

AF

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN^()*

Suç veya mahkumiyet veya cezanın belli bir süre için ortadan kaldırılması veya niteliğinin değiştirilmesi, böylelikle aynı zamanda suçlunun bağışlanmasıdır.

Bir suç affedildiği zaman sanık hakkında takibat yapılmamakta veya affedilen suçtan dolayı mahkum olan hükümlü suçu işlememiş sayılmakta veya belli cezaları alan hükümlülerin cezaları affedilmekte, böylece o suçu işlememiş sayılmakta veyahutta failin almış olduğu ceza ortadan kaldırılmakta veya ceza başka bir cezaya çevrilmekte veyahut ta ceza süresi azaltılmakta, her durumda devlet ile fert arasında ceza ilişkisi ya ortadan kaldırılmakta ya da değiştirilmektedir.

Bir suç işlendiğinde devlet ile kişi arasında bir ceza, ilişkisi doğar. Bu ilişkiye göre, suç işleyen kişi, işlemiş olduğu suçun karşılığı olan cezayı çekmek zorundadır, çünkü suç işlememe, toplum ve başkalarının haklarına tecavüz etmeme yükümlülüğünü yerine getirmemiş, aksine ceza çekmek yükümlülüğü altına girmiştir. O halde ceza çeken kişi, devlete karşı görevini yerine getiren kişidir. Demek ki, ceza ilişkisinin bir tarafında yetki sahibi devlet, diğer tarafında görevini ifa eden suçlu bulunmaktadır.

Ceza ilişkisinin diğer tarafında ise karşısında ceza çekme yükümlülüğü bulunan toplum adına organize bir devlet vardır. Bu devlet, kendisine karşı görev ifa etmekle yükümlü olan biri ile karşı karşıyadır. Karşı tarafın görevini yerine getirmesini isteye de bilir, istemeye de bilir. Görevini yerine getirmesini isteyebileceği gibi, onu bağışlayabilir de. Bu konuda yetki sahibidir. Devlet kişiyi cezalandırabileceği gibi, cezalandırmayıp bağışlayabilir de. Her durumda bu iki taraftı ilişki hukuk kuralları tarafından suçun işlenmesinden önce belirlenmiştir. Suçlu, suç işlemekle başına gelecekleri bilmek durumundadır, bunlar hukuk devletinin bir gereğidir.

Hukuk devleti, kişi özgürlüğünü korumak gereği suç kuralını önceden suçun işlenmesinden önce koymak zorundadır.

^(*) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

Bir fiili suç saymak devletin yetkisi dahilindedir. Devlet bir fiili suç sayarken adalet ve kamu menfaatini gözetecektir. Eğer o fiili suç saymakta kamu menfaati var ise o fiil suç olacaktır.

Bir fiili cezalandırmakta kamu menfaati olup olmadığını parlamento belirler. Eğer belli bir toplumda belli bir dönemde belli bir fiilin cezalandırılmasında kamu menfaati görülür ise devlet ona göre kural koyacaktır. Yani bazı değerleri korumak istiyorsa, korumak istediği değerlere zarar veren fiil cezalandırılacaktır. Bu konuda tamamen takdir yetkisine sahiptir. Eğer cezalandırmak istemiyorsa fiili suç olarak düzenlemeyecektir. Bu konuda temel kriter kamu yararı olacaktır. O halde kanun koyucu bazı fiilleri cezalandırmakta kamu yararı görüyorsa o fiili suç olarak düzenleyecektir.

Kanun koyucu, bir fiili suç olarak düzenleyip cezalandırmak konusunda nasıl takdir yetkisine sahip ise bir fiili suç olarak cezalandırmamak veya geçici bir süre suç olmaktan çıkarmak veya cezayı ortadan kaldırmak konusunda da takdir yetkisine sahiptir. Bu gibi işlemlerin yapılması konusunda temel ölçü yine kamu menfaatidir. Eğer toplumda bir veya birden fazla suçluyu cezalandırmamakta fayda görülüyorsa cezalandırmanın temel iki sebebinden biri eksik demektir¹.

Ancak kanun, kral veya sultan ya da parlamento tarafından yapılmaktadır. Yapım süreci bugünkü hukuklarda birçok iradenin katkısıyla oluşmaktadır. Esasen parlamento kararı birçok insanın iradesinin bileşimidir. Kanun denilen işlem de, birçok iradenin birleşmesi sonucu oluşan bir tasarruftur. Bu iradeler aynı zamanda çeşitli menfaat gruplarının temsilcileridir. İşte çoğu zaman kanun denilen işlem bir veya birkaç menfaat grubunun iradesinin yansıması sonucu oluşmaktadır ki kamu yararı denilen şey budur.

O halde ne olursa olsun her hal ve durumda suçluyu cezalandırmak veya bağışlamak devlet için bir haktır. Devlet kişiyi adalet ve kamu yararı gereği ister bağışlar ister cezalandırır².

Devlet ile fert arasındaki ceza ilişkisi o halde ya ferdin cezasını çekmesiyle, ya da ferdin devlet tarafından bağışlanması veya affedilmesiyle sona erer.

¹ Garraud, R. Droit Penal Français Tome Deuieme, Deuieme Edition, Paris 1898, s. 448.

² Garraud, R. Age. Sh. 444

TARİHİ GELİŞİM

Af (genel ve özel), çok eski bir geçmişe sahiptir. Cezalandırma kurumuyla yaşıttır, çünkü cezalandırma yetkisine sahip olan makam bunun tabii sonucu olarak af yetkisine de sahip olmuştur.

Birbirine karışmış olarak abolitio, indulgentia, restitutio in integrum isimleri altında İmparatorluk döneminde Roma Hukukunda mevcut olmuşlardır. İmparator veya Senato tarafından yerine getirilen işlemlerdi.

Aydınlık çağdan önce Avrupa devletleri hukukunda Yasama, Yürütme ve Yargı yetkisini elinde bulunduran prens veya kralların bir veya birden fazla suçluyu gelecek veya geçmişe ilişkin netice doğurmak üzere kanunun uygulanmasından muaf tutma yetkisi olmuş, böylece genel ve özel af birbirine karıştırılarak iktidarın sahibine tanınmıştı³.

Aydınlık çağ ile beraber gelen ve kuvvetler ayrılığı üzerine oturan modern hukukta, eski hukukun kabul ettiği suç ve cezadan muafiyetler kaybolmuş, doğurdıkları neticeler ve işlemi yapmaya yetkili makamlar yönünden atıfet işlemleri birbirlerinden ayrılarak kimliklerini bulmuşlardır⁴.

Osmanlı-Türk hukukunda da Yasama, Yürütme, Yargı yetkisini elinde bulunduran padişah, uygulanan örfi hukuk gereği bireysel veya toplu olarak suçluları af yetkisine sahipti. Ancak af konusunda İslam hukuku ile Batı hukukunun tam bir benzerlik içinde olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Gerçekten Kul hakkına ilişkin suçlar ile Allahın hakkına ilişkin suçlar temeline oturan İslam Hukukunda kul hakkına ilişkin suçlarda (öldürme, yaralama gibi) af yetkisi suç mağduruna veya mirasçılara, Allahın haklarına ilişkin suçlarda af yetkisi Kadı veya Ululemre aitti⁵.

Affa ilişkin ilk yazılı hüküm 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda yer almaktaydı. Adı geçen kanunun 47 nci maddesine göre idam cezasını küreğe, kürek cezasını kalebentliğe, müebbet kalebentliği muvakkat kalebentliğe çevirme yetkisi padişaha aitti. Bu

³ Garraud, R. Age, Sh.445, Esmaein, Element de Droit Constitutionel, sh.529.

⁴ Garraud, R. Age, Sh.446.

⁵ Bilmen, Ö.N. "Hukuki İslamiyye ve İstilahatı Fıkhıyye" KAMUSU Cilt.3, İstanbul 1951 sh.348.; Özek, Ç. Umumi Af, İHFM 1959 XXIV, sh. 127.

konuda özel bir irade olmadıkça ve kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça cezaların affı veya değiştirilmesi caiz değildir⁶.

Padişahın af yetkisinin anlamı, padişah adına cezalandırmak için yetki verilmiş olan kadılardan cezalandırma konusunda verilen vekaletin geçici olarak geri alınmasıdır.

Yazılı anayasalar dönemine geçildikten sonra Türk hukukunda af tüm anayasalarda yer almıştır.

Gerçekten 1876 anayasasının 7 nci maddesi "... ve mücazati kanuniyenin tahfifi veya affı ve" af (genel ve özel) çıkarma yetkisini padişaha vermektedir.

1909 tarihinde İkinci Meşrutiyetin ilanı ile yapılan anayasa değişikliği sonucu 7 nci madde değiştirilmiş, Türk hukukuna ilk defa "affı umumi" genel af terimi girmiştir. Gerçekten söz konusu madde değişikliğine göre "mücazati kanuniyenin tahfif veya affı" yetkisi padişaha, "affı umumi" yetkisi meclisi umuminin tasvibi ile padişaha aitti⁷.

7 nci maddenin değişiklikten önceki metninde yer alan "mücazati kanuniyenin tahfif veya affı" ifadesinin genel affı da kapsayıp kapsamadığı da tartışmalıdır. Özek'e göre bu kavram sadece özel affa ilişkindir, Keyman'a göre 1876 anayasasında padişahın yetkileri geniş, meclisi umuminin yetkileri kısıtlı olduğundan söz konusu terim genel affı da kapsar nitelikte yorumlanmalıdır⁸.

Bizce de isabetli olan görüş ikincisidir. Nitekim 1909 ihtilali sonucu yapılan anayasa değişiklikleri ile parlamentonun yetkileri, parlamentarizme yakın bir şekilde arttırılmış, buna paralel olarak padişahın genel af çıkarma yetkisine parlamento ortak edilmiştir.

1909 yılında yapılan değişikliklerle, anayasamıza giren özel ve genel affa ilişkin hükümler Cumhuriyet devri anayasalarında da yer almışlardır. Gerçekten bu dönem anayasalarında genel ve özel af yetkisi meclise, sadece bazı hallerde özel affın bir başka türünü de çıkarmak yetkisi de yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanıya verilmiştir. Bu doğrultuda 1924 Anayasasının 26, 1961 Anayasasının 64, 1982 Anayasasının 87 nci maddelerinde TBMM genel ve özel af

⁶ Akgündüz, A. Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, sn. 841.

⁷ Kılı, S., Güzübüyük, Ş. Türk Anayasa Metinleri, sh.75.

⁸ Keyman, S. Türk Hukukunda Af, Ankara, 1965, sh.85.

çıkarma yetkisine sahip kılınmış, Cumhurbaşkanı ise hastalık, maluliyet, yaşlılık gibi sebeplerle özel af çıkarma yetkisiyle donatılmıştır (1924 Ay. md 42, 1961 Ay. md 97, 1982 Ay. md 104).

Yaşlılık, sakatlık ve hastalık nedeniyle Cumhurbaşkanının herkesi affetmesi mümkündür, ancak devletin şahsiyetine karşı suç işleyenlerle (Ay.md 87), Ormanları yakma yok etme ve daraltma amacıyla işlenen suçlar affa konu olamazlar (Ay md. 169/3).

O halde Türk hukukunda af genel ve özel olmak üzere iki türdür. Bunların dışında Batılı devletler hukukunda bu iki affın karması niteliğinde üçüncü bir af türü daha vardır. Buna da özel genel af demek isabetli gözükmemektedir.

Önce genel affı daha sonra da özel affı daha yakından incelemek gereği ortaya çıkmaktadır.

1- GENEL AF

TCK.nun 97 nci maddesinde düzenlenen genel af, hukuku amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldırırlar.

Fransız hukukunda "L'amnistie", İtalyan hukukunda "L'amnistia" adıyla bilinen bu kurum kaynağını eski Yunanca'dan alır ve unutmaya anlamına gelir. Dilimize af olarak çevrilmiş bulunan bu terim, bazı suç ve mahkumiyetleri ortadan kaldıran ve unutulmaya terkeden devlete ait bir işlemdir. Genel af aslında daha ziyade politik krizlerden sonra çıkarılır. Amacı politik veya politika ile karışık suçları (grev suçları) affederek insanları yatıştırmak, toplum huzur ve sükununu sağlamaktır⁹.

Mahkumiyetten önce de, sonra da gerçekleştirilebilir fakat her iki durumda da geçmişi ortadan kaldırmakta ve silmektedir. İşlenen suç artık takip edilmemekte, hüküm yerine getirilmemektedir.

Geçmişe etkili olarak suçun hukuki neticeleri ortadan kalkmakta, fakat fiilin neticeleri varlığını sürdürmektedir. Anayasal bir sistem içinde af, sadece kanun tarafından öngörülebilir. Çünkü suç, kanun tarafından konulmuştur. Kanunun koyduğunu ancak kanun ortadan kaldırabilir. Mevzuat ceza kanununda genel ve özel af yetkisi krala aitti. Padişahın yetkilerinin meclise geçtiği Türkiye Cumhuriyeti'nde genel

⁹ Bouzat, P et Pinatel, J. Traite de Droit Penal et de Kriminologie, Deuieme Edition, Paris, 1970, sh. 847.

ve özel af çıkarma yetkisi meclise verilmiştir. Kesin hükmün affında ise geçmişe yürürlük olarak mahkumiyetin tüm neticeleri ortadan kaldırılmaktadır. Mahkum hemen dışarı çıkarılmaktadır.

Genel af bir veya birden fazla suç veya bir veya birkaç suçtan mahkumiyeti bütün neticeleriyle ortadan kaldıran bir işlemdir. Söz konusu işlem mahkumiyetten önce gerçekleştirilebileceği gibi mahkumiyetten sonra da gerçekleştirilebilir. Her iki durumda da failin geçmişine ilişkin bir şey gözükmez.

Mahkumiyetten önce genel af dört şekilde düzenlenmiş olabilir¹⁰.

Birincisi affa tabi suçların hukuki tavsifleri itibariyle gösterilmesidir. Bu durumda genel af belirlenen ismi taşıyan tüm fiilleri, suçun değişik işleniş şekilleriyle beraber suça tesir eden halleri de kapsamına alır.

İkincisi affa tabi suçların kanun hükümleri itibariyle gösterilmesidir. Bu halde affın kapsamına ağırlatıcı ve hafifletici sebepleriyle beraber sadece kanunda belirtilen suçlar girer.

Üçüncüsü affa tabi suçların belirli bir cezayı gerektirmeleri itibariyle düzenlenmesidir. Bu durumda esas alınacak ceza, kanunun o suç için öngörmüş olduğu soyut cezadır¹¹.

Dördüncüsü affa tabi suçların belirli bir suç kategorisi tayin edilmek suretiyle gösterilmesidir (Mal aleyhinde işlenen suçlar gibi).

Mahkumiyetten sonra genel af da ya suçun hukuki tavsifine ya kanun hükmüne ya suçun belli bir cezayı gerektirip gerektirmemesine ya da belli bir suç kategorisine göre düzenlenebilir. Tüm bu hallerle mahkumiyet hükmünün uyuşması durumunda mahkumiyetten sonra genel af söz konusu olacaktır¹².

GENEL AFFIN UYGULANMA ŞARTLARI

Genel af çıkarmak konusunda yetkili makam politik rejimlere göre değişmektedir. Liberal rejimlerde parlamento, otoriter rejimlerde

¹⁰ Manzini, V. Trattato di Diritto Penale Italiano, vol.3., Torino 1926, sh. 201 vd.

¹¹ Dönmezer, S., Erman, S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 3, 7..Bası, İstanbul, 1976, sh.240.

¹² Dönmezer, S., Erman, S, Age. sh.246.

devlet başkanının yetkili olduğu görülmektedir. Hukukumuzda göre, af çıkarmaya yetkili makam TBMM'dir.

A- GENEL AFTAN İSTİFADE EDENLER:

İster suçun mahiyeti göz önüne alınarak af çıkarılsın, ister suçlunun kalite ve özellikleri göz önüne alınsın, genel af kural olarak bir şahıs için değil birçok şahıs için çıkarılır. Ancak, geçmişte bireysel genel af çıkarıldığı da olmuştur.

Genel af daha geniş bir tatbik alanına sahiptir. Özel af gibi de tatbik olunabilir. Mahkum olmuş ve cezasını çekmekte olan şahıslara veya cezasını çekecek şahıslara, daha önce özel aftan istifade etmiş şahıslara, cezalarını çekmiş şahıslara, küçüklere, haklarında tatbikat yapılmakta olan henüz mahkum olmamış şahıslara suç işlemiş ancak haklarında henüz takibat başlamamış şahıslara genel affı uygulamak mümkündür.

Genel bir şekilde küçüklere uygulanabileceği gibi yetişkinlere de uygulanabilir. İlk defa suç işleyenlere uygulanabileceği gibi mükerrirlere de uygulanabilir.

Her durumda genel af, Af Kanununun çıkmasından önceki suçlar için uygulanacaktır. Aksi halde suç işlemeye teşvik olunurdu. Genel af şarta bağlı olabileceği gibi herhangi bir şart içermeyebilir de. Mesela, mahkeme masraflarının ödenmesi, para cezasının ödenmesi, belli bir süre içinde suç işlememe şartları gibi.

B- GENEL AFFIN NETİCELERİ:

Genel af kaynağını unutmadan almaktadır. Bu nedenle, suç olan bir fiilin suç olma karakterini kaybettirmektedir.

a) Hükmün Kesinleşmesinden Önce Yürürlüğe Giren Affın Etkileri:

Eğer af hükmün kesinleşmesinden önce yürürlüğe giriyorsa davayı düşürücü bir etki yapmaktadır. Eğer o zamana kadar dava açılmamışsa, artık dava açılmayacaktır. Savcılık aşamasında ise takibatın düşürülmesine karar verilecektir.

Af edilen suç dosyası af olunan kişinin temyiz etmesi veya savcının beraati veya mahkumiyeti istemesi nedeniyle Yargıtay'da ise

yüksek mahkeme artık dosyayı görüşemez. Davanın düşürülmesine karar verir.

Bir defa affedilen fiilin hukukî vasıflandırılması değiştirilmiş de olsa, affedildikten sonra yeni bir hukukî vasıflandırmayla yeniden dava açılmaz.

Şahsî genel af halinde, aslî maddî fail affediliyorsa şerik cezalandırılmaya devam olunur¹³.

b) Kesin Hükümden Sonra Çıkarılan Genel Affın Neticeleri:

Eğer af kesin hükümden sonra çıkarılıyorsa, kesin hükmü silmektedir. Gerçekten artık hükümlü asıl cezadan değil, mütemmim ve fer'i tüm cezalardan kurtulmaktadır. Genel af tecilli mahkumiyetlere de uygulanabilir. Tecil ile öngörülen denetim ve yardım gibi tedbirleri de kaldırabilir.

Aftan sonra mahkumiyet artık tekerrür ve itiyat için göz önüne alınmaz.

Mahkumiyetin affi artık muhtemel tecile engel değildir.

Aftan sonra adlî sicilden hükümlülük kaydı silinmekte, mahkumiyete ilişkin fiş çıkarılmaktadır.

C- GENEL AFFIN NETİCELERİNE İLİŞKİN SINIRLAR:

Genel af halinde toplum faili sadece cezalandırmak hakkından vazgeçiyor. Fiil bir defaya mahsus olmak üzere suç olma karakterini kaybediyor. Ancak fiile bağlı diğer hukukî neticeler varlıklarını sürdürmeye devam ediyorlar.

a) Affın Fiili Ortadan Kaldırmayışı

Af fiili ortadan kaldırmıyor. Fakat sadece onun suçlu karakterini ortadan kaldırıyor.

Ceza hukukçularına göre, fiilin sadece suç karakterini ortadan kaldırmamakta, fakat fiilin maddî varlığını etkilememektedir. Fiile bağlı Ceza hukukuna ilişkin hukukî neticeler varlığını sürdürmektedir. Keza, sair hukukî neticeler de devam etmektedir. Mesela, zinanın affi halinde boşanma sebebi olarak zina kalmaktadır, veya hırsızlığın affi

¹³ Bouzat-Pinatel. age. sh 852.

halinde sebepsiz zenginleşmeden dolayı şahsî hak devam etmektedir.

Fiil suç vasfını kaybetmiş de olsa, o fiili işleyenlerin bazı görevlere atanmasını kanun koyucu yasaklayabilir. Nitekim Anayasanın 76/2 maddesi, bazı suçlardan dolayı mahkum olanların affedilmiş de olsalar milletvekili olamayacaklarını öngörmektedir. Madem ki, suç affediliyor ve fiil kalıyor ceza takibatı artık yapılamaz, ancak bu fiilden dolayı disiplin takibatı yapılmasına bir engel yoktur. Çünkü, ceza takibatı ile disiplin takibatı birbirinden ayrıdır, disiplin takibatı yapmak için mutlaka ceza takibatı da yapmak gerekmez¹⁴.

Fakat disiplin makamı mahkumiyetin affedilmesi halinde mahkumiyete dayanarak bir disiplin cezası veremez. Çünkü artık bir mahkumiyet olgusu yoktur. Gördüğümüz gibi böyle bir mahkumiyet hiçbir dokümanda görünmemektedir.

b) Genel Affın Geçmişe Etkisi

Genel affın geçmişe etkisi oldukça sınırlıdır. Genel affın amacı, toplumu yatıştırma, toplumun huzur ve sükûnunu sağlamaktır. Eğer affedilen mahkumiyet para cezası ise daha önce ödenen para cezaları ödeyene iade edilemez. Çünkü malî hukuka göre alınan para cezası geri verilmez. Mahkum tarafından ödenen yargılama masrafları da iade edilmez.

Genel af güvenlik tedbirlerine uygulanmaz. Çünkü bu tedbirlerin amacı suçluyu iyileştirmek, tedavi etmek ve topluma kazandırmak ve böylece aynı zamanda toplumu da savunmaktır. Mesela, bir tesisin kapatılması, müsadere, bir şirketi idare etme yetkisinin kaybı, ehliyetin geçici veya devamlı olarak alınması gibi.

Ceza mahkumiyetine bağlı olarak idarî polisin aldığı tedbirlere affın etkisi yoktur. Ancak kanun aksine hüküm koyabilir.

Üçüncü şahısların hakları affa uğramaz. Genel af üçüncü şahısların haklarına etki edemez. Genel affa rağmen üçüncü şahısların haklarının tazmini gereği devam eder.

Şahsî hak sahibi davasını daha önce ceza mahkemesinde açmışsa bu mahkeme yargılamayı sürdürebileceği gibi, davanın hukuk mahkemesinde açılmasına da karar verebilecektir. Eğer affa kadar ceza mahkemesinde şahsî hak davası açılmamışsa mağdur

¹⁴ Bouzat-Pinatel. age. sh 857.

artık şahsî hak davasını hukuk mahkemesinde açabilecektir. Şahsî hak davası zamanaşımı ceza davası zamanaşımına tabî olacaktır.

Mahkumiyetten sonra genel af halinde esasen sorun çözülmüştür. Aftan sonra ceza mahkemesinde artık şahsî hak davası açılmaz.

GENEL AFFIN REDDEDİLEBİLME OLANAĞI

Sanık veya mahkumun aftan yararlanmayı reddetme olanağının bulunup bulunmadığı tartışmalı bir konudur. Her durumda ret hakkı ancak mahkumiyetten önceki genel aflar için söz konusu olabilir.

Ret hakkını tanımayanlara göre mademki af mahkumiyeti meydana gelmemiş ve onun neticelerini kamu düzeninden saymakta, o halde sanığın istifade etmeyi reddetme hakkı yoktur. Ayrıca ret hakkı tanımak Af Kanununun manevî değerini ortadan kaldıracaktır.

Ret hakkını tanıyanlara göre, eğer sanık gerçekten fiili işlemediğini veya fiilin suç teşkil etmediğini iddia ediyorsa, iddiasının ortaya çıkarılması için affı reddedebilmelidir.

Aslında burada iki menfaat karşı karşıyadır. Bunlardan birincisi, Af Kanununun çıkarılmasına gerekçe olan kamu yararadır. Esasen Af Kanununun re'sen uygulanmasına neden olan şey kamu yararadır.

İkincisi ise aftan kurtulmuş olmak yerine suçsuzluğu kanıtlanarak beraat etmiş olan sanıktır.

Türk Hukuku gibi tüm hukuk düzenlerinin amacı kamu hak ve özgürlüklerini korumak olunca sanığın reddetme hakkını daha üstün tutmak daha isabetli görünmektedir. Ayrıca sanığın ret hakkı da kamu düzenindedir. Çünkü amacı kişinin korunmasıdır. Her durumda mahkemelerin mevcut delil durumuna göre düşme kararı yerine beraat kararı vermesi daha isabetli olacaktır. Kaldı ki buna hukukî bir engel de yoktur. Öte yandan az gelişmişlik içinde birçok sorunla boğuşmak zorunda olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Batı'da eşine pek rastlanmayacak şekilde ağır suçluları da affetmek zorunda kalmaktadır. Hal böyle olunca ret hakkını tanımak bu açıdan da doğru gözükmektedir.

Fransız hukukunda zaman zaman çıkarılan af kanunlarında ret hakkı tanınmıştır. Ancak uygulamada ret hakkının tanınamayacağı fikri egemen olmuştur¹⁵.

Cumhuriyetin ilanından sonra çıkarılan Ceraim Takibatı İle Cezalarının Tecili (7 Mayıs 1928 tarih ve 1239 sayılı Kanun), Kabahatlerin Affı ve Bazı Cürümlerin Takibat ve Cezalarının Tecili (13 Mayıs 1929 tarih, 1441 sayılı Kanun.), Askerî Şahıslar Hakkında Askerî Mahkemelerce Görülmekte Olan Suçların Af ve Teciline Dair (8 Ocak 1931 tarih, 1741 sayılı Kanun) kanunlar, sanığa tecili reddetme hakkı tanımakta, mahkum oldukları takdirde tecilin uygulanacağını öngörmekteydi¹⁶.

Ceza Kanunu Tasarısında genel affın kamu davasını ve hükümlenen cezaları bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıracığı düzenlenmiştir (md. 84).

2- ÖZEL AF

Özel af da bir atıfet muamelesidir. Bunun sonucu olarak hükümlü mahkum olduğu cezayı çekmekten muaf olmaktadır. Hükümlünün cezası ya değiştirilmekte ya azaltılmakta ya da büsbütün ortadan kaldırılmaktadır.

Eski bir kurumdur. Kraliyet veya padişahlık dönemlerinde bu yetki Sultan veya Krallara ait olmuştur. Çünkü kral ya da sultan adaletin kaynağıydı. Sadece Tanrı'ya karşı sorumluydu. Özel Af ile mahkemelere verdiği cezalandırma yetkisini geri almaktaydı.

Aydınlık çağdan önce krallar tarafından sıkça başvurulan bir yöntemdi. Bu yüzden Beccaria tarafından şiddetle eleştirilmişti¹⁷. Fransa'da ihtilal döneminde bir ara kaldırıldı. Ancak kısa zaman sonra özel affı yeniden ihdas etmek zaruret oldu. O günden bu güne Fransa'da özel af çıkarmak yetkisi devlet başkanına ait olmuştur.

Osmanlı İslam hukukunda da bu yetki her zaman Sultana ait olmuştur.

Özel af devlet başkanına yargı gücünün kararını ortadan kaldırma hakkı sağladığı için kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu

¹⁵ Bouzat-Pinatel. age. sh 866 vd.

¹⁶ Taner, T : Ceza Hukuku Umumî Kısım, İstanbul 1949, sh. 61.

¹⁷ Beccaria, Des Delits et des Peines, § 20.

iddia edilmiştir. Ancak bu fikir reddedilmiştir. Çünkü, özel af yargı organının mahkumiyet kararını ortadan kaldırmamakta, sadece cezanın yerine getirilmesini engellemektedir. Yerine getirme işi geleneksel olarak yürütme organına aittir.

Özellikle cezaların şiddetini artıracak başka tedbirlerin olmadığı, adaletin hatalarını düzeltecek başka yollar bulunmadığı zaman özel affın faydalı olduğu ileri sürülmüştür. Ancak bugünün hukuk düzeninde, cezaların şiddetini azaltacak vasıtalar vardır. Bunlar hafifletici sebepler, şartlı tahliye, tecil ve iadeyi muhakeme gibi işlemlerdir.

Elbette bu kurumlar özel affın tatbik alanını daraltmakta ancak faydasını tamamen kaldırmamaktadırlar.

Çünkü, özel af adalet ve insanî gereklere daha kolay cevap vermektedir. Gerçekten bazen mahkumu cezalandırmakta fayda olmayabilir. Böyle bir ceza kamu vicdanını tatmin etmeyebilir. Verilen ceza ağır ve infazı şiddetli olabilir. İşte bu mahzurları gidermek için diğer tedbirlerin yanında bulunması gereken zorunlu bir tedbirdir. Sosyal yönden önemli bir role sahip olmaya devam etmektedir. Belçika gibi ülkelerde tamamen kaldırılmadan önce ölüm cezasını kaldırma yolunu açan bir rol oynamıştır¹⁸.

A- ÖZEL AFFIN TATBİK ŞARTLARI

Hukukumuzda özel af yetkisi TBMM ve Cumhurbaşkanına aittir.

a) TBMM'nin Özel Af Yetkisi

TBMM herhangi bir hükümlünün veya bir grup hükümlünün cezasını ortadan kaldırabileceği gibi cezayı azaltır ve niteliğini değiştirebilir de (TCK md. 98).

Mehaz kanunda ister bireysel, ister toplu özel af yetkisi krala aittir (Statuto Art. 8 Code proc. pen. art. 590)¹⁹.

TBMM tarafından sıkça kullanılan özel af hali ölüm cezasına mahkum olan mahkumlar hakkındadır. Gerçekten Anayasa'nın 87. maddesine göre ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek TBMM'nin görev ve yetkileri arasındadır. Meclis Ölüm cezasını ya onaylayacak veya onaylamayacaktır. Ancak cezanın niteliğini

¹⁸ Bouzat-Pinatel. age. sh 831.

¹⁹ Florian, E: Parte Generale Del Diritto Penale, Volume II, Terza Edizione rinnovata, Milano 26, sh. 383-384.

değiştiremeyecektir. Yani hürriyeti bağlayıcı cezaya çeviremeyecektir (TBMM İçtüzüğü md. 92).

Eğer idam cezasının yerine getirilmesine karar verilmiyorsa hükümlü 30 yıl cezaevinde kaldıktan sonra şartla tahliye olacaktır (CİK md. 19). Bunun anlamı 30 yıl cezaevinde kalan hükümlünün cezasının niteliğinin kendiliğinden değişeceği'dir. Uygulamada mahkeme kararları Mecliste bekletilmekte, hükümlü 30 yılını bile doldurmadan bir genel afla ceza indiriminden yararlanmakta veya cezasının bir kısmını çeken hükümlü cezaevinden çıkmaktadır.

Bir hükümlünün idam cezasının onaylanıp onaylanmayacağı'nın 30 yıl bekletilmesi kanaatimizce kişi güvenliği ve adil yargılanma ilkesine aykırıdır (İHAS md. 6).

Mahkemenin idam hükmünü onaylamak veya onaylamamak bir kanun konusudur. Dosyanın Meclise gitmesi için mahkumun kendisinin veya yakınlarının başvurusuna gerek yoktur. Dosya Adalet Bakanlığı aracılığıyla Meclise sunulur. İnfazın icrası kendiliğinden durur.

Hürriyeti bağlayıcı veya sair cezaların affedilmesi için TBMM, Adalet Bakanlığı ya da savcılıklara hükümlülerin veya hükümlü yakınlarının başvurusu mümkündür. Başvurunun yapılması cezanın infazını durdurmaz ancak para cezasının infazını durdurur.

TBMM bir kanunla bir kişinin cezasını affedebileceği gibi birden fazla kişinin cezasını da affedebilir, niteliğini değiştirebilir veya miktarını azaltabilir. Birinci halde bireysel özel aftan, ikinci halde toplu özel aftan söz edilir.

İster bireysel ister toplu olsunlar, özel aflar cezanın bireyselleşme vasıtasıdır. Ancak teoride böyle olsalar da uygulamada böyle değildirler. Gerçekten özel afla toplum için birçok tehlikeli suçlu serbest bırakılmakta, işi ve kalacak yeri olmayan bu kişiler kısa zamanda tekrar cezaevine dönmektedirler. Bunu önlemenin bir yolu, cezaevlerinde iyi halli olup olmadıklarını araştırmaktır. Ancak bu yetmeyecektir.

Tüm kategori hükümlüler özel aftan yararlanabilir. Bunun bir sınırı yoktur. Yeter ki ortada kesinleşmiş bir mahkumiyet bulunsun ve artık kanun yolu kalmasın. Ayrıca bu mahkumiyet infaz edilmemiş olmalı ve zamanaşımına uğramamalıdır.

Özel af sonucu malî cezalar ve mahkeme masrafları iade edilmez.

b) Cumhurbaşkanının Özel Af Yetkisi

Anayasa'nın 104. maddesi hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle Cumhurbaşkanına belirli kişilerin cezalarını hafifletme veya büsbütün kaldırma yetkisi tanımıştır.

Bunun sebebi belirtilen durumda ceza infazına devam etmenin kamu vicdanını tatmin etmeyişi, infaza devam etmenin kamu açısından bir yararının bulunmayışıdır.

Başvuru hükümlü veya yakınları tarafından cumhuriyet savcılığına, cezaevi idaresine veya Adalet Bakanlığı'na yapılabilir. Başvuru olmasa da re'sen özel affa başvurmak mümkündür. Özel af dosyası Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nce hazırlanır, hükümlünün durumu Adli Tıp tarafından incelenir, dosya Adalet Bakanı'nın imzası ile Cumhurbaşkanının takdirine sunulur. Cumhurbaşkanı bir kararla özel af yetkisini kullanır. Bu konuda takdir yetkisine sahiptir.

c) Özel Affın Neticeleri

Özel af mahkumiyeti ortadan kaldırmaz. Aksi halde kesin hükmün otoritesine zarar verilmiş olurdu. Özel affın önce de olduğu gibi mahkumiyet adli sicilde kalmaktadır. Ancak yeni bir fiş ile hükümlünün özel affa uğradığı belirtilir. Özel af tekerrüre engel olmaz ancak tecile engel olur.

Mütemmim ve fer'i cezalara özel af tesir etmez. Ancak kanun koyucu mütemmim ve fer'i cezaları da özel af kapsamına alabilir.

Özel affla birlikte kanunî mahkumiyet de ortadan kalkar. Ancak ağır cezanın hafif cezaya çevrilmesi halinde, hafif cezaya bağlı kanunî mahkumiyet cezası varsa ortadan kalkmaz (TCK md. 98).

Tazminat kabilinden para cezalarına özel af uygulanmaz.

d) Özel Af Şekilleri

Bazı hallerde özel af kesin ve son bir şekilde cezayı ortadan kaldırır. Diğer hallerde bir cezanın yerine daha hafifini koyabilir.

Bazen cezanın ortadan kaldırılmasını, çekimden muafiyetini bazı şartlara bağlayabilir. Belli bir süre içinde zararın tazmini veya belli bir süre içinde yeni bir suç işlememe şartı gibi. Şartlı af bu haliyle tecile yaklaşmaktadır²⁰.

²⁰ Bouzat-Pinatel. age. sh 836.

B- ÖZEL AFFA KARŞI KANUN YOLLARI

Cumhurbaşkanının istemi reddi veya affın hukuka aykırılığına karşı herhangi bir kanun yolu yoktur. Çünkü Cumhurbaşkanının tek başına almış olduğu kararlar aleyhine yargı mercilerine başvurulamaz (AY md. 105/2).

Fransız uygulamalarına göre kuvvetler ayrılığı ilkesine göre adli yargı bu konuda yetkisizdir. Fransız Danıştay'ı idare mahkemelerine müracaatı da mümkün görmemiş, özel af konusunu hükümet tasarrufu, devlet başkanının yüksek yetkileri içinde saymıştır²¹. Fransız Cumhurbaşkanının af yetkisi, Türkiye'de meclisin çıkardığı toplu özel affa tekabül etmektedir. IV. Cumhuriyetin geçici hükümeti bir idam mahkumunun özel af istemini reddetmiş, şahıs Danıştay'a gitmiş ancak istem burada da reddedilmiştir. Daha önce hükümet tasarrufu diyen Danıştay, bu kez gerekçesinde hükümet tasarrufu dememiş, özel affı adaletin idaresine ilişkin bir iş saymıştır. Gerçekten özel affı idarî makamlardan çıkan bir tasarruf saymamış, adli makamların verdiği cezanın ortadan kaldırılmasını öngören bir tasarrufu olarak nitelemiş, bu nedenle idarî denetim dışında tutmuştur²².

Meclis tarafından çıkarılan özel affa karşı doğrudan veya dolaylı yoldan iptal davası açmak mümkündür. Doğrudan dava açma yetkisi Cumhurbaşkanına, iktidar ve ana muhalefet partilerine ve 55 milletvekiline aittir.

Dolaylı yoldan iptal davası açmak hakkı kanunun uygulanmasında menfaati olan herkese aittir. Bu yolla kanundan istifade edemeyen bir hükümlü mahkemeden kanunun kendisine de uygulanmasını isteyecek ve bu münasebetle kanunun anayasaya aykırılığını ileri sürecektir. Mahkeme istemi ciddî görürse bekletici mesele yaparak iddiayı görüşmek üzere dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne gönderecektir.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı, özel af halinde artık fer'î ve mütemmim cezalarında ortadan kalkacağını, ancak kanun koyucunun aksine hüküm koyabileceğini kabul etmiştir. Mevcut kanuna göre hükümlü lehine olan bu değişikliğin sebebi, suçlunun topluma daha çabuk bir süre içinde kazandırılmasıdır (md. 84).

²¹ Bouzat-Pinatel. age. sh 837.

²² Bouzat-Pinatel. age. sh 837.

C- ÖZEL AFFI REDDEDEBİLME OLANAĞI

Bir mahkum özel affı reddedemez, kabul etmiyorum diyemez. Çünkü cezaların infazı da kamu düzenindedir. Kişi düzeninden değildir. Ceza alan kişinin cezası müktesep hak sayılamaz. Bu nedenle aldığı cezayı çekmek zorundadır. Toplum ona ezilmişlik sıfatı veremez.

Aftan istifade eden kişi, özel affın iyileştirme görünümü altında kendi durumunu ağırlaştırdığını iddia ederse durum ne olacaktır?

Fransa'da ölüme mahkum olan bir askerin cezası müebbet küreğe çevriliyor. Müebbet kürekle birlikte rütbeler de (degradation militaere) alınıyor. Oysa ölüm cezasına bağlı rütbe kaybı yok idi. Başvuruyu yapan askere göre onurlu olmak yaşamaktan daha önemli idi. Başvuru reddedilmiştir. Çünkü özel af hükümet tasarrufu sayılmıştır²³.

D- ÖZEL-GENEL AF (GRACE AMNISTIANTE)

Genel af ile özel affın bir karmasıdır. Bu yola Batı Avrupa'da kanun koyucu genel affın içine daha fazla adalet sokmak için başvurmuştur. Genel Af Kanunu ile parlamento, affedilecek suçları ve hükümlüleri tespit eder, fakat devlet başkanına kararname ile özel af çıkarma yetkisi verir. Kimlerin istifade edeceği devlet başkanının kararnamesi ile belirlenir. Böylelikle genel affın kişiyi tanımayan toplum için tehlikeli suçluları sokağa bırakma ihtimali bertaraf edilmiş olur.

Öte yandan özel-genel af basit özel aftan daha etkilidir. Çünkü basit özel af sadece asıl cezayı etkiler. Oysa özel-genel af suçlunun kişiliğini göz önüne alır ve daha etkilidir. Özel-genel af asıl ceza olan hürriyeti bağlayıcı cezaya eklenen fer'î ve mütemmim cezaları da ortadan kaldırır²⁴. 1992 yılına kadar bu sistem İtalya'da uygulanmıştır. Ancak artık genel ve toplu özel af çıkarma yetkisi parlamentoya verilmiş bireysel af çıkarma yetkisi Cumhurbaşkanına bırakılmıştır.

²³ Bouzat-Pinatel. age. sh 838.

²⁴ Bouzat-Pinatel. age. sh 867.

E- İÇTİMA VE AF

Suçların içtimai ile affın ilişkisi içtimain türüne göre değişmektedir.

Mürekkep ve müterakkî suçlarda, unsur suçlardan birisinin affedilmesi, mürekkep ve müterakkî suçun da affedilmesi anlamına gelmez²⁵.

Müteselsil suçlarda, teselsülü oluşturan bir veya birkaç suç affedilebilir. Ancak diğer suçlar varlıklarını sürdürürler.

Fikrî içtima halinde suçlardan en ağırı affedilmişse, fail ikinci sırada ağır suçtan cezalandırılır. Cezaların içtimai halinde affedilen ceza toplam cezadan mahsup edilir.

F- GENEL VE ÖZEL AFFIN ZAMAN İTİBARIYLA UYGULANMASI

Affin zaman itibarıyla uygulanması suçlulukla mücadele açısından önemlidir. Bu nedenle affın etkilediği suçların işleme zamanını isabetli belirlemek gerekir. Her durumda Af Kanununun yürürlük tarihine göre geçmişte işlenen suçlara yönelik olmalıdır.

Hatta kanaatimizce Af Kanunu, af söylentilerinin hükümet ve parlamento çevrelerinde dolaşmaya başladığı andan önceki tarihleri kapsamalıdır. Aksi halde suçlulara ödül verilmiş olunur. Bu konuda hukukumuzda hüküm yoktur.

İtalyan Anayasasınının 79. maddesinde affın, Af Kanunu tasarısının meclise sunulmasından sonra işlenen suçları kapsamayacağını öngörmüştür.

G- AFFIN BENZER KURUMLARDAN FARKLARI

Af ile dava ve cezaların ertelenmesi, şartlı tahliye arasında benzerlikler ve bazı farklılıklar mevcuttur.

Genel olarak aflar birer ceza hukuku kurumudurlar. Affın konusunu tüm suçlar oluştururlar. İster genel ister özel olsun affa karar verme yetkisi TBMM'ye aittir.

²⁵ Dönmezer, S/Erman,S : age. sh. 241.

Genel af suç ve mahkumiyeti bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırırlar. Buna karşılık özel aflar sadece asıl mahkumiyeti ortadan kaldırırlar. Mütemmim ve ferî cezaları etkilemezler. Ancak kanun koyucunun aksine hüküm koyması mümkündür.

Davaların ertelenmesi karma bir kurumdur. Bir yandan Ceza hukuku diğer yandan Ceza muhakemeleri hukukunu ilgilendirmektedirler. Davanın açılma ve yargılamanın yapılmasına engel olduğu için usul hukuku kurumu, erteleme süresi içinde sanığın suç işlememesi halinde mahkumiyet var olmayacağından devlet ile fert arasında ceza ilişkisi ortadan kalkmış olacağından Ceza hukuku kurumudur.

Davanın ertelenmesi hafif suçlar, ilerde suç işlemeyecek şahıslar için uygulanır. Cezayı ferdileştirme vasıtasıdır. Uygulama yetkisi cumhuriyet savcısına aittir. Savcı bu konuda takdir yetkisine sahiptir.

Cezaların ertelenmesi kurumu da karma bir kurumdur. Bir yönüyle ceza hukukunu diğer yönüyle infaz hukukunu ilgilendirmektedir.

Erteleme süresi içinde mahkumun yeni bir suç işlememesi halinde mahkumiyet vaki olmamış sayılacak ve böylece fert ile devlet arasında ceza ilişkisi sona erecektir. Erteleme aynı zamanda cezanın ferdileştirme vasıtasıdır. Kurum bu yönleriyle ceza hukukuna ilişkindir.

Buna karşılık hükümlüyü cezaevinin kötü şartlarından koruduğu için infaz hukuku kurumudur.

Erteleme hafif suçlar için başvuru bir yoldur. Aynı zamanda gelecekte suç işlemeyeceği umut edilen suçlulara uygulanır.

Uygulama konusunda yargıç takdir yetkisine sahiptir.

Şartlı tahliye infaz hukuku kurumudur. Ağır veya hafif tüm cezalara uygulanır. Suçlu ayrımı yapılmaz. Prensip olarak işlenen suçlar değil cezalar göz önüne alınır. Hükümlünün şartlı tahliyeden istifade edebilmesi için cezaevinde geçirilen sürenin iyi halli olması gerekir. Tüm hükümlülere uygulanan şartlı tahliyeyi uygulama yetkisi hükmü veren mahkemeye aittir.

4616 SAYILI KANUNUN YORUMU

A- Madde 1/1: Ölüm cezaları yerine getirilmez. Tabi oldukları infaz hükümleri uygulanır. Yani idam mahkumları infaz kanununun 19/1 maddesine göre otuz sene cezaevinde yattıktan sonra şartlı tahliye olurlar.

21.12.2000 tarihinde otuz yılını tamamlamış olan idam mahkumu, geçmişte iyi halli olmamış, cezaevi disiplinini bozmuş olsa da bu kanundan istifade edecektir. Bu kanunun yürürlük tarihi olan 21.12.2000 tarihinden sonra cezaevi disiplinini bozucu hareketler yapmışsa istifade edemeyecektir.

1 nci maddenin 1 nci fıkrası mahiyeti itibariyle toplu özel af niteliğindedir. Kişisel özel af niteliğinde değildir. Çünkü cezanın niteliğini değiştirmektedir.

Ayrıca 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenmiş suçlara uygulanacaktır. Geçici kanun niteliğindedir. Geçici, bir defaya mahsus olması dolayısıyla da af niteliğinde bir kanundur. Ayrıca mahkumiyetin neticeleri ortadan kaldırılmamaktadır.

21.12.2000 tarihinden önce ceza çekenler için iyi hale bakılmadığından dolayı şartlı tahliyeden ayrılmaktadır. Çünkü şartlı tahliye, suçluyu cezaevi disiplinine riayet etmeye teşvik etmektedir.

Buna karşılık 21.12.2000 tarihinden sonra ceza çekenler için iyi hallilik şartı arandığından şartlı tahliyeye benzemektedir. Ancak toplu özel affın iyi hal şartı gibi bir şarta bağlanması da mümkündür.

B- Madde 1/2, a) Müebbet hapse mahkum olanların çekmeleri gereken toplam ceza 20 yıl hapistir (C.İ.K. md. 19/1). Bu cezanın 10 yılı indirilecektir. Mahkum, kalan 10 yıl cezanın yansını çektikten sonra tahliye edilecektir. 21.12.2000 tarihinden önce çekmiş olduğu ceza için iyi hal şartı aranmayacaktır.

Bu durumda yine toplu özel af söz konusudur. 21.12.2000 tarihinden sonra çekilen cezalar için iyi hal şartı aranmış olduğundan şartlı tahliyeye benzemektedir. Ancak buna şarta bağlı özel af demek de mümkündür.

b) Sürekli şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalarda ise ayırım yapılmaksızın her mahkumun cezasından on yıla kadar indirim yapılmaktadır. Mahkumun tek suçtan veya birkaç suçtan hükümlü olması önemli değildir.

Bir veya birkaç mahkumiyet dolayısıyla cezaevinde geçirilecek süre 10 yılı aşmıyorsa hükümlü hemen salıverilecek, aşılırsa toplam süreden 10 yıl indirilecek, geriye kalan sürenin yansını yatan hükümlü tahliye olacaktır.

Burada da toplu özel af söz konusudur. Çünkü geçici bir kanundur. Devlet, hükümlüleri normal olarak almış oldukları cezanın tümüyle cezalandırmakta fayda görmediği için cezalarda indirim yapmaktadır.

21.12.2000 tarihinden sonra çekilen cezalar için iyi hal şartı aranmış olduğundan şartlı tahliyeye benzemektedir.

C- Madde 1/3-2: 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş olup da, ilgili kanun maddesinde cezası ölüm, müebbet ağır hapis ve üst sınırı on yılı aşan hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen suçlardan dolayı haklarında dava açılmayan sanıklar hakkında dava açılacak, yargılamaları yapıldıktan sonra ceza verilecek, verilmiş olan ceza süresi on yılı aşılırsa, on yıllık indirim uygulandıktan sonra mahkum, kalan cezanın yarısını iyi halle çektikten sonra şartlı olarak tahliye olacaktır.

Bu hüküm, cezadan indirim öngören toplu özel af niteliğindedir.

D- Madde 1/4: 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş ve ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on yılı geçmiyorsa, henüz davanın açılmamış olduğu hallerde savcılık davanın açılmasını erteleyecektir. Dava açılmış, ancak hüküm henüz verilmemişse hükmün kesinleşmesi de ertelenecektir.

Erteleme konusu suç kabahat ise bir yıl, cürüm ise beş yıl içinde, bu kabahat veya cürüm ile aynı cins veya daha ağır şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlendiğinde, erteleme konusu suçtan dolayı da dava açılan veya daha önce açılmış bulunan davaya devam edilerek hüküm verilecektir. Öngörülen süreler, erteleme konusu kabahat veya cürüm ile aynı cins veya daha ağır şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlemeksizin geçirildiğinde, ertelemeyen yararlanan hakkında kamu davası açılmaz. Açılmış olan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilecektir.

Maddede Türk hukukuna davanın ertelenmesi sokulmuştur. Kanun koyucunun bir defaya mahsus olarak (geçici) davanın açılmasını ertelemesi, diğer ertelemelerden ayrılmaktadır. Diğer ertelemelerde süreklilik vardır. Hakimin takdirine bağlıdır. Diğer

ertelemelerin amacı netice olarak yaptırımı, failin kişiliğine uydurma tedbiridir. Failin kişiliğine uydurma tedbiri olduğu için hakim ve savcının takdirine bağlıdır ve hafif suçlar için öngörülmüştür. Oysa burada erteleme mecburiyeti getirilmiştir ve ağır veya hafif bütün suçlar için geçerlidir.

Geçici oluşu, suçlunun kişiliğine bakmayışı, işlenen suç göz önüne almayışı noktalarından hukukumuzda olmayan, ancak yabancı hukuklarda olan erteleme kurumundan ayrılmaktadır.

Savcı ve hakim takdirine bağlı olmayışı, geçici olması, suçlunun kişiliğine bakılmayışı işlenen suç göz önüne almayışı, maddede öngörülen süreler (1 ve 5 yıl) içinde başka suç işlenmemesi halinde suçun işlenmemiş sayılması ihtimal dahilinde olduğundan, kurum genel affa benzemektedir.

Ertelmeye (affa) konu alan şey suç olduğundan bu yönden de genel af ile aralarında bir benzerlik vardır. Çünkü affın konusunu da suçlar oluşturabilir.

Öte yandan geçici oluş, hakimi mecbur etmeyişi, suçlunun kişiliğine ve suça bakmayarak suça uygulanacak yaptırımı değiştirmesi ve ortadan kaldırması itibarıyla özel affa benzemektedir. Davanın ertelenmesi bir yönüyle Ceza, diğer yönüyle Ceza Usul hukuku kurumudur.

Keza hükmün kesinleşmesinin ertelenmesine karar vermek de hukukumuzda yeni bir kurumdur. Bu da cezayı failin kişiliğine uydurma vasıtasıdır. Hem ceza ve hem de Usul hukukuna ilişkin bir kurumdur.

Aynı argümanlar hükmün kesinleşmesinin ertelenmesi için de geçerlidir.

Ancak daha önce şartla salıvermeden ve aftan istifade edenlerin yararlanamayışı, ceza hukukundaki ertelenmeyi hatırlatmaktadır.

Maddenin dördüncü bendi savunma hakkını, mahkemeler önünde kişinin hak aramasını engeller niteliktedir. Çünkü kanuna göre erteleme bir zorunluluktur. Sanık beraet edecek durumda da olsa savcı veya mahkeme davayı ve hükmü ertelemek zorundadır. Sanığın istemine bırakmamıştır. Oysa sanığın hakkını arayarak beraet etmesi olanağı tanınmalı ve sanık beraet etmez mahkum olursa o zaman affedilmeliydi. Savunma hakkını kısıtlayan bu hüküm Anayasanın 36 ncı maddesine aykırıdır.

Dördüncü bent de görülen bir adaletsizlik de adaletten kaçan şahısların ödüllendirilişidir. Gerçekten kaçmayıp kaderine razı olanlar, cezalarını çekmiş veya çekmekte olabilecekken kaçanların dava ve cezalarını çekmeleri ertelenebilecektir.

Dördüncü bendin getirdiği bir başka adaletsizlik üst sınırı on yılı aşmayan birden fazla suçu işleyen faillerin (isterse 5 ayrı suç işlesin) davalarının açılmasının erteleneceğidir. Bu da içeri giren, tek suç işleyen hükümlülere göre adaletsizlik teşkil etmektedir.

E- Madde 1/5: Beşinci bent de bazı suçları işleyen faillerin 4616 sayılı kanundan istifade edemeyecekleri öngörülmüştür. Sözelimi T.C.K.nun ağır hükümlerinden 495 (yağma), 498 (korkutarak faydalanma) ve 449 (kardeş katli - müebbet hapis) maddelerinden mahkum olanlar kanundan istifade edecek; buna karşılık T.C.K. 503 (dolandırıcılık), 188 (şartlı tehdit) ve 191 (tehdit) suçundan sanık veya mahkum istifade edemeyecektir.

Ağır hapse mahkum olanlar, ağır suç işleyenler affedilecek, hafif suçları işleyenler affedilmeyecektir. Bu çelişkiyi anlamak mümkün değildir. Geçekten bir suçun cezası ağırsa o suçun koruduğu değere toplum daha çok önem veriyor demektir. Toplum için bu denli önemli bir değere ilişkin bir suçu affederken toplum için daha az önemli olan bir değere ilişkin bir suçu affetmemek bir çelişkidir. Eşitliğe aykırıdır. Eğer 4616 sayılı Kanunu, toplu özel Af Kanunu kabul edersek, ağır suçlara ilişkin cezaların affını, buna karşılık hafif suçlara ilişkin cezaların af kapsamı dışında tutulmasını anlamak mümkün değildir.

Özel Af Kanunu, kamu yararı, kamu düzeni gerektirdiği için çıkarılır. Esasen hükümlünün istemine bağlı olmayışının sebebi, kamu yararının böyle bir affı gerektirmesidir. Kamu düzeni ve toplum vicdanının ağır suçun affını, buna karşılık hafif suçun af kapsamı dışında tutulmasını kabul edemez. O halde kanunun 1 nci maddesi 5 nci bendi, Anayasanın eşitlik ilkesine (madde 10) aykırıdır.

Ancak kanuna Af Kanunu dersek devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar af kapsamına girmeyecektir. Çünkü Anayasanın 87 nci maddesi yasak koymuştur.

Kanunu şartlı tahliye olarak kabul edersek de benzer bir sonuca varabiliriz. Şartlı tahliye bir infaz hukuku kurumudur. Amacı cezanın infazını suçlunun kişiliğine uydurmak ve hükümlüyü topluma yeniden kazandırmaktır. Cezasını iyi halli olarak çekmiş, çıktıktan sonra tekrar suç işlemeyeceği düşünülen ağır hapse mahkum büyük suçluları şartlı tahliyeden istifade ettirmek, buna karşılık iyi halli hafif suçluları

istifade ettirmemek bir çelişki, bir adaletsizlik, bir eşitsizliktir. Bu nedenle Anayasanın hukuk devleti (md.2) ve kanun önünde eşitlik (md.10) ilkelerine aykırıdır.

Keza aynı mantık erteleme için de geçerlidir. Ağır suçların dava veya cezasının kesinleşmesi ertelenirken hafif suçların dava ve cezalarının ertelenmemesini adil, kamu vicdanını tatmin eden, eşitlikçi saymak mümkün değildir.

Kaldı ki erteleme kurumu hafif suçlar için öngörülmüştür. 4616 sayılı kanun bazı ağır suçlar için erteleme öngörürken bazı hafif suçlar için erteleme öngörmemektedir.

F- Madde 1/6: Daha önce işlemiş olduğu bir suç nedeniyle şartlı tahliyeden istifade etmiş suçlunun bu kanundan istifade edemeyeceği derpiş edilmiştir. Şartlı tahliyeden istifade iki şekilde olabilir. Daha önce işlenmiş bir suçtan dolayı cezaevine giren kişi, şartlı tahliye yolu ile cezasını tamamladıktan sonra suç işlemiş veya şartlı tahliye sırasında suç işlemiş olabilir.

Her iki durumda da hükümlü, 4616 sayılı kanundan istifade edemeyecektir.

Kanundan faydalanmanın böyle bir şarta bağlanması da keza bir şarta bağlı özel affı hatırlatmaktadır.

Keza daha önce herhangi bir Af Kanunundan yararlanmış olan hükümlü de kanundan istifade edemeyecektir.

Ancak ister affedilmiş olsun, ister şartlı tahliye ile çekilmiş de olsa önceki mahkumiyetin varlığı dava ve mahkumiyetin ertelenmesine engeldir. O halde kanunun 4 ncü bendini bu yönüyle erteleme de saymak gerekir.

G- Madde 1/7: Kanunun birinci maddesinin 7 nci bendi, 647 sayılı Kanunun Ek 2 nci maddesinin 4616 sayılı Kanundan yararlananlara uygulanamayacağını öngörmüştür. Yani cezası indirildikten sonra şartlı tahliye ile çıkarılan, erteleme süresi (1 ve 5 yıl) içinde suç işleyip de tekrar cezaevine girenler, aylık 6 günlük indirimden istifade edemeyeceklerdir.

Böyle bir hüküm ceza hukukunda güvenlik ve kanunilik ilkelerine aykırıdır. Aleyhe olan kanun, ancak ve ancak çıktığı tarihten itibaren uygulanır. O halde 7 nci bent, Anayasanın 38 nci maddesinde ifadesini bulan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkelerine aykırıdır.

H- Madde 1/8: 21.12.2000 tarihinde cezası on yıldan fazla olduğu için cezaevinde kalan hükümlülerin kanundan istifade etmeleri için kalan sürelerini iyi halli olarak geçirmeleri gerekmektedir. Bu açıdan bakınca, kanunu şartlı tahliye saymak mümkündür.

I- Madde 1/9: Dokuzuncu bent, haklarında yakalama, tutuklama ve mahkumiyet olanların bir ay içinde teslimlerini öngörmektedir. Aksi halde kanundan istifade edemeyeceklerdir. Bu hüküm şarta bağlı toplu özel af kavramını teyit etmektedir.

Ancak hakkında tutuklama veya yakalama veya mahkumiyet kararı olduğunu bilmediği için bir ay içinde teslim olmayanların bu kanundan istifade edemeyişleri gayri adildir. Doğru olan böyle bir şartın konulmasıydı.

J- 4616 sayılı Kanunun, 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen suçlara uygulanacağı öngörülmüştür (md.1). Oysa Kanun 21.12.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kanunun yürürlüğe giriş tarihinden çok önce işlenen suçlara uygulanması, itiraz ve tartışmalara sebebiyet verebilir.

Eğer Kanunu toplu özel af olarak isimlendirirsek, kanun koyucunun 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen suçları affetmesine hukuki bir engel yoktur. Çünkü kanun koyucu, önceki tarihten önce işlenen suçları affetmekte kamu yararı görmüş demektir.

Buna karşılık erteleme kabul edersek, bir usul normu ile karşı karşıya olduğumuzdan dolayı derhal uygulama yapmak durumundayız. Derhal uygulama yapınca, o zamana kadar kesinleşmemiş tüm durumlara uygulamak ve yürürlük tarihini kanunun uygulama tarihi olarak kabul etmek zorundayız.

Keza şartlı tahliye kabul edersek kanunu yine yürürlüğe girdiği andan itibaren uygulamak zorundayız. Çünkü şartlı tahliye ile amaç, infazı suçlunun kişiliğine uydurmak ve onu topluma yeniden kazandırmaktır.

K- Cezaevlerini boşaltmanın af gerekçesi olup olmayacağı tartışılmaktadır. Aslında olmaması için bir neden yoktur, çünkü affın dayanağı, çıkarılış nedeni kamu yararadır. Nitekim Fransa'da 19 Eylül 1945 tarihli kararname ile cezaevlerini boşaltmak, istinaf mahkemelerinin yükünü azaltmak için (iyi halli olduklarına ilişkin cezaevi idaresinden yapılan teklif ile) mahkumiyet süresi üç ayı aşmayan birçok hükümlü Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle

affedilmiştir. Bu Af Kanunu, istinaf mahkemesine başvurmama veya başvurulduysa başvuruyu geri alma şartını da getirmektedir²⁶.

²⁶ Donnedieu De Vabres, H. Traite De Droit Criminel, p.544-dipnot 2, Paris, 1947.
436

OTURUM BAŐKANI : Prof. Dr. Eralp ÖZGEN

Sayın Başkan, değerli konuklar, oturumun ikinci konuşmacısı, Sayın Prof. Dr. Turan YILDIRIM'ın kısa özgeçmişini bilgilerinize sunuyorum.

1961 yılında Mardin'de doğan Sayın YILDIRIM, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi'ni ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Yüksek lisans derecesini İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Bölümünden, doktora derecesini aynı Enstitü'nün Kamu Hukuku Bölümünden aldı.

1993'de doçent, 1999 yılında profesör unvanlarını alan Sayın YILDIRIM, halen Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır.