

"23 NİSAN 1999 TARİHİNE KADAR İŞLENEN SUÇLARDAN DOLAYI ŞARTLA SALIVERİLMEME, DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİNE DAİR KANUN"UN HUKUKSAL NİTELİĞİ VE SONUÇLARI

Dr. Türkan Yalçın SANCAR^()*

GİRİŞ

TBMM'nde 28.8.1999 tarihinde kabul edilen "Bazı Suç ve Cezaların Affına" ilişkin 4453 sayılı Kanunun hazırlanması sürecinde ve dönemin Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel tarafından veto edilmesinden sonra, "af konusu kendisiyle bağlantılı veya bir şekilde bağlantılandırılan başka sorunlarla birlikte Türkiye gündeminin en önemli konularından birini oluşturdu.

Hükümet ortağı partiler arasındaki paslaşmalar, hükümetle muhalefet arasındaki zıtlaşmalar, TBMM ile Çankaya Köşkü arasındaki gel-gitler, kamuoyu ya da münferit kamuoylarındaki tartışmalar, belki de hiçbir konuda olmadığı kadar "af" konusunda ciddi yalpalanmalara yol açmış ve herkesi memnun etme kaygısı hiç kimseyi memnun edememe gibi bir durum yaratmıştır.

4453 sayılı Kanunun veto edilmesinin üzerinden bir yılı aşkın bir süre geçtikten sonra, bu kanunun "Af Kanunu" olarak adlandırılmasından kaynaklanan anayasal sıkıntılar da hesaba katılarak yeni bir düzenleme yapılmış ve hukuk dünyamıza "çok adlı", ama taşıdığı adlardan hiçbirinin tüm özelliklerini yansıtmayan garip bir kanun sokulmuştur. "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" uzun adını taşıyan ve 8.12.2000 tarihinde TBMM'nde kabul edilen 4616 sayılı bu tasarruf, önceki kanunun kaderini paylaşarak ve özellikle "eşitlik ilkesi"ne aykırı düştüğü vurgusu yapılarak bu kez de şimdiki Cumhurbaşkanı Ahmet N. Sezer tarafından veto edilmiştir.

Toplumun tüm katmanlarının kanına bir virüs gibi giren bu konu, Cumhurbaşkanının vetosundan sonra "şimdi ne olacak" sorusu etrafında alevlenerek yeniden şiddetle tartışılmış; hükümet,

^(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

cezaevlerine yönelik "kararlı" müdahaleyle birlikte sözkonusu kanunu da "kararlı" bir biçimde değiştirmeden TBMM'nden geçirmiştir. Bunun üzerine Anayasanın 89. maddesi gereği kanunu ikinci kez geri çevirme yetkisi bulunmayan Cumhurbaşkanı da yayımlamak durumunda kalmış ve akabinde Anayasa Mahkemesine başvurmayacağı şeklinde bir açıklama yapmıştır.

Kanun, adı gibi uzun ve dolambaçlı bir serüvenin ardından Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girdi; ama çözülmesi gerçekten güç bir yığın sorunu da beraberinde getirdi. Bir yandan kanunun uygulanmasıyla doğrudan görevli olanlar somut sorunlarla boğuşurken; diğer yandan Anayasa Mahkemesi meseleyi soyut ve ilkesel düzeyde değerlendirip bir sonuca ulaşmaya çalışacaktır. Bu aşamada, tartışmaların esas olarak kanunun Anayasa Mahkemesi önündeki serüvenine yoğunlaşması kaçınılmazdır. Kanunun Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi konusunda kısaca "iptal davası" (soyut norm denetimi) ve "itiraz yolu" (somut norm denetimi) olarak adlandırılan iki imkan ve ihtimal mevcuttu. Bir defa, kanunda Anayasaya aykırı unsurlar bulunduğu düşüncesinde olan "iktidar ve anamuhalefet partisi meclis grupları ile TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler" Anayasanın 150. maddesine göre, kanunun Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün içinde iptal davası açabilirlerdi. Ancak öngörülen süre içinde bu yola başvurulmadığı görüldü. Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin sözkonusu kanunla karşılaşması "itiraz yolu"nun işletilmesine bağlı kaldı. Anayasanın 152. maddesi uyarınca, bu kanunu uygulamak durumunda olan bir mahkeme kanunda anayasaya aykırılık görürse ya da taraflardan birinin ileri süreceği aykırılık iddiasını ciddi bulursa, sorun Anayasa Mahkemesine götürebilir. Nitekim bu imkân yoğun bir şekilde kullanıldı ve "itiraz yolu"yla Anayasa Mahkemesinin önüne şu ana kadar onlarca dosya geldi.

Anayasa Mahkemesinin zor bir görevle karşı karşıya olduğu şüphesizdir. Çünkü Kanun, iyice düşünülüp yeterince tartışılmış bir ceza politikasının, sağlıklı kriminolojik verilere dayalı değerlendirmelerin bir ürünü olmayıp; kısa vadeli hesaplara, siyasal çıkar mülahazalarına, hukuksal ve hatta etik ölçütlere yabancı pazarlıklara ve ani ve tesadüfi faktörlere göre şekillenmiştir. Böyle bir metni hukuksal ölçütler temelinde rasyonel bir değerlendirmeye tabi tutmak bütün bunlardan dolayı hiç de kolay değildir. Bu zorluklar içinde Anayasa Mahkemesinin konuya nasıl yaklaşacağına ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapabilmek için, herşeyden önce kanunun çeşitli yönlerden kapsamlı bir şekilde tahlil edilmesi gerekir. Bu

bildiride, böyle bir tahlil bakımından mutlaka dikkate alınması gerektiğini düşündüğümüz hususları tartışmayı amaçlıyoruz. Daha açık bir ifadeyle, asıl amacımız, bu kanun bağlamında sık sık telaffuz edilen “af”, “şartla salıverme” ve “erteleme” kurumlarının temel özelliklerini incelemek ve 4616 sayılı Kanunun ne olup ne olmadığını ortaya koymaya çalışmaktır.

I- AF

A- GENEL OLARAK

Suç ve ceza kavramları kadar eski olan ve siyasallaşmış tüm toplum düzenlerinde farklı biçimlerde de olsa ortaya çıkan af kurumu¹, beraberinde pek çok tartışmayı ve cevaplandırılması hiç de kolay olmayan yığınla soruyu getirir.

Gerçekten de, etik ya da hukuksal açıdan "kimin" "kimi" affetme hakkı ve yetkisi vardır? Ceza adaletinin sağlanması ve cezaların etkili olması amaçlarına, bir tür acıma ve merhamet duygusunun tezahürü olan af ile ulaşmak mümkün müdür? Suçun işlenmesiyle bozulan ve cezayla kurulmaya çalışılan toplumsal düzen ve barış afı güçlenir mi, zayıflar mı? Hiçbir zaman affedilemeyecek olan suç ve suçlular var mıdır? Af her zaman siyasi bir takım menfaatleri elde etmek için mi çıkarılır ya da siyasi amaçlara alet edilmeyen bir af var mıdır? Af kanunları açısından yapılan "yerindelik" tartışmalarında, zamana ve kapsama ilişkin genel kabul gören ölçütler geliştirmek mümkün müdür?

Tüm bu sorulara verilebilecek yanıtlar ve nerede duracağınızı tayin etme çabaları, genellikle mahkûm ve mağdurlarla bunların yakınlarının duygusallıklarına ve toplumsal duyarlılıklara çarpar. Buna siyasi kutuplaşmaların keskinliği, hoşgörüsüzlüğü ve siyasi hesaplarda eklenince, affa salt teknik bir hukuk konusu olarak

¹ Af kurumunun tarihsel kökeni ve biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi ve bibliyografya için bkz. Alfredo IANNITTI PIROMALLO, "Amnistia e Indulto", *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, 1957, s.577 vd.; Pier Giovanni CARON, "Indulto", *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VIII, 1957, s.617-618; Renato DELL'ANDRO, "Amnistia", *Enciclopedia del diritto*, Vol. II, 1958, s.307 vd.; Giuseppe GIANZI, "Indulto", *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXI, 1971, s.252 vd.; Sulhi DÖNMEZER - Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C.III, 10. Baskı, İstanbul 1985, s.267 vd.; Çetin ÖZEK, "Umumi Af", *İHFM*, C.XXIV, Sayı 1-4, 1959, s.121 vd.; Giuseppe BETTIOL, "Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi", Çev. Faruk Erem, *AHFD*, C.XII, Sayı 1-2, 1955, s.10 vd.

bakmak mümkün olmaz. Böylece çok boyutlu bir olgunun değerlendirilmesindeki güçlükler tüm ağırlığıyla kendini gösterir.

B- AF MEŞRU VE GEREKLİ BİR KURUM MUDUR?

Salt ceza hukukçuları değil, siyaset bilimcileri, filozoflar ve sosyologlar da affın meşruluğunu tartışmışlardır. Cezanın ne olduğu ya da ne olması gerektiği konusundaki farklı bakış açıları, felsefi ve ideolojik eğilimler, af meselesine de olduğu gibi yansımış, böylece lehte ve aleyhte pek çok görüş ortaya çıkmıştır.

1- Affın Aleyhindeki Görüşler

Affa ilişkin olumsuz yaklaşımlar ve kaygılar çok eskilere dayanır.² Örneğin Platon, "ne mahiyette olursa olsun, hiçbir suç cezasız kalmamalı ve hiç kimse cezadan kaçmamalıdır" demektedir.³ Kant da, ceza kanununu kesin bir emir olarak görür ve affı egemenlik hakkının kaypak bir kullanımı olarak değerlendirir. Kant'a göre, "cezayı tümüyle ortadan kaldırmaya veya indirmeye ilişkin affetme hakkı egemene verilemez. Çünkü bu şekilde egemen kendisini güçlendirir ve büyük ölçüde adaletsizliğe yol açabilir. Bir kişinin diğer bir kişiye karşı suç işlemesi durumunda, egemen af hakkını kesinlikle kullanamaz. Çünkü bu tür durumlarda affetme, uyruklar arasında en büyük adaletsizliğe neden olur. Egemen affetme hakkını ancak kendisine karşı suç işlenmesi durumunda kullanabilir. Fakat halkın güvenliğinin tehlikeye düşmesi ihtimali varsa, bu tür durumlarda da bu hakkını kullanamaz".⁴

Bentham ise, kural olarak affın aleyhinde olmakla birlikte, ayaklanma ve kamu düzeninin önemli derecede bozulduğu durumlarda af yetkisini kullanmanın zorunlu olabileceğini söyler.⁵

Buna karşılık Beccaria affı açıkça reddeder ve cezadan beklenen amacın ancak cezanın mutlaka uygulanmasıyla

² Affın aleyhindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selahattin KEYMAN, *Türk Hukukunda Af* (Genel Af- Özel Af), Ankara 1965, s.16 vd.; DÖNMEZER - ERMAN, s.272 vd.; Ayhan ÖNDER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C.II-III, İstanbul 1992, s.745; ÖZEK, s.135 vd.; BETTIOL, s.5 vd.

³ Bkz. KEYMAN, s. 18.

⁴ Immanuel KANT, *The metaphysical Elements of justice*, New York 1965, s. 107-108.

⁵ Bkz. KEYMAN, s. 18-19.

gerçekleşebileceğini, affın "her suçun mutlaka bir ceza göreceği" prensibini yok ettiğini savunur. Beccaria, çok ağır bazı cezaların şiddetlerini giderebilmek açısından affın zorunlu görülebileceğini, cezalar hafiflediği oranda affın lüzumunun azalacağını, cezaların suçu önleyici etkisinin şiddetinden değil, muhakkak olmasından kaynaklandığını ifade eder.⁶

Af aleyhtarı diğer düşünceleri ise şu başlıklar altında özetlemek mümkündür:

- Af cezanın kesinliği fikrini ve caydırıcılığını bertaraf edip bir gün affedileceklerini ümit eden insanların suça yönelmelerini sağlar. Böylece, cezadan beklenen genel ve özel önleme, kefaret ve ıslah amaçları gerçekleşmez.⁷

- Af yetkisinin kullanımı, yargı erkine müdahale anlamını taşır.⁸

- Af, gözdağı verme, kayırma, siyasi menfaat sağlama gibi amaçlarla yerli yersiz kullanıma, daha doğrusu kötüye kullanıma çok elverişli bir kurumdur.

- Bazı fiillerin cezalandırılmasında artık kamu menfaati görülüyorsa, onları affetmek yerine suç olmaktan çıkarmak daha doğru olur.

Af yetkisi kullanılmadan önce herhangi bir adli tahkikat yapılamadığından, yapılması da mümkün olmadığından, suçlular arasında lâyük olmak ve olmamak bakımından bir ayırım yapılamamaktadır. Bunun sonucunda da bir çok suçlu ıslah olmadan

⁶ BECCARIA, *Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi*, Çev. Muhiddin Göklü, 3. Baskı, İstanbul 1964, s.215.

⁷ Cezanın işlevi, amacı ve nitelikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeki HAFIZOGULLARI, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, 2. Baskı, Ankara 1996, s. 181 vd.

⁸ Faruk EREM - Ahmet DANIŞMAN - Emin ARTUK, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s.92. Ancak bu yazarlar esas olarak affa değil, affı yasama organının bir yetki olarak elinde tutmasına karşıdır. Buna göre, "cezanın tek gayesi ıslah olunca, bunun başarıldığı anlaşıldığında af zorunludur. O halde af teknik bir konudur. Yasama organlarının bu işle ilgisi olamaz. Af yetkisinin yasama organlarına tanınması krallık çağının kalıntısıdır. Bir yandan ceza kanunu yaparak ceza istemek, diğer yandan ölçüsüz af yetkisini elinde tutmak içtenlik değildir. Bu, yargı erkini sinsice inkârdır. Devlet yargı erkini tanımak istemiyorsa tanımış görünmemelidir. Tanımış ise, af yetkisini yargıca bırakmalıdır. Affı siyasi menfaatlerden ayırmaya şimdiye kadar imkân bulunamadı. Sistem değişmezse asla imkân bulunamayacaktır."

serbest kalmaktadır. İslah olmadan cezaevinden çıkan ve yaşam ortamında hiçbir değişiklik olmayan kişilerin yeniden suç işleme eğilimi göstermeleri sık rastlanan bir durumdur.

Görüldüğü gibi affa ilke olarak karşı çıkanların büyük bir kısmı, bu kurumun bazı "zorunlu" durumlarda, özellikle "toplumsal zorunluluklar" dayattığında kullanılabileceğini kabul ederler. Affa toplumsal zorunluluklar nedeniyle başvurulabileceğini savunanların önemli bir bölümü de, bu bağlamda "siyasi suçlar"a atıf yaparlar. Buna göre, eğer af sözkonusu olacaksa, bu kapsama öncelikle "siyasi suçlar"ın sokulması gerekir.⁹ Hatta affı sadece "siyasi suçlar"a hasretmek isteyenler de vardır. Bu düşüncede olanlara göre, siyasi suçlu her zaman geniş bir taraftar kitlesi bulur. Bunları şiddetle cezalandırmak, onlar gibi düşünenleri caydırmaz, aksine düşüncelerinin daha da kökleşmesini sağlar. Affın sadece siyasi suçlarla sınırlanması, affa lâyük olan - olmayan tartışmasını da sona erdirir.¹⁰

2- Affın Lehindeki Görüşler

Affin gerekli bir kurum olduğunu savunanlar şu gerekçelere dayanırlar:¹¹

- Toplumsal yaşam sürekli bir gelişme içindedir ve kanunlar bu gelişmeye her zaman ayak uyduramazlar. Bu nedenle, bir çok durumda kanunun yapılması aşamasında öngörülenlerden daha ağır sonuçlarla karşılaşmak neredeyse kaçınılmazdır. İşlenen fiille verilen ceza arasında, şartların değişmesinin bir sonucu olarak açık, hatta fahiş bir oransızlık ortaya çıkması bu durumun sık rastlanan bir örneğidir.

- Adalet mekanizması ne kadar mükemmel işlerse işlesin, adli hata oranını sıfırlamak mümkün değildir. Üstelik bu mekanizmanın mükemmelliği de öyle kolay ulaşılabilecek bir durum değildir. İşte af, belli şartlar altında, adli hataların toplumda yarattığı sancılı dindirmek için başvurulabilecek önemli bir araçtır.

⁹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. ÖZEK, s.119 vd.; KEYMAN, s.29 vd.; DÖNMEZER -ERMAN, s.274.

¹⁰ Bkz. KEYMAN, s.26 vd.; Naci ŞENSOY, "Siyasi Suçlar", *İHFM*, C.XVII, Sayı 1-2, s.69-70.

¹¹ Genel olarak bkz. ÖZEK, s.137 vd.; DÖNMEZER -ERMAN, s.274-275; KEYMAN, s.14 vd.; ÖNDER. Ceza Hukuku, s.746; EREM - DANIŞMAN - ARTUK, s.931-932.

- Demokratik sistemlerde ceza hukuku ve infaz hukuku, insanî temellere dayanmak zorundadır. Ayrıca bu sistemlerde vatandaşın affı talep etme hakkından mahrum bırakılmaması da doğru olmaz.

- Affı gerekli kılan zorunlulukların aynı zamanda affa tabi fiilleri suç sayan kanunların da yürürlükten kaldırılmasını zorunlu kıldığını söylemek her zaman mümkün değildir. Bozulan kamu düzeninin yeniden kurulması zorunluluğunun, bu sırada işlenmiş fiillerin artık hiçbir zaman suç sayılmamasını gerektirdiği söylenemez. Bir fiili suç olmaktan çıkarmanın gerekçeleri başka, affınki başkadır. Bazı fiiller, etik ya da politik sebeplerle artık gayrimeşru sayılmıyorsa, bunları suç haline getiren kanunlar ilga edilebilir. Fakat kamu yararı, bir takım fiillerin suç olarak kalmakla beraber belli bir süre için cezalandırılmamasını gerektiriyorsa, bunların affı mümkün olmalıdır.

- Cezada kefarete (ödetme) esası bugün önemini yitirmiş, cezanın "islah" aracı olma ve "önleme" işlevi ön plana çıkmıştır. Kefarete anlayışından sıyrılmanın bir yolu da afftır.

- Toplumların içinde buldukları olağanüstü şartlar bazı suçların işlenişini kolaylaştırıp zorunlu kılabilir. Kamu düzeni yeniden kurulduktan sonra, bütün yaşananları unutmak da iyi bir siyaset olabilir, ihtilal ve iç karışıklıklardan sonra sükûn ancak atıfet işlemleriyle sağlanabilir. Büyük siyasi olayların doğurduğu psikolojik çöküntüyü gidermek için af zorunlu olabilir. Bu gibi durumlarda affı siyasi suçlarla sınırlamak da doğru olmayabilir. Çünkü toplumsal ve ekonomik çalkantı dönemlerinde şartlar, siyasi sayılmayacak bazı suçların işlenmesine yol açabilir. Bu suçları af kapsamının dışında bırakmak, afftan beklenen toplumsal barış işlevinin gerçekleşmesine engel olabilir.

3- Değerlendirme

Affı savunanların da aleyhinde olanların da düşüncelerinde gerçek payı vardır. Af çıkarma yetkisinin kötüye kullanılabileceği endişesi, affın aleyhinde olanlar kadar lehinde olanları da düşündürmektedir. Ancak farklı noktalardan hareket edilse de hepsinin birleştiği noktalar vardır. Ceza kanunlarının, toplumsal yaşamdaki gelişmeler, ekonomik ve siyasal şartlardaki değişimler gibi nedenlerle haksız sonuçlar doğurabileceği, bu ortak noktaların başında gelmektedir. Bu gibi durumlarda, affın yerine kullanılması önerilen diğer kurumlar, affın karşıladığı faydaları her zaman

karşılayamazlar. Bundan dolayı, kötüye kullanımı engelleyecek bir çerçevede ve ciddiyet ve dürüstlüğün bir ölçüsü olarak görülmek şartıyla¹² af yetkisinin kabulünde büyük yarar vardır.

Nitekim af kurumuna yer vermeyen bir ceza hukuku düzeni yoktur. Ancak aftan beklenen faydaların gerçekleşmesi için, af yetkisinin ceza adaletinin dışında kalan amaçlarla kullanılmaması, özellikle affı zorunlu kılan siyasal, ekonomik ve toplumsal bakımdan derin çalkantı veya değişimler bulunmadan bu yetkiye başvurulmaması ve ilke olarak adi suçların affından kaçınılması gerektiği de genellikle kabul edilmektedir.

Öte yandan, toplumsal yaşamda ciddi bozukluklar varsa; siyasal düzen özgürlük, eşitlik ve adaletten yoksunsa, salt af yoluyla toplumsal barışı sağlamak elbette mümkün olmaz.

Sonuç olarak, gerçek bir zorunluluk olmadan, siyasi rant elde etme, cezaevlerini boşaltma gibi hukuksal ve insanî temeli olmayan düşüncelerle kullanılan af yetkisi, toplumsal barışa katkı sunmayacağı gibi, adalete olan güveni de sarsar.

C- TÜRK HUKUKUNDA AF VE TÜRLERİ

Af, devletle fail ya da mahkûm arasında kurulan ceza ilişkisini ve mahkûmiyeti etkileyen bir kurumdur.¹³

1982 Anayasası, "Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere genel ve özel af ilânı" yetkisini TBMM'ne vermiştir (m.87). Bunun yanında TCK'nun 97. ve 98. maddelerinde "genel" ve "özel" af konusu düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasanın 104. maddesi de "sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını kaldırmak veya hafifletmek" konusunda cumhurbaşkanına özel bir af yetkisi vermiştir.

Afla ilgili bir başka düzenleme Anayasanın 169. maddesinin 3.

¹² BETTIOL, s. 11 vd.

¹³ Bkz. Francesco ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P. G., undi cezima edizione, Milano 1989, s.666; Giuseppe BETTIOL - Luciano Pettoello MANTOVANI, *Diritto penale*, P. G., dodicesima edizione, Padova 1986, s.849 vd.; Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale*, P. G., seconda edizione, Padova 1988, s.799 vd.; IVO CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, P. G., Padova 1998, s.743 vd.

fikrasında yer almaktadır. Buna göre, "münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz".

Şu halde, Anayasanın açık hükümleri gereğince affedilemeyecek bazı suç kategorileri dışında, af çıkarıp çıkarmamaya ve hangi suçların affedileceğine karar verme yetkisi TBMM'ne aittir.

1- Genel Af

TCK'nun 97. maddesine göre, genel af, "amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldır(an)" aftır. Affın genelliği kapsadığı suçların ve suçluların sayısına göre değil, doğurduğu sonuçlara göre belirlenir. Bu nedenle, hiçbir ayırım yapılmaksızın tüm suçları ve suçluları kapsayan bir genel af çıkarılabileceği gibi, bir ya da birkaç suç kategorisini içine alan bir af da çıkarılabilir.¹⁴

Genel affın başlıca sonuçları şunlardır:¹⁵

- Af kapsamına giren filler hakkında kamu davası henüz açılmamışsa, artık açılmaz.
- Kamu davası açılmışsa, düşme kararı verilir.
- Muhakeme bitmiş hüküm verilmişse, infaz durdurulur.
- Mahkûmiyetin bütün sonuçları ortadan kalktığından fer'i ve mütemmim cezalar da ortadan kalkar.
- Genel affa uğrayan cezalar adli sicilden silinir ve tekerrüre esas olmaz.

Genel affa uğrayan mahkûmiyet bundan sonra işlenecek bir suçun cezasının ertelenmesine engel olmaz.

Hukumumuzda af mecburidir; yani affın sonuçlarının doğması için, fiili af kapsamına giren bireyin kabulü aranmaz. Başka bir ifadeyle, kesin hükümden sonra da, takibat sırasında da affın reddi

¹⁴ Daha fazla bilgi için bkz. ÖZEK, s. 140; MANTOVANI, s.800 vd.; ANTOLISEI, s.667 vd.

¹⁵ Bkz. ÖZEK, s. 150 vd.; KEYMAN, s.46 vd., s.63 vd.

mümkün değildir. Ancak bu durum, henüz hüküm kesinleşmeden çıkan bir genel affın, kişilerin "beraat etme hakkı"nın ellerinden alması sonucunu doğurur. Bunu önlemek için, Af Kanununa yapılacak bir ilave ile" affı kabul etmeyen sanığın muhakemesine devam edileceği" hükme bağlanabilir.

Genel af, çeşitli ölçütlere göre tasnif edilebilir.¹⁶

a. Kamu Davasına ve Takibata Etkisine Göre

1. *Tam Genel Af:* Muhakemedен veya kesin hükümden önce çıkan af.
2. *Tam Olmayan Genel Af:* Kesin hükümden sonra çıkan af.

b. Affa Dahil Edilen Suçlara Göre

1. *Mutlak Genel Af:* Tüm suç ve suçluları kapsayan af.
2. *Umumi Genel Af:* Bir veya birkaç suç kategorisini kapsayan, ancak kapsamdaki suçları işleyenler arasında ayırım yapmayan af.
3. *Kısmi Genel Af:* Af kapsamındaki suçları işlemiş olmakla birlikte, bazı suçluları affedilmeye lâyık görmediği için kapsam dışı bırakan af.

c. Mükellefiyet Yükleyip Yüklememesine Göre

1. *Şartsız Genel Af:* Hiçbir mükellefiyet getirmeyen af.
2. *Şartlı Genel Af:* Taliki (geciktirici) ya da infisahi (bozucu) şarta bağlı af.

Taliki şarta bağlı genel afta, af kapsamına giren kişi, öngörülen şartı yerine getirene kadar aftan yararlanamaz (şahsi hakların tazmini, belirli sürede teslim olma gibi).

İnfisahi şarta bağlı genel afta ise, fail aftan derhal yararlanır; fakat kanunda öngörülen şart gerçekleşirse, aftan yararlanma imkânı kalmaz. Uygulamada en çok karşılaşılan infisahi şart, aftan yararlanan kimsenin belli bir süre içinde yeniden suç işlememesi halidir.

¹⁶ Genel olarak bkz. ÖZEK, s.150 vd.; KEYMAN, s.54 vd.; ANTOLISEI, s.667, PIROMALLO, s.583; DELL'ANDRO, s.309.

2- Özel Af

TCK'nun 98. maddesine göre, "hususî af, havi olduğu sarahate göre cezayı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir ve daha ağır bir cezadan mübeddel olan cezaya kanunen ilave edilmemiş bulunmak şartıyla mahcurun kanuni mahcuriyetini de ref eder. Ancak kanun veya kararnamesinde hilafı yazılı olmadıkça fer"i ve mütemmim cezalara tesir etmez. Hususî affı tazammun eden kanun veya kararnamede sarahat bulunan ahval müstesnadır".

Maddeden de anlaşılacağı gibi, *hükmedilmiş* cezayı kaldıran, azaltan veya başka bir cezaya çeviren af özel aftır. Bu af, sadece suçlulukları kesin hükümle sabit olmuş kimselere uygulanabilir. Bu nedenle, aftan önce açılmış davaların devamı ve kesin hükme bağlanması gerekir.

Özel aftan yararlanan mahkûm, sadece cezanın infazından muaf tutulur. Mahkûmiyet hükmü varlığını koruduğu için, bundan doğan her türlü sonuç da devam eder.

Özel af da genel af gibi, bir ya da birkaç suç kategorisi için çıkarılabileceği gibi, tüm suçlar içinde çıkarılabilir. Bu iki af türü arasındaki fark, yaygın yanlış bilginin aksine, affın kapsamındaki suç ve suçlu sayısı bakımından değil, affın sonuçları bakımındandır. Genel af, kesin hükümden önce veya sonra müdahale edebilir. Oysa özel af, kesin hükümden sonra müdahale eder ve sadece cezanın infazıyla ilgili sonuçlar doğurur.¹⁷

Özel affın da değişik türleri vardır:¹⁸

a. Cezaya Etkisine Göre

1. *Cezayı tamamen kaldıran özel af*: Cezanın infazını imkânsız hale getiren ve infaz başlamamışsa başlamasını engelleyen aftır.

2. *Cezayı azaltan özel af*: Cezayı tamamen kaldırmayan, sadece belli bir ölçüde azaltan aftır. Bu özel af türü de, sadece infaza etki eder ve ölüm cezası hariç her ceza buna konu olabilir.

¹⁷ Bkz. DÖNMEZER - ERMAN, s.304 vd.; KEYMAN, s.44 vd.; ÖNDER, Ceza Hukuku, s.749 vd.; CARON, s.617; GIANZI, s.252 vd.

¹⁸ Genel olarak bkz. KEYMAN, s.76 vd.; EREM - DANIşMAN - ARTUK, s.938; DÖNMEZER - ERMAN, s.302 vd.; GIANZI, s.265 vd.

3. *Cezayı değiştiren özel af*: Hükmedilmiş cezanın yerine daha hafif bir cezayı ikame eden aftır. Bu, özellikle ölüm cezalarının yerine getirilmesini engellemek için başvurulanan bir yoldur.

b. Aftan Yararlanacak Kimselere Göre

1. *Ferdi Özel Af*: Tek bir mahkûmun cezasını kaldıran, azaltan veya değiştiren özel aftır.

2. *Toplu Özel Af*: Belli bir grup ya da gruplardaki suçlar hakkında çıkarılan ve bu suçları işleyen tüm mahkûmları kapsayan aftır. Bazı toplu özel af kanunlarında cezanın üst sınırı gösterilir ve bu miktara kadar olan cezaların tamamı, bu miktarı aşan cezaların ise belirli bir oranı affedilir. Bu özel af türü de, sadece cezaya etki ettiğinden, kamu davasını düşürmez. Açılmış bulunan kamu davalarına devam edilir ve ancak hükmün verilmesinden sonra özel Af Kanunu uygulanır.

c. Bir Mükellefiyet Yükleyip Yüklememesine Göre

1. *Şartsız Özel Af*: Kapsadığı kimselere bir mükellefiyet yüklemeyen, yayımlanır yayımlanmaz etkisini gösteren özel aftır.

2. *Şartlı Özel Af*: Yararlanacak kimseye, taliki veya infisahi şart niteliğinde bir mükellefiyet yükleyen özel aftır. Şart taliki ise, gerçekleşinceye kadar aftan yararlanmak mümkün olmaz, infisahi şart varsa, mahkûm aftan derhal yararlanır, fakat şart gerçekleşirse, aftan yararlanma durumu son bulur.

II- ŞARTLA SALIVERME

A- GENEL OLARAK

Bugün çağdaş ceza hukukunda geline nokta, cezanın en önemli işlevinin ve amacının "mahkûmun ıslahı" olduğudur. İnfaz hukukunun amacı da, cezanın beklenen işlevlerini yerine getirmek ve suçluların cezaevlerinde ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılmalarını sağlamaktır. Bu amaca ulaşabilmenin bir yolu da, cezanın failin kişiliğine uydurulmasıdır, yani ferdileştirilmesidir. Ceza, hükmün verilmesi sırasında failin kişiliğine uydurulabileceği gibi, infaz sırasında da ferdileştirilebilir. İşte "şartla salıverme", çağdaş ceza hukukunda cezalar sistemini tamamlayan bir kurum olarak cezayı

infaz sırasında ferdileştiren, hükümlünün ıslahı konusunda çaba harcanmasını sağlayan, ıslah olanla olmayan hükümlü arasında bir ayırım yaparak ıslah olanı ödüllendiren, ıslahı teşvik eden bir yapıya sahiptir. Şartla salıvermenin, unsurlarını da içeren bir tanımını şu şekilde yapmak mümkündür:

"Şartla salıverme, mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezalardan kanunun gösterdiği bir kısmını iyi halle ve kurallara tam uyarak geçirmiş bulunan mahkûmun, mahkûmiyet süresini bitirmeden, konulmuş olan şartlara her bakımdan riayet etmediği takdirde geri alınması şartıyla, merciince alınacak bir kararla salıverilmesini ve böylece serbest hayata dönmesini ve bu hayata geçişinin kolaylaştırılmasını sağlayan bir kurumdur."¹⁹

Şartla salıverme, yukarıda belirtilen aslî amacının dışında, tarih içinde başka amaçlarla da kullanılmıştır. Örneğin cezaevleri mevcudunun fazlalaşması ve kapasitenin üzerine çıkması karşısında mevcudu azaltmak için bir çare olarak kullanılmıştır. İlk olarak 18. yüzyılda Amerika'da suçluların bilimsel ıslahı düşüncesinin önplana geçmesiyle cezaevlerinde disiplini sağlama amacına yönelik olarak şartla salıverme kabul edilmiştir. Böylece ceza süresinin bitiminden önce cezaevini terk edebilme imkânının hükümlülere tanınması, onları kurallara uygun hareket etmeye teşvik etmiş ve zorlamıştır. Öte yandan şartla salıverilenler dışarıda gözlem altında tutularak toplumun korunması da sağlanmıştır. Böylece şartla salıverilen hükümlü ile devlet arasındaki ceza infaz ilişkisi, değişik bir biçim içinde devam ettirilmiştir.²⁰

Kurumdan beklenen yararın sağlanabilmesi için, uygulamayı "rutin" haline dönüştürmemek, şartların bütünüyle gerçekleşip gerçekleşmediğini tayinde çok titiz davranmak gerekir. Salıverilecek mahkûmların seçiminde isabetli davranabilmek için de, cezaevi personelinin çok iyi yetiştirilmiş olması şarttır. Kuşkusuz ıslah olmuş mahkûmlar bulabilmek, herşeyden önce cezaevlerinin yapısının ve şartlarının bu amaca elverişli olmasına bağlıdır. Hürriyetin

¹⁹ DÖNMEZER - ERMAN, s.81. Kurumun amacı ve hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MANTOVANI, s.809 vd.; ÖNDER, Ceza Hukuku, s.724 vd.; EREM, s.52 vd.; CARACCIOLI, s.783 vd.; BETTIOL - MANTOVANI, s.921 vd.; Doğan SOYASLAN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1998, s.605 vd.; Rıza MENGÜÇ, *Ceza İnfaz Hukuku ve İnfaz Müesseseleri*, İstanbul 1975, s.191 vd.

²⁰ Bkz. ÖNDER, Ceza Hukuku, s.724; MANTOVANI, s.810; ANTOLISEI, s.686 vd.; DÖNMEZER - ERMAN, s.81 vd. Ayrıca kuruma yöneltilen bazı eleştiriler için bkz. EREM, s.853.

sınırlanmasının ötesinde, insanın toplumsal doğasına ve onuruna uygun olmayan pratikler ve sınırlamalar, ıslah etmek bir yana, kendisine ve topluma yabancılaşmış, güvensiz insanlarla mükerrir suçlular yaratır. Mahkûmun belki de dışarıdaki insandan daha fazla "toplumsallığa" ihtiyacı olduğunu unutmamak gerekir.

B. ŞARTLA SALIVERMENİN ŞARTLARI

1- Cezanın Bir Kısımının İnfaz Edilmiş Olması

Mahkûmun cezasının bir kısmını cezaevinde çekmiş olması, şartla salivermenin ilk şartıdır. Bu sürenin ne kadar olacağı konusunda her yerde ve zamanda uygulanabilecek evrensel bir ölçüt mevcut değildir. Her ülke, kendi şartlarına göre uygun bir süre belirler.

Türk hukuk mevzuatında şartla salıvermeye ilişkin temel düzenlemeler, TCK'nun 16. ve 17. maddeleriyle Cezaların İnfazı Hakkında Kanununun 19., ek 2. ve geçici 4. maddelerinde yer almaktadır. Ayrıca 11-15 yaş arası hükümlülere uygulanmak üzere Çocuk Mahkemeleri Kanununun 38. ve 39. maddelerinde de bir düzenleme vardır. Bunların yanında Terörle Mücadele Kanununun 17. maddesinde de, bu kanun kapsamındaki suçlardan mahkûm olanlar açısından, şartla salıvermeden yararlanmak için cezaevinde geçirilmesi gereken süreye ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır.

CİHK'nun 19. maddesinde, cezaevinde geçirilmesi öngörülen süreler şu şekilde belirlenmiştir.

- a. TBMM tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenler 30 yıllarını
- b. Müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olanlar 20 yıllarını
- c. Diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm olanlar hükümlülük süresinin 1/2sini cezaevinde geçirmiş olmalıdırlar.

TMK'nda bu süreler daha uzun tutulmuş ve sırasıyla 36 yıl, 30 yıl ve cezanın 3/4ü olarak düzenlenmiştir.²¹

CİHK'nun 19. maddesinin 2. fıkrası, "tutuklu ve hükümlüyen firar edenler, firara teşebbüs suçundan mahkûm edilmiş olanlar ile disiplin cezası alarak dört defa hücre hapsi"ne çarptırılmış olanların şartlı salıvermeden yararlanmasını zorlaştırmakta ve bu sayılan fiillerin tekerrür etmesi halinde cezaevinde kalınması gereken süreyi daha da artırmaktadır.

2- Cezaevindeki Sürenin İyi Halle Geçirilmiş Olması

Bu şart, CİHK'nun 19. maddesinde, "tüzüğe göre iyi halli hükümlü niteliğinde buldukları takdirde" şeklinde ifade etmiştir. Şartla salıverme kurumu, hükümlüyü hem cezaevinde hem de cezaevi dışında "ıslah" olmaya teşvik etmeyi amaçladığından, bundan yararlanmanın "iyi hal"e bağlanması anlaşılır bir şeydir.

Hükümlünün iyi halinin ne şekilde ve kimler tarafından tespit edileceği, "Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif Evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük"te gösterilmiştir. Tüzüğün 56. maddesine göre, iyi hal kararını cezaevi disiplin kurulu verir. Bu kurul, cezaevi müdürünün başkanlığında öğretmen, doktor, idare memuru, atölye şefi ve başgardiyandan oluşur. Yine aynı tüzüğün 178. maddesine göre, disiplin kurulu karar verirken hükümlünün sanat, okul, sağlık, sicil fişlerini, tutuklu kalmış ise tutuklu dosyasını gözönüne alır.

Disiplin kurulunun oluşumu dikkate alındığında ve ülkemizdeki cezaevlerinin ıslah tedbirlerinden ne kadar yoksun olduğu da hesaba katıldığında, şartlı salıverme kurumunun aslî amacı ve temel işlevleriyle bağdaşmayan bir işleyişe sahip olduğu kolayca çıkarılabilir. Öyle anlaşılıyor ki, iyi hal kararını verme yetkisi fiilen cezaevi müdürü ile başgardiyanın elinde olmaktadır. Bu şekilde mahkûm ile sözkonusu cezaevi personeli arasındaki ilişkiler yozlaşmakta ve keyfi uygulamalara uygun bir ortam doğmaktadır.

²¹ Şartla salıverme sürelerini ağırlaştırıcı ve hükümlünün daha uzun süre cezaevinde kalmasına yol açan TMK'nun 17. maddesinin Anayasanın "hukuk devleti" ve "eşitlik" ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiş, ancak Anayasa Mahkemesi bu maddeyi anayasaya aykırı bulmamıştır (31.3.1992 tarih ve 1991-18/1992-20 sayılı karar). Bu karar ve eleştirisi için bkz. Mithat SANCAR, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, Ankara 2000, s.217 vd.

Hukukumuzda bu kurumun uygulanabilmesi için hükümlünün ne talebine ne de rızasına ihtiyaç vardır (Tüzük m. 245). Disiplin kurulunun verdiği iyi hal kararı, şartlı salıverme kararını verecek olan mahkemeyi bağlamaz. Mahkeme, istemi gerekçe göstermek suretiyle reddedebilir. Bu karara karşı "itiraz" kanun yolu açıktır.²²

C. ŞARTLA SALIVERMEDE DENEME SÜRESİ

Hükümlü infaz kurumundan şartla salıverilmekle birlikte, mahkûmiyet hükmünde tespit edilmiş süreyi serbest hayatta tamamlayacaktır; yani hükümlü şartla salıverildiğinde de cezanın infazı devam etmektedir. Deneme süresi içinde hükümlü kasıtlı bir cürüm işlemez ve ikamete ilişkin şartlara da aykırı davranmazsa, cezasının tamamını çekmiş sayılır. Fakat deneme süresi içinde kasıtlı bir cürüm işlese ve bu cürümden dolayı hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olursa, şartla salıverme kararı geri alınır ve hakkında bir daha şartla salıverme kararı verilemez. Kararın geri alınması üzerine hükümlü, kalan cezasını yeni işlediği suçun cezasıyla birlikte yeniden cezaevine girerek çeker. Ancak hükümlünün dışarıda geçirdiği süre, hükümlülük süresinden indirilir.²³

III- CEZALARIN ERTELENMESİ

A- GENEL OLARAK

Ertelenenin çeşitli biçimleri bulunmakla birlikte, Türk ceza hukuku sistemi esas olarak bunlardan sadece bir tanesi olan "cezaların ertelenmesi" kurumunu tanımaktadır. Burada kabul edildiği biçimiyle "erteleme", mahkûmiyetin infazının şartlı olarak geri bırakılması anlamına gelir ve "ilk defa mahkûm olmuş veya geçmişte para cezasından başka bir cezaya mahkûm olmamış bir mahkûmun bazı şartları içeren mahkûmiyetinin, mahkûmiyet nedeni olan suçun niteliğine göre değişen bir süre içinde yeniden suç işlememesi halinde meydana gelmemiş sayılması"²⁴ sonucunu doğurur.

²² Ayrıntılar için bkz. SOYASLAN, s.610; ÖNDER, Ceza Hukuku, s.729.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNDER, Ceza Hukuku, s.731 vd.; SOYASLAN, s.610 vd.; DÖNMEZER - ERMAN, s. 108 vd. EREM, s.859 vd. Uygulamada karşılaşılan sorunlarla ilgili bkz. Erhan GÜNAY, *Uygulamada Infaz Sorunları ve Çözümleri*, Ankara 1998, s.37 vd.

²⁴ SOYASLAN, s.612.

Erteleme gibi bir kurumun ortaya çıkma nedenleri, aynı zamanda kurum lehine düşüncelerinde esasını oluşturur. Ertelemenin amacını şu noktalarda toplamak mümkündür.²⁵

a. Erteleme cezaların ferdileştirilmesini sağlamaya yönelik araçlardan birini oluşturur. Suç işleyen bazı kimseler için cezanın infazı mutlak bir zorunluluk değildir. İşte erteleme, bu gibi durumlarda, ilk defa suç işleyenlerin topluma uyum sağlamalarını kolaylaştırır.

b. Erteleme, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortadan kaldırmaya yardımcı olur. Kısa bir süre için cezaevine girmenin mahkûmu ıslah etmek bir yana tam tersi sonuçlar doğurduğu yönünde ciddi bulgular vardır. Yeni suçlularla tanışarak organize suçluluğu ve bazı suçların nasıl işleneceğini öğrenerek cezaevinden çıkan bu kişilerde yeniden suç işleme eğiliminin artması, gözardı edilemeyecek bir ihtimaldir. Ayrıca aile ve sosyal ortamından kısa süreli de olsa uzaklaşma, bireyin kişiliğinde olumsuz etkilere, örneğin bunalımlara neden olabilir. Bu nedenle, ilk defa suç işleyen tesadüfi suçluların cezalarının ertelenmesinde önemli yararlar vardır.

c. Ertelemeye cezanın infazı şartlı olarak geri bırakıldığı için, suçlunun iyi hali teşvik edilir ve tekerrür oranı azalır.

d. Erteleme, mahkûmun serbestlik içinde, sosyal ortamından koparılmadan ve kamuya yük olmadan ıslahını sağladığı için de yararlıdır.

Ertelemeye karşı olanlar ise, şu noktalar üzerinde dururlar:²⁶

a. Erteleme, cezanın kesinliğini zedeler ve klasik ceza hukuku kurallarıyla bağdaşmaz. Suç işleyen cezalandırılmalı ve cezası da infaz edilmelidir.

b. Erteleme, cezada bulunması gereken "genel önleme" etkisini ortadan kaldırır; ilk defa suç işleyen kimseye ceza verilmeyeceği

²⁵ Ayrıntılar için bkz. Ayhan ÖNDER, *Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler*, İstanbul 1963, s.6 vd.; DÖNMEZER - ERMAN, s.14 vd.; BETTIOL - MANTOVANI, s.909 vd.; CARACCIOLI, s.759 vd.; MANTOVANI, s.803 vd.

²⁶ Bkz. ÖNDER, *Ceza Hukuku*, s.691; DÖNMEZER - ERMAN, s.14; EREM, s.797 vd.; ANTOLISEI, s.680 vd.

şeklinde bir kanının yaygınlaşmasına neden olur ki, bu, suçların azalmasına değil, artmasına yol açar.

c. Erteleme, ceza kanununun çeşitli suçlulara farklı bir şekilde uygulanması sonucunu doğurur ve böylece "kanun önünde eşitlik" ilkesini ihlal eder.

d. Ertelemenin, failin geçmişi ve ahlaki eğilimlerinin olumlu sonuç verdiği durumlarda uygulanacağı söylenir; ama pratikte bunların tespiti çok zordur.

e. Erteleme, özel af ile benzer etkilere sahiptir; bu nedenle de yargıcın yasama organının yetkisine el atması gibi bir sonuca yol açar.

Ertelemeye karşı ileri sürülen görüşlerde belli bir haklılık payı bulunduğunu teslim etmek gerekirken, bazı durumlarda mahkûmiyet hükmünün derhal infaz edilmemesinde, özellikle cezaların suçluların kişiliğine uydurulması bakımından önemli yararlar bulunduğunu da gözardı etmemek gerekir.

B. ERTELEME KURUMUNUN UYGULANMA BİÇİMLERİ

Daha önce de belirttiğimiz gibi cezaların ertelenmesi, ertelemenin tek biçimi değildir. Bunun dışında birçok devletin ceza veya infaz kanunlarında uygulanma şartları açıkça belirlenmiş erteleme türleri vardır; "kamu davasının açılmasının ertelenmesi", "duruşmanın ertelenmesi", "hükmün ertelenmesi" gibi.²⁷ Ertelemenin bu türleri, inceleme konumuzu oluşturan 4616 sayılı Kanunla hukuk sistemimize de sokulmuştur. Şimdi bunları kısaca açıklayalım:

1- Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Ertelemenin bu türünde, failin şahsiyeti ve işlenen suçun önemi dikkate alınarak kamu davasının açılmasından belli bir süre için vazgeçilmesi sözkonusudur. Kamu davasını açmakla görevli mercilere verilmiş olan bu yetkinin şartlarının kanunlarda açıkça belirlenmesi gerekir.

²⁷ Ertelemenin değişik uygulanma biçimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNDER, Ceza Hukukunda Tecil, s.95 vd.; EREM, s.806 vd.

Genel ceza hukuku sistemimize tamamen yabancı olan ertelemenin bu şekli, cezadaki kefaret esasını zedelediği, ilerideki muhtemel bir duruşmada ispat araçlarının kaybına yol açabileceği, suçsuz bir kimsenin suçsuzluğunu ispat imkânını ortadan kaldırdığı gibi gerekçelerle eleştirilir.

Buna karşılık; duruşmaya çıkmayan, mahkemeye temas etmeyen failin psikolojisine olumlu etkileri olduğu, failin toplumsal konumunun ve özel ilişkilerinin zarar görmesine engel olduğu, zaman ve emek kaybını önlediği ve savcıların daha önemli işlerle uğraşmasını sağladığı, kurum lehine ileri sürülen gerekçelerdir.

2. Duruşmanın Ertelenmesi

Burada, açılmış bulunan kamu davasının bazı şartların varlığı halinde duruşma yapılmadan, faille belli bir deneme süresi verilerek ve bu süre içinde uyulması gereken şartlar belirlenerek ertelenmesi sözkonusudur. Sanık deneme süresini iyi halle geçirir ve şartlara da uyarsa duruşma yapılmaz ve takibat imkânı da ortadan kalkar.²⁸

Davanın ertelenmesinin leh ve aleyhinde söylenenler ertelemenin bu türü için de geçerlidir.

3- Hükmün Ertelenmesi

Ertelenenin bu şekilde sözkonusu olan ise, fail hakkında duruşma yapıldıktan sonra verilecek hükmün belli bir süreyle ve bu süre içinde failin iyi hal göstermesi şartıyla geri bırakılmasıdır. Burada iki ihtimal vardır: ya failin suçluluğu tespit edilir ve hüküm ondan sonra ertelenir ya da suçluluk tespitine gitmeden bizzat hükmün tespiti ertelenir. Bu son durumda, verilen sürenin iyi halle geçirilmesi, bir suç işlenmemesi veya öngörülen şartlara uyulması halinde hükmün tespitinden tamamen vazgeçilir; aksi halde suçun cezası tespit edilir ve infaza geçilir.²⁹

Hukukumuzda mevcut olmayan bu kurumların cezaların ferdileştirilmesi amacına ulaşmada bir araç olarak kullanıldıklarını ve ağır suçlarda bunlara başvurulmadığını vurgulamak gerekir.

²⁸ TCK'nun 434. maddesindeki düzenlemenin bu kuruma benzetilebileceği konusunda bkz. ÖNDER, Ceza Hukukunda Tecil, s. 109.

²⁹ TCK'nun 105/2. maddesindeki düzenlemeyle bağlantılı olarak bkz. ÖNDER, Ceza Hukukunda Tecil, s. 117.

Sözkonusu kurumların hiç olmazsa küçük suçlular ve önemsiz bazı suçlar için hukuk sistemimize sokulmasının yararlı olacağını söyleyebiliriz.³⁰

C. CEZALARIN ERTELENMESİNİN ŞARTLARI

Cezaların ertelenmesinin şartları, sonuçlarıyla birlikte CHİK'nun 6. maddesinde ve TCK'nun 89-95. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu şartları iki grupta toplamak mümkündür:

1- Objektif Şartlar

a. Failin Adli Geçmişle İlgili Şartlar

Bu şart, CİHK'nun 6. maddesinde "adliye mahkemelerinden para cezasından başka ceza ile mahkûm olmayan kimse..." şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, adliye mahkemeleri dışındaki mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararları ertelemeye engel oluşturmazlar. Bunun gibi, mahkûmiyetin para cezası olması da ertelemeye engellemeyecektir. Ayrıca niteliği gereği ertelemeye engel olabilecek bir mahkûmiyetin genel afa ortadan kalkması, bu mahkûmiyetin ertelenen önünde bir engel olmaktan çıkması sonucunu da doğurur.

b. Ertelenebilecek Mahkûmiyete İlişkin Şartlar

Kanun, ertelenebilecek cezaları belirlerken, cezanın niteliğine, niceliğine ve mahkûmun yaşına göre bir takım ayrımlar yapmıştır. Buna göre, iki yıla kadar olan hafif hapis cezaları ile hapis cezaları ve bir yıla kadar olan ağır hapis cezaları ertelenebilir. Bu süre, failin 18 yaşını doldurmamış veya 65 yaşını tamamlamış olması hallerinde, hafif hapis ve hapis cezaları için üç yıl, ağır hapis cezaları için ise iki yıl olarak belirlenmiştir. Bunun dışında, 15 yaşını bitirmemiş küçüklere uygulanan kısa adıyla Çocuk Mahkemeleri Kanununun 38. maddesinde özel bir düzenleme bulunduğunu da hatırlatalım.

Para cezalarında, ertelenebilme bakımından herhangi bir sınır öngörülmemiştir; bu cezaların ağır veya hafif olmaları ve miktarları hiçbir önem taşımaz.

³⁰ Daha ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. ÖNDER, Ceza Hukukunda Tecil, s. 105 vd.
168

2- Subjektif Şart

CİHK'nun 6. maddesi, erteleme için yukarıdaki şartların dışında, mahkûmun kişiliğine bağlı başka şartlar da aramaktadır. Buna göre, "... geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse..." erteleme kararı verilebilir.

Bu kurumdan beklenen yararın sağlanabilmesi, esas itibariyle sübjektif şartın varlığına bağlıdır. Ne var ki, bu şartın tespitinde ciddi güçlüklerle karşılaşılması kaçınılmazdır. Kuşkusuz sanığın duruşmadaki tavırları, ahlâkî eğilimleri, suçu ikrar edip etmemesi, pişmanlık duyup duymaması gibi hususlar yargıca bir fikir verebilir. Ama her halükârda yargıcın erteleme ya da ertelememe kararını gerekçelendirmesi gerekir.

D. ERTELEME KARARI VE SONUÇLARI

CİHK'nun 6. maddesi "... mahkemece kanaat edinilirse, cezanın ertelenmesine hükmolunabilir" demek suretiyle, erteleme kararı verme yetkisinin, esas hakkında karar veren mahkemeye ait olduğunu belirtmiştir.

Mahkûm lehine sonuç doğuran bir kurum olan ertelemeye karar verilmesi, mahkûmun talebine bağlı değildir. Mahkeme, şartların mevcut olup olmadığını kendiliğinden inceleyebilir. Talep yoksa, mahkeme salt buna dayanarak ertelemeye yer olmadığına karar veremez.³¹

TCK'nun 94. maddesinde, erteleme kararıyla birlikte sanığa mahkeme tarafından bir tebligat yapılması ve deneme süresinin iyi halle geçirilmemesi durumunda doğacak sonuçların mahkûma bildirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Ertelenmede deneme süreleri TCK'nun 95. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre deneme süresi, kabahatlerde hüküm tarihinden itibaren bir yıl, cürümlerde ise beş yıldır.

³¹ Bkz. ÖNDER, Ceza Hukuku, s.707; DÖNMEZER - ERMAN, s.54. Uygulamada yaşanan sorunlar ve çözümleri için bkz. İhsan ÖZKAYA, *Ceza İnfaz Hukuku*, Ankara 1996, s. 125 vd.

1- Deneme Süresinin İyi Halle Geçirilmesi

Deneme süresi içinde mahkûm kanunda belirlenen şartlara uyarsa, "... cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılır" (TCK m. 95/2); yani mahkûmiyet kararı ortadan kalkar. Deneme süresinin iyi halle geçirilmesi, bu açıdan, genel aklı aynı sonuçları doğurur. Örneğin hükümlü, ileride bir suç işlerse tekrür hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca daha sonra işlediği suç bakımından da, şartları varsa ertelemeden yararlanabilecektir. "Mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayıl"dığına göre, adli sicile de işlenemeyecektir.

2- Ertelemenin Düşmesi

TCK'nun 95/1. maddesine göre, kabahat ile mahkûm olan kimsenin, hüküm tarihinden itibaren bir sene içinde bir cürümden veya evvelki hükmün verildiği mahaldeki asliye mahkemesinin kazası dairesindeki diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır bir cezaya mahkûm olması halinde erteleme düşer.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olursa, erteleme kararı düşer.

Ertelemeyi düşüren bir başka neden, erteleme kararının infazının, mahkûmun mağdurun şahsi haklarını ödemesine bağlı olduğu durumlarda, mahkûmun ödemeyi yapmamış olmasıdır.

Erteleme kararının düşmesiyle birlikte, ertelenen kararın infazı mümkün bir karar haline gelir. Son mahkûmiyet kararını veren mahkeme, ertelemenin ortadan kalktığını da kararında belirtir. Her iki karar içtima kuralları çerçevesinde infaz olunur.³² Ayrıca 94. maddenin açık hükmü gereği, tekrürün şartları gerçekleşmişse ceza bu nedenle de artırılır.³³

³² Erteleme kararının düşmesi ve bununla birlikte ortaya çıkan durum ve sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNDER, Ceza Hukuku, s.716 vd.

³³ Aksi uygulama ve düşünce için bkz. ÖNDER, Ceza Hukuku, s.716; eleştiriler için ise bkz. DÖNMEZER -ERMAN, s.76-77.

3- Genel Af ve Erteleme

Biraz önce de belirtildiği gibi genel af ile erteleme, benzer sonuçlar doğuran kurumlardır. Genel aftan sonra bir suç işlenirse, bu ikinci suç genel affa uğrayan mahkûmiyet nedeniyle tekerrüre tabi olmaz. Ertelemelerde de, deneme süresi suç işlenmeden geçirilmişse, mahkûmiyet hiç doğmamış sayılır.³⁴ Bununla beraber, ikisi arasında önemli bir farkın olduğunu da gözden kaçırmamak gerekir. Genel affa bir suçun cezası ortadan kalktıktan sonra yeni bir suç işlenirse, affedilen suçun cezası çektirilmez. Ertelemelerde ise, deneme süresi içinde yeni bir suç işlendiği takdirde, ertelenmiş ceza da yeni suçun cezasıyla birlikte çektirilir. Ancak genel affın şarta bağlanması ve belli bir sürede suç işlenmesi halinde hükmedilmiş olup da infaz edilmeyen ya da kısmen infaz edilen cezanın geri kalan kısmının çekileceğinin öngörülmesi de mümkündür. Af kanunundan yararlanmanın tekrar suç işlememe gibi bir şarta bağlandığı durumlarda, genel af ile erteleme arasındaki benzerlik iyice belirgin hale gelir. Buna rağmen, ertelemenin şartlı af olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü ertelemelerde deneme süresinden sonra eski cezanın çektirilememesi, ceza kanununun bir hükmünden ileri gelmektedir. Ayrıca bu hüküm, bütün ertelemeler bakımından uygulanan genel bir hüküm niteliğindedir. Şartlı af ise, affın bir türüdür ve ancak kanunda özel olarak belirtildiği durumlarda uygulanabilir. Bu nedenle, erteleme bakımından normal olan şey, af bakımından istisnai bir durum oluşturur.³⁵

Öte yandan, af mutlak bir takdire dayanır ve affeden organ niçin affettiğini belirtmek zorunda değildir. Oysa erteleme kararı veren yargıç, gerekçe göstermek zorundadır. Ayrıca ertelemenin şartları önceden belirlenmişken, affedecek organın hangi şartların varlığı halinde bu yetkisini kullanacağı önceden belli değildir. Af daha çok siyasi saiklere dayanırken, erteleme iyi bir ceza siyasetinin gereklerinden doğmuş ve özellikle kısa süreli cezaların sakıncalarını bertaraf etmeye yarayan bir kurumdur.³⁶

IV- 4616 SAYILI KANUNUN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Buraya kadar af, şartla salıverme ve erteleme kurumlarının temel nitelikleri ve başlıca özellikleriyle ilgili genel bilgileri aktarmaya

³⁴ ÖZEK, s.143.

³⁵ KEYMAN, s.8.

³⁶ KEYMAN, s.9.

çalıştık. Ön bilgi sayılabilecek bu açıklamalar, 4616 sayılı Kanunun hukuksal niteliğinin ne olduğunu veya ne olmadığını saptayabilmek için zorunluydu. Gerçekten de bu kanun, ismine uygun olarak "şartla salıverme" ve "erteleme" kurumlarının bütün özelliklerini taşımakta mıdır? Kanunun isminde yer almamakla beraber, çeşitli düzeylerde ve kesimlerde sürekli telaffuz edilen "af" kurumu, kanunun içeriğinde bir yer bulmuş mudur?

Bu sorulara, bütünlüklü, açık ve net cevaplar vermek mümkün görünmemektedir. Çünkü kanun, muhakemenin çeşitli aşamalarında ve kesin hükümden sonra uygulanmasına göre farklı etkiler yaratmakta ve yukarıda ele alınan üç kurumdan herhangi birinin sonuçlarının doğmasına yol açmaktadır. O nedenle burada kanun metnini parçalara ayırarak ve her bir satırını ayrıca ele alarak bir değerlendirme yapmaya çalışacağız.

A- GENEL ZAMAN SINIRLAMASI

4616 sayılı Kanunun hükümleri, başlığından da açıkça anlaşılacağı üzere, 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş olan suçlara uygulanacaktır. Bu tarihten sonra suçlar, ister yargılamaları yapılmakta olsun, ister hüküm verilmiş olsun, kanunun kapsamı dışında kalırlar. Böylece kanunkoyucu, kanunun yürürlüğe giriş tarihinden geriye doğru neredeyse yirmi aylık bir süre içinde işlenmiş olan suçları kapsam dışı bırakmış olmaktadır. Böyle bir düzenleme yapmaya yönelten neden, kaygı ve endişeleri, konunun gündeme geliş tarihinden bu yana yaşanan gelişmeler karşısında anlamak zor değildir. Kanunun gündeme gelmesiyle birlikte, geriye çevrilmesi imkansız bir sürece girildiği kanısı kamuoyunun geniş kesimlerine egemen olmuş; bu ise, ceza almaktan kurtulma ihtimalini düşünerek suç işleyecek kimseler için uygun bir ortam yaratmıştır. Eğer böyle bir zaman sınırlaması konmamış olsaydı, gerçekten bu hesaplarla suç işlemiş olanların ödüllendirilmesi gibi bir durumla karşılaşmış olacaktı. Esasen bu tür düzenlemelerde, hangi tarihe kadar işlenmiş olan suçların kapsama alınacağı konusunda yasama organının takdir hakkı da mevcuttur. Gerçi bu takdirin makul ölçütlere göre kullanılması gerektiği söylenebilir, ama konu Anayasa Mahkemesinin önüne gittiğinde, mahkemenin tarih meselesinde bir müdahalede bulunması sözkonusu olmaz.

B. ÖLÜM CEZALARI

Kanunun 1. maddesinin 1. bendine göre, "23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar hakkında tâbi oldukları kanunlardaki infaz hükümleri aynen uygulanır".

Türkiye'de uzun bir zamandan beri idam cezalarının yerine getirilmediği bilinmektedir. Ancak bu fiili bir durum olup, idama mahkûm edilmiş kimselere hukuksal bir güvence sağlamıyordu. Ayrıca idam cezalarının infazının çeşitli vesilelerle gündeme geldiği hatırlanacak olursa, bu durumda olanların güvencesizliği de aşan ağır bir baskı altında yaşadıkları, bunun da bir çok sakıncayı beraberinde getirdiği açıkça görülür. İşte bu düzenleme, sözkonusu fiili duruma hukuki bir nitelik kazandırmış, böylece önemli bir sorunu çözmüştür.

C. HÜKÜMLÜLER

Kanunun 1. maddesinin 2. bendi hükümlülerle ilgili bir düzenleme içermektedir. Buna göre, "müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanların çekmeleri gereken toplam cezalarından; şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenler ile aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin toplam hükümlülük süresinden on yıl indirilir, indirim, verilen her bir ceza için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden bir defaya mahsus yapılır. Ancak bir kişinin muhtelif suçlarından dolayı cezalan ayrı ayrı tarihlerde verilmiş olsa bile, bu cezalarının toplamı üzerinden yapılacak indirim on yılı geçemez. Tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından veya toplam hükümlülük sürelerinden on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi veya hükümlülük süresi dolmuş olanlar, iyi hâlli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal; toplam cezaları on yıldan fazla olanlar ise tâbi oldukları infaz hükümlerine göre fazla olan cezalarını çektikten sonra şartla salıverilirler".

Görüldüğü gibi, bu düzenlemede açıkça "şartla salıverme"den söz edilmektedir. Acaba getirilen bu hüküm gerçekten de şartla salıverme midir?

Düzenlemenin esası, "toplam hükümlülük süresi"nden ve infaz başlamışsa "çekilmesi gereken toplam ceza"dan 10 yıllık bir indirim yapılmasıdır. Bu indirim yapıldıktan sonra ceza süresi ya da

hükümlülük süresi dolanlar, *iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın* derhal şartla salıverileceklerdir. 10 yıllık indirim yapıldıktan sonra çekilmesi gereken bir ceza miktarı hâlâ kalmışsa, bu ceza çekildikten sonra kanun hükümleri uygulanacaktır. Örneğin 9 yıl hapis cezasına mahkûm olan bir kişi, bu kanunun yürürlüğe girmesiyle, hiçbir koşul aranmadan derhal salıverilecektir. Bunun gibi, 15 yıl hapis cezasına mahkûm olup cezasının 5 yılını çekmiş olan bir kimse de derhal salıverilecektir. Buna karşılık 13 yıl hapis cezasına çarptırılmış ve cezanın da 2 yılını çekmiş bir kimse, cezaevinde 1 yıl daha kaldıktan sonra salıverilecektir.

Görüldüğü gibi, bu düzenleme "şartla salıverme"nin iki asf şartını bertaraf etmektedir. Açıkçası, burada ne "cezanın belli bir kısmının çekilmiş olması" ne de "iyi hal" yani "ıslah olma" aranmaktadır. Bu durumda geriye şartla salıvermenin sadece "salıverme"si kalmaktadır.

Oysa, daha önce de belirttiğimiz gibi, şartla salıverme kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde uygulanabilen bir kurumdur ve şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine yargıç karar verir. Sadece cezada belli indirimler yapmak ve mahkûmu buna göre serbest bırakmak, teknik anlamda bir şartla salıverme değildir. Burada "şartlı özel aftan söz etmek daha doğru gözükmemektedir. Çünkü özel afta, hükmedilmiş bir cezanın kaldırılması, azaltılması veya değiştirilmesi sözkonusudur. 4616 sayılı Kanunun bu bendinde de, 10 yılın altındaki mahkûmiyetlerde ceza kalkmakta, bu miktarın üstündeki cezalar ise azalmaktadır. Benden sonundaki "şartla salıverilir" ifadesi, bu düzenlemeyi teknik anlamda şartla salıverme haline getirmez, olsa olsa özel aftan yararlanan kişiye bir mükellefiyet yüklediğini gösterir. Bu da, yeniden suç işlenmesi halinde aftan yararlanma imkanının ortadan kalkacak olmasıdır.

Ancak burada yine ciddi bir sorunla karşılaşmaktayız, ister şartla salıverme olsun ister şartlı özel af olsun, yeniden suç işlenmesi halinde kişinin cezaevine dönmesi, yeni suçun "belli bir süre" içinde işlenmesine bağlıdır. Şartla salıvermede buna "deneme süresi" denmektedir ve mahkûmiyetin kalan kısmı kadar bir süreden oluşmaktadır. Özel afta ise, kanunkoyucu infisahi şartın gerçekleşmesi gereken süreyi açıkça belirler. 4616 sayılı Kanunun düzenlemesinde ise sürenin ne kadar olduğunu saptamak mümkün değildir. Örneğin 7 yıllık bir hapis cezasına mahkûm olup hiç cezaevine girmemiş kişi için bu süre ne kadar olacaktır? Yoksa tüm

mahkûmlar için 10 yıllık bir deneme süresi mi kabul edilmiştir? Bu soruların, uygulamada ciddi sıkıntılara yol açacağını kestirmek zor değildir. Buna rağmen, mahkûmun cezaevinde yatmaktan kurtulduğu süreyi deneme süresi olarak kabul etmek makul görünüyor.

D. TUTUKLU SANIKLAR

4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin 3. bendi tutuklu sanıklarla ilgili bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenleme aynen şöyledir:

"23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle tutuklu olan sanıklardan:

a) Hazırlık soruşturmasında, iddianameye esas olan suçun niteliğine,

b) Son soruşturmada, iddianamede yazılı suça veya değişen suç niteliğine göre kanunda belirtilen cezanın asgari haddi esas alınmak suretiyle, tâbi oldukları infaz hükümlerine göre on yıllık indirim gözönüne alınarak, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren otuz gün içinde, kamu davası açılmamışlar için savcılıklarca, kamu davası açılan tutuklu sanıklar için mahkemelerce, dosyaları Yargıtayda veya Askerî Yargıtayda bulunanlar ilgili dairesince veya başsavcılıklarınca bu Kanuna göre hesaplamalar yapılarak; tutukluluk halinin devamı veya kaldırılması hakkında karar verilir.

23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş ve ilgili kanun maddesinde ölüm, müebbet ağır hapis ve üst sınırı on yılı aşan şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülen suçlardan dolayı haklarında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış olan sanıkların yargılamaları yapılır. Yapılan yargılama sonunda mahkûmiyetine karar verilenlere de hükmün kesinleşmesinden sonra bu maddedeki şartla salıverilme hükümleri uygulanır."

Bu düzenleme uyarınca, tutuklu sanıkların tutukluluk hallerine son verilebilmesi için, iddianameye esas olan suçun ya da son soruşturmaya göre değişen suç vasfına göre kanunda öngörülen cezanın "asgari" haddinin on yılın altında olması gerekmektedir. Cezanın asgari haddi on yılın üzerindeyse tutukluluk hali devam edecektir. Hakkında kamu davası açılmayanlarla ilgili hesaplamaları savcılıklar, kamu davası açılanlarla ilgili hesaplamaları ise

mahkemeler yapacaktır. Haklarında hüküm verilen ve dosyaları temyiz yoluyla Yargıtay ya da Askeri Yargıtay'a giden tutuklularla ilgili hesaplamalar da, temyiz incelemesinin aşamasına göre ya başsavcılık ya da ilgili daire tarafından yapılacaktır. Böylece bir koruma tedbiri olan ve hükümden önce sanığın özgürlüğünü kısıtlayan tutuklamanın daha fazla mağduriyet yaratmaması amaçlanmıştır. Cezanın asgari haddinin esas alınmasının nedeni de, kişinin henüz hükümlü değil sadece tutuklu olmasıdır. Bu şekilde cezanın asgari haddine bakılarak kişinin tutukluluk haline son verilebileceği gibi, asgari had on yılın üzerinde olduğu için tutukluluk halinin devamına da karar verilebilir.

Tutuklu sanıkların durumunu düzenleyen bu hükmün son kısmında, suçun kanunda öngörülen cezası ölüm, müebbet ağır hapis ya da üst sınırı on yılı aşan hürriyeti bağlayıcı ceza ise, yargılamanın yapılacağı ve hükmün verilmesinden sonra şartlı salıverme hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Bu düzenlemede dikkat çeken hususlardan biri, kaleme alınışındaki özensizliktir. Örneğin üçüncü bendin (a) fıkrasında hazırlık soruşturmasından, (b) fıkrasında ise son soruşturmada söz edilmektedir. Fakat hazırlık soruşturmasında yapılacak işlem ve yetkililerle ilgili cümle de, son soruşturmadaki işlemleri düzenleyen (b) fıkrasına sokulmuştur. Son soruşturma, kamu davasının açılmasından sonraki bir aşama olduğu halde, kanun metninde "son soruşturmada,... kamu davası açılmamışlar için savcılıklarca ..." gibi garip bir ifade yer almaktadır.

Bu düzenlemenin bütünü hakkındaki düşüncelerimiz de, kanunun "hükümlü" kişilere uygulanması konusundaki düşüncelerimizle aynıdır. Hükmün kesinleşmesinden sonra şartla salıverme kurallarının uygulanacak olması ve şartla salıvermenin iki asli şartının hiç aranmaması, bizi buradaki düzenlemenin de niteliği itibariyle "şartlı özel af" olduğu sonucuna götürmektedir.

E. ERTELEME

Kanunun 1. maddesinin 4. bendi, bazı suçlar bakımından "erteleme" hükümlerine yer vermiştir. Bu düzenlemeyi de aynen aktarmakta yarar vardır:

"23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş ve ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsi hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on yılı geçmeyen suçlardan dolayı haklarında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemiş ise, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenir; varsa tutukluluk halinin kaldırılmasına karar verilir. Bu suçlarla ilgili dosya ve deliller, bu bentte öngörülen sürelerin sonuna kadar muhafaza edilir.

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

Bu hüküm, kanunun adında sadece "dava ve cezaların ertelenmesi"nden söz edilmiş olmasına rağmen, daha geniş bir düzenleme içermekte ve "davaların ertelenmesi"nden başka, "duruşmanın ve hükmün ertelenmesi"ne de yer vermektedir. Gerçekten de burada, "üst sınırı" on yıl hürriyeti bağlayıcı cezayı geçmeyen suçlarla ilgili olarak dava açılmamışsa davanın açılması, dava açılmışsa kesin hükme bağlanması ertelenmektedir.

Kanun, tıpkı şartla salıvermeyle ilgili düzenlemede olduğu gibi, ertelemeyi söz etmekte, ancak bunun hiçbir şartına yer vermemektedir. Oysa daha önce belirttiğimiz gibi, ertelemeye cezayı ferdileştiren bir araç olarak *kısa süreli* hürriyeti bağlayıcı cezaların sakıncalarını ortadan kaldırmak için başvurulmaktadır. Ayrıca bu kurumun uygulanmasına karar verirken yargıç, failin şahsiyetini, eğilimlerini vb. dikkate alarak iyi halli olup olmadığını esas alır. İncelemekte olduğumuz kanunda bunların hiçbirini yer almadığına ve sadece ertelemenin *sonuçları* düzenlendiğine göre, burada teknik anlamda erteleme kurumunun varlığından söz etmek de mümkün değildir. Bizce bu düzenleme erteleme değil, "şartlı genel af" niteliğindedir. Hatırlanacağı üzere, genel af, kesin hükümden önceki aşamada kamu davası açılmamışsa açılmasını, açılmışsa devamını engeller; kesin hükümler bakımından ise, mahkûmiyeti tüm

sonuçlarıyla ortadan kaldırır. Ayrıca genel affın da şartla bağlanması mümkündür. Genel af uygulamasında en çok rastlanan şart türü de infisahi şarttır ve genellikle aftan yararlanan kişinin belli bir süre içinde tekrar suç işlememesi şeklinde ortaya çıkar. Belirlenen süre içinde bir suç işlenmezse, genel af dava açılmadan çıkmışsa bir daha dava açılmaz; dava açıldıktan sonra çıkmışsa dava ortadan kalkar. Görüldüğü gibi, 4616 sayılı Kanunda "erteleme" olduğu söylenen düzenleme, tamamen "kesin hükümden önce çıkan şartlı genel af"ın sonuçlarını doğurmaktadır.

Af ile erteleme arasında, bunlara karar vermeye yetkili merciler bakımından fark olduğu gibi, teknik özellikleri açısından farklılıklar vardır. Af yetkisi ilke olarak yasama organının, erteleme yetkisi ise yargıcın elindedir. Af yetkisi mutlak bir takdire dayanır; bu nedenle af yetkisini kullanan organ affın gerekçesini belirtmek zorunda değildir. Buna karşılık erteleme kararı, yargıcın takdirindedir; fakat yargıç bu kararın gerekçesini her durumda göstermek zorundadır. Yargıç, cezanın ertelenmesine karar verirken, hükümlüyü şarta bağlı olarak affetmiş olur.³⁷

4616 sayılı Kanunun ertelemeye ilişkin hükmünde, davası veya duruşması ertelenen suçlarla ilgili dosya ve delillerin, öngörülen sürelerin sonuna kadar korunacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme, kamu davasının ve duruşmanın ertelenmesi bağlamında işaret ettiğimiz sakıncaların tümünü barındırmaktadır. Gerçekten de muhtemel bir davada ya da duruşmada kullanılması gereken delillerin bulunmasında ve saklanmasında ciddi sıkıntılar yaşanabilecektir. Ayrıca bu düzenleme, suçsuz bir kimseye suçsuzluğunu kanıtlama ve beraat etme imkanını da tanımamaktadır. Bunun sakıncalarını da, kesin hükümden önce çıkan genel affı reddetme hakkının tanınması bahsinde belirtmiştik. Şayet yargıç, beraat kararı verebileceği bir noktaya gelmişse erteleme yerine bu kararı verebilmelidir.³⁸

F. KAPSAM DIŞI TUTULAN SUÇLAR

4616 sayılı Kanunun çıkmasıyla sonuçlanan süreçte baştan beri en yoğun tartışma "kapsam dışı kalacak suçlar" konusunda yaşandı. Sonunda bir çok suçu içeren uzun bir listede karar kılındı. Bu düzenlemenin de tam metnini aktaralım:

³⁷ EREM, s.804; KEYMAN, s.9.

³⁸ Genel olarak bkz. Orhan ÖNDER, "113 ve 134 Sayılı Af Kanunu ve Tatbikati", *Adalet Dergisi*, sayı 9-10, 1962, s.950 vd.

"a) Türk Ceza Kanununun 125 ilâ 157, 161, 162, 168, 171, 172, 188, 191, 192, 202, 205, 208, 209, 211 ilâ 214, 216 ilâ 219, 240, 243, 264, 298, 301 ilâ 303, 305 inci maddelerinde, 312 nci maddenin ikinci fıkrasında, 313 üncü maddesinde, 314üncü maddesinin birinci fıkrasında, 339 ilâ 349, 366, 367, 383, 394, 403 ilâ 408, 414 ilâ 418 ve 503 ilâ 506 ncı maddelerinde,

b) Askerî Ceza Kanununun 54 ilâ 62, 69, 76, 78. 79 ilâ 82, 85, 87 ilâ 102, 118, 121 ilâ 129, 131, 134, 135, 140, 148, 153, 159 ve 160 ncı maddelerinde,

c) Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunun 26 ilâ 30, 33 ve 36 ncı maddelerinde,

d) Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda,

e) Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 12 nci maddesinde,

f) Orman Kanununun 91 ilâ 94, 104 ilâ 114 üncü maddelerinde,

g) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 inci maddesinde,

h) Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununda,

ı) Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda ve 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci maddesinde,

i) Bankalar Kanununda,

j) Vergi, resim ve harçlara ilişkin kanunlarda,

yer alan suçları işleyenler hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz."

Öncelikle bu liste oluşturulurken hangi ölçütlerin esas alındığını bu düzenlemeye bakarak anlamının mümkün olmadığını belirtelim. Örneğin suçlar için öngörülen cezaların ağırlığı veya suçların işlenme sıklığı yahut suçla ihlal edilen hukuki konunun önemi bu kapsam dışı kalacak suçların belirlenmesinde bir rol oynamış görünmüyor. TCK'nunda yer alan ve kapsam dışı bırakılan suçlarla ilgili çarpıcı birkaç örnek verildiğinde durum daha iyi anlaşılacaktır. TCK'nun kapsam dışı bırakılan 162. maddesine göre, "kanunun cürüm saydığı neşriyatı nakil etmek başlı başına bir cürüm olup, fail aynı cezaya tabidir..." Oysa 4616 sayılı Kanununun 2. maddesinde "basın yoluyla" işlenen ve üst sınırı oniki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerle ilgili olarak, daha önce yapılan bir düzenleme de düzeltilerek "cezaların infazı" ertelenmektedir. Yani basın yoluyla işlenen suçların asli faillerinin cezaları ertelenirken; bu yayınları nakledenler kapsam dışı tutulmuştur.

TCK'nun 188. maddesinde düzenlenen "cebir ve tehdit" suçu ile 191. ve 192. maddelerde yer alan tehdidin özel bazı biçimlerini cezalandıran hükümler kapsam dışı bırakılırken; cebir ve tehdit yoluyla işlenen ve daha ağır cezaları gerektiren "siyasi hürriyeti tahdit" (TCK m. 174), "yağma" (TCK m.495) gibi suçlar 4616 sayılı Kanunun kapsamına alınmıştır.

Bir tutuklunun firar etmesi halinde değişik olasılıkları cezalandıran 298. madde kapsam dışı tutulmuşken; hükümlünün firarını düzenleyen ve daha ağır cezalar öngören 299. madde kapsamdadır; üstelik firara yardım edenler de (m.301-303) kapsam dışı bırakılmıştır. Aynı şekilde çok ağır cezalar bağlanan 304. maddedeki "cezaevi idaresine karşı ayaklanma" suçu kanunun kapsamındayken, bir tutuklu ya da hükümlünün muhafazası veya nakliyle görevli kişinin görevini gereği gibi yapmayarak mahkûm ya da tutuklunun bulunduğu yerden bir süre uzaklaşmasına izin vermesi, ayaklanmaya *nazar*an çok daha az ceza gerektiren bir suç olmasına rağmen kapsam dışı bırakılmıştır (m.305).

TCK'nun kapsam dışı bırakılmış olan 383. maddesi "Taksirli olarak bir yangına, infilaka, deniz kazasına vs. sebep olan" kişinin, ortaya çıkan sonuçlara göre değişik biçimlerde çok uzun olmayan hürriyeti bağlayıcı cezalara çarptırılacağını öngörmektedir. Buna karşılık, TCK'nun 374. maddesinde yer alan ve müebbet hapse kadar varan cezayı gerektiren "kasden su basmasına sebep olma" suçu

4616 sayılı Kanunun kapsamında yer almaktadır. Aynı şekilde, müebbet hapis cezasının öngörüldüğü 382. madde de kapsama alınmıştır.

Kanun, cebir suçunu kapsam dışı bırakmışken; cebren kaçırılanın yaralanması ya da ölmesi halini düzenleyen TCK'nun 439. maddesini kapsama almıştır. TCK'nun 414 - 418. maddelerinde düzenlenmiş olan "ırza geçme suçları" kapsam dışı bırakıldığı halde, 439. maddenin kapsama alınması çelişkiler yumağını iyice büyötmektedir. Aynı şekilde cezası müebbet hapis olan ve TCK'nun 499. maddesinde düzenlenmiş olan "adam kaldırma" suçu da 4616 sayılı Kanunun kapsamında yer almıştır.

TCK'nun 366. ve 367. maddeleri müzayedelerdeki bazı yolsuz davranışları suç saymış ve bunlar için çok kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörmüştür. 4616 sayılı Kanun bu maddeleri kapsam dışı bırakmış; fakat idam cezası öngören 450. maddeyi, müebbet hapis cezası öngören 449. maddeyi, 24-30 yıl ağır hapis cezası öngören 448. maddeyi ve çok ağır hapis cezaları öngören 451. ve 452. maddeleri kapsamına almıştır. Bunun gibi, 503-506. maddelerde düzenlenen "dolandırıcılık ve iflas" suçları dışında "mal aleyhinde" işlenen ve cezaları oldukça ağır olan bütün suçlar da kapsamdadır.

TCK'nun 264. maddesinde düzenlenen patlayıcı madde vs.nin imali ve nakli suçu kapsam dışı bırakılmış, ancak bombalayarak adam öldürölmesi halinde fail, adam öldürme suçlarının tümü kapsamda olduğu için avantajlı hale gelmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen 240. madde kapsam dışı bırakılmış, fakat emir ve iltimasla karar veren hakimlerin bu suçları (TCK m. 233) kapsama alınmıştır.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir başka husus da, kapsama alınan ve alınmayan suçlar bakımından Türk Ceza Kanunu ile Askeri Ceza Kanunu arasında gözetilen ayrımdır. TCK'nun 4616 sayılı Kanun kapsamına alınan bazı maddelerinde düzenlenen suçların aynılarını düzenleyen Askeri Ceza Kanunu hükümleri kapsam dışı bırakılmıştır.

Aynı çelişkiler, bazı hükümleri 4616 sayılı Kanunun kapsamı dışında bırakılmış olan diğer özel kanunlar bakımından da ortaya çıkmaktadır.

Orman Kanununda yer alan ve kapsam dışı bırakılan bazı suçlar, herhalde adam öldürme veya hırsızlık ve yağma suçlarından daha ağır değildir. "Yaş kesen baş keser" deyişine kanunkoyucunun sadık kaldığını savunacak olanlar, gerçekten baş kesenlerin fiilleri kapsama alındığından inandırıcı olmayacaklardır.

4616 sayılı Kanun, Bankalar Kanununda yer alan suçları işleyenleri kapsam dışı bırakmış, böylece son derece tuhaf bir durum yaratmıştır. Çünkü 4616 sayılı Kanun, 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçlarla ilgilidir; oysa Bankalar Kanunu bu tarihten sonra, 18 Haziran 1999'da yürürlüğe girmiştir. Bu demektir ki, böyle bir hüküm getirilmemiş olsaydı bile, Bankalar Kanununda yer alan suçları işleyen kapsam dışı kalacaklardır. Kaldı ki, Bankalar Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlenen bu nitelikteki (emniyeti suistimal gibi) suçlar da kapsama alınmış, böylece açık bir samimiyetsizlik örneği sergilenmiştir.

Bu listeyi daha da uzatmak mümkündür; fakat verilen bu örnekler, özensizliği, ölçütsüzlüğü, çelişkileri ve en önemlisi keyfiliği ve amaçsızlığı yeterince ortaya koymuş olmalıdır.

G.KANUNDAN YARARLANMAYI ENGELLEYEN DURUMLAR

4616 sayılı Kanunun 1. maddesinin son kısmında, kapsam dışı bırakılan suçlar dışında, başka kimlerin bu kanundan yararlanamayacakları düzenlenmektedir. Buna göre;

"6. Daha önce şartla salıverilme hükümlerinden yararlandığı halde yeniden suç işleyerek hüküm giyenler ile daha önce çıkarılmış bir aftan yararlananlar, bu madde hükümlerinden yararlanamazlar.

7. Bu maddeden yararlanacaklar hakkında 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Ek 2nci maddesindeki indirim hükümleri uygulanmaz.

8. Bu Kanunun yayımı tarihinden sonra, cezaevinin disiplinini bozucu hareketlerinden dolayı disiplin cezası alanlar, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair

Tüzük hükümlerine göre disiplin cezaları kaldırılmadığı sürece, bu madde hükümlerinden yararlanamazlar.

9. Haklarında yakalama, tutuklama veya mahkûmiyet kararı bulunup da firar halinde olanlar bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde resmî mercilere başvurup teslim olmadıkları takdirde bu madde hükümlerinden yararlanamazlar."

Kanunun 1. maddesinin 6. bendi, daha önce çıkarılan bir aftan yararlanmış olanları kapsam dışı bırakmaktadır. Kimlerin daha önce bir aftan yararlandığını saptamak, "özel af" bakımından mümkünse de, "genel af" bakımından pek öyle kolay değildir. Çünkü özel affın aksine genel afta mahkûmiyet tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar, dolayısıyla adli sicilden de silinir. Daha önce bir genel aftan yararlanmış olan bir kişi, bunu beyan etmedikçe bu durumu tespit etmek neredeyse mümkün olmayacaktır.

Daha önce şartla salıvermeden yararlandığı halde yeniden suç işleyerek hüküm giyenler de kapsam dışı bırakılmıştır. Bu hükmün uygulanması sırasında ciddi adaletsizlikler yaşanması ihtimali vardır. Çünkü daha önce şartla salıvermeye konu olan cezanın miktarı burada hiç önem taşımamaktadır. Küçük bir ceza alan ve şartla salıverilen kişi yine az bir cezayı gerektiren bir suç işleyip yeniden hüküm giydiğinde bu kanundan yararlanamayacak; buna karşılık çok ağır cezalar alıp iyi halli de olmadıkları için şartla salıverilmemiş olanlar yararlanacaklardır.

Kanunun 1. maddesinin 9. bendinde ise, hakkında tutuklama ya da mahkûmiyet kararı bulunup da firar etmiş olanların, kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içinde resmî mercilere başvurup teslim olmaları şartıyla bu kanunun hükümlerinden yararlanacakları belirtilmiştir. Burada bir "taliki şart" sözkonusudur. Bu şart, ancak içinde bulunduğu durumun farkında olanlar için geçerli olabilir. Örneğin CMUK'nun 229. maddesi uyarınca hakkında "gıyabi tutuklama" kararı çıkartılan kişi, bundan herhangi bir nedenle haberdar olamamışsa, kanun hükmünden yararlanmayacak mıdır? Herhalde bu gibi fiili durumların yarattığı zorluklar, uygulamada geniş yorumlarla aşılabilecektir.

4616 sayılı Kanunun 2. maddesi, 4454 sayılı "Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun"un daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından bir bölümü iptal

edilen birinci fıkrasını yeniden düzenlemiştir. Buna göre; "23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile işlenmiş suçlar dahil, basın yoluyla veya sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla yahut miting, kongre, konferans, seminer, sempozyum, açık oturum veya panel gibi her türlü toplantılarda yapılan konuşmalarla işlenmiş olup; ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsî hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı oniki yılı geçmeyen suçlardan dolayı oniki yıl veya daha az şahsî hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmiş bulunan kimselerin cezalarının infazı ertelenmiştir".

Bu düzenleme, 4616 sayılı Kanunun genel gerekçesinde şu şekilde değerlendirilmiştir:

"23 Nisan 1999 tarihine kadar sorumlu müdür sıfatı ile veya basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenen suçlardan dolayı verilen cezaların infazının veya bu suçlar nedeniyle açılması gerekli davaların açılmasının yahut açılmış olan davaların kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi düşüncesiyle yürürlüğe konulan 28.8.1999 tarihli ve 4454 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "...basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmiş olup..." bölümünün Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 12 Ekim 2000 tarih ve 24198 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 19.9.2000 tarihli ve E. 1999/39, K. 2000/23 sayılı Kararında iptal gerekçesi olarak, düşüncüyü açıklama özgürlüğü bağlamında basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenen suçlar yönünden erteleme adı altında bir olanak getirildiği, ancak aynı tür suçların daha az cezayı gerektiren basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla işlenmemiş olanların kapsam dışı bırakıldığı, aynı tür suçu işleyenler için farklı uygulama öngören bu düzenlemenin haklı bir nedeninin bulunmadığı, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde, yalnız suç ve cezaların saptanmasında adil ölçülerin gözetilmesiyle yetinilemeyeceği, bunların kaldırılması, değiştirilmesi ya da kimi olanaklar tanınması söz konusu olduğunda da aynı ölçülerin esas alınmasının zorunlu olduğu belirtilerek, dava konusu düzenlemeyle aynı tür suçun daha ağırını erteleme kapsamına alıp, hafif olanını bu olanaktan yararlandırmamanın adil olduğunun ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.

Tasarının 2 nci maddesi, 4454 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrasının Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda yeniden düzenlenmesi ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanımı yoluyla işlenmiş suçların madde kapsamına alınması amacıyla hazırlanmıştır."

4454 sayılı Kanunun başlığı "Basın ve Yayın Yoluyla ..." şeklinde olmasına karşın; madde metni "basın yoluyla yahut sözlü veya görüntülü yayın araçlarıyla" biçimindedir. Basın Kanununun 1. maddesine göre, "basılmış eserler" Basın Kanunundaki hükümlere tabidir. Dolayısıyla madde metninde yer alan "basın" sözcüğü acaba "kitaplar"ı da kapsar mı diye bir tereddüdün yaşanmaması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, her türlü kitap da 2. maddenin kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu düzenleme, 4616 sayılı Kanunun kapsam dışı bıraktığı TCK'nun 312/2. maddesindeki suçun basın yayın yoluyla veya her türlü toplantıda işlenmesini erteleme sebebi saymaktadır. Fakat, madde öyle bir şekilde düzenlenmiş ki, suç birkaç kişinin önünde işlendiğinde kanun kapsamına girmemektedir.³⁹ Böylece aynı suçun erteleme kapsamına girip girmediği, işleme biçimine veya işlendiği ortama göre belirlenmiş olmaktadır. Bu düzenleme, suçlar arasında değil, bizatihi aynı suçu işleyenler arasında bir ayırım yaratmakta ve "eşitlik ilkesi"ni açıkça ihlal etmektedir.

DEĞERLENDİRME

A. 4616 sayılı Kanunun genel gerekçesinde, bu kanuna neden ihtiyaç duyulduğu sadece iki satırla açıklanmıştır. İfade aynen şöyledir: "*Toplumda meydana gelen sosyal ve ekonomik değişimlerin, suçların çeşitliliğinin ve miktarının artmasında etken olduğu görülmektedir. Bu suçları işleyenlerin topluma yeniden kazandırılmaları ve toplumla bütünleşmeleri bakımından, 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçların infaza esas olan cezalarının toplamında 10 yıl indirim yapılmaktadır.*"

Görüldüğü gibi gerekçe, varsa eğer ihtiyaçları açıklamaktan çok uzaktır ve inandırıcı değildir. Sosyal ve ekonomik değişimlerin suçu ve suçluluğu etkilemediğini söylemek elbette mümkün değildir. Ancak insan şu soruyu sormaktan kendini alamıyor: Bu kanunun çıkmasına

³⁹ Bkz. Uğur ALACAĞAPTAN. Aktüel Dergisi. 14.12.2000.

gerekçe olarak gösterilen sosyal ve ekonomik koşullarda ne gibi bir düzelme olmuştur ki, bu düzenleme öncesinde işlenmiş olan suçlara karşı bir yumuşama içine girilmiştir? Çünkü böyle kanunlar, genellikle bir dönemin olumsuz koşullarının yarattığı sonuçları ortadan kaldırma amacını taşırlar. Fakat gerek kanunun kapsamındaki suçlara gerekse ülkenin içinde bulunduğu koşullara bakıldığında bu amacın büyük ölçüde gerçekleşmediği kolayca söylenebilir.

Öte yandan toplumsal ve siyasal bunalım dönemlerinden sonra çıkarılan af kanunları, esas olarak, geçmişin hesaplarını belli ölçülerde kapatmak suretiyle yeni bir başlangıç yapma ve yaraları sarma işlevi görürler. Bu açıdan, öncelikle siyasi nitelikli suçlar af kapsamına alınır. Fakat, derin toplumsal, siyasal ve ekonomik sarsıntı zamanlarında, siyasi nitelikli olanlar dışındaki suçlarda da büyük artış yaşanır. 4616 sayılı Kanun, kapsadığı ve kapsam dışı bıraktığı suçların belirlenmesi açısından da, gerekçede belirtilen ihtiyaçlara cevap vermekten çok uzaktır. Şimdi bu noktada, siyasi nitelikli suçların affına Anayasanın 14. maddesinin engel olduğu itirazı ileri sürülecektir. Ama eğer yasakoyucu, gerekçede belirtilen hareket noktasında samimi olsaydı, esasen "Af Kanunu" olarak nitelendirmediği bu kanunun Anayasanın 14. maddesindeki sınırlamalara tabi olmadığını savunabilirdi. Kaldı ki, Anayasanın 14. maddesindeki yasaklar çerçevesine girdiği açık olan TCK'nun 169. maddesiyle TMK hükümlerinin kanun kapsamına alınmış olması, bu anayasal yasağın aşılmasının pek de zor olmadığını gösterir. Aslında siyasi iradede bu yönde bir samimiyet olsaydı, bu tür dolambaçlı yollara başvurmak yerine, Anayasanın 14. maddesindeki sınırlamaların kaldırılmasını hedefleyen bir girişimde bulunulabilirdi.

Bir Af Kanununun veya başka adlar taşısa da örtülü bir kanunu niteliğinde olan tasarrufların toplumun geniş kesimlerince meşru görülebilmesi, herşeyden önce eşitlik ve adalet duygusundan uzaklaşmamasına bağlıdır.

Öte yandan, devletin cezalandırma yetkisini kullanmaktan feragat etmesi, ancak bir "zorunluluk" varsa anlam taşır. Böyle bir zorunluluğun bulunup bulunmadığını belirlemek için toplumun içinde bulunduğu şartların ve geçmişin titiz ve serinkanlı bir şekilde tahlil edilmesi gerekir. Toplumsal zorunluluklar ile ceza adaleti arasında kurulması her zaman çok güç olan hassas bir denge vardır. Af yetkisinin gerçek hukuksal, toplumsal ve siyasal temellerle değil de, kısa vadeli hesaplarla kullanılması, bu hassas dengede ciddi

bozulmalar yaratır. Bettiol'un sözleriyle ifade etmek gerekirse; "hukuk hakkaniyet ve nesafete dayanır, fakat hakkaniyet ve nesafet bir romantizm veya hissi bir insanlık duygusu değildir. Hakkaniyet ve nesafet ahlaki, sosyal ve siyasi gerçek karşısında bir değer hükmünü getirir ve bu itibarla da bir terakki ve sükûn vasıtasıdır. Eğer af, sulh ve sükûnu getirebiliyorsa iyi karşılanmalıdır, fakat siyasi ihtiraslara vasıta oluyorsa aynı şekilde karşılanamaz. Affın meşruiyeti ve izahı kamu düzenini sağlaması ve ihtiyatlı kullanılmış bulunmasındadır."⁴⁰

Af kanunlarını, adli hataların yoğunluğuna dayanarak açıklamak da her zaman doğru olmaz. Bir defa af, adli hataları önlemede asli değil, tali ve çok istisnai bir yol olarak görülmelidir. Adli hataların yoğunluğundan duyulan şikayetlerin artması halinde, öncelikle yargının etkin ve adil işlemlerini sağlayacak düzenlemeler üzerinde düşünmek gerekir.

Bunun gibi, doluluğundan şikayet edilen cezaevlerini boşaltmanın bir yolu olarak affa başvurmak da son derece sağlıksız bir yaklaşımdır. Bu sorun, cezaevlerinin dolmasına yol açan nedenler, örneğin suç işleme oranının artmasına etki eden faktörler hesaba katılmadan ve cezaevinden çıkanların tekrar oraya dönmelerini engelleyecek yöntemler üzerinde çalışılmadan, belli dönemlerde bir kısım suçlar için af çıkarılarak elbette çözülemez; hatta tam tersine, her aftan sonra cezaevlerinin dolma hızını artırmaktan başka bir sonuç elde edilemez. Toplumsal ve ekonomik şartlar düzeltilmeden, salt bu alandaki değişimden bahisle cezaevlerinin boşaltılması, cezaevlerindeki kişilerin belki de suç işledikleri tarihten daha ağır koşulların içine atılması anlamına da gelir. İşsizlik, açlık, kimlik ve değer bunalımı gibi etkenlerle suç işlemiş olan insanların, yeniden böyle bunalımlara girmelerini önleyecek şartları yaratmadan çıkarılan af, bu alandaki devasa sorunların yükünden ve sorumluluğundan kısa bir süre için kaçma ve zahiren kurtulma gibi son derece kolaycı ve bir o kadar da tehlikeli bir yaklaşımın ürünü olarak değerlendirilmeye mahkûm kalır.

B. 4616 sayılı Kanunun gerek felsefesi gerekse teknik yapısı konusunda söylenebilecek daha pek çok şey vardır. Kuşkusuz tartışmayı bu yönden geliştirmek de anlamlıdır; ancak konunun pratik açıdan çok daha yakıcı bir başka yönü kısa bir süre önce kaçınılmaz olarak gündeme oturdu. Bu da, Anayasa Mahkemesinin kanuna nasıl

⁴⁰ BETTIOL. Suç ve Cezanın Sukutu Meselesi, s. 14-15.

yaklaşacağı meselesidir. Bu bağlamda akla pek çok soru geliyor. Örneğin Mahkemenin, kanunun taşıdığı ismin aksine, bazı hükümlerinin "şartlı genel af", bazı hükümlerinin ise "şartlı özel af" niteliğinde olduğunu belirtip buna göre bir değerlendirme yapması mümkün müdür? Böyle bir belirlemeden hareketle yapılacak değerlendirme, kanunun "şartla salıverme" ve "erteleme" kanunu olduğu şeklindeki belirlemeden daha farklı sonuçlar doğurur mu?

Öncelikle Anayasa Mahkemesinin, anayasaya aykırılık iddiasıyla önüne gelen bir tasarrufun hukuksal niteliğini saptama yetkisine sahip olduğunu belirtelim. Anayasanın 148. maddesine göre, "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. TBMM'nin bir tasarrufu Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisine giren tasarruflardan birinin adını taşımasa da niteliği itibariyle kanun, kanun hükmünde kararname veya iç tüzük değişikliği ise, mahkeme bunun denetimini yapacaktır. Aynı şekilde, bir isim altında önüne gelen bir kanun aslında başka bir kurumun hukuksal niteliklerini taşıyorsa, denetimi yine kendi saptadığı kurumun özelliklerine göre yapar. Tıpkı ceza mahkemelerinin suçun iddianamedeki vasıflandırmasıyla bağlı olmamaları gibi, Anayasa Mahkemesi de yasama organının bir kanuna verdiği isimle bağlı değildir. Bir kanundaki düzenlemenin "özel af" niteliği mi taşıdığı, yoksa "genel af" niteliğinde mi olduğu noktasında karar verme yetkisinin kendisine ait olduğunu söyleyen mahkeme şu belirlemeyi yapmıştır: "Anayasa Mahkemesi, bir metnin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken, o metnin meclislerce şu veya bu nitelikte sayılmış olmasıyla bağlı tutulamaz. Anayasa denetiminin amacı, ancak, Anayasa Mahkemesinin incelemesi için önüne getirilen metni kendi hukuk anlayışına göre nitelendirebilmesini zorunlu kılar; aksi takdirde, meclislerin yanılarak nitelendirdikleri bir metnin, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında kalması kabul edilmiş olur ki, bu da anayasa koyucunun Anayasa'ya uygunluk denetimini koymakla güttüğü amaca aykırı düşer."⁴¹

1974 yılında çıkarılan "Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun"un bazı hükümlerinin anayasaya hem biçim hem de esas yönünden, özellikle de eşitlik

⁴¹ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 19.12.1966 tarih ve E.1966/7, K.1966/46 sayılı kararı (AYMKD, sayı 5, s.40-41, Ankara 1972)

ilkesi açısından aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan başvurularda, Anayasa Mahkemesi bazı noktalarda biçim yönünden aykırılığı saptamış, fakat esasa girmemiştir. Böyle olunca da, izleri bugüne de sarkan yoğun tartışmalar yaratmış ve son derece önemli sonuçlar doğurmuş olan bu kanunun esası hakkında Anayasa Mahkemesinin görüşünü öğrenme imkanı bulunamamıştır.⁴² Mahkeme, sadece Af Kanunundaki içtima hükümlerinin özellikle TCK'nun 450/5. maddesine ilişkin olarak uygulamada doğacak olumsuz sonuçlar dolayısıyla konuya "eşitlik ilkesi" yönünden eğilmiş ve "bir suçu bir kez işleyenin aynı suçu iki kez işleyenden daha çok ceza görmesi sonucunu veren sözkonusu yasa kuralı, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasanın 12. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine de aykırı düştüğünü" belirtmiştir.⁴³

Anayasa Mahkemesi, yine aynı kanunda yer alan bazı hükümlerin şartla salıverme kurumuna etkisi yönünden yaptığı değerlendirmede önemli saptamalarda bulunmuştur. Mahkemeye göre, "kuşkusuz yasa koyucu, suçların özelliğini ve cezaların ağırlığını gözönünde bulundurarak, çıkaracağı af yasaları ile değişik türde suç işleyenlerin ya da değişik cezalara çarptırılanların aftan değişik ölçülerde yararlanmalarını, üstelik haklı nedenler varsa, bir kesimin hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkilidir. Bu tür düzenlemelerin yasa önünde eşitlik ilkesini de zedelediği öne sürülemeyecektir.... Yasa koyucu ... af indirimi yönünden sağladığı eşitliği şartla salıvermeden yararlanma yönünden bozmaktadır. ... Af yasalarıyla, ceza yasalarının tecil, tekerrür, şartla salıverilme gibi temel kurumlarına geçici değişiklikler getirilerek suçlular arasında ayırım gözetmek ve temel yasaların suçlara ve cezalara göre kurduğu dengeyi bozmak, af kurumunun geleneksel hukuki yapısına da uygun düşmemektedir".⁴⁴

Anayasa Mahkemesi burada, af kanunlarının kapsamı bakımından "eşitlik ilkesi" ne mutlak bağlılığın gerekmediğini, fakat şartlı salıverme gibi kurumlarla ilgili olarak gerek doğrudan yapılan değişikliklerde gerekse af kanunlarının yaratmış olabileceği geçici ve dolaylı değişikliklerde "eşitlik ilkesi"ne uymanın şart olduğunu

⁴² Örnek kararlar için bkz. AYMKD, sayı 12 (1975), s.259 vd., s.341 vd., s.419 vd., s.455 vd.; AYMKD, sayı 13 (1976), s.3 vd., s.21 vd., s.35 vd., s.51 vd., s.343 vd., s.356 vd., s.394 vd., s.479 vd.

⁴³ 24.6.1976 tarih ve E. 1976/7, K. 1976/35 sayılı karar (AYMKD, sayı 14, 1977, s.243 vd.).

⁴⁴ 13.3.1979 tarih ve E.1978/67, K. 1979/14 sayılı karar (AYMKD, sayı 17, 1980, s.111 vd.)

vurgulamaktadır. Aslında Mahkeme, afa ilgili benzer bir görüşü daha eski tarihli bir kararında da dile getirmişti. Bu karara göre, "Anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında afa yararlanma diye bir hak getirilmiş değildir. Bu sebeple suçlular, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Anayasanın afa yetkili merci affın kapsamını belli etmeye de yetkilidir".⁴⁵

Mahkemenin şartla salıvermede eşitlik ilkesine bağlılık konusundaki görüşü de, başka kararlarında ayrıntılı ve net bir şekilde ifade edilmiştir: "Şartla salıverme infaz hukuku ile ilgili bir kavramdır. Cezanın infazı, işlenen suçun türüne bağlı olmaksızın, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleştirilmesi, suça bağlı olmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirir. Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkumların işledikleri suçlara göre bir ayırımı gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı süre ceza alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun ceza çektikten sonra şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurmakta ve bu iki mahkum arasında eşitsizliğe neden olmaktadır. Böylece, infaz süresince eşit ve aynı durumda bulunan mahkumlar arasında ayırım yapılması, Anayasa'nın, hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni bulunmamaktadır. Suç türünden, suçlunun kişiliğinden ayrı, tümüyle uygulama-yararlanma eşitliği kapsamına giren 'indirim'de ayırıklık ve ayırım getirmek, yasakoyucunun kesinleşmiş hükümden önceki evreye dönük suça ve suçluya göre uygulama öngörmesi 'şartlı salıverme' kavramının niteliği ile çelişir."⁴⁶

Anayasa Mahkemesinin bugüne kadarki yaklaşımını dikkate aldığımızda, 4616 sayılı kanuna ilişkin kararlarının, esas olarak, bu kanunda yer alan düzenlemelere yönelik niteliğine göre şekilleneceğini; şayet belli hükümleri "af" niteliğinde görececek olursa bunlar bakımından eşitlik ilkesine uygunluğu aramayabileceğini; buna karşılık "şartlı salıverme" ve "erteleme" olarak niteleyeceği bütün

⁴⁵ 9.6.1964 tarih ve E. 1964/12, K. 1964/47 sayılı Karar (AYMKD), sayı 2, 1971, s. 183.

⁴⁶ 31.3.1992 tarih ve 1991-18/1992-20 sayılı bu karar ve benzer diğer kararlar için bkz. SANCAR, s.233 vd.

düzenlemeler bakımından eşitlik ilkesine bağlılık temelinde bir karar verebileceğini söyleyebiliriz.

C. Bu genel çerçeveyi, 4616 sayılı Kanunun özgül yapısını göz önünde bulundurarak biraz daha somutlaştırmakta yarar vardır.

Bilindiği gibi anayasaya uygunluk denetimi, şekil ve esas olmak üzere iki yönden yapılmaktadır. Konumuz açısından bir sorun oluşturmayan “şekil yönünden denetimi” bir kenara bırakarak; bir kanunun veya Anayasada sayılan diğer normların içeriğinin Anayasaya uygun olup olmadığını ortaya koymayı hedefleyen “esas yönünden denetimi” biraz daha yakından ele alalım.

Denetlenen norm çok çeşitli yönlerden Anayasayla çatışabileceği için, Anayasaya aykırılık durumlarını tam olarak tanımlamak ve eksiksiz bir şekilde sınıflandırmak çok zor olsa da, esas yönünden anayasaya aykırılığı kabaca şu üç unsur bakımından değerlendirmek yanlış olmaz: Sebep, amaç ve konu.

Bir kanunun çıkarılmasında rol oynayan etkenler o kanunun sebep unsurunu oluşturur. Esas olarak, bir kanunun hangi ihtiyaçlar gözetilerek ve hangi koşullar hesaba katılarak çıkarılacağını yasama organı tayin eder. Anayasa Mahkemesi, esas yönünden denetim yaparken, bir kanunun çıkarılmasında rol oynayan etkenlerin yerinde olup olmadığını araştıramaz. Mahkemenin denetim yetkisi, yerindeliğe değil hukukiliğe dayanır.⁴⁷

Anayasa Mahkemesi, kanunu amaç unsuru yönünden, daha doğrusu bütün kamu işlemlerinin nihai amacı olan kamu yararına uygunluk açısından incelerken de çok hassas davranmak durumundadır. Kanunun gerekçesinden ve Meclis görüşmelerinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla, örneğin kişisel veya duygusal saiklerle veya sadece belli bir grubun menfaati için çıkarıldığı açıkça anlaşılabiliriyorsa, amaç unsuru yönünden Anayasaya aykırılıktan kolayca söz edilebilir. Ancak bu unsurun öznel niteliği dolayısıyla, yasama organının açıkça kamu yararı dışında bir amaçla hareket etmiş olduğunun ispatı çok güçtür.⁴⁸

⁴⁷ Bkz. Genel Olarak Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku Yetkin Yay., Ankara 1986, s. 361; Bülent TANÖR – Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul 2001, s.501.

⁴⁸ TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, s. 361 vd.

Bir kanunun içeriği, yarattığı hukuki durum ve sonuç; o kanunun konusunu oluşturur. Yasaklanmış bazı alanlar dışında yasama organı takdir yetkisini kullanarak herhangi bir alanda düzenleme yapabilir. Başka bir deyişle, yasama organı, yasama yetkisinin asli ve genel karakteri uyarınca bütün konularda ilke olarak bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu yetkinin anayasal temelde biri özgül, diğeri genel iki tür sınırı vardır. Özgül sınır, Anayasanın düzenlenecek konuya ilişkin özel ilke ve hükümlerinden oluşurken; genel sınırı, başta Anayasanın yapısal ilkeleri olmak üzere diğer anayasal düzenlemeler çizer. Kısacası yasa koyucunun takdir yetkisi demokratik hukuk devletinde ilke düzeyinde sisteme karakterini veren önemli sınırlarla çevrilidir. Bu yetkinin keyfiliğe dönüşmesini önlemek bakımından özel olarak eşitlik ilkesi, genel olarak da hukuk devleti ilkesi denetim ölçütleri olarak önemli bir işlev görürler.⁴⁹ İlave edelim ki, eksik düzenlemeler genellikle anayasaya aykırılık sebebi oluşturmazlar. Ancak bu durumun eşitlik ilkesinin ihlaline yol açma ihtimalini her zaman göz önünde bulundurmak gerekir.⁵⁰

4616 sayılı Kanunla ilgili anayasaya aykırılık iddiaları açısından anahtar kavram olan eşitlik ilkesini, yasama sürecinin zorunlu bir parçasını oluşturan sınıflama işlemiyle birlikte ele almak gerekir. Gerçekten de yasa koyucunun kişi ve durumların özellikleri bakımından seçmeler yapması, dolayısıyla bir işlem için bazı grupları seçebilmesi, sonuçta onlara diğerlerinden farklı davranma yetkisine sahip olması, yasama kavramının bir gereğidir. Yukarıda da vurgulandığı gibi, sınırsız ve keyfi olması düşünülemeyecek olan bu yetkinin başlıca sınırını eşitlik ilkesi oluşturur. Bu açıdan eşitlik ilkesi, yasayla yapılan ayırım veya farklılaştırmaların ilgili konunun içeriği bakımından haklılaştırılması gerektiğini ve ayırım yapmamayı değil, fakat sadece belirli nedenlerin ayırımları haklılaştırabileceğini ifade eder. Böylece sonuçta sorun, hangi farklılaştırma temellerinin eşitlik ilkesiyle bağdaşabildiğini belirleme noktasında yoğunlaşmış olmaktadır.⁵¹ Bu sorunu çözmek amacıyla doktrinde çeşitli formüller geliştirilmiş; mahkeme içtihatlarında da muhtelif ölçütler kullanılmıştır.⁵² Bu tartışmanın ayrıntısına girmeden eşitlik ilkesinin somutlaşmasını sağlayacak elverişli bir ölçüt olarak gördüğümüz “düzenleme konusu hukuksal ilişkinin doğasına uygunluk” formülü

⁴⁹ Bkz. SANCAR, S. 237 vd.

⁵⁰ Bkz. ÖZBUDUN, s. 363 vd.; TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, s. 504 vd.

⁵¹ Bkz. Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1989, s. 214 vd.; SANCAR, 241 vd.

⁵² Örneklerle birlikte ayrıntılı bilgi için bkz. ÖDEN, s. 222 vd.

üzerinde biraz durmak istiyoruz. Burada düzelemeye konu olan hukuksal ilişkinin doğasının genel olarak veya bazı bakımlardan farklılaştırmaya izin vermeyebileceği düşüncesinden hareket edilir ve eğer bir farklılaştırma yapılmışsa, bunun düzenleme konusu hukuksal ilişkinin doğası ile olgusal bir bağlantı ve uyum içinde olup olmadığı araştırılır. Farklılaştırma ile hukuksal ilişkinin doğası arasında böyle bir bağlantı ve uyum yoksa eşitlik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılır.⁵³

Türk Anayasa Mahkemesi, şartla salıverme ile ilgili önceki kararlarında bu ölçütü kullanmış gibi görünüyor. Mahkemeye göre, “şartla salıvermede çağdaş eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündedir. Bu yöntemde işlenen suçun şartlı salıverme açısından belirleyici bir niteliği yoktur. Böylece infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkumlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır..” Özetle Mahkeme, şartla salıvermede suç türüne göre ayırım yapılmasını, bu kurumun niteliği (doğası) ile bağdaşır bulmamakta; dolayısıyla bu açıdan yapılacak farklılaştırmaların haklı bir nedeni olmadığını ve sonuç olarak eşitlik ilkesini ihlal edeceğini belirtmektedir.⁵⁴ Bu durum karşısında Anayasa Mahkemesinin 4616 sayılı Kanunun “şartla salıverme” niteliğinde göreceği düzenlemeleri açısından eşitlik ilkesini tavizsiz uygulaması beklenir.

Buna karşılık Mahkeme, sözkonusu kanunun bir “Af Kanunu” niteliği taşıdığı kanaatine varırsa, değerlendirmesini şu şekilde yapması gerektiğini söyleyebiliriz.

Af konusunda yasama organının diğer pek çok konuya göre çok daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu tartışmasız kabul edilmektedir. Ancak her konuda olduğu gibi bu konuda da takdirin mutlak keyfilik olarak yorumlanması sözkonusu olamaz.

Af kurumunun niteliği gereği, hatta af türlerinin tanımı gereği yasama organı bir grup suçu af kapsamına alıp, bir grubu kapsam

⁵³ SANCAR, s.244

⁵⁴ Mahkemenin bu yaklaşımını yansıtan muhtelif kararlar ve bunların değerlendirmesi için bkz. SANCAR, s.245 vd.

dışında bırakabilir. Nitekim 4616 sayılı Kanunda da bazı suç grupları bütünüyle kapsam dışı bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesinin, bu noktada bir müdahalesinin olmaması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesinin, belli suç gruplarının bir bütün olarak af kapsamı dışında bırakılmış olmasını eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirmesi, af kanunlarının ancak bütün suçların kapsamı halinde anayasaya uygun olacağı gibi bir sonuç doğurur ki, bu hem yasama yetkisinin özüne bir müdahale anlamını taşır, hem de af kurumunun doğasıyla bağdaşmaz.

Ancak af kapsamında yer alan bir suç grubunun içinde bazı suçlar seçilip af kapsamı dışında tutulursa, Anayasa Mahkemesinin devreye girmesi ve durumu eşitlik ilkesi açısından sorgulaması sözkonusu olabilir. Çünkü burada haklı bir nedene dayandırılması gereken bir farklılaştırma ve ayırım vardır. Bu haklı nedeni; örneğin suçun ağırlığı, hukuki konunun önemi ya da suçun çok sık işleniyor olması bağlamında değerlendirmek mümkündür. Somutlaştırmak gerekirse; "adam öldürme suçları" nın tümü affedilmiş fakat "taksirli adam öldürme" ya da "kasdın aşılması suretiyle adam öldürme" kapsam dışı bırakılmışsa, böyle bir düzenlemeyi haklı bir nedene dayandırmak güç olabilir. Buna karşılık "teammüden adam öldürme" ya da "kan gütme saikiyle adam öldürme" kapsam dışı bırakılmışsa bunu haklı nedenle açıklamak daha kolay olur.

4616 sayılı Kanun, kapsam dışı bıraktığı suçlar bakımından tam bir ölçütsüzlük"le malul olduğundan, Anayasa Mahkemesinin işi iyice güçleşmektedir. Mahkemenin aynı kategoride yer alıp da kapsam dışı bırakılmış suçları tek tek incelemesi ve her birinin durumunu ayrı değerlendirmesi gerekiyor. Örneğin "şahıs hürriyeti aleyhine işlenen cürümler" in tümü (TCK m.179-201) af kapsamındayken, neden basit "tehdit" ve "cebir" (TCK m. 191, 192) kapsam dışı bırakılmıştır? Ya da "memuriyeti ve mevki nüfuzunu suistimal edenler ve memuriyet vazifelerini yapmayanlar" başlıklı fasıldaki tüm suçlar (TCK m.228-241) affedildiği halde, niçin "görevi suistimal" suçu (TCK m. 240) kapsam dışı bırakılmıştır? Bu ve benzeri sorulara tatmin edici cevaplar bulunamadığı, daha doğrusu bu tür ayrımlar haklı bir nedene bağlanamadığı takdirde, Anayasa Mahkemesinin kapsam dışı bırakılan bazı suçlarla ilgili hükümleri eşitlik ilkesine aykırılık gerekçesiyle iptal etmesi gerekecektir.

Af kurumu sözkonusu olduğunda, yasama organının takdir yetkisinin mutlak olduğunu söyleyerek denetimden kaçınmak kadar,

eşitlik ilkesinin şartlı salıverme ve ertelemedeki kadar sınıflandırmamız ve sınırsız uygulanması da doğru olmayacaktır.