

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU  
(CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

## **CEZA HUKUKUNDA AF**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Duygu Çağlar DOĞAN**

**ANKARA, 2012**

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU  
(CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)  
ANABİLİM DALI**

## **CEZA HUKUKUNDA AF**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Duygu Çağlar DOĞAN**

**TEZ DANIŞMANI  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN**

**ANKARA, 2012**

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU  
(CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU)  
ANABİLİM DALI

CEZA HUKUKUNDA AF

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Tez Jürileri

Adı-Soyadı

İmza

.....  
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN  
Doç. Dr. Tugrul Katapın  
Yrd. Doç. Dr. Günay Okuyucu  
Ergün

.....  
.....  
.....  
.....

Tez Sınav Tarihi : 10 / 7 / 2012

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER .....	i
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vii
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### AFFIN TÜRLERİ, KURUMUN LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER, ŞEKLİ KAYNAKLAR VE AFFIN TAKDİRİNDEKİ SINIRLAR

I. GENEL OLARAK .....	6
A. AFFIN TÜRLERİ .....	8
1. Sonuca dayalı ayırım: Genel Af – Özel Af .....	9
2. Sebep ve Amaca Dayalı Ayırım: Kutlama Afları – Çağrı Afları – Politik Aflar .....	11
B. TARİHSEL GELİŞİM .....	15
1. Hitit Uygarlığı, Eski Yunan ve Roma .....	15
2. Batı Avrupa .....	17
3. İslam Hukuku .....	18
a) Genel Olarak .....	18
b) Osmanlı İmparatorluğu .....	19
4. Çağdaş Türk Hukuku .....	20
C. AFFA İLİŞKİN GÖRÜŞLER .....	21

1. Cezalandırmanın Amacı Üzerine Geliştirilen Görüşlerin Affa Yaklaşımı ....	21
2. Cezalandırmanın Hak veya Yetki Olmasına Göre Affin Değerlendirilmesi .	24
3. Affin Meşruiyeti Hakkındaki Bağımsız Görüşler .....	26
a) Affi Destekleyen Görüşler .....	26
b) Karma Görüş .....	28
c) Aleyhte Görüşler .....	29
4. Değerlendirme.....	34
<b>II. AFFIN ŞEKLİ KAYNAKLARI .....</b>	<b>37</b>
A. Genel Olarak .....	37
1. Parlamento Tarafından Yapılan Affin Şekli Kaynağı.....	40
a) Kanun .....	40
b) Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranan Kanun.....	45
c) Af Kanununun Anayasa Yargısındaki Yeri .....	48
2. Cumhurbaşkanı tarafından yapılan affin şekli kaynağı.....	50
<b>III. AFTA TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI.....</b>	<b>62</b>
A. Farklı Hukuk Düzenlerinde.....	63
B. Uluslararası Hukukta.....	67

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL AF

<b>I. GENEL OLARAK.....</b>	<b>74</b>
<b>IV. ALT AYRIMLAR.....</b>	<b>80</b>
A. Tam Genel Af – Eksik Genel Af.....	80
B. Mutlak Genel Af – Kısmi (Sınırlı) Genel Af.....	82
A. Bireysel Genel Af - Toplu Genel Af.....	86
B. Şarta Bağlı Genel Af – Şartsız Genel Af.....	89
<b>IV. SONUÇLAR.....</b>	<b>92</b>
A. Ceza Hukukunda .....	92
1. Ceza Muhakemesinin Evrelerinde .....	92
a) Soruşturma Evresi .....	93
b) Kovuşturma Evresi.....	95
(1) Duruşma Hazırlığı Devresi .....	95
(2) Duruşma Devresi.....	95
(3) Temyiz .....	96
2. İnfaz Döneminde.....	96
3. İnfazın Tamamlanmasından Sonra.....	98
4. Adli Para Cezaları Bakımından.....	99
5. Ceza Dışındaki Diğer Cezai Sonuçlar Üzerindeki Etkiler .....	101

a) Hak Yoksunlukları ve Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi Kurumu....	101
(1) Genel Olarak Hak Yoksunlukları ve Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi Kurumu .....	102
(2) 765 sayılı TCK Döneminde Yaşanan Sorunlar.....	102
(3) 5237 sayılı TCK ile Yaratılan Sistem .....	112
b) Güvenlik Tedbirleri.....	117
(1) Güvenlik Tedbirlerinin Hukuki Niteliği.....	117
(2) Genel Affin Güvenlik Tedbirlerine Etkisi.....	119
c) Adli Sicil Kaydı .....	126
d) Tekerrür.....	132
e) Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Hapis Cezasının İnfazının ve Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi İçin Gereken “Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkum Olmamak” Koşulu .....	133
6. İçtima Üzerindeki Etkisi .....	137
a) Cezaların içtimaı .....	137
b) Suçların içtimaı .....	138
(1) Bileşik suç .....	138
(2) Fikri içtima .....	139
(3) Zincirleme suç.....	141
7. Kesintisiz Suç ve Genel Af .....	144
8. Yargılama Giderlerine Etkisi .....	145

C. Özel Hukukta .....	146
1. Kişisel hakkın varlığını koruması .....	146
2. Görevli mahkeme .....	148
3. Zamanaşımı .....	150
D. İdare Hukukunda .....	154
<b>V. AKLANMA HAKKI KARŞISINDA GENEL AFFIN MECBURİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>159</b>

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL AF

<b>I. GENEL OLARAK .....</b>	<b>168</b>
A. Yasama Organının Özel Affı .....	169
1. Hukuki Nitelik ve Yasal Dayanak .....	169
2. Türleri .....	171
a) Cezayı Kaldıran Özel Af - Cezayı Dönüştüren Özel Af - Cezayı Azaltan Özel Af .....	172
b) Mutlak Özel Af – Kısmi (Sınırlı) Özel Af .....	175
c) Bireysel Özel Af – Toplu Özel Af .....	177
d) Şarta Bağlı Özel Af – Şartsız Özel Af .....	178
3. Sonuçları .....	178
B. Cumhurbaşkanının Bireysel Bağışlama Yetkisi .....	187

1. Genel Olarak .....	187
2. İşlemin Yapılma Usulü ve Cumhurbaşkanının Takdir Yetkisi .....	194
<b>SONUÇ</b> .....	<b>208</b>
<b>KAYNAKÇA</b> .....	<b>213</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>226</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>227</b>

## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>AYİM</b>	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CD</b>	: Ceza Dairesi
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>Çev.</b>	: Çeviren
<b>ÇKK</b>	: Çocuk Koruma Kanunu
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>DMK</b>	: Devlet Memurları Kanunu
<b>E.</b>	: Esas
<b>EÜHFD</b>	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İCK</b>	: İtalyan Ceza Kanunu
<b>İDDGK</b>	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>K.</b>	: Karar
<b>m.</b>	: madde
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği

<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>YCGK</b>	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>YSK</b>	: Yüksek Seçim Kurulu

## GİRİŞ

Devlet, vatandaşlarının ortak yararı adına, kendi değerlendirmesine göre ağır olan kural ihlalleri için ceza yaptırımını öngörür ve ihlal gerçekleştiği takdirde, bunun sorumlularını cezalandırır. Fakat aynı ortak yarara, kimi zaman da cezalandırmadan vazgeçerek ulaşmaya çalışır. Devletin cezalandırmadan vazgeçmesi de, yine hukuk düzenince tanınmış kurumlar aracılığıyla mümkündür. Devlet ve birey arasındaki cezalandırma ilişkisini kesen bu sebeplerden birisi, aftır.

Af, suç kadar doğal ve ceza kadar eski bir kurum olup; aynı zamanda, hukukun en tartışmalı konularındandır. Romalı şair *OVIDIUS*'a ait “*Ceza kaldırılabilir ama suç insanın içinde sonsuza kadar yaşar*” sözü ile Roma hukukundan beri var olan “*Errare humanum est* (yanılmak insanlar içindir)” deyişi arasındaki yaklaşım farkı, affın meşruiyetinin eski çağlardan beri yoğun tartışmalara neden olduğunu göstermektedir.

Her şeyden önce, sosyal ilişkilerdeki af ile hukuki yönden incelenen affı, birbirinden ayırmak gerekmektedir. Her ikisinin de özü merhamet duygusuna dayanmakla ve biri diğerinden beslenmekle birlikte; hukuki bir kurum olan af, yalnız merhametin ürünü olmaktan uzaktır. İlişkinin taraflarını nazara alan bir ayırım yapmakla, kişiler arası ilişkilerdeki af ile toplumun ya da devletin bireyi affetmesi arasındaki fark ortaya çıkmaktadır. Bu konuda Fransız hukukçu *BOURGUET*, insanın affı ile kamunun affı arasındaki farkın, aftan imtina edilmesinde daha net ortaya çıkacağını; zira insanın affetmemesi halinde intikamın, kamunun affetmemesi

halinde ise cezalandırmanın söz konusu olacağını belirtmiştir.<sup>1</sup> Bu çalışma, yalnızca devletin affını ele almaktadır.

Özünde merhamet duygusu barındıran ve ahlak alanına giren affın hukuk dünyasında doğurduğu sonuçlar, onu hukuki bir kurum haline getirmiştir. Bu yönüyle af, -affeden organ sadece devlet olduğunda bile- yalnız ceza hukukunda yer almayıp; hukukun pek çok dalı, örneğin vergi afları ile vergi hukuku veya üniversite afları<sup>2</sup> ile idare hukuku için önem arz eden bir kurumdur. Ancak farklı hukuk dallarına ait olmalarının yanında, yapım usulleri ve hukuk dünyasında yarattıkları etkiler bakımından da ceza hukukuna dahil af kurumu ile vergi ve disiplin afları arasında büyük farklar mevcuttur. Örneğin konumuz olan, ceza hukuku alanına giren affın genel ve özel af şeklinde iki türü bulunmaktayken; böyle bir ayırım, diğer hukuk dallarındaki aflarda bulunmamaktadır. Ayrıca ceza hukuku alanına giren aflar için gerekli olan *suç, ceza, kamu davası, mahkumiyet* gibi kavramlar diğer af türlerinde aranmamaktadır.<sup>3</sup> Öte yandan 2001 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra, parlamento tarafından yapılan özel ve genel affın, nitelikli çoğunluk<sup>4</sup> ile kabul edilmiş kanun yoluyla yapılacağı belirlenmişken; aynı şart diğer af türleri için geçerli değildir.<sup>5</sup> Farklı hukuk dallarına ait afların birbirlerinden farklı kurumlar olduklarına

<sup>1</sup> **BOURGUET Christian**: “*Entre Amnistie et imprescriptible*”, Abel, Oliver (ed.), *Le Pardon. Briser la dette et l’oubli* içinde, Paris 1991, s.44. (**SILVI Q. Marco**: *Struttura Giuridica del Perdono*, Milano 2004,s.25’ten naklen)

<sup>2</sup> Yüksek Öğretim Kurumu başkanı olduğu sırada *Prof.Dr.İhsan DOĞRAMACI*, üniversite afları için “af” değil, “okuma şansı” teriminin kullanılmasının daha doğru olacağını; zira affın suç veya günah işleyenler bakımından mümkün olabileceğini ve genellikle ideolojik nedenlerle üniversitelerle ilişkisi kesilen öğrencilere yeni bir okuma şansı verilmesinin bu nitelikte bir af olmadığını belirtmiştir. Bkz. 02.02.1984 tarihli Milliyet Gazetesi, s.3.

<sup>3</sup> “*Genel af veya özel afftan bahsedebilmek için gerekli olan ön koşul bir ceza mahkumiyetinin varlığı veya tehdididir.*” Bkz. **ARAÇ İbrahim – ERİKLİ Hasan**: “*Anayasanın 87’nci Maddesine Göre Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranması Gereken Af Kanunları*”, *Yasama Dergisi*, S.1, Nisan-Mayıs-Haziran 2006, s.32.

<sup>4</sup> “*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı*” Bkz. AY m.87.

<sup>5</sup> Ancak eski Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER, affı geniş yorumlamış; yani salt ceza hukuku alanına giren afların değil, idari-adli ceza ayırımı yapmaksızın bunların ortadan kaldırılmasını veya

dair tespit, Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımıştır.<sup>6</sup> Sonuç itibariyle bu çalışmada yalnız ceza hukukunu ilgilendiren; yani temel hukuki dayanağı Anayasa olup etkilerini suç ve cezalar üzerinde gösteren ve bu nedenle teknik olarak ceza hukukuna dahil edilen af kurumu incelenmektedir.

Af, dava ve cezayı düşüren genel bir sebep olup; her suç için geçerli olabilmektedir. Bu nedenle af kurumu, ceza kanunlarının genel kısımlarında düzenlenmektedir.<sup>7</sup>

Bu çalışmanın ana bölümleri, genel ve özel af şeklindeki, affin sonuçlarına dayalı ayırım üzerine şekillenmektedir. Ancak affin türleri arasında yalnız sonuca dayalı ayırım değil, af işleminin yapılmasının altında yatan sebep ve amaçlara dayanan ayırımlar da mevcuttur. Affin bu diğer türleri ve af kurumuna ilişkin ortak genel bilgilere, birinci bölümde değinilmektedir. Suç kadar eski olduğu belirtilen bu kurumun, tarihsel süreçte hangi aşamalardan geçtiği de incelenmekte ve affin meşruiyetine dair halen bitmemiş olan tartışmalara, yani kurumun leh ve aleyhinde ileri sürülmüş bulunan görüşlere de yine ilk bölümde yer verilmektedir. Affin şekli kaynaklarının, her bir af türüne ilişkin bölümde değil; genel bilgilerin yer aldığı

---

azaltılmasını öngören düzenlemelerin nitelikli çoğunluk gerektirdiği görüşünü benimsemişti. Bu görüşü doğrultusunda, pek çok kanunu yeniden görüşülmek üzere TBMM'ne geri göndermiştir. Nitelikli çoğunluğun sağlanmadığı gerekçesiyle geri gönderdiği kanunlar arasında adli nitelikteki suç ve cezaları öngören afların yanında, idari yaptırımlara ilişkin olanlar da bulunmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ARAC – ERİKLİ**: s.36-39.; **HAS Volkan**: Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Çalışma Düzeni, Ankara 2009, s.284-292.

<sup>6</sup> “Anayasa'nın 87. maddesinde belirtilen genel ve özel af kavramları ceza hukukuna özgü kavramlar olup, ceza hukuku alanı dışında kullanılmamaktadır. Bu kavramların tanımları, hüküm ve sonuçları da ceza hukukunda düzenlenmiştir. (...) Bu nedenlerle Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenen genel ve özel af kavramlarının kapsamını maddi ceza hukuku ile sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir. İmar affi niteliğinde olması ve buna ilişkin şekil şartlarına uyulmaması nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen 5403 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin maddi ceza hukuku anlamında sayılan bir suç ve cezayı içermemesi nedeniyle genel veya özel af kapsamına alınması kabul edilemez. Söz konusu Yasa'nın kabulünde aranması gereken çoğunluk Anayasa'nın 96. maddesinde belirtilen çoğunluk olup, bu ise en az 139 kabul oyunu ifade eder.” Bkz. AYM 22.12.2006 tarihli E.2005/89 K.2006/120 künyeli kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (Erişim tarihi: 06.02.2012)

<sup>7</sup> **KEYMAN Selahattin**: Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af), Ankara 1965, s.7.; **ÖNDER Ayhan**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt:II-III, İstanbul 1992, s.736.

birinci bölümde incelenmiş olması ise, affin hukuk dünyasında var olmasını sağlayan işlem türünün, genel ve özel af ayırımına göre değil de; esas itibariyle işlemi yapan organa göre birbirinden ayrılmasından kaynaklanmaktadır. Bu bölümde daha çok Anayasa ve idare hukuku alanlarına giren hukuki işlem teorisine değinilmektedir. İlk bölümün son başlığında incelenen afta takdir yetkisinin sınırlanması ise, henüz yeni şekillenmekte olan ve uluslararası hukukun öncülüğünde iç hukuk düzenlerini de etkilemeye başlayan oldukça yeni bir anlayışın ürünüdür. Önceleri devletlerin egemenlik alanına bütünüyle dahil olduğu ve bu nedenle sınırsız bir takdir yetkisine dayandığı düşünülen affin, kimi devletlerdeki uygulamalar sonucu en ağır suçları dahi cezasız bırakması ve özellikle insan hakları düşüncesinin de gelişimiyle, bu ağır ihlallerin cezasızlığına duyulan tepkinin büyümesi ile devlerin affetme bakımından sınırlandırılmış bir takdir yetkisi olduğu düşüncesi gelişmiştir. Af gibi cezalandırma ilişkisini kesmekle birlikte, aftan farklı olarak her defasında devletin aktif bir edimini gerektirmeyen zamanaşımı kurumu bakımından aynı eğilimin daha hızlı bir gelişme kaydettiğinin gözleendiği bu alana ilişkin incelemelerde, uluslararası antlaşmalar, uluslararası örgütlerin tavsiye ve ilke kararları, uluslararası insan hakları mahkemeleri içtihatları ve öğretiden yararlanılmıştır.

Ardından ikinci bölümde genel affin hukuki niteliği; birbirinden farklı kıstaslara göre ayrılan türleri; ceza hukuku, özel hukuk ve idare hukuku olmak üzere belirlenen farklı hukuk dalları üzerindeki etkileri incelenmektedir. Burada genel affin muhakeme sürecini olduğu yerde sonlandıran; kesin hükümden sonra da mahkumiyeti ve hatta suç işlendiği olgusunu geçmişe yönelik olarak ortadan kaldıran etkisinden başlanarak ceza hukukuna ilişkin tüm sonuçları üzerinde durulmaktadır. Genel affin, ceza hukukundaki cezalandırma ilişkisini ortadan kaldıran gücüne

karşılık; özel hukuktaki hak kavramına herhangi bir etkisinin bulunmadığı ve idare hukukundaki yaptırımları da ne düzeyde etkilediği ise ikinci bölümün sonunda incelenmektedir.

Çalışmanın son bölümünü oluşturan üçüncü bölüm ise özel affa özgülenmiş olup; bu bölümde başta genel olarak özel affın hukuki niteliği ve sonuçları üzerinde durulduktan sonra, öncelikle parlamento tarafından yapılan özel af ve ardından da Cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilen bireysel bağışlama işlemi, inceleme konusu yapılmaktadır. Genel affa nazaran çok daha sınırlı bir etkiye sahip olan özel affın sonuçları bahsi, genel aftakinden farklı olarak, tek bir başlık altında ele alınmıştır. Bu noktada özellikle belirtilmesi gereken husus, Cumhurbaşkanının yaptığı af işleminin, hukuki nitelik itibarıyla bireysel bir özel af işlemi olmasına rağmen, af kurumu bakımından Türk hukuk sistemi ile aynı sistemi benimseyen diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi buna, farklı bir isim verilmesi gerektiğidir. Zira parlamentonun yaptığı özel af ile Cumhurbaşkanı tarafından yapılan özel af işlemi, başta organik açıdan birbirinden ayrılmaktadır. Öte yandan parlamentonun özel affı, bireysel veya toplu olabilirken; Cumhurbaşkanının özel affı her zaman bireyseldir. Bu nedenle çalışmada, Cumhurbaşkanı tarafından yapılan özel af yerine “bireysel bağışlama” terimi tercih edilmiştir.

Çalışmanın genelinde, incelenen başlıklara ilişkin tespit edilen tartışmalara, sorunlara ve kişisel çözüm önerilerine de yer verilmektedir. Bunların bir kısmı, daha önce üzerinde durulmamış meselelere ilişkin olduğundan, gelişimi için tartışılmaya muhtaçtır. Bu noktada edinilmesi muhtemel katkıların her biri, kuşkusuz, çok değerli olacaktır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### AFFIN TÜRLERİ, KURUMUN LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER, ŞEKLİ KAYNAKLAR VE AFFIN TAKDİRİNDEKİ SINIRLAR

#### I. GENEL OLARAK

Af sözcüğü, etimolojik olarak Arapçadaki “*Afv*”tan türemiş olup<sup>8</sup> hukuk dünyasında suçu bağışlama, (İslam Hukukunda) kısas veya diyet haklarından vazgeçme, işlenen suçtan dolayı faili cezalandırmama anlamında kullanılmaktadır.<sup>9</sup>

Af, ceza ilişkisini düşme ile sona erdiren genel sebeplerden birisidir. Bu sebepler, infazdan önce veya sonra olmasına göre ayrılmaktadır. İlk kategori, suçun işlenmesinden sonra, fakat infazdan önce ortaya çıkmakla, devletin, cezalandırma yetkisini kullanmamasını gerektirmektedir ve bu nedenle “ceza ilişkisini ortadan kaldıran sebepler” olarak anılmaktadır. Diğerleri ise hükmedilmiş olan cezanın, tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasına yol açmaktadır ve “infaz ilişkisini ortadan kaldıran sebepler” olarak ifade edilmektedir. Ancak ceza ve infaz ilişkilerini ortadan kaldıran düşme sebeplerinin genel olarak hukuki niteliği tartışmalıdır.<sup>10</sup>

Türk hukukunda düzenlenen haliyle af, sonuçları itibariyle farklı olan iki türü ile yukarıda açıklanan her iki kategoriye de girmektedir. Daha açık bir anlatımla, affin bir türü olan genel af, görülmekte olan kamu davasını o anda ortadan kaldırmakta veya dava sonrasına denk geldiğinde cezayı ve mahkumiyete ilişkin diğer bütün sonuçları bertaraf etmektedir. Dolayısıyla genel af, devletin cezalandırma

<sup>8</sup> **AYVERDİ İlhan**: Misalli Büyük Türkçe Sözlük, Kubbealtı Lugatı, 2008, s.37.

<sup>9</sup> **DEVELLİOĞLU Ferit**: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 2008, s.12.

<sup>10</sup> Ceza ve infaz ilişkisini ortadan kaldıran genel sebepler ve bunların hukuki niteliklerine ilişkin yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir**: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.III, 12.Bası, 1997, s.191-202.; **HAFIZOĞULLARI Zeki**: “*Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukuki İlişkisi ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan içinde, C. 1, s.387-415.

yetkisini ortadan kaldıran ilk kategori içerisinde. Ancak özel af, yalnız hükmedilmiş olan cezaya etki etmektedir. Bu yönüyle özel af, infaz ilişkisini ortadan kaldıran sebeplerdendir.

Yoğun tartışmalara konu olmakla birlikte, affin da dahil olduğu genel düşme sebeplerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi önemlidir. Böylece, geniş anlamda ceza hukuku alanına girdiği tespit edilen affin, ceza hukukunun hangi dalına ait bir kurum olduğunun tespiti yapılabilir. Zira düşme sebeplerinden birinin gerçekleşmesi ile suçun düştüğü ve ceza verme hak veya yetkisinin<sup>11</sup> ortadan kalktığı kabul edilecek olursa; affin, maddi ceza hukuku kurumu olduğu görüşü benimsenmelidir. Ancak düşme sebeplerinin ceza muhakemesi sürecini sonlandıran etkisi göz önünde bulundurularak, bunların birer ceza muhakemesi hukuku kurumu olduğu da ileri sürülmüştür.<sup>12</sup>

Bu iki görüşü birleştirerek affin, çift yönlü bir hukuki niteliğe sahip olduğu da ileri sürülmüştür. Bu görüşte, affin, maddi ceza hukuku bakımından cezayı kaldıran bir neden olduğu; ancak aynı zamanda kamu davasını ortadan kaldıran bir sebep olması bakımından genel affin, ceza muhakemesi alanına da girdiği belirtilmiştir.<sup>13</sup>

Esasen affin, ceza muhakemesi kurumu veya maddi ceza hukuku kurumu olduğunu tespit için affin türü ve kanuni düzenlemesinin nasıl yapıldığı da önemlidir.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Bu konuya ileride yeniden değinilecek olmakla birlikte; biz, cezalandırmanın bir yetki olduğu kanaatindeyiz

<sup>12</sup> Bkz. **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.191 ve 192.

<sup>13</sup> **SÖZÜER Adem**: “*Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu*”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, S.18, s.224.; **KOCA Mahmut – ÜZÜLMEZ İlhan**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.539.

<sup>14</sup> Örneğin 765 sayılı mülga TCK'nın mehz kanunu olan İtalyan Zanardelli Kanununda af, ceza davasını ve ceza mahkumiyetini sonlandıran sebeplerden biri olarak sayılmış ve bu nedenle ceza

Kanaatimizce affin, devletin cezalandırma ilişkisini ortadan kaldıran özelliği gereği maddi ceza hukuku kurumu olduğu kabul edilmelidir. Cezalandırma ilişkisinin, ceza muhakemesi alanında etkileri olduğu gibi; ilişkinin kalkmasının da, yürütülen muhakemeyi etkileyeceği şüphesizdir. Ancak bu, kurumun varlığının kendisi değil; sonucudur.<sup>15</sup> Bu nedenle, affin bir muhakeme hukuku kurumu olduğunu düşünmek de, neden ile sonucu karıştırmak olur.

### A. AFFIN TÜRLERİ

Daha önce de belirtildiği gibi af, esas itibariyle genel ve özel af olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yapılan bu tasnif, af işleminin hukuk dünyasında doğurduğu etkiye dayanmaktadır. Bunun yanında ayırımın ölçütü olarak affin sebep ve amacı kullanıldığında, işlemin yarattığı hukuki sonuçlardan bağımsız olarak karşımıza, yaşanan toplumsal bir sevinci kutlama amacıyla çıkarılan aflar; suç işleyen vatandaşları, devletin onayladığı hareketi yapma şartıyla affeden çağrı afları ve son olarak da toplumsal veya siyasal yönden yaşanan ağır bunalımların ardından barışın teminini amaçlayan, devlet hayatında temiz bir sayfa açılmasını sağlayan politik aflar çıkmaktadır.<sup>16</sup>

---

muhakemesi hukuku kurumu olma özelliği göstermiştir. Bkz. **PISAPIA Gian Domenico**: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Padova 1965 (Çev.: Atif AKGÜÇ), s.181. Bunu izleyen Rocco Kanununda ise affin türleri bakımından ayırım yapılmış ve suçu sona erdiren (*amnistia propria, perdono giudiziale*) ve cezayı sona erdiren af türleri (*amnistia impropria, grazia, indulto*) ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu kanunda affin, maddi ceza hukuku dalına ait bir kurum olarak düzenlendiği görülmektedir; ancak suçu sona erdiren ilk kategori bakımından ceza muhakemesi hukukunda da etkileri olan bir kurum olduğu açıktır.

<sup>15</sup> Devletin ceza verme hak veya yetkisi ortadan kalkınca, bu durumun muhakeme hukukuna da doğrudan etki yaptığı ve bu etkinin bazı yazarlarca “refleks etki” olarak adlandırıldığı hakkında bkz. **ÖNDER**: Genel Hükümler, s.776.

<sup>16</sup> Affin çıkarılma sebep ve amacına dayanan bu ayırım, genel ve özel af ayırımında olduğu kadar yerleşik biçimde benimsenen af türleri yaratmamıştır. Örneğin **DEMİRBAŞ**, sebepleri bakımından afları “bir dönemi kapatan af”, “yatıştırma ya da toplumsal barış affi” ve “hükümü düzeltici af” olarak üç kategoride incelemiştir. Bunlardan birincisi, savaş gibi olağanüstü hallerde işlenen suçları, olağanüstü durumun ortadan kalkmasından sonra affetmekte; ikincisi, politik kutuplaşma ve onun neden olduğu mücadelelerin bozduğu iç barışı tekrar sağlamayı amaçlamaktadır. Hükümü

## 1. Sonuca dayalı ayırım: Genel Af – Özel Af

Bu ayırım, affin ismen sayılan kimseleri veya belli suçların faillerini ya da herkesi kapsamına alıp almamasına değil<sup>17</sup>; affin sonuçlarına, yani hukuk dünyasında yarattığı etkiye dayanmaktadır. Af tasarrufu, kamu davasının hiç açılmamasına, açılmışsa düşmesine, hüküm verilmişse cezai bütün sonuçları ile birlikte bu hükmün ortadan kalkmasına neden oluyorsa genel af; kesinleşmiş bir cezayı kaldırıyor, hafifletiyor veya türünü değiştiriyorsa özel aftır. Bu ayırımın dayanağının affedilen kişi sayısına bağlı olmadığını bir örnekle özetlemek mümkündür: tek bir mahkumu hiç suç işlememiş kimselerin hukuki statüsüne soka af tasarrufu genel af mahiyetinde iken; ülkenin bütün mahkumlarını, cezalarını tamamlamış eski mahkumlar statüsüne soka ve buna dayanarak cezaevinden çıkmalarını sağlayan af tasarrufu özel aftır.

Bu çalışma, affin hukuk dünyasında yarattığı etkiye dayanan genel ve özel af ayırımı üzerine yapılan incelemelerden oluşmaktadır. Dolayısıyla genel af ve özel affin hukuki nitelikleri ve sonuçlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalara ilerleyen bölümlerde yer verilmektedir.

Genel ve özel af ayırımı daha çok Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin ürünüdür; bu nedenle Anglo Sakson Hukuk Sistemini benimsemiş olan ülkelerde bu ayırım

---

düzeltilen aflar ise maddi ceza hukukunda cezada indirim sağlayan kanunlardır. Bunlar failin lehine olmaları nedeniyle geçmişe yürüdüklerinden, affa benzer bir etki doğurmaktadırlar. Her ne kadar teknik anlamda af kanunu değilseler de; hükmü düzeltici af olarak, bunlar da affin türleri arasında incelenmiştir. Bkz. **DEMİRBAŞ Timur**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.669 ve 670. Görüldüğü üzere yazar, *politik aflar* adıyla bu çalışmada tek başlık altında toplanan af türünü, ikiye ayırmış ve ayrıca dolaylı şekilde af etkisi gösteren lehe kanun değişikliklerini affin bir türü olarak değerlendirmiştir. Ancak ceza kanunlarında yapılan değişiklikler ile lehe olan kanunun uygulanması suretiyle affa benzer bir etki doğsa da; bu düzenlemelerin hukuki niteliği, af değildir. Her şeyden önce lehe değişiklikler sürekli bir etki doğururken; af tasarrufu, özü gereği bir defaya mahsus etki doğurur; dolayısıyla geçicidir. Aynı yönde görüş için bkz. **ARAÇ-ERİKLİ**: s.44.

<sup>17</sup> Özel ve genel affin sonuçları bakımından aynı olabileceğini kabul eden ve özel afta affedilenlerin sayısının genel aftakine nazaran daha sınırlı olduğu belirten görüş için bkz. **SOYASLAN Doğan**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.580 ve 581.

belirgin değildir.<sup>18</sup> Amerika Birleşik Devletleri'nde genel af ve özel af ayrımının pratik bir yararı olmadığı, bunun daha çok filolojik olduğu belirtilmiştir.<sup>19</sup> Çoğunlukla genel ve özel af ayrımına benzer şekilde, birbirinden farklı af türlerini karşılamalarına rağmen, İngilizcedeki “*amnesty*” ve “*pardon*” arasındaki fark kimi zaman muğlaktır. Bu nedenle mahkemeler, her iki terimin birbiri yerine kullanılabilmesine dahi karar vermiştir.<sup>20</sup> *Amnesty*, mahkumiyetten önce, hatta genellikle kovuşturma aşamasına geçilmeden ve kimi zaman bireysel nitelikte, ama çoğunlukla bir gruba yönelik olarak uygulanan; genellikle kişinin suçlu olduğunun dahi unutulması, ceza ile birlikte suçluluğun da ortadan kaldırılması etkisini gösteren aftır ve genellikle mahkumiyete hükmedilmeden önce ilan edilmektedir. Bu tür aflar, daha çok vergi suçları, vatan hainliği, isyan çıkarma gibi devlet egemenliği aleyhine işlenen suçlarda belli politikalar gereği cezalandırma yerine cezalandırmamanın tercih edilmesi veya toplumsal infial yaratan eylemlerin ardından huzurun yeniden tesisini sağlamak amaçlarına hizmet eder. *Pardon* ise suçluyu, cezadan ve bunun hukuki bazı sonuçlarından bağışık tutan bir işlemdir. Burada “suçlu” tabiri kullanıldığı için işlemin mahkumiyet hükmünden sonraki aşamada etkili olması, işin doğası gereğidir. *Pardon*, genellikle bireysel bir işlem olarak karşımıza çıkmakta, böylece ismen belirlenmiş kimselere ya da sadece belli bir gruba uygulanmakta; oysa *amnesty*, belli suçları işleyenlere veya suç ayrımı gözetmeksizin herkese yönelik olarak uygulanmaktadır. Bu iki af türü arasındaki en temel fark, -tıpkı genel ve özel af ayrımında olduğu gibi- affin, mahkumiyetten önce mi yoksa sonra mı uygulandığı noktasındadır. Kural bu olmakla birlikte mahkumiyet hükmünden, hatta suç

---

<sup>18</sup> **KEYMAN:** s. 42-43.

<sup>19</sup> **PETERSON Todd David:** “*Congressional Power Over Pardon&Amnesty: Legislative Authority in the Shadow of Presidential Prerogative*”, Wake Forest Law Review, 2003.

<sup>20</sup> Bu yönde bir karar için bkz. ABD 2.Bölge Temyiz Mahkemesi (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*), Giuseppe Marino v. Immigration & Naturalization Service (INS), United States Department of Justice, 537 F.2d 686 (2nd Cir, 1976)

isnadından dahi önce gerçekleştirilen *pardon* uygulamalarına rastlanmıştır.<sup>21</sup> Bu şekildeki *pardon* uygulaması ise Kıta Avrupası hukukuna göre özel af değil, genel af kategorisine girmektedir. Yine, *pardon* söz konusu olduğunda, kural olarak, suçluluk ortadan kalkmamakta; fakat “*full pardon*” adı verilen ve etkileri bakımından kapsamı daha geniş olan af türünde -özellikle İngiltere’de- suçluğun da ortadan kalktığı, hatta *full pardon* yoluyla affedilen birine onun bir suçlu olduğunun söylenmesinin hakaret suçuna vücut vereceği dahi iddia edilmektedir.<sup>22</sup> *Pardon* adıyla da olsa, böyle bir etkiyi yaratan tasarrufun özel af olarak nitelenemeyeceği, yani genel affa dahil olduğu açıktır. Görüldüğü üzere, *amnesty* ile genel af arasında temel bir mahiyet farkı bulunmamaktaysa da; *pardon* ve özel af arasındaki ilişki bakımından her zaman aynısını belirtmek mümkün değildir. Bu nedenle *pardon* ile özel af kavramlarının tam anlamıyla örtüştüğü söylenemez.

## **2. Sebep ve Amaca Dayalı Ayrım: Kutlama Afları – Çağrı Afları – Politik Aflar**

Esas itibariyle af, istisnai bir karakter taşır. Keza devletin cezalandırma ve hatta yargılamadan vazgeçmesi, -cezalandırma yetkisinden ve yargı erkinden ödün vermesi, yani devlet olma özelliğini kaybetmesi istenmiyorsa- mümkün olduğunca istisnai karakterinden uzaklaştırılmamalıdır.

Buna rağmen kutlama afları, oldukça eski bir tarihi köke dayanan ve toplum bilincini en fazla etkilemiş olan af türüdür. Bunlar genellikle, devlet yaşamındaki sevinçli bir olayın kutlaması olarak, örneğin devlet başkanı seçimi, yeni bir meclisin

---

<sup>21</sup> Watergate skandalı nedeniyle Başkan Richard M. Nixon’un istifasının ardından seçilen başkan Gerald. R. Ford, önceki başkan Nixon’ı affetmiş, bunu ‘*pardon*’ yetkisini kullanarak gerçekleştirmiştir. Ancak yetkinin kullanıldığı tarihte eski başkan Nixon hakkında henüz cezai bir takibat başlatılmamış; kendisine yönelik herhangi bir suç isnadı yapılmamıştı. Bkz. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/amnesty> (Erişim tarihi: 04.11.2011)

<sup>22</sup> <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/221846/full-pardon> (Erişim Tarihi: 11.11.2011)

oluşturulması ya da bayram gibi gerekçelerle yapılan lütuflardır. Antik çağlardan beri varlığı bilinen bu afların meşruiyetleri, suçlulara veya suç isnadı altındakilere de kamusal sevince katılma olanağı sağlayan devletin yüce gönüllülüğü olarak açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak bu tasarrufların temelinde yatan gerçek saikin, adli yükün azaltılması veya iktidar gücünün sembolik olarak ortaya konulması gibi meşru sayılamayacak gerekçeler olduğu da bilinmektedir. Bu nedenle affın, “cezalandırılması çok pahalı olan her bir hukuk ihlalcisine karşı devletin yüce gönüllülüğü” şeklinde iğneleyici bir üslupla tanımlanması, anlaşılabilir bir tutumdur. Bu tür aflarda, mevcut tepkinin daha da büyümemesi adına, hafif sayılabilecek suçların kapsama alınmasına özen gösterilmektedir.<sup>23</sup>

Fransa Parlamentosunun her yedi yılda bir, yeni devlet başkanı seçiminden sonra çıkardığı *Septennat Afları* olarak adlandırılan aflar<sup>24</sup>, tipik kutlama aflarıdır.

Romanya, Polonya, Bulgaristan ve Orta Almanya’da 1963 ve 1964 yıllarında ilan edilen ve genellikle siyasi suçlulara ilişkin olan genel aflar, bu ülkelerin faşist rejimlerden kurtulmalarının yıldönümleri vesilesiyle ilan edilmiştir.<sup>25</sup> Bu nedenle amaçları yönünden kutlama aflarına dahil etmek mümkündür.

Türk hukuk tarihinde de kutlama aflarına rastlanmaktadır. Osmanlı Döneminde II.Abdülhamit’in tahta çıkışının 25.yıldönümü sebebiyle 1901 yılında ilan edilen af, hukuk tarihimizin en geniş kapsamlı aflarındandır. Bu af ile padişah,

---

<sup>23</sup> **GROPENGIEBER Helmut**: “*Af – Tartışmalı Bir Hukuksal Kuruma Karşılaştırmalı ve Tarihsel Bakış*” (Çev.: Serap KESKİN KIZIROĞLU), Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu – Okan Üniversitesi (27.12.2010, İstanbul) Kitabı içinde, s.28 ve 29.

<sup>24</sup> Fransa’da her Cumhurbaşkanı seçiminden sonra affa başvurulmuş 1945-1995 arasında 38 adet af çıkarılmıştır. Bkz. **YÜCEL Mustafa Tören**: Kriminoloji, Ankara 2008, s.227.

<sup>25</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. “*Doğu Avrupa’da Genel Aflar: Romanya, Polonya, Bulgaristan, Orta Almanya*” (Çev.:Kayıhan İÇEL), İÜHF 1970, C.XXXV, S.1-4, s.387-398.

borçları sebebiyle hapisanede bulunanların tamamının borçlarını kendisi ödemiş; hapisanedeki siyasi ve adi suçluların tamamını affetmiştir.<sup>26</sup>

Cumhuriyetin tarihimizdeki ilk genel af olan 2330 sayılı Af Kanunu<sup>27</sup> da yine bir kutlama affıdır. Anılan kanun, şerefine nice törenin yapıldığı; para, madalya ve pulların bastırıldığı; ülkenin her şehrinde baloların düzenlendiği; hatta "*Cumhuriyet İlanının Onuncu Yıldönümünü Kutlama Kanunu*" başlıklı kanunun çıkarılmasıyla toplumun her kesiminin seferber edildiği onuncu yıl kutlamalarının bir parçasıdır. Bu af tasarrufunun gerekçesinde "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti onuncu yılını kutlarken (...) muhtelif sebep ve tesirlerle, ihtiras ve hatalarına kurban olmuş, kanuni cezalarla mahkum olmuş kimseleri de düşünmek, onları bir kıymet olarak tekrar cemiyetin sinesine almak muvafık olur. Bu biçarelere karşı gösterilecek müsamaha, kendilerini temiz bir unsuru istihlal olarak alacak olan cemiyet lehine bir hareket olduğu kadar memleketin haiz olduğu kuvvetin de bir delili olacaktır.*" ifadeleri kullanılmıştır.<sup>28</sup>

Çağrı aflarında ise devlet, suç işleyen vatandaşına hukukun onayladığı bir davranışı yapma şartını koşarak onu cezadan kurtarmaktadır.<sup>29</sup> Askerlik veya vergi yükümlüğü bakımından sıklıkla karşılaşılan bu aflarda devlet, af vaadi ile vatandaşını yeniden hukukun çizdiği sınırlar içine dönmeye çağırmaktadır. Hukuk tarihimizde çağrı affi niteliğindeki af kanunu örneklerinden biri, *Tunceli Vilayeti Halkından Olup da Nüfus ve Askerlik Kanunlarına Göre Kendilerine Verilmesi Lazım Gelen Bazı*

<sup>26</sup> DELİGÖZ Muzaffer: "Hukuki Bakımdan Af Konusunun İncelenmesi", <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=144> (Erişim tarihi: 30.03.2012)

<sup>27</sup> 28 Ekim(*Teşrinievvel*) 1933 tarih ve 2540 sayılı RG.

<sup>28</sup> Cumhuriyetimizin 10.yıl kutlamaları ve bunun bir parçası olarak çıkarılan Cumhuriyetin ilk genel af kanununa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SINMAZ SÖNMEZ Cahide: "*Cumhuriyetin Onuncu Yıldönümü Kutlamaları ve 26 Ekim 1933 Tarihli Genel Af Yasası*", Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Mayıs-Kasım 2004, S.33-34, s.89-101.

<sup>29</sup> GROPEGIEBER: "Af", s.29.

*Cezaların Affına Dair* olan 2887 sayılı ve 08.01.1936 tarihli kanundur.<sup>30</sup> Anılan düzenlemede, Kanunun geçerli olduğu iki yıllık süre içerisinde kendilerini nüfus kütüklerine kaydettirenlerin ve askerlik şubesine başvuranların, daha önce bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmalarından dolayı ceza almayacakları öngörülmüştür.

Bir dönemi kapatıp devlet tarihinde yeni bir dönemi başlatan ve bu nedenle *temiz sayfa afları* olarak da adlandırılan politik aflarda ise genellikle haklı bir gerekçe (*justa causa*) bulunmaktadır. Olağanüstü koşullarıyla pek çok suçun doğumuna sebep olan bir savaşın ardından gelen barış kararı ile birlikte savaş dönemine ait suçların affında ya da ağır bir iç kargaşanın ardından gelen aflarda en ağır suçların dahi affedilmesi, haklı sebebin bulunması nedeniyle makul karşılanmaktadır. Bu tür aflara dünya tarihinde sıklıkla rastlanmaktadır. Atina'da M.Ö. 403 yılında Peleponnes Savaşının (*Peleponnesian War*) sonucunda kumandan Tirasibulos (*Thrasyboulos*) tarafından çıkarılan af ve Avrupa'da otuz yıl savaşlarından sonra gelen 1648 tarihli Vestfalya (*Westphalia*) Barışı'nda yer alan savaş suçlarının affına dair hükümler bu tür aflardandır.<sup>31</sup>

Belirtildiği gibi, bu tür politik aflar, toplumsal barış ve gelişimin temini için meşru kabul edilmektedir. Aynı görüşün yansımalarını, Roma hukukundan beri varlığını koruyan *in amnestia consistit sunstantia pacis* (affin içinde barışın cevheri yatmaktadır) deyişinde ya da ünlü düşünür *KANT*'ın barış kavramı içinde affin yattığını ve devrimlerin kilometre taşlarının aflar olduğunu belirten sözlerinde

<sup>30</sup> 13 Ocak(*Kanunusani*) 1936 tarih ve 3204 sayılı RG.

<sup>31</sup> **GROPENGIEßER Helmut – MEIBNER Jörk**: “*Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court*”, *International Criminal Law Review* 2005, S.5, s.268. , <http://heinonline.org> (Erişim tarihi: 20.03.2012)

görmek mümkündür.<sup>32</sup> Ancak geleceğin öngörülemezliği nedeniyle -barış ve uzlaşma amacıyla da yapılsa- affın büyük bir şüphe yaratacağı açıktır. Zira belki de hiçbir zaman unutulamayacak olan ağır suçların af ile cezasız kalacağı kesin iken; affın sonrasında toplumsal uzlaşının sağlanması garanti değildir. Yani toplumsal uzlaşının sağlanacağı varsayımına dayanılarak cezalandırmadan ve cezalandırma ile elde edilecek amaçtan vazgeçilmektedir. İşte bu şüpheyi af aleyhine değerlendirenler, affın barışı sağlamaktan çok geçmişteki tutkuları alevlendirerek gelecekteki suçları teşvik ettiğini ve yeni toplumsal kargaşalara zemin yarattığını savunmuşlardır.<sup>33</sup> Görüldüğü üzere, insanlık için en önemli değerlerden biri olan barışın temini adına da yapılsa, affa karşı duruş her daim var olmuştur.

## **B. TARİHSEL GELİŞİM**

### **1. Hitit Uygarlığı, Eski Yunan ve Roma**

Yapılan araştırmalarda tespit edilebildiği kadarıyla tarihteki ilk af, bugünkü Suriye toprakları üzerinde hakimiyet kurmak adına yapılan savaşların son bulması için Hitit Kralı ile Mısır Firavunu arasında M.Ö. 13.yüzyılda yapıldığı bilinen Kadeş Antlaşmasının hükümleri arasında yer almaktadır. Bu özel hükümde, savaşan her iki tarafın birbirine geri verdiği mültecilere yönelik af konusunda uzlaşmaya vardığı belirtilmektedir.<sup>34</sup>

Bundan sonra Eski Yunan uygarlığında da af kurumuna sıklıkla başvurulduğu tespit edilmiştir. Hatta genel affın Batı dillerinin pek çoğundaki karşılığının kökeni

---

<sup>32</sup> Bkz. **GROPENGIEBER – MEIBNER**: “*Amnesties*”, s.270’ten naklen.

<sup>33</sup> Bkz. **GROPENGIEBER – MEIBNER**: “*Amnesties*”, s.269 ve 270.

<sup>34</sup> Antlaşmanın çivi yazısı tableti şeklindeki orijinal metnin bir parçası, İstanbul Arkeoloji Müzesinin eserleri arasındadır.

Yunancadır. Atina'da M.Ö. 403 yılında kumandan Tirasibulos (*Thrasyboulos*) tarafından çıkarılan af, bilinen en eski aflardan bir diğeridir.<sup>35</sup>

Roma hukukundaki atıfet işlemlerinin çeşitleri ise hayli fazladır. Cumhuriyet Döneminde<sup>36</sup> halk tarafından kullanılan *restitutio in integrum* (eski hale iade) ve *restitutio damnatorum* (mahkumların haklarının geri verilmesi) yetkileri, affin birer türü olarak görülmektedir.<sup>37</sup> İmparatorluk döneminde ise şimdiki özel affin kökeni olan *indulgentia principis* ve genel affa benzeyen *abolitio generalis publica* yetkileri, senato veya bizzat imparatorlar tarafından kullanılmaktaydı.<sup>38</sup> Adaletin kaynağı olarak görülen imparator, kendisinin temsilcileri sayılan mahkemelerin verdiği kararları değiştirmeye de yetkiliydi.<sup>39</sup> Ancak Roma hukukundaki atıfet işlemlerinin yalnız cezaya tesir edebildiği, yani failin suç sebebiyle yediği damgayı hiçbir şekilde kaldıramadığı ileri sürülmüştür.<sup>40</sup> Bu durumda Roma hukukunun bugünkü anlamıyla genel affi tanımadığı düşünülebilir. Ancak *restitutio in integrum* kurumunun eski halin tümüyle iadesini sağladığı, yani mahkumiyeti ve onun tüm sonuçlarını ortadan kaldırdığı da belirtilmiştir.<sup>41</sup> Öyleyse, yarattıkları etki bakımından *restitutio in integrum* ile genel af arasında fark bulunmamaktadır.

---

<sup>35</sup> Bu örnek, genel affin tarihteki ilk izlerinden biri olarak bilinmektedir. Ancak bunun gibi, zafer kazanan kumandanların bu zaferlerinden sonra savaşta kendisiyle mücadele edenleri affetmesinin bugünkü anlamıyla bir af tasarrufu olarak görülmemesi gerektiği de ileri sürülmüştür. Bkz. **GÖLCÜKLÜ Feyyaz**: “Af”, Türk Hukuk Ansiklopedisi, C.I, Ankara 1962, s.307.

<sup>36</sup> Roma Cumhuriyet dönemi, M.Ö.509 ile M.Ö.27 yılları arasındaki, Roma'nın ilk tarihi dönemi olan Krallık döneminin sona ermesi ile başlayan dönemdir. Bkz. **TÜRKOĞLU Gökçe H.**: “Roma Cumhuriyeti ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı” DEÜHFD 2009, C. 11, S. 2, s. 251.

<sup>37</sup> **DÖNMEZER-ERMAN**: C.III, s.210.

<sup>38</sup> **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.210.

<sup>39</sup> **ÖZEK Çetin**: “Umumi Af”, İÜHFM, C.XXIV, S.1-4, s.135.

<sup>40</sup> **GÖLCÜKLÜ**: “Af”, s.307.

<sup>41</sup> **MERAY Seha L.**: Ceza Hukukunda Af, Ankara 1944, s.9 ve 10.

## 2. Batı Avrupa

Feodal düzendeki eski Fransız hukukunda af tasarrufunda bulunma yetkisi senyörlere tanınmış; ancak bu yetkinin zamanla kötüye kullanıldığı görülmüştür. İhtilal sonrasında ise, geçmişin deneyimlerinden de etkilenecek, affın icra organınca kullanılmasının yargı erkine müdahale olduğu görüşü doğmuş ve gelişmiştir. Ancak 1802 yılında af yetkisini imparatora tanıyan senato kararı ve ardından 1848 Anayasasının kurduğu, genel ve özel afları tanıyan organları ayıran ikili sistem, imparatorun, af yetkisinden tamamen arındırılmadığını göstermektedir.<sup>42</sup>

Affa yetkili organlara ilişkin ikili sistem (parlamento-devlet başkanı) yalnız Fransa’da değil, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin çoğu bakımından halen varlığını korumaktadır.<sup>43</sup> Bu sistemle birlikte genel ve özel af ayrımı da daha belirgin hale gelmiştir.

Mutlak monarşilerin çoğunda kabul edilen adaletin kraldan kaynaklandığı ilkesini tam anlamıyla benimseyen sistemlerden biri olarak İngiltere’de, kralın (veya kraliçenin), cezaların verilmesine veya çektirilmesine engel olma yetkisi mevcuttur. Bütün suçların krala karşı işlendiğinin kabul edildiği dönemlerde, suçtan zarar görenlerin veya bir başka şahsın ya da organın affetme yetkisi bulunmamaktaydı.<sup>44</sup> Ancak zamanla parlamentoya verilen genel af yetkisiyle bu kural aşılmış oldu. Kralın ise, belli hallerde kullanamayacağı ancak hala varlığını sürdüren af yetkisi, yargılamayı durdurmak (*nolle prosequi*) veya mahkumiyet sonrası cezayı ortadan kaldırmak (*pardon*) etkilerini doğurabilmektedir.<sup>45</sup> Genellikle *özel af* olarak

---

<sup>42</sup> ÖZEK: s.124 ve 125.

<sup>43</sup> GÖZLER: “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, C.18, s.298-329.

<sup>44</sup> ÖZEK: s.125.

<sup>45</sup> GÖZLER: “Karşılaştırmalı”, s.310.

anılmakla birlikte<sup>46</sup>, kralının bu yetkilerinin Kıta Avrupası hukukundaki özel af kurumu ile tam olarak örtüşmediğini söylemek mümkündür. Zira özel af, soruşturmayı veya kovuşturmayı durdurmak gibi bir etkiye, hiçbir zaman sahip değildir.

### 3. İslam Hukuku

#### a) Genel Olarak

İslam inancının devlet tarafından resmi olarak benimsendiği, yani hukukun İslam dinine dayandırıldığı devletlerde ise, af kurumunun yerini sağlıklı değerlendirebilmek için İslam ceza hukuku hakkında temel bilgiye sahip olmak gerekmektedir. Bu sistemde suçlar üçe ayrılmaktadır. Bunlar, kişi haklarına karşı suçlar, Allah'a karşı suçlar ve ayet ya da hadis gibi herhangi bir İslam Hukuku kaynağında suç olarak gösterilmemiş ve cezası öngörülmemiş olmakla birlikte toplum ve kişiler bakımından zararlı olduğuna kanaat getirilmiş olan ve *tazir*<sup>47</sup> cezasını gerektiren suçlardır. Bu suçlardan ilk gruba girenler bakımından öngörülen ceza *kıyas* ve *diyettir*. Kıyas, işlenen suça vücut veren fiilin aynısı ile karşılık verilmesi; diyet ise, kıyas istenmediği ya da kıyasın mümkün olmadığı durumlarda mağdura ya da yakınına maddi bir değer olarak verilen bedeldir.<sup>48</sup> Kıyas, mağdur veya onun velisi için bir hak olmakla birlikte sadece kıyastan veya her ikisinden

---

<sup>46</sup> **ÖZEK:** s.125.

<sup>47</sup> "Tazir" sözcüğü zorlamak, terbiye etmek, yasaklamak anlamına gelmektedir ve bu cezanın verilmesinde, gerek suçun tespiti gerekse verilecek cezanın türü ve miktarı bakımından hakimnin takdiri bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKBULUT İlhan:** "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", AÜHFD 2003, C.52, S.1, s.167-181.

<sup>48</sup> *Bakara Suresi'nin 178. ayeti kısası ve kıyasın yapılamaması veya suçlunun affedilmesi hususlarını açıklamaktadır: "Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kıyas farz kılındı. Hüre karşı hür, köleye karşı köle, kadına karşı kadın kıyas edilir. Ancak öldüren kimse, kardeşi (öldürülenin vârisi, velisi) tarafından affedilirse, aklın ve dinin gereklerine uygun yol izlemek ve güzelliikle diyet ödemek gerekir. Bu, Rabbinizden bir hafifletme ve rahmettir. Bundan sonra tecavüzde bulunana elem dolu bir azap vardır."*

vazgeçmek; yani faili tümüyle affetmek de mümkündür.<sup>49</sup> Burada kısasa, diyete ya da affa karar verecek tek yetkili kişi mağdur veya öldürme suçu söz konusu olduğunda onun velisi, onun bulunmaması halinde de varisleridir. Devlet başkanı veya hakim bu konuda bir yetkiye sahip değildir. Ancak af gerçekleşse dahi yetkili otorite taziren ceza verebilir. Allah'a karşı suçlar ise hırsızlık, zina, dinden dönme gibi Kuran'da belirtilen ve değişmez *hadd* cezaları ile karşılanan bir diğer grup suçlardır. Hadd cezaları çok ağır olduklarından, uygulanmaları için, suçun işlendiği şüpheyeye yer bırakmayacak ölçüde ispatlanmış olmalıdır. Şüphe olduğunda ise bu ceza türü uygulanmaz. Ayrıca hadd cezasını gerektiren suçların kendine özgü affedilme sebepleri vardır. Örneğin hırsızlıkta ihbardan önce çalınan şeyi iade etmek cezadan kurtarır. Yol kesicilikte yakalanmadan önce nedamet ve tövbe, haddi düşürür. Tazirle cezalandırılacak suçlarda ise hakime büyük bir takdir yetkisi bırakılmıştır.<sup>50</sup> Hakim isterse suçluya sadece öğüt verir; onu azarlar, hapsedtirir, sürgüne yollar, yüzünü karalayarak teşhir ettirir, sopa attırır. Yine suçundan vazgeçinceye kadar selam vermemek, kendi haline terk edilmekle de tazir olunabilir.<sup>51</sup>

## **b) Osmanlı İmparatorluğu**

Osmanlı İmparatorluğunda yasama, yürütme ve yargı erklerini kendisinde toplayan padişah, bireysel veya toplu şekilde affetme yetkisine de sahipti.<sup>52</sup> Padişahın af yetkisinin hukuki temeli ise, padişah adına cezalandırmak için kendilerine yetki verilmiş olan kadılardan, cezalandırma konusunda verilen vekaletin

---

<sup>49</sup> “*Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş kısas edilir. Yaralar da kısasa tabidir. Kim de bu hakkını bağışlar, sadakasına sayarsa o, kendisi için kefarettir. Allah'ın indirdiği ile hükmetmeyenler zalimlerin ta kendileridir.*” Maide Suresi, 45. ayet

<sup>50</sup> Bu geniş takdir yetkisi, ceza vermemeyi; yani affetmeyi de kapsamaktadır.

<sup>51</sup> **AKBULUT**: “*İslam Hukukunda*”, s.171.

<sup>52</sup> **ÖZEK**: s.127.

geçici olarak alınması idi.<sup>53</sup> Ancak onun af yetkisine ek olarak, bir de İslam Hukukunun gereği olarak yalnızca kişilere karşı işlenen suçlara özgü ve mağdur veya mağdurun mirasçıları tarafından kullanılabilen af yetkisi bulunmaktaydı.

1876 tarihli Kanun-ı Esasi ile af kurumu ilk defa Anayasal bir dayanağa sahip olmuştur.<sup>54</sup> 1831 tarihli Belçika Anayasası'ndan alınan ve 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'nin 7. maddesi olan hükme göre, “(...) mücazatu kanuniyenin tahfifi ve affi(...) mukaddese-i padişah cümlesindedir (...)” Görüldüğü gibi o dönemde de affetme yetkisi padişaha tanınmıştır. 1909 yılında Anayasada yapılan değişiklik sonrasında 7. maddeye şu ifade eklenmiştir: “ (...)Mücazatu kanuniyenin tahfif veya affi, Meclisi Umuminin tesvibi ile affi umumi ilanı(...)”. Böylece padişahın tek başına kullandığı affetme yetkisi özel af ile sınırlandırılmış; genel af yetkisi ise meclisin onayı ile kullanılabilir hale getirilmiştir.

#### 4. Çağdaş Türk Hukuku

1921 tarihli Anayasada affa ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak o dönemde de, 7. maddede yer alan “Ahkâmı şer’iyyenin tenfizi, umum kavaninin vazı, tadili, feshi, ve muahede ve sulh akti ve vatan müdafaası ilânı gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir.” hükmünden ve meclis hükümeti sisteminin kabul edilmiş bulunmasından dolayı meclisin af yetkisine de sahip olduğu kabul edilmekteydi.<sup>55</sup>

Bundan sonraki Anayasalarımızda af yetkisi, genel ve özel af ayrımıyla birlikte düzenlenmiştir. 1924 Anayasasının 26., 1961 Anayasasının 64. ve 1982 Anayasasının 87. maddesinde, parlamentonun yetkileri arasında genel ve özel af da

<sup>53</sup> SOYASLAN Doğan: “Af”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, C.18, s.415.

<sup>54</sup> Bkz. KEYMAN: s.85.

<sup>55</sup> KEYMAN: s.85.; ÖZEK: s.127 ve 128.

sayılmıştır. 1924'ten beri yürürlüğe giren tüm Anayasalarımızda Cumhurbaşkanına tanınan özel af yetkisi de, yine sebeple sınırlandırılmış haliyle düzenlenmiş bulunmaktadır.

### C. AFFA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Affin leh veya aleyhinde yaklaşım, af kurumunun bağımsız bir değerlendirmesi olabileceği gibi; cezalandırmanın hukuki niteliği ve amacı gibi konularda benimsenen farklı eğilimlerin doğal sonucu da olabilmektedir. Bu çalışmada affa ilişkin görüşlerin belirleyicisi olan iki konuya öncelikle yer verilmiş ve ardından bunlardan bağımsız olarak geliştirilen diğer görüşlere değinilmiştir.

#### 1. Cezalandırmanın Amacı Üzerine Geliştirilen Görüşlerin Affa

##### Yaklaşımı

Cezalandırmanın amacı, hukukçuların ve filozofların zihinlerini, güncelliğini yitirmeksizin tarih boyunca kurcalamış olan bir meseledir. Bu meseleye dair görüşler günden güne artmış, modern anlayışa gelene kadar pek çok farklı öğretinin peşinden gidilmiştir. Bu teorilerden bir kısmı cezalandırmayı geçmişe yönelik tedbirler bütünü olarak görmekteyken, zamanla cezalandırmanın amacını gelecekte suç işlenmesini önlemek olarak belirleyen anlayış önem kazanmıştır. Bu iki teoriyi bir arada toplayan görüş ise cezanın temelinde ödetmenin yattığını reddetmemekte, ama aynı zamanda geleceğe yönelik faydacı amaçlar da taşıdığını savunmaktadır.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Cezalandırmanın amacına dair görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **TOROSLU Nevzat**: “*Ceza Hukukunda Okullar*”, Nurullah KUNTER’e Armağan içinde, İstanbul 1998, s.367-376.; **ÜZÜLMEZ İlhan**: “*Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)*”, AÜEHFD, C.V, S.1-4(2001), s.259-294.

Suç ile ortaya çıkan kötülüğün ceza ile ödetilmesi, önceleri, ferde ait olan oç alma hakkının devlete geçmesi ile açıklanmış; daha sonra da dini öğretilerin benimsediği kefarete düşüncesi ile cezanın adaleti temin ettiği görüşüne dayandırılmıştır.<sup>57</sup> Her ne temele dayanırsa dayansın cezalandırma, geçmişe yönelik olarak uygulanan bir tedbir niteliğinde yani ödetme amacına hizmet eden bir araç olarak görüldüğünde, af kurumu, iktidar gücünü elinde tutan kişi ya da grubun gücüne güç katan bir silaha dönüşebilmektedir. Zira gerek kendisini gerekse kişileri hedef alan suçların bedelini ödetme bakımından kendini görevli gören otorite, af mekanizmasını, uygulayacağı ceza yaptırımından bir an için vazgeçiş olarak görür. Bunu da işlenen suçta cezalandırma ile elde edeceği menfaatten daha büyük bir menfaat elde etme adına yapar. Bu menfaat yüzyıllar boyunca değişmişse de; sıklıkla, iktidar gücünü temin için zemin oluşturmak gibi politik amaçlardan ibaret olmuştur.<sup>58</sup> Nitekim cezada kefarete esasını benimseyen *KANT* da, atıfet işlemlerini, egemenlik haklarının en kaypağı olarak nitelendirmektedir.<sup>59</sup> Cezayı tümüyle ortadan kaldırma hakkının egemene verilemeyeceğini, çünkü bu şekilde egemenin kendisini güçlendireceğini ve büyük ölçüde adaletsizliğe yol açabileceğini; özellikle bir kişinin diğer bir kişiye karşı işlediği suçlarda egemenin affetmeye hakkı olmadığını, eğer kendisine böyle bir hak tanınacaksa da bunu ancak kendisine karşı suç işlenmesi durumunda ve halkın güvenliğinin tehlikeye düşmemesi kaydıyla kullanabileceğini

---

<sup>57</sup> **DÖNMEZER-ERMAN:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 9.Bası, 1986, s. 601 ve 602.

<sup>58</sup> **ÖNDER Ayhan:** Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963, s.67.; **ÖZEK:** s.135.

<sup>59</sup> Bkz. **KEYMAN:** s.19.

vurgulamıştır.<sup>60</sup> Bu görüşte, affin ancak toplum için zaruri olması halinde meşru karşılanabildiği görülmektedir.

Zamanla, salt geçmişte yaşananların bedelini ödetmeye dönük olan cezalandırma anlayışının karşısına -özellikle pozitivistlerin etkisiyle- ceza hukukunda yaptırımın, geleceğe yönelik tedbirler olduğunu belirten görüş çıkmıştır. Bu anlayışa göre, artık olan olmuştur; önemli olan suçluyu bir daha suç işlemesini engelleyecek şekilde ıslah etmektir.<sup>61</sup> Cezaların asıl amacı, pozitif hukukta öngörülecek değişik tipteki cezai yöntemlerle suçluyu ıslah etmek ve suçta tekerrürü önlemektir. Bu görüşün doğal sonucu, af kurumunun kabulünün zorlaşmasıdır. Zira öngörülen yaptırımların af gibi bir mekanizmayla engellenmesi, ıslah amacına ulaşmak için kat edilmesi gereken yolun baştan ortadan kaldırılması anlamına gelecektir.

Her iki görüşün uzlaşmasıyla, cezalandırmanın amacı hem geçmişte işlenen suçların bedelini ödetmek, suçluya azap çektirmek ve onun bir daha suç işlemesini önlemek; hem de gelecekte toplumdaki diğer bireylere yönelik genel önleme ve korkutma olarak da açıklanmıştır. Buna göre, kanunlara yönelik kamuoyunun desteği, suçluya azap çektirmek suretiyle canlı tutulabilir; bu sayede uygulanan cezanın azap ve elem verici niteliği, toplum üyelerinin ortak değerlere yönelik saldırılara karşı dayanışmalarını sağlar ve suç işlenmesini engelleyecek şekilde suçlulara yönelik nefret duygusu da körüklenmiş olur.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Bkz. **YALÇIN SANCAR Türkan**: “ ‘23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, C.18, s.152.

<sup>61</sup> **DÖNMEZER-ERMAN**: C.II, s.602.

<sup>62</sup> **DÖNMEZER-ERMAN**: C.II, s.602.

Bu son görüşte, cezalandırma bir amaç olmaktan ziyade; korkutma, önleme, uslandırma ve gerektiği zaman da tasfiye etme amaçlarına hizmet eden bir araç olarak görülmektedir. Mantık gereği bu yaklaşımın af kurumu hakkındaki yansıması, toplumsal ihtiyaçlar gözetilmek suretiyle affin desteklenmesi şeklinde olmaktadır. Nitekim cezalandırma ile elde edilmek istenen amaçlara başka vasıtalarla ulaşılabileceği ya da istenilen sonucun zaten gerçekleştiği kanaatine varıldığı takdirde, bir araç olarak görülen cezadan vazgeçmek mümkün olabilmelidir.

## **2. Cezalandırmanın Hak veya Yetki Olmasına Göre Affin Değerlendirilmesi**

Affin hukuki mantıksal temeli, cezalandırmanın devlete ait bir hak mı yoksa kullanılması zorunlu bir görev ya da yetki mi olduğu tartışmasına verilen cevap bakımından da farklılık arz eder. Zira cezalandırmanın devlete ait bir hak olduğu kabul edildiğinde<sup>63</sup>, diğer haklardan farksız olarak cezalandırmanın da, sahibine kullanma ya da kullanmama yönünde bir takdir yetkisi verdiği kabul edilmelidir. Buradan hareket edildiğinde af kurumu kendi meşruiyetini tartışmasız ilan eder. Çünkü suçun işlenmesinden sonra devlet, kendine ait sübjektif bir hak olan cezalandırma hakkını hiç kullanmayabilir, af yoluyla bir süreliğine kullanmaktan vazgeçebilir yahut cezalandırmayı tercih edebilir. Oysa devlete, kullanımı zorunlu bir yetki vermek olarak düşünüldüğünde cezalandırma, kendisinden

---

<sup>63</sup> Cezalandırmanın devlete ait bir hak olduğuna dair görüşler için bkz. **MERAY:** s.4.; **TANER Tahir:** Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953, s. 661.; **PARLAR Ali - HATİPOĞLU Muzaffer:**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2010, C.1, s.1090.; **HAKERİ Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s.632.

vazgeçilemeyecek bir görev, egemenliğin bir tezahürü, bir erk olacaktır.<sup>64</sup> Bu görüşte, kanun ile dahi yapılsa affa yer olmadığı açıktır.

Bir başka görüşe göre, cezalandırma yetkisinin çerçevesini kesin olarak çizmeye çalışmak gerekli değildir; önemli olan bunun hukuk tarafından düzenlenmiş yasal bir güç olduğunu belirlemektir. Doğal bir güce değil; hukuki bir güce dayanan cezalandırma yetkisi, yine hukuk ile sınırlandırılabilir. Bu görüş cezalandırmanın devlete ait bir yetki olduğunu kabul etmekle birlikte, cezalandırmadan vazgeçilemeyeceğinde ısrar etmemekte; diğer bir deyişle yasama organı tarafından devlete ait cezalandırma yetkisinin hangi hallerde kullanılmayacağını belirlemesinin mümkün olduğunu savunmakta ve böylece af, zamanaşımı gibi kurumların meşruiyetini kabul etmektedir.<sup>65</sup>

Cezalandırmayı, kaynağı Anayasa olan devlet yetkilerinden biri, affetmenin bu yetkinin diğer yönü olarak belirleyen görüş de, yukarıdakine paraleldir.<sup>66</sup>

Bir de cezalandırmanın devlet için hem bir hak hem de yetki olduğunu belirten ve bu iki kavram arasında bir tercih yapmak yerine, devlet ile birey arasında kurulan “cezalandırma hukuki ilişkisi”ne vurgu yapan yazarlar olmuştur.<sup>67</sup> Bu ilişki özü itibarıyla, egemenliğin bir tezahürü olarak ceza kanunu koyma erkine sahip devlet ile ceza hukuku düzenine uymadığında cezaya katlanma yükümlülüğü bulunan

---

<sup>64</sup> Cezalandırma erki teorisini kuran *VASSALLI*, ceza hukukunun kişiler arası bir hukuki ilişkide olduğu gibi bir tarafa yükümlülük yüklerken diğer tarafa, buna uyulmadığında kullanılacak bir hak verdiği görüşüne karşı çıkmaktadır. Bu anlayışta cezalandırma, üzerinde tasarruf edilmesi mümkün olmayan yani devredilemeyen, kullanımından vazgeçilemeyen, affa ve zamanaşımına uğramayan bir güçtür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **VASSALLI Giuliano**: *La Potesta' Punitiva*, Torino 1942, s.11 vd. Ayrıca bkz. <http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler1.html> (“Cezalandırma Hakkı” başlıklı makale) (Erişim tarihi:23.08.2011); **HAFIZOĞULLARI**: “Cezalandırma Hukuki İlişkisi”, s.387-415.

<sup>65</sup> **ANTOLISEI Francesco**: *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Milano 1997, s.59.

<sup>66</sup> AYM E.1966/27, K.1968/8 künyeli ve 21.02.1968 tarihli kararı. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (Erişim tarihi: 31.10.2011). Aynı yönde bkz. **SOYASLAN**: *Genel Hükümler*, s.580.

<sup>67</sup> **HAFIZOĞULLARI**: “Cezalandırma Hukuki İlişkisi”: s.392-396.

ya da bu cezaya zorla boyun eğen birey arasında, suçun işlenmesinden önce ve sonra doğan haklar ve yükümlülükler bağı olarak ifade edilmektedir. Esasen burada “hak-yetki-görev” tartışmasının dışında kalmak, affin meşruiyetine dair farklı bir yaklaşım benimsenmesine neden olmamaktadır. Çünkü diğer görüşlere aynı uzaklıktan bakan cezalandırma hukuki ilişkisi teorisyenleri, bu hukuki ilişkiyi sona erdiren sebepler arasında affi da incelemiş; fakat kurumun varlık temelini sarsacak herhangi bir eleştiri getirmemişlerdir.

### **3. Affin Meşruiyeti Hakkındaki Bağımsız Görüşler**

Cezalandırmanın amacından ya da bunun devlete ait bir hak ya da yetki olup olmamasından bağımsız olarak da af, meşruiyeti bakımından yoğun tartışmalara konu olmuş bir kurumdur.

#### **a) Affi Destekleyen Görüşler**

Affin lehinde ileri sürülen görüşlerden ilki, demokratik ceza hukuku düzeninde kefarete kadar önemli olan bir değer de adalet olduğunu belirterek yola çıkar. Adalet, suç ile ceza arasında bir oran bulma gayretindedir, ancak kanunlarla bu oran salt soyut olarak takdir edilmiştir. Böylece somut olaylarda adaletsizlik ortaya çıkabilmektedir. Bu adaletsizliği engelleyecek olan, her olayda farklılık arz eden hakkaniyet duygusudur; ki bunun da takdiri hakime bırakılmalıdır. Hakime tanınan takdir yetkisi, hukukun hayat ile bağını kurar. Ama bu bağ salt takdir yetkisiyle değil, kimi olağanüstü durumlarda da af ile mümkün olmalıdır. Ceza hukukunun

insani olması isteniyorsa, özellikle siyasetçiler tarafından ihtiyatlı kullanılması kaydıyla, af kurumundan yoksun kalınmamalıdır.<sup>68</sup>

Soyut ve genel olmalarının yanında, toplumsal yaşamın geçirdiği hızlı değişikliklere ayak uydurmakta zorlanan ceza kanunlarının, bu yönüyle de adaletsiz sonuçlara neden olabileceği düşünülmüş; zaman zaman yapılan gözden geçirmeler ile bunun engellenemeyeceği ve kanunları sosyal hayatın gereklerine uydurabilmek için affın da devreye girmesi gerektiği savunulmuştur.<sup>69</sup> Ayrıca af yerine önerilen suç olmaktan çıkarmanın, affa eş değer de olamayacağı; zira bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi için birtakım fiillerin suç olarak kalmakla beraber yalnızca belli bir dönemi kapsayacak şekilde affedilmesinin, amaca daha uygun olduğu üzerinde de durulmuştur.<sup>70</sup>

Affi desteklemek üzere ileri sürülen bir diğer gerekçe ise, adalet mekanizmasının istisnasız olarak mükemmel işleminin mümkün olamayacağı ve sıklıkla rastlanan adli hataların affa önüne geçilebileceğidir.<sup>71</sup> Buna göre, belirli bazı şartların varlığı halinde kullanılan af, adaletin gereğidir ve af kurumu ile hukukun yarattığı ağır etkiler adalete uygun hale getirilmiş olur.<sup>72</sup>

Fakat bu son gerekçe, adli hataların başka türlü düzeltilmesi imkanının tanındığı hukuk düzenleri bakımından desteklenmesi güç bir görüştür. Nitekim olağan ve olağanüstü kanun yolları, yargı kararlarının yeniden değerlendirilmesini sağlamakla, zaten doğması muhtemel adli hataları önlemektedir. Özellikle yargılamanın yenilenmesi yolu ile kesin hükmün dahi değişmesi mümkün

---

<sup>68</sup> **BETTIOL Giuseppe**: “Suç ve Cezanın Sükutu Meselesi” (Çev.: Faruk EREM), AÜHFD 1955, C. XII, S. 1-2, s. 11 ve 12.

<sup>69</sup> Bkz. **KEYMAN**: s.14.

<sup>70</sup> Bkz. **KEYMAN**: s.20.

<sup>71</sup> Bkz. **YALÇIN SANCAR**: “23 Nisan”, Anayasa Yargısı Dergisi, s.154.; **KEYMAN**: s.15.

<sup>72</sup> Bkz. **ÖNDER**: Genel Hükümler, s.745.

olabilmektedir. Öte yandan, somut olaylardaki adaletsizlikleri gidermek için kullanıldığı belirtilen af, devletin adil karar vermediğinin itirafı olarak da değerlendirilmeye açıktır.

### **b) Karma Görüş**

Ceza kanunlarının sert bir şekilde uygulandığı zamanlarda, affin bu sertlikleri bertaraf etmek için kullanılabileceği de ileri sürülmüştür.<sup>73</sup> Salt bu gerekçeyle af kurumunu destekleyenlerin çoğu klasik okula mensup düşünürler olup, özü itibariyle affi benimsememekte; fakat kanunların yol açtığı acıları azaltmak için onu bir ihtiyaç olarak görmektedirler. Örneğin af kurumuna katıyetle karşı çıkan *BECCARIA*, kendi döneminde yürürlükte olan yasaların ne denli acımasız ve insanlık adına afları zorunlu kılacak ölçüde tüyler ürpertici olduğunu belirttikten sonra; cezaların ılımlı olması ve yargılamanın düzenli, kurallara uygun ve gerektiği ölçüde çabuk yapılması halinde af gibi bir kuruma ihtiyaç duyulmayacağını, ulaşılmaması gereken idealin de bu olduğunu savunmuştur.<sup>74</sup> Bu nedenle affin varlığını, sert uygulamaların yarattığı tahribatı azaltıcı işleviyle sınırlı olarak kabul edebilmiştir. Dolayısıyla *BECCARIA*, prensip olarak affa karşı çıkmaktadır, çünkü onu yasayla çelişen bir kavram olarak görür. Ayrıca affin sonucunda cezanın kaçınılmaz olmadığını gören suçlu ve toplum bakımından caydırıcılık unsurunun da ortadan kalkacağını belirtir. *BENTHAM*, affin gerekçesi olarak yasaların sert ve şiddetli oluşunun gösterilmesine karşı çıkmış; olması gerekenin af değil, cezaların hafifletilmesi olduğunu savunmuştur.<sup>75</sup> Cezanın toplumun korunması için gerekli olduğu bir kere kabul edildikten sonra bunun af yoluyla ortadan kalkmasının mantıklı olmadığını belirtmiş; “*ceza zaruri ise sonradan*

---

<sup>73</sup> **ÖNDER:** Tecil, s.67.

<sup>74</sup> **BECCARIA Cesare:** Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev.: Sami SELÇUK), s.217-219.

<sup>75</sup> Bkz. **YÜCEL:** s.226.

*kaldırılmamalı, zaruri değil ise hiç uygulanmamalıdır”* demiştir.<sup>76</sup> Görülüyor ki, her iki düşünür de affin yasa ile çeliştiği üzerinde durmuştur.

Günümüzde de bu anlayış varlığını korumaktadır. Zira affa, ceza hukuku alanında genel bir reform yapılması kaydıyla karşı çıkan bir görüş, hukuk devleti ilkesinin bütün esaslarıyla hayata geçirilmediği ve maddi gerçeğe ulaşma oranı düşük kalan bir ceza muhakemesi uygulaması olduğu sürece af kurumuna mecbur kalındığını belirtmektedir.<sup>77</sup>

### c) Aleyhte Görüşler

Cezanın, suçun karşılığı değil; ileriye dönük olarak, gerek suçlunun gerekse onun cezalandırıldığını gören toplumun suçtan ve adaletsizlikten nefret etmesini sağlayan bir araç olduğunu savunan görüşe göre<sup>78</sup>, bu araç, af gibi bir uygulamayla ortadan kalktığında toplumun suçtan nefret etmesi sağlanamayacak; dolayısıyla cezalandırmanın amacı olan adalet bilinci, topluma yerleşemeyecektir.

Bir başka görüş ise affin her türüne değil; bilhassa genel affa karşı çıkmıştır. Bu düşünce, suçların ve davaların değil; ancak cezaların affedilebileceği savı üzerine kurulmuştur. Zira toplumun “*suçlu olup olmadığını bilmiyorum*” demeye hakkı olmadığı; bu durumda devletin cezalandırmadan vazgeçmesi için suçun da sabit olması gerektiği belirtilerek temellendirilmiştir. Örneğin meşru müdafaa halinde suç teşkil eden fiili işleyen bir kimsenin henüz yargılama tamamlanmadan genel af ile affedilmesinin, açıklanabilir bir yanı yoktur. Bu durumda varlığının savunulabileceği tek af türü, özel aftır. Bunu yapmaya yetkili organ bakımından da,

<sup>76</sup> Bkz. KEYMAN: s.19.

<sup>77</sup> ÖZTÜRK Bahri – ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011, s.452.

<sup>78</sup> Ünlü düşünür PLATON'a ait bu görüş için bkz. ÜZÜLMEZ: s.262.

ancak yargı organına tanınan bir yetki olduğunda, affin, siyasi baskıdan arınabileceğini öne sürülmüş; mevcut haliyle af yetkisinin, yasama organı tarafından yargı erkine müdahale teşkil ettiği ifade edilmiştir. Zira bir suçlunun cezasını affetmenin siyasi bir yönü olamaz; bu yargıya ait bir konudur.<sup>79</sup>

Ayrıca sıklıkla tekrarlanan ve çoğunlukla da anlamsız olaylar vesilesiyle çıkarılan, itiraf edilmese de genellikle asıl amacı aşırı dolmuş olan cezaevlerini boşaltmak olan affin, hakimler tarafından ciddiyetle verilen mahkumiyet kararlarını hayali hale getirdiği de belirtilmiştir.<sup>80</sup>

Cezaevlerinin boşaltılması amacının, topluma kazandırma politikası görünümünün yanında, esasında en büyük getirisi ekonomik olduğu da vurgulanmış ve af sayesinde cezaevlerindeki bakım, gözetim ve beslenme masrafları yönünden önemli bir tasarruf sağlanacağı; ayrıca cezaevi personeli bakımından da rahatlık elde edileceği üzerinde durulmuştur.<sup>81</sup> Buna ek olarak, yargılama faaliyetini durdurma etkisine sahip olan genel af halinde yargı organlarının da iş yükü önemli ölçüde azalmaktadır.

Buna ek olarak, cezaevlerinin dolmuş olması nedeniyle ve “*koyacak yerimiz kalmadı*” mantığına dayanan gerekçenin, af gibi önemli bir konuda “devlet” kavramının sorgulanması gibi tehlikeli bir sonuca yol açacağı belirtilmiştir.<sup>82</sup>

Affin aleyhindeki görüşler, bunun kötüye kullanıma açık bir kurum olduğu; ıslah olmadan cezaevinden çıkan suçluları ve onları gören toplumun diğer üyelerini

---

<sup>79</sup> **EREM Faruk:** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara 1985, C.II, s.425 ve 426.

<sup>80</sup> **ANTOLISEI:** s.760.

<sup>81</sup> Bkz. **DEMİRBAŞ:** “*Af Tartışmaları*”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL’e Armağan içinde, İzmir 2001, s.532.; **DEMİRBAŞ:** “*Af Tartışmaları ve 4616 sayılı <23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun>*”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, C.18, s.79 ve 80.

<sup>82</sup> **KUZU Burhan:** “*Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü*”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, C.18, s.255.

suç işlemeye teşvik ettiği, böylece suçlu sayısının arttığı ve buna bağlı olarak cezanın ıslah ve caydırıcılık işlevlerinin ortadan kalktığı; çıkarılan her af kanununun yeni af taleplerini tahrik ettiği; ceza kanunlarının birçok hükümleri ile infaz kurumlarını birer süs haline getirdikleri gibi gerekçelere de dayandırılmıştır.<sup>83</sup>

Ayrıca toplu olarak uygulanan aflarda, fail değil fiil esas alındığından herhangi bir öznelleştirme yapılamamakta ve affa layık olmayanlar da af kapsamına alınmaktadır.<sup>84</sup> Af yetkisi kullanılmadan evvel herhangi bir soruşturma yapılmaması, sadece suçların niteliği veya cezalarına göre affin kapsamının belirlenmesi bazı sakıncalar doğurmaktadır.<sup>85</sup> Esasen bu görüş, -şayet cezalandırmanın amacı ıslah ise- pek çok mahkumun ıslah edilmeden salıverildikten sonra genellikle yeniden suç işlediği gerçeği<sup>86</sup> ile doğrulanmaktadır.

Öte yandan affin eşitsizlik unsuruna doğası gereği sahip olduğu üzerinde de durulmuş; bu olumsuz kanaat, belli tarihe kadar işlenmiş olan suçların cezasız kalmasının, oysa diğerleri bakımından gün ve hatta saat farkı yüzünden ceza kanunlarının tüm şiddetiyle uygulanmasının eşitlik ve adalet kavramları ile bağdaşmadığı şeklinde açıklanmıştır.<sup>87</sup> Eşitlik ilkesi ile olan ilişkisi bakımından,

<sup>83</sup> Bkz. **ALACAKAPTAN Uğur**: “780 Sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun”, AÜHFĐ 1965-1966, C.XXII-XXIII., S.1-4., s.22 ve 23.

<sup>84</sup> Bkz. **KEYMAN**: s.27-28.; **TANER Tahir**: s.108 vd.

<sup>85</sup> **ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA A. Caner**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s.964.

<sup>86</sup> Örneğin Cumhuriyetin 50.yılı nedeniyle 15.05.1974 tarihinde kabul edilen 1803 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun ile boşalan cezaevlerinin kısa sürede yeniden dolduğu görülmüştür. İstatistiksel veri için bkz. **YÜCEL**: s.229. Ayrıca 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” ile salıverilip bir kısa süre içerisinde hakkında yeniden cezai takibat başlatılanlara ilişkin veriler için bkz. **ÇAKMAK Seyfullah**: “Türk Hukukunda Af Sorunu”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu – Okan Üniversitesi (27.12.2010, İstanbul) Kitabı içinde, s.59-62.

<sup>87</sup> Gerçi bu görüşü ileri süren yazara göre, sırf bünyesinde eşitsizlik ve adaletsizlik unsurları barındırıyor diye af kurumunun Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Nitekim af kanunları çıkarmanın TBMM'nin yetkileri arasında olduğunu belirten bizzat Anayasadır. Bu durumda yapılması gereken, işin doğası gereği eşitlik ve adalet ilkeleriyle birebir örtüşmeyen affin

affin, dün işlenen ve cezalandırılan; yarın da işlenecek ve cezalandırılacak olan suçların arasında affedilen bir kategori yarattığını ifade edilmekte ve bunun hiç de adil olmadığı belirtilmektedir.<sup>88</sup>

Bir başka eleştiri de, devletin kişilere karşı suçlarda gösterdiği cömertliği, kendisine, yani devlete karşı işlenen suçlarda göstermediğine ilişkindir. Devletin af yetkisini kullanmak istemesi halinde, bunu, en başka kendisine yönelik suçlarda gerçekleştirmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>89</sup>

Son olarak değinilmesi gereken, af ile siyasi suçluluk arasındaki bağa dikkat çeken görüşlerdir. Bunlar da temelde affa ilişkin olumsuz görüşlere katılmakla birlikte, kurumun sadece siyasi suçlara<sup>90</sup> özgü olarak uygulanmasında fayda görmektedir.<sup>91</sup> Aydınlanma sonrasında devleti kralın şahsı ile özdeş sayan inanın çökmesine yol açan akımların etkisiyle siyasi suç-adi suç ayrımı ortaya çıkmış ve bu suçlar farklı yaptırımlara tabi tutulmuştur. İlk olarak Fransa'da, siyasi suçlar için adi suçlardan daha hafif cezalar öngörülmüş, hatta bir süre sonra siyasi suçlarda ölüm cezası kaldırılmıştır. Bu akımdan etkilenen diğer devletler de iç hukuklarında aynı gelişmeleri izlemiş ve devletler arasında siyasi suçluların iadesini engelleyen antlaşmalar imzalanmaya başlamıştır. Zamanla belli bir siyasi düzen içerisinde suçlu veya asi sayılan kimselerin, eylemleri başarıya ulaştığı takdirde, kahraman addedilmesi ile siyasi suçlara yönelik katı tutumu günden güne eritmiş; hatta siyasi

---

çıkarılması ve uygulanmasında bu olumsuz yönlerini daha belirgin hale getirmekten kaçınmaktır. Görüş için bkz. **ALACAKAPTAN Uğur**: "780 sayılı", s.22.

<sup>88</sup> İtalyan öğretilerinde *GAROFALO*'nun benimsemiş olduğu bu görüş için bkz. **BAYRAKTAR Köksal**: *Okan Üniversitesi'nde 7 Aralık 2010 Tarihinde Sunulan Tebliğ*, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu –Okan Üniversitesi (27.12.2010, İstanbul) Kitabı içinde, s.89.

<sup>89</sup> **ÖZTÜRK – ERDEM**: s.452.

<sup>90</sup> Siyasi suçun tanımı hakkında bkz. **TANER Tahir**: s.114-128.; **ZAFER Hamide**: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2010, s.471-474.

<sup>91</sup> **TANER Tahir**: 108 vd.; **MERAY**: s.20.

suçların sosyal gelişme için yararlı bile olduğu söylenmiştir.<sup>92</sup> Bu eylemlerin ülkeden ülkeye ve dönemden döneme değişen niteliği karşısında, siyasi suçlular gerçekte birer suçlu değil de; siyasi mücadelelerinde yenik düşen kişiler olarak addedilmiştir. Bunun etkisiyle de özellikle siyasi yönden çalkantılı dönemlerin ardından, bu dönemlerde işlenen suçların affedilmesi ihtiyacı doğmuştur. Ayrıca siyasi suçluların affı, salt rejim değişikliği mücadelesini başarıyla sonuçlandıranlar bakımından değil; yeni kurulan ya da kendilerine yeni birer sayfa açan devletlerin, barış ve sükunet ortamının tesisi için eski dönemde işlenen siyasi nitelikli suçları affetmesi şeklinde de olabilir.<sup>93</sup> İşte kimi yazarlar da, adi suçlar bakımından yararsız hatta zararlı gördükleri genel affın siyasi suçlar bakımından uygulanmasını açıklanan bu sebeplerle desteklemişlerdir.<sup>94</sup> Ancak bu noktada eklenmesi gereken husus, siyasi suçların affı söz konusu olduğunda affa tabi olacak siyasi suçlar arasında seçim yapma güçlüğünün gündeme gelişidir. Kimi yazarlar bu konuda belli bir takım siyasal suçların diğerlerinden ayrı tutulmasının hoşgörüleştirmeyeceğini belirtmiştir.<sup>95</sup> Ancak siyasi suç ve adi suç ayrımında olduğu gibi, siyasi suçların da kendi içinde nesnel bir ölçütle ayrılması oldukça güçtür.

---

<sup>92</sup> Siyasi nitelikteki suçların faydalı olduğuna dair öğretileri ileri sürülen görüşler için bkz. **DÖNMEZER Sulhi**: Kriminoloji, İstanbul 1975, s.47-51.

<sup>93</sup> Örneğin Güney Afrika’da yaşanan ırkçılık eksenli işkence, mecburi iskan, politik saiklerle işlenen cinayetler, iki farklı ırktan gelen bireylerin temaslarının cezalandırılması gibi insan hakları ihlallerinin 1994’te *Nelson Mandela* başkanlığında başlayan yeni düzende affedilmesi, ülke genelinde kutuplaşmanın sosyal yönden engellenmesi, işlenen suçların tüm gerçekliğiyle ortaya çıkarılması ve barışın, sükunetin tesisi amaçlıdır. Bu uygulamada önemli olan bir husus da, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu eliyle siyasi suçlu adi suçlu ayrımının yapılması; böylece affa tabi olacak siyasi suçluların tek tek tespit edilmesidir. Böylece af aleyhinde ileri sürülen affa layık olmayanların da affedilmesi eleştirisinin aşılabileceği anlaşılmaktadır.

<sup>94</sup> **TANER Tahir**: s.112-113. (1 no.lu dipnot)

<sup>95</sup> **ALACAKAPTAN**: “780 Sayılı”, s.24.

#### 4. Değerlendirme

Suç ile bozulan yalnız kamu düzeni değildir. Kamu düzeni, suçlunun cezasını çekmesi sonucu adalet kaygısını taşıyan toplum vicdanının rahatlaması ile yeniden tesis edilmektedir ve suçun cezasız kalmadığını gören diğer vatandaşlar tarafından işlenebilecek olası suçların önlenmesi ile bu düzen korunmaktadır. Yani cezalandırmanın toplumsal yönden menfaat sağlayan yönü, bozulan düzenin yeniden kurulması ve bunun korunmasıdır. Fakat suç ile esas olarak suçlunun düzene aykırı olma iradesi ortaya çıkmaktadır ki bu da, tıpkı bozulan kamu düzeni gibi -hatta daha öncelikli olarak- onarılmaya ve korunmaya muhtaçtır. Dolayısıyla cezalandırmanın amacı öncelikle kişinin, sonra da toplumun düzeltilmesidir. Ödetme ve önlemenin olduğu kadar ıslahın da önem taşıdığı bir cezalandırma sistemi, bu sebeple idealdir. Böyle bir cezalandırma sistemi kurulduğunda, aynı zamanda yargı sürecinde olası hataların önüne geçildiği de varsayılırsa, büyük siyasi dönüşüm süreçleri haricinde affa yer olmadığı kanaatindeyiz.

Cezalandırmanın hak veya yetki olması tartışmasına ilişkin değerlendirmemiz ise, cezalandırmanın bir yetki olduğu ve kaynağını devletin iktidar sahibi olmasından aldığı yönündedir. Ceza vermesi meşru kabul edilen bu güç sahibi, affetmeye de yetkilidir.<sup>96</sup> Cezalandırma yetkisinin hangi hallerde kullanılıp kullanılmayacağı, yasama organı tarafından tespit edilebilmektedir. Cezalandırma yetkisinin kullanılmayacağı haller, fiilin suç olmaktan çıkarılması gibi süresiz nitelikte olabileceği gibi; af gibi belli bir döneme de özgülenebilmekte; yine kanunkoyucunun iradesiyle şikayetten vazgeçme, uzlaşma, önödeme, erteleme gibi kurumlar eliyle farklı amaçlara da hizmet edebilmektedir.

---

<sup>96</sup> Aynı yönde bkz. **HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s.533.

Cezalandırmanın hukuki niteliği veya amacına ilişkin görüşlerden sıyrılıp affa bağımsız olarak bakıldığında, bu kurumun cezaların kesinliğini zedeleyerek hukuk sisteminde büyük tahribat yaptığı kuşkusuzdur. Hukuk, özellikle de ceza hukuku, salt yazılı kuralların usulüne uygun olarak yetkili merci tarafından çıkarılmasından ibaret olmadığından; yani etkili olabilmesi için aynı zamanda toplum tarafından benimsenmeye de muhtaç olduğundan af kurumunun yarattığı adaletsizlik algısı, devletin aczi kanaatini de beraberinde getirmektedir. Diğer bir deyişle af, suç işlenmesini önlemek ve işlenen suçları cezalandırmakla yükümlü olan devletin - kendi iradesiyle- bu iki görevini de yerine getirememesine neden olmaktadır. Fakat affı tamamen ortadan kaldırmak, hiçbir devletin bugüne kadar başaramamasından da anlaşılacağı üzere, mümkün değildir. Aksine, kurumun hukuk sisteminde yer alışı, olası toplumsal kargaşaların ardından ihtiyaç duyulan birleştirme politikasının aracı olarak bir nevi teminat fonksiyonuna sahiptir. Her şeyden önce suç işlenmesinin haklı görüleceği ya da normal dönemlere kıyasla daha makul karşılanacağı belli buhranlı dönemlerin ardından, sosyal ve siyasal yapının değişmesiyle birlikte geçmişte yaşananların unutulması, toplumsal barışın sağlanmasında önemli bir aşamadır. Dolayısıyla bu üstün amaca hizmet etmesiyle sınırlı olarak affın varlığını korumasına olumlu bakan görüşler yerindedir. Fakat bu görüş ile her siyasi buhranın af yoluyla halledilebileceği yönündeki bir ön kabule sürüklenmek çok tehlikelidir.<sup>97</sup> Tehlikeli olan bir diğer husus da, siyasi suçların affında birinin diğerinden daha ayrıcalıklı muameleye tabi tutulması; üstelik bu ayrımın siyasi kaygılarla yapılıyor olmasıdır.

---

<sup>97</sup> Bkz. KEYMAN: s.27.

Affa böylesine istisnai bir karakter verilemiyorsa bile, en azından belli suçlar hakkında af çıkarılamayacağıının öngörülmesi mümkün olmalıdır. Bu sınırlama, afla ihlal edildiği öne sürülen adalet dengesinin yeniden tesis edilmesine yardımcı olabilir. Afta takdir yetkisine yönelik olarak özellikle uluslararası hukukun benimsediği sınırlamalara ileride değinilecektir. Bunlar haricinde af kapsamının belirlenmesinde, suçun pasif süjesinin birey veya devlet olması bakımından ayırım yapılarak kişilere karşı suçların devlet tarafından affedilemeyeceği de düşünülmelidir. Esasen bu görüş, salt siyasi suçların affının meşru kabul edilmesi önerisinden çok da farklı değildir. Ancak toplumsal algı bakımından, kişilere karşı suçların affedilemeyeceğinin öngörülmesi ile affın kabulünde en büyük çıkmaz olan toplumun adalet duygularının sarsılması tehlikesinin de bir ölçüde önüne geçilmesi mümkündür.<sup>98</sup> Zira bireyler en çok kendi canları yandığında, kendileri veya yakınlarına karşı suç işlendiğinde içlerindeki intikam duygusunun da etkisiyle suçlunun mutlak surette cezalandırmasını isterler ve af gibi bir kurum nedeniyle cezalandırma olanaksız hale geldiği takdirde adalete olan güvenleri sarsılır. Hatta bu durum, kişisel öç alma olaylarının artmasına da neden olur. Şikayete bağlı suçlarda bu özellik daha da belirgindir. Üstelik kovuşturmanın mecburiliği ilkesine şikayet kurumuyla istisna getirerek mağdurun iradesine başta üstünlük tanıdıktan sonra, bu iradeyi yok sayıp bu kez suçu affa tabi kılmak tutarsızlık olarak da değerlendirilebilir. Böylece mağdur ve genelinde toplum nezdinde, devletin kurduğu ceza düzeni, adalet dağıtıcı işlevden yoksun görünebilir.

---

<sup>98</sup> Ankara'da af kurumunun meşruiyetine dair yapılan bir alan araştırmasına göre, ülkemizdeki af düzenlemeleri bakımından en çok tepki çeken hususlardan biri, adi suçların affının sağlanmasıdır. Bkz. **SEYDİOĞULLARI İbrahim H.**: “Türkiye’de Ceza Afları: Ankara’da Af Konulu Alan Araştırması”, Polis Bilimleri Dergisi, C.8 (3-4), s.1-28.

Son olarak belirtelim ki, affa yönelik hiçbir ön sınırlama getirilmediğinde dahi, her bir somut af tasarrufunun öngöreceği birtakım tedbirlerin de affa yönelik eleştirileri azaltabileceği kanaatindeyiz. Zira af tasarruflarının toplum nezdinde meşruiyetini tespit etmek amacıyla yapılan araştırmalar göstermektedir ki; ülkemizde af ve af benzeri düzenlemelerin siyasal kaygılarla yapıldığı, kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelediği, vatandaşın devlete güvenini sarstığı, sistemi düzeltici değil bozucu etkiye sahip oldukları, seçim yatırımı olarak kullanıldıkları algısı yerleşmiş durumdadır.<sup>99</sup> Bu durumun esas çözümü, yukarıda da belirtildiği gibi, köklü değişiklikler yapılmasıyla mümkündür. Ancak yine de tıkanıklığı açmaya yardımcı olmak üzere ileri sürülen önerilerden bazıları, çıkarılan af kanunları ile aftan yararlanacak kimselerin belli bir süre gözetim altında tutulması; af yetkisi kullanılırken bu kapsama girecek olanların kişiliği ve geçmişinin -örneğin mahkemelerce- göz önünde bulundurulması ve böylece affa layık olan ile olmayanın tespiti; çıkarılacak affın, devlet veya bizzat suçlu tarafından mağdur ve yakınların maddi manevi zararlarının tazmin edilmesi şartına bağlanmasıdır.<sup>100</sup> Bunlara bir de ayrıca affi ret hakkının tanınması eklenmelidir. Afta takdir yetkisi yasal olarak sınırlansa da sınırlanmasa da, af uygulamalarının bu önerileri dikkate alacak şekilde icra edilmesi, adalet kaygısını taşıyan bir hukuk devletinde atılacak önemli bir adımdır.

## II. AFFIN ŞEKLİ KAYNAKLARI

### A. Genel Olarak

Hukukta bir işlemin kaynağı meselesinde biri biçimsel, diğeri ise maddi iki yaklaşım bulunmakta olup; bunlardan ilki işlemin hukuk dünyasında hangi yürürlük

<sup>99</sup> **AYDIN Ahmet Hamit – ALKIN Haluk:** “*Af Kapsamına Giren Düzenlemelerin Meşruiyeti Sorunu*”, Amme İdaresi Dergisi, C.35, S.3, Eylül 2002, s.55-74.; **SEYDİOĞULLARI:** s.25.

<sup>100</sup> **DİNLER Birol:** Ceza Hukukunda Af, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Doç. Dr. Metin FEYZİOĞLU), Ankara 2002, s.32-34. (Esere, tez danışmanının yazılı izni ile erişilmiştir.)

kaynağına sahip olduğu, diğeri ise ortaya çıkışının altında yatan sebepler hakkında bir tespiti gerektirmektedir.<sup>101</sup> Çalışmanın bu kısmı, affin hangi yürürlük kaynağı ile hukuk dünyasında varlık kazandığına, yani şekli kaynağına ilişkindir.

Bu noktada öncelikli olarak değinilmesi gereken husus, af kurumuna açıkça Anayasada yer verilmesi; yani affin Anayasal bir dayanağı kavuşturulması gereğidir. Zira af, kanunlar tarafından suç olarak kabul edilen bir fiilin, yine hukuk kurallarınca öngörülmüş olan müeyyidesinin yargı organlarınca uygulanmasına karşın; hukuk dışı bir irade ile bu müeyyidenin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasıdır.<sup>102</sup> Öğretide, Anayasanın 138. maddesinde düzenlenen *mahkemelerin bağımsızlığı* ilkesinin sonucu olarak mahkemelerce verilen kararların başka hiçbir organ tarafından değiştirilemeyeceğine dair teminat ile mahkemelerin verdikleri kararları etkisiz hale getirebilecek güçte olan *af* kurumu arasındaki tutarsızlık tartışılmış ve mahkemelerin bağımsızlığı prensibi ile çelişmesi istenmiyorsa, affin açıkça Anayasada düzenlenmesi gerektiği noktasında fikir birliğine varılmıştır.<sup>103</sup> Aksi halde biri normlar hiyerarşisinin en üstündeki kaynak olan Anayasada düzenlenmiş; diğeri ise bu kaynağı referans almamış olan iki kurum arasındaki ilişki, adeta bir çelişkiye dönüşecektir.

Anayasa m. 138/son açıkça yasama ve yürütme organları ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceğini hükme bağlamıştır. Af ise çoğunlukla yasama organı, kimi zaman da Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmakta olup her halükarda yargı organı tarafından verilen bir kararı ya da yargının henüz el

---

<sup>101</sup> **AYBAY Aydın – AYBAY Rona:** Hukuka Giriş, İstanbul 2011, s.87-89.; **GÖZLER:** Hukuka Giriş, Bursa 2006, s.134.

<sup>102</sup> **HAKERİ:** s.632.

<sup>103</sup> **KEYMAN:** s.2; **ŞEN Ersan:** Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 1998, s.643.; **ARAÇ – ERİKLİ:** s.27.; **DİNLER:** s.5-10.; **DÖNER Ayhan:** “*Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM’nin Af Yetkisi*”, EÜHFD 2008, C.XII, S.3-4, s.36.

çekmemiş olduğu bir süreci etkilemektedir. Mahkeme kararlarının hiçbir surette değiştirilemeyeceği ilkesi ve af kurumu, bu durumda çelişmektedir; birinin ötekinden üstün olması halinde üstün olanın diğerini barındırmaması gerekir. Bu soruna yol açmamak için pozitif hukuk bakımından her ikisinin de Anayasal norma konu olması sağlanmış; böylece -Anayasa kendi içinde tutarsız olamayacağından- bu kurumlar, aynı derecede meşruiyet kazanmışlardır. Fakat önemle üzerinde durulmalıdır ki; af yetkisi kullanılırken tıpkı bir yargılama faaliyeti yapılmış gibi hareket edilmesi, sözü edilen prensibi yine zedeleyecektir. Yasama organı veya Cumhurbaşkanı tarafından, affın takdiri sırasında, suçluluk meselesinin tartışılması, delil takdiri, kanunun doğru uygulanıp uygulanmadığı gibi salt temyiz merciinin inceleme alanına girebilecek nitelikteki hususların incelenmesi halinde yetki aşılmış ve yargının alanına girilmiş olur.<sup>104</sup> Böyle bir durumda, kesinleşmiş mahkeme kararlarının başka bir erk tarafından değiştirilemeyeceğine dair Anayasal teminat, kaynağını yine Anayasadan alan bir başka kurum olan af yoluyla delinmiş olur. Bu nedenle, nasıl ki yargı organı af tasarrufuna ilişkin yerindelik denetimi yapamaz; affa yetkili organ da, yargının alanına girecek değerlendirmelerde bulunamaz.

Af işleminin hukuk sınırları içerisinde kalan değerlendirmesi, daha çok işlemin biçimsel (şekli) yönüne ilişkindir. Buna ek olarak işlemin içeriği, yani kimleri veya hangi suçları kapsamına aldığı ve sonuçları da hukuki bir değerlendirme sınırlarını aşmamaktadır. Hatta böyle bir değerlendirme, yapılan ve yapılması düşünülen her bir af tasarrufu bakımından zaruridir.

---

<sup>104</sup> “Affa yetkili organ ancak bazı siyasi, ahlaki veya Anayasada gösterilen sebeplerle affedebilir. Bunların dışında sanki bir üst mahkeme imiş gibi hareket ederek, yargı mercilerince verilen ve kesinleşen hükümleri enine boyuna münakaşa ve kontrol konusu yapması, mahkemelerin bağımsızlığı prensibini zedeleyecektir.” KEYMAN: s.5. Aynı yönde bkz. ADAM Tahsin: “Af Salahiyeti”, Adliye Ceridesi 1941, Y.32, s.862.

İşlemi yapan organ bakımından, Anayasada iki tür af yetkisi düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, m. 87’de yer alan Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait genel ve özel af çıkarma yetkisi; diğeri ise m. 104 ile Cumhurbaşkanına tanınmış olan bireysel bağışlama yetkisidir ki esasen bu ikincisi de, gerek konu gerekse kişi bakımından sınırlandırılmış bir özel aftır. Organik yönden ayrılan her iki af yetkisi, amaçları, maddi içerikleri ve sonuçları bakımından olduğu kadar; hukuk dünyasında büründükleri biçim itibariyle de birbirinden farklıdır. Bu başlık altında affa yetkili organ bakımından ayrılan her iki yetkinin hangi şekli kaynak ile kullanıldığı incelenecektir. Affin sonuçlarına dayalı tasnif, bunların hukuki nitelikleri ve hukuk dünyasında meydana getirdiği sonuçlar ise bir sonraki bölümün konusunu oluşturmaktadır.

## **1. Parlamento Tarafından Yapılan Affın Şekli Kaynağı**

### **a) Kanun**

TBMM tarafından genel veya özel af mahiyetinde yapılması mümkün olan düzenlemenin, devlet işlemlerinden hangisi ile hukuk dünyasına girdiği sorusuna tereddütsüz “kanun” cevabı verilmektedir. Ancak 1982 Anayasası (aynı şekilde 1961 Anayasası), affın hukuk dünyasına hangi işlem türü olarak doğacağını açıkça belirtmemiştir. Anayasa m. 87’de Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin yetkileri sayılırken “*kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek, Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek, bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına ve savaş ilanına karar vermek; milletlerarası anlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak*” sayıldıktan sonra bir de “*genel ve özel af ilânına karar vermek*” şeklinde ifade edilen af yetkisi düzenlenmiştir. Buradaki

ifade ile *kanun* ya da *parlamento kararı* şeklindeki yasama işlemlerinden hangisine yollama yapıldığı açık biçimde anlaşılamamaktadır. Her ne kadar uygulamada ve öğretilerde, parlamento tarafından yapılan af işleminin şekli kaynağının kanun olduğu noktasında pek tereddüt yaşanmamaktaysa da <sup>105</sup> maddenin kaleme alınışında açıklık sorunu mevcuttur.

TBMM'nin sahibi olduğu Anayasal bir yetki olan affin ancak kanunla kullanılabilmesini belirledikten sonra, genel olarak kanunların hukuki işlem teorisi içindeki yerine değinmekte fayda vardır. Devlet tarafından yapılan işlemler, biri maddi yönden diğeri de şekli olarak birbirinden ayrılmaktadır. Maddi ölçüte göre, hukuki işlemin içeriği ve doğurduğu hukuki sonuç önem taşımakta; burada -işlemin kim tarafından yapıldığına bakılmaksızın- genel, kişilik dışı, objektif, soyut ve bir kez kullanılmakla tükenmeyen bir işlem *kural işlem* olarak; kişiye özel, somut bir olay ya da duruma özgü ve bir kez kullanılmakla tükenen nitelikte olanlar da *idari işlem* ya da *yürütme işlemi* olarak adlandırılmaktadır. Üçüncü olarak da *yargısal işlem*, hukuk dünyasındaki bir çekişmeyi yargıç niteliğindeki kişiler tarafından kesin olarak çözen işlem olarak tanımlanmaktadır. Maddi ölçüt esas alındığında, örneğin idare tarafından çıkarılan bir düzenleyici işlem dahi, içerik olarak yukarıda sayılan

---

<sup>105</sup> Gerçi 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, parlamento tarafından yapılan özel af bakımından, bunun hükümet teklifi olmaksızın salt meclis tarafından yapılması veya teklifin önce hükümetten gelmesi şeklinde bir ayrıma gidildiği de olmuştur. Bu görüş, hükümet teklifi üzerine meclisin kararlaştırdığı özel afların “parlamento kararı” şeklinde; meclisin hükümet teklifi olmadan karar verdiği özel afların ise “kanun” yoluyla yapılacağı sonucuna varmıştır. Bkz. **TANER TAHİR**: s.675. Bundan başka ayrıca, 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde çıkarılan 1803 sayılı Af Kanununun 2. maddesinin B bendinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal edildiği Anayasa Mahkemesi kararında, karara katılmayan bir üye, karşı oy gerekçesi olarak “*Anayasamız hükmünce yasama meclislerinin af yetkisi kanun niteliğinde olmayıp karar niteliğinde bir tasarruftur. Yasama meclislerinin karar niteliğindeki tasarrufları ise Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulmamış olduğundan, bu davaya bakmak Anayasa Mahkemesinin görevi dışında kalmaktadır.*” demiştir. Bkz. AYM 28.11.1974 tarih ve E.1974/39 K.1974/51 künyeli kararı, *Şahap ARIÇ*'in karşıoy yazısı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (Erişim tarihi: 05.04.2012)

genel, kişilik dışı, soyut olma gibi özellikleri taşıdığı için yasama işlemi sayılabilmektedir.<sup>106</sup>

Oysa şekli (organik, biçimsel) ölçüt, işlemi yapan organa ve bunun yapılaş usulüne vurgu yapmakta ve işlemleri, Devletin üç fonksiyonunu yerine getiren organlara göre ayırmaktadır: yasama, yürütme, yargı. Bu ayrıma göre yasama organı tarafından kanun adı altında, kanun çıkarılması için gerekli usul kurallarına uymak suretiyle yapılan bir işlem, içeriği ne olursa olsun kanundur.<sup>107</sup>

Biçimsel yönden yapılan sınıflandırma, maddi ölçüte nazaran daha sağlıklı sonuçlar vermekle birlikte, bu işlemlerin her birini kendi içinde bir ayrıma daha tabi tutmak bakımından yetersiz kalabilmektedir. Örneğin yasama işlemini belirlemek için ilk etapta işlemin içeriğinden ziyade kim tarafından hangi usulle çıkarıldığına bakılması, bu ölçütün objektif niteliği sayesinde kişisel yorum ve nitelendirme farklarını engellemekte; bu da işlemlerin hukuk dünyasında doğurduğu sonuçlar ve hukuki denetimlerindeki farklar düşünüldüğünde önemli bir yarar sağlamaktadır. Ancak bir yasama işlemi olan kanunu bu kez kendi içerisinde sınıflandırabilmek için maddi bir ölçütten faydalanmak gerekmektedir. Buna duyulan ihtiyaç da *yasama yetkisinin genelliği* ilkesinden kaynaklanmaktadır; çünkü bu ilkeye göre yasama organı, Anayasaya aykırı olmadığı müddetçe istediği her konuyu istediği genişlikte kanun adı altında düzenleyebilmektedir. Yani adı kanun olmakla birlikte bir kişiye özgü, bir kez kullanılmakla tükenen, somut nitelikli işlemler de yine yasama organınca yapılabilmekte ve bu tip yasaları genel, kişilik dışı, objektif nitelikli diğer

---

<sup>106</sup> Fransız Hukukçu *DUGUIT* tarafından savunulan, devlet fonksiyonlarının maddi ölçüte göre ayrılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **ÖZBUDUN Ergun**: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s.172-174.

<sup>107</sup> Fransız Hukukçu *Carré DE MALBERG*'in savunucusu olduğu, devlet fonksiyonlarının şekli ölçüte göre tasnifi görüşü hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZBUDUN**: s.174 vd.

yasalardan ayırabilen de ancak bir içerik değerlendirmesi olabilmektedir. Bu durumda yasama organı tarafından çıkarılan ve kanunun geçmesi gereken yollar izlenerek yapılan bir işlem -içeriği ne olursa olsun- kanun olarak nitelendirilmekte; fakat bu kendi içerisinde “özü itibarıyla kanun (*maddi anlamda kanun*)” veya “biçimsel yönden kanun (*şekli anlamda kanun*)” oluşuna göre ayrılmaktadır. Ancak belirtelim ki, kanunların öz bakımından ayrılması ile varılacak sonucun pratik bir yararı bulunmamaktadır. Oysa bir işlemin yasama işlemi olan kanun mu, yoksa düzenleyici bir yürütme işlemi mi olduğunu belirlemek; bunlar çıkarılırken uygulanacak hükümler, çıkarılan organ, işlemin hukuk dünyasında yarattığı etki ve kanun yolları gibi pek çok önemli hususun da belirlenmesini sağlamaktadır. Fakat şekli yönden kanun olduğu bir kez belirlendikten sonra, onun kendi içinde maddi ya da şekli diye ayrılması, bu sayılanlar kadar önemli farklar yaratmamaktadır.

Pozitif hukukumuzda, Anayasa ile Cumhurbaşkanına tanınan bireysel bağışlama yetkisi istisnası dışında, kanundan başka hiçbir düzenleyici veya bireysel işlemle ceza hukuku alanına giren, teknik anlamda bir af işlemi ihdas edilmesi mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa ile teminat altına alındığı net olarak belirlenemeyen; fakat gerek öğretide, gerekse uygulamada kabul edilen bu yasak, ceza hukukuna bir nevi kimlik veren *kanunilik* ilkesinden ve esasında onun da bir alt ilkesi olan *kanunun tekelciliği* ilkesinden kaynaklanmaktadır.<sup>108</sup> Nitekim suç ve ceza konulması kadar, suç ve cezanın belli süreyle askıya alınması yahut sadece cezalandırmadan vazgeçilmesi de kanunilik ilkesinin kapsamı içerisinde olmalıdır.

Affin kanun şeklindeki işlemi gerektirdiğini tespit ettikten sonra, buradaki kanunun maddi ya da şekli kanundan hangisi olduğunun tespitini yapmak için

---

<sup>108</sup> “Biçimsel kanunilik ilkesi” ve onun üç alt ilkesinden biri olan “kanunun tekelciliği ilkesi” için bkz. **TOROSLU Nevzat**: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2011, s.37 vd.

genellik, objektiflik, bir kez kullanılmakla tükenmeme, soyutluk gibi ölçütlere bakılması gerekmektedir.

Her şeyden önce buradaki genelliğin, affin türleri olan genel af ve özel af ayrımının bir ölçütü olmadığına bir kez daha değinmekte yarar vardır. “*Genel af herkese uygulanır, buna karşın özel sırf belli kişiler için sonuç doğurur*” şeklindeki bir yargı, bu kavramların isimlerinin yaptığı çağrışımdan ibarettir ve yanlıştır. Oysa affin türleri, yukarıda da belirtildiği gibi, hukuk dünyasında yarattıkları etkilere göre ayrılmaktadır. Yani hem genel af, hem özel af, yalnız bir kişiye uygulanacağı gibi; herkese de uygulanabilir. Öyleyse genellik ve kişilik dışılık ölçütleri bakımından af kanunlarının, istisnasız biçimde maddi anlamda kanun formatına uyduğunu söylemek güçtür. Örneğin ismen belirlenmiş bir ya da bir grup kişi için de özel veya genel af çıkarılması mümkündür. Bu durumda cevap, şekli anlamda kanun lehine değişecektir. Gerçi hukuk sistemimizde yasama organına ait af yetkisi, genellikle, belli suçlardan mahkum olan veya onlara ilişkin haklarında soruşturma/kovuşturma yürütülen herkesi kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Ancak bunun aksi de her zaman mümkündür.

Bir kez kullanılmakla tükenmeme ise affin doğası gereği sahip olamayacağı bir özelliktir; zira suç olmaktan çıkarma veya lehe kanun değişikliklerini aftan<sup>109</sup> ayıran başlıca özellik, affin belli bir döneme özgü oluşu, yani bir kez kullanılmakla tükenişidir. Affin yürürlük süresine ilişkin olan bu karakteri dolayısıyla, çıkarılan af kanunları da *geçici* ya da *istisnai kanun* örneklerini teşkil etmektedirler.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> Burada *genel af* kastedilmektedir.

<sup>110</sup> Yalnızca sonraki bir kanun ile yürürlükten kalkabilen; yani sonraki kanunun yürürlüğe girmesine kadar yürürlükte kalan kanunlar *sürekli* kanun iken; yürürlük süresinin ilgili kanun metninde belirtildiği kanunlar *sürelî* kanundur. Ancak sürekli ve sürelî kanun dışında, kanunların yürürlük sürelerine ilişkin olan ayrımın bir başka ürünü de *geçici (istisnai)* kanundur. Geçici kanunlar,

Elde edilen sonuçlara bakıldığında af kanununun, kanunların özü yönünden tasnifinde hangi türe girdiği yönündeki tespitin güç olduğu görülmektedir. Bir af kanunu, bir defa kullanılmakla tükenme ölçütü hariç tutulup diğer ölçütler bakımından değerlendirildiğinde duruma göre maddi anlamda kanun da olabilmekte; bireysel etki doğurdukları zaman şekli anlamda kanun olarak da hukuk dünyasına girebilmektedirler. Bu durumda af kanunlarına ilişkin genel bir çıkarım yapmak yerine her af kanununun ayrı ayrı ve somut olarak değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Ancak yinelemek gerekir ki, bir af kanununun maddi ya da şekli kanun olarak kabul edilmesi, teorik bir çözümden öteye geçip pratik yarar sağlama işlevine sahip değildir.

#### **b) Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranılan Kanun**

Anayasada, af kanunları için, olağan kanun yapma usulünden farklı olarak, nitelikli çoğunluk şartı aranmaktadır. Bu şart, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla<sup>111</sup> yapılan Anayasa değişikliği ile öngörülmeğe başlanmıştır. Anılan kanunun 28. maddesi ile Anayasa m. 87’de geçen “genel ve özel af ilanına” ibaresinden önce gelmek üzere "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile*" ibaresi eklenmiştir. Böylece parlamentonun beşte üç çoğunluğunun iradesi olmaksızın genel ve özel af kanunu çıkarılması mümkün değildir.

Bu husus, hangi kanunların af kanunu sayılacağına dair önemli bir tespitin yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Diğer hukuk dallarına giren af tasarruflarının

---

mevcut hukuki düzenlemeye göre istisna teşkil eden düzenlemeler içerir ve bu kanunların yürürlüğü, genellikle toplumsal, siyasal ya da ekonomik birtakım istisnai olgulara bağlanmıştır. Kanunların yürürlükten kalkmaları ve yürürlük sürelerine ilişkin olarak yapılan “sürekli, süreli, geçici” kanun tasnifi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KATOĞLU Tuğrul**: Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması, Ankara 2008, s.36-43.

<sup>111</sup> Bkz. 17.10.2001 tarih ve 24556(Mükerrer) sayılı RG.

konumuz olan ve etkisini ceza hukukunda gösteren aftan farklı olduğuna; bu nedenle kanun yoluyla yapıldıklarında, bunların kabulü için nitelikli çoğunluk şartı aranmasının gerekmediğine giriş kısmında değinildi.<sup>112</sup> Ancak hukuk dalları arasında ayırım yapılması, bu sorunu çözmeye yetmemektedir. Ceza hukuku alanında yer alan düzenlemelerin de, teknik olarak af niteliğinde olup olmadıkları ayrıca tespit edilmelidir. Zira ülkemizde, içinde “af” sözcüğü barındırmamakla birlikte; hukuk dünyasında yarattığı etki bakımından özü gereği af tasarrufu olan düzenlemeler de yapılmış ve af kurumuna özgü özelliklerin (örneğin, erteleme ve şartla salıverilme kurumlarından farklı olarak, eşitlik ilkesine mutlak bağlılık gerektirmemesi) ve suç tipi ölçütü ya da nitelikli çoğunluk gibi affa özgü birtakım sınırlamaların bunları kapsayıp kapsamadığı tartışma yaratmıştır.<sup>113</sup> Bu tür düzenlemelerin öğretide *dolayısıyla af kanunu* adı verilerek ayrı bir kategori altında incelendiği de olmuştur.<sup>114</sup> Anayasada yapılan 2001 değişikliğinden önce, af tasarrufunun yapılmasını sınırlandıran etken, nitelikli çoğunluk şartı değil; Anayasa m.14’te sayılan fiillere ilişkin genel ve özel af çıkarılmayacağı yasağı idi. Bu hükmün yürürlükte olduğu dönemde de tartışılan düzenlemeler, m.14’te sayılan fiilleri kapsamakla birlikte; af değil, şartla salıverme veya erteleme gibi başka hukuksal kurumların adını almış olan kanunlardı.<sup>115</sup> Yapılan Anayasa değişikliği ile m.14’e

---

<sup>112</sup> Bkz. **ARAÇ-ERİKLİ**: s. 36-39.; **HAS**: s.284-232.

<sup>113</sup> Örneğin 21.12.2000 tarihinde kabul edilen 4616 sayılı Kanunun, adı ve içeriğinde şartlı salıverilme ve erteleden söz edilmesine rağmen özünde kimi hükümleri bakımından *şartlı özel af* ve diğer bazı hükümleri yönünden de *kesin hükümden önce çıkarılan şartlı genel af* niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **YALÇIN SANCAR**: "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanunun Hukuksal Niteliği ve Sonuçları", TBB Dergisi, 2001/1, s.15-62.; **YALÇIN SANCAR**: "23 Nisan", Anayasa Yargısı Dergisi, s.149-195. Yine, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Geçici 1. maddesindeki "8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle (...) iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler" hükmünün de, toplu özel af niteliğinde olduğu hakkında bkz. **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**: s966.

<sup>114</sup> **DEMİRBAŞ**: Genel Hükümler, s.672-674.

<sup>115</sup> Bkz. **ARAÇ – ERİKLİ**: s.42.

ilişkin yasak kaldırılmış; ancak bu kez de genel ve özel af kanunlarının parlamentoda kabul edilmesine ilişkin nitelikli oy çokluğu şartı öngörülmüştür. Dolayısıyla bu yeni şartı dolanmak amacıyla, yine kanunun adında veya içeriğinde af kelimesinin geçmediği, fakat ceza hukuku alanında af etkisi yarattığı açık olan düzenlemelerin yapılabileceği tartışması gündeme gelmiştir.<sup>116</sup>

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında, içinde af kelimesi yer almayan düzenlemelerin hukuki niteliğini tam olarak belirlemekten kaçınmıştır. Örneğin “4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”a ilişkin olarak verdiği iptal kararında Yüksek Mahkeme, bir yandan “*Yasakoyucunun düzenleme yetkisini kullanarak dava konusu Yasa'nın adıyla içeriği arasında çelişki bulunmamak koşuluyla başlığını belirlemede Anayasa'ya aykırılık yoktur*” diyerek düzenlemenin içeriğinin adı gibi erteleme ve şartlı salıverilme olduğunu teyit ettiği düşüncesine mahal verirken; diğer yandan anılan yasanın, kimi hükümleriyle “*kendine özgü bir müessese*”, kimi hükümleriyle de “*suç işlememe bozucu (infisahi) koşuluna bağlanmış, toplu özel af*” olduğunu belirterek bu düşüncüyü bertaraf etmektedir. Açıkçası Anayasa Mahkemesi, bu kanunun tam olarak hangi hukuksal kurumu düzenlediği noktasında net bir tercihte bulunmamıştır.<sup>117</sup> Ancak 2001 değişikliği ile getirilen nitelikli çoğunluk şartının yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir başka kararında, yukarıda bahsedilen iptal kararı sonrası 4616 sayılı Kanunda

---

<sup>116</sup> Kanunkoyucunun af kanunları için aranan nitelikli çoğunluk şartını aşmak için şartla salıverme, erteleme adını taşıyan kanunları kabul etmesi sorununun sürdüğüne dair bkz. **ARAÇ – ERİKLİ:** s.42.

<sup>117</sup> Anayasa Mahkemesinin 4616 sayılı Kanun hakkında 18.07.2011 tarihinde verdiği E.2001/4 K.2001/332 künyeli iptal kararının eleştirisi için bkz. **YALÇIN SANCAR:** “*Anayasa Mahkemesinin '23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun' Hakkında Verdiği İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme*” Ankara Barosu Dergisi, 2002-2, s.155-173.

doğan boşluğu gidermek üzere değişiklik yapılmasını öngören 4758 sayılı Kanunu incelediği sırada, Yüksek Mahkeme, kanunun -yine adı ve içeriğinde yer almamasına rağmen- şartlı ve toplu bir özel af niteliğinde olduğu ve nitelikli çoğunluk şartını sağlamadığından bahisle iptali gerektiğini belirtmiştir.<sup>118</sup> Sonuç itibariyle af kanunlarına özgü olarak öngörülen sınırlamaların adı veya niteliği değişmiş olsa da; kanunun adını değiştirmek suretiyle bu sınırlamaların aşılması tehdidi varlığını korumaktadır. Ancak bu tehdidin önünde, yasama organının yaptığı düzenlemeye hangi ad verildiğinin önemi olmaksızın, işlemin hukuki niteliğini kendi belirleyebilen ve her zaman aynı istikrarı göstermese de kendi değerlendirmesinin sonucuna göre denetim yapan Anayasa yargısı durmaktadır.

### **c) Af Kanununun Anayasa Yargısındaki Yeri**

Her kanun gibi, af kanunları da Anayasaya uygunluğu bakımından denetlenebilmektedir. Ancak af kurumunun kendine has özellikleri, bu denetimi, diğer kanunlar üzerindeki Anayasal denetimden farklı kılmaktadır. Buna neden olan hususlardan ilki, af kanunun geçici kanun olmasından kaynaklanmakta; diğeri ise Anayasaya uygunluk denetiminin sınırlarının belirlenmesine ilişkindir.

Af kanununun geçici bir kanun olması nedeniyle, kanun yürürlüğe girdiğinden itibaren etkisini -örneğin cezaevinden çıkacak tutuklu ve hükümlüler üzerinde- gösterdikten sonra, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilse dahi sonuç pratik açıdan değişmeyecektir. Daha açık bir anlatımla, cezaevinden çıkanların, af kanununun iptal edildiğinden gerekçesiyle yeniden hapse girmeleri söz konusu olmamalıdır. Aksi halde Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararları, Anayasa

---

<sup>118</sup> 28.05.2002 tarih ve E.2002/99 K.2002/51 künyeli karar, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (Erişim tarihi: 06.04.2012)

m.153'e aykırı olarak geriye yürümüş olur. Böyle bir durumda sadece -örneğin şarta bağlı bir affin öngördüğü şartı gerçekleştirmediği için- henüz aftan yararlanmamış olanların artık bundan yararlanmayacakları kabul edilebilir.

Af kanunlarına özgü olan bir başka sorun da, Anayasa Mahkemesinin yaptığı inceleme sonucunda Anayasaya aykırı bulduğu ve bu nedenle yürürlüğüne son vermek istediği af kanunu hükümlerinin iptalinin, genellikle affin kapsamını genişletmesidir. Örneğin af kanununun kapsam dışı bıraktığı suç türlerini öngören bir hükmü iptal edildiğinde, bu suç türlerinin de affa dahil edilmesi sağlanmış olur. Bu durumda affin kapsamını belirlemede takdir yetkisi olan parlamentonun görev alanına girip girilmediğine dair tartışmaya açık bir mesele doğmaktadır. Anayasa Mahkemesi 1991 yılında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa eklenen geçici 4. maddenin iptaline karar verirken, bu yolla, parlamentonun görev alanına girmediğine dair açıklamada bulunmuştur. Bu açıklamada *“Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimi işlevini yerine getirirken yasakoyucu yerine geçerek kural koyamaz ve yeni tür uygulamaya yol açacak nitelikte karar veremez. İptal kararının kaçınılmaz ve doğal sonucu olan yeni durum, yeni görünüm, yürürlükte kalan bölüme göre ya da yürürlükten kalkan kurala göre uygulama gerekliliği, yerine getirilmesi zorunlu bir işlemdir. Afı şartlı salıverme arasındaki hukuksal çizgiyi belirlemek, buna göre gereğini kararlaştırmak yasakoyucunun yerine geçme değil, kendi yetki ve görevinin gereğini yerine getirmektir.”* ifadeleri yer almaktadır.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> AYM 19.07.1991 tarih ve E.1991/15 K.1991/22 künyeli karar. Bkz. 31.07.1991 tarih ve 20946 sayılı RG.

## 2. Cumhurbaşkanı tarafından yapılan affin şekli kaynağı

TBMM tarafından kullanılan af yetkisinin yanında, Anayasamızın bir de Cumhurbaşkanıya tanınmış olduğu özel af yetkisi<sup>120</sup> bulunmaktadır. Ancak Cumhurbaşkanıya tanınan bu yetki, tartışmalı pek çok hususu da beraberinde getirmektedir. Tartışmalar işlemin tarihsel kaynağından başlayıp yetki sahibinin kim olması gerektiğine ve kullanım usulüne kadar devam etmektedir. Bu başlık altında ülkemizde hangi şekli kaynak ile Cumhurbaşkanıya ait bağışlama yetkisinin kullanıldığı incelenecek ve yalnız bununla ilgili tartışmalar ve kişisel değerlendirmemiz aktarılacaktır. Konu ile ilgili diğer tartışmalara ise aşağıda ilgili başlık altında yer verilecektir.

Anayasanın 104. maddesi Cumhurbaşkanının *devletin başı* sıfatıyla kullanabileceği yetkileri belirlemektedir. Bu yetkiler yasama, yürütme ve yargıya ilişkin olmaları bakımından ayrılarak sayılmış ve yürütmeye ilişkin yetkiler arasında “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak” yer almıştır. Anayasa ile Cumhurbaşkanıya tanınan bu yetki, hukuki nitelik itibarıyla, sınırlandırılmış özel aftır. Özel aftır; çünkü cezanın hafifletilmesinden veya kaldırılmasından söz edilmektedir. Burada suçun, kamu davasının ve cezaya bağlı tüm sonuçların ortadan kaldırılması mümkün değildir. Sınırlandırma ise gerek aftan yararlanacak kişiler ve gerekse konu bakımından yapılmıştır. Cumhurbaşkanının yetkisi, toplu özel af niteliğinde kullanıma elverişli

---

<sup>120</sup> Öğretide buna *bireysel* ya da *sınırlı özel af* diyenler olmakla birlikte biz özellikle *bireysel bağışlama* terimini tercih ediyoruz. Bu tercihimizde, organik yönden farklı olan iki özel af türünü ayırmak bakımından terminolojik bir ayırım yapılması gerektiği kanaati etkindir. Yoksa işlemin hukuki niteliğinin konu bakımından sınırlandırılmış bireysel özel af olduğu görüşüne katılmaktayız. Ayrıca bu işlemin af değil; bağışlama olduğu yönünde bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.533. Bu yetki yalnız üç halle sınırlı olarak kullanılabilirdiğinden, devlet başkanının cezaları kaldırma, hafifletme yetkisinin af olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.431.

değildir. İsmen belirlenmiş kişiler için yapılabilen ve yalnız sayılan sebeplerin bulunması halinde kullanılabilen bir yetkidir. İşlemin hukuki niteliği, sınırlandırılmış özel af olmakla birlikte biz “özel af” terimi yerine “bireysel bağışlama”yı tercih ediyoruz. Bu tercihimizin altında yatan sebep, öğretiyeye yeni bir terim katma çabası değil; -özel ve genel af ayırımını benimsemesine rağmen devlet başkanı tarafından kullanılan bireysel özel affa, bunlardan başka bir ad veren diğer birçok ülkede olduğu gibi- halihazırda kullanılan ve aynı şeyi ifade etmeye çalışan farklı terimleri daha kısa ve ilk söylendiğinde farkı anlaşılır olan tek bir ifade içinde buluşturmaktır.

Yetki sahibinin Cumhurbaşkanı oluşu ve yalnız belli kişiler için kullanılabilirliği, hangi şekli kaynaktan söz edilmesi gerektiğinin de belirleyicisi olmaktadır. Nitekim devletin başı olmanın yanında, organik yönden de devletin merkezi idaresinin başı olan Cumhurbaşkanı tarafından yapılabilen işlemler, organik ölçüt gereği, yürütme işlemidir. Aksi ile doğrulama yapıldığında da açıkça görülecektir ki; Bakanlar Kurulu ile birlikte icra ettiği, yürütme organının başı olma görevi yanında, Cumhurbaşkanı'nın, kuvvetler ayrılığını benimsemiş bir sistemde yasama işlemi veya yargısal işlem yapabilen bir organ olması düşünülemez. Ancak bu husus, yani Cumhurbaşkanı tarafından yapılan her işlemin organik açıdan yürütme işlemi olduğu kabulü, her bir işlemin maddi yönden de idari işlem olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, yürütmeye ilişkin görev ve yetkileri arasında sayılmasına rağmen örneğin “başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek” yahut “milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak” idari değil, siyasi nitelikte iken; “kararnameleri imzalamak” “üniversite rektörlerini seçmek” gibi diğer birtakım görev ve yetkilerle birlikte konumuz olan “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama

sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak” yetkisi idaridir.<sup>121</sup> Demek ki, her bir yetkinin idari niteliği haiz olup olmadığı ayrıca bir içerik değerlendirmesinin yapılmasıyla tespit edilebilmektedir.

Bir yetki veya görevin idari nitelik taşıyıp taşıyamaması ise hukuki sorumluluk noktasında önem kazanmaktadır. Örneğin siyasi nitelikteki bir işleme karşı yargı yolunun kapalı oluşu tartışma yaratmazken<sup>122</sup>; idari nitelikteki işlemlere karşı yargı yoluna gidilememesi eleştirilmiştir. Zira idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması, Anayasanın 125. maddesiyle genel ilke haline getirilmiştir. Bu ilkenin istisnasız kabulü ya da mümkün olduğu ölçüde az sayıda istisna barındırması, hukuk devletinin gereğidir. Kanaatimizce, ideal bir hukuk devletinde, Devlet başkanı da olsa, Cumhurbaşkanının idarenin başı olarak yaptığı ve idari vasıf taşıyan bir işleminin yargısal yönden denetlenmesi şarttır.<sup>123</sup>

Cumhurbaşkanına tanınan bireysel bağışlama yetkisinin idari niteliği haiz olduğu tespit edildikten sonra bu yetkinin hangi idari işlem yoluyla kullanıldığı belirlenmelidir. İdari nitelikli işlemler bireysel ve düzenleyici olmak üzere ikiye ayrılmakta; bu ayrım da yine maddi ölçüte dayanmaktadır. Kişisel ve özel durumlara ilişkin olan ve bir kez uygulanmakla sona eren idari işlemler *bireysel* iken; -yukarıda maddi anlamda kanun bahsinde açıkladığı üzere- genel, kişilik dışı ve bir kez kullanılmakla tükenmeyen idari işlemler *düzenleyici* niteliktedir.<sup>124</sup> Bu bilgi ışığında, Cumhurbaşkanına yürütmeye ilişkin bir yetki olarak Anayasa ile tanınan idari

---

<sup>121</sup> **GÜNDAY Metin:** İdare Hukuku, Ankara 2003, s.367-368.; **GÖZLER:** İdare Hukuku, Bursa 2009, s.242 ve 243.

<sup>122</sup> Cumhurbaşkanının siyasi görev ve yetkileri bahsinde örnek kabiline saydığımız “başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek”, “milletlerarası anlaşmaları onaylamak ve yayımlamak”ın ve siyasi diğer birtakım görev ve yetkilerin birer *hükümet tasarrufu* olduğu; bunların idari işlem olmamaları nedeniyle yargı denetimi dışında bırakılmalarının eleştirilemeyeceği yönünde bkz. **GÖZLER:** İdare, s.653-656.

<sup>123</sup> Bu konu, ileride daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>124</sup> **GÖZLER:** İdare, s.666-669.

nitelikli bireysel bağışlama yetkisinin hangi şekli kaynak ile kullanıldığı sorusunun yanıtı, bireysel (birel) idari işlem olmaktadır. Ayrıca idare hukuku alanında idari işlem teorisine göre bireysel idari işlemler de kendi içlerinde maddi yönden, içerik yönünden, muhatapları üzerindeki etkileri bakımından, açıklanan iradenin sayısına, isteğe bağılı ve icrai olup olmamalarına göre tasnif edilmektedir.<sup>125</sup> Bu ölçütlere göre incelendiğinde Cumhurbaşkanı tarafından yapılan bireysel bağışlama işlemi subjektif, inşai, yararlandırıcı ve sarihtir. Ancak açıklanan iradenin şekli ve sayısına göre değerlendirildiğinde işlemin basit işlem mi yoksa karma nitelikli mi olduğu, her somut bağışlama işleminin nasıl yapıldığına bakılarak tespit edilebilir. Zira mevzuatımızda Cumhurbaşkanının yapacağı bağışlama işlemini nasıl bir usul izlenerek yapılması gerektiğini hükme bağlayan bir kural bulunmamaktadır.

*Basit işlem* tek bir iradenin, *kolektif işlem* birden fazla iradenin aynı anda ve aynı yönde; *karma işlem* de aynı yöndeki birden fazla iradenin belli bir sıra izlenerek açıklanmasıyla yapılmaktadır.<sup>126</sup> Cumhurbaşkanı bu yetkisini tek başına kullanarak basit işlem formuna da sokabilir; ilgili bakan ve başbakanın imzalarını taşıyan kararnameye kendi imzasını eklemek suretiyle karma nitelikli bir işlem de yapabilir. Burada değinilmesi gereken husus, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının hangi yetkilerini tek başına kullanabileceğinin açıkça öngörülmemesinin pozitif hukukumuz bakımından önemli bir eksiklik olduğudur. Anayasanın 105. maddesi “*Cumhurbaşkanının Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan başbakan*

<sup>125</sup> Bireysel idari işlemlerin her bir türüne ait açıklama için bkz. **GÖZLER:** İdare, 683-741.

<sup>126</sup> **GÜNDAY:** 118 ve 119. *İl Han ÖZAY*, basit işlem için “tek iradeli işlem”, karma işlem için de “birleşme işlem” terimlerini tercih etmektedir. Bkz. **ÖZAY İl Han:** Günışığında Yönetim, İstanbul 2004, s.488.

ve ilgili bakan sorumludur” şeklindeki hükmüyle Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin Anayasada ve kanunlarda öngörülebileceğini belirtmiştir. Ancak Anayasamızın 104. maddesi Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini sayarken bunlardan hangilerini tek başına, hangilerini bakanlar kurulu ile veya ilgili bakan ve başbakanın karşı imzasının olduğu üçlü (ortak) kararname ile yapacağını açıkça belirlemiş değildir. Oysa Almanya, Fransa gibi ülkelerde de devlet başkanlarının birtakım işlemleri tek başına yapabileceği kabul edilmekte; ama bunların hangi işlemler olduğu tek tek sayılmaktadır.<sup>127</sup> 1982 Anayasasının bu ülkelerde olduğu gibi açık belirleme yapmaması karşısında, ülkemizde Cumhurbaşkanının işlemlerinden hangilerini tek başına kullanacağı tartışmaya açık bir konu olmuştur.

*GÖZLER*, Anayasanın koyduğu bir kurala yine bir tek Anayasa ile istisna getirilebileceğini; kural olarak Cumhurbaşkanının işlemlerinin karşı imza kuralına tabi olması ve bu kuralın istisnasının açıkça belirtilmemesi nedeniyle ülkemizde Cumhurbaşkanının, idari nitelikli yetkilerinden hiçbirini ilgili bakan ve Başbakanın karşı imzası olmaksızın kullanamayacağını savunmaktadır.<sup>128</sup>

Tek başına kullanılan yetkilerin istisnai olduğunu savunan benzer yöndeki bir diğer görüşün sahipleri *GÖZÜBÜYÜK-TAN*, parlamenter sistemin mantığının sorumsuz Cumhurbaşkanının yürütmenin sorumlu kanadının imzası olmadan işlem yapamaması olduğunu; fakat bunun istisnasının bulunabileceğini kabul etmişlerdir.<sup>129</sup> Ancak hassasiyet gösterdikleri husus, tek başına kullanılabilen istisnai yetkilerin Cumhurbaşkanının “tarafsızlık ve hakemlik” konumuna gölge düşürmemesi gereğidir. Bu tür yetkilere örnek olarak, Cumhurbaşkanının yasaları bir

---

<sup>127</sup> **GÖZLER:** İdare, s.251.

<sup>128</sup> **GÖZLER:** İdare, s.253.

<sup>129</sup> **GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut:** İdare Hukuku Cilt 1 (Genel Esaslar), Ankara 2006, s.192-198.

kez daha görüşölmek üzere yasama organına geri göndermesi, Anayasa Mahkemesine iptal davası açması, yüksek yargı organlarına üye seçmesi gösterilmektedir. Esasen bu görüşte örnek olarak sayılanlar da, Anayasada Cumhurbaşkanına tanınan yetki ve görevler arasından yasama ve yargıya ilişkin olanlardır.

*ÖZBUDUN* ise parlamenter rejimlerde devlet başkanlarının işlemlerinde karşı imza zorunluluğunun temel kural olduğunu belirttikten sonra; karşı imza kuralının istisnalarını belirlemek yerine, bu kuralın özü gereği hangi işlemleri kapsadığını değerlendirmiştir. Her şeyden önce birtakım yetki ve görevlerin, Cumhurbaşkanının sahip olduğu tarafsız devlet başkanı sıfatı dolayısıyla kendisine verildiğini; bunların taraflı bir hükümetle paylaşılmasının, işin doğasına aykırı olduğunu ifade etmektedir. Bunlar yukarıda da örnek olarak sayılan ve yasama ile yargıya ilişkin olan görev ve yetkililerdir. Yürütme alanına ilişkin yetkiler bakımından da yazar, bunların icrai nitelik taşımayan bir kısmının; örneğin gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmek veya Milli Güvenlik Kurulu'nu toplantıya çağırarak gibi; bir de yine yürütme alanında olmakla birlikte Cumhurbaşkanının Başbakanı atama yetkisinin tek başına kullanılacağını tespit etmiştir.<sup>130</sup>

Cumhurbaşkanının gerek siyasi gerekse idari nitelikli yetkilerinden bir kısmını tek başına kullanabileceği *ÖZAY*<sup>131</sup> tarafından da dile getirilmiş; yazar yine de yasama alanına ilişkin olanlar dışındaki işlemlerin çoğunun, mahiyetleri gereği ancak Bakanlar Kurulu ile birlikte yapılabileceğini kabul etmiştir.

---

<sup>130</sup> *ÖZBUDUN*: s.312.

<sup>131</sup> *ÖZAY*: s.488. ve 513.

Öğretide yapılan bu değerlendirmeler doğrultusunda konumuz olan bireysel bağışlama yetkisine ilişkin yaklaşımlar da genellikle, bu yetkinin Cumhurbaşkanına devletin tarafsız kimliğini temsil etmesi bakımından verildiğini; bunun da insani düşüncelere dayanan bir atıfet olduğu; temelinde siyasi olmayan bu işlemin, hükümetin siyasal sorumluluğuna yol açmasının anlamsız olacağı yönündedir.<sup>132</sup> Hatta bunu sakıncalı bulan bir görüş, yetkiyi ilgili bakanın ve Başbakanın imzalarıyla işler hale getirmenin siyasi tartışma ve çıkarlara davetiye çıkarmak anlamına geleceğini savunmuş ve Cumhurbaşkanının gerekli incelemeyi yapmadan bağışlama yetkisini kullanması halinde, kontrol mekanizması olarak zaten kamuoyunun sağduyusunun var olduğunu öne sürmüştür.<sup>133</sup> Bir de mevcut düzenleme karşısında yetkinin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılacağına açık olduğunu belirtmekle birlikte; bir önceki görüşten farklı olarak -örneğin sakat olmayan birini sakatlık gerekçesiyle affederken yetki dışına çıkma hallerinde- işleme karşı denetim yolunun kapalı olmasına kaygıyla yaklaşan yazarlar da olmuştur.<sup>134</sup> Görülmektedir ki, ülkemiz öğretisinde Cumhurbaşkanının bireysel bağışlama yetkisi kullanım usulüne ilişkin yaygın kanaat<sup>135</sup>, bu yetkinin tek başına kullanılabileceği yönündedir.

Uygulamaya bakıldığında ise Cumhurbaşkanına tanınan bireysel bağışlama yetkisinin genellikle tek başına<sup>136</sup>, kimi zaman ise Adalet Bakanı ile Başbakanın da

---

<sup>132</sup> ÖZBUDUN: s.313.

<sup>133</sup> ÖZKUL Fatih: 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2011, s.141.

<sup>134</sup> ARMAĞAN Servet: “Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, C.18, s.351 ve 359.

<sup>135</sup> Daha önce de belirtildiği gibi, GÖZLER aksi görüştedir. Bkz. GÖZLER: İdare, s.253.

<sup>136</sup> Cumhurbaşkanının tek başına bağışlama yetkisini kullandığı örnekler:

- Bkz. 24.12.1993 tarih ve 21798 sayılı RG:

Cumhurbaşkanlığından :

Karar No : 93/43

*Silahlı çete mensuplarına hal ve sıfatlarını bilerek yardım ve yataklık yapmak suçundan Diyarbakır (1) No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinin 22.1.1993 tarih, Esas No:1992/665 ve Karar No:1993/26 sayılı ilamı ile üç yıl, dokuz ay ağır hapis cezası ile mahkumiyetine karar*

imzalarının yer aldığı üçlü (ortak) kararname<sup>137</sup> ile kullanıldığı görülmektedir.

Özellikle daha eski bağışlama kararlarında tercih edilen çoklu irade, daha sonraki

---

verilen; *Almanya, Freiburg İli Waldkriroh İlçesi, Friedrich - Ebart Str.32de mukim 09.07.1964 doğumlu Stephan VVALDBERG'in; Adli Tıp Kurumu Gözlem İhtisas Dairesinin 13.12.1993 tarih ve 569(4471-24) sayılı; 4üncü İhtisas Kurulunun 15.12.1993 tarihli ve 3üncü İhtisas Kurulunun 15.12.1993 tarih ve 4471/931206-24/9820 sayılı raporlarına göre; tesbit olunan sürekli hastalığı sebebiyle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 104üncü maddesinin(b) bendi hükmü uyarınca kalan hürriyeti bağlayıcı cezası kaldırılmıştır.*

23 Aralık 1993

**Süleyman DEMİREL**  
CUMHURBAŞKANI

- Bkz.6.10.2001 tarih ve 24515 sayılı RG:

Cumhurbaşkanlığından :

Karar No : 2001/29

6831 sayılı Orman Yasası'na muhalefet suçundan Manavgat Sulh Ceza Mahkemesi'nin 18/11/1999 günlü, Esas No : 1997/310, Karar No : 1999/1138 sayılı ilâmi ile 6831 sayılı Yasa'nın 108/1., Türk Ceza Yasası'nın ek 1. ve 2. maddeleri gereğince, 3 ay hapis ve 1.612.500.- TL. ağır para cezası ile cezalandırılmasına karar verilen ve cezası kesinleşen Antalya İli, Manavgat İlçesi, Ulukapı Köyü, CiltNo : 88, Hane No : 68, BireySıra No : 69'da nüfusa kayıtlı Musa ve Ayşe'den olma 12/12/1961 doğumlu, FikretARSLAN'ın, Adli Tıp Kurumu'nun 25/6/2001 günlü, A.T.No : 130-20062001-30109-4310-3052 sayılı raporuna göre; saptanan sürekli hastalığı nedeniyle,Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 104. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi hükmü uyarınca cezası kaldırılmıştır.

5 Eylül 2001

**Ahmet Necdet SEZER**  
CUMHURBAŞKANI

Bkz. 20.8.2008 tarih ve 26973 sayılı RG:

Cumhurbaşkanlığından:

Karar Sayısı: 2008/49

Özel evrakta sahtecilik suçundan Ankara 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/6/2006 tarihli ve E: 2006/126, K: 2006/212 sayılı ek kararıyla 2 yıl 4 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hapis cezasının konutunda çektirilmesine karar verilerek cezası kesinleşen, İstanbul İli, Fatih İlçesi, Hasan Halife Mahallesi, Cilt No: 24, Hane No: 937, Birey Sıra No: 6'da nüfusa kayıtlı, Mehmet Sabri ve Kamer'den olma 29/10/1926 doğumlu, 42013485108 T.C. Kimlik Numaralı Necmettin ERBAKAN'ın kalan cezası, Adalet Bakanlığının 15/8/2008 tarihli ve B.03.0.CİG.0.00.00.03-125-2948-2008/9761/44252 sayılı yazısı ekinde gönderilen ve adı geçenin sürekli hastalık durumunda bulunduğunu belirten Adli Tıp Kurumu 3 üncü Adli Tıp İhtisas Kurulunun 26/5/2008 tarihli ve B.03.1.ATK.0.06.00.08/33284-4241-3789 sayılı raporu sebebiyle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 104 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi hükmü uyarınca kaldırılmıştır.

19 Ağustos 2008

**Abdullah GÜL**  
CUMHURBAŞKANI

<sup>137</sup> Bireysel bağışlama yetkisinin üçlü kararname ile kullanıldığı örnekler:

- Bkz. 22.2.1984 tarih ve 18320 sayılı RG:

Adalet Bakanlığından:

Karar Sayısı: 84/29841

1 — Müessir fiil suçundan Havza Asliye Ceza Mahkemesinin kesinleşen 8/12/1982 gün ve 1980/113 Esas, 1982/172 Karar sayılı ilamı ile 1 yıl 8 ay hapis cezasına hükümlü Havza ilçesi Karga Köyü nüfusunda kayıtlı, Halil oğlu Esmâ'dan olma 1332 doğumlu Celal Şahin'in sürekli hastalık, sakatlık ve kocama halini tesbit eden 26 Ağustos 1983 gün ve 19325 Esas, 6051 Karar sayılı Adli

dönemlerde yerini, Cumhurbaşkanının iradesinin tek başına yeterli olduğu anlayışına bırakmıştır.

Cumhurbaşkanının tek başına kullanabildiği yetkilerin geneli bakımından bizim de görüşümüz, bunların yargı denetimi dışında tutulmaları nedeniyle mümkün olduğunca istisnai karakterlerinden uzaklaşmamaları yönündedir. Böylece 1982 Anayasasının yargı denetimi dışında bırakılan işlem sayısını arttırma yönündeki hissedilir eğiliminden -eğer bir hukuk devleti olmak isteniyorsa- mümkün olduğunca kaçınılmalıdır. Konumuz olan bireysel bağışlama bakımından ise yukarıda aktarılan yaygın kanının aksine, bu işlemin çoklu irade taşıması gerektiğini savunmaktayız. Sürekli hastalık, sakatlık veya kocama nedenleriyle cezaları bağışlanan birtakım hükümlülerin, cezalarının kaldırılmasından bir süre sonra, sayılan bu sebeplerin affi

---

*Tıp Kurumu mütalâasına istinaden Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 104 ncü maddesinin (b) bendi hükmü uyarınca mahkûm olduğu hürriyeti bağlayıcı cezasının kaldırılması uygun görülmüştür.*

2 — Bu kararı Adalet Bakanı yürütür.  
14/2/1984

**T. ÖZAL**  
Başbakan

**M. N. ELDEM**  
Adalet Bakanı

**Kenan EVREN**  
CUMHURBAŞKANI

- Bkz. 22.5.1990 tarih ve 20525 sayılı RG:  
Karar Sayısı:90/36951

1 — *Tedbirsizlik ve Dikkatsizlik sonucu ölüme ve yaralamaya sebebiyet vermek suçundan Merzifon Asliye Ceza Mahkemesinin 4/4/1989 gün, Esas:1986/92, Karar:1989/79 sayılı ilâmı ile 2 sene hapis ve 15.000 lira ağır para cezası ile mahkûmiyetine karar verilen Amasya İli, Gümüşhacıköy İlçesi, Ovabaşı Köyü, Hane: 16, Cilt:042-01, Sahife:77'de nüfusa kayıtlı Mehmet ve Safiye'den olma 8/7/1958 doğumlu Zeki Tekinasa'nın Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulunun 2/2/1990 tarih ve 2553-900131-19-1302 s aylı mütalâasına göre, tesbit olunan sürekli hastalığı ve sakatlığı sebebiyle kalan hürriyeti bağlayıcı cezasının kaldırılması, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 104üncü maddesinin (b) bendi hükmü uyarınca uygun görülmüştür.*

2 — Bu Kararı Adalet Bakanı yürütür.  
20 Mayıs 1990

**Y. AKBULUT**  
Başbakan

**M. O. SUNGURLU**  
Adalet Bakanı

**Turgut ÖZAL**  
CUMHURBAŞKANI

gerektirecek ölçüde ağır olmadığına dair tartışmaların da yaşandığı ülkemizde<sup>138</sup>, bu işlemlerin hukukiliğinin denetlenmesi önem taşımaktadır. Taraflı hükümetin bağışlama tasarrufunda yer alması hali için duyulan kaygının bir benzeri, Cumhurbaşkanının tek başına gerçekleştireceği bağışlama işlemi için de duyulmalıdır. Ancak mevcut Anayasal düzenleme karşısında, birden fazla imza taşıyan kararname ile de yapılırsa, bu işlemin, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden biri olma özelliği ortadan kalkmayacaktır.<sup>139</sup> Zira burada Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu kararnamesini imzalarken sahip olduğu gibi yan (tamamlayıcı) bir iradeye sahip değildir. Diğer bir deyişle, Cumhurbaşkanının bağışlama kararnamesindeki imzası, usulen öngörölmüş bir kuralı yerine getirmekten ibaret değildir. Bu işlem sırasındaki asli irade sahibi bizatihi Cumhurbaşkanıdır. Onun iradesinin başbakan ve/veya ilgili bakan imzalarıyla desteklenmesi, mevcut düzenleme karşısında yargısal denetim için yeterli olmayacaktır.<sup>140</sup> Bu durumda işlemin usulen tek başına veya birden fazla iradeyle yapılmasından daha önemli olan, bireysel bağışlama işlemi ayrılabılır bir idari işlem olarak değerlendirmek ve Cumhurbaşkanının imzaladığı kararın değil, fakat onun önüne sunulmadan önceki birtakım işlemlerin idari yargı denetimine açık olduğunu kabul etmektir.<sup>141</sup>

İtalya’da Devlet başkanına tanınan bireysel bağışlama yetkisi (*grazia*), Adalet Bakanı ile birlikte kullanılmaktadır. Hatta İtalyan Anayasası m.89/1’de açıkça

<sup>138</sup> Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL’ün kararı ile cezası kaldırılan Necmettin ERBAKAN, 17.10.2010 tarihinde Saadet Partisi genel başkanlığı görevini üstlenmiştir. Bkz. <http://www.saadet.org.tr/kisi/necmettin-erbakan> (Erişim tarihi: 04.01.2012). Yine Eski Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından cezası kaldırılan bir hükümlü, sonraki bir tarihte protesto gösterisine katılmıştır. Bkz. “Sezer’in affettiği DHKP-C’li Korsan Gösteride Ortaya Çıktı” başlıklı haber, 03.11.2003 tarihli Milliyet Gazetesi, s.13. Yine SEZER tarafından bağışlanan bir başka hükümlü de, güvenlik güçleriyle girdiği çatışmada öldürölmüştür. Bkz. <http://hursiv.hurriyet.com.tr/goster/ShowNew.aspx?id=328777> (Erişim tarihi: 04.01.2012)

<sup>139</sup> Aynı yönde bkz. **SEZGİNER Murat**: Ayrılabılır İşlem Kuramı, Ankara 2000, s.64(Dipnot).

<sup>140</sup> **SEZGİNER**: s.64(Dipnot).

<sup>141</sup> Mevcut düzenlemeye rağmen işlemin öncesindeki sürecin denetlenebilirliğine ilişkin tartışmalar ve kişisel görüşümüze ileride daha ayrıntılı olarak yer verilecektir.

belirtildiği üzere, Devlet Başkanının gerçekleştireceği hiçbir işlem, sorumluluğu taşıyacak olan ilgili bakanın karşı imzası olmaksızın geçerli değildir. Gerçi İtalyan Anayasa Mahkemesi 2006 yılında verdiği bir kararda, Cumhurbaşkanı'dan gelen bağışlama kararnamesini imzalamadan önce Adalet Bakanının, bu işleme yönelik herhangi bir müdahale veya veto hakkı bulunmadığına karar vermiştir.<sup>142</sup> Böylece - bizde olduğu gibi- asli irade sahibinin Cumhurbaşkanı olduğu tespit edilerek, işleme karşı iptal taleplerinin adalet bakanlığına sunulamayacağı akla gelebilir. Ancak karşı imza kuralının Anayasal olarak zorunlu tutulmasının amacının, Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğa yol açmayan işlemlerini yürütmenin sorumlu kanadının imzalarıyla birleştirmek olduğu düşünüldüğünde, bu işlemin yargısal denetiminin her halükarda önünün açık olduğu sonucuna varmak güç değildir. Bu arada İtalya'da Devlet Başkanına tanınan cezaları kaldırma yetkisi, bizdeki gibi belli sebeplerle sınırlandırılmamıştır. Anayasa yalnızca, Devlet Başkanının cezaları ortadan kaldırma veya azaltmaya yetkili olduğunu ve bu yetkiyi karşı imza olmaksızın kullanamayacağını öngörmekte; bunun dışında herhangi bir sınırlamaya işaret etmemektedir. Bu durumda örneğin adli hata veya yaşlılık sebeplerle de İtalya Cumhurbaşkanı'nın (Adalet Bakanı ile birlikte) bireysel olarak mahkumların cezasını affedebilmesi mümkündür.

Son olarak belirtmek istediğimiz husus, bu yetkinin yalnız tarihi sebeplerle Cumhurbaşkanı'na tanınmış olduğudur. İmparatorluk dönemlerinde her şeye muktedir olan devletin başındaki kişinin affa da yetkili olduğu yönündeki görüşün izini taşıyan bu yetki, sebep bakımından ciddi ölçüde sınırlandırmaya tabi tutulsa da, yine Cumhurbaşkanı'na tanınmıştır. Bu işlemin tarihi kökleriyle birlikte alınarak

---

<sup>142</sup> Bkz. İtalyan Anayasa Mahkemesi (*La Corte Costituzionale*) 200/2006 sayılı kararı, <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (Erişim tarihi: 23.03.2012)

günümüze aktarılması, hukuk devleti ilkesinin benimsendiği sistemlere uygun düşmemektedir. Hukuk devletinde hukuka bağlı olan devletin her türlü işleminin yargısal denetime tabi olması zorunlu iken; icrai bir nitelik arz eden fakat Cumhurbaşkanınca tek başına yapıldığı için (veya tek başına yapılmasa bile asli irade sahibi Cumhurbaşkanı olduğundan, tek başına yaptığı işlemlerden sayıldığı için) denetlenemeyen bağışlama işlemi, hukuksal bir kurum olarak temellendirilmemiştir. Bu eksiklik nedeniyle hukuk devleti mantığına aykırı sonuçlar doğmaktadır. Öyleyse yapılması gereken, kurumun tarihi kökleri bir kenara bırakılarak, hukuksal bir temele kavuşturulmasıdır. Esasında, hukukumuzda belli sebeplerle sınırlandırılmış bulunan bağışlama işlemi, özünde, devlet başkanı tarafından kullanılmak gibi bir zorunluluk taşımamaktadır; zira belli koşulların varlığını tespit ile daha önce hükmedilmiş bulunan bir cezanın kaldırılması yahut azaltılması işlemi, yargı organınca da gerçekleştirilebilir. İnsancıl sebeplere dayanan af yetkisini gerektiren durumların tespitini yapan organ şimdiki düzende de Cumhurbaşkanı olmadığından, infaz kurumlarının ilgili sağlık kurumları ve Adli Tıp Kurumu desteğiyle gerçekleştireceği düzenli sağlık kontrolleri üzerine hakimlik makamının cezanın kaldırılması, hafifletilmesi veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vermesinde, kanaatimizce, bir sakınca bulunmamaktadır. Esasen 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun “hapis cezasının infazının hastalık nedeniyle ertelenmesi” başlıklı 16. maddesinde akıl hastalığı, hayati tehlikeye yol açan herhangi bir hastalık veya gebelik durumunda infazın ertelenebileceği düzenlenmiştir. Şayet bu hükmün kapsamı, hakim kararını gerektirmesi şartıyla genişletilir ve yalnızca erteleme değil, cezanın affını da sağlayan yetkiler tanınırsa, Cumhurbaşkanının sahip olduğu bağışlama yetkisine de ihtiyaç kalmayacaktır.

Tartışılması mümkün olan bu fikir olumsuz karşılanırsa bile, en azından Cumhurbaşkanına ait bağışlama yetkisinin kullanımı, Anayasa veya kanuna dayanan bir zorunluluk olarak çoklu iradeyi gerektirmeli; böylece bu işlem, yargı yoluna açık hukuksal bir kurum haline getirilmelidir.

### III. AFTA TAKDİR YETKİSİNİN SINIRLARI

Daha önce de belirtildiği gibi, hukuki olmakla birlikte siyasi yönü de ağır basan af kurumunun tarih boyunca genellikle mutlak bir takdire dayandığı, gerçektir. Zira devlet ve birey arasında kurulan af ilişkisi çoğunlukla bir atıfet iradesinin değil, siyasi güce sahip olmanın doğal sonucudur.<sup>143</sup> Bu yönüyle af, doğası gereği siyasidir ve içerik bakımından Anayasa ile sınırlama getirilmediği müddetçe mutlak bir takdire dayanır.<sup>144</sup> Pek çok ülkede yasama organı eliyle yapılan af işlemi, çoğunluğun iradesiyle çıkarıldığı varsayımından hareketle meşru zemine oturtulmaktadır. Bu siyasi iradenin yerindeliliğinin denetlenmesi mümkün olmasa da; her bir af işleminin hukukiliğinin değerlendirilmesi, özündeki siyasi niteliği yüzünden geride kalmaya mahkum edilmemelidir. Nitekim günümüz afları -tarihte olduğunun aksine- soyut ve doğüstü kökleri olan af tasarrufları değildir; genellikle demokratik yollarla seçilen kanunkoyucuların (ve/veya devlet başkanlarının) hukuka bağlı kalmak zorunda olan işlemlerinden biridir ve bu nedenle afta takdir yetkisinin

---

<sup>143</sup> Buna karşın hukukumuzda Cumhurbaşkanına tanınan sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak yetkisi, özü itibarıyla merhamet duygusuna dayanan bir atıfet, bağışlama işlemidir ve kaynağını yine bir Devlet erkinden almakla birlikte siyasi nitelikten uzaktır.

<sup>144</sup> **ÖNDER:** Tecil, s.67.; Ayrıca “Devletin af çıkarırken hakkını kötüye kullanmamak zorunda olduğu, bunun hukuk devleti ilkesinin zorunlu sonucu olduğu” görüşü de ileri sürülmüştür. Böylece Anayasada düzenlenmese dahi affın içerik sınırlamasına tabi olduğu savunulmaktadır. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN:** S.533. TBMM’nin çıkaracağı af kanunlarının sadece hukuk devleti değil; başta eşitlik olmak üzere Anayasanın diğer temel ilkelerinin hepsini de dikkate alması gerektiği görüşü için bkz. **GÖZLER:** Türk Anayasa Hukuku, Bursa 2000, s.460

çerçevesi, her şeyden önce, hukukun üstünlüğü ilkesiyle çizilmektedir.<sup>145</sup> Öte yandan bu takdirin, sebep ve konu gibi unsurlar bakımından Anayasal normlar ile açıkça veya Anayasanın koruduğu diğer değerler bakımından işin doğası gereği; buna ek olarak bir de, günümüz dünyasında iç hukukları doğrudan etkileme gücüne sahip uluslararası hukukun evrensel değerleriyle sınırlandırılması mümkündür.

### A. Farklı Hukuk Düzenlerinde

Kimi ülkelerde suç türleri bakımından Anayasalar tarafından öngörülen sınırlamalar, iç hukuk normlarıyla açıkça düzenlenen yasaklardır. Siyasi suçlara özgü yukarıda açıklanan gelişmelere paralel olarak Yunanistan Anayasasının 47. maddesinin 3. fıkrası genel affın yalnızca politik suçlara özgü olarak çıkarılabileceğini belirledikten sonra bir sonraki fıkrasında bunun aksi yönde düzenleme yapılmasını, yani adi suçlar için genel af çıkarılmasını açıkça yasaklamıştır.<sup>146</sup> Bir başka örnek Venezuela Anayasasının 29. maddesinde yer almaktadır. Bu maddede, insan haklarının ciddi ihlalleri, savaş suçları ve insanlığa karşı suçların, af da dahil olmak üzere cezadan bağışıklık sağlayabilecek herhangi faydadan ayrı tutulacağı öngörülmüştür.<sup>147</sup> 2008 tarihli Ekvator Anayasası da, m.120/13'te sayılan ağır suçlar katalogu için affı açıkça yasaklamıştır.<sup>148</sup> Bizim Anayasamızda ise suç türü bakımından getirilen tek sınırlama, orman suçlarına ilişkindir. Yürürlükteki mevzuatımızda af tasarrufunu suç türüne bağlı olarak sınırlandıran tek Anayasal hüküm, orman suçlarına ilişkin olarak genel ve özel af

<sup>145</sup> GROPEGIEBER– MEIBNER: “*Amnesties*”, s.271.

<sup>146</sup> Yunan Anayasasının İngilizce metni için bkz.

<http://www.hri.org/MFA/syntax/artcl50.html#A47> (Erişim tarihi: 02.02.2012)

<sup>147</sup> Bkz. Venezuela Bolivar Cumhuriyeti Anayasası (Çev.: Berna TALUN ÜĞÜTEN), Türkiye'deki Venezuela Bolivar Cumhuriyeti Büyükelçiliği Yayınları, Ankara 2010, s.16.

<sup>148</sup> Ekvator Anayasasının İngilizce metni için bkz.

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html> (Erişim tarihi: 23.03.2012)

yapılamayacağını belirten m.169/3'tür.<sup>149</sup> Buradaki mesele özel affin bir türü olan Cumhurbaşkanının bağışlama yetkisinin de bu yasak kapsamında olup olmadığıdır. Konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hükümde “genel ve özel af” ifadeleri seçildiğine göre affin her şekli, bu arada Cumhurbaşkanının bireysel nitelikli özel affi olan cezaları kaldırma veya hafifletme yetkisi de, bu kapsamdadır. Madde metninin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalan bu yorum, Cumhurbaşkanının m.104/2-b ile tanınan yetkisi bakımından orman suçlarına ilişkin yasaklayıcı kurala istisna getirilmek isteniyor idiyse bunun açıkça belirtilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>150</sup> Ancak bizim de katıldığımız diğer görüş, sürekli hastalık, sakatlık veya kocama halinde bulunan bir kişinin -sırf orman suçu işlediği için- m.169/3'te yer alan yasak nedeniyle cezasının kaldırılmamasını insanlık hislerini rencide edici bulmaktadır.<sup>151</sup> Özünde merhamet duygusuna dayanan bir atıfet işlemi olan Cumhurbaşkanının cezaları kaldırma ve hafifletme yetkisi, orman suçlarına ilişkin sınırlama dahilinde olmamalıdır.<sup>152</sup> Üstelik Anayasa koyucunun kullandığı terminoloji nedeniyle de yine bu sonuca varmak mümkündür. Zira Anayasamız, genel af ve parlamento tarafından yapılan özel affi öngören 87. maddesinde “genel ve özel af” ifadesini kullanırken; Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini sayan maddede, -işlemin hukuki niteliği bireysel nitelikli özel af olmasına rağmen- bu terimler yerine “(...) belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak” ifadesine yer vermiştir. Bu durumda Anayasaca koyucunun Cumhurbaşkanının bireysel bağışlama yetkisini diğer af türlerinden ayırık tuttuğu sonucuna varmak mümkündür. Orman suçlarına dair

---

<sup>149</sup> AY m.169/3: “(...) 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.”

<sup>150</sup> **DİNLER**: s.113.

<sup>151</sup> **DÖNMEZER-ERMAN**: C.III, s.214.

<sup>152</sup> Aynı yönde görüş için bkz. **SÖZÜER**: s.239. ; **DÖNER**: s.41.

yasaklayıcı hüküm de “genel ve özel af” çıkarılmasını engellediğinden Cumhurbaşkanına tanıdığı yetki, yasağın dışında kalmaktadır.

Belirtelim ki, yapılan bu tartışma somut olay haline dönüşmesi çok zor bir ihtimalin teorik tartışmasından ibaret değildir. Tam da bu konu hakkında, çok yakın bir tarihte Cumhurbaşkanı Abdullah GÜL tarafından orman suçu işlediği sabit olan bir hükümlünün sürekli hastalık, sakatlık veya kocama hali kapsamında bulunması nedeniyle cezası kaldırılmıştır.<sup>153</sup>

Suç tipine dayanan konu ölçütü sınırlaması, Anayasamızda 2001 yılında yapılan değişiklikten önce orman suçlarına ilişkin yasaktan ibaret değildi. Anılan değişiklik ile Anayasanın 87. maddesinden, genel af ve parlamento tarafından çıkarılan özel affa ilişkin olarak işlemi konu bakımından sınırlayan “*Anayasanın 14üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere,*” ibaresi 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun<sup>154</sup> ile çıkarılmıştır. Dolayısıyla bu işlemlerin, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak<sup>155</sup> suçları bakımından uygulanamayacağına ilişkin yasak kaldırılmıştır.

---

<sup>153</sup> “Zonguldak 1. Sulh Ceza Mahkemesinin 6/3/2008 tarihli ve E:2007/37, K:2008/131 sayılı kararıyla, orman alanında işgal ve faydalanma suçundan 1 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilen ve cezası kesinleşen (...) Yakup AYGÜN’ün cezası sürekli hastalık, sakatlık ve kocama hali kapsamında bulunduğunu belirten Adli Tıp Kurumu 3üncü Adli Tıp İhtisas Kurulunun (...)raporu sebebiyle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 104üncü maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi hükmü uyarınca kaldırılmıştır.” Bkz. 06.03.2012 tarih ve 28225 sayılı RG

<sup>154</sup> 17.10.2001 tarih ve 24556 (Mükerrer) sayılı RG

<sup>155</sup> Bkz. 1982 Anayasası (2001 değişikliği öncesi) m.14/1

Anayasamızda affa ilişkin olarak bir de işlemin sebep unsuruna dayanan sınırlama mevcuttur. Cumhurbaşkanı ancak sürekli hastalık, sakatlık ve kocama hallerinde hükümlülerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir. Ancak bu konunun, Cumhurbaşkanının bağışlama yetkisi başlığının esas meselesi olması nedeniyle ilgili başlık altında açıklanması daha yerinde olacaktır.

Açıkça Anayasada hükme bağlanan bu yasak alanların yanında bir de Anayasada zaten koruma altında olan diğer değerler -örneğin devlete ait temel görevlerden olan toplumun huzurunun korunması- af tasarrufunda uyulması gereken sınırlamaları arttırmaktadır. Afa takdir yetkisini azaltan bu dolaylı koruma alanlarının neler olduğuna ilişkin öğretilerde *ARMAĞAN*, birtakım tespitlerde bulunmuştur. Yazar öncelikle Anayasanın başlangıç kısmında kişinin maddi ve manevi varlığını sağlamanın, devletin görevleri ve hedefleri arasında sayıldığını ve Devlete ait bu görevi 5. maddenin de teyit ettiğini; 17. maddede de maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirmenin bireye tanınmış bir hak olduğunu belirterek af tasarrufunda ilk çerçeveyi belirlemiştir. Ardından herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğunu belirten maddeden (m.19); Devletin gençlerin yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirler alacağını öngören hükümden (m.58); m.81’de TBMM üyelerinin ve m.103’te Cumhurbaşkanının görevlerine başlarken toplumun huzur ve refahı, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacaklarına dair içtikleri anttan söz etmektedir. Son olarak genellikle ülkemizde gerçekleştirilen af tasarruflarının açtığı sosyal yaralara temas eden yazar, af sonrası suçluların sıklıkla huzura kavuştukları fakat mağdurların teselliden mahrum kaldıkları şeklinde

bir tespitte bulunmuş ve af tasarrufunda takdir yetkisi bakımından sosyal sınırlama olarak mağdur-suçlu arasındaki dengenin kurulması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>156</sup>

## **B. Uluslararası Hukukta**

İç hukuka dayanan sınırlara ek olarak, günümüzde gelinen noktada dünya düzeninin vazgeçilmez hukuk kaynağı olan uluslararası hukukun da, doğrudan veya dolaylı olarak, affa<sup>157</sup> sınırlama getirmesi mümkündür.

Belirtelim ki, uluslararası hukukun affın sınırlandırılabilirliği konusunda belirlemeler yapması oldukça yenidir. Hatta af gibi çok derin kökleri olan bir kurumun karşıtlığına soyunmak şeklindeki bu iddialı çalışma için sürecin henüz yeni başladığını belirtmek mümkündür. Affa dair şüpheli yaklaşımların belirmesi, bunların yerel ölçüde normatif yapılara kavuşması ve ardından uluslararasılaştırma denemeleri, af karşıtlığı fikrinin gelişiminin evreleri olarak açıklanmaktadır.<sup>158</sup> Af karşıtı hareket en önemli itici gücünü, geniş kapsamlı af yasalarının sıklıkla çıkarıldığı Latin Amerika ülkelerindeki cezasızlık uygulamalarına karşı gelişen isyanlardan almıştır.<sup>159</sup> Bir yandan da insan hakları kavramının gelişimi, bu hareketin yayılmasına çok yardımcı olmuştur. Zira affın tarih boyunca politik ve felsefi yönden meşruiyetinin tartışılmasına rağmen hiçbir devletin bu araçtan yoksun kalmayışi gerçeği, kuruma ne kadar karşı olunursa olunsun bu çabanın somut bir başarı elde edemeyeceğini teyit etmektedir. Afta her zaman haklı bir sebep (*justa causa*) arayışı bulunmuş, ancak haklı sebep için yeterli bir neden bulunamadığında dahi af ortadan kaldırılmamıştır.<sup>160</sup> Ayrıca devletin ceza hukukunu kullanmadaki amacı esas olarak

---

<sup>156</sup> ARMAĞAN: s.355-357.

<sup>157</sup> Uluslararası hukukun sınırlandırdığı af türü, genel aftır.

<sup>158</sup> GROPPENGIEBER: "Af", s.31 vd.

<sup>159</sup> GROPPENGIEBER: "Af", s.32.

<sup>160</sup> GROPPENGIEBER: "Af", s.31.

toplumun huzurunu temin ve suç işlenmesini önlemek<sup>161</sup> iken; aynı amaçlar için af devreye girdiğinde bu kez ceza hukuku ortadan kalkmaktadır. Ancak bu çelişkinin fark edilmesi de, af kurumunun varlığını sarsmamıştır. Af karşıtlığı yönündeki yeni hareketin başarısı ise, -tarihteki tartışmalardan farklı olarak- affin meşruiyetini hukuki açıdan tartışarak yola çıkmasından ve gelişen insan hakları düşüncesinin desteğini almasından ileri gelmiştir. Affin hukuka uygunluğunun tartışılmaya başlandığı zamanlarda affi yasaklayan düzenlemelere hemen hemen hiç rastlanmadığı için yerel düzeyde; bir süre sonra rastlanmaya başladığında da uluslararası düzeydeki cezasızlık karşıtı çabalarda yetersiz kalınmaktaydı. Özellikle ağır insan hakları ihlalleri bakımından yargılamanın ve cezaların önünü kesen zamanaşımı ve af gibi kurumların temellerinin sarsılması için insan hakları kavramının gelişimi beklemek zorundaydı. İlk olarak devletlere soruşturma, kovuşturma veya cezalandırma zorunluluğu getiren düzenlemelerden yola çıkılarak af yasağı temellendirilmeye çalışılmıştır. Örneğin, Birleşmiş Milletlerin 1948 tarihli “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi”<sup>162</sup> m.6; 1984 tarihli “Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane; Gayriinsani veya Küçültücü Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”<sup>163</sup> m.4; 1977 tarihli “Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”<sup>164</sup> m.6 bunlardandır. Affa ilişkin yasağın açıkça zikredilmediği, ancak taraf devletlere yargılama yükümlülüğü yükleyen bu düzenlemelere dayanılarak; devletlerin ağır insan hakları ihlallerine yönelik olarak uyguladıkları genel aflar, taahhüt edilen yükümlülüklerin ihlali olarak

---

<sup>161</sup> TCK m.1: “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.”

<sup>162</sup> Sözleşme metninin Türkçesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/33-36.pdf> (Erişim tarihi: 24.03.2012).

<sup>163</sup> Sözleşme metni için bkz. 10.08.1988 tarih ve 19895 sayılı RG.

<sup>164</sup> Sözleşme metni için bkz. [http://www.avrupakonsevi.org.tr/antlasma/aas\\_216.htm](http://www.avrupakonsevi.org.tr/antlasma/aas_216.htm) (Erişim tarihi: 25.03.2012).

görülmüştür.<sup>165</sup> Zaten ulusal düzenlemelerdeki af yasakları da<sup>166</sup> bu anlayışın peşinden açıkça düzenlenmeye başlamıştır. Aslında yargılama yapma zorunluluğu affin temel bir sınırı olarak görülmekte ise de; otomatik bir af yasağını bünyesinde barındırmamaktadır.<sup>167</sup> Yine de bu kural, af yasağındaki en önemli aşamayı kaydetmeyi başarmış ve ispat yükünü tersine çevirmiştir. Bundan böyle af karşıtları, af kurumunun neden hukuka aykırı sayılması gerektiğini gerekçelendirmek zorunda değildir; aksine, aftan yana olanların neden istisnai de olsa af ilan edilmesi gerektiğini meşru bir sebebe dayandırmaları gerekmektedir.<sup>168</sup> Sonuç olarak, hala uluslararası yazılı hukukun bu konuda yetersizliği bulunmakla birlikte; özellikle uluslararası örf adet hukukunun kaynaklığında, ulusal Anayasa Mahkemeleri ve uluslararası insan hakları mahkemelerinin affin sınırlarını belirleyen yerleşik içtihatlar oluşturduklarına tanık olunmaktadır. Diğer yandan Birleşmiş Milletlerin de bu yönde yadsınamaz çabaları sürmektedir. Birleşmiş Milletler, affin, bir iç savaşın veya silahlı bir iç çatışmanın bitiminde, barışın ve uzlaşmanın hukuken tanınan bir göstergesi olduğunu kabul ederken; soykırım, insanlığa karşı suçlar veya uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlalleri gibi ağır suçlara ilişkin af çıkarılamayacağı konusundaki görüşünü istikrarlı biçimde korumuştur.<sup>169</sup> Ayrıca Avrupa Birliği İnsan Hakları İlke Kuralları m.2’de yer alan işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezalar hakkındaki ilke kurallarının “cezasızlık ile

---

<sup>165</sup> Bu içtihadı oluşturan ve yerleşik hale getiren ilk yargısal organ Amerikalılararası İnsan Hakları Yüksek Mahkemesidir(*Inter-American Court of Human Rights*). Yüksek Mahkeme, 14 Mart 2001 tarihinde kesin kararını verdiği ünlü *Barrios Altos v. Peru* davasında, af ve devletin ceza soruşturması ve kovuşturması yapma yükümlülüğünü ortadan kaldıran affa benzer diğer tüm önlemlerin, ağır insan hakları ihlallerinde geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Bu görüşün Yüksek Mahkemenin kararlarına yansıdığı diğer davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GROPENGIEBER – MEIBNER**: “*Amnesties*”, s.274.

<sup>166</sup> Bkz. yukarıda Venezuela ve Ekvator Anayasaları örnekleri.

<sup>167</sup> **GROPENGIEBER – MEIBNER**: “*Amnesties*”, s.276 ve 278.

<sup>168</sup> **GROPENGIEBER**: “*Af*”, s.35.

<sup>169</sup> Bkz. **BLANCO CORDERO Isidoro**: “*Evrensel Yargı Yetkisi Hakkında Genel Rapor*”, 18.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi(20-27 Eylül 2009, İstanbul) Kitabı içinde, s.337.

mücadele” başlıklı kısmında açıkça af yasağından söz edilmektedir.<sup>170</sup> Tavsiye niteliğindeki bu metinde, işkence suçundan hüküm giymiş kişilerin af kapsamına girmemeleri ilke olarak benimsenirken; sadece Avrupa Birliği üye ülkelerinin değil, tüm dünyada bunun yaygınlaştırılmasının AB’nin insan hakları politikasının bir parçası olduğu belirtilmektedir. Buna benzer bir görüşü, -yine tavsiye niteliğinde kalmakla birlikte- Uluslararası Ceza Hukuku Derneği de istikrarlı bir biçimde sunmaktadır.<sup>171</sup> Böylece, uluslararası arenada henüz yazılı bir kurala bağlanmamış olsa da, özellikle insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve ağır insan hakları ihlalleri bakımından af çıkarılmasının önü hızla kapatılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, affa ilişkin görüşlerini, en çok Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.2’de düzenlenen yaşama hakkı ve m.3’te yer alan işkence yasağına ilişkin ihlal iddialarını incelerken yansıtmaktadır. Bu konuda Mahkemenin, Latin Amerika’daki gelişmeleri daha yavaş adımlarla izlediğini belirtmek mümkündür. 1991 tarihli meşhur Dujardin/Fransa davasında Mahkeme, tüm suç türlerinde olduğu gibi insan öldürme suçlarının da üzerinin genel af ile örtülebileceğini; suç faillerinin yargılanmasının sistematik olarak önlenmesine yönelik genel bir uygulama olmadığı sürece, Devletin genel af çıkarmasının bizatihi sözleşmenin ihlali sayılmayacağını belirtmiştir.<sup>172</sup> Ancak sonraki yıllarda, -açık bir af yasağından bahsetmemekle birlikte- Devletin yaşam hakkı bakımından yalnız koruma yükümlülüğünün değil; bu suçlarda etkili bir resmi soruşturma yapmak

<sup>170</sup> Avrupa Birliği İnsan Hakları İlke Kuralları için bkz.

<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/8590.en08.pdf> (Erişim tarihi: 02.04.2012)

<sup>171</sup> Dernek, her ülkede çıkarılan afların ilgili uluslararası düzenlemelerle uyumlaştırılması ile uluslararası teamül hukukunca ve başta Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü) olmak üzere uluslararası yazılı hukuk tarafından tanınmış en ciddi suçların faillerinin yargılanma ve cezalandırma olasılıklarının artmasına gayret göstermektedir. Bkz. “*Evrensel Yargı Yetkisi Hakkında Karar Taslağı*”, 18.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (20-27 Eylül 2009, İstanbul) Kitabı içinde, s.351.

<sup>172</sup> Dujardin v. Fransa Davası, Karar tarihi: 02.08.1991, Başvuru no: 16734/90.

bakımından aktif bir rolü de olduğunu vurgulamaya başlamıştır.<sup>173</sup> Mahkemeye göre, 2. maddedeki yaşama hakkı, 1. maddede devletin genel ödevini düzenleyen hükümle birlikte okunduğunda, bireyler zora başvurulmak suretiyle öldürüldükleri zaman devletin, etkili, tarafsız ve dikkatli bir araştırma yapmasını gerektirir.<sup>174</sup> Bu türden bir soruşturma, güce başvurulmasının bir kimsenin ölümüne yol açtığı her durumda, failleri Devlet görevlisi ya da bir başkası olsa da yapılmalıdır.<sup>175</sup> Merhumun ailesinin veya diğer yakınlarının ölüm olayı hakkında yetkili soruşturma otoritelerine başvurup başvurmaması da bu durumu değiştirmemektedir; zira yetkililerin ölüm olayından bir şekilde haberdar olması, Sözleşmenin 2. maddesinin gerektirdiği şekilde ölümün meydana geldiği şartlar hakkında etkili bir soruşturma yapılmasını kendiliğinden (*ipso facto*) gerekli kılar.<sup>176</sup> Hatta kamu görevlilerin eylemleri sonucu ölüm gerçekleştiğinde ve bu iddiaya ilişkin devletin yetkili organları eliyle etkili bir soruşturma yapılmadığı takdirde m.2’de öngörülen yaşama hakkının çift yönlü olarak ihlal edildiği kabul edilmektedir.<sup>177</sup> Etkili soruşturma ve kovuşturma yapma yükümlülüğünün doğrudan bir af yasağı getirmediği, ancak bu yönde yorumlama bakımından önemli bir aşama teşkil ettiğine yukarıda değinildi. Mahkeme de bu süreci yaşamış ve zamanla af yasağının açıkça belirtildiği kararlara imza atmıştır. Mahkemenin affı zikretmek suretiyle bu konuda attığı en önemli adımlar, 2004 yılındaki YAMAN/Türkiye<sup>178</sup> ve aynı yönde görüş bildirdiği 2008 yılındaki Ali ve Ayşe DURAN/Türkiye kararlarıdır. Bu davalarda Mahkeme, bir devlet görevlisinin

<sup>173</sup> Bkz. KAYA v. Türkiye Davası, Karar tarihi: 18.02.2012, (158/1996/777/978)

<sup>174</sup> Bkz. McCann v. Birleşik Krallık Davası, Karar tarihi: 27.09.1995, Başvuru no: 18984/91.; Çakıcı v. Türkiye Davası, Karar tarihi: 08.07.1999, Başvuru no:23657/94 (86 no.lu paragraf).

<sup>175</sup> Bkz. Tahsin ACAR v. Türkiye Davası, Karar tarihi: 08.04.2004, Başvuru no: 26307/95 (220 no.lu paragraf.); Hamiyet KAPLAN ve Diğerleri v. Türkiye Davası, Karar tarihi: 13.09.2005, Başvuru no:36749/97.

<sup>176</sup> Bkz. BULDAN v. Türkiye Davası, Karar tarihi: 20.04.2004, Başvuru no: 28298/95.

<sup>177</sup> Bkz. ÇELİKBİLEK v. Türkiye Davası, Karar tarihi: 31.05.2005, Başvuru no: 27693/95 (Hakim Costa’nın Kısmi Mutabakat Şerhi).

<sup>178</sup> Abdülsamet YAMAN v. Türkiye Davası, Karar tarihi: 02.11.2004, Başvuru no:32446/96.

kötü muamele içeren suçlarla itham edildiği hallerde, cezai takibatın ve cezalandırmanın zamanaşımına uğramamasının ve genel veya özel af çıkarma gibi tedbirlere müsaade edilmemesinin büyük önem taşıdığı sonucuna varmıştır.<sup>179</sup> Burada kamu görevlilerin fiillerinin insan haklarına yönelik ağır müdahale teşkil etmesi durumunda, yargılamanın tüm evrelerinin ve mahkumiyet halinde cezalandırmanın önünün, başta af ve aynı etkiyi doğuran diğer kurumlarla kapatılamayacağına altı çizilmiştir. Tüm bu gelişmelere rağmen AIHM açık bir af yasağından hala söz etmiş değildir.

Bu konuda kendisine değinilecek olan bir diğer otorite de, Uluslararası Ceza Mahkemesidir. Mahkemenin varlık sebebi olan Roma Statüsünün, -açık bir af yasağından söz etmemekle birlikte- affa ilişkin sınırlama içerecek şekilde yorumlanmaya elverişli olduğu belirtilmiştir.<sup>180</sup> Örneğin Statü'nün 17. maddesine göre Mahkemenin yargılayabileceği türden bir suç<sup>181</sup> takip etmede ilgili devlet isteksiz olduğunu gösterirse Uluslararası Ceza Mahkemesinin yargı yetkisi doğmaktadır ve devletin isteksiz olduğunu gösteren hallerden birisi de aftır.<sup>182</sup> Burada affa yönelik açık bir sınırlama bulunmamağaysa da; uluslararası ceza adaleti, suçu yargılamaya yetkili devletin affetme yönündeki iradesine üstünlük tanımadığını, böyle bir durumda devreye kendisinin gireceğini belirterek göstermektedir.

Uluslararası arenada yaşanan bu gelişmeler, iç hukukumuza somut olarak henüz yansımamıştır. Her ne kadar 5237 sayılı TCK m.77 ile ceza hukukumuza giren insanlığa karşı suçların, zamanaşımına uğramayacağı kabul edilmişse de; sevindirici

---

<sup>179</sup> Ali ve Ayşe DURAN v. Türkiye Davası, Karar tarihi: 08.04.2008, Başvuru No:42942/02.

<sup>180</sup> GROPENGEIER: "Af", s.33.

<sup>181</sup> Roma Statüsü m.1'e göre Divan, soykırım suçu, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve saldırı suçları bakımından yargı yetkisine sahiptir. Roma Statüsünün Türkçe metni için bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat\\_CDRS.htm](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm) (25.03.2012)

<sup>182</sup> GROPENGEIER: "Af", s.33.

bu gelişme içerisinde af yasağı yer almamıştır. Yine de bunu umut vadeden bir aşama olarak değerlendirmek mümkündür. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” hakkında verdiği iptal kararı<sup>183</sup> sırasında işkence suçunu düzenleyen 243. maddesini affın kapsamı dışında bırakan hükmün Anayasaya aykırı bulunmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme bu sonuca varırken “*Özel ve genel af çıkarılması hususlarında kamu yararı amacıyla düzenlemeler yapma konusunda takdir hakkı vardır. Ancak bu takdir hakkı Anayasa ve evrensel hukuk kurallarıyla sınırlıdır.*” demek suretiyle öncelikle afta takdir yetkisinin -açıkça belirtilmese dahi- belli sınırlara doğal olarak sahip olduğunu belirtmiştir. Ayrıca işkence suçuna özgü olarak “*Koruduğu hukuki yarar bakımından diğer tüm suçlardan farklı nitelikte olan işkence suçunun, kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi amaçlarla 4616 sayılı yasa kapsamı dışında bırakılmasında hukuk devletine aykırılık yoktur.*” diyen Anayasa Mahkemesinin uluslararası kazanımların çok da uzağında kalmadığı sonucuna varmak mümkündür.

---

<sup>183</sup> AYM 18.07.2001 tarih ve E.2001/4 K.2001/332 künyeli kararı, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr) (Erişim tarihi: 05.03.2012)

## İKİNCİ BÖLÜM

### GENEL AF

#### I. GENEL OLARAK

Af, genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmakta ve bu ayrımın temeli affin yarattığı sonuçlara dayanmaktadır. Genel af, suçu ve cezai etkiyi tümüyle söndürürken; özel af yalnızca cezanın tümünü ya da bir kısmını kaldırmaktadır.<sup>184</sup>

Genel affin tanımı sıklıkla, genel ve özel af ayrımının da dayanak noktası olması itibariyle, bu hukuki tasarrufun sonuçları ve ceza hukukundaki teknik özellikleri belirtilerek yapılır. Örneğin *EREM*'in genel af tanımı böyledir: “*Kamu davasını, hükmolunmuş ise cezayı ve mahkumiyetin bütün cezai neticelerini kaldıran af, genel aftır.*”<sup>185</sup>

Genel affin bir de siyasi ve toplumsal bir yönü vardır ki; kimi tanımlar bunu da içermektedir. Örneğin *DÖNMEZER* “*Genel af, sosyal fayda düşünceleri ile bütün veya belirli bazı suçlar ve hükmedilmiş cezaları bütün neticeleri ile birlikte düşüren bir yasama işlemidir.*”<sup>186</sup> şeklindeki tanımı ile gerek, af işlemi yapmaya yetkili organa ve işlemin ceza mahkumiyetine etkisinden oluşan teknik özelliklerine; gerekse bu işlemin yapılması için gerekli olan toplumsal ve siyasi zemine temas etmiştir.

Anayasa Mahkemesi de, genel olarak affi, “suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen

---

<sup>184</sup> **PANTANI Carlo**, “*Amnistia-Indulto-Grazia*”, *Lo Stato Civile Italiano*, Luglio (*Temmuz*) 2005, s.550.

<sup>185</sup> **ÖZEK**:s.140.; Aynı tanımı veren bir diğer yazar *EREM*'dir. Bkz. **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.417.

<sup>186</sup> **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.224.

infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflar” şeklinde salt teknik yönüyle tanımladıktan sonra; genel affin tanımında sosyal fayda amacın a değinmeyi ihmal etmemiştir. Yüksek Mahkemeye göre genel af, sosyal fayda düşünceleri ile bütün veya belirli bazı suçları ve hükmedilmiş ise cezaları bütün neticeleriyle birlikte düşüren bir yasama işlemidir.<sup>187</sup>

## II. HUKUKİ NİTELİK

Genel af esasında bir atıfet işlemi ya da hoşgörüyeye ve merhamete dayanan bağışlama iradesinin ürünü değildir. Atıfet, merhamet, hoşgörü gibi duygular örneğin devlet başkanlarına tanınan bağışlama yetkisinin özünde saklıdır. Oysa genel af, daha üstün kabul edilen siyasi ve kamusal menfaatler dolayısıyla geçmişte yaşananların bir nevi unutulmasıdır.<sup>188</sup> Fakat bu unutma sırasında genel af, herhangi bir değer hükmü vermez; yani kimseyi itham etmediği gibi, mazur da görmez.<sup>189</sup> Genel afta devlet, bu yola gitmekte fayda gördüğü için, resmi olarak ve iradi şekilde, yaşananların unutulduğunu farz eder.

“Unutmak” sözcüğü burada önemlidir; -sadece genel affin esasının iyi kavranması bakımından değil- af kurumunun Batı dillerinin çoğunda karşılığı olan *amnistia*, *amnesty*, *amnistie* gibi sözcüklerin Yunanca kökeni olan *emnestos* sözcüğünün<sup>190</sup> Türkçe karşılığı olması itibariyle, affi açıklayan eserlerde özellikle tercih edilmiştir. Yine aynı kökten gelen ve hala Fransızcada yer alan *amnésie*

<sup>187</sup> Örnek için bkz. AYM 18.07.2001 tarih ve E.2001/4 K.2001/332 künyeli (yukarıda anılan) kararı

<sup>188</sup> KEYMAN: s.56 ve 57.

<sup>189</sup> KEYMAN: s.57.

<sup>190</sup> GÖZLER: “Karşılaştırmalı”, s.300.

sözcüğü, bellek yitimi anlamını taşır.<sup>191</sup> Genel af da bir bakıma, devletin kendi belleğini, kendi iradesiyle yitirmesidir.

Teknik yapısı bakımından genel af, affa dahil sayılmış suçlar veya suçlular hakkında Ceza Kanununun geçici süreyle ilga edilmesidir.<sup>192</sup> Geçmiş unutmama, özellikle siyasal yönden çalkantılı dönemlerin ardından toplumsal uzlaşma ve barışın tesisi için zemin oluşturma gibi amaçlara hizmet eden yönü dolayısıyla genel af, geçmişe bir örtü çeker. Belirlenen süre zarfındaki suçların, suç olma vasıflarını ortadan kaldırır.<sup>193</sup> Böylece onların cezalandırılmalarını engeller. Ceza verilmişse ve hatta infaz edilmişse bile bunun da unutulmasını sağlar. Yani genel af, mahkumiyet hükmünün ve mahkumiyete bağlı cezai sonuçları ortadan kaldırır.

Ancak hemen belirtelim ki, bizim de katıldığımız, genel affın fiilin suç olma vasfını kaldırdığına ilişkin bu görüş istisnasız kabul görmüş değildir. Öğretide *KUNTER* ve onun görüşünü destekleyen *ÖZEK*, genel af ile fiilin suç olma özelliğinin kalktığına karşı çıkmış; sadece devletin cezalandırma hakkından vazgeçmesi nedeniyle ceza davasının düştüğünü; genel affa uğramış da olsa, suçun hiçbir unsurunun eksilmediğini savunmuşlardır.<sup>194</sup> Af kanununun, 765 sayılı TCK m.2’de sözü edilen, *fiili suç olmaktan çıkaran* bir kanun olmadığını; buna ek olarak *suçun düşmesi* tabirini de doğru bulmadığını belirten *KUNTER*, bu görüşünü, pek

---

<sup>191</sup> **SARAÇ Tahsin**: Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük (Can Yayınları basımı), 2009, s.66

<sup>192</sup> **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.417 ve 418.

<sup>193</sup> Genel affın, fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırdığı görüşü için bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.534.; **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.417.; **GÖLCÜKLÜ**:“*Af*”, s.308 ve 309.; **TANER Tahir**: s.661.; **BETTIOL**(Çev.: EREM): s.13.; **GÖZLER**: “*Karşılaştırmalı*”, s.302.; **AKBULUT**: “*Türk Hukukunda Af*”, Askeri Adalet Dergisi 1996, Y.24, S.95, s.77.; **KOCA – ÜZÜLMEZ**: s.542.

<sup>194</sup> **KUNTER Nurullah**: “*Müteselsil Suç ve Af*”, İÜHFİM, C.XVII, S.1-2, s.902-904.; **ÖZEK**: s.140-142.; Aynı yönde görüş için ayrıca bkz. **CENDEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem**: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2011, s.738.; **DİNLER**: s.54-56. İtalyan öğretisinde de bu görüşü savunan yazarlar mevcuttur. Bkz. **PISAPIA**: s.182.

çok yazar gibi fiilin maddi olarak mevcut kaldığını savunarak<sup>195</sup> değil; suçun hukuken de düşmediğini iddia ederek açıklamıştır. Yazara göre, bileşik suç kalıbında yer alan iki farklı suçtan biri affa uğrasa bile, bileşik suçun varlığı etkilenmiyorsa affa uğrayan suçun hukuken ortadan kalktığı söylenemez.<sup>196</sup> Kanaatimizce bu görüş yenide değildir. Zira bileşik suç kalıbı bir kez oluştuğundan sonra, bileşik suç oluşturduğu suçlardan tamamen bağımsız yeni bir suç türü oluşmuş değil midir? Bileşik suçun bir unsuru ya da şiddet nedeni olan suç affa uğramasına rağmen bileşik suç hala varlığını koruyor diye genel affın suçu ortadan kaldırmadığının savunulması zorlama bir yorumdur. Bizce bu görüş, genel af ve özel af arasındaki en temel fark olan suça etki etme ve cezayı etkileme ölçütünü sarsmaktadır. Eğer fiil, genel affa rağmen suç olma vasfını korumaya devam ediyor ve yalnızca devletin onu cezalandırmaktan vazgeçmesi söz konusu ise, bu durumda özel affı genel afftan ayıran ne olacaktır?

Ayrıca suçun doğal değil, hukuki bir kurum olması da, genel affın suçu ortadan kaldırması mantığının yürütülmesine elverişlidir. Sadece ceza ilişkisinin değil, bizzat suçu da genel af ile ortadan kaldırmasının hukuki temelinin, genel affın fiilin hukuken suç olma vasfını ortadan kaldırması şeklinde izah edilmesi yerindedir.<sup>197</sup>

İtalyan öğretisinde de genel affın suçu ortadan kaldırıp kaldırmadığı tartışılmıştır. Bu konuda *BATTAGLINI* tarafından ileri sürülen görüş oldukça ilginçtir. Yazar, genel affla birlikte suçun ortadan kalktığı görüşündedir. Ancak görüşünü temellendirirken cezalandırılabilirliğin suçun kurucu bir unsuru olduğunu

---

<sup>195</sup> **PISAPIA:** s.181. Genel affın, fiilin maddi dünyadaki mevcudiyetine etki etmediğini açıklayan görüşler için ayrıca bkz. **KEYMAN:** s.57.

<sup>196</sup> **KUNTER:** “*Müteselsil Suç*”: s.904.

<sup>197</sup> **MANZINI Vincenzo:** *Trattato di diritto penale italiano*, V.III, Torino 1981, s.379.

belirtmiş ve genel af ile cezalandırılabilirlik unsuru ortadan kalkınca suçun da oluşamayacağını savunmuştur. Bu fikre, cezalandırılabilirliğin suçun unsurlarından biri değil; suçun bir özelliği olduğu savıyla karşı çıkmıştır.<sup>198</sup>

Hangi görüş kabul edilirse edilsin, genel ve özel affi birbirinden ayırmak için kullanılan esas ölçüt, affin nereye kadar etkili olacağına ilişkindir. Yalnızca somut cezanın kaldırılması veya azaltılması ile mahkumiyetin tüm sonuçlarıyla birlikte kaldırılması arasındaki fark, genel affi özel afftan ayırmaktadır. Bizim benimsediğimiz, mahkumiyetin tüm sonuçlarıyla birlikte kalkmasının hukuki ve mantıksal dayanağının, -belli bir dönem için- fiilin cezalandırılabilme özelliğine sahip suç olma vasfının ortadan kalkması olduğunu savunan ilk görüştür.<sup>199</sup>

Buraya kadar yapılan açıklamalarda genel-özel af ayrımının, affin kapsamına kimlerin dahil olduğu ölçütüne dayanmadığına değinildi. Ancak bu konuda yazılan eserlerde, genel affin genellikle objektif, yani gayri şahsi olarak uygulandığı; yani

---

<sup>198</sup> Bu görüşü aktardıktan sonra eleştiren *BETTIOL* tarafından yapılan tartışma için bkz. **BETTIOL Giuseppe**: *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova 1976, s.771 ve 772. *BATTAGLINI*, açıklanan görüşüne paralel olarak, mahkumiyet hükmünün verilmesinden sonra çıkan genel affin, suçu ortadan kaldırmasının mantıksız olduğunu ifade etmiştir. Çünkü cezanın verilmesinden sonra, suçun unsuru olan cezalandırılabilirliğin varlığını değerlendirmeye artık gerek kalmamıştır. Bu noktadan sonra ancak cezanın uygulanılabilirliğinden söz edilebilir. Dolayısıyla yazar, hüküm öncesi çıkan genel affi (*amnistia propria*) suçu ortadan kaldıran sebepler arasında; hüküm sonrası çıkan genel affi ise (*amnistia impropria*) cezayı ortadan kaldıran sebepler arasında incelemiştir. Bkz. **BATTAGLINI Giulio**: *Diritto penale-parte generale*, Padova 1949, s.588.

<sup>199</sup> Ancak bu görüşe yöneltilebilecek bir eleştiri olarak, “Genel af ile fiilin suç olmaktan çıkması söz konusuysa neden CMK 223/2-a’ya uygun olarak beraat kararı değil de, ceza davasının düşmesi kararı verilmektedir?” sorusu akla gelebilir. Bu durumda genel af kanununun, kapsamına aldığı fiillerin, yalnızca belli bir süre için suç olma vasıflarını ortadan kaldırdığını yeniden hatırlatmakta fayda vardır. Yukarıda da açıklandığı üzere, bu husus zaten sürekli olarak suç olmaktan çıkarma tasarrufunu genel afftan ayıran özelliktir. Ayrıca genel af, ceza kanunlarında düşme sebepleri arasında sayılmıştır. Şayet açık düzenleme bulunmasaydı bile genel affin geçici niteliği ve daha sonra suç sayılmaya devam edecek bir fiilin işlenip işlenmediğinin incelendiği davayı esastan çözmeye engel oluşu, beraat kararı verilmesine engeldir.

genel affin “faile değil; fiile özgü” olduğu ifade edilmiştir.<sup>200</sup> Oysa bireysel nitelikli genel af kanunlarının sayısı, tahmin edildiği kadar az değildir.<sup>201</sup>

Yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda affi hükme bağlayan 65. maddenin ilk fıkrasına göre “*Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile ortadan kalkar.*” Aynı konuyu düzenleyen 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 97. maddesi ise “*Umumi af, hukuku amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır*” ifadesine sahipti. Mülga ceza kanunu da genel affin sadece kamu davasını düşüren değil, -onun da içinde olduğu- tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ceza mahkumiyetini ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlendiği; ancak yeni TCK’da ceza mahkumiyetinin genel af ile ortadan kalktığına açıkça belirtilmediği gözlemlenmektedir.<sup>202</sup> Mülga Ceza Kanunumuzun mehzızı olan 1889 tarihli Zanardelli Kanunu m.86 da aynı şekilde genel affin, ceza davasını, mahkumiyetini ve onun bütün neticelerini ortadan kaldırdığını belirtmiştir. 1930 tarihinden itibaren halen yürürlükte olan ve dönemin Adalet Bakanı olan Rocco’nun adıyla anılan İtalyan Ceza Kanunu m.151 ise, “*Af suçu ortadan kaldırır*” şeklindeki bir ifadeye sahiptir.

---

<sup>200</sup> **MERAY**: s.21; **KEYMAN**: s.63 ve 64. *DUGUIT* ise belirli bir kişi için çıkarılan genel affi kabul etmemiş ve parlamentonun dahi, bizzat kendisinin yaptığı kanunların kısmi ilgası sayılabilecek böyle bir tasarrufta bulunamayacağını belirtmiştir. Bkz. **KEYMAN**: s.65 (106 no.lu dipnot).

<sup>201</sup> Bireysel genel af kanunu örnekleri: 31.05.1949 tarih ve 5402 sayılı “Yüzbaşı Osman Erbay’ın Hükümlü olduğu Cezanın Affi Hakkında Kanun”. Kanunun birinci fıkrasının son cümlesi “(...) hükümlü olduğu altı ay hapis ve altı ay memuriyetten mahrumiyet cezası, bütün hukuki neticeleriyle beraber affedilmiştir.” şeklindedir. Yine 21.06.1973 tarihli 1751 sayılı Kanun ile Ali Mutlu’nun mahkum olduğu 3 yıllık hapis ile rütbesinin geri alınması cezaları, bütün hukuki neticeleri ile birlikte kaldırılmıştır. Aynı şekilde 30.05.1973 tarihli 1735 sayılı Kanun ile “(...) laikliğe aykırı olarak Devletin hukuki, sosyal ve iktisadi temel nizamlarını dini inançlara uydurmak amacıyla neşir yoluyla propaganda yapmak suçundan 1 sene 1 ay on gün hapis ve 6 ay süre ile Balıkesir İlinde İkamette Genel Güvenlik gözetimi altında bulundurulmasına karar verilen (...) Abdülkadir Şener’in cezası, bütün hukuki neticeleri ile birlikte affedilmiştir.” Yalnız cezanın değil; cezanın ve mahkumiyete bağlı bütün hukuki neticelerin affedilmesi, özel affin değil; genel affin yaratabileceği bir etkidir. Dolayısıyla örnek olarak sayılan bu kanunlar, işlenen suçun mahiyetini değil; şahısları nazara alan, bireysel genel af kanunlarıdır.

<sup>202</sup> **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.533

Belirttiğimiz dört farklı kanunun lafzı arasında en ideal olanı, sonuncusu; yani yürürlükte bulunan İCK'nın benimsemiş olduğu ifadedir. Mümkün olduğunca yalın; fakat genel affin hukuki mahiyetini en derin şekilde ifade eden kaleme alınmış tarzı, affin suçu ortadan kaldırdığının açıkça belirtilmesiyle elde edilmiştir.

#### IV. ALT AYRIMLAR

Genel affin kendi içindeki tasnifinin, mahkumiyetten önce veya sonra ortaya çıkmasına; aftan yararlanacakların niteliklerine yönelik herhangi bir sınırlama ihtiva edip etmemesine; kapsamına aldığı kişi sayısına ve son olarak da şart öngörüp öngörmemesine bağlı olarak yapılması mümkündür.

##### A. Tam Genel Af – Eksik Genel Af

İtalyan öğretisinde, genel af (*amnistia*) da kendi içerisinde tam genel af (*amnistia propria*) ve tam olmayan, diğer adıyla eksik<sup>203</sup> genel af (*amnistia impropria*) şeklinde iki kategoriye ayrılmaktadır. Bu ayrımın ölçütü, genel affin kesin hükümden önce veya sonra çıkarılmasına ilişkindir. Yargılama sürecini etkileyecek şekilde kesin hüküm öncesinde çıkan af, tam genel af; mahkumiyet hükmünden sonra uygulama kabiliyetine sahip olan af ise, eksik genel aftır.<sup>204</sup> İtalyan Ceza Kanununun genel affi düzenleyen 151. maddesinde genel af ile suçun ortadan kalktığı belirtildikten sonra; genel affin mahkumiyet hükmü sonrasında çıkması halinde asli ve ferî cezaların infazının duracağı yazılıdır. Bu şekliyle hükümde, tam genel affin suçu ortadan kaldırdığı vurgulandığına göre; aynı durumun eksik genel afta söz konusu olmayacağı ve eksik genel affin asli ve ferî cezaları durdurmak

<sup>203</sup> Eksik genel af, “nakıs umumi af” olarak da ifade edilmiştir. Bkz. **MERAY**: s.17.

<sup>204</sup> **ANTOLISEI**: s.761.

dışında mahkumiyete ve asli veya ferî ceza sayılmayan diğer cezai sonuçlara herhangi bir etkisinin bulunmadığı öğretide belirtilmektedir.<sup>205</sup> Buradan çıkan sonuca göre, kesin hükümden önce doğan tam genel af, suçu ortadan kaldırır, soyut nitelikteki cezalandırılabilirliği etkilemektedir ve devletin ceza verme kudretine denktir. Buna karşın kesin hükümden sonra varlık kazanan eksik genel af yalnız cezayı ortadan kaldırır; bu yönüyle somut cezalandırılabilirliği etkilemektedir ve hakim tarafından hükmedilen bir yaptırımın infaz edilmesi gücüne paraleldir.

Ancak her ikisi de genel affın bir türü olduğundan, tam ve eksik genel af arasında böylesi bir mahiyet farkı bulunmamalıdır. Aksi halde eksik genel affı, cezayı kaldıran özel afftan ayırmak hayli güçleşir. Nitekim özel af, suça, kamu davasına, mahkumiyete, ceza dışındaki diğer sonuçlara etki etmemekte; yalnız cezayı kaldırmakta, azaltmakta veya değiştirmektedir. Genel affın ise suçu ve cezayı, bunun gereği olarak kamu davasını ve mahkumiyeti tüm cezai sonuçlarıyla birlikte kaldırdığı bir defa kabul edildikten sonra; genel affın bir çeşidi olarak eksik genel affı, yalnız cezaya ve bazı cezai sonuçlara etkili saymak tutarsız olacaktır. Gerçi İtalya'da -yeni TCK'dan farklı olarak- asli ve ferî ceza ayrımı halen varlığını korumaktadır. Eksik genel af (*amnistia impropria*) hem temel cezayı hem de ferî cezaları kaldırırken; özel af (*indulto*) yalnız temel cezayı kaldırmakta, azaltmakta ya da değiştirmektedir. Dolayısıyla eksik genel af ile özel af arasında, ferî cezalar bakımından ve özel affta cezanın tümünden kalkmasının yanında bir de azaltma veya değiştirme seçenekleri olması bakımından küçük de olsa farklar mevcuttur.<sup>206</sup> Ancak

---

<sup>205</sup> **ANTOLISEI**: s.761.; **BETTIOL**(Çev.:EREM): s.13; **FILIPPONE Antonio**: L'esecuzione Penale (delle Pene Detentive, delle Pene Accessorie, delle Misure di Sicurezza), Firenze 1978, s.121.; **MARINI Giuliano**: "Amnistia e Indulto", Novissima Digesto Italiano, Appendice, 1980, s.298 ve 299(6 no.lu dipnot).

<sup>206</sup> **POMANTI Pietro**: I Provvedimenti di Clemenza (Amnistia, Indulto e Grazia), Milano 2008, s.154 ve 155.

yine de genel affin bir türü olarak eksik genel affin, mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırması etkisi bertaraf edilmemelidir. Zira genel affin suç vasfını ortadan kaldırması, yalnızca işlendiği iddiası henüz incelenmekte olan suçlara yönelik değildir; işlendiği sabit olan suçların da, eğer kanunda öngörülmüşlerse, bu kapsamda değerlendirilmeleri gerekir.<sup>207</sup> Fakat İtalyan Ceza Kanununun bu hükmü karşısında, olması gerekene dair temenniyi dile getirmekten öteye gitmek mümkün değildir.

Her ne kadar *KEYMAN*, İtalya'dan farklı olarak bizde böyle bir kanuni düzenleme olmadığından teorik ayrımı gereksiz görmekteyse de<sup>208</sup>; mağdur veya üçüncü kişilerin zararlarının tazmini, yargılama giderleri, sanığın beraat etme talebi<sup>209</sup> gibi hususlar bakımından farklı sonuçlar doğması karşısında, bizce bu tasnif yerindedir. Tasnifin dayandığı ölçüt makuldür; fakat yukarıda belirtilen sebeplerle, bu ayrımın sonuçları noktasında, İtalyan Ceza Kanunu üzerine yapılan yorumlardan farklı olan görüş benimsenmelidir. Hükümden sonra ortaya çıksa dahi genel af, geçmişe dönük olarak mahkumiyeti kaldırmalıdır.

### **B. Mutlak Genel Af – Kısmi (Sınırlı) Genel Af**

Bu tasnif, genel aftan yararlanacakların miktar ve niteliğine bağlı olarak yapılmaktadır. Ayrımın ölçütünü yalnızca aftan istifade eden suçlara dayandırmak<sup>210</sup> yetersizdir; çünkü bu ölçüt, aynı zamanda aynı suçu işleyen kişilerin bir kısmını aftan ayırık tutan düzenlemeleri açıklayamamaktadır. Bu nedenle biz, mutlak-kısmi genel

<sup>207</sup> Aynı yönde görüş için bkz. **BETTIOL**(Çev.:EREM): s.13.

<sup>208</sup> **KEYMAN**: s.58.

<sup>209</sup> İleride *aklanma hakkı* olarak anılacak ve bu konuya daha ayrıntılı yer verilecektir.

<sup>210</sup> *KEYMAN*, affa dahil suçları nazara almak suretiyle, genel affin, *mutlak*, *umumi* ve *kısmi* şekilde tezahür edebileceğini belirtmiştir. Bkz. **KEYMAN**: s.58.

af tasnifi sırasında, gerek suç türleri, gerekse aftan yararlanacak kişilerin özellikleri bakımından objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı ölçütü kullanmaktayız.

Mutlak genel af, hiçbir ayırım yapmaksızın bütün suçları, yani suç işlediği sabit olan bütün suçluları ve suçlu olduğu iddiası henüz incelenmekte olan herkesi kapsar. Böyle bir af örneğine rastlamak güçtür.<sup>211</sup> Hatta böyle bir affin tarihte hiç yaşanmadığı; zira tüm genel afların kendi dönemine ait politik şartların getirdiği sınırlara sahip olduğu belirtilmiştir.<sup>212</sup>

Kısmi (sınırlı) genel af ise, suç tipi gibi objektif veya kişiye göre değişen özellikler gibi sübjektif belli nedenlerle herkesi kapsamına almamış olan genel af türüdür. Demek ki kısmi genel afta, affın kapsamını sınırlayan nedenler, fiile ya da faile bağlı olabilir. Her iki durumda da; eğer sınırlandırma sonucu aftan yararlananların sayısı bire ya da belirli kimselere düşmediyse; affın toplu olma özelliği yitirilmemiş, fakat azaltılmıştır. Fakat her koşulda, affın mutlak olma özelliği, getirdiği sınırlamalar nedeniyle ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla belli ölçütlere göre kapsamı sınırlandırılan ve bu nedenle mutlak olmayan her genel af türünü, kısmi (sınırlanmış) af olarak adlandırmak mümkündür.<sup>213</sup>

Objektif, yani fiile bağlı bir sebep ile sınırlandırılan genel afta, kanunkoyucu, affa layık olan ile olmayanın belirlenmesinde hangi suçun işlendiğini; bazen de suçların şiddet nedenleriyle işlenip işlenmediğini ele almaktadır. Ülkemiz tarihinde

---

<sup>211</sup> KEYMAN; s.59.

<sup>212</sup> Bkz. MOLLA Felice, “*Amnistia, Indulto e Grazia*”, Rivista del Diritto Penitenziario, 1940/1, s.131.

<sup>213</sup> Öğretide bu ayırım içerisinde genellikle külli (umumi) genel af da sayılmaktadır. Ancak bu kategorinin gereksiz olduğu ve toplu afları karıştırılmaması gerektiğine ileride ayrıca değinilecektir.

genel af kanunlarıyla örneğin taksirli suçların affedildiği görülmektedir.<sup>214</sup> Taksirli suçlar şeklinde getirilen bu ölçüt, objektif; yani fiile bağlıdır.

Sübjektif, yani faile bağlı bir nedenle kapsamı daraltılan genel affa, aynı fiili işleyen/işlediği iddiası incelenen iki kişiden birinin af kapsamına girmesi, diğerinin ise suçun türü dışındaki bir başka sebepten dolayı bundan yararlanamaması söz konusu olabilmektedir. Kanunkoyucunun böylesi bir kısmi af tasarrufunda bulunmasının sebebi, af kapsamına giren suçu işlemiş olsa bile, örneğin mükerrir olmasından dolayı faili affa layık görmemesi yahut somut cezaları nazara alan bir uygulamaya gitme iradesi olabilir.<sup>215</sup> Daha önce herhangi bir suçu işlemiş olanları kapsam dışında bırakmak da, kısmi affa vücut vermektir. Fransa'da 1946 yılında çıkarılan bir kanun ile hapis cezalarının tümünün yahut belli suçlardan hükmedilenlerin değil; yalnızca 2 ila 6 ay arasında olan somut hapis cezalarının affedilmesi tipik bir kısmi af örneğidir.<sup>216</sup> Burada ne tek başına objektif, ne de tek başına sübjektif sayılabilecek; karma nitelikteki somut ceza ölçütü kullanılmıştır. Bir sonraki yıl yine Fransa'da çıkarılan bir başka genel af kanunu ile Birinci Dünya Savaşına katılan vatandaşların yakınları tarafından işlenen suçların affedilmesi de<sup>217</sup>, faile bağlı sübjektif ölçüt getirme bakımından çarpıcı bir örnektir. Sübjektif bir neden olarak bunlardan başka, failin yaşı da genel affın sınırı olabilmektedir. Örneğin 1966 tarihli ve 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun m.2'de -orman suçları hariç tutularak- suç tarihinde 15 yaşını doldurmamış olanlar tarafından işlenen bütün suçlar, genel affın kapsamına alınmıştır. Burada orman suçlarına ilişkin suç tipi istisnasının olmadığı varsayıldığında, genel af kanununun mutlak olmasını

<sup>214</sup> Bkz. 26.10.1960 tarihli ve 113 sayılı Af Kanunu m.1/A; 03.08.1966 tarihli ve 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun m.1.

<sup>215</sup> KEYMAN: s.59.

<sup>216</sup> Örnek için bkz. KEYMAN: s.59

<sup>217</sup> Örnek için bkz. KEYMAN: s.64.

engellemek için geriye kalan tek husus, faile bağı olan yaş kriteridir. 11 yaşını tamamlamış ve 15 yaşından gün almamış olan herkes, işlediği sabit olan veya işlediği iddiası henüz incelenmekte olan suçun türüne, cezanın niteliğine veya miktarına bakılmaksızın affedilmiştir. Cezai sorumluluğunun başlangıcı için 11 yaşın tamamlanmış olmasını arayan mülga Ceza Kanunu döneminde bu düzenleme bir bakıma, belli bir dönem içerisinde işlenen suçlarla sınırlı olacak şekilde, isnat edilebilirlik yaşını yükseltmiş sayılır. Bu arada orman suçuna ilişkin istisna da, suç bağı; yani objektif bir ölçütle getirilmiş sınırlamadır.

Kısmi genel affa önemli olan ve önemi nedeniyle tartışılmış olan husus, aftan yararlanmaya layık görülmeyenlerin neye göre belirlendiğidir. Affa, işin doğası gereği eşitlik ilkesinden<sup>218</sup> ödün verilmektedir. Ancak bu tavizin ölçüsü, hukuk devleti ilkesinin ihlali bakımından belirleyicidir. Elbette genel affa yetkili organ, bu tasarrufun siyasi niteliği gereği, siyasi veya toplumsal gerekçelerle kimi sınırlamalar öngörebilir. Ancak bu demek değildir ki, yetkili organ iradesi, keyfi sınırlamalara meşruiyet kazandırsın. Aynı fiili işleyenler arasında kişisel bir ayırım yapmak, ismen belirlenen bazı kişileri aftan hariç tutmak kabul edilemez ölçüde keyfi uygulamalardır.<sup>219</sup> İsmen belirtilmese dahi kime yönelik olduğu rahatlıkla belirlenebilen kısmi aflar da aynı keyfiyete sahiptir. Örneğin hakkındaki ceza yargılaması süren bir siyasi parti genel başkanının, adının açıkça belirtilmediği fakat işlediği iddia edilen suç türünü ve yalnızca siyasi parti genel başkanlarını kapsadığı

---

<sup>218</sup> Burada fırsat eşitliği değil, kanun önünde eşitliği ifade eden, “hukuki eşitlik” veya “ayrımcılık yasağı” olarak da adlandırılan eşitlik kastedilmektedir. Bkz. **İNCEOĞLU Sibel**: “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi*”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, S.18, s.42.

<sup>219</sup> **KEYMAN**: s.60.

belirtilen bir genel af kanunu ile affedilmesi, böyledir. Örtülü biçimde de olsa, bu örnekte, bireysel genel af söz konusudur.

İnsanların içinde bulunduğu durumları, özellikleri ve ihtiyaçları açısından farklılıklar olduğunu kabul eden eşitlik ilkesi, zaten, mutlak anlamda bir eşitlik sağlama iddiasında değildir. Ancak kişiler arası sınıflandırmanın nasıl yapıldığı önemlidir. Bu ilke ihlal edilmek istenmiyorsa, farklı muameleler öngören kanunun amacı meşru ve kamu yararını sağlamaya yönelik olmalıdır; yani haklı bir nedene dayanmalıdır. Ayrıca kanunun öngördüğü sınıflandırma, bu amaca hizmet etmelidir ve arada ölçülü bir oran bulunmalıdır.<sup>220</sup>

Son olarak belirtmeliyim ki; öğretide *MERAY* ve *ÖZEK*, aftan yararlanacaklar bakımından yaptığı ayırım ile “küllî”, “kısmî”, “şarta bağlı” ve “mutlak” genel af kategorilerini oluşturmuşlardır.<sup>221</sup> Gerçekten de genel affın bu türleri, aftan istifade edecek kişi sayısı bakımından farklılaşmaktadır. Fakat şarta bağlı olup olmama, genel affa ilişkin ayrıca bir tasnifi gerektirmektedir. Çünkü şarta bağlılık, genel affın kısmî, mutlak, toplu ya da bireysel oluşundan bağımsızdır. Bu tasnif altında belirtilen her genel af türü, aynı zamanda şarta bağlı olabilir ya da olmayabilir. Bu bakımdan genel affın şartı bağlı olup olmaması aşağıda ayrıca incelenecektir.

#### **A. Bireysel Genel Af - Toplu Genel Af**

Yukarıda incelenmiş olan genel affın mutlaklığı ve kısmiliğinin haricinde bu işlemin bireyselliği veya toplu oluşu da bir başka ayrıma vücut vermektedir.

---

<sup>220</sup> İNCEOĞLU: s.43-47.

<sup>221</sup> MERAY: s.17-20.

Öğretide *umumi genel af*<sup>222</sup> veya *külli umumi af*<sup>223</sup> terimleri ile herhangi bir istisna belirlenmeksizin, bir veya belli birkaç kategori suçun ya da belli ölçütlere göre belirlenmiş kimselerin affedilmesi tasarrufunun ifade edildiği belirtilmiştir. Oysa açıklanan bu kavramda da, fiili bir sınırlandırmadan söz etmek mümkündür. Zira hangi suçların affa tabi olduğu belirlenirken, doğal olarak, diğerleri aftan mahrum bırakılmaktadır. Öğretinin ayrı bir adla *umumi* veya *külli* af dediği genel af türü, daha çok affa tabi olan grubu belirlerken; yukarıda açıklanan *kısmi* genel af, kimlerin aftan mahrum kalacağını öngörmektedir. Bu kimseleri belirleyen ölçütler her ikisinde de suç tipi gibi objektif veya yaş gibi sübjektif olabilmektedir. Esasında diğerinin yerine geçebilen, hatta aynı şeyi ifade eden kısmi genel affa yer verdikten sonra, ayrıca umumi (külli) genel affı ayrı bir genel af türü olarak değerlendirmek, ayırımın sayısını boş yere arttırmaktadır.

Bizim toplu af olarak adlandırdığımız kavram ise, yalnızca affın kapsamına giren kişi sayısına bağlıdır. Kısmi de olsa bir genel af, yalnızca bir kişiyi ya da ismen belirlenebilir belli bir grup kimseyi kapsayabilir.

Bireysel genel af ise, affa özgü başka çalışmalarda genellikle ayrı bir başlık olarak yer almamaktadır.<sup>224</sup> Tüm yazarların genel ve özel af ayırımında işlemin üzerinde uygulandığı kişi sayısının değil, affın sonuçlarının önem taşıdığı noktasında hemfikir iken; bireysel bir genel af kategorisine neden yer vermedikleri sorusu ise yanıtız kalmaktadır. Bir genel af; yani suçu ve kamu davasını, cezai tüm sonuçlarla birlikte kaldıran bir af işlemi, parlamento tarafından yapılan bir kanun ile sadece bir

---

<sup>222</sup> KEYMAN: s.59.

<sup>223</sup> MERAY: s.17.

<sup>224</sup> Genel eğilimin aksine *GÖLCÜKLÜ*, yasama organının kanunun uygulama alanını bir veya birkaç belirli kişi ile sınırlı tutabileceğini belirterek bu tür genel aflara, *şahsi genel af* demiştir. Bkz. *GÖLCÜKLÜ*: s.309. Ayrıca *ZAFER* de affı, koşullu-koşulsuz, genel-özel, mutlak-kısmi ve *bireysel-toplu* olarak tasnif etmiştir. Bkz. *ZAFER*: s.401.

kişiyeye özgü olarak çıkarıldığında, ne kısmi, ne de mutlak bir genel af olmaktadır. Doğal olarak toplu veya umumi (küllî) bir genel af da olamayacaktır. Dolayısıyla bu zamana kadar yapılan genel af tasniflerinde genellikle bir kategori atlanmış; sözü edilen örnekler de<sup>225</sup>, önceki tasniflerdeki hiçbir kategoriye giremeyerek açıkta kalmıştır.

İsmen belirlenmiş bir kişiyeye ya da aralarında aynı suçtan yargılanma/mahkum olma gibi objektif nitelikte veya tekerrür, somut ceza, önceden sabıkalı olma gibi subjektif bir ortak özellik bulunmadığı halde bir arada sayılan kişilere özgü bir genel affin bireysel olduğuna kuşku yoktur. Burada önemli olan husus, affa yetkili organın işlemi yapmadan önce, tek bir kişinin bu tasarrufun kapsamına girdiğini bilip bilmemesidir. Zira toplu genel af formuna sokulmakla birlikte, esasen tek veya belli birkaç kişiyeye uygulanacağı herkesçe bilinen bir af işlemi, toplu af olarak nitelendirmeye imkan bulunmamaktadır. Ancak burada dikkati çekmek istediğimiz husus, her bireysel genel affin çıkar amaçlı olduğu, kötü niyet taşıdığı ön kabulünün doğru olmadığıdır. Zira toplu bir genel af ile aynı amaca hizmet eden bireysel genel af da pekâlâ çıkarılabilir. Örneğin siyasi bir suçlunun ya da böyle bir suç isnadına maruz kalan bir kimsenin affı, toplumsal barış ve uzlaşma zemini için zorunlu

---

<sup>225</sup> Bireysel genel af örnekleri için bkz. 31.05.1949 tarih ve 5402 sayılı Yüzbaşı Osman Erbay'ın Hükümlü olduğu Cezanın Affı Hakkında Kanun'un birinci fıkrasının son cümlesi "(...) hükümlü olduğu altı ay hapis ve altı ay memuriyetten mahrumiyet cezası, bütün hukuki neticeleriyle beraber affedilmiştir." şeklindedir. Yine 21.06.1973 tarihli 1751 sayılı Kanun ile Ali Mutlu'nun mahkum olduğu 3 yıllık hapis ile rütbesinin geri alınması cezaları, bütün hukuki neticeleri ile birlikte kaldırılmıştır. Aynı şekilde 30.05.1973 tarihli 1735 sayılı Kanun ile "(...) laikliğe aykırı olarak Devletin hukuki, sosyal ve iktisadi temel nizamlarını dini inançlara uydurmak amacıyla neşir yoluyla propaganda yapmak suçundan 1 sene 1 ay on gün hapis ve 6 ay süre ile Balıkesir İlinde İkamette Genel Güvenlik gözetimi altında bulundurulmasına karar verilen (...) Abdülkadir Şener'in cezası, bütün hukuki neticeleri ile birlikte affedilmiştir." Ayrıca 15.03.01983 tarihli ve 2804 sayılı Hasan Oğlu 1954 Doğumlu Piyade Astsubay Üstçavuş Mehmet Demircioğlu Hakkında Özel Af Kanunu ile asli ve ferî cezalar, tüm hukuki sonuçlarıyla birlikte affedilmiştir. Örnek olarak sayılan bu kanunlar, yasama organı tarafından sadece bir kişinin mahkum olduğu cezanın çektirilmemesinin ve ceza ile birlikte mahkumiyete bağlı tüm sonuçların kaldırılmasının kararlaştırıldığı kanunlardır. Bu örneklerin tümünde mahkumiyet sonrası affedilme söz konusu olduğundan özel affin varlığı akla gelebilirse de; özel olarak belirtilen "*cezaların tüm hukuki sonuçlarıyla birlikte kaldırılması*" kaydının genel affa vücut verdiği kanısındayız.

görülyorsa yukarıda keyfilik olarak nitelendirdiğimiz duruma girmeyecek ve aynı kaygılara yol açmayacaktır.

Örneğine zor rastlanır olan mutlak genel affin bireysel olamayacağı açıktır; ancak kısmi bir genel af toplu da olabilir bireysel de. Demek ki, bireysel veya toplu olması bakımından kullanılması gereken tek ölçüt, genel affin kapsamına aldığı kişi sayısıdır.

### **B. Şarta Bağlı Genel Af – Şartsız Genel Af**

Kısmi affla karıştırılabilecek nitelikteki bir başka af türü de şarta bağlı aflardır. Her ne kadar kimi yazarlar diğerleriyle birlikte değerlendirmişlerse de<sup>226</sup>; esasen şarta bağlı genel af, bir başka alt ayırımın ürünüdür. Genel affin kısmiliği, yetkili organın affi çıkarırken öngördüğü ve aftan yararlanacak kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği bir sınırlamaya işaret eder. Oysa genel af bir kere şarta bağlı çıkarıldıktan sonra artık bundan yararlanmak veya yararlanmamak meselesinde kararı veren özne, aftan yararlanacak kişidir. Nitekim suç türü ya da failin niteliği gereği kapsamı sınırlandırılmamış bir affin, bir daha kasıtlı bir suç işlememe gibi bozucu bir şarta bağlı olarak öngörülmesi varsayımındaki genel af, kısmi (sınırlı) değil; fakat şarta bağlıdır.

Genel affin şarta bağlı olabileceği, artık tartışma götürmez bir kabul olmakla birlikte; geçmişte uzun uzadıya değerlendirilmiş bir meseledir. Özellikle İtalya ve Fransa’da, şart ile genel affin bağdaşmazlığı prensibini benimseyen yazarlar olmuştur.<sup>227</sup> Ancak ceza kanunlarının değişmesine rağmen hüküm olarak İtalyan

<sup>226</sup> **MERAY**: 17-19.; **ÖZEK**: s.148 ve 149.

<sup>227</sup> Genel affin şarta bağlanamayacağı görüşünün temsilcisi Fransız yazar *PEYRONET*’tir. Bkz. **GAGLIARDI Elia**: “*Amnistia*”, Enciclopedia Giuridica Italiana, Volume 2, Parte II, Sezione Seconda, Milano 1892, s.2017.

Ceza Kanununda bir asırdan fazla süredir varlığını koruyan ve affin şarta bağlanabileceğini kabul eden açık düzenleme, bu ülkede yapılan tartışmaları anlamsızlaştırmıştır.

İtalyan Ceza Kanununun 151. maddesinin 4. cümlesi, genel affin, mevcut belirli şartlar veya yerine getirilmesi öngörülen yükümlülüklerle bağlı olabileceğini açıkça öngörmüştür. Esasen burada iki farklı hususa değinilmiştir. Karıştırılmaması gereken, affin uygulanabileceği özel haller ile ondan yararlanacak kişiye yüklenen kayıtlardır.<sup>228</sup> Zira önceden mevcut olan belirli şartlara bağlanmış bir genel af, bu başlıkta açıklandığı şekliyle, şarta bağlı genel af değildir. Aftan yararlanacak olanın üzerinde hiçbir tasarruf edemediği mevcut durumların affin uygulanabileceği hallere işaret ettiği koşullar, şartlı genel affa değil; kısmi (sınırlı) genel affa vücut verirler. Örneğin, daha önce işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı sabıkası olan kimselerin aftan yararlanamayacağını öngören bir genel af düzenlemesi, şartlı değil; faile özgü bir nedenle sınırlandırılmış, kısmi genel aftır. Ancak İtalyan öğretisinde şartın, belirttiğimiz bu iki farklı kavramı kapsayacak şekilde kullanıldığı da görülmektedir.<sup>229</sup> Bizim kabul ettiğimiz anlayışa göre ise İCK'da şarta bağlı genel af için referans olabilecek düzenleme, genel affin belli yükümlülüklerle bağlı olarak çıkarılabileceğini belirten bölüm; yani hükmün ikinci kısmıdır.

Genel affin kendisinden yararlanmak isteyenler için şart koştuğu yükümlülükler sayesinde, kişiye bir nevi seçim hakkı tanınmaktadır.<sup>230</sup> Öngörülen

---

<sup>228</sup> Aynı yönde bkz. **ÖZEK**: s.149.; **KEYMAN**: s.61.

<sup>229</sup> Affin bağlandığı şartın sübjektif ya da objektif olabileceği belirtilirken bunlara örnek olarak, önceden sabıka kaydı olmama ile yargılama giderlerini ödeme şartı gösterilmektedir. Burada bizim üzerinde durduğumuz ayırım yapılmamakta, her ikisi de şart olarak nitelenmektedir. Bkz. **MIELE Angelo**: “*Amnistia e Indulto Nell’attuale Momento Storico*”, *Il Giusto Processo* 2003, S.5, s.80.

<sup>230</sup> **KEYMAN**: s.61.

koşulları yerine getirmek ve genel affin lütfundan yararlanmak veya buna kayıtsız kalmak arasındaki tercih, muhtemel yararlanıcıya aittir.

Şart, hukuki nitelik bakımından erteleyici (taliki) ve bozucu (infisahi) olmak üzere ikiye ayrılır. Mağdurun zararının giderilmesi, suçunu itiraf etmesi, belli bir süreye kadar teslim olma gibi şartlara bağlanan genel af kanunları, bunların yerine getirilmemesi halinde uygulanmaz. Diğer deyişle, genel affin uygulanması, öngördüğü şartların sağlanmasına kadar ertelenmiştir.

Örneğin Güney Afrika'da 1960 ile 1994 tarihleri arasında yaşanan ağır insan hakları ihlallerini araştırmak ve bunların faillerini bulmakla görevlendirilen Hakikat Komisyonu (*Truth and Reconciliation Commission*), siyasal amaçlı ihlallerde, faillerin itiraf etmeleri ve bu itiraflarla katıldıkları olayları tam olarak aydınlatmaları şartıyla affetme yetkisine sahipti.<sup>231</sup>

Ülkemizde çıkarılan af kanunlarında da erteleyici şart örneklerine sıklıkla rastlanmaktadır. Bunlardan biri, 1933 tarihinde çıkarılan 2330 tarihli Af Kanununun<sup>232</sup> 14. maddesidir. Anılan hükümde, firar halinde olup kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde teslim olmayan sanık ve hükümlülerin aftan yararlanamayacağı belirtilmiştir. Firar halinde olup belli bir süre içerisinde teslim olma şartını öngören başka af kanunları da çıkarılmıştır. Örneğin 113 sayılı Af Kanunu<sup>233</sup> m.6, 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun<sup>234</sup> m.12 ve 4616 sayılı Kanun<sup>235</sup> m.9 böyledir.

---

<sup>231</sup> Bkz. **SANCAR Mithat**: “Geçmişin Hesabı, Geleceğin İnşası”, Birikim Dergisi, S.134-135 (Haziran-Temmuz 2000), s.92-98.

<sup>232</sup> Bkz. 28 Ekim(*Teşrinievvel*) 1933 tarih ve 2540 sayılı Resmi Gazete

<sup>233</sup> Bkz. 28.10.1960 tarih ve 10641 sayılı RG

<sup>234</sup> Bkz. 09.08.1966 tarih ve 12370(mükerrer) sayılı RG

<sup>235</sup> Bkz. 22.12.2000 tarih ve 24268 sayılı RG

Bozucu nitelikteki şart ise geleceğe kayıt koyar. Daha açık anlatımla, bozucu şarta bağlı bir genel af kanunu, tıpkı şartsız af kanunları gibi derhal uygulanır; fakat gelecekte şartın gerçekleşmesi ile af ve bunun yarattığı sonuçlar ortadan kalkar. Genel af kanunları bakımından en sık rastlanan bozucu şart örneği, belli bir süre içerisinde yeniden suç işlenmesidir.<sup>236</sup> Öngörülen bozucu şart gerçekleştiği takdirde, hem affedilmiş olan suçun hem de işlenen yeni suçun cezası çektirilir.

Örneğin 780 sayılı Kanun m.11'e göre, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, mahkum oldukları cezanın zamanaşımı süresi içinde ve her halde 5 yıl zarfında, taksirli suçlar hariç, aşağı sınırı 6 aydan az olmayan hapis cezasının gerektiren aynı cinsten bir suç işlediklerinde daha önce haklarında hükmedilmiş bulunan cezanın infaz edilmeyen kısmının da infaz edileceği öngörülmüştür.

#### **IV. SONUÇLAR**

##### **A. Ceza Hukukunda**

##### **1. Ceza Muhakemesinin Evrelerinde**

Genel af, fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla genel affa dahil olan fiil hakkında soruşturma başlatılamaz, halihazırda başlatılmışsa buna son verilir. Suç olma özelliği olmayan bir fiil hakkında yargılama da yapılamaz; yani açılmış bir kamu davası mevcutsa davaya devam olunamaz. Suçun işlendiği sabit olmadığından ceza verilemez. Üstelik genel af, zamanaşımı veya şikayetten vazgeçme gibi diğer düşme sebepleri ile birlikte ortaya çıktığında öncelikli olarak göz önünde bulundurulur ve içinde bulunulan evreye göre takipsizlik ya da düşme

---

<sup>236</sup> DÖNMEZER-ERMAN: C:III, s.230.

kararları, öncelikle, genel affa dayanılarak verilir.<sup>237</sup> Hüküm kesinleşmiş olduğunda ceza infaz edilmez; infaza başlanmış ise buna devam edilemez. Cezanın infazından sonra af çıkması ihtimalinde de, mahkumiyetin sonuçları ortadan kalkar.

#### a) Soruşturma Evresi

Soruşturma aşamasında genel af çıkması halinde soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı, kamu davasını açamayacaktır. Yapmakta olduğu soruşturmayı da, vereceği kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (takipsizlik kararı) ile sonlandıracaktır. Bu kararı Cumhuriyet savcısı, kamu davasını açmadaki takdir yetkisine (CMK m.171/1) dayanarak değil; *kovuşturma olanağının bulunmaması* hali (m.172/2) gerçekleştiği için verir. Hakkında kovuşturma olanağı bulunmayan bir olayın, bu nedenin tespitinden sonra, soruşturulmasına da devam edilmemesi gerekir. Kovuşturmaya engel nedenin somut olayda gerçekleştiğinin ancak mahkeme tarafından tespit edilebileceğinin savunulması, halihazırda fazla olan iş yükünün artmasından başka bir etkiye yol açmayacaktır. Dolayısıyla hakkında soruşturma yürüttüğü bir suçla ilgili olarak genel af çıktığını gören savcı, takipsizlik kararını vermek zorundadır. Takipsizlik kararının verilmesi üzerine, bu karar Cumhuriyet savcısının kamu davası açmada takdir yetkisini kullandığı hallerden biri olmadığından, aleyhine itiraz<sup>238</sup> yoluna gidilebilir (m.173/1 ve m.173/5)<sup>239</sup>. Suçtan

<sup>237</sup> Bkz. **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.231.

<sup>238</sup> Kanun “itiraz” ifadesini kullanmaktaysa da; itirazın, bir kanun yolu olarak ancak yargılama makamı kararları aleyhine gidilebilmesi dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının verdiği takipsizlik kararına karşı burada “kovuşturma davası” yoluna gidildiği öğretide kabul edilmektedir. Bkz. **TOROSLU Nevzat – FEYZİOĞLU Metin**: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008, s.270.

<sup>239</sup> Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmada takdir yetkisini kullandığı haller, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların veya şahsi cezasızlık sebebinin varlığı durumlarıyla sınırlıdır (CMK m.171/1) ve kamu davasının açılması konusunda takdir yetkisinin kullanılarak kovuşturamama kararının verildiği durumlarda, bu karara karşı itiraz yoluna gidilemez (CMK m.173/5). Bu karara karşı kanun yolunun kapalı olmasının, silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu şeklindeki eleştiri için bkz. **MERAKLI Serkan**: Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Veli Özer ÖZBEK), s.120 ve 121.

zarar gören, verilen takipsizlik kararına karşı kovuşturma davası açmak isterse bunu, kararın kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içinde yapmak zorundadır (m.173/1).

İddianamenin Cumhuriyet savcısı tarafından mahkemeye verilmesinin ardından mahkeme, on beş gün içerisinde iddianamenin kabulüne veya iadesine karar verir (m.174 ve m.175). Ancak genel af, iddianamenin iadesi sebeplerinden biri olarak belirtilmediği için (bkz. m.174/1) yalnızca genel affa dayanarak iade kararı verilemez.<sup>240</sup> Daha açık bir anlatımla, şayet Cumhuriyet savcısı genel affın varlığına rağmen her nasılsa takipsizlik kararı vermemiş ve iddianame hazırlayıp bunu mahkemeye sunmuşsa mahkeme iddianameyi kabul etmeli; ancak duruşmaya başlamadan davanın düşmesine karar vermelidir. İddianamenin iadesinin ardından, iade kararında belirtilen eksikliklerin tamamlanması için dosya Cumhuriyet savcısının elinde olduğu sırada genel af çıkarsa savcının, bu noktada da takipsizlik kararı vermesi gerekir. Cumhuriyet savcısı daha önce genel af dışındaki bir sebepten dolayı takipsizlik kararı vermiş ve bu kararı, kovuşturma davası yoluyla ortadan kaldırılarak iddianame görevli mahkemeye sunulmuş; ancak mahkeme tarafından 174. maddeye dayanılarak kendisine iade edilmişse ve bu sırada genel af çıkmışsa, iddianamenin iadesi kararındaki eksikliklerin giderilmesinden önce, savcı yeniden takipsizlik kararı vermelidir. Bu kararı üzerine yeniden kovuşturma davası yolu işletilebilir, zira her iki takipsizlik kararının dayandığı sebepler farklıdır.

---

<sup>240</sup>Bir diğer düşme nedeni olan dava zamanaşımı bakımından aynı yönde görüş için bkz. **TANER Fahri Gökçen**: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008, s.121 ve 122.

## b) Kovuşturma Evresi

### (1) Duruşma Hazırlığı Devresi

İddianamenin kabulü ile soruşturmanın sonuna gelinip kovuşturma evresi başladığında, henüz duruşma devresi başlamadan önce, duruşma gününün belirlendiği, duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin tespit edilip bunlara çağırıda bulunulduğu, iddianamenin ve davetiyenin sanığa tebliğ edildiği, varsa soruşturma evresindeki eksikliklerin giderildiği bir devre vardır ki, buna *duruşma hazırlığı* adı verilmektedir.<sup>241</sup> Bu devrede kamu davası artık açılmış, yani kovuşturma evresine geçilmiştir. Ancak duruşma devresinin daha kesintisiz ve sağlıklı geçmesi adına birtakım hazırlıkların yapılması söz konusudur. Duruşmanın hazırlıklarının yapıldığı bu döneme denk gelen bir genel af kanunu, duruşma devresine hiç geçilmemesini sağlamalıdır. Diğer bir deyişle, açılmış olan kamu davasının düşmesi kararı, kanaatimizce, hiç duruşma yapılmaksızın da verilebilmelidir.

### (2) Duruşma Devresi

Kovuşturma evresindeki duruşma devresine geçildiğinde yürürlüğe giren bir genel af kanununun, düşme kararıyla uygulanacağına kuşku yoktur. TCK m.65'te genel af, kamu davasını düşüren bir neden olarak düzenlenmiştir ve CMK m.223/8'e göre düşme sebeplerinin varlığı halinde hüküm niteliğinde olan düşme kararı verilir. Ancak unutulmamalıdır ki, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde düşme kararı verilemez (m.223/9). Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da, sanığın genel affa rağmen beraat etme amacıyla yargılamaya devam edilmesini istemesi durumudur. Ceza kanununda açıkça yer verilmemekle birlikte; her bir genel af

<sup>241</sup> TOROSLU – FEYZİOğLU: s.276-281.

kanunun ayrıca düzenleyebileceği bu hak, öğretide *aklanma hakkı* olarak adlandırılmaktadır. Af düzenlemeleri arasında yer alması gerektiği kanısını taşıdığımız bu kuruma verdiğimiz önem gereği, aklanma hakkı, kendi başlığı altında ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

### (3) Temyiz

Yerel mahkemenin verdiği hükmün, Yargıtay tarafından temyiz incelemesi yapıldığı sırada yürürlüğe giren genel af kanununun somut olaya uygulanması ise, temyiz merciinin vereceği düşme kararıyla sağlanır. Bunun için dosyanın yeniden ilk derece mahkemesine gönderilmesine gerek bulunmamaktadır. Temyiz kanun yoluna ilişkin hükümlerinin halen yürürlükte bulunduğu 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m.322/1'de, Yargıtay'ın resen davanın esasına hükmedilebileceği haller sayılmıştır ve bunlardan ilki "vakıanın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate veya davanın düşmesine (... ) hükmolunması icap ederse" şeklinde ifade edilmiştir. Genel af da ceza davasının düşme sebeplerinden biri olduğu için Yargıtay ilgili ceza dairesi temyizen incelemekte olduğu davaya ilişkin genel af çıktığında doğrudan düşme kararı verebilecektir.

## 2. İnfaz Döneminde

Kesin hükümden sonra çıkan genel af, ya infaz aşamasına<sup>242</sup> ya da infazın tamamlanmasından sonraki döneme rastlayabilir. İnfaz aşamasında yürürlüğe giren genel af ile derhal infaza son verilmesi gerekmektedir. Çıkarılan genel af kanunlarında genellikle, aftan yararlanan tutuklu ve hükümlülerin salıverilme

---

<sup>242</sup> Koşullu salıverme dönemi de infaz aşamasına dahildir.

işlemlerinin ne kadar sürede tamamlanacağı da öngörülmektedir.<sup>243</sup> Af kanunu hükümlerinin uygulanması görevi savcıya aittir.<sup>244</sup> Kimlerin bundan yararlanacağını tespiti ve yararlananların salıverilmesine ilişkin işlemleri bizzat onun yapması gerekmektedir. Bunun için hakimden ayrıca karar alınmasına gerek yoktur. Ancak bu aşamadaki bir somut olayda, suçun veya hükümlünün genel af kanunu kapsamına girip girmediği tereddüdü yaşanırsa, kanımızca, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98. maddesi kıyasen uygulanmalıdır. Maddenin birinci fıkrası şöyledir: “*Mahkumiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir.*” Bu hükümden hareketle, somut olayda yaşanan tereddüt, mahkumiyet hükmünün yorumu veya çektirilecek cezanın hesabı değil de; suçun genel affa uğrayıp uğramadığına ilişkin olduğunda da yine hükmü veren mahkemeye başvurulmalıdır.

Hangi suçun genel affa tabi olduğu tereddüdü ise, genel affı öngören kanunun lafzıyla ilgilidir. Bu kanunlar, kapsamına aldığı suç tiplerini madde numaralarıyla veya adlarını belirtilerek sayabilir. İlgili suçlar, madde numaraları belirtilerek sayıldığında mahkemenin verdiği karar tutanağında da madde numaraları açıkça yazacağından -maddi hata bulunmadığı sürece- genellikle sorun yaşanmamaktadır. Madde numaralarıyla belirtilen suçların nitelikli halleri ayrı madde numaralarına sahipse ve genel kanununda bu maddeler yer almıyorsa dahi, onların da kapsam

---

<sup>243</sup> Örneğin 113 sayılı Af Kanunu m.15'te salıverilme işlemlerinin on beş(15) gün içerisinde tamamlanacağı belirtilmiştir. Yine 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun m.18'de yirmi(20) günlük süre öngörülmüştür.

<sup>244</sup> **GÖLCÜKLÜ**: s.311.

dahilinde olduğu düşünölmelidir.<sup>245</sup> İsmen belirtilen suçlar söz konusu olduğunda ise, zaten genellikle ağırlaştırıcı ve hafifletici hallerin de kapsam dahilinde olduğu kabul edilmektedir.<sup>246</sup> Zira bir suçun ağırlaştırılmış veya hafifletilmiş hali de, o suçun kendisidir. Ancak bir suç tipi affedildiğinde, genel affı öngören kanunda aksi belirtilmediği müddetçe, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlarda yer alan aynı suç tipinin de affedildiği düşünölmemelidir.<sup>247</sup> Genel af kanunu hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi veya adli para cezasının miktarı bakımından da bir sınırlama öngörmüş olabilir. Örneğin on yıldan fazla olan hapis cezalarının genel affa tabi kılınmasında on yıllık hapis cezası için esas alınması gereken, soyut ceza<sup>248</sup> değil; hükmedilmiş olan somut cezadır.<sup>249</sup> Şayet henüz cezaya hükmedilmemiş olan suçlar, soyut cezaları nazara alınarak affedilmek isteniyorsa af kanununun bunu açıkça öngörmesi; örneğin “alt sınırı on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar” gibi bir belirleme yapması gerekmektedir.

### 3. İnfazın Tamamlanmasından Sonra

Son olarak genel af, infazdan sonraki aşamada, infazı tamamlanmış mahkumiyetlere etki etmek üzere çıkarılmış da olabilir. Nitekim genel af, cezası çektirilmiş de olsa, suçun işlendiğinin unutulması olduğundan, eğer varsa, mahkumiyetin ceza dışındaki diğer sonuçlarını da bertaraf etmelidir. Ancak genel affın mahkumiyetin diğer sonuçları üzerindeki etkileri, burada genel bir kabulle

---

<sup>245</sup> **SOYASLAN:** “Af” s.417.

<sup>246</sup> **ÖZEK:** s.151.; **EREM:** Ümanist Doktrin, C.II, s.418.; Suçun adının zikredildiği hallerde affın kapsamına yalnız nitelikli hallerin değil; suçun değişik işleniş şekillerinin de gireceğini kabul edenler de olmuştur. Bkz. **SOYASLAN:** “Af”, s.417.

<sup>247</sup> **EREM:** Ümanist Doktrin, C.II, s.418.

<sup>248</sup> Soyut ceza, kanunda öngörölmüş olan; somut ceza ise suçluya hükmedilen cezadır. Bkz. **TANER Fahri Gökçen:** Zamanaşımı, s.58.

<sup>249</sup> **MANZINI**’ye ait olup **DÖNMEZER-ERMAN** tarafından da savunulan ve soyut cezaların esas alınması gerektiğini belirten aksi yöndeki görüş için bkz. **MANZINI:** s.430.; **DÖNMEZER – ERMAN:** C.III, s.233.

geçştirilecek kadar dar kapsamlı bir konu değildir. Bu nedenle sadece infazın tamamlanmasından sonra değil; infaza genel af nedeniyle devam edilemediği durumlar için da geçerli olmak üzere, genel affın, mahkumiyetin ceza dışındaki diğer sonuçlar üzerindeki etkisi ayrıca incelenecektir.

#### 4. Adli Para Cezaları Bakımından

Genel affın cezayı kaldırıcı etkisi, para cezaları için de geçerlidir. Genel affa uğrayan adli para cezalarından henüz tahsil edilmemiş olanlarının tahsil edilmeyeceğine kuşku yoktur. Mesele, genel affın önce tahsil edilmiş olan para cezalarının iadesi noktasındadır. 765 sayılı mülga TCK m.100'de ve 5237 sayılı TCK m.74/1'de yer alan aynı yöndeki düzenlemede, genel affın (aynı şekilde özel affın), ödenen adli para cezasının geri verilmesini gerektirmeyeceği öngörülmüştür. Yine de bir genel af kanununun, tahsil edilmiş olan para cezalarının iadesini öngörmesi hukuka aykırı olmayacaktır.<sup>250</sup> Genel affın kaynağı olan kanun, *özel ceza kanunu* olarak değerlendirilip; böylece TCK m.5'e dayanılarak ceza kanunundaki genel hükümlerin bunun için de geçerli olacağı savunulabilir. Ancak her şeyden önce Anayasada yer almayan bir hükümlerle kanunkoyucunun iradesine böyle bir kayıt konması mümkün olmayacağından, kanun ile genel hükümlerden farklı düzenlemelerin de pekâlâ yapılabileceği sonucuna varılmaktadır.<sup>251</sup> Temeli normlar hiyerarşisine dayanan bu görüşe katılmaktayız; ama buna ek olarak açıklayacağımız bir başka bakış açısıyla da, adli para cezalarının genel af sonrası iade edilebileceğini desteklemekteyiz.

<sup>250</sup> EREM: Ümanist Doktrin, C.II, s.418.

<sup>251</sup> HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s.35-37.

Adli para cezaları söz konusu olduğunda bunların önceden ödenip ödenmemesinin esas alınması, bir bakıma, adaletsiz sonuçlara yol açabilir niteliktedir. Yargı organı kovuşturmayı geç tamamlamış ve bu nedenle aynı tarihte, aynı suçu işleyenler farklı zamanlarda cezaya çarptırılmış olabilirler. Yine, para cezasına çarptırılan bir kimse zamanında cezasını ödemiş; diğeri ise bundan kaçınmış olabilir. Bu durumda genel affin kapsamına girmişse avantajlı duruma geçecek olan, yargının gecikmesinden dolayı daha geç ceza alan veya hükmedilmiş olmasına rağmen cezasını ödemeyen kimse olacaktır. Oysa sorumlu bir vatandaş olarak zamanında cezasını ödeyen kimse, genel affa da uğrasa ödediği bedeli geri alamayacak; yalnızca geleceğe dönük olarak mahkumiyet kaydından arındırılacaktır. Böylece, özellikle af söylentilerinin olduğu bir dönemde, kişilerin ceza almaktan çekinmemeleri yanında bir de, zaten hükmedilmiş bulunan adli para cezalarının ödemesinden bilinçli olarak imtina etmeleri söz konusu olabilir. Bunun önüne geçmek için genel hükümlerdeki m.74/1'e istisna tanınması; yani çıkarılacak genel af kanunları ile özel olarak düzenlenmesi yolu düşünülebilir. Bu bakış açısına göre, adli para cezalarına dayanak olan suçlar genel af ile ortadan kaldırılmak isteniyorsa ödenmiş cezaların da iadesi öngörülebilmelidir. Böylece gerek cezayı bilinçli olarak ödemekten kaçınanlar ve gerekse yargı organının yavaşlığından yararlananların önu kesilmiş; aynı tarihte aynı suçu işleyenler bakımından daha adil bir yaklaşım benimsenmiş olur. Ancak bu yol, affin kapsamına girip de önceden ödenmiş olan tüm para cezalarının iadesinin, sırf adalet kaygısıyla yola çıkıp amacını aşan sorunlar doğurabileceği gerekçesiyle eleştirilebilir. Öte yandan hapis cezaları, adli para cezaları gibi iade edilebilir nitelikte olmadığından; önceden ödenmiş adli para cezaları geri ödenirken; önceden infaz edilmiş hapis cezaları bakımından dönüş

olmaması da eleştiriye açıktır.<sup>252</sup> Ancak devlet hazinesi aleyhine yaratacağı birtakım külfetler, zaten özünde eşitsizliği barındıran af tasarrufunun, eşitlik ilkesini daha ağır biçimde ihlal etmemesi adına ödenecek bir bedel olarak da görülebilir. Tartışılmaya muhtaç olan bu görüşün, eleştirilebilir noktalarının özellikle belirtilmesinin nedeni, objektif bir biçimde tartışılmasının ve eğer uygun bulunursa, açıklarının kapatılarak olgunlaşmasının sağlanmasıdır.

## **5. Ceza Dışındaki Diğer Cezai Sonuçlar Üzerindeki Etkiler**

### **a) Hak Yoksunlukları ve Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi Kurumu**

Mahkumiyetin cezai bir sonucu olarak hemen hemen her hukuk sisteminde benimsenmiş olan hak yoksunlukları, özellikle yeni Türk Ceza Kanunu ve onunla birlikte yaratılan yeni ceza hukuku sistemi içerisinde daha alevlenen ve halen güncelliğini koruyan pek çok tartışmanın kaynağı olmuştur. Bu çalışmada, hak yoksunlukları ve yasaklanmış hakların geri verilmesi (memnu hakların iadesi) kurumu, özellikle milletvekili seçilme hakkı ve kamu hizmetinden yasaklılık ekseninde incelenecek ve ardından genel affın bu süreçteki rolü üzerinde durulacaktır. Hak yoksunlukları arasından özellikle bu ikisinin seçilmesinin nedeni, genel af halinde dahi bunların varlıklarını koruyacaklarını belirten düzenlemelerin olması ve bu yüzden tartışmaya en açık yoksunluk türleri olmalarından kaynaklanmaktadır.

---

<sup>252</sup>Hapis cezasının aynen iade edilmesinin mümkün olmaması yanında ayrıca, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1976 yılında verdiği bir kararında, kamu davasının af nedeniyle ortadan kalkması halinde önceden tutuklu kalınan günler için devletten tazminat istenemeyeceğine de hükmetmiştir. Bkz. YCGK 16.02.1976 tarih ve E.1976/1-36 K.1976/3 künyeli kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

## (1) Genel Olarak Hak Yoksunlukları ve Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi Kurumu

Hak yoksunlukları, kamu hizmetlerinden yasaklılık, memuriyetten mahrumiyet, seçme ve seçilme hakkından yoksun kılınma, yasal kısıtlılık altında bulundurulma, emekli maaşından yoksun kalma gibi, belli hakları kullanma yasakları olup; bağımsız (asli) birer ceza veya ek ceza türleri olan *fer'i* ya da mütemmim ceza niteliğinde öngörülebilmektedir.<sup>253</sup> Bunlar, *sürekli* veya *sürelî* olabilir. Sürekli yoksunluklar bakımından cezalandırma ile elde edilmek istenen amacın temininden sonra dahi yoksunluğun koşulsuz olarak varlığını sürdürmesinin adalet ve hakkaniyete aykırı olması nedeniyle, *yasaklanmış hakların geri verilmesi* kurumuna ihtiyaç duyulmuştur.<sup>254</sup> Nitekim ömür boyu sürebilecek nitelikteki hak yoksunluklarının, toplumun suçludan korunması amacı doğrultusunda kimi yararları olabileceği kabul edilebilirse de; suçlunun ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması gibi cezadan beklenen temel amaçlarla bağdaşmayacağı açıktır.<sup>255</sup> Böylece belli sürelerin iyi halli olarak geçirilmesi ve öngörülen diğer şartların sağlanması halinde, başta sürekli yoksunluk şeklinde öngörülmüş de olsa, belli haklardan yoksun kalan kişilerin kaybettikleri bu hakları kendilerine yeniden tanınabilmektedir.

## (2) 765 sayılı TCK Döneminde Yaşanan Sorunlar

Eski ceza hukuku sistemimizde benimsenen hükümler, yukarıda kısaca açıklanan sisteme paraleldi. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 20. maddesinde

---

<sup>253</sup> Cezaların hukuki niteliklerine bağlı olarak yapılan *asli* ve *fer'i* ceza ayrımı hakkında bilgi için bkz. **TOROSLU Haluk**: Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, s.114 ve 115.

<sup>254</sup> Kaynağı Eski Yunan ve Roma hukuk sistemlerine kadar dayanan “yasaklanmış hakların geri verilmesi” kurumu, modern hukuk sistemleri içerisinde ilk olarak Fransa’da ve onu izleyen İtalya ile Almanya’da benimsenmiştir. Bkz. **ARSLAN Çetin**: “*Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi*”, AÜHFD 2007, C.56, S.4, s.10.

<sup>255</sup> **ARSLAN**: s.3.

asli bir ceza olarak kamu hizmetlerinden geçici veya sürekli olarak yasaklılık ve 31vd. maddelerinde “ceza mahkumiyetinin neticeleri” başlığı altında, ceza mahkumiyetine bağlı olan, fer’i ceza niteliğindeki hak yoksunlukları; 121-125. maddeleri arasında ise yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu düzenlenmişti. Örneğin 35. maddeye göre beş seneden fazla hapis cezasına mahkumiyet, fer’i ceza olarak, kamu hizmetlerinden ömür boyu yasaklılığı da beraberinde getirmekte; ancak cezanın infazından itibaren geçen üç yılın sonunda ileri sürülebilecek talep üzerine, yasaklanan hakkın iadesi mümkün olmaktadır. Yasaklanmış hakların geri verilmesi ile yapılan, mahkumiyeti geçmişe dönük olarak silmek değil; bazı hakların kullanılmasına yönelik ehliyetsizlikleri geleceğe dönük olarak ortadan kaldırmaktır. Durum böyle olunca o dönemde, genel affın mahkumiyeti bütün neticeleriyle birlikte geçmişe dönük olarak kaldırması özelliği karşısında, genel affa rağmen yasaklanmış hakların iadesi kararına ihtiyaç olup olmadığı tartışılmaktaydı. Çalışmamız bakımından çözülmesi gereken esas mesele bu olmakla birlikte; konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle memnu hakların iadesi konusundaki sorunlar ve görüşlere yer vermekte yarar vardır.

Sürekli hak yoksunluklarının belli türleri bakımından esas sorun, Anayasa m.76/2 ve pek çok kanunda yer alan “affa uğramış olsalar bile” şeklindeki ifadeden kaynaklanmaktadır. Bahsedilen bu hükümlerde, belirli suçlardan mahkumiyet veya belirlenen miktardan fazla süreli hapis cezası sonucu, bu suçlar affa uğrasalar bile mahkumiyetin getirdiği hak yoksunluklarının sürmeye devam edeceği öngörülmüştür. Örneğin Anayasa m.76/2’de “(...) *taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı*

*iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler” hükmü yer almaktadır. Aynı şekilde 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu m.11/e’de “Taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar” ile onu izleyen f bendinde*

*“Affa uğramış olsalar bile;*

*1. Basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkum olanlar,*

*2. Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının, birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkûm olanlar,*

*3. Terör eylemlerinden mahkum olanlar,*

*4. Türk Ceza Kanununun 536 ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında yazılı eylemlerle aynı Kanunun 537 nci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yazılı eylemleri siyasî ve ideolojik amaçlarla işlemekten mahkûm olanlar.” şeklinde sayılan kimselerin, milletvekili seçilme hakkından mahrum oldukları belirtilmiştir.*

Her şeyden önce anılan Anayasa hükmünde “affa uğrasalar bile” ifadesinin maddede tek tek sayılan suç tiplerini işleyenler bakımından geçerli olduğu; yani

taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanları kapsamadığı kabul edilmelidir.<sup>256</sup>Bu yorum, “affa uğrasalar bile” ifadesinin, cümlenin başında yer almamasından kaynaklanmaktadır. Keza Milletvekili Seçimi Kanunu da, iki farklı bentte öngörmek suretiyle, “affa uğrasalar bile” kaydının, yalnızca katalog halinde sayılan suçlar bakımından geçerli olduğunu kabul etmiştir.

Bu tespitin ardından, Anayasadaki “affa uğrasalar bile” ifadesinin yarattığı soruna dönülecek olursa; ceza mahkumiyetinin sonucunda seçilme engeli şeklinde ortaya çıkan ve genel af gibi bir kurumla dahi ortadan kaldırılamayan sürekli hak yoksunluğunun, yasaklanmış hakların iadesi yoluyla giderilip giderilemeyeceği tartışmasıyla karşılaşılmaktadır. Anayasada doğrudan uygulanabilir nitelikteki nadir normlardan biri olan m.76/2 karşısında, ilk bakışta, sayılan suçlara ilişkin mahkumiyet halinde milletvekilliği seçilme engelinin ömür boyu süreceği düşünülmektedir. Nitekim Yüksek Seçim Kurulu eski tarihli kararlarında, sayılan suçlardan dolayı bir ceza mahkumiyeti doğduktan sonra, genel af da çıksa, memnu hakların iadesi yolu da işletilse, artık milletvekili seçilme hakkının kazanılamayacağı; zira Anayasanın “affa uğramış olsa bile” ifadesiyle, seçilme hakkından ömür boyu mahrum kılınmasının öngörüldüğü yorumunu yapmıştır.<sup>257</sup> Ancak daha sonraki dönemde görüşünü değiştirmiş; TCK’da yer alan memnu hakların iadesi kurumunun zaten sürekli hak yoksunlukları bakımından

---

<sup>256</sup> **GÖNENÇ Levent:** Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2008, s.221 ve 222.

<sup>257</sup> Bkz. YSK 24.09.1961 gün ve 170/27 sayılı karar, YSK Kararları Dergisi, Mayıs 1961-Şubat 1962 Dönemi, s.98 ve 99.

uygulanabileceğini<sup>258</sup> ve “affa uğrasalar bile” kaydının bunu etkilememesi gerektiğini düşünerek “*Anayasa m.76/2’ye paralel olan 2839 sayılı Kanun m.11/f’in, seçilme yeterliliği bakımından TCK’nın memnu hakların iadesine ilişkin sonuçları sınırlandırdığı görüşüne katılmak mümkün değildir.*” demiştir.<sup>259</sup>

Danıştay da 647 sayılı Devlet Memurları Kanununda yer alan aynı ifade bakımından, devlet memurluğundan yasaklılık şeklindeki hak yoksunluğunun, memnu hakların iadesi yoluyla ortadan kaldırılmasına engel teşkil etmeyeceği noktasında Yüksek Seçim Kurulunun sonraki tarihli kararları yönünde görüş sahibiyken<sup>260</sup>; memuriyete engel hal, kanunda tek tek sayılan suçlardan kaynaklandığında değişik kararlara imza atmıştır. Bir kararında “*memnu hakların iadesi kararının zimmet suçundan hükümlü olmayı ortadan kaldırmadığı*” gerekçesiyle, zimmet suçunun işlendiği bir kez sabit olduktan sonra memnu haklar iade de edilse DMK 48/A-5 karşısında memuriyete engel halin devam edeceğine işaret etmiştir.<sup>261</sup> Yani Danıştay o dönemde, kamu hizmetinden sürekli yasaklılığa neden olan mahkumiyete ilişkin bir ayırım yapmakta ve eğer mahkumiyet, isimleriyle sayılan suç tiplerine ilişkinse sürekli hak yoksunluğunun bertaraf edilemeyeceğine; buna karşılık kasten işlenen diğer suçlardan doğan ağır hapis cezasının getirdiği sürekli hak yoksunluğunun, memnu hakların iadesine konu olabileceğine

---

<sup>258</sup> Hatırlatalım ki, geçici hak yoksunlukları, -kimi istisnalar dışında- zaten infaz veya hukuki bir başka nedenle ortadan kalktığına göre, yasaklanmış hakların iadesi kurumu esas itibarıyla sürekli nitelikteki hak yoksunluklarının giderilmesi için tanınan adli bir imkandır.

<sup>259</sup> Bkz. YSK 25.05.1985 gün ve 313/203 sayılı karar (Bkz. ARSLAN: s.26.)

<sup>260</sup> “*Hükümlülüğün yasal sonucu olarak ortaya çıkan Devlet memuru olma ehliyetsizliği, kural olarak sürekli bir nitelik taşımakta; memnu hakların iadesi ise bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır.*” Bkz. Danıştay 1.D. 22.04.1992 tarih ve E.1992/126 K.1992/150 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>261</sup> Danıştay 12.Daire 13.10.1997 tarih ve E.1995/10658 K.1997/2148 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

hükmetmekteydi.<sup>262</sup> Ancak Yüksek Mahkeme, ismiyle sayılan suçlar bakımından anılan bu içtihadına sıkı sıkıya bağlı kalmamıştır. 2006 yılında Başbakanlığın istemi üzerine bildirdiği görüşte “Devlet memuriyetinde iken veya memuriyete girmeden önce, 647 sayılı Kanununun 48. maddesinde sayılan suçları işlemek suretiyle mahkum olanların, ilgili mahkemeden memnu hakların iadesi kararı almaları durumunda Devlet memurluğuna atanabilecekleri”ni kabul etmiştir.<sup>263</sup> 2006 tarihli bir başka kararında da, yasadışı örgüt üyesi olmak suçundan dolayı ömür boyu kamu hizmetinden yasaklanan davacının memnu hakların iadesi kararı aldıktan sonra yeniden kamu görevi olmak için yaptığı başvurusunun kabul edilmemesi üzerine açtığı iptal davasında, yerel mahkemenin verdiği iptal kararını “davacının memnu haklarının iade edilmiş olması nedeniyle 657 sayılı Yasanın 48/A-5 maddesi hükmü açısından memuriyete engel bir halinin bulunmadığı” gerekçesiyle onamıştır.<sup>264</sup> Dolayısıyla Danıştay da zamanla, affa uğrasalar bile kullanılamayacağı kanunen öngörülmüş olan hakların, yasaklanmış hakların iadesi yoluyla yeniden kazanılabilir olduğunu, hangi suç işlenmiş olursa olsun, kabul etmiştir.

Yargıtay kararlarında da memnu hakların iadesi ile genel affın birbirinden farklı kurumlar olması nedeniyle, memnu hakların iadesi yoluyla, yoksun kalınan hak, hangi suçtan dolayı mahkumiyet söz konusu olursa olsun, yeniden

---

<sup>262</sup> “(...)Davacının adam öldürmeye tam teşebbüs suçundan yargılanarak 5 yıl 2 ay 6 gün ağır hapis cezasına mahkum olduğu ve ceza infaz edildikten sonra başvurusu üzerine T.C.K.nun 121. ve sonraki maddelerine göre Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla, yasak hakların geri verilmesinin hükme bağlandığı dosyada (...) davacı, kamu hizmetlerinden yararlanma ehliyetine yeniden kavuşmuştur. (...) 657 sayılı Yasanın yukarıda anılan hükmüne göre, ağır hapis cezasına mahkum edilmiş olmak Devlet memurluğuna engel bir hal ise de yasak hakların geri verilmesi durumunda, mahkumiyet ortadan kalkmamakla birlikte, mahkumiyetten doğan veya mahkumiyetle birlikte hükmedilen ehliyetsizliklerin ileriye dönük olarak son bulduğu açıktır.” Bkz. Danıştay 5.D. 28.02.1990 tarih ve E.1988/3019 K.1990/363 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>263</sup> Bkz. Danıştay 1.D. 13.03.2006 tarih ve E.2005/1290 K.2006/298 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>264</sup> Danıştay 8.D. 01.03.2006 tarih ve E.2005/721 K.2006/792 künyeli karar(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

kazandırılmaktadır.<sup>265</sup> Görüldüğü üzere Yargıtay'a göre, kanuni engel nedeniyle, süresiz hak mahrumiyetleri genel affa rağmen varlığını korumaktaysa da; memnu hakların iadesiyle bu mahrumiyet ortadan kalkabilmektedir.

Böylelikle genel af, sürekli olarak yasaklanan birtakım haklar bakımından tamamen etkisiz bırakılırken; işin merkezine memnu hakların iadesi kurumu getirilmiştir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi memnu hakların iadesi ile geçmişin yani mahkumiyetin silinmesi mümkün değilken ve yalnızca geleceğe dönük olarak ehliyetsizlikler ortadan kalkmaktayken; genel af, geçmişin unutulması nedeniyle mahkumiyeti ve buna bağlı hak yoksunluklarını temelsiz bırakmakta, yani hem geçmişe hem de geleceğe etki etmektedir. Bu nedenle memnu hakların iadesinin, genel affa nazaran daha dar bir etki alanı olması gerektiği açıktır. Ancak uygulamada memnu hakların iadesinin daha etkili hale gelmesinin sebebi, Anayasa ve özel kanunlarda yer alan ve süresiz olarak seçilme (ya da memuriyete alınma veya bir başka mesleği edinme) engeline neden olan suçlara ilişkin “affa uğrasalar bile” şeklindeki kayıttır. Keza bu hükümlerin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, ömür boyu yasaklılıktan söz etmek çok da yanlış olmamaktadır. Ancak bu kabul, seçilme özgürlüğüne yönelik sınırlamanın aşırı hale gelmesiyle sonuçlanmaktadır. Anayasa ve kanunların, kimi gerekçelerle belli suçları işleyenleri belli meslekler bakımından kısıtlaması makul olabilirse de; bu ölçünün aşırısına kaçmaması gerekmektedir. Fakat başta Anayasa olmak üzere mevzuatımızda, özellikle meslek edinme bakımından sürekli yoksunluklara neden olan suç tipleri oldukça fazladır.<sup>266</sup> Sosyolojik

---

<sup>265</sup> Yargıtay 1.CD. 25.11.1992 tarih ve E.1992/2532 K.1992/2604 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).; YCGK 01.06.1987 tarih ve E.1987/6-201 K.1987/336 künyeli karar, YKD, C.13, S.7, Temmuz 1987, s.1817-1820.

<sup>266</sup> Devlet Memurları Kanunu ile Milletvekili Seçimi Kanunu dışındaki diğer örnekler için bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.8; 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve

gerçeklerin göz önünde bulundurulmadığı düzenlemelerin sonucunda uygulama, çare bulma arayışına gitmekte; bu engelleri aşmaya çalışmaktadır. Yüksek Seçim Kurulu ve Danıştay'ın eski kararları ile yeni tarihli kararları arasındaki değişim de, seçim yasakları hakkındaki düzenlemelerin yarattığı açmazı giderme çabasını göstermektedir. İlk zamanlarda Anayasa ve kanunların lafzının gösterdiği çizgide hareket etmenin adaletsiz sonuçlara yol açtığı görüldükçe, bunun memnu hakların iadesiyle bertaraf edilebileceği anlayışı geliştirilmiştir.

Peki, gerçekten genel affa uğrayan bir mahkumiyet söz konusu olduğunda ne yapılacaktır? Daha açık bir anlatımla, Anayasa ve özel kanunlarda affa uğrasalar bile giderilemeyecek olduğu belirtilen sürekli hak mahrumiyetleri doğuran belli suçlardan hüküm giyildikten sonra çıkan bir genel af yasası, geçmişe dönük etkilerini gösteremeyecek midir? Yukarıda açıklandığı üzere, bir yandan mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran genel af, diğer yandan “affa uğrasalar bile” ifadesiyle güçlendirilmiş olan sürekli hak yoksunlukları arasındaki bu çelişki, pozitif hukuk normlarında halen varlığını sürdürmektedir. Öğretide genellikle, genel affın kapsamındaki bir mahkumiyetin hukuken hiç doğmamış kabul edildiği ve bu nedenle mahkumiyete bağlı hak yoksunluklarının giderilmesine de ihtiyaç kalmadığı; zira genel af ile ortadan kalkan mahkumiyetle birlikte varlık temelini yitiren hak yoksunluklarının da doğrudan ortadan kalktığı ileri sürülmüştür.<sup>267</sup> Ancak üstün

---

Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m.15; 442 sayılı Köy Kanunu m.33; 66 sayılı İstiklal Madalyası Kanunu m.7.

<sup>267</sup> **KEYMAN:** s.102.; **İÇEL Kayhan:** “Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, C.18, s.212. Örneğin genel af gibi geçmişe dönük olarak mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla ortadan kaldıran *şikayetten vazgeçme* ve *etkinlik pişmanlık* kurumları söz konusu olduğunda, geri verilmesi gereken yasaklanmış bir hakkın varlığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle yasaklanmış hakların iadesine de ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. **ARSLAN:** s.26 ve 27. Ancak belirtilen bu kurumlar için -genel affa olduğunun aksine- özel bir sınırlayıcı kayıt bulunmamaktadır.

norm olan Anayasa ve özel norm olmaları nedeniyle öncelikli uygulama kabiliyetleri bulunan özel kanunlardaki “affa uğrasalar bile” ifadesi karşısında bu kabul, teoride kalmaktan öteye gitmemektedir. Bu pozitif düzenlemeler karşısında, örneğin Devlet Memurları Kanunu bakımından 48/A maddesinin 5. alt bendinde tek tek sayılan suçlardan hüküm giyenlerin, genel ve özel affa uğrasalar bile yeniden memur olamayacakları belirtilmiştir.<sup>268</sup> Yargıtay da, bir kararında, milletvekilliğine engel bir suçtan mahkum olunması ve sonradan bunun affa uğraması halinde seçilme yeterliliğinin otomatikman yeniden kazanılamayacağına; geri kazanımın ancak memnu hakların iadesi yoluyla mümkün olduğuna hükmetmiştir.<sup>269</sup> Bir başka kararında, aynı yöndeki görüşünü şu şekilde açıklamıştır:

*“Af, merhamet duygusuna, sosyal nedenlere dayanır. Bu yetki kullanılırken suçluların buna layık olup olmadıklarına bakılmaz. Affın ıslah olmamış suçluları da kapsamına alması olağandır. Bu nedenle özel kanunlarla mahkum edilmiş olmasına rağmen ve sınırlı da olsa nitelikleri gözetilerek bazı suçlardan mahkum olan kişilerin, kamu hizmetlerinden yasaklılık hali devam edebilir. TCK m.122’de cezanın af ile ortadan kaldırıldığı tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra memnu hakların iadesi isteminde bulunulabileceği belirtilmekle; affın kaldıramadığı memnu hakların, bu yolla iadesi amaçlanmıştır. Bu itibarla, af ile fer’i ve mütemmim cezalar kaldırılmış olsa dahi daha şumullü olması itibariyle memnu hakların iadesi talebinde bulunulabilir.”<sup>270</sup>*

<sup>268</sup> **KARAARSLAN Mehmet:** “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, AÜHFED 2009, C.58, S.1, s.117.

<sup>269</sup> YCGK E. 1987/9-415 K. 1987/567 T.23.11.1987 künyeli karar (Bkz. **ARSLAN:** s.16.)

<sup>270</sup> Bkz. Yargıtay 1CD. E.1990/2851 K.1990/1961 T.15.11.1990 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Bu noktada kimi yazarlar, *af* kelimesinin içeriğine ilişkin yorum yaparak çelişkiyi gidermeye çalışmıştır. Örneğin İÇEL, Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesindeki “affa uğramış olsalar bile” ifadesindeki ve eski Ceza Kanunu m.122’de yasaklanmış hakların geri verilmesi şartlarından biri olan sürenin başlangıcındaki “af” kelimelerinin, affin her iki türünü değil, yalnızca “özel af”ı kastettiğine işaret etmektedir ve böylece genel af halinde yoksun kalınan hakların kendiliğinden yeniden kazanıldığını savunmaktadır.<sup>271</sup> Esasında TCK’dan başka diğer yasalarda -bu arada Anayasa m.76/2’de- genel ve özel af değil; yalnızca “af” sözcüğü kullanılmıştır. Ancak bununla yalnızca özel affin kastedildiğini düşünmek, kanımızca yorumun sınırlarını zorlamaktır. Her ne kadar genel ve özel affin hukuki nitelikleri ile sonuçları Anayasada açıkça yazılı değilse de; m.87’de TBMM’nin görev ve yetkileri arasında “genel ve özel af ilanına karar vermek”ten ve m.169’da “münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı”ndan söz edildiği için Anayasa koyucunun *genel af* ve *özel af* terimlerini ayrı ayrı kullanmaya yabancı olmadığı görülmektedir. Bizce de genel af yetkisi bir defa tanındıktan sonra, kurumun doğası gereği sahip olduğu özelliklerin pozitif hukuk normlarıyla bertaraf edilmesi yanlıştır. Ancak olması gerekene ulaşmak adına yasakoyucunun aslında sahip olmadığı bir düşünceyi varmışçasına kabul etmek, normun lafzı da buna izin vermediği müddetçe, sübjektif değerlendirmelere gereğinden fazla izin verilmesi nedeniyle hukuki güvenilirliği tehlikeye atmaktadır. Dolayısıyla mevcut düzende, “affa uğrasalar bile” ifadesinin her iki af türünü kapsayacak şekilde düşünülmesi

---

<sup>271</sup> İÇEL: “Yasaklanmış Haklar”, s.216 ve 217.; İÇEL Kayıhan – SOKULLU AKINCI Füsün – ÖZGENÇ İzzet – SÖZÜER Adem – MAHMUTOĞLU Fatih S. – ÜNVER Yener: Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000, s.449 (175 no.lu dipnot).

zorunludur.<sup>272</sup> Olması gereken hukuka dair önerimize bu başlığın sonunda yer verecek olmakla birlikte, özellikle Anayasa m.76/2'deki sorun yaratan bu ifadenin kaldırılması ve fıkranın tümüyle yeniden kaleme alınması gerektiğini bu noktada vurgulamakta fayda vardır.

### (3) 5237 sayılı TCK ile Yaratılan Sistem

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ise yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesine yer verilmemiştir. Bunun gerekçesi olarak, yeni TCK ile benimsenen yaptırım teorisinde sürekli hak yok yoksunluklarının bulunmaması olarak gösterilmiştir.<sup>273</sup> Bundan başka, süreli (geçici) olarak öngörülen hak yoksunlukları da -mülga ceza kanunundan farklı olarak- *güvenlik tedbiri* şeklinde adlandırılmıştır. Her şeyden önce, ceza mahkumiyetinin sonucu olarak öngörülen hak yoksunluklarının hukuki nitelikleri konusundaki kanaatimiz, bunların güvenlik tedbiri değil, fer'i ceza olduğu yönündedir.<sup>274</sup> Güvenlik tedbirleri de ceza müeyyidesi gibi cezai sonuçlardandır; ancak ceza ile aynı hukuki niteliğe, aynı amaca sahip değildirler.<sup>275</sup> Örneğin güvenlik tedbirleri, failin tehlikeliliğini giderme amacına yöneliktir ve tıpkı ceza gibi bir suçun işlenmesi koşuluna bağlı olmakla birlikte, cezadan farklı olarak, failin cezalandırılabilir olmasıyla ilgilenmemektedir.<sup>276</sup> Böylece isnat yeteneğine sahip olmayan bir küçüğe veya akıl hastasına güvenlik tedbiri uygulanabilirken, cezai müeyyide

---

<sup>272</sup> Aynı yönde bkz. **GÖNENÇ**: s.224.; Devlet Memurları Kanunu m.48/A-5'teki aynı ifadenin, genel ve özel affi birlikte kapsadığı görüşü için bkz. **KARAARSLAN**: s.116 ve 117.

<sup>273</sup> Bkz. Yeni TCK madde gerekçeleri/53. madde, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> (Erişim tarihi: 04.02.2012)

<sup>274</sup> Aynı yönde bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.493 ve 494.; **DEMİRBAŞ**: Genel Hükümler, s.584.; **CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT**: s.739 (16 no.lu dipnot).

<sup>275</sup> Güvenlik tedbirlerinin cezalandırma niteliği bulunmaması; yani ceza kanunun ihlalinin karşılığı olmaması nedeniyle cezalardan farklı olduğu hakkında bkz. **TOROSLU Nevzat**: Genel Kısım, s.435.

<sup>276</sup> **ANTOLISEI**: s.796.

uygulanamamaktadır. TCK’da öngörülen hak yoksunlukları ise yalnızca hapis cezasına mahkumiyetin (TCK m.53/1) sonucunda, yani cezalandırılabilir bir fail tarafından işlenen suçun cezai sonucu olarak doğduğundan, özü itibariyle bir ceza müeyyidesidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu konudaki bir kararında, “(...) esasen güvenlik tedbiri olarak adlandırılan ve mahkumiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri, bu niteliğiyle ek-fer’i ceza niteliğini taşımaktadır (...)” ifadesine yer vermiştir.<sup>277</sup> Kısacası hak yoksunluklarının yeni TCK’da güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi, onun özünü değiştirmemektedir.<sup>278</sup>

TCK’da “güvenlik tedbirleri” başlığı altında yer alan m.53’ün birinci fıkrasında, kişinin kasten işlediği suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak hangi haklardan mahrum bırakıldığı sayılmış ve aynı maddenin ikinci fıkrasında, mahkum olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun kalınan bu hakların kullanılamayacağı belirtilmiştir.<sup>279</sup> Böylece TCK’da ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak öngörülen hak mahrumiyeti, cezanın infazı ile kendiliğinden son bulacaktır.

Bu sistemde kanunkoyucunun, yasanın yürürlüğü öncesinde öngöremediği fakat uygulamada karşılaşılan büyük bir sorun, TCK dışındaki kanunlarda ve hatta Anayasada varlığını koruyan sürekli nitelikli hak yoksunlukları olmuştur. Nitekim yukarıda örnek kabilinde sayılan Devlet Memurları Kanunu ve Milletvekili Seçimi Kanunu, sürekli hak yoksunluklarını öngören hükümleriyle birlikte, halen olduğu

<sup>277</sup> Bkz. YCGK E.2006/9-52 K.2006/96 T.04.04.2006 künyeli karar

<sup>278</sup> 1993 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında 4.Ceza Dairesi başkanı olarak yazdığı karşıoy gerekçesinde Sami SELÇUK, “Evrensel kavramlar hakkında kişilerin mülkiyet hakları olamaz. Yalnızca yararlanma (intifa) hakları vardır” benzetmesini yapmıştır. Bkz. YİBGK E.1993/1 K.1995/1 T.30.06.1995 künyeli karar. Kanunkoyucu da evrensel bir kavram olan, hak yoksunluğunun ceza müeyyidesi olma niteliğini değiştirme çabasıyla bu kavram üzerinde adeta mülkiyet hakkı iddia etmektedir.

<sup>279</sup> 53. maddenin 5. ve 6. fıkralarında, hakkın kullanımından mahrum bırakılan süreleri uzatan istisnalara yer verilmiştir. Buna rağmen ömür boyu sürecek bir hak yoksunluğu öngörülmemiştir.

gibi, TCK'nın yürürlüğe girdiği dönemde de yürürlükteydi. 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun Geçici 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Anayasanın 76. maddesi ve özel kanun hükümleri saklıdır.*” şeklindeki hüküm, bunu teyit etmekte idi.

Diğer yandan yeni TCK m. 5 ile bu kanunun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında uygulanacağı öngörülmüş; ancak bu hükmün yürürlük tarihi 1 Ocak 2009'a kadar ertelenmişti. Yani TCK genel hükümlerinin, 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlükte olan ve bu tarihten sonra değişikliğe uğramamış bulunan özel yasalardaki aykırı hükümleri zımnen ilga ettiği kabul edilse bile, ilga tarihi üç buçuk yıl kadar ertelenmişti. Böylece yeni ceza yasası ile ondan önce yürürlükte bulunan ve onun genel hükümlerine aykırı olan özel yasaların bir arada var olduğu dönem, önemli sorunlara sahne olmuştu. TCK'da öngörülmeyen fakat diğer yasalarda varlığını koruyan sürekli hak yoksunlukları yaptırımını da bu sorunlardan biridir. Bu dönemde Anayasa ve özel kanunlar hala belli suçlar nedeniyle kişileri belli hakları kullanmaktan mahrum bırakırken, bu hakların yeniden kazanımını sağlayan bir yol hukukumuzda tanınmamıştı. Üstelik bu düzen, artık sürekli hak yoksunluğunun mevcut olmadığı gerekçesiyle kurulmuştu. Düşündürücü olan da, kanun yapma faaliyeti sırasında, “nasılsa yeni ceza hukuku sisteminde sürekli hak yoksunluklarına yer verilmedi” şeklindeki özensiz tutum sonucu yasaklanmış hakların geri verilmesine ihtiyaç kalmadığı anlayışının, tasarımı bu haliyle yasalaştıracak kadar destek görmesi ya da eleştirilmemesidir.

Nihayet 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 5352 sayılı Adli Sicil Kanununa eklenen 13/A maddesiyle<sup>280</sup>, yasaklanmış

---

<sup>280</sup> Adli Sicil Kanunu m.13/A - (Ek madde: 06.12.2006 - 5560 S.K.38.md)

(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri

hakların geri verilmesi prosedürü yeniden hukukumuzda kazandırılmış ve sorunları azaltmıştır.<sup>281</sup> Maddenin uygulama alanı, Türk Ceza Kanunu dışındaki çeşitli kanunlar tarafından cezai mahkumiyetin bir sonucu olarak öngörülen süresiz hak yoksunluklarıdır. Bunun sebebi, yukarıda da açıklandığı üzere, TCK bakımından artık süresiz hak yoksunluğunun söz konusu olmayışıdır. Ancak düzenleme yapılırken, gelecekte buna istisna olabilecek düzenlemelerin getirilebileceği düşünülmemiştir.<sup>282</sup> Üstelik süresiz hak yoksunluğuna hiçbir şekilde yer vermediği iddia edilen TCK'nın halen yürürlükte bulunan 219. maddesinin 2. fıkrasında, görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma suçunun nitelikli hali için hapis ve adli para cezasına ek olarak, geçici veya *sürekli olarak* görevi icradan ve onun menfaatini teminden men edilmesi cezası öngörülmektedir.

---

*verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,*

- a) *Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,*
  - b) *Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması,*
- gerekir.*
- (2) *Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.*
  - (3) *Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.*
  - (4) *Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.*
  - (5) *Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.*
  - (6) *Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adli sicil arşivine kaydedilir.*
  - (7) *Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır.*

<sup>281</sup> Adli Sicil Kanunu m.13/A'nın zaman yönünden uygulama alanına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. ARSLAN: s.12-14.

<sup>282</sup> ARSLAN: s.17.

Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin yeni sistemin benimsediği diğer şartlar ve usul meselesi, bu çalışmanın sınırını aşmaktadır.<sup>283</sup> Çalışmamız bakımından daha ziyade önem taşıyan husus, genel affın bu süreçteki rolüdür. Nitekim yasaklanmış hakların geri verilmesini talep etmek için gereken ilk koşul, hakkın kullanımının yasaklanmasına neden olan hapis cezasının infaz edilmesi veya infaza hukuki bir nedenle son verilmiş olmasıdır. İnfaza son verilmesini sağlayan hukuki nedenlerden biri de genel aftır. Esasen genel af, yukarıda ayrıntısıyla izah edildiği gibi, yalnız infaza son vermemekte; hak yoksunluklarının temeli olan mahkumiyeti de ortadan kaldırdığı için iadesi gereken bir hak yoksunluğu bırakmamaktadır. Ancak mülga TCK döneminde yürürlükte bulunan Anayasa ve özel kanunlar, “affa uğrasalar bile” şeklindeki kayıtlarıyla birlikte halen yürürlükte olduğundan, yukarıda sözü edilen çelişki varlığını korumaktadır. Tekrardan kaçınmak adına artık bu tartışmaya yer verilmeyecektir; fakat hatırlatalım ki, eski dönemin yakın tarihli kararlarında artık işlenen suç ayrımı yapılmaktan vazgeçilmiş; hak mahrumiyeti hangi suça dayanırsa dayansın, yasaklanmış hakların iadesi yoluyla kişi, yeniden haklarını kullanma ehliyetine kavuşturulmuştur. Halen devam eden sorun ise, yeniden hukukumuzda kazandırılmış olan yasaklanmış hakların iadesine rağmen adli sicil bilgilerinin silinmemesine ilişkindir; ancak bu konuya aşağıda “adli sicil kaydı” başlığı altında yer verilecektir.

Sonuç itibarıyla olması gereken, Anayasa m.76/2’nin “affa uğrasalar bile” şeklindeki kayıttan arındırılarak yeniden kaleme alınması ve Anayasa koyucunun takdirine göre, yasaklanmış hakların iadesine veya genel affa rağmen hak yoksunluğu öngörülmesi gerekiyorsa bunun özenle ve sağlam gerekçelerle seçilmiş

---

<sup>283</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ARSLAN**: 14-41.

az sayıda suç tipiyle sınırlandırılmasıdır.<sup>284</sup> Çalışmamızın başında paylaştığımız, özellikle adi suçlar bakımından genel af çıkarılmaması gerektiği yönündeki görüşümüzü burada yinelerken; siyasi suçlar için çıkarıldığı takdirde de genel affın, seçilme hakkı veya kamu hizmetinden yasaklılık gibi sürekli hak mahrumiyetlerini ortadan kaldırması gerektiğini vurgulamaktayız. Zira genel af ile geçmiş bir kez unutulurken arada bazı hususların unutulmadan bırakılması, kurumun doğasıyla ve bir de suçlunun ıslahı amacıyla bağdaşmamaktadır. Özel yasalarda yer alan “affa uğrasa bile” ifadelerinin de aynı gerekçelerle kaldırılması; illa tutulmak isteniyorsa da, buna benzer bir kaydın yalnız özel af bakımından öngörülmesi ve mevzuatın yeni TCK’deki yeni sistemle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu konudaki son temenni de, mevzuatta dağınık halde bulunan belirli mesleklerden yasaklılık şeklindeki sürekli hak yoksunluğu tanınan tüm hükümlerin temel bir kanunda toplanmasıdır.

## **b) Güvenlik Tedbirleri**

### **(1) Güvenlik Tedbirlerinin Hukuki Niteliği**

Kusurun derecesi ve işlenen suç ile orantılı olarak uygulanan cezalar, cezalandırmanın en önemli amaçlarından olan önleme ve ıslah etmeyi sağlamada zamanla yetersiz kalınca, faildeki tehlikelilik haliyle orantılı olarak ve yine ceza muhakemesi organlarınca hükmedilmek üzere, cezaya ek bazı tedbirler öngörülmüştür.<sup>285</sup> Bu tedbirler, kendilerine ceza yaptırımının uygulanamayacağı

---

<sup>284</sup> “Kanun koyucu tarafından gerek DMK 48. maddede gerekse diğer kanunlarda tek tek sayılan ve süresiz yasaklılık oluşturan suçların diğer suçlardan nasıl ve hangi kriterlere göre ayrıldığı konusunda inandırıcı bir gerekçe yoktur. Zira ırza geçme, adam öldürme, uyuşturucu madde kaçakçılığı, işkence, suçlarının devlet sırlarına karşı suçlardan ya da devlet güvenliğine karşı suçlardan olan temel milli yararlaraya aykırı hareket suçundan daha hafif olduğu söylenemez.” Bkz. **KARAARSLAN**: s.135.

<sup>285</sup> **TOROSLU Nevzat**: Genel Kısım, s.435.

veya bu yaptırımın uygulanmasının etkisiz ya da yetersiz kalacağı faillere, özellikle küçüklere, akıl hastalarına ve mükerrirlere uygulanmak üzere geliştirilmiştir.<sup>286</sup> Güvenlik (emniyet) tedbirleri şeklinde adlandırılan bu tedbirler, kanunda suç olarak öngörülmuş bir fiili işleyen kişiye karşı, cezaya ek veya ondan hariç olarak hükmedilebilmektedir. Başta amacı bakımından ceza müeyyidesinden ayrılan bu tedbirlerin diğer bir ayrıcı özelliği de, suç fiilini işleyen kişinin isnat edilebilir olup olmamasına bakılmaksızın, yani failin cezalandırılabilir olmasından bağımsız olarak hükmedilebilmesidir.<sup>287</sup> Tüm güvenlik tedbirlerinin, bir suç fiilinin gerçekleşmesi veya en azından icrasına başlanması şartına bağlı olduğu açıktır.<sup>288</sup> Ancak bunlardan bazıları, fiilin aynı zamanda cezalandırılabilirliğini de arayarak *cezayla birlikte* uygulanmak; birçoğu da failin isnat edilebilir olmaması nedeniyle *ceza yaptırımı yerine* uygulanmak üzere varlık kazanır.

Ceza hukukunda güvenlik tedbirleri, cezalar gibi bir cezai himaye vasıtası olup ceza yaptırımıyla birlikte “*cezai sonuçlar*” içerisinde yer almaktadır; ancak ceza yaptırımı değildir.<sup>289</sup> Bu nitelikleri gereği, güvenlik tedbirlerinin idare hukuku

---

<sup>286</sup> CANESTRARI Stefano – CORNACCHIA Luigi – DE SIMONE Giulio: Manuale di diritto penale parte generale, Bologna 2007, s.860.

<sup>287</sup> Güvenlik tedbirlerinin hukuki nitelikleri ve cezadan farkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI: “5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm> (Erişim tarihi: 11.02.2012); ARTUK Mehmet Emin: “Güvenlik Tedbirlerinin Genel Esasları”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku: Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan içinde, s.286-299.; TOROSLU Haluk: s.17-20.

<sup>288</sup> İtalyan Ceza Kanunu, bu kurala kanun ile istisna getirilebileceğini açıkça öngörmüştür. İCK m.202/2 toplum için tehlikeli olan şahıslar hakkında, bu kimseler suç olarak öngörülen fiilleri işlememiş olsalar bile, güvenlik tedbiri uygulanmasına izin vermektedir. Kuşkusuz bu istisnanın kanun ile öngörülmesi gerekmektedir. Nitekim bu hükme uygun olarak ceza kanununun kendisi iki istisnai durum öngörmektedir. İCK m.49’un son cümlesinde işlenemez suç için ceza verilemeyeceği, ancak güvenlik tedbiri uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca m.115/1’de bir suçu işlemek için iki veya daha fazla sayıda kişinin anlaşmaları, fakat o suçu işlememeleri halinde kendilerine ceza yaptırımı uygulanamayacağı; aynı maddenin 2.fikrasında ise haklarında güvenlik tedbirine hükmedilebileceği öngörülmüştür.

<sup>289</sup> TOROSLU Nevzat: Genel Kısım, s.17.; HAFIZOĞULLARI – ÖZEN: s.491. Ancak Yeni TCK’da güvenlik tedbirleri, *Genel Hükümler* başlıklı Birinci Kitap’ta, *Yaptırımlar* başlıklı Üçüncü Kısım altında yer almış; *Cezalar* başlıklı Birinci Bölüm’den sonra gelen İkinci Bölüm olarak düzenlenmiştir. Güvenlik tedbirlerinin yaptırım olduğu yönde görüş sahibi olan öğretide de pek

alanına giren idari tedbirler olduğu da savunulmuştur.<sup>290</sup> Hatta İtalyan Ceza Kanununda güvenlik tedbirleri “*misure amministrative di sicurezza*” yani *idari tedbir* adıyla düzenlenmiştir (İCK m.199-m.240). Nitekim İCK’nın mimarı olan *Rocco*, güvenlik tedbirlerini sadece birer önleme tedbiri olarak görmüş; kanunla konulmuş olmasına ve yargılama sonucu hükmedilmelerine rağmen, suça değil, suç vesilesiyle ortaya çıkan tehlikelilik haline yönelmeleri nedeniyle, güvenlik tedbirlerinin, devletin idari faaliyetleri arasında sayılan önleme işlevine sahip olduğunu kabul etmiştir.<sup>291</sup> Ancak modern öğretinin bu nitelendirmeye bağlı kalmadığı ve güvenlik tedbirlerini cezai sonuç olarak nitelendirdiği belirtilmektedir.<sup>292</sup> Cezai sonuçlara dahil edildiğinde veya tamamen idari tedbir olarak kabul edildiğinde, iki görüş, birbirinden ayrılmaktadır. Ancak prensip olarak bu görüşler, güvenlik tedbirlerinin ceza yaptırımından farklı olduğu noktasında birleşmektedir.

## (2) Genel Affin Güvenlik Tedbirlerine Etkisi

Bu çalışma bakımından önem arz eden, “Genel af ile güvenlik tedbirleri de ortadan kalkacak mıdır?” sorusudur. Bu soruya verilen yanıtları esas itibariyle üç kategoride toplamak mümkündür. İlk görüşe göre, suçun genel af ile ortadan kalkması nedeniyle güvenlik tedbiri de dayanaktan yoksun kalacaktır ve bu andan

---

çok yazar bulunmaktadır. Bkz. **NUHOĞLU Ayşe**: Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997, s.23 ve 24.; **İÇEL – SOKULLU AKINCI – ÖZGENÇ – SÖZÜER – MAHMUTOĞLU – ÜNVER**: S.129 ve 130.; **DEMİRBAŞ** da, akıl hastanesine gönderme tedbirini mahkumiyet hükmü saymayan bir Yargıtay kararını eleştirirken, güvenlik tedbirlerini de içerecek şekilde, ceza hukuku yaptırımlarının yerine getirilebilmeleri için mahkumiyet hükmünün verilmesi şartından söz etmektedir. Böylece güvenlik tedbirini, ceza hukuku yaptırımları içerisinde saymaktadır. Bkz. **DEMİRBAŞ**: Genel Hükümler, s.584. **KUNTER** ise güvenlik tedbirlerini dar anlamda cezaya değil; fakat *geniş anlamda ceza* kavramına dahil etmektedir. Bkz. **KUNTER**: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, s.959, 960 ve 965.

<sup>290</sup> **ÖNDER**: Genel Hükümler, s.606. Aynı yönde düşünen diğer yazarlar ve onların görüşleri için bkz. **NUHOĞLU**: s.18 ve 19.

<sup>291</sup> **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.463-465.

<sup>292</sup> Bkz. **CANESTRARI – CORNACCHIA – DE SIMONE**: s. 859 ve 860.; Esasen *Rocco* Kanununun yürürlüğe girdiği dönemde henüz ceza hukuku literatüründe “güvenlik tedbirleri” terimi de yaygın olarak kullanılmaya başlamamıştı. Bkz. **TANER Tahir**: s.580.

itibaren güvenlik tedbirine hükmedilemez, daha önceden ceza yerine veya onunla birlikte hükmedilmiş bulunan güvenlik tedbiri de ortadan kalkar.<sup>293</sup> Buna karşın, failin tehlikeliliğini esas almaları nedeniyle, affin güvenlik tedbirlerine hiçbir etkisi olmaması gerektiği de savunulmuştur.<sup>294</sup> Son olarak, akıl hastaları, küçükler, alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları hakkındaki tedbirlerin genel affa rağmen devam edeceğini; diğer güvenlik tedbirlerinin ise ceza mahkumiyetinin sonucu olmaları nedeniyle, genel affa birlikte ortadan kalkacağını belirten yazarlar da mevcuttur.<sup>295</sup> Esasen bu sonuncu görüş, genel olarak genel affin güvenlik tedbirlerini de ortadan kaldıracağını kabul etmekte; fakat buna istisna tanımaktadır.

Kuşkusuz genel affi öngören kanun ile özel düzenleme yapılması mümkündür. Ancak hukukumuzda, genel affin güvenlik tedbirleri üzerindeki etkisini genel olarak hükme bağlayan bir kural bulunmamaktadır. Bir tek TCK m.74/1’de genel affin, müsadere olunan şeylerin geri alınmasını gerektirmeyeceği belirtilmiş; fakat diğer tedbirlere ilişkin böyle bir düzenleme yapılmamıştır. Türk hukukunda öngörülen bu sistemden farklı olarak, İCK m.210/1’de genel af gibi suçu ortadan kaldıran sebeplerin, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesini ve hükmedilmiş olanların da uygulanmasını engelleyeceği açıkça öngörülmüştür.

Esasen güvenlik tedbiri, bir suçun işlendiğinin sabit olması olgusunun üzerine inşa edilebildiğinden, genel affin fiili suç olmaktan çıkarmasıyla, güvenlik tedbiri de kendi varlık nedenini kaybedecektir. Ancak bu sonuç, toplumsal savunma

---

<sup>293</sup> **KUNTER:** Muhakeme, s.960. Yukarıda belirtilen, İCK 210/2’deki hüküm de bu anlayışın ürünüdür.

<sup>294</sup> **DÖNMEZER – ERMAN:** C.III, s.235.; **DEMİRBAŞ:** s.671.; **ÖZEK:** s.154 ve 155.; **ÖZBEK Veli Özer:** Türk Ceza Kanununun Anlamı(TCK İzmir Şerhi), Genel Hükümler, Ankara 2010, s.845.; **AKBULUT:** “Af”, s.77.

<sup>295</sup> **KEYMAN** bu konuda, “Emniyeti umumiye nezareti ister bir ceza, ister bir emniyet tedbiri olarak kabul edilsin, genel affın sonra ortadan kalkacaktır.(...) Bununla beraber, akıl hastaları, küçükler, sağır-dilsizler ile alkol ve uyuşturucu maddeler kullananlar hakkındaki tedbirler genel affa rağmen devam ederler.” demiştir. Bkz. **KEYMAN:** s.105. Aynı yönde bkz. **TANER Tahir:** s.581 ve 667.

bakımından uygulanmaları zorunlu olan birtakım tedbirlerden toplumun yoksun kalmasına yol açmaktadır. Failin tehlikeliliğini giderme ve özel önleme gibi hayati önem taşıyan amaçlara ulaşmak adına toplum için vazgeçilmez olan savunma araçlarından da genel af yüzünden mahrum kalınmamalıdır. Bu nedenle, genel af nedeniyle varlıklarını sürdürmelerindeki hukuki temel sarsılan güvenlik tedbirlerinin devamını savunmaktan ziyade; uygulanmasına devam edilmesi zorunlu olan tedbirlerin, genel aftan sonra önleyici veya düzeltici idari tedbirlere dönüştürülmesi, bir çözüm olabilir. Ayrıntılarına geçmeden önce belirtelim ki, kişisel bir değerlendirmenin ürünü olan bu çözüm önerisi, eleştiriler ile zenginleşecek olup; çalışma içerisinde yer alan diğer öneriler gibi tartışılmaya ve bu sayede olgunlaşmaya muhtaçtır.

Bu çözüm için öncelikle toplumsal savunma gereği uygulanmasından vazgeçilemeyecek tedbirlerin neler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Özellikle yeni TCK'da, güvenlik tedbiri ile ceza kavramlarının birbirine karıştığı gerçeği karşısında bu ayrımı yapmak daha da zorunlu hale gelmiştir. Daha önce de belirtildiği gibi, fer'i ceza niteliğindeki yaptırımlar, yeni TCK'da güvenlik tedbirleri olarak adlandırılmıştır. Oysa güvenlik tedbirlerinde, cezadan farklı olarak ihlale tepki niteliği ve kefaret amacı bulunmamaktadır. En yalın ifadesiyle güvenlik tedbirlerinin amacı, suçta tekerrürün önlenmesidir.<sup>296</sup> Bu durumda "*suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu*" olarak hükmedilen bir yaptırım, güvenlik tedbiri değil; esasında fer'i cezadır.<sup>297</sup> Buna rağmen, yürürlükteki ceza yasasında "güvenlik tedbiri" olarak düzenlenen kurumlardan bazısının, çalışmamızda "fer'i ceza" olarak anılmasına imkan bulunmamaktadır. Öyleyse güvenlik tedbirleri arasında

---

<sup>296</sup> ARTUK: s.286

<sup>297</sup> HAFIZOĞULLARI: "...Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri"; ÖZBEK: s.845.

mahkumiyetin kanuni sonucu olup olmamalarına göre bir ayırım yapılması ile genel affin güvenlik tedbirleri üzerindeki etkisi daha rahat çözümlenecektir.

Benimsediğimiz görüşe göre, tüm güvenlik tedbirleri genel af ile ortadan kalkacaktır. Ancak mahkumiyetin sonucunda cezalara ek olarak hükmedilen, bu nedenle ceza yaptırımı ile arasındaki nitelik farkı azalmış olan güvenlik tedbirleri, örneğin hak yoksunluğu ve müsadere, genel affa, yerine herhangi bir başka tedbir ikame edilmeksizin ortadan kalkarken; bireysel önlemeyi sağlamaya dönük ve tehlikeliliği gidermeyi amaçlayan güvenlik tedbirleri de genel af karşısında varlıklarını yitirmekle birlikte, tedbir ihtiyacının sürdüğü tespit edilirse, yerlerini idari tedbirlere bırakmalıdır. Bu ikinci grubu, daha çok ceza yerine hükmedilen ve akıl hastalarına, küçüklere, uyuşturucu madde veya alkol bağımlıları gibi isnat edilebilir olmayan failere yönelik olan tedbirler oluşturmaktadır.

Peki, bir güvenlik tedbirinin genel afftan sonra önleyici idari tedbire dönüşmesi uygulamada nasıl gerçekleştirilecektir? Bu konuda öncelikle idari tedbirler hakkında kısa bir açıklama yapmakta fayda vardır. İdari tedbirler, idarenin kolluk faaliyetinin yerine getirilmesinde kullanılan ve idari işlem ya da idari eylem olarak ortaya çıkabilen kolluk tedbirleridir. Müeyyideden farklı olarak bu tedbirler, genellikle hukuk kuralının ihlalden önce uygulanmaktadırlar ve genellikle ödeticici değil; önleyici niteliktedirler.<sup>298</sup> Ödeticilik ve önleyicilik şeklinde özetlenebilen bu temel fark, kolluğun da kendi içerisinde adli ve idari kolluk şeklinde ayrılmasına yol açmaktadır.<sup>299</sup> Ancak idari tedbirlerin asıl amacı önlemek olmakla birlikte, belirlenen kurallara aykırılık gerçekleştiğinde idarenin bunları bastırmaya, yani ceza uygulamaya da yetkili olduğu düşünüldüğünde ayırımın önleyicilik ve bastırmacılık

<sup>298</sup> GÖZLER: İdare, s.552 ve 553.

<sup>299</sup> GÜNDAY: s.259 vd.

farkına dayandırılmaması gerektiği savunulmuş ve kolluğun, adli ve idari şeklinde ayrılmasının kimi zaman anlamsız ve bazen de yanıltıcı olduğu belirtilerek, bunun yerine kullanılmak üzere “idari kolluk-suç kolluğu” ayrımı önerilmiştir.<sup>300</sup> Her iki düşüncede de, idarenin kolluk faaliyeti, suçun işlenmesinden önce veya işlenen fiilin suç teşkil etmemesi ancak kamu düzenini<sup>301</sup> tehdit etmesi halinde devreye girmektedir. Mevzuatımızda, bu faaliyeti gerçekleştirmeye elverişli araçlar çoğunlukla fiil işlendikten sonra uygulanabilen idari tedbirler olarak öngörülmüştür. Bunlar çok sayıda olmakla birlikte, sınır dışı etme, belli yerlerde yaşamaktan veya belli yerlere gitmekten men etme, işyerinin kapatılması, ruhsat iptali, sürücü belgesinin geri alınması, akıl hastanesine gönderme, uyuşturucu madde veya alkol tedavisi amaçlı bir kuruma yerleştirme gibi örneklerle zihinlerde somutlaştırılabilir. Örneğin 31.03.2011 tarihinde kabul edilen 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m.22/1’de sporda şiddeti teşvik edecek şekilde basın ve yayın yoluyla açıklamada bulunan kişilere, fiilleri suç oluşturmadığı takdirde, idari para cezası uygulanacağı; maddenin 3.fıkrasında ise bu kişilerin ayrıca idari tedbir olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanacağı öngörülmüştür. Bu idari tedbir, bir fiilin işlenmesi sonucunda öngörüleceğinden ceza yaptırımına ve güvenlik tedbirine benzemekte; ancak işlenen fiilin kamu düzenini tehdit etmesine rağmen suç teşkil etmemesi nedeniyle her ikisinden de ayrılmaktadır. Burada isnat edilebilir olmadığı için kişiye idari yaptırım uygulandığından da söz edilemez. Zira kişi isnat edilebilir olmadığı için değil; işlediği fiil suç teşkil etmediği için hakkında idari tedbir kararı verilmektedir. Yine 03.07.2005 tarihinde kabul edilen 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.2’de “*Bu Kanun, korunma ihtiyacı olan çocuklar*

<sup>300</sup> Bkz. ÖZAY: s.725-727.

<sup>301</sup> Kamu düzeni, güvenlik, dirlik ve esenlik ile sağlık öğelerinden oluşan bir kavramdır. Bkz. GÜNDAY: s.261-263.

*hakkında alınacak tedbirler ile suça sürüklenen çocuklar*<sup>302</sup> *hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin usul ve esaslarına (...)*” derken suç işlediği sabit olan çocuklara uygulanacak güvenlik tedbirlerini, korunmaya ihtiyacı olan yani bedensel, zihinsel, ahlaki veya sosyal gelişimleri tehlikede olan; ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru olan çocuklara ilişkin tedbirlerden ayırmaktadır. İkinci grup çocuklar için uygulanacak tedbirler bakımından, bu çocukların herhangi bir suç işlememeleri, hatta aksine, daha çok suçun mağduru olmaları nedeniyle *güvenlik tedbiri* ifadesi yer almamaktadır. Her iki tür tedbir aynı kanunda, “koruyucu ve destekleyici tedbirler” üst başlığında toplanmakta<sup>303</sup>; danışmanlık, eğitim, sağlık, barınma ve bakım ihtiyaçlarına yönelik bu tedbire de Çocuk Mahkemesi Hakimi karar vermektedir. Gerek tedbirlerin içeriği, gerekse bunlara karar vermeye yetkili organ bakımından ortak noktaları bulunmakla birlikte; suça sürüklenen çocuk için bunlar güvenlik tedbiri niteliğini haizken, korunma ihtiyacı olan çocuk bakımından aynı tedbirler kanunda salt *tedbir* olarak anılmaktadır. Kanaatimizce, bu ikinci gruba girenler, nitelik itibariyle idari tedbirlerdir. Uygulanmaları için yargıç kararına ihtiyaç duymaları, bu niteliklerini değiştirmemektedir. Tedbirler ile varılmak istenen amaçlar da çeşitlidir. Burada hem çocuğun bozulan psikolojisini tedavi etmek, hem güvenliği tehlikede olanlar bakımından onları sağlıklı bir ortama kavuşturmak gibi doğrudan amaçların yanında; dolaylı olarak bu çocukların suça eğilimlerini ortadan kaldırmak, yani işlenmesi muhtemel suçları önlemek amacı da mevcuttur. İşte bu nedenle de, korunma ihtiyacı olan çocuklara uygulanan tedbirler, önleyici idari tedbirlerin nitelikleri ile -dolaylı da olsa- bağdaşmaktadır. Ancak bu tedbirlerin

---

<sup>302</sup> Suça sürüklenen çocuk, kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuktur. (ÇKK m.3/1-a,2)

<sup>303</sup> Bkz. ÇKK Birinci Kısım İkinci Bölüm (m.5 – m.14)

doğrudan suçu önleme amacına yönelik oldukları söylenemez. Daha önce de belirtildiği gibi mevzuatımızda suç teşkil etmeyen ancak kamu düzenini bozan veya tehdit eden bir fiil sonrasında uygulanacak idari tedbirlerin sayısı fazla olmakla birlikte, suç işlenmeden önceki tedbirler bakımından eksiklik bulunmaktadır. Örneğin hemen yukarıda açıklandığı üzere, suça sürüklenen çocuklar için ıslah edici ve önleyici güvenlik tedbirleri ile daha çok suç mağduru olmuş korunmaya muhtaç çocuklar için, yalnız dolaylı amaçları önleyici olan tedbirler mevcuttur. Oysa içinde buldukları koşullar gereği suça meyilli olan, ama henüz suç işlememiş veya suç mağduru olmamış çocuklar için, işlemleri kuvvetle muhtemel suçları doğrudan önlemeye yönelik önleyici idari tedbirler bakımından eksiklik bulunmaktadır. Kişi özgürlüğüne yönelik müdahalenin zorunlu olması ve ölçülü uygulanması koşuluyla suça sürüklenme eğilimindeki çocuklar ile akıl hastaları bakımından böyle düzenlemelerin yapılması düşünülebilir.<sup>304</sup> Ancak bu önerimizi, ülkemiz uygulamasında ortaya çıkabileceğini öngördüğümüz, özgürlüklere yönelik aşırı müdahale kaygısını taşıyarak sunduğumuzu özellikle belirtelim.

Tüm bu açıklamalar ışığında vardığımız sonuç, suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirilmemesine rağmen, çoğunlukla kamu düzenini bozucu fiiller sonrasında, bazen de ortada fiil olmamasına rağmen şahsın tehlikeliliğine bağlı olarak; kimi zaman düzeltici (onarıcı, tedavi edici), kimi zaman da önleyici idari tedbirler uygulanması şeklindeki yöntemin, fiilin suç olma vasfı genel af ile ortadan kalktığında uygulanmasıdır. Daha önce de belirtildiği gibi, genel af ile fiilin suç olma vasfı ortadan kalkmakta; ancak bu fiil, mantık kuralları gereği, maddi olarak

---

<sup>304</sup> Aynı yönde bkz. **KURT Mehmet**: “Potansiyel veya Gerçek Risk Altındaki Çocuklarla İlgili Önleyici İdari Tedbirlerin Alınması”, İdarecinin Sesi Dergisi, Ocak-Şubat 2001, s.72 ve 73. **KUNTER** de, suç işlemeyen akıl hastalarının cebren muhafaza ve tedavisi hakkında mevzuatta bir hüküm bulunmamasını önemli bir boşluk olarak değerlendirmiştir. Bkz. **KUNTER**: Muhakeme, s.966.

varlığını korumaktadır. Diğer bir deyişle bu fiil, hukuki olarak suç olma vasfını yitirmektedir. Suç olmadan güvenlik tedbirleri de olamayacağına yukarıda değinildi. Ancak suç olmasa bile kamu düzenini ihlal eden fiil, genel affa rağmen var olmaya devam etmektedir. Öyleyse haklarında güvenlik tedbiri dahi uygulanamayacak olan bu fiiller bakımından güvenlik tedbirinin devam etmesi şeklinde istisna tanıyarak genel kuralı delmek yerine, önerimiz, tehlikeliliğin önlenmesini sağlayıcı idari tedbirlere başvurmak yönündedir. Elbette bunun için mevzuatta gerekli düzenlemelerin yapılması şarttır. Genel af nedeniyle haklarındaki güvenlik tedbirine son verilen kimseler hakkında derhal inceleme yapıp, örneğin akıl hastanesinde bulunanlar bakımından bu kişiler salıverilmeden, ihtiyaç devam ediyorsa idari tedbir kararı verilebilmesinin, öncelikle mantıksal altyapısı kurulmalı; bunun için mesele sağlıklı biçimde değerlendirilmelidir. Bundan sonraki aşama, görüşün uygun bulunması halinde, mevzuatın uyumlaştırılmasıdır.

### **c) Adli Sicil Kaydı**

Genel affın cezai sonuçları arasında mahkumiyete ilişkin bilgilerin adli sicil kaydından çıkarılması hususu önemlidir. Zira yasama organı tarafından çıkarılan kanun ile ceza hukuku bakımından bir suçun hiç işlenmediği kabul edildikten sonra, ondan kaynaklanan mahkumiyetin kayıtlarda var olmaya devam etmesi, hukukun kendi içinde çelişmesidir. Bu nedenle, suça dair her türlü bilginin resmi kayıtlardan yok edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak kayıtları tümünden yok etme politikası da, cezaların bireyselleştirilmesine engel oluşu nedeniyle eleştirilmektedir.<sup>305</sup> Nitekim bireyselleştirme için failin geçmişi tümüyle bilinmelidir. Kuşkusuz failin geçmişine, onun önceden işlemiş olduğu suçlar da dahildir. Bu da,

---

<sup>305</sup> **TANER Tahir:** s.513(3 no.lu dipnot).

affa uğramış olsa bile, geçmişte işlenen suçun resmi veya gayri resmi yollarla hakimın bilgisine sunulmasıyla mümkündür. Şayet genel afftan yararlanmış bir kimsenin sonradan bir başka suç nedeniyle yargılanması söz konusu olursa, hakimın bir önceki mahkumiyeti öğrenmesi, takdir yetkisi bakımından etkili olabilir. Genel affa rağmen belli kayıtların adli sicilde tutulmaya devam edilmesi fikri de, bu nedenle desteklenmektedir.<sup>306</sup> Ancak diğer yandan, adli sicil kayıtlarının genel affa rağmen varlığını koruması, kişi özgürlükleri aleyhine büyük bir tehdide yol açmaktadır. Uygulamada olduğu gibi, örneğin kamuda veya özel sektördeki bir işe girmeden önce aranan adli sicil kaydında, geçmişte genel affa uğramasına rağmen suça ve mahkumiyete ilişkin bir kaydın yer alması, genel affın varlık sebebi olan geçmişin tümüyle unutulmasının, pratikte anlamını yitirmesi demektir. Böylece mahkumiyet hükmü, genel affa uğramasına rağmen, hükümlünün peşinden ayrılmayan bir lekeye, sosyal hayatı zorlaştıran bir etikete dönüşebilir. Öyleyse her iki kaygıyı dengelemek adına, sistemin, yalnızca soruşturma ve kovuşturma ile bağlı olarak Cumhuriyet savcısı ve mahkemece öğrenilebilecek kendine özgü bir kayıt oluşturulması<sup>307</sup> anlayışıyla inşa edilmesi düşünülebilir.

Pozitif hukukumuza bakıldığında öncelikle, yürürlükten kaldırılan 3680 sayılı Adli Sicil Kanununun öngördüğü sisteme işaret etmekte fayda vardır. Mülga kanunun “Adli Sicile Geçirilecek Bilgiler” başlığını taşıyan 4. maddesinde genel ve özel af yer alıyordu. Yani genel af çıktığında, affın kapsamındaki hükümlülerin adli sicil kayıtları silinmemekte; üstelik mahkumiyet bilgisinin yanına, genel affa ilişkin kayıt eklenmekteydi. Adli sicilden çıkarılacak bilgiler arasında ise, affa yer

<sup>306</sup> **GÖLCÜKLÜ:** s.310.; **TANER** ise “*Umumi af, maziyi büsbütün silmek ve unutmak için düşünülmüş bir müessesedir.*” diyerek kayıtların tümüyle silinmesini destekleyen görüştedir. Bkz. **TANER Tahir:** s.513.

<sup>307</sup> Buna benzer bir sistem, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu için Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülmüştür (m.231/13).

verilmemişti. Genel affa da uğrasa, mahkumiyete ilişkin kayıt ancak ilgili suçun niteliği veya cezanın süresiyle orantılı olarak 8. maddede öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle silinmekteydi. 8. maddenin son cümlesi olan “*Kanunlarda yapılacak değişiklikler sonucu suç olmaktan çıkarılan veya idari nitelikte cezaya dönüştürülen suçlarla ilgili bilgiler Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne resen adli sicil kayıtlarından çıkartılır*” ifadesi içinde genel af bulunmamaktaydı.

Sözü edilen kanun 25.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5352 sayılı Kanun ile ilga edilmiştir. Yeni kanun ise “adli sicil kaydı” ve “adli sicil arşiv kaydı” şeklindeki ikili bir düzen oluşturmuştur. Kanunun 9. maddesi adli sicil kaydından silinecek bilgileri düzenlerken bunlar içinde genel affı da saymıştır. Bu durumda artık genel afftan yararlanan hükümlülerin mahkumiyete ilişkin bilgileri, derhal adli sicil kaydından silinebilecektir. Ancak söz konusu olan bu silme, bilginin tamamen ortadan kalkması değil; adli sicil arşiv kaydı adıyla tutulan bir diğer kayda geçirilmesi ile sonuçlanmaktadır.<sup>308</sup> 2005 yılında Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan Adli Sicil Yönetmeliği’nin 11. maddesinde de aynı yönde düzenleme yer almaktadır.

Adli Sicilden silinen ancak arşiv kaydına alınan kayıtlar kural olarak kişiyi herhangi bir haktan yoksun bırakmak için dayanak olarak kullanılamaz (Adli Sicil Kanunu m.10/2). Ancak aynı hükme göre bunun istisnası, kanunlarda özel olarak düzenlenebilir. Keza aynı kanun, geçici 2. maddesinde, Anayasa m.76/2 ve özel kanun hükümlerini saklı tutarak tam da böyle bir istisnaya yer vermişti. Bu hükme

---

<sup>308</sup> Genel af ile adli sicilin, arşiv kaydıyla birlikte tamamen silindiği ileri sürülmüşse de; kanunun açık hükmü karşısında bu mümkün görünmemektedir. Genel affın, adli sicili, arşiv kaydıyla birlikte tamamen silen bir sebep olduğu hakkında bkz. **ARSLAN**: s.8.

göre, Anayasa 76/2 ve özel kanunlarda hak yoksunluğuna yol açan mahkumiyetlerin sicilden tümüyle silinmeleri için gereken süreler dolmuş olsa bile, arşiv kaydında tutulmaya devam etmeleri öngörölmüştü. Dolayısıyla Haziran 2005'ten bu yana, genel affa uğramakla arşiv kaydına alınan bilgiler, memnu hakların iadesi yoluyla dahi bu kayıttan silinmemek suretiyle, ilgililerin mağduriyetine neden olmaktaydı. 2005 öncesi en azından memnu hakların iadesi ile giderilebilen mağduriyetler, yeni kanunla, bu kurumun da adli sicil arşiv kaydına etki edememesi nedeniyle baki kalmaktaydı.

Nihayet Anayasa Mahkemesinin E.2008/44 K.2011/21 künyeli ve 20.01.2011 tarihli kararıyla Geçici 2. madde iptal edilmiştir. Bunun yanında, ayrıca ilginin ölümü üzerine veya her halde kayıt altına almanın üzerinden seksen yıl geçmesiyle kayıtların tamamen silinebileceğini öngören 12. maddesinin 1. fıkrası da iptal edilmiştir. Ancak iptale ilişkin bu kararın, Resmi Gazete'deki yayım tarihi olan 14.04.2011 tarihinden bir yıl sonra yürürlüğe gireceğı öngörölmüştür. Bu bir yıllık sürenin dolmasından sadece üç gün önce, yani 11 Nisan 2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6290 sayılı "Adli Sicil Kanunu ile Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" m.2 ve m.3 sayesinde boşluk doğması engellenmiştir.<sup>309</sup> Buna göre 5352 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

*"Arşiv bilgileri;*

*a) İlgilinin ölümü üzerine,*

---

<sup>309</sup> Şayet bu düzenleme yapılmamış olsaydı, Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girmesiyle, 2005 öncesi dönemde tutulmuş olan neredeyse tüm adli sicil kayıtlarının silinmesini gerektiren bir durum ortaya çıkacaktı.

b) *Anayasanın 76 ncı maddesi ile Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlarda bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının olduğu tarihten itibaren;*

1. *Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşuluyla onbeş yıl geçmesiyle,*

2. *Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl geçmesiyle,*

c) *Diğer mahkûmiyetler bakımından kaydın arşive alınma koşullarının olduğu tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle,tamamen silinir.”*

Yeni sistemde genel af ile adli sicil kaydından mahkumiyete ilişkin bilgiler silinmekte ve bunlar, arşiv kaydına alınmaktadır. Bilgilerin arşiv kaydından silinmesi ise yukarıdaki maddede sayıldığı gibi, ölüm halinde derhal veya ancak belirtilen sürelerin geçmesi üzerine mümkün olmaktadır. Bu hüküm, 5252 sayılı Adli Sicil Kanununun yürürlükte olduğu dönemde tutulmaya başlanan kayıtlara ilişkindir.

Adli Sicil Kanununu değiştiren düzenleme ayrıca Geçici 2. maddenin birinci fıkrasını son cümlesini yürürlükten kaldırmış<sup>310</sup> ve ikinci fıkrasını aşağıdaki şekilde değiştirmiştir.

*“Bu Kanunun yayımı tarihinde, Anayasanın 76 ncı maddesi ile bazı özel kanunlarda yer alan ve bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından, arşive alınan veya şartları olduğu halde ya da henüz şartları oluşmadığı için arşive alınmayan kayıtlar hakkında 12 nci maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.”*

---

<sup>310</sup> Bu cümle, anılan kararda Anayasa Mahkemesinin iptaline karar verdiği cümledir.

Bu hüküm ise, Adli Sicil Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki kayıtlara ilişkindir. Burada eski tarihli mahkumiyetlerin hak yoksunluğuna neden olup olmaması bakımından ayırım yapılmaktadır. Eğer mahkumiyet, AY m.76 veya özel kanunlarda öngörülen bir hak yoksunluğuna neden olmakta ise, tıpkı yeni tarihli arşiv kayıtları gibi 12. maddenin 1. fıkrasına tabi olacaktır.

Ancak 5352 sayılı Kanundan önce var olan eski kayıtlarda yer alan mahkumiyet, herhangi bir hak yoksunluğuna yol açmayan türden ise, mülga 3682 tarihli Adli Sicil Kanununda öngörülen sürelerin geçmesiyle arşiv kaydından silinecektir.<sup>311</sup>

Demek ki genel af söz konusu olduğunda, eski veya yeni tarihli, hak yoksunluğuna yol açan veya açmayan her türlü mahkumiyete ilişkin kayıt, adli sicil kaydından siliniyor olsa bile; adli sicil arşiv kaydında varlığını koruyacaktır.

Kurulan yeni sistemin sağlıklı işleyip işlemediği uygulamada görülecektir. Fakat atılan neredeyse her adımda adli sicil ve adli sicil arşiv kaydının gerekli kılındığı ülkemizde, adli sicilin kişi özgürlüğüne müdahalesinin aşırı hale getirilmemesi sağlanmalıdır. Genel af halinde adli sicile ve arşiv kaydına ilişkin tüm bilgilerin yok edilmesi gerektiğini savunmamaktayız. Ancak genel affa ilişkin bilgilerin sadece kendine özgü bir sisteme işlenmesi ve yalnızca gelecekteki bir başka soruşturma veya kovuşturma ile bağlı olarak Cumhuriyet savcısı veya mahkemece istenmesinin mümkün kılınması yolu önerilebilir. Gerçi yeni bir kayıt

---

<sup>311</sup> Adli Sicil Kanununda yapılan değişiklik ile 12. maddeye eklenen 3.fıkra şu şekildedir: “*İkinci fıkrada sayılanlar dışında, birinci fıkra gereğince işlem yapılarak arşive alınan kayıtlar 3682 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde öngörülen sürelerin dolduğu veya ertelenmiş olan mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayıldığı hallerde bu tarih esas alınarak Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinir.*”

sistemi oluşturmaktansa; mevcut sistemde adli sicil arşiv kayıtlarına ulaşma imkanının sınırlandırılmasıyla da, bu sonucu elde etmek mümkündür.

#### d) Tekerrür

Tekerrür, genel olarak mefruz veya gerçek tekerrür olarak ikiye ayrılmakla birlikte<sup>312</sup>, 5237 sayılı sayılı TCK ile benimsenen sistem bakımından kesinleşmiş bir ceza mahkumiyetinin sonrasında TCK m.58/2'de öngörülen süre içerisinde (ceza mahkumiyetinin süresine bağlı olarak, üç veya beş yıl) failin yeniden suç işlemesi hali olup sonucu itibariyle cezanın türünü, infaz rejimini ve infaz sonrası dönemi etkileyen bir kurumdur. Mahkumiyetin cezai nitelikli sonuçlarından biri de, kendinden sonraki muhtemel mahkumiyet hükümleri bakımından tekerrüre yol açmadır.

Genel affa uğrayan bir mahkumiyet, tekerrüre esas olmaz. Varılan bu sonuç, öğretilerde yaygın olarak kabul edilmektedir.<sup>313</sup>

Ancak *ÖZEK*, tekerrürü, sonucu bakımından cezayı ağırlaştırıcı ya da güvenlik tedbiri alınmasını gerektirici bir hal olması bakımından ikiye ayırmıştır. Sonraki suçun cezasının arttırılmasını gerektiren ilk ceza mahkumiyeti genel affa ortadan kalkıyorsa artık tekerrüre esas alınmamalıdır diyen yazar, bunun nedeni olarak, cezanın artışının da bir ceza yaptırımını olduğunu ve genel affa ortadan kalkmasında sakınca bulunmadığını belirtmiştir. Buna karşın, yazara göre, tekerrürü halinde güvenlik tedbiri gerektiren mahkumiyetler bakımından aynı sonuç doğmamalıdır. Çünkü güvenlik tedbiri bir ceza olmadığından, genel af bunu ortadan

<sup>312</sup> Mefruz tekerrür bir suçtan dolayı kesin olarak mahkum olduktan sonra belirli süre içinde tekrar kişinin durumudur. Buna karşılık gerçek tekerrürde, ceza mahkumiyetinin infaz edilmesinden sonra belirli süre içinde tekrar suç işlenmesi aranmaktadır. Bkz. **ÖNDER**: Genel Hükümler, s.643.

<sup>313</sup> **KEYMAN**: s.101.; **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.162 ve 236.; **DEMİRBAŞ**: s.600.; **TANER Tahir**: s.666.

kaldırma kabiliyetine sahip olmamalıdır. Yazar bu gerekçeyle, tekerrür hükümlerinin uygulanmasıyla sınırlı olarak, eski mahkumiyetin genel affa rağmen var olmaya devam edeceğini savunmuştur.<sup>314</sup>

### **e) Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Hapis Cezasının İnfazının ve Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi İçin Gereken “Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkum Olmamak” Koşulu**

Hukuk sistemlerinde Devletin cezalandırmadan vazgeçme veya cezalandırmayla elde edilemeyeceği anlaşılan kazanımlara başka yollarla ulaşma çabası gün geçtikçe artmakta ve bu da affın yanında yeni araçların eklenmesini sağlamaktadır. Esasen tüm bu kurumların temeli, af düşüncesidir. Ancak affın da yol açtığı zararlar göz önünde bulundurularak, özellikle bireyselleşme kaygısıyla, çoğunlukla hafif suçlara özgü olan ve ceza sistemini tamamlayan yeni kurumlar icat edilmektedir. Yine de her biri, hukuk dünyasında yarattıkları sonuç itibarıyla, affın sınırlandırılmış veya şarta bağlanmış hallerine benzemektedirler.

Örneğin hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun (CMK m.231/5-14), somut ceza ölçütü<sup>315</sup> ve faile bağlı diğer iki ölçütü<sup>316</sup> sınırlandırılmış olması nedeniyle kısmi; aynı zamanda erteleyici<sup>317</sup> ve bozucu<sup>318</sup> şartlara bağlanmış bir genel af olarak düşünülmesi mümkündür. Bu kurumu, hukuk dünyasında yarattığı etki açısından genel affa benzetmemizin sebebi, belirtilen sürenin gereken koşulları yerine getirme suretiyle geçmesi sonucunda hükümün ortadan kaldırılarak davanın

---

<sup>314</sup> **ÖZEK:** s.155 ve 156.

<sup>315</sup> 2 yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkum olma (CMK m.231/5)

<sup>316</sup> Saniğin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkum olmaması ve yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat uyandırması (m.231/6-a ve b)

<sup>317</sup> Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi (m.231/6-c)

<sup>318</sup> 5 yıllık denetim süresi içerisinde kasıtlı yeni bir suç işlememe ve denetimli serbestlik tedbirlerine uyma (m.231/8 ve 231/10)

düşmesi kararı verilmesidir. Böylelikle, tıpkı genel affa olduğu gibi, kişi hukuken hiç suç işlememiş olur. Devletin cezalandırma ilişkisini kesmesi özelliği gereği, her ne kadar Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiş olsa da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, bir maddi ceza hukuku kurumudur.<sup>319</sup> Ancak daha önce de belirtildiği gibi, bunun genel affa benzediği nitelendirmesi, yalnızca işlemin sonucuna dayalıdır. Kuşkusuz, yargı organı eliyle ve adli yollarla yapıldığı için - organik açıdan- genel afftan farklılaşmaktadır.

765 sayılı TCK döneminde maddi ceza hukuku kurumu olan erteleme (tecil) kurumu, yeni Ceza Kanununda bir infaz hukuku kurumu haline getirilmiştir.<sup>320</sup> Eskiden erteleme, şimdiki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna benzer şekilde, belli yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde, mahkumiyeti tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırmakta; yani hukuken kişiyi hiç suç işlememiş hale getirmekteydi (765 s. TCK m.95/3). Yürürlükteki sistemde ise erteleme, yalnızca hapis cezasının infazının ertelenmesi şeklinde, yani fiili olarak hapiste yatmaksızın belli koşulların yerine getirilmesi ve gerekli sürenin geçmesi halinde bu cezanın infaz edilmiş sayılmasını sağlamaktadır (5237 s. TCK m.51/8). Eski sistemde genel affa benzer sonuçları bulunan ertelemenin yeni düzenlenen haliyle daha çok özel affa benzediği söylenebilir. Zira erteleme sonucu mahkumiyet ortadan kalkmamakta; yalnızca ceza infaz edilmiş sayılarak hükümlünün, cezayı fiilen çekmemesi sağlanmakta; yani cezası affedilmektedir.

---

<sup>319</sup> Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, hukuki niteliği itibariyle, maddi ceza hukuku veya ceza muhakemesi hukuku kurumlarından hangisi olduğu hakkındaki tartışmalar ve varılan sonuç bakımından aynı yönde görüş için bkz. **TANER Fahri Gökçen**: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi 2011, S.4, s.288-291.

<sup>320</sup> Bkz. Yeni TCK Madde Gereçekleri/ 51. madde, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> (Erişim Tarihi: 19.02.2012)

Bir ceza muhakemesi kurumu olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi ise başta 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda sadece çocukların muhakemesi için tanınmış; ardından oradan alınarak 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanunla birlikte 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.171/2-3-4-5'te genel bir kurum olarak düzenlenmiştir. Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan ve üst sınırı bir yıl veya daha az hapis cezası gerektiren bir suçu işlediği iddiasıyla hakkında soruşturma yapılan şüphelinin, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmaması (m.171/3-a); bir daha suç işlemekten çekineceği kanaati vermesi (m.171/3-b); kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması (m.171/3-c) ve mağdurun veya kamunun uğradığı zararı tamamen gidermesi (m.171/3-d) halinde Cumhuriyet savcısı kamu davasının beş yıllık süreyle ertelenmesine karar verir (m.171/2). Bu tarihten itibaren başlayan erteleme süresi içerisinde failin kasıtlı bir suç işlememesi şartıyla da beş yılın sonunda Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar verir (m.171/4). Burada da gerekli koşulların temini ve süre şartının doldurulmasıyla fail, tıpkı genel affa benzer bir etkiyle karşılaşmaktadır. Nasıl ki, soruşturma aşamasında işlendiği iddia edilen suç genel affa uğradığında Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığına karar veriyorsa, erteleme süresi de kasıtlı bir suç işlenmeksizin geçirildiğinde aynı sonuç doğmaktadır.

Pozitif hukukumuzdaki düzenleniş biçimleri ve uygulamada yarattıkları sorunlar hakkındaki tartışmalara girmeksizin kısaca açıklanan bu kurumların ortak özelliklerinden biri, uygulanmaları için bundan yararlanacak failin daha önce kasıtlı

bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmemiş olması şartını aramalarıdır.<sup>321</sup> Öyleyse kasıtlı bir suça dayanan ve hapis cezası öngören bir ceza mahkumiyetinin cezai sonuçlarından birisi de, kendinden sonra işlendiği iddia olunan bir başka suç hakkında yürütülecek ceza muhakemesinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve cezanın ertelenmesi kurumlarının uygulanmasına engel değildir. Genel affa uğrayan bir mahkumiyet ise, böyle bir etki doğurmayacaktır. Zira genel affa uğrayan eski tarihli mahkumiyet, tüm cezai sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmaktadır. Yani kasıtlı bir suçtan dolayı, ne kadar süreyle olursa olsun, daha önce hapis cezasına mahkum olmuş bir kimsenin bu mahkumiyeti genel affa ortadan kalkmış ve bu kişi hakkında, işlediği iddia olunan bir başka suç bakımından yeniden ceza muhakemesi süreci başlatılmışsa artık eski tarihli mahkumiyeti gerekçe gösterilerek bu başlıkta yer alan kurumların uygulanması engellenemez. Bununla beraber, bu kurumların uygulanması için gerekli bir diğer şart da şüpheli ya da sanığın, yeniden suç işlemeyeceği yönünde bir kanaat uyandırmasıdır. Daha önce işlenen bir suça bağlı kesinleşmiş ceza mahkumiyeti, genel af nedeniyle ortadan kalksa bile; ceza muhakemesi evrelerine bağlı olarak, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme nezdinde şüpheli ya da sanığın bir daha suç işlemeyeceği kanaati uyandırması bakımından olumsuz etki yaratabilir. Dolayısıyla daha önceki ceza mahkumiyetine dayanarak değil, ancak bir daha suç işlemeyeceği yönünde kanaat uyandırmama şartının gerçekleşmemesine dayanarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ceza ve kamu davasının ertelenmesi kararlarının verilmemesi mümkündür.<sup>322</sup> Kuşkusuz, geçmişteki bir başka mahkumiyet, bir daha

---

<sup>321</sup> CMK m.231/6-a ve CMK m.171/3-a bakımından kasıtlı bir suça dayanan önceki hapis cezasının süresi önem taşımazken, TCK m.51/1-a üç aydan fazla hapis cezası demek suretiyle kapsamı genişletmiştir.

<sup>322</sup> Aynı yönde bkz. **KEYMAN**: 101.; **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.236.; **ÖZEK**: s.158.

suç işlenmeyeceği kanaatinin oluşmasını otomatik olarak engellemez; engellememelidir de. Ancak bu kanaatin oluşumunu olumsuz yönde etkileyebileceğini söylemek mümkündür.

## **6. İçtima Üzerindeki Etkisi**

### **a) Cezaların içtimalı**

Cezaların içtimalı bakımından özellik arz eden bir mesele yoktur; zira cezalar gerçek içtima kuralları gereğince birleştirilir. Genel affin cezaların içtimalı üzerindeki etkisinde cezadan söz edildiğine göre, değerlendirme yalnızca mahkumiyetten sonraki genel affa, teknik adıyla eksik genel affa ilişkindir. Mahkumiyet hükmünde yer alan suçlar arasında genel affa tabi olanlar tüm cezai neticeleriyle ortadan kalkar; affa tabi olmayanların ise infazına devam edilir.<sup>323</sup> Burada sorun yaratabilecek husus, genel af kanununun, kendi kapsamını somut cezalara bağlı olarak belirlemesidir. Örneğin on yıla kadar hapis cezasına mahkum olanların mahkumiyetlerini tüm cezai sonuçlarıyla ortadan kaldıran bir genel af kanunun kapsamına, aynı hüküm ile bir suçtan dolayı dokuz yıl, diğer suçtan dolayı altı yıl, bir başka suçtan dolayı da sekiz ay; yani toplam on beş yıl sekiz ay hapis cezasına mahkum olan bir kimse girecek midir? Bu sorunun yanıtı olumludur. Nitekim cezaların içtimalı halinde, mahkumiyet ilamında yer alan suçlardan her biri ayrı ayrı affa tabi olmaktadır.<sup>324</sup> Aynı kural özel affa da geçerlidir.

---

<sup>323</sup> KEYMAN: s.108.

<sup>324</sup> DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.233.; KEYMAN: 108.

## b) Suçların içtimalı

### (1) Bileşik suç

Suçların içtimalında genel affin etkisi, farklı birleşme türlerine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bunlardan ilki TCK m.42’de düzenlenen bileşik suçtur. Eski adı *mürekkep suç* olan bu içtima türünde suçlardan biri diğerinin ya ağırlaştırıcı nedeni olmakta; ya da iki farklı suç bir araya gelip yeni bir suça vücut vermektedir. Bu durumda her iki suçun cezası gerçek içtima gereğince birleştirilmeyecek; kanunda bu suç tipi veya ağırlaştırılmış hal için ayrıca öngörülmuş bulunan cezaya hükmedilecektir. Bileşik suçu oluşturan suçlardan birinin genel affa uğraması ise, bileşik suçun da aynı etkiden yararlanmasını sağlamaz. İki farklı suçun birleşmesiyle bambaşka yeni bir suç tipinin oluştuğu bileşik suç ipotezinde -örneğin yağma suçu (TCK m.148)- bileşik suçun genel affin kapsamına girmesi, genel af kanununda bunun açıkça öngörülmesine bağlıdır. Zira bileşik suç, kendini oluşturan suçlardan bağımsız yeni bir suç tipidir ve artık bölünmeden söz edilemez.<sup>325</sup> Aynı örnekten gidilecek olursa, sadece hırsızlık suçu genel affa uğradığında yağma; ya da sadece yağma suçu genel affa dahil olduğunda hırsızlık da affedilmiş olmayacaktır. Yine, bir suçun diğer bir suç için ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmesi ipotezinde de -örneğin konutta hırsızlık adı verilen hırsızlığın nitelikli halinin 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki hali<sup>326</sup>- genel affin kapsamına sadece ilk suç ve

<sup>325</sup> DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.227.

<sup>326</sup> Bu hal eskiden biri diğerinin şiddet nedeni olmak suretiyle bir araya gelen iki suçun oluşturduğu bileşik suç ipotezinin tipik örneği idi (765 s. TCK m.491/4, m.492/1 ve 5237 s. TCK m.142/1-b). Ancak 5560 sayılı Kanunla 142. maddeye eklenen 4.fıkra hırsızlık suçu işlenirken aynı zamanda konut dokunulmazlığının da ihlal edilmesi halinde, konut dokunulmazlığı suçunun soruşturulması ve kovuşturulması bakımından şikayet aranmayacağı belirtilmiştir. Bu ifadeden, her iki suçun ayrı ayrı cezalara tabi olduğu anlaşılmaktadır. 5560 sayılı Kanunla eklenen bu fıkra, 1.fıkranın b bendine nazaran daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girdiğinden öncelikli olarak uygulanacaktır. Dolayısıyla gerek eski Ceza Kanunu döneminde, gerekse yeni Ceza Kanununun kısa bir

nitelikli hali dahilse, onun şiddet nedeni olan suçun da affedilmiş olduğu söylenemez.

## (2) Fikri içtima

TCK’de fikri içtimaı düzenleyen m. 44, “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” şeklindedir. Buradaki temel tartışma “fiil” sözcüğüne ilişkindir. Fiil ile yalnız hareketi anlayanlara göre fikri içtima, bir hareket ve bu hareketin neden olduğu en az iki suç ile oluşmaktadır. Bu görüşü destekleyen yazarlar, “hareket” olarak değerlendirdikleri tek bir fiil ile oluşan suçların birbirinden farklı türde olmaları haline “farklı neviden fikri içtima” adını vermektedirler<sup>327</sup> ve örneğin gözlüklü bir kişinin gözüne doğru yumruk atan failin hem kasten yaralama hem de mala zarar verme suçlarını işlemesi nedeniyle, bu olayda farklı neviden fikri içtima olduğunu belirtmektedirler. Yine, bir kişiyi öldürme amaçlı bir el ateş edilmesi sonucu o kimseyi öldürme ve merminin sekmesi sonucu bir başkasını da yaralama, bu görüşte, fikri içtima hükümlerinin uygulanmasını gerektiren bir olay olarak değerlendirilmektedir.<sup>328</sup> Maddenin gerekçesi de, kanunkoyucunun bu anlayışı desteklediğini göstermektedir.<sup>329</sup> Ancak şüphesiz, gerekçe bağlayıcı değildir. Nitekim “fiil” kelimesi ile icrai veya ihmali bir “davranış” ve buna nedensellik bağı ile bağlı olan “sonuç”un oluşturduğu bütünün anlaşılmasını gerektiğini savunan yazarlara göre, sonuç sayısınca fiil bulunmaktadır ve fikri içtima da, sadece bir fiil

---

döneminde var olan bileşik suç ipotezlerinden biri, artık bulunmamaktadır. Aynı yönde bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.378.

<sup>327</sup> **ÖZGENÇ**: s.515-528. (Yine“hareket”i kast ederek) Bir fiille, aynı suç birden fazla kişiye karşı işlendiğinde bu kez *aynı neviden fikri içtima* oluşacağı yönündeki görüş için bkz. **ÖZGENÇ**: s.511 vd. Bu görüşe karşılık, aynı neviden fikri içtima olarak tanımlananın esasen zincirleme suç olduğu ve aynı neviden fikri içtima olmadığına göre farklı neviden fikri içtimanın da olmayacağı savunulmuştur. Bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.380.

<sup>328</sup> **ÖZGENÇ**: s.518-525.

<sup>329</sup> Bkz. TCK madde gerekçeleri/m.44, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> (Erişim tarihi:20.02.2012)

(bir sonuç) ile aynı anda, kanundaki farklı suç tiplerini öngören hükümlerin ihlalidir.

<sup>330</sup> Dolayısıyla bu görüş, yukarıdaki örneklerdeki *fiil* ifadesini hatalı bulmakta; “öldürme ve yaralama” ya da “mala zarar verme ve yaralama” gibi birbirinden farklı sonuçlar olduğundan, her bir örnekte iki farklı fiil olduğuna işaret etmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre ise fikri içtima, örneğin, bir parkta reşit olmayan kimse ile cinsel ilişkiye girme olayında, davranış ve sonuçtan oluşan tek bir fiilin, bir yönüyle TCK m.104’te öngörülen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluştururken; diğer yönüyle TCK m.225’teki alenen cinsel ilişkiye girmeyi suç sayan hayasızca hareketler kapsamına girmesidir.<sup>331</sup>

Yapılan tartışmaya kısaca değindikten sonra bu çalışma bakımından üzerinde durulması gereken esas mesele, fikri içtima oluşturan suçlardan birinin genel affa uğraması halidir. Nitekim oluşumu yönünden hangi görüş kabul edilirse edilsin fikri içtima, kanunun iki farklı suça rağmen tek ceza verme iradesi için kabul ettiği varsayımsal (*fikri*) bir birliktir. Şüphesiz bu birliği oluşturan suçlar, bağımsız olarak varlıklarını korumaktadırlar.<sup>332</sup> Fikri içtima oluşturan suçların her ikisinin de genel affa uğraması halinde zaten mesele yoktur. Ancak fikri içtimada birden fazla bağımsız suç söz konusu olduğundan ve kanundaki açık düzenleme gereği bunlar tek cezaya çarptırıldıklarından, birinin genel affa uğramasının da, fikri içtima oluşumunu

---

<sup>330</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.379 ve 380.; **TOROSLU Nevzat**: Genel Kısım, s.342-345.; **İÇEL**: “*Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme*”, İÜHFD 1964, C.XXX, S.1-2, s.181.; **YALÇIN SANCAR**: Müteselsil Suç, Ankara 1995, s.29 ve s.35. **ÖZEN Mustafa**: “*Ceza Hukukunda Fikri İçtima*”, TBB Dergisi 2007, s.138-140.

<sup>331</sup> Örnek için bkz. **HAFIZOĞULLARI – ÖZEN**: s.379. İkinci görüş doğrultusunda ileri sürülen bir başka fikri içtima örneği de, bir kişiye, onu aşağılamak kastıyla tokat atılmasının hem 125. maddede düzenlenen hakaret suçuna, hem de 86. maddede düzenlenen kasten yaralama suçuna vücut vermesidir. Bkz. **ÖZEN Mustafa**: s.136. ve **İÇEL**: “*Fikri İçtima*”, s.187. Ancak bu anlayış, örnek bulunması dahi zor olan bir müessesenin, kanunkoyucu tarafından düzenleme konusu yapılmasının anlamsız olacağı düşüncesiyle eleştirilmektedir. Bkz. **ÖNDER**: Genel Hükümler, s.488.

<sup>332</sup> Bu konuda geçmişte yapılan tartışmalar ve aynı yöndeki görüş için bkz. **İÇEL**: “*Fikri İçtima*”, s.173-177.

ortadan kaldıracağı sonucuna varılmaktadır ve böyle bir halde, fikri içtima oluşturan suçlar nedeniyle açılmış olan tek kamu davası düşmeyecek; genel affa uğramayan diğer suç bakımından davaya devam edilecektir.<sup>333</sup> Nitekim genel afftan sonra, artık ortada tek bir suç kalmaktadır.

### (3) Zincirleme suç

Zincirleme (müteselsil) suç, suçların içtimasının bir diğer türü olarak, aynı kişi tarafından birden çok suçun işlenmesi halinde, işlenen suç sayısınca cezadan sorumlu olma şeklindeki temel ceza hukuku prensibinin bir diğer istinasıdır.<sup>334</sup> Zincirleme suçta, fikri içtimadan farklı olarak, hem birden çok fiil bulunmaktadır, hem de birden fazla sayıda işlenen suç tipi aynıdır ve birden fazla sayıdaki aynı suçun kanun nezdinde tek suç sayılmasını sağlayan, failin, suç işleme kararında birliği gibi subjektif bir unsurdur.<sup>335</sup> Ceza kanununun 43. maddesi, zincirleme suçu, “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi” veya “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi” olarak düzenlemiştir.

Genel affın zincirleme suç üzerindeki etkisi, zincirleme suçun hukuki niteliği hakkındaki görüşe göre çözümlenebilecek bir konudur. Zira zincirleme suçun, gerçek ya da farazi bir birlik olduğu<sup>336</sup>; bunun cevabına bağlı olarak da kendisini oluşturan suçlara bölünüp bölünemeyeceği konusu tartışmalıdır.<sup>337</sup> Ayrıca ilk soru için bir

---

<sup>333</sup> **KEYMAN**: s.109 ve 110.

<sup>334</sup> **YALÇIN SANCAR**: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’”, TBB Dergisi 2007, S.70, s.246.

<sup>335</sup> **YALÇIN SANCAR**: Müteselsil Suç, s.35 ve 36.

<sup>336</sup> Zincirleme suçun gerçek bir birlik olduğunu ve bu nedenle ortada tek bir suç bulunduğunu savunan görüş, “suçun tekliği görüşü” ve bunun varsayımsal bir birlikten ibaret olduğunu savunan farazilik görüşü, “suçun çokluğu görüşü” şeklinde de adlandırmaktadır. Bkz. **DEMİRBAŞ**: Genel Hükümler, s.490 ve 491.

<sup>337</sup> Zincirleme suçun hukuki niteliği üzerine yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **YALÇIN SANCAR**: Müteselsil Suç, s.53-60.

görüşü kabul edenlerin hepsinin ikinci soruya aynı yanıtı vermemeleri şeklindeki uyumsuzluk nedeniyle, suçların bölünüp bölünemeyeceğini, genel affın bu kuruma etkisinin incelenmesi bakımından, gerçeklik ve farazilik görüşlerinden bağımsız olarak değerlendirenler de mevcuttur.<sup>338</sup> İstisnalar bulunmakla birlikte, esasen, genel affın zincirleme suç üzerindeki etkisi için, hem bunun farazi ya da gerçek bir birlik olup olmadığı, hem de zincirleme suçun kendisini oluşturan her bir suça bölünüp bölünemeyeceği önem taşımaktadır. Bu sorulara verilen cevaplar, teselsül henüz tamamlanmadan genel af çıktığında, önceki suçların genel afftan yararlanıp yararlanamayacağı veya özellikle ceza miktarı ölçütü ile sınırlandırılmış bir genel affın kapsamının, zincirleme suç ile hükmedilen tek cezaya mı yoksa her bir suçun cezasına göre mi belirleneceği sorunları için belirleyici olmaktadır.

Zincirleme suçu oluşturan suçların bağımsızlıklarını koruduğu fikrine dayanan farazilik ve buna bağlı olan bölünebilirlik görüşü, kanunda istisna bulunmadıkça, her bir suçun ayrıca nazara alınması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>339</sup> Kanunen açıkça belirlenen istisnalar ise, TCK ve CMK bakımından, ceza (m.43), zamanaşımının başlangıcı (m.66/6) ve yetkili mahkeme (CMK m.12) hususlarıdır. Daha açık bir anlatımla, zincirleme suçu oluşturan her bir suç, gerçekte bağımsızdır; ancak belirtilen üç hal bakımından bunlar, kanun önünde tek suç sayılmaktadırlar. Bu görüş taraftarları, gerçek birlik ve bölünmezlik görüşünü tenkit amacıyla, “Eğer isteseydi kanunkoyucu bu üç halle sınırlı olarak değil; her bakımdan, birden fazla

---

<sup>338</sup> Nitekim farazilik görüşünü kabul edenler arasında zincirleme suçun bölünmezliği görüşünü savunanlar olduğu gibi; gerçek birlik görüşündekilerin bir kısmı da, kanunla düzenlenen istisnalar dışında, zincirleme suçun bölünebileceğini belirtmişlerdir. Bu konuda bkz. **KUNTER**: “*Müteselsil Suç*”: s.896 ve 897.

<sup>339</sup> **KEYMAN**: s.110-113. ; **YALÇIN SANCAR**: *Müteselsil Suç*, s.60.; **SÖZÜER**: s.248 ve 249.; **DEMİRBAŞ**: s.491.

sayıdaki bu suçları tek suç kabul edebilirdi” düşüncesini ileri sürmektedirler.<sup>340</sup> Sayılan durumlar dışında suçların bağımsızlıklarını koruduğu belirtildiği için, bu görüş, genel af bakımından da zincirleme suçun bölünebildiğini; yani teselsül devam etmekte iken çıkan genel affın, kendinden önceki fiilleri kapsayacağını kabul etmektedir.<sup>341</sup> Ancak bir veya daha fazla suç genel afla ortadan kalksa bile bundan, diğer suçlar etkilenmez.<sup>342</sup> Yani genel af sonrasına tekabül eden suçların, şartları varsa, ayrıca zincirleme suç teşkil edebilecekleri açıktır. Bizim de katıldığımız bu görüşün bir diğer sonucu da, ceza ya da suçun maddi konusunun miktarı esas alınarak sınırlandırılan genel aflarda, zincirleme suç oluşturana her bir suçun cezasının ya da maddi konusunun ayrı ayrı mı hesaplanacağı; yoksa hükmedilen (ya da soyut olarak kanunda öngörülen) tek cezanın veya maddi konunun toplamının mı hesaba kullanılacağına ilişkindir. Bu sorun geçmişte 5677 sayılı Af Kanunu ile gündeme gelmiştir. Anılan kanunun 2. maddesinin b bendine göre genel affın kapsamına miktarı beş yüz liradan az olan rüşvet, irtikap, zimmet ve ihtilas suçları alınmıştır; daha fazla miktara ilişkin olanlar ise hariç tutulmuştur. Sorun, örneğin suçların toplamı hesaba katıldığında rakam beş yüz lirayı aşmakla birlikte, her birinin maddi konusunun beş yüz liradan az olduğu, zimmet suçunu zincirleme suç olacak şekilde işleyen kimsenin genel afftan yararlanıp yararlanamayacağı idi. Buna verilen yanıt olumlu olmuştur.<sup>343</sup> Bizce de bu kabul tutarlıdır.

Zincirleme suç oluşturana her bir suçun artık bağımsız varlıklarını yitirdiği ve ayrı birer suç olan ilk hallerine bölünemeyeceği görüşü tercih edildiğinde ise, doğal olarak, genel affın, tamamlanmamış zincirleme suçlara tesir edemeyeceği de kabul

---

<sup>340</sup> KEYMAN: s.112.

<sup>341</sup> KEYMAN: s.112.; SÖZÜER: s.248.; YALÇIN SANCAR: Mütelsel Suç, s.134.

<sup>342</sup> YALÇIN SANCAR: “Zincirleme”, s.249.; KEYMAN: s.113.

<sup>343</sup> ERMAN Sair: “5677 sayılı Af Kanunu – 5inci maddesinin Hususi Af Mahiyeti”, İBD, C.XXV, S.7, s.435-440.

edilmektedir. Bir başka ifadeyle, genel affın önceki ihlaller de suç olma vasıflarını korumaktadır. Türk öğretisinde bu görüşün en önemli temsilcilerinden olan *KUNTER*'e göre, kanunun yalnız üç yerinde birden fazla suçun tek suç gibi sayılacağını belirtmesi, zincirleme suç oluşturulan suçların bağımsız olarak varlıklarını koruduğu şeklinde yorumlanamaz; zira bu konunkoyucunun sınırlama iradesini değil, olsa olsa kanunun eksikliğini ifade eder. Dolayısıyla yalnız ceza, zamanaşımı ve yetkili mahkeme bakımından değil; yaş meselesi, şikayet, suçların bir kısmının ülke dışında işlenmesi ve konumuz olan genel affın ceza miktarı ile kapsamını belirlemesi gibi diğer hallerde de bütünlük ilkesi uygulanmalıdır.<sup>344</sup> Bu görüş, yukarıda 5677 sayılı Kanun hakkında verilen örneğe uyarlandığında, ancak zincirleme suç oluşturulan suçların tümünün maddi konusunun toplamı belirlenen limiti aşmadığı zaman, failin genel affın yararlanacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz genel af kanunları, bu konuya ilişkin özel düzenlemeler ile kendi kapsamı bakımından bu tartışmaya mahal vermeme imkanına sahiptirler.

## 7. Kesintisiz Suç ve Genel Af

Temadi devam etmekte iken yürürlüğe giren genel affın, kesintisiz (mütemadi) suçun oluşumu üzerindeki etkisi, tartışmalı bir meseledir. Bir görüş, kesintisiz suçun, ancak belli bir sürenin geçmesiyle tamamlanacağını savunmakta; bunun devamında da, temadi sırasında çıkan bir genel affın tamamlanmamış haldeki kesintisiz suç bakımından uygulanmayacağını belirlemektedir. Diğer görüşe göre ise

---

<sup>344</sup> *KUNTER*: “Müteselsil Suç”, s.897-901.

kesintisiz suç, her bir anında tamamlanmış olmakla birlikte, halihazırda işlenmeye devam edilen suçtur.<sup>345</sup>

Esasen genel af, geçmişe dönük olarak fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırdığından, kesintisiz suç söz konusu olduğunda da, genel affin, kendinden önce mevcut olan temadiyi ortadan kaldıracağına kabulü ve fiil, genel aftan sonra da devam etmekte ise, genel affin öncesindeki kısmın, kesintisiz suçun oluşumu bakımından dikkate alınmaması gerekmektedir.<sup>346</sup>

## 8. Yargılama Giderlerine Etkisi

Yargılama giderlerinin, genel aftan sonra devlet tarafından istemeyeceğine dair genel hüküm TCK m.74/3'te düzenlenmiştir. Ancak halihazırda bu masrafları ödemiş bulunan hükümlülerin genel af kapsamına girmeleri halinde ne olacağı açık değildir. Öğretide, devlet tarafından tahsil edilmiş muhakeme masraflarının affolunan kişilerce geri istenemeyeceği belirtilmektedir.<sup>347</sup> Buna karşın, özellikle eski dönemlerde, genel aftan önce tahsil edilmiş yargılama giderlerinin genel aftan sonra iade edilmesi gerektiğini savunanlar da olmuştur.<sup>348</sup> Kuşkusuz daha önce ödenmiş yargılama giderlerinin akıbetine ilişkin, her bir genel af kanununun, kendi kuralını özel olarak belirlemesi mümkündür.

---

<sup>345</sup> Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi ve İtalyan ve Fransız mahkeme kararlarındaki yansımaları için bkz. **KATOĞLU**: s.284 ve 285.

<sup>346</sup> Aynı yönde bkz. **KEYMAN**: s.107.

<sup>347</sup> **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.237.; **ÖZEK**: s.154.; **TANER Tahir**: s.666.

<sup>348</sup> Bu görüşler hakkında bkz. **MERAY**: s.25 (4 No.lu dipnot)

## C. Özel Hukukta

### 1. Kişisel hakkın varlığını koruması

Ceza hukuku bakımından suç teşkil eden bir fiil, aynı zamanda özel hukukta haksız fiil olarak nitelendiğinde<sup>349</sup> hukuk dünyasına, biri cezai, diğeri özel hukuku ilgilendiren iki mesele doğmaktadır. Genel affin cezai sürecin üzerini örtüp, bunun cezai sonuçlarını ortadan kaldırmasına daha önce değinilmiştir. Bu başlık altında incelenecek olan ise, haksız fiilin ve buna bağlı zararın tazmini taleplerinin<sup>350</sup>, genel afftan nasıl etkileneceğidir.

Genel af ile fiilin suç olma vasfının ortadan kalkması, onun -fiil olarak da- varlığını kaybetmesi anlamına gelmemektedir. Esasen fiilin, genel affa uğramakla, maddi hayatta hiç yaşanmamış hale gelmediğini savunmaya mantıken gerek de yoktur. Mesele, fiilin bir yönüyle suç, diğeri yönüyle de haksız fiil<sup>351</sup> olması ve genel affa uğrayarak suç vasfını yitirmesi halinde, özel hukukta haksız fiil teşkil etmeye devam edip edemeyeceğidir. Ceza hukukunun inceleme alanına giren suç, kanunkoyucunun değerlendirmesine göre devletin amaçları ile çatışan ve müeyyide olarak cezayı gerektiren insan davranışdır.<sup>352</sup> Tartışmasız kabul gördüğü üzere, genel af ile fiilin ceza hukukuna aykırı olan yönü bertaraf edilmekte ise de; eğer mevcutsa, özel hukukta sorumluluğa yol açan özelliği bakidir. Örneğin hırsızlık

<sup>349</sup> Ancak unutulmamalıdır ki; -her ikisi de hukuka aykırı olmakla birlikte- *her suç haksız fiil olmadığı gibi, her haksız fiil de suç değildir.*

<sup>350</sup> Aslında suç teşkil eden bir fiilin özel hukuktaki yansıması, yalnızca *haksız fiil* ve bunun da yaptırımını yalnızca *tazminat* değildir. Örneğin eski ceza kanunu döneminde suç teşkil eden zina, aile hukuku bakımından bir boşanma sebebidir. Bundan başka varisin murise karşı suç işlemesi, miras hukuku bakımından tazminatı değil; mirastan mahrum kalmayı gerektirir. Ancak çalışmamızda bundan sonra, ceza hukukunda suça vücut veren bir fiilin, özel hukukta bürünebileceği bütün kavramlar ve bunların tüm sonuçları sayılmayacak, genellikle *haksız fiil*, *tazminat* veya *şahsi hak talebi* ifadeleri kullanılacaktır.

<sup>351</sup> Suç olmasından tamamen bağımsız olarak, haksız fiil olma yönü, onun kurucu unsurları olan davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılığın varlığına bağlıdır. Bkz. **EREN Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s.468 vd.

<sup>352</sup> **TOROSLU Nevzat**: Genel Kısım, s.96.

suçunun genel affa uğraması varsayımında, zilyedin faile karşı sebepsiz zenginleşme veya haksız fiilden dolayı şahsi hakkını talep etmesi, genel affa rağmen mümkündür.<sup>353</sup> Nitekim Ceza Kanunu, m.74/3'te yer alan hükmü ile bu kuralı açıkça öngörmüştür. Zaten özel hukukta, hak sahibinin feragat iradesi dışında tazminat talebinin sona ermesini sağlayan bir yol da bulunmamaktadır.<sup>354</sup> Ancak Yargıtay, geçmişte, genel affi öngören kanunda veya özel ceza kanunlarında bu kurala istisna tanınmasının mümkün olduğuna hükmetmiştir. 1936 tarihinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu olan olayda, ormandan ruhsatsız ağaç kesme suçundan dolayı açılan kamu davası genel af nedeniyle düşmüş; fakat idare tarafından zararın tazmini amacıyla açılan hukuk davasının akıbeti tereddüt yaratmıştır.<sup>355</sup> Çünkü Ceza Kanununda (yürürlükteki 5237 sayılı TCK'da olduğu gibi) kamu davasının düşmesinin, şahsi hakları etkilemeyeceği belirtilmişken; dönemin Orman Nizamnamesinde, düşen kamu davası ile şahsi hakka ilişkin davanın da düşeceği öngörülmüş idi. Bu durumda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, özel hükmün önceliği gereği idarenin tazminat talebinin hukuk mahkemesi önünde de görülmesinin mümkün olmayacağına hükmetmiştir.

Yürürlükte olması nedeniyle Yargıtay'ın somut olaya uygulamak durumunda kaldığı bu nizamname, başta hak arama hürriyetini ağır biçimde zedelemektedir. Zira kamu menfaati gerekçesiyle ceza davasının düşmesi mümkünken; hiçbir kişi veya organ, zarar vereni, şahsi hak talebinden vazgeçmeye zorlayamaz. Bir diğer deyişle, zarara uğrayan kişi, tazminat talep etmeyebilir veya önceden ileri sürmüş olduğu talebinden vazgeçebilir; ancak bu yalnızca onun iradesine bağlıdır. Zararının kaynağı

<sup>353</sup> SOYASLAN: "Af", s.419 ve 420.

<sup>354</sup> Bkz. KILIÇOĞLU Ahmet: "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHFD 1973, C.29, S.3, s.193.

<sup>355</sup> Bkz. YİBGK 13.11.1936 tarih E.1936/24 K.1936/34 künyeli karar. Kararın metni için bkz. 06.02.1937 tarih ve 3527 sayılı RG

bir suç ise ve bu suç genel af ile ortadan kalkmış olsa bile, kişinin, özel hukuk kurallarınca belirlenen koşullar altında, örneğin zamanaşımı süresi içerisinde, uğramış olduğu zararın tazminini talep etmesine engel olunamaz. Buna aykırı bir düzenlemenin kanunla yapılması halinde Anayasada koruma altına alınan hak arama hürriyeti ve hukuk devleti ilkesi ihlal edilmiş olur. Kanunla dahi yapılamayacağı görüşünü taşıdığımız bir düzenlemenin tüzük (nizamname) ile yapılması ise evleviyetle mümkün olmamalıdır. Kaldı ki, normlar hiyerarşisi bakımından tüzükten daha üstün olan kanun (ceza kanunu), gerek o tarihte, gerekse günümüzde, genel affin şahsi hakkı ortadan kaldıramayacağı yönündeki genel kuralı açıkça hükme bağlamıştır.

## **2. Görevli mahkeme**

Mağdur veya suçtan zarar görenlerin şahsi haklarının, genel af ile ortadan kalkamayacağının tespitinden sonra, bu taleplerin nasıl ileri sürüleceği meselesinin aydınlığa kavuşması gerekmektedir. 1 Haziran 2005 öncesi dönemde tereddüt yaratan husus, görülmekte olan bir dava sırasında genel af çıkması halinde ceza mahkemesinin, tazminat gibi kişisel hak taleplerini sonuca bağlama amacıyla sınırlı olarak yargılamaya devam etmesi ya da ceza davasını o anda düşürerek işten tümüyle el çekmesi yollarından hangisinin seçilmesi gerektiği idi. Zira o dönemde, biri kamu davası ve diğeri şahsi dava olmak üzere iki tür dava açılabilmekte; şahsi dava açıldığında veya kamu davasına katılma söz konusu olduğunda, talep üzerine, hakim veya mahkeme, mahkumiyetle birlikte<sup>356</sup> tazminata da hükmedebilmekteydi.

---

<sup>356</sup> Eski CMUK m.358'te ancak mahkumiyet halinde ceza mahkemesi tarafından tazminata hükmedilebileceği öngörülmüştü. Beraat halinde ise tazminata ilişkin herhangi bir hüküm verilmemesi gerektiği; çünkü ceza davasının beraat ile sonuçlanmasının tazminat talebinin de reddi anlamına gelmeyeceği kabul edilmekteydi. Nitekim (halen yürürlükte olan BK m.53'te öngörülen) bağımsızlık prensibi gereği hukuk hakimi, şahsi hak iddiasını incelerken ceza davasındaki beraat

Buradan hareketle, ceza davası genel af gibi bir nedenle düştüğünde de, ceza mahkemesinin, salt şahsi hak talebini sonuçlandırmak için yargılamaya devam edebileceği akla gelmekteydi. Ancak Yargıtay'ın 1938 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ve daha sonraki pek çok somut olayda uyguladığı aynı yöndeki yerleşik içtihadı, davaya bakan ceza mahkemesinin, kamu davasının genel af nedeniyle düşmesinin ardından, şahsi hak taleplerini incelemekle sınırlı dahi olsa yargılamaya devam edemeyeceği; bu taleplerin ancak hukuk mahkemesi önünde açılacak yeni bir dava ile ileri sürülebileceği yönündedir.<sup>357</sup> Günümüzde ise 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte, artık şahsi dava yolu kapanmış; buna karşın tüm suç türleri bakımından geçerli olacak şekilde kamu davasına katılmanın kapsamı genişletilmiştir. Ancak kamu davasında katılanın, sanığın cezalandırılması talebinin yanında kişisel bir hakkını ileri sürmesi engellenmiştir. Zira yeni kanunda mağdur veya suçtan zarar görenlerin<sup>358</sup> kamu davasına katılabilecekleri öngörülmekteyse de; bu kimselerin şahsi haklarını, katıldıkları ceza davasına ileri sürmeleri ve tazminata kavuşmalarını sağlayan bir

---

kararı ile bağlı değildir. Şayet ceza mahkemesindeki beraat kararı ile tazminat talebi de reddedilirse, bağımsızlık prensibinin bir anlamı kalmamaktadır. Bkz. **KILIÇOĞLU**: s.189.

<sup>357</sup> Bkz. YİBGK E.1938/5 K.1938/24 T.09.11.1938 künyeli karar. Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, ceza mahkemesinin verdiği mahkumiyet kararının temyiz incelemesi sırasında genel affin çıkması durumunda, tazminat talebini karara bağlamak üzere Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinin görevli olduğuna hükmetmiştir. Bkz. YHGK E.4-13 K.64 T.04.07.1962 künyeli karar (Bkz. **KILIÇOĞLU**: s.191.)

<sup>358</sup> Aslında CMK'da kamu davasına katılabilecek olanlar, *mağdur ve suçtan zarar gören* ile sınırlı tutulmamıştır. Kanunda aynı zamanda *malen sorumlu olanlar* da kamu davasına katılabilmektedirler (CMK m.237/1). Ancak malen sorumlu olanın çıkarları, esasında sanığın çıkarlarıyla aynıdır. Suç fiilinin neden olduğu zarardan malen sorumlu olan kişi sanığın mahkumiyetini değil; olsa olsa beraatini talep edebilir. Malen sorumlu olan kişi, sanıkla aralarındaki hukuki ilişki gereği, sanık tarafından işlenen fiilin özel hukuk bakımından yarattığı zararı tazminle sorumludur ve bu sorumluluk gereği sanığın beraat etmesi, hukuk mahkemesinde açılacak olası bir tazminat davası bakımından bağlayıcı olmasa bile yol gösterici olabilir. Bu nedenle, malen sorumlu olanların da kamu davasına katılabileceklerini öngören düzenleme anlamsızdır. Aynı yönde görüş içi bkz. **FEYZİOĞLU Metin**: “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, TBB Dergisi 2006, S.62, s.38.; **ÜNLÜTEPE Canan**: Kamu Davasına Katılma, Yüksek Lisans Tezi(Danışman: Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU), İstanbul 2008, s.33. Erişim adresi: <http://www.belgeler.com/blg/1cp9/kamu-davasina-katilma-participation-to-public-law-suit> (Erişim tarihi:22.01.2012)

hüküm yer almamaktadır. Yalnızca, mağdur ile şikayetçinin ceza muhakemesi evrelerindeki haklarını öngören CMK m.234'ün, CMK Tasarısındaki karşılığı olan 246. maddenin gerekçesi arasında, bu kimselere kovuşturma evresinde davaya katılmaları şartıyla kişisel haklarını isteyebilme hakkının tanındığı belirtilmiş<sup>359</sup>; ancak kanunun herhangi bir yerinde bunun hayata geçmesini sağlayan bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda pozitif hukukumuzla göre, ceza davası sırasında, katılan sıfatını da alsa, mağdur veya şikayetçi şahsi hak taleplerini ileri süremeyecek; hakim veya mahkeme de kendiliğinden veya talep üzerine tazminata hükmedemeyecektir.<sup>360</sup> Aynı zamanda 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun Geçici 1. maddesinde “*Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce ceza mahkemelerinde açılmış bulunan davalardaki şahsi hak talepleri, görevsizlik kararı verilmeyerek bu mahkemelerce sonuçlandırılır*” şeklinde açık bir ifade bulunduğuna göre, artık ceza davalarında şahsi hakların ileri sürüleceği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, kişisel haklar yalnızca hukuk mahkemeleri önünde açılacak davalar ile talep edilebilecektir. Bizim konumuz açısından bakıldığında da, muhakeme sürecinde genel af çıkması halinde davaların ayrılıp ayrılmayacağına ilişkin tereddüt geçmişte kalmıştır.

### **3. Zamanaşımı**

Genel aftan sonra suçun ortadan kalkması, ama işlenen fiilin haksız fiil niteliğini koruması halinde kişisel hakkını talep edilebileceği ve bu talebi incelemekle görevli mahkemenin neresi olduğu üzerinde yukarıda durulmuştur. Burada incelenecek olan ise, bu talebin hangi süre içerisinde ileri sürülebileceğidir.

<sup>359</sup> Bkz. CMK Tasarısı madde gerekçeleri, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>(Erişim tarihi: 21.01.2012)

<sup>360</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **KAFES Veli**: “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*”, AÜHFD 2011, S.60/1, s.128 ve 129.

Tabi olunan zamanaşımı süresi bakımından üzerinde durulması gereken iki sorun doğmaktadır. Bunlardan ilki, haksız fiile ilişkin zamanaşımının mı yoksa suça ilişkin dava zamanaşımının mı uygulanması gerektiği sorunudur. Her şeyden önce belirtilmelidir ki, borçlar hukukunda haksız fiil için özel yasanın başka bir zamanaşımı süresi tayin etmemesi halinde, Borçlar Kanunu m.60'ın öngördüğü zamanaşımı süreleri uygulanır. Anılan maddenin birinci fıkrası, fiil ve failin öğrenildiği tarihten itibaren bir ve her halükarda haksız fiilin işlendiği tarihten başlayan on yıllık zamanaşımı süreleri tayin etmiş; ikinci fıkrası ise tazminat isteminin bir suç fiiline dayanması ve ceza yasasının o suç için daha uzun dava zamanaşımı süresi öngörmesi halinde, tazminat talebinin de ceza yasasında öngörülen zamanaşımına tabi olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>361</sup> Ceza hukukunda belirlenen dava zamanaşımı süreleri, her suç tipi için değişmekle beraber, haksız fiil için özel hukuk normlarında belirlenmiş olan zamanaşımı sürelerinden genellikle daha uzundur. Dolayısıyla uygulamada, gerek eski dönemde ceza mahkemesinin hem suça hem de tazminat taleplerine ilişkin iddiaları incelemesinde; gerekse günümüzde olduğu gibi, bu meselelerin ayrı mahkemeler huzurunda görülmesi halinde, çoğunlukla ceza davası zamanaşımı süreleri esas alınmaktadır. Ancak genel af nedeniyle ceza davası düştüğünde, tazminat talebinin tabi olması gereken zamanaşımı süresinin ne olduğu hakkında farklı kararlar verildikten sonra istikrara ihtiyaç duyulmuş ve bu husus, 1955 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu olmuştur. Karara göre, genel af ile ceza davası düştüğünden artık ceza davası zamanaşımının değil; BK m.60'ta veya özel yasalarda öngörülen hukuk

---

<sup>361</sup> 04.02.2011 tarihli 27836 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan ve 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu m.72'de aynı hüküm varlığını korumakla birlikte; zamanaşımı için **iki** ve on yıllık süreler belirlenmiştir.

zamanaşımının uygulanması gerekmektedir.<sup>362</sup> Anılan kararın ardından bu yorum yerleşmiş ve uygulamada yeknesaklık sağlanmıştır.<sup>363</sup>

Zamanaşımı bakımından doğan bir diğer sorun ise, hukuk davası açılması için belirlenen hukuk zamanaşımı süresinin fiilin işlendiği tarihten itibaren mi; genel af kanununun yürürlüğe girmesiyle mi; yoksa ceza davasının düşmesiyle<sup>364</sup> mi başlayacağıdır.

Zamanaşımının fiilin işlendiği tarihten itibaren başlatılması, hak arama özgürlüğünü ihlal etmektedir. Ceza muhakemesi sürerken mağdur veya suçtan zarar görenlerin şahsi hak talepleri için hukuk mahkemesinde ayrıca dava açmamış olmaları ve bu sırada yürürlüğe giren bir genel af kanunu ile kamu davası düştüğünde hukuk zamanaşımının da halihazırda dolmuş olması oldukça muhtemeldir. Şayet zamanaşımı süresi fiil tarihinden itibaren işletilirse artık hukuk davasının açılması mümkün olmaz; ki bu durum hukuki öngörülebilirlik ilkesi ve Anayasanın 36. maddesinde teminat altına alınan hak arama özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır.<sup>365</sup>

Bu durumda tartışmaya değer olarak geriye, genel af kanununun yürürlüğe girmesi ve kamu davasının düşmesi<sup>366</sup> ihtimalleri kalmaktadır. İyi analiz edildiğinde esasen iki görüşün birbiriyle çelişmediği, aksine birbirini tamamladığı ortaya çıkmaktadır. Bu analiz için öncelikle, genel af kanunu yürürlüğe girdiğinde kamu

---

<sup>362</sup> Bkz. YİBHKG E. 1955/17 K. 1955/ 26 T.07.12.1955 künyeli karar(bkz. **KILIÇOĞLU**: s.210.)

<sup>363</sup> Bkz. YHGK E.1979/4-231 K.1981/744 T.18.11.1981 künyeli karar. Yalnızca genel af değil; örneğin beraat kararı ile ceza davasının ortadan kalkması da, ceza hukukundaki zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını engeller. Bkz. **KILIÇOĞLU**: s.218 ve 219.

<sup>364</sup> Ceza davasının düşmesi ile kastedilen düşme kararının verildiği değil; bu kararın kesinleştiği gündür.

<sup>365</sup> Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Bkz. YHGK E.1979/4-231 K.1981/744 T.18.11.1981 künyeli karar(bkz. EREN: s.766.); 11 HD E.1980/1509 K.1980/1582 T.27.03.1980 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>366</sup> Zamanaşımının af kanunun yürürlüğe girmesi ile başlayacağı görüşü için bkz. HGK E.1955/4-40 K.1955/37 T.11.05.1955 künyeli karar(Bkz. **KILIÇOĞLU**: s.220.); 4 HD E.1953/3207 K.1953/3839 T.29.09.1953 (Bkz. **KILIÇOĞLU**: s.219.)

davasının açılmış olup olmamasına dayanan ikili bir ayırım yapılmalıdır. Genel af kanunu, henüz açılmamış bir ceza davasının açılmasını engellemişse hukuk zamanaşımı süresi af kanunu ile başlamalı; şayet görülmekte olan bir ceza davasının düşmesine neden olduysa, düşme kararı esas alınmalıdır.<sup>367</sup> *KEYMAN*, bir adım daha atarak, genel affın yürürlüğe girdiği tarihin ceza davasından sonra olma ihtimalini de ikiye ayırmaktadır. Buradaki ölçütü ise kamu davasına katılmanın gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Mağdur veya suçtan zarar gören kişi, ceza davasına katılmışsa ve genel af kanunu bundan sonra yürürlüğe girmişse zamanaşımı için artık kamu davasının düşme tarihi esas alınır. Ancak sayılan kimseler davaya katılmamışlarsa, yine genel af kanununun yürürlüğe girdiği tarih, zamanaşımı için başlangıç günü olmalıdır.<sup>368</sup> Kanaatimizce bu çözüm yerindedir. Böylece, ceza davasına katılma (günümüzde şahsi hak talebi ileri sürülemez dahi) hukuk zamanaşımı bakımından bir kesme nedeni, davanın düşmesi kararı ise bir diğer kesme nedeni olarak kabul edilmiştir. Ayrıca bu yolla, davaya katılmış ve aynı zamanda şahsi hak sahibi olan mağdur veya suçtan zarar görenler için, çıkması muhtemel her genel af kanununun takibi zorunlu tutulmamış olur. Zira katılan, kamu davasının düşmesinden her halükarda haberdar olacağından, düşme ile zamanaşımının başlatılması, hak arama özgürlüğü lehine bir yorum olmaktadır. Ancak davaya katılmamış olan kişisel hak sahibi tarafından ceza davası hakkında düşme kararı verilip verilmediğinin bilinmesi, onun genel af kanununun çıktığından haberdar olması kadar güç olabilir. Bu durumda o hak sahibi için, genel af kanununun yürürlüğe girdiği tarihin esas alınmasında bir mahsur yoktur.

---

<sup>367</sup> **EREN:** s.799 ve 800.; **KILIÇOĞLU:** s.220.; Aynı yöndeki bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. YHGK E.1979/4-231 K.1981/744 T.18.11.1981 künyeli karar (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>368</sup> **KEYMAN:** s.130.

#### D. İdare Hukukunda

Ceza hukukunun, kendisine suç olma özelliği yüklediği bir fiil, özel hukukta haksız fiil olabileceği gibi; ayrıca idare hukukunda disiplin yaptırımı gerektiren bir disiplin suçu ya da idari bir başka yaptırımı gerektiren kamu düzenine aykırı bir fiil de olabilir.

Öğretide *GÜNDAY*, idare hukukunda idari cezaları, disiplin cezaları ve diğer idari cezalar olmak üzere ikiye ayırmakta ve bir idari kuruluşun kendi mensuplarına uyguladığı yaptırımlara disiplin cezası adı verirken, idarenin kendi kurum veya meslek düzeni dışındaki aykırılıklar için uyguladığı yaptırımları da diğer idari cezalar adı altında toplamaktadır. Her iki türdeki idari cezaların da bir kısmı, ceza hukuku bağlamındaki ceza mahkumiyetinin sonucu olarak zorunlu veya takdiren; diğer kısmı ise ceza mahkumiyetinden bağımsız olarak ve hatta suç teşkil etmeyen fiiller için uygulanabilmektedir. Ceza hukuku bağlamında öngörülen suçlar, kamusal bir menfaat olan toplum düzeninin korunması ve sağlanmasına yöneliktir; oysa idari cezalar idari düzenin, yani kamu düzeninin korunmasını temin ederler. Özellikle disiplin suç ve cezaları, yalnız ilgili meslek örgütü veya diğer kurumların kendi içindeki düzenin koruyucusu olmak üzere öngörülmektedir.<sup>369</sup>

Bu zamana kadar yapılan açıklamaların tümü, genel affın, fiilin ceza hukuku düzenince suç olması özelliğini bertaraf ettiğini; ancak suç olmaktan çıkan bu fiilin, başka hukuk dallarında yaptırımla karşılanabilecek bir fiil olarak varlığını koruduğu kabulüne bağlı kalmıştır. Bu doğrultuda, nasıl fiilin özel hukukta tazminata yol açma özelliği genel affa rağmen ortadan kalkmıyorsa burada da, açık hüküm ile önü

---

<sup>369</sup> *GÜNDAY*: s.214 ve 215.

kapatılmadıkça, idare hukukuna ilişkin belirtilen sonuçlara neden olma özelliği de varlığını korumalıdır.

Mesele, öncelikle disiplin cezaları; ardından da özellikle son dönemlerde gelişen suç olmaktan çıkarma eğilimi ile daha da önem kazanan kabahatler ve onların karşılığındaki idari yaptırımlar ekseninde incelenecektir.

Disiplin cezalarının söz konusu olduğu her ilişki, hiyerarşik bir düzene dayalıdır. Ancak bunların bir kısmı, taraflardan birinin devlet olduğu kamusal ilişkilerden doğarken; diğer kısmı ise meslek örgütü, üniversite, dernek gibi kuruluşlar içindeki ilişkilerin ürünüdür. Disiplin cezalarının koruduğu menfaatin tümüyle farklı olması nedeniyle, bunların kanun koyucu tarafından genel af ile ortadan kaldırılmasını tamamen reddeden görüş<sup>370</sup>, bu sonuca yukarıdakine benzer herhangi bir ayırım yapmaksızın varmaktadır. Buna kıyasla daha az katı olan diğer bir görüş, organik ölçüte dayalı bir sınıflandırma yapmaktadır ve disiplin suç ve cezalarını affeden işlemin devlet tarafından yapılmasının, disiplin yaptırımının söz konusu olabileceği hiyerarşik bir ilişkide devletin *amir* sıfatına sahip olması halinde mümkün olacağını belirtir.<sup>371</sup> Buna aykırı olarak, devlet dışında kalan organlarca verilmiş bir disiplin cezası ya da disiplin kovuşturması devlet tarafından affedilmişse, devletin ilgili organlara (örneğin barolar, üniversiteler, özel dernek veya kulüpler) verdiği zararın tazmini dahi gündeme gelmelidir.<sup>372</sup> Bizzat devlet tarafından verilen bu cezaların genel af ile ortadan kalkması da, eski halin tam anlamıyla iadesi anlamına gelmemektedir. Örneğin disiplin cezası genel af nedeniyle ortadan kalkan

---

<sup>370</sup> **GAND Maurice:** “*Umumi Af ve Disiplin Cezaları*” (Çev.: Hakkı DEMİREL), AÜHFD 1954, C.XI, S.3-4, s.110-114.

<sup>371</sup> **DÖNMEZER – ERMAN:** C.III, s.221.

<sup>372</sup> **LEVASSEUR Georges:** *L’amnistie, son influence sur le droit disciplinaire*, Paris 1933, s.57. (DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.221’den naklen)

bir memur, eski görevine iade edilmeyecek; yalnızca memur olma hakkını yeniden kazanacaktır. İdarenin ise onu eski görevine veya herhangi başka bir göreve yerleştirme bakımından takdir yetkisi bulunmaktadır ve genel affın, idareyi bu yöndeki takdiri bakımından zorlaması düşünülemez.<sup>373</sup> Özetlenecek olursa, genel affın disiplin cezaları üzerindeki etkisi, bu cezaların uygulandığı kurumun kamusal veya özel nitelikte olup olmamasına göre değişmektedir.

Esasen disiplin cezasının uygulandığı organik yapı dışında bir de bu cezanın, ceza hukuku bağlamındaki ceza mahkumiyetine bağlı bir sonuç olarak ortaya çıkıp çıkmadığı da incelenmelidir. Gerçekten başta da belirtildiği gibi, bazı disiplin cezaları, sırf failin belli bir suçtan dolayı cezaya mahkum olması dolayısıyla uygulanır ve hatta kimilerinde bunu uygulayan organa takdir hakkı dahi tanınmaz. Bu tür disiplin cezalarının, özünde, ceza mahkumiyetine bağlı birer fer'i ceza olduğu belirtilmiştir.<sup>374</sup> Bu disiplin cezalarının genel affla birlikte ortadan kalkmaları, açıkça düzenleme konusu yapılmassa bile, zaten doğal bir sonuç olarak kabul edilmelidir. Bunlar dışında kalan diğer disiplin cezaları ise yetkili organlar tarafından, ceza mahkumiyetinden bağımsız olarak uygulanabilmektedirler. Mahkumiyetin cezai sonuçlarından olmayan ve bu ikinci grubu oluşturan disiplin cezalarının, -daha önce de belirtildiği gibi bunları uygulayan organ devlet olmadığı sürece- genel af yasasıyla ortadan kaldırılmaları mümkün olmamalıdır.<sup>375</sup> Genel af kanunu içerisinde hiçbir düzenleme yapılmayarak konu açıklığa kavuşturulmamışsa, açıklanan bu çözüm benimsenmelidir. Ancak genel af kanunu ile aksi öngörülmüşse de, yürürlükteki bir kanunun uygulanmaması söz konusu olamayacağından, yukarıda belirtilen ilgili

---

<sup>373</sup> LEVASSEUR: L'amnistie, s.89. (DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.222'den naklen)

<sup>374</sup> DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.222.

<sup>375</sup> GAND: s.111 ve 112.; DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.237.; KEYMAN: s.120.

kurum ve kuruluşların varsa zararlarını tazmin ettirmeleri yolundan başka bir çözüm de kalmamış olur.

Belirtelim ki, ülkemiz uygulamasında -isabetli olarak- disiplin cezalarının genel affin kapsamı dışında bırakılmasına rastlandığı gibi<sup>376</sup>; af kanunlarının disiplin cezalarını kaldıran hükümler öngörmesiyle de karşılaşmıştır. Örneğin 15.05.1974 tarih ve 1803 sayılı Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun m.14/C'de, bu kanun ile işledikleri suçların bütün sonuçlarıyla affedildiği avukatlar hakkında, mahkumiyetlerin sonucu olarak avukatlık mesleklerini icra edemeyeceklerine dair Avukatlık Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça öngörülmüştür. Aynı kanunun 2110 sayılı Kanun ile değişik 15. maddesine göre de, orta ve yüksek öğretim kurumları ile ilişkisi kesilen öğrencilerin (bunlar arasında disiplin cezaları sonucu ilişkileri kesilenler dahildir) belli süreler içerisinde başvurmaları halinde yeniden öğretime devam edebilecekleri hükme bağlanmıştır. Eleştirilen bu uygulamanın en güncel örneği ise, 13.02.2011 tarihli 6111 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen "Geçici Madde 58"dir. Bu maddede, disiplin cezaları dahil her ne sebeple olursa olsun<sup>377</sup> üniversitelerden ilişkileri kesilenlerin belli şartların yerinde getirilmesiyle yeniden kayıt yaptırabilecekleri öngörülmüştür.

---

<sup>376</sup> Örnek için bkz. 26.10.1933 kabul tarihli ve 2330 sayılı Af Kanunu m.12 (RG no.2540); 14.07.1950 kabul tarihli 5677 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun (RG no.7559) m.7/1. Ancak ikinci örnekteki 5677 sayılı Kanunun aynı maddesinin(m.7) ikinci fıkrası, meclis tarafından verilen avukatlık veya dava vekilliğinden çıkarma kararlarını kaldırmaktadır. Bu hükmün belirtilen prensiplere aykırı olduğu yönündeki eleştiri için bkz. **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.221 (58 no.lu dipnot). 03.08.1966 kabul tarihli 780 sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun m.16 ile emeklilik hakları disiplin yaptırımı olarak ellerinden alınan şahıslara bu hakları geri verilmekte; ancak bu istisna dışında, maddede sayılan diğer disiplin cezalarına genel affin etkisi olmadığı belirtilmektedir.

<sup>377</sup> Bu kapsamdan terör suçlarından mahkumiyet hali hariç tutulmuştur.

Kabahatler ve onları karşılayan idari yaptırımların ise, genel af kanunundaki özel bir hüküm veya ceza kanununda yer alacak genel bir düzenlemeyle, hüküm ve sonuç doğurmaları engellenebilir. Özel hukukta hak sahibi özel kişinin iradesine kanunkoyucu dahi etki edemezken; buradaki fark, bir kamu hukuku dalı olması sebebiyle, idare hukukunun öngördüğü yaptırımların affa yetkili iradeyle ortadan kaldırılabileceğidir. İdarenin kabahat karşılığında yaptırım uygulama yetkisi, özel hukuktaki şahsi hak kavramından ve örneğin bir dernek içerisinde disiplin cezası uygulamaya yetkili merciin sahip olduğu yetkiden farklıdır. Ayrıca disiplin cezalarına ilişkin olarak kullanılan organik ölçüt bakımından da burada ilişkinin bir tarafı yine devlettir. Ancak pozitif olarak mümkün görünen bu tasarrufun, kamu düzenini ihlal eden diğer fiiller ile suç arasındaki kapsam ve nitelik farkı nedeniyle yerinde olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira idari yaptırımla ile korunan kamu düzeni, suç ve cezalar ile korunan kamusal menfaatten daha geniştir. Bu sonuca, kamu düzenini ancak ağır biçimde ihlal ettiği kanunkoyucu tarafından kabul edilen fiillerin *suç* teşkil etmesinden dolayı varmak mümkündür. Suç, genel afa ortadan kaldırıldığında aynı fiilin kamu düzenine aykırı niteliğinin de ortadan kaldırılması, ancak genel afa ulaşılmak istenen amaç ile bağdaştığında mümkün olmalıdır. Kısacası, ayrıksı durumlar için özel düzenleme yapılabilir; ancak kural olarak, kabahatlerin genel afa ortadan kalkmaması ilkesi benimsenmelidir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu<sup>378</sup>, kabahatler ve idari yaptırımlar alanında genel kuralları belirleyen temel bir kanun olduğu için, konunun bu kanuna değinilmeden kapatılması mümkün değildir. Zira kanun, 15. maddesinin üçüncü fıkrası ile bir fiilin hem kabahat, hem de suç olarak tanımlanması halinde sadece

---

<sup>378</sup> 31.03.2005 tarih ve 25772 no.lu RG.

suçtan dolayı yaptırım uygulanacağını belirledikten sonra; ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayacağı durumlarda idari yaptırımın uygulanabileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Buradaki sorunlardan biri, idari yaptırımın uygulanamaması için suç nedeniyle soruşturma veya kovuşturmanın başlamasının şart olup olmadığıdır. Yani idari yaptırımı uygulayacak olan yetkili idari organ, ilgili fiilin aynı zamanda suç teşkil ettiği tespitinde bulunduktan sonra bunun hakkında artık idari yaptırım uygulayamayacak mıdır? Yoksa suç işlendiği iddiasının Cumhuriyet savcılığınca incelenmeye başlaması veya kamu davasının açılması üzerine mi idari yaptırımı uygulayamaz hale gelecektir? Yalnızca temas etmek istediğimiz bu mesele ve bunun gibi, Kabahatler Kanununun uygulamada yarattığı ve yaratmaya devam edeceği çok sayıda sorun, esasen çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Kabahatler ve af noktasına dönülecek olursa, kanunun genel kural olarak belirlediği “içtima” başlıklı maddesinde öngörülen (m.15/3-son cümle) suçtan dolayı yaptırımın uygulanamayacağı hallerden biri olarak, her iki türüyle birlikte, “af” karşımıza çıkmaktadır. Demek ki pozitif hukukumuza göre, suç nedeniyle uygulanamayan idari yaptırım, af nedeniyle ceza verilemediği durumda uygulanabilir hale gelecektir.

## **V. AKLANMA HAKKI KARŞISINDA GENEL AFFIN MECBURİLİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Genel affin yürütülmekte olan ceza muhakemesini hangi evrede olursa olsun ortadan kaldıran etkisi ve bu etkinin zorunluluğu ilkesinin benimsenmesi, genel affin, yargılanan kişiyi hiç suç işlememiş hale getirmesi ile temellendirilmiştir. Bu itibarla genel afftan sonra maddi gerçeğe ulaşmanın ve dolayısıyla muhakeme yapmanın

gereksiz olduğu üzerinde durulmuştur.<sup>379</sup> Üstelik sadece bu gerekçeyle değil; ayrıca genel af ilan edilmesindeki kamusal yarar gereği, sırf bireyin affedilme rızası yok diye ondan istifade etmemesinin mümkün olamayacağı belirtilmiştir.<sup>380</sup> Genel affa tabi suçların kendilerine isnat edildiği kişilerin, masumiyetlerini iddia ederek aftan yararlanmayı reddedip davaya devam olunmasını talep etmeleri halinde dahi bu taleplerinin kabul edilemez olduğu ifade edilmiştir.<sup>381</sup> Öte yandan affın kendine özgü bir kurum olarak birey yönünden uygulanma zorunluluğu taşıması, bu işlemin, devletin bir lütfu olarak tek taraflı bir irade beyanı niteliğinde olmasıyla da açıklanmıştır.<sup>382</sup> Son olarak, ret hakkının tanınmasıyla af kanununun manevi değerini ortadan kaldıracağı da düşünülmüştür.<sup>383</sup> Her ne gerekçeyle olursa olsun sonuçta, affın uygulanması zorunlu bir tasarruf olduğu üzerinde uzlaşmış ve tarih boyunca bu mesele çok da tartışılmamıştır.<sup>384</sup> Ancak zamanla, bir suç işlendiği iddiasından etkilenen her iki taraf bakımından, muhakemenin tamamlanıp maddi gerçeğe ulaşılmasının bir hak olduğu düşüncesi gelişmiştir. Bu hakkın fail bakımından görünümü “aklanma hakkı” iken; başta mağdur ve esasında toplumun geneli

---

<sup>379</sup> **MERAY**: s.21.

<sup>380</sup> “*Cemiyetin unutmak istediği bir fiili yaşatmakta fert için de bir menfaat düşünülemez.*” Bkz. **MERAY**: s.29.

<sup>381</sup> **TANER Tahir**: s.668.

<sup>382</sup> Bu görüş için bkz. **ŞEN Ersan**: “*Türk Ceza Hukuku Yönünden Af*”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu – Okan Üniversitesi (27.12.2010, İstanbul) Kitabı içinde, s.106. Yazarın kendi görüşüne göre ise, devletin affı bahsetmesinden sonra birey bakımından bundan yararlanıp yararlanmama şeklinde bir tercih hakkının doğabileceği düşünülebilir. Ayrıca yazar, masum olduğuna inanan şüpheli veya sanığa aklanma hakkının tanınması gerektiğini kabul etmiştir.

<sup>383</sup> Bkz. **SOYASLAN**: “*Af*”, s 421.

<sup>384</sup> Genel affın öngördüğü menfaatin, bundan yararlanacak olanın rızası hilafına uygulanamayacağını 19.yüzyılda belirten İtalyan hukuk profesörü *Erio SALA*'nın bu görüşü, genel affın kamusal yarar için uygulanan politik bir araç olduğunun savunular tarafından benimsenmemiştir (**MOLLA Felice**: s.127'den naklen). Ayrıca Fransız Temyiz Mahkemesi de 1826 tarihli bir kararında, suç işlemediğini iddia eden kişilerin genel aftan yararlanmamakta serbest olduklarını belirtirken; 1831 tarihli bir başka kararında genel affın amacı toplumun barışını sağlamak olduğu için bunun uygulanmasından vazgeçilemeyeceğini belirtmiştir. (**MERAY**: s.29'dan naklen)

açısından bakıldığında da “maddi gerçeğe ulaşma hakkı”<sup>385</sup> ile karşılaşmaktadır. Çalışmamız kapsamında incelenecek olan, bunlardan ilki; yani failin affa rağmen yargılanma isteğidir. Konunun incelenmesine geçmeden önce belirtelim ki, günümüz öğretisine hakim olan görüş, af kurumunun, sanığın suçsuzluğunu ispat edebilmesine engel teşkil etmemesi gerektiği yönündedir.<sup>386</sup> Esasen aklanma hakkı, sadece af ile birlikte tartışılmaya başlanmış bir kurum değildir. Devlet ve birey arasındaki cezalandırma ilişkisini kesen her sebep, örneğin zamanaşımı ve hatta sanığın ölümü<sup>387</sup>, veya bu ilişkinin kurulmasına baştan engel olan durumlar, örneğin milletvekili sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı<sup>388</sup>, aklanma hakkının tartışılmasına zemin yaratan hukuksal kurumlardandır.

---

<sup>385</sup> Almancası “*Recht auf Wahrheit*” olan maddi gerçeğe ulaşma hakkı, olayın araştırılmasındaki ve failin hukuksal bir değerlendirmesinin yapılmasındaki mağdur yararını karşılamaktadır. Bkz. **GROPENGIEBER:** “*Ap*”, s.37.

<sup>386</sup> **ÖNDER:** Genel Hükümler, s.746.

<sup>387</sup> Sanığın ölümü kamu davasının düşme sebeplerinden biridir(TCK m.64/1). Henüz soruşturma aşamasındayken şüphelinin ölümü söz konusu olursa, Cumhuriyet savcısı, kavuşturma olanağının bulunmaması haline dayanarak kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar(takipsizlik kararı) verir(CMK m.172/1). Ülkemizde ölüm üzerine dahi ceza yargılamasına devam edilmesinin, sanık/şüphelinin aklanma hakkının bir gereği olduğu ileri sürülmüştür. Bu tezin ortaya çıkmasına neden olan somut olaylardan birisi, *Ergenekon* adıyla anılan davanın soruşturma aşamasında tutuklanan ve bir yıllık tutukluluk döneminde kanser hastalığına yakalanan *Kuddisi OKKIR*’ın henüz yargılanma tamamlanmadan, hatta kovuşturma aşamasına geçilmeden hayatını kaybetmesidir.

[http://haber.gazetevatan.com/Kocaman\\_gozlu\\_adamin\\_yargilanma\\_ve\\_aklanma\\_hakki\\_elinden\\_alinmaligi\\_189482\\_4/189482/4/Haber](http://haber.gazetevatan.com/Kocaman_gozlu_adamin_yargilanma_ve_aklanma_hakki_elinden_alinmaligi_189482_4/189482/4/Haber) (Erişim tarihi:20.03.2012)

<sup>388</sup> Özellikle yasama sorumsuzluğunun, kişilerin, milletvekilleri hakkında dava açmalarına engel olması nedeniyle AİHM m.6’ya(adil yargılanma hakkı) aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle bugüne kadar AİHM önüne giden pek çok davada Mahkeme, genel olarak bu kurumun milletvekillerinin görevlerini gereği gibi yerinde getirebilmeleri adına tanınan kamusal birer ayrıcalık olduğuna ve sözleşmenin ihlali sayılmayacağına hükmetmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **YOLCU Serkan:** “*Adil Yargılanma Hakkı Karşısında Yasama Dokunulmazlığını Yeniden Düşünmek: Atilla KART Olayı Üzerine Bir Deneme*”, AÜHFD 2011, S.60(2), s.383-385. Ancak bir milletvekilinin kendisinin yargılanmak istemesi ve üzerindeki yasama dokunulmazlığı zırhından dolayı bunun mümkün olmaması nedeniyle AİHM önüne gelişi, ilk defa *Atilla KART* olayında söz konusu olmuştur. TBMM 22.Yasama Dönemi CHP milletvekili Atilla KART, milletvekili seçilmeden önceki dönemde hakaret suçuna ilişkin olarak başlamış bulunan ceza yargılamasına, milletvekili olmasının ardından da devam edilmesini talep etmiştir. Dokunulmazlıktan yararlanmak istemediğini belirten KART’ın bu talebi, TBMM Genel Kurulu tarafından reddedilmiş ve kendisi hakkında yürütülen davanın görülmesinin yasama dönemi sonuna bırakılmasına karar verilmiştir. Bunun üzerine KART, kendisinin mahkemeye erişim hakkından ve aklanma imkanından mahrum bırakıldığı iddiasıyla AİHM’e başvurmuştur. Başvuruyu kabul eden AİHM 2.Dairesi, genel olarak dokunulmazlık kurumunun AİHS’ni ihlal edip etmediğini değil; ama önündeki somut olayda

Genel affin teknik olarak kamu davasını düşüren bir sebep olması, yani beraat kararı verilmesini sağlayamaması, kişiyi hiç suç işlememiş hale tam olarak getiremediğinin bir göstergesidir. Daha doğru ifadesiyle, kişinin fiili işleyip işlemediği iddiası henüz kesin hükme dönüştürülmeden o fiilin suç olma özelliğinin ortadan kaldırılması, kişinin fiili işleyip işlemediği gerçeğini etkilememektedir. Yargılanan kişi, gerçekten o fiili hiç işlememiş olabilir ve bu konudaki maddi gerçeğe ulaşılmasının önü, genel af ile zorunlu olarak kesilmektedir. Genel affin teknik olarak fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırması ve kişiyi hiç suç işlememiş hale getirmesi, bizim de katıldığımız görüştür; ancak yargılanan kişi hakkında toplum nezdinde suç işlemediği kanaatinin oluşması ve o fiili işleyip işlemediği hakkındaki maddi gerçeğin ortaya çıkması, genel af ile sağlanmış olmaz. Böylece, daha önce başlatılmış olan adli takibat ve bunun çözüme kavuşmaksızın genel af ile ortadan kalkması, birey üzerinde bir nevi *suçluluk karinesi* yaratmaktadır.<sup>389</sup> Halbuki suçsuzluğunun ortaya çıkacağından emin olan sanıklar için, genel affın yararlanmaktansa davanın beraat ile sonuçlanması ve üzerlerindeki ithamdan kurtulma arzusu, psikolojik bir ihtiyaçtır.<sup>390</sup> Ayrıca asıl amacı kişinin korunması olan affi ret hakkının da kamu düzeninden olduğu ileri sürülmüş; böylece affin reddedilmesine kamusal yarar gerekçesiyle karşı olanlara cevap verilmiştir.<sup>391</sup> Ana hatlarıyla açıklanan bu gerekçelerle, kamusal menfaat anlayışına dayanan affin

---

dokunulmazlığın kaldırılmaması uygulamasının adil yargılanma hakkını zedeleyip zedelediğini tartışmıştır. Bu inceleme sonucunda üçe karşı dört oyla verdiği karar, somut olaydaki uygulamanın, mahkemeye erişim hakkını orantısız biçimde kısıtladığı gerekçesiyle AIHS m.6/1'i ihlal ettiği yönünde olmuştur. Kararın özet çevirisi için bkz. [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/8917\\_05.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/8917_05.pdf) (Erişim tarihi: 13.04.2012) Ancak bu karar Türkiye tarafından temyiz edilmiş ve bunun üzerine AIHM Büyük Dairesi tarafından, yine dörde karşı üç oyla bozulmuştur. Böylece KART'ın adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine kesin olarak karar verilmiştir. (Büyük Daire kararının özet çevirisi için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/8917-05.pdf> (Erişim tarihi:13.04.2012)

<sup>389</sup> KEYMAN: s.48.

<sup>390</sup> ÖZEK: s.171.

<sup>391</sup> SOYASLAN: "Af", s.421.

mutlak mecburiyeti yönündeki düşünceler zamanla aşılmış ve aklanma hakkından, maddi gerçeğe ulaşma hakkından ve bu hakların bir gereği olan affi ret imkanından, hızla artan bir oranda söz edilir olmuştur.

Konumuz olan af bakımından aklanma hakkı bağlamında tartışılacak olan, işin doğası gereği yalnızca genel aftır. Zira yukarıda açıklanan bu sorun, ceza muhakemesi sürecinin tamamlanmasından önce söz konusu olmaktadır ve bunu yaratan, genel affin da her türü değil, yalnızca tam genel aftır. Zaten kesinleşmiş bir mahkumiyetin öngördüğü cezayı çekmekte olanların, mahkumiyetten sonra çıkan (eksik) genel affi reddedip cezanın infazına devam edilmesini talep hakları bulunmaması doğaldır.<sup>392</sup> Zira burada tartışılan mesele, affin cezayı kaldırıcı etkisinin değil; affin maddi gerçeğe ulaşılmasını engellemesinin meşruluğudur. Bireyin kendisine yüklenen cezayı çekmek bakımından kazanılmış bir hakkı olduğu düşünülemez.<sup>393</sup> Cezalandırma yetkisinden vazgeçen devlete, buna rıza göstermeyen bireyin karşı koymasının da, bu nedenle anlamı yoktur.

Kural olarak özel af bakımından da aynı sonuca varmak mümkündür. Zira özel affin söz konusu olduğu hallerde zaten suçluluk sabit olmuştur; dolayısıyla özel affi reddetmenin bir faydası da yoktur.<sup>394</sup> Hükümlü için cezayı çekmenin bir hak

---

<sup>392</sup> Aynı yönde bkz. **KEYMAN**: s.46 ve 47. Dava kesin hükümle sonuçlandıktan sonra çıkan(eksik) genel af bakımından üzerinde durulabilecek tek sorun yargılamanın yenilenmesi meselesidir. Bir görüşe göre, genel af geçmişe etkili olacak biçimde mahkumiyeti ortadan kaldırdığından artık bundan sonra yargılamanın yenilenmesini gerektirecek sebepler ortaya çıksa dahi bu kanun yoluna gidilmesi mümkün değildir. Bkz. **TANER Tahir**: s.668. Ancak bu görüşü desteklemeyen **ÖZEK**, failin fiili işlemediğine dair yargılamanın yenilenmesini gerektirecek sebeplerin mevcudiyeti halinde fail genel aftan istifade etmiş bile olsa bu olağanüstü kanun yoluna gidilebileceğini savunmaktadır; buna gerekçe olarak öncelikle ceza muhakemesi kanunun bunu yasaklamadığını belirtmekte ve zaten bu incelemeyi yapacak olan mahkemenin fiilin suç olup olmadığını değil, sadece fiilin o kişi tarafından işlenip işlenmediğini inceleyeceğini eklemektedir. Bkz. **ÖZEK**: s.172.

<sup>393</sup> **ÖNDER**: Genel Hükümler, s.746.

<sup>394</sup> **KEYMAN**: s.52.

değil, zorunluluk olması da özel affin reddedilmesi düşüncesini temelinden yoksun bırakır.<sup>395</sup> Ancak örneğine az rastlansa da başka hukuk sistemlerinde özellikle bireysel özel afların, ilgilinin reddetmesiyle geçersiz hale gelebileceği tartışılmaktadır.<sup>396</sup> Örneğin, Amerika Birleşik Devletlerinde başkanın ve eyalet valilerinin yetkileri dahilinde olan özel affın, *bundan yararlanacak kişi*<sup>397</sup> tarafından reddedilmediği sürece geçerli bir tasarruf olacağı öteden beri kabul edilmektedir.<sup>398</sup> Ancak bu sınırlı haller dışında özel af bakımından affın mecburiyeti çok da tartışılan bir mesele olmadığı için, bu konunun genel affa ilişkin başlık altında aklanma hakkıyla bağlantılı olarak incelenmesi tercih edilmiştir. Zira mahkumiyet hükmü sonrasında affın reddedilmesinin aklanma hakkı ile ilişkisi bulunmamaktadır.

Bu konuda *KEYMAN*, başta genel affın kapsadığı suçların adi ya da siyasi olmalarına göre bir ayırım yapmıştır. Siyasi suçlara yönelik aflarda, affı ret hakkı

---

<sup>395</sup> CANESTRARI – CORNACCHIA – DE SIMONE: s.852. “Hükümün kesinleşmesinden sonra söz konusu olan affın, bireyin cezanın infaz edilmesi gerektiği yönünden bir hakkı olmadığı için hükümlü tarafından reddedilmesi düşünülemez.” Bkz. ÖZTÜRK – ERDEM: s.453.

<sup>396</sup> Tayland eski Başbakanı *Thaksin Shinawatra*’nın, yolsuzluk yaptığı gerekçesiyle mahkum olduğu hapis cezasının affının tartışıldığı dönemde, cezasının affedilmesi halinde bunu reddedeceğini belirttiğine ilişkin iddia, 2011 yılının son aylarında bölgenin gündemine oturmuştur. Bu konudaki haberler için bkz. <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,2099665,00.html> ve <http://www.bangkokpost.com/breakingnews/267090/thaksin-not-to-accept-royal-pardon> (Erişim tarihleri: 11.02.2012)

<sup>397</sup> Daha önce de açıklandığı gibi Amerikan hukuk sisteminde “*pardon*” yetkisinin yalnız hükümlüler hakkında değil; mahkumiyet öncesinde ve hatta istisnai de olsa kişi hakkında herhangi bir suçlama yapılmadan önce dahi kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Bu nedenle “hükümlü” değil, “aftan yararlanacak kişi” ifadesinin kullanılması daha doğrudur.

<sup>398</sup> Bkz. ABD Supreme Court, *Burdick v. United States*, 236 U.S. – 79. (1915). Karar metni için bkz. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/79/case.html> (Erişim tarihi: 20.03.2012). Davaya konu olayda *George Burdick*, New York Tribune adlı gazetesinin editörlerinden biri iken Hazine Bakanlığı çalışanlarından birinin basına bilgi sızdırdığı yönünde ortaya çıkan iddiaların mahkemece incelendiği sırada mahkemenin sorduğu sorulara cevap vermez ve tanıklık yapmaktan kaçınır. Bunun üzerine hapis ve para cezasına çarptırılır. Ardından dönemin başkanı *Woodrow Wilson* tarafından cezaları affedilir Ancak Burdick, bu kez de affı reddeder ve mahkum olduğu cezayı çeker. Affı ret imkanının Yüksek Mahkeme tarafından kabul edildiği bu kararda ayrıca mahkemeler tarafından kişinin affı kabule zorlayamayacağı da vurgulanmaktadır. Mahkeme bu kararında 1833 tarihli “*United States v. Wilson*, 32 U.S. – 150” kararına atıf yapmıştır. Kararın metni için bkz. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/32/150/case.html> (Erişim tarihi: 23.03.2012). Yaklaşık iki yüzyıl önce görülen bu diğer davada da Yüksek Mahkeme, *pardon* tasarrufunu, hükümlü tarafından kabul edilmediği müddetçe geçersiz olacak bir sözleşmeye benzetmiş ve ayrıca bu akdi kabul etmesi için kişinin zorlanamayacağını belirtmiştir.

tanımanın geçmişi unutmama amacını zedeleyeceğini, affın amacıyla bağdaşmayacağını belirten ve özellikle siyasi mücadelesini sürdürmek isteyenlerin sürekli olarak affı reddedecekleri öngörüsünde bulunan yazar, aynı sakıncanın adi suçlar bakımından geçerli olmadığını savunmaktadır. Ancak daha sonra siyasi ve adi suç ayrımının neye göre belirleneceği yönünden net bir ölçüt bulunmayışını tespit etmiş ve ret hakkının genel bir prensip olarak ceza kanunlarında yer almasında çok da mahsur görmediğini ifade etmiştir.<sup>399</sup>

Aftan faydalanmayı reddetmenin yani aklanmak istemenin, temel bir hak olan savunma hakkının doğal sonucu olduğuna ve bu nedenle insan haklarından biri sayılması gerektiğine işaret eden *ODYAKMAZ*, Anayasa veya ceza kanununda açıkça öngörülme bile, Anayasanın pek çok hükmünden hareketle, affı reddetme imkanının var olduğunu savunmuştur. Yazar, görüşünü destekleyen pek çok Anayasal dayanak sunmuştur. Bunlardan biri, devletin amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasanın 5. maddesidir. Bu maddede sayılan “*toplumun huzur ve mutluluğunu sağlama*”nın yollarından biri, mağdurlar bakımından, suçlu olduklarını iddia ettikleri kişilerin yargılanıp cezalarını görmeleri; diğer yandan da kendilerinin suçsuz olduğunu iddia eden şüpheli/sanıkların ise yargılamalarının tamamlanıp hükmen aklanmalarını sağlamaktır. Ayrıca m.10’da yer alan eşitlik ilkesinin de genel af nedeniyle ihlal edildiğine değinmiş; af kapsamına girmeyen sanıkların yargılanma ve beraat etme hakları bulunurken, aftan yararlananların bundan mahrum kaldığını ve bunu dengelemek için affı reddetme olanağının kendilerine tanınması gerektiğini belirtmiştir. Yazar ayrıca, savunma hakkının sonuna kadar kullanılmasının ve beraat edileceğine inanılan bir suçtan dolayı yargılanmayı istemenin kişinin manevi

---

<sup>399</sup> **KEYMAN**: s.49-51.

varlığını korumasının tabii bir sonucu olduğunu düşünmektedir (AY m.17). Davacı olmanın yanında davalı olarak yargılanmanın da bir temel hak olarak koruma altına alındığı m.36 da, bu görüşe dayanak olarak kullanılan bir diğer Anayasal düzenlemedir. Hak arama hürriyeti başlıklı bu madde savunma hakkına da açıkça yer vermektedir.<sup>400</sup>

Hukukumuzda affin reddedilebilirliğine ilişkin açık bir hüküm ne 765 sayılı, ne de 5237 sayılı Ceza Kanunlarında yer almamaktadır. Kuşkusuz, her bir af kanunu bunu özel olarak düzenleyebilir. Ancak ret hakkını tanıyan genel bir düzenlemenin bulunmayışı, pek çok yazar tarafından eksiklik olarak görülmektedir.<sup>401</sup> Bu durumda affi ret hakkı özel düzenlemeler yoluyla açıkça öngörülmemişse aftan faydalanma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmiştir.<sup>402</sup> Ancak İtalyan Anayasa Mahkemesi, 1971 yılında verdiği tarihi bir kararla, İtalyan Ceza Kanununun genel affi öngören 151. maddesinde affi ret hakkının açıkça ve genel olarak tanınmamasına rağmen; yargılama sırasında çıkan genel affi kabul etmeme imkanının, riski sanığa ait olmak koşuluyla, var olduğuna hükmetmiştir.<sup>403</sup> Bu sonuca varırken, genel affin mecburiliğinin, Anayasal bir ilke olan savunma hakkı karşısında yenildiği değerlendirmesini yapmıştır. Ancak aftan yararlanma imkanı reddedilip yargılamaya devam edilmesi halinde, dava sonucunda beraat değil mahkumiyet söz konusu olursa, bu cezanın affedildiğine dair açık bir hüküm olmadığı takdirde, risk sanığa

---

<sup>400</sup> Yazar bu görüşlerini, 2001 yılında Anayasa Mahkemesinin 39.kuruluş yıldönümü şerefine düzenlediği ve “af” konusunu tartıştığı sempozyumda dile getirmiştir. Bu konunun seçilmesinin sebebi olan ve yazarın, affi ret hakkını öngörmemesi nedeniyle eleştiri oklarını temel ceza kanunundan çok kendisine çeviren yasal düzenleme, 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”dur. Bkz. **ODYAKMAZ Zehra**: “1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, S.18, s.364-377.

<sup>401</sup> **ALCAKAPTAN Uğur**: “780 sayılı”, s.22.; **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.426-429.

<sup>402</sup> **DÖNMEZER – ERMAN**, C.III, s.219.; **ZAFER**: s.401.

<sup>403</sup> İtalyan Anayasa Mahkemesi, 14.07.1971 tarih 175/1971 sayılı kararı.

<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (Erişim tarihi:26.03.2012)

yüklemiştir. Riskin sanığa ait olması, aftan bir kez vazgeçildikten sonra bundan dönülememesi; yani ceza muhakemesinin mahkumiyet ile sonuçlanması halinde mahkumun cezasını çekmek zorunda olmasıdır.

Alman hukukunda, mahkumiyet öncesine etkili olarak çıkarılan genel af kanunlarının çoğunda aklanma hakkı açıkça öngörülmüştür. Genel af kanunlarda buna ilişkin özel hükümler, “beraat talep etme” veya “davanın devam ettirilmesi başvurusu” gibi adlarla yer almaktadır.<sup>404</sup>

Türk hukuk sisteminde affi ret hakkına ilişkin düşünceler, ilk defa 113 sayılı Af Kanunu<sup>405</sup> ile somutlaştırılmıştır. Taksirli suçlar ve hakkında üst sınırı beş yılı geçmeyen hapis cezası, yalnız adli para cezası, müsadere veya bir meslek ve sanatın yapılmaması cezalarının öngörüldüğü suçlar bakımından takibat yapılmayacağını belirten Kanunun 1. maddesinde, bu hükümden yararlanacak olanların, kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren bir ay içerisinde affi kabul etmemeye hakları olduğu açıkça hükme bağlanmıştır (m.1/A-2). Ayrıca bu tercihin sonunda devam edilen ceza muhakemesinin, mahkumiyet ile sonuçlanması halinde aftan yine istifade edilebileceği; yani cezanın çektirilmeyeceği hususu da kanunda yer almaktadır (1/A-2,son cümle). Bu gelişmeyi 1966 tarihli ve 780 sayılı Af Kanunu da izlemiştir<sup>406</sup>; ancak bundan sonraki genel af kanunlarında<sup>407</sup> böyle bir hüküm öngörülmemiştir.

---

<sup>404</sup> § 6 (1)des Gesetzes über die Gewährung von Straffreiheit vom 31.Dezember 1949 (BGBl 1949, 37 - Straffreiheitsgesetz 1949 - ); § 17 des Gesetzes über den Erlaß von Strafen und Geldbußen und die Niederschlagung von Strafverfahren und Bußgeldverfahren (BGBl 1954 I, 203 - Straffreiheitsgesetz 1954 - ); § 9 des Gesetzes über Straffreiheit vom 9.Juli.

(31.12.1349 tarihli ve 37 no.lu Alman Resmi Gazetesi'nde (*Bundesgesetzblatt*) yayımlanan kanun m.6/1; 17 Temmuz 1954 tarihli ve 21 no.lu Resmi Gazete'de yayımlanan kanun m.17; 12 Temmuz 1968 tarihli ve 46 no.lu Resmi Gazete'de yayımlanan kanun m.9.)

<sup>405</sup> 28.10.1960 tarih ve 10641 sayılı RG.

<sup>406</sup> Bkz. 780 sayılı “Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun” m.1/A-2, 09.08.1966 tarih ve 12370(mükerrer) sayılı RG.

<sup>407</sup> 1803 sayılı “Cumhuriyetin 50. Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun”; 4454 sayılı “Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL AF

#### I. GENEL OLARAK

Özel af, cezalandırma yetkisinden değil; cezanın infazından vazgeçmedir. Bu nedenle suça, fiilin suç olma vasfına, failin işlediği sabit olan suça dayalı mahkumiyete değil; yalnız cezaya etki eder.

*Corpus Iuris Civilis*'te geçen bir ifade özel affın, yalnız cezayı kaldırıcı etkisinin, Roma Hukukundan beri değişmediğini bize göstermektedir: “Özel af (*indulgentia*) hürriyete kavuşturdukları üzerinde nişanını bırakır. Suçun sürdüğü lekeyi silmez; fakat cezayı ortadan kaldırır.”<sup>408</sup>

Esasında özel af, genel af gibi siyasi değil; daha çok bir atıfet iradesi olarak ortaya çıkmıştır. Ancak, özellikle yasama organları tarafından çıkarılan özel afların da sırf merhamet gibi insani bir duyguyla çıkarılma özelliğine sık rastlanılmamaktadır. Merhamet ve bağışlayıcılık duygularına dayanan, atıfet yönü genel affa nazaran daha ağır basan özel aflar, esas olarak devlet başkanlarının kullandıkları bağışlama yetkilerinin temelinde yatmaktadır. Parlamento tarafından çıkarılanlar ise cezaevlerini boşaltma ya da siyasi çıkar elde etme gibi faydacı yaklaşımlarla birer siyasi enstrüman olarak kullanılmaya müsaittir.

Türkçede *özel af* olarak adlandırılan bu kurum, bireysel veya toplu olabilmekte ve toplu olanı yalnızca parlamento tarafından yapılabilmekteyken; bireysel özel af çıkarmaya hem parlamento hem de Cumhurbaşkanı yetkilidir. Oysa

---

Kanun”; 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”

<sup>408</sup> Bkz. **MERAY**: s.43.

gerek bağılı olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde gerekse Anglo Sakson Hukuk Sisteminde özel affin her bir türü farklı isimlerle anılmaktadırlar. Örneğin genellikle devlet başkanları tarafından yapılan bireysel özel af, İtalyancada *grazia*, Fransızcada *grâce*, İngilizcede *pardon* olarak anılmaktadır. İtalyancada yasama organı tarafından yapılan toplu özel af işlemine<sup>409</sup> de *indulto* adı verilmektedir.<sup>410</sup> Bizde olduğu gibi, yasama organı tarafından yapılan bireysel bir özel af işlemine ise yabancı hukuk sistemlerinde pek rastlanmamaktadır. Zira İtalyancadaki *grazia* ile *indulto* arasındaki fark, bu işlemleri yapan organlar farkı dışında, işlemlerin kapsamının toplu veya bireysel olmasına ilişkindir.

Özel affin genel affa nazaran çok daha dar bir etki alanına sahip olduğu, daha önce sıklıkla belirtildi. Burada ise çerçeve daha net çizgilerle çizilmeye çalışılacaktır. Bu yapılırken Türk Hukukundaki sisteme paralel olarak özel af, organik ölçüte göre tasnif edilecek ve öncelikle yasama organı tarafından çıkarılan bireysel ve toplu özel af; ardından da Cumhurbaşkanının yetkili olduğu bireysel özel af incelenecektir.

## **A. Yasama Organının Özel Affı**

### **1. Hukuki Nitelik ve Yasal Dayanak**

Özel af, devletin bilinçli olarak gerçekleştirdiği bir unutmaya tasarrufu değil; yalnızca cezanın çektirilmesinden vazgeçmedir. Cezanın infazından vazgeçme, cezalandırma yetkisinden vazgeçmeden farklıdır. Burada ceza mahkumiyeti, kendisine bağlı sonuçlarıyla birlikte, varlığını korumaktadır. Yapılan ise bu cezaların infaz edilmesini engellemek, infaz aşamasındakileri durdurmak, süresini kısaltmak,

---

<sup>409</sup> İtalyan Anayasasının 79. maddesinde 9 Mart 1992’de yapılan değişiklik öncesinde toplu özel af işlemi (genel af için de geçerli), yasama organının verdiği yetkiyle devlet başkanı yapmakta idi.

<sup>410</sup> İtalyancada cezaların infazının ertelenmesi kurumuna, özel affa benzemesi nedeniyle *indultino* adı da verilmektedir.

daha hafif bir başka cezaya dönüştürmektir. Öte yandan infazdan vazgeçme söz konusu olduğundan, ceza ve cezanın infazına bağlı sonuçlar -örneğin velayet hakkından mahrumiyet- dışındaki diğer sonuçlar bakımından özel af etkisiz kalmaktadır.

Tüm bu etkileri göz önünde bulundurulduğunda özel affin, kamu davasını düşürme özelliği olmadığından ceza muhakemesi hukukuna temas eden bir yönü bulunmamaktadır. Devletin verdiği cezanın infazından vazgeçmesi nedeniyle özel affin, maddi ceza hukuku kurumu olduğu açıktır.

Yasama organı tarafından çıkarılan özel af, 1982 Anayasasının 87. maddesinde TBMM'nin görev ve yetkileri arasında genel affa birlikte ismen anılmaktadır. Fakat bu kurumların neden ibaret olduklarına ilişkin bir açıklama Anayasada yer almamaktadır. Genel affa olduğu gibi özel affin da hukuki niteliği ve sonuçlarının tespiti, ceza kanununa bırakılmıştır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın "af" başlıklı 65. maddesinin 1. fıkrası genel affa; 2. ve 3. fıkraları özel affa hasredilmiştir. Özel affin hukuki niteliğine ilişkin hükümler, "*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir*" ve "*Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir*" şeklindeki iki cümleden ibarettir. Bir de m. 74/1'de genel af ve şikayetten vazgeçmede olduğu gibi özel affin da, müsadere olunan şeylerin ve ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmeyeceği hükme bağlanmıştır.

765 sayılı TCK m. 98 ise şöyleydi: "*Hususi 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 mahkumun kanuni*

*mahcuriyetini de ref eder. Ancak kanun veya kararnamesinde hilafi yazılı olmadıkça feri ve mütemmim cezalara tesir etmez. Hususi affi tazammun eden kanun veya kararnamede sarahat bulunan ahval müstesnadır.*

Her iki kanun da özel affi, cezaya etki eden bir sebep olarak düzenlenmiştir. Kurumun niteliği bakımından bu anlamda bir fark bulunmamaktadır. Ancak 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında ilk olarak dikkati çeken fark, eski kanun döneminde adli para cezalarının da özel affa konu olabileceği genel olarak öngörülmüşken; yeni kanunda yalnızca hapis cezalarının özel affa uğrayabileceğidir. Nitekim hükmün gerekçesinde de, yeni sistemde özel affin yalnızca hapis cezalarına özgü olduğu açıkça belirtilmiştir.<sup>411</sup> Buna rağmen, sonraki tarihli bir özel af kanununun adli para cezalarının affına ilişkin hükümler içermesi, ceza kanunundaki anılan hükme aykırı olsa bile; hukuka aykırı olmayacaktır.

## **2. Türleri**

Yasama organınca çıkarılan özel affin kendi içindeki tasnifi, bu tasarrufun cezayı kaldırma, azaltma veya bir başka cezaya dönüştürme bakımından hangi etkiyi gerçekleştirdiğine; kapsam bakımından bir sınırlama öngörüp öngörmemesine; affedilen kimselerin sayısına ve son olarak da şarta bağlanıp bağlanmamasına göre dört farklı bakış açısıyla yapılmalıdır.

Hemen belirtelim ki özel affa, mahkumiyet öncesinde olup olmama ölçütüne dayanan eksik ve tam özel af gibi bir ayrımın yapılması mümkün değildir. Çünkü her şeyden önce özel affin, sadece mahkumiyet sonrası aşamada etkili olacağı açıktır. Zira özel af yalnızca cezaya etki etmekte; onu kaldırmakta, azaltmakta ve

---

<sup>411</sup> Bkz. Yeni TCK madde gerekçeleri/65. madde, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> (Erişim tarihi:26.02.2012)

değiştirmektedir. Ceza için de suçun işlendiğinin sabit olması ve buna dayanılarak kurulmuş bir mahkumiyet hükmü bulunması şarttır. Dolayısıyla ceza muhakemesinin hüküm öncesi aşamalarında çıkan bir özel af, ya hiç etkili olamayacaktır ya da yargılamanın sonuçlanmasını bekleyecek ve şayet yargılama mahkumiyet ile sonuçlanırsa ancak o zaman etkisini gösterecektir. Böyle olunca eksik ve tam özel aftan bahsetmek anlamsız olacaktır.

#### **a) Cezayı Kaldıran Özel Af - Cezayı Dönüştüren Özel Af - Cezayı Azaltan Özel Af**

Özel affin ilk türü, cezayı tümüyle ortadan kaldırma etkisine sahip olanıdır.<sup>412</sup> Kapsamındaki cezaları tamamen ortadan kaldırma şeklindeki etkiye sahip özel affi öngören bir kanunun yürürlüğe girmesi ile artık bu cezaların infazı imkansız hale gelir.<sup>413</sup> Ancak cezayı tamamen de kaldırırsa özel af, henüz kovuşturma aşamasındayken ortaya çıkmışsa yargılamaya aynen devam edilecektir. Sonucunda beraat hükmü verilirse herhangi bir işlem yapmaya zaten gerek olmayacaktır. Ancak mahkumiyet halinde, hükmedilen cezanın çektirilmesi baştan engellenecektir.

Özel af, cezayı kaldırmıyor; ancak cezanın niteliğini değiştiriyor (*commutation*) olabilir.<sup>414</sup> Bu tip özel aflarda, her şeyden önce, ilk cezanın yerine ikame edilen yeni cezanın daha hafif olması şarttır. Bu görüşü *EREM*, “*Özel af, cezayı daha hafif bir cezaya çevirebilir. Fakat hafif bir cezayı aha ağır bir cezaya çeviremez. Çünkü böyle bir değişiklik af değildir ve yargılama erkinin yetkisine*

---

<sup>413</sup> KEYMAN: s.67.

*tecavüz sayılır*” şeklinde ifade etmiştir.<sup>415</sup> Gerekçeye katılmamak mümkün değildir. Cezayı değiştiren özel af bakımından değinilmesi gereken bir diğer husus, ikame edilecek cezanın da önceden kanunda açıkça öngörülmüş olması; yani ceza kanununda gösterilen cezalardan biri olması gerektiği görüşüdür.<sup>416</sup> Bu görüş ceza hukukunun temel ilkelerinden olan cezaların kanuniliği prensibinden yola çıkmıştır. Ancak, kanaatimizce, katı şekilde uygulandığında cezaların kanuniliği ile bağdaşmayacak hale gelebilir. Öncelikle şu an üzerinde durulan af türünün yalnız yasama organı tarafından kanun ile çıkarılan özel aflardan biri olduğunu hatırlatalım ve ardından meseleyi bir örnekle açıklayalım. 5237 sayılı TCK’da seçenek yaptırımlar, yalnızca kısa süreli hapis cezalarına seçenek olarak öngörülmüştür (TCK m.50). Yani seçenek yaptırımlar, süreli, müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarına alternatif olarak kanunen öngörülmemiştir. Günümüzde bir özel af kanunu çıkarılarak, örneğin on yıl ve aşağısındaki tüm hapis cezalarını seçenek yaptırımlara, -örneğin adli para cezasına- çeviren bir tasarruf bu durumda geçerli olmayacak mıdır? Ya da, temel ceza kanununda daha önce hiç hapis cezasına seçenek yaptırım olabilecek bir ceza öngörülmemiş bir ülkede, çıkacak özel af kanunuyla, belli bir suça özgü ve belli bir sürenin altındaki hapis cezalarının ortadan kaldırılıp, hükümlülerin belli bir süre eğitim kurumuna gitmeleri öngörülse bu tasarruf yine geçerli olmayacak mıdır? Her iki varsayımda da kanunkoyucu daha önce yine kanunla oluşturduğu ceza anlayışını özel af yoluyla değiştirmektedir. Bu tasarruf kanunla yapıldığı müddetçe ve özel af ile birlikte cezanın niteliğinin hafiflediği konusunda tereddüt yaşanmadığı sürece kanunkoyucunun, kanunilik ilkesini ihlal ettiği veya yargı kararına müdahalede bulunduğu düşünülmemelidir. Hatta bu

---

<sup>415</sup> Bkz. **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.422.

<sup>416</sup> **KEYMAN** da bu görüşü desteklemektedir. Bkz. **KEYMAN**: s.68.

nitelikteki bir özel af kanunu da ceza içeren bir kanun olduğundan lehe kanun olacaktır ve bu nedenle kanunların zaman bakımından uygulanmasında lehe kanunların sahip olduğu özellikleri taşıyacaktır. Sürekli olarak suç olmaktan çıkarma, genel af ilan etme, ceza süresini kısaltma, cezanın türünü değiştirme gibi lehe kanun değişiklikleri ile infazı başlayanlar da dahil olmak üzere cezaların tümüne etki edebilen yasama organının, geçici (sürelili) bir kanun olan özel af kanunu ile kanunda önceden yer almayan bir cezaya dönüştürme şeklindeki lehe değişikliği yapması da mümkün olmalıdır. Üstelik bu kabule ulaşırken, af kanunları için parlamentoda nitelikli çoğunluk arandığı da (AY m.87) gözden uzak tutulmamalıdır. Şüphesiz her türlü af tasarrufunda olduğu gibi, işlemin hukukiliği ve yerindeliliği her zaman tartışmaya açıktır; hatta bu değerlendirme gereklidir de. Bizim üzerinde durduğumuz ise, özel af kanunu ile somut cezayı daha önce kanunda öngörülmemiş daha hafif bir cezaya dönüştürmenin, tek başına, kanunilik prensibini zedelemeyeceğidir. Bu bakımdan, kanun şeklindeki işlemle yapılmadığı için örneğin Cumhurbaşkanına tanınan bireysel af yetkisinde aynı görüşü savunmak mümkün değildir.

Son olarak, özel af cezayı tümüyle kaldırmıyor, niteliğini de değiştirmiyor, ancak belirlenen miktar veya oranda indirim yapılmasını öngörüyor da olabilir. Bu da cezayı azaltan özel affı (*reduction*) ifade etmektedir. Bu tür özel aflara ilişkin tartışılması gereken mesele, özel affa uğradıktan sonraki yeni cezanın kanunda yazılı asgari haddeden aşağı olup olmayacağıdır. Bu soruya olumsuz yanıt veren görüş, örneğin cezaların üçte ikisinin affını öngören bir özel af kanunu ile somut bazı cezalar üçte iki indirim sonucunda kanundaki soyut cezaların asgari limitlerinin altına düşüyorsa, bunlar bakımından ancak alt limite kadar indirimin mümkün olduğu

yönündedir.<sup>417</sup> Biz bu fikre katılmıyoruz. Her şeyden önce, teknik olarak hükümlünün lehine öngörölmüş bir kurumun aleyhe sonuç doğuracak şekilde yorumlanması mümkün değildir. Öte yandan bu anlayışta, özel affın çıkarılma amacını bertaraf eden sonuçlar doğması mümkündür. Son olarak özel affa konu olan ceza, kanunda öngörölen soyut ceza değil; hükmedilen somut cezadır.<sup>418</sup> Somut cezanın ağırlaştırılması, yukarıda da değinildiği gibi, kesinleşmiş yargı kararına müdahale olur. Ancak somut cezanın özel af ile hafifletilmesi, hem özel af yapmaya hem de kanun değışikliğı ile soyut cezayı hafifletmeye yetkili olan kanunkoyucunun yetkisi dahilinde kabul edilmelidir.

#### **b) Mutlak Özel Af – Kısmi (Sınırlı) Özel Af**

Özel affa ilişkin neredeyse bütün çalışmalarda, bundan yararlanacak kişi sayısı bakımından yapılan tasnifte yalnızca bireysel ve toplu olmak üzere iki tür özel aftan söz edilmektedir.<sup>419</sup> Ancak genel affın türleri incelenirken yapılan mutlak-kısmi şeklindeki ayırımın neden özel af için tercih edilmediğı konusunda herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bu çalışmada ise genel af için kurulan inceleme sistemi, işlemin mahiyeti elverdiği sürece, özel af bakımından da geçerlidir. Kanaatimizce özel af, aftan yararlananlar bakımından aynı ayırımın yapılması için elverişlidir.

Esasen bu noktada genel af ve özel af arasında hiçbir fark yoktur. Açıklamalarda tekrara düşmemek için bu ayırımdaki her bir özel af türü bakımından genel af bölümündeki “mutlak-kısmi (sınırlı) genel af” ve “toplu-bireysel genel af”

---

<sup>417</sup> Bu düşüncenin gerekçesi olarak da, umumi hadden aşağı bir cezanın kanunda yazılı bir ceza olmadığı ve bunun TCK m.1 (5237 sayılı TCK m.2’ye karşılık gelmektedir) gereğı verilemeyeceğı belirtilmiştir. Bkz. **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.422.

<sup>418</sup> Bkz. **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.241.

<sup>419</sup> **KEYMAN**: s.69-71.

başlıklarına atıf yapmakla yetinip, burada örnekler verilerek konu pekiştirilmeye çalışılacaktır.

Tıpkı mutlak genel affa olduğu gibi mutlak özel af bakımından da örnek bulmak hayli güçtür. Özellikle yakın dönemlerde böyle aflara rastlanmamaktadır.

Günümüzde hemen hemen bütün özel af kanunları objektif veya subjektif ölçütlerle sınırlandırılmak suretiyle hazırlanmaktadır. Bu da kısmi(sınırlandırılmış) özel affa işaret etmektedir. İtalya'da 31 Temmuz 2006 tarihli ve 241/2006 sayılı yasayla, 2 Mayıs 2006 tarihine kadar işlenen suçlara<sup>420</sup> dayalı mahkumiyetler arasından üç yıldan az hapis ve on bin Euro'nun altındaki adli para cezalarının affi öngörülmüştür. Bu tipik bir kısmi özel aftır. Hem ceza miktarı, hem de affa tabi olmama istisnası getirilen suç tipleri bakımından sınırlandırılmış, toplu bir özel aftır.

Ceza miktar veya türü bakımından sınırlandırılmış bir özel affin kapsamını belirlenirken, öğretideki bir görüşe göre, salt o miktar veya türdeki cezaya hükmedilenler değil; af tasarrufunun yürürlüğe girdiği tarihte bu miktar veya türdeki cezayı çekmek durumunda olan herkes aftan yararlanabilecektir.<sup>421</sup> İtalya'ya ilişkin olarak yukarıda verilen örneği bu görüşe uyarlayacak olursak, af kanununun yürürlüğe girdiği tarihte çekmesi gereken ceza olarak üç yılı kalan herkesin –esas mahkumiyetleri örneğin yirmi yıl olsa bile- affa tabi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce böyle bir genel kabule varmaktansa, af yasalarının metninin iyi yorumlanması gerekmektedir. Hükmedilen cezaların örneğin üç yılını indiren bir özel af kanunu için, bahsedilen görüş yerindedir. Burada üç yılı aşan cezaların süresi azaltılırken, üç yılın altındaki cezalar da ortadan kalkmaktadır.

<sup>420</sup> Ancak hem suç tipinin ismi, hem de madde numaraları verilmek suretiyle belirlenen bir grup suç(örneğin terör suçları, mafya tipi örgütlenme suçu, cinsel özgürlüğe karşı suçlar... vs) af kapsamından çıkarılmıştır.

<sup>421</sup> **DÖNMEZER – ERMAN**: C.III, s.239.

Hükmedilen somut cezanın ne kadar olduğu önem taşımamaktadır. Ancak hükmedilmiş cezalardan üç yıla kadar olanların affedildiği öngörülmüşse aynı sonuca varmak mümkün değildir. Burada mahkumiyet hükmünde yazılı olan ceza miktarı, affin kapsamı için bir ölçüt olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla üç yılı aşan hapis cezalarının üç yılının indirilmesi veya infazlarının tamamlanmasına üç yıl kalan hükümlülerin de salıverilmesi imkanı bulunmamaktadır.

### **c) Bireysel Özel Af – Toplu Özel Af**

Yasama organı tarafından çıkarılan *bireysel* özel af kavramıyla, esas olarak, tek bir kişi için çıkarılan özel af kanununun anlaşıldığına kuşku yoktur. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, bir af yasasının kapsamına aldığı kişi sayısının birden fazla olması, onun bireysellik özelliğini gidermeye tek başına yeterli değildir. Toplu veya bireysel af ayrımında önemli olan, isimleriyle önceden bilinen kişiler veya öngörülen kriterler ile rahatlıkla kim olduğu anlaşılabilen kimseler için çıkarılıp çıkarılmadığıdır. Her bir kişi için birden fazla af yasası çıkartmak ile bir yasa içerisinde her birinin ismini saymak ya da kimin için yapıldığı önceden bilinen bir af yasası hazırlamak arasında fark görmemek gerekir. Yasama organının yaptığı özel aflar için de durum böyledir. Bu nedenle örneğin, 26 Nisan 1940 tarihli 4494 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 3804 sayılı özel af kanunu, 1939 tarihli Erzincan depreminden sonraki kurtarma faaliyetlerine yardım eden mahkumların cezalarının beşte dördünü kaldırdığında, bireysel bir özel af olmaktan çıkmamıştır. Zira burada af kapsamına alınan mahkumların isimleri tek tek af kanununa eklenen metne yazılmıştır. Aldıkları ceza miktarları, işledikleri sabit olan suç türleri veya yaşları, eski sabıkaları gibi bir ölçüte bakılmaksızın, ismen belirlenmiş 241 mahkumun cezalarının büyük bir kısmı affedilmiştir. Bu durumda

kurtarma faaliyetlerine katıldığı tespit edilenlerle sınırlandırılmış (kısmi) ve aynı zamanda bireysel bir özel af bulunmaktadır. Böyle bir özel af yasasının, örneğin *üç seneyi geçmeyen hürriyeti bağlayıcı bir ceza veya para cezasıyla mahkum olanların affını* öngören bir toplu özel af yasasından farklı olduğu ortadadır.

#### **d) Şarta Bağlı Özel Af – Şartsız Özel Af**

Yasama organı tarafından çıkarılan özel af yasalarının şarta bağlanması mümkündür. Bu konuda, genel afların şarta bağlanması meselesinden farklı hiçbir husus bulunmadığından ilgili başlıktaki açıklamalarımız burada da geçerlidir.

### **3. Sonuçları**

Özel affın sonuçları genel aftakinden çok daha dardır.

Öncelikle ceza muhakemesi evrelerinden hangisinde özel af çıktığı, bu tasarrufun sonuçları bakımından önemli değildir. Kamu davasını düşürme şeklindeki bir sonuca yol açmadığı için soruşturma veya kovuşturmaya özel affa rağmen devam edilir. Demek ki özel af, yalnızca hükümden sonraki aşamada, yani infaz döneminde etkilidir. İnfaza başlanmamışsa artık başlanamaz; başlanmış ise derhal buna son verilir. Bu aşamada hakim kararına ihtiyaç bulunmaz, salıverme işlemini bizzat savcılık yerine getirir. Ancak bir mahkumiyetin özel af kanunu kapsamına girip girmediği noktasında tereddüt yaşanırsa hükmü veren mahkemeye danışılmalıdır.<sup>422</sup>

Özel affın soyut değil somut cezalara yönelik olduğuna daha önce de değinilmiştir. Bunun bir diğer sonucu da seçimlik cezalardan yalnız birinin özel af kapsamına alınması haline ilişkindir. Böyle bir durumda, yargıcın bu cezalardan hangisine hükmettiğine bakılmalı ve somut olaydaki cezanın özel af yasasının

---

<sup>422</sup> Bu konuda, genel affın infaz aşamasına etkisi hakkında daha önce yapılan açıklamalar aynen geçerlidir.

kapsamına girip girmediği ona göre belirlenmelidir.<sup>423</sup> Yani seçimlik cezaya tabi bir suçun işlendiği sabit olduktan ve ceza türlerinden birine hükmedildikten sonra çıkan af yasası diğer cezayı affetmişse, hükmedilen cezanın da af kapsamında olduğu düşünülmemelidir.

765 sayılı mülga TCK m.98'de “kanun veya kararnamesinde aksi yazılı olmadıkça” özel affin fer'i ve mütemmim cezalara etki etmeyeceği yazılı idi. 5237 sayılı TCK bakımından fer'i ve asli ceza ayrımı kaldırıldığından artık mesele güvenlik tedbirleri ekseninde incelenebilir. Ancak hak yoksunluklarını, özel nitelikleri gereği, güvenlik tedbirleri incelemesinden ayrı tutmakta fayda vardır.

TCK m.65/3'te cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının, özel affa rağmen etkisini devam ettireceği yazılıdır. Bu genel kurala rağmen her bir özel af yasasıyla hak yoksunlukları bakımından ayrıksı düzenleme yapmak mümkündür. Kanaatimizce her şeyden önce, hak yoksunlukları arasında, birincisi, fiilen infaz edilmeye bağlı olup olmamalarına göre; ikincisi de, geçici veya sürekli olmalarına göre ayırım yapılması yerinde olur. İnfazın fiilen gerçekleşmesine bağlı olan örneğin TCK m.53/1-c'de düzenlenen velayet, vesayet, kayımlık gibi bazı medeni hakları kullanma ehliyetinden mahrum kalma hali (diğer adıyla “yasal kısıtlılık”) özel af karşısında, bu yönde açık hüküm olmasa bile, ortadan kalkmalıdır. Aslında bu sonuca 53. maddenin 3. fıkrasıyla da varmak mümkündür. Anılan hüküm, hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen kimselerin velayet, vesayet, kayımlık yetkilerini kullanabileceklerini, bu konuda mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi vermeksizin, kabul etmektedir. Buradan hareketle özel af ile ceza ortadan kaldırıldığında da aynı sonuca varmak gerekir. Bu

---

<sup>423</sup> KEYMAN: s.115.

kabul ilk bakışta m.65/3'te yer alan hükümle çelişir gibi gözükmektedir. Ancak ertelemedeki deneme süresi içinde veya koşullu salıverme döneminde dahi bu haklar kullanılabiliriyorsa özel af ile cezanın ortadan kalkması halinde, evleiyetle kullanılmalıdırlar. Özel affin, hapis cezasını azaltması halinde de kısıtlılık hali, infaz süresince söz konusu olacaktır.<sup>424</sup> Hapis cezasının fiilen infaz edilmesinin zorunlu sonucu olmayan hak yoksunlukları ise(örneğin, vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif veya siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan mahrum kalma), özel af kanununda aksine hüküm yoksa varlıklarını koruyacaktır. Kısacası hapis cezasının yol açtığı ve TCK'nın yeni sistemine göre tümünün geçici (sürelili) olarak öngörüldüğü hak yoksunluklarının kendi aralarında, infazın gerçekleşmesine bağlı olup olmamalarına göre ayrılması yerinde olacaktır; zira varılan sonuç buna göre değişmektedir.

Ancak TCK dışındaki bir kanundan kaynaklanan mahkumiyete bağlı sürekli nitelikli bir hak yoksunluğu söz konusuysa, bunun hakkında, infazın gerçekleşmesine bağlı olup olmadığı ayrımı yapılması gereksiz olur. Zira sürekli hak yoksunlukları infaza rağmen mevcuttur. Ceza infaz edilip tamamlansa ya da infaz edilmiş sayılsa dahi bu yoksunluklar varlığını korumaktadır. TCK ile sürekli hak yoksunluğunun önüne geçildiği iddia edilmişse de; genel af bahsinde üzerinde yoğun biçimde durulduğu üzere, sürekli hak yoksunlukları, mevzuatımızda halen mevcuttur. Ceza ile birlikte bunun da ortadan kaldırıldığı açıkça öngörülmediği sürece, özel af hiç olmamış gibi hüküm ifade etmeye devam eder. Böylece gerekli koşullar oluştuğu zaman, usulü Adli Sicil Kanunu m.13/A' da belirlenmiş olan, yasaklanmış hakların

---

<sup>424</sup> **KEYMAN:** s.115 ve 116. Kural olarak özel affin fer'i cezalara etki etmeyeceğini belirten 765 sayılı Kanun döneminde de "kanuni mahcuriyet" bakımından durum böyle idi. Bkz. 765 sayılı TCK m.98.

iadesi yolunun işletilmesi mümkündür. Belirtilmesi gereken bir husus da, cezayı azaltan veya değiştiren özel aflar söz konusu olduğunda, sürekli hak yoksunluğuna yol açan cezanın hangisi -mahkemenin hükmettiği ceza mı, yoksa özel af ile indirildikten ya da değiştirildikten sonraki ceza mı- olduğu bakımından tereddüt yaşanabileceğidir. Nitekim bu tereddüt, geçmişte yargı kararlarına yansımıştır. Ancak Yargıtay'ın da isabetli olarak belirttiği üzere<sup>425</sup>, özel afla değiştirilen ya da süresi azaltılan hapis cezasının değil; sürekli hak yoksunlukları bakımından, hükümde belirlenen somut cezanın esas alınması gerekmektedir.

Mahkumiyete bağlı hak yoksunlukları veya cezanın fiilen infaz edilmesine bağlı olarak doğan kısıtlılık halleri gibi değil de; işlendiği sabit olan suç ile ortaya çıkan ve failin tehlikeliliğini gidermeye yönelik olan güvenlik tedbirleri de, özel affa rağmen varlıklarını koruyacaktır. Örneğin akıl hastalarına, madde bağımlılarına ve çocuklara ilişkin güvenlik tedbirleri bunlardandır. Bunların genel af halinde ortadan kalkması ve -varlıklarına olan ihtiyaç sürmekteyse- idari tedbirlere dönüşmeleri hakkındaki görüşümüzün, özel aflar bakımından geçerli olması mümkün değildir. Zira özel af, cezayı kaldırırken; aynı etkiyi, işlendiği sabit olan suç ve buna bağlı mahkumiyet üzerinde göstermemektedir. Özel affa rağmen suç işlendiği olgusu sabit kalmakta, mahkumiyet varlığını korumaktadır. Sözü edilen ikinci tür güvenlik tedbirleri de bu temel üzerine inşa edildiklerinden, özel afla birlikte, hukuki olarak varlık temellerini yitirmiş olmazlar. Kısacası cezanın infaz edilmesine bağlı olanlar ve ayrı bir kategori olarak incelediğimiz hak yoksunlukları dışındaki güvenlik tedbirlerinin, özel af ile ortadan kalkmayacakları kabul edilmelidir.

---

<sup>425</sup> **DÖNMEZER – ERMAN:** s.242.; Ceza Genel Kurulu 1951 tarihli bir kararında “*TCK.nun 31. maddesinin tatbikinde afftan evvel hükmolunan cezanın esas tutulması icap ederken af kanunu ile indirilen cezanın esas tutularak ... hidematı âmmeden mahrumiyet cezası verilmesi*”nin yolsuz olduğuna karar vermiştir. Bkz. CGK 04.06.1951 E.1-9 K.19 künyeli karar (Bkz. **KEYMAN:** s.115, 73 No.lu dipnot)

Özel affin adli sicil kayıtları üzerinde de herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira mahkumiyet varlığını koruduğundan, buna ilişkin kaydın sicilden çıkarılmasına da imkan yoktur.

Özel affa uğrayan bir mahkumiyet tekerrüre esas teşkil etmektedir. Bunun gibi, özel afftan sonra işlenen yeni bir suç hakkında muhakeme başlatıldığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve cezanın infazının ertelenmesi gibi kurumların uygulanması artık mümkün olamaz. Nitekim bunlar için gereken “daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamak” şartı gerçekleşmemektedir. Elbette bu durum önceki suçun taksirli olması ihtimali için geçerli değildir. Zaten taksirli bir suça dayalı mahkumiyet, affa uğrasa da uğramasa da, bu şartın gerçekleşmesine engel değildir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanma ihtimalinin söz konusu olduğu bir dava sırasında özel af çıkarsa -özel affın öncelikli olarak uygulanması gerektiğine dair açık bir kanuni düzenleme olmadığı takdirde- öncelikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması uygun olacaktır. Zira beş yıllık deneme süresi iyi halli olarak geçirildiğinde suç hiç işlenmemiş kabul edileceğinden hükmün açıklanmasının geri bırakılması daha lehedir. Şayet beş yıllık süre içinde yeniden kasıtlı bir suç işlenirse ilk mahkumiyet hükmü de açıklanacağından, özel affın, işte bu noktada devreye girmesi gerekmektedir. Ancak belli bir süre içerisinde teslim olma ya da mağdurun zararını karşılama gibi süreye ilişkin bir şarta bağlı olan özel af bakımından beş yıllık deneme süresinin beklenmesi sorun teşkil edebilir. Çünkü bu süre beklenirken özel affın uygulama koşulları yitirilmiş olabilir. Sürenin dolmasına az bir zaman kala yeniden kasıtlı bir suç işleyen ve bu nedenle hakkındaki eski hüküm de açıklanan kimse, şarta bağlı olan ve bu

şartın yerine getirilemediği özel af kanunundan yararlanamayacak, ilk mahkumiyet hükmünün gerektirdiği cezayı çekecek ve ayrıca yeni suç hakkında da hakkında yargılama başlatılacaktır. İki kurumun birbiri ile yarışması ve birinin daha lehe olduğu için diğerine tercih edilmesi üzerine böylesi aleyhe bir sonucun doğması adalet duygusunu zedeleyicidir. Bu nedenle uygulama önceliği bakımından birbirleriyle yarışacak kurumların öngörülerek af kanunu ile önceden çözümlenmesi yerinde olur.

Erteleme kurumu bakımından meselenin çözümü daha da zordur. Mülga ceza kanunu döneminde ertelemenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu gibi düzenlendiği, yani sürenin iyi halli geçirilmesi ile suçun hiç işlenmediği kabul edildiği için dönemin yazarları, bizim yukarıda belirttiğimiz çözümü, erteleme(tecil) için ileri sürmüşlerdir. Özel af hükümden önce çıkmışsa buna rağmen erteleme kararı verilebileceğini ve deneme süresinde suç işlenmezse mahkumiyetin gerçekleşmemiş sayılacağını; suç işlenirse de ilk cezanın özel af nedeniyle infaz edilemeyeceğini belirten bu yazarlar, hakkında erteleme kararı verilmiş bir cezanın özel affa uğraması halinde de ertelemenin devam edeceği sonucuna varmışlardır.<sup>426</sup> Bu görüşler, yukarıda hükmün açıklanmasının geri bırakılması hakkında yapılan açıklamalarımızı destekler niteliktedir. Ancak erteleme kurumunun yeni düzenlemesi(TCK m.51) karşısında, özel affın bu kurumla ilişkisi noktasında tereddüt artmaktadır. Nitekim artık, erteleme sonrası deneme süresi iyi halli geçirildiğinde suçun işlenmediği değil; cezanın infaz edilmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu durumda hükmü veren mahkeme, cezanın özel af ile kaldırılmasını mı, yoksa cezanın erteleme sonrası infaz edilmiş sayılmasını mı tercih etmelidir? Kanaatimizce henüz hükmedilmemiş bir cezanın

---

<sup>426</sup> DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.243.; KEYMAN: s.113 ve 114. ; SÖZÜER: s.251.

hem ertelemeye hem de özel affa konu olabileceği öngörüldüğünde öncelikle somut şartların değerlendirilmesi yapılmalıdır. Özellikle ceza mahkumiyetine bağlı sonuçlar bakımından durum nasıl lehe çözümleniyorsa, mahkumiyet hükmü verildikten sonra, o yol tercih edilmelidir. Ancak sonuç hemen hemen birbirine denk olduğunda özel affın tercih edilmesi daha makuldür. Çünkü bu durumda erteleme kurumunun öngördüğü beş yıllık deneme süresi uygulaması, başlı başına daha aleyhe olacaktır.

Belirtelim ki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına veya ertelemeye karar verildikten sonra bu kararların özel af ile ortadan kaldırılması mümkün değildir. Deneme süresi içinde kasıtlı bir başka suç işlenmediği takdirde, özel affın uygulanması artık mümkün olmaz.<sup>427</sup>

Yargılama giderleri bakımından TCK'da, yalnızca genel af halinde bunun sanıktan istenemeyeceğine ilişkin hüküm bulunduğu(TCK m.74/3), özel affa yargılama giderlerinin tahsil edilmesi mümkündür.<sup>428</sup> Zaten, yalnız cezaların ve bu sayede hükümlülerin özel af kapsamına alınması söz konusu olduğu için, bu kabul için doğası gereğidir. Yargılama tamamlanacak, bunun sonucunda sanık, "hükümlü" statüsüne geçerse yargılama giderlerini karşılayacak (CMK m.325/1) ve cezası özel affa kaldırılmışsa affın gerekleri bu noktada yerine getirilecektir.

İçtima konusundaki ilk inceleme alanı olan cezaların içtimasında özellik arz eden bir husus, özel affa da bulunmamaktadır. Her bir ceza özel affın kapsamına girme bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. Esasen gerek olmamakla birlikte, bu hususun açıkça belirtilmesi de mümkündür. Örneğin 2330 sayılı Af Kanunu bakımından uygulamada tereddüt doğmuş olacak ki, yasama yorumunun kabul

---

<sup>427</sup> DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.243.; KEYMAN: s.113 ve 114.

<sup>428</sup> DÖNMEZER – ERMAN: C.III, s.240.

edildiği bu dönemde, kanunun 3. maddesinin tefsiri yapılmıştır.<sup>429</sup> Buna göre ilgili af kanununun, cezalarda indirim yapan özel af niteliğindeki 3. ve 4. maddelerinin, birden fazla suç işleyenler hakkında her bir suç için verilmiş cezalardan ayrı ayrı indirme yapılmak suretiyle uygulanacağı yasama organınca belirlenmiştir.

Suçların içtimasında ise, bileşik suç bakımından durum genel aftaki ile aynıysa da; fikri içtima ve zincirleme suç bakımından farklı sonuçlar söz konusudur.

Fikri içtimaya ilişkin olarak, genel affın bu fikri oluşumu engellediği yukarıda belirtilmişti. Özel af ise suçu ortadan kaldırmadığı için fikri içtimanın oluşumuna engel teşkil etmemektedir.<sup>430</sup>

Zincirleme suç bakımından, genel afta olduğu gibi, her suçun bağımsızlığını koruduğu görüşünün özel afta da geçerli olduğu ileri sürülmüştür.<sup>431</sup> Ancak ceza miktarı ölçütüne bağlı olarak kapsamı belirlenmiş bir özel af hakkında<sup>432</sup> bu düşüncenin benimsenmesi kanaatimizce mümkün değildir. Zira bu ölçütteki ceza, somut ceza, yani mahkemece hükmedilen cezadır. Zincirleme suçun farazi bir birlik olduğu kabul edilirken, bunun yalnızca kanunda açık olarak sayılan istisnalar bakımından birlik olduğu, onun dışında kalan durumlarda ise her bir suçun bağımsızlığını korumaya devam ettiği, yukarıda belirtilmişti. Zincirleme suç şeklinde işlenen suçlara tek ve ağırlaştırılmış bir cezanın verilmesi de, hukukumuzda öngörülen üç istisnadan birisidir (TCK m.43/1). Özel affın yalnız somut cezayı etkilemesi karşısında, bir özel af kanunu ile örneğin üç yıla kadar olan hapis cezaları tamamen kaldırıldığında, affın kapsamına girip girmeme değerlendirmesi, zincirleme suç için verilen tek ceza üzerinden yapılmalıdır. Bu cezanın üç yıldan az olması

<sup>429</sup> 11.04.1935 tarih ve 2981 no.lu RG

<sup>430</sup> **ÖZEN Mustafa:** s.143.

<sup>431</sup> **YALÇIN SANCAR:** Müteselsil Suç, s.138.

<sup>432</sup> Hemen hemen bütün özel afflar, ceza miktarı ölçütünü kullanmaktadır.

halinde ceza ortadan kalkar. Ancak her bir suçun kanunda öngörülen soyut cezası üç yıldan az, ama zincirleme suç şeklinde işlendikleri sabit olduğundan bunlara örneğin beş yıl hapis cezası verilmişse, artık bu cezanın özel affa uğradığı düşünülemez. Zira zincirleme suç hakkında mahkumiyet hükmü verilirken her bir suç bakımından önce birden fazla sayıda ayrı cezaya hükmedip sonra bunların azaltılması değil; tek cezaya hükmedip bunun arttırılması söz konusudur. Ayrı ayrı somut cezadan söz edilemediğine göre, o zaman özel af bakımından da her suçun bağımsızlığını koruduğunu savunanlar, ayrı ayrı suç derken ayrı ayrı soyut cezayı kastetmektedirler. Ancak bu da özel affın, somut cezaya etki eden niteliği ile bağdaşmamaktadır. Fakat somut ceza miktarı ölçütü değil de, özel af için suçun maddi konusunun değerine ilişkin bir ölçüt esas alınmışsa, örneğin değeri 3000 TL'ye kadar olan hırsızlık suçlarından dolayı hüküm giymiş olanların cezaları affedilmişse, bu kez zincirleme suç şeklinde işlenen tüm suçların yarattığı zararın toplam değeri değil; bu suçların her birinin maddi konusunun esas alınması, yani zincirleme suçun bölünebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Artık burada zincirleme suçu bir bütün kabul edilmesini gerektirecek bir istisna yer almamaktadır.

Özel hukuk alanındaki sonuçların, yani üçüncü kişilerin tazminat haklarının, genel afftan dahi etkilenmezken özel afftan etkilenmeleri mümkün değildir. Roma hukukundan beri gelen bu kuralı katı biçimde benimseyen bazı yazarlar, özel affın yalnızca üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesi kaydıyla çıkarılabileceğini dahi ileri sürmüşlerdir.<sup>433</sup> Ancak bu aşırı bir düşüncedir. Şarta bağlı özel aflar gibi şarta bağlı olmayanların da varlığını kabul ettiğimiz için, bu düşünceye katılmamız mümkün değildir.

---

<sup>433</sup> Bilgi için bkz. **KEYMAN**: s.127.

İdare hukuku alanındaki etkiler bakımından özel af tartışmaya açık çok da mesele yoktur. Bu alanda yalnızca, mahkumiyetin cezai sonucu niteliğindeki ve uygulanmaları için idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı disiplin cezaları ile kabahatler karşılığında idari yaptırımlar bakımından özel affin etkisi söz konusu olabilir. Bu da ancak özel af kanunu açık bir hüküm öngörmüşse, mümkündür. Böyle bir düzenlemenin yapılmaması halinde ise bu yaptırımların ortadan kalkmayacağı kabul edilmelidir. Zira özel af, kural olarak yalnız asli cezaya etki etmekte; mahkumiyete ilişkin -cezai nitelikte de olsa- diğer sonuçlara dokunmamaktadır. Bu durumda, ceza mahkumiyetinden bağımsız olarak uygulanabilen disiplin cezaları ile idari yaptırımlar bakımından özel affin etkisinin bulunmayacağı muhakkaktır. Hatta bunun aksine özel hüküm öngörülmesi, sadece özel affin değil, ceza hukuku bağlamındaki affin her iki türünün de niteliği ile bağdaşmamaktadır.

Ayrıca Kabahatler Kanununun 15. maddesinde öngörülen “suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan haller” kavramına özel af da dahil olacağından, daha önce suç nedeniyle uygulanamayan idari yaptırım, özel af sonrası uygulanabilir hale gelecektir.

## **B. Cumhurbaşkanının Bireysel Bağışlama Yetkisi**

### **1. Genel Olarak**

Tarih boyunca imparatorların, kralların, devlet başkanlarının cezalandırmaya yetkili oldukları gibi affetmeye de yetkili oldukları kabul edilmiş ve af yetkileri, iktidarların bir parçası, hatta göstergesi olarak addedilmiştir. Örneğin Fransa’da 12 Ocak 1816 tarihli genel af kanunu çıkartılırken genel affin, kralın münhasıran kendisine ait bir yetki, tacın ayrılmaz bir imtiyazı olduğuna vurgu yapılmış ve kralın

kendisi istediği için bu konuda meclise danıştığı belirtilmiştir.<sup>434</sup> Ancak monarşilerin yıkılıp cumhuriyetlerin kurulması sonrası, iktidar gücü ile birlikte genel affa yetkili olan organ da değişmiştir. Suçu ve cezayı koyan organ ile bunu geçici süreyle de olsa ortadan kaldıran organın aynı olması gerektiğine göre artık genel affın, yalnızca parlamentolar<sup>435</sup> veya yürütme organı ile yasamanın işbirliği ile yapılması, dünya üzerindeki en yaygın usuldür.<sup>436</sup> Devlet başkanlarına tanınan bireysel af yetkisinin ise temeli, ortaçağda kralların sahip olduğu “*ius dispensandi*” (muafiyet verme hakkı) kurumu; yani kendi koyduğu ve herkes için uygulanan kanunlardan belli kimseleri geçmişe veya geleceğe etkili olacak şekilde muaf tutma yetkisiydi.<sup>437</sup> Yalnızca yetkide paralellik gereği değil; aynı zamanda hükümdarların en adil kararı vereceklerine olan inanç da bu yetkinin meşruiyetini sağlamlaştırmıştır.<sup>438</sup> Günümüzde bu yetki, tarih süzgecinden süzülmesine rağmen, pek çok hukuk sisteminde halen aynı organda varlığını korumaktadır. Ancak yetkinin kullanımı, genellikle belli sebeplerin varlığı ile sınırlandırılmış, bu nedenle takdiri olma özelliği bile tartışılır hale gelmiş ve hukuki niteliği itibariyle yalnızca özel af olan yeni formuna bürünmüştür.

Devlet başkanları tarafından günümüzde kullanılmaya devam eden cezanın kaldırılması veya hafifletilmesi yetkisi, İtalyancada “*grazia*”, Fransızcada “*grâce*”,

---

<sup>434</sup> Bkz. **KEYMAN**: s.79.

<sup>435</sup> Hukukumuzda genel affı çıkarmaya tek yetkili organ TBMM’dir (AY m.87). İtalyan Anayasası m.79 da genel af yetkisini yalnız parlamentoya tanımaktadır. Portekiz Anayasasında da genel affa yetkili tek organın Cumhuriyet Meclisi olduğu yönünde hüküm bulunmaktadır. Fransız Anayasası m.34 de aynı yönde düzenleme getirmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖZLER**: “*Karşılaştırmalı*”: s.306-315.

<sup>436</sup> İzlanda’da diğer ülkelerden farklı olarak, hem genel hem de özel affa Cumhurbaşkanı yetkilidir. Ancak yine de bu işlem bir bakanın karşı imzasıyla yapılmaktadır. Japonya’da genel ve özel af yetkisi ise imparatora verilmiştir; ancak bu yetki hükümetin önerisi ve onayıyla kullanılabilir. Bkz. **GÖZLER**: “*Karşılaştırmalı*”: s.313.

<sup>437</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖZLER**: “*Karşılaştırmalı*”: s.305.

<sup>438</sup> 19.yüzyılın sonunda İtalya’da yazılan bir makalede hala bu anlayışın izlerine rastlanmaktadır. Makalenin bir bölümünde, kimsenin devletin başındaki kişiden daha iyi bilgi sahibi ve adil olamayacağından hareketle, devlet başkanına ait af yetkisi desteklenmiştir. **GAGLIARDI**: s.2016.

Almancada “*gnade*”, İngilizcede ise “*pardon*” sözcükleriyle karşılanmaktadır. Sözcüğün Latince kökeni “*gratia*” olup; “Tanrı yardımı” anlamıyla ilk olarak Fransızcaya girmiştir.<sup>439</sup>

Kurumun Türk hukuk sisteminde düzenleniş biçimi gereği taşıdığı hukuki nitelik, bu dillerin konuşulduğu devletlerde olduğundan farklı değildir. Ancak Türkçede, Cumhurbaşkanına tanınan cezaları kaldırma ve hafifletme yetkisine ayrı bir isim verilmemiştir. Bu kurum genellikle “Cumhurbaşkanının bireysel özel affı” olarak adlandırılmaktadır. Esasen 1982 Anayasasının genel ve özel af terimlerine yabancı olmaması (m.87’nin parlamentoya verdiği yetkide “genel ve özel af ilanı” ifadesi kullanılmıştır) ve Cumhurbaşkanına bu yetkinin verildiği maddede genel ve özel af değil; “cezaları kaldırmak ve hafifletmek” ifadesi kullanıldığı için, bu işlemi özel af olarak görmeyen yazarlar mevcuttur.<sup>440</sup> Daha önce de belirtildiği gibi, biz bu işlemin konu itibarıyla sınırlandırılmış ve bireysel nitelikli bir özel af olduğu kanaatindeyiz. Ancak gerek bu zorunlu sınırlandırmalar, gerekse işlemi uygulayan organın diğer af türlerine yetkili organlardan farklı olması ve bunlara ek olarak, işlemin atıfet (bağışlayıcılık) yönünün çoğunlukla toplu nitelikteki diğer aflara nazaran ağır basması nedeniyle “*bireysel bağışlama*” terimini tercih etmekteyiz.<sup>441</sup>

Anayasamızın 104. maddesinde “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak” yetkisi tanınan Cumhurbaşkanının, bu yetkisini uygulamada hangi şekli kaynak ile kullandığı üzerinde affın şekli kaynakları bahsinde durulmuştur.

---

<sup>439</sup> GÖZLER: “*Karşılaştırmalı*”, s.300.

<sup>440</sup> Bkz. EREM: Ümanist Doktrin, C.II, s.430-444. Yazar, niteliği itibarıyla af olmadığını iddia ettiği bu işlemi, genel ve özel af başlıklarından sonra gelen ayrı bir “*devlet başkanının cezaları kaldırma, hafifletme yetkisi*” başlığı altında incelemektedir.

<sup>441</sup> Bu terimi tercih sebebimize ilişkin diğer açıklamalara daha önce yer verilmiştir.

Bireysel bağışlama yetkisi özünde bir özel aftır. Bu yetki, yalnızca özel af tasarrufunu yapan organ bakımından değil; aynı zamanda konu ve kişi bakımından da sınırlandırıldığından parlamento tarafından çıkarılan özel af hakkında yapılan tüm açıklamalar burada geçerli değildir. Zira Cumhurbaşkanının cezaları kaldırması veya azaltması, özel affin bir türü olan bireysel özel aflardandır. Ayrıca bu af, sürekli hastalık, sakatlık, kocama şeklinde tahdidi olarak sayılan üç durumdan birinin yerine gelmesi ile söz konusu olabileceğinden; faile bağlı subjektif bir nedenle sınırlandırılmış, kısmi bir özel aftır. Yine de hukuki niteliği ve sonuçları itibariyle özel aftan herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Her özel af gibi, bu af da, yalnızca cezaya etki eder. Bu etki bakımından yapılan bir tartışma, Anayasanın metninde yer alan "...cezalarını kaldırmak veya hafifletmek" ifadesinden kaynaklanmaktadır. Burada cezaları değiştirmekten açıkça söz edilmediğine göre özel affin etkilerine dayalı türlerinden biri olan cezayı değiştiren (dönüştüren) özel affin bu yetki kapsamında olmadığı düşünülebilirse de<sup>442</sup>; cezayı, tümüyle kaldırmaya yetkili olanın daha hafif bir ceza ile değiştirmeye yetkili olmadığı savunulamaz.<sup>443</sup> Bu nedenle Cumhurbaşkanı, somut cezayı, daha hafif olduğu şüpheye yol açmayan yeni bir cezaya dönüştürmek bakımından da yetkilidir.

Özel affin türleri arasında şarta bağlı özel afların da bulunduğu yukarıda belirtilmişti. Bireysel bağışlamada ise Cumhurbaşkanının yeni bir şart öngörme yetkisi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanının, sürekli hasta olduğu Adli Tıp raporuyla sabit olan bir mahkumun cezasını kaldırma yönündeki iradesini kullanmasından önce, örneğin mağdurun zararının karşılanmasını şart koşması

<sup>442</sup> "*Cumhurbaşkanı af yetkisini kullanarak hükümlü hakkındaki cezayı bir başka cezaya dönüştüremez, hükmolunan cezada veya cezaya ilişkin suçun niteliğinde bir değişiklik yapamaz.*"  
**ÖZKUL:** s.141.

<sup>443</sup> Aynı yönde bkz. **DÖNMEZER – ERMAN:** C.III, s.239.; **MERAY:** s.38.; **CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT:** s.742.

düşünülemez. Böyle bir şartın öngörülmesi, aksi görüş bulunmakla birlikte, sebep ve amaç bakımından bireysel bağışlamayı diğer af türlerinden ayıran merhamet duygusu ile bağdaşmamaktadır.<sup>444</sup> Dolayısıyla özel affin bir türü olan bireysel bağışlamanın, kısmi ve bireysel olmasının yanında; aynı zamanda şarta bağlı olmayan özel aflardan olduğu sonucuna varmak mümkündür.

Yasama organınca yapılan özel affin sonuçlarına ilişkin buradaki farklardan biri, bu işlemin kanun değil Cumhurbaşkanı kararnamesi yoluyla yapılması nedeniyle, fer'i ceza niteliğindeki cezai sonuçların, -özel olarak öngörülse bile- kaldırılamayacağıdır. Bu kapsama güvenlik tedbirleri adıyla düzenlenen, ancak mahkumiyetin fer'i ceza şeklindeki cezai sonucu sayılabilecek hak yoksunlukları ve bu nitelikteki disiplin cezaları da dahildir. TCK m.65/3'te yer alan "*Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları özel affa rağmen etkisini devam ettirir*" şeklindeki hükme, Cumhurbaşkanı kararnamesiyle istisna tanımak mümkün değildir. 765 sayılı mülga TCK m.98'de ise özel affin, "*kanun veya kararnamesinde hilafı yazılı olmadıkça*" fer'i ve mütemmim cezalara tesir etmeyeceği belirtilmiş; yani istisnai olarak cezai diğer sonuçlara etki etmenin önü, Cumhurbaşkanı kararnamesi için de açık tutulmuştu.<sup>445</sup> Bu yönde bir düzenlemeye yeni TCK yer vermemiştir.

Ayrıca bu işlem, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebepleriyle sınırlandırıldığı için özü gereği yalnız hapis cezalarına yöneliktir. Yasama organı

---

<sup>444</sup> Aynı yönde bkz. **ÖZKUL**: s.142.; Devlet başkanının bu yetkisinin, affin diğer türlerinden farksız olarak, şarta bağlanabileceği yönündeki aksi görüş için de bkz. **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.439. Ayrıca İtalya'da da "grazia" adı verilen affin bu türünün şarta bağlanabileceği kabul edilmiştir. Bkz. **BETTIOL**: s.802.; **CANESTRARI – CORNACCHIA – DE SIMONE**: s.852.; **BATTAGLINI**: s.594.

<sup>445</sup> Gerçi bu dönemde de, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama şeklinde sayılan üç halin, fer'i cezanın kalkması sonucu ile bağdaşmadığı tartışması yapılmış ve Cumhurbaşkanlarımızdan bu yolu tercih etmesine rastlanmadığı belirtilmiştir. Bkz. **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.437.

tarafından yapılan özel affın, TCK m.65/2 gereği yalnız hapis cezasına matuf olduğuna yukarıda değinilmiş; ancak bunun aksinin, örneğin adli para cezalarının da kaldırılmasının, özel af yasasıyla öngörülebileceği eklenmişti. Burada ise hapis cezası dışındaki bir ceza türünün sürekli hastalık, kocama veya sakatlık nedeniyle kaldırılmasının söz konusu olamayacağı açıktır. Adli para cezasını kaldırmak için bu sayılan sebepler kullanılamaz. Sonuçta hapis cezası dışındaki bir ceza türünün Cumhurbaşkanınca kaldırılması veya hafifletilmesi, işlemi konu bakımından sınırlandıran Anayasa m.104 ile işin doğası gereği ve yalnızca hapis cezaları bakımından özel af yapılabileceğini öngören TCK m.65/2 ile pozitif hukukumuz bakımından engellenmiştir. Yabancı hukuk sistemlerinde ise bireysel bağışlama yetkisinin yine kişisel durumlara özgü olduğu, ancak konu veya ceza türü gibi ölçütlerle sınırlanmadığı görülmektedir.<sup>446</sup> Böylece bizim dışımızdaki pek çok ülkede, adli hata<sup>447</sup>, yaşlılık gibi nedenlerle de hapis cezası kaldırılabilmekte<sup>448</sup> ya da örneğin yoksulluk nedeniyle adli para cezasının affında bir engel bulunmamaktadır.

---

<sup>446</sup> “1982 Türk Anayasası dışında diğer anayasaların hiçbirinde devlet başkanlarının gras yetkisi sebep unsuru bakımından sınırlandırılmamıştır.” Bkz. **GÖZLER**: “Karşılaştırmalı”, s.321. Yazarın, kurumun Fransızca karşılığının okunuşunu Türkçe karakterlerle kaleme alıp “gras” olarak adlandırdığı yetki, Cumhurbaşkanının bireysel bağışlamasıdır. Bu terimi tercih etmesindeki sebep olarak, yazar, Türkçedeki genel ve özel af ifadelerinin, Fransızcadaki amnistie ve grâce terimleri için doğru çeviri olmadığını belirtmektedir ve bu kavramların Türkçeye *amnisti* ve *gras* şeklinde aktarılmasını önermektedir. Bkz. **GÖZLER**: “Karşılaştırmalı”, s.300.

<sup>447</sup> Adli hatanın, bireysel özel affa başvurmak için ihtiyaç doğuran sebeplerin başında geldiği ve hukukumuzda Cumhurbaşkanına tanınan af yetkisi bakımından bu eksikliğin giderilmesi gerektiği görüşü için bkz. **TANER Tahir**: s.673 ve 674.

<sup>448</sup> İtalya’da Ekim 2011’de Devlet Başkanı Giorgio Napolitano tarafından, kendi oğlunu öldürmekten dolayı mahkum olmuş 63 yaşındaki bir hükümlünün (Calogero Crapanzano) cezası kaldırılmıştır. Hükümlü, bu suçu işlemesinin altında yatan sebebin, öldürdüğü oğlunun ileri düzeyde akıl hastası olup (otizm) karısı ve kendisine sürekli şiddet uygulaması ve pek çok kuruma başvurmasına rağmen oğlu için yalnızca ilaç verilmesi üzerine birlikte yaşanması imkansız hale gelen oğlu için başka çaresi kalmaması olduğunu belirtmiştir. Hafifletilmiş de olsa 9 yıl 4 ay hapis cezasına çarptırılan hükümlünün bu cezası İtalyan Yüksek Mahkemesi (*La Corte Suprema di Cassazione*) tarafından onanmış ve mahkum bunun üzerine “*grazia*” yoluna başvurmuştur. Yargılama sırasında cezanın indirilmesini sağlamakla birlikte kusurluluğu kaldıran bir neden veya hukuka uygunluk hali olarak nitelendirilmeyen bu gerekçe, Devlet Başkanı tarafından cezayı kaldırmaya yeterli görülmüştür. Bu olaya ilişkin basına yansıyan haberler için bkz.

[http://www.corriere.it/cronache/11\\_ottobre\\_14/grazia-uccise-figlio-autistico\\_dd3db664-f678-11e0-abf0-c6818ffd4921.shtml](http://www.corriere.it/cronache/11_ottobre_14/grazia-uccise-figlio-autistico_dd3db664-f678-11e0-abf0-c6818ffd4921.shtml) (Erişim tarihi: 12.03.2012)

Yalnız sonuncusu değil; Cumhuriyetten sonraki tüm Anayasalarımız, sebep unsuruyla sınırlandırılmış bağışlama yetkisi tanımışlardır. 1924 Anayasası 42. maddesinin ilk fıkrası “*Cumhurbaşkanı, Hükümetin teklifi üzerine, daimi malullük veya kocama gibi özlük sebeplerden dolayı belli kimselerin cezalarını kaldırabilir veya hafifletebilir*” şeklindedir. 1961 Anayasasının Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini belirleyen 97. maddesinde ise 1982 Anayasasından farksız olarak “*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebilir veya kaldırabilir*” ifadesi yer almaktadır. Her iki ifade arasında dikkati çeken iki fark bulunmaktadır. Birincisi 1924 Anayasasındaki bağışlama sebeplerinin “daimi malullük veya kocama gibi şahsi sebepler” ifadesinden dolayı tahdidi olmadığıdır. Diğeri ise o dönemde Cumhurbaşkanının yetkisini kullanabilmesi için hükümetin bu yöndeki teklifinin şart koşulmasıdır. O zamanlar var olması için kolektif iradenin şart tutulduğu bu işlem, 1961 Anayasası ve sonrası dönemde ise şahsi bir yetki haline getirilmiştir. Ancak bu dönemde de yetkinin şahsiliği bakımından 61 ile 82 Anayasaları arasındaki bir önemli fark dikkati çekmektedir. 61 Anayasasında yer alan Cumhurbaşkanının bütün kararlarının, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanacağını belirten hüküm(m.98/2); Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin varlığını benimseyen 82 Anayasasında bulunmamaktadır. Bu durumda 61 Anayasası döneminde, diğer her işlemi gibi Cumhurbaşkanının bireysel bağışlama işlemi de, Başbakan ve adalet bakanının karşı imzalarıyla yapılmıştır. Ancak affın şekli kaynakları başlığında da belirtildiği gibi, tek başına yapılacak işlemleri tanıyan 82 Anayasasında bu işlemlerin hangileri olduğu yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Anayasanın ilk döneminde karşı imzalar ile kullanılan bu yetkinin, günümüzde Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanıldığını hatırlatmakta fayda

vardır. Ancak tekrardan kaçınmak adına, bağışlama işleminin somutlaştığı kararname örnekleri ve bu konudaki görüşümüze yeniden yer verilmemektedir.

Bu başlık altında ise üzerinde en çok durulması gereken meseleler, Cumhurbaşkanının bağışlama yetkisini kullanmadaki takdir yetkisi ve bu işlemten dolayı sorumluluğudur.

## 2. İşlemin Yapılma Usulü ve Cumhurbaşkanının Takdir Yetkisi

Takdir yetkisinin var olup olmadığı değerlendirmesi için öncelikle, işlemin gerçekleştirilebileceği üç halin, yani sürekli hastalık, sakatlık ve kocamanın içeriğine değinmekte fayda vardır. Bizim hukukumuzda özgü bu sınırlayıcı nedenlerin teknik olarak net kavramlar olmadığı, tıp alanındaki uzmanların dahi aynı olayda bu sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirmesinde farklı kanaat taşıyabilecekleri eleştirisi yoğun biçimde yapılmaktadır.<sup>449</sup> Biz de bu eleştirileri paylaşmakta ve çözümü gereken bazı sorulara yanıt aramaktayız. “Sürekli hastalık” için hastanın ne kadar süre tedaviye cevap vermemiş olması gerekecektir? Sakatlığın derecesi ve özellikle hangi organa ilişkin olduğu önem taşımakta mıdır? Örneğin bir gözü görmeyen kimse sürekli sakatlık nedeniyle bağışlanabilir mi?<sup>450</sup> Kocamanın tespiti için esas alınan ölçüt nedir? Bu ve bunun gibi sorunlar, düzenleyici bir işlem ile belirlenmediği sürece, uygulama tarafından çözülmeye muhtaçtır. Ancak uygulamada tereddüt yaşanmayan bir noktaya da gelinse; olması gereken hukuk

---

<sup>449</sup> **EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.432 ve 433. *Keyman*, özellikle “sürekli hastalık” ifadesinin lafzi yorum kuralları ile dahi kıyaslamaya elverişli bulunmadığı eleştirisini yöneltmekte ve bu ifade yerine daha teknik olan “hayati tehlike doğuracak şekilde sürekli hastalık”, “hareket serbestisini selmeden sürekli hastalık” gibi terimlerin benimsenmesinin daha doğru olacağına işaret etmektedir. Bkz. **KEYMAN**: s.94 ve 95.

<sup>450</sup> Karşılaşılan bir somut olayda, suç anında kör olan bir suçlunun bu sakatlığı nedeniyle cezasının kaldırılması teklifi, Cumhurbaşkanınca kabul edilmemiştir. (**EREM**: Ümanist Doktrin, C.II, s.434’ten naklen)

bakımından, tıbbi açıdan kesinlik arz eden ifadelerin kullanılması gerektiği görüşüne katılmamak mümkün değildir.

Takdir yetkisinin tespitinde önemli olan diğer husus da, bağışlama işlemini yürürlüğe koyan kararnamenin öncesindeki süreçtir. Bu konuya Anayasa ve kanunlarda açıklık getirilmemiştir. Sürecin başlaması için hükümlünün başvurusunun şart olup olmadığı; başvuru şart ise bunun doğrudan Cumhurbaşkanlığına mı yoksa öncelikle Adalet Bakanlığına mı yapılacağı; şart değil ise Cumhurbaşkanının kendiliğinden bağışlama yetkisini kullanmasının uygulamada nasıl mümkün olacağı meselesi üzerine düşünmek gerekir. Bunun devamında Adli Tıp Kurumundan gelen sürekli hastalık, sakatlık veya kocama hallerinden biri veya birden fazlasının bulunduğu dair rapora rağmen bağışlama işlemi yapmama imkanı olup olmadığı; sayılan bu haller dışında Cumhurbaşkanının takdirini sınırlayan başka nedenlerin varlığı ve işlemi geri alıp alamayacağı konuları da açıklığa kavuşması gereken diğer hususlardır.

Öncelikle belirtelim ki, ceza hukuku alanına giren bir mesele olması itibariyle, Cumhurbaşkanının bireysel bağışlama yetkisinin de kanun ile düzenlemesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu işlem, ceza hukuku alanında doğurduğu sonuçlar bakımından, yasama organınca yapılan özel aftan çok da farklı değilken, yalnızca Anayasanın Cumhurbaşkanına verdiği görev ve yetkiler arasında sayılan bir cümleden ibaret kalması; bunun dışında usule ilişkin hiçbir hükmün kanun düzeyindeki bir düzenleyici işleme konu olmaması, belirsizliğe yol açmaktadır. Anayasal bir kurum olmakla birlikte teknik açıdan ceza hukuku alanına girdiği şüphesiz olan bu yetkinin kullanımındaki belirsizlik, kişisel değerlendirmeler ile çözüme ulaşma ihtiyacını doğurmakta ve bunun yol açacağı yorum farklılıkları, ceza

hukukunun en temel ilkelerinden kanunilik ile bağdaşmamaktadır. Üstelik örneğine diğer ülkelerde rastlanmayan biçimde bu yetkinin alanı sürekli hastalık, sakatlık ve kocama gibi tıbbi yönden çok da net olmayan kavramlarla sınırlandırılmışken ve Anayasada bu yetkinin Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılıp kullanılmadığı noktasında dahi bir açıklık bulunmazken; kanunun devreye girip meseleyi düzenlemesi gerekmektedir. Son olarak açık kanuni dayanakları bulunan bir usulden söz edilemediği ve uygulamada Cumhurbaşkanları bu yetkisini tek başına kullandıkları için sebep ve konu yönünden olduğu gibi; usule aykırılık nedeni ile de kararnamenin iptali gündeme gelmemektedir. Oysa örneğin Amerika Birleşik Devletlerinin Mississippi Eyaletinde Şubat 2012’de gündeme gelen bir olayda eyalet yüksek mahkemesinin, eyalet valisinin kullandığı özel af (*pardon*) yetkisinin usule aykırılık gerekçesiyle iptal edebilirliği tartışılmıştır.<sup>451</sup> Valinin verdiği iki yüz af kararından on tanesine itiraz edilmesini ve bu itirazların tartışılmaya değer bulunmasını sağlayan, af yetkisi kullanılmadan önceki süreçte cezaları kaldırılması düşünülen kişilerin isimlerinin suçun işlendiği yere ait gazetede bir ay boyunca yayımlanması şartı öngören Mississippi Eyalet Anayasası hükmüdür(m.124). Henüz nihai kararın verilmemiş olduğu bu davada, haklarında gazetede yayımlanma sürecinin işletilmediği on adet af kararına karşın yapılan itirazlar, Yüksek Mahkemece incelenmektedir. Sonuç itibariyle, Anayasada -veya bizim önerdiğimiz gibi kanun yoluyla- Cumhurbaşkanına ait bağışlama yetkisinin usulünün düzenlenmesi, işlemin yargısal denetimi bakımından gereklidir.

Ancak bu eksikliğin giderilememiş olduğu pozitif hukukumuz bakımından meseleye yaklaşıldığında, yorum yoluyla ve uygulamadaki sistemin yol

---

<sup>451</sup>[http://www.abajournal.com/news/article/miss.\\_supreme\\_court\\_takes\\_up\\_constitutionality\\_of\\_governors\\_pardons/](http://www.abajournal.com/news/article/miss._supreme_court_takes_up_constitutionality_of_governors_pardons/) (Erişim tarihi: 18.03.2012)

göstericiliğinde, tutarlı sonuçlara ulaşılması gerekmektedir. Keza bu çalışma kapsamında yapılmaya çalışılacak olan da budur.

Cumhurbaşkanının cezayı bağışlama kararını vermesi öncesindeki süreci başlatan husus, genellikle hükümlünün başvurusudur. Bu başvurunun nereye yapılacağı hakkında yönlendirici olan düzenleme, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan<sup>452</sup> 01.01.2006 tarihli ve 20 no.lu “Özel Af Taleplerinde Yapılması Gereken İşlemler Hakkında Genelge”dir.<sup>453</sup> Genelgede bağışlanma talebi için Cumhuriyet savcılıklarına veya Adalet Bakanlığına müracaat edilmesi halinde, evrakların hızlı ve eksiksiz olarak Cumhurbaşkanlığına sunulması için izlenmesi gereken prosedür düzenlenmiştir. Buradan hareketle başvurunun yapılması gereken makamlar da başta Cumhuriyet savcılıkları ve Adalet Bakanlığı olarak netleşmektedir. Genelgeye göre, buralara yapılan başvuru sonrasında hükümlünün öncelikle tam teşekküllü bir devlet hastanesine yönlendirilmesi; buradan alınacak rapor ve mahkumiyet ilamının da içinde bulunduğu birtakım evrakların Adli Tıp Kurumuna yollanması ve kurumun mütalaasının bildirilmesi<sup>454</sup> üzerine tüm evrakların Ceza İşleri Genel Müdürlüğünde toplanması gerekmektedir (Genelge m.1,2 ve 8). Bu sırada Adli Tıp Kurumu, ayrıca muayene yapmaya karar verebilir veya buna gerek duymayabilir. Bu düzenleme yalnız Adalet Bakanlığı ve öncesindeki aşamasındaki işlere ilişkin yönlendirici nitelik arz ettiğinden genelgede düzenlenmemesine rağmen, kuşkusuz, Cumhurbaşkanlığına da doğrudan müracaatta bulunulması mümkündür. Böyle bir durumda sürecin nasıl işletileceğine dair ise hiçbir düzenleme bulunmamaktadır.

---

<sup>452</sup> Bkz. [http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge\\_pdf/20.pdf](http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/20.pdf) (Erişim tarihi: 12.03.2012)

<sup>453</sup> Bundan sonra “genelge” olarak anılacaktır.

<sup>454</sup> 14.04.1982 tarih ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu m.16/II-c, kurum içerisinde bu incelemeyi yapacak organ olarak Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulu’nu görevlendirmektedir.

Başvurunun kimler tarafından yapılabileceği hususu da açık değildir. Hükümlünün bizzat başvuru yapması gerektiği düşünülebilir mi, yoksa yakınlarının başvurusu yapmaları da mümkün müdür? Öte yandan bağışlanma konusunda hükümlünün rızasına ne ölçüde değer verilmektedir? Örneğin hükümlünün annesi tarafından yapılan bir başvuru, hükümlünün rızası hilafına da olsa kabul edilebilecek midir? Bu soruya olumlu yanıt verilmelidir. Zira kanaatimizce, Cumhurbaşkanının başvuru olmaksızın dahi bağışlama yetkisini kullanması mümkündür. Bağışlamanın sınırlı şekilde sayılan sebeplere bağlı tek taraflı bir atıfet işlemi olması dolayısıyla, mahkumun süreci bizzat başlatmasına ihtiyaç duyulmamalıdır. Aynı şekilde, kendisi dışında gelişen sürecin devamının da onun kabulüne bağlı olmaması ve kararın verilmesinden sonraki aşamada cezasının bağışlanmasını reddetmesi mümkün olmamalıdır.<sup>455</sup> Dolayısıyla mahkumun kendisinin veya yakınlarının başvurusu üzerine yahut Cumhurbaşkanının bir vesileyle haberdar olduğu sürekli hastalık, sakatlık, kocama hallerinde bu yetki kullanılabilir. Hatta olması gereken infaz sistemi bakımından ceza evlerinde bulunan mahkumların düzenli olarak sağlık taramasından geçirilmesi ve ciddi düzeye ulaşan sorunların bağışlanma talebiyle Cumhuriyet savcılıklarına, Adalet Bakanlığına ya da doğrudan Cumhurbaşkanlığına bildirilmesi yerinde olacaktır.

Cumhurbaşkanının bağışlama yetkisini kullandıktan sonra bu işlemi geri alıp alamayacağı meselesine bakışımız ise, bu işlemin şarta bağlanamayacağı yönündeki kanaatimiz ile bağlantılıdır. Zira bozucu nitelikte bir şartın öngörülmesi, o şartın gerçekleşmesi ile işlemin kalkmasına yol açmaktadır. İşlemin yapımı öncesinde buna izin vermezken, öngörülme bir nedenle veya herhangi bir nedene bağlı

---

<sup>455</sup> “Hükümlünün, hakkındaki lütfü reddetmesi mümkün değildir.” Bkz. EREM: Ümanist Doktrin, C.II, s.439.

olmaksızın işlemin ortadan kaldırılmasına da olumlu bakmamak gerekir. Toplum vicdanı açısından değerlendirildiğinde, sağlık raporuyla sürekli hastalığı, sakatlığı veya kocama hali tespit olunmuş bir mahkumun; bu rapora dayanılarak Cumhurbaşkanınca bağışlandıktan sonra sağlık sorununun ortadan kalkması ya da zaten ileri düzeyde bir sorununun olmadığına anlaşılması halinde bağışlama kararının geri alınmasının yerinde olduğu düşünülebilir. Cumhurbaşkanının gerekli incelemeyi yapmadan veya yapsa bile sağlık kurumlarının verdikleri raporların yanlıtlıcılığı karşısında yeterli öngörülede bulunamadan verdiği bağışlama kararlarının kamuoyu nezdinde tartışma yaratacağı ve Cumhurbaşkanı açısından saygınlık kaybına yol açacağı da açıktır.<sup>456</sup> Ancak cezayı kaldırma yetkisine sahip olan bu makamın, kaldırdığı cezaya yeniden çarptırmaya yetkili olamayacağı kanaatindeyiz. Gerçi aksi halde bile Cumhurbaşkanı doğrudan yeni bir cezaya çarptırmamaktadır. Ancak şayet cezayı kaldırma kararının aynı makam tarafından geri alınması yetkisi kabul edilirse sonuçta olacak olan, mahkumun yeniden ceza evine gönderilmesidir. Öngörülen bir şartın sonradan gerçekleşmesiyle bu sonuca ulaşmak mümkün değilken öngörülmemiş biçimde ulaşmak evleviyetle mümkün olmamalıdır.

Ancak bu kabulde, Cumhurbaşkanının bağışlama iradesinin önüne hiçbir suretle geçilmeyeceği gibi bir ilke benimsenmiş olmamaktadır. Yukarıda açıklanan ve gerekçesiyle birlikte karşı çıkılan husus, işlemi yapan makamın, yani Cumhurbaşkanının yaptığı işlemi geri alması konusu idi. Ancak örneğin yargı organlarının buna yetkili olup olmadığı, bir başka tartışılması gereken meseleye işaret etmektedir. Bu sorun ilk olarak işlemin tek başına ya da karşı imza kuralı çevresinde yapılıp yapılmamasıyla ilgilidir. Karşı imza kuralının istisnasız biçimde

---

<sup>456</sup> ÖZKUL: s.141.

benimsendiği haller için de Başbakan veya ilgili bakanların sorumluluğunun hukuki veya siyasi nitelikli olmasına göre yine değişik sonuçlara varılmaktadır. Karşı imza veya tek başına yetki kullanımından sonra çözüme yönelik bir başka değişken ise bağışlama işleminin iptal edilebilirliğe tabi olup olmadığıdır. Bu soruya olumsuz yanıt verilirse, bağışlama işleminin altında yatan kimi işlemlerin, örneğin Adli Tıp Kurumundan gelen sağlık sorunlarına ilişkin mütalaanın veya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün bu süreçte yaptığı işlemlerin iptale konu olup olmaması meselesi de son tartışma konusu olacaktır. Her bir tartışma, bir öncekine bağlı kabule göre şekilleneceğinden adım adım ilerlemekte fayda vardır.

Karşı imza meselesine ilişkin tartışma, affin şekli kaynakları bahsinde ayrıntısıyla yapılmıştır. Tekrara düşmemek adına ilgili başlığa atıf yapmakla yetiniyoruz. Ancak farklı görüşlerin değerlendirmesinden elde ettiğimiz kişisel kanaatimizi burada yineleyecek olursak; son dönemde ülkemizde Cumhurbaşkanlarının bağışlama kararnamelerini tek başlarına imzalamaları gerçeğine rağmen, biz bu yetkinin Başbakan ve Adalet Bakanının karşı imzalarıyla birlikte kullanılması gerektiği savunmaktayız. Bunun sebebi, Anayasada Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği yetkilerin olabileceğinin kabul edilmesine rağmen hangilerinin bu yetkiler arasında olduğunun açıkça belirtilmemesi karşısında -aksi Anayasa veya kanun ile belirtilmediği sürece- hiçbir yetkisini tek başına kullanamayacağıdır. Ancak karşı imzanın kabul edilmesi, bizatihi yargısal denetim yolunu açmakta yeterli değildir. Zira müşterek kararname yoluyla dahi olsa bir mahkumun cezasının kaldırılmasında asıl irade Cumhurbaşkanına ait olduğundan –yani, örneğin Bakanlar Kurulu kararnamelerini imzalamakta olduğu gibi sadece tamamlayıcı bir iradeye sahip olmadığından- Anayasada bulunan, Cumhurbaşkanının

tek başına yaptığı işlemlerin denetlenmesi yasağını aşmanın mümkün olmayacağı açıktır.<sup>457</sup> Bu durumda işlemin uygulamada tek başına veya çoklu iradeyle yapılmasından çok, sorunu asıl çözecek olan, İtalyan Anayasasında olduğu gibi, bu yetkinin Adalet Bakanının imzası olmaksızın kullanılamayacağını yapılacak Anayasa değişikliği ile açıkça hükme bağlanmasıdır.

Ancak günümüzde benimsendiği haliyle, yani bu işlemin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılması durumunda da yargısal denetim mekanizmasının tamamen kapandığını söylemek yine mümkün değildir. Nitekim Cumhurbaşkanının bağışlamayı kabul etme yönünde tek başına yansıttığı iradesi artık yargısal yönden denetlenemez ise de; onu bu kararı vermeye sevk eden ve idare tarafından yapıldığı şüphesiz olan birtakım işlemlerinin denetlenmesi mümkündür. Bu kapsama hükümlüye ait sağlık raporu, Adli Tıp Kurumu mütalaası, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün değerlendirmesi gibi işlemler girmektedir. Adli Tıp Kurumunun sürekli hastalık, sakatlık veya kocama halinin bulunduğu yönünde mütalaası olmadan Cumhurbaşkanının, bu halleri kendince tespit edip mahkumun cezasını affetmesi düşünülemez. Yayınlanan kararnamelerin hepsinde bu sayılan hallerin “tıbben tespit olunması” veya “Adli Tıp Kurumunun ilgili raporu üzerine” kararın verildiğinin açıkça belirtilmesi bu sebeptir.<sup>458</sup> Gerçi Cumhurbaşkanının bu yönde bir rapor üzerine yine de cezayı kaldırmamak veya hafifletmemek bakımından

---

<sup>457</sup> **SEZGİNER:** s.64(Dipnot).

<sup>458</sup> Örnek için bkz. 14 Eylül 1994 tarih ve 22051 sayılı RG: “(...) Ahmet KARAKOCA'nın, Adli Tıp Kurumunun 8/7/1994 gün ve 15605-940705-25-5623 sayılı raporuna göre, tesbit olunan sürekli hastalık sebebiyle (...)”; 30 Temmuz 1999 tarih ve 23771 sayılı RG: “ (...) Kurdo Mehmet AVCI'nın, Adli Tıp Kurumunun 11/6/1999 gün ve 3183 sayılı raporuna göre; tesbit olunan sürekli hastalık ve sakatlığı sebebiyle (...)”; 26.01.2012 tarih ve 28185 sayılı RG: “ (...)Muhittin TAŞ'ın kalan cezası, Adalet Bakanlığının 10/10/2011 tarihli ve B.03.0.CİG.0.00.00.07-102-0459-2011/2187/49540 sayılı yazısı ekinde gönderilen ve adı geçen sürekli hastalık hali kapsamında bulunduğunu belirten Adli Tıp Kurumu 3 üncü Adli Tıp İhtisas Kurulunun 13/6/2011 tarihli ve B.03.1.ATK.0.06.00.03-101.01.02-11/40517/5543-5376 sayılı raporu sebebiyle (...)”.

bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte; bunun aksi mümkün değildir. Yani raporun sağlık sorunu bulunmadığı şeklinde çıkması ihtimalinde Cumhurbaşkanı tarafından cezanın kaldırılmasından söz edilemez. Öyleyse söz konusu yetkisi belli sebeplerin varlığı ile Anayasa tarafından sınırlandırılan Cumhurbaşkanı, bağışlama tasarrufu yaparken bu kararını, Adli Tıp Kurumu mütalaası ile desteklenmiş bir sağlık raporuna dayandırmak zorundadır.<sup>459</sup> Bu raporun olumlu ya da olumsuz olması bakımından iki ihtimal üzerinde durulması mümkündür.

İlk olarak, Adli Tıp Kurumu tarafından mahkumun herhangi bir sağlık sorunu bulunmadığı ya da mevcut sorunun sürekli hastalık, sakatlık veya kocama hali sayılamayacağı yönünde görüş bildirilmesi ihtimalini ele alalım. Bu rapor ve diğer belgelerden oluşan dosyalar, Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne iletdikten sonra sayılan hallerin varlığını tespit eden raporların bulunduğu diğer dosyalardan ayrılarak, Cumhurbaşkanlığına gönderilmemek üzere elenmektedir. Elenen bu dosyalar bakımından, izlenen aşamaların birinde, yargısal denetimin önü mutlaka açık olmalıdır. Ancak idari yargıda görülecek bu davanın Adli Tıp Kurumu raporuna karşı mı, yoksa Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne af talebini Cumhurbaşkanlığına iletmeme şeklindeki işlemine yönelik olarak mı açılacağı muğlaktır. Sorulması gereken soru, sağlık raporlarının idari yargı denetimi için aranan koşulları sağlayıp sağlamadığı; yani ilgililerin hukuki durumlarını etkileyen (İYUK m.2/1-a), kesin ve yürütülmesi zorunlu (m.14/3-d) işlerden olup olmadığıdır. Genel olarak sağlık raporlarının, asıl işlem bakımından hazırlayıcı nitelikte olması nedeniyle iptal

---

<sup>459</sup> Adli Tıp Kurumu Kanunu m.16/II-c ve Genelge m.1, m.2, m.8'de yer alan hükümler de bu şartı desteklemektedir.

davasına konu olamayacağı görüşü, Danıştay’ın da benimsediği yaygın kanaattir.<sup>460</sup> Ancak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’ne göre, sağlık raporlarının tümü değil; fakat somut olayın özelliğine göre bu niteliği haiz olanların iptali talebinin incelenmesi mümkündür.<sup>461</sup> Bu konuda “ayrılabilir işlem teorisi” adı verilen yeni bir yaklaşımı benimseyen yazarlar ise, -açıkça sağlık raporları hakkında örnek sunmamakla birlikte- idarenin kimi zaman kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemin oluşumuna kadar biri diğerinin sebep unsuru olan bir dizi işlem yapabileceğini; zincir işlem adı verilen bu işlemlerde diziden ayrılabilen her bir halkanın bağımsız olarak idari davaya konu edilebileceğini öne sürmüştür.<sup>462</sup> Ancak bundan daha az tartışmasız olan, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün, bağışlanma talebini Cumhurbaşkanlığına iletmemesine ilişkin işlemin iptali meselesidir. 2007 yılına ait bir Danıştay kararında tam da bu mesele üzerinde durulmuştur. Olayda davacı, Wernice-Korsakof hastası<sup>463</sup> olan eşinin hapis cezasının Cumhurbaşkanı tarafından affedilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü işlemine karşı iptal davası açmış; ancak Ankara 6.İdare Mahkemesi bu talebini incelemeksizin davayı reddetmiştir. Bunun üzerine Danıştay,

<sup>460</sup> Danıştay İDDGK 06.11.2008 tarih ve E.2006/1597 K.2008/1900 künyeli kararıyla Danıştay 12.Dairesinin “sağlık kurulu raporlarının, kesin karar almaya yetkili makama ışık tutan ve idari işlemin hazırlığı niteliğinde olup, tek başına idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olmadığı, dolayısıyla bu raporların ancak hazırlığını oluşturan idari işlem ile birlikte dava konusu edilebileceği” yönündeki 1.12.2004 tarih ve E:2003/4046, K:2004/3866 sayılı kararını onamıştır. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

<sup>461</sup> AYİM 2.D. 09.03.1994 tarih ve E.1993/864 K.1994/932 künyeli karar. (AYİM Kararları Dergisi N.9)

<sup>462</sup> **CANDAN Turgut:** Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2011, s.85.; **SEZGİNER:** s.56-66.

<sup>463</sup> Uzun süreli açlığa bağlı olarak hafıza kaybı ve vücudun hareket kabiliyetini kaybetmesi biçiminde ortaya çıkan Wernicke-Korsakoff hastalığı, iki aşamalı bir süreç içeriyor. Wernicke aşamasında hafıza kaybı daha hafif yaşanırken, hastalığın ilerlediği Korsakoff sürecinde daha derin hafıza kayıpları gözleniyor. Wernicke-Korsakoff hastaları yaşamlarının bir dönemini tamamen unutabiliyor. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://arsiv.sabah.com.tr/2003/12/24/gnd118.html>; <http://www.alzheimer.web.tr/dier-demanslar/wernicke-korsakoff-demans.html> ve <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/haber.aspx?id=3446075&tarih=2005-10-27> (Erişim tarihleri: 18.03.2012). Hastalığın akli denge üzerinde oluşturduğu bu hasar gereği, Wernicke Korsakoff hastaları, uygulamada, hapis cezasının ertelenmesinin hastalık nedeniyle ertelenmesi bakımından İnfaz Kanunu m.16/1’deki akıl hastalarına özgü düzenlemeye tabi tutulmaktadır.

ilgilinin hukuki durumunu etkileyen, kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte bir idari işlem olduğundan bahisle, bu işleme karşı açılan davanın esasının incelenerek karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.<sup>464</sup> Kanaatimizce, Adli Tıp Kurumu'nun sağlık sorunun gerekli düzeye ulaşmadığı yönündeki raporuna rağmen Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, talebi Cumhurbaşkanlığı makamına sunmalıdır. Aksinin kabulü halinde doğrudan Cumhurbaşkanlığına başvurular ile Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Başsavcılıklarına başvurular arasında eşit olmayan bir uygulamaya yol açılmış olur. Gerçi bilindiği kadarıyla uygulamada, doğrudan Cumhurbaşkanlığına yapılan başvurular gerekli belgelerin toplanması ve hastalık durumunun incelenmesi için önce Adalet Bakanlığına yollanmaktadır. Böylece her dosya aynı incelemeden geçmektedir. Ancak bunun usulünü düzenleyen bir yasal dayanak olmadığından farklı organlara başvurular için farklı süreçler işletilmesi mümkündür. Kaldı ki, ne Cumhurbaşkanlığı makamının ne de Adalet

---

<sup>464</sup> Bkz. Danıştay 10.D. 13.03.2007 tarih ve E.2006/6659 K.2007/1390 künyeli karar. (Danıştay Dergisi S.116). Bu olayda davacının eşi, hastalığı nedeniyle 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun akıl hastalıklarına özgü hükmü olan m.16/1 gereğince cezasının infazı ertelenmiş bir hükümlüdür. Bir yandan bu sürece ilişkin rutin kontrolleri Adli Tıp Kurumu tarafından gerçekleştirilmektedir. Ancak buna ek olarak davacı, eşinin cezasının kaldırılması için Cumhurbaşkanlığına başvuruda bulunmuş ve talebi, gerekli incelemelerin yapılması için Cumhurbaşkanlığı tarafından Adalet Bakanlığına iletilmiştir. Adalet Bakanlığı da sağlık sorunu hakkında inceleme yapması için Adli Tıp Kurumundan görüş istemiştir. Daha önceden cezasının infazının ertelenmesine için hükümlü hakkında çok sayıda rapor düzenlemiş olan Adli Tıp Kurumu, bu kez Adalet Bakanlığında gelen talep üzerine 09.11.2005 tarih ve 4569 sayılı raporu ile hükümlünün cezasının infazına İnfaz Kanunu m.16/1 gereğince sağlık kurumunda devam edildiğinden Cumhurbaşkanlığının af yetkisinin kullanımına gerek olmayacağını belirtmiştir. Öncelikle belirtelim ki, bu rapor aleyhine de dava açılması bizce mümkün olmalıdır. Zira Adli Tıp Kurumunun buradaki görevi, hastalığın sürekli hastalık, sakatlık veya kocama hallerinden bir veya birkaçını teşkil edecek düzeye gelip gelmediğini incelemekten ibarettir. Ancak -Danıştay kararının metninden anlaşıldığı üzere- kurum bu yetkisini aşacak nitelikte görüş bildirmiştir. Adli Tıp Kurumundan gelen bu rapor üzerine Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü de 22.12.2005 tarih ve 55254 sayılı işlemleri ile davacının başvurusunu reddetmiştir. İşte davacı bu işleme karşı idari yargıda dava açmış ve ilk derece mahkemesinde işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem özelliği taşımadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kanaatimizce her iki işlem de ilgilisi hakkında hukuki sonuç doğuran, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemlerden sayılmalı ve idari yargıda inceleme konusu yapılarak iptal edilebilirlik yaptırımı ile karşılanabilmelidir. Nitekim Danıştay da, ilk işlem olan Adli Tıp Kurumu raporu hakkında iptal davasına konu olabilirlilik bakımından bir görüş bildirmemekle birlikte; bunu dayanak alan ikinci işlemin iptal davasında incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Bakanlığının, başvuruların ne kadarının kendilerine ne kadarının diğer organlara yapıldığı, kaçının reddedildiği, kaçının kabul edildiğine ilişkin verileri yayınlamaması<sup>465</sup> karşısında bu bilgi de, resmi olarak teyit edilmemiş harici bir duyum olarak kalmaktadır.

Üzerinde durulacak olan ikinci ihtimal ise Adli Tıp Kurumunun hükümlü hakkında sürekli hastalık, sakatlık veya kocama hallerinden biri veya birkaçının bulunduğu yönünde rapor vermesidir. Ceza İşleri Genel Müdürlüğü burada bağlı bir yetkiye sahiptir; şayet Adli Tıp Kurumundan gelen rapor bu hallerden biri veya birkaçının varlığını tespit ediyorsa hükümlüye ilişkin dosyanın Cumhurbaşkanlığına mutlaka sunulması gerekmektedir. Ancak bunun üzerine Cumhurbaşkanı, bağışlama yetkisini kullanıp kullanmada sınırsız bir takdir yetkisine sahiptir.<sup>466</sup> Bu rapor üzerine Cumhurbaşkanı yetkisini kullanmayabilir ve bu bağışlamama yönündeki karara karşı herhangi bir hukuki yola başvurmak mümkün değildir. Üstelik sayılan üç halden biri veya birkaçının varlığını ifade eden sağlık raporuna rağmen Cumhurbaşkanı bu yetkisini kullanmadığında herhangi bir gerekçe göstermek

---

<sup>465</sup> Tarafımızdan yapılan bilgi edinme başvurusu üzerine 06.04.2012 tarihinde alınan yanıt ile de bu konuda yeterli bilgiye ulaşılamamıştır:

*“Sayın Duygu Çağlar DOĞAN*

*4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında faks yoluyla ilettiğiniz, af işlemleri ile ilgili olarak yönelttiğiniz soruların cevaplanması talebini içeren dilekçeniz alınmıştır.*

*İstatistikî kayıtların tutulmaya başlanıldığı 16/05/1993 tarihinden bugüne kadar Adalet Bakanlığınca tekemmül ettirilerek Genel Sekreterliğimize intikal ettirilen af talebini içeren toplam 417 adet dosyadan, 381 dosya af ile sonuçlanmış, 31 dosya iade edilmiş ve 2 dosya geri alınmıştır. Halen 3 dosyanın işlemleri devam etmektedir.*

*Af talebi uygun bulunmayan hükümlülerin dosyaları gerekçesiyle birlikte Adalet Bakanlığına iade edilmekte olup, bu aşamadan sonraki iş ve işlemler bu Bakanlıkça yürütülmektedir.*

*Hükümlü veya yakınları tarafından doğrudan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine yapılan af başvurularına ilişkin talebiniz ise özel bir çalışma gerektirmektedir. 4982 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen, "Kurum ve kuruluşlar, ayrı veya özel bir çalışma, araştırma, inceleme ya da analiz neticesinde oluşturulabilecek türden bir bilgi veya belge için yapılacak başvurulara olumsuz cevap verebilirler" hükmü uyarınca talebinizin karşılanmasına imkân bulunmamaktadır.*

*Bilginizi rica ederiz.*

***Kurumsal İletişim Başkanlığı***

<sup>466</sup> EREM: Ümanist Doktrin, C.II, s.434.

zorunda da değildir.<sup>467</sup> Sağlık sorunu bulunduğu tespit ve Cumhurbaşkanının bağışlama yetkisini kabul etmesi halinde ise mağdur veya suçtan zarar görenler gibi birtakım kimselerin bu raporun iptalinde menfaatleri olduğu düşünülebilir. Bir şekilde bu raporun iptali gündeme gelirse de, bağışlama kararının akıbetinin ne olacağı öngörülmelidir. Araştırmamız kapsamında edinebildiğimiz bilgi çerçevesinde belirtelim ki, böyle bir olaya daha önce rastlanmamıştır. Ancak kuşkusuz bu veri, bundan sonra da böyle bir ihtimalin gerçekleşmeyeceği anlamına gelmez. Üstelik meselenin daha önce dile getirilmemiş olması da somut bir vakanın doğmasına engel olmuş olabilir. Örneğin suçun mağdurunun idari yargıya başvurarak, Adli Tıp Kurumunun hükümlü hakkında gerçeğe aykırı olarak verdiği sürekli hastalığa ilişkin raporun iptal edilmesini sağlaması bizce mümkündür. Böyle bir halde, iptal edilen rapora dayanarak Cumhurbaşkanı hükümlünün cezasını kaldırmış ise bu işlemin de geri alınması gerekecektir. İşlemi yapan organ olarak Cumhurbaşkanının bunu geri almaması gerektiğini kural olarak benimsemiş olsak da, bahsedilen istisnai durumda işlemin temeli sarsılmış olacaktır ve bu nedenle hukuk dünyasında etki doğurmaya devam etmemelidir. Ancak Cumhurbaşkanı işlemini geri almazsa, buna karşı gidilebilecek hiçbir hukuki yol da bulunmamaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalarda ortaya çıkan şudur: Cumhurbaşkanı işlemin sebep ölçütü bakımından Anayasa tarafından sınırlandırılmıştır. Sürekli hastalık, sakatlık veya kocama hali bulunmaksızın cezayı kaldırma veya bağışlama yetkisini kullanması mümkün değildir. Bu sebeplerin varlığını tespit edecek olan da kendisi ya da kendi belirleyeceği hekimler değil; tam teşekküllü bir devlet hastanesinin raporu ve Adli Tıp Kurumunun bunu destekleyen mütalaasıdır. Bu rapor

---

<sup>467</sup> **EREM:** Ümanist Doktrin, C.II, s.435.

olmaksızın bağışlama yönünde tasarruf yapamaz. Ancak bu rapora rağmen bağışlamama kararı vermesi mümkündür. Yani sağlık sorunu olmadığını belirten rapor üzerine değil; ancak bu hallerden birinin varlığını tespit eden rapor üzerine takdir yetkisi olduğunu söylemek mümkündür.

İşlemin konu unsuru bakımından Cumhurbaşkanının yetkisini sınırlayan bir hüküm ise bulunmamaktadır. Zira daha önce açıklandığı gibi, bizce, orman suçları bakımından getirilen af yasağı Cumhurbaşkanının bireysel bağışlama yetkisini kapsamamaktadır.

## SONUÇ

Bu çalışmada, Türk Ceza Kanunu'nda dava ve cezayı düşüren nedenlerden biri olarak düzenlenmiş bulunan af kurumu incelenmiştir.

İlk olarak, konunun ana çerçevesi çizilmiştir. Bu bağlamda öncelikle, affın, salt ceza hukukuna ait bir kavram olmadığı belirtilmiş ve ceza hukukuna özgü olan af kurumu ile diğer hukuk dallarındaki aflar arasında bulunan temel farklara değinilmiştir. Zira bu ayrımın net yapılamamasından; daha açık anlatımla, Cumhurbaşkanı ile parlamentonun af kanununun içeriğini farklı yorumlamalarından kaynaklanan bir sorun, yakın geçmişte ülkemizde yaşanmıştır. Bu sorun, af kanunlarının taşınması gereken özelliklerin, yalnız ceza hukukuna giren af kurumuna özgü olduğu belirtilerek, Anayasa Mahkemesi tarafından çözülmüştür.

Kapsam belirlendikten sonra affın tarihi köklerine inilmiştir. Ancak bu çalışma, esas itibarıyla, affın genel ve özel af şeklindeki iki türü üzerine yoğunlaşmıştır. Genel ve özel affın, hukuk dünyasında hangi şekli kaynaklarla varlık kazandığı incelendikten sonra, bunların hukuki nitelikleri ve sonuçları üzerinde durulmuştur.

Af kurumu, suç ve cezanın doğumuyla var olmuştur. Eski çağlardan itibaren de affın meşruiyeti üzerine yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Çalışmanın sonunda genel düzeyde yapılacak en temel değerlendirme; düzenli işleyen bir hukuk sistemi olduğu sürece, olağanüstü durumlar sonunda toplumsal barışı sağlama istisnası dışında, affa ihtiyaç duyulmaması gerektiği yönündedir. Ülkemizde de, affın siyasi bir araç haline geldiği, artık neredeyse tüm vatandaşların üzerinde birleştiği bir görüş haline gelmiştir. Esas olarak cezaevlerinin boşaltılması amacına hizmet ettiği bilinmekte ve

bunları boşalttıktan kısa bir süre içerisinde yeniden dolmasına yol açtığı da ispatlanmaktadır. Ancak ne tarih boyunca af kurumundan vazgeçilebilmiştir; ne de bu, günümüzde mümkündür. Keza af kurumu, yaşanan büyük kargaşaların ardından toplumsal bunalımları çözebilen yegane araçtır. Bu nedenle hukuk sitemlerinin af kurumunu tanınması gerekmektedir; af ta takdir yetkisini mümkün olduğu ölçüde sınırlandırmak önemlidir.

Bu çalışmanın sonunda edinilen tespitlerden biri, affin, cezalandırma ilişkisini kesen diğer sebeplerden farklı olarak, devletin aktif bir edimini gerektirmesidir. Buna bağlı olarak ceza kanunlarında, af için, cezalandırma ilişkisini kesen diğer sebeplerden genellikle daha az yer ayrılması, anlaşılır hale gelmiştir. Zira her bir af tasarrufu, kendine özgü koşulların oluşumuna ihtiyaç duyarken; bunu yapmaya yetkili organların iradelerinin denetimi de, her bir affa ilişkin ayrıca gerçekleştirilmektedir. Bu denetim, gerek hukuksal araçlarla, gerekse affın ağır basan siyasi karakteri gereği, kamusal tepki yoluyla yapılmaktadır. Bu özelliğinden yola çıkılarak, af tasarrufunun sebep ve amacı bakımından takdiri devlete bırakılmış; içeriğine ve usulüne ilişkin ayrıntılı düzenlemelere Anayasa ve kanunlarda pek yer verilmemiştir. Oysa örneğin dava zamanaşımında, kanunun önceden belirlediği sürelerin geçmesiyle cezalandırma ilişkisi kopmaktadır. Bunun gibi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında da yargı organı, kanunda belirlenen koşulların gerçekleştiğini tespit ettiği zaman ancak cezalandırma ilişkisini ortadan kaldıran kararı verebilmektedir. Kanunilik ilkesini temel alan ceza hukukunda, örnek olarak sayılan bu kurumlara ilişkin ayrıntıların, kanunda açıkça düzenlenmesi mecburidir. Af kurumu da, kaynağını Anayasadan almak ve temel hatlarıyla kanunda düzenlenmek zorundadır; aksi halde, mahkemeler tarafından verilen kararların

yasama ve/veya yürütme organınca etkisizleştirilmesi özelliğini taşımasından ötürü, başta mahkemelerin bağımsızlığı prensibini zedeler. Ancak diğerlerinden farklı olarak, pozitif hukuk, af bakımından ayrıntıya inmek mecburiyetini taşımamaktadır. Yine de ideal olan sistem, takdiri tümüyle af tasarrufunu yapacak organa bırakmak değildir. Özellikle uluslararası hukukta yaşanan gelişmelere paralel olarak, affa uğramayacak bazı suçların Anayasada açıkça belirlenmesi, atılması gereken ilk önemli adımdır. Bunlar, başta insanlığa karşı suçlardır. Öte yandan, Yunanistan'da olduğu gibi, affın yalnız siyasi suçlara özgülenmesi fikri de değerlendirilmelidir. Bu görüşe ihtiyatla yaklaşılmasının nedeni, siyasi ve adi suçlara ilişkin ayrımın sağlıklı yapılamamasıdır. Ancak kendisinden toplumsal yararları iyileştirmesi beklenen af, kişi haklarını ihlal eden suçları kapsadığı takdirde ve üstelik bunların mağdurları aleyhine doğan zararların telafisi için gerekli politikalar izlenmediğinde, aksine yeni yaralar açmaktadır. Dolayısıyla adi suçların af kapsamına alınmasının yasaklanması; ancak bunun, siyasi ve adi suç ayrımının sağlıklı yapılması kaydıyla gerçekleştirilmesi de önemlidir.

Ülkemizde Kıta Avrupası hukuk sistemine paralel olarak genel ve özel af ayrımı benimsenmiş bulunmaktadır. Bu ayrım, isimlerinin yarattığı çağrışımdan farklı olarak, affın kapsamına aldığı kişi sayısına göre yapılmamaktadır. Genel affı özel afftan ayıran, gelecekle birlikte geçmişe de dönük etki doğurmasıdır. Özel af yalnız cezaya etki eden bir sebeptir. Genel af ise cezayı kaldırmakla sınırlı kalmayıp aynı zamanda kamu davasını düşürmekte; mahkumiyet söz konusu olmuşsa da mahkumiyeti ve bunun cezai sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır. Genel affın geçmişe yönelik bu geniş etkisi bakımından tartışılan husus, genel af ile suçun da ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte; bizim bu

konudaki kanaatimiz, genel affin, fiilin suç olma vasfını geçici olarak ortadan kaldırdığı yönündedir.

Hukukumuzda genel affa yetkili organ, yalnızca TBMM'dir. Özel af tasarrufu ise, hem TBMM, hem de belli sebeplere dayanmak ve bireysel olmak kaydıyla Cumhurbaşkanı tarafından yapılabilmektedir.

Özellikle yapılması gündemde olan yeni Anayasa bakımından da önem arz eden bir diğer önerimiz, aklanma hakkının; yani affi reddetme imkanının açıkça tanınmasıdır. Zira genel af, soruşturmayı ve kamu davasını, sonuca bağlanmaksızın düşürmektedir. Aklanmadıkları takdirde, hukuk affetmiş olsa bile, bazı kimseler toplum tarafından affedilmeyebilirler. Üstelik yalnızca masum olduğunu düşünen şüpheli/sanık bakımından değil; maddi gerçeğin ortaya çıkması yönünden mağdur ve kamunun da bunda menfaati bulunmaktadır. Dolayısıyla genel af, affi ret hakkının her bir af kanununda bulunmasını ummak yerine; genel bir düzenlemeyle öngörülmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan Anayasa m.76/2 ve bazı özel kanunlarda milletvekili seçilme engeli, kamu hizmetlerinden yasaklılık gibi sürekli nitelikli hak yoksunluklarına ilişkin olarak öngörülen "affa uğrasalar bile" şeklindeki kayıttan arındırılarak yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Zira genel af ile geçmiş bir kez unutulurken, arada bazı hususların unutulmadan bırakılması, kurumun doğasıyla ve bir de suçlunun ıslahı amacıyla bağdaşmamaktadır. Ancak Anayasa koyucunun ve kanunkoyucunun takdirine göre, yasaklanmış hakların iadesine veya genel affa rağmen hak yoksunluğu öngörülmesi gerekiyorsa da, bunun özenle ve sağlam gerekçelerle seçilmiş az sayıda suç tipiyle sınırlandırılması şarttır. Nitekim mevzuat mevcut haliyle yeni TCK'nın öngördüğü sistemle uyumlu değildir.

Çalışmamız içerisinde yer alan önerilerimizden bir diğeri, Cumhurbaşkanına tanınmış olan bireysel özel af yetkisine, öğretilerde “bireysel bağışlama” adının verilmesidir. Bunun sebebi, parlamento tarafından yapılan genel ve özel afın farklı özellikleri bulunan bu kurumu, adıyla da diğerlerinden farklı kılmaktır. Bireysel bağışlama işleminin uygulaması bakımından duyulan kaygı ise, bu işlemin Cumhurbaşkanınca tek başına yapılan bir işlem olmasından dolayı, hukuki denetim yollarının kapalı olmasıdır. Bu sakıncayı gidermek için, işlemin Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden biri olma özelliği kaldırılmalı; bu söz konusu olmuyorsa da, bağışlama işleminin sebebe bağlılığından yararlanıp, bunun bir ayrılabilir işlem olduğunu kabul ederek, Cumhurbaşkanı öncesindeki süreci denetlenebilir hale getirmek mümkün olmalıdır.

## KAYNAKÇA

- ADAM Tahsin:** “*Af Salahiyeti*”, Adliye Ceridesi, Y.32, 1941, s.849-867.
- AKBULUT İlhan:** “*İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar*”, AÜHFD, 2003, C.52, S.1, s.167-181.
- AKBULUT İlhan:** “*Türk Hukukunda Af*”, Askeri Adalet Dergisi, Y.24, S.95, Ocak 1996, s.68-85.
- ALACAKAPTAN Uğur:** “*780 Sayılı Bazı Suç ve Cezaların Affi Hakkında Kanun*”, AÜHFD C.XXII-XXIII., 1965-1966, S.1-4., s.21-33.
- ANTOLISEI Francesco:** *Manuale di diritto penale-parte generale*, Milano 1997.
- ARAÇ İbrahim – ERİKLİ Hasan:** “*Anayasanın 87’nci Maddesine Göre Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranması Gereken Af Kanunları*”, Yasama Dergisi, S.1, Nisan-Mayıs-Haziran 2006, s.25-45.
- ARMAĞAN Servet:** “*Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi*”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, C.18, s.347-362.
- ARSLAN Çetin:** “*Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi*”, AÜHFD, 2007, C.56, S.4, s.1-53.
- ARTUK Mehmet Emin:** “*Güvenlik Tedbirlerinin Genel Esasları*”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku: Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan içinde, s.286-299.
- ARTUK Mehmet Emin – GÖKCEN Ahmet – YENİDÜNYA A. Caner:** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009.
- AYBAY Aydın – AYBAY Rona:** *Hukuka Giriş*, İstanbul 2011.

**AYDIN Ahmet Hamit – ALKIN Haluk:** “*Af Kapsamına Giren Düzenlemelerin Meşruiyeti Sorunu*”, Amme İdaresi Dergisi, C.35, S.3, Eylül 2002, s.55-74.

**BATTAGLINI Giulio:** Diritto penale-parte generale, Padova 1949.

**BAYRAKTAR Köksal:** *Okan Üniversitesi'nde 7 Aralık 2010 Tarihinde Sunulan Tebliğ, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu – Okan Üniversitesi (07.12.2010) Kitabı içinde, s.88-91.*

**BECCARIA Cesare:** Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev.: Sami SELÇUK), 2004.

**BETTIOL Giuseppe:** “*Suç ve Cezanın Sükutu Meselesi*” (Çev.: Faruk EREM), AÜHFD, 1955, C. XII, S. 1-2, s. 1-15.

**BETTIOL Giuseppe:** Diritto Penale, Parte Generale, Padova 1976.

**BLANCO CORDERO Isidoro:** “*Evrensel Yargı Yetkisi Hakkında Genel Rapor*”, 18.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (20-27 Eylül 2009, İstanbul) Kitabı içinde, s.305-347.

**CANDAN Turgut:** Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2011.

**CANESTRARI Stefano – CORNACCHIA Luigi – DE SIMONE Giulio:** Manuale di diritto penale-parte generale, Bologna 2007.

**ÇAKMAK Seyfullah:** “*Türk Hukukunda Af Sorunu*”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu – Okan Üniversitesi (07.12.2010, İstanbul) Kitabı içinde, s.39-66.

**CENDEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2011.

**DELİGÖZ Muzaffer:** “*Hukuki Bakımdan Af Konusunun İncelenmesi*”,  
<http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=144> (Erişim  
tarihi: 30.03.2012)

**DEMİRBAŞ Timur:** “*Af Tartışmaları ve 4616 sayılı <23 Nisan 1999 Tarihine  
Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartlı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların  
Ertelenmesine Dair Kanun>*”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, C.18, s.78-  
97.

**DEMİRBAŞ Timur:** “*Af Tartışmaları*”, Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL’e  
Armağan içinde, İzmir 2001, s.531-545.

**DEMİRBAŞ Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.

**DEVELLİOĞLU Ferit:** Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara 2008.

**DİNLER Birol:** Ceza Hukukunda Af, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi  
(Danışman: Doç. Dr. Metin FEYZİOĞLU), Ankara 2002, s.32-34. (Esere,  
tez danışmanının yazılı izni ile erişilmiştir.)

**DÖNER Ayhan:** “*Cezai ve İdari Yaptırımların Farklılığı Bağlamında TBMM’nin Af  
Yetkisi*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.XII, S.3-  
4, s.33-54.

**DÖNMEZER Sulhi:** Kriminoloji, İstanbul 1975.

**DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 9.Bası,  
1986.

**DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.III,  
12.Bası, 1997.

- EREM Faruk:** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara 1985, C.II.
- EREN Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- ERMAN Sair:** “5677 sayılı Af Kanunu – 5inci maddesinin Hususi Af Mahiyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C.XXV, S.7, s.435-440.
- FEYZİOĞLU Metin:** “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, TBB Dergisi, 2006, S.62, s.27-61.
- FILIPPONE Antonio:** L’esecuzione Penale (delle Pene Detentive, delle Pene Accessorie, delle Misure di Sicurezza), Firenze 1978.
- GAGLIARDI Elia:** “Amnistia”, Enciclopedia Giuridica Italiana, Volume 2, Parte II, Sezione Seconda, Milano 1892, s.2011-2024.
- GAND Maurice:** “Umumi Af ve Disiplin Cezaları” (Çev.: Hakkı DEMİREL), AÜHFD, 1954, C.XI, S.3-4, s.110-114.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz:** “Af”, Türk Hukuk Ansiklopedisi, C.I, Ankara 1962, s.306-312.
- GÖNENÇ Levent:** Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Ankara 2008.
- GÖZLER Kemal:** “Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, C.18, s.298-329.
- GÖZLER Kemal:** Hukuka Giriş, Bursa 2006.
- GÖZLER Kemal:** İdare Hukuku, Bursa 2009.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut:** İdare Hukuku Cilt 1 (Genel Esaslar), Ankara 2006.

**GROPENGIEBER Helmut:** “*Af – Tartışmalı Bir Hukuksal Kuruma Karşılaştırmalı ve Tarihsel Bakış*” (Çev.: Serap KESKİN KIZIROĞLU), Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu – Okan Üniversitesi (27.12.2010, İstanbul) Kitabı içinde, s.26-38.

**GROPENGIEBER Helmut – MEIBNER Jörk:** “*Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court*”, International Criminal Law Review, S. 5, 2005, s.267-300. <http://heinonline.org> (Erişim tarihi: 20.03.2012)

**GÜNDAY Metin:** İdare Hukuku, Ankara 2003.

**HAFIZOĞULLARI Zeki – ÖZEN Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

**HAFIZOĞULLARI Zeki:** “5237 s. Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri”, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/makale.htm> (Erişim tarihi: 11.02.2012)

**HAFIZOĞULLARI Zeki:** “*Türk Ceza Hukukunda Cezalandırma Hukuki İlişkisi ve İlişkinin Sona Ermesi Nedenleri*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan içinde, C. 1, s.387-415.

**HAKERİ Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

**HAS Volkan:** Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Çalışma Düzeni, Ankara 2009.

**İÇEL Kayıhan – SOKULLU AKINCI Füsun – ÖZGENÇ İzzet – SÖZÜER Adem – MAHMUTOĞLU Fatih S. – ÜNVER Yener:** Yaptırım Teorisi, İstanbul 2000.

**İÇEL Kayıhan:** “*Anayasa Hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin Kararları Çerçevesinde Af, Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Yasal Düzenlemelerin Yasaklanmış Haklar Üzerindeki Etkileri*”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, C.18, s.209-217.

**İÇEL Kayıhan:** “*Fikri İçtima Üzerine Bir İnceleme*”, İÜHFD, 1964, C.XXX, S.1-2, s.171-201.

**İNCEOĞLU Sibel:** “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi*”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, S.18, s.41-70.

**KAFES Veli:** “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*”, AÜHFD, S.60/1, 2011, s.83-156.

**KARAARSLAN Mehmet:** “*Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi*”, AÜHFD, 2009, C.58, S.1, s.95-138.

**KATOĞLU Tuğrul:** *Ceza Kanunlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara, 2008.

**KEYMAN Selahattin:** *Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af)*, Ankara 1965, s. 42-43.

**KILIÇOĞLU Ahmet:** “*Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi*”, AÜHFD, C.29, S.3, 1973, s.185-225.

**KOCA Mahmut – ÜZÜLMEZ İlhan:** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.

**KUNTER Nurullah:** “*Müteselsil Suç ve Af*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XVII, S.1-2, s.884-910.

**KUNTER:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989.

**KURT Mehmet:** “*Potansiyel veya Gerçek Risk Altındaki Çocuklarla İlgili Önleyici İdari Tedbirlerin Alınması*”, İdarecinin Sesi Dergisi, Ocak-Şubat 2001, s.72 ve 73.

**KUZU Burhan:** “*Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü*”, Anayasa Yargısı Dergisi 2001, C.18, s.254-296.

**MANZINI Vincenzo:** Trattato di diritto penale italiano, V.III, Torino 1981.

**MARINI Giuliano:** “*Amnistia e Indulto*”, Novissima Digesto Italiano, Appendice, 1980, s.298-302.

**MERAKLI Serkan:** Cumhuriyet Savcısının Kamu Davasını Açmada Takdir Yetkisi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Veli Özer ÖZBEK)

**MERAY Seha L.:** Ceza Hukukunda Af, Ankara 1944.

**MIELE Angelo:** “*Amnistia e Indulto Nell’attuale Momento Storico*”, Il Giusto Processo, 2003, S.5, s.79-86.

**MOLLA Felice,** “*Amnistia, Indulto e Grazia*”, Rivista del Diritto Penitenziario, 1940/1, s.122-134.

**NUHOĞLU Ayşe:** Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997.

**ODYAKMAZ Zehra:** “1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, S.18, s.364-377.

**ÖNDER Ayhan:** Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, İstanbul 1963.

**ÖNDER Ayhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt:II–III, İstanbul 1992.

**ÖZAY İl Han:** Günışığında Yönetim, İstanbul 2004.

**ÖZBEK Veli Özer:** Türk Ceza Kanununun Anlamı(TCK İzmir Şerhi), Genel Hükümler, Ankara 2010.

**ÖZBUDUN Ergun:** Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005.

**ÖZEK Çetin:** “Umumi Af”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXIV, S.1-4, s.118-175.

**ÖZEN Mustafa:** “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, TBB Dergisi, 2007, s.132-145.

**ÖZKUL Fatih:** 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2011.

**ÖZTÜRK Bahri – ERDEM Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2011.

**PANTANI Carlo,** “Amnistia-Indulto-Grazia”, Lo Stato Civile Italiano, Luglio (Temmuz) 2005, s.550 ve s.551.

**PARLAR Ali - HATİPOĞLU Muzaffer:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008, C.1.

**PETERSON Todd David:** “Congressional Power Over Pardon&Amnesty: Legislative Authority in the Shadow of Presidential Prerogative”, Wake Forest Law Review, S.38, 2003, s.1225 vd.

**PISAPIA Gian Domenico:** İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Padova 1965 (Çev.: Atıf AKGÜÇ).

**POMANTI Pietro:** I Provvedimenti di Clemenza (Amnistia, Indulto e Grazia), Milano 2008.

**SANCAR Mithat:** “Geçmişin Hesabı, Geleceğin İnşası”, Birikim Dergisi, S.134-135 (Haziran-Temmuz 2000), s.92-98.

**SEYDİOĞULLARI İbrahim H.:** “Türkiye’de Ceza Afları: Ankara’da Af Konulu Alan Araştırması”, Polis Bilimleri Dergisi, C.8 (3-4), s.1-28.

**SEZGİNER Murat:** Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000.

**SILVI Q. Marco:** Struttura Giuridica del Perdono, Milano 2004.

**SINMAZ SÖNMEZ Cahide:** “Cumhuriyetin Onuncu Yıldönümü Kutlamaları ve 26 Ekim 1933 Tarihli Genel Af Yasası”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Mayıs-Kasım 2004, S.33-34, s.89-101.

**SOYASLAN Doğan:** “Af”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, C.18, s.412-436.

**SOYASLAN Doğan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

**SÖZÜER Adem:** “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, S.18, s.219-252.

**ŞEN Ersan:** “*Türk Ceza Hukuku Yönünden Af*”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu – Okan Üniversitesi (27.12.2010, İstanbul) Kitabı içinde, s.101-123.

**ŞEN Ersan:** Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 1998.

**TANER Fahri Gökçen:** “*Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine*”, Ankara Barosu Dergisi, 2011, S.4, s.287-297.

**TANER Fahri Gökçen:** Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara 2008.

**TANER Tahir:** Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953.

**TOROSLU Haluk:** Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010.

**TOROSLU Nevzat:** Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2011.

**TOROSLU Nevzat:** “*Ceza Hukukunda Okullar*”, Nurullah KUNTER’e Armağan içinde, İstanbul 1998, s.367-376.

**TOROSLU Nevzat – FEYZİOĞLU Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2008.

**TÜRKOĞLU Gökçe H.:** “*Roma Cumhuriyeti ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı*” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C.11, S. 2, s. 251-289.

**ÜNLÜTEPE Canan:** Kamu Davasına Katılma, Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Doç. Dr. Ayşe NUHOĞLU), İstanbul 2008.

<http://www.belgeler.com/blg/1cp9/kamu-davasina-katilma-participation-to-public-law-suit> (Erişim tarihi:22.01.2012)

**ÜZÜLMEZ İlhan:** “*Ceza Sorumluluğunun Esası ve Cezalandırmanın Amacına Dair Düşünce Hareketleri (Ceza Hukukunda Okullar Mücadelesi)*”, AÜEHFD, C.V, S.1-4(2001), s.259-294.

**VASSALLI Giuliano:** La potesta’ punitiva, Torino 1942.

**YALÇIN SANCAR Türkan:** “ ‘23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, Anayasa Yargısı Dergisi, 2001, C.18, s.149-195.

**YALÇIN SANCAR Türkan:** “*Anayasa Mahkemesinin ‘23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’ Hakkında Verdiği İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme*” Ankara Barosu Dergisi, 2002-2, s.155-173.

**YALÇIN SANCAR Türkan:** “*Yeni Türk Ceza Kanunu’nda ‘Zincirleme Suç’*”, TBB Dergisi, 2007, S.70, s.246.

**YALÇIN SANCAR Türkan:** Müteselsil Suç, Ankara 1995.

**YOLCU Serkan:** “*Adil Yargılanma Hakkı Karşısında Yasama Dokunulmazlığını Yeniden Düşünmek: Atilla KART Olayı Üzerine Bir Deneme*”, AÜHFD, 2011, S.60(2), s.367-414.

**YÜCEL Mustafa Tören:** Kriminoloji, Ankara 2008.

**ZAFER Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.

**Venezuela Bolivar Cumhuriyeti Anayasası** (Çev.: Berna TALUN ÜĞÜTEN),  
Türkiye'deki Venezuela Bolivar Cumhuriyeti Büyükelçiliği Yayınları,  
Ankara 2010.

*“Evrensel Yargı Yetkisi Hakkında Karar Taslağı”*, 18.Uluslararası Ceza Hukuku  
Kongresi (20-27 Eylül 2009, İstanbul) Kitabı içinde, s.351-354.

*“Doğu Avrupa’da Genel Aflar: Romanya, Polonya, Bulgaristan, Orta Almanya”*  
(Çev.:Kayıhan İÇEL), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXV, S.1-  
4, 1970, s.387-398.

#### **YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ**

<http://arsiv.sabah.com.tr>

<http://haber.gazetevatan.com>

<http://hurarsiv.hurriyet.com.tr>

<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>

<http://pdba.georgetown.edu>

<http://supreme.justia.com>

<http://www.avrupakonseyi.org.tr>

<http://www.britannica.com>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>

<http://www.cortecostituzionale.it>

<http://www.nostreradici.it>

<http://www.tbmm.gov.tr>

[www.abajournal.com](http://www.abajournal.com)

[www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr)

[www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr)

[www.bangkokpost.com](http://www.bangkokpost.com)

[www.corriere.it](http://www.corriere.it)

[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

[www.time.com](http://www.time.com)

[www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

## ÖZET

Bu çalışmada, devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçtiği hallerden biri olarak af kurumu incelenmiştir. İlk bölümde affa ilişkin temel bilgilerin verilmesinin ardından, diğer iki bölümde genel ve özel af üzerinde durulmuş; bu kurumların hukuki nitelikleri, yapım usulleri ve sonuçları açıklanmıştır. Bu sırada affin, özellikle genel affin, diğer ceza hukuku kurumları üzerindeki sonuçlarının çoğunun, kapsamlı birer çalışmayı gerektiren meseleler olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca suç ve ceza kadar eski olmakla birlikte, pozitif hukukta sadece ana hatlarıyla düzenlenmiş olan affin bu eksikliğini gidermeye yönelik önerilerimize de yer verilmiştir.

Çalışmanın tümü bakımından varılan en temel sonuç, affin mümkün olduğu ölçüde nadir kullanılması gerektiğidir. Zira toplumsal barışı sağlamaya yönelik olması gereken bu kurumun, genellikle asıl amacından uzaklaştığı görüşüne, her şeyden önce tarihsel gerçekler kaynaklık etmektedir. Af, siyasi amaçlara alet edilmeksizin, gerçekten toplum yaşamının zorunlu kıldığı durumlarda, belli suçlara ilişkin olarak ve mümkün olduğu ölçüde bireyselleştirilerek kullanıldığında ancak kendisinden beklenen amaçlara hizmet edebilir. Bu nedenle yasama organınca yapılacak genel ve özel aflar yerine, yine cezalandırma ilişkisini kesen; fakat buna layık olanla olmayanın ayrımının daha sağlıklı yapılabildiği, özellikle yargı organlarınca kullanılabilen diğer hukuki vasıtaların tercih edilmesi önemlidir.

## ABSTRACT

In this study, the institutions of amnesty and pardon are examined, as two of the situations in which the State abandons its power to punish. In the first chapter, basic historical and legal information on amnesty and pardon is given. In the following two chapters amnesty and pardon are examined with respect to their legal natures, granting procedures and consequences. In these chapters, it is assessed that, most of the effects of amnesty and pardon, and especially of amnesty, on the other institutions of criminal law constitute issues requiring further comprehensive study. In addition to that, our proposals for the amelioration of the flawed positive law which provides only a general framework regarding amnesty and pardon, that are two institutions dating back to the emergence of crime and punishment, could be found in these chapters.

The main conclusion of our study is that amnesty and pardon should be used only exceptionally to the extent possible. As a matter of fact, the view that the granting of these two institutions generally diverge from its fundamental purpose of maintaining social peace, finds its basis in the historical verities. Amnesty and pardon, if granted only in relation to crimes stipulated by law and through an individualization process to the extent possible, without being used as a tool for the realization of political aims, could serve for its purpose.