

ÂDİL YARGILANMA VE İTİBAR HAKKINA ULAŞIM AÇISINDAN BİREYİN AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKI

*Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ**
*Arş. Gör. Oğuzhan GÜZEL***

ÖZET:

“Af”; suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku işlemidir. Affın tanımından da anlaşılacağı üzere af iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Bunlardan biri, mahkûmiyet hükmünü ve kamu davasını ortadan kaldıran genel af, diğeri de sadece cezayı etkileyebilen özel aftır. Genel ve özel affın ortak özelliklerinden biri de affın mecburîliği prensibidir. Affın mecburîliği meselesi, aftan yararlanmayı reddetme hakkının tanınıp tanınmayacağı tartışmalarını doğurmuştur. Bu tartışmalar özellikle genel af üzerinde yoğunlaşmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve anayasal ilkeler ışığında bireye genel aftan yararlanmayı reddetme hakkı tanınmalıdır. Bu doğrultuda “affı kabul etmeme” hakkı, genel bir hüküm olarak ceza kanunlarına ilâve edilmeli; bu mümkün olmazsa aftan faydalanmayı reddetme hakkı her af kanununda yer almalıdır. Genellikle affın çıkmasını isteyenlerle affın çıkarılmamasını isteyenler arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. En önemli denge unsuru; kişinin affı reddetme imkânına sahip kılınmasıdır. Bu çalışmada bireyin aftan yararlanmayı reddetme hakkı; Anayasa Hukuku açısından da ele alınacak ve insan hakları, kanun önünde eşitlik, temel hak ve özgürlükler, kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı, hak arama hürriyeti, âdil yargılanma hakkı ve savunma hakkı, ailenin ve özellikle çocukların korunması konularına değinilecektir. Affı kabul etmeme hakkının hüküm altına alındığı Türkiye’de çıkarılmış af kanunlarından da bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler: Af, İtibar Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı.

* Mevlâna (Rumî) Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Mevlâna (Rumî) Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

ABSTRACT:

Amnesty is a public law act which removes the right to penalize criminal acts, partly or totally prevents the execution of given penalties, and sometimes dismisses the public prosecution or ignores the conviction with all its consequences. As can be understood from the definition, amnesty appears in two ways. One of them is the amnesty that removes conviction and public prosecution and the other one is the pardon that may affect only the punishment. One of the common features of amnesty and pardon is the principle of obligatoriness of amnesty. The matter of obligatoriness has given rise to discussions on whether to grant right to reject benefit from amnesty or not. These discussions have been intense in terms of especially amnesty. In the light of the Universal Declaration of Human Rights and constitutional principles the right to reject benefit from amnesty should be granted to the individual. Accordingly, the right “not to accept amnesty” should be included as a general provision in the criminal laws. If it is not possible, the right to reject benefit from amnesty should take place in each amnesty law. Generally a balance needs to be set between those who want for amnesty and who does not. The most important element of balance is to make the individual have an option to reject the amnesty. In this study; individual’s right to reject benefit from amnesty in terms of constitutional law will also be examined from the point of view of human rights, equality before the law, fundamental rights and freedoms, personal inviolability, material and spiritual existence, right to legal remedies, right to fair trial and right to defence, protection of family, especially protection of children. Turkish amnesty laws -in which the right to reject benefit from amnesty has taken place- will also be listed.

Keywords: Amnesty, Right to Dignity, Right to Legal Remedies, Right to Reject Benefit From Amnesty.

GİRİŞ***

Türkiye’de devamlı gündemde olan ve bugün de hâlâ güncelliğini koruyan belli başlı konulardan biri de af kanunlarıdır.

Türkiye Cumhuriyeti’nde çıkarılmış olan af kanunlarının sıklığı incelendiğinde bundan sonra da belli aralıklarla af kanunlarının çıkarılacağı anlaşılmaktadır.

Toplumda affin çıkarılmasını isteyenlerle, affin çıkarılmasını istemeyenlerin hangi sebeplerle bu fikirde olduklarının araştırılması sosyologların görevidir.

Ancak bundan sonra da; toplumda af beklentisinin olduğu, cezaevlerinin dolduğu gibi gerekçelerle yeni af kanunlarının çıkarılması muhtemelen düşünülecektir.

Nitekim kamuoyunda genel affin gündeme gelebileceğine ilişkin açıklamalar yapılmaktadır¹.

Daha önceki yıllarda bu konu ile ilgili çalışma yapmamıza rağmen tekrar aynı konuyu ele almamızın nedeni; bu defa affi red hakkının başka bakımlardan da hatırlanması gerektiğine dair oluşan inancımızdır. Özellikle bizim hukukumuz açısından düşünürsek son geniş kapsamlı af kanununun çıkarıldığı 2000 yılından sonra anayasamıza giren ve yargılama hukukunun doğruluk ölçütü olarak algılanan “âdil yargılanma hakkı”², “çocukların korunması” ve son yıllarda uluslararası hukukta her geçen gün daha da fazla önem kazanan “itibar hakkı”³ açılarından konuyu yeniden inceleme ihtiyacı duyduk. Bu amaç doğrultusunda çalışmamızın konusu; özellikle âdil yargılanma ve itibar hakkına ulaşım açısından “bireyin aftan yararlanmayı reddetmek hakkı”dır.

Bu çalışmayı yapmaktaki bir diğer amacımız, kanun koyucunun; hem uluslararası belgeleri göz önünde bulundurmasını sağlamak, hem de Anayasa’ya yeni giren hükümler karşısında dikkatini bu noktaya çekmektir. O halde konu; yalnızca ceza hukuku açısından değil, anayasamızda düzenlenmiş olan temel haklar bakımından da ele alınacaktır.

Bu bakımdan "affi reddetme"nin her şeyden önce bir anayasal hak olduğu üzerinde durulacaktır.

*** Kısaltmalar: agb., adı geçen bildiri; age., adı geçen eser; agm., adı geçen makale; bkz., bakınız; C., Cilt; md., madde; R.G., Resmî Gazete; s., sayfa; S., Sayı; Y., Yıl.

¹ <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2012/05/16/akdag-genel-af-gundeme-gelebilir> (Erişim tarihi: 26.09.2013).

² “Âdil Yargılanma hakkı” konusunda bkz. AKINCI, Müslüm: “İdarî Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı”, Ankara Mayıs 2008, Turhan Kitabevi Yayınları.

³ DYZENHAUS, David: “Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification”, <http://ssrn.com/abstract=2029818> (Erişim tarihi: 29.09.2013).

Tartışmalar ve öneriler özellikle "Genel Af" kastedilerek yapılacak; bununla birlikte "Özel Af"fa da değinilecektir.

Affi red çoğunlukla Türk toplumunun hassasiyetini yansıtmaya yardımcı olacak şekilde ele alınacaktır. Toplum kavramı içine suça mâruz kalan bireylerle, suçsuz olduğunu iddia eden sanıkları ve huzuru, istikrarı bozulan toplumun asıl diğer bireylerini yani davacı olan kamuyu dâhil ediyoruz.

Çeşitli yolsuzluklar toplumu hem maddî, hem de manevî açıdan fazlasıyla etkilemektedir. O halde öncelikle üzerinde durulması gereken husus, Türk toplumunun ahlâk anlayışına, aile yapısına, inançlarına ters düşen suçların affedilmemesidir. Çünkü usûlsüzlükleri yapanların, zamanında ve yeterince cezalandırılmaması veya geç cezalandırılması, mağdur edilmiş insanları rencide etmekte, toplumu derinden yaralamaktadır. Böylece ahlâkî değerler yıpranmaya mâruz kalmaktadır.

Aftan yararlanmayı isteyenlerle, aftan yararlanmayı istemeyenler arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir.

Çeşitli denge unsurları vardır. Bunların içinde konumuzu ilgilendiren en önemli denge unsuru, aftan yararlanmayı istemeyenleri de tatmin edecek bir yol olan, **kişinin affı reddetme imkânına** sahip kılınmasıdır.

Bu nedenle, suçların ekonomik, sosyolojik ve psikolojik etkilerine ve temiz toplum konularına "ahlâkî kurallar" yanında bir de meslekî kurallar açısından bakmak lâzımdır.

Örneğin hırsızlıkla itham edilen bir kimse veya düzenlenen operasyonlar sonucunda sırf orada görev yaptığı için yargılanmakta olan, mesleğinde bilgisi, tecrübesi ve dürüstlüğüyle tanınmış bir görevli -şayet o suçlar affa tâbi olursa- aftan yararlanmak istemeyebilmelidir.

Kariyerinin bundan sonraki döneminde "aftan kurtuldu" damgasıyla devam etmek "etik" ve "deontolojik" açıdan kendisini rencide edecektir.

Sanık; "aftan yararlanmış" durumuna düşmeyerek, davanın neticelendirilmesini tercih edecek, hukuken de beraat etmek ve toplumun önünde, gözünde, vicdanlarda da aklanmak isteyebilecektir. Kaldı ki isteyebilmesi bir temel hak niteliğindedir⁴.

⁴ ODYAKMAZ, Zehra: "Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetmek Hakkı Olmalıydı", Anadolu Finans, Aylık Ekonomik, Siyasî ve Aktüel Dergi, Y.1, S. 1, Ocak 2001, s. 48-49; ODYAKMAZ, Zehra: "1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.364-377.

I. AF KAVRAMI VE AFFIN ÇEŞİTLERİ

Fransız hukukunda “L’amnistie”, İtalyan hukukunda “L’amnistia” adıyla bilinen “af”, kaynağını Yunanca kökenli “amnestia” kelimesinden almakta ve unutmak, bağışlamak anlamlarına gelmektedir⁵. Kelime anlamı olarak ise af bir haktan vazgeçmektir⁶. Af merhamet duygusunu ifade eder. Özü bakımından bir ahlâk konusudur. “Af” ceza hukukunda suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldırır. Af, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önler, bazen de kamu davasını düşürür veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırır. Af; yasama veya yürütme organlarınca gerçekleştirilen bir kamu hukuku işlemidir⁷. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere af; her ne

⁵ SCHAETZER, Johann Georg: Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie-Bewahrung, 2. Auflage, München 1992, s.208 (Nakleden: DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2013, s.697, Seçkin Yayınevi) [Bundan sonra yazarın bu eserine yapılacak atıflar age. şeklinde yapılacaktır]; DEMİRBAŞ, Timur: “Af Tartışmaları ve 4616 Sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Davaya ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.79. [Bundan sonra yazarın bu eserine yapılacak atıflar agb. şeklinde yapılacaktır]; BOUZAT, Pierre-Jean PINATEL: Traite de Droit Penal et de Kriminologie, Deuzieme Edition, Paris 1970, s.847 (Nakleden: SOYASLAN, Doğan: “Af”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.416); DÖNMEZER, Sulhi- Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III, Cezalar Sistemini Tamamlayan Kurumlar-Cezaların Tayini-Tehlike Hali-Ceza İlişkisinin Sona Ermesi-Milletlerarası Ceza Hukuku-Devletlerarası Ceza Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul Eylül 1994, s.208, BETA Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Yayın No.476, Hukuk Dizisi: 206.

⁶ ÖZEK, Çetin: “Umumî Af”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXIV, S.1-4, İstanbul 1959, s.118-119.

⁷ ÖZEK, Çetin: agm., s. 119; KEYMAN, Selâhattin: Türk Hukukunda Af (Genel Af- Özel Af), Doktora Tezi, Ankara 1965, s.42, s.149, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.199, Ankara Üniversitesi Basımevi; EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara 1997, s. 931, Seçkin Yayınevi; ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş-Ceza Hukuku Kurallarının Uygulama Alanı- Suç Teorisi- Yaptırım Teorisi-Milletlerarası Ceza Hukuku, Yenilenmiş, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara Haziran 2013, s.902, Adalet Yayınevi; TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2012, s.457, Savaş Yayınevi; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2013, s. 672, Adalet Yayınevi; KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş-Suç Teorisi-Yaptırım Teorisi- Milletlerarası Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, [Ankara] Ekim 2012, s.588, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Hukuk No: 877; DEMİRBAŞ, Timur: age., s. 697; DEMİRBAŞ, Timur: agm., s.79; KUZU, Burhan: “Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumunda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s. 254; SÖZÜER, Adem: “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasa’ya Uygunluğu Sorunu”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozy-

kadar yargısal sonuçlar doğurmaktaysa da bir yargı tasarrufu olmayıp, yasama veya yürütme organı tarafından tesis edilen idarî bir tasarruftur⁸.

Af müessesesi, ceza hukukunun; üzerinde en çok tartışılan konularından biridir. Affetme daha doğrusu af kanunu çıkarma yetkisine yöneltilen eleştiriler⁹, bu yetkinin kötüye kullanılmasından kaynaklanan sakıncalara dayanmaktadır. İyi şekilde kullanıldığı ve aşırılığa kaçılmadığı takdirde, af yetkisinin çeşitli hukukî ve sosyal yararları gerçekleştirebileceği kuşkusuzdur¹⁰.

Affin tanımından da anlaşılacağı üzere af iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Bunlardan biri, mahkûmiyet ve kamu davasını ortadan kaldıran genel af, diğeri de sadece cezayı etkileyebilen özel aftır¹¹. Genel olarak Kıta Avrupası hukukunda kabul edilen bu fark, İngiliz-Amerikan hukukunda bu kadar belirgin değildir¹². "Common Law" geleneğine sahip İngiliz-Amerikan hukukunda, genel ve özel af iki ayrı müessese olarak düzenlenmemiştir. sadece affa yetkili organlar genel af niteliğinde işlemler yapabilmektedir¹³.

Fransız hukukunda af "amnistie" ve "grâce" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. "Amnistie" şartsız bir işlemdir; hem suçu hem cezayı ortadan kaldıran, hem de mahkûmiyete bağlı bütün kanunî sonuçları silen, genel, kişilik dışı, kesin hükümden önce veya sonra uygulanabilen, şartsız bir tasarruftur. "Grâce" ise ismen belirlenmiş bir veya birden fazla mahkûmun kesinleşmiş cezasını ortadan kaldırma, bu cezayı indirme veya bu cezayı daha hafif bir ceza türüne çevirme

yumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.223; SANCAR, Türkân Yalçın: "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.156

⁸ ÖZEK, Çetin: agm., s. 133-134; KEYMAN, Selâhattin: age., s.3-5; SÖZÜER, Âdem: agb., s.223-224; ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s. 902; DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.217; KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: age., s.588-589.

⁹ Affin leh ve aleyhindeki görüşler için bkz.: ÖZEK, Çetin: agm., s.136-138; KEYMAN, Selâhattin: age., s. 14-41; DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.212-216; EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.931-933; ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s. 902-903; DEMİRBAŞ, Timur: age., s.697-698; KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: age., s.589-590; DEMİRBAŞ, Timur: agb., s.79-80; SANCAR, Türkân Yalçın: agb., s.152-156; CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Yedinci Bası, İstanbul Kasım 2011, s.734-735, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.; DURSUN, Hasan: "Af Kavramına Genel Bir Bakış", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.85, Y.2009, s. 374-383.

¹⁰ TOROSLU, Nevzat: age., s.457.

¹¹ KEYMAN, Selâhattin: age., s.42.

¹² BARTHÉLÉMY, Joseph-Paul DUEZ: Traité De Droit Constitutionnel, Yeni Bası, Paris 1933, s.754 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.42).

¹³ KEYMAN, Selâhattin: age., s.43.

işlemdir¹⁴. Hukukî niteliği itibarıyla “amnistie” genel affa, “grâce” özel affa benzemektedir¹⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran genel af (Türk Ceza Kanunu md. 65/1) ve hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son veren veya infaz kurumunda çektirilecek süreyi kısaltan ya da hapis cezasını adli para cezasına çeviren özel af (Türk Ceza Kanunu md. 65/2) olmak üzere iki çeşit af vardır¹⁶.

Genel ve özel af ilânına karar vermek yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin yetkisindedir (1982 Anayasası md.87). Bununla birlikte devlet başkanı olan Cumhurbaşkanı; sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisine sahiptir (1982 Anayasası md. 104/b-13)¹⁷.

II. AFFIN MECBURİLİĞİ İLKESİ KARŞISINDA BİREYİN AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKI

Genel ve özel affın ortak özelliklerinden en önemli ikisi, affın mecburiliği ve geri alınmazlığı prensipleridir¹⁸. Bu çalışmada ise konumuzu ilgilendirdiği kadarıyla affın mecburiliği ilkesine değinilecektir.

Affın mecburiliği ilkesi; bireyin affın uygulanmasına engel olamaması, affın sonuçlarının doğabilmesinin bireyin kabulüne bağlı olmaması, bireyin aftan faydalanmak zorunda olması anlamına gelmektedir¹⁹. Bir diğer ifadeyle bireyin; aftan yararlanıp yararlanmama konusunda seçim hakkına sahip olmasını

¹⁴ GÖZLER, Kemal: “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.301.

¹⁵ Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Lüksemburg, Norveç, Portekiz, Türkiye ve Yunanistan’da af yetkisi hakkında anayasal düzenlemeler ve karşılaştırmalar için bkz. GÖZLER, Kemal: agb., s.306-329.

¹⁶ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013, s.832, Seçkin Yayınevi; ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s.906; TOROSLU, Nevzat: age., s.457; HAKERİ, Hakan: age., s.673; DEMİRBAŞ, Timur: age., s.700-701; KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: age., s.591.

¹⁷ Türk hukukunda 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda affa ilişkin hüküm yer almıştır. 1876 tarihli Anayasa’nın 7. maddesi ile padişaha özel af yetkisi tanınmasına rağmen 1909 değişiklikleriyle bu yetkinin Genel Meclis’in onayı ile padişaha ait olması öngörülmüştür. 1921 Anayasası’na bu konuda hüküm konulmamıştır. 1924 Anayasası’nın 26. maddesi uyarınca ise yasama organına af yetkisi verilmiştir. CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: age., s.734.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. KEYMAN, Selâhattin: age., s.47.

¹⁹ DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.217; ARTUK, Mehmet Emin - Ahmet GÖKCEN- Caner YENİDÜNYA: age., s.907.

ifade etmektedir²⁰. Bu ilke aftan yararlanmayı reddetme hakkının tanınıp tanınmayacağı tartışmalarını doğurmuştur. Tartışmalar özellikle genel af üstünde yoğunlaşmıştır. Doktrinde özel af açısından neredeyse oybirliği halinde affin mecburîliği ilkesi benimsenmiştir²¹.

1. Genel Affın Mecburîliği İlkesi ve Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı

Genel affın reddedilemeyeceği görüşü doktrinde büyük bir çoğunluk tarafından savunulmaktadır²². Bu görüşü savunanların ilk gerekçesi, genel affın kamu menfaati ile ilgili olmasıdır. “Esasen genel yarar düşüncesine dayanan bir yasama veya yürütme tasarrufunun kişinin isteği ile uygulanıp uygulanmaması, anlaşılması mümkün olmayan bir husustur.”²³ Bu sebeple kamu düzeninden sayılacak olan genel af, ilgili kimselerin iradelerine rağmen birey üzerinde etkisini gösterir. Bir sanığın masumiyetini ispat gerekçesiyle bile genel affı reddetmesi mümkün olamaz²⁴. Eğer sanığa affa rağmen kovuşturmanın devamını talep etmesi hakkı tanınırsa, bir an evvel ortadan kaldırılması istenen ihtilâflar birkaç kişinin menfaati uğruna uzayıp gidecektir²⁵. Genel af gibi siyasî bir işlem söz konusu olunca özel menfaatler, kendilerinden daha üstün olan menfaatlerin karşısında ihmal edilmelidir²⁶.

Genel affın reddedilemeyeceğini savunanların bir diğer gerekçesi genel affın bir yasama işlemi olması ve uygulanmasının zorunluluğudur. Genel af kanun şeklindedir ve bu durum genel affın kayıtsız şartsız uygulanması gerekeceğini göstermektedir²⁷. Bununla birlikte bu af kanununa açık bir hüküm koymak suretiyle birey affı reddetme hakkı tanınması mümkündür²⁸.

Genel affın reddedilebileceğini savunanların gerekçeleri şöyledir: Af gibi bir lütfun ilgililerin iradelerine rağmen bahşedilmesi kabul olunamaz. Özellikle âdi suçlarda haksız şekilde yargılanan bir kimsenin mahkeme kararı ile ma-

²⁰ CENTEL, Nur - Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: age., s.735.

²¹ KEYMAN, Selâhattin: age., s.46; DURSUN, Hasan: agm., s.396.

²² EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.943.

²³ DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.217.

²⁴ TAHON, René: L'Amnistie Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1940, No: 1, s.11 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s. 47).

²⁵ CHOMETTE, Henri: De L'Amnistie, Paris 1898, s.45 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.47).

²⁶ HÉLIE, M. Faustin: Traité de L'Instruction Criminelle, C. II, Second Edition, Paris 1886. s. 721 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.48).

²⁷ MERAY, Seha L.: Ceza Hukukunda Af (Konusu Üzerine Bir Deneme), Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1944, s.30.

²⁸ DÖNMEZER, Sulhi-Sahir ERMAN: age., s.217; ARTUK, Mehmet Emin- Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s.907-908; SANCAR, Türkân Yalçın: agb., s.158; SÖZÜER, Âdem: agb., s.225.

sumiyetini ispat etmesi engellenemez.²⁹. Çünkü cezadan kurtulan sanık daima bir itham altında kalacaktır. Halbuki suçsuzluğunun ortaya çıkacağından emin olan sanıklar, davanın sonuçlandırılmasını ve kendilerine yönelik ithamdan kurtulmayı isterler. Bu psikolojik bir ihtiyaçtır³⁰. Dava sonuçlandıktan sonra mahkûm olanlar, yine ceza görmeyip aftan yararlanmış olurlar. Bu durumda kanunun kayıtsız şartsız uygulanması ilkesi ihlâl edilmeyecektir³¹.

Kamu menfaatine dayanan genel affın reddedilemeyeceği düşüncesi kamu menfaati ölçütüne başvurmak suretiyle fert hak ve hürriyetlerini ihlâl etmektedir³². Ayrıca affın reddedilememesi halinde şahsın haksız yere tutuklandığını gerekçe göstererek tazminat talep etme hakkı da ortadan kalkmaktadır³³. Ceza adaletinin insan şahsiyetine daha fazla değer vermeğe yönelik eğilimi red hakkını fazlasıyla açıklayabilmektedir. “Af”la sadece toplumun ilgili olduğu tezi gerçeği yansıtmamaktadır. Çünkü sanık haksız da olsa affı kabûle zorlanması “hukuk” değildir. “Toplum faydası” için kişiyi feda etmek ümanist ceza hukuku ve hukukun üstünlüğü anlayışıyla bağdaşmamaktadır³⁴. Bununla birlikte red hakkının tanınması halinde sanıklardan birçoğunun bu yola başvuracağını gösteren bir delile rastlanmamaktadır. Bu sebeple de, birkaç kovuşturmanın devam etmesinin kamu menfaatini ne derecede bozacağı belli değildir³⁵.

2. Özel Affın Mecburîliği İlkesi ve Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı

Özel affın mecburîliği konusunda ciddi tartışmalar yoktur. Özel affı reddetmek söz konusu olamaz³⁶. Buna rağmen özel affın da bir lûtf teşkil ettiği ve hiç kimsenin bir lûtfu kabule zorlanamayacağı savunulmuştur³⁷. Ancak özel af sosyal fayda gözetilerek çıkarıldığından keyfi bir merhamet işlemi olarak kabul edilemez³⁸. Ayrıca cezaların infazı hususu kamu düzenindedir. Hükümlünün,

²⁹ MAJNO: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları Şerhi, C. 1, İstanbul 1927, s.472-473, Vatan Matbaası (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.49).

³⁰ ÖZEK, Çetin: agm., s.171-172.

³¹ KEYMAN, Selâhattin: age., s.49.

³² KEYMAN, Selâhattin: age., s.49.

³³ İNCEOĞLU, Sibel: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.70.

³⁴ EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: age., s.943.

³⁵ KEYMAN, Selâhattin: age., s.51.

³⁶ CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: age., s.736.

³⁷ RULLEAU, Charles: De La Grâce En Droit Constitutionnel, Bordeaux 1911, s.64 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.52).

³⁸ VABRES, Henri Donnedieu de: Traité Élémentaire de Droit Criminel et de la Législation Pénal Comparée, Paris, s.561 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.52).

hakkında verilmiş cezayı çekmek bakımından bir kazanılmış hakkı bulunmamaktadır³⁹. Aynı hususlar devlet başkanı tarafından çıkarılan af kararlameleri açısından da geçerlidir⁴⁰.

Amerikan hukukunda özel affin mecburîliği her zaman kabul edilmemektedir. “Common law” affin geçerliliğini, kabul şartına bağlamıştır, hükümlüye affi reddedip etkisiz hale getirme hakkını tanımıştır. Buna rağmen Yüksek Mahkeme (Supreme Court) 1927 yılında vermiş olduğu bir kararda mahkûmun istememesine, yani aksi yönde iradesine rağmen Başkan’a ölüm cezasını müebbet hapse çevirme yetkisi vermiştir⁴¹. Yüksek Mahkeme’nin bu kararına göre, affi özel şahıslar için çıkartılmış bir merhamet tasarrufu olarak kabul etmemek gerekir. Çünkü af gerçekte anayasal bütünün bir parçasıdır. Başkan’a böyle bir tasarruf yetkisi verilmek suretiyle, evvelkinden daha hafif bir ceza verilmesinin kamu yararı açısından daha faydalı olduğu kabul edilmelidir⁴².

Aftan yararlanan kişi, özel affin iyileştirme görünümü altında kendi durumunun ağırlaştırıldığını iddia ederse bireye özel aftan yararlanmayı reddetme hakkı verilebilecek midir? Fransa’da meydana gelen bir olayda bir asker ölümüne mahkûm edilmiştir. Sanığın cezası müebbet kürek cezasına çevrilmiştir. Asker, kürek cezasında rütbe kaybı yaşayacağını gerekçe göstererek eski cezasının tekrar verilmesini talep etmiştir. Ölüm cezasının uygulanması halinde rütbelerine dokunulmayacaktır. Sanık asker, askerlik şerefini hayatına tercih ettiğini ileri sürmüştür. Ancak söz konusu talep Fransız Devlet Şûrası tarafından “özel af hükümet tasarrufudur” denilerek reddedilmiştir⁴³.

III. 10 ARALIK 1948 TARİHLİ İNSAN HAKLARI EVRENSEL BEYANNAMESİ AÇISINDAN BİREYİN AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKI

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin⁴⁴ muhtelif maddelerinde “itibar (dignity)” kavramı geçmektedir. 1. maddede bütün insanların onur ve hakları

³⁹ MERAY, Seha L.: age., s.48; SOYASLAN, Doğan: agb., s.427.

⁴⁰ KEYMAN, Selâhattin: age., s.52.

⁴¹ CORWIN, Edward Samuel: The Constitution and What It Means Today, New Jersey 1948, s. 98 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.53); GÖZLER, Kemal: agb., s.307.

⁴² ROTTSCHAEFER, Henry: Cases on Constitutional Law, Minn. 1939 (Nakleden: KEYMAN, Selâhattin: age., s.53).

⁴³ ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: age., s. 911, dipnot 44; SOYASLAN, Doğan: agb., s.427.

⁴⁴ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarih ve 217A (III) sayılı kararıyla ilân edilmiştir. Türkiye’de 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabûl edilmiş ve bu karar 27 Mayıs 1949 tarihli ve 7217 sayılı R.G.’de yayınlanmıştır.

bakımından eşit olduğu, 22. maddede herkesin onur ve kişiliğinin serbestçe gelişimi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahip olduğu, 23. madde'nin 3. fıkrasında herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır... âdil ve elverişli bir ücrete hakkı olduğu ifade edilmektedir.

“İtibar (dignity)” kavramı doğrudan kullanılmamakla birlikte bazı maddelerin; dolaylı da olsa “bireyin aftan yararlanmayı reddetme hakkı”na dayanak yapılabilecek anlam ve içerikte olduğu gözükmektedir.

Meselâ 8. madde herkesin; temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkı olduğunu düzenlemektedir.

10. madde herkesin; kendisine bir suç yüklenirken, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkemede hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı olduğunu ifade etmektedir.

11. madde ise kendisine suç yüklenen herkesin; savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılamaya hakkı olduğuna değinmektedir.

Bu hükümler topluca yorumlandığında; kendisine suç yüklenen bir kimşenin henüz yargılanma aşamasında, kendisinin bir af kanunu ile rızası hilâfına affedilmesinin bu maddelerin ruhuna ve hattâ lâfzına aykırı olduğunu düşünüyoruz. Çünkü savunma hakkı, yargılanma hakkı, daha doğrusu yargılanma aşamasının devam ettirilerek sona erdirilmesi hakkının verilmemesinin ve bunun tabîî sonucu olarak kişinin beraat edebileceği bir konuda yargılanma sürecinden af çıkararak devletin vazgeçmesinin, kendisine aftan yararlanmayı reddetme hakkı verilmemesinin, o insanın “onur hakkı”nın rencide edilmesine sebep olacağı kanısındayız.

IV. ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN BİREYİN AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKI

Bireyin affi reddetme hakkı olmalıdır. Affi reddetme hakkı anayasal bir haktır.

1. Cumhuriyetin Nitelikleri (Anayasa md. 2) ve İnsan Haklarına Saygılı Hukuk Devleti Kavramı

Anayasa'nın “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı 2. maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına saygılı bir hukuk devletidir.”

Hukuk devletinin unsurlarından biri olan ve aynı zamanda hukuk devleti kavramı ile iç içe girmiş bulunan insan hakları, kavram olarak çok boyutlu bir yapıya sahip olmakla birlikte, kısaca; kişinin sırf bir insan olduğu için sahip bulunduğu haklardır. Bu haklar aynı zamanda en üstün ahlâkî değerleri güvence altına alırlar.

İnsan hakları insanın kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerdir. Bu temel hak ve hürriyetler aynı zamanda insan haklarının yürürlükte bulunan hukuktaki benimsenmiş olan ilkeleridir.

İnsan hakları sayılan "temel haklar"a örnek olarak: İşkenceye karşı korunma, ifade, basın ve toplanma hürriyetleri, keyfi yakalama ve tutuklanmaya karşı korunma, düşünce ve din özgürlüğü, kanun önünde tanınma ve kendini savunma gibi haklar gösterilmektedir. Kanaatimizce kanun önünde aklanmayı istemek de savunma hakkının doğal sonucu olması bakımından insan haklarındandır.

Aftan yararlanmak istemeyenlerin soruşturma veya yargılanma sonunda beraat etmeleri, yalnız kendileri bakımından değil, toplum bakımından da olumlu sonuçlar doğuracaktır.

2. Devletin Temel Amaç ve Görevleri (Anayasa md. 5)

Devletin varlığının korunması, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun sağlanması, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan her türlü engellerin kaldırılması devletin temel amaç ve görevleri arasındadır. Bu itibarla mağdur olduklarını düşünenler bakımından suçlu olduklarını iddia ettikleri kişilerin yargılanıp cezalarını görmeleri ve kendilerinin suçsuz olduğunu iddia edenlerin de yargılanma sonunda hükmen aklanmalarının sağlanması devletin görevidir.

Bu hale göre, affi reddetme hakkı, hem mağdurların, hem de aklanacakları kanısıyla sanıkların ve sonuçta toplumun huzurunu ve mutluluğunu sağlayacaktır.

Diğer yandan devlet, affi reddetme hakkını tanımak suretiyle; devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen hükme göre yukarıda belirttiğimiz hususlardan ayrı olarak insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartlardan birini de hazırlamış olacaktır.

3. Kanun Önünde Eşitlik (Anayasa md. 10)

Yargılanması devam etmekte olan bireye affi reddetme hakkı verilmeyerek bir eşitsizliğe sebep olunmaktadır: Aynı tarihlerde benzer suçları işlediği düşünülen iki kişi farklı mahkemelerde yargılanmakta iken, bir mahkeme diğerine nazaran daha hızlı çalışmakta ise, bu sanık savunma hakkını kullanarak beraat etmiş olabilecek, diğeri ise beraat etmesi mümkün iken savunma hakkını kullanmadan affa uğrayarak, beraat etme imkânından mahrum kalacaktır.

4. Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü (Anayasa md. 11)

Bireylerin isteklerine bakılmaksızın davanın açılmasını veya kesin hükme bağlanmasını erteleyerek, yargılanma ve beraat etme haklarının ellerinden alınması şeklindeki düzenleme; anayasalarda yer alan "insan haklarına saygılı olma,

kanun önünde eşitlik, hak arama hürriyeti, savunma hakkı" gibi hükümlere uygulanma alanı bırakmadığı için; Anayasa'nın bütün organlarını bağlayan ve kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı hükmünü getiren 11. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

5. Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği (Anayasa md.12)

Herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu için kanaatimizce bir insan hakkı olarak kabul ettiğimiz yargılanma ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkı kişinin rızası hilâfına elinden alınamamalıdır; bu hak kutsaldır, en vazgeçilemez temel haktır.

6. Kişinin Dokunulmazlığı, Maddî ve Manevî Varlığı (Anayasa md.17)

Herkesin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirmeyi düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesini yine insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesine devletin görevleri açısından değinen Anayasa'nın 5. maddesi ile bağlantılı olarak yorumladığımızda yargılanmayı istemek, savunma hakkını kullanmak, beraat etmesi mümkün bir suç dolayısıyla genelde lütuf olarak kabul edilen "af"tan yararlanmayı reddetmek kişinin manevî varlığını korumasının tabii bir sonucudur.

Son yıllarda uluslararası hukukta dile getirilen "itibar hakkı" bu hükümde yer alan kavramları da kapsamaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2007 yılında özel hayata saygı gösterilmesi hakkının gelişimini etkileyecek bir karar⁴⁵, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin⁴⁶ bir şahsın itibarına uygulanmasını kabul etmiştir. "İtibar hakkı"nın ulusal mahkemelerce korunması yükümlülüğünü getiren Mahkeme, bu hakkın, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ifade etmiştir⁴⁷.

⁴⁵ Pfeifer-Avusturya davası, Başvuru No.12556/03, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["Pfeifer"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-83294"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (Erişim tarihi: 30.09.2013).

⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 8: Özel ve aile hayatına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

⁴⁷ ROAGNA, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (Türkçeye çeviren: Ayşe Gül Alkış SCHÄLING), Strazburg 2012, s.18-19, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları.

7. Hak Arama Hürriyeti, Âdil Yargılanma Hakkı ve Savunma Hakkı (Anayasa md. 36)

Anayasa'nın 36. maddesi herkesin yargı mercileri önünde savunma hakkına sahip olmasını düzenlemiştir. Af kanunu gereğince sanık; hakkında takibata geçilmemiş veya dava açılmamış veya henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemişse, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelendiği için hak arama hürriyetini ve en tabî bir insan hakkı olan savunma hakkını kullanamayacaktır.

Kaldı ki; 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın 36. maddesine herkesin - hak arama hürriyeti bakımından - sahip olduğu haklara "âdil yargılanma hakkı"da⁴⁸ eklenmiştir⁴⁹.

Affi reddetme hakkı verilmeyerek kişinin savunma hakkından mahrum bırakılması aynı zamanda temel hak ve hürriyetleri düzenleyen Anayasa'nın 12. maddesine de aykırıdır.

8. Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar (Anayasa md. 38)

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağını düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesinin getirdiği "suçsuzluk karinesi" açısından zorla, rızası dışında affa uğratılarak yargılanmamak, savunma yapmak hak-

⁴⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.6:

1. Herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makûl bir sürede, âdil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Karar aleni olarak açıklanır Ancak duruşmayı izleyenler ve basın mensupları, çocuk ve gençlerin menfaatlerini veya tarafların özel yaşamlarının korunmasını gerektirmesi halinde ve adaletin zarar göreceği özel hallerde mahkemenin kesinlikle gerek olduğuna inandığı ölçüde, demokratik bir toplumdaki genel ahlâk, kamu düzeni veya ulusal güvenlik amacıyla duruşmanın tamamından veya bir bölümünden çıkarılabilir.

2. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır.

3. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse asgarî şu haklara sahiptir

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkında anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak derhal bilgilendirilme;

b) Savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve kolaylıklara sahip olma;

c) Kendisinin bizzat veya seçeceği bir avukat aracılığıyla savunma; avukata ödeme yapabilmek için yeterli imkânı yoksa ve adaletin yaranı gerektiriyorsa ücretsiz hukukî yardım alma;

d) Aleyhine olan tanıkları sorguya çekme ve sorguya çektilme, lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı şartlarda hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmelerini sağlama;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamıyor veya konuşmıyorsa, bir çevirmenden ücretsiz yararlanma.

⁴⁹ 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile eklenen ek ibare için bkz. 17 Ekim 2011 gün ve 24556 2. mükerrer sayılı R.G.

larından mahrum bırakılarak ömrü boyunca bir suç isnadının altında kalmak bu konudaki düzenlenmiş hükümlere de aykırıdır.

9. Ailenin Korunması (Anayasa md. 41)

Türk toplumu güçlü aile yapısına sahiptir. Dolayısıyla her anne, baba evlâtlarına şerefli, haysiyetli, temiz isim bırakmak ister. Çeşitli suçlardan dolayı takibat altında bulunan veya yargılanmakta olan kamu görevlileri veya siyasî, ekonomik ve sosyal hayattaki etkinlikleriyle toplumda adını duyurmuş bulunan kişilerin en tabîî hakları olan ve bir insan hakkı saydığımız beraat etme haklarını kullanmak üzere, aftan yararlanmayı reddetmek hakkı, yalnız kendilerini değil, bütün ailesini ve hatta gelmiş-geçmiş ve gelecek soyunu da ilgilendirmektedir. Kendisini yakînen bilmeyenler o şahsa aftan yararlanarak cezadan kurtulmuş bir suçlu gözüyle bakacaklardır.

Kaldı ki aile hakkı, kişinin aile fertlerine karşı hak ve ödevlerini de içerir. Bu açıdan baktığımızda henüz yargılama devam ederken çıkarılan/yürürlüğe konulan bir af kanunu ile bu yargılamanın ortadan kalkması, kişinin beraat etmesi sonucunu doğuracak bir davada, o kişinin yalnız toplum nezdinde değil, ailesi nezdinde de suçlu muamelesi görmesine neden olacaktır. Özellikle bu suçun yüz kızartıcı bir suç olması durumunda, kişi açısından doğuracağı sakıncalar daha da artmaktadır. Bu hal titizlikle korunması gereken aileyi temelinden sarsabilecektir.

Ayrıca; Anayasa'nın 90. maddesinin başlığı daha önce "Ailenin Korunması" iken 2010 yılında "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" olarak değişmiştir. O halde bu konuyu çocuk hakları bakımından ele aldığımızda da bir çocuk için şerefli bir anne babaya, daha doğrusu bir suç isnadından sonra lâyıkiyle aklanmış bir anne babaya sahip olmanın en tabîî hak olduğunu düşünüyörüz.

Kaldı ki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılan, Türkiye'nin de 4058 sayılı Onay Kanunu⁵⁰ ile onayladığı Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 16. maddesinin 1. fıkrasında da çocuğun onur ve itibarına değinilmektedir.

Bütün bunlara ek olarak unutmayalım ki; kişi muris sıfatıyla eşi ve evlâtlarına yalnızca mâmelek değil, manevî miras olarak şeref ve haysiyet de bırakır.

10. Milletlerarası Antlaşmalar (Anayasa md.90)

Anayasa'nın 90. maddesini de Anayasa'nın 36. maddesiyle birlikte değerlendirmek gerekir. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu düzenleyen Türk Anayasası'nın 90.

⁵⁰ 4058 sayılı Onay Kanunu için bkz. 11 Aralık 1994 gün ve 22138 Sayılı R.G.

maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti'nin onayladığı ve İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (11 No.lu Protokol ile Değişik Metin) "Âdil Yargılanma Hakkı" başlığını taşıyan 6. maddesine göre⁵¹ herkes âdil ve alenî olarak yargılanma hakkına sahiptir.

O halde rızası hilâfına aftan; zorunlu bir şekilde yararlandırılarak, âdil yargılanma hakkından mahrum bırakılmak da bu madde hükmü karşısında sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 15. maddesi de milletlerarası hukukun ihlâl edilmemesini öngördüğüne göre, iki maddeyi bir arada değerlendirmek gerekir.

Anayasa'nın 15. maddesi savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahî temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını kısmen durdurabilmesine veya Anayasada öngörülen tedbirleri alabilmesine milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlâl etmemek kaydıyla cevaz vermiştir. Halbuki milletlerarası hukukun tanıdığı âdil yargılanma hakkını yukarıda sayılan olağanüstü haller yokken herhangi bir af kanununun kişinin elinden alması Anayasaya tam anlamıyla aykırı olur.

V. TÜRKİYE'DE GENEL AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKININ DÜZENLENDİĞİ AF KANUNLARI

Aftan yararlanmayı reddetme hakkı; Türkiye'de şimdiye kadar ancak iki genel Af Kanununda, birinci Af Kanununa ek olarak çıkarılan Ek Kanunda, üç kez de disiplin cezalarının affı ile ilgili kanunlarda yer almıştır. Daha sonra çıkarılmış kanunlarda ise aftan yararlanmayı reddetme hakkı düzenlenmemiştir.

1. 26 Ekim 1960 gün ve 113 sayılı Af Kanunu

Türkiye Cumhuriyeti'nde bu hakkı düzenleyen ilk kanun 26 Ekim 1960 gün ve 113 sayılı Af Kanunu'dur⁵².

⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi için bkz. 48 no.lu dipnot.

⁵² 26 Ekim 1960 gün ve 113 sayılı Af Kanunu için bkz. 28 Ekim 1960 gün ve 10641 sayılı R.G.; Düstur 4. Tertip, C. I, s. 409. Kanunun ilgili hükmü şu şekildedir:

MADDE 1 - 27 Mayıs 1960 tarihine kadar işlenmiş olan suçlardan:

A) Taksirli cürümlerle kanunların yukarı haddi beş seneyi geçmeyen hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile yahut yalnız para cezası ile cezalandırıldığı veya müsadereyi veya bir meslek ve sanatın yapılmamasını veya bu cezalardan birini veya birkaçını istilzam eden fiiller hakkında takibat yapılmaz.

Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların affı kabûl etmemeye hakları vardır. Bu hakkını kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında tahkikat veya takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz.

113 sayılı Af Kanunu'nun birinci maddesinin affi kabul etmemeyi içeren ilgili fıkrası üç hususu düzenlemiştir:

Bu maddeye göre ilk olarak bu kanundan faydalanacak olanların affi kabul etmemeye hakları vardır.

İkinci olarak; bu hakkını kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında tahkikat veya takibata devam olunacaktır.

Nihayet üçüncü olarak da mahkûmiyet halinde bu hakkın kullanılmış olması aftan faydalanmaya engel olmayacaktır.

Aftan yararlanmayı reddetmek hakkı, süresiz olmamalı, belli bir süre içinde kullanılmalıdır. Nitekim söz konusu Kanunda 30 günlük süre bulunmaktadır.

2. 18 Kasım 1960 tarihli ve 134 sayılı “113 sayılı Af Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Hükümler Eklenmesine Dair Kanun”

134 sayılı Kanun'da⁵³, af hükmünden faydalanacak olanların affi kabul etmemeye haklarını Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullandıkları öngörülmüş, haklarında tahkikat ve takibata devam olunacağı düzenlenmiştir.

Affi reddetme hakkından faydalananın mahkûm olması halinde, bu hakkı kullanmış olması onun aftan faydalanmasına engel olmayacaktır.

B) Beş sene ve daha az hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olanlar fer'i ve mütemmim cezalar ile ceza mahkûmiyetlerinin neticelerine de şâmil olmak üzere affedilmiştir.

C) Beş seneden fazla hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olanların cezalarının üçte biri indirilir. Ancak indirilen miktar beş seneden az olamaz.

Bu kanun ile ilgili görüşmeler için bkz. T.C. Millî Birlik Komitesi Genel Kurulu Toplantısı, TBMM Tutanak Dergisi, C.2, Birleşim 28, 26.10.1960, 0: 1, s. 1-35.

⁵³ 18 Kasım 1960 gün ve 134 sayılı "113 sayılı Af Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Hükümler Eklenmesine Dair Kanun" için bkz. 22 Kasım 1960 gün ve 10661 sayılı R.G.; Düstur: 4. Tertip, C.1, s. 463. Kanunun ilgili hükmü şu şekildedir:

MADDE 1:.....

A).....

Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların, **affi kabûl etmemeye hakları** vardır. Bu hakkını Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında, tahkikat ve takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde, bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz.

Af Kanununa Ek Kanun Teklifi ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (2/117) için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Birleşim 33, 8.11.1960, 0: 1, s.11-23.

Bu kanun ile ilgili görüşmeler için bkz. TBMM Tutanak Dergisi Birleşim 35, 14.11.1960, 0: 2, s. 8-27.

3. 3 Ağustos 1966 tarihli ve 780 sayılı “Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun”

780 sayılı Kanun'da⁵⁴ da aftan yararlanmayı red hakkı, aynen 134 sayılı Kanundaki gibi düzenlenmiş, bir aylık kullanma süresi konulmuş, mahkûmiyet halinde ise aftan faydalanabileceği hükme bağlanmıştır.

4. 25 Aralık 1985 tarihli ve 3249 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun”

3249 sayılı Kanun⁵⁵ kapsamına giren disiplin cezalarına karşı, Kanun yürürlüğe girilmeden önce idarî yargı mercilerine başvurmuş olanlardan, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde davaya devam edilmesini istediklerini bildiren şahısların davalarına devam edilecektir.

Eğer dava davacının aleyhine sonuçlanırsa bu Kanunla getirilen af hükümleri uygulanacaktır.

5. 18 Haziran 1992 tarihli ve 3817 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun”

3817 sayılı Kanun'un⁵⁶ konumuzla ilgili hükümleri de aynen 3249 sayılı Kanun hükümleri gibi düzenlenmiştir.

⁵⁴ 3 Ağustos 1966 gün ve 780 Sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun için bkz. 9 Ağustos 1966 gün ve 12370 sayılı R.G. mükerrer; Düstur: 5. Tertip, C. 5-2, s. 2669. Kanunun ilgili hükmü şu şekildedir:

MADDE 1:.....

A).....

Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların, **affi kabûl etmemeye hakları vardır.** Bu hakkını Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında, tahkikat ve takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde, bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz.

⁵⁵ 25 Aralık 1985 gün ve 3249 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun” için bkz. 3 Ocak 1986 gün ve 18977 sayılı R.G.; Düstur: 5. Tertip, C. 25, s.123. Kanunun "**affi ret**" hakkını düzenleyen hükmü şu şekildedir:

MADDE 4. – Bu Kanunun kapsamına giren disiplin cezalarına karşı, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce idarî yargı mercilerine başvurmuş olanlardan, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine müracaat etmek suretiyle davaya devam etmek istediklerini bildirmeyenlerin davaları hakkında; görülmekte olan davalarda davayı gören mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştay'ca, “karar verilmesine yer olmadığına” ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde davaya devam etmek istediklerini bildirenlerin davalarının görülmesine devam olunur. Ancak davanın davacının aleyhine sonuçlanması halinde bu kanunla getirilen af hükümleri uygulanır.

⁵⁶ 18 Haziran 1992 gün ve 3817 sayılı “Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun” için bkz. 7 Temmuz 1992 gün ve 21277 sayılı R.G.; Düstur: 5.

6. 28 Ağustos 1999 tarihli ve 4455 sayılı "Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun"

4455 sayılı Kanun'un⁵⁷ konumuzu ilgilendiren hükümleri 3249 ve 3817 sayılı Kanunlarla aynı şekilde düzenlenmiştir.

VI. TÜRKİYE'DE GENEL AFTAN YARARLANMAYI REDDETME HAKKININ DÜZENLENMEDİĞİ AF KANUNLARI

1. Af Kanunları

Türkiye Cumhuriyeti'nde 26.10.1933'te çıkarılan 2330 sayılı Af Kanunu, 1938 tarihli ve 3527 sayılı Siyasî Suçlardan Hüküm Giyenlerle İstiklâl Mahkemesi Kararıyla Mahkûm Olanlar Hakkındaki Af Kanunu, 14.7.1950 tarihli ve 5677 sayılı Af Kanunu, 23.2.1963 tarihli ve 218 sayılı Af Kanunu, 9.8.1966 tarihli ve 780 sayılı Af Kanunu ve 15.5.1974 tarihli ve 1803 sayılı Af Kanunlarında aftan yararlanmayı reddetme hakkı düzenlenmemiştir⁵⁸.

Tertip, C.31. Kanunun 2. maddesi "affı reddetme hakkı"nı düzenlemiştir. Getirilen hüküm şu şekildedir:

MADDE 2: "Bu Kanunun kapsamına giren disiplin cezalarına karşı, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce idarî yargı mercilerine başvurmuş olanlardan, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine müracaat etmek suretiyle davaya devam etmek istediklerini bildirmeyenlerin davaları hakkında; görülmekte olan davalarda davayı gören mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştay'ca, "karar verilmesine yer olmadığına" ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde davaya devam etmek istediklerini bildirenlerin davalarının görülmesine devam olunur. Ancak davanın davacının aleyhine sonuçlanması halinde bu kanunla getirilen af hükümleri uygulanır".

⁵⁷ 28 Ağustos 1999 gün ve 4455 sayılı "Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun" için bkz. 3 Eylül 1999 gün ve 23805 sayılı R.G.; Düstur: 5. Tertip, C. 38. Kanunun "affı ret hakkı"nı düzenleyen hükmü şu şekildedir:

MADDE 2. -Bu Kanunun kapsamına giren ve 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenmiş disiplin suçları nedeniyle verilmiş olan disiplin cezalarına karşı, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde dosyanın bulunduğu yargı merciine müracaat etmek suretiyle davaya devam etmek istediklerini bildirmeyenlerin davaları hakkında; görülmekte olan davalarda davayı gören mahkemece, karar temyiz edilmiş ise Danıştay'ca, "karar verilmesine yer olmadığına" ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde davaya devam etmek istediklerini bildirenlerin davalarının görülmesine devam olunur. Ancak davanın davacının aleyhine sonuçlanması halinde bu kanunla getirilen af hükümleri uygulanır.

Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun Tasarısı ile aynı mahiyetteki Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 160, Dönem 21, Yasama Yılı: 1, s. 1-19.

⁵⁸ DEMİRBAŞ, Timur: age., s. 702.

2. Dolayısıyla Af Kanunları

Doğrudan doğruya af ile ilgili görünmeyen diğer bazı kanunlar ise şartlı salıverilme ve ertelemeyle ilgili hükümleri içermekte ve “dolayısıyla af kanunu” olarak değerlendirilmektedirler⁵⁹.

1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 28.8.1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun, 21.12.2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’da da aftan yararlanmayı reddetme hakkı düzenlenmemiştir⁶⁰.

Dört maddeden oluşan 4616 sayılı Kanunun, konumuz açısından 1. maddesinin 3. ve 4. fıkraları eşitlik ilkesine aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 4. fıkraı kısmen iptal etmiştir.

8 Aralık 2000 gün ve 4610 sayılı Kanunun Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresinin⁶¹ 3. maddesinde kanunda yer alan üst sınırı on yılı geçmeyen cezaları gerektiren suçlarda dava açılması ve kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi, ilgililere; istemeleri halinde yargılanmalarının sürdürülüp aklanmaları olanağının tanınmaması, veto gerekçelerinden biri olarak yer almaktadır.

Cumhurbaşkanına göre 4610 sayılı Kanun; Anayasanın eşitlik ilkesine, hukuka, adalete, toplum huzurunu sağlamaya yönelik değildir ve toplum vicdanını incitecek niteliktedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu’nun 18.12.2000 tarihli raporuna göre⁶² affi ret hakkı pek az kanunda yer almıştır. Bu hakka çok sayıda af kanununda ise yer verilmemiştir. Bu kurumun uygulanması halinde öngörülen ceza sınırları itibariyle kanundan yararlanma imkânı getirdiği için mahkemelerin gereksiz yere uğraştırılmaması düşüncesi ağırlık kazanmıştır. Rapora göre “... Affi ret imkânı tanınmalı, tercih imkânı verilmelidir.” Anayasa Komisyonu raporuna karşı oy görüşü koyanlara göre de:⁶³ “..... Affi ret hakkının

⁵⁹ DEMİRBAŞ, Timur: age., s. 702.

⁶⁰ 21 Aralık 2000 gün ve 4616 sayılı Kanun için bkz. 22 Aralık 2000 gün ve 24268 sayılı R.G.

⁶¹ Tezkere için bkz. Cumhurbaşkanlığının 15.12.2000 gün ve B.01.0.KKB.01 KAN.KAR.: 39-18/A-1-2000-984 sayılı ile TBMM Başkanlığı’na gönderdiği yazı için bkz. TBMM Tutanak Dergisi S. Sayısı 567, Dönem 21, Yasama Yılı 3, s.1-5.

⁶² TBMM Anayasa Komisyonu’nun 18.12.2000 gün ve Esas No: 1/792, Karar No: 6 sayılı raporu için bkz. TBMM Tutanak Dergisi S Sayısı: 567, Dönem 21, Yasama Yılı 3, s. 5-9.

⁶³ TBMM Anayasa Komisyonu Raporunun 18.12.2000 gün ve Esas No: 1/792 Karar No: 6 sayılı karara karşı oy için bkz. TBMM Tutanak Dergisi S. Sayısı: 567. Dönem 21, Yasama Yılı 3, s.8-9.

tanınmaması bir kusurdur. Bu anlayış; temiz siyaset, saydam yönetim, insan hakları ve hukukun üstünlüğü değerleri içinde savunulamaz. 'Affin mecburîliği' klâsik görüşü, aşılmaz ve yeni değerlere göre terk edilemez bir prensip değildir. Yasama aslî bir yetki olarak (1982 Anayasası md. 7) Anayasa ile bağlıdır (1982 Anayasası md. 11)”. Kanun Adalet Komisyonunda aynen, ancak oyçokluğu ile kabul edilmiştir⁶⁴. Ama yine de bu kanunda affi ret hakkı yer almamıştır.

2000 tarihli Af Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra aftan yararlanmayı reddetme talepleri olmuş ve kabul edilmiştir⁶⁵.

Herkesin kanun önünde eşit olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi karşısında 4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrası incelendiğinde çeşitli açılardan eşitliğe aykırı durumlar ortaya çıkmaktadır:

İlk olarak; bu kanun kapsamına girmeyen suçlar için, yapılan yargılama sonucunda mahkemelerin sanıklar hakkında beraat kararı verebilmesi mümkün olacak, 4616 sayılı Kanun kapsamına giren suçların bir kısmı için ise, 4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrasındaki şartlar oluştuğu takdirde, beraat kararı verilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁶.

İkinci olarak; 4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 3. fıkrasının b bendinin 2. paragrafına göre ölüm, müebbet ağır hapis ve üst sınırı 10 yılı aşan şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen suçlardan dolayı haklarında henüz takibata geçil-

⁶⁴ TBMM Adalet Komisyonu'nun 19.12.2000 gün ve Esas No: 1/792, Karar No: 5 Sayılı Raporu için bkz. TBMM Tutanak Dergisi S. Sayısı: 567, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, s.10-12.

⁶⁵ Tokat Asliye Ceza Mahkemesi 19 Mart 2001 tarihli dilekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurmuştur.

Asliye Ceza Mahkemesi taksirle ölüme neden olmak suçundan sanık hakkında açılan kamu davası nedeniyle yapılmakta olan yargılama sırasında 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe giren 4616 sayılı Af Kanunu gereğince ertelemeye tâbi olmuştur. Sanık vekili müvekkilinin beraat etmesi gerektiği kanaatinde olduğunu, 4616 sayılı Kanun ile yargılanma ve beraat etme hakkının ellerinden alındığını, bu düzenlemenin Anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, bu Kanundaki Anayasaya aykırılığın giderilmesi için mahkeme tarafından başvuruda bulunulmasını talep etmiştir.

İddia makamı, 4616 sayılı Af Kanunu kapsamına giren suçla ilgili olarak sanıkların, bu Kanun hükümlerinin kendilerine uygulanmasını kabul etmeyerek, beraatlerine karar verilmesini isteme haklarının 4616 sayılı Kanun nedeniyle ellerinden alındığını, bunun insan haklarına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme isteği uygun görmüştür.

⁶⁶ 4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrasının 2. bendi şöyledir: “Erteleme konusu suç kabahat ise bir yıl, cürüm ise 5 yıl içinde bu kabahat veya cürüm ile aynı cins veya daha ağır şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlendiğinde, erteleme konusu suçtan dolayı da dava açılır veya daha önce açılmış bulunan davaya devam edilerek hüküm verilir. Öngörülen süreler, erteleme konusu kabahat veya cürüm ile aynı cins veya daha ağır şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlenmeksizin geçirildiğinde, ertelemeyen yararlanan haklarında kamu davası açılmaz, açılmış olan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilir.”

memiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış olan sanıkların yargılamaları yapılacaktır.

Hâlbuki şahsî hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı 10 yılı geçmeyen suçlardan dolayı haklarında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına gelinmiş olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemiş olanlar için, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenecektir.

İşte bu düzenlemede 1. maddenin 3. fıkrasına göre; 4. fıkra kapsamına girilen suçlardan daha ağır cezayı gerektiren suçları işleyen sanıkların – yargılanmalarına devam edileceği için beraat edebilme ihtimalleri mümkün iken; 4. fıkradaki daha az cezayı gerektiren suçları işleyen sanıkların –fıkra hükümlerine göre davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelendiği için- beraat etme hakları bulunmamaktadır ve toplum huzurunda aklanmamış kimseler olarak zan altında bırakılmaktadırlar.

Bu durum Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırıdır.

Üçüncü olarak affi reddetme hakkı verilmeyerek bir başka eşitsizliğe daha sebep olunmaktadır: Daha önce de bahsettiğimiz üzere aynı tarihlerde benzer suçları işlediği düşünülen iki kişi farklı mahkemelerde yargılanmakta iken, bir mahkeme diğerine nazaran daha hızlı çalışmakta ise, bu sanık savunma hakkını kullanarak beraat etmiş olabilecek, diğeri ise savunma hakkını kullanmadan beraat etmesi mümkün iken affa uğrayarak, beraat etme imkânından mahrum kalacaktır.

4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrasındaki daha ağır cezayı gerektiren suçları işleyenlere yargılanma hakkı verip beraat edebilmelerini mümkün kılan, ancak daha az cezayı gerektiren suçları işleyenlere, isteklerine bakılmaksızın davanın açılmasını veya kesin hükme bağlanmasını erteleyerek, yargılanma ve beraat etme haklarının ellerinden alınması şeklindeki düzenleme; Anayasa'da yer alan “insan haklarına saygılı olma, kanun önünde eşitlik, hak arama hürriyeti, savunma hakkı” gibi hükümlere uygulanma alanı bırakmadığı için; Anayasanın bütün organlarını bağlayan ve kanunların Anayasa'ya aykırı olmayacağı hükmünü getiren 11. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 4. fıkrası gereğince sanık; hakkında takibata geçilmemiş veya dava açılmamış veya henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemişse, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelendiği için hak arama hürriyetini ve en tabii bir insan hakkı olan savunma hakkını kullanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi Kanunun bazı maddelerini iptal etmiştir⁶⁷.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesinin 18.7.2001 tarihli ve E.2001/4, K.2001/332 sayılı kararı için bkz. 27 Ekim 2001 gün ve 24566 sayılı R.G.

5.4.2012 tarihli ve 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ve Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun, 24.1.2013 tarihli ve 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunlarda da⁶⁸ dolaylı olarak af hükümleri yer almakta, ancak affi red ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

SONUÇ

2000 yılında kapsamlı “dolaylı af kanunu”nun çıkarılması⁶⁹ söz konusu olduğu zaman Türk kamuoyu affin çıkmasını isteyenlerle, istemeyenlerin tartışmasına sahne olmuştur.

Gelecekte çıkarılacak af kanunları üzerinde "kapsam" bakımından çok dikkatli olunmalıdır. "Barış" yerine "kavga" getirecek bir af kanunu toplumun değer yargılarını her bakımdan zedeleyecektir.

Anayasaya göre affa tâbi olmayan suçları oluşturan fiillerin çarpıtılarak affa dahil edilmesi, devletin birlik ve bütünlüğünü, cumhuriyetin temel niteliklerini zaafa uğratacak şekilde yapılmamalıdır.

Bu bakımdan kanaatimizce af için şartlar olduğu zaman ortalama bir yol olarak "af" değil, bir "erteleme kanunu" çıkarılması daha doğru olacaktır. Yani aftan yararlanarak cezaevinden çıkanlar, muayyen bir süre içerisinde tekrar suç işledikleri takdirde daha önce affa uğramış olan cezalarını da çekeceklerdir.

"Erteleme" veya "şartlı af", aftan yararlananlar için caydırıcı bir yol olacağı gibi, kamu vicdanını da kısmen tatmin etmekte veya affa karşı olanları en az rahatsız eden yol olarak gözükmektedir.

Genel aftan faydalanmayı reddetmek hakkı bir anayasal haktır. Bu durumu göz önünde bulundurarak doktrinde yer alan ve bizim de katıldığımız önerileri şöyle sıralayabiliriz:

- “Affi kabul etmeme” hakkı, genel bir hüküm olarak ceza kanunlarına ilâve edilmelidir⁷⁰. Bu mümkün olmazsa aftan faydalanmayı reddetmek hakkı her

⁶⁸ DEMİRBAŞ, Timur: age., s. 702-704.

⁶⁹ Bkz. VII/2 ve 56 no.lu dipnot.

⁷⁰ KEYMAN, Selâhattin: age., s.51; ALACAKAPTAN, Uğur: “780 Sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII-XXIII, S.1-4, 1965-1966, s. 33.

bir af kanununda yer almalıdır⁷¹. Çünkü bireyin affi reddetme hakkı bir anayasal hak, daha doğrusu geniş anlamıyla bir insan hakkı, “itibar hakkı”dır.

- Sanığın hüküm kesinleşinceye kadar affi kabul hakkı bulunmalıdır. Bu suretle affi red için süre konulmasına ihtiyaç kalmayacaktır⁷².
- Davayı düşürecek bir sebebin sonradan meydana gelmesi halinde, sanığın suçsuz olduğu hakkında yeterli derecede delil varsa, hâkim davanın düşmesine değil, sanığın beraatına karar vermelidir. Bazı ülkelerin usûl kanunlarında⁷³ bu yönde hüküm bulunmaktadır⁷⁴.
- Aftan yararlanmayı reddetme hakkı sanıklar için kabul edilirken mahkûmiyet kararı kesinleşmiş olanlara bu hak verilmezse ve eğer failin fiili işlemeye dair kuvvetli deliller varsa ve yargılamanın yenilenmesini (iade-i muhakeme) gerektirecek durumlar mevcutsa, haksızlıklar ortaya çıkar. Çünkü genel aftan yararlanmış bir mahkûmun, cezadan kurtulmasına rağmen toplumun gözünde suçlu gibi görüldüğü bir gerçektir. Bu nedenle mahkûm aftan yararlanmış olsa bile yargılamanın yenilenmesini talep edebilmeli ve bu yönde mevzuat değişiklikleri yapılmalıdır^{75,76}.
- Aynı durumda olan sanıklardan birinin affi red, diğerinin kabul ettiği durumlarda, reddeden yargılama sonucunda beraat ederse -affi kabul eden şahsın suçluluğunu kabul etmiş gibi görünmemesi için- “lehe bozmanın siyaseti” gibi bir müessese kabul edilmelidir⁷⁷.

⁷¹ ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: *age.*, s.907-908; SANCAR, Türkân Yalçın: *agb.*, s.158; SÖZÜER, Âdem: *agb.*, s.225.

⁷² EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: *age.*, s.944.

⁷³ Örneğin 10.10.1930 tarihli İtalyan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 152. maddesi.

⁷⁴ EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: *age.*, s.944.

⁷⁵ ÖZEK, Çetin: *agm.*, s.172; EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: *age.*, s.944.

⁷⁶ Örneğin Fransa'da harp sıralarında verilmiş yargı kararlarında askerî cezalardaki adli hata ihtimalinin çokluğu sebebiyle, bazı kanunlar ile yargılamanın yenilenmesi kabul edilmiştir. ÖZEK, Çetin: *agm.*, s.172-173, dipnot 4.

⁷⁷ EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: *age.*, s.943-944.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Müslüm: “İdarî Yargıda Âdil Yargılanma Hakkı”, Ankara Mayıs 2008, Turhan Kitabevi Yayınları.
- ALACAKAPTAN, Uğur: “780 Sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII-XXIII, S.1-4, 1965-1966, s.21-33.
- ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş-Ceza Hukuku Kurallarının Uygulama Alanı- Suç Teorisi- Yaptırım Teorisi-Milletlerarası Ceza Hukuku, Yenilenmiş, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara Haziran 2013.
- BARTHÉLÉMY, Joseph-Paul DUEZ: *Traité de Droit Constitutionnel*, Yeni Bası, Paris 1933.
- BOUZAT, Pierre- Jean PINATEL: *Traité de Droit Penal et de Kriminologie*, Deuzieme Edition, Paris 1970.
- CENTEL, Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: *Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Yedinci Bası*, İstanbul Kasım 2011, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.
- CHOMETTE, Henri: *De L’Amnistie*, Paris 1898.
- CORWIN, Edward Samuel: *The Constitution and What It Means Today*, New Jersey 1948.
- DEMİRBAŞ, Timur: “Af Tartışmaları ve 4616 Sayılı <23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanun>”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.78-97.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2013, Seçkin Yayınevi.
- DÖNMEZER, Sulhi- Sahir ERMAN: *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. III, Cezalar Sistemini Tamamlayan Kurumlar-Cezaların Tayini-Tehlike Hali-Ceza İlişkisinin Sona Ermesi-Milletlerarası Ceza Hukuku-Devletlerarası Ceza Hukuku, Yeniden Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul Eylül 1994, BETA Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Yayın No.476, Hukuk Dizisi: 206.
- DURSUN, Hasan: “Af Kavramına Genel Bir Bakış”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.85, Y.2009, s.373-402.
- DYZENHAUS, David: “Dignity in Administrative Law: Judicial Deference in a Culture of Justification”, <http://ssrn.com/abstract=2029818> (Erişim tarihi: 29.09.2013).
- EREM, Faruk-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara 1997, Seçkin Yayınevi.

- GÖZLER, Kemal: "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.298-329.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2013, Adalet Yayınevi.
- HÉLIE, M. Faustin: Traité de L'Instruction Criminelle, C. II, İkinci Bası, Paris 1886.
- İNCEOĞLU, Sibel: "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Davaya ve Cezaların Ertenilmesi", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.41-70.
- KEYMAN, Selâhattin: Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Doktora Tezi, Ankara 1965, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.199, Ankara Üniversitesi Basımevi.
- KOCA, Mahmut- İlhan ÜZÜLMEZ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş-Suç Teorisi-Yaptırım Teorisi- Milletlerarası Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, [Ankara] Ekim 2012, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Hukuk No: 877.
- KUZU, Burhan: "Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.254-296.
- MAJNO: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları Şerhi, C. 1, İstanbul 1927, Vatan Matbaası.
- MERAY, Seha L.: Ceza Hukukunda Af (Konusu Üzerine Bir Deneme), Ankara 1944, Türk Hukuk Kurumu.
- ODYAKMAZ, Zehra: "Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetmek Hakkı Olmalıydı", Anadolu Finans, Aylık Ekonomik, Siyasî ve Aktüel Dergi, Y.1, S.1, Ocak 2001, s. 48-49.
- ODYAKMAZ, Zehra: "1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C.18, Ankara 2001, s.364-377.
- ÖZEK, Çetin: "Umumî Af", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXIV, S.1-4, İstanbul 1959, s.118-175.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Ankara 2013, Seçkin Yayınevi.
- ROAGNA, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (Türkçeye Çeviren: Ayşe Gül Alkış SCHÄLING), Strazburg 2012, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları.
- ROTTSCHAEFER, Henry: Cases on Constitutional Law, Minn. 1939.

- RULLEAU, Charles: *De La Grâce En Droit Constitutionnel*, Bordeaux 1911.
- SANCAR, Türkân Yalçın: “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, *Anayasa Yargısı*, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, C.18, Ankara 2001, s.149-195.
- SCHAETZER, Johann Georg: *Handbuch des Gnadenrechts, Gnade-Amnestie Bewahrung*, 2. Auflage, München 1992.
- SOYASLAN, Doğan: “Af”, *Anayasa Yargısı*, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, C.18, Ankara 2001, s.412-436.
- SÖZÜER, Âdem: “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartlı Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, C.18, Ankara 2001, s.219-252.
- TAHON, René: *L'Amnistie* *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1940, No: 1.
- TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2012, Savaş Yayınevi.
- VABRES, Henri Donnedieu de: *Traité Élémentaire de Droit Criminel et de la Législation Pénal Comparée*, Paris.

