

Af Kurumunun Anlamı, Amaçları, Türleri ve Denetimi (Karşılaştırmalı Bir Anayasal İnceleme)*

The Meaning, Purposes, Types, and Oversight of Amnesty (A Comparative Constitutional Study)

Tolga ŞİRİN** 

ÖZ

Bu makalede öncelikle af kurumunun türleri Türkiye ve dünya örnekleri üzerinden açıklanmış, bu kurumun hangi amaçlara hizmet ettiği ortaya konulmuştur. Böylece konuyla ilgili Türkçe literatüre katkı sağlanması hedeflenmiştir. Ayrıca karşılaştırmalı uygulamalar incelenerek, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi haklarla bağlantılı olarak ağır insan hakları ihlallerine yönelik af yasakları ile kendi kendini affetme yasağına ilişkin içtihatların Türk Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Son olarak Cumhurbaşkanına tanınan yetkinin tam anlamıyla af olarak nitelendirilemeyeceği savunulmuş ve bu konuda keyfiliği önlemek için bir kanun çıkarılması gereği ayrıntılı biçimde vurgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Genel af, Özel af, Ağır insan hakları ihlalleri, Karşılaştırmalı hukuk

ABSTRACT

The study first explains the types of amnesty by drawing on examples from Turkey and other countries, and identifies the purposes served by this institution. In doing so, it aims to contribute to the Turkish literature on the subject. It further examines comparative practices and argues that the Turkish Constitutional Court should adopt jurisprudence prohibiting amnesties for serious human rights violations (particularly concerning the right to life and the prohibition of torture) as well as the prohibition of self-amnesty. Finally, the paper contends that the power vested in the President cannot be fully characterized as amnesty/pardon, and it emphasizes in detail the need for legislation to prevent arbitrariness in this regard.

Keywords: Amnesty, Pardon, Serious human rights violations, Comparative law

* Bu çalışma TÜBİTAK'ın (2219 - Yurt Dışı Doktora Sonrası Araştırma Burs Programı) katkısıyla Humboldt Üniversitesi'nde hazırlanmıştır.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Kırklareli, Türkiye, tolga.sirin@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-7172-5426.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Tolga ŞİRİN

E-posta/E-mail: tolga.sirin@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 4 Aralık 2025

Kabul Tarihi/Accepted: 15 Ocak 2026

How to cite this article/Atıf için: Tolga Şirin, 'Af Kurumunun Anlamı, Amaçları, Türleri ve Denetimi (Karşılaştırmalı Bir Anayasal İnceleme)' (2026) 32(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 31-86. DOI: 10.33433/maruhad.1835788.



GİRİŞ

Aflar, insanlık tarihinin en eski iktidar araçlarından biridir. M.Ö. 1274 tarihli Hattuşa Barışı'nda Hititler ile Mısırlılar arasındaki düşmanlık, toprak düzenlemelerinin yanı sıra karşılıklı af taahhütleriyle de sonlandırılmıştır. Roma hukukunda toplumsal barışın tesisi, genellikle siyasi aflarla sağlanmış; Çin imparatorları ise yüzyıllar boyunca imparatorluk ilanlarında veya yılbaşlarında kitle aflarıyla iç düzeni tahkim etmişlerdir¹. Osmanlı pratiği de bu tarihsel sürekliliğin İslam hukuku ile sentezlenmiş biçimidir. Kul hakkına ilişkin (öldürme, yaralama gibi) suçlarda af yetkisi mağdura bırakılıp Allah'ın haklarına dair suçlarda af yetkisi Kadı veya ululemre ait sayılarak farklılaşmaya gidilmişse de özde benzerlikler vardır. Padişahın affı, hem şer'i hem de örfi hukuk çerçevesinde meşrulaştırılır ve bir yandan merhametin, diğer yandan mutlak otoritenin tezahürü olarak tecelli eder².

Af sözcüğünün İngilizcesi “*amnesty*” şeklindedir. *Amnesty* terimi, kökenini Eski Yunanca *ἀμνηστία* (*amnēstia*) kelimesinden alır. Bu sözcük, “unutma” ya da “hafızadan silme” anlamına gelir. Latinceye *amnēstia* olarak geçen kavram, Fransızca *amnestie* biçimini aldıktan sonra İngilizceye girmiştir. Aynı kökten türeyen “*amnesia*” (hafıza kaybı) terimiyle olan yakınlığı da tesadüfi değildir. Her iki kavram da geçmişteki haksızlıkların bilinçten silinmesi fikrini taşır. Bu bağlamda af, tarihsel olarak bir ceza hukuk enstrümanı olmanın yanı sıra, siyasal ve kolektif bir unutma pratiği olarak anlaşılmıştır.

Bu anlayışın en erken örneklerinden biri, M. Ö. 403 yılında Atina'da yaşanan iç savaşın ardından ilan edilen af kararıdır³. Bu karar, yurttaşların “geçmişteki talihsizlikleri hatırlamalarını” yasaklayarak toplumsal uyumu yeniden tesis etmeyi amaçlamıştır. Söz konusu unutma, hem cezai takibatın sonlandırılması hem de bir hafıza rejimi inşası anlamı taşımıştır: Yurttaşlar bireysel yeminlerle bu sessizliği taahhüt etmiş, Akropolis'e unutkanlık tanrıçası Lethe adına sunak dikilmiştir. Aynı şekilde, İngiltere'de Kral II. Charles tarafından yayımlanan genel bağışlama fermanı, iç savaşın ardından “gelecekteki düşmanlıkların tohumlarını gömmeyi” ve tüm suçların “tam bir unutkanlık içinde affedilmesini” öngörmüştür. Keza Fransa'da ise Nantes Fermanı, din savaşlarını sona erdirirken, geçmiş çatışmalara ilişkin her şeyin kamu hafızasından silinmesini şart koşmuştur⁴.

Bu kurum, insan hakları çağında etimolojisinde bulunan “unutmak” kökünden uzaklaşmış, “hatırlamak ve hesap vermek”le yan yana düşünölmeye başlanmıştır. Bu bakımdan çatışmalı bir geçmişi sona erdirirken gündeme aflar, hakikat komisyonlarıyla birlikte kurgulanmış, geçmişin suçlarının tanınması ve mağdurların onarılması gibi hedeflerle anılmaya başlamıştır. Bu nedenle çağdaş *amnesty* uygulamaları, tarihsel kökenindeki “*amnēstia*”ya sırt çevirerek, artık sessizlik değil yüzleşme çağrısına dönüşmüştür.

1 Bu tarihçenin kapsamlı anlatımı için bkz. Josepha Close, *Amnesty, Serious Crimes and International Law: Global Perspectives in Theory and Practice* (Routledge 2019) 11-113.

2 Doğan Soyaslan, ‘Af’ (2001) 18 Anayasa Yargısı 412, 412.

3 Close (n 1) 3 ve14. Bununla birlikte, Frank Süß'e göre M.Ö. 403 yılına sıklıkla atıf yapılırsa da bu tarih tam olarak kanıtlanabilir nitelikte değildir. Literatürde XVIII. yüzyıldan beri karşılaşılan bu atfa karşın gerçek tarihleme M. Ö. II. yüzyıl olmalıdır. Bkz. Frank Süß, *Studien zur Amnestiegesetzgebung* (Duncker & Humblodt 2001) 33.

4 Close 1) 11-78; Süß, (n 3) 29-74.

Bu yüzleşme çağrıları da kaçınılmaz olarak insan haklarına dayanan bir devlette af kurumunun yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çalışmada, af kurumunu bu yeni perspektiften hareketle ele almaya çalışacağız. Bunu yaparken karşılaştırmalı anayasaların metinsel analizine⁵ nazaran, bağlayıcı olan uluslararası hukuk kaynakları ve bunların (uluslararası ve ulusal) yargısal yansımalarına odaklanacağız. Bu yansımalarla dair bulguları ortaya koyduktan sonra Türkiye özelinde bir değerlendirmeye geçeceğiz.

Bunlardan önce af kavramının anlamı ve türlerini netleştirmek gerekmektedir.

I. AF NE DEMEKTİR?

Af sözcüğü en yaygın dil olan İngilizcenin önde gelen bir hukuk sözlüğünde şöyle tanımlanmıştır:

“Devlet tarafından, geçmişte işlenmiş fiiller nedeniyle suç veya kabahat işlemiş tüm kişilere ya da belirli kişi veya kişi gruplarına yönelik olarak tanınan, genellikle vatana ihanet, isyana teşvik, ayaklanma, askerlikten kaçma gibi siyasi nitelikli suçları kapsayan ve çoğu zaman belirli bir süre içinde yeniden itaat ve göreve dönüş şartına bağlanan, egemenlik yetkisine ve takdire dayalı bir bağışlama biçimidir⁶.”

Türkçede af sözcüğü, yabancı dillerdeki üç farklı kavramı kapsayacak genellikte bir kavramdır. Bunlar İngilizce *clemency*, *pardon* ve *amnesty* şeklindedir. Bu üç sözcükten ilki “merhamet” olarak ifade edilebilir. En eski ve en köklü sözcük olan fakat daha çok ölüm cezasıyla ilişkili olduğu için modern hukuki metinlerde pek karşılık bulmayan “*clemency*” ilahi bir anlam da barındırır. Merhamet etme, esasen tanrıya ait bir erk olduğu için dinin niteliğine bağlı olarak bazen tanrı-krallarca, bezen de tanrı adına hareket eden krallarca kullanılmıştır. Tanrı-devletinden kral-devlete geçişle beraber bu yetkinin kutsal monarkın üstünlüğüne yaptığı atfa koşut olarak *pardon* sözcüğü öne çıkmıştır. Tüm devletin ve hukuk sisteminin sahibi kral olduğu için, işlenen suçtu bağışlayabilecek olan da bizzat kral sayılmıştır. Ulus-devlet çağında, kralların güç kaybetmesiyle birlikte “kanun” kavramı güç kazanmış ve kodifiye edilen af kanunları *amnesty* kararlarını yansıtmaya başlamıştır⁷. Bir BM metninde ifade edildiği üzere:

5 Bu yönde çok sayıda çalışma mevcuttur. Kapsamlı olarak bkz. Andrew Novak, *Comparative Executive Clemency The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective* (Routledge 2015). Makale olarak bkz. Louise Mallinder, ‘Global Comparison of Amnesty Laws’ iç M. Cherif Bassiouni (ed), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, (Intersentia 2010). Türkçede bkz. Kemal Gözler, ‘Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi’ (2001) 18 *Anayasa Yargısı* 298-330. Özlü bir ampirik çalışma için bkz. Josepha Close, ‘Amnesty Provisions in the Constitutions of the World: A Comparative Analysis’ (*International Law Blog*, 5 January 2015)

<<https://internationallaw.blog/2015/01/05/amnesty-provisions-in-the-constitutions-of-the-world-a-comparative-analysis/>> accessed 29 May 2025.

6 Henry Campbell Black, *Black’s Law Dictionary* (West Publishing 1992) 82-83.

7 1789 Fransız Devrimi’ne kadar *grace* ve *amnesty* yetkisi yalnızca krallara ait bir ayrıcalıktı. Devrimle birlikte yasama yetkisi seçilmiş meclise devredildi ve 1791’de Parlamento, devrimle ilgili tüm eylemleri kapsayan genel bir *amnesty* kanunu çıkardı. Aynı yıl yürürlüğe giren Ceza Kanunu ise kralın kişisel *grace* yetkisini kaldırdı; zira bu yetkinin sınırlandırılması, devrimci kamu hukukunun temel hedeflerinden biriydi ve ayrıca daha önce af gerekçesi sayılan bazı

Amnesty, teokratik kökenli ve bireysel bir *clemency* eylemi olan *pardon* hakkının bir uzantısıdır. *Pardon*'un ilahi doğası – ister tanrıların bizzat kendisi, isterse tanrılarla insanlar arasında bir aracı olsun – kralın kutsal niteliğiyle ilişkilidir⁸.

Bu kavramların anlamı, farklı hukuki geleneklere, tarihsel bağlamlara, dilin kendine özgü özelliklerine ve kurumun iç hukukta düzenlenme biçimine göre çeşitlenmektedir. Ulusal ve uluslararası hukuk, hatta ceza ve anayasa hukukunun konuya yaklaşımındaki farklılıklar da bu belirlemeleri karmaşıktır. Üstelik bir anayasada *amnesty* olarak ifade edilen kavram bir diğerinde *pardon* olabilmektedir. Yani metinler arasında da yeknesaklık yoktur⁹. Bu nedenle genel geçer nitelikte siyah-beyaz bir ayırım yapmak çok kolay ve gerçekçi değildir¹⁰. Nitekim Türkçede anılan sözcüklerin tam karşılığının olmaması bazı ek nitelermeleri gerektirmiş fakat bu ek nitelermelerin (genel/özel) çoklu anlamları da karmaşayı derinleştirmiştir¹¹. Fakat uygulamada dahi kişiye özel genel af niteliğinde sayılan normlar “özel af” adıyla çıkarılabildiği için karmaşa daha da artmıştır¹².

Bu metinde, şimdilik sadece işaret etmekle yetindiğimiz bu karmaşayı aşma niyetimiz yok. Fakat çalışmanın devamındaki terminoloji için egemen kullanımı aktarmak gerekli görünmektedir. Buna göre; Türkçede *amnesty* için “genel af”, *pardon* için ise “özel af” ifadesi kullanılmaktadır¹³. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 65'inci maddesi bu kavramları tanımlamıştır. Aslında bu tanımlamalar, özerk kavramlar öğretisi uyarınca anayasa hukukunu bağlamaz, Anayasa Mahkemesi (AYM) bu tanımlamaları düzeltebilir ve anlaşılır hâle getirebilir. Bu, söz konusu tanımın sadece ceza hukukuyla ilgili olması buna karşılık affin etkilerinin duruma göre medeni, vergi ve idari sorumluluğa da uzanabileceği gerçeği karşısında evleviyetle gereklidir. Dolayısıyla bu belirlemeleri aynen

durumlar artık ceza kanununda hukuken geçerli istisna veya meşruiyet nedenleri hâline gelmişti. Ancak *grace* yetkisi, 1802 yılında çıkarılan ve Napolyon'a yürütme gücü veren bir *senatus-consulte* (Senato kararnamesi) ile geri getirildi. 1815 tarihli imparatorluk anayasasıyla Napolyon'a bu kez *amnesty* yetkisi de verildi. Cumhuriyet dönemlerinde *amnesty* yasama yetkisi olarak kalırken, otoriter rejimlerde tekrar yürütmeye devredildi. 1848 Anayasası bu yetkiyi yeniden Parlamente'ya tanıdıysa da, 1852'de kararnameyle yeniden İmparatora (III. Napolyon) geçti. Bu konuda önemli bir kırılma, 1871'de Paris Komünü'nün bastırılmasıyla yaşandı. Komüne katılan ardından kişi katledilmiş, kalanları yargılanmış, 10.000'e yakını hapsedilmiş veya sürgün edilmişti. *Amnesty*, bu dönemde özellikle cumhuriyetçiler için siyasal bir barış ve normalleşme talebinin simgesine dönüştü. Ancak mecliste çoğunluğu elinde tutan muhafazakârlar yalnızca bireysel ve özel değerlendirmeye tabi *grace* kararlarına izin verdi. Bu durum kamuoyunda yoğun tartışmalara ve siyasal kampanyalara yol açtı. Sonunda, 21 Haziran 1880'de çıkarılan genel *amnesty* kanunuyla Paris Komünü'ne katılanların büyük kısmı affedildi ve böylece bu ayrıştırıcı tarihsel dönem kapatıldı. Bu konuda bkz. Close (n 1) 28-29. Keza bkz. Dimitri Dimoulis, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme* (Duncker & Humblot 1996) 444-445.

8 Louis Joinet (UN Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities), ‘Study on Amnesty Laws and Their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights’, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/16, 21/07/1985, § 9.

9 “Örneğin, Macaristan Anayasası genel *amnesty* ilan etme yetkisinin Ulusal Meclis'e ait olduğunu, bireysel *amnesty* yetkisinin ise Devlet Başkanı'na ait olduğu söylenirken; Japon Anayasası genel *pardon* ile özel *pardon* arasında ayırım yapar.” Bkz. Close (n 5).

10 Close (n 1) 80. Örneğin Alman literatüründe genel affi özel affin bir türü olarak tanımlayan yaklaşım için Süß (n 3) 180.

11 Örneğin genel sözcüğünün Türkçede, Almandaki “*general*”, “*allgemein*”, “*universell*” sözcüklerinin üçü için de kullanılması kafa karışıklığı yaratabilmektedir.

12 Örneğin 30/05/1973 tarihli ve 1735 sayılı “Mehmet Oğlu, 1933 Doğumlu, Abdulkadir Şener Hakkında Özel Af Kanunu” için bkz. *Resmî Gazete*, S. 14557, 07/06/1973.

13 Selâhattin Keyman, *Türk Hukukunda Af: Genel Af-Özel Af* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1965).

benimsemeyi doğru bulmuyoruz. Buna rağmen süregelen kullanımdan – şimdilik – sapma gereği duymuyoruz.

TCK'nın 65'inci maddesinin ilk fıkrasına göre genel af çıktığında kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. İkinci fıkraya göre ise özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. Her ikisi de kanunla çıkarıldığı için TBMM yetkilidir. Bundan başka Cumhurbaşkanının da “özel af” yetkisi olduğu ileri sürülmektedir¹⁴.

Bu çalışmada *amnesty* için “genel af”, *pardon* için “özel af”, *clemency* için “merhamet” veya “bağışlama”¹⁵ sözcüklerini kullanacağız.

II. AFLARIN AMAÇLARI

Af kurumunun unutmaya ve hesaplaşmaya biçimindeki genel geçer ve sosyolojik çözümleme gerektiren hedeflerinin dışında bağlamsal ve ampirik olarak dokuz farklı nedeninin olabileceği söylenebilir¹⁶. Birbirleriyle iç içe geçebilen bu amaçlar şöyle sıralanabilir: (a) Barışma, (b) kutlama, (c) rejim değişikliğine uyum sağlama, (d) iktidarı pekiştirme, (e) kurumsal zorunlulukları yerine getirme, (f) kaynak tasarrufu sağlama, (g) seferber etme, (h) adaletsizlikleri giderme ve (i) bazı kişileri kayırma.

A. BARIŞMA

Af, en eski zamanlardan beri barış antlaşmalarına eşlik eden bir kurumdur¹⁷. Antik zamanlardaki bu gerçek, modern zamanlardaki barış anlaşmalarında da görülür¹⁸. Uluslararası çatışma çözümlerine eşlik eden barış sözleşmelerinde böylesi aflarla sıklıkla karşılaşılır¹⁹. Örneğin 1648 Vesfalya Barışı'nın 2'nci maddesindeki “Her iki taraf açısından, bu olayların başlangıcından itibaren bir tarafın diğer tarafa karşı işlediği bütün düşmanca eylemler için ebedî bir unutkanlık ve af geçerli olacaktır. Böylece bundan sonra, hiçbir gerekçeyle veya bahane ile diğer tarafa karşı herhangi bir düşmanlık yapılmayacak, yaptırılmayacak veya tolere edilmeyecektir.” ifadesi önemli bir köşe taşı sayılır²⁰.

14 Ibid 43-44. Karşılaştırmalı hukukta genellikle özel affın yürütme erki tarafından, genel affın ise yasama erki tarafından çıkarıldığı görülmektedir.

15 Bağışlama, affetme sözcüğünün öz Türkçesi gibi dursa da etimolojik olarak af sözcüğündeki “silme” köküne nazaran, hediye etmeyle (ihsan) ilişkili olması onu hiyerarşik bir konuma taşır. Bu nedende daha uygun görünmektedir.

16 Bu kategoriler için esin kaynağı olarak bkz. Süß (n 3) 186 ff.

17 Bu bağlamda Kant'ın şu sözüne sıklıkla atıf yapılır: “Barış antlaşmaları af getirir.” Bkz. Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten* (3rd edn, Felix Meiner Verlag Erster Teil 2009) 170.

18 Bu konuda bkz. Louise Mallinder, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide* (Hart 2008). Ayrıca bkz. Leslie Manthey, *Amnestiesetze und Rule of Law im Völkerrecht: Die völkerrechtliche Einhegung innerstaatlicher Amnestien – Verrechtlichung des Politischen oder Politisierung des Rechts?* (Mohr Siebeck 2022).

19 Bunların tam listesi için bkz. Close (n 1) 256 ff.

20 Manthey (n 18) 12.

Doğrudan Türkiye açısından örneklendirecek olursak; mesela 1739 Belgrad (md. 8), Edirne (md. 13) 1878 Ayastefanos (md. 17), 1913 Atina (md. 3) antlaşmalarında tebaaya af ilan edileceği yazılmıştır²¹. Türkiye'nin kurucu antlaşması hazırlanırken af hükmü konusunda mutabakata varılmış, heyetin bu hükümlerin metne yazılmasının Türkiye'nin iç işlerine karışma anlamına geleceğine dair kaygısı uyarınca 1924'te bir af deklarasyonu yayımlanmıştır²². Buna göre:

“Hiçbir kişi – ister şu anda Türkiye’de ikamet ediyor olsun, ister daha önce ikamet etmiş olsun, ve karşılıklılık esasına göre ister şu anda Yunanistan’da ikamet ediyor olsun, ister daha önce ikamet etmiş olsun – Türkiye’de ve aynı şekilde Yunanistan’da, bu barış antlaşmasını imzalayan yabancı bir Devletin ya da bu Devletin uyruklarının yararına gerçekleştirdiği herhangi bir askerî ya da siyasî eylem veya bu kapsamdaki herhangi bir yardımı nedeniyle, hiçbir surette rahatsız edilemez ya da cezalandırılmaz. (...) Aynı şekilde, Türkiye Hükümeti ile Yunanistan Hükümeti, söz konusu dönemde meydana gelen siyasî olaylarla açıkça bağlantılı olan ve aynı dönemde işlenmiş bulunan her türlü suç veya kabahat için tam ve mutlak bir af ilan edecektir²³.”

Bu tür hükümler veya sözleşmelere eşlik eden aflar, iç savaş veya ülke içi (özellikle ideolojik veya ayrılıkçı) çatışma biçimlerinin sona erdirildiği durumlarda da mevcuttur. Kolombiyada (FARC'ın lağvedilmesine neden olan) 24 Kasım 2016 tarihli “Çatışmanın Sona Erdirilmesi ve Kalıcı, İstikrarlı Bir Barışın İnşası İçin Nihai Sözleşme” veya Birleşik Krallık'taki (IRA'nın lağvedilmesine neden olan) 1 Ağustos 2001 tarihli “Hayırlı Cuma Sözleşmesi” buna örnektir²⁴.

Bu örneklerde de görüldüğü üzere barış antlaşmaları bağlamında af, savaşın sona erdiğini hem fiili hem de hukuken tescilleyen bir kapanış işlevi görür. Bu nedenle af, barışın bir siyasal uzlaşma olmanın ötesinde, hukuki bir yeniden başlama anı olduğunu da simgeler.

B. KUTLAMA

Aflar, çatışma sonrası toplumsal barışın yanı sıra siyasal geçişlerin ve kolektif hafızada yer edinen sembolik tarihlerde rejimin veya kişilerin meşruiyetinin güçlendirilmesinin de bir aracıdır. Sembolik dönemeçlerde de yeni sayfa açmak için benzer bir eğilim gelenek olmuştur.

“Kutlama affı” (*Jubel-Amnestie*) denilen bu aflara örnek olarak, 1936 yılında çıkarılan ve Hitler'in doğum günüyle ilişkilendirilen “Rheinland affı”, 1848 Mart Devrimi'nin yüzüncü yıldönümü vesilesiyle 18 Mart 1949 tarihinde veya 1918 Kasım Devrimi'nin 30. yıldönümü vesilesiyle 8 Kasım

21 Hepsi için bkz. Fred L. Israel, *Major Peace Treaties of Modern History 1648 – 1967* (Chelsea House Publications 1967).

22 Bu konuda bkz. Ali Ulvi Özdemir, ‘Lozan’da Başarıyı Ölçmek: Konular Bazında Bir Değerlendirme’ (2013) 13(53) Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi (Lozan Antlaşması Özel Sayısı) 155-200.

23 ‘Declaration of Amnesty’ (1924) 18(2) American Journal of International Law 92-94. Leslie Manthey, bunun (kendi ifadesiyle) “Ermeni Soykırımı” için bir af olduğunu iddia etmektedir. Bkz. Manthey (n 18) 13. Yazarın bunu, hangi maddeye atıfla ve hangi gerekçeyle ileri sürdüğü belirsizdir.

24 Close (n 1) 267.

1948'de Doğu Almanya'da çıkarılan aflar sayılabilir²⁵. Türkiye açısından 1923 Cumhuriyet'in ilanının 10'uncu²⁶ veya 50'nci²⁷ yılı vesilesiyle çıkarılan aflar buna örnektir.

Bu tür aflar, geçmişin kapanması kadar rejimin kendi hafızasını ve değerlerini toplum nezdinde pekiştirme işlevi de görür. Affin verildiği tarih, hukuki bir karar olmaktan çıkarak siyasal iktidarın anlattığını inşa ettiği bir sembole dönüşür. Bu yönüyle “kutlama affı”, cezadan vazgeçilmesi görüntüsü altında iktidarın kendi meşruiyetini tarihselleştirme biçimidir.

C. BİRLEŞME

Bariş müzakereleri gibi dışsal faktörlere bağlı olmayıp genellikle cezai anlamda önemli iç çatışmalar sırasında veya sonrasında ortaya çıkan aflara “konsolidasyon affı” (*Konsolidierungsamnestie*) denir. Bu af türünün olası bir çatışmayı önlemek amacıyla önleyici olarak kullanılması da düşünülebilir. Bu af kategorisinin bariş sözleşmelerinden farkı, affın arka planındaki çatışmanın klasik anlamda savaş benzeri bir çatışma olmamasıdır. Konsolidasyon affı genellikle daha düşük yoğunluklu çatışmalara ilişkindir. Bu af biçimi ya silahsız ve dolayısıyla “şiddet içermeyen” (ancak yine de ceza hukukunun ihlal edildiği) çatışmalara tepki olarak ya da daha küçük çaplı iç ayaklanmalar veya terörist eylemler gibi, zaman zaman şiddet içeren çatışmaların yaşandığı durumlarda gündeme gelir. Bu tür olaylar sırasında silah kullanımı da olabilir. Ancak bu tür silahlı eylemler nicel olarak ikincil önemdedir ve bu nedenle uluslararası hukuk anlamında bir silahlı çatışma olarak değerlendirilmez²⁸.

Affin muhatabı, sosyal hareketler veya toplumsal alt kültürlerdir. Devlet tek amaçlı protestolara veya sistem karşıtı hareketlere ya da kalkışmalara cezai yaptırım uygulayabileceği gibi soyut biçimde devlet otoritesinin konsolidasyonu gibi bir hedefi güderek yaklaşabilir. Örneğin Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nin 1960 yılında çıkardığı çoğu siyasal mahkumlara dönük olan yahut Berlin duvarının yıkılmasından önce göstericiler veya duvarı yasadışı aşan yurttaşlar için çıkarılan af; Batı Almanya'da 1960'lardaki öğrenci hareketine (1968 hareketi) dönük affı buna örnektir²⁹. On binlerce yurttaşın katıldığı bir hareketin tamamının yargılanıp ceza alması mümkün olmayacağı ve/veya bunların bir kısmının ceza alıp diğerlerinin (veya genel olarak kamuoyunun) kabullenemeyeceği cezaların bulunduğu koşullarda bu tür aflar işlevseldir. Eylemler suç bile olsa cezaların kamusal meşruluğu düşüktür. Bu nedenle af, devlet iktidarının konsolidasyonu ve toplumsal bariş için bir değer taşıır.

25 Süß (n 3) 227-230.

26 26/10/1933 tarihli ve 2330 sayılı “Af Kanunu” için bkz. *Resmî Gazete*, S. 2540, 28/10/1933. Konuyla ilgili değerlendirme için bkz. Cahide Sınmaz Sönmez, ‘Cumhuriyetin Onuncu Yıldönümü Kutlamaları ve 26 Ekim 1933 Tarihli Genel Af Yasası’ (2004) 9(33) Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi 89-101.

27 15/05/1974 tarihli ve 1803 sayılı “Cumhuriyetin 50 nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun” için bkz. *Resmî Gazete*, S. 14890, 18/05/1974.

28 Süß (n 3) 220 ff.

29 Süß (n 3) 222.

Türkiye’de Gezi Parkı eylemleriyle ilişkili olarak çıkabilecek af buna örnek sayılabilir. Geçmişte 20 Mayıs 1963 Ayaklanmasına³⁰ dönük çıkarılan af³¹ da bunun bir örneğidir.

D. ÜSTLENME

Suçun en önemli nedenlerinden biri ekonomik sorunlardır. Bir ülkenin ekonomik kriz zamanlarında suç oranları artar. Ekonominin iyi işlemesinden sorumlu olan devletin kötüye gidişten ve dolayısıyla kimi suçlardaki artışlardan dolayı olarak sorumlu olduğu fikri öteden beri kabul gören bir gerçektir. Öyle ki mesela antik Yunan Solon’un M.Ö. VI. yüzyılda iktidara gelince önce borçları silip (*Seisachtheia*) şerefsiz (*atimia*) ilan edilen kişilere haklarını iade etmesi ve bazı suçlar hariç olmak üzere af çıkarması bunun erken örneği sayılır. Alman tarihinde genel nitelikte olmasa da bazı kişilerin açlık ve yoksulluk nedeniyle işlediği suçlara dönük kimi aflar hep bu kategoride sayılmıştır. Bu af kategorisi orman, mera ve tarla suçlarına dönük olmaktadır.³²

Türkiye’de de 1958’deki Orman suçlarının affı³³ veya 1977’deki Haşhaş ekicilerin affı³⁴ bu nitelikte sayılabilir. Devletin, iktisadi güçlüğü düşen yurttaşların, bu koşullarda işlediği kimi basit suçları affetmesi meşru sayılmaktadır. Unutmamak gerekir ki bu türden afların yurttaşlara cömertlik göstererek yeni devlete bağlılığı artırmak ve yargı sisteminin üzerindeki yükü azaltmak gibi ek işlevleri de olabilir.³⁵

E. TASARRUF

Bazı aflar, kamunun üzerindeki yükleri azaltmak ve iktisadi açıdan fayda sağlamak gibi bir amaç güdebilir. Bu tür aflarda doğrudan bir çatışmayı sona erdirme hedefinin ötesinde devletin yapısal kaynak eksikliği bağlamında ortaya çıkan işlevsel ihtiyaçlara çözüm getirme arzusu vardır. Söz konusu kaynak eksikliği maddi, personel ya da siyasi olabilir. Bu çerçevede mali af (*fiskalammestie*), seferberlik affı (*mobilmachungsammestie*) veya demobilizasyon affı (*demobilisierungsammestie*) denilen alt kategorilerden bahsedilebilir³⁶.

30 Arka plan bilgisi için bkz. Bahtiyar Yalta, *Bir Darbeci Subayın Hatıraları: 27 Mayıs 1960, 22 Şubat 1962, 21 Mayıs 1963, Erhan Çiftçi* (haz.) (Kronik Yay. 2020).

31 26/12/1967 tarihli 977 sayılı Af Kanunu için bkz. *Resmî Gazete*, S. 12788, 28/12/1967.

32 Örnekler için bkz. Süß (n 3) 233 ff.

33 23/06/1958 tarihli ve 7132 sayılı “Bazı Orman Suçlarının Affına ve Bunlardan Mütevellit İdare Şahsi Haklarının Sukutuna dair Kanun” için bkz. *Resmî Gazete*, S. 9944, 02/07/1958, Orman suçlarına dönük diğer bazı aflar için bkz. Metin Özdönmez, ‘Orman Suçları ile İlgili Af Kanunları ve Sonuçları’ (1973) 23(2) İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 48-61.

34 02/08/1977 tarihli “Haşhaş Ekimiyle ilgili Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun”, *Resmî Gazete*, S. 16024, 11/08/1977. Arka planı için bkz. Nuray Okumuş, *Türk-Amerikan İlişkilerinde Haşhaş Ekimi Krizi (1968-1975) Kriz Yönetimi Açısından Bir İnceleme* (Atatürk Kültür Merkezi Yay. 2020).

35 Yalçın Küçük, her köylüye yakınındaki ormandan iki hektarlık bölüm temlik eden 11/10/1920 tarihli Baltalık Kanunu’nun orman köylülerini yeni oluşan siyasi örgütlenmeye katılmalarını sağladığını ileri sürer. Bu perspektiften bakılırsa önceki sisteme nazaran bu bir af kabilinden sayılabilir. Yalçın Küçük, *Türkiye Üzerine Tezler* (Tekin Yay. 1978) 17 vd.

36 Süß (n 3) 238.

“*Mali af*”, sadece para elde etmeyi değil bazen hukuk düzenini temin etme ve ekonomik kayıtları sağlama amaçları güdebilir. Almanya’da yurt dışı varlıklarını beyan edenlere cezasızlık veya sermaye gelirlerini beyan edenlere vergi muafiyeti getirilmesi türünden örnekler bu kategoridendir. Türkiye, çok sayıda vergi affı deneyimi yaşamış bir ülkedir.³⁷ Bu örneklerde ortak olan nokta, hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi hâlinde cezanın affedilmesi ve böylece devlete iktisadi kaynak veya avantaj sağlanmasıdır.

“*Seferberlik affı*”, özellikle savaş dönemlerinde insan kaynağını genişletmek amacıyla uygulanır. Asker bulmanın güç olduğu bu dönemde af yoluyla insan kaynağı sağlanır. Askeri seferberlik söz konusu olduğunda hapis cezası almış kişilerin cezası kaldırılır, ancak bu affa erişim için bir “askerlik hizmetine katılmak” koşulu getirilir. M.Ö. 480’de Themistokles tarafından önerilen ve ostrakizme uğramış aristokratların Salamis’e gönderilmesini öngören af, bu türün ilk örneğidir. Ancak ağır suçlar (cinayet, tiranlık) bu affın dışında bırakılmıştır. Bu, ordunun disiplin ve moralini koruma endişesinden kaynaklanır. Seferberlik bazen sivil boyut da kazanabilir. Savaşın doğrudan tarafı olmayan ama lojistik, tıbbi, idari görevlerde yer alabilecek sivil gruplar için uygulanır. Nazi döneminde doktorlar, noterler, avukatlar, diş hekimleri gibi stratejik meslek grupları için çıkarılmıştır. Ayrıca, cezalandırılmış bazı meslek gruplarına da yeniden görev verilmiştir. 1942’de Hitler’in silah sanayiini desteklemek üzere yayımladığı kararname, dolaylı seferberlik affının ileri bir örneğidir³⁸.

Bu aflar, askerî insan gücünü artırmanın yanı sıra, birlik hissini pekiştirmek ve “vatana sadakat” yoluyla eski suçluları entegrasyon yoluna yönlendirmek gibi işlevler de taşır.

“*Demobilizasyon affı*” da bir kaynak sorununa dayanır, ancak kaynak kendi devleti içinde değil, düşman içinde tanımlanır. Amaç, düşmanın personel kaynağını zayıflatmak ya da moralini bozarak bölünmüşlük yaratmaktır. Askerî düşmana karşı cezasızlık vaadiyle düşman askerlerini ordudan ayrılmaya teşvik etmek; siyasi muhalefete karşı ise lider-kitle ayrımı yaratmak için “itirafçı”lara af tanımak biçiminde tezahür eder. Demobilizasyon affı bazen “tanık affı” denilen (*Kronzeugenamnestie*) bir biçim de kazanabilir. Bunda bir suç örgütünün ya da düşman birliğin mensubu, örgütü açığa vurması hâlinde affedilir. Bu tür aflar, sadece cezai pragmatizmle hayat bulduğu gibi politik bölme stratejisine de hizmet eder. Roma Senatosu’nun Antonius’un ordusunu bölmek için verdiği af, bu türün antik örneğidir. 1813 tarihli Prusya Kralı’nın “General-Pardon”u ise modern bir örnektir. Son olarak, Guatemala’da silah bırakan gerillalara cezasızlık tanıyan af düzenlemesi bu türün güncel örneği sayılabilir³⁹. Türkiye’de doğrudan bu yönde bir uygulama olmasa da özellikle “etkin pişmanlık” kurumu bu amaçla kullanılır görünmektedir⁴⁰.

Burada da aslında devletin suçla mücadele ederken daha az kaynak kullanarak hedefini gerçekleştirilmesi söz konusu olduğu için bir “tasarruf” söz konusudur.

37 Örnekler için bkz. Osman Tuğay, *Türkiye’de Vergi Affı Uygulamaları* (Ekin Yay. 2021).

38 Süß (n 3) 240 ff.

39 Süß (n 3) 244 ff.

40 Uygulama biçimi için bkz. Hasan Buran Öndin, ‘Terör Örgütü Üyeliği Suçunda Etkin Pişmanlık’ (2020) (43) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 145-176.

F. DÜZELTME

Ülkelerin tarihlerinde zorlu zamanlar vardır. Olağanüstü hâl, savaş, sıkıyönetim veya iç savaş arifesinde yahut anayasal düzeni yıkmaya yönelik bir siyasal hareketin iktidarı ele geçirdiği veya buna kalkıştığı koşullarda yargılama süreçleri de bundan nasibini alır. Böylesi zamanlarda yargı adil karar vermekten sapar. Adaletsizliğin tek tek düzeltilmesinin pek mümkün olmayacağı hâllerde af adaletin yeniden temin edilmesi için düzeltici bir işlev görebilir⁴¹.

Düzeltilme afları çoğu kez ceza yasalarının hatalı uygulanması sonucunda çok sayıda yanlış mahkûmiyet kararına varıldığının fark edilmesi üzerine “rehabilitasyon” amacıyla çıkarılır. “Rehabilitasyon affı” (*Rehabilitierungsamnestie*) denen bu kategori, normun bilerek yanlış uygulandığı sapmalara karşı olabileceği gibi yüksek yargının içtihat değişikliği veya anayasa mahkemesinin bir iptal kararı üzerine ortaya çıkan keşmekeşi gidermek gibi hedeflerle de ortaya çıkabilir.⁴² Almanya’da Nazi dönemindeki hukuksuz kararlara (*Unrechtsurteile*) karşı çıkarılan af bunun tipik bir örneğidir.⁴³ Türkiye’de de İstiklal Mahkemelerinin yargulamalarında çok sayıda hata yapıldığının sonradan fark edilmesi üzerine 1938’de çıkarılan af kanunu⁴⁴ buna örnek sayılabilir.

G. KAYIRMA

Kayıрма affı (*Begünstigungamnestie*) af kurumunun en öznel ve siyasal istismar potansiyeli en yüksek biçimlerinden biridir. Temel özelliği, affın kamusal bir yarar ya da toplumsal barış gibi nesnel ve kapsayıcı saiklere olmayıp belirli kişi ya da grupların çıkarlarına hizmet eden tercihlere dayanmasıdır. Bu tür aflar, genellikle siyasi iktidara yakın çevrelerin (çoğu zaman da “siyasi dostların”) cezai sorumluluktan muaf tutulmasını sağlar⁴⁵.

Kayıрма affını ayırt eden ilk husus, gerekçelendirme biçimindeki keyfiliktir. Yani, affa gerekçe teşkil eden olayların, örneğin bir rejim değişikliği, barış süreci, ayaklanma ya da demokratik geçiş gibi tarihsel-toplumsal olaylara dayanması gerekmez. Bu tür aflar çoğu kez, hükümet kaynaklı suçların (*Regierungskriminalität*) örtbas edilmesi veya mevcut iktidarın menfaatlerine hizmet edecek şekilde düzenlenir⁴⁶. Bu yönüyle, sistem dönüşümüne dayanan “konsolidasyon” ya da “geçiş” aflarından ayrılır. Ne ciddi bir makro yapısal değişiklik ne de toplumsal ölçekte bir huzursuzluk kayırma affının gerekçesini oluşturur. İkinci belirleyici unsur ise, affın bir ödül aracı olarak kullanılmasıdır. Bu tür düzenlemeler, çoğunlukla belirli birey veya gruplara doğrudan avantaj sağlayan “gratifikasyonlar” şeklinde işler. Bu gratifikasyon, örneğin bir cezanın silinmesi, açılmış davaların düşürülmesi veya siyasi sadakatın ödüllendirilmesi gibi biçimlerde karşımıza çıkar. Bazı durumlarda ise bu, doğrudan

41 Mallinder, (n 18) 64.

42 Süß (n 3) 257.

43 Süß (n 3) 258.

44 Bkz. *Resmî Gazete*, S. 3961, 16/07/1938.

45 Süß (n 3) 251-253.

46 Süß (n 3) 230 ve 251.

yürütme erkinin kendisini ceza sorumluluğundan muaf tutmasına kadar varabilir. Kısacası, amaç kamusal bir barıştan çok siyasi sadakatin karşılığını vermektir⁴⁷.

Almanya'da Nazilerin çıkardığı bu tür bir kanunun yanı sıra özellikle Şili'de, diktatör Pinochet tarafından 1978'de çıkarılan, rejim görevlilerinin ve bizzat Pinochet'in insan hakları ihlallerinden yargılanmasını engelleyen, cezasızlık rejiminin temel dayanaklarından biri hâline gelen af kanunu bunun en bilinen örneğidir⁴⁸. Türkiye'de 1982 Anayasası'nın geçici 15'inci maddesi bizzat anayasal düzeyde tanınan bir kayırma affi niteliğindedir.

III. AF TÜRLERİ

Affin genel af (*amnesty*) ve özel af (*pardon*) biçiminde iki türünün olduğunu söyledik. Bu iki kavramdan ilki, suçu ve cezayı tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırırken/hafifletirken; ikincisinde yalnızca ceza infazı gerçekleşmez, yani suçun varlığı veya suçlunun sorumluluğu göz ardı edilmemekle birlikte ceza kaldırılır veya hafifletilir⁴⁹. Dolayısıyla ikinci kategori açısından affedilen kişilerden tazminat istemek veya diğer sorumluluklara dayalı taleplerde bulunmak mümkündür⁵⁰. Keza ilki, çoğu zaman siyasi veya toplumsal uzlaşma amacı taşıyıp çoğunlukla önemli tarihsel dönemlerde (örneğin iç savaş sonrası barış süreci veya önemli tarihi yıl dönümleri) çıkarılırken; ikincisi daha çok bireysel gerekçelere (örneğin adli hata, pişmanlık, yaşlılık, sağlık durumu) dayanır.

Bu yaygın ayrımın ötesinde, literatürde farklı kaynaklarda af kavramına ilişkin farklı nitelendirmelerle karşılaşmaktadır. Bunlardan hareketle tasnifleme yaptığımız en az beş kavram çifti ortaya çıkmaktadır.

A. KOLEKTİF/BİREYSEL AF

Bu sözcüklerin içine “genel” ve “özel” sözcüğü geçtiği için çoğu kez bunun sayısal bir anlamı olduğu düşünülür. Yani “genel af” herkes için çıkarılan bir af iken, “özel af” kişiye özelmış gibi bir algı oluşur. Aslında bu ifadelerin sayıyla ilgisi yoktur. Genel af bir kişi için çıkarılabileceği gibi, özel af birden fazla kişiyi kapsayabilir⁵¹. Sayıya dönük bir ayrım yapılacaksa bu ayrım “kolektif af” ve “bireysel af”

47 Süb (n 3) 251.

48 Cath Collins, ‘Human rights trials in Chile during and after the ‘Pinochet Years’ (2010) 4(1) International Journal of Transitional Justice 67-86.

49 Ronald Slye, ‘The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law’ (2012) (43) Virginia Journal of International Law 173, 235. Bazı ülkelerde oy hakkı vb. hakların iadesi özel bir belirlemeyle mümkün sayılmaktadır.

50 1991 tarihli Kolombiya Anayasası'nın md. 150/17 hükmüne göre: “Affedilen özel kişilerin hukuki sorumluluktan muaf tutulması durumunda Devlet, uygun tazminat ödemekle yükümlüdür.” Buna karşılık, bazı sistemlerde af, cezai sorumluluğun yanı sıra (örneğin affedilen kişi bir kamu görevlisiyse) idari sorumluluğu da ortadan kaldırır. Diğer bazı sistemlerde af haksız fiil davaları yoluyla doğabilecek tazminat sorumluluğunu da bertaraf eder. Bu konu genellikle anayasa altı mevzuattaki durum içtihadın gelişimine bağlı olarak değişkenlik gösterir. Anayasaların affin sonuçlarıyla ilgilenmeleri nadirdir. Fakat kimi anayasalar bu sonuçları da düzenler. Mesela 2010 tarihli Angola Anayasası (md. 62) ve 1993 tarihli Peru Anayasası (md. 139) af kanunlarının geri alınamaz bir etki getirdiğini açıkça öngörmüştür.

51 İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları (Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu)* (Mars Matbaası 1965) 351.

şeklinde olabilir. Bu bakımdan affın suç ve cezalara dönük etkisiyle ilgili genel veya özel af kavramları affın muhataplarına göre ele alındığında kolektif (*kollektive*) af veya bireysel (*individuelle*) af biçimini alabilir⁵². Fakat kolektif afların da kendi içinde alt kategoriler vardır. Bunları, toplu (*allgemeine*) af ve çoklu/kümülatif af (*Sammelbegnadigung*) diye ifade edebiliriz⁵³. Toplu af, bir kişi kümesine kategorik olarak af çıkarılmasını anlatır. Buna karşılık, çoklu af söz konusu olduğunda tek tek kişiler üzerine değerlendirme yapılması öngörülür ama ölçütleri karşılayan kişiler çok sayıda olduğu için kümülatif bir toplam oluşur. Örneğin bir af, belli suçtan mahkûm olan herkese dönük olsa da; cezaevi müdürlerinin “olumsuz” değerlendirme yaptığı tutukluların aftan faydalanmalarına son verilmesi ve/veya ek bir denetim süresi öngörülmüşse yani kişiye özel değerlendirme yapılıyorsa orada çoklu aftan bahsetmek mümkündür⁵⁴. Öte yandan kolektif afların isim saymak yoluyla gerçekleştirilebileceğini de unutmamak gerekir. Mesela Türkiye’de 29/06/1938 tarihli 3527 sayılı Af Kanunu, “Lozanda akdolunan 24 – V H – 1923 tarihli umumî af beyanname ve protokolunda mevzubahs yüz elli kişilik listede isimleri yazılı şahıslar afolunmuşlardır.” diyerek tek tek isimleri sayılan 150 kişiyi kümülatif biçimde affetmiştir⁵⁵.

B. KOŞULLU/KOŞULSUZ AF

Bunlardan başka, affın ek bir şart taşıyıp taşımasına göre “koşullu (*bedingte*) af ve koşulsuz (*unbedingte*) af kategorileri vardır⁵⁶. Koşulsuz af herhangi bir yükümlülük getirmeden ceza ve sonuçları kaldırır veya hafifletir. Koşullu af ise belirli şartlara bağlanan (örneğin silah bırakma, pişmanlık, özür dileme, hakikat komisyonunda ifade verme, para ödeme veya tedaviye başlama vb. gibi) afları ifade eder⁵⁷. Şartlı aflarda koşullara uymayan kişinin tutumu bir mahkeme (örneğin İtalya) veya yargı denetimine tabi bir merci (mesela Fransa) tarafından denetlenir ve koşula uymayan kişi hapisaneye gönderilir yahut aftan eksik yararlanır⁵⁸. Öğretide koşullu aflar, adaletin somut olayda gerçekleşmesine hizmet etmesine dönük işleviyle uyumlu olmadığı ve kişilerin ıslahı meselesini yargısal olmaktan çıkarıp idari alana çektiği için eleştirilmektedir. Keza Anayasada böyle bir açık düzenleme yoksa buna yetkili olunamayacağı ileri sürülmüştür. Fakat bizce çoğun içinde az da vardır ilkesi (*a maiori ad minus*) bu eleştirileri karşılamaktadır. Anayasa Mahkemesi “Anayasa’nın, yasama organını, affın kapsamını belli etmeye, aftan yararlanmayı kimi koşulların gerçekleşmesine bağlı tutmaya yetkili kıldığı”ndan hareketle şartlı afların çıkarılabileceği kanaatinde dir.⁵⁹ Fakat kişilerin bu şarttan haberdar olmaları (örneğin kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde

52 Dimoulis (n 7) 426. Özel af için yapılan bu ayırım, Türkiye’de genel af için de geçerli olabilir.

53 Dimoulis (n 7) 427.

54 1954’te Fransa’da çıkarılan af buna örnektir. Bu ve diğer örnekler için bkz. Dimoulis (n 7) 429 vd.

55 Bkz. *Resmî Gazete*, S. 3961, 16/07/1938.

56 Dimoulis (n 7) 436.

57 Jeremy J. Sarkin, ‘How Conditional Amnesties Can Assist Transitional Societies in Delivering on the Right to the Truth: Are Such Processes Compatible with International Law?’ (2017) 6(2) *International Human Rights Law Review* 143-145.

58 Dimoulis (n 7) 436.

59 AYM, E.1975/193, K.1976/16, 16/3/1976. Yakın tarihli olarak bkz. AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020, §§ 21.

resmi mercilere başvurup teslim olma şartı) hâlinde bunun Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna da varmıştır.⁶⁰

Koşullu aflar açısından asıl tartışma, kişinin koşulları karşılamaması hâlinde affın sonradan geri alınmasının öngörüldüğü hâllerle ilgili olabilir. Affın geri alınmazlığı ilkesine aykırı olduğu ileri sürülen bu kurumun, Ceza Kanunu'nda öngörülme-yen bir tür güvenlik tedbiri getirmesinin “kanunsuz ceza olmaz” (*nulla poena sine lege*) ilkesine aykırı olduğu savunulmuştur⁶¹. Fakat affın da bir kanun olması, cezada azaltmanın yeni bir ceza koymak anlamına gelmemesi (sanık lehine olması) ve infaz rejimine dönük değişikliklerin geçmişe yürüyebilmesi karşısında bu eleştiriler pek ikna edici değildir⁶². Unutulmamalıdır ki affın doğası cezanın değiştirilmesi yetkisini içerir. Fakat şartların koşullarına göre (örneğin vatandaşın ülkeyi terk etmeye zorlanması gibi) Anayasa'ya açıkça aykırı koşullar getirilirse çıkarım farklı olabilir⁶³. Böylesi hâllerde koşulların zorlama olmayıp kişinin talebine bağlı olması ve kanuni belirliliğin bozulmaması (örneğin koşulların yönetmeliğe bırakılmaması veya mevzuat uyumunun sağlanması) ve ölçülülük ilkesi mutlak önem taşımaktadır.⁶⁴

C. TAM/SINIRLI AF

Tam (*general*) af özellikle bir savaş veya çatışmanın sona erme süreçlerinde, özel bir ayırım yapmaksızın savaş sırasında savaşan tarafların kendileri, kuvvetlerinin üyeleri ve tebaaları tarafından işlenen tüm haksız fiillere dokunulmazlık sağlayan af türlerini ifade eder. Genellikle tüm suçluları kapsar ve koşulsuz olabilir veya affın yürürlüğe girmesi için af alanların yerine getirmesi gereken koşullar içerebilir. Buna karşılık; sınırlı af genellikle belirli suçlar veya özel suçlu grupları için dokunulmazlık sağlar; örneğin, yalnızca savaş öncesinde veya sırasında düşman tarafından işlenen siyasi suçlara veya yalnızca askeri personele uygulanabilir⁶⁵. Bu kavramlardan tam af “açığa af” (*blanket amnesty*) olarak da ifade edilebilmektedir⁶⁶. Bazen tam affa kimi istisnalar getirilmesiyle birlikte bu ikili ayırımın yeri belirsizleşebilir. Türkiye özelinde konuşacak olursak Lozan Barış Andlaşmasının uzantısı olarak ortaya çıkan af “tam af” niteliğinde görünmektedir. Fakat “150’likler” olarak bilinen kişilerin affın kapsamı dışında bırakılması bu durumu görelî kılmıştır⁶⁷.

60 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

61 Bu konuda bkz. Dimoulis (n 7) 436.

62 Aynı yönde Alman Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. BVerfGE 30, 108, 110.

63 Literatürde af yetkisinin sınırlarının olmaması durumunda her türlü şartın meşru sayılabileceği yönünde görüşler vardır. Bu yaklaşıma göre af hükmü diğer tüm düzenlemelere göre *lex specialis* anlamı taşır. Bu görüşe katılmıyoruz.

64 Şartla ilgili olmayan hâllerde af işleminin sonradan iptali, suç ve cezanın geçmişe yürütülmesi sonucunu doğurabilir. Bu durumda kişinin yeniden hapsedilmesi Anayasa'ya aykırı olacaktır. Ne var ki kişinin yanlışlıkla tahliye edilmesi söz konusu olmuş ise tabii ki yargı kararı ile kişinin her zaman için yeniden cezaevine gönderilmesi mümkündür.

65 Faustin Z. Ntoubandi, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law* (Martinus Nijhoff 2007) 12.

66 Bkz. Pumla Gobodo-Madikizela, ‘Alternatives to Revenge: Building a Vocabulary of Reconciliation through Political Pardon’ in Charles Villa-Vicencio and Erik Doxtader (eds), *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity* (Institute for Justice and Reconciliation 2003) 52. Belli bir dönemdeki tüm suçlar için kategorik af niteliğindeki uygulama darbe dönemlerinde yaygındır.

67 Bu konuda bkz. Necip Yılmaz, ‘150’likler ve 3527 sayılı Af Kanunu’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2009).

D. ÖNLEYİCİ/BASTIRICI AF

Aflar, suçlara ve muhataplarına göre değil de çıkarılma zamanlarına göre tasniflenebilir. Örneğin henüz işlenmemiş ya da soruşturulması başlanmamış veya başlamış olsa da tamamlanmamış suçlar için öngörülen, esasen cezalandırmaya engel olmayı amaçlayan türden aflara “yaptırım öncesi af” veya “önleyici af” (*pre-conviction amnesty, pre-emptive amnesty*) denilebilir. Bu tür aflarda ceza soruşturması/kovuşturması ya başlamaz veya başlamışsa durur ve sona erer. Buna karşılık, suçun işlenip yaptırma hükmedildikten sonra çıkarılan aflar (*post-conviction amnesty*) ise “bastırıcı af” veya “yaptırım sonrası af” olarak ifade edilebilir. Bu tür aflarda sanığın cezası (yaptırım) ortadan kalkar⁶⁸. Fakat bu iki kategori bazen iç içe geçebilir. Örneğin Salvador’da 1993 yılında çıkarılan af kanunu, soruşturma (i) açılmamış, (ii) açılmış ve (iii) bir karar verilmiş hâller için durumun akıbetini tek tek saymıştır⁶⁹.

Literatürde “önleyici af” kavramı genellikle darbeler ve cezasızlık konusuyla ilişkili olarak kavranmıştır. Darbecilerin “çıkış garantisi” (*exit guarantees*)⁷⁰ hükümleri koyarak bir bakıma kendilerini affettikleri (*self-amnesty*)⁷¹ veya cezasız bir geleceği güvence altına aldıkları hâller de bu kategori içinde sayılmaktadır. Bu bakımdan Brezilya, Şili, Uruguay, Peru, Guatemala gibi ülkelerde siyasal nitelikteki vakalarda insan hakları ihlallerinin faillerine dönük hükümler bu nitelikte sayılmaktadır⁷². Türkiye açısından söyleyecek olursak, 1982 Anayasası’nın geçici 15’inci maddesinin bu türden bir “önleyici af” sayılması mümkündür⁷³. Benzer biçimde, 15 Temmuz sürecinde çıkarılan şu 6755 sayılı Kanun’un şu hükmü (md. 37) de bu kapsamda sayılabilir:

“15.07.2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve filleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz⁷⁴.”

E. AÇIK/ÖRTÜK AF

Son olarak “açık af” ve “örtük af” biçimindeki ayırmadan bahsedebiliriz. Açık af, af olarak nitelenen ve şekli anlamda af olan tasarrufları ifade eder. Buna karşılık örtük aflarda görüntüde biçimsel olarak

68 Ntoubandi (n 65) 32 ve 231.

69 Ntoubandi (n 65) 33.

70 Ergun Özbudun and Serap Yazıcı, ‘Military Regimes’ Extrication from Politics: Exit Guarantees’ in Aleksandra Jasinska, Kania and Jacek Raciborski (eds), *Narod-Wladza-Spoleczenstwo* (Scholar 1996) 325-340.

71 Örneğin bkz. Karen Engle, ‘Self-Critique, (Anti) Politics and Criminalization: Reflections on the History and Trajectory of the Human Rights Moment’, in Jose Maria Beneyto and David Keneddy (eds), *New Approaches to International Law: The European and the American Experiences*, (Springer, 2012) 59.

72 Lina Penna Sattamini and James N. Green, ‘Brazil: Never Again?’ (2011) 72(1) History Workshop Journal 275, 278.

73 Türkçede bu yönde bir saptama için örneğin bkz. Kerem Altıparmak, *Zaman ve Aşımı Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak* (Ütopya Yay. 2023).

74 AYM, bunun bir af niteliği taşımadığı kanısındadır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2018/31 K 2020/38, 16.07.2020, § 15.

bir af yoktur fakat irade sonuçları itibarıyla bir affın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Böylesi durumlarda şekli anlamda bir af mevcut olmasa da maddi anlamda bir affın bahsedilebilir. Örtük af yöntemi, çoğu kez hukuk dolanmak veya kamuoyu tepkisinden kaçınmak için uygulanır. Örneğin af çıkarmak için nitelikli çoğunluk koşulunun arandığı durumlarda bu kuralı dolanmak için adı “af kanunu” olmayan ama içerik itibarıyla af sonucuna ulaşan kanunlar böyledir. Bu yönetime, halkın tepki gösterdiği konularda kamuoyunu manipüle etmek için de başvurulabilir.

Örtük afflar, bazen normun yerleşik uygulamasıyla birleşerek veya bizzat fiili durum yaratılarak ortaya çıkabilir. Örneğin şartlı salıverme uygulamasının otomatikleştirildiği yani cezasını belli yıl çeken kişilerin salıverilmesinin fiilen geçerli olduğu bir hukuk sisteminde, şartlı salıverme kurallarında yapılan lehe değişiklikler arasında fiilen “koşullu af” niteliğini kazanmaktadır⁷⁵. Bu durum bazen bir düzenlemeyle değil, pratiğe dayalı normlardan da ileri gelebilir. Belli bir suçun soruşturulması, kovuşturulması veya mahkûmiyetinde cezasızlığa (*impunity*) neden olacak etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin ihmaller (*amnesty by omission*)⁷⁶ de fiili (*de facto*) af niteliği taşıyabilir⁷⁷. Bu çerçevede pekâlâ “hukuki af” ve “fiili af” ayrımı yapmak da mümkündür.

Kaydetmek gerekir ki cezasızlık özerk bir kavramdır ve şu anlama gelir:

“İnsan hakkı ihlallerinin faillerinden, bu kişilerin suçlanmalarına, tutulmalarına, yargılanmalarına ve eğer suçlu bulunurlarsa uygun ceza verilmesine ve mağdurlara giderim sağlanmasına yol açacak – cezaî, medeni, idari veya disiplin usulünde – soruşturma yapılmadığı için *de facto* veya *de jure* olarak hesap sorulmasının olanaksızlığı⁷⁸.”

Bu tanım da affın cezasızlık kapsamı içine görülmesini ve fiili veya hukuki tasniflerin göz önünde tutulmasını gerektirir.

IV. ULUSLARARASI HUKUK

Af konusunu uluslararası hukuk kapsamında ele alırken yoğunlaşılacak kurumlar BM bünyesinde İnsan Hakları Komitesi (İHK) ile Amerika, Afrika ve Avrupadaki bölgesel insan hakları mahkemeleri ve onlara eşlik eden organlar olabilir.

75 Bir nevi “infaz affı” (*Vollstreckungsamnestie*) söz konusudur. Bu saptamanın ceza hukuku perspektifinden yapıldığı örnek için bkz. Mahmut Koca, ‘Özel Af ile İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri’ (2021) 38(1) Anayasa Yargısı 1-41.

76 Mahmud Mamdani, *Neither Settler Nor Native: The Making and Unmaking of Permanent Minorities* (Harvard University Press 2020) 181.

77 Patrick Burgess, ‘De Facto Amnesty? The Example of Post-Soeharto Indonesia’ in Francesca Lessa and Leigh A. Payne (eds), *The Example of Post-Soeharto Indonesia, Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives* (Cambridge University Press 2012) 263 ff. BM İşkenceye Karşı Komite’ye göre fiili af; “kovuşturmaları fiilen engelleyen kanunlar, kararnamele ya da diğer düzenlemeleri kapsayan hukuki tedbirleri ifade eder. Bu tedbirler, ceza kovuşturmasını veya hukuk yollarını açıkça dışlamasa da, açık bir af kanunuyla aynı sonucu doğurur. Böyle afflar, açık bir af kapsamı hukuken mümkün olmayan suçların kovuşturulmasını engelliyorsa, kabul edilemez sayılır.” Bkz. UN Committee Against Torture, ‘Committee against Torture, Conclusions and recommendations of the Committee against Torture – Nepal,’ CAT/C/NPL/CO/2, 13/04/2007, § 24.

78 Diane Orentlicher, ‘Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity’, United Nations Commission on Human Rights, E/CN.4/2005/102, 08/02/2005. Metne şuradan erişilebilmektedir: <https://goo.gl/rnTw4u> (Erişim Tarihi 30/05/2025).

A. BM İNSAN HAKLARI KOMİTESİ

BM İHK'nin af konusuyla ilgilendiği ilk bağlam işkence yasağı olmuştur. Afların etraflı biçimde sorgulanmaya başladığı 1990'lı yılların başında Komite işkence yasağı konusunda bir genel yorum yayımlamış ve afların insan haklarıyla uyumluluğuna dair ilk değerlendirmelerden birini yapmıştır. Bazı devletlerin işkence fiilleriyle ilgili olarak af çıkardıklarını kaydeden Komite, buna karşı şöyle bir açıklamada bulunmuştur:

“Af halleri, genellikle Devletlerin bu tip eylemlerin gerçekleştirilip gerçekleştirmediğini araştırma ile, kendi yargı sistemlerinin bu tip eylemlere yer vermemesini sağlama ve bu tip eylemlerin gelecekte yeniden tekrarlanmamasını güvence altına alma yükümlülüğüyle bağdaşmaz niteliktedir. Devletler, bireyleri, mümkün olan hâllerde tazminat talebi de dahil olmak üzere etkili hak arama yollarına başvuru ve mümkün olan en yüksek düzeyde rehabilitasyon imkânlarından yoksun bırakamazlar⁷⁹”

Burada geçen “genel olarak ifadesi” bazı afların devletin yükümlülükleriyle çatışmayacağını kaydetmiş gibidir fakat konu işkence olduğunda bunun sorun teşkil edeceği açıkça vurgulanmıştır. Tazminat ve rehabilitasyona yapılan göndermeler, ilk aşamada işkence yasağı bağlamında cezai yollar dışındaki giderimlerin yeterli olabileceği düşüncesini çağırırtsa da, izleyen içtihatlarda bu yaklaşım terk edilmiş; söz konusu giderimlerin cezalandırmanın yerine geçemeyeceği, ancak onu destekleyen tamamlayıcı mekanizmalar olduğu açıkça belirtilmiştir. Örneğin *Basilio Laureano Atachahua v. Peru kararında* Komite, kaybedilen bir kişinin akıbetinin araştırılmasını, ailesine tazminat verilmesini ve “iç hukukta af düzenlemeleri olsa dahi sorumluların adalet önüne çıkarılmasını” istemiştir⁸⁰.

Komite, 2004 yılında Sözleşme'nin 2'nci maddesi üzerine kabul ettiği 31 no.lu Genel Yorum'da, faille karşı yargı yoluna gidilmesi yükümlülüğünün özellikle işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele, keyfi veya yargısız infaz ile zorla kaybetme gibi, ulusal veya uluslararası hukukta suç sayılan fiiller açısından geçerli olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, bu tür ağır ihlaller devlet memurları veya hükümet görevlileri tarafından gerçekleştirildiğinde:

“Taraf Devletler ihlali gerçekleştirenlerin, af kapsamına alınan suçlar, bağışıklıklar ve tazminat vererek sorumluluktan kurtulmanın aksine, kişisel sorumluluğunu ileri sürebileceklerdir⁸¹”

Bu belirleme de öğretilerde bu konularda af çıkarılmasına sıcak bakılmadığı yönünde yorumlanmıştır⁸². Nitekim çeşitli devletlerde çıkarılan af kanunlarının açıkça eleştirilmesi ve kınanması da bunu

79 20 no.lu Genel Yorum'un (§15) Türkçesi için bkz. Lema Uyar (der), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay. 2006) 51.

80 *Basilio Laureano Atachahua v Peru* Communication No. 540/1993 (UN Human Rights Committee, 16 April 1996) UN Doc CCPR/C/586/D/540/1993 § 10.

81 31 no.lu Genel Yorum (§ 18) için bkz. Uyar (n 79) 122-123.

82 Close (n 1) 185.

doğrulamaktadır⁸³. Fakat yukarıda değinilen “genel olarak” ifadesinin yarattığı kuşku, bazı devletlerin çıkardığı aflara karşı güçlü itirazların dile getirilmemiş olması⁸⁴ ve Güney Afrika’da apartheid döneminde işlenen ağır insan hakları ihlallerini soruşturan Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu’nun çalışmalarını övüp Devlettten, Komisyon’un faillerin yargılanması ve mağdurların tazmini yönündeki tavsiyelerini uygulamasını isterken Komisyon’un ciddi ihlallerden sorumlu bazı kişilere af tanımış olmasına değinilmemesi dikkat çekmektedir. Bunlar, bazı af türlerinin mutlak şekilde kınanmayı gerektirmediğinin zımnî bir kabulü olarak yorumlanabilir⁸⁵.

B. AMERİKA DÜZLEMİ

Af konusundaki en önemli içtihadî hareketlilik Latin Amerika ülkelerinde görülmektedir. Bunun nedeni açıktır. Bu ülkeler, özellikle 1970’li yıllarda çok sayıda askeri darbe ve otokratik dönem yaşamış, keza ülke içi silahlı çatışmalar baş göstermiş, bu süreçlerden çıkarken pek çok af ilan edilmiş ve bu aflar etraflı tartışmaları beraberinde getirmiştir. Çalkantılı süreçlerden sonraki cezasızlık iklimi ve genel olarak hesap sormama durumu Amerikan insan hakları sistemi içinde insan hakları faillerinin yargılanması ve cezalandırılması yönünde güçlü standartların geliştirilmesine yol açmıştır. Zamanla bu standartlardan, ağır suçlar bakımından afların kabul edilemezliğini ifade eden bir ilke türetilmiştir⁸⁶.

Amerikalılararası insan hakları sisteminde bu yöndeki ilk önemli belirlemeler, 1980’li yıllarda ortaya çıkmıştır⁸⁷. Fakat bu belirlemeler, nispeten çekimser bir görüntü sunmaktadır. Şöyle ki Amerikan İnsan Hakları Komisyonu, 1985–1986 yıllarına ait yıllık raporunda, Guatemala’da ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu askerî yönetimden demokratik seçimlerle göreve gelen sivil hükümete geçiş sürecinde ilan edilen af yasasını kapsamlı şekilde değerlendirmiştir. Komisyon, bu tür bir affın geçmişteki sistematik kötü muamelelerin ortaya çıkarılmasını ve faillerin hesap vermesini engelleyebileceği endişesini taşımış; ne var ki o dönemde Guatemala’da temsili demokrasinin yeni kurulmakta olduğunu ve ordunun halen güçlü bir siyasi aktör olarak etkisini sürdürdüğünü de göz önünde bulundurmıştır. Komisyon, Latin Amerika’daki insan hakları durumuna ilişkin genel değerlendirmesinde de benzer bir denge arayışı içinde olmuş, önceki otoriter dönemlerde işlenen suçların cezalandırılmasının hem son derece hassas hem de siyasi olarak karmaşık bir mesele olduğunu belirtmiş ve bu konuda uluslararası mekanizmaların etkisinin sınırlı kalabileceğini vurgulamıştır⁸⁸.

83 Örneğin Uruguay, Şili, El Salvador, Arjantin, Haiti, Yemen, Peru, Hırvatistan, Sudan, Cezayir, İspanya, Kolombiya, Sierra Leone ve Nepal’de çıkarılan af yasaları hakkında bkz. Close (n 1) 186.

84 Brezilya, Angola ve Mozambik’e ilişkin raporlarında yürürlükteki kapsamlı af yasalarını eleştirmekten kaçınmıştır. Bu durumun bir ihmalkârlık mı yoksa bazı afların belli ölçülerde kabul edilebilir görülmesi nedeniyle bilinçli bir karar mı olduğu belirsizdir. Bkz. Close (n 1) 186-187.

85 Close (n 1) 186-187.

86 Bu tarihçe için bkz. Yves Beigbeder, *International Justice Against Impunity Progress and New Challenges* (Martinus Nijhoff 2005).

87 Close (n 1) 187-188; Manthey (n 18) 35.

88 Bu incelikli tutum, Komisyon’un 1993 tarihli yıllık raporunda, Nikaragua’da kabul edilen af yasası bağlamında yeniden teyit edilmiştir. Close (n 1) 188; Manthey (n 18) 35-36.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi açısından konuşacak olursak; ilk aşamadaki kararlar açısından durum bir ölçüde benzer görünmektedir. Örneğin 1988 yılında verilen *Velásquez Rodríguez v Honduras* kararında Mahkeme, fırsat bulmasına rağmen af kanunları konusunda değerlendirme yapmamıştır. Bu davanın konusu, Honduras'ta devlet görevlileri tarafından ya da onların bilgisi ve onayıyla gerçekleştirilen sistematik zorla kaybetme uygulamalarından biri olan, bir üniversite öğrencisinin ortadan kaybolmasıdır. Mahkeme, davada esas olarak devletin, bireylerin yaşam hakkını ve özgürlüklerini etkili biçimde koruma yükümlülüğü ile ilgili hükümlerine odaklanmış; özellikle de Sözleşme'nin 1(1)'inci maddesi uyarınca devletin insan haklarını korumakla yükümlü olduğu durumlarda bu yükümlülüğün sadece pasif bir saygı göstermeyle sınırlı kalmadığını, aktif biçimde örgütlenmiş bir kamusal yapı aracılığıyla ihlallerin önlenmesi, soruşturulması, faillerin cezalandırılması ve mağdurlara tazminat sağlanması gibi pozitif yükümlülükleri içerdiğini belirtmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, Honduras makamlarının olayla ilgili hiçbir ciddi soruşturma yürütmemiş olmasını bu pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak değerlendirmiştir. Olaydan sonra ülkede genel bir af yasası kabul edilmiş olmasına karşın, bu düzenleme davada bir savunma aracı olarak kullanılmamış, Mahkeme de af yasasının Sözleşme'ye uygunluğunu değerlendirmeye gerek duymamıştır. Çünkü bu davada asıl mesele, af gibi cezai takibatın akıbetini ilgilendiren ikincil bir noktadan ziyade, doğrudan doğruya devletin ciddi ve etkili bir soruşturma dahi yürütmemiş olmasıdır. Fakat karardaki şu belirleme, af konusunda belirsiz ve farklı yorumlara açık bir alan bırakmıştır:

“Bu tür suçlardan bireysel olarak sorumlu olanların bazı durumlarda yasal olarak cezalandırılmayacağı varsayılsa dahi, devlet elindeki imkânları kullanarak mağdurların yakınlarını, onların akıbeti hakkında bilgilendirmek ve eğer öldürülmüşlerse, cesetlerinin yerini bildirmekle yükümlüdür⁸⁹”

Metnin lafzı, tek başına okunduğunda bazı suçlar bakımından af yasağının nispi olduğu izlenimini doğurabilse de, sonraki yıllarda bu okumanın geçerli olmadığı açıkça ortaya konmuştur. Komisyon'un 1990'lı yıllarda Uruguay, Arjantin, Şili ve El Salvador'daki afarla ilgili belirlemeleri buna örnektir⁹⁰. Kısaca zikretmek gerekirse; *Mendoza ve diğerleri v Uruguay* ile *Consuelo ve diğerleri v Arjantin* kararlarında Komisyon, ulusal bir referandumla onaylanan ve anayasa mahkemesi tarafından geçerli kabul edilen af yasasını ele almıştır. Komisyon, bu yasanın iç hukuk düzeyindeki geçerliliğine ilişkin karar verme yetkisi bulunmadığını belirtmiş; ancak devletlerin ulusal hukuk hükümlerini ileri sürerek Amerikan Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinden kaçınamayacağını açıkça ifade etmiştir. Bu kapsamda, ilgili af yasasının mağduru veya yakınlarının adalete erişimini engellediği, özellikle adil yargılanma hakkı ve yargısal koruma hakkı ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu kararlar,

89 *Velásquez-Rodríguez v Honduras* Series C No 4 (IACtHR, 29 July 1988) § 181.

90 Anılan dönemde karara bağlanan *Masacre Las Hojas v El Salvador* davası, El Salvador güvenlik güçlerinin sivillere yönelik gerçekleştirdiği bir katliama ilişkin cezai kovuşturmayı engelleyen bir af yasasını konu almaktadır. Komisyon burada, doğrudan af yasasının geçerliliğini sorgulamamakla birlikte, Velásquez Rodríguez içtihadına dayanarak El Salvador'un soruşturma, kovuşturma ve tazmin yükümlülüklerini yerine getirmediğini tespit etmiş ve bu yükümlülüklerin devlete ait olduğunu belirtmiştir. Bkz. *Masacre Las Hojas v El Salvador* Case 10.287, Report No. 26/92, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14 (IACHR, 24 September 1993).

etkili soruşturma yükümlülüğü bağlamında affin anayasal olarak tanınması veya referandumla kabul edilmesinin dahi önem taşımadığını göstermiştir.

Benzer bir yaklaşımın yansıtıldığı 1997 tarihli *Garay Hermosilla ve diğerleri v Şili* davasında Komisyon, zorla kaybetmeleri kapsayan bir af yasasının, bu suçları fiilen etkisiz hale getirdiğini ve mağdurlar ile yakınlarının failleri belirleme ve yargı önüne çıkarma imkânını ortadan kaldırdığını belirtmiştir. Bu nedenle, af yasasının kabulü ve uygulanması aynı hükümlerin ihlali olarak görülmüştür. Komisyon, Şili hükümetinden bu düzenlemeyi kaldırarak etkili bir soruşturma ve kovuşturmayı mümkün kılacak yasal değişiklikleri gerçekleştirmesini istemiştir. Böylece, cezalandırmanın yanı sıra hakikatin ortaya çıkarılması ve mağdurların adalet duygusunun tesisi de adalet hakkının ayrılmaz bir parçası olarak tanımlanmıştır. Yani mesele bir bütün olarak “adalet hakkı” diye adlandırılan hak ışığında kavranmıştır. Nitekim 1999 tarihli *Ignacio Ellacuría v El Salvador* kararında, af kanununun, ciddi insan hakları ihlallerinin etkili bir biçimde soruşturulmasını, sorumluların cezalandırılmasını ve mağdurların tazmin edilmesini imkânsız kıldığını; bu nedenle Sözleşme’nin 1(1), 8(1) ve 25’inci maddeleriyle güvence altına alınmış adalet hakkını hukuken ortadan kaldırdığını belirtmiştir⁹¹.

Komisyon’un bu yaklaşımı Mahkeme tarafından da benimsenmiştir. Örneğin *Loayza Tamayo v Peru* kararında Mahkeme, Peru hükümetinin af yasasına dayalı savunmasını reddetmiş ve Amerikan Sözleşmesi’nin bireylere tanıdığı temel hakların korunmasının, ulusal düzenlemelere karşı üstünlüğünü vurgulamıştır. Mahkeme, her bireyin etkili bir yargı merciine başvurarak hak ihlallerine karşı korunma talep etme hakkına sahip olduğunu hatırlatmış; bu çerçevede, devletin yalnızca ihlalleri önleme yükümlülüğünün yanı sıra etkili biçimde soruşturma yürütme, failleri belirleme ve cezalandırma yükümlülüğü bulunduğunu açıkça ifade etmiştir. Mahkeme, bu yükümlülüklerin ulusal hukukta yer alan af yasaları gibi düzenlemelerle bertaraf edilemeyeceğini, aksine bu tür düzenlemelerin uluslararası sorumluluğu ortadan kaldırmadığını belirtmiştir⁹². Anılan dönemde Yargıç Sergio Garcia-Ramirez’in, *Castillo Páez* kararındaki bir ayrık (ek) gerekçesindeki şu belirlemesi de bu çıkarımın neden yapılmadığını göstermiştir:

“Mahkeme’nin kararı, iç çatışmaları sona erdirmeyi amaçlayan ve özgürlük ile adalet çerçevesinde barışı yeniden tesis etmeyi hedefleyen af önlemlerinin gerekliliğini ve yerindeliğini dışlamaz. (...) İktidarda bulunanlar tarafından kendileri için çıkarılan sözde ‘kendi kendini affetme yasaları’ ile demokratik temele dayanan, makul kapsamlı ve barış sürecinin bir sonucu olan; rakip tarafların eylemlerine ilişkin kovuşturmayı dışlayan, ancak hiçbir

91 Ignacio Ellacuría et al v El Salvador Case 10.488, Report No. 136/99, (IACHR, 22 December 1999).

92 Loayza-Tamayo v Peru Series C No. 33, (IACHR, 17 September 1997). Keza Castillo Páez v Peru, Series C No. 34, (IACHR, 27 November 1998) davasında Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi bu yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme, Peru’daki af yasasının, bir kaybedilme vakasının soruşturulması önünde engel oluşturduğunu tespit etmiş ve tüm bireylere mahkemelere erişim hakkını ve özellikle insan hakları ihlallerinden sorumlu kişilerin yargılanmasını ve zararların tazminini sağlayacak basit ve hızlı bir başvuru yolunu güvence altına alan güvencelerin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Fakat bu vakada Peru’nun sorumluları kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün vurgulansa da, af yasasının Sözleşme ile bağdaşır olup olmadığını doğrudan değerlendirmemiştir.

tarafça onaylanmayan ya da meşru sayılmayan çok ağır eylemlere karşı cezalandırmayı dışlamayan aflar arasında ayırım yapılmalıdır⁹³”

Bu belirleme aflara kategorik yaklaşılmadığının ama en azından “kendi kendini af” niteliği taşıyan türde tasarrufların Sözleşme sistemiyle uyumlu sayılmayacağına habercisidir⁹⁴. Bu haber, 2001 yılında yayımlanan *Barrios Altos v Peru* kararıyla net biçimde ilan edilmiştir⁹⁵. Bir uluslararası mahkemenin bir af yasasını geçersiz saydığı ilk karar olan *Barrios Altos kararının konusu* devlet destekli yargısız infazların soruşturulmasını af yasası nedeniyle engelleyen bir duruma ilişkindir. Mahkeme bu önemli kararında, ciddi insan hakları ihlallerinden hesap sorulmasını engellemeyi amaçlayan af ve benzeri düzenlemelerin Amerikan Sözleşmesi ile bağdaşmadığını tespit etmiştir:

“İşkence, yargısız infaz, keyfi öldürme ve zorla kaybetme gibi, uluslararası insan hakları hukuku tarafından tanınan devredilemez hakları ihlal eden ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu kişilerin soruşturulmasını ve cezalandırılmasını önlemeye yönelik olduğu için, af hükümleri, zaman aşımı hükümleri ve sorumluluğu ortadan kaldırmayı amaçlayan her tür düzenleme kabul edilemezdir⁹⁶”

Bu kararda az önce bahsedilen bütüncül perspektifle adalet hakkının (md. 1, 8, 25) ihlal edildiğine karar veren Mahkeme, bunun ötesine geçmiş; Peru'nun 2'nci madde kapsamındaki uyarlama yükümlülüğünü de yerine getirmediğini tespit ettikten sonra Mahkeme, kendini affeden yönetimler tarafından çıkarılan af yasalarının Sözleşme'nin “amaç ve ruhuyla açıkça bağdaşmadığını” ifade etmiştir. Daha da önemlisi Mahkeme, söz konusu kanunun hukuken geçersiz olduğunu, insan hakları ihlallerine ilişkin soruşturuların önünde artık engel teşkil edemeyeceğini ilan etmiştir. Bu kararda “bir Taraf Devletin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerle açıkça bağdaşmayan bir yasa çıkarmasının başlı başına bir ihlal teşkil ettiğini” ve devleti uluslararası sorumluluk altına soktuğunu belirterek Mahkeme kararın yalnızca somut olayla sınırlı olmayıp af nedeniyle kapatılmış tüm insan hakları ihlali davalarına uygulanabilir genel sonuçlar doğurduğunu ortaya koymuştur⁹⁷.

Mahkemenin bu içtihadı, hakikat komisyonlarına dönük belirlemeleriyle derinleşmiştir. İlerleyen kararlarında Mahkeme, yalnızca af meselesini ele almamış, ceza yargılamasına varmayan alternatif mekanizmaların da uluslararası yükümlülükleri karşılayıp karşılamadığını değerlendirmiştir. Özellikle hakikat komisyonlarının tarihsel gerçekliği açığa çıkarmadaki önemine değinse de, bu tür komisyonların cezai adaletin yerini alamayacağını net biçimde ifade etmiştir. 2006 tarihli

93 Sergio Garcia-Ramirez'in farklı gerekçesinin (§ 9) İngilizce metni şuradan okunabilir:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_ing.pdf

94 *Loayza Tamayo* kararına ek gerekçelerinde Yargıçlar Cançado Trindade ve Abreu-Burelli de, “kendi kendini affetme” niteliğindeki afların Amerikan Sözleşmesi kapsamındaki devlet yükümlülükleriyle bağdaşmadığı görüşünü dile getirmişlerdir. İngilizce metin için bkz.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_ing.pdf

95 Kararın arka planı için bkz. Luis Márquez Urtubey, ‘Non-Applicability of Statutes of Limitation for Crimes Committed in Argentina: Barrios Altos’ (2005) (11) *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 109 ff.

96 *Barrios Altos v Peru* Series C No. 75, (IACHR, 14 March 2001).

97 *Barrios Altos v. Peru* § 41 ve 43.

Almonacid-Arellano v Şili davasında Mahkeme, Şili'nin geçmişte kabul ettiği ve insanlığa karşı suçları kapsayan af yasasını hukuken geçersiz saymış; devletlerin bu tür suçlar için af düzenlemeleriyle sorumluluktan kaçamayacağını bir kez daha vurgulamıştır. Mahkeme, af yasalarının meşruiyetinin, çıkarıldıkları sürece değil, amaçlarına (*ratio legis*) bağlı olduğunu açıklamıştır. Yani eğer bir af yasasının amacı ciddi insan hakları ihlallerini soruşturmayı ve cezalandırmayı engellemekse, bu yasa hangi demokratik yöntemle kabul edilmiş olursa olsun, Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi (Ame.İHS) ile bağdaşmaz⁹⁸.

Bu yaklaşım, 2010 tarihli *Gomes Lund v Brezilya*⁹⁹ ve 2011 tarihli *Gelman v Uruguay*¹⁰⁰ kararlarında da aynen sürdürülmüştür. Mahkeme, “kendi kendini affetme” olarak nitelendirilen afların yanı sıra halkoyuna sunulmuş ve onaylanmış olsa dahi ciddi insan hakları ihlallerini kapsayan tüm afları geçersiz saymıştır. Ancak Mahkeme, 2012 yılında verdiği *El Mozote Katliamları v El Salvador* kararında farklı bir bağlamı dikkate alarak yöntemini uyarlamıştır¹⁰¹. Bu davada söz konusu af yasası, uluslararası olmayan bir iç silahlı çatışmanın sona erdirilmesi amacıyla kabul edilmişti. Mahkeme, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 2'nci Protokol'ün 6(5)'inci maddesi çerçevesinde, barış anlaşmaları sonrasında kabul edilen af yasalarının bazı durumlarda meşru olabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu meşruiyet, savaş suçlarının cezalandırılması yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Mahkeme, El Salvador'daki af yasasının esas amacının, barış anlaşmasının belirli hükümlerini etkisiz kılarak ağır insan hakları ihlallerini cezasız bırakmak olduğunu tespit etmiş ve bu nedenle yasayı Ame.İHS'ye aykırı bulmuştur. Böylece, barış adına ilan edilen afların bile, ciddi suçların cezasız kalmasına hizmet ettiği ölçüde uluslararası hukukla bağdaşmayacağını netleştirmiştir¹⁰².

Anılan içtihadi birikim “barış süreci” adı altında dahi afların kategorik olarak kabul görmeyeceğini göstermektedir. Fakat bunun aksi çıkarımlar da mümkündür. Şöyle ki *El Mozote* kararına ek görüşünde Yargıç Diego García-Sayán, silahlı çatışmaların sona erdirilmesinde adalet arayışı ile toplumsal uzlaşma ihtiyacı arasındaki gerilime dikkat çekmiştir. Bu gerilimin her durumda geçerli evrensel bir çözümünün olmadığını, dolayısıyla her geçiş sürecinde bağlama özgü bir yaklaşım geliştirilmesi gerektiğini savunmuştur. Ancak yine de yol gösterici ilkelerin bulunduğunu da vurgulamıştır. García-Sayán'a göre, yaygın insan hakları ihlallerinin yaşandığı bir geçmişten kalıcı barışa geçiş, yalnızca yargısal yollarla değil; hakikatin ortaya çıkarılması, adaletin sağlanması ve mağdurların tazmini gibi üç temel hakkın birlikte ve dengeli biçimde ele alındığı çok boyutlu çözümlerle mümkündür. Bu noktada, devletin bireysel mağduriyetlerin gidermesinin yanı sıra ve aynı zamanda yeni bir şiddet döngüsünü engelleme ve barışı tesis etme yükümlülüğü de olduğunu belirtmiştir. Ona göre, müzakere yoluyla elde edilen barış, askeri zaferle sağlanan barıştan daha üstün ve meşru bir çözüm olarak görülmelidir. Dolayısıyla uluslararası insan hakları hukuku da barışı bir hak olarak tanımalı ve devlete bu hakkı gerçekleştirme yükümlülüğü yüklemelidir. Yargıca göre, geçiş süreçlerinde devletin tüm yükümlülüklerini aynı anda yerine getirmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle hiçbir hakkın

98 *Almonacid-Arellano et al v Chile* Series C No. 154, (IACHR, 26 September 2006).

99 *Gomes Lund v Brezil*, Series C No. 219, (IACHR, 24 November 2010).

100 *Gelman v Uruguay* Series C No. 221, (IACHR, 24 February 2011).

101 *Massacre of El Mozote and Nearby Places v El Salvador* Series C No. 252, (IACHR, 25 October 2012).

102 Close (n 1) 195.

mutlak olmadığı gerçeği dikkate alınmalı, haklar arasında makul bir dengeleme yapılmasına izin verilmelidir. Bu çerçevede adalet, kendi başına yalıtık bir hedef değil; uzlaşya ve kalıcı barışa hizmet eden daha geniş bir sürecin parçasıdır. Bu anlayış, bazı mağduriyetlerin tam olarak giderilememesi veya cezasızlık algısının ortaya çıkması gibi durumların, daha büyük bir barış hedefi uğruna kabul edilebilecek geçici bedeller olabileceğini ileri sürer¹⁰³.

Bu görüş, Mahkeme'nin barış süreçleriyle bağlantılı af yasalarına daha esnek yaklaşabileceğini göstermektedir. Nitekim *El Mozote* kararında çoğunluğu oluşturan yedi yargıçtan dördü bu yaklaşımı benimsemiştir. Bu eğilim, Amerikan İnsan Hakları Komisyonu'nun Kolombiya barış sürecine yönelik olumlu tutumuyla da desteklenmiştir. 2016'da imzalanan Kolombiya barış anlaşması, ağır suçları işleyen kişilerin sorumluluk kabul edip gerçeği açıklamaları halinde, hapis yerine özgürlüğü kısıtlayan ama onarıcı yönü olan alternatif cezalardan yararlanabilmesini öngören özel bir yargı sistemi ("Barış İçin Yargı Yetkisi") kurmuştur. Komisyon bu anlaşmayı memnuniyetle karşılamış, Kolombiya hükümetiyle teknik iş birliği anlaşması imzalamış ve geçiş süreci kurumlarıyla aktif iş birliğine girmiştir. Ceza yaptırımların hafifliği eleştirilse de, bu sistemin mağdurların haklarını (hakikati öğrenme, tazmin edilme ve yeni bir şiddet döngüsünden korunma) teminat altına alması, uluslararası düzeyde geniş destek görmesini sağlamıştır. Tüm bu gelişmeler, ağır suçlar bakımından geleneksel ceza adaletinden farklı işleyen geçiş dönemi mekanizmalarının, Inter-Amerikan insan hakları standartlarıyla bağdaşabileceğini göstermektedir¹⁰⁴.

C. AFRİKA DÜZLEMİ

Afrika iç savaşların sıkça yaşandığı bir kıta olduğu için Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi sisteminde de çatışma sonrası aflara dair belli bir içtihadı birikimin olduğunu görüyoruz.

*Bunlardan Malawi African Association ve Diğerleri v Moritanya*¹⁰⁵ davası, belirli etnik gruplara yönelik sistematik, devlet destekli ağır hak ihlallerine ilişkindir. Moritanya Parlamentosu'nun 1993'te çıkardığı af yasası, bu ihlallerin kurbanları ve yakınlarının yargı yoluna başvurmasını engellemiştir. Komisyon, bu bağlamda af yasasının ulusal hukukta geçerli olmasının, Moritanya'nın Afrika Şartı kapsamındaki uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesi için bir mazeret oluşturamayacağını belirtmiştir. İç hukuk yolları etkisiz görüldüğü için başvuru kabul edilmiştir. Bu yaklaşım daha sonra *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe*¹⁰⁶ ve *MIDH v Fildişi Sahilleri*¹⁰⁷ kararlarında güçlendirilmiştir. Bu iki davada da af veya bağışlama düzenlemeleri, ağır suçlardan sorumlu devlet görevlilerine tam dokunulmazlık tanımış, mağdurların herhangi bir başvuru hakkını tümenden ortadan kaldırmıştı. Komisyon, bu tür düzenlemelerin artık uluslararası teamül hukukunda yasaklanmış olduğunu ve Afrika Şartı'nın hem 1'inci maddesine (hakları güvence altına alma yükümlülüğü), hem

103 Close (n 1) 195-196.

104 Close (n 1) 196.

105 *Malawi African Association et al v Mauritania* 54/91, 61/91, 96/93, 98/93, 164/97-196/97 ve 210/98 (ACHPR, 11 May 2000).

106 *Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe* Communication No. 245/02 (ACHPR, 15 May 2006).

107 *Mouvement Ivoirien des Droits Humains v Cote D'Ivoire* Communication No. 246/02 (ACHPR, 29 July 2008).

de 7(1)'inci maddesine (etkili başvuru hakkı) aykırı olduğunu açık biçimde belirtmiştir. Komisyon'un bu kararlarında vurguladığı nokta şudur: Af yasası sadece geçmişte kapatmakla kalmaz; aynı zamanda gelecekte benzer suçların yeniden işlenmesini teşvik eden bir bağımsızlık rejimi kurar. Dolayısıyla bireysel mağdurların yanı sıra kamu düzeni de zarar görür.

*Thomas Kwoyelo v Uganda*¹⁰⁸ davasında, Komisyon afların uygulanış biçimini de değerlendirmiştir. Uganda'nın 2000 tarihli Af Kanunu, 26.000'i aşkın savaştığıya af sağlamıştı. Ancak yalnızca Kwoyelo bu aftan yararlandırılmamıştır. Komisyon, Kwoyelo'nun kanundaki tüm şartları yerine getirdiğini ve diğer başvuru sahipleriyle aynı konumda olduğunu belirterek, farklı muamelelerin hukuk önünde eşitlik hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Devletin, Juba Anlaşması'na dayanarak bu ayrımı haklı kılma çabası yetersiz bulunmuş ve "af yasasının keyfi yorumlamaya açık hâle getirildiği" ifade edilmiştir. Bu davada Komisyon, afların seçici, tutarsız ve öngörülemez (hakkında ağır insan hakları ihlalleri nedeniyle dava açılmış olması öngörülebilir değildi) biçimde uygulanmasının da Afrika Şartı'na aykırı olabileceğini ortaya koymuş, böylece yalnızca af düzenlemelerinin normatif biçimiyle sınırlı olmadan bunların uygulamaları da denetlenebilir hâle gelmiştir¹⁰⁹.

Kwoyelo kararının sonunda Komisyon, uluslararası hukukta afların hukuki statüsünü daha ayrıntılı biçimde analiz etmiş ve "koşulsuz genel afların" hiçbir hesap verilebilirlik mekanizması içermemesi nedeniyle hem insan hakları hukukuna hem de uluslararası ceza hukukuna aykırı olduğunu belirtmiştir:

"Herhangi bir hesap verebilirlik önlemi içermeyen koşulsuz genel aflar, devletlerin insan haklarına saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü bakımından, uluslararası yükümlülüklerle özellikle çelişen önlemler olarak sorunludur¹¹⁰."

Devletlerin "geçiş süreci" adı altında bu tür aflarla yükümlülüklerinden kaçamayacağı; özellikle işkence gibi suçlar söz konusu olduğunda af tanınamayacağı ifade edilmiştir. Komisyon'un 2017 tarihli 4 no.lu Genel Yorumu'nda da aynı pozisyon teyit edilmiştir. Ancak Komisyon, af kurumunu toptan reddetmemektedir. Cezasızlığa yol açmayan, mağdurların haklarını tümüyle ortadan kaldırmayan, katılımcı biçimde hazırlanmış "koşullu af" mekanizmalarına açık bir kapı bırakmıştır.

Komisyon, koşullu affı şu şekilde tanımlamıştır:

"Belirli aktör gruplarına yönelik olarak, af kapsamına giren fiiller hakkında bilgi verme ve sorumluluğu kabul etme gibi bazı önkoşulların yerine getirilmesi hâlinde cezai mahkûmiyet veya cezai kovuşturmadan tamamen muafiyet sağlayan aflardır¹¹¹."

108 *Thomas Kwoyelo v Uganda* 036-2011 (ACHPR, 08 September 2011).

109 Close (n 1) 208.

110 Close (n 1) 209.

111 *Thomas Kwoyelo v Uganda* § 288. African Commission on Human and Peoples' Rights, "General Comment No. 4 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5)", Adopted at the 21st Extraordinary Session, 04/03/2017.

Metin için bkz. <https://achpr.au.int/index.php/en/node/893>

Komisyon, insan hakları standartlarına uygun koşullu aflar için yerine getirilmesi gereken şartları ise şu şekilde ayrıntılandırmıştır:

“[Geçiş sürecindeki devletler], şiddeti ve devam eden ihlalleri sona erdirmeye ve barış ile adaleti sağlama amacıyla aflara başvurduklarında, uluslararası ve bölgesel yükümlülüklerine saygı duymalı ve bunları yerine getirmelidir. Özellikle, bu tür afların hem usul hem de esas bakımından belirli koşullara uyması gerekir. Usul açısından, koşullu aflar, mağdur topluluklar da dâhil olmak üzere etkilenen toplulukların katılımıyla formüle edilmelidir. Esas bakımından ise, aflar, mağdurların başvuru hakkını tamamen ortadan kaldırmamalıdır; özellikle de gerçeği öğrenme ve tazminat alma biçimindeki telafi haklarını korumalıdır. Ayrıca, bu aflar, failerin sorumluluğu kabul etmesi ve mağdurların yaşadıkları ihlaller hakkında dinlenerek tanınmaları yoluyla bir uzlaşma sürecine imkân sağlamalıdır¹¹².”

Yani bu tür afların geçerli sayılması için Komisyon, hem usule hem esasa dair şartlar ileri sürmüştür. Bu bakımdan; usulî olarak, af düzenlemeleri etkilenen mağdur toplulukların da görüşleri alınarak tasarlanmalı; esasa ilişkin olarak ise, mağdurların başvuru haklarını, özellikle de “hakikati öğrenme” ve “tazminat alma” haklarını ortadan kaldırmamalıdır. Ayrıca bu aflar, failin sorumluluğu kabul ettiği, mağdurun dinlenip tanındığı bir uzlaşma sürecinin parçası olmalıdır¹¹³.

D. AVRUPA DÜZLEMİ

Af konusunda Avrupa insan hakları sistemi de belli bir içtihadi birikime sahiptir¹¹⁴. Bu birikim, bir nebze esnek bir görüntü sunmaktadır. Buna geçeceğiz fakat ondan önce devletlerin “etkili soruşturma” yükümlülüğü hakkında bilgi vermek gerekebilir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yaşam hakkı (madde 2) ve işkence yasağı (madde 3) kapsamında geliştirdiği içtihat, devletlerin bu haklara yönelik ciddi ihlallerde etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünü pozitif bir yükümlülük olarak tanımlar. Bu yükümlülüğün temel amacı, ilgili hakları koruyan iç hukuk kurallarının pratikte de işlerliğini sağlamaktır. Özellikle devlet görevlilerinin sorumlu olduğu durumlarda hesap verilebilirlik, bu yükümlülüğün merkezindedir. Mahkeme’ye göre, bir soruşturmanın etkili sayılabilmesi için bağımsız, kapsamlı, makul süratte yürütülen ve kamusal denetime açık olması gerekir. Bu yükümlülük bir sonuç değil, bir araç yükümlülüğüdür. Yani her soruşturma mahkûmiyetle sonuçlanmak zorunda değildir. Ancak, ölüm nedeninin veya sorumluların belirlenmesini engelleyen eksiklikler, bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelebilir. Eğer soruşturma yargılamaya evrilirse, bu sürecin caydırıcılık ve adaletin görünürlüğü bakımından etkili olması gerekir.

112 Thomas Kwoyelo v Uganda § 287 ve 291.

113 Close (n 1) 211.

114 Serdar Güleler, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında ‘Genel Af’ Kanunları’ (2014) 1(4) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 411-429. Francesca Lessa and Leigh A. Payne (eds), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability Comparative and International Perspectives* (CUP 2012).

Bununla birlikte Mahkeme, mağdurların ya da yakınlarının suç faillerinin cezalandırılmasını talep etme yönünde bireysel bir hakkı olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Ceza soruşturması ve kovuşturmasının amacı bireysel tatminin yanı sıra, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi ve hukukun üstünlüğünün sürdürülmesidir. Bu yaklaşım, ceza yargılaması alanındaki devlet takdir yetkisine ve kovuşturma yapılıp yapılmaması konusunda kamu yararına dayalı değerlendirme yetisine bir sınır getirirken, onu tamamen ortadan kaldırmaz. Özetle Mahkeme, ciddi hak ihlallerinde etkili soruşturma ve gerekli durumlarda cezai işlem yürütülmesini, bireysel intikam veya özel hak arama biçimi değil, hakların korunmasını sağlayan kurumsal mekanizmaların işlerliği açısından gerekli görmektedir¹¹⁵.

Af kanunları da, koşullarına göre bu yükümlülüğü ortadan kaldırabilir. Zira:

“Bir devlet görevlisinin işkence veya kötü muamele içeren suçlarla itham edildiği durumlarda, ‘etkili bir başvuru yolu’ açısından ceza yargılamalarının ve cezaların zaman aşımına uğramaması son derece önemlidir. Bu gibi hallerde af ya da bağışlama da mümkün olmalıdır¹¹⁶.”

Fakat bu belirleme mutlak değildir. Af konusunda belli çerçeve içinde esneklik söz konusudur. Strazburg içtihadı, ağır insan hakları ihlallerine karşı devletlerin yükümlülüklerine dair geliştirdiği ölçülü yaklaşım doğrultusunda, af yasalarına ilişkin bağlama duyarlı ve nüanslı bir içtihatlar bütünü oluşturmuştur. Mahkeme, af düzenlemelerini ne kategorik biçimde yasaklamakta ne de üye devletlere sınırsız takdir yetkisi tanımaktadır. Bunun yerine, afların hukuki bağlamını, amaçlarını, kapsamını ve etkilerini dikkate alan çoğulcu bir değerlendirme yöntemi benimsemiştir.

Örneğin 1998’de Komisyon zamanında ele alınan, Fransa’nın eski sömürgesi Yeni Kaledonya’daki çatışmaları sonlandırmak amacıyla çıkarılan bir af yasasının incelendiği *Dujardin v Fransa* vakasında başvurucu siyasi amaçlı bir saldırıda dört polisin öldürülmesiyle ilgili soruşturmayı engelleyen düzenlemenin yaşam hakkının ihlali anlamına geldiğini söylemişti. Komisyon, afların ancak sistematik biçimde failleri koruma amacı güttüğü açıkça görüldüğü koşullarda yaşam hakkını ihlal edebileceğini, somut olayda olduğu gibi istisnai ve barışçıl amaçlar taşıyan aflar açısından bir sorun olmayacağı sonucuna varmıştır¹¹⁷. Komisyon’a göre, yaşam hakkı ihlallerini kapsayan bir af, ancak bu tür suçları işleyen faillerin yargılanmasını sistematik biçimde engellemeyi amaçlayan genel bir uygulamanın parçasıysa 2’nci madde kapsamındaki yükümlülüklerle bağdaşmaz.

“Diğer tüm suçlar gibi, cinayet suçu da af kapsamında değerlendirilebilir” şeklindeki ilke yaklaşımı Mahkeme içtihadında da karşılık bulmuştur. İHAM, eski Yugoslavya’daki silahlı çatışmaların ardından çıkarılan bir af yasasını ele aldığı *Tarbuk v Hırvatistan* kararında, temel hak ihlallerine ilişkin olsa dahi bir af yasasının, devlet tarafından olağanüstü koşullara tepki vermek üzere gerekli

115 Bu konularda bkz. Tolga Şirin, ‘Türkiye’de Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi’ (2019) 21, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 1577-1607.

116 *Ateşoğlu v Türkiye* App No. 53645/10 (ECtHR, 20 January 2025) § 25.

117 *Dujardin v France* App No. 16734/90 (ECtHR, 2 September 1991).

görülmesi ve birey haklarıyla yasanın amaçladığı meşru menfaatler arasında bir denge kurulması hâlinde Sözleşme ile bağdaşabileceğini kabul etmiştir¹¹⁸.

Mahkemenin Fransa, İspanya, Rusya ve Hırvatistan'dan gelen dört başvurudaki yaklaşımı konuyla ilgili ipuçları sunmaktadır. Bunlardan İspanya ve Rusya ile ilgili vakalar, konunun zamansal yönüyle ilişkilidir. Mahkeme bu gibi vakalarda çok eski durumlar açısından inceleme eğiliminde olmadığını göstermiştir.

Gutierrez Dorado v İspanya davası, İspanya İç Savaşı sırasında gerçekleşen ve 1977'de demokratik geçiş süreci kapsamında kabul edilen genel af yasının kapsamına giren bir zorla kaybetme vakasına ilişkindir. Zorla kaybetme eylemi uluslararası hukuk bakımından bir suç teşkil etmesine rağmen, Mahkeme bu fiilin af kapsamında değerlendirilmesini sorgulamaktan kaçınmış ve başvurunun zaman bakımından yapılmış olması gereken dönemi çoktan aşmış olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. Mahkemenin şu belirlemesi önem taşır:

Zaman geçtikçe tanıkların hafızaları zayıflar, bazı tanıklar hayatını kaybeder ya da ulaşılabilir hâle gelir, deliller bozulur ya da yok olur ve etkili bir soruşturma yürütme olasılığı giderek azalır. Bu koşullarda Mahkemenin kendi inceleme ve değerlendirmesi de anlamlılığını ve etkisini kaybedebilir¹¹⁹.”

Bu yaklaşım *Janowiec v Rusya* kararında da sürdürülmüştür. İkinci Dünya Savaşı'nın başlarında işlenmiş savaş suçları açısından soruşturma yükümlülüklerini katı uygulamayan Mahkeme, “Sözleşmeden önce işlenmiş olsa bile, en ağır uluslararası suçların soruşturulmaması nedeniyle bir taraf devletin sorumlu tutulamayacağını” ifade etmiştir¹²⁰. Bu karar, Mahkeme'nin ağır insan hakları ihlallerine dair soruşturma yükümlülüğünün çok uzun zaman sonra sona erebileceğini kabul ettiğini (en azından bu meseleye müdahale etmediğini) ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, tarihî nitelik taşıyan af yasaları uluslararası suçların aydınlatılmasını engellese bile, Mahkeme bunların geçerliliğini sorgulama yoluna gitmemektedir¹²¹.

Fransa ve Hırvatistan'a ilişkin vakalar ise esasa dönük önemli belirlemeler içermektedir. Bunlardan *Ould Dah v Fransa* kararının başvurusu, Moritanya'daki af kanuna rağmen Fransa'da işkence nedeniyle yargılanıp mahkûm edilen bir subaydır. 1984 tarihli Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme uyarınca yargılamada yer yönünden sorun olmadığı sonucuna varan Mahkeme, işkence yasağının tüm insan hakları belgelerinde temel bir norm olarak yer aldığını ve *jus cogens* (emredici norm) niteliği taşıdığını vurgulamış, işkence fiillerini kapsayan af yasalarının devletin soruşturma yükümlülüğüyle genellikle bağdaşmadığını ifade etmiştir. Fakat ilginçtir Mahkeme bu saptamasına rağmen, bazı durumlarda cezalandırma gereği ile toplumsal uzlaşma ihtiyacı arasında bir çatışma doğabileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre somut olayda, Moritanya'da böyle bir uzlaşma süreci

118 *Tarbuk v Croatia* App No. 31360/10 (ECtHR, 11 December 2012).

119 *Gutierrez Dorado v Spain* App No. 30141/09 (ECtHR, 27 March 2012) § 137

120 *Marguš v Croatia* App No. 4455/10 (ECtHR Grand Chamber, 27 May 2014).

121 *Janowiec and Others v Russia* App No. 55508/07 & 29520/09 (ECtHR Grand Chamber, 21 October 2013).

yürütülmediği için bu tür bir çatışma mevcut değildir, dolayısıyla Fransız yargı makamlarının af yasasını dikkate almadan yargılama yapmaları uluslararası hukuka uygundur¹²².

Konuyla ilgili daha kapsamlı nitelikteki ve Mahkemenin yaklaşımını daha net biçimde ortaya koyduğu *Marguš v Hırvatistan* davasının konusu daha önce Hırvatistan'daki bir af yasasından yararlanmış olan bir asker, işlediği savaş suçları nedeniyle yeniden yargılanıp mahkûm edilmesinin, Sözleşme'nin Ek 7'nci Protokolü'nün 4'üncü maddesinde güvence altına alınan *ne bis in idem* (aynı fiilden iki kez yargılanmama) ilkesini ihlal edip etmediğidir. Mahkeme, Hırvat af kanununun açıkça uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerini kapsam dışında bıraktığını, dolayısıyla başvurucuya af uygulanmasının baştan itibaren hukuka aykırı olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle ilk yargılamada yapılan bu temel hata, davanın yeniden görülmesini ve mahkûmiyetin verilmesini Sözleşme ile bağdaşır kılmıştır¹²³.

Daha önemlisi, Mahkeme bu vesileyle ağır uluslararası suçlara af tanınmasının uluslararası hukukla ilişkisini tartışmıştır. Kararda, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve soykırım gibi “uluslararası suçlar” a af tanınmasının “uluslararası hukuk tarafından gitgide yasaklandığı yönünde bir eğilim” bulunduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu tespit, “teamül hukukuna, insan hakları sözleşmelerine, uluslararası ve bölgesel mahkemelerin kararlarına ve gelişen devlet uygulamasına” dayandırılmıştır¹²⁴. Mahkeme, devletlerin ağır insan hakları ihlallerini kovuşturma ve cezalandırma yönündeki oybirliğiyle tanınan yükümlülüğü ile af düzenlemeleri arasındaki yapısal gerilimi vurgulamış fakat henüz hiçbir uluslararası sözleşmenin bu tür suçlara af getirilmesini açıkça yasaklamadığını da kaydetmiştir¹²⁵. Bu nedenle Mahkeme, afların mutlak biçimde yasaklanmasının her durumda insan haklarının korunmasına hizmet etmeyebileceğini not etmiş; bazı olağanüstü koşullarda (örneğin bir barış ve uzlaşma süreci yürütülmesi ya da mağdurlara etkili tazmin yolları sağlanması hâlinde) af düzenlemelerinin meşru görülebileceği olasılığına kapıyı kapatmamıştır.

V. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISI

Uluslararası düzlemdeki belirlemeler, ulusal düzeyde de karşılık bulmuştur. Bunları da kıtalara göre ele alabiliriz.

A. AMERİKA DÜZLEMİ

Latin Amerika, 20'nci yüzyılın ikinci yarısında askeri diktatörlüklerin yaygın olduğu, sistematik insan hakları ihlallerinin yaşandığı ve bu ihlallerin ardından cezasızlıkla mücadelede ulusal ve uluslararası hukuk yollarına sıklıkla başvuru yapılan bir bölgeye dönüşmüştür. Bu süreçte, diktatörlüklerin sona ermesini izleyen dönemlerde kabul edilen çok sayıda af yasası, fail aktörleri koruma amacı taşımış; ancak bu yasalar, daha önce de bahsedildiği üzere özellikle Amerikalı uluslararası İnsan Hakları

122 *Ould Dah v France* App No. 13113/03 (ECtHR, 17 March 2009).

123 *Marguš v Croatia*

124 *Marguš v Croatia* § 139

125 *Marguš v Croatia* § 143.

Mahkemesinin (AmeİHM) gelişen içtihadı çerçevesinde yoğun biçimde sınınanmıştır. Bu sınımanın yarattığı içtihadı zenginlik ulusal düzeyde de mevcuttur.

Arjantin- Bu konuda dikkat çekici örnek Arjantin'dir. Arjantin'de 1986 ve 1987 yıllarında kabul edilen iki kanun¹²⁶, 1983 askerî diktatörlüğü döneminde işlenen ağır insan hakları ihlallerine fiili dokunulmazlık sağlamıştır. Söz konusu düzenlemeler, özellikle zorla kaybetme, işkence ve yargısız infazlar gibi suçlara ilişkin cezai soruşturmaların engellenmesi sonucunu doğurmuştur. Bunlardan "Punto Final" isimli kanun, 24 Aralık 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yasa, bahsi geçen dönemde işlenen suçlara ilişkin soruşturmaların 60 gün içinde başlatılmaması hâlinde bu fiillerin artık kovuşturulamayacağını hükme bağlamıştır. Böylece birçok dosya zaman baskısı nedeniyle kapanmış, ceza adaletinin işletilmesi imkânsız hâle gelmiştir. Bunu takiben, 4 Haziran 1987'de kabul edilen "İtaat Borcu" isimli kanun, ordu hiyerarşisi içindeki ast personelin üstlerinden gelen emirlere uymalarını mutlak bir ceza sorumsuzluğu gerekçesi saymıştır. Bu hükümlerle, özellikle emir-komuta zinciri içinde görev yapan subayların yargılanmasının önüne geçilmek istenmiştir¹²⁷.

Bu iki kanun, dönemin sivil hükümeti tarafından, artan askerî baskı ve ordu içindeki ayaklanmaları yatıştırma amacıyla çıkarılmıştır. Siyasi iktidar, yasaları toplumsal uzlaşma, iç barış ve demokratik geçişin sağlanması gibi gerekçelerle meşrulaştırmıştır. Ancak bu düzenlemeler, cezasızlığı kurumsallaştırdığı gerekçesiyle başta insan hakları örgütleri olmak üzere geniş çevrelerce eleştirilmiştir. 1980'li yılların sonundan itibaren, özellikle Abuelas de Plaza de Mayo (Cumartesi Anneleri) gibi örgütler aracılığıyla bu yasaların iptali yönünde yoğun bir hukuk mücadelesi yürütülmüştür. Bu süreçte dönüm noktası, 2001 yılında verilen bir kararla yaşanmıştır. Karar, bir zorla kaybetme davasında her iki yasanın da Arjantin Anayasası'na ve ülkenin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine açıkça aykırı olduğuna hükmetmiştir. Konunun yüksek Mahkemenin önüne gelmesi üzerine söz konusu af kanunlarının insanlığa karşı suçlara ilişkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiğine ve Anayasa'nın temel ilkeleriyle bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. İnsan onuruna aykırı sayılan bu af kanunlarının, anayasa üstü nitelik taşıyan uluslararası sözleşmelere aykırılığının yanı sıra zorla kaybetme ve işkence gibi suçların jus cogens niteliği taşıması nedeniyle af veya zaman aşımıyla korunamayacağına dair uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca kabul edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu kararların sonucu olarak 300'ün üzerinde dava sonuçlanmış, 1.100'den fazla kişi hakkında kesin mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bu gelişmeler, Arjantin'in insanlığa karşı suçlarla mücadele sürecinde önemli bir eşiği geride bıraktığını göstermiştir¹²⁸.

Peru- Peru'da 1995 yılında kabul edilen Af Kanunu ve buna bağlı düzenlemeler, 1980-1991 yılları arasındaki iç çatışma döneminde askerî ve polis güçleri tarafından işlenen cinayet, işkence ve zorla kaybetme gibi ağır insan hakları ihlallerini ceza sorumluluğundan muaf tutmuştur. Yasaların

126 "Punto Final" ve "Obediencia Debida" diye bilinirler. Bu konularda bkz. Ricardo Gil Lavedra, "The Possibility of Criminal Justice: The Argentinean Experience" in Jessica Almqvist and Carlos Esposito (eds), *The Role of Courts in Transitional Justice: Voiced from Latin America and Spain* (Routledge 2012) 56 ff.

127 Andrea Gualde and Natalia Luterstein, 'The Argentinean Reparations Programme for Grave Violations of Human Rights Perpetrated during the Laws Military Dictatorship' in Carla Ferstman and Mariana Goetz (eds) *Victims of Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity* (Brill 2020) 528.

128 Lavedra (n 126); Gualde and Luterstein (n 127).

gerekçesi olarak “ulusal barışı yeniden sağlama” hedefi gösterilmiş; ancak bu gerekçenin, güvenlik güçlerinin işlediği suçları örtbas etme işlevi gördüğü yönünde yoğun eleştiriler yöneltilmiştir. Bu düzenlemeler, özellikle La Cantuta Üniversitesi’nde yaşanan zorla kaybetme olayları bağlamında yeniden gündeme gelmiştir. 1998’de başlayan yargı sürecinde af kapsamına alınan üst düzey askerlerin yeniden yargılanabilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. 2 Mart 2007 tarihinde Peru Anayasa Mahkemesi (Tribunal Constitucional), başvuruyu kabul ederek değerlendirmeye almıştır. Mahkeme, anayasanın yorumlanmasında merkezî ilke olarak insan onurunu esas almış; insan onuruna saygının devletin ve toplumun en yüce amacı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, 1980 tarihli Peru Anayasası’nda yer alan bu ilkeye atıfla bu düzenlemelerin insan onurunun özüne zarar verdiği ve bu nedenle anayasa hükümleriyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır¹²⁹.

Ayrıca, 1993 Anayasası uyarınca af yasaları parlamentonun tam onayıyla yürürlüğe girmiş olsa da, bu yetkinin mutlak olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, söz konusu afların yalnızca terörle bağlantılı kişilerin ötesinde, askeri emirleri yerine getiren kamu görevlilerini de kapsamı nedeniyle adalet ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde ayrıca pacta sunt servanda ilkesi vurgulanmış; Anayasa’nın da üzerinde, temel hakların dokunulmazlığını koruyan ve devleti bağlayan kurallar bulunduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, devletin cezasızlık yaratan düzenlemelerle kendisini ulusal ve uluslararası yükümlülüklerden kurtaramayacağını ifade etmiştir. 28 Haziran 2007 tarihinde Anayasa Mahkemesi, oybirliğiyle bu af yasalarının “ilk andan itibaren hükümsüz ve geçersiz” olduğuna hükmetmiştir. Bu kararlar birlikte daha önce kapatılmış olan *La Cantuta* ve *Barrios Altos* gibi davalar yeniden açılmış, aralarında üst düzey ordu komutanları ve istihbarat görevlilerinin de bulunduğu birçok faile yönelik yargılama süreci başlatılmıştır. Kararın ardından Peru yargısı, eski İstihbarat Başkanı da dahil olmak üzere birçok kişiyi mahkûm etmiştir. Uluslararası kuruluşların, özellikle İnsan Hakları Komisyonlarının denetimi ve baskısı devam etmiş; yeni davalar açılarak cezasızlıkla mücadelede önemli adımlar atılmıştır. Böylece Peru’da askerî personelin karıştığı ağır insan hakları ihlalleri, yeniden yargılama konusu yapılabilmektedir¹³⁰.

Uruguay- Uruguay’da 1986 yılında sivil hükümet tarafından kabul edilen 15.848 sayılı “Ceza Takip Talep Hakkının Düşürülmesi (Caducidad) Kanunu”, 1973–1985 dönemindeki askerî rejim sırasında işlenen ağır insan hakları ihlallerinin soruşturulmasını ve kovuşturulmasını fiilen sona erdirmiştir. Bu yasa, söz konusu dönemde görev yapmış asker ve polislerin işlediği suçlar bakımından devletin ceza soruşturması yetkisinin düşmüş sayılacağını öngörmüştür. Düzenlemenin gerekçesinde “ulusal barışın sağlanması” ve “güçlü ulusal birlik” vurgusu öne çıkarılmış; hükümet ile ordu, bu yolla darbeyle açılan toplumsal yaraların kapatılmasının hedeflendiğini açıklamıştır. 1988 yılında verilen ilk kararında Uruguay Yüksek Mahkemesi (Corte Suprema de Justicia), söz konusu yasanın anayasaya uygun olduğuna oyçokluğuyla karar vermiştir. 1989’da yapılan referandumda halkın

129 Góngora Mera and Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication* (Inter-American Institute of Human Rights (IIDH) 2011) 39-40.

130 *ibid*; Yavan Montoya Vivanco, ‘Responding to Human Rights Violations Committed during the Internal Armed Conflict in Peru: The Limits and Advances of Peruvian Criminal Justice’ in Jessica Almqvist and Carlos Esposito (eds), *The Role of Courts in Transitional Justice* (Routledge 2012) 159-184. Catherine M. Conaghan, *Fujimori’s Peru: Deception in the Public Sphere* (Pittsburgh Press 2005) 70-76.

yasaya desteği yönünde oy kullanmasının ardından, Mahkeme bu sonucu bağlayıcı kabul etmiş ve yasanın anayasal denetiminin yürütme yetkisinin alanına girdiğine hükmetmiştir. Bu tarihten sonra yasanın iptali yönündeki tüm talepler sistematik biçimde reddedilmiştir. Ancak bu içtihat, 2009 yılında Nibia Sabalsagaray'ın gözetiminde işkenceyle öldürülmesine ilişkin davada radikal biçimde değişmiştir. CSJ, bu davada oybirliğiyle mezkûr kanunun Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu içtihat, 10 Kasım 2010 tarihinde eski devlet başkanı Juan María Bordaberry'nin insanlığa karşı suçlardan yargılandığı davada bir adım ileri taşınmış; Mahkeme bu kez yasayı tümüyle hükümsüz ilan etmiştir. Yüksek Mahkeme, 2009 ve 2010 tarihli kararlarında Uruguay Anayasası'nın 72'nci ve 332'nci maddelerine atıfta bulunarak, uluslararası kamu düzeninin parçası olan *ius cogens* nitelikli insan hakları normlarının sıradan yasalarla bertaraf edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Cenevre Sözleşmeleri ile Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası metinlerin Uruguay iç hukukunda yüksek norm statüsüne sahip olduğu vurgulanmıştır. 2010 kararında ayrıca, devlet görevlilerinin kasten işlediği ağır ihlallerin soruşturulmasını ve cezalandırılmasını engelleyen herhangi bir yasanın anayasal ilkelerle bağdaşmayacağı açıkça ifade edilmiştir¹³¹.

Bu kararlar sonucunda, mezkûr kanun fiilen uygulanamaz hâle gelmiştir. Bordaberry kararının ardından darbe döneminde görev yapmış asker ve polis mensupları hakkında soruşturmalar yeniden başlatılmıştır. Sabalsagaray ve Bordaberry dosyalarında sorumluluğu bulunan failler yargılanmış ve bazıları mahkûm edilmiştir. Ayrıca, Uruguay Parlamentosu 2011 yılında bu kanunu uygulamadan kaldırmış ve Uruguay'da darbeler dönemine ilişkin suçların soruşturulmasının önündeki yapısal engeller ortadan kalkmıştır. Her ne kadar referandumda bu yasaya destek veren kesimler tarafından mahkeme kararları eleştirilmiş olsa da, kararlar ulusal ve uluslararası insan hakları çevrelerince önemli bir kazanım olarak değerlendirilmiştir. Böylece Uruguay, devlet görevlilerinin işlediği insanlığa karşı suçların cezasız kalmaması yönünde somut ve bağlayıcı bir yargısal irade ortaya koymuştur¹³².

Şili- Şili'de 1978 yılında askerî rejim tarafından çıkarılan norm, 11 Eylül 1973 ile 10 Mart 1978 tarihleri arasında işlenen siyasal nitelikli suçları kapsayacak şekilde geniş bir af getirmiştir. Bu düzenleme, söz konusu dönemde işlenen tüm suçlar için –faillerin doğrudan işleyici ya da yardım ve yataklık eden olmalarına bakılmaksızın– ceza soruşturmalarının ve kovuşturmalarının durdurulmasını öngörmüştür. Kararnamenin gerekçesinde, halkın “eski düşmanlıkları geride bırakıp ulusal birlik içinde yeniden birleşmesini sağlama” gibi ifadeler yer almıştır. Metin içerisinde “insan onuruna saygı” gibi kavramlara atıf yapılmış olsa da, söz konusu düzenleme eleştirel gözlemciler tarafından esasen diktatörlük döneminde işlenen sistematik suçların örtbas edilmesini amaçlayan bir araç olarak değerlendirilmiştir. Özellikle zorla kaybetmeler, işkence ve yargısız infazlar gibi ağır ihlallerin bu af kapsamında yargı denetiminden muaf tutulmuş olması, ulusal ve uluslararası kamuoyunda ciddi tartışmalara yol açmıştır. 1980'li yıllardan itibaren göreve gelen sivil yönetimler, bu kararnamenin Şili'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmadığını ileri

131 Veit Straßner, 'Uruguay: Vergangenheitspolitik – Die Dialektik von Vergessen und Erinnern' in Peter Hoeres and Hubertus Knabe (eds), *Nach der Diktatur Die Aufarbeitung von Gewaltherrschaften* (De Gruyter 2023) 391-477.

132 Eugenia Allier-Montano and Camilo Vicente Ovalle, 'As an Unhealed Wound: Memory and Justice in Post-Dictatorship Uruguay' in Allier-Montano and Emilio Crenzel (eds), *The Struggle for Memory in Latin America: Recent History and Political Violence* (Palgrave 2015) 35-53.

sürmü; buna karşın, 1989 ve 2009 yıllarında yapılan referandumlarda halk af düzenlemesinden yana oy kullanmıştır. Şili Anayasa Mahkemesi (Tribunal Constitucional), bu referandum sonuçlarını bağlayıcı kabul etmiş ve kararnamenin anayasallığına ilişkin doğrudan bir iptal kararı vermemiştir. Konuyla ilgili tartışmalar sürse de Şili, affın anayasal olarak tanınması durumunda uluslararası insan hakları hukukunun üstünlüğü konusunda kaygının oluşabileceğini göstermektedir¹³³.

Brezilya- Brezilya'da 1979 yılında çıkarılan af kanunu, 1 Eylül 1961 ile 15 Ağustos 1979 tarihleri arasında işlenmiş olan “siyasi suçları” ve bu suçlarla “ilişkili” kabul edilen fiilleri kapsayan kapsamlı bir af rejimi getirmiştir. Bu ilişkili suçlar arasında, politik amaçlı örgüt üyeliği ve benzeri faaliyetler yer almıştır. Yasaya, dönemin askerî rejiminden çıkışı kolaylaştıracak bir “ulusal birlik” arayışının eşlik ettiği belirtilmiştir; bu gerekçeyle af, hem direnişçiler hem de kamu görevlileri için geçerli olacak biçimde düzenlenmiştir. 1988 Anayasası da bu af düzenlemesini dolaylı biçimde teyit etmiş; böylece söz konusu kanun, anayasal güvenceye kavuşmuştur. Ancak, zamanla insan hakları ihlallerinin boyutu daha görünür hâle geldikçe bu düzenlemenin kapsamı tartışma konusu olmuştur. 2009'da Brezilya Barolar Birliğinin kanun kapsamına giren fiillerin yalnızca siyasi suçlarla sınırlı kalmadığını, kamu görevlilerinin işlediği cinayet, işkence ve zorla kaybetme gibi adi suçların da affedilmiş sayıldığını belirterek, Anayasa Mahkemesine (Supremo Tribunal Federal) iptal başvurusuyla birlikte bu konudaki tartışma canlanmıştır. Mahkeme, 29 Nisan 2010'da verdiği kararında bu düzenlemeyi “tarihsel bir anlaşmanın ürünü” olarak tanımlamış; 1964–1985 arasındaki askerî rejim sonrası geçiş sürecine özgü bir uzlaşma refleksiyle kabul edildiğini belirtmiştir. Mahkeme çoğunluğu (7/9) bu tür geçiş dönemlerine özgü yasaların yargı denetimine tabi tutulamayacağını savunmuş; hukuki istikrar ve geçiş dönemi bağlamı gerekçeleriyle affın geriye dönük etkisinin korunması gerektiğini ifade etmiştir¹³⁴.

B. AFRİKA DÜZLEMİ

Afrika kıtası, özellikle etnik gerilimin yüksek olduğu, iç savaşlara sahne olan ve ırkçı rejimlerden çıkış arayışlarının bulunduğu bir kıtadır. Bu çatışma süreçlerinden çıkarken doğal olarak bazı af kanunları çıkarılmış ve bu kanunlar denetime tabi olmuştur.

Bu bağlamda özellikle öne çıkan örnek Güney Afrika Cumhuriyeti'ndeki 1995 tarihli Güney Afrika Ulusal Birlik ve Uzlaşma Teşvik Kanunu'dur. Bu kanun çerçevesinde kurulan Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu (HUK) siyasi saiklerle işlenmiş ağır insan hakları ihlallerine dair tam ve eksiksiz bir açıklama yapan kişilere af tanıma yetkisine sahiptir.

133 Claudiom Javier Barrientos, 'Memory Policies in Chile, 1973-2010' in Eugenia Allier-Montano and Emilio Cranzel (eds), *The Struggle for Memory in Latin America* (Palgrave Macmillan 2015) 53-70; Roberto Garretón, 'Chilean Transitional Justice and the Legacy of the De Facto Regime' in Jessica Almqvist and Carlos Eposito (ed) *The Role of Courts in Transitional Justice: Voiced from Latin America and Spain* (Routledge 2012) 81-102.

134 Anayasaya ekli Geçici Anayasa Hükümleri'nin (*Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*) 8'inci maddesi, açık biçimde şunu düzenlemiştir: “1979 tarihli (6.683 sayılı) Af Kanunu uyarınca, siyasi suçlardan ve bunlarla bağlantılı suçlardan dolayı affedilmiş olanlara karşı hiçbir cezaî, idari veya sivil işlem yapılamaz.” Bu konu ve genel olarak Anayasa'nın felsefesi için bkz. Virgilio Afonso da Silva, *The Constitution of Brazil: A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2019).

Konu Yüksek Mahkemenin önüne geldiğinde Mahkeme affın otomatik nitelik taşımadığını kaydetmiş ve Komisyon'un değerlendirme yetkilerine değer atfetmiştir. Konunun sadece bireylerin ceza alıp almamasına indirgenemeyeceği kanısındaki Mahkeme, toplumun geçmişle yüzleşmesi ve mağdurların sesini duyurmasını hedefleyen kurumun, kişileri motive etmek için getirildiğini kabul etmiştir. Mahkeme, Cenevre Sözleşmelerine (Ek II. Protokol md. 6/5) atıfla iç çatışmaların sonunda af teşviki yapılabileceğini, çünkü aynı topluluk içinde barışçıl bir birlikte yaşamın ancak bu şekilde mümkün olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, mevzuattaki göndermelerin keyfi olmadığını, bağımsız bir kurul tarafından başvuruların değerlendirildiğini ve yalnızca gerekli koşulları sağlayan kişilere af tanıdığını vurgulayarak bu sürecin "genel af" olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir.

Güney Afrika'da dikkat çeken bir diğer bağlam devlet başkanına tanınan af yetkisiyle ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin *President v Hugo* kararı bu açıdan özel bir önem taşır. Bu kararında Mahkeme, Cumhurbaşkanının affetme yetkisinin tarihsel olarak İngiliz hukukundaki *royal prerogative*'den türemiş olsa da, Güney Afrika'da artık doğrudan Anayasadan kaynaklanan ve yürütmeye ait bir yetki olduğunu kabul etmiştir. Bu tespit, yetkinin kutsal ya da denetim dışı olmadığını, anayasal normlara uygunluğunun mahkemelerce denetlenebileceğini ortaya koyar. Ancak Mahkeme, yargısal denetimin sınırlarını da netleştirmiştir: Başkanlık affı gibi yüksek takdir alanlarında mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı, yani affın isabetli ya da makul olup olmadığını değerlendiremeyeceği belirtilmiştir. Karara göre, yalnızca affın anayasal haklara açıkça aykırı olup olmadığını veya irrasyonel, keyfi ya da ayrımcı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilir. Somut olayda Mahkeme, Devlet Başkanı Nelson Mandela'nın yalnızca küçük çocuk sahibi annelere yönelik af kararı almasının cinsiyet temelli ayrımcılık teşkil ettiğini kabul etmiştir¹³⁵.

Bu içtihat sonradan başka kararlarda da yansıma bulmuştur¹³⁶. *Albutt* kararı bu açıdan özel önem taşır. Bu vakanın arka planında bu ülkede yaşanan ırkçı Apartheid rejimi sonrası Hakikat Komisyonu'nun çözemediği bağlamlarda devlet başkanının af yetkisi yoluyla tamamlanabileceğine dair kabullerdir. Afların mağdurların da dinlenmesi ve katılımıyla ilan edilmesi gerektiğini savunan pek çok sivil toplum örgütünün taleplerinin dikkate alınmaması üzerine oluşan bu davada Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın temel felsefesine dönük özel inceleme yöntemi (buna rasyonellik denetimi deniyor) kullanmıştır. Bir bakıma yetkinin amaç ögesini dikkate alan Mahkeme, affın mantığı ve amacı hesaba katıldığında mağdurların katılımının dışlanması Anayasa'ya aykırı görmüştür¹³⁷.

C. AVRUPA DÜZLEMİ

Avrupa düzleminde af konusunda etraflı (en azından ağır insan hakları ihlalleri bağlamında) güçlü bir içtihadi birikimin olduğu söylenemez. Bu bağlamda dikkat çeken örnek, Şili diktatörü Pinochet ile ilgilidir.

135 *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo*, (CCT11/96) [1997] ZACC 4; 1997 (6) BCLR 708; 1997 (4) SA 1 (Constitutional Court of South Africa, 18 April 1997).

136 Paul Gready, *The Era of Transitional Justice: The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond* (Routledge 2010) 100-101.

137 Bkz. *Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation and Others* (CCT 54/09) [2010] ZACC 4; 2010 (3) SA 293 (CC); 2010 (2) SACR 101 (CC); 2010 (5) BCLR 391 (CC) (Constitutional Court of South Africa, 23 February 2010).

İspanya, 1990'larda çıkardığı evrensel yargı kanunuyla, başka ülkelerde işlenmiş insanlığa karşı suçları kendi yargı yetkisi içinde kovuşturma imkânı tanımıştır. Bu çerçevede Pinochet ile Arjantin'deki kimi cunta liderleri hakkında yakalama kararı çıkarılmıştır. Bu kişiler kendi ülkelerinde af yasalarıyla korunuyor olmalarına rağmen İspanyol mahkemeleri bu afları geçerli saymamıştır. Bu bağlamda gerekçe, evrensel hukuk kuralların işkence, zorla kaybetme ve sistematik infazlar gibi suçların zaman aşımına veya afla silinmesine izin vermemesi olmuştur¹³⁸.

Avrupa düzleminde dikkat çeken tartışma, daha çok devlet başkanlarına tanınan af yetkisinin niteliğiyle ilgili olmuştur. Bu konuda genellikle olumsuz örnekler bilinmektedir ve fakat bunlar oldukça eski tarihlidir. Örneğin Fransa'da *Gugel* kararı olarak bilinen karar, Cumhurbaşkanı tarafından verilen bir af kararına karşı açılan iptal davasına ilişkindir. Fransız Danıştay (Conseil d'État), af işleminin yürütmeye ait siyasal bir tasarruf olduğunu, idari işlem niteliği taşımadığını ve bu nedenle yargısal denetime tabi tutulamayacağını belirtmiştir¹³⁹. Fransa'da bu konu *Contiguy* ve *Gombert* kararlarında tersten, yani af talebinin reddedilmesi bağlamında ele alınmış ama sonuç farklı olmamıştır. Danıştay bu durumda da aynı yaklaşımı sürdürmüş, ret kararının da yargı mercilerince denetlenemeyeceğini ifade etmiştir. Her iki karar da, mahkemelerin bu konuda mutlak yetkisizlik temelinde hareket ettiğini ve af işlemini kamu gücünün yargı dışı alanı içinde değerlendirdiğini göstermekteydi¹⁴⁰. Nitekim bu çerçevede Fransa'da af kararlarının yargı denetimine tabi olup olamayacağı uzun süre belirsiz kalmıştır. Ne var ki 1947 ve 1953 yıllarında verilen iki karar, bu konuda önemli bir kırılma yaratmıştır. Bu kararlar, af işlemlerinin dolaylı biçimde mahkemeler tarafından denetlenebileceğini ortaya koymuştur¹⁴¹.

İlk olayda, bir kişiye verilen asli ceza bir af talimatıyla kaldırılmış, yerine "ikamet yasağı" gibi özgürlüğü kısıtlayan bir yan ceza getirilmiştir. Ancak bu ceza, yalnızca belirli suçlar için öngörülmüş özel bir yasa kapsamında düzenlenmiştir. Dolayısıyla af işlemiyle kişiye, yasa da yeri olmayan bir yaptırım uygulanmış, kişi bu yüzden yeniden yargılanarak hapis cezasına çarptırılmıştır. Yargıtay bu durumu incelemiş ve söz konusu af kararının hukuka aykırı sonuç doğurduğu gerekçesiyle kararı bozmuştur. Mahkeme, söz konusu yan cezanın suçun niteliğine uygun olmadığını, ayrıca mahkemelerin af işlemlerinin sonuçlarını hukuka uygunluk bakımından denetleyebileceğini belirtmiştir. Bu yaklaşımını da Fransız Anayasası'nda yer alan "yargı kişisel özgürlüklerin koruyucusudur" ilkesine dayandırmıştır¹⁴².

138 Ancak İspanyol yargısı, başka ülkelerde benimsediği hesap verebilirlik ilkesini kendi geçmişindeki ağır ihlaller açısından uygulamamıştır. Yargıç Baltasar Garzón, Franco dönemine ait zorla kaybetmeler ve yargısız infazlarla ilgili bir soruşturma başlattığında, yetki sınırlarını aştığı ve 1977 Af Yasası'nı ihlal ettiği gerekçesiyle hakkında ceza davası açılmıştır. Şubat 2012'de Yüksek Mahkeme, Garzón'un cezalandırılmasına gerek olmadığına karar vermiş; ancak bu kararlar birlikte, Franco rejimiyle ilgili yeni soruşturmanın açılmasını fiilen engellemiştir. Mahkeme, af yasasını demokratik geçiş sürecini mümkün kılan tarihsel bir uzlaşma olarak değerlendirmiş ve bu bağlamda toplumsal barışın temel taşlarından biri olarak savunmuştur.

139 Dimoulis (n 7) 175.

140 Dimoulis (n 7) 176.

141 Dimoulis (n 7) 179.

142 Dimoulis (n 7) 179-180.

İkinci olayda ise, 1942 yılında bir kişiye verilen idam cezası, savaş sonrası yapılan bir başvuru üzerine bozulmuş ve dosya yeniden yargılama için jüri mahkemesine gönderilmiştir. Ancak mahkeme, af nedeniyle davayı yeniden açamayacağına karar vermiştir. Gereğe olarak, daha önce çıkarılan bir af işleminin yargılamayı engellediği öne sürülmüştür. Yargıtay bu kararı da bozmuştur. Mahkeme, af işleminin yargılamayı engelleyemeyeceğini, eğer hukuken gerekli görülüyorsa yeni bir karar verilebileceğini ifade etmiştir. Böylece, af işleminin bir engel teşkil etmemesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁴³.

Her iki karar, mahkemelerin af işlemlerini doğrudan değilse bile dolaylı biçimde (örneğin kişinin yeniden yargılanması veya yeni cezanın hukuka uygunluğu bağlamında) denetleyebileceğini göstermiştir. Bu durum, yürütmenin af yetkisinin tamamen keyfi kullanılmasını önleyen bir denge unsuru olarak değerlendirilmiştir. Mahkemeler, af işlemini ortadan kaldırmamış, ancak onun doğurduğu sonuçların hukuka aykırı olup olmadığını kontrol etmiştir. Bu içtihatlar, Fransız hukukunda önemli bir işlev görmüştür. Çünkü af işleminin yürütme tarafından mutlak biçimde uygulanamayacağı, özellikle kişinin temel haklarını etkileyen sonuçlar doğurduğunda yargı denetimine açık olacağı kabul edilmiştir¹⁴⁴.

Bu içtihadi yönelim pek çok ülkeyi etkilemiş olsa da hâlâ 19'uncu yüzyıldaki geleneksel veya yüzeysel yaklaşımların korunduğu da izlenmektedir¹⁴⁵. Bunda bu monarşik yetkiye dair içtihadi birikimin pek olmaması bir faktör olarak düşünülebilir. Fakat monarşik ülkelerde dahi gelişmeler yaşanmaktadır¹⁴⁶. Örneğin Birleşik Krallık'ta, 1983 tarihli bir kararla, tam muafiyet olduğu varsayılan alanda farklı bir yaklaşım geliştirilmiş kraliyet öncelik yetkilerinin idare hukuku ilkeleri çerçevesinde yargısal denetimden bağımsız olmadığı kabul edilmiştir¹⁴⁷. Bu karar sonrasında İngiliz mahkemeleri, af yetkisinin bazı yönlerinin yargısal denetime açık olduğuna hükmetmiş, sadece af verilip verilmeyeceğine ilişkin değerlendirme ölçütlerinin yargılanabilir (*justiciable*) olmadığı sonucuna varılmıştır¹⁴⁸. Öte yandan diğer bazı kararlarda da yürütmenin gerekli olduğu hâllerde bir af komitesine danışıp danışmadığı, komitenin zorunlu bilgileri göz ardı edip etmediği ya da üyelerin görev yapmaya ehil olup olmadığı gibi unsurların mahkeme tarafından denetlenebileceği söylenerek bu konuda keyfiliğe karşı ölçütler geliştirilmeye çalışılmıştır¹⁴⁹.

143 Dimoulis (n 7) 180.

144 Dimoulis (n 7) 180.

145 Yunanistan'daki "basitçe yetkisizlik" yaklaşımıyla kestirip atma örneği için bkz. Dimoulis (n 7) 175.

146 Bu konuda güncel bir kitap olarak bkz. Robert Craig, *Royal Law: Prerogative Foundations* (Bloomsbury 2025) 39.

147 *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, 1984 UKHL 9, 22/11/1984.

148 *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Northumbria Police Authority* 1 QB 26 (CA 1989). Bu yaklaşım diğer ortak hukuk ülkelerinde de kabul edilmiştir. Bkz. *Burt v Governor-General* 3 NZLR 672 (CA 1992) (Yeni Zelanda), *Yasmin v Attorney General* FCA 91 (FCAFC 2015) (Avustralya), *Thatcher v Attorney General* 1 FC 289 (FCC 1997) (Kanada). Hindistan'da ise Yüksek Mahkeme, "af yetkisinin kullanımını 'alakasız, mantıksız, ayrımcı veya kötü niyetli' olamaz" diyerek bu yetkinin sınırsız olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, yürütme makamının af kararı verirken mahpusun durumuna ilişkin önemli bilgileri dikkate almadığı ya da karara ilgisiz gerekçelerin etki ettiği durumlarda af kararlarını iptal edeceğini ortaya koymuştur. Bkz. *Maru Ram v Union of India* SC, AIR 2147, 11/11/1980; *Swaran Singh v State of Uttar Pradesh*, 5962-1994, 05/03/1998; *Satpal v State of Haryana* SCI, AIR 1702, 01/05/2000.

149 Bkz. *Lewis v Attorney General of Jamaica* 35 (UKPC 12 September 2000).

VI. TÜRKİYE AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Türkiye’de af kurumu, 1876 tarihli Osmanlı Anayasası’ndan (Kanun-ı Esasi) bu yana anayasal olarak düzenlenmektedir. 1876 Anayasası’nda (md. 7) ilkin padişaha “yasal cezaların hafifletilmesi veya affedilmesi” şeklinde tanınan bu yetki, 1909 değişikliğinde düzenlemeye eklenen “Meclis-i Umumi’nin tasvibi ile afv-ı umumi ilanı” ifadesiyle yasama organına da tanınmıştır¹⁵⁰. 1921 Anayasası bu konuda sessiz kalmışsa da 1924 Anayasası’nda (md. 26) TBMM’nin yetkileri sayılırken “umumi ve hususi af ilanı, cezaların tahfif veya tahvili” ifadelerine yer verilerek kategorilendirilip anayasallaştırılmıştır. Aynı anayasada bu yetki yürütme özelinde “Cumhurbaşkanı, Hükümetin teklifi üzerine, daimî mâlullük veya kocama gibi özlük sebeplerden dolayı belli kimselerin cezalarını kaldırabilir veya hafifletebilir.” (md. 42) hükmüyle de desteklenmiştir.

1961 Anayasası’nda (md. 64) TBMM’nin yetkileri sayılırken “genel ve özel af ilânına (...) karar vermek” yetkisi sayılmış fakat “cezaların tahfif veya tahvili” ifadesine yer verilmemiştir. Bu Anayasada Cumhurbaşkanına “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir” (md. 97/2) şeklinde bir yetki tanınmış, bu yetkinin kullanılması için “hükümetin teklifi” koşuluna yer verilmemiştir. Öte yandan bir yenilik olarak “Orman suçları için genel af çıkarılamaz; ormanların tahribine yol açacak hiçbir siyasî propaganda yapılamaz.” (md. 131/6) hükmü getirilmişse de bu hüküm 1970 değişikliklerinde metinden çıkarılmıştır¹⁵¹.

1982 Anayasası’nda TBMM’nin “genel ve özel af ilânına karar vermek” yetkisi “üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile” koşullandırılarak tanınmış (md. 87), Cumhurbaşkanı açısından ilkin “Yürütme ile ilişkili olan” yetkiler arasında sayılan “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak” yetkisi (md. 104), 2017 değişikliğinde herhangi bir ilişki kurulmadan “Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.” biçimini almıştır¹⁵². Burada özellikle eski hükümde “hafifletmek veya kaldırmak” şeklindeki ifadenin “hafifletir veya kaldırır” şeklinde değiştirildiği özellikle dikkat çekmektedir.

Kurumun mevcut hâli itibarıyla en az üç bağlamda sorun bulunduğu kanaatindeyiz. Bunlar (a) AYM’nin afların denetimi konusunda ölçütlerinin uluslararası/karşılaştırmalı hukuk standartlarına uygun ölçütler olmaması, (b) farklı isimlerle çıkarılan örtülü afların denetlenmemesi ve (c) Cumhurbaşkanının ceza hafifletme veya kaldırma yetkisinin denetimi sorunu olmak üzere üç alt başlıkta ele alınabilir.

150 Nitekim hemen 1909’da genel afların çıkarılmış ve bu yetki yasama organınca kullanılmıştır. Bkz. Taner Aslan, ‘II. Meşrutiyet Dönemi Genel Af Uygulamaları’ (2009) 3(5) Akademik Bakış 41-60.

151 1961 Anayasası dönemi için bkz. Keyman (n 13).

152 Bu Anayasada yeniden “münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz” hükmü konarak af yasağı kategorisi getirilmiştir. 1982 dönemine özgü bir değerlendirme için bkz. Servet Armağan, ‘Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi’ (2001) (18) Anayasa Yargısı 347-362; Adem Sözüer, ‘Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasa’ya Uygunluğu Sorunu’ (2001) 17(1) Anayasa Yargısı 219-252; Soyaslan (n 2) 412-436. Ayhan Döner, ‘Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM’nin Af Yetkisi’ (2008) 12(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-54.

A. ÖRTÜLÜ AF SORUNU

Aflar çoğu kez af adı altında çıkarılmamakta, bu konudaki kuralların dolanılması için başka isim ve formüller kullanılmaktadır. Bu gibi durumlarda AYM'nin normun ismine değil, cismine bakması ve bu çerçevede inceleme yapması önemlidir.

AYM, büyük ölçüde bu türden bir inceleme eğilimi göstermektedir. Bu konudaki temel belirlemeye göre:

“Şu hale göre bir kanunla kabul edilmiş olan affın niteliğini belli etmek bakımından, kanun başlığında, metninde veya gerekçelerde kullanılan ‘özel af’ veya ‘genel af’ terimlerinin bir etkisi bulunmamakta kanunla kabul edilmiş bulunan hükümlerin kapsamının bu hususu ortaya koyacağı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bir metnin Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken, o metnin meclislerce şu veya bu nitelikte sayılmış olmasıyla bağlı tutulamaz. Anayasa denetiminin amacı, ancak, Anayasa Mahkemesi’nin incelemesi için önüne getirilen metni kendi hukuk anlayışına göre nitelendirebilmesini zorunlu kılar; aksi takdirde, meclislerin yanılarak nitelendirdikleri bir metnin, Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışında kalması kabul edilmiş bulunur ki bu da Anayasa koyucusunun Anayasa’ya uygunluk denetimini koymakla güttüğü amaca aykırı düşer¹⁵³.”

Daha güncel bir kararında AYM, “Anayasa’da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir” diyerek yaklaşımının sürekliliğini ortaya koymuştur¹⁵⁴. Hâl böyleyken “erteleme” veya “koşullu salıverme” yahut diğer isimlerle hayata geçirilmek istenen af düzenlemeleri de anayasallık denetimine tabi olabilmektedir. Bu olumlu bir yaklaşımdır.

Öte yandan AYM bu konuda da bazı ek ölçütler geliştirmiştir. Örneğin AYM’ye göre genel suç ve ceza siyasetini belirleme kapsamında suç ve cezayla ilgili yapılan lehe kanunlar geleceğe ve geçmişe etki doğurmaktadır; af ise sadece geçmişte belli bir döneme ilişkin etki doğurmaktadır¹⁵⁵. Bu zamansal bir ayırmadır ve belirlilik getirmektedir.

Yine örneğin af (özellikle koşullu af veya özel) ile koşullu salıverme veya diğer ceza infazına ilişkin düzenlemeler arasındaki farkı ortaya koyarken bazı affa özgü ölçütler kullanılmaktadır. Buna göre, bir düzenlemenin af niteliğinde sayılıp sayılmadığını belirlerken, asıl bakılması gereken nokta bu düzenlemenin doğrudan cezayı mı etkilediği, yoksa sadece cezanın nasıl infaz edileceğini mi düzenlediğidir. Çünkü infazla ilgili düzenlemeler genelde kesinleşmiş cezalar için yapılır. Genel af,

153 Anayasa Mahkemesi, E 1966/7 K 1966/46, 19.12.1966. Kanun hükmü orman suçları için af olarak nitelendirilip iptal edilmiştir.

154 Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2002/99 K 2002/51, 28.5.2002; AYM, E.2020/44, K.2020/41, T. 17.07.2020, § 22.

155 Anayasa Mahkemesi, E 2020/44 K 2020/41, 17.07.2020, § 20. Keza bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2004/92 K 2008/119, 12.6.2008.

cezayı ve tüm sonuçlarını ortadan kaldırır. Özel af ise cezayı tüm etkileriyle kaldırmaz.¹⁵⁶ Eğer bir düzenleme, cezanın miktarını düşürüyor, türünü değiştiriyor ya da cezanın ortadan kalkmasına yol açıyorsa, bu özel aftır. Buna karşılık yalnızca cezanın nasıl uygulanacağını (örneğin kapalı yerine açık cezaevi) düzenliyorsa, bu bir infaz rejimi değişikliğidir, af değildir¹⁵⁷.

Bu yaklaşım ayrımı netleştirmek için anlamlı görünse de bazı çelişki ve sorunları barındırmaktadır. Özellikle bazı düzenlemelerin, infaz hukukuna ilişkinmiş gibi kaleme alınmasına rağmen gerçekte cezaya doğrudan etki ettiği durumlarda, söz konusu ölçütlerin sınırları belirsizleşmektedir. Zira bir hükümlünün cezaevine hiç girmeden veya cezasının büyük bölümünü dışarıda infaz ederek serbest kalması, teknik olarak infazın şekliyle ilgili gibi görünse de özünde cezanın kapsamına ve ağırlığına doğrudan müdahaledir. Bu tür müdahaleler, infaz hukuku araçları kullanılarak cezayı dolaylı yoldan hafifletmekte ya da fiilen ortadan kaldırmaktadır. Oysa Anayasa'da affa ilişkin şekli güvencelerin öngörülmesinin nedeni tam da bu tür örtük tasarrufların mutabakat denetimine tabi tutulmasını sağlamaktır.

Kaydetmek gerekir ki bu maddi (yani ismine değil cismine bakmayı gerektiren) yaklaşım İHAM içtihatlarıyla da uyumludur. Nitekim İHAM da benzer bir ayrıma dikkat çekmiş, ceza ile cezanın infazı arasındaki sınırın her zaman keskin olmayabileceğini vurgulamıştır. *Del Río Prada v İspanya* kararında Mahkeme, başvurunun lehine olan infaz hükümlerinin sonradan değişmesiyle ceza süresinin fiilen uzatılmasını, “infaz şekline” ilişkin basit bir teknik bir değişiklik olarak görülmemiş, cezanın özüne müdahale olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla bir normun cezanın süresine, türüne ya da infazdan ne zaman kurtulacağına etki etmesi, onun infaz düzenlemesi değil de cezaya ilişkin bir işlem olduğuna işaret edebilir. Aynı yaklaşım, cezanın hafifletilmesi veya infazdan muafiyet sağlayan kuralların değerlendirilmesinde de geçerlidir. Bu AYM'nin *Yunis Karataş* kararının da bir gereği sayılabilir. Zira bu kararda “Sivas Katliamı” olarak bilinen vakada rol aldığı sabit olan başvuru, kendisinin “terör suçlusu” olmadığı, dolayısıyla şartlı salıverme hükümlerinden yararlanması gerektiği düşüncesindeydi. Konu suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne geldiğinde Mahkeme, konuyu infaz rejimi ile sınırlı görmeyip “suç ve ceza” kavramının içinde ele alarak esastan inceleme yapabildi¹⁵⁸. Eğer bu yönde bir eğilim gösterilebiliyorsa bu çerçevede, normların anayasal denetiminde biçimden bağımsız, işlev temelli bir yorumun benimsenmesi gerekmektedir. Yasama organının, af niteliği taşıyan düzenlemeleri infaz hukuku kılıfına sokarak Anayasa'nın 87'nci maddesindeki nitelikli çoğunluk ilkesini etkisizleştirilmesi, anayasa koyucunun açık iradesini dolanmak anlamına geleceğinden hareketle daha incelikli bir denetime yönelmesi gerekir¹⁵⁹.

156 Diğer hak yoksunlukları (örneğin trafik kazası nedeniyle ölüme sebebiyet veren kişinin ehliyetine el konulması) varlığını sürdürür.

157 Anayasa Mahkemesi, E 2020/44 K 2020/41, 17.07.2020, § 23-24.

158 Bkz. *Yunis Karataş* [GK], B. No: 2021/34231, 26 Ocak 2023.

159 AYM'nin kararında bu yöndeki karşı oyların çokluğu dikkat çekmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2020/44 K 2020/41, 17.07.2020 kararında Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, Hicabi Dursun, Celal Mümtaz Akıncı, M. Emin Kuz ile Yusuf Şevki Hakyemez'in karşı oyları.

Anayasa Mahkemesi, şartla salıverme niteliğindeki kanunlarda suç türüne göre ayırım yapılmasını doğru bulmamakta, bunun şartlı salıverme kurumunun doğasına aykırı olacağını belirtmektedir. Bu nedenle haklı bir neden yokken yapılacak ayırımın eşitlik ilkesine aykırı olacağını kararlarında vurgulamaktadır¹⁶⁰.

AYM, ilke itibarıyla doğru bir pozisyonda olsa da bu yaklaşımını etkili biçimde uygulayamamaktadır. Örneğin 7242 sayılı Kanun'la getirilen, 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve istisna kapsamına girmeyen suçlar bakımından denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak ve bazı hükümlüler yönünden koşullu salıverme sürelerinin hesaplanmasını değiştirmek suretiyle ceza infaz kurumlarında geçirilmesi gereken süreleri kısaltan geçici 6. maddeye ilişkin kararında AYM'nin, kendi koyduğu ilkeleri gerektiği gibi uygulayamadığı ve hükmün sonuçları itibarıyla toplumdaki ortalama bir makul kişinin dahi gördüğü gerçeği göremediği söylenebilir. Bu normla ilgili denetiminde AYM, düzenlemenin “infazın şekline” ilişkin olduğu gerekçesiyle af niteliği taşımadığı sonucuna ulaşmış; cezanın fiilî etkisini ve infaz rejimi aracılığıyla hapis cezasının ağırlığında meydana gelen köklü dönüşümü anayasal değerlendirme dışında bırakmıştır.¹⁶¹ Oysa cezaevine hiç girilmeksizin infaz edilmiş sayılmayı mümkün kılan, hapis cezasını fiilen seçenek yaptırımlara dönüştüren ve cezanın caydırıcılık ile karşılık boyutunu ortadan kaldıran bir düzenlemenin, şekli yaklaşıma yönelmeden, Anayasa'nın 87. maddesi anlamında cezaya doğrudan etki eden bir af tasarrufu olarak ele alınması gerekirdi. Zira uygulamayla suçlular cezasız kalmıştır. Adlandırma ne olursa olsun durum bu kadar nettir. Türkiye'deki denetimli serbestlik veya şartlı tahliye kurumlarının (iyi hâllî olmayı varsayım sayarak) otomatik uygulanması ve kötü biçimde tezahür etmesi bir olgudur ve normlar, olgular ışığında ele alınmalıdır.¹⁶² Norm, uygulama biçiminden bağımsız soyut bir anlam taşımaz.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN DENETİM ÖLÇÜTLERİ SORUNU

Anayasa Mahkemesi af kanunları konusunda birtakım belirlemeler yapmış ve buna göre ölçütler geliştirmiş görünmektedir. Mahkemeye göre “netice itibarıyla devletin cezalandırma yetkisinden geçici olarak feragat etmesi anlamına gelen¹⁶³” af kurumu, “yargısal sonuçlar doğursa da niteliği itibarıyla bir yargı işlemi değildir; yasama ya da devlet başkanı tarafından tesis edilen bir yürütme işlemidir¹⁶⁴.” Anayasa af konusunda “karar” ifadesine yer vermişse de AYM bunu geniş anlamda yani TBMM'nin irade açıklaması biçiminde kavramakta; temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu için kanunla konması gereken bu kurumun anayasallık denetimine tabi olduğu kanaatindedir.¹⁶⁵ Yasama organının “affin kapsamını belli etmeye, aftan yararlanmayı kimi koşulların gerçekleşmesine bağlı

160 Anayasa Mahkemesi, E 2001/4 K 2001/332, 18.07.2001.

161 AYM, E.2020/44, K.2020/41, 17/07/2020.

162 Bu konuda bkz. Tolga Şirin, “Norm Kavramına Dair Düşünceler: Gözler-Altıparmak Tartışmasına Dönük Bir “Saptırmama” Denemesi”, Ömer Egeliği (haz.), *Norm ve Olgu: Gözler, Altıparmak ve Şirin'in HAGB Kararı Tartışmaları*, (Yetkin Yay., 2023), s. 119-143.

163 Anayasa Mahkemesi, E 2001/4 K 2001/332, 18.07.2001.

164 Anayasa Mahkemesi, E 1985/30 K1986/10, 18.03.1986.

165 Anayasa Mahkemesi, E 1974/34 K 1974/50, 28.11.1974; Anayasa Mahkemesi, E 1974/40 K 1975/4, 07.01.1975; Anayasa Mahkemesi, E 1974/48 K 1975/10, 28.01.1975; Anayasa Mahkemesi, E 1975/3 K 1975/35, 05.03.1975; Anayasa Mahkemesi, E 1975/34 K 1975/70, 03.04.1975.

tutmaya da yetkili¹⁶⁶” olduğu kanaatindeki AYM’nin bu yaklaşımı, affin koşullu olabileceğinin kabul edildiğini göstermektedir.

AYM affin bir hak olup olmaması konusunda da belirlemeler yapmıştır. Buna göre kişilerin affi reddetme hakkı mutlak nitelikte olmasa da koşullara göre riayet edilmesi gereken bir teminattır ve af kanununda özellikle lekelenmeme hakkının gereği olarak bu husus gözetilmelidir¹⁶⁷. Buna karşılık, kişilerin “aftan yararlanma hakkı” diye bir hakkı yoktur. Mahkemeye göre:

“Anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında aftan yararlanma diye bir hak gösterilmiş değildir. Bu sebeple suçlular, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Anayasa’nın affa yetkili kıldığı merci affin kapsamını da belli etmeye yetkilidir¹⁶⁸.”

AYM, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin mantığının uzantısı olarak afların konu itibarıyla bir sınırı olmadığı kabul edilmektedir.¹⁶⁹ Suçların seçilmesi bağlamında AYM’nin genel eğilimi, meseleyi hukuk devleti ve eşitlik ilkesi çerçevesinde incelemek yönündedir. Bu yönelim uyarınca Mahkeme, hakkaniyete aykırı ve suç politikası uyarınca açıkça tutarsız sonuçlar doğuracak durumlarda devreye girmektedir¹⁷⁰. Bu bakımdan örneğin Cumhuriyetin 50’nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun kapsamındaki şu belirleme buna iyi bir örnektir:

“Böylece bir suçu bir kez işleyenin aynı suçu iki kez işleyenden daha çok ceza görmesi sonucunu veren söz konusu kanun kuralı, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasa’nın 12. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine de aykırı düşmektedir. Bu nedenlerle 15/5/1974 tarihli, 1803 sayılı Kanun’un 6. maddesinin ikinci fıkrasının esas yönünden iptaline karar verilmelidir¹⁷¹.”

166 Anayasa Mahkemesi, E 1975/193 K 1976/16, 16.03.1976; Anayasa Mahkemesi, E 2001/4 K 2001/332, 18.07.2001.

167 Anayasa Mahkemesi, E 2001/4 K 2001/332, 18.07.2001. AYM’ye göre hakkında mahkûmiyet kararı olmayan ve ayrıca kendisine affi reddetme hakkı da tanınmayan kişilerin beraat etme olasılıklarının gözetilmemesi sorunludur. Gerçi TCK’da kişilerin affi reddetme hakkı yoktur. Fakat böyle bir hakkın tanınmasının önünde engel yoktur. Bu olasılıkta reddeden kişinin ceza alma olasılığında aftan yararlandırılması gerekir.

168 Anayasa Mahkemesi, E 1964/12 K 1964/47, 09.06.1964.

169 AYM, yasama organının takdir yetkisinin sınırının Anayasa ve evrensel hukuk kuralları olduğunu söylemektedir. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001. 1982 Anayasası’nın ilk hâlinde yasama organına “Anayasanın 14 üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, genel ve özel af ilanına” (md. 87/1) karar verme yetkisi tanındığı için bu konuda anayasal bir sınırlama mevcuttu. Bu fiillerin hangi suçlara denk geldiği net olmadığı için belirlilik sorunu yaratan ve aynı zamanda eşitlik ihlali olasılığı getirilen bu hüküm 2001 yılında Anayasa’dan çıkarılmış, onun yerine nitelikli çoğunluk koşulu öngörülmüştür.

170 Fakat bazen AYM, iptal kararlarında kararın icrasını ertelemeyerek affin kapsamını yasama organının iradesi hilafına genişletebilmektedir. Örneğin bkz. Anayasa Mahkemesi, E 1974/19 K 1974/31, 02.07.1974. TCK md. 141, 142, 146 ve 149’uncu maddelerinde düzenlenen suçlardan mahkûm olanlar da aftan yararlanırlar hale gelmesi 1982 Anayasası’nda kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak hüküm tesis etme yasağını tetiklemiştir. Bkz. Yekta Güngör Özden, ‘Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?’ (1985) 2 Anayasa Yargısı 41-90.

171 Anayasa Mahkemesi, E 1976/7 K 1976/35, 24.06.1976. Bu kararda bir suçu bir kez işleyen hükümlüye kıyasla, aynı suçu iki kez işleyen hükümlünün cezasından daha fazla indirim yapılmasını sağlama amacı güden hüküm, hem Anayasada belirtilen hukuk devleti ilkesine hem de eşitlik ilkesine aykırı bulunmuştur.

Kaydetmek gerekir ki Türk anayasal pratiğinde af yetkisi, Anayasa'da açıkça yasaklanmamış alanlarda dahi, kanun koyucuya sınırsız bir takdir serbestisi tanıyan bir yetki olarak anlaşılmalıdır. Demokratik hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, yasama organının af konusundaki takdir yetkisi de hukukun genel ilkeleri, özellikle hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile sınırlıdır. Bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesi içtihadında istikrarlı biçimde ortaya konulmuştur. Anayasa Mahkemesi, af kanunlarının bazı suçları kapsam dışında bırakması hâlinde her zaman eşitlik ilkesi ekseninde bir denetim yürütmekte; ayırımın niteliğine göre denetim ölçütünü farklılaştırmaktadır. Bazı suç gruplarının bir bütün olarak af kapsamı dışında tutulduğu durumlarda Mahkeme, çoğunlukla eşitlik ilkesine dayalı bir inceleme yapmamaktadır.¹⁷² AYM açısından böylesi hâllerde eşitlik ilkesine aykırılıktan ziyade “eksik düzenleme” söz konusudur. Anayasa'nın mutlaka düzenlenmesini aradığı durumlar ortaya çıkmadıkça eksik düzenleme iptal nedeni olarak görülmemektedir¹⁷³.

Bu yaklaşım şeklen “erteleme”¹⁷⁴ veya “şartlı salıverme”¹⁷⁵ gibi isimlerle hayata geçirilen uygulamalarda da karşılık bulmaktadır¹⁷⁶. Fakat özellikle afların Anayasa'nın 9'uncu maddesindeki yargı bağımsızlığına¹⁷⁷ veya Anayasa'nın 17'nci maddesindeki “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” hakkına etkileri konusunda güçlü ve sistematik bir yaklaşım geliştirildiği söylenemez.

Yani Mahkeme, af kapsamına alınan suçlar arasında içsel ve tutarsız ayrımlar yaratılması hâlinde, kimi zaman hukuk devleti ilkesini, kimi zaman da eşitlik ilkesini esas almaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, yasama organının suçların niteliği ve cezaların ağırlığını dikkate alarak, af kanunlarıyla farklı suçlar veya failler arasında ayrımlar yapabileceğini, hatta haklı nedenlerin varlığı hâlinde bazı kesimlerin aften tamamen yararlandırılmamasını öngörebileceğini kabul etse de bu ayrımların

172 AYM'ye göre “Yasa koyucu, suçların özelliğini ve cezaların ağırlığını göz önünde bulundurarak, çıkaracağı af yasaları ile, değişik türde suç işleyenlerin ya da değişik cezalara çarptırılanların, aften değişik ölçülerde yararlanmalarını, üstelik haklı nedenler varsa, bir kesimin hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkilidir. Bu tür düzenlemelerin yasa önünde eşitlik ilkesini zedelediği öne sürülemeyecektir.” Bkz. AYM, E.1978/67, K.1979/14, 13/3/1979.

173 AYM, E.1988/3, K.1989/4, 18/1/1989.

174 Örneğin bkz. Anayasa Mahkemesi, E 1999/39 K 2000/23, 19.09.2000.

175 Anayasa Mahkemesi, E 1978/67 K 1979/14, 13.03.1979.

176 Bu konuda özellikle 2010 yılından sonra yaklaşımın daraldığını gözlemlemekteyiz. AYM bu durumu şu sözlerle özetlemiştir: “Anayasa Mahkemesi 1990'lı yıllarda vermiş olduğu bazı kararlarında infaz hukukunun ceza hukukunun tamamlayıcısı konumunda olduğunu, bu nedenle kanun koyucunun ceza hukuku bakımından sahip olduğu takdir yetkisinin infaz hukuku alanında da aynen geçerlilik taşıdığını ve bu çerçevede infaz kurallarında suç türüne göre farklılaştırma yapılabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmişken (AYM, E.1989/35, K.1990/22, 19/7/1990; E.1991/49, K.1991/54, 25/12/1991; E.1992/42, K.1992/53, 22/12/1992), diğer bazı kararlarında ise kanun koyucunun infaz hukuku alanında sahip olduğu takdir yetkisinin ceza hukukundakine göre daha dar olduğunu, infaz hukukunda esas olanın suç türü olmayıp failin infaz süresince sergilemiş kişiliği olduğunu, suç türünün farklılığının infaz kurallarında ayırma gidilmesinde haklı neden teşkil etmeyeceğini, bu itibarla infaz kurallarında suç türüne göre bir farklılaştırmaya gidilemeyeceğini, aksi durumun eşitlik ve adalet ilkesine aykırı olacağını ifade etmiştir (AYM, E.1991/15, K.1991/22, 19/7/1991; E.1992/1, K.1992/21, 31/3/1992; E.1992/43, K.1992/49, 21/10/1992). Mahkeme 2010 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarında ise istikrarlı olarak kanun koyucunun infaz hukuku alanında da ceza hukuku alanında sahip olduğuyla aynı kapsamda takdir yetkisinin bulunduğu ve infaz hukuku alanında da suç türüne göre bir ayırım mümkün olduğuna hükmetmiştir (AYM, E.2009/15 K.2010/64, 13/5/2010; E.2010/3, K.2011/53, 17/3/2011; E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013). (...) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de suç türüne göre infaz kurallarında farklılaşmaya gidilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturmadığını belirtmiştir (Gerger/Türkiye, B. No. 24919/94, 8/7/1999, § 69).” Anayasa Mahkemesi, E 2020/53 K 2021/55, 14.07.2021, § 175-176.

177 Affin yargının bağımsızlığına müdahale etme olasılığı vardır. Bkz. Keyman (n 13) 5-6.

nesnel, makul ve kanunun genel amacıyla uyumlu gerekçelere dayanması zorunlu görmektedir. Af kapsamı dışında bırakılan suç grubu ile kapsam içinde tutulan suç grubu arasında, kamu düzeni veya kamu güvenliği gibi meşru amaçlarla açıklanamayacak ölçüde orantısız veya çelişkili bir farklılık yaratılması, iptal kararı çıkması pek olasıdır. Nitekim 4616 sayılı Kanun’la ilgili kararda, cezası daha ağır ve benzer nitelikteki bazı suçlar (örneğin “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma”, “yağma”) af kapsamına alınmışken, “cebir” ve “şartlı tehdit” suçlarının kapsam dışında bırakılması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz bulunmuştur. Aynı şekilde, askerî ceza hukuku kapsamında düzenlenen “görevi kötüye kullanma” suçunun aftan yararlandırılmasına rağmen, genel ceza hukuku kapsamında yer alan aynı nitelikteki suçun kapsam dışında tutulması hem hukuk devleti hem de eşitlik ilkeleri yönünden anayasal aykırılık teşkil etmiştir.¹⁷⁸ Keza örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğü bağlamında basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenen suçlar yönünden erteleme adı altında bir olanak getiren ve fakat aynı tür suçlardan daha az cezayı gerektiren, basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçları ile işlenmemiş olanları kapsam dışında bırakan 4454 sayılı Kanun’la ilgili kararında Mahkeme bu farklılığın haklı bir nedene dayanmadığını belirterek eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık bulmuştur.¹⁷⁹

Bu tür kararlar, Anayasa Mahkemesinin af alanında salt siyasal takdiri değil, normatif tutarlılığı esas aldığı göstermektedir. Fakat bu konudaki tam bir nesnellik ve keyflikten arınmış bir tutumdan bahsedilemez. Örneğin 4616 sayılı Kanun ile ilgili kararında AYM, kanun koyucunun, benzer hukuki yararı koruyan ve benzer nitelikteki fiilleri aynı fasılda toplamış olması bu türden kıyaslamalarda dikkate alınabilir. Bu bakımdan aynı fasılda yer alıp dolandırıcılığa benzeyen bazı suçların kapsama alınması karşısında benzer nitelikteki diğer bazılarının (ticaret, sanayi ve müzayedeye hile ve fesat karıştırma) dışarıda bırakılmasında sorun görmemiştir.¹⁸⁰ Kuşkusuz bu bir zorunluluk değildir ama “aynı fasılda bulunma” benzerlik açısından bir ölçüttür ve bu durumda sapmanın ek gerekçelerle açıklanması gerekir. Ayrıca akılda tutmak gerekir ki kanunla güdülen sosyal amaç ortaya konmadıkça ve/veya sorgulanmadıkça keyflik ve tutarsızlık olasılığı artar.

Burada kaydetmek gerekir ki af kanunlarında bazı suçları kapsam dışında tutan hükümlerin iptali, fiilen af kapsamının genişlemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, Anayasa’nın 153. maddesinde güvence altına alınan ve Anayasa Mahkemesinin kanun koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açamayacağına ilişkin ilke bakımından yapısal bir gerilim yaratmaktadır. İptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi yoluyla kanun koyucuya süre tanınsa dahi, bu süre içinde yeni ve Anayasa’ya uygun bir düzenleme yapılmaması hâlinde, kapsam genişlemesi kendiliğinden ortaya çıkmakta ve iptal kararı fiilen normatif bir boşluk üzerinden yeni bir hukuki durum üretmektedir. Fakat bu konuda sorumluluk AYM’de değil, yasama organındadır. AYM’nin tutumu, bu yönden eleştirilemez.

178 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001.

179 AYM, E.1999/39, K.2000/23, 19/9/2000.

180 AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/07/2001.

Bu konuda özellikle bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) kanalıyla gelen vakalardaki kimi belirlemeler bu yönde bir değişikliğin habercisi gibidir. Şöyle ki AYM, Strazburg organlarının etkili soruşturma içtihadını kendi içtihadına aynen katmış görünmektedir. Buna göre:

“Yaşam hakkının kamu görevlilerinin kasıtlı bir eylemi sonucunda ihlal edildiği olaylarda, devletin olayın gerçekleşme koşullarını – maddi gerçeği – ortaya çıkaracak ve varsa olayın sorumlularının hesap vermesini sağlayacak nitelikte – caydırıcı cezalarla sonuçlanan – ceza soruşturması yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte bu noktada gerektiğinde mağdurların maddi ve manevi zararlarının giderilmesi hususuna da vurgu yapılmalıdır. Olaya ilişkin resen ve derhâl bir soruşturma başlatılması, bu süreçte maddi gerçeğin açığa çıkarılarak şahsi ceza sorumluluğu kapsamında *caydırıcı yaptırımlara karar vermek* dâhil birtakım sonuçlara varılması, diğer bir ifadeyle olaya ilişkin etkili bir cezai soruşturma yürütülmesi mağdurların kendi inisiyatifleriyle yaşam hakkı kapsamında talep ettikleri maddi ve manevi zararlarının gerektiğinde giderilmemesi anlamına gelmemektedir. Bilakis kamu görevlilerinin kasıtlı eylemlerinin söz konusu olduğu olaylardaki ceza soruşturmasının etkin bir şekilde yürütülmesinin bir yükümlülük olarak belirlenmesinin temelinde devletin bu tür olaylarda sadece mağdurların maddi ve manevi zararlarını gidererek diğer yükümlülüklerinden kurtulamayacağı ana fikrinin olduğu belirtilmelidir¹⁸¹.”

AYM bu belirlemesini yaparken *Ateşoğlu v Türkiye* kararından yararlandığını da açıkça zikretmektedir:

“Nitekim Anayasa Mahkemesi kolluk görevlisi tarafından güç kullanılması sonucu hayati tehlike geçirilmesine neden olacak şekilde yaralanmanın meydana geldiği bir olaya ilişkin soruşturma/kovuşturma sürecinin hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı ile sonuçlandırılmasını yaşam hakkının usul boyutunun ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre “*olayda ağır suç meydana getiren eyleme karşılık olarak yetersiz cezaya hükümlenmesi*” benzer olaylarda caydırıcılığın sağlanması için devletin etkili bir ceza soruşturması yürütme konusundaki yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelmektedir (*Seyfullah Turan ve diğerleri*, § 196). Söz konusu caydırıcılık hukukun üstünlüğünün sağlanması ve hukuka aykırı eylemlere tolerans gösterildiği görünümünün önlenmesi açısından hayati derecede önemlidir (konuya ilişkin AİHM’in yaklaşımı için bkz. *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 65; *Ateşoğlu/Türkiye*, B. No: 53645/10, 20/1/2015, § 23)¹⁸².”

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere *Ateşoğlu* kararında af kurumunun da cezasızlık sorunu yaratabileceği vurgulanmıştır. Hâl böyleyken en azından yaşam hakkı ve işkence yasağı (keza duruma göre diğer bazı nefret suçlarıyla ilgili durumlarda) cezasızlığa neden olacak af yasağı konusunun bir mercak olarak kullanılması gerekir. AYM, norm denetimi içtihadına bunu henüz katmış değildir. Fakat Anayasa’nın md. 90/son hükmü uyarınca dikkate alınması gereken BM İnsan Hakları Komitesi’nin 31 no.lu Genel Yorumu ve daha önce bahsettiğimiz uluslararası hukuk kaynakları

181 *Fatma Turan*, B. No: 2014/7804, 10 Haziran 2020, § 59.

182 *Cem Sarıgülük ve diğerleri* [GK], B. No: 2015/16451, 15 Aralık 2021, § 22.

uyarınca bu teste “soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, işkence, zorla kaybetme ve keyfi infaz gibi ağır insan hakları ihlalleriyle ilişkili suçların cezasız bırakılıp bırakılmadığı” incelemesi dahil edilmeli, bu incelemede silahlı çatışma süreçlerinden çıkış, geçmişle hesaplaşma vb. türden bir ölçüde haklı sayılabilecek istisnalar da netleştirilmelidir.¹⁸³

C. CUMHURBAŞKANI TASARRUFLARININ DENETİMİ SORUNU

Türkiye’de özellikle tartışılmayı bekleyen bir diğer husus Cumhurbaşkanına tanınan “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma” yetkisidir. Anayasa Mahkemesi bu yetkinin bir “yürütme işlemi” olduğunu söylemiş¹⁸⁴ ve bunu “özel af” olarak nitelendirmiştir¹⁸⁵. Bu son belirleme 2020 yılındaki bir kararda şu cümlelerle tekrarlanmıştır:

“Anayasa koyucu af yetkisini sadece TBMM’ye değil belli sınırlar dahilinde Cumhurbaşkanına da tanımıştır. Bu kapsamda Anayasa’nın Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenlediği 104. maddesinin on altıncı fıkrasında “*Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.*” hükmüne yer verilmiştir. Anılan düzenlemede “...af...” ibaresine açıkça yer verilmemiş olsa da burada Cumhurbaşkanı’na tanınan yetkinin af yetkisi olduğunda, hususi olarak da özel af yetkisi olduğunda tereddüt bulunmamaktadır (benzer yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001). (...) Anayasa’nın anılan hükmünden hareketle özel af kurumunun birtakım özelliklerinin ortaya konulması mümkündür. Söz konusu Anayasa kuralında Cumhurbaşkanı’na tanınan özel af yetkisi, bazı niteliklere sahip kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak olarak belirtilmiştir. Buna göre özel af kurumunun cezayı hafifletme veya kaldırma sonucunu doğurduğu söylenebilir. Anılan hususun özel affin bir sonucu olması karşısında gerek Cumhurbaşkanı gerekse TBMM tarafından özel affa karar verilmiş olsun, karar veren makamdan bağımsız olarak özel af cezayı hafifletme ya da kaldırma niteliğine sahiptir.¹⁸⁶”

Bu yetkinin bir af yetkisi olduğu konusunda öğretilerde de yaygın bir kanı bulunmaktadır¹⁸⁷. Fakat kanımızca bu husus kuşku olduğu gibi bu konuda dikkate alınmayı ve tartışılmayı bekleyen bazı hususlar vardır. Bu bağlamda öncelikle ve özellikle dikkat çekmek gereken dört bilgiyi vurgulamak gerekir.

Birincisi: Anayasa’nın ilk hâlinde “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak” (md. 104) şeklinde tanınan yetki, 2017 değişikliğinde “Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.” biçimini almıştır.

183 Örneğin etkili soruşturma yapmamanın da maddi anlamda bir af olduğu düşünülebilir.

184 Anayasa Mahkemesi, E 1985/30 K 1986/10, 18.03.1986.

185 Anayasa Mahkemesi, E 2001/4 K 2001/332, 18.07.2001.

186 Anayasa Mahkemesi, E 2020/44 K 2020/41, 17.07.2020, §§ 5-6. Vurgular AYM’ye aittir.

187 Önceki metne dayalı olarak Armağan (n 152) 358; Döner (n 152) 41; Soyaslan (n 2) 415; Sözüer (n 152) 220; Cumhurbaşkanına bu yetkinin verildiği maddede genel ve özel af değil; “cezaları kaldırmak ve hafifletmek” ifadesi kullanıldığı için, bu işlemi özel af olarak görmeyen yazarlar mevcuttur. Örneğin bkz. Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku* (Seçkin 1995), 430-444.

İkincisi: Anayasa'nın ilk hâlinde bu yetki “Yürütme alanına ilişkin olanlar:” (md. 104) başlığı altında sayılmışken 2017 değişikliğinden sonra böyle bir saymaya gidilmemiştir. Öte yandan aynı değişiklik sırasında “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” hükmüne yer verilmiştir.

Üçüncüsü: Anayasa'nın ilk hâlinde md. 125/2'de “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (...) yargı denetimi dışındadır.” denmişken, 2017 değişikliğinden sonra böyle bir hükme yer verilmemiştir.

Dördüncüsü: Karşılaştırmalı anayasa hukukundaki yaygın formül biçimlerinin aksine “af” ifadesine yer verilmediği gibi yetki “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle” çerçevelenmiştir.

Bu dört bilgi birlikte ele alındığında konuyla ilgili geleneksel yaklaşımın gözden geçirilmesi gerekir. Bu gözden geçirme (i) yetkinin niteliği, (ii) normatif çerçeve ve (iii) yargısal denetim yönlerinden yapılabilir.

1. Yetkinin Niteliği

Anayasa Mahkemesi af kavramını tanımlarken Anayasa'daki özel af ve genel af terminolojisine dayanmakta ve özel af kavramını “cezaı hafifletme veya kaldırma” anlamına geldiğini söylemektedir. Bu yaklaşım ilk bakışta bu konudaki literatürdeki genel tanımlarla uyumlu gibidir. Bu konuda kapsamlı çalışmalarıyla tanınan Andrew Novak'ın ifadesiyle söylersek:

“Özel af yetkisi, yürütme organına ait olup, yargı erkinden bağımsız şekilde bir ceza hükmünü değiştirme, ortadan kaldırma ya da başka bir yaptırımla değiştirme imkânı tanır. Bu yetki sıklıkla yürütmenin merhameti/bağışlaması ifadesiyle de anılır. Genellikle devlet başkanı tarafından kullanılır; ancak bazı durumlarda bir bakanın, bir kabine heyetinin, özel olarak atanmış bir komitenin veya yasama organının onayı ya da danışmasıyla da kullanılabilir¹⁸⁸.”

Bu tanım uyarınca Türkiye'de yürütme ve yasama erklerine, cezaı değiştirme/kaldırma/değiştirme sonucu anlamında özel af yetkisi verildiği pekâlâ söylenebilir. Fakat bunun bir görev değil yetki olması, keza merhamet (*clemency*) gibi takdiri (*Ermassensspielraum*) bir yönünün olduğu, keza bunun “devlet başkanına tanınan şahsi bir takdir” olmasından ötürü çıkarılmaması hâlinde ihlal olmayacağı konusunda yaygın bir kabul mevcuttur¹⁸⁹. Dolayısıyla takdiri bir durum yoksa orada (ceza kaldırma veya hafifletme imkânı olsa bile) bir af olduğundan bahsetmemek gerekir. Aksi hâlde kişilerin sağlık durumları nedeniyle salıverilmesini sağlayan “*compassionate release*” denilen mekanizmalar da duruma göre ölçüde af sayılacaktır, ki bu pek makul görünmemektedir¹⁹⁰.

Türkiye'de diğer ülkelerden ayrıksı biçimde sınırlı sebebe bağlı olarak tanınan bu yetki, eski metinde yetkiler sayılırken “*hafifletmek ve kaldırmak*” şeklinde iken 2017 yılında yapılan değişiklikle

188 Andrew Novak, 'Pardon Power' in Rainer Grote, Frauke Lachenmann and Rüdiger Wolfrum (eds) *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law* [MPECCoL] (Oxford University Press 2017).

189 Süß (n 3) 151, Jeffrey Crouch, *The Presidential Pardon Power* (University Press of Kansas 2009) 30; Ruti G. Teitel, *Transitional Justice* (Oxford University Press 2000) 56.

190 Bu kurum “merhamet temelli tahliye” olarak çevrilebilir.

birlikte, “hafifletir veya kaldırır” fiilleriyle, yani emredici bir dille ifade edilmiştir.¹⁹¹ Bunun anlamı kişinin sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebeplerini kanıtlaması hâlinde cezanın hafifletilmesi veya kaldırılmasının bir zorunluluk olmasıdır. Kuşkusuz bu zorunluluk, kuruma ve bunun hayata geçirilmesine usule dönük kurullarla¹⁹² ve içkin sınırlarla çerçeveselenebilir fakat bu çerçeve dahi Anayasa'nın lafzındaki emredici formülün yadsınmasını sağlamaz.

Öte yandan, devlet başkanlarına tanınan bu yetkinin esasen tüm devlet ve ülkenin, dolayısıyla hukuk düzeninin monarka ait bir mal sayıldığı monarşik arkaik zamanlardan kaldığı dikkate alındığında cumhuriyetler için sıra dışı nitelik arz eden bu yetkinin dar yorumlanması gerektiği (hatta cumhuriyetlerde olmayabileceği) de hesaba katılmalıdır. Bu bakımdan, bir cumhuriyet olarak Türkiye'de bu yetkinin tasfiye edildiği ve/veya iyice daraltıldığını düşünmek gayet makuldür.

Bu nedenlerle bu yetkinin (en azından artık) özel af niteliği taşımadığı kabul edilmelidir.

2-) Normatif Çerçeve

Söz konusu anayasal hüküm, bu yetkinin uygulama alanı ve kapsamı konusundaki belirlemelerin de güncellenmesini gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan özellikle bu yetkinin ayrıntılarının düzenlenme gereği ve bu gerekliliğin hangi norm tipiyle ele alınacağını ele almak gerekir.

Bu yetki, Anayasa'nın zikrettiği kavramlar geniş ve farklı yorumlara açık nitelik arz ettiği için ayrıntılandırmayı gerektirmektedir. Zira “sürekli hastalık”, “sakatlık” ve “kocama” kavramları son derece görelidir. Bir hastalığın sürekli olup olmadığı değişen tıbbi verilere göre değişkenlik gösterebildiği gibi süreklilik içeren her türlü hastalığın bu kapsamda olup olmadığı da kuşkuludur. Aynıları “sakatlık” ve “kocama” kavramları için de geçerlidir.

Bu çerçevede, “hangi hastalıklar sürekli hastalık sayılır?” sorusu yerindedir. Örneğin ileri evre kanser ya da Alzheimer bu kapsama girebilir. Buna karşılık, yüksek tansiyon, diyabet veya hafif kalp rahatsızlıkları gibi yaygın kronik hastalıkların da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği belirsizdir. “Sakatlık” açısından da benzer bir belirsizlik vardır. Geçici bir fiziksel rahatsızlık bu kapsama girer mi, yoksa yalnızca kalıcı engellilik durumları mı kastedilmektedir, bu açık değildir. Yaşlılık bakımından ise yalnızca kronolojik yaş mı esas alınacaktır, yoksa cezanın infazını fiilen imkânsız kılan bir yaşlılık hali mi aranacaktır, bu da net değildir. Örneğin 75 yaşındaki bir hükümlü “kocama hali” nedeniyle affa layık görülürken, 65 yaşında olup ağır fiziksel ve zihinsel çöküş yaşayan biri dışarıda mı bırakılacaktır? Bunların netleştirilmesi zorunluluktur.

191 Anayasa'nın ilk hâlinde yetki “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir. Bu amaçlarla Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır: (...) Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak” şeklinde düzenlenmişken 2017 yılından sonra direkt “Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.” biçimini almıştır.

192 Örneğin 5275 sayılı İnfaz Kanunu'nun “Hapis Cezasının İnfazının Hastalık Nedeni ile Ertenilmesi” ve “Çocuğunun Hastalığı Nedeniyle Kadın Hükümlünün Cezasının İnfazının Ertenilmesi” başlıklı madde 16 ve 16/1 hükümleri dikkate alınabilecek hükümlerdir. Fakat anayasal analiz için bu normlar belirleyici olamaz.

Öte yandan, bu kavramlara dönük saptamaların nasıl ve hangi kurumlarca yapılacağına da saptanması, keza bu prosedürlere karşı yargısal başvurular ile sınırın aşılması olasılığına karşı koruyucuların da düzenlenmesi ve süre kayıtlarının getirilmesi gerektiği açıktır. Kişilerin kamu düzeni açısından tehdit oluşturması ve suça karışma olasılıkları da dahil olmak üzere muhtelif olasılıklara karşı anayasa altı düzenleme bir zarurettir.

Bu zorunluluk karşısında ikinci sorun, bunun ne tür bir normla gerçekleştirileceğinde düğümlenmektedir. 2017 yılından sonraki anayasa hükmünde Cumhurbaşkanı kararnemelerinin (CBK) “yürütme yetkisine ilişkin konularda” çıkarılabileceğinin öngörülmesi karşısında ilk bakışta bu ayrıntıların CBK ile düzenlenebileceği düşünülebilir. Ne var ki bu noktada iki itiraz ileri sürülebilir.

Birincisi: 2017 yılından önce bu yetkinin “yürütme alanına ilişkin” sayılmışken, artık böyle bir çerçevenin artık yoktur. Dolayısıyla böylesi bir çerçeve açıkça düzenlenmediği için artık daha özgün ve özerk değerlendirmeler yapmak daha mümkündür.

İkincisi: Af veya kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılması konusu esasen AYM'nin Anayasa'nın 17'nci maddesindeki “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” hakkı kapsamındaki etkili soruşturma yükümlülüğünün bir parçası olarak, caydırıcı ceza yükümlülüğünün (“cezasızlık sorunu”nun) bir parçasıdır. Dolayısıyla bu konunun temel hak ve özgürlüklerle doğrudan bir ilişkisi vardır. Keza, bu yetkinin kullanılması son tahlilde bir yargı kararının etkisini değiştirmek anlamına geldiği için yargı bağımsızlığıyla ilgili de bir anlam mevcuttur. Öte yandan, affedilmeyi isteyen ve “sürekli hastalık”, “sakatlık” ve “kocama” gibi sorunlardan mustarip kişilerin bu taleplerinin reddedilmesinin de yaşam hakkı ve/veya işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında bir anlamı olduğu hesaba katıldığına bu konunun yargı yetkisiyle de ilgili olduğu veya en azından temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile bağlantılı bulunduğu açıktır.

Anayasa'nın yeni 104'üncü maddesinde “Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez” denmekte, keza Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılacağı öngörülmektedir. Hâl böyleyken bu konudaki düzenleme ve sınırlamaların kanunla yapılması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Bu bakımdan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da (md. 16) değişiklik yapılması ve/veya bağımsız bir kanun çıkarılması gerekmektedir¹⁹³.

193 Mevcut düzenlemeye göre cezanın infazının geri bırakılmasına ilişkin karar, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca verilen ve Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapora dayanarak, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilmektedir. Bu karar, hükümlünün uyması gereken yükümlülükler belirtilerek kendisine ve varsa yasal temsilcisine tebliğ edilmekte; hükümlünün kalacağı yer ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmek zorundadır. Geri bırakma süresi boyunca hükümlünün sağlık durumu, ya kararı veren ya da onun talebiyle bulunduğu yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, raporda belirtilen süreler esas alınarak veya bu belirtilmemişse birer yıllık dönemlerle yeniden değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme sonucunda geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine yine kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığı karar vermektedir. Geri bırakma sürecinde hükümlünün izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerdeki kolluk görevlilerince yerine getirilmektedir. Yükümlülüklere aykırı davranılması hâlinde geri bırakma kararı kaldırılmakta ve bu karara karşı infaz hâkimliğine başvuru imkânı bulunmaktadır.

3-) Yargısal Denetim

Cumhurbaşkanının sahip olduğu yetkinin af olması olasılığında bu işlemin niteliği ve/veya bunun bir “hükümet tasarrufu” sayılıp sayılmayacağı, buna bağlı olarak da yargısal denetimi konusu gündeme gelmektedir. Eğer bu bir af ise bu durumda Fransa’da olduğu gibi yargısal kaçınma söz konusu olabilir. Öte yandan bunun *sui generis* biçimde nitelenmesi hâlinde geleneksel idari yargı denetiminin mümkün olmaması gündeme gelebilir. Fakat yukarıda açıklanan nedenlerle ortada bir “af” bulunmadığı için bu belirlemelerin Türkiye’de yansımalarının bulmaz. Öte yandan eğer söz konusu yetki bir özel af ise dahi bu durum, kategorik olarak yargısal denetimin dışlanmasını gerektirmemektedir. Zira AYM’nin de ifade ettiği üzere bu bir idari işlemdir¹⁹⁴. Anayasa’nın 125’inci maddesine göre “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” Anayasa’nın 40’uncu maddesine göre “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” Dolayısıyla diğer tüm kamu gücü işlemleri gibi bu yürütme işlemine karşı da yargısal denetim mümkün olmalıdır. 2017 yılından önce olduğu gibi Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında kalması gibi bir durum mevcut olmadığı için yargısal denetime engel olan bir hüküm de yoktur.

Esastan yapılacak denetimde, Cumhurbaşkanının yetkilerinin sınırlarına ve biçimsel usullerine uyup uymadığı, özellikle bu işlemin sebebinin mevut olup olmadığı incelenebileceği gibi, geleneksel idare hukuku pratiklerinden hareketle bu yetkinin amacı itibarıyla saptırılıp saptırılmadığı (yetki saptırması) ve işlemin bizzat konusu denetlenebilir. Kuşkusuz bu konuda daha önceden bir kanun çıkarılması ve buna uygunluk denetimi yapılması sağlıklıdır. Fakat diğer yandan bizzat anayasa kurallarına (orman suçları konusundaki af yasağı gibi) uygunluk denetlenebilir¹⁹⁵.

SONUÇ

Af kurumu, ceza hukukunun sınırlarında yer alan ve siyasal içeriği yüksek bir araçtır. Sadece ceza infazının durdurulması anlamına gelmez. Bu kurum, aynı zamanda devletin, toplumla ve kendi geçmişiyle kurduğu ilişkinin bir göstergesidir. Uygulama biçimi çoğu zaman hukuki gerekçeler kadar siyasal saiklere de bağlıdır.

Af düzenlemeleri bağlamsal olarak en az dokuz ayrı amaca hizmet edebilir: Barış süreçlerine katkı sağlama, siyasal geçişleri simgeleme, rejim değişikliğine uyum sağlama, iktidarı tahkim etme, kurumsal zorunlulukları yerine getirme, kaynak kullanımını hafifletme, seferberlik yaratma, adaletsizlikleri giderme ve bazı kişi veya gruplara yönelik ayrıcalık tanıma. Bu çeşitlilik, affın her zaman belirli bir siyasal-toplumsal bağlam içinde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koyar.

Bununla birlikte affın yapısal özellikleri de dikkate alınmalıdır. Af kararları; kolektif veya bireysel, koşullu veya koşulsuz, tam veya sınırlı, yaptırım öncesi veya sonrası, açık veya örtük, genel veya özel

194 Anayasa Mahkemesi, E 1985/30 K 1986/10, 18.03.1986.

195 Bu yasağın daha özel mi daha genel mi olduğu konusu tartışmaya açıktır. Döner (n 152) 41.

biçimlerde düzenlenebilir. Bu eksenler, affin hukuki sınırlarını ve siyasal sonuçlarını belirleyen temel ayrımlardır.

Af, belirli bir norm yapısına indirgenemez. Her uygulamada farklı bir siyasal anlam yüklenir. Bu nedenle, af kararları bağlamdan kopuk biçimde ele alınamaz. Gerekçeleri ve yapısal özellikleri birlikte değerlendirilmeli, siyasal içeriği göz ardı edilmeden analiz edilmelidir.

İncelememizde *uluslararası hukuk* bağlamında ulaştığımız sonuç, uluslararası hukuk düzleminde af kurumuna ilişkin yaklaşım, son otuz yılda belirgin biçimde değişmiş ve özellikle ağır insan hakları ihlallerine karşı cezasızlıkla mücadele hedefi etrafında şekillenmiş olduğudur. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi ile Amerika, Afrika ve Avrupadaki bölgesel insan hakları sistemlerinde, affa ilişkin genel bir yasak bulunmamakla birlikte, belirli şartların karşılanmadığı durumlarda af düzenlemeleri açık biçimde sorunlu sayılmıştır.

Birleşmiş Milletler sistemi, özellikle işkence, zorla kaybetme ve yargısız infaz gibi ağır suçlar söz konusu olduğunda devletlerin cezai soruşturma yürütme yükümlülüğü taşıdığını ve bu yükümlülüğün af yoluyla ortadan kaldırılamayacağını belirtmiştir. Aynı yaklaşım, Amerikan İnsan Hakları Sistemi'nde *Barrios Altos* ve devamı niteliğindeki kararlarla kesinleşmiştir. Bu içtihat, özellikle “kendi kendini affetme” niteliği taşıyan düzenlemelere karşı kesin bir sınır koymuş, anayasal güvenceye ve halk oylamasına rağmen ağır ihlalleri kapsayan afları geçersiz saymıştır. Ancak Kolombiya örneğinde olduğu gibi bazı barış süreçleriyle bağlantılı, alternatif yaptırımlar içeren mekanizmalar hakkında daha esnek bir değerlendirme yapılabileceğini ortaya koymuştur.

Afrika sisteminde ise afların kapsamı, uygulanış biçimi ve keyfilik düzeyi esas alınarak yapılan değerlendirmelerde, koşulsuz ve hesap verilebilirlik içermeyen düzenlemelerin uluslararası yükümlülüklerle bağdaşmadığı tespit edilmiştir. Bu sistem, mağdurların başvuru ve tazminat haklarını tamamen ortadan kaldırmayan, katılımcı biçimde hazırlanmış koşullu aflara sınırlı bir alan açmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, af düzenlemelerine bağlama duyarlı bir yaklaşım geliştirmiştir. Ciddi ihlallerde devletin etkin soruşturma yükümlülüğü vurgulanmakta; ancak mağdurlar açısından bireysel cezalandırma talebi mutlak bir hak olarak kabul edilmemektedir. Mahkeme, afların yargısal süreçlerin önünü tamamen kapatması, kamu makamlarının ağır ihlaller karşısında sistematik biçimde faileri koruması gibi durumları sorunlu bulmaktadır. Bununla birlikte, barış süreçlerine hizmet eden sınırlı afların ve eski tarihli olaylara ilişkin ceza soruşturması açılmamasının belirli koşullarda kabul edilebileceğini de not etmiştir.

Görülen odur ki genel çerçevede uluslararası sistem, afların hiçbir zaman cezai sorumluluğu tümüyle ortadan kaldıracak mutlak araçlara dönüşmemesi gerektiğini savunmaktadır. Hakikatin ortaya çıkmasını, mağdurların tanınmasını ve sorumluluğun kabulünü içeren, denetim altındaki geçiş dönemi mekanizmaları meşru görülmektedir. Bu gelişmeler, uluslararası hukukun cezasızlıkla mücadeleyi merkezde tutan ve bağlama göre değişen bir af yaklaşımı geliştirmekte olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan affa dönük yaklaşım, özellikle toplumsal barış süreçleri için esnerken, kamu görevlilerince

işlenen ve özellikle yaşam hakkı ve işkence yasağı başta olmak üzere ağır insan hakları ihlallerine cezasızlık getiren bağlamlarda kabul edilebilir görülmemektedir.

Uluslararası insan hakları hukukunda şekillenen af karşıtı standartlar, zamanla *ulusal* düzeyde de yansıma bulmuştur. Özellikle Amerika, Afrika ve Avrupa kıtalarında yaşanan siyasi dönüşüm süreçleri, iç çatışmalar, askerî rejimlerden sivil düzene geçiş ve toplumsal uzlaşma arayışları bağlamında kabul edilen af düzenlemeleri, anayasal normlara, yüksek mahkeme içtihatlarına ve uluslararası yükümlülüklerle tabi kılınmıştır.

Amerika kıtasında, özellikle Latin Amerika ülkelerinde, askerî diktatörlüklerin sona ermesini izleyen dönemlerde kabul edilen af yasaları, ağır insan hakları ihlallerine dokunulmazlık sağlama amacıyla çıkarılmış; ancak bu düzenlemeler hem bölgesel hem de ulusal yargı organlarının yoğun denetime tabi tutulmuştur. Arjantin, Peru ve Uruguay örneklerinde yüksek mahkemeler, af düzenlemelerinin insanlık onuruna, anayasanın temel ilkelerine ve jus cogens niteliğindeki uluslararası normlara aykırı olduğunu açıkça tespit etmiş ve bu düzenlemeleri geçmişe etkili biçimde hükümsüz saymıştır. Bu süreçler sonucunda yüzlerce davanın yeniden açılması ve çok sayıda failin mahkûm edilmesi, cezasızlıkla mücadelenin somut yargısal karşılığını oluşturmuştur. Şili ve Brezilya gibi örneklerde anayasal koruma zırhına alınan af yasaları daha dirençli olmuş; ancak bu durum, söz konusu yasaların iç hukuk ve uluslararası hukuk arasında süreklilik arz eden bir gerilim alanı oluşturmasına neden olmuştur.

Afrika kıtasında ise özellikle Güney Afrika örneği, af kurumunun hakikat, uzlaşma ve onarıcı adalet ekseninde işlevselleştirilebileceğini göstermiştir. Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu'nun koşullu af uygulamaları, hem geçmişle yüzleşmeyi hem de mağdurların sürece katılımını incelemiştir. Anayasa Mahkemesi kararları, bu uygulamaların keyfiliğe yol açmaması gerektiğini, affın rasyonel temellere dayanması ve mağdurların dahil olduğu bir prosedürle gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Başkanlık affı yetkisine ilişkin içtihatlar da bu yetkinin anayasal normlara uygunluk denetimine açık olduğunu ve mutlak takdir alanı olarak yorumlanamayacağını ortaya koymuştur.

Avrupa düzleminde, ağır insan hakları ihlalleri bağlamında af düzenlemelerine ilişkin içtihatı birikim daha sınırlı olmakla birlikte, temel eğilim yürütme erkinin af yetkisinin hukuk devleti ilkeleri doğrultusunda denetlenebilir olduğunu göstermektedir. Fransa ve Birleşik Krallık'ta tarihsel olarak yürütmeye ait mutlak takdir yetkisi kabul edilse de, sonraki içtihatlar af kararlarının sonuçlarının hukuka uygunluk açısından yargısal denetime tabi olabileceğini ortaya koymuştur. İspanya örneğinde ise evrensel yargı yetkisi kapsamında başka devletlerde afa korunan failerin uluslararası suçlar nedeniyle yargılanabileceği kabul edilmiştir.

Genel olarak değerlendirildiğinde, kıtalar arası örnekler af düzenlemelerinin hukuki geçerliliğinin bağlam, içerik ve uygulama biçiminden ayrı düşünülmemeyeceğini göstermektedir. Cezasızlıkla mücadele, insan onurunun korunması, mağdur haklarının tanınması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması hedefleriyle bağdaşmayan af uygulamaları, ulusal ve uluslararası düzeyde meşruiyet krizi yaratmakta; buna karşın denetlenebilir, katılımcı ve sınırlı af mekanizmaları, geçiş dönemi adaleti içinde işlevsel bir rol üstlenebilmektedir.

Tüm bu verilerden hareketle *Türkiye* açısından ulaştığımız sonuç ve ileri sürdüğümüz sav, AYM'nin af kanunlarını “cezasızlık” merceğinden de denetlemesi ve başta kamu görevlileri ve yetkililer olmak üzere ağır insan hakları ihlallerine cezasızlık getiren afların iptal edilmesidir. Şu ana kadarki içtihadta böyle bir eğilim yoktur. Fakat özellikle bireysel başvuru usulünde pozitif yükümlülük öğretisinin ve özellikle de etkili soruşturma yükümlülüğünün (kişinin dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığı hakkının usul boyutlarının) benimsenmiş olması dikkate değerdir. Bu yaklaşım, affa dönük bu merceklerle tamamlanabilir. AYM, Anayasa'nın 17'nci maddesindeki temel hakkın gereği olan af yasağının, ayrıksı geçiş dönemleri (bu konuda da ek ölçütler geliştirilebilir) geçerliliğini vurgulamalı ayrıca “kendini kendini affetme yasağı ilkesi” de benimsenmelidir.

Öte yandan; Cumhurbaşkanının cezaları kaldırma ve/veya hafifletme yetkisi konusunda ise süratle bir kanun çıkarılmalı bu kanunda “sürekli hastalık”, “sakatlık” ve “kocama” gibi kavramlar net biçimde tanımlanmalı, bu saptamaları yapacak mekanizmaların usulleri netleştirilmeli ve bu yetki kullanımına karşı yargı yolları açıkça öngörülmelidir. Biz 2017 yılından itibaren bunun bir af yetkisi olmadığı kanısındayız. Anayasa'nın lafzı da bunu doğrulamaktadır. Kanun, bu çerçevede düzenlenmelidir.

Son olarak, bu makalenin kaleme alındığı dönemde “PKK'yı bitirmek üzere” gündeme gelen “Terörsüz Türkiye” politikası ve bu çerçevede, kanuni bir dayanağı olmaksızın faaliyet gösteren TBMM Millî Dayanışma, Kardeşlik ve Demokrasi Komisyonu bağlamında bazı notlar düşmek gerekir. Kanuni temelden yoksun biçimde yürütülen bu sürecin sağlıklı işleminin ön koşulu, Komisyon'un özellikle dışı etki doğuran faaliyetleri bakımından açık, öngörülebilir ve denetlenebilir bir kanuni çerçeveye kavuşturulmasıdır. Bu bağlamda, 2014 yılında kabul edilen ve fiilen bir af düzenlemesi işlevi gören 6551 sayılı Kanun'a benzer bir normun, nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi gerekir.

Keza, düzenlemenin münhasıran PKK bağlamında kurgulandığı, diğer terör örgütlerinden ayrışan yönleriyle açıkça gerekçelendirilmeli ve bu komisyon kanunu, müstakbel bir af kanunu kabul edilmeden önce Anayasa Mahkemesi denetimine elverişli bir açıklıkta kaleme alınmalıdır. Bu yaklaşım, hem olası bir iptal riskine karşı temkinli bir tutum sağlar hem de kamuoyu nezdinde sürecin şeffaflığını ve hesap verebilirliğini temin eder. Zira böyle bir norm, ileride olası bir af kanunu çıkarılması hâlinde sürecin oydaşma temelinde yürütülmesini güvence altına alacak, aynı zamanda nitelikli çoğunluk gerektiren bir yasama tercihinin zorunlu kılarak siyasal meşruiyeti güçlendirecektir. Karşılaştırmalı deneyimler ve uluslararası insan hakları hukuku “barış” amacıyla kabul edilen düzenlemelerin, klasik aflara kıyasla daha kolay meşrulaştırılabildiğini; uluslararası insan hakları mekanizmalarının ise bu bağlamda cezasızlık denetimini daralttığını göstermektedir. Ne var ki bu eğilim, devletlere sınırsız bir takdir alanı tanımamaktadır.

Bu noktada geçiş dönemi adaleti (*transitional justice*) literatürü yol göstericidir. Avrupa örneklerinde, ETA ve IRA bağlamlarında af veya ceza indirimi tartışmaları, ağırlıklı olarak siyasal şiddetin sona erdirilmesine odaklanmış; uyuşturucu ticareti ve örgütlü suç ekonomisi bu süreçlerin merkezî bir unsuru hâline gelmemiştir. Buna karşılık Kolombiya'da FARC ile yürütülen barış müzakerelerinde uyuşturucu ekonomisi, sürecin kritik ve en tartışmalı başlıklarından biri olmuştur. FARC, kokain

ticaretini “isyana bağlı suç” olarak affettirmeye çalışmış; 2016 tarihli af ve geçiş dönemi düzenlemeleri uyuşturucu fiillerini doğrudan affetmekten kaçınmış, ancak bu fiillerin “isyanın finansmanı” ile bağlantısının özel mahkemelerce değerlendirilmesi hâlinde cezasız kalabilmesine imkân tanımıştır. Bu tercih, kanunun genelliği, eşitlik ve özel yargı mercileri bakımından ciddi doktrinel ve anayasal tartışmalar doğurmuştur.

Dolayısıyla, “Terörsüz Türkiye” bağlamında af tartışmaları yürütülürken, örgütün suç gelirleri ve uyuşturucu ticareti meselesinin tali bir başlık olarak ele alınması ciddi bir eksiklik. PKK’nın uzun yıllar boyunca finansman sağlamak amacıyla uyuşturucu ticareti, kaçakçılık, tehdit ve benzeri faaliyetlerde bulunduğu, Türkiye dışındaki raporlarda da yer almaktadır. Bu fiiller, her ne kadar örgütsel bağlamda işlenmiş olsa da, saf hâliyle bakıldığında adı suç niteliğindedir ve uluslararası uygulamada “siyasi suç” veya “haklı görülebilir af kapsamı” içinde değerlendirilmemektedir. Geçiş dönemi adaleti perspektifinde dahi, suç ekonomisini af kapsamına dâhil eden düzenlemeler istisnâidir ve yüksek meşruiyet eşiği gerektirir.

Bu nedenle, barış amacıyla kabul edilecek bir düzenlemenin açık çek olarak yorumlanmaması için, kişilere yönelen adı suçlar ile ağır insan hakları ihlalleri bakımından net dışlamalar yapılması zorunludur. Özellikle kasten öldürme, nitelikli kasten yaralama, zorla alıkoyma, işkence ve uyuşturucu ticareti gibi fiillerin af kapsamı dışında bırakılması; buna karşılık yalnızca silahlı çatışmanın doğrudan parçası olan ve kişisel mağduriyet üretmeyen fiiller bakımından dar ve kontrollü bir alan tanınması gerekir. Ayrıca düzenleme, sürecin unsurlarını, bu süreçte rol alan aktörlerin ceza sorumluluğu rejimini ve kanunla güdülen amacı açık biçimde ortaya koymalıdır.

Teknik açıdan bakıldığında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 3. maddesi uyarınca terör suçları ile aynı Kanun’un 4. maddesinde tahdidi olarak sayılan “terör amacıyla işlenen suçlar”ın sınırlı biçimde af kapsamına alınması; buna karşılık kişilere karşı işlenen ağır suçlar ile uyuşturucu ticareti ve benzeri suç ekonomisi faaliyetlerinin kapsam dışında tutulması, karşılaştırmalı örneklerle de uyumlu bir çözüm sunar. Bunun yanında, TMK m.17/4’teki engelin aşılabilmesi için umut hakkına ilişkin bir düzenleme yapılması; ayrıca karşılaştırmalı örneklerde olduğu gibi siyaseti normalleştirmek üzere seçme ve seçilme hakkı ile örgütlenme haklarından yoksunluk bakımından revizyonlar (TCK m.65/3’e istisna getirilmesi ve TCK m.53/3 hükmünün ikinci cümlesinin kapsamının genişletilmesi) normatif bütünlüğü güçlendirecektir.

KAYNAKÇA

- African Commission on Human and Peoples’ Rights, ‘General Comment No. 4 on the African Charter on Human and Peoples’ Rights: The Right to Redress for Victims of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Punishment or Treatment (Article 5)’, Adopted at the 21st Extraordinary Session, 04/03/2017.
- Allier-Montano E and Vicente Ovalle C, ‘As an Unhealed Wound: Memory and Justice in Post-Dictatorship Uruguay’ in Allier-Montano and Emilio Crenzel (eds), *The Struggle for Memory in Latin America: Recent History and Political Violence* (Palgrave 2015) 35-53.
- Altıparmak K, *Zaman ve Aşımı Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak* (Ütopya Yay. 2023).
- Armağan S, ‘Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi’ (2001) (18) Anayasa Yargısı 347-363.

- Arsel İ, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları (Birinci Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu)* (Mars Matbaası 1965).
- Aslan T, 'II. Meşrutiyet Dönemi Genel Af Uygulamaları' (2009) 3(5) Akademik Bakış 41-60.
- Barrientos CJ, 'Memory Policies in Chile, 1973-2010' in Eugenia Allier-Montano and Emilio Cranzel (eds), *The Struggle for Memory in Latin America* (Palgrave Macmillan 2015) 53-70.
- Beigbeder Y, *International Justice Against Impunity Progress and New Challenges* (Martinus Nijhoff 2005).
- Black HC, *Black's Law Dictionary* (West Publishing 1992).
- Burgess P, 'De Facto Amnesty? The Example of Post-Soeharto Indonesia' in Francesca Lessa and Leigh A. Payne (eds), *The Example of Post-Soeharto Indonesia, "Amnesty in the Age of Human Rights Accountability: Comparative and International Perspectives* (Cambridge University Press 2012) 263-290.
- Close J, *Amnesty, Serious Crimes and International Law: Global Perspectives in Theory and Practice* (Routledge 2019).
- Collins C, 'Human rights trials in Chile during and after the 'Pinochet Years' (2010) 4(1) International Journal of Transitional Justice 67-86.
- Conaghan CM, *Fujimori's Peru: Deception in the Public Sphere* (Pittsburgh Press 2005).
- Craig R, *Royal Law: Prerogative Foundations* (Bloomsbury 2025).
- Crouch J, *The Presidential Pardon Power* (University Press of Kansas 2009).
- Da Silva VA, *The Constitution of Brazil: A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2019).
- Dimoulis D, *Die Begnadigung in vergleichender Perspektive Rechtsphilosophische, verfassungs- und strafrechtliche Probleme* (Duncker & Humblot 1996).
- Döner A, 'Cezaî ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM'nin Af Yetkisi' (2008) 12(3-4) Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-54.
- Engle K, 'Self-Critique, (Anti) Politics and Criminalization: Reflections on the History and Trajectory of the Human Rights Moment', in Jose Maria Beneyto and David Kennedy (eds), *New Approaches to International Law: The European and the American Experiences*, (Springer, 2012) 41-74.
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku* (Seçkin 1995).
- Garretton R, 'Chilean Transitional Justice and the Legacy of the De Facto Regime' in Jessica Almqvist and Carlos Esposito (ed) *The Role of Courts in Transitional Justice: Voiced from Latin America and Spain* (Routledge 2012) 81-102.
- Gobodo-Madikizela P, 'Elternatives fo Recenge: Bulging a Vocabulary of Reconciliation through Political Pardon' in Charles Villa-Vicencio and Erik Doxtader (eds), *The Provocations of Amnesty: Memory, Justice and Impunity* (Institute for Justice and Reconciliation 2003).
- Gözler K, 'Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi' (2001) 18 *Anayasa Yargısı* 298-330.
- Gready P, *The Era of Transitional Justice: The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond* (Routledge 2010).
- Gualde A and Luterstein N, 'The Argentinean Reparations Programme for Grave Violations of Human Rights Perpetrated during the Laws Military Dictatorship' in Carla Ferstman and Mariana Goetz (eds) *Victims of Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity* (Brill 2020) 415-434.
- Gülener S, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında 'Genel Af' Kanunları *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 411-429.
- Israel FL, *Major Peace Treaties of Modern History 1648 – 1967* (Chelsea House Publications 1967).

- Joinet L (UN Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities), 'Study on Amnesty Laws and Their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights', UN Doc E/CN.4/Sub.2/1985/16, 21/07/1985.
- Kant I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysik der Sitten* (3rd edn, Felix Meiner Verlag Erster Teil 2009).
- Keyman S, *Türk Hukukunda Af: Genel Af-Özel Af* (Ankara Üniversitesi Basımevi 1965).
- Koca M, 'Özel Af ile İnfaz Rejimine İlişkin Düzenlemelerin Özellikleri' (2021) 38(1) Anayasa Yargısı 1-41.
- Küçük Y, *Türkiye Üzerine Tezler* (Tekin Yay. 1978).
- Lavedra RG, 'The Possibility of Criminal Justice: The Argentinean Experience' in Jessica Almqvist and Carlos Esposito (eds), *The Role of Courts in Transitional Justice: Voiced from Latin America and Spain* (Routledge 2012) 56-80.
- Lessa F and Payne LA (eds), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability Comparative and International Perspectives* CUP 2012).
- Mallinder L, 'Global Comparison of Amnesty Laws' iç M. Cherif Bassiouni (ed), *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*, (Intersentia 2010).
- Mallinder L, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide* (Hart 2008).
- Mamdani M, *Neither Settler Nor Native: The Making and Unmaking of Permanent Minorities* (Harvard University Press 2020).
- Manthey L, *Amnestiegesetze und Rule of Law im Völkerrecht: Die völkerrechtliche Einhegung innerstaatlicher Amnestien – Verrechtlichung des Politischen oder Politisierung des Rechts?* (Mohr Siebeck 2022).
- Mera G and Eduardo M, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication* (Inter-American Institute of Human Rights (IIDH) 2011).
- Montoya Vivanco Y, 'Responding to Human Rights Violations Committed during the Internal Armed Conflict in Peru: The Limits and Advances of Peruvian Criminal Justice' in Jessica Almqvist and Carlos Esposito (eds), *The Role of Courts in Transitional Justice* (Routledge 2012) 159-184.
- Novak A, 'Pardon Power' in Rainer Grote, Frauke Lachenmann and Rüdiger Wolfrum (eds) *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]* (Oxford University Press 2017).
- Novak A, *Comparative Executive Clemency The Constitutional Pardon Power and the Prerogative of Mercy in Global Perspective* (Routledge 2015).
- Ntoubandi FZ, *Amnesty for Crimes against Humanity under International Law* (Martinus Nijhoff 2007).
- Okumuş N, *Türk-Amerikan İlişkilerinde Haşhaş Ekimi Krizi (1968-1975) Kriz Yönetimi Açısından Bir İnceleme* (Atatürk Kültür Merkezi Yay. 2020).
- Orentlicher D, 'Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity', United Nations Commission on Human Rights, E/CN.4/2005/102, 08/02/2005.
- Öndin HB, 'Terör Örgütü Üyeliği Suçunda Etkin Pişmanlık' (2020) (43) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 145-176.
- Özbudun E and Yazıcı S, 'Military Regimes' Extrication from Politics: Exit Guarantees' in Aleksandra Jasinska, Kania and Jacek Raciborski (eds), *Narod-Władza-Spoleczenstwo* (Scholar 1996) 325-340.
- Özdemir AU, 'Lozanda Başarıyı Ölçmek: Konular Bazında Bir Değerlendirme' (2013) 13(53) Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi (Lozan Antlaşması Özel Sayısı).
- Özden YG, 'Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?' (1985) 2 Anayasa Yargısı 41-90.

- Özdönmez M, 'Orman Suçları ile İlgili Af Kanunları ve Sonuçları' (1973) 23(2) İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi 48-61.
- Sarkin JJ, 'How Conditional Amnesties Can Assist Transitional Societies in Delivering on the Right to the Truth: Are Such Processes Compatible with International Law?' (2017) 6(2) International Human Rights Law Review 143-175.
- Sattamini LP and Green JN, 'Brazil: Never Again?' (2011) 72(1) History Workshop Journal 275-282.
- Sınmaz Sönmez C, 'Cumhuriyetin Onuncu Yıldönümü Kıtalamaları ve 26 Ekim 1933 Tarihli Genel Af Yasası' (2004) 9(33) Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi 89-101.
- Slye R, 'The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law' (2012) (43) Virginia Journal of International Law 173-247.
- Soyaslan D, 'Af' (2001) 18 Anayasa Yargısı 412 – 437.
- Sözüer A, 'Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasa'ya Uygunluğu Sorunu' (2001) 17(1) Anayasa Yargısı 219-253.
- Straßner V, 'Uruguay: Vergangenheitspolitik – Die Dialektik von Vergessen und Erinnern' in Peter Hoeres and Hubertus Knabe (eds), *Nach der Diktatur Die Aufarbeitung von Gewaltherrschaften* (De Gruyter 2023) 391-477.
- Süß F, *Studien zur Amnestiegesetzgebung* (Duncker & Humblodt 2001).
- Şirin T, "Norm Kavramına Dair Düşünceler: Gözler-Altıparmak Tartışmasına Dönük Bir "Saptırmama" Denemesi", Ömer Egeliği (haz.), *Norm ve Olgu: Gözler, Altıparmak ve Şirin'in HAGB Kararı Tartışmaları*, (Yetkin Yay., 2023),
- Şirin T, 'Türkiyede Cezasızlık Sorunu ve Anayasa Mahkemesi' (2019) 21, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 1577-1607.
- Teitel RG, *Transitional Justice* (Oxford University Press 2000).
- Tuğay O, *Türkiyede Vergi Affi Uygulamaları* (Ekin Yay. 2021).
- UN Committee Against Torture, 'Committee against Torture, Conclusions and recommendations of the Committee against Torture – Nepal' CAT/C/NPL/CO/2, 13/04/2007.
- Urtubey M, 'Non-Applicability of Statutes of Limitation for Crimes Committed in Argentina: Barrios Altos' (2005) (11) Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas 109-131.
- Uyar L (der), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006* (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay. 2006).
- Yalta B, *Bir Darbeci Subayın Hatıraları: 27 Mayıs 1960, 22 Şubat 1962, 21 Mayıs 1963*, Erhan Çiftçi (haz.) (Kronik Yay. 2020).
- Yılmaz N, '150'likler ve 3527 sayılı Af Kanunu' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2009).
- 'Declaration of Amnesty' (1924) 18(2) American Journal of International Law 92-95.
- İNTERNET KAYNAKLARI**
- 'Case of Castillo-Páez v. Peru' (*Inter-American Court of Human Rights*, 27 November 1998)
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_ing.pdf> accessed 30 May 2025)
- 'Case of Loayza-Tamayo v. Peru' (*Inter-American Court of Human Rights*, 27 November 1998)
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_ing.pdf> accessed 30 May 2025)
- Close J, 'Amnesty Provisions in the Constitutions of the World: A Comparative Analysis' (*International Law Blog*, 05 January 2015)

<<https://internationallaw.blog/2015/01/05/amnesty-provisions-in-the-constitutions-of-the-world-a-comparative-analysis/>> accessed 29 May 2025.

KARARLAR

- Anayasa Mahkemesi, E 1964/12 K 1964/47, 09.06.1964.
 Anayasa Mahkemesi, E 1966/7 K 1966/46, 19.12.1966.
 Anayasa Mahkemesi, E 1974/19 K 1974/31, 02.07.1974.
 Anayasa Mahkemesi, E 1974/34 K 1974/50, 28.11.1974.
 Anayasa Mahkemesi, E 1974/40 K 1975/4, 07.01.1975.
 Anayasa Mahkemesi, E 1974/48 K 1975/10, 28.01.1975.
 Anayasa Mahkemesi, E 1975/193 K 1976/16, 16.03.1976.
 Anayasa Mahkemesi, E 1975/3 K 1975/35, 05.03.1975.
 Anayasa Mahkemesi, E 1975/34 K 1975/70, 03.04.1975.
 Anayasa Mahkemesi, E 1976/7 K 1976/35, 24.06.1976.
 Anayasa Mahkemesi, E 1978/67 K 1979/14, 13.03.1979.
 Anayasa Mahkemesi, E 1985/30 K 1986/10, 18.03.1986.
 Anayasa Mahkemesi, E. 1988/3, K.1989/4, 18/1/1989.
 Anayasa Mahkemesi, E 1999/39 K 2000/23, 19.09.2000.
 Anayasa Mahkemesi, E 2001/4 K 2001/332, 18.07.2001.
 Anayasa Mahkemesi, E 2002/99 K 2002/51, 28.5.2002.
 Anayasa Mahkemesi, E 2004/92 K 2008/119, 12.6.2008.
 Anayasa Mahkemesi, E 2018/31 K 2020/38, 16.07.2020.
 Anayasa Mahkemesi, E 2020/44 K 2020/41, 17.07.2020.
 Anayasa Mahkemesi, E 2020/53 K 2021/55, 14.07.2021.
Cem Sarıgül ve diğeri [GK], B. No: 2015/16451, 15 Aralık 2021.
Fatma Turan, B. No: 2014/7804, 10 Haziran 2020, § 59.
Yunis Karataş [GK], B. No: 2021/34231, 26 Ocak 2023.
 BVerfGE, 30, 108, 110.
Dujardin v France App No. 16734/90 (ECtHR, 2 September 1991).
Ateşoğlu v Türkiye App No. 53645/10 (ECtHR, 20 January 2025).
Tarbuk v Croatia App No. 31360/10 (ECtHR, 11 December 2012).
Gutierrez Dorado v Spain App No. 30141/09 (ECtHR, 27 March 2012).
Marguš v Croatia App No. 4455/10 (ECtHR Grand Chamber, 27 May 2014).
Janowiec and Others v Russia App No. 55508/07 & 29520/09 (ECtHR Grand Chamber, 21 October 2013).
Ould Dah v France App No. 13113/03 (ECtHR, 17 March 2009).
President of the Republic of South Africa and Another v Hugo (CCT11/96) [1997] ZACC 4; 1997 (6) BCLR 708; 1997 (4) SA 1 (Constitutional Court of South Africa, 18 April 1997)
Albutt v Centre for the Study of Violence and Reconciliation and Others (CCT 54/09) [2010] ZACC 4; 2010 (3) SA 293 (CC); 2010 (2) SACR 101 (CC); 2010 (5) BCLR 391 (CC) (Constitutional Court of South Africa, 23 February 2010).
Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1983] UKHL 6 (1983).
Atachhua v Peru Communication No. 540/1993 (UN Human Rights Committee, 16 April 1996) UN Doc CCPR/C/586/D/540/1993.

- R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Northumbria Police Authority* 1 QB 26 (CA, 1989).
Burt v Governor-General 3 NZLR 672 (CA, 1992).
Yasmin v Attorney General FCA 91 (FCAFC, 2015).
Thatcher v Attorney General 1 FC 289 (FCC, 1997).
Masacre Las Hojas v El Salvador Case 10.287, Report No. 26/92, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 14. (IACHR, 24 September 1993).
Massacre of El Mozote and Nearby Places v El Salvador Series C No. 252, (IACHR, 25 October 2012).
Ignacio Ellacuría et al v El Salvador Case 10.488, Report No. 136/99 (IACHR, 22 December 1999).
Velásquez-Rodríguez v Honduras Series C No 4 (IACtHR, 29 July 1988).
Loayza-Tamayo v Peru Series C No. 33 (IACHR, 17 September 1997).
Castillo Páez v Peru Series C No. 34 (IACHR, 27 November 1998).
Barrios Altos v Peru Series C No. 75 (IACHR, 14 March 2001).
Almonacid-Arellano et al v Chile, Series C No. 154 (IACHR, 26 September 2006).
Gomes Lund v Brezil Series C No. 219 (IACHR, 24 November 2010).
Gelman v Uruguay Series C No. 221 (IACHR, 24 February 2011).
Malawi African Association et al v Mauritania 54/91, 61/91, 96/93, 98/93, 164/97–196/97 ve 210/98 (ACHPR, 11 May 2000).
Zimbabwe Human Rights NGO Forum v Zimbabwe Communication No. 245/02 (ACHPR, 15 May 2006).
Mouvement Ivoirien des Droits Humains v Cote D'Ivoire Communication No. 246/02 (ACHPR, 29 July 2008).
Thomas Kwoyelo v Uganda 036-2011, (ACHPR, 08 September 2011).
Maru Ram v Union of India SC, AIR 2147, 11/11/1980
Swaran Singh v State of Uttar Pradesh, 5962-1994, 05/03/1998.
Satpal v State of Haryana SCI, AIR 1702, 01/05/2000.
Lewis v Attorney General of Jamaica 35 (UKPC, 12 September 2000).