkeme, dava konusu Kanun hakkında Anayasa'nın hangi hükmünün uygulanacağını belirlenmesi için Kanun'un dava konusu 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin öngördüğü düzenlemenin hukuki niteliğinin ortaya konulması yani anılan maddenin öngördüğü kurumun özel af niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerektiğini, bir düzenlemenin özel af niteliğini taşıdığının kabul edilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesinin arandığını, bunların **sadece geçmişe yönelik olma ve cezayı ortadan kaldırmak, miktarını azaltmak veya türünü değiştirerek hafifletmek suretiyle cezanın kapsamına etki etmesi olduğunu**, buna göre sadece geçmişe yönelik olan düzenleme kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla hükmedilen cezanın miktarını azaltıyor veya daha hafif bir ceza ile değiştirmek (örneğin hapis cezasını para cezasına çevirmek) suretiyle hafifletiyor ya da hiç infaz edilmeyecek şekilde ortadan kaldırıyor ise bunun özel af olarak nitelendirilmesi gerektiğini ancak **cezanın miktarında ve türünde herhangi bir değişikliğe neden olmayıp sadece çeşitli gerekçelerle cezanın infaz şeklini/rejimini değiştiren/belirleyen düzenlemelerin özel af olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını**; dava konusu geçici 6. maddenin (1), (2) ve (4) numaralı fıkralarının kapsamının belirli bir tarihe kadar işlenmiş suçlarla sınırlı tutulmasının, (3) numaralı fıkrada ise (1) ve (2) numaralı fıkralara atfen düzenleme yapılmasının, bu kurallarda özel affın unsurlarından biri olan sadece geçmişe yönelik olma şartının bulunduğunu gösterdiğini, ancak söz konusu unsurun varlığının anılan hükümlerin öngördüğü kurumun af olarak kabulü için yeterli olmayıp belirtildiği üzere cezanın kapsamında etkili olma şartının da gerçekleşmesi gerektiğini,

hükümlünün geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (a) bendinden yararlanabilmesi için **cezasının belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması** ve bu süreyi **iyi hâlli olarak geçirmesi** gerektiğini, yine hükümlü salıverildikten sonra bir veya birden fazla **yükümlülüğe tabi tutulacağını** ve **gereklerini yerine getirmediği takdirde ceza infaz kurumuna geri dönme ihtimalinin varlığını sürdürdüğünü**, geçici 6. maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmış beş yaşını bitirmiş hükümlüler bakımından cezanın belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması şartı aranmamış ise de denetimli serbestlik tedbirinin en önemli amaçlarından biri olan cezanın infazının kişiselleştirilmesinin sağlanmaya çalışıldığını, bu hükümlüler hakkında dahi denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesinin zorunlu olmayıp bu konuda infaz hâkiminin takdir yetkisinin bulunduğunu, yine bu çerçevede denetimli serbestlik tedbirinin belirleyici unsurlarından olan **hükümlünün iyi hâlli olma şartının da aranmaya devam edileceğini**, öte yandan salıverildikten sonra hükümlünün bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulması ve gereklerine uyulmaması durumunda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanarak cezanın infazı kararının geri alınabilmesinin bu kapsamdaki hükümlüler bakımından da geçerli olacağını ifade etmiştir.

Mahkeme, dava konusu kuralların istisna kapsamına alınan suçlar dışında hükümlülerin denetimli serbestlik ve koşullu salıverme kurumlarından yararlandırılmak suretiyle **ceza infaz kurumunda geçirecekleri süreyi önceki kanuni düzenlemeye göre kısalttığını** ancak -infaz edilecek- toplam ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığını, bir cezanın infaz edildiğinden söz edilebilmesi için ceza süresinin mutlaka ceza infaz kurumunda geçirilmesinin gerektiğini zira ceza süresinin birtakım alternatif infaz usulleriyle ceza infaz kurumu dışında geçirilmesinin cezanın infazı kapsamında kabul edildiğini, **dava konusu kuralların cezanın miktarında veya niteliğinde, dolayısıyla cezada bir değişiklik yaratmadığını, kuralların cezaya ilişkin değil cezanın infaz biçimine ilişkin olduğunu, bu açıklamalar çerçevesinde geçici 6. maddenin hükümlünün çekmesi gereken toplam ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığını, ceza infaz kurumundan kendiliğinden salıverilmesine yol açmadığını, bu kapsamda hükümlünün iyi hâlli olması şartının arandığını, anılan şart gerçekleşse dahi salıverilme**

kararı bakımından hâkimin takdir yetkisinin bulunduğunu, (1), (2) ve (3) numaralı fıkra hükümlerinden yararlanmak için ayrıca hükümlünün talebinin varlığının gerektiğini, salıverilme sonrasında da devletin hükümlü üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin devam ettiğini, bu bağlamda hükümlüye bir veya birden fazla yükümlülük yüklenebileceğini, gereklerine uygun davranılmadığı veya yeniden suç işlendiği takdirde salıverilme kararının geri alınmak suretiyle hükümlünün cezasının infazına ceza infaz kurumunda devam edilebileceği gözetildiğinde geçici 6. maddenin cezanın kapsamına ilişkin bir düzenleme olmayıp cezanın infaz usulüne yönelik hükümler öngördüğünü, anılan nedenlerle geçici 6. maddenin öngördüğü kurumun af niteliğinde olmadığını, bu itibarla söz konusu maddenin değiştirilmesini öngören dava konusu 52. maddeyi ihtiva eden dava konusu 7242 sayılı Kanun'un toplantı ve karar yeter sayısı bakımından Anayasa'nın 96. maddesine tabi olduğunun görüldüğünü, Kanun'un ve 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin şekil bakımından iptalleri talebinin reddinin gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile verdiği bu karara **muhالیf kalan üyeler** ise düzenlemenin özel af niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Karşı oy gerekçelerinde özel affın genel aftan farklı olarak suça değil cezaya etki eden bir hukuki tasarruf olduğu, dava konusu kuralların hükmedilen cezanın infaz şeklini değil de kendisini etkiliyorsa bunun af niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği, dava konusu geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının, istisna kapsamında olmayan suçlardan dolayı altı yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülerin ceza infaz kurumuna girmeden cezalarının infaz edilmesine imkân sağladığı, bu yönüyle cezanın kapsamına etki eden ve bir anlamda onu daha hafif seçenek yaptırımlara dönüştürerek hafifleten özel af niteliğinde olan bir düzenleme olduğu, bu gerekçelerin geçici 6. maddenin (2) ve (4) numaralı fıkraları için de geçerli olduğu, dava konusu kuralların af niteliğinde olmadığının kabulü hâlinde Anayasa'nın 87. maddesinin işlevsiz ve anlamsız hâle geleceği, bu yolla beşte üç çoğunluğa gerek duyulmaksızın şartla salıverme ya da denetimli serbestlik adı altında belli suçlardan mahkûm olanların cezalarının değiştirilebileceği, hafifletilebileceği veya tamamen ortadan kaldırılabilirliği, Mahkeme çoğunluğunun kararının maalesef bu yolu açtığı, gerçekten de 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "bir yıl"lık süreyi değiştirmek

suretiyle çok uzun süreli hapis cezalarına çarptırılan hükümlülerin bile ceza infaz kurumlarına girmeden cezalarının infazının ya da çok az süre ceza infaz kurumunda kalmak suretiyle serbest bırakılmalarının mümkün olabileceği, bunun da Anayasa'nın 87. maddesiyle bağdaşmayacağı her türlü izahtan varestede olduğu, bu nedenlerle dava konusu Kanun'un af niteliğinde bir düzenleme olan geçici 6. maddesinin Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca TBMM üye tam sayısının beşte üçünün çoğunluğu ile kabul edilmediğinden şekil bakımından Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir⁹.

III. GENEL AF VE ÖZEL AFFIN MAHİYETİ VE SONUÇLARI

Hukuk sistemimizde af yetkisi, affın türleri ve etkilerine ilişkin hükümlere başta Anayasa olmak üzere çeşitli kanunlarda yer verilmiştir. Anayasa'nın 87. maddesinde af "**genel af**" ve "**özel af**" olmak üzere ikiye ayrılmış ve bu konuda karar verme yetkisine TBMM'nin sahip olduğu kabul edilmiştir. Ancak TBMM'nin her iki af türüne de diğer kanunlardan farklı olarak üye tam sayısının beşte üç çoğunluğuyla karar verebileceği belirtilmiştir. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na da sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma yetkisi verilmiştir (mad. 104, fık. 16). Cumhurbaşkanı'na tanınan bu yetkinin bireysel özel af niteliğinde olduğu kabul edilmektedir^{10 11}. Anayasa'da affa konu olamayacak bazı suçlara da yer verilmiştir. Buna göre "*münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılmayacağı* gibi başka suçlar için çıkarılan genel veya özel af kanununun kapsamına *ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla*" işlenen suçlar alınamayacaktır (mad. 169, fık. 3). Anayasa'da türleri arasında ayırım yapmadan ve genel bir şekilde affın bazı etkilerine işaret eden hükümlere de yer verildiği görülmektedir. Örneğin milletvekili seçilme yeterliliğinin düzenlendiği 76. maddenin ikinci fıkrasında bazı suçlardan hüküm giymiş olanların **affa** uğramış olsalar bile milletvekili seçilemeyecekleri belirtilmiştir.

⁹ Bu görüşler karara muhalif kalan Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan tarafından ileri sürülmüştür. Karara muhalif kalan diğer üyeler de (Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, Celal Mümtaz Akıncı, Hicabi Dursun, Yusuf Şevki Hakyemez, M. Emin Kuz) benzer yönde gerekçelerle çoğunluk kararına katılmadıklarını belirtmişlerdir.

¹⁰ Önder, A. (1992). *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 652; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2019). *Artuk/Gökçen Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Adalet Yay., s. 1020; Dönmezer, S., Erman, S. (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. III, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yay., s. 213.

¹¹ Nitekim 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda da (mad. 4, fık. 1, bent i) Cumhurbaşkanı'nın bu tasarrufunun "**özel af**" niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiştir.

Anayasa'nın zikredilen bu hükümlerinde geçen genel ve özel af kavramlarının ceza hukukuna ilişkin olduğunu kabul etmek gerekir¹². Bu itibarla söz konusu kavramlara verilecek anlam ve bunların ayırımına bağlanan hukuki sonuçların neler olduğu konusunda 5237 sayılı Türk Caza Kanunu'nun (TCK) düzenlemeleri esas alınmalıdır. Nitekim TCK'nin "Af" başlığını taşıyan 65. maddesinin birinci fıkrasında "genel af", ikinci ve üçüncü fıkralarında ise "özel af" kurumları, kendilerine bağlanan hukuki sonuçlarla birlikte düzenlenmiştir. Buna göre "Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleriyle birlikte ortadan kalkar." (mad. 65, fık. 1). "Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir." (fık. 2). Buna karşılık "Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir." (fık. 3). Konuya ilişkin diğer bir düzenlemeye de TCK'nin 74. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre "Genel af, özel af ... müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez." (fık. 1). "Kamu davasının düşmesi, malların geri alınmasını ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemez." (fık. 2). "Cezanın düşmesi, şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemez. Ancak, genel af halinde yargılama giderleri de istenemez." (fık. 3).

Af ile ilgili 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda¹³ da hükümler bulunmaktadır. Adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında "Genel veya özel affa ilişkin kanun; özel affa ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı" da bulunmaktadır (mad. 4, fık. 1, bent i). Genel af hâlinde adli sicildeki bilgiler Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinir ve arşiv kaydına alınır (mad. 9, fık. 1, bent d).

Yukarıda zikredilen düzenlemelerden hareketle genel af ve özel af müesseselerinin mahiyeti hakkında bazı açıklamalarda bulunmak mümkündür.

¹² Bu itibarla kanun koyucunun suç ve cezalara ilişkin olmayan konularda çıkardığı yasalarla bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesinden vazgeçmesi sonucunu doğuran (örneğin uygulamada "disiplin affı", "imar affı", "vergi affı" vb. şekilde isimlendirilen) düzenlemelerin Anayasa'nın yukarıda bahsi geçen hükümleriyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu tür yasaların TBMM'de kabulü ve içeriğinin belirlenmesi bakımından yukarıda sözü edilen anayasal sınırlar geçerli değildir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Döner, A. (2008). "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3, s. 49, 52.

¹³ RG: 1/6/2005, S. 25832.

Anayasa'ya göre genel ve özel af yetkisine, yasama organı olan TBMM sahiptir. Bununla birlikte Anayasa'da yürütme yetkisinin ait olduğu Cumhurbaşkanına da belli sebeplerle sınırlı olarak özel af yetkisi verilmiştir. Her ne kadar af tasarrufu yargısal sonuçlar doğurmakta, bu bağlamda yeni dava açılmasına, açılmış olan davanın devam etmesine, hükmün infazına engel olmakta ise de bizim sistemimize göre genel ve özel af bir *yargı işlemi değildir*. Zira gerek Meclis gerek Cumhurbaşkanı birer yargı organı sıfatıyla hareket etmemekte, yargı fonksiyonuna ait usullerle affın kapsamını belirlememekte, bir mahkeme gibi hareket ederek uyuşmazlık hakkında karar vermemekte ve suçlunun kişiliğini, suç işledikten sonra etkin pişmanlık gösterip göstermediğini, bir daha suç işlemeye eğilimli olup olmadığını değerlendirmemektedir. Bu organlar tamamıyla yargısal düşüncelerin dışında bu yetkiyi kullanmaktadırlar. Bu itibarla anayasal açıdan af bir *atıfet* (bağışlama, lütuf) işlemidir¹⁴. Af işleminin bu niteliğinden iki sonuç doğmaktadır, bunlardan birincisi affın mecburiliği yani aksi kararlaştırılmadıkça aftan faydalanmanın zorunlu oluşudur. İkincisi ise af tasarrufunun konusu yönünden sınırsız oluşudur. Zira Anayasa hangi suçlar veya suçlular hakkında af yetkisinin kullanılabileceğini göstermiş değildir¹⁵. Bu nedenle her türlü suçun affı mümkündür¹⁶. Çıkarılan yasanın af niteliğinde olup olmadığı belirlenirken af tasarrufunun bu niteliği ve buna bağlanan sonuçlar göz önünde tutulmalıdır.

Bir affın genel mi özel mi olduğu konusunda TCK'nin kabul ettiği kıstas oldukça açıktır. Buna göre kamu davasını, hükmolunan cezaları ve mahkûmiyetin bütün neticelerini ortadan kaldıran af "genel af"tır. Genel affın hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte ceza hukukunda ağırlıklı olan görüş genel affın devletin ceza verme yetkisini düşüren bir sebep olduğu yönündedir. TCK'de de bu

¹⁴ Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 219; İçel, K., Akıncı, F.S., Özgüç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F.S., Ünver, Y. (2000). *İçel Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, İstanbul: Beta Yay., s. 308; Sözüer, (2001). s. 223, 227; Koca, M., Üzülmüş, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 739; Özbek, V. Ö., Doğan K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 704; Can, S. (2016). Türk Hukukunda Af Kurumu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, s. 1295, 1297, 1300.

¹⁵ Anayasa'nın 169. maddesinin üçüncü fıkrası bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bu düzenlemeyle *münhasıran orman suçları için* af yetkisinin kullanılmayacağı belirtilerek genel af ve özel af için bir sınırlama getirilmiştir.

¹⁶ Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 219, 220.

görüş kabul edilmiş ve af, dava ve cezayı düşüren sebepler arasında düzenlenmiştir.

Bu durumda genel af, affa uğrayan suçtan dolayı henüz kamu davası açılmamış ise kamu davasının açılmasına engel olur. Kamu davası açılmış fakat henüz karar verilmemiş veya verilmesine rağmen kesinleşmemişse davanın düşmesine neden olur. Hüküm kesinleştikten sonra çıkan genel af hükmolunan cezanın infazını engeller, şayet ceza infaz edilmişse mahkûmiyete bağlı bütün neticelerin ortadan kalkmasını sağlar¹⁷.

Ancak genel af işlenen suçu işlenmemiş hâle getirmez¹⁸. Suç teşkil eden haksızlık, bir fiil, olay olarak varlığını korur¹⁹ ve genel af işlenen fiili suç olmaktan çıkarmaz. İşlenen fiil ceza hukukunda suç olma vasfını sürdürür. Genel af sadece suç teşkil eden fiile ceza hukuku bakımından bağlanan sonuçları ortadan kaldırır. Bir başka ifadeyle genel af fiilin suç olma niteliğini etkiler. Ancak genel affın suç teşkil eden fiile bağlanan tüm sonuçları ortadan kaldırması da kabul edilmemiştir. Söz gelimi genel af, infaz edilmiş olan cezanın iade ve tazmin edilmesini gerektirmez. Örneğin hapis cezası infaz edilmiş ise hükümlüye hapis yattığı için tazminat ödenmesi²⁰ veya infaz edilen adli para cezasının geri verilmesi ya da müsadere edilen şeylerin iadesi söz konusu olmaz (TCK mad. 74, fık. 1). Buna karşılık henüz infaz edilmeyen hapis veya adli para cezasının infazı artık mümkün değildir²¹. Keza genel af ceza mahkûmiyetini ortadan kaldırdığı için, genel affa uğramış suçun kişinin hukukunu etkilemesi kabul edilmemiştir. Bu itibarla genel affa uğramış olan mahkûmiyet adli sicilinden silinir.

¹⁷ Soyaslan, D. (2001). s. 418, 419; Koca, M., Üzülmöz, İ. (2020). s. 741; Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yay., s. 772; Öztürk, B., Erdem, M. R. (2016). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., s. 541; Akbulut, B. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara: Adalet Yay., s. 949; Özbek, V. Ö., Doğan K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017). s. 705.

¹⁸ Affedilen hükümlünün suçu işlememiş sayıldığına yönelik değerlendirme için bkz. Soyaslan, D. (2001). s. 412.

¹⁹ Hakeri, H. (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yay., s. 673.

²⁰ Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, kanuna uygun olarak yakalanan veya tutuklanan kişilerden genel veya özel af, şikâyetten vazgeçme, uzlaşma gibi nedenlerle hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına veya davanın düşmesine karar verilen veya kamu davası geçici olarak durdurulan ya da kamu davası ertelenen veya düşürülenlerin tazminat isteyemeyecekleri belirtilmiştir (mad. 144, fık. 1, bent c).

²¹ Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 234; İçel, K., Akıncı, F.S., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F.S., Ünver, Y. (2000). s. 324; Koca, M., Üzülmöz, İ. (2020). s. 739, 743.

Genel ve özel af, işlenen fiili ve bunun hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldırmadığı için, bu fiile özel hukukun bağladığı sonuçlar geçerliliğini korur. Nitekim TCK'nin 74. maddesinde affın şahsi hak ve tazminat taleplerini etkilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Keza aksi Af Kanunu'nda belirtilmedikçe genel af mahkûmiyet hükmüne bağlı olmayan disiplin cezalarını da ortadan kaldırmaz²².

Özel af ise işlenen suçla ilgili olarak kovuşturma yapılmasına ve ceza mahkûmiyetine engel olmayan, sadece kesinleşmiş hapis cezasının infazını etkileyen bir kurumdur²³. Özel af bu niteliği itibarıyla genel aftan ayrılır. Özel af hâlinde mahkûmiyet varlığını korur ve buna bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları olduğu gibi etkisini devam ettirir. Özel af, ceza mahkûmiyetine bağlanan sonuçları ortadan kaldırmadığı için özel affa tabi suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmanın yapılarak kesin hükme ulaşılması gerekir. Bir başka ifadeyle özel affa uğramış suçtan dolayı kovuşturma evresinde düşme kararının verilmesi mümkün değildir. İşlenen suçtan dolayı yargılamanın yapılarak mahkûmiyet hükmünün kurulması zorunludur²⁴.

Özel af yalnızca işlenen suçtan dolayı hükmedilen hapis cezasının infazını etkiler. Özel af ile mahkûm olunan hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya hapis cezasının infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da hapis cezası adli para cezasına çevrilebilir (TCK mad. 65, fık. 2). Görüldüğü üzere özel affın suç karşılığında hükmolunan ceza yaptırımlarından yalnızca *hapis cezası* bakımından etki doğuracağı kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre adli para cezasında özel aftan söz edilemez²⁵.

Özel af ile hükmolunan *hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir*. Bu durumda kişi artık işlediği suçtan dolayı hükmolunan hapis cezasının infazı için ceza infaz kurumuna girmez. Şayet girmişse kanun çıktığında infazın artık kurumda yapılması mümkün değildir. Bu ihtimalde hükmolunan hapis cezasının tamamen infaz kurumunda çektirilmesine son verilmektedir. Görüldüğü üzere TCK'de özel af ile

²² Önder, A. (1992). s. 650; İçel, K., Akıncı, F.S., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F.S., Ünver, Y. (2000). s. 323; Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 221; Can, S. (2016). s. 1307.

²³ Koca, M., Üzülmüş, İ. (2020). s. 743, 744; Öztürk, B., Erdem, M. R. (2016). s. 542.

²⁴ Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017). s. 775.

²⁵ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2019). s. 1019.

hapis cezasının kaldırılmasından söz edilmemiştir. Esasen özel affın hapis cezasına ilişkin mahkûmiyeti kaldırıcı bir özelliği yoktur. Özel af yalnızca hapis cezasının infazıyla ilgili olduğu için bu cezanın infaz kurumunda çektirilmesine son verebilir. Dolayısıyla bir infaz kurumu şekline dönüşen özel af hapis cezası ortadan kalkmamakta, varlığını korumakta, cezanın sadece infaz kurumunda çektirilmesine son verilmektedir²⁶.

Bu durumda hükmolunan hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son veren bir düzenlemenin özel af mahiyeti taşıdığı söylenebilir. Hükmolunan hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son vermekle birlikte bu cezanın infaz kurumu dışında çektirilmesini sağlayan hükümlerin varlığı, düzenlemenin özel af sayılmasına engel olmayacaktır. Zira burada önemli olan, hükmolunan hapis cezasından dolayı kişinin infaz kurumuna girmemesi, girmişse kurum dışına çıkarılması yani cezasını artık infaz kurumunda çekmemesidir. İnfaz kurumunda çektirilmesine son verilen hapis cezasının denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler yüklenmek suretiyle toplum içinde infaz edilmesi hâlinde de düzenleme özel af mahiyeti taşıyacaktır.

Özel af kanunu, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilecek süresini kısaltabilir. Bu durumda hükümlünün hükmedilen hapis cezasının tamamını infaz kurumunda çekmesine son verilmemekte, sadece infaz kurumunda cezasını çekeceği süre azaltılmaktadır. Bu ihtimalde hükümlü, kısaltılan sürenin dışındaki cezasını infaz kurumunda çekmeye devam edecektir. Örneğin mahkûm olunan hapis cezasının infaz kurumunda çekilecek kısmından üç yıla kadar olan süresinin infaz kurumunda çekilmesini önleyen bir düzenleme bu niteliktedir. Belirlenen indirim üzerinde bir cezaya mahkûm olunması hâlinde kalan kısım infaz kurumunda çektirilmeye devam edilecektir.

Özel af kanunu hapis cezasını adli para cezasına da çevirebilir. Örneğin kanunda üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olan hükümlülerin cezası adli para cezasına çevrilebilir. Hükümlü adli para cezasını ödediği takdirde infaz kurumuna girmekten kurtulur.

Görüldüğü üzere TCK'de özel af yoluyla hapis cezasının çevrilebileceği yaptırım sadece adli para cezası olarak kabul edilmiştir.

²⁶ Özbeke, V. Ö., Doğan K., Bacaksız, P., Tepe, İ. (2017). s. 706; Can, S. (2016). s. 1309.

Adli para cezası dışında kalan bir yaptırıma hapis cezasının çevrilmesi kabul edilmemiştir. Bununla birlikte özel af kanununda hapis cezasının adli para cezası dışında ancak TCK'de mevcut olan başka bir yaptırıma, örneğin kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya, belli yerleri terk edememe niteliğindeki tedbirlere çevrilmesi kararlaştırılabilir. Böyle bir düzenleme TCK'nin 65. maddesiyle bağdaşmamakla birlikte yapılan düzenlemenin özel af mahiyetinde sayılmasına engel olmaz.

IV. ÖZEL AF İLE İNFAZ REJİMİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER ARASINDAKİ FARKLAR

İşlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilen kişinin bu cezasını mutlaka infaz kurumunda çekmesi gerekmektedir. Bugün artık hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesinin cezalandırmadan beklenen amaca ulaştırmada yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Hükümlünün infaz kurumunun olumsuz koşullarından etkilenmesini önleyen ve cezadan beklenen yeniden sosyalleşmeyi sağlama amacına da ulaştırmaya elverişli olan kurumlar ihdas edilmektedir. Bu nedenle modern ceza hukuku sistemlerinde hapis cezasına mahkûm edilen kişinin infaz kurumuna girmesini engelleyici birçok müesseseye yer verilmektedir. Nitekim ceza mevzuatımızda da bu amaçla konulmuş çeşitli kurumlar vardır. Örneğin kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK mad. 50), hapis cezasının ertelenmesi (TCK mad. 51), koşullu salıverilme (İnfaz Kanunu, mad. 107), denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı (İnfaz Kanunu, mad. 105/A) ve özel infaz usulleri (İnfaz Kanunu, mad. 110) bu nitelikte kurumlardır. Ancak sayılan bu müesseselerin hükümlü hakkında uygulanıp uygulanmayacağına davaya bakan mahkeme veya infaz hâkimi, kısaca yargı mercii karar vermektedir. Yargı mercii bu kararı verirken objektif koşulların yanı sıra hapis cezasının infazının bireyselleştirilmesini sağlayan çeşitli subjektif kriterleri de dikkate almaktadır. Bu bağlamda suçlunun kişiliğine, yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa, iyi hâlli olup olmadığına bakılarak söz konusu müesseselerden hükümlülerin yararlanıp yararlanmayacakları belirlenmektedir. Bir başka ifadeyle hâkim cezadan beklenen amaca ulaşmada bu müesseselerin yeterli olduğuna kanaat getirdiği takdirde bunları kullanarak cezayı veya infazını bireyselleştirmektedir. Hâlbuki bir atıfet işlemi olan özel af hâlinde ise yasama organı tarafından böyle bir değerlendirme yapılmamaktadır. Kanun koyucu işlenen suçtan dolayı hapis cezasına

hükmolunan kişilerin bu cezalarını infaz kurumunda çekmesini gerekli görmemekte veya kalacakları süreyi azaltmakta veya adli para cezasına çevirmektedir. Kısaca hükümlünün infaz kurumunda ya hiç kalmamasını ya da daha az kalmasını sağlamaktadır. Kanun koyucunun neden özel af çıkardığına gerekçe bulması gerekmemektedir.

Diğer taraftan hapis cezasının ve infazının bireyselleşmesine hizmet eden infaz kurumları, şartlarını taşıyan herkese mevcut durumda ve gelecekte yani ileriye yönelik olarak ve sürekli şekilde uygulanabilir niteliktedir. Hâlbuki özel af hâlinde kanun koyucu bu imkânı geçici, bir defaya mahsus ve geçmişe yönelik olarak uygulanacak şekilde kullanmaktadır.

Esasen özel af ile infaz rejimine ilişkin düzenlemeler arasındaki en önemli fark buradan kaynaklanmaktadır. Bir düzenleme geçmişe yönelik, geçici ve bir defaya mahsus olarak uygulanıyorsa af niteliğindedir. Bir başka deyişle uygulanması savcı veya hâkimin takdirine bağlı olmayan, geçici olan, suçlunun kişiliğini ve işlenen suçu dikkate almadan uygulanan kurum af özelliği taşımaktadır²⁷. Buna mukabil mahkeme veya hâkimin takdirine bağlı olarak uygulanan, sürekli olan ve uygulanması otomatik olmayıp suçun ve suçlunun kişiliğinin göz önünde bulundurulduğu kurumlar infaz rejimine ilişkin düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler cezanın bireyselleştirilmesine sürekli olarak hizmet eden, mevcut ve gelecekteki hükümlülere kapsayan kurallardan oluşmaktadır.

Hükümlünün infaz kurumundan çıktıktan sonra yeniden suç işlemesi hâlinde cezasını çekmek üzere tekrar infaz kurumuna alınması veya infaz kurumundan çıktıktan sonra belli bir süre denetim ve gözetim altında tutulmasına yönelik yükümlülüklerle tabi olması, özel af ile infaz rejimine ilişkin müesseseleri birbirinden ayırt edici kriterler değildir. Zira af tasarrufunun şarta bağlanabileceği ve bu şartın da gerek *talikî* gerekse *infisahî* olabileceği genellikle kabul edilmektedir. Bu bağlamda aftan yararlanabilmek için belirli bir süre içinde adli mercilere kendiliğinden gelip teslim olmak, suçtan zarar görenin kişisel haklarını tazmin etmek veya müsadereye tabi bir eşyayı ya da elde ettiği haksız kazancı kendiliğinden vermek şeklindeki şartların yerine getirilmesi aranabileceği gibi aftan yararlandıktan sonra belirli bir süre suç işlememek gibi koşullar da getirilebilir. Şayet bu koşula (suç işlememe) uyulmazsa af

²⁷ Soyaslan, D. (2001). s. 430, 432.

geri alınır ve kişi cezasını çeker²⁸. Bu tür şartlar infaz rejimine ilişkin düzenlemeler bakımından da öngörülmektedir. Örneğin hapis cezası ertelenen hükümlü denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlediğinde veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle uymamakta ısrar ettiğinde, ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilmektedir (TCK mad. 51, fık. 7). Keza koşullu salıverilen hükümlü de denetim süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilmekte veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle uymamakta ısrar ederse koşullu salıverilme kararı geri alınmakta ve sonraki işlediği suçtan dolayı hükmedilen hapis cezasının iki katı kadar sürenin ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verilmektedir. (İnfaz Kanunu, mad. 107, fık. 12, 13). Benzer bir durum İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezası infaz edilen hükümlüler bakımından da kabul edilmiştir (fık. 6, 7). Dolayısıyla cezanın infaz kurumunda çektirilmesine son verildikten sonra belli bir süre suç işlemek ve bu süre içinde kişiyi bazı yükümlülüklerle tabi tutmak, özel affa uğrayan suçlular bakımından da öngörülebilecektir.

Özel af ile infaz rejimine yönelik kanunlar arasındaki diğer bir fark da bu düzenlemelerden beklenen amaçlarla ilgilidir. Esasında bu düzenlemeleri yapmaya iten sebepler, beklenen amacı da ortaya koymuş olmaktadır. Özel af kanunlarının amacı suçluları infaz kurumu dışına çıkartmaktır. Buna bazen infaz kurumlarındaki doluluğu azaltmak, bazen verilen kararlardaki adli hataları telafi etmek gerekçe oluşturabilir. Kanun koyucu özel af yoluyla suçluların cezalarının tamamını veya bir kısmını *bağışlar*. Bu nedenle bir defaya mahsus olmak ve geçmişe yönelik olarak bu sonucu doğuracak düzenlemeler yapar. Bu düzenlemeler geçmişe yönelik ve bir defaya mahsus olduğu için ya bağımsız bir kanunla ya da mevcut kanunlardaki genel ve daimî kurallara bir seferlik *istisnalar* getirilmek suretiyle yani *geçici maddeler* konularak yapılır. Esasen yapılan düzenlemenin *geçici olması*, o düzenlemenin infaz politikasının bir gereği olarak değil başka amaçlarla yapıldığını gösterir. Zira kanun koyucu kalıcı ve daimî kurallarla ceza ve infaz politikasını belirlemiş ve buna uygun müesseseleri oluşturmuştur.

²⁸ Bkz. Dönmezer, S., Erman, S. (1997). s. 220, 229 vd., 240; Önder, A. (1992). s. 649; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2019). s. 1018, 1019; Centel, N., Zafer, H., Çakmut, Ö. (2017)., s. 771; Sözüer, A. (2001). s. 225.

Dolayısıyla infaz rejimine ilişkin düzenlemeler geçici veya belli bir tarihe kadar işlenen suçlara özgü olarak yapılamaz. İnfaz rejimine ilişkin düzenlemeler belli koşulları taşıyan mahkûmlara yürürlüğe girdiği andan itibaren derhâl uygulanır. Kanun koyucu bu düzenlemeleri İnfaz Kanunu'yla belirlediği amaçlara erişmek için ihdas eder. Kuşkusuz infaz politikasının gereği olarak bu müesseselerin koşullarını zamanla daraltıp genişletebilir. Örneğin İnfaz Kanunu'na göre süreli hapis cezasına mahkûm olanların koşullu salıverilebilmeleri için mahkûm oldukları cezanın üçte ikisini iyi hâlli hükümlü olarak infaz kurumunda çekmeleri gerekirken kanun koyucu infaz politikası bakımından faydalı olmadığını görerek 7242 sayılı Kanun'la bu oranı yarisına indirmiştir (bkz. İnfaz Kanunu mad. 107, fık. 2). Bu değişikliği özel af olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira bu değişiklik esasen mevcut bir infaz müessesesinin koşulunu değiştirmektedir ve değişiklikten sonra cezası infaz edilmekte olan ve bilahare suç işleyerek infaz kurumuna girecek her hükümlüye uygulanacak sürekli bir hüküm niteliğindedir. Şayet kanun koyucu üçte ikilik oranı yarisına kadar indiren düzenlemeyi, İnfaz Kanunu'nun her hükümlüye uygulanacak bu maddesinde değil de geçici bir maddede ve belli bir tarihe kadar suç işleyenler için düzenlemiş olsaydı, bu hükmün artık infaz rejimine ilişkin bir düzenleme değil hapis cezasının infaz kurumunda çekilmesi gereken süreyi kısaltan özel af mahiyeti taşıyan bir hüküm olduğunu kabul etmek gerekecekti. Çünkü böyle bir hüküm, belirlenen infaz politikasını amaca ulaştırmak için duyulan ihtiyacı karşılamak maksadını değil, o zamana kadar uygulanan genel ve kalıcı hükümlere belli bir tarihe kadar işlenen suçlarla ilgili olarak istisna getirmek maksadını taşımaktadır.

Koşullu salıverilme, cezasının belli bir kısmını iyi hâlli olarak infaz kurumunda çeken hükümlünün cezanın kalan kısmını infaz kurumu dışında çekmesine hâkimin kararıyla imkân veren bir kurumdur. Hâkimin bu kararı verebilmesi için hükümlünün infaz kurumunda bulunduğu süre içinde tutum ve davranışlarıyla salıverildiğinde topluma uyum sağlayacağı izlenimi vermesi, işlediği suçtan dolayı pişmanlık duyduğunu göstermesi, toplumun değerleriyle yeniden barışık bir kişiliğe kavuşması, hükmedilen ceza süresinden daha kısa sürede uslandığını davranışlarıyla ortaya koyması, kısaca **iyi hâlli hükümlü olması gerekir**. Dolayısıyla koşullu salıverme ancak iyi hâlli hükümlülerin cezalarının geri kalan kısmını belli şartlara bağlı olarak kurum dışında çekmesine

imkân veren bir infaz kurumudur²⁹. Buna karşılık özel afta, hükümlünün cezasının belli bir kısmını infaz kurumunda ve iyi hâlli olarak geçirip geçirmediğine bakılmaksızın ve işlediği suçtan dolayı topluma uyum sağlayıp sağlamadığı önemsenmeksizin tamamen kanun koyucunun veya Cumhurbaşkanı'nın takdirine bağlı olarak cezanın infaz kurumunda çektilmesine son verilmekte veya bu süre kısaltılmaktadır.

V. "DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK CEZANIN İNFAZI" NIN NİTELİĞİ, KOŞULLARI VE FONKSİYONU

A. İNFAZ KANUNU'NUN 105/A MADDESİNİN İLK HÂLİ, KOŞULLARI VE UYGULANMA SORUNU

İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesi, ilk olarak 5/4/2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun'la³⁰, İnfaz Kanunu'na eklenmiştir. "*Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı*" başlığını taşıyan bu düzenlemenin amacının "*hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek*" olduğu maddede belirtilmiştir (fık. 1). Bu maksatla hükümlülerin koşullu salıverilmeden yararlanmak için infaz kurumunda kalmaları gereken süre henüz dolmadan infaz kurumu dışına çıkarılmalarına imkân sağlanmıştır³¹.

Maddenin ilk şeklinde bu infaz usulünden yararlanabilmeleri için hükümlülerin;

- Koşullu salıverilmelerine bir yıl veya daha az süre kalması,
- Açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz olarak geçirmesi,
- İyi hâlli olmaları aranmıştır. Bu koşulları taşıyan hükümlülerin talebi hâlinde cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, infaz hâkimi tarafından karar verilebiliyordu. Çocuk

²⁹ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E., Çakır, K. (2019). s. 1018.

³⁰ RG: 11 Nisan 2012, S. 28261.

³¹ Anayasa Mahkemesi de İnfaz Kanununun 105/A maddesinde, haklarındaki kesinleşmiş ceza hükmü infaz edilmekte olan ve cezasının son altı ayını kesintisiz olarak açık ceza infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçirmiş olup koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az bir süre kalan hükümlülerin ceza infaz kurumunda geçirilen sürenin son bir yılının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle dışarıda infaz edilebilmesine **yönelik yeni bir infaz rejimi öngörüldüğü** görüşündedir (AYM, E.2017/170, K.2018/77, 5/7/2018).

hükümlülerin ise çocuk eğitimevinde toplam cezasının beşte birini tamamlaması hâlinde bu usulden yararlanabilmeleri mümkündür.

Bu infaz usulünden;

- a) Sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler,
- b) Maruz kaldıkları ağır bir hastalık, sakatlık veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan hükümlüler **diğer şartları da taşımaları hâlinde** yararlanabiliyordu.

Görüldüğü üzere maddenin ilk hâlinde hükümlülerin bu infaz usulünden yararlanabilmeleri için **cezasının son altı ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz olarak geçirmesi şartı aranıyordu**. Bu şart nedeniyle hükümlülerin infaz kurumuna hiç girmeden cezalarının tamamen dışarıda infazı mümkün değildi. Bir başka ifadeyle bu usul, infaz kurumunda bulunan hükümlülerin cezalarının infaz kurumu dışında çekmelerini sağlamaya yönelik ve cezanın infaz kurumunda bireyselleştirilmesine hizmet eden bir fonksiyon görmek üzere kabul edilmişti. Bu itibarla maddenin ilk hâlinin cezanın infazına yönelik adeta “**ön koşullu salıverme**” niteliğinde yeni bir usul öngördüğünü belirtmek gerekir³².

Ancak 105/A maddesinin ilk hâlinde aranan bu koşullar (cezanın belli bir kısmını infaz kurumunda çekme ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalma) yürürlüğe konulan geçici maddeler nedeniyle bugüne kadar uygulamaya geçirilememiştir. Bu usulden yararlanabilmek için aranan koşullardan biri olan cezanın son altı ayını açık ceza infaz kurumunda kesintisiz geçirmek veya beşte birini çocuk eğitim evinde tamamlamış olmak koşulu, hiç uygulanmadan yürürlükten kalkmıştır. Şöyle ki;

İnfaz Kanunu’na 105/A maddesini ekleyen 6291 sayılı Kanun’la (mad. 2), İnfaz Kanunu’na geçici madde 3 de eklenmişti. Bu maddeyle 105/A maddesinin yürürlüğe girdiği 11/4/2012 tarihi itibarıyla koşullu salıverilmesine bir yıldan az süre kalıp da açık ceza infaz kurumunda bulunan veya kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşıyan iyi hâlli hükümlülerin talepleri

³² Koca, M., Üzülmöz, İ. (2020). s. 629 vd.

durumunda cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebileceği kabul edilmiştir. Böylece 105/A maddesi yürürlüğe girdiği gün, koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalanlar bakımından açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz geçirme şartı aranmaksızın uygulanmaya başlanmıştır. Bu süreler ancak belirtilen tarihten sonra uygulamaya taşınma imkânına kavuşmuştur.

Ancak 6291 sayılı Kanun'la eklenen 105/A maddesinin yürürlüğe girmesinden yaklaşık yedi ay sonra kabul edilen 24/1/2013 tarihli ve 6411 sayılı Kanun'la³³ (mad.13) İnfaz Kanunu'na "geçici madde 4" eklenmiştir. Bu maddeyle İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında aranan cezanın son altı ayının açık ceza infaz kurumunda kesintisiz olarak veya çocuk eğitimevinde toplam cezanın beşte birinin çekilmesine yönelik koşulların 31/12/2015 tarihine kadar uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Bu tarihin dolmasına kısa bir süre kala kabul edilen 25/12/2015 tarihli ve 6655 sayılı Kanun'la da (mad. 5) geçici 4. maddedeki bu tarih 31/12/2020 olarak değiştirilmiştir. Nihayet bu süre dolmadan 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'la 105/A maddesi değiştirilmiş ve cezanın belli bir süre açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde çekilmesi koşulundan tamamen vazgeçilmiş, bu usulden yararlanabilmek için açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunmak yeterli görülmüş ve böylece geçici maddelerle öngörülen düzenlemeler kalıcı hâle getirilmiştir.

Görüldüğü üzere 105/A maddesinin ilk hâlinde bu usulden yararlanabilmek için aranan ve "açık ceza infaz kurumunda cezanın son altı ayını kesintisiz olarak geçirme" koşulu, ihdas edildiği tarihten itibaren sekiz yıl boyunca uygulamaya hiç geçmeden yürürlükten kaldırılmıştır.

Uygulamaya geçemeyen, 105/A maddesinin sadece bu koşulu da değildir. Bu maddeden yararlanabilmek için aranan diğer bir koşul olan "koşullu salıverilmesine **bir yıl veya daha az süre kalma**" hükmü de ihdas edilen geçici maddelerle tam olarak uygulanma imkânı bulamamıştır. Şöyle ki;

İlk önce 15/8/2016 tarihli ve 671 sayılı KHK (mad. 32, bu KHK'yi kanunlaştıran 9/11/2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanun mad. 28) ile İnfaz

³³ RG: 31/1/2013, S. 28545.

Kanunu'na "geçici madde 6" hükmü eklenmiştir. Bu maddeyle bazı suçlar hariç olmak üzere "1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'bir yıl'lık sürenin 'iki yıl' olarak" uygulanması kabul edilmiştir. Aynı maddeyle, İnfaz Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve süreli hapis cezalarına mahkûm olan kişilerin cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde koşullu salıvermeden yararlanabileceklerini öngören hükümdeki "üçte ikilik" oran da "yarısına" indirilmiştir. Böylece 1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlardan hüküm giyenler bakımından hem koşullu salıvermeden yararlanabilmek için infaz kurumunda kalmaları gereken süre azaltılmış hem de 105/A maddesinden yararlanabilmek için koşullu salıverilmelerine iki yıl kalanların infaz kurumunun dışına çıkmalarına imkân sağlanmıştır. Bu düzenleme nedeniyle 1/7/2016 tarihinden önce işlediği suç nedeniyle **dört yıl hapis cezasına mahkûm olan kişiler hiç infaz kurumuna girmeden** cezalarının tamamını denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle dışarıda çekme imkânına kavuşmuştur. Bu düzenlemeden; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürme suçlarını (mad. 81, 82), üst soya, alt soya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarını, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçları (mad. 102, 103, 104, 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları (mad. 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu (mad. 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölüm'de tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçları işleyenler istisna tutulmuştur. Belirtmek gerekir ki 105/A maddesinde aranan "koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalma" koşulu, yalnızca istisna edilen bu suçların hükümlüleri bakımından uygulama alanı bulmuştur.

Son olarak 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'la, İnfaz Kanunu'nun "geçici madde 6'sı" değiştirilmiş ve 105/A maddesindeki süreler ve diğer koşullar 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından yeniden belirlenmiştir. Böylece 105/A maddesinde öngörülen koşullar 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından da uygulama imkânı bulamamıştır. İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesi, 7242 sayılı Kanun'la değişik son hâliyle 30/3/2020 tarihinden sonra işlenen suçlara

uygulanacaktır. Ancak ileride “geçici madde 6”nın yeniden değiştirilerek 30/3/2020 tarihinden itibaren işlenen suçlar bakımından 105/A maddesinin mevcut koşullarının yeniden uygulanamaz hâle getirilmesi sürpriz olmayacaktır.

İnfaz Kanunu’na eklenen 105/A maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar ilk hâliyle öngördüğü koşulların neredeyse hiç uygulanmamış olması, bu maddenin ihdas edilmesindeki “*hükümlülülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirilmesini temin etmek*” amaçlarına da ulaşılamaması sonucunu doğurmuştur. Zira bu madde bağlamında önce 1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından dört yıl hapis cezasına mahkûm olanlar, bilahare de 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle altı ve bazı hükümlüler bakımından sekiz yıl hapis cezasına mahkûm olanlar infaz kurumuna hiç girmedikleri için bu hükümlüler bakımından dış dünyayla uyum sağlama, aileleriyle bağlarını sürdürme ve güçlendirme ihtiyacı ortaya çıkmamıştır. Dolayısıyla İnfaz Kanunu’nun 105/A maddesi, ihdasından 7242 sayılı Kanun’un kabulüne kadar geçen sürede, bir infaz usulü olmaktan ziyade, kanun koyucunun özel af niteliği ağır basan düzenlemeler yoluyla infaz kurumlarındaki doluluk oranlarının azaltılmasında kullandığı bir araç hâline gelmiştir.

B. İNFAZ KANUNU’NUN 105/A MADDESİNİN 7242 SAYILI KANUN’LA DEĞİŞİK HÂLİ VE NİTELİĞİ

Belirtmek gerekir ki İnfaz Kanunu’nun 105/A maddesinde 7242 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle bu maddeyle öngörülen sistemin niteliği belli ağırlıktaki cezalar bakımından artık sürekli olarak farklılaşmıştır. Zira bu müesseseden yararlanabilmek için açık ceza infaz kurumunda cezanın belli bir kısmını çekmekten tamamen vazgeçilmiş olması nedeniyle, belli ağırlıktaki cezalara mahkûm olanlar hiç infaz kurumuna girmeden cezalarını 105/A maddesi kapsamında infaz kurumu dışında çekebileceklerdir.

İnfaz Kanun’un 105/A maddesinde 7242 sayılı Kanun’la yapılan son değişikliğe göre bu imkândan yararlanabilmeleri için hükümlülerin;

- Açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunması [Açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına rağmen iradeleri dışında kapalı infaz kurumunda bulunanlar da bu imkândan yararlanabileceklerdir (mad. 105/A, fık. 2).],

- Koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalması,
- İyi hâlli olmaları şartlarının gerçekleşmesi aranmaktadır.

Bu hükümlüler talep etmeleri hâlinde, cezalarının **koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının** denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle kurum dışında infazına, infaz hâkimi tarafından karar verilebilecektir (fık. 1).

Bu infaz usulünden bazı hükümlülerin daha erken yararlanmasına da imkân sağlanmıştır. Buna göre;

- a) Sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine **iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler,**
- b) Maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve koşullu salıverilmesine **üç yıl veya daha az süre kalan hükümlüler diğer şartları da taşımaları hâlinde** infaz kurumundan çıkacaklardır. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adli Tıp Kurumundan alınan veya Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan bir raporla belgelendirilmelidir (fık. 3).

Bu durumda suç istisnası olmaksızın işlediği herhangi bir suçtan dolayı iki yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olan kişiler, bu cezalarını infaz kurumunda hiç çekmeyecekler, 105/A maddesine göre cezaları kurum dışında infaz edilecektir (İnfaz Kanunu mad. 105/A, fık. 1). Yine altı yaşından küçük çocuğu bulunan kadın hükümlülerin işledikleri suçtan dolayı mahkûm oldukları dört yıl veya daha az hapis cezaları ile maruz kaldıkları ağır hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin işledikleri suçtan dolayı mahkûm oldukları altı yıl veya daha az hapis cezaları, infaz kurumuna hiç girilmeden denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle kurum dışında infaz edilecektir (mad. 105/A, fık. 3, bent a ve b). Böylece 105/A maddesi kalıcı şekilde iki yıl, dört yıl ve altı yıllık mahkûmiyetlerin infaz kurumuna hiç girilmeden tamamen dışarıda çekilmesine imkân sağlamış olmaktadır. Bu kişiler infaz kurumuna hiç girmeyecekleri için iyi hâlli hükümlü olup olmadıklarının araştırılması da mümkün olmayacaktır. Bu yönü itibarıyla 105/A maddesinin son hâli, belli ağırlıktaki mahkûmiyetler bakımından iyi hâlliliğin aranmaması ve

cezanın belli bir kısmının infaz kurumunda çekilmesinin gerekmemesi nedeniyle ön koşullu salıverme niteliğinden çıkmakta ve belirtilen sürelerdeki hapis cezasının tamamının belli yükümlülüklerle tabi olarak toplum içinde infazını sağlayan yeni bir infaz şekline dönüşmüş olmaktadır. İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinden yararlanarak infaz kurumuna hiç girmeyen hükümlü, maddede öngörülen yükümlülüklerle uygun davrandığı takdirde hapis cezası denetimli serbestlik tedbiri olarak infaz edilmiş sayılacaktır. Ancak 105/A maddesi, yukarıda belirtilen miktarların üzerinde hapis cezasına mahkûm olan kişiler bakımından cezanın infaz sürecinde bireyselleştirilmesini sağlayan bir enstrüman olma özelliğini sürdürmektedir.

Bu itibarla İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinde 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, maddede öngörülen "denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı" müessesesini, infaz kurumuna girip de iyi hâlli hükümlü olduğu belirlenerek bu kurumdan yararlanacak kişiler bakımından hapis cezasının infaz şekli olarak (ön koşullu salıverme) tutmaya devam etmektedir. Buna mukabil maddenin ilk hâlinde mevcut olan (fakat hiç uygulanamayan) ve bu müesseseden yararlanmak için cezanın belli bir kısmının infaz kurumunda çekilmesini arayan koşulun 7242 sayılı Kanun'la kaldırılması, bu müesseseyi işlediği suçtan dolayı iki yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler ile işlediği suçtan dolayı dört yıl hapis cezasına mahkûm olan ve altı yaşından küçük çocuğu olan kadın hükümlüler bakımından, hükmedilen hapis cezasını erteleme (TCK mad. 51) gibi yeni bir infaz biçimine dönüştürmüştür. Keza aynı durum altı yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olup da hastalığı, engeli veya yaşlı olması nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen hükümlüler bakımından da geçerlidir. Böylece 105/A maddesi bu hükümlüler bakımından hapis cezasını sürekli olarak denetimli serbestlik şeklinde infaz usulüne dönüştüren bir işlev görmektedir.

İfade edelim ki 105/A maddesinin 7242 sayılı Kanun'la değişik son hâline göre iki, dört ve altı yıl hapis cezasına mahkûm olanların infaz kurumuna hiç girmeden ve dolayısıyla iyi hâlli olup olmadıkları tespit edilmeden hâkim kararıyla cezalarının kurum dışında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilmesi doğru olmamıştır. Esasen böyle bir sonuç maddenin ön koşullu salıverme niteliğiyle de bağdaşmamaktadır. Bu itibarla 105/A maddesinin tamamen yürürlükten

kaldırılması ve konunun koşullu salıverme ile birlikte düzenlenmesi isabetli olacaktır. Şayet bu yol izlenmeyecekse yapılacak bir değişiklikle kişilerin 105/A maddesinden yararlanabilmeleri için belli bir süre infaz kurumunda kalmaları şartı yeniden getirilmelidir.

VI. 7242 SAYILI KANUN'LA DEĞİŞTİRİLEN İNFAZ KANUNU'NUN GEÇİCİ 6. MADDESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BUNA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda verilen bilgiler ışığında 7242 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinin niteliğini ve buna ilişkin Anayasa Mahkemesinin kararını analiz etmek gerekir.

A. 7242 SAYILI KANUN'LA YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinin 7242 sayılı Kanun'la değişik son hâli şöyledir:

“(1) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (madde 87, fıkra iki, bent d), işkence suçu (madde 94 ve 95), eziyet suçu (madde 96), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘bir yıl’lık süre, ‘üç yıl’ olarak uygulanır.

(2) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135,

136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere;

a) Sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında **105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan 'iki yıl'lık süre, 'dört yıl' olarak uygulanır.**

b) Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, **azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir.** Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilir.

(3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, iyi hâlli olmak koşuluyla **kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanır.**

(4) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır."

Görüldüğü üzere 7242 sayılı Kanun'la İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde yapılan değişiklikle -bazı suçlar hariç olmak üzere- 105/A maddesinden yararlanabilmek için aranan koşullar 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından yeniden belirlenmiştir. **Bunlardan ilki açık ceza infaz kurumunda bulunma koşuludur.** 7242 sayılı Kanun'la 105/A maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek hükümlülerin açık ceza infaz kurumunda cezalarının son altı ayını kesintisiz çekme koşulu maddeden çıkartılmış ve sadece açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin 105/A maddesiyle getirilen imkândan yararlanabilecekleri kabul edilmiştir. Ancak 7242 sayılı Kanun'la değiştirilen geçici 6. maddenin 3. fıkrasına göre bu koşul 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından uygulanmayacaktır. Bir başka ifadeyle 105/A

maddesinde öngörülen imkândan **kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler de yararlanabilecektir.**

İkincisi, 7242 sayılı Kanun'la geçici 6. maddede yapılan değişiklikle 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlarda 105/A maddesindeki **bir, iki ve üç yıllık süreler uygulanmayacaktır.** İstisna edilen suçlar hariç 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan dolayı hüküm giyenlerin 105/A maddesinden yararlanmak suretiyle infaz kurumu dışına çıkarılabilmeleri için bazı hükümlülerin koşullu salıverilmelerine üç yıl, bazılarının dört yıl kalması yeterli görülmüştür. Örneğin sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler koşullu salıverilmelerine dört yıl kalması hâlinde 105/A maddesinden yararlanacaklardır. Hatta maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmış beş yaşını bitirmiş hükümlülerin 105/A maddesinden yararlanabilmeleri için infaz kurumunda kalmaları gereken herhangi bir süre de kabul edilmemiştir.

Bu durumda örneğin 30/3/2020 tarihinden önce **yağma suçunu (TCK mad. 148) işleyip de altı yıl hapis cezasına mahkûm olan bir kişi infaz kurumuna hiç girmeyecektir.** Zira bu altı yılın yarısını (3 yıl) infaz kurumunda çektiğinde zaten koşullu salıvermeden yararlanacak (İnfaz Kanunu mad. 107, fık. 2), koşullu salıverilmesine üç yıl kaldığında da 105/A maddesinden yararlanacaktır. Böylece bu kişi infaz kurumuna hiç girmeden altı yıllık cezasının tamamı denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak kurum dışında infaz edilecektir. Şayet 30/3/2020 tarihinden önce yağma suçunu işleyen kişi bir kadın olur, işlediği bu suçtan dolayı sekiz yıl hapis cezasına çarptırılır ve cezasının kesinleştiği tarih itibarıyla henüz altı yaşını doldurmayan bir çocuğu da bulunursa bu kadın da ceza infaz kurumuna hiç girmeden cezasını 105/A maddesine göre dışarıda çekecektir. Hatta bu suçu işleyen kişi *“maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlü”* ise aldığı cezanın süresi ne olursa olsun infaz kurumuna hiç girmeyecek ve cezasının tamamını geçici 6. maddeden yararlanarak dışarıda çekecektir.

Üçüncü olarak 7242 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesi nedeniyle hiç infaz kurumuna girmeden altı yıllık veya sekiz yıllık cezalarının 105/A maddesi kapsamında infaz kurumu dışında çekmesine imkân verilen hükümlülerin **iyi hâlli**

hükümlü olup olmadıklarını belirlemek de mümkün değildir. Zira belirtilen miktarda cezaya mahkûm edilen kişiler infaz kurumuna hiç girmeyecekleri için iyi hâlli olup olmadıklarının İnfaz Kanunu'nda öngörülen usullerle (mad. 89) belirlenmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu itibarla geçici 6. madde gereğince altı ve sekiz yıl hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler bakımından iyi hâlli hükümlü olma koşulu aranmayacaktır. Hâlbuki İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinden yararlanabilmek için hükümlülerin iyi hâlli olduklarının belirlenmesi gerekmektedir.

Dördüncüsü, geçici 6. maddeden yararlanmak için her ne kadar infaz hâkimi karar verecek ise de mahkûm olduğu hapis cezası altı ve sekiz yıl olan hükümlüler bakımından hâkimin kararı tamamen şekli mahiyette kalacak, hâkimin hükümlünün iyi hâlliliğini değerlendirme imkânı olamayacağı için cezanın infazından beklenen yeniden sosyalleşme amacının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yapılamayacaktır. Bu nedenle infaz kurumuna hiç girmeyecek hükümlüler bakımından bu madde cezanın bireyselleştirilmesine hizmet eden bir özellik taşımamaktadır.

Beşincisi, 105/A maddesinden yararlanabilmek için herhangi bir suç istisnası söz konusu olmadığı hâlde geçici 6. maddede bazı suçları işleyenlerin bu imkândan yararlanmalarına izin verilmemiştir. Diğer koşullar bir tarafa bırakılsa dahi geçici 6. maddede bazı suçların istisna tutulması, tek başına bu maddenin hukuki niteliğinin özel af olduğunu göstermeye yeterlidir. Zira bu tercih kanun koyucunun bu maddeyi cezanın infazından beklenen amaçla ihdas etmediğini, 105/A maddesinde öngörülen infaz usulünden tamamen ayrıldığını açıkça ortaya koymaktadır. Zira İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinden -işlediği suç ne olursa olsun- her hükümlü yararlanabilmektedir. Esasen 105/A maddesinin infaz rejimine ait düzenleme olduğunu gösteren en önemli özelliği de budur. Geçici madde 6'nın özel af niteliğinde düzenleme olduğunu gösteren en önemli özelliği ise bazı suçların istisna tutulmuş olmasıdır. Gerçekten anayasal ilkeler doğrultusunda hangi suç ya da suçluları affedeceği kanun koyucunun takdirindedir. Geçici 6. madde özel af niteliğinde olduğu için kanun koyucu bazı suçları istisna tutmuş olmaktadır.

Geçici madde 6'da yapılan düzenlemelerin "özel af" niteliğinde olduğunu gösteren en önemli hususlardan birisi de bu düzenlemeden istisna tutulan suçlarla ilgili olarak herhangi bir kriterin gözetilmemiş olmasıdır. Geçici madde 6'da yapılan değişikliğin uygulanmasından istisna edilen suçlara bakıldığında, bu istisnaların kuralın konuluş amacını da ortaya koyduğunu söylemek mümkündür. Kanun koyucu yaptığı bu atıfet işlemiyle cezası çok hafif olan suçları (örneğin özel hayata karşı suçlar) işleyenleri bu imkândan yararlandırmazken yağma, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, zimmet, rüşvet gibi ağır suçları işleyenleri yararlandırmıştır. Bu tercihin cezanın infazı usulüyle izahı mümkün değildir. Bu tercih ancak işlemin özel af olarak kabulü hâlinde belli bir anlama kavuşacaktır. Zira kanun koyucu, 30/3/2020 tarihinden önce işlediği herhangi bir suçtan dolayı altı (bazı kişiler bakımından sekiz) yıl hapis cezasına mahkûm olan kişileri infaz kurumuna hiç sokmaz iken istisnalar arasında saydığı suçları işleyen kişilerin ise mahkûm oldukları ceza ne olursa olsun, bu cezayı infaz kurumunda çekmelerini istemektedir. Bazı suçları işleyen kişilerin mahkûm oldukları cezalar ne olursa olsun bunların cezalarını infaz kurumunda çekmesinin öngörülmüş olmasının cezaların infaz biçimiyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Son olarak "geçici madde 6" isminden anlaşılacağı üzere geçici, bir defaya mahsus olarak uygulanma kabiliyeti olan, metninde de belirtildiği üzere 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlara uygulanabilecek olan bir hükümdür. Böyle bir hükümlerle infaz politikası oluşturulması ve hükümlülerin topluma uyumunun sağlanması mümkün değildir. Bu maddenin yegâne amacı hükümlülerin infaz kurumuna girmesini önlemek, girmiş olanların da dışarı çıkmasını çabuklaştırmaktır. Maddenin son fıkrasında çocuklar bakımından infaz kurumunda kaldıkları bir gün iki veya üç gün sayılmak suretiyle, bu durum daha da hızlandırılmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de affın önceden ve belli zamana kadar işlenmiş suçları kapsamına alması yani geçmişe yönelik olması niteliği bulunduğunu, bu niteliği taşımayan düzenlemenin "af" niteliğinde olmadığını ve Anayasa'nın 87. maddesinde öngörülen karar sayısı ile alınmasının gerekmediğini belirtmiştir³⁴.

Görüldüğü üzere, geçici madde 6'da 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından "denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle

³⁴ Bkz. AYM, E.2004/92, K.2008/119, 12/6/2008.

infaz" adı altında getirilen düzenlemenin, 105/A maddesinde aynı isimle öngörülen düzenlemeyle hiçbir ortak koşulu bulunmamaktadır. Geçici madde 6'da koşulları tamamen farklı başka bir müessese öngörülmüştür. Bu düzenleme yukarıda belirtilen özellikleriyle özel af niteliğinde bir kanun olarak kabul edilmelidir. Zira bu düzenlemeyle TCK'nin 65. maddesinin 2. fıkrasında tanımlandığı şekilde, önceden belli bir zamana kadar suç işleyip de altı ve sekiz yıl hapis cezasına mahkûm olan hükümlülerin bu cezalarını *infaz kurumunda çekmesine son verilmiş*, bu cezaların üzerinde hapis cezasına mahkûm olanların ise *infaz kurumunda kalacakları süre kısaltılmıştır*. Hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilmesine rağmen bu cezanın varlığını sürdürerek belli yükümlülüklere tabi şekilde kurumun dışında infazına devam edilmesi, düzenlemenin özel af niteliğinde olmasına engel değildir. Zira affın da belli bir süre öngörülen yükümlülüklere uygun hareket etmeye, bu bağlamda belli bir süre suç işlememe şartına bağlı tutulması mümkündür.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa Mahkemesinin infaz rejimine ilişkin erteleme, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbiri gibi müesseselerin isimleri altında yapılan düzenlemelerin niteliği ve bunların Anayasa'nın 87. maddesine aykırılığı konusunda farklı kararlar verdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçici 1. ila 4. maddeleriyle getirilen ve 8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle verilen ölüm cezalarının uygulanamayacağı, bu cezaya ve diğer müebbet ve süreli hapis cezasına mahkûm olanların koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için infaz kurumunda çekmeleri gereken cezalarının kanunla belirlenen bir kısmını çektikleri takdirde iyi hâlli olup olmadıklarına bakılmaksızın şartla salıverilmelerini öngören hükümlerin Anayasa'nın 87. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek açılan iptal davasında, bu hükmün niteliğinin *özel af niteliğinde olmadığına* karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında "*Geçici maddelerin ortak özelliği, şartla salıverilme için 'iyi hâl'in aranmamasıdır. 'İyi hâl' koşulunun aranmaması, 4. madde ile getirilen düzenlemeye bir yönüyle şartlı af görünümünü vermekte ise de isteme bağlı olmadan şartla salıverilmeden söz edilmesi, cezanın bir bölümünün çektirilmesinin gerekliliği ve daha önemlisi, Türk Ceza*

Kanunu'nun 17. maddesindeki koşulların oluşması durumunda şartla salıverme kararının geri alınması olanağının bulunması, öngörülen düzenlemenin 'af'tan çok şartla salıverilmeye benzediğini, kendisine özgü bir nitelik taşıdığını göstermektedir." şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur³⁵. Bu ifadelerden Anayasa Mahkemesinin hükümlerin niteliğini belirlemede oldukça zorlandığını hatta "kendine özgü bir nitelik" taşıdığını belirterek esasen bu konu hakkında tam bir kanaate varamadığını ifade etmek gerekir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi özel af niteliğinde görmediği için Anayasa'nın 87. maddesine aykırı bulmamıştır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi benzer nitelikte bir Kanun olan 21/5/2002 tarihli ve 4758 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. bendinin, Anayasa'nın 87. maddesine aykırılığı iddiasıyla açılan davada, düzenlemeyi Anayasa'nın 87. maddesine aykırı bulmuştur. Dava konusu 2. bent şöyledir:

"2. Müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanların veya şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıl indirilir. İndirim, verilen her bir ceza için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden bir defaya mahsus yapılır. Ancak bir kişinin muhtelif suçlarından dolayı cezaları ayrı ayrı tarihlerde verilmiş olsa bile, bu cezaların toplamı üzerinden yapılacak indirim on yılı geçemez.

Birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlar, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal; toplam cezaları on yıldan fazla olanlar kalan cezalarını çektikten sonra şartla salıverilirler."

Anayasa Mahkemesinin bu düzenlemeye ilişkin değerlendirmesi şöyledir:

"Anayasa'da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucununun iradesinin tam

³⁵ Bkz. AYM, E.1992/43, K.1992/49, 21/10/1992.

anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir.

4616 sayılı '23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin bir bölümünün Mahkememizin 18.7.2001 günlü, Esas 2001/4, Karar 2001/332 sayılı kararıyla iptal edilmesi üzerine bu maddenin yeniden düzenlenen dava konusu 2. bendine göre, tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezaları esas alınmak suretiyle, müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanların veya şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin bu cezalarından on yıl indirilecektir. İndirim, verilen her bir ceza için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden bir defaya mahsus yapılacak, bir kişinin muhtelif suçlarından dolayı cezaları ayrı ayrı tarihlerde verilmiş olsa bile, bu cezaların toplamı üzerinden yapılacak indirim on yılı geçemeyecektir. Çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlar, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal, toplam cezaları on yıldan fazla olanlar ise kalan cezalarını çektikten sonra şartla salıverileceklerdir.

Dava konusu kuralla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda düzenleme yapılırken, esas alınacak cezanın hangi ceza olduğu belirtilmiş, kimi ifade değişiklikleri dışında iptal kararından önceki bend ile öz yönünden bir farklılık yaratılmamıştır.

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 mahkum olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilmelerine olanak tanınması ise, bu düzenlemenin şartla salıverilme olarak kabulünü engellemektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesine göre, cezayı ortadan kaldırma veya azaltma ya da değiştirme özellikleri bulunan 'özel af', toplu ve şartlı da olabilmektedir.

2. bendin ilk paragrafında, müebbet ağır hapis cezasına veya şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilenlerin ya da aldıkları ceza

herhangi bir nedenle şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim öngörülmesi, ikinci paragrafında da, birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanların belirli bir süre suç işlememe (bozucu, infisahi) koşuluna bağlanması, getirilen düzenlemenin toplu ve şartlı özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir.

4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 8. bendinde, Yasa'nın yayımı tarihinden sonra cezaevinin disiplinini bozucu hareketlerinden dolayı disiplin cezası almış olanların, tüzük hükümlerine göre disiplin cezaları kaldırılmadığı sürece 1. madde hükümlerinden yararlanamayacaklarının belirtilmesi nedeniyle bu hükümlülerin cezalarının bir bölümünü cezaevinde geçirmeleri ise uygulama koşulu olduğundan 2. bendin içerdiği düzenlemenin 'özel af' niteliğini etkilememektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 18.7.2001 günlü E: 2001/4, K: 2001/332 sayılı kararıyla 4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin dava konusu kuralla öz yönünden farklılık içermeyen 2. bendindeki düzenlemenin de toplu ve şartlı özel af olduğu kabul edilmiştir.

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.

Açıklanan nedenlerle, 4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 4758 sayılı Yasa ile yeniden düzenlenen 2. bendi Anayasa'nın 87. maddesine aykırıdır. İptali gerekir³⁶."

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi koşullu salıverilme müessesesinin şartlarını değiştirmek suretiyle hükümlülerin infaz kurumundan erken çıkmalarına yol açan benzer nitelikteki iki düzenleme hakkında on yıl arayla iki farklı karar vermiştir. Bunlardan ilkinin özel af niteliğinde görmezken ikincisini bu nitelikte bir düzenleme olarak nitelendirmiştir.

³⁶ AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.

Anayasa Mahkemesi yukarıda özetlenen ve yine (ön) koşullu salıverilme müessesesiyle ilgili olarak belli bir tarihe kadar işlenen suçlardan dolayı hükümlülerin mahkûm oldukları altı ve sekiz yıllık hapis cezasını infaz kurumunda çekmesine son veren, bunun üzerindeki cezaların da infaz kurumunda çekilme süresini kısaltan 7242 sayılı Kanun'la düzenlenen İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesini özel af niteliğinde görmemiş ve düzenlemenin Anayasa'nın 87. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. **Kanaatimizce** 7242 sayılı Kanun'la, İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde yapılan değişikliğin hukuki niteliği konusunda Anayasa Mahkemesinin yukarıda özetlenen 17/7/2020 tarihli ve E.2020/44, K.2020/41 sayılı kararı isabetli değildir. Bu konuda karşı oy gerekçeleri değişikliğin niteliğini belirlemede daha ikna edici değerlendirmeler içermektedir. Karşı oy gerekçelerinde ileri sürülen görüşler, geçici madde 6'da yapılan değişikliğin özel af niteliğinde olduğunu ortaya koymak bakımından yeterli görünmektedir. Bununla birlikte konuya ilişkin olarak aşağıdaki hususların tekrar vurgulanması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde yapılan değişikliğin özel af niteliğinde olmayıp cezanın infaz şekline ilişkin olduğuna yönelik kararının en önemli gerekçesini, bu değişiklikten yararlanılabilmesi için hükümlülerin cezalarının belli bir kısmını infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçireceklerine yönelik değerlendirmesi oluşturmaktadır. Hâlbuki karşı oy gerekçelerinde de isabetle belirtildiği üzere bu tespit, geçici madde 6'nın birinci fıkrası bakımından altı yıl veya daha az, ikinci fıkranın a bendi yönünden sekiz yıl veya daha az, ikinci fıkranın b bendi yönünden ise süresi ne olursa olsun hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler bakımından geçerli değildir. Bu hükümlüler, altı/sekiz yıl veya daha az hapis cezasına mahkûmiyet kararları kesinleştiğinde infaz kurumuna hiç girmeyecekler ve dolayısıyla iyi hâlli olup olmadıkları da bu süreçte hiç araştırılmayacaktır. Bu kişilerin cezaları tamamen infaz kurumu dışında, hapis cezasından çok daha hafif bir yaptırım olan denetimli serbestlik tedbirleri uygulanmak suretiyle infaz edilmiş sayılacaktır. Bir başka ifadeyle altı/sekiz yıllık hapis cezası, denetimli serbestlik tedbirine dönüştürülmüş olmaktadır. Dolayısıyla da bu hükümlüler bakımından denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezanın infazı ve koşullu salıverilme kurumları için aranan ne cezanın belli bir kısmını infaz kurumunda çekme ve ne de iyi hâlli olma

koşulları aranmaktadır. Bu özellikler göz önünde bulundurulduğunda geçici madde 6'da yapılan değişikliğin altı/sekiz yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olan hükümlüler bakımından özel af niteliği taşıdığına bir tereddüt bulunmamaktadır.

Geçici madde 6'da yapılan değişikliğin cezanın infaz biçimine ilişkin olmadığını gösteren diğer bir özellik de İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı hükümlünün açık ceza infaz kurumunda bulunmasına veya kapalı infaz kurumunda olmasına rağmen açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının oluşmasına bağlanmış iken geçici madde 6'da yapılan değişiklikle infaz kurumundan bu usulle dışarı çıkabilmek için bu koşulun aranmayacağına hüküm altına alınmış olmasıdır. Yani kapalı infaz kurumunda cezasını çekecek olan veya bu kurumda bulunan hükümlüler de geçici madde 6'nın birinci ve ikinci fıkralarından yararlanabileceklerdir (geçici mad. 6, fık. 3).

SONUÇ

Belirtildiği üzere özel af ile hükümlünün mahkûm olduğu hapis cezasını infaz kurumunda çekmesine son verilebilir, infaz kurumunda çekeceği cezanın süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir (TCK mad. 65, fık. 2). TBMM'nin özel af kanunu çıkarabilmesi için üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun karar vermesi gerekir. Kanun koyucu, İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesini, ilk ihdas edildiği 5/4/2012 tarihinden itibaren adeta özel af niteliğindeki düzenlemeleri yapmak için kullanmaktadır. Bu itibarla **infaz sistemini dejenere eden İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesi düzenlemesi, Anayasa'da özel af kanunu çıkarmak için aranan nitelikli çoğunluğa ilişkin hükmün dolanılmasında fonksiyon görmektedir.** Anayasa Mahkemesi Başkanı'nun karşı oy yazısında da isabetle belirttiği üzere, Anayasa Mahkemesinin dava konusu kuralların af niteliğinde olmadığını kabul etmesiyle Anayasa'nın 87. maddesi işlevsiz ve anlamsız hâle gelmiştir. Zira kanun koyucu, artık beşte üç çoğunluğa gerek duymaksızın İnfaz Kanunu'nun 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir yıl"lık süreyi değiştirmek suretiyle çok uzun süreli hapis cezalarına çarptırılan hükümlülerin dahi ceza infaz kurumlarına girmeden cezalarını infaz etmelerini ya da çok az süre ceza infaz kurumunda kalarak serbest bırakılmalarını sağlayabilecektir.

Sonuç olarak 7242 sayılı Kanun'la İnfaz Kanunu'nun geçici 6. maddesinde yapılan değişlikle 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar hakkında -denetimli serbestlik tedbiri adı altında- kısmi bir özel af düzenlemesi getirilmiştir.

KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, Uğur (2001). "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış", *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 379-400.
- AKBULUT, Berrin (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin, ÇAKIR, Kerim (2019). *Artuk/Gökçen Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- CAN, Sibel (2016). "Türk Hukukunda Af Kurumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4, ss. 1291-1312.
- CENDEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- DEMİRBAŞ, Timur (2001). "Af Tartışmaları ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun", *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 78-97.
- DÖNER, Ayhan (2008). "Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 3-4, ss. 33-54.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. III, 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- HAKERİ, Hakan (2013). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- İÇEL, Kayıhan, AKINCI, Füsün Sokullu, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih S., ÜNVER, Yener (2000). *İçel Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SOYASLAN, Doğan (2001). "Af", *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 412-436.
- SÖZÜER, Adem (2001). "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ve Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 219-252.

- ÖNDER, Ayhan (1991). *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZGENÇ, İzzet (2001). "Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme", *Anayasa Yargısı*, C. 18, ss. 99-147.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan (2016). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, E.1991/34, K.1991/34, 8/10/1991.
- AYM, E.1992/43, K.1992/49, 21/10/1992.
- AYM, E.1999/39, K.2000/23, 19/9/2000.
- AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.
- AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002.
- AYM, E.2004/92, K.2008/119, 12/6/2008.
- AYM, E.2017/170, K.2018/77, 5/7/2018.
- AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020.

