

TÜRK HUKUKUNDA AF

(Genel Af - Özel Af)

Doktora Tezi

Dr. Selâhattin KEYMAN
Ceza Hukuku Asistanı

İ Ç İ N D E K İ L E R

KISALTMALAR	XII
GİRİŞ	XIII
Birinci Bölüm: GENEL OLARAK AFFIN HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ - BENZER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI - LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER	1
Birinci Başlık: GENEL OLARAK AFFIN HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ	1
I. Affin anayasa hukukundaki yeri ve hukuki mahiyeti.	1
A. Affin hukuki mahiyetinin tayini	3
B. Affin hukuki mahiyetinden çıkan sonuçlar	5
II. Affin ceza hukukundaki yeri ve hukuki mahiyeti	6
İkinci Başlık: AFFIN BENZER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI	7
I. Affin tecil ile karşılaştırılması	7
II. Affin memnu hakların iadesi ile karşılaştırılması	10
III. Affin şikâyetten vazgeçme ile karşılaştırılması.....	12
Üçüncü Başlık: AFFIN LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER	14
I. Genel olarak af yetkisinin leh ve aleyhindeki görüşler	14

A. Lehdeki görüşler	14
B. Aleyhteki görüşler	16
C. Görüşlerden çıkan sonuçlar	20
II. Genel affın leh ve aleyhindeki görüşler	23
A. Lehdeki görüşler	23
B. Aleyhteki görüşler	27
C. Görüşlerden çıkan sonuçlar ve Türk hukukundaki durum	28
III. Özel affın leh ve aleyhindeki görüşler	31
A. Lehdeki görüşler	31
1. Ceza mahkûmiyetlerinin aşırı neticelerinin giderilmesi	31
a. İzahı	31
b. Tenkidi	32
2. Mahkûmların ıslâhı ve müebbed cezaların mahzurlarının giderilmesi	33
a. İzahı	33
b. Tenkidi	34
3. Adli hataların düzeltilmesi	34
a. İzahı	34
b. Tenkidi	35
B. Aleyhteki görüşler	36
C. Görüşlerden çıkan sonuçlar ve Türk hukukundaki durum	38
İkinci Bölüm: AFFIN ÇEŞİTLERİ VE ÖZELLİKLERİ	42
Birinci Başlık: AFFIN ÇEŞİTLERİ	42
I. Genel af-Özel af ayırımı	42
II. Genel affla özel af arasındaki başlıca farklar	44
A. Genel affla özel af arasında mahkûmiyet ve kamu dâvasına tesir bakımından mevcut olan farklar.	44
B. Genel affın fülleri, özel affın şahısları nazara alması	45
C. Genel affla özel af arasında tesir zamanı bakımından mevcut olan farklar	45
D. Genel affın kolektif, özel affın ferdî oluşu	46
İkinci Başlık: AFFIN ÖZELLİKLERİ	46

I. Affin mecburiliği	46
A. Genel affin mecburiliđinin leh ve aleyhindeki görüşler	47
1. Genel affin mecburiliği lehindeki görüşler ...	47
a. Kamu menfaati görüşü	47
b. Kanunların tatbikinin mecburiliği görüşü ..	48
2. Genel affin mecburiliği aleyhindeki görüşler ..	48
3. Görüşlerden çıkan sonuçlar ve Türk hukukundaki durum	49
B. Özel affin mecburiliği	52
II. Affin geri alınmazlığı	53
Üçüncü Başlık: GENEL AF - ÇEŞİTLERİ - ÖZELLİKLERİ ..	54
I. Genel affin tarifi ve esası	54
A. Tarifi	54
B. Esası	56
1. Genel affin münhasıran bir atıfet muamelesi sayılamaması	56
2. Genel affin fiili ortadan kaldırılamaması	57
II. Genel affin çeşitleri	57
A. Tam genel af - Tam olmayan genel af	58
B. Mutlak genel af - Umumi genel af - Kısmi genel af	58
1. Mutlak genel af	59
2. Umumi genel af	59
3. Kısmi genel af	59
C. Şartlı genel af	61
1. Şartlı genel affin esası	61
2. Şartlı genel af konusundaki görüşler	61
a. Şartlı genel affi kabul eden görüşler	61
b. Şartlı genel aff kabul etmeyen görüşler ...	62
3. Şartlı genel affin çeşitleri	63
III. Genel affin özellikleri	63
A. Genel affin sadece fiilleri nazara alması	63
B. Genel affin geçmişe ait oluşu	64
C. Genel affin kamu davasına ve mahkûmiyete tesir etmesi	64
D. Genel affin toplu olması	65
Dördüncü Başlık: ÖZEL AF-ÇEŞİTLERİ - ÖZELLİKLERİ	66

I. Tarifi ve esası	66
II. Özel affin çeşitleri	67
A. Özel affin cezaya tesir bakımından çeşitleri.....	67
1. Cezayı tamamen kaldıran özel af	67
2. Cezayı azalatan özel af	68
3. Cezayı değiştiren özel af	68
B. Özel affin bundan faydalanan kimseler bakımından çeşitleri	69
1. Ferdî özel af	69
2. Toplu özel af	69
C. Şartlı özel af	71
III. Özel affin özellikleri	72
A. Özel affin mahkûmiyete tesir etmemesi	72
B. Özel affin mahkûmiyetten sonra olması	72
C. Özel affin ferdi olması	73
Üçüncü Bölüm: AFFA YETKİLİ ORGAN	74
Birinci Başlık: GENEL AFFA YETKİLİ ORGAN	74
I. Genel af yetkisini yasama organına tanıyan görüşler	75
A. Görüşlerin esası	75
1. Genel affin ceza kanunlarını ilga ettiği görüşü..	75
2. Genel affi önemi dolayısı ile yasama organına tanıyan görüş	76
3. Genel affin normal olara yasama faaliyetine dahil olduğu görüşü	76
B. Görüşlerin tenkidi	77
II. Genel af yetkisini yürütme organına tanıyan görüşler	78
A. Monarşi rejimlerine ait görüşler	78
B. Modern görüşler	79
1. Genel affin mahiyeti itibariyle bir hükümet faaliyeti olduğu görüşü	79
2. Parlâmentodaki açık görüşmelerin genel affin gayesine aykırı olduğu görüşü	80
3. Yürütme organının genel af ihtiyacını daha isabetle tesbit edebileceği görüşü	80
4. Yasama organının genel af yetkisini siyasi gayelerle suüstimal edebileceği görüşü	80

C. Genel af yetkisini müstakil olarak yasama ve yürütme organına tanıyan sistemler	81
III. Ortalama görüşler ve sistemler	82
A. Doktrindeki görüşler	82
1. Helie'nin görüşü	82
2. Barthélemy'nin görüşü	82
B. Tatbikatta mevcut olan sistemler	83
1. Genel af mahiyetinde özel af (La grace amnistiante)	83
2. İtalyan sistemi	84
IV. Türk hukukunda genel affa yetkili organ	84
A. İmparatorluk devri	84
1. Anayasa'dan evvelki devre	84
2. Anayasa'dan sonraki devre	85
a. 1293 Kanunu Esasisi	85
b. 1325 Kanunu Esasisi	86
B. Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Devresi	86
C. Cumhuriyet Devri	86
1. 1924 Anayasası	86
2. 1960 geçici Anayasası	86
3. Kurucu Meclis Devri	87
4. 1961 Anayasası	88
İkinci Başlık: ÖZEL AFFA YETKİLİ ORGAN	88
I. Özel affın devlet başkanlarına ait bir yetki olması görüşünün izahı	89
II. Devlet başkanlarına ait özel af yetkisinin özellikleri	89
III. Türk hukukunda özel affa yetkili organ	91
A. İmparatorluk devri	91
B. Türkiye Büyük Millet Meclisi Devresi	91
C. Cumhuriyet Devri	92
1. 1924 Anayasası	92
2. 1960 geçici Anayasası	92
3. Kurucu Meclis devri	93
4. 1961 Anayasası	93
D. Ölüm cezaları hakkında özel af yetkisi	95

Dördüncü Bölüm: AFFIN HÜKÜM VE NETİCELERİ 99

Birinci Başlık: AFFIN CEZA HUKUKU YÖNÜNDE HÜKÜM VE NETİCELERİ 99

I. Genel affin ceza hukuku yönünden hüküm ve neticeleri	99
A. Genel affin kamu dâvası ve ceza mahkûmiyetine tesiri	99
1. Genel olarak	99
2. Genel affin mahkûmiyeti ortadan kaldırmasının neticeleri	100
a. Genel af ve adli sicil	100
b. Genel af ve tecil ehliyeti	101
c. Genel af ve tekerrür	101
d. Genel af ve memnu hakların iadesi	102
e. Genel af ve muhakemesinin iadesi	102
B. Genel affin cezaya tesiri	103
C. Genel affin ehliyetsizliklere tesiri	104
D. Genel affin emniyet tedbirleri ve müsadereye tesiri	105
E. Genel affin mahkeme masraflarına tesiri	106
F. Genel affin itiyadi suçu tesiri	106
G. Genel affin mütemadi suça tesiri	107
H. Genel affin içtima haline tesiri	107
1. Cezaların içtimalı ve genel af	108
2. Suçların içtimalı	108
a. Biribirine bağlı suçlar	108
b. Fikrî içtima	109
c. Müteselsil suç	110
II. Özel affin ceza hukuku yönünden hüküm ve neticeleri	113
A. Özel affin kamu dâvası ve ceza mahkûmiyetine tesir etmemesi	113
1. Genel olarak	113
2. Özel affin mahkûmiyete tesir etmemesinin neticeleri	113
B. Özel affin asli, fer'i cezaya ve mahkûmiyetin cezaî neticelerine (ehliyetsizliklere) tesiri	114
C. Özel affin kanuni mahcuriyete tesiri	115
D. Özel affin emniyet tedbirlerine tesiri	116
E. Özel affin mahkeme masraflarına tesiri	117
F. Özel affin içtima haline tesiri	117

İkinci Başlık: AFFİN İDARE HUKUKU YÖNÜNDEN HÜKÜM VE NETİCELERİ 117

I. Genel af kanununda disiplin cezaları bakımından sarahat olmaması	118
A. Genel affin disiplin cezalarına da tesir edeceği görüşü	118
B. Genel affin disiplin cezalarına tesir edemeyeceği görüşü	119
1. Genel affin fiili ortadan kaldırmaması	119
2. Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki mahiyet farkı	119
C. Görüşlerden çıkan sonuçlar	120
II. Genel af kanununda disiplin cezaları bakımından sarahat olması	120
A. Kanunda genel affin disiplin cezalarına tesir etmeyeceğinin belirtilmiş olması	120
B. Kanunda genel affin disiplin cezalarına tesir edeceğinin belirtilmiş olması	125
1. Devletin disiplin cezalarını affedip affedemeyeceği	125
a. Affedebileceği görüşü	125
b. Affedemeyeceği görüşü	125
c. Görüşlerden çıkan sonuçlar	126
2. Genel affin disiplin cezalarına tesir etmesinden çıkan sonuçlar	126

Üçüncü Başlık: AFFİN ÖZEL HUKUK YÖNÜNDEN HÜKÜM VE NETİCELERİ 127

I. Affin üçüncü şahısların tazminat haklarına tesiri	127
A. Genel affin üçüncü şahısların haklarına tesir edebileceği görüşü	127
B. Genel affin üçüncü şahısların haklarına teir edemeyeceği görüşü	128
C. Ortalama görüşler	129
D. Görüşlerden çıkan sonuçlar ve Türk hukukundaki durum	139
II. Tazminat davasının tabi olacağı zamanaşımı	129

III. Tazminat dâvasında yetkili mahkeme	131
A. Genel af yürürlüğe girdiği tarihte tazminat dâvasının açılmamış olması	131
B. Genel affın yürürlüğe girdiği tarihte tazminat dâvasının açılmış olması	131
1. Ceza mahkemelerinin yetkilerinin devam edeceği görüşü	131
2. Ceza mahkemelerinin yetkilerinin devam etmeyeceği görüşü	132
3. Ortalama görüşler	132
4. Türk hukukundaki durum	132
Beşinci Bölüm: AF KANUNLARININ TATBİKİNDE USUL KAİDELERİ	135
Birinci Başlık: AF KANUNLARININ TATBİKİNDE GENEL KAİDELER	135
I. Af kanunlarının yorumu	135
II. Af kanunlarının zaman itibariyle tatbiki	136
İkinci Başlık: GENEL AF KANUNLARININ TATBİKİ	137
I. Genel affın uygulanması	137
A. Hazırlık soruşturması	137
B. İlk soruşturma	137
C. Son soruşturma	138
D. Yargıtay tetkikatı	141
II. Genel affın uygulanması	141
A. Suçların “Kategoriler” itibariyle gösterilmesi ..	141
B. Suçların “Hukuki Tavsif” leriyle gösterilmesi ..	141
C. Suçların “Madde Numaraları”yla gösterilmesi ..	141
D. Suçların “Cezalar” ile gösterilmesi	141
III. Genel affın içtima haline tatbiki	144
IV. Genel affın sanık ve hükümlülere tesiri	145
Üçüncü Başlık: ÖZEL AFFIN TATBİKİ	145
I. Özel affın kesin hükümden sonra tatbik edilmesi	145

II. Özel affa tâbi suçların tayini	146
III. Özel affın cezaların ictimai halinde tatbiki	147
SONUÇ	147
BİBLİOGRAFYA	152

KISALTMALAR

Ad.C	— Adalet Ceridesi
Ad. Der.	— Adalet Dergisi
age.	— Adı geçen eser
agm.	— Adı geçen makale
AHFD.	— Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
Ank. Ba. D.	— Ankara Barosu Dergisi
Any.	— Anayasa
As. CK.	— Askeri Ceza Kanunu
BK.	— Borçlar Kanunu
Bkz.	— Bakınız
C.	— Cilt
CD.	— Ceza Dairesi
CMUK.	— Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	— Çeviren
D.	— Dönem
DDGK.	— Dâva Daireleri Genel Kurulu
DŞ.	— Devlet Şûrası
HD.	— Hukuku Dairesi
HGK.	— Hukuk Genel Kurulu
Huk. İçt. D.	— Hukuk ve İçtihatlar Dergisi
İHFM.	— İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İst. Ba. D.	— İstanbul Barosu Dergisi
m.	— madde
MMTD.	— Millet Meclisi Tutanak Dergisi
n.	— Numara
Rev. de dr. pé. et de crim.	— Revue de Droit Pénal et de Criminologie
Rev. sc. crim. et de dr. pé. comp.	— Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé
SBFD.	— Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
SBOD	— Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi
sh.	— Sahife
Son. İçt.	— Son İçtihatlar
TBMMD.	— Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi
TBMMZC.	— Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi
TCK.	— Türk Ceza Kanunu
THA.	— Türk Hukuk Ansiklopedisi
TİK	— Türk İçtihatlar Külliyyatı
vb.	— ve benzeri
vd.	— ve devamı
Yar. Tev. İçt. GK.	— Yargıtay Tevhidi İçtihad Genel Kurulu

GİRİŞ

Meşruluğu konusunda uzun münakaşalara yer vermiş bulunan af, genellikle siyasi mülâhazaların hâkim bulunduğu bir tasarruftur. Aleyhinde ileri sürülmüş çeşitli fikirlere rağmen, hemen her hukuk sistemi bu atıfet muamelesini kabul etmiş bulunmaktadır. Bu sebeple her şeyden evvel, hangi zaruretlerin bu müesseseyi kabul ettirdiğini araştırmak icap eder.

Af yetkisinin kullanılması, netice itibariyle devletin cezalandırmak hakkından feragat etmesi anlamına gelmektedir. Devletin böyle esası bir hakkından vazgeçmesi, ancak çok zaruri hallerde meşru görülebilir. Bu itibarla, sosyal zaruretle ceza adaletinin sert genellemelerini iyi bir şekilde telif etmek gerekmektedir. Cezalandırmak hakkına hiç bir istisna tanımamak ne kadar mahzurlu ise, affı siyasi gayelerle suiistimal etmek de o kadar mahzurludur.

Her af kanununa ait gerekçede, bunun hangi sebeplerle çıkartıldığını gösteren ifadeler rastlanmaktadır. Fakat bunların çoğu, kanunun çıkmasına esas teşkil eden gerçek sebepleri aksettirememektedir. Esasen her münferit af kanununu hazırlayan sosyal zaruretle tesbit edilebilmek için, toplumun o sırada içinde bulunduğu siyasi, iktisadi vb. şartları iyi bir şekilde bilmek gerekmektedir. Bunların müşahhas olarak evvelden tesbit edilebilmeleri de imkânsızdır. Zaten anayasalar da bu imkânsızlığı nazara almışlar ve genellikle, affın hangi hallerde çıkartılabileceğini gösteren hükümler kabul etmekten kaçınmışlardır. Öyle ise af yetkisinin kullanılması bakımından sadece bazı genel ölçüler tesbit etmek ve bunun suiistimalinin doğuracağı mahzurları belirtmek mümkün olabilmektedir.

Af konusundaki münakaşaları nakletmek ve bunların ışığı altında bir neticeye ulaşmak, müessesenin incelenmesi bakımından ilk adımı teşkil eder. Bazı devletlerin ceza kanunlarında, af hakkında her hangi bir

hükümün vaz edilmemiş olduğu görülmektedir. Buna mukabil diğer bazı hukuk sistemleri ile birlikte bizim ceza kanunumuz da, bu müesseseyi düzenleyen hükümlere yer vermiş bulunmaktadır. Bu itibarla, bir kere affın meşru sayılıp sayılamayacağı hakkında bir sonuca varduktan sonra, kanunda mevcut bulunan kaidelerin incelenmesi gerekmektedir.

Kanunlarda yer alan affa ilgili hükümler, esas olarak bu müessesenin mahiyetini aksettirmektedirler. Affı düzenleyen özel hükümlere yer vermeyen hukuk sistemlerinde de, hemen hemen aynı neticelere varıldığı görülmektedir. Bu itibarla pozitif hukuk kaidelerini değerlendirebilmek ve bunları yorumlayabilmek için, müessesenin hukuki mahiyetini tesbit etmek gerekmektedir.

Kaynağını anayasalardan alan aff müessesesi, başta anayasa ve ceza hukuku olmak üzere çeşitli hukuk dallarını ilgilendirmektedir. Bu yetkinin hangi organa ait olması gerektiği konusunda yapılan münakaşalar, bir anayasa hukuku problemi olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Ayrıca, aff yetkisinin mahkemelerin bağımsızlığı prensibi karşısındaki durumunu da tesbit etmek gerekmektedir.

TCK., aff konusunda özel hükümler kabul etmiş ve müesseseyi teknik bakımdan düzenlemiş bulunmaktadır. Bu itibarla, affın ceza hukuku yönünden incelenmesinde her şeyden evvel kanun hükümlerini esas almak ve bunlardan bir sonuca varmağa çalışmak icap eder. Ancak pozitif hukuk kaideleri müessesenin bütün özelliklerini ihtiva etmediklerinden, gerekli görülen yerlerde doktrin alanındaki görüşlerden faydalanmak zarureti de kendisini hissettirmektedir. Yine, mevcut kanun hükümlerinin değerlendirilmesinde de bu fikirlerin faydaları inkâr edilemez.

Kanunumuz affı genel ve özel olmak üzere ikiye ayırmış bulunmaktadır. Genel ve özel aff, bir atıfet muamelesi olmak bakımından müşterek bir özelliğe sahip bulunmakla beraber, hüküm ve neticeleri yönünden tamamen farklı bir mahiyet arz etmektedirler. Genel ve özel aff arasındaki başlıca farklar ve bunlardan her birisinin sahip bulunduğu özellikler, müessesenin teknik yönden incelenebilmesi bakımından birinci derecede önemlidirler.

Müessese her iki şekli ile de tanıtıldıktan sonra, bunlardan ne gibi hüküm ve neticeler çıkabileceği meselesi bahis konusu olmaktadır. Bu problemi inceleyebilmek için de, sadece ceza hukuku alanında kalmamak ve affın diğer hukuk dallarında doğurduğu sonuçları tesbit etmek gerekmektedir.

Bütün bu meseleler, bir çok eksikliklerin mevcudiyetine rağmen kanunlarımız tarafından şu veya bu şekilde halledilmiş bulunmaktadırlar. Fakat hukukumuzda, af kanunlarının tatbiki bakımından hiç bir kanun kaidesine rastlanamaması, bu konuda genel usul kaidelerinin tatbik edilmesini gerektirmektedir.

Konu incelenirken, bundan evvelki paragraflarda işaret edilen noktalar üzerinde durulmuştur. Bunun yanında, bilhassa Türk hukukunun sınırları içinde kalmağa da dikkat edilmiştir. Sözü edilen gayenin gerçekleştirilebilmesi için, mümkün olabilen her yerde Yargıtay içtihatlarından faydalanılmış ve bu suretle çeşitli problemlerin tatbikatta ne şekilde halledildiği tesbit edilmeğe çalışılmıştır. Bununla beraber, gerekli görülen bazı yerlerde değişik kaideler kabul etmiş bulunan İngiliz-Amerikan hukukuna da işaret edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

- GENEL OLARAK AFFIN HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ - BENZER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI - LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER

Birinci Başlık

GENEL OLARAK AFFIN HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ

Af, genel olarak, ceza ve anayasa hukuku tarafından düzenlenmiş bulunan, fakat aynı zamanda hüküm ve neticeleri bakımından idare hukuku, borçlar hukuku ve usul hukuku sahalarında da tesirleri hissedilen çok yönlü bir müessesedir.

Bu başlıkta affin anayasa ve ceza hukukundaki yerinden söz edilecektir; çünkü anayasa affin kaynağını teşkil etmek, ceza hukuku ise müesseseyi teknik yönleri ile düzenlemek bakımından birinci derecede önemli hukuk dallarıdır. Diğer hukuk dalları, daha ziyade affin hüküm ve neticeleri bakımından konumuzu ilgilendirmektedirler. Bu sebeple bunlara, affin hüküm ve neticelerine ilişkin bölümde temas olunacaktır.

I. AFFIN ANAYASA HUKUKUNDAKİ YERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ:

Anayasalar af yetkisinin hangi organa ait olacağını göstermek suretiyle, müessesenin esas kaynağını teşkil ederler (Any. m. 64, 97).

1 Bkz. Üçüncü Bölüm.

2 Joseph Barthélemy, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1933, sh. 753.

Kaynağını anayasadan alan her müessese gibi, affın da anayasa hukukuna ilişkin bazı problemler doğuracağı tabiidir. Bunlardan ilki, hangi anayasal organın af çıkartmak konusunda yetkili olacağı meselesidir. İleride özel bir bölümde incelenecek olan bu mesele¹ bir tarafa bırakılacak olursa, genel ve özel affın anayasa hukuku bakımından kanunların normal tesirlerini talik eden ya da tamamen ortadan kaldıran² birer sebep teşkil ettikleri müşahade edilecektir. Öte yandan af, mahkemelerden verilip de kesinleşen hükümlere bazan özü, bazan da sadece cezanın infazı bakımından tesir ettiği için, mahkemelerin bağımsızlığı prensibi ile de yakından ilgilidir. Anayasamız,

“Yasama ve yürütme organları ile idare,....mahkeme kararlarına uymak zorundadır,.....mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” (Any. m. 132)

demektedir. Mahkemelerin bağımsızlığını temin gayesiyle konulmuş bulunan bu hüküm ile, yine anayasa tarafından kabul edilmiş olan af yetkisinin ne derece biribiri ile telif edilebileceğini araştırmak gerekir; çünkü 132. maddede yer alan prensip, ilk nazarda af yetkisini red eder görünmektedir. Zira, ister genel ister özel olsun, af neticede mahkeme kararlarına tesir edebilmektedir. Sözü edilen hüküm ise, mahkeme kararlarının dokunulmazlığına işaret etmektedir.

Mesele pozitif hukuk açısından incelendiğinde, af yetkisi ve mahkemelerin bağımsızlığı prensiplerinin, normlar hiyerarşisinin en üstündeki kaynakta yani anayasa hükümleri arasında yer aldıkları müşahade edilecektir. Bu yetki, anayasa ile muayyen bir anayasal organa tanınmış bulunduğundan, artık mahkemelerin bağımsızlığı prensibi karşısında gayrı meşru kabul edilemez³.

Bununla beraber, Anayasanın 132. maddesi hükmü, af yetkisinin kullanılması bakımından tamamen tesirsiz sayılamaz. Bir başka ifadeyle, Anayasanın 132. maddesinde yer alan ve mahkemelerin bağımsızlığını öngören hüküm, af yetkisinin kullanılmasında, bu yetkiyi kullanan bakımından sınırlayıcı bir tesir icra eder. Bu da, af tasarrufunun hukukî mahiyetinin bir neticesidir. Bu sebeple, her şeyden evvel affın hukukî mahiyetini tayin etmek gerekmektedir.

³ Bu konuda bkz. Ali Fuad Başgil, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Müesseseleri, Ders notları (teksir), İstanbul 1955 sh. 207.

Turhan Feyzioğlu, Meclisin İdam Hükümlerini İnfaz ve Hususî Af Salâhiyetleri Hakkında, SBOD 1947 C. II, N. 3-4, sh. 423.

A. Affin Hukuki Mahiyetinin Tayini:

Aralarındaki bazı benzerlikler sebebi ile, affin zaman zaman bir yargı tasarrufu olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu itibarla, affin ne dereceye kadar bir yargı tasarrufu sayılabileceğini araştırmakta fayda vardır.

Bir yargı tasarrufu, maddi muhtevası ve ittihaz eden organ yönünden incelendiğinde, şu özellikleri göze çarpacaktır: Bunlar, maddi muhtevaları itibarıyla, "bir ihtilâf dolayısıyla müşahadelerde bulunan ve bunlara dayanarak bir hükme varan tasarruflardır"⁴. Netice olarak, bir hukukî meseleyi çözümlenmek gayesi, işlemin maddi muhtevasının esasını teşkil eder. Eğer bundan gayrı bir gaye güdüyor ve meselâ hukukî meseleye bulunan çözüm tarzı, bir gaye değil de bir vasıta teşkil ediyorsa, yargı tasarrufundan söz edilemez⁵. Bütün bunlar, yargı tasarrufunun en iyi misalinin mahkeme kararları olduğunu göstermektedir. Bununla beraber, bütün mahkeme kararlarının da birer yargı tasarrufu olmadıklarını hatırdan çıkarmamak gerekir⁶. Bu gibi işlemleri, yargı tasarrufundan ayırmak için, ittihazlarındaki usule bakmak ve yargılama usullerine uyulup uyulmadığını araştırmak icap eder. Netice olarak da, sadece yargılama usullerine uyularak çıkarılan tasarruflara, böyle bir nitelik tanımak doğru olur⁷. Maddi muhteva ve şekle göre yapılan bu ayırımın yanında, bir de sadece tasarrufu ittihaz eden organı nazara alan ve maddi muhtevası ne olursa olsun yargı organları tarafından yapılan bütün işlemleri yargı tasarrufu sayan bir tasnif şekli daha vardır⁸. Yukarıda işaret edildiği üzere, böyle bir ölçü, tasarrufun nev'ini tayinde yeterli olmayacaktır. Ancak, yine de, tasarrufu ittihaz eden organ, ihmal edilemeyecek derecede önemli bir kıstastır. Çünkü, yargı faaliyetinde bulunmak bakımından yetkili olmayan organlar tarafından ittihaz edilen ve bazı özellikleri sebebiyle yargı tasarrufuna benzeyen işlemlere, böyle bir nitelik tanımak isabetsiz olacaktır. Bu sebeple yargı tasarrufunu tayinde, önce bunu çıkaran organın yargılama faaliyetinde bulunmak bakımından yetkili olup olmadığını araştırmak, sonra bunun maddi muhtevasına bakarak bir neticeye varmak ve bilhassa yargılama usullerine uyulmaksızın ittihaz edilen işlemleri yargı tasarrufu saymamak doğru olur.

4 Mukbil Özyörük, İdarenin Denetlenmesi, Ankara 1962-1963, Ders notları (teksir), sh. 34.

5 Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, Deuxieme edition, Paris 1923, C. II, sh. 312, 313.

6 Özyörük, age. sh. 34.

7 Tahsin Bekir Balta, İdarî Yargı, Ankara 1962, Ders notları (teksir), sh. 64, 65.

Tahsin Bekir Balta, Kısa İdare Hukuku, Ankara 1962, sh. 4, 5.

8 Özyörük, age., sh. 35.

Nihayet bunların hususi, sübjektif ve şahsi durumlarla ilgili olduklarını da unutmamak gerekir.

Bütün bu hususlar nazara alındığında, genel affın bir yargı tasarrufu olmadığı kolayca anlaşılacaktır. Bir kere, umumiyetle genel affa yetkili olan yasama organı, yargı faaliyetinde bulunmak bakımından yetkisizdir⁹. Bunun yanında, genel af maddi muhtevası bakımından da yargı tasarrufu olmaktan uzaktır; çünkü yargı tasarrufunun esasını teşkil eden, bir hukukî ihtilâf hakkında hükme varmak özelliği genel affta mevcut değildir¹⁰. Öte yandan, yargı tasarrufunu tayinde önemli bir kıstas teşkil eden usul ölçüsü ele alındığında, genel affın bu usullere uyulmaksızın çıkartıldığı da görülecektir¹¹. Nihayet, bunun genellikle umumî, objektif ve gayrı şahsi olması da yargı tasarrufu teşkil etmediğini gösterir¹². Kanunla yapılan toplu özel aflar için de aynı şeyleri söylemek mümkündür.

Özel af ise, ferdi ve sübjektif durumlarla ilgili olduğu ve zaman zaman da adlî hata gerekçesine dayandığı için, genel afftan daha fazla olarak yargı tasarrufuna benzer¹³. Ancak, yargı işleminin yukarıda belirtilen özellikleri göz önüne alınca, ferdi özel affın dahi bir yargı tasarrufu teşkil etmediği neticesine varılacaktır. Zira, bu affı çıkarabilen meclis ve devlet başkanı, birer yargı organı değildirler. Bundan başka bir kimse hakkında özel af yetkisini kullanırken kazaî mülâhazaların dışında kalmaktadırlar. Nihayet, yargılama usullerine de uymamaktadırlar¹⁴.

Genel ve özel af, yargı tasarrufu olmadıklarına göre, ya yasama ya da yürütme tasarrufu sayılacaklardır. Af tasarrufunun, maddi muhtevası itibariyle hangi nev'i tasarrufa dahil olduğu meselesi, münakaşalara yer vermektedir¹⁵. Münakaşalar, tasarrufun maddî muhtevasında hangi

9 Çetin Özek, Umumî Af, İHFM, C. XXIV, N. 1-4, 1959, sh. 133.

Tahsin Adam, Af Salâhiyeti, Ad. C., 1941, N. 10, sh. 861.

10 Adam, agm., sh. 861.

11 Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Umumî Kısım, İstanbul 1961, C. II/2, sh. 946.

12 Özek, agm., sh. 134

Adam, agm., sh. 861.

13 Özek, agm., sh. 134.

14 Dönmezer-Erman, age., sh. 946.

15 Joseph Barthélemy, L'Amnistie, Extrait de la Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et l'Etranger, 1920, N. 2, sh. 24.

Paul Laband (Traduction de Savinien Bouyssy), Le droit public de l'Empire Allemand, Paris 1904, C. IV, sh. 383. Duguit, age., sh. 251 vd.

Charles Rulleau, De la grace en droit constitutionnel, Bordeaux 1911, sh. 67-120.

nev'i işlemin özelliklerinin daha hâkim bulunduğu araştırılması ve tasarrufun da buna göre tavsif edilmesi neticesini doğurmakta; bu da, haliyle, farklı görüşlerin belirmesine sebep olmaktadır. Maddi muhteva her zaman için bir tasarrufun nev'ini tayinde kesin ve yeterli bir ölçü olmadığından, affı çıkaran organa ve affın çıkarılmasında takip olunan usule bakmak suretiyle, hiç olmazsa şekli ve organik bakımdan tasarrufun hukukî mahiyetini tesbit etmek mümkün olabilecektir. Mesele bu yönden incelendiğinde, meclisin çıkardığı aflar –genel af, ferdi ve ferdi olmayan özel af– yasama tasarrufu; devlet başkanı tarafından çıkarılan aflar da yürütme tasarrufu sayılacaklardır¹⁶.

B. Affin Hukukî Mahiyetinden Çıkan Sonuçlar:

Affin, bir yargı tasarrufu olmayışı ve şekline göre bazan bir yasama bazan da bir yürütme tasarrufu teşkil edişi, mahkemelerin bağımsızlığı prensibi (Any. m. 132) ile ilgili bazı neticeler doğurmaktadır. Af bir yargı tasarrufu olmadığı için, meclis ve devlet başkanı af çıkarırlarken mahkemelerin vazifeleri dahiline giren hususları inceleyemezler. Bu cümleden olmak üzere, meselâ af tasarrufunda suçluluk meselesinin tartışılması, mahkemenin delilleri takdirinin münakaşa veya tenkit konusu yapılması ve hele kanun hükümlerinin doğru tatbik edilip edilmediği hususunda araştırmalar yapılması, af yetkisinin sınırını aşacaktır. Affa yetkili organ ancak bazı siyasi, ahlaki veya anayasada gösterilen sebeplerle (meselâ yaşlılık, sakatlık gibi, Any. m. 97.) affedilebilir. Bunların dışında sanki bir üst mahkeme imiş gibi hareket ederek, yargı mercilerinden verilen ve kesinleşen hükümleri enine boyuna münakaşa ve kontrol konusu yapması, mahkemelerin bağımsızlığı prensibini (Any. m. 132) zedeleyecektir¹⁷. İşte bu sebepten dolayı, mahkemelerin bağımsızlığı prensibi, af yetkisinin kullanılmasında, bu yetkiyi kullanan bakımdan sınırlayıcı bir tesir icra eder.

Yukarıda belirtilen husus, genel af ve umumiyetle genel af kanunlarında yer alan toplu özel af bakımından fazla bir önem arz etmez; zira bu gibi kanunlar, siyasi gayelerle çıkartılırlar. Kanunla olan ferdi özel aflarda ise bu hususa özellikle dikkat etmek gerekir; çünkü bilhassa adli hata gerekçesi ile çıkartılan aflarda, kolaylıkla mahkemenin maddi ve hukukî takdirine müdahale edilmesi mümkündür. Bu itibarla meclis, bir yargı organı olmadığını ve bir yargı tasarrufunda bulunmadığını

¹⁶ Dönmezer-Erman, age., sh. 947. Özek, agm., sh. 134.

Aynı mahiyette: Barthélemy, L'Amnistie, sh. 24.

¹⁷ Feyzioğlu, agm., sh. 422-423.; Adam, agm., sh. 862.

unutmamalıdır. Aksi halde, yukarıda belirtildiği üzere, mahkemeerin bağımsızlığı prensibini ihlâl etmiş olacaktır. Aynı hususlar devlet başkanının ferdi özel af yetkisi bakımından da ileri sürülebilir; fakat bizim hukukumuzda devlet başkanı, ancak anayasada ön görülen sebeplere dayanarak bir mahkûmu affedebilir (Any m. 97). Devlet başkanı Anayasada sayılan sebeplerin haricine çıkamayacağı cihetle, kesin hükmü münakaşa konusu yapması, mahkemelerin bağımsızlığı prensibini ihlâl etmesi pek imkân dahilinde değildir. Buna mukabil, hiç bir sınırlamaya bağlı olmaksızın affedebilen meclisin, bu kaideye aykırı hareket etmesi daima ihtimal dahilindedir. Bizde meclisin bu prensibe ne derece uygun hareket ettiği ileride incelenecektir¹⁸

II. AFFIN CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ VE HUKUKİ MAHİYETİ

Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabının Dokuzuncu Babı “Dâva ve cezanın sükutu” başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında yer alan müesseselerden bazıları, cezai münasebetin suçun işlenmesinden sonra ve fakat infazdan evvel sona ermesini gerektirirler. Bazıları ise, devletin hükmedilmiş olan cezayı infaz etmesine engel olurlar. İlk grupta yer alan sebepler, mahiyetleri itibariyle kamu dâvasına tesir ederler. Bu sebeplerden birinin ortaya çıkması halinde, artık kamu dâvası açılmayacak veya daha evvel açılmış bulunan kamu dâvasının düşmesine karar verilecektir. İkinci gruba dahil sebepler ise, kamu dâvasına tesir etmezler; sadece cezanın infazına son verirler¹⁹. Bunlardan biri olan ve incelememizin konusunu teşkil eden af, şekline göre, hem kamu dâvasını hem de infaz münasebetini ortadan kaldıran bir sebeptir.

Bu sebeplerin hukuki mahiyetlerini izah edebilmek için muhtelif fikirler ileri sürülmüştür; bunları şu beş nazariyede toplamak mümkün olabilmiştir: “âmmе dâvasının ve ceza mahkûmiyetinin düşmesi”, “suçun veya cezanın düşmesi”, “suçun hukuki neticelerinin düşmesi”, “ceza vermek hakkının düşmesi” ve “cezalandırmayı talep hakkından feragat”. Ancak yukarıda isimlerini saydığımız bu nazariyeler de, düşme sebeplerinin hukukî mahiyetini tayine kâfi gelememektedir²⁰.

18 Bkz. Birinci Bölüm, Üçüncü Başlık, III., C.

19 Dönmezer-Erman, age., sh. 917.

20 Bu nazariyeler ve tenkitleri için bkz.: Dönmezer-Erman, age., sh. 918-923.

Düşme sebepleri ve bunların hukukî mahiyetlerinin toplu olarak incelenmesi konumuz dışında kaldığından, burada sadece bu nazariyeleri zikretmek ve düşme sebeplerinin hukukî mahiyetini ne şekilde anladığımızı belirtmekle yetineceğiz.

Düşme sebeplerinin hukuki mahiyetleri münakaşalı olmakla beraber, yine de bu konuda bir görüşe bağlanmak gerekmektedir; zira bu, bilhassa, aftan sonra yargıcın suçun teşekkül edip etmediğini araştırıp araştırmaması gibi bazı tatbiki meselelerin hallinde hareket noktası teşkil edecektir. Bu itibarla, bu konudaki münakaşaları bir tarafa bırakarak, düşme sebeplerini, "...Devletin suçun işlenmesi ile teessüs etmiş olan cezai münasebete veya ceza mahkûmiyetinin kesinleşmesi ile kurulan infaz münasebetine son verici bir tasarıfta bulunması veya bazı sebeplerin sözü geçen münasebetlere nihayet verici bir tesir icra edebileceğini önceden kabul etmesi", şeklinde anlayabiliriz²¹.

Hukuki mahiyetini bu şekilde tesbit ettiğimiz düşme sebeplerini ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Birinci gruba dahil olanlara "umumi", ikinci gruba dahil olanlara "hususî" düşme sebepleri denir. Bunlardan hususî düşme sebeplerinin (meselâ TCK m. 434) sadece kanunda gösterilen suçlar bakımından kabili tatbik olmasına mukabil, umumi sebepler bütün suçlara tatbik edilirler. İşte af da ölüm, zamanaşımı, şikâyetten vaz geçme ve ön ödeme ile birlikte, bu umumi düşme sebeplerinden birisini teşkil etmektedir²².

Bütün bunlar göstermektedir ki, af, kaynağını anayasadan alan ve şekline göre hem kamu dâvasına ve hem de infaz münasebetine son verebilen umumi bir düşme sebebi teşkil etmektedir.

İ k i n c i B a ş l ı k

AFFIN BENZER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Ceza hukukunda mahkûmun lehine neticeler doğuran müesseseler, genel ve özel aftan ibaret değildir. Affin yanında, herşeyden evvel tamamen bir yargı tasarrufu olması itibarıyla bundan ayrılan ve münhasıran ceza hukukuna ait bulunan tecil, kazai af, memnu hakların iadesi gibi müesseseler de vardır. Bunların aflatılan farklarına temas etmek gerekmektedir.

I. AFFIN TECİL İLE KARŞILAŞTIRILMASI:

Af ile tecil arasındaki ilk fark, yetkili organda müşahade edilir. Tecile yargıcın karar verebilmesine mukabil, af yetkisi ancak anayasanın

21 Dönmezer-Erman, age., sh. 926-927.

22 Dönmezer-Erman, age., sh. 928

göstermiş olduğu organlar tarafından kullanılabilir²³. Tecilde, deneme müddeti sonunda cezanın tamamen kalkması ve mahkûmiyetin esasen vaki olmamış sayılması neticesinin, af yetkisine bir müdahale sayılacağı söylenmiştir. Zira, böyle düşününlere göre, tecil bu mahiyeti itibariyle bir nevi şartlı af olmaktadır. Affin sadece bazı muayyen anayasal organlara tanınmış bir yeki olduğu göz önüne alınınca, cezayı tecil eden yargıcın neticede bu yetkiye müdahale etmiş olacağı düşünülebilir²⁴. Fakat bu düşünce tarzı isabetli sayılamaz; zira tecilde mahkûmiyetin vaki olmamış sayılması neticesi, yargıcın kararından değil, bir kanun hükmünden doğmaktadır. Mesele yakından incelendiğinde, yargıcın sadece cezasının teciline karar verdiği ve bundan sonra deneme müddetinin suç işlemeksizin geçirilmesi halinde, ceza kanunu hükümleri (TCK. m. 89, 95) sebebiyle, evvelki ceza mahkûmiyetinin vaki olmamış sayıldığı görülmektedir²⁵. Bu itibarla, tecilin af yetkisine bir taarruz teşkil ettiği söylenemez. Esasen bu iki müessese arasında başka ayrılıklar da vardır.

Af ile tecil arasındaki diğer önemli bir fark, bunlardan istifadenin şümulünde müşahade edilir. Af edilen suçlu hakkında bir daha takibat yapılamaz. Buna mukabil, tecilde verilmiş bir mahkûmiyet vardır ve deneme müddeti içinde ikinci defa suç işlendiği takdirde, evvelki ceza da suçluya çektirilir²⁶. Fakat bu fark, şartlı aflarda bu kadar açık olarak görülememektedir. Af kanunlarından istifade, zaman zaman muayyen bir müddet içerisinde tekrar suç işlenmemesi gibi olumsuz bir şarta bağlanmaktadır. Böyle bir şartın bahis konusu olduğu hallerde, aftan sonra tekrar suç işleyen kimse affedilen suçuna ait cezayı da çekmektedir. Buna mukabil, af kanununda gösterilen müddet içinde ikinci bir suç işlemez ise, aftan istifade tam olmakta ve eski mahkûmiyet artık hiç bir zaman çektirilemez hale gelmektedir. Şu durum ile tecil arasında bir benzerlik olduğu açıktır. Bu iki netice arasındaki benzerliğe rağmen, tecilin bir nevi şartlı af olduğu yine de söylenemez. Zira, tecilde deneme müddetinden sonra eski cezanın çektirilememesi, ceza kanununun bir hükmünden ileri gelmektedir. Ayrıca bu hüküm, her tecilli suçlu bakımından tatbik edilen bir genel hüküm mahiyetindedir. Buna mukabil, şartlı af affın bir çeşididir ve ancak özel olarak kanunda belirtildiği takdirde tatbik edilebilir. Diğer bir ifade ile, affedilen suçlunun tekrar suç işlemesi halinde eski cezanın da infaz edilmesini gerektiren bir hüküme ceza kanununda rastlanamamaktadır.

23 Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku, C. I., Genel Hükümler, 6. bası, Ankara 1962, sh. 281.

24 Erem, Ceza., sh. 281.

25 Erem, Ceza., sh. 281.

26 Dönmezer-Erman., age., sh. 745.

Yani tecil yönünden normal olan bu netice, af bakımından tamamen istisnai bir mahiyet arz etmektedir. Halbuki tecilde yargıcın, deneme müddeti içerisinde ikinci bir defa daha suç işleyen faili eski cezasından muaf tutmak hususunda herhangi bir yetkisi yoktur.

Bu iki müessese bir başka bakımdan da birbirlerinden ayrılırlar: Af mutlak bir takdire dayanır ve bunun neticesi olarak, affeden organ niçin affettiğini söylemek zorunda değildir. Halbuki tecil eden yargıç, bu hususta gerekçe göstermek zorundadır (TCK. m. 98). Esasen yargıcın hangi hallerde cezayı tecil edebileceği, önceden kanunla tesbit edilmiş bulunmaktadır. Tecile karar vermeden evvel bu şartların mevcut olup olmadığı araştırılır. Buna mukabil, affedecek organın hangi şartların mevcudiyeti halinde bu yetkisini kullanabileceği evvelden tayin edilmiştir (Cumhurbaşkanının ferdi özel af yetkisi bu konuda bir istisna teşkil eder).

Yukarıda sözü edilen fark aslında, af ile tecil arasındaki gaye ayrılığının bir neticesidir. Ceza hukukunda istisnai bir yol olan af, daha ziyade siyasi gayelere hizmet eden bir vasıta²⁷. Tecil ise, iyi bir ceza siyasetinin icaplarından olan ve bilhassa kısa müddetli cezaların mahzurlarını bertaraf etmeğe yarayan bir müessesedir.

Ceza hukukunda tecile benzeyen müesseselerden biri de, kazai afdır. Kazai af, “âmme menfaatinin cezanın infaz edilmemesini icap ettirdiği hallerde cezanın adli yollarla affedilmesi”, demektir²⁸. Müessesenin esası, ahlaki durumu itibariyle ikinci bir defa daha suç işleyeceği kanaatine varılan kimsenin yargıç tarafından affedilmesidir²⁹. Almanyada şartlı af (grâce conditionnelle) adı altında tatbik edilmiş bulunan bir usule göre, cezanın infazı geçici ve şartlı olarak tehir edilirdi. Buna karar vermek, savcılardan takdirlerine bırakılmıştı. Deneme müddeti tayin edilen şartlar ihlâl edilmeksizin geçirildiği takdirde, mahkûm Adalet Bakanı'nın kararı ile affolunurdu³⁰. Bununla beraber kazai af tam olarak İtalya'da tatbik görmektedir. İtalyan Ceza Kanununun 169. maddesine göre, onsekiz yaşından küçük bir kimse tarafından işlenen ve cezasının yukarı haddi iki seneyi geçmeyen suçlar hakkında kazai affa hükmedilebilir. Ancak bunun için de, 133. maddede ön görülen ölçüler (suçun mahiyeti, işlendiği yer ve zaman, sebep olunan tehlike ve-

27 Ayhan Önder, Ceza hukukunda tecil ve benzeri müesseseler, İstanbul 1963, sh. 67.

28 Dönmezer-Erman, age., sh. 742.

29 Erem, Ceza., sh. 287.

30 La probation et les mesures analogues, Melun 1953, sh. 74-75. Bu konuda fazla bilgi için bkz., Önder., age., sh. 47-49.

ya zararın ağırlığı, kusurun derecesi), nazara alınmak suretiyle küçüğün tekrar suç işlemeyeceği kanaatine varılmalıdır. Bu şartlar varsa, sorgu yargıcı küçüğü mahkemeye sevkten imtina edebileceği gibi, duruşma sonucunda yargıç da mahkûmiyete hükmetmeksizin kazai affa karar verebilir ve herhalde bu yola yalnız bir defaya mahsus olmak üzere gidilir³¹.

Görüldüğü üzere kazai af, gayesi ve tatbik şartları itibariyle, bizim inceleme konumuz olan aftan ziyade tecile benzeyen bir müessesedir. Bu sebeple, tecil ile af arasında organ ve gaye bakımından mevcut olan farklar, kazai af yönünden de varittir. Öyle ise, af ve kazai af, yetkili organ, bu organların yekilerini sınırlayan şartlar ve takip ettikleri gayeler bakımından birbirlerinden tamamen farklı müesseselerdir.

II. AFFIN MEMNU HAKLARIN İADESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI:

Ceza mahkûmiyetinden doğan müebbed ehliyetsizlikleri ortadan kaldıran memnu hakların iadesi ile, şekline göre ceza ve ceza mahkûmiyetinin neticelerine tesir edebilen af arasında bir benzerlik olduğu açıktır. Bu sebeple memnu hakların iadesi, uzun bir zaman “egemen merhametin tezahürü”, şeklinde anlaşılmıştır. Müessesenin af yetkisi ile karıştırılması da bu yüzdendir³². Gerçekten, eskiden, yürütme organının hiç bir adli soruşturmaya lüzum duymaksızın tamamen keyfi bir şekilde memnu hakları iade edebilmesi, neticeleri ehliyetsizliklere kadar uzanan bir af yetkisi olarak kabul ediliyordu³³. Fakat müessese bugünkü anlaşılış şekli ile aftan tamamen ayrıdır.

Aradaki ilk ve önemli fark, fert iradesine tanınan değerde göze çarpar. Memnu hakların iadesinin talebe bağlı olmasına mukabil, afta kaide olarak fert iradesi her hangi bir rol oynamaz³⁴. Kaide olarak diyoruz; zira bilindiği üzere her mahkûm affedilmesi için dilekçe komisyonuna veya doğrudan doğruya Cumhurbaşkanına müracaatta bulunabilir. Fakat bu müracaat ile memnu hakların iadesi için mahkemeye başvurma arasında pek benzerlik yoktur; çünkü, memnu hakların iadesi için mahkemeye başvurma, bu imkândan faydalanabilmek için şarttır.

31 Pierre de Casabianca, Code pénal du Royaume d'Italie, Paris 1932, sh. 115.

Dönmezer-Erman, age., sh. 742.

32 Erem, Ceza., sh. 738.

33 Yılmaz Günel, Adli yollarla memnu hakların iadesi, Ankara 1961, sh. 6.

34 Erem, Ceza., sh. 739.

Mahkemeler re'sen mahkûmiyetten doğan ehliyetsizliklerin kalkmasına karar veremezler. Buna mukabil, bir talep mevcut olsun veya olmasın, yetkili organ af yoluna gidebilir. Diğer taraftan mahkeme, talep üzerine kanunda gösterilmiş olan bir adli soruşturmayı yapmak ve buna göre karar vermek durumundadır. Af talebi ise, böyle bir netice doğurmaz. Bu sebeple, affedecek organı harekete getirmek için yapılan bir rica şeklinde anlaşılabilir. Netice olarak, memnu hakların iadesinden faydalanabilmek için kanuni bir şart olan talep, af bakımından sadece istisnai bir rol oynamaktadır. Yani memnu hakları iadesinin talebe bağlı bir müessese olmasına mukabil, af talebe bağlı olmayan bir müessese sayılır.

İkisi arasındaki bir diğer fark da yetkili organda kendini gösterir. Af, yasama ve yürütme organı tarafından çıkarılabildiği halde, memnu hakların iadesine karar verecek olan merci mahkemelerdir³⁵.

Üçüncü bir fark da, iki müessesenin hizmet ettiği gayelerde hissedilir. Afda genellikle siyasi bir gaye vardır. Memnu hakların iadesinde ise, cezasını çeken mahkûmun bundan sonraki iyi hareketlerini mükâfatlandırmak ve kendisine yardım etmek çabası göze çarpar³⁶. Bu sebeple, kanunlarda suçlunun ıslâhında son basamağı teşkil eden ve infaz sistemini tamamlayan bir müessese olarak yer alır³⁷.

Bundan evvelki paragraflarda belirtilenler, genel olarak af ile memnu hakların iadesi arasındaki farklılıklardır; fakat affin her iki çeşidi de bazı başka noktalarda memnu hakların iadesinden ayrılırlar.

Genel af bir bakıma, memnu hakların iadesine benzer; her ikisi de mahkûmiyetten doğan ehliyetsizlikleri kaldırır; fakat genel af mahkûmiyetten veya cezanın infazından evvel de tesir edebilir. Memnu hakların iadesinde ise, daha evvelden verilmiş bir ceza mahkûmiyetine ihtiyaç vardır. Ayrıca cezanın çekilmiş veya her hangi bir sebeple düşmüş olması da gerekmektedir³⁸. Bundan başka, genel affin geçmişe tesir edebilmesine mukabil, memnu hakların iadesinin böyle bir tesiri yoktur³⁹. Nihayet genel af, mahkûmiyeti de ortadan kaldırır. Memnu hakların iadesinin ise, bizatihi mahkûmiyetle bir ilişkisi yoktur. Eski mahkûmiyet olduğu gibi kalır, ve meselâ ikinci bir defa daha suç işlenmesi halinde tekrür hükümleri uygulanabilir. Çünkü ortadan kalkan mahkûmiyet değil, sadece bundan doğan müebbed ehliyetsizliklerdir⁴⁰.

35 Bkz. Günal., age., sh. 9.

36 Günal., age., sh. 9-10.

37 Erem., Ceza., sh. 738.

38 Günal., age., sh. 9.

39 Günal., age., sh. 9.

40 Erem., Ceza., sh. 761.

Affin ikinci bir şekli olan özel af, daha evvel verilmiş bir ceza mahkûmiyetinin mevcudiyetini gerektirmek bakımından memnu hakların iadesine benzer. Fakat yine de aralarında bir fark vardır: Memnu hakların iadesi yoluna gidebilmek için, cezanın infaz edilmiş olması icap eder. Buna mukabil, infazdan sonra artık özel af düşünülemez⁴¹. Diğer taraftan, memnu hakların iadesini talep eden mahkûmun buna lâıyk olduğunu istap etmesi lâzımdır⁴². Özel afta ise böyle bir şey bahis konusu değildir. Bir mahkûmun affa lâıyk olup olmadığı, yetkili organ tarafından serbestçe takdir edilir. Nihayet, özel af sadece cezaya tesir ettiği için, mahkûmiyetin neticesi olan ehliyetsizlikler affa rağmen devam eder. Halbuki memnu hakların iadesi, hiç bir şekilde cezaya dokunmaz. Buna mukabil, mahkûmiyete bağlı olan müebbed ehliyetsizlikleri ortadan kaldırır⁴³.

III. AFFIN ŞİKÂYETTEN VAZGEÇME İLE KARŞILAŞTIRILMASI:

Ceza Kanununda yer alan ve kamu dâvasını ortadan kaldıran sebeplerden biri de, şikâyetten vazgeçmedir (TCK. m. 99). Genel af ve şikâyetten vazgeçmenin kamu dâvasını düşürebilmesi, her iki müessesenin müşterek taraflarını teşkil eder; fakat bunlar aslında birbirinden tamamen ayrı müesseselerdir.

Af, ancak anayasanın tâyin ettiği organlar tarafından bahşedilebilir. Şikâyetten vazgeçme ise, suçun mağduruna tanınmış bir yetkidir (TCK. m. 99). Bundan başka, vazgeçme yoluna sadece takibi şikâyete bağlı suçlar bakımından gidilebilmesine mukabil (TCK. m. 99.), hiç bir ayrıma tabi tutulmaksızın bütün suçlar affa dahil edilebilir. Bununla beraber, İtalya'da 1870 tarihli Bakanlık Ceza Kanunu Projesi'nde genel affın, takibi şikâyete bağlı suçlara tesir edemeyeceği ön görülmüştü. Fakat bu teklif kabul edilmemiş ve mehzamızı teşkil eden eski İtalyan Ceza Kanununa bu yolda bir hüküm konulmamıştır⁴⁴. Gerekçe olarak, takibi şikâyete bağlı suçların da aslında kamu hukukuna dahil bulunduğu ve kamu menfaati sebebiyle çıkarılan genel aflar bakımından böyle kesin yasaklar koymanın doğru sayılamayacağı ileri sürülmüştü. Netice olarak, genel affa tâbi olmak yönünden şikâyete bağlı suçlarla re'sen takip edilen

41 Günal, age., sh. 10.

G. Roux - Dessarps, De la grace, Paris 1898, sh. 58

42 Günal, age., sh. 10.

43 Dessarps, age., sh. 59.

44 Bkz. Majno, Ceza Kanunu şerhi-Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, 1927, C. I., sh. 471-472.

suçlar arasında bir fark yaratılmamıştır⁴⁵. Bizde de, 218 sayılı Af Kanununa ait hükümet tasarısında müştekinin rızası olmadıkça takibi şikâyete bağlı suçların affedilemeyeceği kabul edilmişti. Ancak bu teklif, kanunun birinci maddesiyle bunlardan çok daha ağır suçların affedilmiş bulunması gerekçesiyle, Adalet Komisyonu tarafından reddedilmiştir⁴⁶. Böylece, bu hükmün kanunlaşması mümkün olmamıştır. Ceza Kanunumuzda da bu konuda yasaklayıcı bir hüküm bulunmaması sebebiyle, şikâyete bağlı suçların da affedilebilmeleri hususunda kanuni bir mâni yoktur.

Şikâyetten vazgeçmenin bir özelliği de, aynı suçu işleyen bütün failer hakkında kamu dâvasını düşürmesidir (TCK. m. 99). Halbuki affin bu neticeyi doğurması şart değildir. Affeden organ, aynı fiili işleyenlerden bir kısmına affin dışında bırakabilir.

Vazgeçmenin kamu dâvasını düşürebilmesi için, sanık tarafından kabul edilmesi de gerekir (TCK. m. 99). Af ise, kaide olarak mecburidir. Fakat buna rağmen, af kanununa bunu red hakkını tanıyan bir hüküm konulabilir (Bkz. 113 ve 134 Sayılı Af Kanunları, m. 1/A). Ancak, Ceza Kanununda yer alan bir hükümle affin bunu kabul etmeyen sanığa tesir edemeyeceği belirtilecek olursa, iki müessese arasındaki bu fark ortadan kaldırılmış olur. Bizim Ceza Kanunumuzda böyle bir hüküm bulunmaması sebebiyle, af ile şikâyetten vazgeçme arasında bu bakımdan da bir fark vardır.

Şikâyetten vazgeçme hakkının ne zamana kadar kullanılabilmesi, kanunda gösterilmiş bulunmaktadır (TCK. m. 99). TCK.'nin 99. maddesine göre, şikâyet ancak kesin hüküm verilinceye kadar geri alınabilir. Buna mukabil af, kesin hükümden evvel veya sonra olabilir. Hüküm kesinleştikten sonra vuku bulan vazgeçmenin muteber olabilmesi için, kanunun bunu sarahaten belirtmesi gerekir (TCK. m. 99). Böylece kesin hükümden sonra vaki olan şikâyetten vazgeçme ancak kanunun açıkça kabul ettiği hallerde cezaya tesir eder (TCK. m. 444).

Nihayet, şikâyetten vazgeçme teklifi her hangi bir şarta bağlanamaz⁴⁷. Buna mukabil, yetkili organın af kanununa uygun gördüğü şartları derecetmesi daima mümkündür.

45 Majno, age., sh. 472.

46 MMTD, 1963, C. 13, D: 1, Toplantı: 2, S. Sayısı: 108, sh. 16.

47 Erem, Ceza., sh. 683.

Üçüncü Başlık

AFFIN LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER

I. GENEL OLARAK AF YETKİSİNİN LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER:

Af, meşruluğu hususunda münakaşalara yol açmış bir müessesedir. Lehindeki fikirler kanunları sosyal hayata uydurmak, bunların lüzumsuz şiddetini gidermek, tatbikatta görülen hak ve nasafete uymayan durumları ortadan kaldırmak gibi birbirine yakın gerekçelere dayanırlar. Büyük bir kısmı pozitivist yazarlar tarafından ileri sürülen aleyhteki görüşler ise, yukarıda işaret edilen zaruretlerin affı hakkı göstermeye kâfi gelemeyeceği fikrinden hareket ederler. Zira bunlara göre, bu mahzurları bertaraf edebilecek daha iyi vasıtalar mevcuttur.

Bu konuda pozitivistler gibi menfi bir neticeye varan klâsik diyebileceğimiz düşünüş tarzı ise, cezaların muhakkaklığı ve ceza kanunlarının genel önleme hassası üzerinde önemle durmaktadırlar.

Affin lüzumu hususunda bir neticeye varabilmek için, kısaca özetlediğimiz bu fikirleri ana hatları ile de olsa nakletmek gerekmektedir.

A. Lehteki Görüşler:

Bu görüşlerin esası, kanunların sosyal hayatın icaplarına uymaması fikrine dayanır. Sosyal hayatın daimi bir gelişme içinde bulunduğu malumdur. Kanunlar ise bu ilerlemeye ayak uyduramamaktadırlar. Sadece zaman zaman yapılan tashih ve gözden geçirmelerle, bunların sosyal hayata intibakı sağlanmaya çalışılmaktadır⁴⁸ Bu da kanunların genel ve mücerret olmalarının bir neticesidir

Ceza kanunlarının da bu kaideye istisna teşkil etmemeleri tabiidir. Genel olabilmek için aynı zamanda mücerret olmak zorunda bulunan ceza kanunlarının, ön görülenden daha şiddetli sonuçlar vermesi daima mümkündür. Esasen âdeta "büyük rakamlar doğruluğu"na göre hazırlanan bir ceza kanununun böyle bir netice doğurması, kaçınılması imkânsız bir kusurdur⁴⁹. Gerçi mükemmel kanunlar yapmak suretiyle bu mahzurun bertaraf edilmesi düşünülebilir. Fakat uzun tecrübeler, insan

48 Hakkı Demirel, Af salâhiyeti, Ank. Ba. D. 1957, N. 4., sh. 118.

49 Erem, Ceza, sh. 658.

düşüncesinin hatasız ve mükemmel bir mevzuat hazırlamak bakımından yetersiz olduğunu göstermiştir⁵⁰. En mükemmel şekilde hazırlandığı sanılan ceza kanunları bile, suçluluğun gerektirdiği bütün hafifletici sebepleri nazara alamazlar. Çoğu zaman işlenen fiil ile buna takdir edilen ceza arasında açık bir nisbetsizlik müşahade edilir. İşte bu nisbetsizliğin, yani adalet prensipleri ile beşeri esaslar arasındaki dengesizliğin ortadan kaldırılması gerekir⁵¹. Bir mahkûmiyet hükmü veren mahkeme, kanunlarda ifade edildiği şekilde cemiyetin icaplarını ve karşısında bulunan kimse hakkındaki tecrübe ve bilgisini birleştirmek zorundadır. Mahkeme bunu yaparken, cemiyetin icaplarını yanlış bir şekilde ölçmüş veya tahmin etmiş olabilir. Yine sanık hakkında mahkeme zabıtlarında yer alan hususları doğru sayılmayacak bir tarzda yorumlanmış bulunabilir. Bütün bunların yanında mahkemenin yapamayacağı tek şey, yukarıda belirtilen hususları nazara almamaktır⁵². Yani mahkeme, yanlış sonuçlara müncer olsa bile, mahkûmiyet hükmünü verirken, bütün bunları bir tarafa bırakmak iktidarına sahip değildir. Nitekim Amerikan sosyalizminin öncülerinden olan Eugene Debs, harp sırasında yaptığı bir konuşmada ileri sürdüğü bazı fikirlerden dolayı on yıla mahkûm edilmişti. Mahkûmiyet hükmü Yüksek Mahkeme (Supreme Court) tarafından oybirliği ile verilmişti. Karar, hem buna mesnet teşkil eden Espionage Act hükümlerinin Anayasa uygunluğu, hem de harp zamanının sosyal ihtiyaçları bakımından haklı görülme idi. Fakat böyle bir takibatın ne derece isabetli olduğu meselesi yönünden kesin bir şey söylemek mümkün olamıyordu. Bundan başka verilmiş olan hüküm, Amerika'nın harp sonrası durumunun ihtiyaçları ile de uygun düşmemekte idi. Bu sebeple, Debs'in affedilmesi için büyük gayretler sarfedilmiş ve mesele bir hayli tartışılmıştır⁵³.

Blackstone, lâıyk olanı affedebilecek yüksek bir makamın mevcut bulunmasını, monarşilerin en büyük faydalarından biri olarak kabul eder; fakat aynı yazara göre demokrasilerde affa lüzûm yoktur⁵⁴.

Demokratik rejimlerin ceza hukuku, insanî bir ceza hukukudur. İnsanî esaslardan mülhem olan bir ceza mevzuatında, af ve diğer merhamet muamelelerine yer vermek bir tezat gibi görünebilir⁵⁵. Fakat

50 Kenny, Outlines of criminal law, Edited by J.W. Cecil Turner, Cambridge 1952, sh. 522.

51 İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun umumî esasları, Ankara 1962, sh. 339.

52 Otto Kirchheimer, Political Justice sh. 389.

53 Kirchheimer, age., sh. 389-390 vd.

54 Blackstone, Commentaires, sh. 397-398. Zikreden: Edward S. Corwin, The president office and powers, New York 1948, sh. 193.

55 Giuseppe Bettiol (Çev. Faruk Erem), Suç ve cezanın sukutu meselesi, AHFD 1955, C. XXII, N. 1-2, sh. 11.

bu müşahade zahiridir; çünkü demokrasilerde de ceza adaleti sadece bir mantık ameliyesi neticesinde ortaya çıkmaktadır, merhamet duygusunun ise bu ameliyeye yabancı kalması doğru değildir. Akıl ve mantıkla cezalandırılanın, duygu ve merhametle affedilmesi yerinde olabilir⁵⁶; çünkü demokratik rejimlerin ceza hukuku, adalet kıstasını da nazara almak zorundadır. Bu kıstas, suç ile ceza arasında bir nisbetin mevcudiyetini zaruri kılar. Gerçi bu nisbetin mücerret bir şekilde tâyin edilmesi mümkün görülebilir⁵⁷. Ancak,

“Mücerret tâyin ameliyelerinde asgarî adalet mevcuttur. Fakat asgarî adalatte âzami haksızlık da bulunabilir. Mücerret adalet düzensizlik doğurur. Bu mahzuru gidermek için adalet, hakkaniyet ve nasafet ile tadil edilmelidir. Hakkaniyet ve nasafet, her hadisenin hususiyetlerine göre müşahhas hale gelir. Hukukun hayat ile bağlılığı umumiyetle hâkime takdir hakkı tanınmakla sağlanmaktadır. Fakat hukukun hayat ile bağlılığını fevkalâde yollarla sağlamak af ile mümkün olur. Bu mânada af, hukuku hayata intibak ettirmek ameliyesidir. İnsan ve tarih dışı hukuk yoktur, hukuk plâtonik bir fikrin tatbikatı da değildir. Hukuk hayatın, sulh ve sükûnun, ilerlemenin emrindedir. Affı talep hakkından, demokratik rejimlerde vatandaş mahrum edilemez. Ceza hukukunun hakikaten insanî olmasını istiyorsak, ondan affı kullanmak imkânını almamalıyız”⁵⁸

B. Aleyhteki Görüşler:

Affin başlıca aleyhtarlarından olan pozitivistler, her şeyden evvel yukarıda belirtilen gerekçelerin hakikate uymadığına inanmaktadırlar; onlara göre af hemen her zaman tavsiye, tazyik, iltimas, seçimlerde oy kazanmak gibi sebeplerle yapılır ki, bu da yetkinin kötüye kullanılmasından başka bir şey değildir⁵⁹. Ancak bunun yanında, af yetkisinin bazı zaruri sebeplere istinaden (adalet icapları gibi) kullanılmış olması da ihtimal dahilindedir. Fakat bu gibi sebeplerin mevcudiyeti dahi affın haklılığını göstermeğe yetmez; çünkü, adaletin keyfî bir merhamet gösterisi ile değil, emin ve herkes için eşit usullerle gerçekleştirilmesi ge-

56 Dönmezer-Erman, age., sh. 944.

57 Bettiol, agm., sh. 11-12.

58 Bettiol, agm., sh. 11-12.

59 Erem, Ceza., sh. 659.

Dönmezer-Erman, age., sh. 942.

rekmetedir⁶⁰. Buna bir misal, bazı fiillerin cezalandırılmasında kamu menfaatinin kalmamasıdır. Bu gibi durumlarda, adalet mülâhazaları affi zaruri gösterebilir; fakat pozitivistler böyle halleri dahi af için yeter bir gerekçe saymamaktadırlar. Onlara göre, affetmek yerine bu gibi fiilleri suç olmaktan çıkarmak daha isabetli olacaktır⁶¹.

Bundan başka, af yetkisi kullanılmadan evvel her hangi bir adli tahkikat yapılmaması da bazı mahzurlar doğurmaktadır. Bir kere, hiç bir adli tahkikata girilmediği için, suçlular arasında affa lâyık olmak ve olmamak bakımından bir ayırım yapılamamaktadır. Bunun neticesinde de, bir çok suçlu daha ıslah olmadan serbest bırakılmaktadır⁶². İşte bu gibi mahzurları önleyebilmek için, af yerine başka usullerin kabulü yerinde olur. Pozitivistlerin bu konuda teklif ettikleri yol, hudutsuz hüküm müessesesinin kabulüdür: Hudutsuz hüküm kabul edildiği takdirde affedilmesi uygun görülen mahkûmların cezalarının infazına son vermek her zaman için mümkün olabilecektir⁶³. Nitekim Ferri'ye göre de, hudutsuz hüküm sisteminde mahkûmiyet hükmünün fasılâh bir şekilde tetkik edilmesi, genel ve özel af yerine kaim olacaktır⁶⁴.

Nihayet af, tamiri mümkün olmayan bazı kayıplara sebep olduğu için de reddedilmesi gereken bir müessesedir; çünkü affedilen suçlunun ikinci bir suç işlemesi, sık sık rastlanılan olaylardan birisidir. Bu gibi ahvalde, devletin affedilen suçlunun yeni fiilinden sorumlu olması ve bunun doğurduğu zararları üstlenmesi gerekmektedir; fakat devletin böyle bir sorumluluğu üzerine almayı kabul etmesi de meselenin halline kâfi gelmemektedir. Zira, meselâ affedilen suçlunun bundan sonra işlediği ikinci bir cinayeti tazmin etmek nasıl mümkün olabilecektir⁶⁵.

Pozitivistlerden başka, bazı klâsik yazarların da ayrı gerekçeler ileri sürmek suretiyle bu konuda menfi bir neticeye vardıklarına işaret edilmişti.

Ceza kanunlarının önleyici kuvvetini cezaların muhakkak olmasında bulan Beccaria, af yetkisini açık bir şekilde reddetmektedir. Beccaria'ya göre, bir mahkûmu işlediği suçtan dolayı bağışlamak, her suçun mutlaka bir ceza göreceği prensibini yok etmek demektir. Böylece vatandaşlarda ceza görmemek ümidi uyanmış olacaktır. Bundan başka, affedil-

60 Erem, Ceza., sh. 660.

61 Dönmezer-Erman, age., sh. 942-943.

Erem, Ceza., sh. 660.

62 Dönmezer-Erman, age., sh. 943.

63 Dönmezer-Erman, age., sh. 943.

64 Ferri, Sociologia criminale, 5. bası, Torino 1930., sh. 321. Zikreden: Erem, Ceza, sh. 660

65 Raffaele Garofalo (çev.: Muhittin Göklü), Criminologia, İstanbul 1957, sh. 360.

meyenlere tatbik edilen cezanın, bir adalet prensibinin neticesi değil de keyfiliğin sonucu olduğu kanaati uyanabilecektir. Fakat bazı ceza kanunlarında o kadar ağır cezalar vardır ki, bunları önleyebilmek veya şiddetlerini giderebilmek bakımından af zaruri görülebilir. Ancak ceza müeyyideleri hafif ve infaz usulleri süratli olan kanunlardan affın çıkarılması gerekir. Cezalar hafifleştiği nisbette affın lüzum ve zarureti azalır⁶⁶. Zira ceza kanunlarının suçu önleyebilmesi, cezaların şiddetinden değil muhakkak olmasından ileri gelir. Hafif, fakat infazı muhakkak olan ceza, kurtulma ümidi çok olan şiddetli bir cezadan daha müessirdir⁶⁷. Böylece ceza kanunlarının otoritesini mutedil fakat muhakkak olan cezalarda bulan Beccaria, bir af kararını imzalayan kralın, cürmün cezasız kalamayacağı prensibini ihlâl etmiş olduğunu⁶⁸, söylemek suretiyle bu müesseseyi kabul etmediğini ifade etmektedir.

Beccaria'dan evvel Platon da, "Ne mahiyette olursa olsun, hiç bir suç cezasız kalmamalı ve hiç kimse cezadan kaçmamalıdır", diyerek, aftan yana olmadığını göstermiş bulunmaktadır⁶⁹. Daha sonraları Filangieri, Postoret, Benthan gibi yazarlar da, Beccaria tarafından açılmış olan yolu takip etmişler ve af yetkisinin muhtemel suiistimallerinden, bunun ilgası neticesini çıkarmışlardır⁷⁰.

Faydacı teoriyi savunan Bentham, kanunların çok şiddetli olması halinde bunu gidermek yönünden af yetkisinin zaruri olabileceğini, ancak bizi böyle bir düzeltmenin de iyi sonuçlar vermeyeceğini ileri sürmektedir. İyi kanunlar yapmak ve affa olan ihtiyacı ortadan kaldırmak en doğru hareket tarzı olacaktır⁷¹. Fakat bu netice kesin değildir. Ayaklanmalar veya kamu düzeninin önemli bir derecede bozulması gibi durumlarda, cezalandırmanın iyilikten çok kötülük getirmesi mümkündür. Bu gibi hallerde, af yetkisi sadece zaruri değil, aynı zamanda faydalıdır da. İyi bir mevzuatın mevcudiyeti halinde dahi bu gibi olaylar üzerine af yoluna gitmek, kanunların bir tatbiki olarak anlaşılmalıdır⁷².

66 Beccaria (Çev.: Muhittin Göklü), Suçlar ve cezalar yahut Beşeriyetin mecellesi, İstanbul 1951, sh. 270-271.

67 Beccaria, age., sh. 269.

"Felâketler ne kadar hafif olursa olsun, muhakkak olunca insan oğullarını korkutur". Beccaria, age., sh. 269.

68 Beccaria, age., sh. 271.

69 Zikreden: Faustin Hélie, "Beccaria. Des delits et les péines", den, Nouvelle édition par Faustin Hélie, Paris 1856, sh. 124.

70 Hélie, Beccaria, sh. 125.

71 Jeremy Bentham, (Translated by B. Hildreth), Theory of Legislation, London 1911, sh. 357.

72 Bentham, age., sh. 356.

Sonuç olarak, “..ceza zaruri ise sonradan kaldırılmamalı, zaruri değil ise mahkûm buna hiç çarptırılmamalıdır”⁷³. Görülüyor ki, Bentham kaide olarak affin aleyhinde olmakla beraber, bazı istisnai durumların müesseseyi meşru hatta zaruri kıldığı neticesine varmaktadır. Kendisini bu şekilde düşünmeye sevkeden sebepler, geniş bir şekilde siyasî genel affin gerekçesini teşkil etmektedir.

Cezada kefaret esasını kabul edenlerden bazılarının da affa karşı olacakları tabiidir. Kefareti en geniş şekilde anlayan Kant’a göre, ceza kanunu kat’i bir emirdir ve adaletin ceza siyaseti ile hiç bir ilgisi yoktur⁷⁴. Cezanın esası hakkında böyle bir anlayışa sahip olan Kant, atıfet muamelelerini egemenlik haklarının en kaypağı olarak kabul eder. Onun düşüncesine göre, hükümdarın iyilik ve ihsanlarda bulunmasının doğurabileceği tehlikeler yerine, mükemmel bir kanunun muhakkaklığını ikame etmek gerekir⁷⁵. Kefaret prensibinin böyle kati emir şeklinde anlaşılmasının, affı ve bütün diğer suç ve cezanın sükutu sebeplerini redde müncer olacağı tabiidir. Fakat unutmamak gerekir ki, kefarete ceza vermenin sebebi sayılsa bile, bunun da bir hududu vardır. Bu sınırı çizen de içtimai zaruretlerdir. Kefarete istinaden haklı görülen ceza, ancak cemiyetin bekası için zaruri görüldüğü takdirde tatbik olunabilir. Suçlunun cezalandırılmasında böyle bir zaruret yoksa, kefaret prensibinden vazgeçmek doğru bir hareket sayılmalıdır. Aksi takdirde, gerçekte bütün temasını kaybetmiş olan kefarete, plâtonik bir istek olmaktan ileri gidemeyecektir⁷⁶.

Cezanın esasını kefarete ve fayda ile izah eden yazarlar da, bu prensiplerin zaruri olarak affı redde müncer olacağını kabul etmemektedirler. Bunlara göre cemiyetin cezalandırmak hakkı meşruiyetini mutlak adalet fikrinde ve cezanın faydalılığında bulur. Bu iki esash sebepten biri ortadan kalktığı takdirde, cemiyetin cezalandırmak hakkı da sona erer. Çünkü bazı istisnai şartlar, adalet prensiplerinin mahkûm ettiği fiillerin cezalandırılmasını faydasız kılabilir. Bu andan itibaren, artık faydadan yoksun bir hale gelen cezadan vazgeçmek gerekir⁷⁷.

73 Bentham, age., sh. 357.

“..adalet bir eli ile yaptığını diğer eli ile imha edemez; beşeriyet masumiyetin korunması için cezaların konulmasını ve suç işlemeyi cesaretlendirmek için afflar bahşedilmesini isteyemez”, Bentham, age., sh. 356.

74 Erem, Ceza., sh. 662.

75 Zikreden: Kirchheimer, age., sh. 397.

76 Bettiol, agm., sh. 5.

77 Henri Chomette, De l’Amnistie, Paris 1898, sh. 42.

C. Görüşlerden Çıkan Sonuçlar:

Evvelki paragraflarda nakledilen düşüncelerden bir kısmının affın lehinde, diğer bir kısmının da affın aleyhinde olmasına rağmen, bunların yine de aynı neticeye vardıklarını söylemek mümkündür. Bu yetkiye taraftar olmayan yazarlar dahi, bir ceza mahkûmiyetinin doğurabileceği haksızlıkları izale edecek usullerin kabulüne karşı değildirlir. Onların kabul etmedikleri husus, bu haksızlıkların giderilmesinde af gibi keyfi bir yetkiye başvurulmuş olmasıdır.

Nitekim yukarıda fikirlerine işaret edilen pozitivist yazarlar, af yetkisinin bazı sosyal zaruretler neticesi kullanılması ihtimalini gözden uzak tutmamakta, ve ceza mahkûmiyetlerinin ortadan kaldırılması gereken bir takım haksızlıklar doğurabileceğini kabul etmektedirler. Fakat bu haksızlıkların af yolu ile giderilmesini reddetmekte ve meselâ, cezalandırılmasında kamu faydası kalmayan fiillerin suç olmaktan çıkartılmasını teklif etmektedirler.

Başlangıçta oldukça cazip görülen bu fikrin, gerçeklere pek de uygun olduğunu sanmıyoruz. Çünkü affı gerekli kılan zaruretlerin, aynı zamanda affa tabi fiillerin suç olmaktan çıkartılmasını da icap ettirdiği her zaman için söylenemez. Bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek zaruretinin, bu sırada işlenmiş fiillerin artık hiç bir zaman suç sayılmamasını da gerektirdiği iddia olunamaz. Esasen, cezalandırılmasında kamu faydası kalmayan fiilleri suç olmaktan çıkartmak, af yetkisinden başka bir şeydir. Sosyal ihtiyaçlar artık bazı fiillerin cezalandırılmamasını icap ettiriyorsa, bu suçların ilgası normal sayılmalıdır. İşledikleri fiiller suç olmaktan çıkartıldığı için, mahkûmların cezalarının geri kalan kısmını çekmemeleri, bir başka ceza hukuku prensibinin neticesidir (TCK. m. 2). Bu fiiller hakkında henüz takibat başlamamış ise, bundan sonra da artık kamu dâvasının açılmaması aynı prensibin bir tatbik şeklidir (TCK. m. 2).

Görülüyor ki, bu aslında, kanun değişikliklerinin haksız neticelerini ortadan kaldırmak gayesiyle kabul edilmiş bulunan bir kaidenin tatbikinden ibarettir. Bunu af yetkisi ile karıştırmamak lâzımdır. Affı haklı kılan zaruretler, o fiillerin suç sayılmamasını gerektirecek mahiyette değildir. Sadece bazı sosyal zaruretler, ceza kanunu hükümlerinin geçici olarak ilgasının veya hükmedilmiş bulunan cezaların infaz edilmesinin daha uygun olacağını göstermektedir. Yoksa bu fiilleri hiç bir zaman için cezalandırmamak bahis konusu değildir. Buna mukabil, bazı fiillerin ileride cezalandırılması artık lüzumsuz görülüyorsa, bunların ilgası yoluna gidilir ve bunun affın gerekçesini teşkil eden sebeplerle pek

ilgisi yoktur. Daha doğrusu, aralarında bir kesafet farkı vardır denilebilir. Bazı fiiller ahlâki veya siyasi sebeplerle artık gayri meşru sayılmıyorlarsa, ceza kanunlarından çıkartılırlar. Buna mukabil, kamu faydası bir takım fiillerin suç olarak kalmakla beraber, muayyen bir müddet için cezalandırılmamasını gerektiriyorsa, bunların affi cihetine gidilir.

Öte yandan af yerine ikame edilmesi düşünülen “hudutsuz hüküm”, müessesesi de, affin karşılayacağı ihtiyacı cevap vermekten uzaktır. Zira, hudutsuz hüküm, sadece suçluların ıslâhı bakımından düşünülmüş bir müessesedir⁷⁸. Eğer affin gerekçesi, ıslah edilen suçlunun ceza evinde daha fazla kalmasını önlemek olsa idi, bu fikri kabul etmek mümkün olabilirdi. Halbuki ileride daha geniş bir şekilde izah edileceği üzere, ıslah edilmiş olmak sadece, özel affin gerekçelerinden birisidir. Üstelik, ıslah edilen suçluya hürriyetini iade edecek daha başka ceza hukuku müesseselerinin mevcut olması, bu fikrin sert bir şekilde tenkit edilmesine sebep olmaktadır. Ayrıca hudutsuz hüküm müessesesi, keyfi olmak bakımından aftan daha az mahzurlu değildir. Hudutsuz hüküm de, “keyfi muameleyle fazla müsait oluşu sebebiyle tehlikeli neticeler doğurabilir”⁷⁹.

Positivistlerin yanında klâsik yazarlar da, istisnai bazı sebeplerin affi haklı gösterebileceği kanaatinde dirler. Ancak, onlara göre, bu istisnai durumlar, daha evvelden iyi bir mevzuat hazırlamak suretiyle bertaraf edilebilir. Bunun için de afluzumsuz bir müessesedir. Bentham’ın düşüncesine nazaran ise ihtilâl, ayaklanma gibi durumlarda af, kanunların ihmali değil, bilâkis iyi bir şekilde tatbiki olarak anlaşılmalıdır. Görülüyor ki, klâsikler de kesin bir şekilde af yetkisini reddetmemektedirler. Zira, hiç bir haksızlığa meydan vermeyecek derecede mükemmel kanunların hazırlanması bugüne kadar mümkün olmamıştır; bunun mümkün olamayışı da, klâsiklerin affi reddederken peşinen var saydıkları bir şartın ademi mevcudiyeti neticesini doğurmaktadır. Yani, affi lüzumsuz kılacak veya yetki suiistimali şeklinde gösterebilecek derecede mükemmel kanunlar hiç bir zaman mevcut olamamıştır.

Daha evvel işaret edildiği üzere kefarete taraflarları arasında da affi reddedenler vardır. Fakat unutmamak gerekir ki, bugün için kefarete nazariyesi önemini geniş bir ölçüde kaybetmiş bulunmaktadır. Cezanın tek izah tarzının, suçluyu ıslah etmek olduğu artık genellikle kabul edilmiş durumdadır⁸⁰. Bunun yanında kefarete esasını kabul eden modern

78 Faruk Erem, Adalet Psikolojisi, Genişletilmiş beşinci baskı, Ankara 1964, sh. 329.

79 Erem, Adalet psikolojisi, sh. 329.

80 Erem, Ceza., sh. 172.

müellifler de bu konuda Kant ile aynı neticeye varmamakta, bilâkis kefaref esasını af yetkisi ile yumuşatmağa çalışmaktadırlar⁸¹.

Bütün bunlar, affı kabul etmeyen fikirlerin hepsinin ortak bir noktası olduğunu göstermektedirler: Af yetkisinin suiistimal edilmesi endişesi. Ancak aynı husus, affın aleyhtarını olduğu kadar, taraftarlarını da düşündüren bir meseledir. Af yetkisinin kabulü lehinde olan yazarlar da açık bir şekilde bunu ifade etmektedirler. Türk doktrininde Erem,

“Hakiki bir zaruret mecdut olmadığı halde, yersiz bir merhamet, lütuf, taraftar kazanma, ceza evleri mevcudunu azaltma gibi hukuki değerlerden mahrum mülâhazalarla af yetkisinin kullanılması bir cemiyette adalet ve kanunlara güveni azaltır. Nasıl olsa günün birinde af kanununun çıkacağı ümidi cezanın genel önleme hassasını zayıflatmaktadır. Bu yetkinin hukukî sebepler için kullanılmış olması da kâfi değildir. Hakikaten affa lâyük olanlar hakkında kullanılmıdır. Bir çok defa mükerrir olan suçlunun affedilmesi gibi izahı imkânsız af kanunları yapılmamalıdır. Af yetkisi affedilenin menfaatleri gözönünde tutularak kullanılmamalıdır. Çünkü bu yetkinin kullanılmış olması kamu faydasının mevcudiyetini farzettirecektir”⁸²

demek suretiyle bu konudaki endişesi açık bir şekilde belirtmektedir. Buna muvazi olarak Dönmezer-Erman da af yetkisini kabul etmekle beraber, bu yetkinin muhtemel suiistimallerini terviç etmediklerini ifade etmektedirler. Nitekim sözü geçen yazarlara göre,

“...suiistimale kaçmamak, af salâhiyetini ceza adaletinin dışında kalacak maksatlarla kullanmamak, bahusus affı zaruri kılan sebepler bulunmadan bu salâhiyeti istimal etmemek.....şartları ile af yetkisinin mevcudiyeti ve muhafazası yerinde olur”⁸³.

Böylece affın lehinde ve aleyhinde olan yazarların bir noktada birleştikleri müşahade edilmektedir. Üzerinde ittifak edilen nokta da, ceza kanunlarının haksız neticeler doğurabilmesi ihtimalidir. Pozitivistlerin hudutsuz hüküm fikrinin kabulü veya bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması yolundaki teklifleri; Bentham, Beccaria gibi yazarların mükemmel ceza kanunları yapılması şeklinde tavsiyeleri, bunu açık bir şekilde göstermektedir. Ancak, af yerine ikamesi düşünülen bu tedbirler her zaman için affın yerini tutamamakta ve onun cevap verdiği ihtiyaçları karşılayamamaktadırlar.

81 Bkz. Birinci Bölüm, Üçüncü Başlık, I., B.

82 Erem, Ceza., sh. 660.

83 Dönmezer-Erman., sh. 5.

Bütün bunlar karşısında, suiistimalinden t i t i z bir şekilde kaçınmak şartı ile af yetkisini kabul etmek doğru bir netice sayılabilir. Ancak bu konuda gösterilecek en ufak bir hafifliğin dahi affa karşı olanlara hak verdireceğini unutmamak gerekir. Af yetkisinin istimalinde sorumsuz bir şekilde hareket etmek, mazur görülemez. Zira af, ceza hukukunda ciddiyet ve dürüstlüğün ölçüsüdür⁸⁴.

II. GENEL AFFIN LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER:

Bazı sosyal ihtiyaçlara cevap verebileceği düşünülen atıfet muamelelerinden ikisine hukukumuzda yer verilmiş bulunmaktadır. Bunlardan biri genel af, diğeri de özel aftır. Teknik özelliklerini daha sonra inceleyeceğimiz bu iki affın da meşruluğu konusunda münakaşalar yapılmaktadır.

Atıfet muamelelerinin en geniş neticeler doğuran bir şekli olan genel af, muhtelif sebeplerle bozulan kamu düzenini yeniden kurmak bakımından faydalı bir yol olarak kabul edilmektedir. Öte yandan affın aleyhinde olarak ileri sürülen fikirlere, genel af konusunda da rastlanmaktadır. Meselâ bu yetkinin suiistmal edilmesi, kanunların genel önleme hassalarının zayıflaması gibi. Diğer taraftan genel affın esas olarak faili değil de işlenen fiili nazara alması, affa lâyük olmayanların da bu tasarruftan istifade etmesine sebep olmaktadır. İşte bu mahzuru bertaraf edebilmek için "genel af mahiyetinde özel af" (grace amnistiante), müessesesinin kabulü yolunda teklifler ileri sürülmüştür.

Ana hatlarını kısaca belirttiğimiz bu düşünceleri daha açık bir şekilde şöylece özetleyebiliriz:

A. Lehteki Görüşler:

Bütün memleketler, bazı nevi suçların kesretle işlendiği devreler geçirebilirler. Toplumların o sırada içinde buldukları şartlar, bu suçların işleniş sebeplerini kolaylıkla izah edebilir. Kamu düzeni tekrar kurulduktan sonra bütün bunları unutmak, iyi bir siyaset icabı olacaktır⁸⁵. Vatandaş güvenliğine zarar veren suçların cezasız kalması, devlet bakımından bir tehlike teşkil eder. Fakat fevkalâde durumlar, muayyen bazı suçların unutulmasını ve mazur görülmesini icap ettirebilir. İhtilâl ve iç karışıklıklardan sonra sükûn, ancak atıfet muamelele-

84 Bettiol, agm., sh. 5.

85 C. Degois, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris 1922, sh. 396.

rinde bulunmak sureti ile gerçekleştirilebilir. İç karışıklıkların tohumları bir af ile ortadan kaldırılmayacak olursa, bunların önünü almak imkânsız hale gelecektir⁸⁶.

Böylece genel af, toplumların geçirdikleri siyasi krizlerden sonra ortaya çıkan ve yatıştırıcı tesirler icra eden bir müessese olmaktadır. Gerçekten de, tahrik edici meselelerin üzerine bir örtü çeken genel af, geçmişin unutulmasını ve istikbale dönülmesini mümkün kılmaktadır⁸⁷.

İsyan ve benzeri durumlarda, hükümet tehdit edilen otoritesini idame ettirebilmek için şiddetli bir şekilde hareket etmek zorundadır. Bu hadiselerin üzerinden zaman geçip de sükûnet avdet ettikten sonra, eskisi gibi sert hareket etmeğe lüzum kalmayacaktır⁸⁸. Bundan sonra unutmak yolunu tercih etmek siyasi bakımdan daha faydalı olacaktır⁸⁹. Siyasi krizleri takiben eski otoritesine yeniden sahip olmak zarureti, hükümetleri unutmaya yollarına başvurmağa zorlamaktadır. Geçmiş ihtilâfların bütün izlerini silmeye çalışmayan bir hükümet, düzen sağlamak vazifesini iyi bir şekilde yerine getirmiş sayılamaz. Esasen, sağlam bir siyasi görüşe sahip olan kimseler, bu gibi ihtilâfların unutulması zaruretinin nasıl olsa bir gün kendisini hissettireceğini bilmektedirler⁹⁰.

Öte yandan genel affın meşruluğu, devletin cezalandırmak hakkının esası ile de izah edilebilir. Cemiyetin içinde bulunduğu şartlar, failleri kim olursa olsun bazı suçların cezalandırılmamasını gerektiriyorsa, bunları unutmak kamu faydası bakımından daha isabetli olacaktır. Bu da, en çok ihtilâller sırasında işlenmiş siyasi suçlarda kendisini hissettirir⁹¹. Siyasi anlaşmazlıkların sebep olduğu mücadeleler sonunda, taraflardan biri başarıya ulaşıncaya, geçmiş kavgaları tamamen unutmak seçilebilecek en iyi hareket tarzıdır. Bunun hukuki yolu da genel af çıkartmaktır⁹².

Netice olarak,

“...siyasi ve millî mülâhazalara binaen ve muayyen suçlar işlemiş mahkûmlara şâmil olmak üzere umumi af yoluna gitmekle memleketin sükûn ve emniyetinin tesis edilebileceği kabul edilir⁹³.

86 Louis Cabat, l'Amnistie, Paris 1904., sh. 31-32.

87 Barthélemy, Traité. sh. 754.

88 Dessarps, age., sh. 199.

Rulleau, age., sh. 140.

89 Rulleau, age., sh. 140.

90 Barthélemy, l'Amnistie, sh. 6.

91 J. Ortolan, Eléments de droit pénal, Paris 1886, C. II, sh. 351.

92 A. Esmein, Eléments de droit constitutionnel français et comparé. Paris 1921, C. II., sh. 139.

93 Arsel, age., sh. 340.

Görülüyor ki, siyasi düşünceler burada önemli bir rol oynamaktadır. Ancak bunların ceza adaletine tamamen yabancı olduğu da bir gerçektir. Adalet makamları kanunları tatbik ederken, hiç bir zaman siyasi mülâhazalara yer veremezler. Bu bakımdan genel af, siyasi karışıklıklardan sonra teskin edici bir rol oynar⁹⁴. Bu sebeple, toplumda sulh ve sukûnu yeniden tesis edebilen genel aflar iyi karşılanmalıdır. Ancak, sadece siyasi ihtiraslara alet olan genel aflar için aynı şey söylenemez. Zira, bu müessesse, kamu düzeninin sağlanmasına hizmet ettiği nisbette meşru görülmektedir⁹⁵. Bununla beraber, genel affın, hükümetlerin yüz yüze gelmekten çekindikleri güçlükleri kolayca yenmek için kullandıkları periyodik bir vasıta haline getirilmesi de doğru değildir. Böyle bir hareket tarzı, zaaf ve korkuya delâlet eder⁹⁶. Hükümetler, bilhassa, kendilerini zayıf hissettikleri anlarda bu yola başvurmaktan çekinmelidirler; çünkü genel af, rejimin kuvvetinin bir delili olmak durumundadır⁹⁷. Genel affı teklif eden veya bunu kabul eden bir rejim, kendisine olan güvenini göstermiş bu suretle halka itimat telkin etmiş olacaktır⁹⁸.

Bütün bunlar, genel affın siyasi suçlarla yakından ilgili olduğunu ortaya koymaktadır. Gerçekten de, genel af çoğu zaman siyasi suçlara tatbik edilmiştir⁹⁹.

Esasen, bu müessesenin sadece siyasi suçlara şâmil olmasını isteyen fikirlere de rastlanmaktadır. Bazı yazarları bu yolda düşünmeye sevkeden muhtelif sebepler vardır. Bir kere, bu gibi suçları işleyen kimseler, her zaman kendileri gibi düşünen geniş bir taraftar kitlesi bulabilmektedirler. Siyasi suç işleyenleri şiddetli cezalara çarptırmak, onlar gibi düşünenleri bu inançlarından caydırmayacak, bilâkis fikirlerinin daha da kökleşmesine sebep olacaktır¹⁰⁰.

Öte yandan, genel affın sadece siyasi suçluların faydalanabilmesi, bazı mahzurların ortadan kalkmasını da sağlayacaktır. Genel affa yöneltile en önemli tenkitlerden birisi, affa lâyık olmayan kimselerin de bundan istifade edebilmeleridir. Bu sebeple, affın buna lâyık olanlar bakımından subjektifleştirilmesi gerekir¹⁰¹. Böylelikle, genel affa karşı yöneltile tenkitlerden birisi bertaraf edilmiş olacaktır. Bundan başka,

94 Erem, age., sh. 659.

95 Bettiol, agm., sh. 14.

96 René Tahon, l'Amnistie, Rev. de dr. pé. et de crim. 1940, N. 1., sh. 36.

97 Barthélemy, Traité, sh. 754.

98 Barthélemy, l'Amnistie., sh. 7.

99 Chomette, age., sh. 43.

100 Chomette, age., sh. 43.

101 Özek, agm., sh. 138.

siyasi suçluların affedilmesi, kanunların genel önleme hassalarının zayıflamasına da sebep olmaz. Bir inanç sahibi olan ve bu inançları sebebiyle suç işleyen kimseler, cezalarının affedileceğine güvenerek yeniden suç işlemek yoluna sapmazlar¹⁰².

Türk doktrinde de bu ve buna benzer sebeplerle genel affi sadece siyasi suçlara inhisar ettirmek isteyen yazarlara rastlanmaktadır¹⁰³. Dönmezer-Erman da, affa taraftar olmakla beraber, adi suçların affından titizlikle kaçınmak gerektiği kanaatindedirler¹⁰⁴.

Siyasi affi haklı gösterebilen bütün bu düşüncelerin yanında, önemli bir hususu bilhassa gözden kaçırmamak gerekir. Bu da, siyasi affın bir propaganda ile talep edilmesi halidir. Hükümetler genellikle teşkilâtlı bir propaganda vasıtası ile istendiği takdirde atıfet muamelelerinde bulunmayı reddetmektedirler. Esasen bu gibi durumlarda, affın elde edilip edilememesi propagandada bulunan bakımından önemli değildir. Propaganda sonunda başarı sağlanırsa, bu bir halk hareketi olarak kabul edilecektir. Aksi takdirde, red keyfiyeti başlamış olan siyasi kampanyanın devamına vesile teşkil edecektir. Nitekim böyle bir olay 1957 tarihinde Batı Almanya'da vuku bulmuştur. Alman otoriteleri bu tarihte bir siyasi genel af talebini reddettikten sonra, beş yıllık mahlûmiyetini çekmekte olan bir komünisti serbest bırakmışlardır. Komünistler bunu önemli bir zafer olarak kabul etmişlerdir. Halbuki bu affın gerçek sebebi, hükümetin siyasi suçlular hakkındaki fikirleri ile ilgili bulunmakta idi¹⁰⁵.

Siyasi genel aflar, her şeye rağmen kamu düzeninin yeniden tesisinde faydalı neticeler doğurabilirler; fakat genel affın geçmiş bütün mücadeleleri unutturabilmesi, şartların tamamen değişmiş olmasına bağlıdır.

102 Özek, agm., sh. 145.

103 "Öyle bir takım fiiller vardır ki, bir müddet sonra içtimai fayda bunların cezalandırılmalarını gerektirir. Bir ihtilâli müteakip sükûnun avdeti zarureti doğabilir. Bazı cezaların kaldırılması gerekebilir. Ve bütün bunlar bir genel affın ilânını zaruri kılabilir.

İşte bütün bunlar genel affın siyasi suçlar bakımından gerekli olabileceğini, adi suçlar bakımından hatalı olacağını gösterir. Hukukumuzda ise 5677 sayılı kanunun siyasi suçları şümülünün dışında bırakması terviç edilemez",

Naci Şensoy, Siyasi suçlar, İHFM, 1951 C. XVII, N. 1-2, sh. 69-70.

"Siyasi mahkûmlarda ahlâki redaat yoktur. Suç bir kanaat uğruna işlenmiştir. Suçluyu mahkûm etmek demek, kanaati mahkûm etmek demektir. Diğer taraftan acaba o kanaat hakikaten mahkûm edilmeğe lâyık mıdır?..",

Başgil, age., sh. 207.

Aynı mahiyette: Özek, agm., sh. 138, 145.

104 Dönmezer-Erman, age., sh. 944.

105 Kirchheimer, age., sh. 402.

Ancak şartların tamamen değişmiş olması halinde eski bir devre son verilip, bir yenisinin başlaması sağlanabilir. Böyle tam bir değişikliğin vaki olmadığı ahvalde, siyasi af bir mütarekeye¹⁰⁶, benzetilebilir. Toplum hayatı ve siyasi düzeni bozuk olan ortamlarda devamlı bir şekilde af kanunları çıkartmak, genel bir barışmayı temin edememektedir. İtalya'da faşist rejim sırasında yapılan aflar buna bir misâl teşkil eder¹⁰⁷. Öyle ise, siyasi aftan beklenen faydaların istihsal edilebilmesi bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu itibarla her siyasi buhranın bir af çıkarmak sureti ile halledilebileceği yolunda yanlış bir sonuca varmamak gerekir.

B. Alehteki Görüşler:

Genel affın aleyhindeki düşüncelerden bir kısmının, esas olarak af yetkisine karşı ileri sürülen fikirlerle aynı olacağı tabiidir. Nitekim, bu yetkinin suiistimal edilmesinden ve kanunların genel önleme has-salarının zayıflamasından bahsedilmiştir¹⁰⁸.

Garofalo ise, genel affın suçluluğu da ortadan kaldırmasına işaret etmektedir. Yazara göre, dün suç sayılan ve yarın da suç sayılacak bir fiili, bugün için meşru saymak mânasız bir şey olacaktır¹⁰⁹.

Genel affa karşı yöneltilen bir diğer tenkit de, af kanunlarının buna lâayık olanlarla olmayanlar arasında bir tefrik yapmayışıdır. Yalnız burada bir noktayı tasrih etmek gerekir. Bir çok af kanunlarında, bazı suçların affın haricinde kalacağı belirtilmektedir. Fakat burada üzerinde durulan husus, af kanununun şümülüne giren suçların faileri arasında affa lâayık olup olmama bakımından bir ayırım yapılmamasıdır. Bu da, genel affın suçluları değil, işlenen filleri nazara almasının bir neticesidir.

Gereğkten de genel af, geleneksel olarak muayyen fiiller hakkında, bunların faileri nazara alınmaksızın bahşedilir. Genel af bir bakıma

106 Kirchheimer, age., sh. 418.

107 Dönmezer-Erman, age., sh. 944.

108 "Kendilerinde ahlâki redâet bulunan şahısların âdi suçları hakkında umumi af ilân edilmesi, bu şahısların Ceza Kanununa ve ceza müeyyidesine karşı hürmet ve korku hissini ortadan kaldırır.", Şensoy, agm., sh. 69.

"Geçmişte affın geniş bir suiistimale uğraması bir çok hukukçuların gözünü korkutmuş ve bu müessesenin aleyhtarları çoğalmıştır.

Gerçekten, affın hükümdarlar elinde siyasi gayelerle kullanılması, müessesenin gayesini kaybettirmiştir. Bunun dışında yerli, yersiz, affa lâayık olanla olmayanı hiç bir surette ayırmadan yapılan aflar da, geniş ölçüde zararlar doğurmuştur. Memleketimizde de aynı vakıanın vukuunu görmekteyiz. Bilhassa İkinci Meşrutiyet devrinde siyasi hayatın hareketli oluşu, her vesile ile af kanunlarının çıkışına sebep olmuştur. Ceza kanununun kuvvet ve etkisi çok azalmış, affedileceğinden emin bir çok kişi suç işlemek için kuvvet bulmuşlardır.." Özek, agm., sh. 135.

109 Garofalo, age., sh. 359.

objektiftir, yani kanun koyucu sadece affa tabi olan suçları tâyin etmekle yetinmektedir. Böylece genel af kanunlarında yer alan fiilleri işleyen kimseler, dolaylı bir şekilde suçlu olmaktan kurtulmakta ve neticede lâ-yık olmayanlar da aftan faydalanabilmektedirler. Bu da, modern ceza hu-kukundaki ferdileştirme temayülüne aykırı sonuçlar doğurmaktadır ¹¹⁰.

Görülüyor ki, genel affın bu özelliği aynı zamanda müessesenin en mahzurlu tarafını teşkil etmektedir. Esasen yasama organından bu konuda incelemelerde bulunması beklenemez. Zira herşeyden evvel, bir yasama organı bütün mahkûmlar hakkında yeterli bilgi toplamak ba-kımından gerekli vasıtaya sahip değildir. Öte yandan, bu konuda kâfi derecede aydınlatıldıkları kabul edilse bile, mahiyetleri itibariyle siyasi bir kurul oldukları için, tam bir tarafsızlıkla hareket edememelerinden endişe edilir. İşte bu mahzurlar sebebiyle, genel affın çıkarılmasında yasama organı ile yürütme organının teşriki mesai etmeleri daha uygun görülmüştür ¹¹¹. Nitekim Fransa'da genel affın tatbikinde daha fazla adaleti sağlamak için böyle bir yola başvurulmuştur. Genel af mahiye-tinde özel af (La grâce amnistiante) adını alan bu usulde, parlâmento çıkarttığı genel af kanununda sadece buna dahil olacak suçları tesbit eder. Bunun dışında af kanununda ön görülen suçların faileri arasından kimlerin bundan faydalanacağını tezsbit etmek işi, yürütme organına bırakılır ¹¹². Böylece ancak bazı muayyen şartları haiz bulunan suçlular aftan istifade etmiş olurlar. Bu da bir bakıma affın şahsileştirilmesi anlamına gelir ¹¹³. Netice olarak, genel affın kollektif ve anonim mahi-yetinden doğan mahzurlar bertaraf edilmiş olacaktır ¹¹⁴.

C. Görüşlerden Çıkan Sonuçlar Ve Türk Hukukundaki Durum:

Af yetkisinin suiistimal edilmesi ve neticede ceza kanunlarının genel önleme hassalarının zayıflaması tehlikesinin, bu müessesenin reddi için kâfi bir sebep sayılamayacağına daha evvel işaret edilmişti. Bu sebeple, suiistimalinden kaçınmak şartı ile genel affı kabul etmek yerinde olur. Esasen bu yetkinin suiistimal edilip edilmemesi, siyasi organın ciddiyet ve basiretine bağlıdır. Ayrıca, kötüye kullanıldıkları takdirde

110 Pierre-Francis Roux, La grace amnistiante, Paris 1940, sh. 31-32.

111 Roux Francis, age., sh. 43-46.

112 H. Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénal compareé, Paris, sh. 563.

113 Tahir Taner, Ceza Hukuku, Umumi Kısım, İstanbul, 1953 sh. 677.

114 Pierre Bouzat, Traité théorique et pratique dedroit pénal, Paris 1951, sh. 553.

asıl gayesinden uzaklaşmak tehlikesi gösteren müesseseler aftan ibaret değildir. Meselâ tecil (TCK m. 89), şartla salıverme (TCK. m. 16), gibi müesseseler bakımından da aynı tehlike bahis konusudur. Her ilk suçlunun cezasının tecil edilmesi veya kanunda yazılı ceza müddetini dolduran her mahkûmun meşruten tahliye müessesesinden faydalandırılması, af yetkisinin suiistimali kadar mahzurlu neticeler doğurmağa müsaittir. Nasıl sadece böyle bir ihtimali veya yanlış tatbikatı nazara alarak bu gibi müesseseleri ceza kanunlarından çıkartmıyorsak, genel af yetkisini de muhafaza etmemiz faydalı olur.

Esasen genel affın yatıştırıcı ve geçmiş mücadeleleri unutturucu tesiri inkâr edilememektedir. Hemen bütün genel af kanunlarının böyle bir gerçekçeye istinad ettikleri müşahade edilmektedir. Bizde de bunun açık bir misâline 1962 tarih ve 50 sayılı af kanununa ait hükümet gerekçesinde rastlanmaktadır ¹¹⁵.

Genel affın sadece siyasi suçlar için çıkartılması, taraflarının haklı gerekçelerine rağmen pek tatminkâr görülmemektedir. Zira genel affın sadece siyasi suçlara münhasır olması fikri kabul edildiği takdirde, ilk güçlük siyasi suçun tayininde kendisini hissettirecektir. Gerçekten de siyasi suçun tam, doğru ve açık bir tarifini bulmak imkânsızdır. Uzun zamandır devam edegelen doktrin münakaşalarına rağmen, bu konuda kesin bir sonuca varılamamıştır. Esasen siyasi suç bütün veçheleri ile kapsayabilen mükemmel bir tarife ulaşılabilsede dahi, bu ancak

115 "27 Mayıs devriminden bu yana memleketimizde normal demokratik rejimi bütün icaplarıyla ve bütün teminat müesseseleriyle gerçekleştirmek ve yerleştirmek yolunda büyük gayretler gösterilmiştir.

Normal demokratik rejime geçiş yolunda karşılaşılan güçlükler ve sarsıntılar 15 Ekim seçimlerinden sonra da zaman zaman kendisini göstermiştir.

22-23 Şubat olaylarının hangi şartlar altında zuhur ettiği ve nasıl sonuçlandığı herkesçe bilinmektedir. Bir intikal devri sarsıntılarının düğüm noktasını ve son tezahürünü teşkil eden 22-23 Şubat olayları ile ilgili fiil ve hareketler ile bu olaylara esas teşkil edebilecek mahiyette bulunan ve asker kişiler tarafından işlenmiş olan fiil ve hareketler için ceza kovuşturması yapılmamasında cemiyetin yüksek menfaatleri vardır. Bu suretle bir intikal devrinin Silâh Kuvvetlerimizde de sirayet eden sarsıntılarının izalesi ve Devlet hayatımızın normal mecrasında güvenle devam etmesi için gerekli zemin teşkil edilmiş olacaktır. Kanun tasarımasının birinci maddesi bu maksatla sevk edilmiştir". Hükümet Gerekçesinden, MMTD., D: 1, Toplantı: 1, 1962, C. 5, S. Sayısı 145.

Kanunun görüşülmesi sırasında da bu gibi hususlara işaret edilmiştir:

"50 sayılı Kanunla bazı hadiseleri unutmak, bunların açtığı yaraları kapamak, sulh ve sükûnu tesis için, bu gayeleri tahakkuk ettirmek için çıkarılmıştır". MMTD., D: 1, Toplantı: 1, 1962, C. 5, S. Sayısı 49.

Sözü edilen 50 sayılı Af Kanununun 1. maddesi şöyledir: "Asker kişiler tarafından 22-23 Şubat 1962 olayları dolayısıyla işlenen veya bu tarihten önce işlenmiş olup da bu olaylara esas teşkil edebilecek mahiyette bulunan fiil ve hareketler için ceza kovuşturması yapılamaz..".

muayyen bir toplumda ve muayyen bir süre geçerli olabilecektir. Çünkü siyasi suç zamana ve topluma göre büyük değişiklikler arzeden bir mefhumdur¹¹⁶. Bu itibarla sadece siyasi suçların affedildiğini hükme bağlayan bir genel af kanunu, büyük ölçüde tatbikî güçlüklerin çıkmasına sebep olacaktır. Böyle bir mahzuru bertaraf etmek için, affedilen siyasi suçların teker, teker sayılması ve meselâ suçlara ilişkin madde numaralarının kanun metnine dercedilmesi düşünülebilir. Fakat böyle bir hareket tarzı daha az mahzurlu olmayacaktır. Zira bu sefer de aynı güçlük kanununun hazırlanması sırasında ortaya çıkacaktır. Üstelik hangi fiillerin siyasi suç sayılabileceği münakaşası, parlâmento gibi siyasi bir kurulda neticeye bağlanacaktır. Bunun, bir kanunun mahkemelerce tatbiki sırasında baş gösteren güçlüklerden daha kötü neticeler doğuracağı tabiidir. Zira mahkeme bir kanunu uygularken tamamen hukuki mülahazalardan hareket eder. Siyasi bir organ ise, politik mülahazalara üstünlük tanır.

Bundan başka, sadece siyasi suçları affetmek, her zaman için bundan beklenen faydaları gerçekleştirmeğe kâfi gelmeyecektir. Zira, bazen, içinde bulunulan içtimaî şartlar, siyasi sayılamayacak bir takım suçların işlenmesine sebep teşkil etmiş bulunabilir. Bu gibi ahvalde sadece siyasi suçları affedip, politik sebeplerle yakından ilgisi olan âdi suçları tamamen affin haricinde bırakmak, isabetli bir hareket tarzı olmayacaktır. Çünkü bu durumda genel aftan beklenen gayeler ancak kısmen gerçekleşebilecektir¹¹⁷.

Netice olarak, iyi bir şekilde istimal edilmesi şartı ile genel af yetkisinin kabulü faydalı olacaktır. Yetkinin suiistimal edilmemesi ise siyasi organın dürüstlük ve ciddiyetine kalmış bir husustur.

116 Eralp Özgen, Suçluların geri verilmesi, Ankara 1962, sh. 67-68.

Siyasi suç hakkındaki muhtelif tarifler ve görüşler için bkz.: Özgen, age., sh. 67-73.

117 Buna benzer bir mütalâaya 218 sayılı Af Kanununa ait hükümet gerekçesinde rastlanmaktadır: "Memleketimizde Cumhuriyet rejiminin kabulünden sonra cemiyetin normal ve emniyetli bir hayata kavuşmuş olması gibi sebeplerle 1933 yılında 2330, bu tarihten 17 yıl sonra 1950 senesinde 5677 ve 27.5.1960 tarihinde de başlanan inkılap hareketi neticesinde, memleketin siyasi ve içtimaî bünyesinde husule gelen olağan üstü değişiklikler ve milletçe maruz kalmış büyük bir tehlike ve fevkâlâde bir vaziyetin atlattığı gibi haller karşısında 113 sayılı genel af mahiyetindeki af kanunları çıkartılmıştır.

Yeni ve teminath bir anayasa çerçevesinde sağlam temeller üzerine kurulmuş olan bu günkü demokratik rejime ulaşmak hiç şüphe yok ki kolay olmamış ve bu aradaki güçlükler suçların artmasında da etkisini göstermiştir. Bu itibarlardır ki, içtimaî bir tedbir olarak bazı suç ve cezaların bir atıfet olmak üzere mezkûr tasarı ile affi cihetine gidilmesi uygun görülmüştür.

Tasarının hazırlanmasında, affın, kaide olarak âdi suçlara bir dereceye kadar teşmili cihetine gidilmiştir."

MMTD., D: 11, Toplantı: 2, 1963, C. 13, S. Sayısı 108.

III. ÖZEL AFFIN LEH VE ALEYHİNDEKİ GÖRÜŞLER:

Bu başlık altında nakledilecek olan düşünceler, esas olarak yasama organı veya devlet tarafından çıkartılabilen ferdi özel aflara ilişkindir. Zira, bilhassa bizim hukukumuzda, toplu özel aflar ekseriya genel af kanunlarında yer almaktadır (Meselâ 5677, 113, 134, 218 sayılı genel af kanunları). Netice olarak da, bu gibi toplu özel afların haklılığı veya haksızlığı geniş ölçüde genel af bakımından ileri sürülen fikirlerle ilgilidir.

Ferdî özel af yetkisinin kabulüne taraftar olanlar, bu yola başvurmak suretiyle ceza mahkûmiyetlerinin aşırı şiddetinin giderilebileceği, ıslâh olunan mahkûmların lüzumundan fazla ceza evinde kalması ihtimalinin bertaraf edilebileceği ve nihayet bazı adli hataların düzeltilmesinin mümkün olabileceği kanaatındadırlar. Ancak bu görüşler itirazsız kabul edilmiş değildir. Bilhassa, adli hataların af yoluyla tamiri meslesi, önemlisi münakaşalara yer vermiştir. İşte ferdî özel af yetkisi hakkında bir sonuca varabilmek için, bu fikirleri nakletmek gerekmektedir. Bütün bunlardan başka özel af yetkisinin tamamen aleyhinde olan fikirlere de rastlanmaktadır.

A. Lehdeki Görüşler:

Yukarıdaki paragrafta işaret edildiği üzere, bunları üç grupta inceleyebiliriz:

1. Ceza mahkûmiyetlerinin aşırı şiddetlerinin giderilmesi :

Bu fikir, genel olarak af yetkisinin lehinde olarak ileri sürülen düşüncelerden birisine istinat etmektedir¹¹⁸.

a. *İzahı* : Özel affın ilk gayesi, kanunların ve buna istinaden verilen ceza mahkûmiyetlerinin haksızlıklarını gidermektir.

Ne kadar iyi hazırlanmış olursa olsun, bir kanun yine de bazı eksikliklerle malûl olacaktır. Zira kanunlar, vaz ettikleri kaideleri mücerret bir şekilde ifade ederler. Bu itibarla muhtelif sebepler dolayısıyla ortaya çıkan fevkalâde durumlarda, hatalı sonuçlara müncer olmaları daima ihtimal dahilindedir¹¹⁹. Bundan da, bir kanunun mutlak surette âdil olamayacağı neticesi çıkar. Öyle ise, kanunlarda yer alan genel ve mücerret hükümlerle, nasafet kaidelerinin telif edilmesi gerekmektedir¹²⁰. Zira, kanunda her hangi bir suçun cezası tâyin edilirken, bununla ilgili

118 Birinci Bölüm, Üçüncü Başlık

119 Ortolan, age., sh. 366.

120 Dessarps, age., sh. 210.

bütün hafifletici sebeplerin ön görülmüş olması âdeta imkânsızdır. Zaman zaman hükmedilen cezanın işlenen fiile nazaran pek ağır olduğu müşahade edilmektedir¹²¹.

Öte yandan, mükemmel bir yargı organında, yargıçlar, kanunu tatbik etmek zorundadırlar. Bu sebeple her müşahhas olayda, yargıcin nazara almak zarureti hissettiği ve fakat kanuni sebepler dolayısı ile buna imkân bulamadığı haller ortaya çıkabilir¹²². Görülüyor ki, bu gibi durumlarda işlenen suç ile buna terettüp eden ceza arasındaki nisbetsizlik, yargıçlara isnad edilememektedir. Zira bu, kanunlarla, sosyal hayat arasındaki dengesizliğin veya diğer bir ifade ile, kanunun sosyal hayata nazaran geride kalmasının bir sonucudur. Bu itibarla, bilhassa, eski mevzuatın hâkim olduğu memleketlerde, pozitif hukuk kaideleri ile sosyal telâkkiler arasında bir uygunsuzluk bulunabileceğini ve ceza kanunlarının verilmesini emrettiği cezaların bazan çok sert ve şiddetli görülebileceğini¹²³, kabul etmek gerekir.

Bütün bunlar, cezanın ancak hüküm gününde ve geçici olarak tesbit edilebileceğini göstermektedir¹²⁴. Bu gibi mahzurları bertaraf edebilmek için, o gün için ağır görülen cezaların hafifletilmesi düşünülebilir. Fakat, ceza kanununun tâdili zannedildiği kadar kolay bir iş değildir. Bu itibarla, gerekli kanun değişikliği yapıncaya kadar, adalet hissini rencide eden münferit olaylar hakkında özel af yetkisini kullanmak faydalı olabilir¹²⁵.

Netice olarak, ferdî özel af, hukukun sert genellemeleri karşısında hakkaniyet icaplarına değer verilmesini ifade eder¹²⁶. Böylece, değişen ahlâk telâkkileri ile ilgisini kaybetmiş bulunan kanun hükümlerinin aşırı şiddeti önlenmiş olur¹²⁷.

b. Tenkidi : Ferdî özel af, değişen sosyal telâkkilerle kanun arasındaki ayrılık sonucu ortaya çıkan nisbetsizlikleri düzeltmek bakımından faydalı olabilir. Bununla beraber, ceza hukukunda yer alan tecil, takdire bağlı hafifletici sebepler, şartla salıverme gibi müesseseler bu yetkinin

121 Esmein age., sh. 137.

122 Ortolan, age., sh. 366.

123 H. Donnedieu de Vabres, La justice pénal d'aujourd'hui, Paris 1941, sh. 185.

124 R. Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, Paris 1914, C. II, sh. 634.

125 Suat Bilge, Ceza hukukunda af, Ad. C. 1943, N. 9, sh. 764.

126 Franz von Listz (Traduit par M. René Lobstein), Traité de droit pénal allenand, C. 1, Paris, 1911, sh. 425.

127 Vabres, Traité, sh. 558. Ayrıca bkz.: Louis Merle, Des causes des cessation des peines, Poitiers 1899, sh. 147.

sahasını daraltmış bulunmaktadır. Zira, bu yeni müesseseler, sosyal merhamet duygusunu daha teminatlı olarak gerçekleştirebilmektedirler. Bu itibarla, kanuni yollara başvurmak suretiyle tatmin edici neticeler edilebildiği nisbette, ferdi özel af yetkisinin kullanılmasından kaçınmak gerekir¹²⁸.

Bundan başka, bilhassa devlet başkanları tarafından kullanılan özel af yetkisinin, ceza hukuku prensiplerine aykırı düşeceği de söylenmiştir. Böyle düşüncelere göre, yürütme organının bir ceza hükmünün şiddetini gidermek gayesiyle af yetkisini kullanması, cezanın idarî ferdileştirilmesi anlamına gelecektir¹²⁹.

2. Mahkûmların ıslâhı ve müebbed cezaların mahzurlarının giderilmesi :

Ferdî özel af yetkisinin kullanılması suretiyle suçluların ıslâhının temin edilebileceğinden ve müebbed cezaların âdil bir şekilde infazının imkân dahiline gireceğinden bahsedilmiştir.

a. İzahı : Bu müessese, iyi hali tesbit edilen bir mahkûmun affını mümkün kılar ve bu suretle suçluların ahlâken değişmelerine vasıta olur¹³⁰. Böylece, cezadan beklenen faydaların gerçekleşmesinde müessir bir silâh elde edilmiş demektir¹³¹. Ayrıca, otomatik bir hale gelen, yani bir kere hükmolunduktan sonra suçlu üzerinde hasıl ettiği reaksiyonlar nazara alınmaksızın infazına devam edilen bir ceza, gayelerinden uzaklaşmış demektir. Hükümlü, suçundan duyduğu nedameti ve iyi halini devam ettirmek hususundaki kararını davranışları ile ifade ve izhar edebiliyorsa, mahkûmiyetinin daha fazla uzamasında fayda yoktur¹³².

Netice olarak, iyi bir şekilde kullanılan ferdi özel af yetkisi, mahkûmlara ıslâhı nefis etmek hususunda, cesaret vermektedir¹³³. Zira bu suretle, hükümlülerin cezalarını çektikleri sıradaki iyi hareketleri nazara alınmış olur¹³⁴. Nihayet, artık uslandığın kanaat getirilen bir suçluyu, bundan sonra da hürriyetinden mahrum etmeğe devam etmek, adalete aykırı bir davranış sayılacaktır¹³⁵.

128 Erem, Ceza., sh. 668.

129 Pierre-Garraud/Laborde-Lacoste, Précis élémentaire de droit pénal, Paris 1937, sh. 174.

130 Merle, age., sh. 148.

131 Arsel, age., sh. 340.

132 Vabres, justice, sh. 185.

133 Garraud, age., sh. 634.

135 Seha L. Meray, Ceza hukukunda af, Ankara 1944, sh. 41. Ferdî özel affın ıslâh fonksiyonu için bkz. Bilge, agm., 1943, sh. 763.

Ferdî özel affın bir diğerk faydası, müebbed cezaların adalete uygun bir şekilde infazını mümkün kılmasıdır. Bir insanın hayatının sonuna kadar ceza evinde kalacağını ve cemiyetten uzak olarak yaşayacağını bilmesi son derece kötü bir şeydir. Müebbed cezaların meşruiyet kazanabilmesi için mahkûma, iyi haline karşılık olmak üzere ufak da olsa bir ümit verilmelidir¹³⁶. Bu da neticede cezanın ıslâh gayesine hizmet edecektir.

b. Tenkidi : Ceza hukukunda mevcut olan şartla salıverme müessesesi, yukarıda sözü edilen ıslâh gayesini gerçekleştirmek bakımından daha tesirlidir. Ayrıca, şartla salıverme müessesesi affa nazaran daha mükemmel ve daha teminatlıdır¹³⁷. Ancak şartla salıvermenin mümkün olmadığı haller de vardır. Bundan başka, hükümlüye hürriyetinin kısıntısız olarak iadesi daha faydalı görülebilir. İşte bu gibi durumlarda özel af tekisi faydalı olmakta devam eder¹³⁸.

3. Adli hataların düzeltilmesi :

Ferdî özel affın, adli hataların düzeltilmesi bakımından da faydalı olabileceği belirtilmiştir. Hatta bu yetkinin münhasıran, hükümden sonra failin suçsuzluğunun anlaşılması halinde kullanılmasından bile bahsedilmiştir¹³⁹.

a. İzahı : Özel af, adli hataların düzeltilmesinde de baş vurulabilecek bir çaredir. Hüküm zamanında, sanığın suçlu olduğu yolunda kesin bir kanaate varılmasına rağmen, sonradan bunun hakikate uymadığı anlaşılabilir¹⁴⁰. Ceza usul mevzuatının son derece mükemmel olduğu, yargıçların en ehil kimseler arasından seçildiği yerlerde bile bazı adli hataların yapılması mümkündür. Üstelik, bunların derhal düzeltilmesi de gerekmektedir. Özel af, bu gibi yanlışlıkların düzeltil-

136 Dessarps, age., sh. 207.

1810 tarihinde, Fransız Ceza Kanunu Tasarısının müzakereleri sırasında, iyi halleri tesbit edilen müebbed mahkûmların cezalarının affı hususunda hükümete yetki tanınması teklif edilmişti. Böyle bir hüküm kabul etmek suretiyle, müebbed mahkûmların iyi halli olmaya teşvik edilecekleri düşünülüyordu. Zira aksi halde, müebbed mahkûmun ahlâken değişmekte hiç bir menfaati kalmayacaktı, Dessarps, age., sh. 208.

137 Garraud, age., sh. 634. Rulleau, age., sh. 141-142.

138 Garraud, age., sh. 634.

Aynı mahiyette bkz.:

Georges Vidal, Cours de droit criminel et de science penitentiaire, Neuvième ed., Refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence a partir de la 5. ed. par Joseph Magnol, Paris 1947, C. I., sh. 322. Meray, age., sh. 41.

139 M. Livingston, System of penal law, Zikreden: Hélie, Beccaria tercümesi, sh. 126.

140 Dessarps, age., sh. 209.

mesi bakımından en elverişli vasıta olarak kabul edilmeyebilir; fakat meselâ muhakemenin iadesi gibi çok geç işleyen bir müesseseye nazaran daha tesirlidir¹⁴¹. Ayrıca, aftan sonra muhakemenin iadesi talebinde bulunmağa da bir mani yoktur. Af ile yetinmeyen ve suçsuzluğunun bir de kesin hükümle tesbiti isteyen kimse, muhakemenin iadesini istemekte serbesttir. Bundan başka muhakemenin iadesi yolu, bütün adli hataların düzeltilmesi neticesini sağlayamamaktadır. Bu itibarla, kanuni yollarla tashih edilemeyen hataların ancak özel af ile düzeltilmesi mümkün görülebilmektedir¹⁴².

Bu mülâhazalar karşısında, meselâ iyi bir mevzuat hazırlamak veya yargı organını en mükemmel vasıtalarla teçhiz etmek suretiyle, adli hataların vukuuna mâni olmak akla gelebilir. Fakat bütün bunlar gerçekleşebilse dahi, bu, ancak af yetkisinin daha az kullanılmasına hizmet edebilecektir¹⁴³. Zira, bundan evvelki paragraflarda da belirtildiği gibi, ceza adaletinin emin bir şekilde dağıtılmasını temin gayesiyle kabul edilmiş bulunan bütün teminat müesseselerine rağmen, adli hatalar yine de nadir sayılamaz¹⁴⁴.

b. Tenkidi: Adli hataların özel af yolu ile düzeltilmesinde, istenen netice tam olarak elde edilemez. Zira, özel af mahkûmiyeti ve bunun doğurduğu neticeleri ortadan kaldırmaz. Bu şekilde ancak, mevcut adli hatanın devam etmesine müsaade edilmemiş olacaktır¹⁴⁵. Öte yandan bir kimseyi masumiyeti sebebi ile affetmek, mantıksız bir neticedir¹⁴⁶.

“Burada gerekli olan şey “af” değil, “hatanın” toplumca tamiridir. Esasen adli hataların tamirinde de kullanılmış olmasına rağmen affın maksat ve gayesi bilhassa bu değildir. Af adli hataların tamirinde ârizî ve is-

141 Esmein, age., sh. 137.

142 Arsel, age., sh. 339.

İngiliz hukukçuları arasında bu konuda oldukça mübalâğah bir fikrin ileri sürüldüğü de görülmektedir. Gerçekten Kenny'e göre, adli hatanın bahis konusu olduğu hallerde, bunun mahkemeler yerine af yetkisine sahip bir organ tarafından tesbit edilmesi ve tashih edilmesi daha isabetli olacaktır. Zira, böyle bir organ, özel durumları araştırmak bakımından bir çok vasıta ve kolaylıklara sahiptir. Bkz., Kenny, age., sh. 523.

Özel af yolu ile adli hataların düzeltilmesi konusunda ayrıca bkz.: Carraud, age., sh. 634.; von Listz, age., sh. 425., Vidal-Magnol, age., sh. 822.; Vabres, Traité, sh. 558.

143 Dessarps, age., sh. 209.

144 Rulleau, age., sh. 139.

145 Meray, age., sh. 40.

146 James Fitzjames Stephen, A history of the criminal law of England, London 1883, C. I., sh. 313.

Faruk Erem, Ceza Usulü hukuku, Ankara 1964, sh. 613.

tisnai bir çaredir. Kaldı ki, kazaî kararlarda hata edilmesinden dolayı af yetkisinin kullanılması düşündürücü bir haldir. Yargılama konusunda hata edilmiş ise bu hata yine yargılama organlarında giderilmelidir. Zira, başka organların hükümlerde hata görmesi yolu açılmamalıdır. Bunun sonu “yargılama erki” ne müdahale ile biter”¹⁴⁷.

Pozitivist yazarların da aynı gerekçelerle bu neticeye vardıkları görülmektedir. Onlara göre de, bir kimsenin masum olduğu halde mahkûm edildiği düşünülüyorsa, en iyi çare muhakemenin iadesi yoluna gitmektir. Zira, bu şekilde, yargıç tarafından verilen bir karar yine bir yargıç tarafından düzeltilmiş olacaktır¹⁴⁸. Amerikan tatbikatında, bu fikre kısmen de olsa yer verildiği görülmektedir. Nitekim burada, af yetkisinin kullanılmasından evvel Attorney General nezdinde yapılan inceleme sırasında, dâvaya bakmış olan yargıcın mütalâası da alınmaktadır¹⁴⁹.

B. Aleyhte Görüşler:

Bir anayasa rejiminde özel affın lüzumsuz olduğundan ve bu yetkinin kullanılmasının ahlâk bozucu tesirler icra edeceğinden bahsedilmiştir¹⁵⁰. Fakat bu müessese en çok, ceza vermek hakkının gayelerine aykırı düştüğü için tenkit edilmektedir. Böyle düşünenlere göre, özel af, her şeyden evvel cezalandırmada eşitliği bozmaktadır. Bundan başka ceza ile af yetkisinin bir arada bulunmalarına imkân yoktur. Eğer özel af yetkisinin haklı olduğu kabul edilecek olursa, cezanın zararlı olduğu neticesine varmak gerekecektir. Bunun aksi kabul edildiği takdirde ise, affın kanunun ihlâli olduğuna hükmetmek icap eder. Böylece, birinci ihtimalde kanunu ilga etmek, ikinci ihtimalde ise özel affı reddetmek doğru olacaktır¹⁵¹. Görülüyor ki, ceza ve af, birbirleri ile telifi mümkün olmayan mefhumlardır. Ancak, bu tenkitlerin münakaşa konusu olan hususa tam bir cevap teşkil etmedikleri müşahade edilmektedir. Zira, bu mütalâa ancak hükmün verilmesi sırasında bahis konusu olabilir. Çünkü hüküm sırasında suçluluğuna veya masumiyetine göre sanığı cezalandırmak yahut serbest bırakmak gerekecektir. Fakat sonradan değişmiş olan şartlar, daha evvelki paragraflarda belirtildiği üzere, af yetkisinin istimalini icap ettirebilir¹⁵². Böyle olunca yukarıda nakledi-

147 Erem, Usul., sh. 613.

148 Dönmezer-Erman, age., sh. 943.

149 Charles A. Beard, American government and politics, New York, 1952, sh. 212.

150 Merle, age., sh. 149.

151 Dessarps, age., sh. 205.

152 Dessarps, age., sh. 206-207.

len tenkit mesnetsiz kalmaktadır; çünkü başlangıçta haklı ve zaruri görülen bir cezanın, sonradan ortaya çıkan olağanüstü haller sebebi ile bu vasfını kaybetmesi mümkündür. Özel affa, işte bu gibi durumlarda son bir çare olmak üzere baş vurulmaktadır.

Cezayı, cemiyeti koruyucu bir vasıta olarak kabul eden Garofalo da, prensip olarak bu yetkiye aleyhtardır. Yazara göre, cemiyetin düşmanlarına karşı elinde bulundurduğu müdafaa vasıtalarından mahrum edilmesi izahı imkânsız bir husustur. Bundan başka, bir suçlunun affı, hukuk nizamının bozulması anlamına gelecektir. Ayrıca, affın nasıl olup da cemiyette yaşayamayacağı belli olan bir kimseyi tekrar sosyal bir insan haline getirdiği anlaşılabilir¹⁵³. Öte yandan bazı suçların affı bakımından siyasi organın hiç bir yetkisi olamaz. Devletin, ancak kendisi tarafından yasaklanmış olan fiilleri affetmesi düşünülebilir; fakat sosyal düzene ait olan tabii kanunlar tarafından yasaklanan fiillerin, bu kanunları korumak durumunda olan devlet tarafından affedilmesi mümkün değildir¹⁵⁴.

Bu müessesenin mahzurlu bazı neticeler doğurmağa elverişli bir yönüne işaret eden ve bu suretle özel af yetkisinin kullanılmasında doğru yolu gösteren bir fikir üzerinde durmakta bilhassa fayda vardır. Gaizot'un kanaatine göre, âdi suçlarda özel af yetkisi, adli hataları düzeltmek veya bir hükmün aşırı şiddetini gidermek için kullanılır. Af yetkisinin bu şekilde kullanılması, hem yargı organının otoritesini sarsar; hem de halkın kanunlara olan itimadını azaltır. Ayrıca, bu suretle yeni bir yargı kuvveti de doğmuş olmaktadır. Adeta bir nasafet mahkemesi teşkil edecek olan bu organ, ceza hükümlerini egemen bir şekilde tekrar gözden geçirebilecektir. Üstelik burada, normal adliye mahkemelerindeki teminat da mevcut olmayacaktır¹⁵⁵.

Gerçekten de özel affa yöneltilebilecek en önemli tenkit bu yetkinin yargı kuvvetine müdahaleye yol açabilmesi ve mahkemelerin bağımsızlığı prensibini ihlâl edebilmesidir. Gaizot da, işte bu noktaya işaret etmektedir. Ancak müellif, sadece siyasi suçluların özel afftan faydalanabilmesi halinde, böyle bir mahzurun bahis konusu olamayacağı kanaatindedir. Siyasi suçluların affedilmesi, yargı organının bir hata yapmış olduğunu ifade etmez. Ayrıca, bu yetkinin bir siyasi suçlu hakkında kullanılmış olması halinde, mahkemelerin otoritesi de sarsılmış olmaz. Burada özel af, sadece, egemen kuvvetin daha yumuşak hareket etmek

153 Garofalo, age., sh. 361.

154 Garofalo, age., sh. 359.

155 F. Guizot, De la peine de mort en matiere politique, Paris 1882, sh. 172-173.

niyetini gösterir. Siyasi suçlarda özel af yoluna gitmek suretiyle, adaletin yabancı olduğu bazı his ve fikirlere hitap edilmiş olur. Öte yandan siyasi özel af, yargıçların sert hareket etmek hususundaki cesaretlerini de kırmaz; bilâkis onların daha serbest hareket etmelerini sağlar. Zira kamu efkârı, siyasi mahkûmiyetlerin ancak cezanın şiddetini azaltacak olan özel af ümidi ile verildiğini düşünür¹⁵⁶. Bütün bunlar siyasi suçun adı suçtan farklı olmasından ileri gelmektedir¹⁵⁷.

C. Görüşlerden Çıkan Sonuçlar ve Türk Hukukundaki Durum:

Ferdî özel affın, ancak ceza adaletinin şiddet ve yanlışlıklarına çare teşkil edecek başka vasıtaların mevcut olmaması halinde faydalı neticeler verebileceği ileri sürülmüştür. Bu gün özel affın yerini alabilecek daha faydalı ve teminatlı ceza hukuku müesseseleri (takdirî tahfif sebepleri, tecil, şartla salıverme ve muhakemenin iadesi gibi), vardır. Acaba bunlara bakarak, özel affın lüzumsuzluğuna mı hükmetmek gerekecektir? Bu müesseselerin, özel affın tatbik sahasını daraltacakları muhakkaktır. Fakat bu neticenin, özel affın vazgeçilmesini gerektireceği iddia edilemez. Özel af yerine kaim olması düşünülen müesseseleri tek tek ele aldığımızda, bunu daha açık bir şekilde görebiliriz. Bir kere yukarıda sayılanlar arasında yer alan tecil, sadece ilk defa bir ceza mahkûmiyetine uğrayanlar bakımından kabili tatbiktir ve uygulama alanı kanuni şartlarla kısıtlanmış bulunmaktadır. Bundan başka tecilde, sanığın hükümden evvelki iyi halini göz önünde bulundurmaya suretiyle cezasının bundan sonraki kısmını tecil etmek mümkün değildir¹⁵⁸. Şartla salıverme yolu da, özel affa olan ihtiyacı ortadan kaldıracak kadar mükemmel görülememektedir. Bir taraftan bundan faydalanabilmenin her zaman için mümkün olamaması, diğer taraftan da bazan suçluya hürriyetini tam olarak iade etmek zaruretinin hissedilmesi, müesseseyi kifayetsiz kılmaktadır¹⁵⁹. Öte yandan şartla salıvermenin sadece hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından bir değer ifade edebileceğini de unutmamak gerekir¹⁶⁰. Nihayet muhakemenin iadesi de, faydalı bir müessese olmakla beraber, gereken sürati sağlayamadığından, affa olan ihtiyacı ortadan kaldıramamaktadır¹⁶¹.

156 Guizot, age., sh. 173.

157 Guizot, age., sh. 172.

158 Bouzat, Traité, sh. 527.

Vabres, Traité, sh. 558.

159 Garraud, age., sh. 634.

160 Vabres, Traité, sh. 558.

161 Bouzat, Traité, sh. 527.

Bütün bunlar, ferdi özel af yetkisini kabul etmenin faydalı olacağını göstermektedir. Yalnız her hangi bir sebeple özel af yetkisini kullanmadan evvel, aynı gayenin ceza kanunlarında yer alan diğer müesseselerle gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini araştırmak icap eder. Eğer kanuni yollar kısmi bir tatmin sağlayabiliyorsa, yine af yolunu tercih etmekte fayda vardır. Bunun canlı bir misaline hukukumuzda rastlamaktayız. Son zamanlarda, "baz morfin"i, morfin sayan ve bunun hakkında TCK.'nın 403. maddesinin 2. bendini tatbik eden anlayış terkedilmiş bulunmaktadır. Yeni bir tevhibi içtihat kararına göre, baz morfin hakkında TCK'nın 403. maddesinin 1. bendini tatbik etmek gerekmektedir. Bu duruma göre, tevhibi içtihat kararından evvel hükme bağlanan hâdiselerde müebbed ağır hapis cezası verilmesine mukabil, bundan sonra aynı suç için ancak on sene ağır hapis cezası verilebilecektir. Ortadaki haksızlığı gidermek için yapılan tashihi karar talepleri de reddedilmiş bulunmaktadır. Böylece bu haksızlığın kanuni yollarla ortadan kaldırılabilmesi imkânsız bir hale gelmiştir. Fakat, son tevhibi içtihat kararından evvel makûm edilmiş bulunanların uğramış oldukları haksızlığın mutlak surette tamiri gerekmektedir. Bu durum karşısında kanun koyucunun af yetkisini kullanmak sureti ile aradaki ceza farkını kaldırması tek çare olarak gözükmektedir¹⁶².

Bizde ferdi özel af yetkisi, meclise (Any. m. 64) ve devlet başkanına (Any. m. 97) tanınmış bulunmaktadır. Meclisin serbestçe ve hiç bir sınırlamaya tâbi olmaksızın affedilmesine mukabil, devlet başkanı ancak anayasada gösterilen sebeplerle (Any. m. 97), bu yetkisini kullanabilir. Tatbikatımız incelendiğinde, meclisin muhtelif sebeplerle af yetkisini kullandığı görülmektedir. Bir kere, ıslâh, mahkûmun affi için bir sebep teşkil edebilmektedir¹⁶³. Bunun yanında yaşlılık halinin de af için gerekçe teşkil ettiği görülmektedir¹⁶⁴. Ağır hasta mahkûmların da bu hastalık-

162 Faruk Erem, İçtihadı birleştirme kararlarının makale ademi şümülü, Ank. Ba. D. 1964, N. 5., sh. 495-496.

163 Adalet Komisyonu raporundan: "...mahkûmiyetinden bu güne kadar devam eden müddeti hüsnü hal ile geçirdiğine nazaran da salâhi hal keyfiyetinin haliyle hasıl olmasna..." TBMMTD. 1951, D: 9, Toplantı: C. 8, S. say. 208. Bu rapora istinaden kabul edilen af kanunu için bkz. Düstur, Üçüncü tertip, 1951, C. 32, Kanun N. 5803. S. 1804. Meclis görüşmelerinden: "...meselâ mahkûm, cezasının mühim bir kısmını çekmiştir, geri kalan kısmın çektirilmesinde içtimâî bir menfaat mülahaza olunmayabilir, zira mahkûm ıslâhi hal, ıslâhi ablâk etmiştir; binaenaleyh bu durumlarda mahkûmiyetinin, geri kalan cezasının affedilmesi de adalet prensiplerine uygun olur. Bu mevzuda meşruten tahliye müessesesi ile hususi af müessesesi birbirine tedahül etmektedir..." TBMMZC. 1957, D: 10, C. 17, sh. 263.

164 Meclis görüşmelerinden: "... ve ihtiyarlık halleri hususi af için bir sebep olabilir. Bunun üzerine artık duracak değilim. Bu, malûmu ilân kabilinden bir şeydir..." TBMMZC., 1957, D: 10, C. 17, sh. 263.

ları sebebiyle affedildikleri vakidir. Bundan başka, hastalık, devlet başkanının af yetkisini kullanabileceği sebeplerden birisini teşkil eder (Any. m. 97). Hastalığın hangi hallerde devlet başkanı tarafından bir af sebebi olarak nazara alınabileceği ileride incelenecektir. Meclisin hastalığa istinaden bu yetkisini kullanıp kullanamayacağı meselesi, parlamento içinde bazı münakaşalara sebep olmuştur. Aksi fikrin de savunulmasına rağmen, mahkûmun sıhhi durumu göz önüne alınarak af yoluna gidilmiştir¹⁶⁵.

Meclisin bazen özel af yetkisini kullanırken çok geniş davrandığı ve mahkemenin takdirine ilişkin hususları nazara aldığı müşahade edilmektedir. Böylece, mahkemelerin bağımsızlığı prensibi (Any. m. 132), ihlâl edilmiş olmaktadır. Nitekim bir af kanununun mecliste görüşülmesi sırasında bu hususa işaret edilmiştir. Bu haklı tenkitlere rağmen, tasarı Adalet Komisyonu'nun raporuna uyularak kabul edilmiştir¹⁶⁶.

Nihayet, yasama organının adli hata gerekçesiyle bazı suçluları affettiği de görülmektedir. Esasen adalet teşkilâtı ne kadar mükemmel olursa olsun, yine de adli hataların işlendiği görülmektedir. Bu hatalar kanunlar

165 Adalet Komisyonu raporundan: "...tutulduğu hastalık dolayısıyla hassasiyet peyda eden müstedinin hastalığının tamamen salâh ile neticelenmemesinde bu mahkûmiyetten mütevellit mânevi tazyik ve ızdırabın da varit görülmesine.." TBMMTD, 1951. D: 9, C. 8., S. Sayısı 208.

Meclis görüşmelerinden: "...Veremlilerin cezasının affı için B.M. Meclisinden müteaddit defalar karar çıkarttık. Meclisin geleneği budur. Daima bu gibi meselelerde atıfette bulunulmuştur.." TBMMZC, 1957, D: 10, C. 17, S. 266.

Aksi fikir için bkz. Meclis görüşmelerinden: "..Bu gibi cezahlar, hastalıklı mahkûmlara mahsus hastahanelere gönderilirler, orada hem tedavi olunurlar, hem de sıhhi vaziyetlerine uygun bir rejime tabi tutulmak suretiyle cezalarını çekerler... mahkûmları mücerret hastalığı dolayısı ile affetmek muvafik olamayacağı için... Görüyorsunuz ki, arkadaşlar, ağır bir hastalık dolayısıyla hususi bir af tanımak caiz değildir. Diğer taraftan, hasta mahkûmların cezalarının nasıl infaz edileceği CMUK'nun 399. maddesinde gösterilmiştir.." TBMMZC, 1957, D: 10, C. 17 S. 265.

Hastalık sebebiyle çıkarılan bir af kanunu için bkz.: 5803 Sayılı kanun.

166 Adalet Komisyonu raporundan: "...birliğinin henüz memleketten ayrılmasından önce babasının ölümü gibi çok ağır bir felâketin vukuu karşısında aile yuvasının durumunu tetkik, onları teselli ve hayatta yeğane sağ kalan annesini helâllaşmak gibi tamamen insani mülâhazalar ve zaruri ihtiyaçlara dayanan izin isteğinin terviç edilmemesi dolayısıyla.. Kore'ye gönüllü giderek, orada yararlık gösteren bir askerinin BMM.'nin lütuf ve merhametine lâyık olduğu neticesine varılmış.." TBMMZC. 1955, D: 10, C. 6, S. Sayısı: 171.

Bu mülâhazanın tenkidi için bkz.: Meclis Görüşmelerinden: "...affı lehinde serdedilen mülâhazalar arasında askerlik vazifesini yaparken kahramanlık göstermiştir, denilmektedir.. askerlikte kahramanlığın birinci vazife olduğunu belirtmek lâzımdır... Kaldı ki,.... mahkûm olduğu cezanın... hususi durumu nazara alınarak, mahkemece indirmeye tabi tutulduğu karardan anlaşılacaktır. Bu vaziyette mahkemenin gösterdiği müsamahaya Meclisin de yeni bir müsamaha ilâve etmesine lüzum yoktur..." TBMMZC. 1955, C. 6, S. 279.

Bu mülâhazaya rağmen sözü edilen mahkûm affedilmiştir. Bkz., 6540 Sayılı Kanun.

tarafından ön görülmüş bulunan yollarla düzeltilemiyorsa, son çare olarak af yetkisine başvurmak gerekir¹⁶⁷. Fakat parlâmentonun adlı hata konusunda da yetkisini aştığı haller vardır. Bazı misâller, meclisin âdeta bir üst mahkeme gibi hareket ederek, kesin hükmü kontrol konusu yaptığını göstermektedir¹⁶⁸. Hatta bu arada mahkemenin delilleri takdir yetkisine dahi müdahale edildiği müşahade edilmektedir. Parlâmentonun, Yargıtay'ın da üstünde yer alan bir yargı organı gibi hareket etmesi, mahkemelerin bağımsızlığı prensibi ile (Any. m. 132), hiç bir şekilde telif edilemez. Aynı hususlara Meclis görüşmeleri sırasında da temas edilmiş¹⁶⁹; ancak bu şekildeki bir af kanunun çıkmasına engel olunamamıştır¹⁷⁰.

167 Erem, Ceza, sh. 659.

168 Adliye Komisyonu raporundan: "...ciheti sübuta mütedair olup mahkemenin takdirine taallük eden delâilin tetkiki hususunda hakkı takdire hürmetkâr bulunmakla beraber Başmüddeumiliğin kanun yollarına müracaatı sırasında Heyeti Umumiyede vaki itirazının reddi kararına bu sübut noktasından Baş Reis ile yedi azanın muhalif kalmış bulunması keyfiyetini de nazardan uzak tutmamıştır... İki amelenin vaki şu hareketlerinden hasıl netice ile maznunun icrai veya ihmâli fiili arasında illiyet rabtası bulunup bulunmadığı hususu da şayanı tetkiktir. ...Hülâsa: mevcut delâil muvacehesinde...hususunun sübûtu ciheti mahkemenin kabulü veçhile mi, yoksa Başmüddeumumi ve Baş Reis ile yedi azanın muhalefeti, gibimi olduğu hususu cai tetkik ise de... En büyük adli merciler arasında mahkûmiyet ve beraat şeklinde birbirine tam zıt iki ayrı görüşün tezahür ettiği bu meselede... Büyük Meclisin atfetine bihakkn lâyük olduğuna...". TBMMZC. 1955 C. 7., S. Sayısı: 272.

Bu mütalâanın tenkidi için bkz.: Meclis Görüşmelerinden: "..., evvelce CMUK'unda, Temyiz Mahkemesinin her hangi bir dairesinden sudur eden karar aleyhine itiraz veya tashihi karar gibi bir yol yoktu, adli hatalar ise ortada bulunuyordu. Verilmiş bir kararda muayyen, müşahhas hatalar mevcut, bunun tashihi yoluna gitmeyecek miyiz? Tashihi için Meclise geliyordu, Meclis adli hatayı buluyor, af yolu ile cezayı kaldırıyor. Bu o kadar tevali etti ki, Meclisi işgal edici bir mahiyet aldı. Onun üzerine.. 1927 senesinde CMUK na (itiraz ve tashihi karar) müesseselerini koydu. Bunları koymasının sebebi sırf adli hatayı asgari hadde indirmeye müstenittir... Affın mutlaka hatayı mı istinat etmesi lâzımdır? Af Yüksek Meclisin hükümrânlık hakkının kullanmasının bir neticesi, tezahürüdür...". TBMMZC, 1957, C. 17, sh. 270.

"...Adliyede her hâdise, kanunun ışığı altında ve hâkimin vicdanı kanaatı ile müşahade ve tetkik edilir ve nihayet kanun tatbik edilir. Artık hâdiseler bütün inceliği ile tetkik ve takdir edildikten sonra ve iş af müessesesine geldikten sonra Büyük Millet Meclisinin adli müessesenin verdiği bir kararı tefsire ve takyide tâbi tutmasını bendeniz doğru bulmuyorum..". TBMMZC., 1957, C. 17, sh. 262.

169 "...Derecelerden geçmek suretiyle kesinleşen.. hüküm bir af mevzuunda tahlil ve talile tâbi tutulması caiz değildir. Böyle bir kıstasın affa mesnet olarak alınması hukuk tefekkürüne ve mevzuata uygun düşmez..". TBMMZC, 1957, C. 20. S. say. 204.

170 Adli hata sebebi ile, yukarıdaki tenkidleri nazara almaksızın, çıkarılan bir af kanunu için bkz.: 6579 Sayılı Kanun.

İKİNCİ BÖLÜM

AFFIN ÇEŞİTLERİ VE ÖZELLİKLERİ

Birinci Başlık

AFFIN ÇEŞİTLERİ

I. GENEL AF - ÖZEL AF AYIRIMI:

Af, bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren, bazan da kamu dâvasını düşüren¹ veya mahkûmiyeti bütün neticeleri ile birlikte vaki olmamış sayan bir kamu hukuku tasarrufudur. Bu genel tarif, affın iki ayrı şekilde tezahür edebilen bir atıfet muamelesi olduğunu göstermektedir. Bunlardan biri, mahkûmiyet ve kamu dâvasını ortadan kaldıran genel af, diğeri de sadece cezaya tesir edebilen özel aftır.

Genel olarak kıta avrupası hukukunda kabul edilen bu fark, İngiliz-Amerikan hukukunda aynı açıklıkla görülememektedir². İngiliz hukukunda af, krala ait bir imtiyaz (prerogative) dır. Artık İçişleri Bakanının tavsiyesi üzerine kullanılabilen bu yetkinin bir şekli olan "free pardon", hem hükmü hem de cezayı ortadan kaldırmaktadır. Bunun yanında, bir cezanın diğeri bir cezaya tahvilini ifade eden şarh af veya tahvil (conditional pardon or commutation) ile, mahiyetini değiştirmeksizin cezayı tahrif eden "remission" isimli müesseseler vardır³.

İngiliz hukukunda olduğu gibi, Amerikan hukukunda da genel af özel af arasındaki fark tam olarak belirmemektedir. Zira, her iki

1 Welzel, Das deutsche Strafrecht, Berlin 1947, sh. 215.

2 Barthélemy, Traité, sh. 754.

3 E.C.S. Wade-Godfrey Phillips, Constitutional law, London 1955, sh. 246.

memlekette de "common law" geleneği hakimdir⁴. Bununla beraber, Amerika'da genel af kanunlarının çıkartıldığı müşahade edilmiştir⁵. Bu hukuk sisteminde genel af (amnesty), federal kanunları ihlâl eden çok sayıda kimseye-meselâ bir isyan hazırlamak suçunu işleyenler gibi- teşmil edilen bir aftır. Böyle bir af, ilgili kimseler hakkında münferit olarak mahkûmiyet hükümleri verilmeden evvel çıkartılır ve burada bir çok hususlar yer alabilir⁶. Yani genel af terimi (amnesty), bir tek şahıs yerine muayyen bir kategori suçluya şâmil olan aflar için kullanılmaktadır. Fakat genel ve özel af arasındaki mutad hukukî fark, kanun tarafından kabul edilmemiş bulunmaktadır. Netice olarak Amerikan hukukunda "amnesty" ile "pardon" arasındaki fark, hukukî olmaktan ziyade filolojiktir⁷. Bunun haricinde teknik özellikleri ile tesbit edilmiş bir genel af müessesesi yoktur. Yalnız Başkan bir mahkûmu, evvelce hiç suç işlememiş kimselerin hukukî durumunu kazanacak şekilde affedebilir. Buna, tam ve şartsız af denir⁸. Bunun yanında şartlı af, şeref sözü üzerine affetmeksizin serbest bırakma (parole without pardon) ve cezanın tahvili (commutation) gibi affa benzeyen müesseseler vardır⁹.

Görülüyor ki, "common law" geleneğine sahip İngiliz-Amerikan hukukunda, genel ve özel af iki ayrı müessese olarak düzenlenmemiş bulunmaktadır. Sadece; affa yetkili yürütme organı neticeleri itibariyle bizdeki genel affa benzeyen tasarruflarda bulunabilmektedir.

Bizim hukukumuzda af, genel ve özel olmak üzere iki şekilde kabul edilmiş bulunmaktadır. Unutmaksızın suçu bağışlamak şeklinde anlaşılabilir olan özel af ile, suçun unutulmak suratiyle bağışlanması anlamına genel genel af¹⁰ arasında, ilk nazarda göze çarpan bir fark vardır. Bu da, özel affın daha ziyade hukukî, genel affın ise bunun tam aksine önemli bir derecede politik bir muhtevaya¹¹ sahip olması şeklinde ifade olunabilir.

Genel af, esas itibariyle geçmişin unutulması anlamına gelir. Özel affın esası ise, bir suçu bağışlamak, mazur görmek ve affetmek şeklinde

4 W.Y. Elliot, Amnesty, Encyclopaedia of the social sciences, C. II, sh. 37.

5 Corwin, President, sh. 194.

6 Frederic A. Ogg and P. Orman Ray, Essentials of American government, New York 1950, sh. 287.

7 Elliot, agm., sh. 37.

8 Ogg-Ray, age., sh. 287.; Rottschaefter, On constitutional law, Minn 1939, sh. 406.

9 Ogg-Ray, age., sh. 287.

10 Paul Duez et Cuy Debeyre, Traité de droit administratif, Paris 1952, sh. 223.

11 Roux Francis, age., sh. 10.

izah edilebilir. Netice itibariyle genel afı suçun bağışlanması değil, bütün neticeleri ile birlikte silinip ortadan kaldırılması bahis konusudur. Bu sebeple, genel affın geçmişe tesir ettiği ve mazide vuku bulmuş kötülükleri ilk sebebine kadar ortadan kaldırmak gayesini güttüğü söylenir¹². Nihayet genel afftan istifade eden kimseler çok şey elde ederler; fakat affeden merci'ye karşı pek fazla minnettar kalmazlar. Halbuki ferdî özel afı durum bunun aksinedir. Bu çeşit affa mazhar olan kimse, birinciye nazaran çok az şey elde eder; ancak bunun karşısında duyacağı minnet hissi genel afftan faydalanan kimsenininkinden çok daha fazladır¹³. Zira, genel af kanunu çıkartılırken nazara alınan husus, suçlular ve bunların çarptırıldıkları cezalar değildir. Asıl gaye, bozulan kamu düzeninin yeniden kurulmasını temin etmektir. Özel affın konusu ise, her hangi bir mahkûm ve bunun çarptırıldığı cezadır.

Atıfet muamelesi olmak bakımından müşterek bir görünüşe sahip bulunan genel ve özel af, teknik yönleri itibariyle de birbirlerinden tamamen farklı müesseselerdir. Affın bu iki şeklinin tek tek incelenmesine geçmeden evvel, aralarındaki farkları tesbit etmekte fayda vardır. Yalnız burada özel afftan kastedilen, bilhassa ferdî özel afıdır. Hukukumuzda umumimiyetle genel af kanunlarında yer alan toplu özel af, bazı bakımlardan genel affa da benzemektedir.

II. GENEL AFLA ÖZEL AF ARASINDAKİ BAŞLICA FARKLAR:

A. Genel Afı Özel Afı Arasında Mahkûmiyet ve Kamu Dâvasına Tesir Bakımından Mevcut Olan Farklar:

Genel afı özel afı arasındaki ilk ve önemli fark, bunların tesirlerinde müşahade edilir. Genel affın tesirlerini şu şeklide ifade edebiliriz: Genel affı tâbi fiiller hakkında henüz kamu dâvası açılmamışsa, bundan sonra da artık hiç bir şekilde ceza takibatına başlanamaz. Eğer kamu dâvası açılmış ise, hangi safhada olursa olsun düşme kararı verilir. Genel afı kesin hükümden sonra çıkarsa, mahkûmiyet bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Nihayet, cezanın infazı sırasında yürürlüğe giren bir genel afı kanunu, cezanın infazına son verir. Aynı zamanda, mahkûmiyet de bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kalkar (TCK. m. 97). Buna mukabil özel afı, verilmiş cezayı kaldırır, hafifletir veya değiştirir. Mahkûmiyet ve buna bağlı ehliyetsizlikler olduğu gibi devam

¹² Barthélemy, L'Amnistie, sh. 5.; Garraud, age., sh. 633

¹³ Barthélemy, L'Amnistie, sh. 5.; Dessarps, age., sh. 57.

eder (TCK. m. 98). Asıl cezanın kalkmasına veya hafiflemesine rağmen, fer'i ve mütemmim cezalar mevcudiyetlerini muhafaza ederler (TCK. m. 98)¹⁴.

B. Genel Affın Fiilleri, Özel Affın Şahısları Nazara Alması:

Genel af, esas itibarıyla işlenen fiillere ilişkin olması bakımından da özel aftan ayrılır. Genel affa dahil suçlardan birisini işlemiş olan failler, bu fiillerle olan ilgileri sebebiyle genel aftan faydalanırlar¹⁵. Yani genel af işlenen suçlara hitap eder ve fertler dolaylı bir şekilde bundan istifade etmiş olurlar¹⁶. Buna mukabil özel af, şahıslara hitap eder ve aftan faydalanacak olan suçluları tayin eder¹⁷. Ancak, genel af kanunlarında yer alan toplu özel af bakımından aynı şey söylenemez.

C. Genel Afla Özel Af Arasında Tesir Zamanı Bakımından Mevcut Olan Farklar:

Genel af, kesin hükümden evvel veya sonra olabilir. Hükümden evvelki genel af, ya kamu dâvasını düşürür ya da kamu dâvasının açılmasına engel olur. Kesin hükümden sonra çıkan genel af ise, hem cezanın infazına son verir hem de mahkûmiyeti bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır. Buna mukabil özel af, kaide olarak kesin hükümden sonra müdahale eder ve sadece cezanın infazı ile ilgili sonuçlar doğurur¹⁸. Fakat burada da, toplu özel affa işaret etmek gerekir. Genel af kanunlarında yer alan toplu özel af, kesin hükümden evvel de vaki olabilmektedir. Ancak bu, müessesenin özel af sayılmasına engel teşkil etmemektedir. Böyle bir toplu özel affın bahis konusu olduğu ahvalde, kamû dâvasına devam edilmekte ve af kanunu hükümlerinin tatbikine kesin hükmün verilmesinden sonra geçilmektedir. Bu itibarla, sadece ferdî özel affın kesin hükümden sonra yapılabileceğini söylemek doğru olur.

¹⁴ Bu hususta genel bilgiler için bkz.: Esmein, age., sh. 135.

Rulleau, age., sh. 53.

Dessarps, age., sh. 54-55.

¹⁵ Cabat, age., sh. 198.

¹⁶ Rulleau, age., sh. 53.

¹⁷ Dessarps, age., sh. 57.

¹⁸ Barthélemy, L'Amnistie, sh. 4-5.; Dessarps, age., sh. 54, 57. Özel af ancak adaletin vazifesini icra etmesinden, kanunun yerine getirilmesinden sonra müdahale eder ve cezayı kaldırır; fakat mahkûmiyet hükmünü teyit eder. Genel af hükmü beklemeyiz; adaletin harekete geçmesini yasaklar; kanunların tatbikini ve yargıçların vazifelerini yerine getirmelerini talik eder. M. Faustin Hélie, Traité de l'instruction criminelle, Paris 1886, Deuxieme édition, sh. 717.

D. Genel Affin Kollektif, Özel Affin Ferdî Oluşu

Genel af kanunları kaide olarak bütün suçlulara veya muayyen bir kategori suçluya şâmil olurlar. Özel afda ise, tek bir hükümlü bahis konusudur¹⁹. Ancak burada, nasıl toplu özel aflar yapılabiliyorsa, tek bir kişi için çıkarılmış genel af kanunlarının da mevcut olabileceğini unutmamak gerekir.

Netice olarak, genel af özel affa nazaran tesirleri daha geniş olan bir müessesedir. Özel afta mahkûmiyet ve bunun cezai neticeleri olduğu gibi kahr ve meselâ mahkûmun ikinci bir defa daha suç işlemesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Yani özel af sadece, cezanın fiilen infazı ile ilgili neticeler doğurur. Buna mukabil genel af, fiilin cürmî mahiyetini geçmişe şâmil olmak üzere kaldırır. Genel aftan sonra artık takibat imkânsız hale gelir; usul muameleleri son bulur ve kesinleşmiş hükümler tamamen ortadan kalkar²⁰.

İ k i n c i B a ş l ı k

AFFIN ÖZELLİKLERİ

Genel ve özel affın bazı müşterek özellikleri vardır. Bunlardan en önemli ikisi, affın mecburiliği ve geri alınmazlığı prensipleridir. Affın mecburiliği meselesi, bunu reddetmek hakkının tanınıp tanınmayacağı konusundaki münakaşaların naklini gerektirmektedir. Geri alınmazlık ise, yetkili organ tarafından ittihaze edilen af tasarrufundan hiç bir şekilde vazgeçilemeyeceğini ifade eder.

I. AFFIN MECBURİLİĞİ:

Burada bilhassa genel affın mecburiliği meselesi önemli münakaşalara yer vermektedir. Genel affın reddedilip edilemeyeceği hususunu, iki ayrı ihtimali nazara alarak incelemek doğru olur. Bunlardan birincisi, genel affın kamu dâvası sırasında çıkması, ikincisi de genel affın hükmün kesinleşmesinden sonra müdahale ederek mahkûmiyeti bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kaldırması halidir. Bu ikinci ihtimal, her hangi bir münakaşaya yer vermez. Kesinleşmiş bir mahkûmiyetin istilzam

¹⁹ Bkz., Dessarps, age., sh. 57.

²⁰ Barthélemy, Amnistie, sh. 4.

ettiği cezayı çekmekte olanların genel affi reddedip cezanın infazına devam edilmesini talep etmek hakları olamaz. Toplumun kendisine ait bulunan cezalandırmak hakkından vaz geçmesi düşünülebilir; fakat bir mahkûmun çarptırıldığı cezayı çekmek bakımından müktesep hakkı olduğu iddia edilemez²¹. Nitekim, bizde de affi red etmek hakkını tanıyan 113 sayılı Af Kanunu, bunu sadece devam etmekte olan dâvalar bakımından kabul etmiştir (m. 1/A). Bundan başka, 113 sayılı kanuna göre, red hakkını kullanan kimse sonunda mahkûm olsa bile yine aftan istifade edecek, yani kendisine terettüp eden ceza çektilirmeyecektir (m. 1/A). Nihayet aynı kanun, muayyen bazı suçlardan dolayı verilmiş bulunan mahkûmiyet hükümlerinin bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kalkacağını belirtmiş; fakat bunu reddetmek hakkını bahşetmemiştir.

Öyle ise bu konudaki düşünceler, hakkında ceza tabiatı başlamış bulunan bir kimseye genel affa rağmen suçsuzluğunu isbat imkânının tanınıp tanınmaması ile ilgilidir.

A. Genel Affın Mecburiliği Hakkında Görüşler:

Genel affın reddolunamayacağı kanaatında olanlar, bu düşüncelerini esas olarak kamu menfaati fikrine istinad ettirirler. Ayrıca, hukuk tekniği icaplarının da aynı neticenin kabulünü zaruri kıldığını söylerler. Buna mukabil, sanığın genel affa rağmen suçsuzluğunu isbat edebilmesinin faydaları, affi red hakkının gerekçesini teşkil etmektedir.

I. Genel affın mecburiliği lehindeki görüşler:

a. *Kamu menfaati görüşü*: Genel af kamu menfaati ile ilgili bulunduğundan, kamu düzeninininden sayılır; bu itibarla ilgili kimselerin iradelerine rağmen tesirlerini icra eder. Bir sanık masumiyetini isbat gerekçesi ile dahi, genel affi reddedemez²². Eğer affa rağmen takibatın devamını talep etmek hakkı tanınacak olursa, neticede bir an evvel ortadan kalkması istenen karışıklıklar bir kaç kişinin menfaati uğruna uzatılmış olacaktır²³.

Af kanunu üzerinde pazarlığa girişilmesine ve bu suretle unutulması gereken olayların hatıralarının tazelenmesine müsaade edilecek olursa,

21 Merle, age., sh. 118.

Muhakemesi bitmiş ve infaza geçilmiş kesin hükümlerde failin iradesi hilafına da olsa, kanunun tatbiki cihetine gidilecektir. Özek, agm., sh. 173.

22 Tahon, ahm., sh. 11.; Aynı mahiyette: Le Chevalier Braas. Précis de procédure pénale, Bruxelles-Liege. C. I. sh. 97.

23 Chomette, age., sh. 45.

genel affin tesirleri çok azalacaktır²⁴. Esasen bütün bunlar genel affin mahiyetine de aykırıdır. Kamu menfaati nazara alınmak suretiyle ittihaz edilmiş buluna böyle bir siyasi tasarruf, bazı olayların unutulmasını istihdaf etmektedir. Artık bunun karşısında özel menfaatlerin bahis konusu olmaması icap eder²⁵. Gerçi, masum olduklarını iddia edenlere bunu isbat imkânının tanınmamasında açık bir haksızlık vardır. Fakat genel af gibi siyasi bir tasarruf bahis konusu olunca, özel menfaatlerin kendilerinden daha üstün olan menfaatlerin karşısında ihmal edilmeleri gerekmektedir²⁶. Netice olarak, “.....kamu faydasına dayanan lütuflarda, red hakkı ancak istisnai bir kanun hükmü ile (113 sayılı Af Kanununda olduğu gibi) mümkün görülebilir²⁷.

b. Kanunlarının tatbikinın mecburiliği görüşü :

Genel af bir yasama tasarrufu olduğu için fert bunu reddedemez; bilâkis kabule mecburdur. Genel menfaat düşüncesi ile çıkartılan bir yasama tasarrufunu fert iradesine göre tatbik edip etmemek doğru sayılamaz. Mevaz kanun çalışmaları sırasında da bu mesele münakaşa edilmiş ve kaide olarak affın mecburi olduğu neticesine varılmıştır. Bununla beraber, af kanununa sarıh bir hüküm koymak sureti ile red hakkının tanınmasının mümkün olabileceği kabul edilmiştir²⁸. Yani af kanununda aksine bir sarahat yoksa, sanıklar hiç bir şekilde bunu reddedemeyeceklerdir.

2. Genel affın mecburiliği aleyhindeki görüşler :

Affi red hakkının lehinde olarak ileri sürülebilecek en önemli husus, adli takibatın fert hakkında bir suçluluk karinesi yaratması ve bu suretle şeref ve haysiyete tecavüz teşkil edebilmesidir. Gerçi, genel affın takibatın bütün neticelerini ortadan kaldırdığı söylenebilir. Fakat genel affın sanık bakımından bir beraat hükmünün bütün neticelerini hasıl edip etmediği şüphelidir²⁹. Bu itibarla, af gibi bir lütufun ilgililerin arzuları hilafına

24 Meray., age., sh. 30.

25 Majno, age., sh. 473.; Garraud, age., sh. 628.

26 Hélié, age., sh. 721.

27 Erem, Usul, sh. 515.

28 Dönmezer-Erman, age., sh. 947.

“Genel af kanun şeklindedir. Bu onun kayıtsız şartsız tatbik edilmesi gerektiğini gösterir.” Meray, age., sh. 30.

Ayrıca, genel affın sonra bir suçun mevcut olmadığı, bu sebeple de genel affa tâbi bir fiilin bundan sonra bir ceza takibatına konu teşkil edemeyeceği söylenmiştir. Bkz., Hélié, Traité, sh. 721.

29 Chomette, age., sh. 45.

bahşedilmesi kabil edegildir. Bilhassa âdi suçlarda, haksız şekilde zan altında kalan bir kimsenin mahkeme kararı ile masumiyetini isbat etmesine engel olunamaz³⁰. Esasen daha neticelenmemiş dâvalarda, sanığın isteği üzerine taçibatın devam etmesinde bir mahzur yoktur. Genel affın belirli bir devre için cezalandırmayı ortadan kaldırmasına rağmen, sanık yine de hakkındaki isnattan kurtulmak isteyecektir. Böyle bir durumda muhakemenin devamını kabul etmek, genel af kanununun umumilik özelliğini de ihlâl etmez. Zira sanık beraat etmese dahi aftan faydalanacak ve fiilin müstelzim olduğu cezayı çekmeyecektir³¹.

3. Görüşlerden çıkan sonuçlar ve Türk hukukundaki durum :

Genel affın reddedilemeyeceği düşüncesi, geniş bir şekilde kamu menfaati gerekçesine dayanmaktadır. Kamu mênfaatinin özel menfaate tercih edilmesi fikri, hukuk edebiyatına yabancı değildir. Daha doğru bir ifade ile sık sık, kamu menfaati ölçüsüne baş vurmak suretiyle fert hak ve hürriyetlerinin kısıldığı görülmüştür. Fakat buna rağmen, kamu menfaati mefhumunun muhtevası tesbit edilebilmiş değildir. Genel af bahis konusu olduğunda, kamu faydasının bazı fiillerin unutulmasını gerektirdiği ve eğer eski dâvalar devam edecek olursa geçmişteki olayların hatıralarının tazeleneyeceği iddia edilmiştir. Bu mütalâa, siyasi genel aflar bakımından haksız sayılamaz. Siyasi suçlarla ilgili dâvalar devam ettiği müddetçe, eski ihtilâflar hakkındaki münakaşalar uzayıp gidecektir. Hatta siyasi menfaatlerini geçmiş mücadelelerin devamında gören kimseler, affı red yolunu seçebileceklerdir. Bu suretle, ceza dâvaları vasıtasıyla siyasi fikirlerini yaymağa da devam edebileceklerdir. İşte bu gibi hallerde affın mecburiliği faydalı neticeler doğurabilir. Üstelik, siyasi suçla itham edilmiş olmak, bir kimsenin şeref ve haysiyetini zedelemeyiz; çünkü siyasi suçlarda ahlâki redaet bulunmadığı genellikle kabul edilmektedir³². Ahlâki düşüklük ifade etmeyen bir fiilden sanık olmak, o kimsenin manevî değerleri hakkında şüphe yaratmaz.

Bütün bunlar bir bakıma affın mecburiliği prensibini desteklemektedir. Fakat meselenin bir başka cephesi daha vardır: Genel af kanunlarında siyasi suçların yanında âdi suçlar da yer almaktadır. Hatta genel af kanunlarının sırf âdi suçlar için çıkartılmış olması da mümkündür. Bu durumda, yukarıdaki neticeye varmak kabil olamayacaktır. Zira

30 Majno, age., sh. 472-473.

31 Özek, agm., sh. 172.

32 Özgen, age., sh. 82.

her şeyden evvel, âdi suçların hâkim olduğu genel aflarda eski siyasi mücadelelerin unutulması gibi bir gaye olamaz. Gerçi bu gibi kanunlar da bir takım politik sebeplere istinad ederler; fakat bu politik gayeler, geçmişteki siyasi mücadelelerin unutulmasından başka bir şeydir. Bunların ne olacağı evvelden söylenemez. Zaten takdir edilmeleri de siyasi organa aittir. İşte böyle bir genel af kanunu bahis konusu olduğunda, bazı dâvaların affa rağmen devam etmesi, kamu faydası bakımından büyük zararlar tevhit etmez. Genel affa tâbi âdi bir suç hakkında takibatın devam etmesi, eski ihtilâfların sona erdirilmemesi anlamına gelmez. Bilâkis suçsuz olduğunu iddia eden kimseyi bunu isbat imkânından mahrum kılmak, kamu menfaatini birinci ihtimalden daha fazla olarak ihlâl eder.

Bu düşünce tarzı ilk nazarda şöyle bir tefriki zaruri göstermektedir: Siyasi suçlar bakımından genel affın mecburiliğini kabul etmek, buna mukabil âdi suçlar bakımından affı red hakkını tanımak. Fakat böyle bir ayırım da pek mümkün değildir. Zira, âdi suçlarla siyasi suçlar kesin bir şekilde birbirlerinden ayırlanamaktadırlar ^{32/a}. Bu sebeple aslında âdi olan fakat siyasi bir suçla ilgisi dolayısıyla siyasi sayılan suçlar vardır. Biz bunlara nispi siyasi suçlar diyoruz. Nispi siyasi suçun bir şeklini teşkil eden muhtelit suçta, aslında âdi suç sayılan tek bir fiil vardır. Fakat bu fiil, özel menfaate zarar verdiği gibi, siyasi nizamı da bozmaktadır. Aynı şekilde murtabit suç da, âdi ve siyasi suçun birbirine karıştığı hale bir örnektir³³. Bu gibi siyasi suçları işleyenlerde ahlâki redâet olmadığı sırf siyasi suçlardaki kadar kesinlikle söylenemez. Bu sebeple, âdi suç vasıflarını da ihtiva eden bir murtabit veya muhtelit suçla itham edilen kimsenin, ahlâki değerlerine zarar verilmediği iddia olunamaz. Bundan başka, siyasi karışıklıklar sırasında işlenmiş âdi suçlar da vardır. Meselâ bir ayaklanma sırasında işlenmiş yağma veya adam öldürme cürümleri gibi. Böyle fiilleri de kapsayan bir genel af çıktığında, esas itibarıyla âdi suçtan sanık bulunan ve fakat suçsuz olduğunu iddia eden bir kimse hakkında takibata devam etmek, ne derece eski siyasi mücadelelerin yeniden canlanmasına sebep olacaktır? Bu soruya kesin bir cevap vermek güçtür. Fakat, suçsuz olduğunu iddia eden bir kimsenin şüphe altında kalmasının hem fert hem de kamu menfaati bakımından zararlı olduğu muhakkaktır.

Mecburilik prensibinin gerekçesini teşkil eden kamu faydası mülahazasının çoğu zaman mesnetsiz kaldığı görülmektedir. Buna mukabil,

32/a Özgen, age., sh. 70 vd.

33 Özgen, age., sh. 74-75.

ferdin suçluluk şüphesi altında kaldığı her olayda, hiç olmazsa fert bakımından bir zarar daima mevcuttur. Üstelik zarara uğrayan da, ferdin şeref ve haysiyet gibi devletin korumakla mükellef olduğu bir değerdir.

Öte yandan, red hakkının tanınması halinde sanıklardan ne kadarının bu yola baş vuracağı da bilinmemektedir. Fakat bu nispetin yüksek olduğunu gösteren bir delile de rastlanamamaktadır. Bu sebeple, münferit bir kaç takibatın sona ermemesinin kamu faydasını ne derecede haleldar edeceği de belli değildir. Nihayet mecburilik prensibini, yargı organının işlerini artırmamak gibi bir gerekçeye istinad ettirmek de doğru sayılamaz.

Bütün bunlar, affı red hakkının genel bir prensip olarak ceza kanunlarında yer almasının fazla mahzurlu telâkki edilemeyeceğini göstermektedir.

TCK.'nunda affı red hakkını ön gören bir hüküm yoktur (TCK. m. 97). Bu itibarla, af kanununda aksine sarahat olmadıkça bu imkândan faydalanmak mümkün değildir. Bizde red hakkı ilk defa 113 sayılı Af Kanunu ile tanınmıştır³⁴. Ancak bu hak şahsidir; suç ortaklarına tesir etmez. Ayrıca; bir kere kullanıldıktan sonra bundan vazgeçip aftan istifadeyi talep etmek mümkün değildir³⁵.

Sözü edilen kanun hükmü bir noktada boşluk arz etmektedir. Bu da, genel af kanunu çıktığı sırada hakkında her hangi bir takibat başlamamış bulunan kimselerin durumudur. Genellikle kabul edildiği üzere, kanunun yürürlüğe girdiği sırada kesin hükümle mahkûm edilmiş bulunan kimselerle, henüz bir cezai takibata maruz kalmamış olan şahıslar bakımından af mecburidir³⁶. Bu netice doğrudur; zira hakkında ceza takibatı başlamamış bir kimsenin suçluluk şüphesi altında kalması mümkün değildir. Ancak af kanunu yürürlüğe girdikten sonra her hangi bir sebeple takibata tevessül edilirse ne olacaktır? 113 sayılı kanunun hükmüne göre (m. 1/A), eğer bir aylık müddet geçirilmiş ise artık sanık red hakkını kullanamayacak ve bir düşme kararı ile soruşturmaya son verilebilecektir. Böylece, red hakkının kullanılması bakımından haksız

34 "Bu fıkra hükmünden istifade edecek olanların affı kabul etmemeğe hakları vardır. Bu hakkını kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde kullananlar hakkında tahkikat ve takibata devam olunur. Mahkûmiyet halinde bu hakkın kullanılmış olması aftan istifadeye engel olmaz." 113 sayılı Af kanununun m.1/A., Aynı hüküm 113 sayılı kanunun 134 sayılı kanunla tadili sırasında da muhafaza edilmiştir.

35 Dönmezer-Erman, age., sh. 947.

36 Cabat, age., sh. 45.

Merle, age., sh. 117.

sonuçlar ortaya çıkmış olacaktır. Bu ihtimali göz önüne almak ve yanlışlıkla af kanunundan sonra takibata uğrayan kimselerin de red hakkından faydalanmasını mümkün kılmak gerekmektedir. Bunun hukuki yolu da, kanununun yürürlüğe girmesinden sonra takibata uğrayanlar bakımından bir aylık müddetin takibata başlanmasından itibaren hesap edilmesidir. Kanuna böyle bir fikranın ilâvesi ile muhtemel haksızlıkların önüne geçilmiş olur.

B. Özel Affın Mecburiliği:

Özel affın mecburiliği konusunda önemli münakaşalar cereyan etmemiştir. Gerçi, özel affın da bir lütuf teşkil ettiği ve hiç kimsenin bir lütufu kabule zorlanamayacağı iddia edilmiştir³⁷. Fakat, böyle bir mütalâa haklı görülemez. Zira özel af sosyal fayda gerekçesine istinad eder. Bu itibarla, keyfî bir merhamet muamelesi olarak kabulü mümkün değildir³⁸. Öte yandan, cezaların infazı meselesi kamu düzenindedir. Hükümlünün, hakkında verilmiş olan cezayı çekmek bakımından bir müktesep hakkı yoktur. Ayrıca, mahkûmun şehit payesini kazanmasına engel olmakta toplum bakımından önemli bir menfaat mevcut olabilir³⁹. Aynı hususlar, devlet başkanı tarafından çıkartılan özel aflar yönünden de ileri sürülebilir. Çünkü, devlet başkanının ittihaz ettiği af kararnamesi de keyfî bir merhamet muamelesi sayılamaz⁴⁰.

Bizde de özel affı red hakkını tanıyan bir kanun veya kararnameye rastlanamamaktadır. Genel affı red hakkını kabul eden 113 sayılı Af Kanunu, toplu özel af bakımından dahi böyle bir imkânı ön görmemiştir. Esasen genel affı kabul etmeyip, takibatın devamını talep eden sanık, neticede mahkûm olsa dahi cezayı çekmemektedir (Bkz. 113 sayılı Af Kanunu m. 1/A.). Bu da, hukukumuz bakımından cezanın infazı hususunda fert iradesinin her hangi bir rolü olmadığını göstermektedir. Takibatın devamını talep edebilme yetkisi, sanığın suçsuzluğunu gösterebilmesi bakımından kabul edilmiş bulunan bir haktır. Özel affın bahis konusu olduğu hallerde zaten suçluluk belli olmuştur. Bu itibarla, özel affı reddetmenin bir faydası da yoktur. Eğer mahkûm suçsuz olduğunu iddia ediyorsa, bir adli hata bahis konusu demektir. Bu durumda, hükümlü aftan sonra muhakemenin iadesi yoluna baş vurabilir.

37 Rulleau, age., sh. 64.

38 Vabres, Traité, sh. 561.

39 Bouzat, Traité, sh. 531.

Aynı mahiyette: Meray, age., sh. 48.

40 Roux Francis, age., sh. 40.

Amerikan hukukunda özel affın mecburiliği aynı kesinlikle kabul edilmiş değildir. "Common law" nazariyesine göre, affın muteberliği kabul şartına bağlıdır⁴¹ ve bir hükümlü bunu reddedip tesirsiz kılmak imkânına sahiptir⁴². Bununla beraber Yüksek Mahkeme (Supreme Court) 1927 yılında verdiği bir kararında, ölüm cezasını mahkûmun iradesinine rağmen müebbed hapse çevirme yetkisini Başkan'a tanımıştır⁴³. Böylece, kabul şartı tahvil (commutation) bakımından reddedilmiş olmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin bu olayla ilgili kararına göre, affı özel şahıslar için çıkartılmış bir merhamet tasarrufu (a private act of grace) olarak kabul etmemek icap eder. Af gereçkete, anayasal bütünün bir parçasıdır. Böyle bir tasarruf ittihaz edilmek suretiyle, evvelkinden hafif bir cezanın kamu menfaati bakımından daha faydalı olduğu neticesi kabul edilmiş sayılmalıdır. Fakat, affı red yetkisini tanıyan kaide ile bu neticenin telifindeki güçlüğü de işaret edilmiştir. Bununla beraber, sözü edilen olayın tam manası ile müessir olamadığı da müşahade edilmektedir⁴⁴.

II. AFFIN GERİ ALINMAZLIĞI:

Bu tasarruf bir kere ittihaz edildikten sonra, artık geri alınmaz. Geri alınmazlık, kaide olarak hem genel hem de özel af bakımından bahis konusudur⁴⁵. Bunun gerekçesi olarak, affın bir müktesep hak teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Öte yandan, aksi neticenin kabulü affın gayelerine de aykırı olacaktır; çünkü bu tasarrufun geri alınabilmesinin kabulü halinde gerekli teminat gerçekleşmemiş olur⁴⁶. Bununla beraber, geri alınmazlık kesin bir kaide değildir. Prensip olarak affın geri alınmamaacağı kabul edilse bile, bu kaidenin dolaylı bir şekilde ihlâli yine de mümkündür. Gereçekten de, af kanununa konulacak infisahi bir şartla affın geri alınması sağlanılabilir. Zira, infisahi şartın gerçekleşmesi halinde aftan istifade sona ermekte ve âdeta af geri alınmış olmaktadır⁴⁷.

41 Corwin, President, sh. 194.

42 Edward S. Corwin, The constitution and what it means to day, New Jersey 1948., sh. 98.; Rottschaefer, age., sh. 405.

43 Corwin, Const., sh. 98.

44 Rottschaefer, age., sh. 405-406.

45 Affın geri alınmazlığı konusunda bkz.: Cabat, age., sh. 46-47.; Chomette, age., sh. 54.; Rulleau, age., sh. 63-64.; Dessarps, age., sh. 177-178.

46 Cabat., age., sh. 46.

47 İkinci Bölüm., Üçüncü Başlık., II., C., 3.; Dördüncü Başlık., II., C.

Üç ü n c ü B a ş l ı k

GENEL AF - ÇEŞİTLERİ - ÖZELLİKLERİ

Genel af, atıfet muamelesi olmaktan da ileri giden siyasi bir tasarruftur. Bu konuda teklif edilen tarifler ve müessesenin esasını izah gayesiyle yapılan açıklamalar, genel affın basit bir merhamet muamelesinden daha başka bir muhtevaya sahip olduğunu göstermektedir.

I. GENEL AFFIN TARİFİ VE ESASI :

A. Tarifi:

Genel af, her müessese gibi bir çok şekillerde tarif edilmiştir. Yapılan tarifler, sayıları tesbit edilemeyecek kadar fazladır. Ancak, bunlardan büyük bir kısmının sadece ifade tarzı bakımından birbirinden ayrıldığı müşahade edilmektedir. Bu itibarla, yazarların muhtelif tariflerini teker teker nakletmekte fayda yoktur. Bununla beraber, bazı müelliflerin genel affın sadece ceza hukukuna ilişkin teknik özelliklerini nazara almak suretiyle bir neticeye ulaştıkları görülmektedir. Öye yandan diğer bir kısım yazarlar ise, müessesenin teknik ve siyasi özelliklerini birleştirmekte ve bu suretle karma diyebileceğimiz bir tarife varmaktadır.

Birince gruba dahil yazarların, genel affın kamu dâvası ve ceza mahkûmiyeti üzerindeki tesirlerine işaret ettikleri görülmektedir.

Bunlardan biri olan Braas, şöyle bir tarif vermektedir:

“Genel af, yasama kuvvetinin cezai takibatın icrasını veya devamını yasaklayan ve hali hazırda verilmiş bulunan mahkûmiyetleri ortadan kaldıran bir tasarrufudur”⁴⁸.

Bunun gibi, teknik bir tarifi benimseyen Majno'ya göre de genel af, “Muayyen nevi fiiller hakkında ceza dâvasını ve mahkûmiyet ile onun bütün cezai neticelerini ve mahkeme masraflarının tahsili dâvasını ortadan kaldıran”⁴⁹ bir tasarruftur.

Nihayet Ceza Kanunumuz da, “Umumi af, hukuku âmme dâvasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır” (TCK. m. 97) demek suretiyle, müessese hakkında teknik bir kanuni tarif vermiş bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, nakledilen bu tarifler müesseseyi sadece hukuk tekniğine ilişkin özellikleri bakımından izah edebilmektedirler. Halbuki

48 Braas, age., sh. 95.

49 Majno, age., sh. 470.

genel affin bu kadar geniş neticeler doğurabilen bir müessese olması, onun gayesinin bir sorucudur. Genel affin gayesi toplumda yatışmayı, sulh ve sukûnu temin etmektir. Bu amacın gerçekleşebilmesi için de, mazide vuku bulmuş bir takım olayların unutulması ve bunların âdetâ hiç vaki olmamış gibi kabul edilmesi gerekmektedir. Takibat ve mahkûmiyeti bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıracak bir tasarrufta bulunulması, bu gayenin tahakkuku için düşünülmüş hukuki bir çaredir. Öyle ise, müessesenin gayelerini tamamen hariçte bırakan ve sadece genel affin hukuk tekniğine ilişkin özelliklerine yer veren bir tarif tam sayılamaz. Bu itibarla kabul edeceğimiz tarifi her iki unsur da ihtiva etmesi gerekmektedir.

İkinci gruba giren bir tarifi benimseyen Haus'a göre,

“Genel af, bazan yapılmış veya yapılmakta olan takibatı, bazen de bu fiiller dolayısıyla verilmiş bulunan mahkûmiyeti ilga etmek suretiyle muayyen bir kategori suçu unutma örtüsü içine sokan bir egemen kuvvet tasarrufudur”⁵⁰.

Aynı yolu seçen Villey de,

“Genel af, tesiri muayyen kategori cezayı müstelzim fiili ortadan kaldırmak ve unutma örtüsü içine sokmak olan ve netice olarak da, bazan takibatı durduran veya buna engel olan, bazan da mahkûmiyeti ortadan kaldıran bir egemenlik tasarrufudur”⁵¹.

demektedir. Nihayet Dönmezer-Erman da, genel affin çıkartılmasındaki içtimai faydayı nazara alarak müesseseyi şu şekilde tarif etmektedirler:

“Umumi af, içtimai fayda mülâhazası ile, bütün veya belirli bazı suçlar ve hükmedilmiş ise cezaları bütün neticeleri ile birlikte düşüren teşriî bir tasarruftur”⁵².

Birinci ve ikinci gruba dahil olan tarifler, gereken asgari açıklığa sahip bulunmaktadır. Fakat yine de, müessesenin siyasi ve sosyal mahiyetini ihmal etmeyen ikinci grup tariflerden birisini benimsemek doğru olur. Örneklerini haklettiğimiz bu ikinci gruba dahil tarifler, genel affı tanıtmak bakımından yeterli görünmektedirler. Bu itibarla, ayrıca bir tarif vermeğe lüzum yoktur.

50 Haus, Principes généraux du droit pénal belge, C. II., n. 386, Zikreden: Cabat, age., sh. 36-37.

51 M. Villey, Précis de droit criminel, sh. 249., Zikreden: Cabat, age., sh. 37.

52 Dönmezer-Erman, age., sh. 952.

B. Esası:

1. Genel affin münhasıran bir atıfet muamelesi sayılmaması :

Bizdeki genel af, terim olarak, Fransızcadaki “amnistie”, İtalyan-
cadaki “amnistia” ve İngilizcedeki “amnesty” yerine kullanılmaktadır.
Avrupa ve Anglo-Saxon dillerinde müşterek olan bu terim Yunancadan
gelir ve mazinin unutulmasını ifade eder⁵³. Nitekim genel af mahiyetindeki
bir kanun ilk defa M.Ö. 403 yılında Atina’da kabul edilmiştir. Thrasy-
bulus bu tarihte otuz tiranı (tyrans) Atina’dan sürdükten sonra, vatan-
daşların bundan evvelki siyasi faaliyetlerinden dolayı takibata uğra-
malarını yasaklayan bir kanun çıkartılmıştır. Bu kanun, eski siyasi
mücadelelerin hatıralarının silinmesi amacını güdüyor⁵⁴ ve hukuken
geçmişin unutulmasını emreliyordu⁵⁵.

Genel af bugün de, menşesindeki anlamından uzaklaşmamıştır.
Müessese 20. yüzyıl hukukunda da, yetkili organın bazı suçların unutul-
masını emretmesi ve bunun neticesinde de cezai takibat ve mahkûmi-
yetin ortadan kalkması şeklinde anlaşılmaktadır⁵⁶. Genel affin bizim
hukukumuz bakımından da bazı suçların unutulması anlamına geldiği
bir Yargıtay kararında açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır⁵⁷. Bu iti-
barla, genel affin bir atıfet muamelesi (act de clemency , act of clemency)
olmaktan ziyade, kamu faydasına dayanan bir tasarruf⁵⁸ şeklinde anla-
şılması daha doğru olur. Netice olarak bu müessese, üstün bir siyasi
menfaat sebebiyle bir veya bir kaç kategori suçun resmen unutulmasını
emretmek anlamına gelir. Bu gayeye varabilmek için de, geçmişi ilgilen-
diren meselelerde ceza kanunlarının tatbiki yasakları⁵⁹.

Yukarıdaki paragrafta belirtildiği gibi genel af, bazı suçların bağış-
lanmasını veya mazur görülmesini değil, bunların unutulmasını ifade
eder. Fakat, hiç bir zaman da bu fiillerin tasvip edildiği anlamına gelmez.
Genel af tasarrufunu ittihaz eden organda, affedilen fiillerin hoş görüldüğü
veya tasvip edildiği yolunda bir his ve kanaatin mevcut olması gerekmez.

53 Bu konuda bkz.: Tahon, agm., sh. 1.; Cabat, age. sh. 34.; Merle, age., sh. IX, 15, 114.

54 Elliot, agm., sh. 37.

55 Merle, age., sh. IX.

56 Tahon, agm., sh. 1

57 “Ämmenin menfaati noktasından ittihaz edilmiş siyasi bir tasarruf olan umumî af ile bazı suçların unutulması istendiği.” CGK. 11. 12. 1933. E. 355/K. 351. Zikreden: Meray, age., sh. 35.

58 Barthélemy, Traité, sh. 754.; “Umumî af bahşetmek, bağışlamak değildir; umumî af unutmaktır.” Meray, age., sh. 35.

59 Barthélemy. L’Amnistie, sh. 4.

Bir meclis geçmiş olayların muhakemesini yapmaz; sadece genel af ihtiyacının hissedildiği zamanlardaki durumu inceler ve bu yola gitmenin faydalı olup olmayacağını araştırır. Bu itibarla genel af herhangi bir kıymet hükmü vermez; kimseyi itham etmediği gibi mazur da görmez. Sadece bazı olayların iradî bir şekilde unutulmasını ifade eder⁶⁰.

2. Genel affin fiili ortadan kaldıramaması :

Genel affin fiilin mevcudiyetine tesir etmeyip, sadece bunun cezai mahiyetini ortadan kaldırdığı fikri umumiyetle kabul edilmiş bulunmaktadır⁶¹. Bununla beraber, bu konuda tamamen aksi kanaate sahip olan ve genel affin bizatihî fiili de ortadan kaldırdığını iddia edenler vardır. Ancak bu anlayış gerçeklere uymamaktadır. Genel af kanunları, hemen her zaman üçüncü şahısların tazminat haklarını mahfuz tutmaktadırlar. Genel af kanunlarının bu yolda hükümler ihtiva etmeleri, fiilin ilgası fikri ile kabili telif değildir⁶². Genel af, işlenen suçları sadece hukuken ortadan kaldıran bir tasarruftur⁶³. Her hangi bir fail tarafından işlenmiş bulunan bir fiil, genel af vasıtasıyla yok edilemez. Sözü edilen fiil bir kere işlenmiştir ve bu husus her zaman için bir vakıa olarak mevcudiyetini muhafaza edecektir⁶⁴. "Esasen kanun koyucunun işlenmiş bir fiili işlenmemiş saymasına mantıki imkân da mevcut değildir."⁶⁵ Genel affin fiilin mevcudiyetine tesir etmemesi, üçüncü şahısların zararlarının tazmini ve disiplin suçları bakımından önemli neticeler doğurmaktadır.

II. GENEL AFFIN ÇEŞİTLERİ:

Genel affi üç bakımdan tasnif etmek mümkün olabilir. Tasarrufun kamu dâvası ve takibata tesiri nazara alınarak yapılan bir tasnif tam ve tam olmayan genel af ayırımına, genel affa dahil suçları göz önünde bulundurmak suretiyle yapılacak bir sınıflama mutlak, umumi ve kısmi genel af ayırımına ve nihayet işlemin bir mükellefiyet yükleyip yüklememesi açısından yapılan bir müşahade de şartlı ve şartsız genel af ayırımına müncer olacaktır.

60 Barthélemy, L'Amnistie, sh. 8-9.

Genel af hiç bir zaman affedilenlerin övülmesi anlamına gelmez. Tahon, agm., sh. 37.

61 Pierre Bouzat, Amnistie, Répertoire de droit criminel et de procédure pénale, Dalloz, Paris 1953. C. I., sh. 111. Bouzat, Traité, sh. 546.

62 Cabat, age., sh. 35.

63 Esmein, age., sh. 135.

64 Samuel Williston, Does a pardon blot out guilt?, Harward Law Review, May 1955, n. 7., sh. 656.

65 Erem, Ceza, sh. 661.

A. Tam Genel Af (Amnistia Propria) - Tam Olmayan Genel Af (Amnistia Impropria):

Bazı ceza kanunları genel affı tam ve tam olmayan diye ikiye ayırmaktadırlar. Bu ayırımı kabul eden kanunlara göre, muhakemeden veya kesin hükümden evvel müdahale eden genel aflara tam genel af denir. Buna mukabil, kesin hükümden sonra ortaya çıkan genel af, tam olmayan genel aftır. Genel af fiilin suç olma vasfını ortadan kaldırdığı cihetle, aslında tam ve tam olmayan genel af arasında bir mahiyet farkı yoktur. Bununla beraber mer'î İtalyan Ceza Kanunu, tam ve tam olmayan genel af ayırımını kabul etmiştir. Sözü edilen kanunun 151. maddesine göre⁶⁶, genel af suçu kaldırır. Eğer mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş ise, asli ve fer'î cezaların infazına engel olur. Halbuki TCK'nun mehzasını teşkil eden 1889 tarihli kanun, genel affın kamu dâvasını ve bütün neticeleri ile birlikte mahkûmiyeti ortadan kaldıracağını hükme bağlamaktadır. Yeni İtalyan Ceza Kanununda ise, tam olmayan genel affın asli ve fer'î cezaları ortadan kaldıracağı, buna mukabil mahkûmiyetin cezai neticelerinin olduğu gibi kalacağı ön görülmüş bulunmaktadır. Mahkûmiyetin cezai neticeleri birer fer'î ceza sayılmasalar dahi, suçlunun şahsı üzerinde etkili olacaklardır⁶⁷. Böylece tam olmayan genel aftan sonra, kanuna göre ceza sayılamayacak olan bazı neticeler mevcudiyetlerini muhafaza edeceklerdir. Öte yandan genel affa uğramış mahkûmiyetin tekerrür, suç itiyadı ve suçlu meslek edinme ile ilgili kanun hükümlerinin tatbiki bakımından nazara alınması gerekecektir⁶⁸.

Tam ve tam olmayan genel af ayırımı bizim hukukumuz bakımından sadece bir doktrin değeri taşımaktadır. TCK'nunda böyle bir tefrik yapılmaksızın, genel affın kamu dâvasını ve hükmedilmiş ise cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıracağından bahsedilmiştir (TCK. m. 97)⁶⁹.

B. Mutlak Genel Af – Umumi Genel Af – Kısmi Genel Af:

Affa dahil suçlar nazara alınmak suretiyle yapılan bir tasnif, genel affın üç şekilde tezahür edebileceğini göstermektedir:

66 Yeni İtalyan Ceza Kanununun 151. maddesi şöyledir: "Genel af suçu düşürür; ve eğer bir mahkûmiyet varsa mahkûmiyetin ve fer'î cezaların infazına son verir." Bkz.: Casabianca, age., sh. 104.

67 Bettiol. agm., sh. 12-13.

68 Casabianca, age., sh. 17.

69 Aynı mahiyette Bkz. Özek, agm., sh. 148.

Tam ve tam olmayan genel af farkı için ayrıca bkz: Majno, age., sh. 471.; Bilge, agm., n. 10., sh. 890.; Meray, age., sh. 171.

1. Mutlak genel af:

Mutlak genel af, hiç bir ayırım yapmaksızın bütün suç ve suçları kapsayan bir genel aftır. Burada, ne affedilen suçlar ne de afdan istifade edecekler bakımından bir tahdit konulmuştur⁷⁰. Ancak, bu tip bir affa rastlamak çok güçtür.

2. Umumi genel af:

Hiç bir sınırlayıcı hüküm koymaksızın bir veya bir kaç kategori suçu affeden kanun, umumi bir genel af bahşediyor demektir⁷¹. Yani burada, genel affa dahil fiillerden birini işleyen suçlular her hangi bir ayırıma tâbi olmaksızın aftan faydalanabilmektedirler⁷².

3. Kısmi genel af:

Bazı hallerde kanun koyucu, lâıyk görmediği kimseleri affin haricinde bırakmaktadır. Afdan istifade edemeyen bu gibi kimseler de aslında, affedilen suçlardan birisini işlemişlerdir. Fakat yasama organı, bunların affin haricinde kalmasını daha uygun görmüştür. Failin mükerrir olması veya bazı ağır suçları ika etmiş bulunması gibi haller, aftan istifade edip edememek hususunda ölçü teşkil etmektedir⁷³. Bazan da kanun koyucunun cezayı nazara alarak bir ayırım yaptığı görülmektedir. Bu usulde, işlenen suçun mahiyeti nazara alınmamakta, sadece failin çarptırıldığı ceza bir ölçü olarak kullanılmaktadır Meselâ Fransa'da 1946 tarihinde 2-6 ay arasında hapis cezasına çarptırılanlar için bir genel af çıkartılmıştır. Burada, genel aftan faydalanacak kimseleri tayin işinin yargıçlara bırakılmış olduğu görülmektedir. Zira, kanunlar ekseriya cezanın aşağı ve yukarı haddini gösterirler. Bu hadler arasında cezayı tesbit yargıçlara kalmıştır. Neticede hükümlü yargıçın takdirine göre genel aftan istifade edebilecek veya edemeyecektir⁷⁴.

70 Özek, agm., sh. 149.

71 Özek, agm., sh. 148.; Cabat, age., sh. 40.; Chomette, age., sh. 52.

72 Merle, age., sh. 122.

73 Özek, agm., sh. 149.

Bazı kanunlar mükerrirlerin genel aftan istifade edemeyeceklerini derpiş eden hükümler koymaktadırlar. Yargıtay 1941 tarih ve 36 E/91 K sayılı tevhidi içtihadında, mükerrirlerin aftan istifade etmemeleri için tekrürün mevcudiyetinin kafi gelemeyeceği ayrıca diğer mahkûmiyetle birlikte bu hükümlerin de infaz edilmiş olması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu netice hatalıdır. 2330 sayılı kanun 11. maddesinde, sadece mahkûmiyetten bahsetmiştir. Bu da kanunun sadece mahkûmiyeti kafi gördüğünü gösterir. Öte yandan kanun koyucuya göre, suçlunun affa lâıyk sayılmaması için mükerrir olması yeter. İşlediği suçun cezasını da çekmiş olması gerekmez. Özek, agm., sh. 157.

74 Maurice Patin, Sur l'amnistie, Rev. sc. ecr. et de dr. pé. comp. 1948. sh. 539.

Kısmi genel affın örneklerine hemen her hukuk sisteminde rastlamak mümkündür. Fakat buna rağmen, kısmi genel affın hukuk prensiplerine ne derece uygun olduğunu araştırmak gerekir. Genel af ancak bir kanunla bahsedilebildiği için, bazı özellikleri haiz olması icap eder. Bunlar da umumilik, gayri şahsılık gibi prensiplerdir. Ayrıca kanun önünde eşitlik ilkesi de ihlâl edilmemiş olmalıdır. Bütün bunlar nazara alındığında, bazı kimseleri hariçte bırakan bir genel af kanununun kabule şayan olamayacağı neticesi çıkar. Bununla beraber, genel affın siyasi bir tasarruf olduğunu da unutmamak gerekir. Bu sebeple, genel affı bahşeden organın kamu faydası yönünden zaruri gördüğü bazı tahditleri koyamayacağı iddia etmek mümkün değildir.⁷⁵ Fakat bu sınırlama keyfi bir iradenin sonucu olamaz. Bir genel af sabıkahları veya şiddet sebepli suçları ika etmiş olanları hariç tutabilir⁷⁶. Ancak, ismen tayin ettiği bazı kimseleri affın haricinde bırakan bir tasarruf kabul edilemez⁷⁷. Aynı fiilleri işleyenler arasında şahsi bir tefrik yapmak genel affı dejenere etmek sonucunu doğuracaktır⁷⁸.

Kısmi genel affın meşru ve hukuk prensiplerine uygun sayılabilmesi için, hariç tuttuğu kimseleri tayin ederken kanun önünde eşitlik prensibinden uzaklaşmaması gerekir. Bazı müşterek vasıfları sebebiyle diğerlerinden farklı bir kategori teşkil edebilen suçluları hariç bırakan bir kanun, sırf bu sebeple genel af olma özelliğini kaybetmiş sayılamayacaktır⁷⁹.

Genel affa ait bu tasnifler, kanuni bir mesnede dayanmamaktadırlar. Bu sebeple, kanun koyucunun tamamen bunların dışında yeni bir genel af tipi ortaya çıkartması mümkündür⁸⁰. Bizdeki genel afflar esas itibariyle kısmi genel af mahiyetindedirler. 1960 tarih ve 5677 sayılı Af Kanunu, 1. maddesi ile muayyen bir tarihten önce işlenmiş suçları affetmiş; fakat 2. maddesinin muhtelif bentleri ile de bazı suç kategorilerini 1. maddenin şümülü dışında bırakmıştır. 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları da prensip olarak aynı yolu takip etmişlerdir. Yalnız bu kanunlar, genel affa tâbi olacak suçları tayin ederken fiilin kanunen müstelzim olduğu cezanın yukarı haddini ölçü olarak kabul etmişler; bundan sonra da bazı suç kategorilerinin affın dışında bırakıldığını belirtmişlerdir. 22-23 Şubat olaylarından sonra çıkartılan 50 sayılı Af Kanunu ise, 1. maddesinin

75 Barthélemy, L'Amnistie, sh. 31.

76 Tahon, agm., sh. 8.

77 Tahon, agm., sh. 8.; Merle, age., sh. 122.

78 Chomette, age., sh. 50.

79 Chomette, age., sh. 50-51.; Ayrıca bkz.: Merle, age., sh. 122.

80 Özek, agm., sh. 149-150.

de belirtilen fiilleri işleyen bütün şahısları hiç bir tefrike tâbi tutmaksızın affettiği için umumi bir genel af mahiyetindedir.

C. Şarh Genel Af:

Genel affi her hangi bir mükellefiyet yükleyip yüklememesi bakımından bir ayırma tâbi tutarsak, şarh ve şartsız genel af tefrikine ulaşırız.

1. Şarh genel affin esası :

Genel aftan faydalanan kimselere hiç bir mükellefiyet yüklenmemiş ise, şartsız genel aftan bahsolunur. Buna mukabil, affedilen kimseler muayyen bir mükellefiyeti yerine getirmeye mecbur tutulmuşlurlar ise, şarh genel af bahis konusu demektir⁸¹. Ancak, “şart ile af kanununun tatbik edilebileceği mahsus halleri karıştırmamak lâzımdır. Meselâ, evvelce bir başka suçtan mahkûm olmamış bulunanların affında bu hal bir şart değildir⁸².

Kanuna dercedilmiş bulunan şartlar, genel affin mahiyetini değiştirmez. Bu gibi hükümler genel affi mecburi olmaktan çıkartıp, seçimlik bir hale sokar. Genel aftan faydalanmak istemeyen kimse, şartı yerine getirmemek suretiyle bu neticeyi elde edebilir⁸³. Böylece, şarh genel af kabule bağlı bir tasarruf olmaktadır⁸⁴. Genel af kanununda red hakkı tanınmamış bile olsa, şartı yerine getirmemek suretiyle bu imkân dolaylı bir şekilde elde edilmiş olur. Şartın yerine getirilmemesi mücbir sebepten ileri geliyorsa, bu hal aftan istifadeye engel olmamalıdır⁸⁵.

2. Şarh genel af konusundaki görüşler :

Genellikle şarh af kabul edilmekte ve ve tatbikatta örneklerine sık sık rastlanmaktadır. Bununla beraber, şarh genel affi reddeden görüşler de vardır.

a. Şarh genel affi kabul eden görüşler : Devlet, kendisi tarafından çıkartılan genel aflara kamu menfaati veya adalet icapları bakımından zaruri gördüğü tahditleri koyabilir. Bu sebeple, muayyen bir müddet içinde şu veya bu mükellefiyeti yerine getirmeyenler affın dışında bira-

81 Cabat, age., sh. 48.

82 Erem, Ceza, sh. 663.

Aynı mahiyette: Özek, agm., sh. 149.

83 Chomette, age., sh. 56-57.

84 Cabat, age., sh. 53.

85 Merle, age., sh. 123.

kılabilirler⁸⁶. Kamu güvenliği, ihmal edilmesi tehlikeli sonuçlar doğurabilecek bazı tedbirlerin alınmasını gerektirebilir. Devleti bu gibi tedbirleri alabilmek hakkında mahrum etmek, aslında çıkartılması faydalı olan bir genel af konusunda tereddütlere yol açabilir⁸⁷.

Öte yandan af, tamamen karşılıksız bir atıfette bulunmağı da ifade etmez. Kanunda yer alan şartlar, unutmak ve affetmek yoluyla gerçekleştirilmesi düşünülen gayenin birer teminatını teşkil ederler. Bu sebeple, fazla bir zorluk çekilmeden şartlı genel aflar kabul edilmiştir⁸⁸.

b. Şartlı genel affi kabul etmeyen görüşler : Bazı yazarlar, şart ile genel affin bağdaşamayacağını iddia ederler. Bu mahiyetteki fikirler Peyronnet tarafından müdafaa edilmiştir. Bu müellife göre, şart ithamın ve hükmün izlerini muhafaza eder. Esasen, bazı şartlar vaz edebilmek hakkı, evvelce verilmiş olan bir mahkûmiyete istinad eder. Fakat, mahkûmiyet hükmü ortadan kalktıktan sonra, bu hakkın durumu ne olacaktır? Genel af kanununda yer alan şartlar hükmü teyit edecek ve onun mevcudiyetini devam ettirecektir. Böyle bir durumda artık genel aftan bahsedilemez. Zira, genel affin mahkûmiyeti ortadan kaldırması gerekir. Netice olarak genel af şartı, şart da genel affi ortadan kaldırır⁸⁹.

Bu fikirlerin yanlış bir gerekçeye dayandığı ve genel affin önemli bir özelliğini nazara almadığı müşahade edilmektedir. Bir fiilin genel affa tâbi olması, ika edilmediği anlamına gelmez. Bu sebeple, fiilin doğurduğu maddi ve manevi zararlar mevcudiyetlerini muhafaza ederler. Ayrıca, işlenmiş olan suçun ifade ettiği ahlâki düşüklük, değerinden bir şey kaybetmeyecektir. Bu itibarla, muayyen bir fiilin işlenmiş olması maddi vakıasına dayanarak genel affi bazı şartlara tâbi tutmak, normal karşılanmalıdır⁹⁰. Bu şekilde hareket etmek, mahkûmiyet hükmünün bazı tesirler icra etmeğe devam etmesi anlamına da gelmez. Zira, burada nazara alınan husus, maddi bir olay teşkil eden fiildir. Bundan başka, kamu faydasının bazı mükellefiyetlerin yerine getirilmesini icap ettirmesi de mümkündür. Nihayet, affin istisnai bir tasarruf olduğu da unutulmamalıdır. Affedecek organı, lüzumlu gördüğü şartları tahmil etmek imkânından mahrum kılmak, makul bir netice olarak kabul edilemez. Şu şakadar ki, burada da, kısmi genel afta olduğu gibi şartların umumi ve gayri şahsi olmasına dikkat etmek gerekir.

86 Mangin, *Traité de l'action public et de l'action civile en matière criminelle*, Paris 1876. C. II. sh. 311.

87 Chomette, *age.*, sh. 57.

88 Cabat, *age.*, sh. 51-52.

89 M. D. Peyronnet, *Pansées d'une prisonnier*, C.I. Ch. XIV. Zikreden: Cabat, *age.*, sh. 49.

90 Bu konuda bkz.: Cabat, *age.*, sh. 49-51.

3. Şartlı genel affın çeşitleri :

Şart taliki ve infisahi olmak üzere iki türdür. Taliki şartın bahis konusu olduğu hallerde, aftan faydalanacak kimseden bazı mükellefiyetleri yerine getirmesi istenir. Suçlu ancak bunları ifa ettiği takdirde af kanununun tatbiki mümkün olabilir. Bu ana kadar af kanunu o suçlu bakımından tesirsiz sayılır. Kanunlarda sık sık yer alan taliki şartlar şunlardır: Failin şahsi hakları tazmin etmesi, belirli müddetler içinde teslim olması, müsadereye tâbi eşyayı kendiliğinden teslim etmesi vb. Aftan faydalanacak kimse, kanunda tesbit edilen müddet içinde bu şartı yerine getirdiğini isbat edemezse, genel aftan faydalanamaz⁹¹. Bizde de taliki şartları ihtiva eden genel aflar vardır. Meselâ, 218 sayılı Af Kanununun 6. maddesi böyle bir şart koymaktadır⁹².

İnfisahi şarta bağlı genel afta ise, fail derhal aftan istifade eder. Fakat, kanunda ön görülmüş bulunan infisahi şart gerçekleşecek olursa, âdeta af geri alınmış veya aftan istifade ortadan kalkmış olur. Tatbikatta en çok rastlanan infisahi şart, aftan istifade eden kimsenin muayyen bir müddet içinde yeniden suç işlemesi halidir⁹³. Bizde de bu nevi infisahi şarta yer veren genel af kanunları vardır⁹⁴.

III. GENEL AFFIN ÖZELLİKLERİ:

Genel af, mahiyeti itibariyle bazı özelliklere sahip bir tasarruftur. Bu özellikleri de şu şekilde sıralayabiliriz:

A. Genel Affın Sadece Fiilleri Nazara Alması (Genel affın “reale” olması):

Genel af bilhassa, bir kanun konusu olduğu anayasal sistemlerde muayyen bazı şahısları değil de, belli zamanlarda işlenmiş bir takım

91 Dönmezer-Erman, age., sh. 957.

92 218 sayılı Af Kanununun 6. maddesi şöyledir:

“Fırar halinde olup da bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde resmi mercilere müracaatla teslim olmayanlar bu kanun hükümlerinden istifade edemezler.”

93 Dönmezer-Erman, age., sh. 958.

94 5677 sayılı Af Kanununun 3. maddesi şöyledir :

“Bu kanunun 1. maddesinden faydalanan hükümlüler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren mahkûm oldukları cezanın zamanaşımı süresi içinde ve herhalde 5 yıl zarfında aşağı haddi 6 aydan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı müstelzim aynı cinsten diğer bir cürüm işledikleri takdirde evvelce haklarında hükmedilmiş olan cezanın infaz edilmeyen kısmı aynen çektilir.”

Bundan sonra 113 sayılı Af Kanununun 4. maddesinde de aynı hüküm tekrarlanmıştır.

suçları nazara alan objektif bir tasarruftur⁹⁵. Netice olarak genel af, şahıslara hitap etmez; bizatihî işlenen fiilleri istihdaf eder. İşte bu sebeple, “reele” bir mahiyete sahip olduğu söylenir⁹⁶. Failler, sadece işlenmiş buldukları suçlar münasebetiyle bundan faydalanırlar⁹⁷. Bununla beraber, son yıllarda Fransız tabikatında esas olarak fertleri nazara alan genel afların çıkartıldığı görülmektedir. Meselâ 1947 yılında çıkan bir genel af kanunu, Birinci Dünya Savaşı muhariplerinin yakınları tarafından işlenen suçları affediyordu (m. 10). Böyle hallerde genel af tamamen şeklini değiştirmiş bulunmaktadır. Bu tip genel aflar, fiilin cürmi mahiyetini kaldırmamakta sadece kanun tarafından ön görülen şartları haiz kimselerin cezai mesuliyetlerini ref etmektedir⁹⁸.

B. Genel Affın Geçmişe Ait Oluşu:

Genel af kaide olarak maziye dönüktür ve fiilin cürmi mahiyetini bütün cezai neticeleri ile birlikte geçmişe şâmil olmak üzere kaldırır. Bu neticeyi normal karşılamak gerekir; zira genel af yatıştırıcı ve unutturucu fonksiyonunu ancak bu şekilde yerine getirebilir. Bu sebeple, genel affın gayelerini tahakkuk ettirebilmesi için geçmişe şâmil olması gerekmektedir. Bununla beraber, sözü edilen prensip bazı hallerde çok aşırı neticeler tevhit ediyorsa, af kanunlarına konacak özel hükümlerle bunun önlenmesi yoluna gidilebilir. Bu cümleden olmak üzere, meselâ genel affa uğramış mahkûmiyeti sebebi ile görevinden çıkartılmış bir bir memurun tekrar eski vazifesine alınıp alınmaması idarenin takdirine bırakılabilir⁹⁹.

C. Genel Affın Kamu Dâvasına ve Mahkûmiyete Tesir Etmesi:

Genel affın önemli ve ayırıcı bir özelliği, hem kamu dâvasına hem de mahkûmiyete tesir edebilmesidir. Esasen genel affı özel aftan ayıran en önemli özellik de budur. Bu itibarla bir af kanununun genel af mahiyetinde sayılması için, metinde “genel af” teriminin kullanılmış olması icap etmez. Bir af, hem kamu dâvasına hem de kesinleşmiş hükme tesir edi-

95 Carraud, age., sh. 624-625.

Genel af tatbik edildiği fertler için değildir; devlet menfaatedir. Fertler bundan faydalanırlar; fakat genel af bu kimseler için bahşedilmiş değildir. Mangin, age., sh. 309.

96 Ortolan, age., sh. 351.

97 Cabat, age., sh. 32.

98 J. Magnol, Choronique, Rev. sc. cr. et de dr. pé. comp. 1949. sh. 338.

Bouzat, Amnistie, sh. 108.; Bouzat, Traité, sh. 540.

99 Mangol, agm., sh. 339.

Aynı mahiyette: Vidal-Magnol, age., sh. 382, Dip not: 2 Ayrıca bkz: Cabat, age., sh. 32.

yorsa, genel af sayılacaktır¹⁰⁰. Bazan, bir af kanunu her hangi bir takibattan evvel de çıkabilir. Eğer bu genel af mahiyetinde ise, bundan sonra artık cezai takibata da başlanamayacaktır. Öyle ise genel af üç şekilde tesir edebilmektedir: Kesin hükümden sonra vaki olan genel af mahkûmiyeti bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır; takibat sırasında müdahale eden genel af kamu dâvasını düşürür; nihayet adli kovuşturmadan evvel çıkan bir genel af her türlü cezai takibata engel olur.

Bununla beraber, bazı hukukçular genel affın sadece kesin hükümden evvel tesir edebileceğini iddia etmişlerdir. Böyle düşünenlere göre genel affı, ancak mahkûmiyetten sonra tesir edebilen özel aftan ayıran başka farklardan birisi de budur¹⁰¹. Bu fikir, iki benzer suçu ayrı muameleye tâbi tutmak bakımından tenkit edilmiştir: Aynı cins suçun faillerinden birisinin tesadüfen daha süratle cezalandırılmış bulunmasının aftan istifadeye engel olması, adalet icapları bakımından doğru sayılamayacak bir neticedir¹⁰².

Bu konudaki münakaşalar, iki türlü genel affın mevcut olabileceğini göstermiştir. Bunlardan biri, hükümden evvel müdahale ederek kamu dâvasını düşürebilen; diğeri de mahkûmiyetten sonra çıkan ve sadece cezalarla bunların neticelerini ortadan kaldıran genel aftır. Birinci tip genel af, sınırlı bir mahiyet taşımaktadır¹⁰³. Ancak bu, nazari bir ayırımdır. Genel af prensip olarak, hem mahkûmiyet hem de takibata tesir eder. Aksi neticenin mümkün olabilmesi için, kanunda bu yolda bir sarahat bulunması gerekir¹⁰⁴. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu 151. maddesinde böyle bir hükme yer vermiş bulunmaktadır. Böylece bizim hukukumuz bakımından sadece doktrin değeri olan bu ayırım, İtalyan hukukunda kanun tarafından kabul edilmiş ve ortaya tam ve tam olmayan genel af tasnifi çıkmıştır¹⁰⁵.

D. Genel Affın toplu (kollektif) olması:

Genel af kaide olarak toplu (kollektif) dir; fakat bir tek suçlu için çıkartılmasında da her hangi bir kanuni mani yoktur¹⁰⁶. Bu itibarla,

100 Cabat, age., sh. 47.

101 Chomette, age., sh. 54.

102 Chomette, age., sh. 54.; Merle age., sh. 119-120.

103 Cabat, age., sh. 40.

104 Chomette, age., sh. 47-48.

105 İkinci Bölüm, Üçüncü Başlık, II., A.

106 J.A. Roux, Cours de droit criminel français, Paris 1927. C. I., sh. 504.; Erem, Ceza, sh. 661.; Vidal-Magnol, age., sh. 829. Duguit, muayyen bir şahıs için çıkartılmış olan genel affı kabul etmemekte ve bizatihi parlâmentonun dahi kanunları kısmi bir ilgaya tâbi tutmak anlamına gelecek böyle bir keyfi tasarrufta bulunamayacağını ileri sürmektedir. Duguit, age., sh. 257.

affin genel olup olmadığını tayinde bunun kaç kişi hakkında çıkartılmış bulunduğuna değil, af ile nelerin ortadan kaldırıldığına bakmak lâzımdır¹⁰⁷.

Bunun gibi, muayyen bir kategori suçluyu içine alan bütün aflar da genel af sayılamaz. Nasıl tek bir kişi için genel af çıkartılabiliyorsa, muayyen kategori suçlu için de toplu özel aflar çıkartılabilir¹⁰⁸. Bizdeki af kanunları da 1. maddelerinde genel affı düzenlemekte, bunu takiben de toplu özel affa ait hükümlere yer vermektedirler¹⁰⁹.

D ö r d ü n c ü B a ş l ı k

ÖZEL AF – ÇEŞİTLERİ – ÖZELLİKLERİ

I. TARİFİ VE ESASI:

Atıfıt muamelelerinin bir diğer şekli olan özel af, dar ve geniş olmak üzere iki anlama gelebilen “grace” teriminin karşılığı olarak kullanılmaktadır. “Grace” terimi geniş anlamı ile, Roma hukukundaki “Indulgentia” ve eski cezacıların kullandıkları “La gracia”yı karşılamaktadır¹¹⁰. Böyle geniş anlamda kullanılan “grace”, bugün için sebep, gaye ve netice bakımından birbirlerinden tamamen farklı oldukları kabul edilen genel af, memnu hakların iadesi, muhakemenin iadesi ve özel af gibi benzer müesseselerin hepsini birden ifade etmekte ve¹¹¹ cezanın neticelerine tesir edebilen her türlü atıfet muamelesini içine almaktadır¹¹².

Dar anlamda kullanılan “grace” terimi ise, hukukumuzdaki özel affı ifade etmektedir. Bir çok memleket mevzuatında olduğu gibi bizim hukukumuzda da mevcut olan özel af, cezayı kaldıran, hafifleten veya değiştiren (TCK. m. 98) bir kamu hukuku tasarrufudur. Pozitif hukukumuzda yer alan bu kanuni tarif, müessesenin doktrin tarifine de uygundur. Nitekim ilmî tarifine göre de genel af,

“Kesinleşmiş bir cezayı büsbütün kaldıran, hafifleyen veya daha hafif olmak şartile diğer bir cezaya çeviren bir atıfet müessesesidir.”¹¹³.

107 Erem, Ceza, sh. 661.

108 Bkz: Cabat, age., sh. 43-44.; Chomette, age., sh. 49.

109 5677, 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları m. 1.

110 Dessarps, age., sh. 1.

111 Dessarps, age., sh. 1.

112 Merle, age., sh. 147.

113 Dönmezer-Erman, age., sh. 966.

Görülüyor ki özel af, neticeleri ve tesirleri bakımından genel affa nazaran çok daha dar bir müessesedir. Zaten özel affın esasını izah eden görüşler de, bunun siyasi olmaktan ziyade hukuki bir mahiyete sahip olduğunu ortaya koymaktadır. Genel affın, takip ettiği politik gayeler sebebi ile tam bir atıfıt muamelesi sayılamamasına mukabil, özel af kelimenin gerçek anlamı ile bir merhamet muamelesi teşkil eder. Çünkü müessese, adli hata, hükmün adalet ölçülerine nazaran çok şiddetli olması gibi gerekçelerle cezayı kaldırmakta, azaltmakta veya değiştirmekte; bu suretle tamamen infazla ilgili sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple de fiilin cürmi mahiyeti, daha evvelden verilmiş bulunan ceza mahkûmiyeti ve bunun cezai neticeleri gibi hususlar mevcudiyetlerini muhafaza etmektedirler.

II. ÖZEL AFFIN ÇEŞİTLERİ:

Özel affı her şeyden evvel, iki ayrı kriteri nazara almak suretiyle tasnif edebiliriz. Tasarrufun cezaya tesiri bakımından yapılacak bir ayırım, özel affın üç ayrı şekilde tezahür edebileceğini gösterir. Bunlar da, kanunda ifade edildikleri şekilleri ile cezanın kaldırılması, azaltılması veya değiştirilmesidir (T.C.K. m. 98). Özel affı bir de, tesir ettiği suçluların sayısı bakımından ferdi ve toplu (ferdi olmayan) olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Nihayet genel af gibi şartlı veya şartsız olabilir.

A. Özel Affın Cezaya Tesir Bakımından Çeşitleri:

Bunlar cezanın kaldırılması azaltılması ve değiştirilmesinden ibarettir.

1. Cezayı tamamen kaldıran özel af:

Buna tam özel af (totale) da denir. Tam özel affın veya kanuni tabiri ile cezanın kaldırılmasının bahis konusu olduğu hallerde, özel af kanun veya kararnamesi çıktığı tarihten itibaren cezanın infazı imkânsız hale gelir. Eğer henüz infaza başlanmamışsa, bundan sonra da başlanamaz. Mahkûmiyet hükmünün hürriyeti bağlayıcı bir ceza veya para cezasına mütedair olmasının önemi yoktur. Hapis cezasının bahis konusu olduğu hallerde, cezasını çekmekte olan hükümlü serbest bırakılır. Verilen para cezası ise, bunun ödenmesi imkânsız hale gelir¹¹⁴. Bizde meclisten çıkan ferdi özel af kanunlarında sık sık mahkûmun cezasının

114 Dessarps, age., sh. 164.

tamamının kaldırıldığı müşahade edilmektedir. Ayrıca 5677 sayılı Af Kanununun toplu özel affa ilişkin 5. maddesinde bazı mahkûmların cezalarının hepsinin affedildiği görülmektedir¹¹⁵.

2. Cezayı azaltan özel af:

Çoğu zaman özel af cezaı tamamen kaldırmaz; sadece muayyen bir ölçüde azaltır. Buna cezanın kısmen kaldırılması da (remission partielle de peine) da denir. Cezanın azaltılması, isminin de işaret ettiği gibi sadece infaza tesir eder ve ölüm cezası hariç her ceza buna konu teşkil edebilir¹¹⁶. Bizde de bunun örnekleri vardır¹¹⁷.

3. Cezayı değiştiren özel af (commutation):

Cezanın değiştirilmesi, hükmedilmiş bulunan ceza yerine daha hafif bir cezanın ikame edilmesidir¹¹⁸. Esas itibariyle özel affın bir çeşidi olan bu müessese, bazı özelliklere sahip bulunmaktadır. Her şeyden evvel, ikame edilen ceza hükmedilmiş bulunan cezadan daha hafif olmalıdır¹¹⁹. Hükümlünün rızası olsa bile, evvelk yerine daha ağır bir ceza ikame edilemez¹²⁰. Bundan başka, ikame edilecek olan cezanın kanuni olması, yani kanunda gösterilen cezalardan birisi olması gerekmektedir¹²¹. Aksi halde yasama organının yetkilerine tecavüz edilmiş¹²² ve cezaların kanuniliği prensibi ihlâl edilmiş olur¹²³.

Cezanın değiştirilmesi, bilhassa ölüm cezaları bakımından tatbik edilen bir yoldur. Mahkemelerce verilip de kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilip getirilmemesi, hükümdarlardan yasama organlarına geçmiş bir yetkidir. Ancak, bunun bir kazai inceleme teşkil etmeyeceği de tabiidir. Sadece, bu kadar ağır bir cezada meclisin af yoluna gidip gitmeyeceğinin önceden kararlaştırılması daha uygun görülmüştür¹²⁴.

115 ".....hükmedilmiş ve edilen miktar iki senden az ise (iki sene dahil) tamamı indirilir." 5677 sayılı Kanun m. 5

116 Dessarps, age., sh. 164.

117 "müstakillen beş seneden fazla hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olanların cezalarının üçte biri indirilir." 134 sayılı kanun m.1/C.; ".....mahkûm edilenlerin hürriyeti bağlayıcı cezalarının 5 senesi ve para cezalarının da üçte biri affedilmiştir." 218 sayılı Kanun m.1/C.

118 Dessarps, age., sh. 165.

119 Garraud, age., sh. 637.

120 Dessarps, age., sh. 154, 169.

"Özel af hafif bir cezayı daha ağır bir cezaya çeviremez. Çünkü böyle bir değişiklik af değildir." Erem, Ceza. sh. 666.

121 Garraud, age., sh. 637.

122 Dessarps, age., sh. 154.

123 Garraud, age., sh. 637.

124 Özek, agm., sh. 139.

Aynı mahiyette bkz: Başgil, age., sh. 208.

B. Özel Affın Bundan Faydalanacak Kimseler Bakımından Çeşitleri:

Özel af, bundan faydalanacak kimseler bakımından ferdi ve toplu (ferdi olmayan) olmak üzere ikiye ayrılır.

1. Ferdi özel af:

Ferdi özel af tek bir hükümlü hakkında çıkartılır ve bununla bir mahkûmun cezası kaldırılır, hafifletilir veya değiştirilir. Bizde TBMM. (Any. m. 64) ve Cumhurbaşkanı (Any. m. 97) ferdi özel aflar çıkartabilirler, Meclisin çıkarttığı aflar kanun şeklinde olur. Cumhurbaşkanı ise, bir kararname ile affeder. Meclisin her hangi bir sebebe bağlı olmaksızın affedebilmesine mukabil, Cumhurbaşkanı ancak Anayasada ön görülen (An. m. 97) sebeplere istinaden bu yetkisini kullanabilir

2. Toplu özel af (Ferdî olmayan özel af):

Buna fiili af da denilmektedir¹²⁵. Bu konuda sadece TBMM. yekildir (Any. m. 64).

Toplu özel af, "Muayyen bir neviden olan suçlar hakkında bütün vatandaşlara şâmil hususi bir aftır"¹²⁶. Bu tip af, benzer suçları işlemiş gayrı muayyen kimselere kabili tatbik olduğu için genel affa benzer. Genel af da, kaide olarak kolektiftir ve şahsen tayin edilmemiş bulunan kimselere tesir eder. İşte bu bakımdan müşterek bir tarafları olduğu söylenebilir. Fakat toplu özel af sadece cezaya tesir eder ve kamu vasfının düşmesine sebep olmaz¹²⁷. Toplu özel aftan sonra kamu dâvasına devam edilir ve ancak hükmün verilmesinden sonra affın tatbikine geçilir. Bu sebeple, toplu özel af genel aftan ayrı bir müessesedir. Ayrıca toplu özel aftan sonra, mahkûmiyet hükmü ve bunun cezai neticeleri varlıklarını muhafaza ederler. Bununla beraber, tam ve tam olmayan genel af ayırımının kabul edilmesi halinde, tereddütlü bir durum ortaya çıkabilir. Bu tefriki kabul etmiş bulunan Yeni İtalyan Ceza Kanununun 151. maddesine göre, tam olmayan genel af sadece mahkûmiyeti ve fer'i cezaları ortadan kaldırır; buna mukabil mahkûmiyetten doğan cezai neticeler devam eder¹²⁸. Fakat tam olmayan genel affa toplu özel affın aynı şey oldukları yine de söylenemez; zira toplu özel af her şeyden evvel fer'i cezalara tesir etmez. Öte yandan, tam olmayan genel af ceza

125 Majno, age., sh. 470.

126 Majno, age., sh. 470.

127 Majno, age., sh. 471.

128 Casabianca, age., sh. 104-105.

tamamen ortadan kaldırır. Toplu özel af ise, mutlaka cezanın tamamını ortadan kaldırmaz; cezanın sadece hafifletilmiş veya değiştirilmiş olması da mümkündür. Nitekim 5677 sayılı Af Kanununun 5. maddesinde, hükmedilmiş cezanın iki seneden fazla olması halinde bunun üçte ikisinin indirileceği, iki seneden az bir mahkûmiyetin bahis konusu olduğu hallerde ise cezanın tamamının ortadan kalkacağı ifade edilmektedir.

Toplu özel affin hükümden evvel olabilmesi, bunun mahiyetine tesir etmez. Nitekim 5677 sayılı kanunun 5. maddesi, bu konuda bir misal teşkil etmektedir. Madde mahiyeti itibariyle, hükümden sonra yapılması normal olan özel affin istisnaen bundan evvel çıkartılmış bulunmasından başka bir şey değildir¹²⁹. Daha sonradan 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları da aynı yolu takip etmişlerdir¹³⁰.

Ancak tatbikatımızda bu tip afların özel af teşkil edip etmediği hususunda birbirine zıt içtihatlar vardır. Yargıtay bir ara, 5677 sayılı kanunun 5. maddesi ile ilgili olarak verdiği bazı kararlarda bunun genel af sayılacağı neticesine varmıştır¹³¹. Bundan sonra Ceza Genel Kurulu aksi içtihatla bulunmuş¹³² ve nihayet bir tevhibi içtihat kararında münakaşa kesin bir sonuca bağlanarak bu tip afların “nevi şahsına münhasır” bir özel af teşkil ettiği kabul edilmiştir¹³³. Yargıtayın bu konudaki gerekçesi şudur: 5677 sayılı kanunun 5. maddesi, genel affin haricinde kalan suçlara tatbik edilmekte ve fiilin cürmi mahiyeti ile cezanın neticelerine tesir etmemektedir. Ayrıca, 5. maddenin uygulanabilmesi için takibata devam edilip mahkûmiyet hükmünün verilmesi gerekmektedir. Genel afda ise, takibat yapıp bir cezaya hükümlenemeyeceği bir genel kaidedir. Öte yandan 5. madde fer'i ve mütemmim cezalar ile bunların neticelerine dokunmamaktadır. Cezanın tamamının kaldırılmasının bahis konusu olduğu hallerde bile, bütün netice-

129 Nurullah Kunter, Müselsel suç ve af, Mahkeme içtihatları. IHFM. 1959, C. XXIV. n. 1-4., sh. 904.

130 113 ve 134 sayılı Af Kanunları m. 1/C; 218 sayılı Af Kanunu m.1/C.

131 “Af kanununun 2 ve 5 inci maddeleri umumî af mahiyetinde olduğu cihetle...” 5CD. 12.9.1950. E. 3152/K. 3238. TİK. 1950. c. II., sh. 869, n. 1213.; Ayrıca 5CD. 19.9.1950 E. 3284/K. 3539. TİK. 1951, C.I., sh. 538, n. 1002.

132 “5677 sayılı Af Kanunu gereğince iki seneyi geçmeyen cezaların tamamen indirilmesi umumî değil hususi af mahiyetindedir” CGK. 9.10.1950. E. 303/K. 261. TİK. 1952. C. II. sh. 897. n. 1217. “..5 inci maddesi sadece cezanın bir kısmının veya tamamının indirilmesini derpiş ettiği cihetle ... hususi af mahiyetindedir.” CGK. 13.11.1950. E. 340/K. 339. TİK. 1951. C. I. sh. 639. n. 1106.

133 “5677 sayılı Af Kanununun 5 nci maddesi, 1. madde ile umumî affa tâbi tutulmuş olanlara dahil olmayan suçlara taallük ettiği ve bu 5. maddenin tatbiki için takibat yapıp cezaya hükmetmek gerektiği cihetle, nevi şahsına münhasır bir hususi af mahiyetindedir.” Yar. Tev. İqt. GK. 11.12.1950. E. 12/K. 11. TİK. 1951. C. I. sh. 663. n. 1098.

lerin kalktığına dair bir sarahat yoktur. Nihayet sözü edilen maddede kullanılan, “hükmedilmiş veya hükmedilecek ceza” terimleri bir mahkûmiyetin mevcudiyetine işaret etmektedir. Halbuki genel afta, mahkûmiyet ortadan kalkmaktadır. İşte bu sebepler dolayısıyla, 5677 sayılı Kanunun 5. maddesi özel af mahiyetindedir¹³⁴.

Yargıtay’ın bu görüşü doğrudur. Fakat toplu özel af, tevhibi içtihat kararlarında belirtildiği üzere, “nevi şahsına münhasır” bir özel af sayılamaz. Özel af, ferdi (grazia) ve toplu (indultio) olmak üzere iki türdür. Bu ayırım İtalyan hukukunda da mevcuttur; ve ceza nazariyesine aykırı sayılmamaktadır. Netice olarak, toplu özel af özel affin bir çeşidini teşkil etmektedir¹³⁵. Bununla beraber, artık bizde de bunun tam bir özel af teşkil ettiği hususunda bir şüphe yoktur. Nitekim Yargıtay son çıkan af kanunlarının tatbiki ile ilgili olarak verdiği kararlarında bu hususu teyit etmiş bulunmaktadır¹³⁶.

C. Şartlı özel af:

Bundan faydalanacak kimseye bir mükellefiyet yükleyen özel af- lar şartlı, buna mukabil her hangi bir mükellefiyet yerine getirilmeksizin dahi tesirlerini icra edebilen aflar ise, şartsız sayılırlar. Genel afda olduğu gibi, burada da şartı taliki ve infisahi olmak üzere ikiye ayrabiliriz. Şart taliki ise, bu gerçekleşinceye kadar aftan faydalanmak mümkün olamaz¹³⁷. Bizde 5677 sayılı kanun 6. maddesi ile toplu özel affi taliki şarta bağlamıştır. Bu madde hükmüne göre, tesbit edilen müddetler içinde savcılığa müracaatla teslim olmayan kimseler 5. maddenin bahsettiği özel aftan faydalanamazlar. Ancak tayin edilen müddetten evvel yakalananların aftan istifade etmelerine bir engel yoktur¹³⁸. Bundan başka, suiniyetle firarda olmayan bir sanık da aftan faydalanabilir¹³⁹.

İnfisahi şartın bahis konusu olduğu hallerde, ilgili derhal aftan istifade eder. Ancak şart tahakkuk edecek olursa, aftan faydalanma sona ere¹⁴⁰ ve hükümlü cezasının geri kalan kısmını da çeker. Böyle

134 Bu gerekçe için bkz: Sahir Erman, 5677 sayılı Af Kanunu, İst. Ba. D., 1951, n. 7, sh. 435-436.

135 Erman, agm, sh. 438-439.

136 “113 sayılı Af Kanunu ve onu değiştiren 134 sayılı Af Kanununun I inci maddesinin (C) bendindeki af özel bir af olup....” CGK. 19.12.1960. E. 64/K.62. Ad. Der., 1961, n. 1, sh. 209.

137 Dessarps, age., sh. 174.

138 1CD. 16.10.1951. E. 1916/K. 2810. TİK, 1951, C. II., sh. 1643., n. 2698.

139 5CD. 2.7.1953. E. 2243/K.2444. TİK., 1954, C. I-II., sh. 468., n. 765.

140 Dessarps, age., sh. 175.

bir şart, affin geri alınmazlığı prensibini tesirsiz hale getirir¹⁴¹. Bizde de 134 sayılı Af Kanunu infisahi bir şarta yer vermiş bulunmaktadır¹⁴².

III. ÖZEL AFFIN ÖZELLİKLERİ:

Özel af, arzettiği hususiyetler yönünden incelendiğinde, genel aftan tamamen farklı bir müessese olduğu müşahade edilmektedir.

A. Özel Affin Mahkûmiyete Tesir Etmemesi:

Özel aftan faydalanan mahkûm, sadece cezanın infazından muaf tutulur. Mahkûmiyet hükmü varlığını muhafaza ettiği için, bundan doğan her türlü netice ve ehliyetsizlikler devam edecektir¹⁴³. Ehliyetsizliklerin ortadan kalkmaması, özel affin mahkûmiyete dokunmadığının bir delidir¹⁴⁴. Bu sebeple özel affin kesin hükme ancak kısmi bir tecavüz teşkil ettiği söylenebilir. Zira yargı organı tarafından verilen hükmün suçluluğu tesbit eden kısmı özel affa rağmen mevcudiyetini muhafaza eder. Özel aftan faydalanan kimse, hukuken mahkûm sıfat ve statüsünü kaybetmez. Bu itibarla, mahkûmiyete bağlı ehliyetsizlikler devam eder¹⁴⁵.

B. Özel Affin Mahkûmiyetten Sonra Olması:

Özel affin cezanın kaldırılması, azaltılması veya değiştirilmesi diye tarif edilmesi, bunun zaruri olarak hükümden sonra müdahale edebileceğini gösterir; zira kesin bir hüküm yoksa, ceza da mevcut değil demektir¹⁴⁶. Böylece özel af, sadece cezai mesuliyetleri kesin hükümlerle teyit edilmiş bulunan kimselere tatbik olunabilmektedir¹⁴⁷. Esasen, cezanın infazına tesir eden bir müessese olması sebebiyle ön şart olarak kabili infaz bir cezanın mevcudiyeti gereklidir¹⁴⁸. Ancak bütün bunlardan, özel af tasarrufunun mutlaka kesin hükümden sonra ittihaz edile-

141 Merle, age., sh. 152.

142 "Bu kanunun 1. maddesinin (C) bendinden faydalanan hükümlüler kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren mahkûm oldukları cezanın zamanasını süresi içinde ve her halde beş yıl zarfında aşağı haddi altı aydan az olmayan hürriyeti bağlayıcı bir cezayı müstelzim ayn cinsten diğer bir cürüm işledikleri takdirde evvelce haklarında hükmedilmiş bulunan cezanın infaz edilmeyen kısmı aynen çektirilir." 134 sayılı Af Kanunu: m.4.

143 Barthélemy, Trait , sh. 752.

144 Rulleau, age., sh. 63.

145 Duez, age., sh. 224.

146 Dessarps, age., sh. 82.

147 Roux, age., sh. 511.

148 Vidal-Magnol, age., sh. 823.

bileceği sonucunu çıkarmamak icap eder. Özel af, bir kanunla kesin hükümden evvel de olabilir. Böyle bir hareket tarzı, tasarrufun özel af sayılmasına engel olmaz. Bunlar da, sadece cezayı nazara aldıkları ve mahkûmiyete ilişmedikleri takdirde özel af sayılırlar¹⁴⁹. Bunu, yukarıda belirtilen prensibe aykırı saymamak lâzımdır. Af tasarrufu kesin hükümden evvel yürürlüğe girse dahi, buna tâbi olan kimseler hakkında kamu dâvası devam edecek ve ceza kesin hükümle taayyün ettikten sonra aftan istifade mümkün olabilecektir. Yani neticede özel af yine kesin hükümden sonra tesir edebilecektir. Bizde muhtelif af kanunlarında (5677 sayılı Af Kanunu m. 5; 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları m. 1/C) yer alan toplu özel affa ilişkin hükümler bu mahiyettedir. Sözü edilen hükümler, mahkûmiyetten sonra ittihaz edilmesi normal olan bir tasarrufun istisnaen daha evvelden çıkartılmış olduğunu ifade eder¹⁵⁰.

C. Özel Affın Ferdî Olması:

Özel af kaide olarak ferdîdir ve şahsen belli kimseler hakkında çıkartılır. Hatta çoğu zaman, özel durumu nazara alınmak suretiyle ismen tayin edilen bir mahkûmun affedildiği görölmektedir. Ancak bu da kesin bir prensip değildir. Daha evvelki paragraflarda da belirtildiğ üzere, bu klâsik görüş Türk hukukuna uymamaktadır. Aynı neviden suçları işlemiş kimseleri istihdaf eden toplu özel afların mevcudiyeti, bunu göstermektedir.

¹⁴⁹ Kunter, Müselsel suç, sh. 904.

¹⁵⁰ Kunter, Müselsel suç, sh. 904.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AFFA YETKİLİ ORGAN

Affin başlıca iki çeşidi olduğuna ve bunlar arasındaki farklara daha evvelki bölümde işaret edilmişti. Genel ve özel af arasındaki ayrılıklar ve bu iki müessesenin hizmet ettiği başka başka gayeler, organ konusunda da farklı görüşlerin belirmesine sebep olmuştur. Bu itibarla organ meselesini genel ve özel af bakımından ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

Birinci Başlık

GENEL AFFA YETKİLİ ORGAN

Genel affa hangi organın yetkili olması gerektiği konusundaki tartışmalar, yasama ve yürütme organı lehinde ileri sürülen fikirlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Fakat, bu görüşlerden hiç birisinin değerine karşı tam bir üstünlük elde edemediği müşahade edilmektedir. Bunun neticesinde de, bazı ortalama sistemlerin teklif edildiği görülmektedir.

Doktrin alanındaki fikir ayrılıkları, çeşitli memleketlerin anayasalarında yer alan hükümlere de tesir etmiş bulunmaktadır. Muhtelif memleketlerin anayasaları incelendiğinde, bu yetkinin bazı anayasalarda¹ yasama, bazılarında² yürütme organına tanındığını, bir kısmında³ ise yetkinin iki organ arasında paylaşıldığını müşahade etmekteyiz. Bundan başka, aynı gruba dahil olan anayasalar dahi tam olarak birbir-

1 Bolivya Any. m. 59; Ekvator Amy. n. 53; İsviçre Any. m. 85; Kolombiya Any. m. 76; Doğu Uruguay Any. m. 75.

2 Çekoslovak Any. m. 74; Danimarka Any. m. 24; İzlanda Any. m. 29; Japonya Any. m. 7.

3 İtalyan Any. m. 79.

lerine benzememektedirler: bir kısım anayasalar, genel af yetkisini yasama organına tanımakla beraber meclisi bu konuda tamamen serbest bırakmaktan çekinmişler ve parlâmentonun yetkilerini sınırlayan hükümler kabul etmişlerdir⁴.

I. GENEL AF YETKİSİNİ YASAMA ORGANINA TANIYAN GÖRÜŞLER VE TENKİDİ:

A. Görüşlerin Esası:

Genel affın ancak yasama organı tarafından ilân edilebileceğini savunan görüşler şu üç grup içinde incelenebilir:

1. Genel affın ceza kanunlarını ilga ettiği görüşü :

Bu fikir, genel affın kamu dâvası ve kesin hüküm üzerindeki tesirlerini nazara almak suretiyle böyle bir neticeye varmaktadır. Her hangi bir takibattan evvel çıkan genel af, böyle bir takibatın başlamasına engel olur. Dâva görülmekte iken müdahale eden genel af ise, kamu dâvasının düşmesi sonucunu doğurur. Bu hususlar, teknik hukuk prensipleri açısından incelenecek olursa, genel af yetkisinin yasama organına ait olması lâzım geldiği neticesine varılacaktır. Çünkü, genel af henüz başlamamış olan ceeza takibatına engel olmak veya başlamış bulunan takibata son vermek suretiyle, âdeta belli bir tarihe kadar işlenen suçlar bakımından ceza kanununu ilga etmekte yahut tesirlerini talik etmektedir. Bir kanun da ancak başka bir kanunla ilga edilebileceğine göre bu yetkinin yasama organına ait olacağı sonucu kendiliğinden çıkar⁵.

Genel af çıktığında ceza verilmiş ise, mahkûmiyet bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkacaktır. Bu netice de, evvelki kanunların ilgasına

4 Meselâ bazı anayasalar her iki meclis üyelerinin mutlak veya üçte iki çoğunluk ile genel af ilân edilebileceğini (Uruguay Any. m. 75/14; Kolombiya Any. m. 76/23); diğer bazı anayasalar ise, genel affa ilgili tekliflerin ancak senato tarafından yapılabileceğini (Şili Any. m. 45) kabul etmişlerdir.

Bu konuda bkz: Tunçer Karamustafaoglu, Anayasalarda genel af yetkisi, Ankara 1962 (Daktilografi) sh. 32-33.

5 Garraud, age., sh. 625.; Cabat, age., sh. 57, 199.; Özek. agm., sh. 130; Chomette, age., sh. 63.

Kanunun infazını durdurabilecek olan sadece kanunu yapmış olan kuvvettir. Kanundan bağımsız tutulmak demek olan genel af da, zorunlu olarak kanunla aynı kuvvetten çıkar. Adaletin, kanunlar ve cemiyet adına harekete geçtiğini, sanıkların eline geçirdiğini düşünelim. Bu sırada genel af bahşeden bir emirname (ordonance) çıkıyor. Yani artık kanun tatbik edilemeyecektir.

benzer⁶. Bir kanundan doğan mahkûmiyet de, ancak bunu ilga eden ikinci bir kanunla ortadan kaldırılabilir⁷.

Netice olarak, ister ceza takibatına ister ceza mahkûmiyetine tesir etsin, genel af ceza kanununun ilgası anlamına gelir. Bir kanun da ancak diğer bir kanunla ilga edilebileceği için, genel af yetkisinin yasama organına ait olması gerekir.

2. Genel affi önemi dolayısıyla yasama organına tanıyan görüş :

Genel affin çeşitli ve çok önemli özellikleri, bu yetkinin yasama organına ait olmasını gerektirir. Genel af, her şeyden evvel millî bir uzlaşma hareketidir. Bu sebeple vatandaş iradesini doğrudan doğruya temsil eden organ tarafından, yani yasama organı tarafından ilân edilebilmektedir⁸. Bunun yanında, genel af neticeleri itibariyle yargı kuvvetinin faaliyet ve imtiyazlarına önemli bir derecede tesir eder⁹. İşte genel affin bu derece önemli tesirler icra edebilmesi onun en yüksek anayasal organın yetkileri arasında bulunmasını gerekli kılmaktadır¹⁰. Ancak, palâmentonun bu konudaki yetkisi yasama organı olmasından değil, millî iradeyi temsil eden organ olmasından ileri gelir¹¹.

3. Genel affin normal olarak yasama faaliyetine dahil olduğu görüşü :

Yasama tasarrufları, mahiyetleri itibariyle genel, gayrı şahsî ve objektif tasarruflardır. Bu özelliklerin hepsine genel affta da rastlanmaktadır. Bu itibarla, genel affın normal olarak yasama tasarrufu olması icap etmektedir¹².

Mahkemelerdeki dâvalar ve başlamış olan kovuşturmalar sona erecektir. Krali kuvvet ancak adaletin devamını mümkün kılabilir; adaletin harekete geçmesine engel olamaz. Böylece, bir genel af emirnamesi (ordonance d'amnistie) yetki aşımı olur. Hélie, Traité, sh. 716.

“Genel af,.....o fiilleri suç addetmiş olan kanunun, muayyen bir zaman içinde işlenenlere matuf ve maksur olmak üzere, tatbik edilmemesinden ibaret olmasına göre, bunun ancak yine bir kanunla yapılabilmesi tabiidir”, Tahir Tamer, Ceza Hukuku, Umumi kısım, İstanbul, sh. 662.

6 Cabat, age., sh. 58.

7 Merle, age., sh. 124.

8 Barthélemy, l'Amnistie., sh. 27.

9 Braas, age., sh. 95.;

Chomette, age., sh. 63.

10 Duez, age., sh. 224.

11 Barthélemy, l'Amnistie, sh. 27.

12 Duez, age., sh. 224.

Esmein, age., sh. 139.

B. Görüşlerin Tenkidi:

Genel af yetkisinin yasama organına ait olmamasını müdafaa eden yazaralar, parlâmentodaki açık görüşmelerin bu müessesenin gayesine aykırı olması, muayyen bir zamanda çıkartılması gereken af tasarrufunun bu görüşmeler sebebiyle derhal gerçekleşmemesi, yasama organının böyle bir tedbirin zaruretini gereken çabukluk ve kesinlikle tesbit edememesi gibi gerekçeler ileri sürmektedirler. Ancak sözü edilen yazarlar, yukarıdaki fikirleri müdafaa etmek suretiyle bu yetkinin yürütme organına ait olması sonucuna varmaktadırlar. Yani bu görüşler aynı zamanda, genel affın yürütme organının yetkileri arasında olması gerektiği fikrinin mesnedini teşkil etmektedirler. Bu itibarla genel af yetkisini yürütme organına tanıyan mütalâalar arasında incelenmeleri daha doğru olur.

Daha ziyade siyasi mahiyette olan bu itirazlar yanında, tamaen hukuki açıdan yapılmış bulunan tenkitler de vardır. Bunların en önemlisi, genel affın maddi mânada bir yasama tasarrufu olmadığı ve bu itibarla yasama organına ait faaliyetlerden birisi sayılamayacağı fikridir. Böyle düşünenlere göre, genel af bir yasama tasarrufu değildir; çünkü ne yeni bir hukuk kaidesi yaratmakta ne de eski bir hukuk kaidesini ortadan kaldırmaktadır. Hukuk kaideleri olduğu gibi durmakta ve sadece bunların doğurduğu neticeler ortadan kalkmakta veya değişmektedirler. Bu sebeple, genel af bahşeden tasarruf kaide olarak kanun şeklinde belirmez. Başlamış bulunan cezai takibatı durduran tasarruflarda, kanunların ilânına ilişkin hüküm ve usullere uyulsa bile, bu maddi mânada bir yasama tasarrufu teşkil etmez. Af, hangi şekilde müdahale etmiş olursa olsun, mevcut pozitif hukukta her hangi bir şeyi değiştirmiş değildir¹³. Netice olarak, genel af, mahiyeti itibariyle bir yasama tasarrufu teşkil etmediği için, bu yetkinn yasama organına ait olduğu kabul edilemez¹⁴.

Ancak, Duguit, bu konuda böyle düşünmemektedir. Yazara göre, umumi yani gayrı muayyen kimseler için çıkarılmış bulunan genel af, maddi mânada bir yasama tasarrufudur; çünkü bazı fiilleri geçmişe şâmil olmak üzere cezalandırılmaz saymakta veya kesinleşmiş mahkûmiyetleri tamamen ortadan kaldırmaktadır. Ancak, ferdi genel aflar

13 Laband, age., sh. 383.

Aynı mahiyette: Barthélemy, l'Amnistie, sh. 24.

Genel af kanunları diğer kanunlar gibi bir hukuk kaidesi koymamaktadır. Ancak ilga etmeksizin diğer kanunların muayyen bir zaman tatbikine engel olmaktadır. Feyyaz Gölcüklü, Af kanunu, THA, C. I., sh. 313.

14 Barthélemy, l'Amnistie, sh. 24.

için aynı şey söylenemeyecektir. Bu tasarruf neticede kanunların kısmi ilgası sonucunu doğurur. Yasama organının da böyle keyfi bir tasarrufta bulunmak yetkisi yoktur¹⁵.

Yukarıki paragraflarda nakledilen düşünceler, genel af yetkisinin yasama organına tanınamayacağını göstermeğe yetmez. Yasama organları sadece maddi mânada kanunlar değil, hiçbir hukuk kaidesi ihtiva etmeyen şekli kanunlar da çıkartabilirler. Bütçe ve kadro kanunları ile il ve ilçe kurulmasına dair kanunlar buna bir misal teşkil eder¹⁶. Bu itibarla, genel af maddi mânada bir yasama tasarrufu sayılmasa bile, şekli bir kanun olarak kabul edilebilecektir. Yasama organlarının sadece maddi kanunlar çıkarabileceğini ön gören bir hüküm mevcut olmadığına göre, sırf bu sebepten dolayı yasama organına genel af çıkartmak bakımından yetkisiz sayılacağı iddia olunamaz.

II. GENEL AF YETKİSİNİ YÜRÜTME ORGANINA TANIYAN GÖRÜŞLER:

Genel af yetkisinin yürütme organına ait olması, monarşi rejimlerinden gelen bir düşünüş tarzıdır. Bununla beraber zamanında da, bazı icabı hale uygunluk mülâhazaları, bu yetkinin yürütme organına ait olması gerektiği fikrine mesnet ittihaz edilmektedir. Bu itibarla, yürütme organını yetkili sayan görüşleri, monarşik rejimlere ait görüşler ve modern görüşler olmak üzere ikiye ayırabiliriz.

A. Monarşi Rejimlerine Ait Görüşler:

Genel affın bir egemen kuvvet tasarrufu olduğu umumiyetle kabul edilmektedir. Öyle ise, genel af yetkisinin kime ait olacağı meselesinin çözümlenmesi, bu egemen kuvveti elinde bulunduran organı tesbit etmeğe bağlıdır. Bütün devlet kudretinin devlet başkanının elinde temerküz ettiği monarşik devletler bakımından bu sorunun cevabı basittir¹⁷. Gerçekten de, monarşilerde genel af yetkisinin harp ilân edebilen, barış ve ittifak andlaşmaları yapabilen ve bu suretle devletin iç ve dış güvenliğini sağlayan üstün şefe, yani devlet başkanına ait olması

¹⁵ Duguit, age., sh. 257.

Aynı mahiyette bkz: "Bu maddi mânada bir kanundur. Yukarıda saydığımız kanun vasıflarını haizdir. Umumi af kanunu objektif, umumi ve gayri şahsi hüküm koyar", Başgil, age., sh. 205.

¹⁶ Balta, Kısa idare hukuku, sh. 66.

¹⁷ Chomette, age., sh. 62.

tabiidir¹⁸. Öte yandan bu rejimlerde, genel af yetkisinin yüksek bir idare faaliyeti olarak krali özellikler arasında bulunduğu ve prens tarafından ittihaz edilen bir bağışlama tasarrufu olduğu kabul ediliyordu. Nihayet, suçluları takip hakkına sahip olan kralın, aynı zamanda suçluları takip etmemek hakkını da elinde bulundurduğu iddia ediliyordu¹⁹. Fransa'da bu yetkinin krala ait olduğu devrelerde dahi kanunla yapılan genel aflara rastlanmaktadır. Meselâ 12 Ocak 1816 tarihli genel af kanunu, buna bir örnek teşkil eder. Bu af kanunu, kralın aslında münhasıran kendisine ait bir yetkiyi kullanırken, yasama organı ile iş birliği etmeği daha uygun bulduğunu göstermekte idi. Sözü geçen kanunun çıkartılması sırasında, genel affın tacın ayrılmaz bir imtiyazı olduğuna ve kralın isterse bu konuda meclisle iş birliği yapabileceğine işaret olunmuştur. Neticede de, meclis kendisi ile iş birliği yapmasından dolayı krala teşekkür etmiştir²⁰.

B. Modern Görüşler:

Monarşik rejim alışkanlığından uzak olarak bazı icabı hale uygunluk mülâhazalarına istinaden, genel af yetkisinin yürütme organına tanınmasını teklif eden görüşler muhtelif gerekçelere dayanmaktadırlar:

1. Genel affın mahiyeti itibariyle bir hükümet faaliyeti olduğu görüşü :

Genel af mahiyeti itibariyle bir hükümet faaliyeti olarak kabul edilmelidir. Bu tasarruf takibata başlamamak, başlamış olan takibata son vermek veya kesinleşmiş bulunan mahkûmiyetleri infaz etmemek yolunda verilmiş bir emir olarak kabul edilebilir. Öte yandan, kanunların bazı kimseler ile uzlaştırılmasına da lüzum yoktur. Kanunlar, kaide olarak suçlu gördükleri kimseleri cezalandırırlar veya suçsuz gördükleri failleri sorumsuz kılarlar. Bununla beraber, kanunların taliki anlamına gelebilen genel affın ancak kanunla yapılabileceğini ileri sürmek de mümkündür. Fakat, meseleyi başka bir yönden düşünmek gerekir. Yürütme organının, ileride işlenecek bazı suçların cezalandırılmaya çağını ilân etmesi düşünülemez. Buna mukabil, hükümetin geçmişteki bazı fiiller bakımından kanunların tatbik edilmeyeceklerini beyan etmesinde bir mahzur yoktur. Böyle bir davranış, yürütme organının kendi yetkilerinin sınırlarını aşması veya hukuk kaidelerini ihlâl etmesi anlamına gelmez²¹.

18 Barthélemy, l'Amnistie, sh. 16-17.

19 Barthélemy, l'Amnistie, sh. 16-17.

20 Bkz: Barthélemy, l'Amnistie, sh. 18.

21 Barthélemy, L'Amnistie, sh. 18.

2. *Parlâmentodaki açık görüşmelerin genel affın gayesine aykırı olduğu görüşü :*

Mesele sosyal menfaat açısından incelenecek olursa, genel af yetkisinin yürütme organına ait bulunması sonucuna varılacaktır. Bir yatıştırma vasıtası olan genel af yasama organı tarafından çıkartılacak olursa, mecliste cereyan edecek olan açık münakaşalar bundan beklenen gayelerin gerçekleşmesini zorlaştıracak; belki de imkânsız kılacaktır²².

3. *Yürütme organının genel af ihtiyacını daha isabetle tesbit edebileceği görüşü :*

Yürütme organı halkı harekete getiren hisleri daha iyi anlayabilir. Büyük bir idari teşkilâta sahip olması sebebiyle, cemiyetin ahlâk ölçülerini en iyi bir şekilde değerlendirebilecek olan organ da budur. Nihayet hükümetler, toplumdaki bozukluklara tatbik edilecek çarelerin önemini ve bir atıfet muamelesinde bulunmak zamanının gelip gelmediğini, yasama organına nazaran daha büyük bir isabetle tayin edebilirler²³. Ayrıca, toplantı halinde bulunmayan yasama organının toplantıya çağrılması usullerinin geç işlemesi, af bakımından müsait bir fırsatın kaybolmasını mümkün kılacaktır²⁴. Bu sebepler dolayısıyla, genel af yetkisinin yasama organına ait bulunması, yürütme organını kamu düzenini korumak zımında önemli bir vasıttan mahrum etmek olacaktır²⁵.

4. *Yasama organının genel af yetkisini siyasi gayelerle suiistimal edebileceği görüşü :*

Meclisler genel af yetkisini seçim propogandası haline getirebilirler. Dünün hükümlüsü olan bir seçmen, af tasarrufunun çıkartılmasına hizmet eden milletvekillerine karşı normal bir seçmenden daha fazla bir bağlılık duyacaktır. Yasama meclislerinin asker kaçaklarını affetmek yolunda sarfettikleri gayretler, bu düşüncelerle izah edilebilir²⁶. Bundan başka, siyasi partiler tehlikeli ve faydasız af tekliflerinde bulunmak suretiyle hükümetleri zor durumlara sokabileceklerdir. Kamu faydasına

22 Garraud, age., sh. 625.; Aynı mahiyette bkz: Barthélemy, L'Amnistie, sh. 25.; Tahon, agm., sh. 38.; Cabat, age., sh. 58.

23 Barthélemy, L'Amnistie, sh. 26.

24 Corwin, President, sh. 194.

25 Hélie, Traité, sh. 715.; Aynı mahiyette: Meray, age., sh. 15.

26 Barthélemy, L'Amnistie, sh. 25.

Barthélemy, Traité, sh. 758.

uygun olmayan af teklifleri ile mücadele eden ve bunların reddolunmasını sağlayan bir hükümet, belki de geniş bir halk kütlesinin hislerine aykırı hareket etmiş olacaktır²⁷.

C. Genel Af Yetkisini Müstakil Olarak Yasama ve Yürütme Organına Taniyan Sistemler:

Genel af yetkisini yürütme organına taniyan anayasalara²⁸ rastlanmaktadır. Amerikan hukuku, bu teykinin hem yürütme hem de yasama organına ait olması sebebiyle önemli bir özellik arz etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, m. 2 Bölüm: 2'de "Başkan,.... impeachment hali müstesna olmak üzere, birleşik devletler aleyhine suçlar bakımından af (pardon) ve tecil (reprise) bahşetmek yetkisine sahiptirler..." demektedir. Metinde kullanılan af (pardon) teriminin bir şekli de genel af (amnesty) dir²⁹. Bununla beraber, Amerikan hukukunda Başkanın genel af (amnesty) ilân edip edemeyeceği hususu münakaşa konusu olmuştur. Senato Adalet Komisyonunda, Başkanın genel af (amnesty) yetkisi olmadığı ve bu yetkinin sadece Kongre'ye ait bulunduğu görüşü müdafaa edilmiştir³⁰. Ancak bu itirazlar bir fayda sağlamamıştır. Yüksek Mahkeme 1871 tarihinde verdiği bir kararında, af (pardon) yetkisinin genel affı (amnesty) da içine aldığı, Başkan tarafından ilân edilen genel afların (amnesties) bir kamu tasarrufu teşkil ettiğini ve bütün mahkemeleri bağlayıcı kuvvete sahip bulunduğunu beyan etmiştir³¹. Bunun yanında Kongre de Anayasa'nın 1. maddesinde (m. 1, Bölüm: 8, Bend: 18) istinaden, zaruri ve icabı hale uygun gördüğü durumlarda millî kanunlarca verilmiş cezaları affeden genel af kanunları (acts of amnesty) çıkartabilir³². Ancak, yasama organının bu yetkisinin Başkanın af yetkisine bir müdahale teşkil etmeyeceği de kabul edilmiştir.³³.

27 Chomette, age., sh. 65.

28 Üçüncü Bölüm., Birinci Başlık.

29 Ogg-Ray, age., sh. 287.

30 Corwin, President, sh. 455, Dip not: 116.

31 Corwin, President, sh. 194.; Amerika'da 1795'de Washington, 1800'de Adams, 1815'de Madison, 1863'de Lincoln, 1865, 1867, 1868 tarihlerinde Johnson ve 1902'de de Birinci Roosevelt tarafından genel aflar (amnesties) ilân etmiştir. Bkz: Corwin, President, sh. 194.

32 Corwin, Const, sh. 99.

33 Rottschaefer, age., sh. 67, 405.

Corwin, Const, sh. 99.

III. ORTALAMA GÖRÜŞLER VE SİSTEMLER:

Genel af yetkisinin hangi organa ait olacağı konusundaki münakaşalar, her iki fikrin de haklı tarafları olduğunu göstermektedir. Yasama organının yetkili olduğunu müdafaa eden görüşler, teknik hukuk prensipleri bakımından üstünlük arz etmektedir. Buna mukabil, genel af yetkisinin yürütme organına tanınması fikrinde olanların gerekçeleri, affin siyasi gayelerini daha iyi bir şekilde gerçekleştirecek mahiyettedir. İşte bu mülâhazalar, bazı yazarları ortalama diyebileceğimiz sistemler teklif etmeğe sevk etmiştir. Ortalama görüşlerin müşterek tarafı, bu yetkinin yasama ve yürütme organları arasında paylaşılmasıdır. Böylece genel af konusunda her iki organ iş birliği halinde bulunmaktadır.

A. Doktrindeki Görüşler:

Doktrin alanında Hélie ve Barthélemy bu mahiyette teklifler ileri sürmüşlerdir.

1. Hélie'nin görüşü :

Hélie hukuki bakımdan, sarih bir tevkil olmadıkça genel affin ancak kanunla yapılabileceği kanaatinde. Hukuk düzeni yönünden, ceza kanunlarının normal tesirlerine bir engel teşkil eden genel affin, esas vazifesi kanunların tatbikini gözetmek olan yürütme organına ait bulunduğu iddia olunamaz. Öte yandan, siyasi düzen ile bu kadar yakından ilgili olan bir meselenin sırf hukuk prensipleri ile çözülmesi de doğru görülmez. Kanunların açıkça yetki vermediği bazı tedbirleri meşru kılacak sosyal zaruretlerin mevcudiyeti, inkâr edilemez. Bu yetki hangi organa ait olursa olsun, genel af, siyasi prensiplerin hâkim olduğu bir müessesedir. Öyle ise, yürütme organı niçin bu konuda yetkili olmasın? Genel af mahiyeti itibariyle kanunla aynı kaynaktan çıktığı için, bir tevkil mevcut olmadıkça yürütme organı tarafından ittihaz edilemez. Kanunla aynı kaynaktan çıkan genel af hakkı, bir teşrii tevkil vasıtasıyla yürütme organı tarafından istimal edilebilir. Böyle bir tevkil, tasarrufun meşru ve faydalı olabilmesi için zaruridir³⁴. Böylece Hélie, hukuki ve siyasi mülâhazaları birleştirmek suretiyle bir çözüm şekli bulmağa çalışmaktadır.

2. Barthélemy'nin görüşü :

Barthélemy de bu konuda, hukuk kaideleri ile icabı hale uygunluk mülâhazalarını telif ederek bir sonuca varmak istemektedir. Yazar

³⁴ Hélie, *Traité*, sh. 717-719.

prensip olarak, genel affın yüksek bir idare tasarrufu teşkil etmesi sebebiyle hükümetin yetkileri arasında bulunması gerektiği kanaatindedir. Ancak, buna karşı genel affın maddi manada bir yasama tasarrufu teşkil ettiği idiasının ileri sürülebileceğini de nazara almaktadır. Barthélemy'e göre, genel affın maddi bir yasama tasarrufu sayılması dahi bu yetkinin zaruri olarak yasama organına tanınmasını gerektirmez. Zira, pralâmentodan başka bir organ tarafından ittihaz edilen teşrii mahiyette tasarruflar (nizamnameler, réglements) da vardır. Öte yandan, icabı hale uygunluk mülâhazaları da genel af yetkisinin hükümete ait olmasını gerektirmektedir³⁵. Bütün bunlar muvacehesinde, genel af yetkisinin yürütme organına ait bulunması en makul netice olmakla beraber, yasama organını bu konuda tamamen tesirsiz kılmak da doğru sayılamayacaktır. Genel af, mahiyeti itibariyle demokratik bir reminde parlâmentonun yabancı kalamayacağı bir tasarruftur³⁶. Bu itibarla, en tatminkâr sonuç şudur: Genel af yasama organı tarafından ve münhasıran hükümetin inisiyatif ve teşebbüsü ile çıkarılmalıdır³⁷. Görüldüğü üzere Barthélemy, Hélie'den farklı olarak yasama organının müdahalesini hukuk prensiplerine istinad ettirmemektedir. Yürütme organının teşrii mahiyette tasarruflarda bulunabilmesi, yazarı böyle bir neticeye sevk etmektedir. Genel affın doğurduğu çok önemli neticeler, temsili esasa dayanan demokratik rejimlerde yasama organının bu konuda söz sahibi olmamasını imkânsız kılmaktadır.

B. Tatbikatta Mevcut Olan Sistemler:

1. Genel Af Mahiyetinde Özel Af (*La grace amnistiante*)

Fransa'da son yıllarda kanun koyucu, yasama ve yürütme organının iş birliğini sağlayan bir usule baş vurmaktadır. Genel af mahiyetinde özel af (*la grace amnistiante*) ismini taşıyan bu sisteme göre, genel af kanunlarında yer alan bir hüküm bir taraftan muayyen bazı suçların diğer taraftan da belirli bir müddet içinde cezaları özel af yoluyla kaldırılmış veya kaldırılacak bütün mahkûmların bu genel affın faydalana-caklarını belirtmektedir. Genel af kanununun sözü edilen hükmünde ön görülen bir fiilden mahkûm edilmiş bulunan kimseler, haklarında devlet başkanı tarafından bir özel af kararnamesi çıkartıldığı takdirde bu genel

35 Üçüncü Bölüm., Birinci Başlık., II., B., 1,2,3,4.

36 Üçüncü Bölüm., Birinci Başlık., I., A., 2.

37 Barthélemy, *Traité*, sh. 757-758.

Barthélemy, *L'Amnistie*, sh. 27.

aftan faydalanmış olacaktırlar³⁸. Bu müessese ayrıca, genel affin önemli mahzurlarından birisini de ortadan kaldırmakta ve lâıyk görülmeyenlerin bundan istifade ettirilmemesini mümkün kılmaktadır³⁹.

2. İtalyan sistemi :

İtalyan Anayasası'nın 79. maddesinde, "Meclislerin çıkardığı salâhiyet kanunlarına müsteniden Cumhurbaşkanı umumi ve hususi af ısdar eder" denilmektedir. Böylece genel af, bir taraftan yetki veren bir kanuna (parlâmentonun iradesine) diğerk taraftan da Cumhurbaşkanı'nın kararnamesine dayanmaktadır. Ancak Cumhurbaşkanı'na yetki veren kanun, affin bütün teferruatını tayin etmekten uzaktır. Bu kanunda sadece, umumi mahiyetteki kıstaslar tesbit edilmektedir. Bu usul sayesinde, genel af kanunlarının parlâmentoda uzun uzun mü-nakaşa edilmesi de önlenmiş olmaktadır. Bununla beraber, parlâmento-nun çoğru zaman teferruata girdiğı ve bu suretle Cumhurbaşkanı'nın yet-kilerini asgariye indirdiğı müşahade edilmektedir⁴⁰.

IV. TÜRK HUKUKUNDA GENEL AFFA YETKİLİ ORGAN:

Türk hukukunda genel af yetkisinin hangi organa ait bulunduğruu İmparatorluk, Türkiye Bütük Millet Meclisi Hükümeti ve Cumhuriyet devirleri olarak üçe ayırmak suretiyle incelemek doğru olur.

A. İmparatorluk Devri:

Bu devreyi de Anayasa'dan evvel ve sonra olmak üzere ikiye ayırabiliriz:

1. Anayasa'dan evvelki devre :

Bu devrede af hakkında sarıh bir hüküm mevcut değildir⁴¹. Bununla beraber, İmparatorluk devrinin bu mefhuma yabancı olduğı iddia edilemez. İmparatorluk ceza hukukunda genel af kavramı, diğerk af çeşitleri ile birlikte (af) terimi ile ifade edilmekte idi. Bu devirde mahkemeler veya bizzat padişah tarafından hükmedilen cezalar, yine padişahın bir

38 Roux Francis, age., sh. 11.

39 Birinci Bölüm., Üçüncü Başlık., II., B.

40 Bettiol, agm., sh. 12.

Ayrıca bkz: Dönmezer-Erman, age., sh. 945.

41 Dönmezer-Erman, age., sh. 941.

emri sonunda suçluluğa da şâmil olmak üzere ortadan kaldırılabilmekte idi. Modern ceza hukukundaki genel af yetkisini karşılayan bu tasarruf, bilhassa cüluslarda ittihaz edilirdi. Ancak genel af, bugün olduğu gibi muayyen bazı prensiplere bağlı değildi. Çoğu zaman padişah üzerinde nüfuz sahibi olanlar, istedikleri kimseleri affettirebilmekte idiler. Bundan başka genel affin neticeleri de kesin değildi⁴².

2. Anayasa'dan sonraki devre :

a. 1293 Kanunu Esasisi : 1293 (1876) tarihli Kanunu Esasinin 7. maddesinde, ".....mücazati kanuniyenin tahfifi ve affi..... mukaddese-i padişah cümlesindedir... "denilmekte idi. Özek, bu yetkinin sadece özel affa münhasır olduğu kanaatındadır⁴³. Ancak, bu netice pek doğru gözükmemektedir. 1293 Kanunu Esasisi'nin kanyanklarından birini teşkil eden 1875 tarihli Fransız Anayasası, 3. maddesinde genel affin bir kanunla bahsedilebileceğini belirtmişti. Fakat 1293 Anayasası'nın afla ilgili hükmü, 1831 tarihli Belçika Anayasasından alınmıştır. Bu Anayasa'nın 73. maddesinde, nevi gösterilmeksizin kralın cezaları tahfif ve affedebileceği ifade edilmiştir. Belçika Anayasası'nın sistemi, bu yetkinin özel af şeklinde kabul edilmesine müsaittir; zira bu sistemde bütün yetkiler hükümdarın elinde toplanmamıştır. 1293 Kanunu Esasisinde ise Meclisi Umumi üyeleri Belçika Anayasasından farklı olarak serbestçe kanun tekliflerinde bulunmak hakkından dahi mahrum kılınmışlardır. Netice olarak Meclisi Umuminin yetkileri, Anayasa ve İçtüzük hükümleri ile padişahın lehine olarak önemli derecede kısılmış bulunmakta idi. Bu durum karşısında, "af" terimini, genel affi de içine alacak şekilde yorumlamak mümkündür⁴⁴. Nitekim bu devir anayasa hukuku yazarlarından Celâlettin Arif Bey, Kanunu Esasi'nin tadiline kadar olan devrede hükümdarın bazı şahıslar hakkında kanunun tatbikine engel olmak yetkisini haiz bulunduğunu ve padişahın bu hakkını geçmişe şâmil olmak üzere de kullanabileceğini ifade etmektedir. Bu şekilde genel affin neticeleri özel affa tatbik edilmiş olmakta idi⁴⁵. Gerçekten de, af yetkisinin menşeiini teşkil eden "dispentio" sisteminde, hükümdar bir kanunu tatbik ettirmemek yetkisini geçmişe şâmil olmak üzere de kullanabilmektedir. Bu da, genel affin sonuçlarının özel affa uygulanmasından başka bir şey değildir. Bu itibarla, 1293 Kanunu Esasisi'nin padişaha

42 Ahmet Mumcu, Siyaseten katl, Ankara 1963. sh. 144-145.

43 Özek, agm., sh. 127.

44 Karamustafaoğlu, agm., sh. 26-27.

45 Celâlettin Arif, Hukuku esasiye (eski harflerle), İstanbul 1325, sh. 49. Zikreden: Karamustafaoğlu, agm., sh. 27.

tanımış olduğu yetkinin (m. 7), genel ve özel affi içine alacak kadar geniş olduğu söylenebilir⁴⁶.

b. 1325 Kanunu Esasisi : 1293 Kanunu Esasisi'nin bazı maddelerini tadil eden 1325 (1909) tarihli Kanunu Esasi, 7. maddeyi de değiştirerek genel af konusunda özel bir hüküm koymuştur. Sözü edilen hüküm, genel affin Meclisi Umuminin tasvibi ile ilân edilebileceğini kabul etmiştir. Bu suretle, genel af ilânı padişahın inhisarından çıkmış ve Meclisi Umuminin tasvibine bağlanmıştır⁴⁷.

B. Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Devresi:

Bu devrede yürürlükte bulunan 1921 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanununda genel af ile ilgili bir hüküm yoktur. Bununla beraber, genel af yetkisinin yasama organına ait olduğu neticesi 7. madde hükmünden çıkartılabilmektedir. Sözü edilen hükümde, "...ahkâmı şeriyenin tenfizi, umumi kavaninin vazı, tadili, feshi gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir" denilmektedir. Burada açıkça genel affın bahsedilmemesine rağmen, meclis hükümeti sisteminin kabul edilmiş bulunması, bu yetkinin de yasama organına ait olacağını göstermektedir⁴⁸. Nitekim bu devrede, Adana ve havalisinin Fransızlar tarafından tahliye edilmesi üzerine bir genel af ilân edilmiştir⁴⁹.

C. Cumhuriyet Devri:

1. 1924 Anayasası :

1924 Anayasası, 26. maddesi ile genel af yetkisini yasama organına tanımış bulunmaktadır.

2. 1960 Geçici Anayasası:

"1924 tarih ve 491 sayılı Teşkilâtı Esasiye Kanununun bazı hükümlerinin kaldırılması bazı hükümlerinin değiştirilmesi hakkında geçici kanun", 1. maddesinde 1924 Anayasası'nın yasama organına tanıdığı yetkilerin Millî Birlik Komitesi tarafından kullanılacağını ifade etmiştir.

46 Karamustafaoglu, agm., sh. 27.

47 Karamustafaoglu, agm., sh. 28.

Dönmezer-Erman, age., sh. 941.

48 Karamustafaoglu, agm., sh. 28.; Meclis görüşmeleri de bu kanaati destekler mahiyettedir. Meclis görüşmeleri için bkz: TBMMZC, Devre: 1, C. 6, İçtima senesi: 1, sh. 347-348.; C. 7, İçtima senesi: 1, sh. 328-330.; TBMMZC, Devre: 1, C. I, İçtima senesi: 1, 272-273.

49 Düstur, Üçüncü Tertip, C. II., sh. 188, Kanun no: 168.

Aynı kanunun bir başka hükmü, Devlet Başkanının özel af yetkisini bazı bakımlardan tahdit etmiştir (m. 18 f. 2). Geçici kanun 1. maddesi ile 1924 Anayasasındaki yasama yetkilerini Millî Birlik Komitesine tanıdığı cihetle, bu kurul genel af kanunları çıkartabilecek demektir. Hatta Millî Birlik Komitesi'nin sözü edilen 18. maddede sayılan kişiler ve suçlular bakımından da her hangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın genel af ilân edebilmesi mümkündür⁵⁰.

3. Kurucu Meclis devri :

Yukarıdaki paragrafta sözü edilen 1 sayılı geçici kanundan sonra, Millî Birlik Komitesine ait bulunan yasama yetkilerini Kurucu Meclise devreden 157 sayılı ek kanun kabul edilmiştir (Bkz: 157 sayılı kanun m. 2). Bu kanunun 18. maddesinde Kurucu Meclisin kanun yapma, değiştirme ve yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olacağı ifade edilmiş; fakat genel aftan hiç bir şekilde bahsedilmemiştir. Yine aynı kanunun 41. maddesinde ise, 1 sayılı geçici kanunun bircümle aykırı hükümlerinin 157 sayılı kanuna göre değiştirilmiş olduğu belirtilmiştir. Böylece, 1 sayılı geçici kanun tarafından ilga edilmediği için yürürlükte kalan eski 26. madde, bu defa 157 sayılı kanunla ortadan kaldırılmış olmaktadır. Netice olarak; 157 sayılı kanunun 18. maddesinde genel aftan söz edilmediği için, Kurucu Meclis'in bu yetkiye sahip olmadığı görülmektedir⁵¹.

50 Dönmezer-Erman, age., sh. 941.

51 1924 Anayasası'nın 26. maddesinin 157 sayılı kanun sırasında da yürürlükte bulunduğunu ve bu itibarla genel af yetkisinin Kurucu Meclis'e ait olduğunu iddia etmek mümkün görülememektedir. 157 sayılı kanunun 18 ve 41. maddeleri bizi bu neticeye sevk etmektedir. Kurucu Meclisin görev ve yetkileri başlığını taşıyan 18. madde, kanun koymak yetkisinden bahsetmekte, buna mukabil genel af konusunda hiç bir hüküm sevk etmemektedir. Bu durum karşısında 157 sayılı kanunun genel af yetkisini tümden reddedip reddetmediğini araştırmak gerekir. 157 sayılı kanun yürürlüğe girmekle, yasama organının yetkilerini tayin eden iki ayrı kanun hükmü karşısında kalmaktadır. Bunlardan birisi, 1 sayılı geçici kanun vasıtasıyla hayatiyetini devam ettirmekte olan 1924 Anayasası'nın 26. maddesi, diğeri de 157 sayılı kanunun 18. maddesidir. Mesele bunlardan sonuncusunun birinciyi ortadan kaldırıp kaldırmadığını, yani her ikisinin mi yoksa sadece 157 sayılı kanunun 18. maddesinin mi yürürlükte olduğunu tesbit edebilmektedir. Bu şüpheli durumu aydınlatabilecek tek hüküm, 157 sayılı kanunun 41. maddesinde yer almaktadır. Sözü edilen hükmü göre, "Bu kanun 12 Haziran 1960 tarih ve 1 sayılı geçici kanuna ek mahiyette olup sözü geçen kanunun 1,3 ve 7.... ile bu kanuna aykırı bircümle hükümleri işbu kanuna uygun olarak..." değiştirilmiş bulunmaktadır. Görüldüğü üzere 157 sayılı Kanun bir taraftan 1 sayılı kanunun bazı hükümlerini sarhaten ilga etmiş, diğeri taraftan da, en sonda kullandığı "... bu kanuna aykırı bircümle hükümler..." yolundaki ibareyle tabii olan zımni ilga yolunu teyit etmiştir. Öyle ise, 157 sayılı kanunda yer alan hükümleri hem 1 sayılı geçici kanunda yer alan hem de bu 1 sayılı geçici kanunun ilga etmemek suretiyle hayatiyet kazandırdığı eski Anayasa hükümleri ile karşılaştırmak lâzımdır. (1 sayılı geçici kanun 24). Her şeyden evvel, 157 sayılı

4. 1961 Anayasası :

1961 Anayasası sarıh olarak genel af yetkisini yasama organına tanımış bulunmaktadır. (Any. m. 64). Ancak 1961 Anayasası 131. maddesinde orman suçları hakkında genel af çıkartılmayacağını ön görmektele yasama organının yetkisini bu bakımdan sınırlamış bulunmaktadır.

İ k i n c i B a ş l ı k

ÖZEL AFFA YETKİLİ ORGAN

Genel affın aksine olarak, özel af yetkisinin kime ait bulunacağı hususunda fazla bir münakaşa cereyan etmemiştir. Özel af yetkisinin devlet başkanına, yani yürütme organına ait bulunduğu genellikle kabul edilmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, tarihi sebeplere istinaden özel af yetkisini yasama organına tanımak isteyen fikirlere rastlanmaktadır. Böyle düşünenlere göre, özel af yetkisinin hükümdara ait olmasının sebebi, kanun koyma yetkisinin de ona ait bulunmasının bir neticesidir. Kanunların tatbikine engel olabilmenin bir yasama tasarrufu teşkil ettiği göz önüne alınacak olursa, özel affın da yasama kuvvetinin temsilcisi olan organa ait bulunması sonucu kendiliğinden çıkar⁵².

kanun 1 sayılı geçici kanunun 1. maddesini ilga ettiğiinden (157 sayılı kanun m. 41), Millî Birlik Komitesinin eski Anayasa'dan gelen yetkilerinin Kurucu Meclis'e geçtiğinde bir tereddüt olmamak gerekir. Fakat acaba 157 sayılı kanun aynı zamanda 18. maddeyi kabul etmekle, eski Anayasa'nın 26. maddesinden gelen yetkileri de daraltmak mı istemiştir? Bu sorunun cevabı, 157 sayılı kanunun 41. maddesinde kullanılan “.. bu kanuna aykırı biçimle hükümler...” yolundaki ibarede aranmak gerekir. Bunun için de, bir kanun hükmünün diğerine aykırı olmasından neyin anlaşılması lâzım geldiğininin tesbit edilmesi gerekir. İki hükmün tamamen ayrı prensipler kabul etmesi halinde cevap basittir. Burada sonraki kanun birinciyi ilga etmiş sayılır. Bunun gibi, her iki hüküm önemli derecede benzerlik arz etmekle beraber, biri diğerine nazaran daha dar olursa yine aykırılık neticesine varmak gerekir. Bu sebeple sonraki kanun birinciyi ilga eder kaidesine uyularak, ikinci hükmün yürürlükte bulunduğunu kabul etmek gerekir. 157 sayılı kanunun 41. maddesinde yer alan “.. bu kanuna aykırı biçimle hükümler işbu kanuna uygun olarak değiştirilmiş...”tir yolundaki ifade de netice itibarıyla zımnî ilgaya işaret ettiği cihetle, bu kaidenin meselemize tatbikine bir mani yoktur. Hal böyle olunca, 18. maddenin daraltmak suretiyle eski 26. maddeyi ilga ettiği ve bu itibarla da 157 sayılı kanunun yürürlükte bulunduğu devrede genel af yetkisinin mevcut olmadığı sonucuna varmak doğru olur.

52 Merle, age., sh. 155.

I. ÖZEL AFFIN DEVLET BAŞKANLARINA AIT BİR YETKİ OLMASI GÖRÜŞÜNÜN İZAHI:

Bugün doktrin ve anayasalar özel af yetkisini yürütme organına tanımağa mütemayildirler⁵³. Bu temayül, özel affın mahiyeti icabı süratla gerçekleşmesi lüzumununun bir sonucudur. Öte yandan, bilhassa ferdi özel af şahsi durumlarla yakından ilgilidir. Böyle şahsi hallerin incelenmesi bakımından yürütme organı yasama organına nazaran daha avantajlıdır⁵⁴. Gerçekten de ferdi özel af ıslah, adli hata, hastalık, muayyen bir mahkûmiyet hükmünün çok şiddetli olması gibi sebeplerle⁵⁵ bahşedilir. Bu yetki özel durumlar için yürütme organına tevdi edilmiş bir kontrol⁵⁶ olarak kabul edilebilir. Özel affın kesin hükümden sonra müdahale etmesi ve sadece cezanın infazı ile ilgili sonuçlar doğurması da, bu yetkinin yürütme organına ait olmasını gerektirmektedir⁵⁷.

II. DEVLET BAŞKANLARINA AIT ÖZEL AF YETKİSİNİN ÖZELLİKLERİ:

Anayasaların kendilerine özel af yetkisini tanımış bulunduğu devlet başkanları, bunu tam bir serbesti içinde kullanmalıdırlar. Kendilerine bu bakımdan bir tenkit yöneltilemeyeceği gibi, tasarrufun ittihazından dolayı şahsi mesuliyetleri de bahis konusu değildir. Yetkinin kullanılmasından doğacak mesuliyet, devlet başkanı ile birlikte af kararnamesini imzalamış bulunan bakana ait olur⁵⁸. Devlet başkanının bütün tasarruflarında olduğu gibi, burada da ilgili bakanın imzası şarttır. Bu, parlamenter rejimin bir özelliğidir. Gerçi ilgili bakanın iştiraki zaruretinin, devlet başkanının rolünü çok azaltacağı düşünülebilir; fakat bu aşırı bir görüş olur. Özel af tasarrufunun ittihazında devlet başkanının iradesi de vaz geçilmez bir unsurdur⁵⁹.

53 Özel af yetkisini yürütme organına tanıyan bazı anayasalar şunlardır: Amerika Birleşik Devletleri Any. m. 2, Bölüm: 2, Belçika Any. m. 73, Çekoslavak Any. m. 74, Danimarka Any. m. 24, Dominik Any. m. 49, Japon Any. m. 7, Vatikan Any. m. 18, Yunan Any. m. 39, Arjantin Any. m. 83, Brezilya Any. m. 87, Finlandiya Any. m. 29, Fransız Any. m. 17, Portekiz Any. m. 81.

54 Özek, agm., sh. 128.

Arsel, Türk Anayasası, sh. 340.

55 Birinci Bölüm., Üçüncü Başk., III., A., 1,2,3.

56 Dodd, Cases on constitutional law, Minn 1954, sh. 221.

57 Esmein, age., sh. 139.

58 Esmein, age., sh. 138.

59 Dessarps, age., sh. 65-66, 80.

Görüldüğü üzere devlet başkanının sorumsuzluğu prensibi, özel affin ilgili bakan tarafından da imzalanan bir yürütme tasarrufu olmasını gerektirmektedir. Tasarrufa ilgili bakanın da iştiraki, iki hususun tesbit edilmesini gerektirmektedir: Bunlardan ilki, tasarrufun çıkartılmasında kimin söz sahibi olacağı, diğeri de parlâmentonun kontrolünün nereye kadar uzanacağı meselesidir. Birinci sorunun cevabını bir mukayesede bulunmak suretiyle vermek mümkündür: Özel af, aslında devlet başkanının şahsi bir tasarrufudur. Fakat bundan doğacak mesuliyet, ilgili bakan tarafından deruhte edilir. Bir büyük elçinin tayini, devlet başkanının iştirakine rağmen bir bakanlık tasarrufudur. Buna mukabil bir özel af kararnameyi, ilgili bakanın imzasına rağmen devlet başkanının şahsi tasarrufu sayılır. Netice olarak, meselâ bir tayin bahis konusu olduğunda bununla ilgili karar bakan tarafından alınır ve devlet başkanı tasarrufu sadece imzalar. Halbuki özel afta kararı alan, devlet başkanıdır. Bakanın rolü, devlet başkanı ile birlikte kararnameyi imzalamaktan ibarettir⁶⁰. Öte yandan, parlâmento bu konudaki kontrol yetkisini özel bir takdirle kullanmak durumundadır. Kaide olarak parlâmentonun özel af bakımından da bir kontrol yetkisi vardır. Fakat, bu yetkisini kullanmaktan çekinmesi daha tercihe şayandır⁶¹.

Kıta Avrupası hukuk sistemine uygun olan bu görüş, İngiliz hukukunda da benimsenmektedir. Bu hukuk sisteminde teknik bakımdan kralın takdirine bağlı olan af "prerogative"i bugün için İçişleri Bakanının tavsiyesi ile kullanılmakta ve gerçekte sözü edilen bakana ait bulunmaktadır⁶². Ancak bu tasarruf, içişleri bakanının parlamentoya karşı sorumlu olmaması sebebiyle diğer "prerogative"lerden ayrılır. Bunun da sebebi, parlâmentoda yapılacak olan görüşmelerin bu kurulu adate bütün yargı organının üstünde bir istinaf mahkemesi haline getirmesi endişesidir⁶³.

İngiltere'de parlâmenter rejimin uygulanmakta olması, bu konuda aynı prensibin kabulünü gerektirmiştir. Bunun yanında, başkanlık sisteminin kabul edildiği Amerika Birleşik Devletlerinde de durum aynıdır. Anayasa'nın 2. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak af hakkını kullanan Başkan, hiç bir şekilde kongrenin kontrolüne tâbi değildir⁶⁴. Ancak Başkanın af yetkisi iki bakımdan sınırlanmış bulunmaktadır.

60 Barthélemy, *Traité*, sh. 754-755.

61 Barthélemy, *Traité*, sh. 754-757.

62 O.R. Marshall, *The prerogative of mercy*, *Current Legal Problems*, 1948, C.L. sh. 104.

63 Marshall, *agm.*, sh. 105-106.

64 Rottschaefer, *age.*, sh. 405.

Ogg-Ray, *age.*, sh. 287.

Bunlardan biri, impeachment halidir (Amerikan Any. m. 2 Bölüm: 2). Diğer istisna ise, Anayasa'da "Birleşik Devletlere Karşı suçlar" (offenses against the United States) terimi ile ifade olunmuş ve Başkanın ancak bu suçları affedebileceği belirtilmiştir (Amerikan Any. m. 2 Bölüm: 2). Buna göre Başkan, Birleşik Devletlere karşı işlenen suçlar haricinde kalan fiilleri affedemeyecektir⁶⁵. Başkan, Birleşik Devletlere karşı suçları Impeachment hali müstesna olmak üzere kongrenin kontroluna tabi olmaksızın serbestçe affedebilir. Bununla beraber, af yetkisi keyfi olarak kullanılamaz. Başkana gelen af talepleri önce Attorney General'e gönderilir. Burada yapılan incelemede dâvaya bakan yargıcın ve savcının mütalâası istenir. Bütün bunlardan sonra, Attorney General kendi kanaatını da ilâve etmek suretiyle evrakı Başkana gönderir. Başkan da, kendisine sunulan bilgilere göre nihai kararını verir⁶⁶.

III. TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL AFFA YETKİLİ ORGAN:

Bizim hukukumuzda özel affa yetkili organı, yine İmparatorluk, Büyük Millet Meclisi Hükümeti ve Cumhuriyet devirleri olmak üzere üçe ayırarak incelemek doğru olur.

A. İmparatorluk Devri:

Af hakkında bir hüküm bulunmayan Anayasa'dan evvelki devrede⁶⁷ padişahın özel af yetkisi olduğu görülmektedir⁶⁸.

1293 (1876) Kanunu Esasisinde, özel af yetkisi padişaha tanınmış bulunmaktadır (m. 7). 1293 Kanunu Esasi'nin 1325 (1909) tarihli tadilinde de durum değişmemiş ve bu yetki yine padişahta kalmıştır (1325 Kanunu Esasi tadili m. 7).

B. Türkiye Büyük Millet Meclisi Devresi:

Bu devrede yürürlükte bulunan 1921 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanununda af yetkisi ile ilgili bir hüküm yoktur. Fakat bütün yetkilerin

65 Yüksek Mahkeme "Birleşik Devletlere Karşı Suçlar" (offenses against the United States) tabirinin tefsirinde geniş ölçüde tarihî münakaşaların tesirinde kalmış ve maddede kullanılan bu tabirin gayesinin bir Eyalet (State) aleyhine işlenen suçları Başkanın af yetkisinin dışında bırakmak olduğu ifade edilmiştir. Bkz: Rottschaefer, age., sh. 405.

66 Beard, age., sh. 212.; Genellikle, Başkanın rolünün Attorney General'in tavsiyesini yerine getirmekten ibaret olduğu da söylenmiştir. Bkz: Ogg-Ray, age., sh. 287.

67 Dönmezer-Erman, age., sh. 941.

68 Mumcu, age., sh. 145-146.

Büyük Millet Meclisinde toplanması (m. 7) neticesi olarak, bu yetkinin de yasama organına ait olduğu sonucuna varılabilir. Nitekim bu devrede, Büyük Millet Meclisi hem ferdi hem de toplu özel aflar çıkartmıştır⁶⁹.

C. Cumhuriyet Devri:

1. 1924 Anayasası :

1924 Anayasasında özel af yetkisi, hem yasama (m. 26) hem de yürütme organına (m. 42) tanınmış bulunmaktadır. Fakat, her iki organın yetkileri birbirinden farklıdır. Yasama organı bu yetkisini her hangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın kullanabildiği halde (m. 26), Cumhurbaşkanı ancak malûliyet ve yaşlılık gibi şahsi sebeplerle (m. 42) affedebilirdi. Yine bu yetkinin kullanılabilmesi hükümetin teklifine bağlı idi (m. 42). Nihayet Cumhurbaşkanı, Büyük Millet Meclisi tarafından itham edilip de Yüce Divanca mahkûm edilen bakanlar hakkında bu yetkisini kullanamazdı (m. 42). Bu prensip İngiliz hukukundan gelmektedir. Eskiden İngiltere’de Kral “Impeachment” neticesi cezalandırılan⁷⁰ bakanlarını affedebilmekte idi. Bu suretle de parlâmentonun yürütme organı üzerindeki kontrolünü tesirsiz hale getirebilmek imkânına sahip olmakta idi. Bunun üzerine 1701 tarihli “Act of Settlement” ile kralın “Impeachment”e uğrayan bakanları affedemeyeceği esası kabul edildi. Bizde de aynı gaye ile 1924 Anayasası’nın 42. maddesine bu yolda bir hüküm konmuş ve Cumhurbaşkanı’nın Yüce Divan tarafından mahkûm edilen bakanları affedemeyeceği ifade edilmiştir⁷¹.

2. 1960 Geçici Anayasası :

1924 Anayasası’nın bazı maddelerinin tadili ile ilgili 1 sayılı geçici kanun, 1924 Anayasası’nın yasama organına tanıdığı bütün yetkileri Millî Birlik Komitesi’ne devrettiği cihetle, ferdi ve toplu özel af yetkisi de bu kurula geçmiş bulunmakta idi. Aynı kanun, devlet başkanının özel af yetkisini de kabul etmiştir (m. 18. f. 2). Bu yetki 1924 Anayasasında olduğu gibi şahsi sebepler ve hükümetin teklifine bağlanmıştır (m. 18

69 Ferdi özel af misalleri için bkz: Düstur, Üçüncü Tertip, C. 2, sh. 135 Kanun no: 146, c. 2, sh. 224, Kanun no: 193., C. 3, sh. 44, Kanun no: 209., C. 3, sh. 85, Kanun no: 236.; Toplu özel af için bkz: Düstur, Üçüncü Tertip, C. 2, sh. 192, Kanun no: 170. Bu kanunla İstiklâl ve Nizamiye Mahkemeleri ile Divanı Harpler tarafından hükmolunan ölüm ve müebbed kürek cezaları özel affa tabi tutulmuştur.

70 Impeachment için bkz: İlhan Arsel, Anayasa hukuku (Demokrasi), Ankara 1964. sh. 119-120.

71 Arsel, Türk Anayasası, sh. 365.

d. 2). Ayrıca yine aynı hükümle, devlet başkanının bazı kimseleri affedemeyeceği belirtilmiştir. Sözü edilen hükme göre, “... devlet başkanı bu yetkisini, devrilen iktidar zamanında işlenen siyasi suçlardan veya siyasi maksatlı katil veya müessir fiillerden veya görevini kötüye kullanma, irtikâp, nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle ve başka yollarla haksız servet yapmaktan hüküm giyenler hakkında kullanılamaz” (m. 18 f. 2).

3. Kurucu Meclis devri :

157 sayılı kanun bakımından durumu iki yönden incelemek gerekir. Bu kanunun 18. maddesinde özel aftan da söz edilmemiştir. Bu itibarla genel af konusunda varılan sonuç özel af bakımından da doğrudur⁷². Devlet başkanının özel af yetkisi bakımından ise bir değişiklik yoktur.

4. 1961 Anayasası :

1961 Anayasası da, esas itibarıyla 1924 Anayasasının sistemini kabul etmiş bulunmaktadır. Yeni anayasaya göre de yasama organının, hiç bir tahdide tabi olmaksızın ferdi ve toplu özel aflar çıkartmak yetkisi vardır (Any. m. 64). Devlet başkanı da sürekli hastalık, sakatlık ve kocama gibi sebeplerle ferdi özel aflarda bulunabilir (Any. m. 97). Ancak, derhal müşahade edileceği üzere eski ve yeni anayasa hükümleri arasında iki bakımdan fark vardır.

İlk fark, 1961 Anayasasının eski Anayasasının aksine olarak bu yetkinin kullanılmasında hükümetin teklifini şart koşmamış bulunmasıdır. Fakat yeni anayasa, Cumhurbaşkanının bütün karar ve tasarruflarının Başbakan tarafından imzalanacağını kabul etmiş bulunmaktadır (Any. m. 98). Yeni Anayasanın sözü edilen hükmü sebebiyle, bu farkın zahiri olduğu düşünülebilir. Ancak, yine de arada bir fark vardır. 1924 Anayasasına göre Cumhurbaşkanının özel af yetkisini kullanabilmesi hükümetin bu yolda teklifte bulunması şartına bağlıdır. 1961 Anayasası ise, bu yetkinin daha ziyade Cumhurbaşkanının şahsi yetkilerinden olduğunu gösterecek mahiyettedir. Çünkü Cumhurbaşkanı, hükümet tarafından yapılan bir teklif olsun veya olmasın özel af çıkartabilecektir. Yeni Anayasa bu konuda Cumhurbaşkanının takdirine eskisine nazaran daha fazla üstünlük tanıyan bir sistem benimsemiş bulunmaktadır⁷³.

Eski ve yeni anayasalar arasında ikinci fark, 1961 Anayasasının Yüce Divan (Any. m. 147), tarafından mahkûm edilen bakanlar hakkında

⁷² Üçüncü Bölüm, Birinci Başlık, IV., C., 3.

⁷³ Bkz. Barthélemy, Traité, sh. 754-755. Üçüncü Bölüm, İkinci Başlık, II.

her hangi bir hüküm sevketmemiş olmasıdır. Bu konuda, esasen Cumhurbaşkanının yetkisinin belli sebeplerle sınırlandırılmış olduğu ve bu itibarla Yüce Divan tarafından mahkûm edilip de Anayasada sayılan şartları haiz olan bakanların affedilmelerinde eskisi gibi mahzur görülmediği düşünülebilir⁷⁴.

1961 Anayasası, "...sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle..." (Any. m. 97), demek suretiyle Cumhurbaşkanının af yetkisinin hangi hallere şâmil olabileceğini tahdidî bir şekilde göstermiş bulunmaktadır. Bu itibarla, Anayasada sayılan sebeplerin misal kabilinden olduğunu savunan görüşte isabet olamaz⁷⁵. Anayasa, bu yetkinin bazı şahsi sebeplerle değil bir çok şahsi sebep arasından hangilerine istinaden kullanılabilceğini göstermiş bulunmaktadır. Bu yüzden, meselâ hükümlünün fakir olması ve ailesinin maddi zaruret içinde bulunması, af yetkisinin kullanılabilceği şahsi bir sebep teşkil etmez. Nitekim sözü edilen hükümde "gibi", kelimesinin yer almaması da bunu gösterir.

Bununla beraber, Anayasada mevcut olan terimler ve bilhassa bu arada kullanılan "sürekli hastalık" terimi gereken açıklığa sahip bulunmamaktadır. Bu itibarla sürekli hastalıktan ne anlaşılacağını tesbit etmek gerekir.

Tıpta "sürekli hastalık" takdire bağlı bir terimdir ve bu konuda kesin bir ölçü yoktur. Öte yandan, bunun "kocamak" veya "sakatlık" derecesinde kabulü hususunda da tıbbi bir zaruret mevcut değildir. Nihayet, muayyen bir durumun hastalık sayılıp sayılmayacağı ve eğer hastalık sayılacaksa sürekli olup olmadığı konusunda resmî makamlaraca izhar olunan kanaatin önemi inkâr edilemez ise de, bunun Anayasa hukuku yönünden çıkartılacak neticeler bakımından kesin ve bağlayıcı bir değeri yoktur. Diğer taraftan, anayasanın hazırlık çalışmalarında da "sürekli hastalık" terimini açıklayıcı bir mesnede rastlanmamaktadır. Ceza (TCK. m. 456, 457, 473) ve Ceza usul kanunlarında (CMUK. m. 399, 404), yer alan benzer terimler de, ilgili suçların özelliklerine taallük ettiklerinden bir ölçü teşkil edemezler. Esasen, diğer kanunlarda mevcut bulunan hükümlerle anayasayı yorumlamak, anayasa hukukunun bünyesine aykırıdır⁷⁶.

74 Arsel, Türk Anayasası, sh. 366.

75 Böyle bir görüş için bkz. İsmet Giritli, Özel Siyasi af, Cumhuriyet Gazetesi, 14 Temmuz 1964.

76 Tahsin Bekir Balta, Faruk Erem, Doğan Karan, Turan Güneş, Muharrem Özsan, İlim heyeti mütalâası.

“Görüldüğü üzere yukarıda işaret olunan ve hastalık kavramını dar veya geniş tutan, onda bir derecelenme kabulüne müncer olan kayıtlardan hiç biri Anayasanın 97. maddesinde yer almamış, diğer kanunların hükümleri ile Anayasayı mukayese etmek ilmî bir metod sayılmamış, böyle bir karşılaştırmaya gidilse dahi, tahdit kabul etmeyen Anayasanın 97. maddesine tatbikatta tahditler ihdas etmenin isabetli olmayacağı anlaşılmıştır. Anayasa vazı, diğer kanunlardaki tahditlerden mülhem olarak, sadece “sürekli hastalık” değil, meselâ “hareket serbestisini selbeden sürekli hastalık” veya “hayatî tehlike doğuracak derecede sürekli hastalık” veya benzeri deyimleri benimseyebilirdi. Görülüyor ki, lâfzî yorum kaideleri dahi kıyaslamaya elverişli bulunmamaktadır.

“Sürekli hastalığın mevcudiyetinin sağlık kurullarınca ve Adli Tıp Meclisince kabul edilmesine göre, Anayasa’nın 97. maddesi gereğince cezanın tamamen kaldırılması veya hafifletilmesi yetkili mercilerin takdirine bağlı bir tasarruf olduğunun.....”⁷⁷ kabul edilmesi doğru olur.

D. Ölüm Cezaları Hakkında Özel Af Yetkisi:

Ölüm cezalarının yerine getirilip getirilmemesi meselesi, hukukumuz bakımından münakaşalara yer verecek mahiyettedir. 1924 Anayasası’nın 26. maddesinde, “...mahkemelerden sadır olup katiyet kesbetmiş olan idam hükümlerinin infazından” bahsedilmekte idi. Fakat aynı hüküm, cezaların “tahfif ve tahvil” yetkisini de yasama organına tanımakta idi. Böylece meclis 26. maddedeki yetkiye dayanarak ölüm cezalarını tahfif veya tahvil edebiliyordu. Bu da esas itibarıyla özel af yetkisinin kullanılmasından başka bir şey olmamakla beraber, yine de bir bakımdan özellik arzetmekte idi. Bu suretle yasama organı, ölüm cezaları bakımından özel af yetkisini kullanıp kullanamayacağını evvelden beyan etmek zorunda kalıyordu⁷⁸.

Halen yürürlükte bulunan 1961 tarihli Anayasa ise, “...mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek...” ten bahsetmektedir. Ancak bunun yanında, 1924 Anayasasında olduğu gibi cezaların tahfif ve tahvilinden söz edilmemekte ve sadece yasama organının özel af ilân etmek yetkisine sahip bulunduğu ifade edilmektedir (Any. m. 64). Fakat bu husus bir eksiklik sayılamaz. Tahfif ve tahvil

⁷⁷ Yukarıda sözü geçen İlim Heyeti Raporundan.

⁷⁸ Özek, agm., sh. 139

Aynı mahiyette: Adam, agm., sh. 857.

esasında özel affın bir çeşidi olduğu cihetle, bir kere özel af yetkisi tanıdıktan sonra artık cezaların hafifletilmesi veya değiştirilmesinden söz etmeğe lüzum yoktur. Nitekim, tahfif ve tahvil terimlerinin asıl metne ne sebeple ithal edilmemiş olduğu, Anayasa'nın gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir: "TBMM.nin özel af yetkisi bulunduğu göre tahfif ve tahvilden ayrıca bahsetmeğe lüzum görülmemiştir"⁷⁹. Bu durumda 1961 Anayasası'nın 64. maddesinde yer alan, ".....mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek...." yolundaki ibareye bakarak, meclisin bundan başka bir şekilde hareket edemeyeceği neticesine varmamak gerekir. Esasen 1961 Anayasası'nın 132. maddesinde, "... yasama organları.....mahkeme kararlarını hiç bir şekilde değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" denilmektedir. Böyle bir hüküm mevcut iken, ölüm cezalarının infazına karar vermek yetkisini meclise tanımakta bir mana yoktur. Hüküm kesinleşmekle kabili infaz hale gelir ve ölüm cezaları ile diğer cezalar arasında bu bakımdan bir fark yoktur. Öyle ise, ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek yetkisinin meclise tanınmasında başka bir gaye vardır. ".. ölüm cezalarına ait hükümlerin diğer mahkeme hükümlerinden bir farkı yoktur. Kaideten kesinleşmeleri ile birlikte infaz edilmeleri icap eder. Fakat bu cezanın mahiyeti itibariyle infazından sonra Anayasa'nın kendilerine af yetkisi tanıdığı organların bu salâhiyetlerini kullanmalarına imkân kalmaz. İşte Anayasa'nın ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek yetkisini TBMM. ne tanıması af salâhiyetinin kullanılması imkânını hazırlamak içindir. Hükümün mahiyeti böyle olunca usulde değişikliğe ihtiyaç vardır. Affa yetkili organların bu yetkilerini kullanmayacaklarını evvelden ifade etmeleri lâzımdır. Ancak bu hususun tesbit ve tevsikini sağlayacak bir usulün ittihazı Anayasa'ya uygun olur"⁸⁰.

Bununla beraber, Anayasa'da bir boşluk olduğu da müşahade edilmektedir. Bu da, meclisin özel af yetkisini kullanmaksızın ölüm cezasının yerine getirilmemesine karar vermesi halidir. "Eğer infaza karar verecek organın ademi infaza da karar vermesi tabiidir, düşüncesi ile hareket edecek olursak,.... ölüm cezasının ademi infazı kararı ile hasıl olacak durumun usul kanunumuz ve tatbikatında bir yeri yoktur; cezasının infazı böylece durdurulmuş kişinin mahkûmiyet statüsü belli değildir"⁸¹.

79 T.C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B: 34, 30.3.1961, S. Sayısı: 35, 29. sh.

80 Faruk Erem, Ölüm cezalarının TBMM. since infazına karar verilmesi kararının hukuki mahiyeti, Mütalâa.

81 Erem, Mütalâa.

Gereçekten de, mahkûm tarafından çekilecek cezanın ne olduğunu söylemeksizin sadece infaza engel olmak, meseleyi bir çıkmaza sürüklemek sayılacaktır⁸². Hakkındaki ölüm cezasının yerine getirilmemesine karar verilen bir kimse artık ölüm cezası hükümlüsü sayılamaz. Öte yandan, kendisini her hangi bir hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlüsü olarak kabul etmeğe de imkân yoktur; çünkü kesinleşmiş bulunan ölüm cezası hukukten mevcudiyetini muhafaza etmektedir. Üstelik, kesin hükmün geciktirilmeksizin yerine getirilmesine ilişkin prensibe (Any. m. 132) aykırı bir durum da ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, ölüm cezasının infaz edilmesini uygun görmeyen meclis hükmün yerine getirilmemesine karar vermemeli, bunun yerine özel af yetkisini kullanmalıdır. Ancak bu yolda hareket etmek suretiyle hükümlünün statüsü belli edilmiş olur. Yahut da kanunlara yapılacak bir ilâve ile, hakkındaki ölüm cezasının yerine getirilmemesine karar verilen kimsenin hukuki statüsü tayin edilmelidir. Fakat bu usul de mahzurlu olacaktır: Sadece cezanın infaz edilmemesine karar vermek, mahkemelerin bağımsızlığı prensibini ihlâl eder. Mahkemelerin bağımsızlığı genel bir prensip mahiyetindedir. Anayasa af yetkisini kabul etmek suretiyle buna bir istisna tanımıştır⁸³. Bu itibarla, Anayasa'nın bu konuda ön gördüğü istisnai yola başvurmak, yani uygun görüldüğü takdirde ölüm cezası hükümlüsü hakkında af yetkisini kullanmak daha doğru olur.

Görüldüğü üzere, 1924 ve 1961 Anayasaları ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek yetkisini yasama organına tanımış bulunmaktadırlar. Meclise verilmiş olan bu yetkinin, ölüm cezaları hakkında özel af yoluna gidilip gidilmeyeceğinin evvelden tesbiti anlamına geldiği belirtilmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, ölüm cezası hakkındaki af yetkisinin yasama organına ait bulunması haklı olarak tenkit edilmiştir. Böyle düşünenlere göre, bu yetkinin devlet başkanına tanınması daha doğru olacaktır: Mecliste cereyan eden görüşmeler sırasında mahkemecilerinin tenkit konusu yapılması muhtemeldir. Buna mukabil devlet başkanının, mahkeme kararlarını yargı organının itibarını sarsacak şekilde münakaşa konusu yapması bahis konusu olamaz. Devlet başkanı, hiç bir gerekçe göstermeksizin dahi ölüm cezası hükümlüsü hakkında özel af bulunabilir⁸⁴. Yasama organının bu yetkisini mahkemelerin bağımsızlığı prensibini ihlâl etmeksizin kullanması da mümkündür. Daha

82 Adam, agm., sh. 857.

83 Birinci Bölüm, Birinci Başlık, I.

84 Feyzioğlu, agm., sh. 422.

Ferid Yasa, İdam cezasının infazı veya tahvili salâhiyeti devlet başkanına verilmelidir, Son Posta Gazetesi, 1 Eylül 1942., Zikreden: Meray, age., sh. 37-38.

doğrusu, böyle hareket etmesi anayasa hukuku prensipleri bakımından zaruridir⁸⁵. Fakat bu dahi, ölüm cezalarına ait özel af yetkisinin yasama organına tanınmasını mahzursuz saydıramaz. Ölüm cezası hükümlüsü hakkında af yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağı hususundaki karar, kanunların çıkartılmasındaki şekle uyularak verilmektedir. Bu da lüzumsuz formalitelerin yerine getirilmesine ve gecikmelere sebep olmaktadır. Nihayet siyasi bir bünyeye sahip bulunan parlâmentonun, mümkün olduğu kadar yargıya ilişkin işlerden uzak tutulmasındaki fayda da unutulmamalıdır. Bu itibarla, ölüm cezası hükümlüleri hakkındaki özel af yetkisinin devlet başkanına tanınması daha doğru olur.

85 Feyzioğlu, agm., sh. 423.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AFFIN HÜKÜM VE NETİCELERİ

Af ceza hukuku, idare hukuku ve borçlar hukuku alanlarında tesirler icra eden bir müessesedir. Bu itibarla, hüküm ve neticelerini ceza hukuku, idare hukuku ve hususi hukuk yönlerinden incelemek doğru olur.

Birinci Başlık

AFFIN CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN HÜKÜM VE NETİCELERİ

Affin ceza hukuku yönünden hüküm ve neticeleri, tasarrufun nev'ine göre önemli derecede değişiklik arz etmektedir. Bu sebeple, genel ve özel affin neticelerini ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

I. GENEL AFFIN CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN HÜKÜM VE NETİCELERİ:

Genel affin ceza hukuku yönünden hüküm ve neticeleri muhtelifdir. Fakat bu çeşitli neticeler, esas itibariyle genel affin kâmu dâvası ve ceza mahkûmiyetini ortadan kaldırmasına bağlı olduğu için, önce bu hususun incelenmesinde zaruret vardır.

A. Genel Affin Kamu Dâvası ve Ceza Mahkûmiyetine Tesiri:

1. Genel olarak :

Mahkûmiyetten evvel çıkan genel af, fail hakkında kamu dâvasının açılmasına veya açılmış bulunan kamu dâvasının devamına engel olur¹.

¹ Dönmezer-Erman, age., sh. 952.

Duez, age., sh. 224.

Bu suretle fail kendisine isnad edilmiş bulunan fiili işlememiş bir kimsenin hukuki durumunu kazanır². Böylece duruşma sırasında genel af çıktığı takdirde, yargıç her şeyden evvel genel affi nazara almak ve kamu dâvasının düşmesine karar vermek durumundadır³.

Mahkûmiyetten sonra müdahale eden genel af ise, bir taraftan cezanın infazına engel olur; diğer taraftan da mahkûmiyeti bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır⁴. Neticede, yargıç tarafından tesbit edilen suçluluk tamamen mevcudiyetini kaybeder⁵.

2. Genel affin mahkûmiyeti ortadan kaldırmasının neticeleri :

a. Genel af ve adli sicil: Genel aftan sonra, prensip olarak mahkûmiyetin adli sicilden silinmesi gerekir. Fakat, bu anlayış cezaların ferdileştirilmesi prensibine aykırı sayılmaktadır. Ferdileştirmenin iyi bir şekilde gerçekleşebilmesi için, failin geçmişinin bütün cepheleri ile bilinmesi gereklidir. Bu sebeple, mahkûmiyet genel affla ortadan kalkmış olsa bile, failin evvelce bir suç işlemiş bulunduğundan haberdar olmakta fayda vardır⁶. Ancak, genel affın sadece mahkûmiyeti değil, suçu da kaldırdığı görüşüne taraftar olanlar, bu neticeyi reddetmektedirler. Böyle düşünenlere göre, genel affa uğramış mahkûmiyetin adli sicilden çıkarılmaması, müessesenin gayelerine de aykırıdır. Bu kayıtlar muhafaza edildiği takdirde, ileride yargıç tarafından sanığın aleyhine olarak nazara alınabilecek demektir. Genel affın, geçmişin tamamen unutulmasını emrettiği hatırlanacak olursa, bunun ne derece doğru bir netice sayılabileceği kendiliğinden ortaya çıkar⁷. Fakat bu anlayış her şeyden evvel genel affın suçu da ortadan kaldırdığını kabul etmesi bakımından tenkit edilebilir. Genel affın, sadece mahkûmiyete tesir ettiği ve maddi bir vakıa olarak suçu ortadan kaldırmadığı genellikle kabul edilmiş bulunmaktadır⁸. Öte yandan geçmişin unutulması hususunu da fazla mübalağa etmemek gerekir. Nihayet, tecil ve benzeri müesseselerin gayelerine uygun bir şekilde tatbik edilebilmeleri, sanığın geçmişi hakkında lüzumlu bilgilerin elde edilmesine bağlıdır.

2 Majno, age., sh. 473.

3 Dönmezer-Erman, age., sh. 952.

Majno, age., sh. 473.

4 Majno, age., sh. 475.

5 Duez, age., sh. 224.

6 Feyyaz Gölcüklü, Af (Ceza hukukunda), THA., C. I, sh. 310.

7 Taner, Ceza, sh. 513, dip not: 3.

8 Bkz: İkinci Bölüm, Üçüncü Başk, I., B., 2.

Bizde eski, Sicilli Adli Nizamnamesi, genel affi adli sicil varakalarının iptali sebeplerinden birisi olarak kabul etmişti. Halen yürürlükte bulunan Adli Sicil Kanunu ise, bu konuda aksi fikri benimsemiş bulunmaktadır (m. 18). Bu hükme göre, genel affa ortadan kalkan mahkûmiyet adli sicilden çıkartılmayacaktır. Esasen aynı kanun diğer bir hükmünde “Umumi af.....sebpelerle asli ve fer’i cezannın ve emniyet tedbirlerinin ortadan kalkması..” hallerinin adli sicile geçirilecek tâli hususlardan olduğunu kabul etmiştir (m. 3/Ç). Yukarıda işaret edilen sebepler dolaşısıyla, Adli Sicil Kanununun genel affa faydalananlara ait fişlerin muhafaza edileceğine dair olan hükmünü isabetli saymak gerekir⁹.

b. Genel af ve tecil ehliyeti : Genel affa faydalanmış bulunan bir kimse hakkında sonradan işlediği bir suçtan dolayı tecil hükümlerinin uygulanması mümkündür. Çünkü genel af, mahkûmiyeti bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır ve tecil ehliyetini kaybetmiş olmak da, bu neticelerden biridir¹⁰. Gerçekten de, geçmiş tamamen ortadan kaldıran bir kanun hükmüne rağmen affedilmiş mahkûmiyeti, tecile engel saymağa imkân yoktur¹¹. Nitekim, Yargıtay da bu yolda içtihad etmiştir¹².

Bununla beraber, sanığın genel affa ortadan kalkmış bir mahkûmiyeti olduğunu öğrenen yargıçım, iyi halin bulunmaması sebebiyle tecil yoluna gitmemesi mümkündür¹³.

c. Genel af ve tekerrür : Genel affın mahkûmiyetten evvel müdahale etmesi halinde, esasen mahkûmiyet hükmünün verilmesine imkân kalmayacağından tekerrür meselesi de bahis konusu olmayacaktır. Buna mukabil, affın ortadan kaldırdığı mahkûmiyet tamamen infaz edilmiş olsa dahi, tekerrüre esas teşkil etmeyecektir¹⁴. Tekerrür hükümlerinin tatbiki için mahkûmiyetin mevcudiyeti kâfidir. Genel af, bütün cezai neticeleri ile birlikte mahkûmiyeti ortadan kaldırdığından, failin daha evvel bir ceza mahkûmiyetine uğramış bulunması yolundaki şart gerçekleşmiş sayılamayacaktır¹⁵.

9 Gölçüklü, Af., sh. 310.

Dönmezer-Erman, age., sh. 963, dip not: 108.

10 Dönmezer-Erman, age., sh. 963.

Braas, age., sh. 96.

Gölçüklü, Af., sh. 308.

11 Önder, age., sh. 122.

12 “Umumi affa ortadan kalkmış olan evvelki mahkûmiyet, ikinci cezannın teciline mani teşkil etmez”. 4CD., 4.5.1954, E.14718/K. 4869 için bkz.: TİK. 1954, C. I-II, sh. 457, N. 745.

13 Gölçüklü, Af., sh. 308.; Dönmezer-Erman, age., sh. 963, Önder, age., sh. 189.

14 Dönmezer-Erman, age., sh. 891; Braas, age., sh. 96; Chomette, age., sh. 84; Merle, age., sh. 136; Tahon, agm., sh. 12.

15 Dönmezer-Erman, age., sh. 963.

Yargıtay'ın müstakar içtihadı da bu merkezdedir¹⁶. Hukuk tekniği bakımından doğru olan bu netice, adalet icaplarına da uygundur. Sanıkların tesadüfen tekerrür hükümlerine tâbi olup olmamaları ancak bu prensibin kabulü ile önlenebilir. Şöyle bir misal, meseleyi daha iyi izah edebilir: Aynı fiili işlemiş iki sanık düşünelim. Bunlardan birincisi hakkında daha kamu dâvası açılmadan veya başlamış olan kamu dâvası neticelenmeden evvel genel af çıkacak olursa, ileride kendisi hakkında tekerrür hükümlerini uygulamaya imkân kalmayacaktır. Çünkü genel af neticesinde hakkındaki kamu dâvası düşecek ve tekerrürde mahkûmiyet şartı hiç bir zaman gerçekleşmeyecektir. Buna mukabil diğer sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kesinleştikten sonra genel af çıkacak olursa, bu, ileride tekerrüre esas sayılabilecektir. Böyle bir neticenin de haklı görülemeyeceği tabiidir. Bu sebeple, genel afla ortadan kalkmış mahkûmiyetin tekerrürde nazara alınmaması adalet icaplarına da uygun düşer¹⁷.

d. Genel af ve memnu hakların iadesi : Genel aftan sonra artık mahkûmiyet hukuken mevcut değilmiş gibi kabul edileceğinden, memnu hakların iadesi yoluna gitmek düşünülemez¹⁸. Bu tasarruf mahkûmiyeti bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kaldırdığı için, iade edilecek memnu bir hak da kalmamış demektir¹⁹.

e. Genel af ve muhakemenin iadesi : Genel aftan sonra muhakemenin iadesi talebinde bulunulup bulunulamayacağı konusu münaakaşalıdır. Bir anlayışa göre, hükümlü genel aftan sonra dahi suçsuzluğunu ispat edebilmek için muhakemenin iadesi yoluna başvurabilmelidir²⁰. Genel aftan faydalanan hükümlü her şeye rağmen suçlu sıfatından kurtulamaz. Bu itibarla, suçsuzluğunu gösterecek sebepler mevcut ise, fail genel aftan faydalanmasına rağmen muhakemesinin iadesini talep

¹⁶ "Umumi afla düşen evvelki mahkûmiyet tekerrüre esas olmaz", 2CD. 22.9.1950, E 11439/K.8823 için bkz.: TİK. 1951, C. I, sh. 542, n. 920.

"Umumi af, af kanunundan önce infaz edilmiş olan cezanın tekerrüre esas olabilme kaabiliyetini de ortadan kaldırır. Bu itibarla iş bu kanundan evvel infaz edilen bir mahkûmiyet tekerrüre esas olamaz", 4CD., 22.9.1950, E. 9703/K. 10555 için Bkz.: TİK., 1952, C. I, s. 474' N. 704.

¹⁷ Özek, agm., sh. 156.

¹⁸ Braas, age., sh. 97.

¹⁹ Erem, Ceza, sh. 748.

"5677 Sayılı Af Kanunu bütün neticeleri ile mahkûmiyeti ortadan kaldırdığından iade talebine mahal yoktur", 4CD. 25.4.1953, E. 3352/K. 4670 için bkz.: TİK, 1953, C. II, sh. 1514, n. 1999.

²⁰ Bouzt, Traité, sh. 522; Bouzat, Amnistie, sh. 113;

edebilmelidir²¹. Böyle bir talepte bulunabilmenin ahlâki ve hukuki bakımından faydalı neticeler doğuracağı tabiidir²².

Bununla beraber, hukuk tekniği prensipleri bizi aksi neticeye sevketmektedir: Hukuken mevcut olmayan bir mahkûmiyete istinaden muhakemenin iadesi talebinde bulunulamaz²³. Ancak Fransa'da son yıllarda bazı af kanunlarına bu hususta özel hükümler konulduğu müşahade edilmektedir. Meselâ 18 Ağustos 1947 tarihli Af Kanununun 34. maddesi genel affın muhakemenin iadesi talebine engel teşkil edemeyeceğini hükme bağlamış bulunmaktadır²⁴.

Bizim hukukumuz bakımından da, genel aftan sonra muhakemenin iadesi talebinde bulunulamayacağının kabulü gerekir. Ceza mahkûmiyeti genel aftan sonra artık hukuki varlığını muhafaza edemeyeceği ve bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kalkacağı cihetle (TCK. m. 97), muhakemenin iadesi yolu kapanmış olacaktır. Bu yola başvurulabilmesi için her şeyden evvel bir kesin hükmün mevcudiyeti şarttır (CMUK. m. 327). Genel aftan sonra kesin hükmün hukuken ortadan kalkması sebebi ile, muhakemenin iadesi talebi mesnetsiz kalacak demektir. Ancak bu neticenin adalet icapları bakımından tatminkâr olmadığı da açıktır. Bu itibarla, genel af kanunlarına muhakemenin iadesi yolunun açık tutulduğu yolunda bir kayıt koymak doğru olur. Böyle bir hükmün çok geniş neticeler doğuracağı iddia edilecek olursa, en azından af kanununun yürürlüğe girmesinden evvel bu yola müracaat etmiş bulunan hükümlülerin taleplerini mahfuz tutmak isabetli olur²⁵.

B. Genel Affın Cezaya Tesiri

Ceza Kanununun 97. maddesi, genel affın hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldıracığını belirtmektedir. Bu itibarla, kesin hükümden sonra çıkan genel af cezanın infazına engel olur. Ceza genel aftan evvel infaz edilmeye başlanmış ise, bundan sonra artık infaza devam edilemez²⁶. Asli ceza yanında yer alan fer'i ve mütemmim cezalar bakımından da aynı kaide uygulanır. Fer'i ve mütem-

21 Özek, agm., sh. 172.

22 Tahon, age., sh. 13; Aynı mahiyette; Bouzat, Traité, sh. 553; Bouzat, Amnistie, sh. 113; Vabres, Traité, sh. 575.

23 Tahon, age., sh. 13; Aynı mahiyette; Bouzat, Traité, sh. 553; Bouzat, Amnistie, sh. 113; Vabres, Traité, sh. 575.

24 Bu konuda bkz.: Bouzat, Traité, sh. 553.

25 Hans von Hentig, Wiederaufnahmerecht, Heidelberg 1930, sh. 164.

26 Erem, Ceza, sh. 662.

min cezaların infazına başlanabilmesi veya başlamış bulunan infaza devam edilebilmesi, genel af kanununda bir sarahat olmasına bağlıdır²⁷.

Genel af para cezalarının ödenmesini de imkânsız kılar. Genel aftan evvel ödenmiş bulunan para cezalarının geri verilip verilmeyeceği konusunda kesin bir fikir yoktur. Bununla beraber, genel af mahkûmiyeti ortadan kaldırdığı için, para cezasının mesnedini teşkil eden hukuki sebep de geçmişe şâmil olmak üzere ortadan kalkmış demektir. Öyle ise, hazinenin bu meblağı muhafaza etmeğe hakkı olamaz. Öte yandan, genel af kanunu yürürlüğe girdiği tarihte para cezalarını ödemiş bulunan hükümlüler, bu borçlarını yerine getirmekten kaçınan kimselere nazaran daha zor bir durumda kalmış olacaklardır²⁸. Nihayet, bunların geri verilmesi bakımından bir imkânsızlık da bahis konusu değildir²⁹. Ceza evinde geçirilmiş müddetin iadesi maddeten mümkün değilse de, ödenmiş bir meblağın geri verilmesi daima mümkündür. Üstelik bu şekilde, genel affın geçmişe şâmil olması prensinine de azami derecede uyulmuş olur. Ödenmiş para cezalarının genel aftan sonra iadesi lehinde ileri sürülen bütün haklı gerekçelere rağmen, bütçe ve hazine mülâhazaları dolayısıyla hemen her zaman bunun aksi prinsip benimsenmiştir³⁰. Bizde de, ödenmiş para cezalarının genel aftan sonra verilemeyeceği esası kabul edilmiştir (TCK. m. 100). Bununla beraber, para cezası haksız olarak genel aftan sonra tahsil edilmiş ise, iadesi gerekir³¹. Hükümlü para cezasının taksitle ödenmesi imkânından istifade ediyorsa (TCK. m. 19), evvelce ödenen taksitler geri verilmemekle beraber, mütebaki kısmın tahsili imkânsız hale gelir.

C. Genel Affın Ehliyetsizliklere Tesiri:

Genel aftan sonra, mahkûmiyete bağlı ehliyetsizlikler de ortadan kalkar. Bundan sonra genel aftan faydalanmış bulunan kimsenin eski ehliyetleri avdet etmiş olur. Meselâ hükümlüye tahmil edilmiş bulunan âmme hizmetlerinden memnuniyet, kanuni mahcuriyet gibi ehliyetsizlikler sona erer. Fakat bunu, ehliyetsizliğin devamı sırasında doğan neticelerin telâfisi şeklinde anlamamak gerekir. Ehliyetsizliğin devamı

27 Cabat, age., sh. 75;

Özek, agm., sh. 151-152.

28 Cabat, age., sh. 81-82.

Ödenmiş para cezalarının geri verilmesi gerekeceği hakkında bkz.: Garraud, age., sh. 628.

29 Merle, age., sh. 135.

30 Vidal-Magnol, age., sh. 834, dip not: 2.

31 Erem, Ceza, sh. 662.

sırasında kaybedilen haklar, genel affla birlikte kazanılmış olmaz. Genel afftan faydalanan eski hükümlü için, sadece bundan sonra her hangi bir ehliyetsizlik bahis konusu olmayacaktır. Eski hükümlü, ehliyetsizliğin taallük ettiği alanlarda da tasarruflarda bulunabilecektir. Bu prensip bilhassa memur olma ehliyetini kaybeden kimsenin genel afftan sonra kendiliğinden eski vazifesini kazanamaması neticesini doğurmaktadır. Böyle bir şahıs, genel afftan sonra sadece bu hakkının yeniden kazanmış olur; eski vazifesine dönüp dönmemesi, idarenin takdirine bağlıdır³². Bizde 1961 Anayasası genel affın bütün ehliyetsizlikleri ortadan kaldıracığı prensibine önemli bir istisna getirmiştir. Yeni Anayasanın 68. maddesine göre, seçilme ehliyetini kaybettiren mahkûmiyet sonradan bir genel affla ortadan kalksa bile, bundan faydalanan kimse seçilme ehliyetini kazanmış sayılamaz.

D. Genel Affın Emniyet Tedbirleri ve Müsadereye Tesiri:

Hukukumuzda emniyeti umumiye nezareti, küçüklerle, sağır-dilsizler hakkında alınan tedbirler ve müsadere gibi emniyet tedbirleri vardır. Emniyeti umumiye nezareti ister bir ceza³³, ister bir emniyet tedbiri³⁴ olarak kabul edilsin, genel afftan sonra ortadan kalkacaktır. Bir ceza olarak kabul edilecek olursa, genel afftan sonra ortadan kalkacağı hakkında tereddüt edilmemek icap eder. Çünkü TCK. m. 97, açıkça bütün cezaların ortadan kalkacağını belirtmiş bulunmaktadır. Emniyeti umumiye nezareti, bir emniyet tedbiri olarak kabul edildiği takdirde de netice değişmeyecektir. Bu durumda, emniyeti umumiye nezareti mahkûmiyetin cezai neticelerinden biri olacak ve TCK. m. 97'deki sarahat icabı yine ortadan kalkması gerekecektir.

Bununla beraber, akıl hastaları, küçükler, sağır-dilsizler ile alkol ve uyuşturucu maddeler kullananlar hakkındaki tedbirler genel affa rağmen devam ederler³⁵.

Müsadere konusunda ise kanunumuzda sarahat vardır: Ceza kanununun ilgili hükmüne göre, müsadere edilen eşya genel afftan sonra geri verilmez (TCK. m. 100). Ancak bazı orman suçlarının affına dair olan 1958 tarih ve 7132 sayılı kanun, zaptolunan orman emvali ile bir kısım malzemenin sanıklara iade edileceğini hükme bağlamış bulunmak-

32 Erem, Ceza, sh. 663; Dönmezer-Erman, age., sh. 962; Özek, agm., sh. 152; Chomette, age., sh. 82-83.

33 Bkz.: Dönmezer-Erman, age., C. II/I, sh. 662-663.

34 Bkz.: Erem, Ceza., sh. 351.

35 Dönmezer-Erman, age., sh. 962.

tadır (m. 1 f. 6). Bu suretle genel affın müsadere edilen eşyanın iadesine sebep olmayacağı yolundaki kaideye (TCK. m. 100), bir istisna vaz edilmiş bulunmaktadır. Bunun haricinde, 5677, 113 ve 134 sayılı af kanunları, genel affın müsadereye engel teşkil etmeyeceğini açıkça kabul etmiş bulunmaktadırlar (Bkz. 5677 sayılı Af Kanunu'nun 4.; 113 ve 134 sayılı Af Kanunlarının 5. maddeleri).

E. Genel Affın Mahkeme Masraflarına Tesiri:

TCK. m. 120'ye göre, genel af hazinenin mahkeme masraflarını talep etme hakkına son verir. Ancak genel af kanununda aksine sarahat yoksa, ödenmiş bulunan mahkeme masrafları geri verilmez³⁶.

F. Genel Affın İtiyadî Suça Tesiri:

Yargıtay içtihatlarına göre, genel af itiyadı da ortadan kaldırı³⁷. Ancak Yargıtay'ın bu kararı itiyadın bir şiddet sebebi olması hali ile ilgilidir (TCK. m. 572). Buna rağmen itiyadın suç unsuru teşkil etmesi halinde de aynı neticeye varmak gerekir. Genel af itiyadî suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkarsa mesele yoktur. Genel affa tâbi olmak bakımından, itiyadî suçlarla diğer suçlar arasında bir fark yoktur. Genel affın yürürlüğe girdiği tarihe kadar işlenen fiiller itiyadı göstermeye yetmeyebilir. Genel aftan sonra da bu fiillerin işlenmesine devam edilirse, nasıl bir neticeye varılacaktır? Bu durumda da genel aftan evvel işlenen fiillerin itiyadı tesbitte nazara alınmaması icap eder. Genel aftan evvel işlenen fiiller hakkında genel aftan sonra hiç bir şekilde cezaî takibat yapılamaz. Gerçi itiyadî suçu meydana getiren hareketlerin, müstakil olarak nazara alınmaması icap eder. Genel aftan evvel işlenen fiiller hakkında genel aftan sonra hiç bir şekilde cezai takibat yapılamaz. Gerçi itiyadî suçu meydana getiren hareketlerin, müstakil olarak nazara alındıklarında suç teşkil etmedikleri ileri sürülebilir. Fakat bunlar itiyadı gösterecek bir sayıya ulaştıkları anda suç sayılacaklardır. Bu sebeple, genel aftan önce işlenen fiilleri bundan sonra işlenenlerle birleştirmek suretiyle itiyadın teşekkül ettiği sonucuna varmak doğru olmaz. Netice olarak, genel aftan sonra işlenen fiiller tek başlarına ve bundan evvelkilerle birleşmeksizin itiyadı göstermeğe kâfi gelmiyorlarsa, suç teşekkül etmiş sayılamayacaktır³⁸.

36 Özek, agm., sh. 154.

37 "5677 sayılı af kanunu, umumi affa tâbi suçların cezalarını kanuni neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır; bu neticeler meyanında tekerrüre ve itiyada esas teşkil edebilme kaabiliyeti de vardır". CGK. 8.1.1951, E. 4-2/K.1 için bkz. TİK., 1951, C. I. sh. 643., N. 1113.

38 Chomette, age., sh. 150.

G. Genel Affın Müttemadi Suça Tesiri:

Temadi devam etmekte iken çıkan bir genel af, bu ana kadar devam etmiş olan fiilin cürmi mahiyetini ortadan kaldırır ve aftan evvelki kısım temadinin mevcut olup olmadığını tesbitte nazara alınmaz. Meselâ, erkeğin zinası bahis konusu olduğunda genel aftan sonra işlenmiş tek fiil suçun teşekkülü için kâfi sayılamayacaktır. Karısından başka bir kadınla cinsî münasebette bulunmak şeklinde tezahür eden fiil, temadinin varlığını gösterecek kadar tekrarlanmamıştır³⁹. Genel af daha evvelki fiilleri suç olmaktan çıkarttığı için, bu tek fiilli genel aftan evvel işlenmiş olanlara bağlamağa da imkân yoktur⁴⁰. Failin cezalandırılabilmesi için, zinanın temadi teşkil edecek kadar tekrarlanmış olması gerekir. Bu şart tahakkuk ederse, artık yeni ve müstakil bir zina suçu işlenmiş sayılır⁴¹. Nihayet, şikâyete bağlı müttemadi suçlarda şikâyet dilekçesi genel affa kadar olan kısmı kapsar. Genel aftan sonra da devam eden temadinin takip edilebilmesi için yeni bir şikâyet dilekçesi verilmesi lâzımdır⁴².

Hürriyeti tahdid suçunda da (TCK. m. 179), genel aftan evvelki kısım bundan sonra suç olmaktan çıkar. Ancak zinanın aksine olarak, afdan sonra hürriyetten mahrum etme keyfiyeti çok kısa bir süre için devam etse dahi suç yeniden işlenmiş sayılır. Bu, sözü edilen suçun mahiyeti icabıdır. Yoksa afdan evvelki temadinin de nazara alınması anlamına gelmez. Genel afdan sonraki kısım tamamen müstakil bir suçtur ve bunun genel affa takaddüm eden fiillerle hiç bir ilgisi yoktur. Bu itibarla cezanın tayininde temadinin az veya çok devam etmesini ölçü olarak kullanan yargıç, genel aftan evvelki temadiyi nazara almak suretiyle azami hadde yaklaşamaz. Bu kısım genel af kanunu ile suç olmaktan çıkartılmıştır; ne cezanın tayininde, ne de başka her hangi bir hususta tesir icra edemez.

H. Genel Affın İctima Haline Tesiri:

Genel affın içtima haline tesirini, cezaların içtima ile suçların içtimasını birbirinden ayırarak incelemek gerekir:

39 Uğur Alacakaptan, Suçun unsurları, Ankara 1963, sh. 45.

40 "15.5.1950 gününden önceki münasebetlerin af kanunu ile suç olmaktan çıkmış..... o tarihten sonraki olan münasebetlerin suç olmayan evvelki münasebetlere bağlanmasına imkân kalmamış.." 4CD. 24.1.1951. E.418/K.418 için bkz: TİK. 1952, C. I., sh. 479, n. 715.

41 "5677 sayılı af kanunundan önce işlenip de, bu kanundan sonra da devam eden zina fiili, evvelki zinanın devamı olmayıp müstakil suç teşkil eder" 4CD. 15.2.1951. E. 996/K.996 için bkz: TİK., 1951, C. I., sh. 649, n. 1122.

42 "Şikâyet dilekçesi af kanununa kadar olan kısmı kapsar. Af kanunundan sonra suçun temadisi halinde yeniden şikâyetname verilmesi icap eder" 4CD. 6.7.1961. E.2962/K.3167 için Bkz: Son. İct., 1962, n. 167, sh. 5040.

1. Cezaların içtimal ve genel af:

Cezaların içtimal halinde, mahkûmiyet ilâmında yer alan suçlar arasından genel affa tâbi olanlar bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Buna mukabil, affa tâbi olmayanlara ait cezalar infaz edilir. Eğer ilâmda yer alan cezaların hepsi affa dahil ise, mahkûmiyet ilâmı tamamen bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Bahis konusu cezalardan hiç biri affa tâbi değil ise, ilâmın infazına devam olunur⁴³. Ancak genel affa dahil olacak suçlar, hükmolunacak cezaya göre tesbit edilmiş bulunabilir. Bu durumda, içtima ettirilen cezaların toplamı, af kanununda tayin edilen müddetten fazla ise nasıl hareket edilecektir? Burada da cezaları tek tek nazara alarak bir sonuca varmak gerekir. İçtima dahil olmakla beraber, tek başlarına ele alındıklarında af kanununda, tayin edilen ceza miktarından az olan mahkûmiyetler, bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Buna mukabil, müstakillen af kanununun tesbit ettiği haddi aşanlar, afftan istifade edemezler⁴⁴.

2. Suçların içtimal:

a. *Biribirine bağlı suçlar*: Biribirine bağlı suçta (TCK. m. 78), karşılıklı iki suç vardır. Bunlardan biri diğerinin unsuru veya şiddet sebebi durumundadır. Meselâ yağmada (TCK. m. 495), biri hırsızlık (TCK. m. 491), diğeri de cebir kullanmak (TCK. m. 188), olmak üzere iki ayrı suç vardır. Fakat bu iki suç, biribirinin unsuru olarak birleşmekte ve ortaya yeni bir suç çıkmaktadır. Bunun yanında, bina içinde hırsızlıkta da (TCK. m. 491 /4, 492 /1), biri hırsızlık diğeri mesken masuniyetini ihlâl olmak üzere iki suç vardır. Ancak bunlardan mesken masuniyetini ihlâl, hırsızlığın şiddet sebebi mahiyetindedir⁴⁵. İşte bunun gibi biri diğerinin unsuru veya şiddet sebebi olan suçlara, biribirine bağlı suçlar denir ve bunlara cezaların içtimal hükümleri tatbik edilmez. Bunun yerine faile tek bir ceza verilir. Meselâ birinci misalde sadece yağmadan, ikinci misalde de sadece şiddet sebepli hırsızlık suçundan dolayı cezalandırma yoluna gidilebilecektir. Netice olarak, biribirine bağlı suçun, kendisini teşkil eden fiillere bölünmesi mümkün değildir. Bu itibarla genel af, unsur veya şiddet sebebi teşkil eden suçlarda birisini içine aldığı takdirde, biribirine bağlı suç affedilmiş sayılmaz⁴⁶. Meselâ hırsızlığı da içine alan bir genel af kanunu, yağmanın affedilmiş olması anlamına

43 Dönmezer-Erman, age., sh. 960.

44 Meray, age., sh. 26.

45 Dönmezer-Erman, age., C. I., sh. 382-383.

46 Dönmezer-Erman, age., C. I., sh. 387, C.II/2, sh. 955.

gelmeyecektir. Bunun gibi, yağmada mevcut olan hırsızlığın affedildiği ve sadece cebir kullanma suçundan dolayı ceza verilmesi gerekeceği de iddia olunamaz; zira birbirine bağlı suçun bölünmesi mümkün değildir⁴⁷.

b. Fikrî içtima: Fikrî içtima (TCK. m. 79), hükümlerinin tatbiki suretiyle verilen mahkûmiyetten sonra çıkan genel af bakımından bir güçlük yoktur. Bu durumda, mahkûmiyet hükmünün bütün neticeleri ile ortadan kalkacağı tabiidir. Buna mukabil genel af kanunu kamu dâvasının görülmesi sırasında çıkacak olursa, bazı ihtimallerin göz önüne alınması icap eder. İhlâl edilen kanun hükümlerinden her ikisi de genel af kanununun şümulüne giriyorsa, yine mesele yoktur. Bu halde kamu dâvasının düşmesine karar verilecektir. Genel af kanunu muhtelif ihlallerden sadece bir veya bir kaçını içine alıyorsa, ne yolda hareket edileceği konusunda karar verebilmek için fikrî içtima müessesesinin esasını nazara almak gerekir.

TCK.'nu fikrî içtimaya ilişkin hükmünde (m. 79), bir fiilin kanunun muhtelif hükümlerini ihlâl edebilmesi ihtimalini göz önüne almış ve bu durumda failin tek bir ceza göreceğini kabul etmiş bulunmaktadır. İşte fikrî içtima denilen bu halde, birden fazla suç mevcut olmasına rağmen, hukuk düzenine karşı gelmek iradesindeki birlik sebebiyle faile tek ceza verilmektedir⁴⁸. Böylece fikrî içtimada aslında birden fazla suç bulunması, yani hakiki içtimadan bahsedilememesi sebebiyle, muhtelif ihlallerden bir veya bir kaçının genel affın dışında kalması mümkündür⁴⁹. Kanunda yer alan “..en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır” (TCK. m. 79), yolundaki ifade de bunu destekler mahiyettedir. Kanun da, böylelikle, fikrî içtimada birden fazla suç mevcut olduğunu, ancak faile bunlardan birisinin cezasının verilebileceğini kabul etmiştir. Netice olarak, fikrî içtimaya dahil ihlallerden birisi genel af kanunu dolayısıyla suç olmaktan çıkarsa, diğeri hakkında kâmu dâvasına devam edilebilir.

Bununla beraber, genel affa dahil olan fiilin “..en şedit cezayı tazammun eden..” maddede yer alan suç olması, bir takım tereddütler doğurabilecek mahiyettedir. En şedit cezayı tazammun eden fiil suç olmaktan çıkınca, diğerrinin de cezalandırılmayacağı iddia olunabilir. Çünkü kanun, muhtelif ihlallerden sadece birisinin cezalandırılabilceğini ön görmüş bulunmakla, diğerrlerinin cezalandırılmayacağını ifade etmiş olmaktadır. Fakat böyle bir düşünüş tarzı doğru sayılamaz. Ceza kanunu,

47 Dönmezer-Erman, age., C. I., sh. 387.

48 Dönmezer-Erman, age., C. II/1., sh. 382.

49 Dönmezer-Erman, age., sh. 955.

fikrî içtimada hakiki içtimayı kabul etmemekle, aslında birden fazla suçun mevcut olduğunu teyid etmiş bulunmaktadır. Yine kanuna göre, aynı fiil ancak birden fazla hükmü ihlâl ettiği takdirde en şedit cezayı tazammun eden madde tatbik olunur. Genel af, en şedit cezayı tazammun eden ihlâli suç olmaktan çıkarınca, fikrî içtima hali de kaybolacaktır. Böyle bir durumda fikrî içtimadan değil, bir fiilin yine tek bir kanun hükmünü ihlâl etmesinden bahsedilebilir. Bu durumda, faili genel affa dahil bulunmayan ihlâlden dolayı cezalandırmak, TCK. m. 79'a aykırı olmaz. Ancak fikrî içtimanın hakiki bir içtima hali olduğu ve ortada en ağır ihlâlin temsil ettiği tek bir suçun mevcut bulunduğu kabul edilse idi, aksi neticeye varmak mümkün olabilirdi. Halbuki, fikrî içtimada hakiki değil calî birlik olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır.

c. Müteselsil suç : Genel affın müteselsil suçun tamamlanmasından sonra müdahale etmesi halinde nasıl hareket edileceği konusunda tereddüde mahal yoktur. Eğer genel af takibat sırasında çıkarsa, kamu davasının düşmesine karar verilir. Kesin hükümden sonra vaki olan genel af ise, mahkûmiyeti bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır. Buna mukabil, teselsül devam etmekte iken çıkan genel affın tesirlerinin ne olacağı meselesi, müteselsil suçun esası hakkındaki görüşler sebebiyle farklı neticelere bağlanmaktadır.

Müteselsil suçun bölünebileceğini kabul eden görüşler, genel affın teselsülü keseceği ve netice olarak aftan evvel işlenmiş bulunan fiillerin bundan faydalanacağı fikrini savunurlar. Buna mukabil, müteselsil suçun bölünemeyeceği kanaatında olanlar, genel affın kendisinden evvelki kısma da tesir edemeyeceğini iddia ederler.

Yargıtay bir kararında bunlardan ikinci görüşü benimsediğini ifade etmiş^{49a} ve daha sonraki kararlarında da bu kanaatını değiştirmemiştir⁵⁰. Yargıtay, bu kararları ile gerçeklik nazariyesini⁵¹ ve müteselsil suçun bölünemeyeceği prensibini kabul etmiş bulunmaktadır. Bunun tabii neticesi olarak da, teselsülün genel aftan sonra da devam

49/a ".....bir suç işlemek kasdının icrai fiillerinden olarak kanunun aynı hükmünün defalarla ihlâl edilmesi halinde bir suç telâkkisi teselsül nazariyesi icabından olduğuna göre bu esasa dayanılarak Af Kanunundan sonra teselsül etmiş olan fiillere ait cürmi faaliyetlerin heyeti umumiyesi affın şümulü haricinde kalacağı." 5CD. 4.5.1951. E. 1635/K. 1759 için bkz: Kunter, Müselsel suç, sh. 888 vd.

50 "Kanunun aynı hükmünün defaatle ihlâlinin tek bir suç teşkil etmesi karşısında suçun, af kanunundan evvel başlayıp kanunun meriyete girmesinden sonra da devam ve teselsül etmiş olması halinde failin faaliyetinin heyeti umumiyesi itibariyle mezkûr kanunun şümulünden hariç tutulması gerekir". 6CD. 1.12.1961. E.3785/K.3771 için bkz: Ad. Der., 1962, n. 1., sh. 92.

51 Müteselsil suçta gerçeklik nazariyesi için bkz: Erem, Ceza, sh. 569.; Kunter, Müselsel suç, sh. 893-895.

etmesi halinde suçun bütünü ile birlikte affın dışında kalacağı sonucuna varmaktadır. Müteselsil suçun bir bütün olması sebebiyle, genel affın kendisinden evvelki fiilleri suç olmaktan çıkartıp, kendisinden sonrakilere tesir etmemesi düşünülemez.

Türk doktrininde Kunter de aynı fikri müdafaa etmektedir. Yazar, müteselsil suçun sadece ceza (TCK. m. 80), zamanaşımı (TCK. m. 103) ve selâhiyetli mahkemenin tesbiti (CMUK. m. 8) bakımından değil, kanunda serahaten belirtilmemiş hususlar bakımından da bir bütün teşkil ettiği kanaatındadır⁵². Bu sebeple Yargıtay'la birlikte, genelaffın kendisinden sonra devam eden müteselsil suçun bütünü hakkında gayrı kabili tatbik olduğu sonucuna varmaktadır⁵³.

Buna mukabil Türk doktrininde aksi görüş de savunulmaktadır. Dönmezer-Erman, müteselsil suçtu terkip eden muhtelif fiillerin ancak kanunda belirtilen hususlar bakımından tek suç sayılabileceğini, bunun dışında kalan hallerde her fiilin müstakil olarak nazara alınması lâzım geldiğini kabul etmektedirler⁵⁴. Netice olarak müteselsil suçtu teşkil eden fiiller, kanunun tasrih ettiği haller dışında ve bu arada genel affın tatbiki bakımından birlik araz etmezler. Bu itibarla, teselsül eden fiillerden her birinin müstakil olarak genel affa tâbi bulunması mümkündür⁵⁵.

Bu konuda Erem de aynı kanaatı benimsemektedir. Erem'e göre, TCK. müteselsil suç bakımından kanuni faraziye nazariyesini kabul etmiş bulunmaktadır. Müteselsil suçtan bahseden 80. maddenin "Suç ve cezaların içtimaı" isimli bapda yer alması bunu göstermektedir. TCK., bu suretle müteselsil suçtu teşkil eden fiilleri aslında ayrı bir suç saydığını ve suçlunun lehine hareket edebilmek için hususi bir içtima şekli kabul ettiğini göstermiş bulunmaktadır⁵⁶. Sözü edilen kanuni faraziye nazariyesine göre, müteselsil suç sadece ceza bakımından tek suç sayılır; bunun dışında kalan hallerde her fiil hakkında müstakil olarak genel hükümler tatbik edilir⁵⁷. "Bu itibarla teselsül devam etmekte iken genel af kanunu yürürlüğe girmiş ise bu tarihten evvelki unsur suçlar affa uğramış, bu tarihten sonrakiler ise affın şümulü dışında kalmış olacaktardır"⁵⁸.

52 Kunter, Müselsel suç, sh. 897-898.

53 Kunter, Müselsel suç, sh. 898 vd.

54 Dönmezer-Erman, age., C. I., sh. 370-371.

55 Dönmezer-Erman, age., C. I., sh. 370-371.; C. II., sh. 955.

56 Erem, Ceza, sh. 570.

57 Erem, Ceza, sh. 577.

Görülüşü üzere mesele, müteselsil suç hakkında kabul edilecek görüşe nazaran birbirine tamamen zıt iki şekilde sonuçlanabilmektedir. Müteselsil suçun kanunda sayılan ve sayılmayan bütün hususlar bakımından bir bütün teşkil ettiğini ve hiç bir şekilde bölünemeyeceğini savunan görüşün doktrin bakımından bir değeri olduğu muhakkaktır. Fakat hukuk tekniği icapları, diğer neticeyi destekler mahiyettedir. Kanun teselsül eden fiillerin tek suç sayılmasını istediği her yerde (TCK. m. 80, 103; CMUK. m. 8), bunu açıkça belirtmiştir. Eğer kanun, müteselsil suçun her bakımdan bir bütün sayılmasını istemiş olsa idi, bunu da açıkça belirtebilirdi. Halbuki kanun koyucu bu yola gitmemiş, müteselsil suçun üç bakımdan bir bütün arz edeceğini kabul etmiştir. Netice olarak müteselsil suç, kanunda yer almayan hususlar bakımından bölünebilir. Bu itibarla, teselsül devam etmekte iken çıkan genel affın evvelki fiiller, bunun şümulüne girer. Bundan sonraki fiiller ise, müstakil olarak cezalandırılır. Ancak fiillerin yeniden TCK. m. 80'e uygun olarak teselsül etmesi halinde, yeni bir müteselsil suçtan dolayı ceza verilebileceği tabiidir⁵⁹.

Müteselsil suçun bölünmesi, genel affa ilgili diğer bazı meselelerin çözümlenmesi bakımından da önemli sonuçlar doğurur. 5677 sayılı Af Kanunu miktarca 500 liradan az zimmet, irtikâp, rüşvet vb. suçların genel affa dahil olacağını, bu miktardan fazla olanların ise genel affın dışında kalacağını ön görmekte idi. Böyle olunca, toplamı 500 liradan fazla olan müteselsil zimmetlerde nasıl hareket edileceğini tesbit etmek gerekir. Burada da ölçü, müteselsil suçun bölünüp bölünemeyeceğidir. Kaide olarak müteselsil suçun kanunda yazılan hususların dışında bölünebileceğini kabul ettiğimize göre, buna uygun bir neticeye varmamız gerekir. Bu netice de, her zimmetin teker teker nazara alınması ve bunlardan miktarı 500 liradan az olanların genel affın istifade ettirilmesi, 500 liradan fazla olanların ise genel affın dışında kalması olacaktır⁶⁰.

Genel affın müteselsil suç üzerindeki tesirleri ile ilgili bir mesele de, teselsül etmeyen ve fakat fiili mevsuf kılan bir halin genel affın evvel vukua gelmesi ihtimalidir. Yargıtay bu konuda, "...müteselsil suçun

58 Erem, Ceza, sh. 577

59 Müteselsil suçun bölünebileceği hakkında bkz: Dönmezer-Erman, age., sh. 371, C. I.

60 Dönmezer-Erman, age., C. I., sh. 371.; Müteselsil suçtan bahsedebilmek için, fiillerden her birinin başlı başına suç teşkil etmesi gerekir. Bu fiiller, aralarındaki suç işleme kararındaki birlik sebebiyle müteselsil suç sayılacaklardır. Diğer yönden genel aff, fiilin suç olmak vasfını kaldırır. Her bir fiil 500 liradan aşağı miktara ilişkin ise genel affa tabi olacak ve suç olma vasfını kaybedecektir. Böyle olunca da, tek başına suç teşkil eden fiiller yoktur ki birleşip müteselsil suç meydana getirmeleri söz konusu olsun. Erman, 5677 sayılı, sh. 439.

müşeddet vasıflarının da asıl fiilden tefrik edilip af hükmüne tâbi tutulmasına hukuki imkân mevcut olamayacağı...” kanaatindedir⁶¹. Yargıtay ile birlikte müteselsil suçun bölünemeyeceği prensibini kabul eden Kunter de, aynı neticeye varmaktadır. Yazara göre genel af, müteselsil suçu mevsuf kılan ve aftan evvel vuku bulup da bundan sonra devam etmeyen duruma tesir etmeyecektir. Bu hale nazaran ceza da, fiilin mevsuf veya ağırlaşmış şekline göre tayin edildikten sonra teselsülünden dolayı artırılacaktır. Teselsül genel aftan sonra devam ettiği takdirde, suç mevsuf kısım da dahil olmak üzere bütünü itibariyle affın dışında kalacaktır⁶².

Müteselsil suçun bölünebileceği kabul edildiği takdirde, genel aftan evvelki kısım suçu mevsuf kılan fiil ile birlikte ortadan kalkacak ve şiddet sebebi veya tavsif eden durum genel aftan sonraki fiillere sirayet etmeyecektir. Bu netice, kabul ettiğimiz esasa da uygun olacaktır.

II. ÖZEL AFFIN CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN HÜKÜM VE NETİCELERİ:

Özel affın ceza hukuku yönünden hüküm ve neticeleri muhtelifdir.

A. Özel Affın Kamu Dâvası ve Ceza Mahkûmiyetine Tesir Etmemesi:

1. Genel olarak :

Genel af ceza mahkûmiyetine tesir etmez; sadece cezanın kaldırılmasını, azaltılmasını veya değiştirilmesini mümkün kılar (TCK. m. 98). Bunun gibi, kamu dâvasını da ortadan kaldırmaz. Hatta ceza tamamen affedilmiş olsa bile, kamu dâvası devam edecektir⁶³.

2. Özel affın mahkûmiyete tesir etmemesinin neticeleri :

Özel affın mahkûmiyeti ortadan kaldırmaması bazı neticeler doğurur: Özel affa rağmen, mahkûmiyeti ortadan kaldıracı tesiri olan müesseselerden faydalanılabılır. Bu sebeple, özel affa tecilin telifi mümkün olur; zira bu iki müessesenin konuları aynı değildir. Özel af cezayı, tecil ise mahkûmiyeti nazara alır (TCK. m. 95). Özel af hükümden evvel çıkmış

61 5CD. 4.5.1951. E.1645/K.1759. için bkz: Kunter, Müselsel suç, sh. 891.

62 Kunter, Müselsel suç, sh. 902.

63 “Hususi af, cezayı tamamen kaldırırsa bile, âmme dâvasını ortadan kaldırmaz” CGK. 6.10.1950. E. 322/K.336. için bkz: TİK., 1952, C. I., sh. 618., n. 994.

ise, buna rağmen tecil kararı verilebilir. Yok eğer özel af tecilli mahkûmiyetten sonra bahşedilmiş ise, bu karar devam eder⁶⁴. Yine özel af mahkûmiyete tesir etmediği için, bundan faydalanan hükümlü memnu haklarının iadesi talebinde bulunabilir⁶⁵. Ancak bekleme müddeti daha uzundur (TCK. m. 123). Nihayet, özel aftan sonra muhakemenin iadesi yoluna gitmek de mümkündür. Bu suretle mahkûmiyet hükmünün ortadan kalkması temin edilmiş olacaktır (CMUK. m. 327).

Bütün bunlara mukabil, özel aftan sonra ceza tamamen ortadan kalksa bile mahkûmiyet hükmü mevcudiyetini muhafaza edeceği için, tecil ehliyeti kaybolur. Özel affa uğramış mahkûmiyeti takiben ikinci bir suç işlenirse, ilk cezanın tamamen ortadan kalkmasına rağmen tecil kararı verilemez⁶⁶.

Özel affa tâbi olan bir mahkûmiyet, cezanın tamamının affedildiği hallerde bile tekerrüre esas teşkil eder⁶⁷. Bununla beraber, mahiyeti icabı tekerrüre esas olamayan bir ceza, meselâ ölüm cezası özel af ile başka bir cezaya çevrildikten sonra artık tekerrür hükümleri uygulanamaz. Zira af kanunu 29. maddenin tamamen tatbikini mütaakip nazara alınabilir. Bu sebeple, sözü edilen hüküm tatbik edilerek ölüm cezasına hükmedildikten sonra af kanununun uygulanmasına geçilecektir. Af kanunu ile ceza değiştirildikten sonra, tekerrürden dolayı cezayı artırmak imkânsız hale gelir⁶⁸.

Nihayet, yine özel affın mahkûmiyeti ortadan kaldırmaması sebebiyle, hüküm adli sicile geçecektir⁶⁹.

B. Özel Affın Asli, Fer'i Cezaya ve Mahkûmiyetin Cezai Neticelerine (ehliyetsizliklere) Tesiri:

Özel af asli cezaya tesir ederek bunu kaldırır, azaltır veya değiştirir (TCK. m. 98). Ancak kanunun seçimlik bir ceza tayin etmiş olması

64 Erem, Ceza, sh. 667-668.

65 Dessarps, age., sh. 156.

66 Bkz: Pierre Bouzat, Grace, Répertoire de droit criminel et de procédure pénale, Dalloz, Paris 1953, C. I., sh. 146.

67 Dönmezer-Erman, age., sh. 892.

“..Malûmdur ki hususi af ise umumi af gibi mahkûmiyetin neticesine tesir etmez. Bu sebeple daha sonraki mahkûmiyetlerde tekerrür hükmünün tatbiki lâzım gelir....” CGK. 14.5. 1951, E. 70/K.65 için bkz: TİK., 1951, C. II., sh. 1542, n. 2525.

68 “... ölüm cezası tayin edilmiş olması sebebiyle bu cezanın tekerrürle artırılması kabul olmadığı ve suçun evvelâ ceza kanununa göre cezasının tahdidî ve af kanununun en sonra tatbiki lâzım geldiği düşünülmeksizin 81 inci maddenin af kanunundan sonra nazara alınması.....” ICD. 31.1.1953. E. 65/K.450 için bkz: TİK., 1953, C. I., sh. 475, n. 662.

69 Bouzat Grace, sh. 146.

Vidal-Magnol, age., sh. 826.

halini nazara almak gerekir. Özel af, seçimlik cezalardan birisini affetmiş diğerini affin dışında bırakmış olabilir. Bu durumda failin aftan faydalanıp faydalanamayacağını tesbit edebilmek için, yargıcın bu cezalardan hangisine hükmettiğine bakmak lâzımdır. Yargıcın verdiği ceza, affa tâbi cezalardan birisi ise suçlu aftan faydalanır⁷⁰. Aksi halde, af kanunu hükümleri tatbik edilemez.

Asli cezanın aftan faydalanmasına mukabil, kanun veya kararnamesinde aksine sarahat yoksa fer'i ve mütemmim cezalar olduğu gibi kalır (TCK. m. 98). Meselâ, fer'i ve mütemmim ceza olarak hükmedilen kamu hizmetlerinden memnuniyet⁷¹, özel aftan sonra da devam eder⁷².

Özel af mahkûmiyetin cezai neticelerine de tesir etmez. Bu sebeple birer kanuni netice olarak eklenen kamu hizmetlerinden memnuniyet cezası, özel af vuku bulmamış gibi tatbik olunur. Özel af sonunda failin cezası beş sene ağır hapisten aşağı düşse bile, kanuni netice olarak ortaya çıkan kamu hizmetlerinden memnuniyet muvakkat değil, müebbeddir⁷³.

C. Özel Affin Kanuni Mahcuriyete Tesiri:

Prensip olarak özel af fer'i cezalara tesir etmez. Fakat bir fer'i ceza asli cezanın infazı sırasında hüküm ifade etmekte ise, bunun tamamen kaldırılması veya azaltılması, fer'i cezaya da tesir etmelidir. Bu nevi fer'i ceza kanuni mahcuriyettir. Eğer asli ceza özel af ile ortadan kaldırılmış ise, mahkûmun kanuni mahcuriyet altında bulundurulmasına imkân yoktur. Asli cezada sadece bir indirme vuku bulmuş ise, kanuni mahcuriyetin süresi de o kadar azalmış olacaktır. Bu sebeple, özel affin

70 Dönmezer-Erman, age., sh. 970.

71 Erem, Ceza, sh. 288.

72 "Fer'i cezanın hususi affa düşmesi ve indirilebilmesi için, kanun veya kararnamede sarahat bulunmalıdır..... asli cezada indirme yapılsa bile, fer'i ceza olan âmme hizmetlerinden memnuniyetin kaldırılmaması icap eder". CGK. 7.5.1951. E.68/K. 71 için bkz: TİK., 1952, C. I, sh. 480, n. 717.

"Âmme hizmetlerinden memnuniyet cezası, Türk Ceza Kanununda asli cezalar arasında gösterilmiş olmadığından ve ilgili hükümlere göre bunun bir fer'i ceza olması hatta ceza mahkûmiyetinin bir neticesi bulunması itibariyle mahkûmiyet hükmünde tasrih edilmesine bile lüzum yoktur. Bu itibarla, mahkeme kararıyla müebbed olarak amme hizmetlerinden memnuniyetine karar verilen kimsenin, af sebebiyle bu cezasından indirme yapılamaz....." CGK. 19.12.1960. E.64/K.62 için bkz: Son. İçt., 1961, n. 156, sh. 4696.

73 Dönmezer-Erman, age., sh. 971-972.

"TCK. nun 31. maddesinin tatbikinde aftan evvel hükmolunan cezanın esas tutulması icap ederken af kanunu ile indirilen cezanın esas tutularak.... hidematı âmeden mahrumiyet cezası verilmesi yolsuz....." CGK. 4.6.1951. E.1-9/K.19. için bkz: TİK., 1951, C. II, sh. 1954, n. 2622.

fer'i cezalara tesir edemeyeceği prensibini koyan TCK. m. 98, "...daha ağır bir cezadan mübeddel olan cezaya kanunen ilâve edilmemiş bulunmak şartıyla mahkûmun kanuni mahcuriyetini de ref eder..." demek suretiyle kanuni mahcuriyet bakımından bir istisna kabul etmiş bulunmaktadır⁷⁴. "Bu hükme göre kanuni mahcuriyeti mucip olan ceza (bk. TCK. m. 33 f. 1) özel af ile azaltılır veya başka bir cezaya çevrilecek olursa, yeni cezaya bakılır. Eğer yeni ceza mahcuriyeti mucip değilse, (meselâ beş seneden fazla bir ağır hapis cezasının beş seneden aşağıya indirilmiş veya hapis cezasına çevrilmiş olması) (bkz. TCK. m. 33 f. 1) kanuni mahcuriyet de kendiliğinden düşmüş sayılır. Eğer yeni ceza dahi kanuni mahcuriyeti gerektiriyorsa (meselâ on senelik bir ağır hapisin altı seneye indirilmiş olması) (bkz. TCK. m. 33 f. 1) özel af mahcuriyete müessir değildir"⁷⁵.

D. Özel Affın Emniyet Tedbirlerine Tesiri:

Özel affın emniyet tedbirlerine bir tesiri olmayacağı tabiidir. Bir emniyet tedbiri olan emniyeti umumiye nezaretinin infazına, "...cezanın ikmal veya kısmen veya külliye af olduğu tarihten..." itibaren başlanması da (TCK. m. 42) bunu gösterir. TCK. m. 42'de sözü edilen, özel aftır. Bu itibarla, özel affa rağmen bu tedbirin tatbiki kanunun sarih bir hükmü icabındandır⁷⁶. Ayrıca kanun, "Müebbed veya on seneden fazla muvakkat ağır hapis cezaları hususi af ile azaltıldığı veya ortadan kaldırıldığı surette buna dair olan kanun veya kararnamede buna muhalif sarahat olmadıkça mahkûm üç sene müddetle emniyeti umumiye nezareti altına alınır" demektedir (TCK. m. 101). Kanunun bu hükmünün ölüm cezasının affa uğradığı hallere de teşmil etmek gerekir. Mehz kanunda ölüm cezası kabul edilmediği için, bundan bahsedilmemiştir. Bu sebeple, TCK. m. 101'de ölüm cezasının sayılmamış olmasına rağmen,

74 Dönmezer-Erman, age., sh. 971.

75 Erem, Ceza, sh. 666.

"Hususi af dolayısıyla asli cezada yapılan indirme neticesinde bu ceza 5 senenin altına düştüğü takdirde, kanuni mahcuriyet cezasına hükmolunamaz" "ICD. 23.2.1951. E.390/K.613 için bkz: TİK., 1952, C. I, sh. 482 n. 719. "Asli cezada af ile tenzil edilmekle beraber geri kalan müddet beş seneden ziyade ağır hapis ise, yine kanuni mahcuriyete hükmolunmak icap eder" ICD. 17.4.1952. E.905/K.1013 için bkz: TİK., 1952, C. I, sh. 453, n. 666.

76 "...Asli cezada indirme yapılsa bile, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurma cezasının aynen ipkası icap eder." ICD. 21.3.1951. E.644/K.598 için bkz: TİK., 1952, C. I, sh. 481, n. 718.

"Hususi affın emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulma cezasına tesiri yoktur ve asli cezada indirme yapılması, bu cezadan indirme yapılmasını icap ettirmez" ICD. 21.3.1951, E.644/K.598. için bkz: TİK., 1951, C. I, sh. 526, n. 892.

bu hükmü tatbik etmek gerekir⁷⁷. Böylece, tercüme yapılmakta iken düşünülen bir hata düzeltilmiş olur.

E. Özel Affın Mahkeme Masraflarına Tesiri:

Mahkeme masrafları özel affa konu teşkil etmez. Özel af bütün cezaı kaldırsa bile, bu netice değişmeyecektir⁷⁸. Esasen TCK. m. 120, ancak genel af halinde mahkeme masraflarının talep edilemeyeceğini ifade etmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, özel af halinde hükümlüden mahkeme masrafları istenir⁷⁹.

F. Özel Affın İçtima Haline Tesiri:

Cezaların içtimai bahis konusu ise, mahkûmiyet ilâmındaki cezalardan özel affa uğrayanlar kanundaki sarahate göre tamamen ortadan kalkar, hafifler veya değişirler. Suçların içtimai halinde ise, TCK. m. 78, 79 ve 80'e göre verilen hükümler nazara alınarak bunların affın şümulüne girip girmediği araştırılır.

İ k i n c i B a ş l ı k

AFFIN İDARE HUKUKU YÖNÜNDEN HÜKÜM VE NETİCELERİ

Af, idare hukuku alanında bilhassa disiplin cezaları bakımından önemli neticeler doğurmaktadır. Bazı af kanunlarında, bunun disiplin cezalarına tesir edip etmeyeceği hususunda bir sarahat yoktur. Böyle bir halde, meselenin genel hukuk prensiplerine göre halledilmesi gerekmektedir.

Kanun koyucunun bütün şüpheleri ortadan kaldırmak için af kanunlarına özel hükümler koyduğu da görülmektedir. Genel af kanununda bunun disiplin cezalarına tesir etmeyeceği belirtilmiş ise, mesele biraz basitlemiş demektir. Böyle bir durumda genel affın disiplin cezalarına tesir edip etmeyeceği konusunda münakaşalara girişmeğe mahal yoktur. Ancak bu yolda hüküm bütün tereddütleri ortadan kaldıracak mahiyette değildir; zira disiplin cezasının mahkûmiyetin bir neticesi olduğu haller

⁷⁷ Erem, Ceza, sh. 667.

⁷⁸ Merle, age., sh. 162.

⁷⁹ Dönmezer-Erman, age., sh. 969.

de vardır. Genel affın disiplin cezalarına tesir etmeyeceği yolundaki hüküm, sözü edilen ihtimali kapsayamamaktadır.

Nihayet bazan, genel affın disiplin cezalarına tesir edeceği de hükme bağlanmaktadır. Böylece problemin halli de bir hayli kolaylaşmış olmaktadır.

Bu başlık altında, yukarıdaki paragraflarda işaret edilen konular incelenecektir. Fakat burada sadece genel affın söz edilmektedir. Özel af münhasıran cezaya tesir ettiği cihetle, disiplin suçları üzerinde bir tesir icra etmez.

I. GENEL AF KANUNUNDA DİSİPLİN CEZALARI BAKIMINDAN SARAHAH OLMAMASI:

Bir fiil, hem ceza hem de disiplin hukuku bakımından suç teşkil edebilir. Genel af kanununun disiplin cezaları bakımından her hangi bir hüküm ihtiva etmemesi halinde, iki çözüm yolundan birisini seçmek gerekmektedir.

A. Genel Affın Disiplin Cezalarına da Tesir Edeceği Görüşü:

Bir fiil disiplin cezasını da gerektiriyorsa, mahkûmiyeti ortadan kaldıran genel af bu idari müeyyide bakımından da aynı neticeyi doğuracaktır. Çünkü disiplin hukuku ikinci derecede bir ceza hukukudur. Muayyen bazı fiillerin cezai neticelerini bertaraf eden kanun koyucu, disiplin suçlarını da nazara almış sayılır⁸⁰. Öte yandan, genel af suçu da ortadan kaldırır. Öyle ise, genel affa rağmen verilen disiplin cezası, mevcudiyetini kaybetmiş bir fiile istinad etmiş olacak ve bu sebeple hukuki mesnetten mahrum kalacaktır⁸¹.

Bu anlayış, genel affın fiili de ortadan kaldırdığı fikrinden hareket etmektedir. Böyle bir neticeye varabilmek için, kanun koyucunun fiili ve bundan doğan her türlü neticeyi ortadan kaldırmak istediğini kabul etmek gerekir⁸². Ancak suç ile fiil aynı şey değildirler. Genel af sadece fiilin cürmi mahiyetine tesir eder. Bu itibarla, genel affın sonra fiil maddi bir vakıa olarak mevcut olacak; fakat suç sayılamayacaktır⁸³.

80 Georges-Levasseur, L'Amnistie. Son influence sur le droit disciplinaire, Paris 1933, sh. 13

81 Hakkı Demirel, Genel affın disiplin cezalarına tesiri, Ad. Der., 1953, n. 12, sh. 207.

82 Levasseur, age., sh. 14.

83 Bkz: Demirel, Genel affın., sh. 207-208. Ayrıca bkz: İkinci Bölüm, Üçüncü Başlık, I, B., 2.

Başlangıç noktası hatalı olan bir fikirden hareket etmek suretiyle varılan bu sonuca itibar etmemek gerekir. Öte yandan, disiplin hukukunun ikinci derecede ceza hukuku olduğu fikri de mübalâğalıdır. Her ikisi arasında bazı müşterek taraflar bulunduğu söylenebilir. Fakat, disiplin hukuku ile ceza hukukunun birbirlerinden ayrı oldukları genellikle kabul edilmektedir⁸⁴.

B. Genel Affin Disiplin Cezalarına Tesir Edemeyeceği Görüşü

Ceza ve disiplin hukuku bakımından suç teşkil eden bir fiilin, kanunda askine sarahat olmadıkça affedilmiş sayılamayacağını savunan görüşler, iki grupta toplanabilir:

1. Genel affin fiili ortadan kaldırmaması :

Genel af, maddi bir vakıa olarak fiilin mevcudiyetine tesir etmez. Bu sebeple, genel affa tâbi olan suç hakkında cezai takibat yapılmasa bile, aynı fiilden dolayı disiplin cezası verilmesi mümkündür⁸⁵.

Genel af sadece fiilin cürmi mahiyetine tesir eder. Üçüncü şahıslara ait hakların mahfuz tutulması, bunun en açık delilidir.⁸⁶ Öyle ise, varlığını muhafaza eden fiilin ceza hukukundan başka alanlarda ve bu arada disiplin hukuku sahasında bazı neticeler doğurması tabiidir. İşlediği fiil aynı zamanda disiplin suçu teşkil eden sanık, bunun gerektirdiği idari müeyyideye tâbi olmakta devam eder. Kanunda aksine sarahat bulunması hali bundan müstesnadır⁸⁷.

2. Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki mahiyet farkı :

İdari ve cezai takibatı birbirine karıştıran görüşler, genel affin disiplin cezalarına da tesir edeceği sonucuna varmaktadırlar⁸⁸. Gerçekten de gaye, konu ve usullerdeki benzerlik dolayısıyla disiplin hukukunu ceza hukukuna yaklaştırmaya çalışan anlayışlara rastlanmaktadır. Fakat aslında, disiplin dâvasının ceza dâvası karşısında tamamen bağımsız olduğunu kabul etmek gerekir⁸⁹. Bazı müşterek noktaların mevcudiyetine

84 Bu konuda bkz: Dönmezer-Erman, age., C. I, sh. 316-323.; Sıddık Sami Onar, İdare hukukunun umumi esasları, İstanbul 1960, C. I., sh. 867-869.

85 Bouzat, Traité, sh. 546.; Bouzat, Amnistie, sh. 111.

86 Levasseur, age., sh. 14-16, sh. 27.

87 Duez, age., sh. 688.

88 Merle, age., sh. 136.

89 Levasseur, age., sh. 27.

Bu hususta ayrıca bkz: Garraud, age., sh. 632.; Bouzat, Traité, sh. 546-547.; Bouzat, Amnistie, sh. 111.

rağmen ceza hukuku ile disiplin hukukunun tamamen başka müesseseler olduğu müşahade edilmektedir⁹⁰. Bu sebeple, kamu dâvasının genel afla düşmesi, disiplin takibatının da “ipso factio” ortadan kalkmasını gerektirmemektedir⁹¹.

C. Görüşlerden Çıkan Sonuçlar:

Kanunda sarahat olmasa dahi genel affın disiplin cezalarına tesir edeceğini savunan görüş, bundan evvelki paragraflarda da işaret edildiği üzere⁹², yanlış gerekçelere istinad etmektedir. Disiplin hukukunun müstakil olduğu ve affın bizatihî fiile tesir etmediği fikri genellikle kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, kanunda açıkça aksi kararlaştırılmadıkça genel affın disiplin cezalarına tesir etmeyeceğini kabul etmek gerekir. Esasen Danıştay da bu hal tarzını benimsemiş bulunmaktadır⁹³.

II. GENEL AF KANUNUNDA DİSİPLİN CEZALARI BAKIMINDAN SAHAT OLMASI:

Kanun koyucu bazan münakaşa ve tereddütleri önlemek için, genel affın disiplin cezalarına tesir edip etmeyeceğini açıkça belirtmektedir.

A. Kanunda Genel Affın Disiplin Cezalarına Tesir Etmeyeceğinin Belirtilmiş Olması:

Bazı genel af kanunlarında, bunun disiplin cezalarına tesir etmeyeceği yolundaki hükümlere rastlanmaktadır. Bizde 5677, 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları bu şekilde hareket etmişlerdir (Bkz: Bu kanunların 7. maddeleri). Kanunda böyle bir hükmün yer alması, bütün tereddütlerin ortadan kalkacağı kanaatini uyandırmaktadır; çünkü bundan sonra genel prensiplere müracaat etmek suretiyle affın disiplin cezaları üzerindeki tesirlerini araştırmağa lüzum kalmamaktadır. Kanun genel affın

90 Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki farklar için bkz: Dönmezer-Erman, age., C. I. sh. 316-323.; Onar, age., sh. 867-869.; Levasseur, age., sh. 28 vd.

91 Levasseur, age., sh. 29.; Dönmezer-Erman, age., sh. 950.; Aynı mahiyette: Garraud, age., sh. 632.

92 Dördüncü Bölüm, İkinci Başlık, I., B., 2.

93 “...vaki suçundan dolayı hakkındaki takibatın af kanununa göre sukût etmiş olması inzibati ceza tesisine engel teşkil etmeyeceğine....” DŞ. 5D. 17.2.1954. E.2417/K.622. için bkz: TİK., 1955, C. I-II, sh. 654, n. 1122.

disiplin cezalarına tesir etmeyeceğini ön görmekte, bu meseleyi pozitif hukuk bakımından halletmiş bulunmaktadır.

Bununla beraber, durum yine de tam anlamı ile vuzuha kavuşmuş değildir. Memurların işledikleri idari suçların müeyyidelerini teşkil eden disiplin cezalarının yanında (Memurin Kanunu m. 26), bir de ceza mahkûmiyetinin neticesi olan disiplin cezaları vardır (Memurin Kanunu m. 49).

Memurların tâbi buldukları disiplin cezaları, Memurin Kanununun 26. maddesinde gösterilmiştir. Memurun bunlardan biri ile tecziyesini gerektiren fiil, aynı zamanda suç teşkil edebilir. Bu fiil genel affla suç olmaktan çıksa bile, disiplin cezası olduğu gibi kalacaktır. Fakat disiplin cezasının bir mahkûmiyetin neticesi olduğu hallerde, yine aynı neticeye varılabilecektir?

Bu problem, memuriyetten ihraç cezası ile ilgili bulunmaktadır. Memurin Kanununa göre, disiplin cezalarından birisi de memuriyetten ihraçtır (Memurin Kanunu m. 26 /E). Sözü edilen kanunun 33. maddesine göre, “Kumar oynatmak, sarhoşluğu itiyad edinmek, ar ve hicabı muhil harekette bulunmak...” gibi fiilleri işleyenlere ihraç cezası verilir. Bunun yanında, Memurin Kanununun “Beraat ve mahkûmiyetin neticesi” başlığını taşıyan 49. maddesi, “.....alehltlak ağır hapis veya o derecede cezayı müstelzim bir fiil ile veya vazifesinden dolayı lâakal altı ay hapis ile mahkûm olanların...” da bu cezaya çarptırılacağını ifade etmektedir. Kanunun 33. maddesi ile 49. maddesi arasındaki fark açıktır.

Memurin Kanununun 33. maddesinde yer alan ihraç cezası, ceza mahkûmiyetinin bir neticesi değildir. Bu ceza, idari kanunlara müsteniden disiplin komisyonları tarafından verilmektedir. Madde, memuriyetten ihraççı mucip olan halleri birer birer saymıştır. Sözü edilen cezanın verilebilmesi için aynı zamanda bir mahkûmiyetin mevcudiyeti şart değildir. Bu fiillerden birinin işlenmiş olması ihraç kararı için kâfi görülmektedir. Bu itibarla, genel affın 26. maddedeki cezaya tesiri yoktur⁹⁴.

Buna mukabil, Memurin Kanununun 49. maddesinde ön görülen durum tamamen başkadır. Memurun sözü edilen hükme müsteniden ihraç edilebilmesi için, bir mahkûmiyet hükmünün mevcudiyeti şarttır. Burada, 33. maddede olduğu gibi ihraççı mucip fiiller teker teker sayılmamış; sadece bazı mahkûmiyetlerin bu neticeyi doğuracağı belirtilmiştir. Disiplin cezasının sebebi fiil değil, bir hukuki durum olan mahkûmiyet halidir. Öyle ise burada, fiili ortadan kaldırmadığı

94 Özek, agm., sh. 165.

gerekçesine isnad ederek genel affi tatbik etmekten kaçınamayız. Öte yandan, ceza hukuku ile disiplin hukuku tamamen birbirine karışmış bir durumdadır. Nihayet, genel affin disiplin cezalarına tesir etmeyeceğini ifade eden hüküm de kesin bir sonuca varmayı mümkün kılamamaktadır. Bu müeyyide, Memurin Kanununun 26. maddesinde yer alan ihraç cezasından ayrılmakta ve âdeta mahkûmiyetin bir neticesi olmaktadır. Nitekim Danıştay'da bunun müstakil bir idarî karar olmadığını kabul etmiş bulunmaktadır⁹⁵.

Doktrinde kabul edilen fikre göre genel af , mahkûmiyet olmaksızın ortaya çıkması mümkün olmayan bütün netice ve ehliyetsizleri ortadan kaldırır⁹⁶. Bu sebeple, mahkûmiyetin affedilmesi halinde, bunun neticesi olan disiplin cezası da ortadan kalkmış sayılır⁹⁷.

Bütün bunlar mahkûmiyetin neticesi olan ihraç kararının (Memurin Kanunu m. 49), genel affa ortadan kalkacağını göstermektedir.

Bizde de pozitif hukuk bakımından aynı neticeye varılmıştır. Meclis 5677 Sayılı Af Kanunu ile ilgili olarak 3.8.1951 tarih ve 739 sayılı bir tefsir kararı vermiştir. Burada. TCK. m. 34 ile Memurin Kanunu m. 49 arasındaki irtibata işaret edilmiş ve Memurin Kanununun 49. maddesine istinaden verilen kararın ceza mahkûmiyetinin birneticesi olduğu sonucuna varıldıktan sonra, sözü edilen hükme uyularak verilen

95 "Memuriyetten ihraç hakkındaki inzibatî ceza, mahkeme kararına müstenid olduğundan, müstakil bir idari karar değildir". ŞD. DDGK. 25.5.1951, E.51-51/K.51-75 için bkz.: TIK. 1952, C. II. sh. 1659, N. 2475.

96 Williston, age., sh. 653.

97 L'asseur, age., sh. 35; Garraud, age., sh. 631; Tahon, agm., sh. 13; Dönmezer-Erman, age., sh. 950; Bouzat, Traité, sh. 547; Bouzat, Amnistie, sh. 111.

98 "...Memurin Kanununun 49. maddesi ile Ceza Kanununun 43. maddeleri arasında tezahür ve irtibat bulunmasına...", "...Memurin Kanununun 49. maddesi gereğince verilen, ihraç kararı doğrudan doğruya (adli kaza) sistemine tâbi bulunan ef'al ve hususata ancak maksur olup idare cihazının bu esas dairesinde ittihaz edeceği ihraç kararının re'sen ve müstakillen (idarî kazaya) müteallik bir karar olarak tavsifine hukuken imkân görülememiştir; bu sadette şu cihete de işaret edelim ki, memur hakkında 49. maddeye müsteniden tatbik olunan ihraç muamelesi şumulüyle (bir mahkûmiyetin neticesini) ifade eder." "Ceza Kanunu hükümlerine göre haklarında mahkûmiyet kararı verilenlerden her hangi biri aynı zamanda fer'i cezalardan madut olan memuriyetten mahrumiyet cezasına çarptırılmış ise, Af Kanununun 1. maddesinin mutlak olarak uygulanması icap eder. Her ne kadar, Memurin Kanununun 49. maddesinde tayin kılınan suçlardan biriyle mahkûm olanlar; bu maddeye dayanılarak memuriyetten ihraç edilmiş bulunsalarda dahi, mahkûmiyete müsteniden ihraç kararı sadece umumi ceza hükümlerine tabaan yapılmış, Memurin Kanununun şumulüne dahil inzibatî ve idari sisteme bağlı ef'alden madut bulunmamış olduğundan bunların da aftan istifade etmeleri icap eder.". 3.8.1951 tarih ve 1739 sayılı "Bazı suç ve cezaların affi hakkındaki kanunun birinci ve yedinci maddelerinin yorumlanmasına mahal olmadığına dair kamutay kararı"ndan.

ihraç kararının genel afla ortadan kalkacağı ifade olunmuştur⁹⁸. Öte yandan Danıştay'ın kanaatı da bu merkezdedir⁹⁹.

Doktrin ve pozitif hukuk tarafından kabul edilmiş bulunan bu prensip, kanuni netice olan disiplin cezaları ile diğer cezalar arasında bir fark yarattığı için tenkid edilmiştir. Fakat böyle bir tenkit haklı sayılamaz; çünkü birinci ihtimalde artık disiplin cezasının esasını teşkil eden mahkûmiyet mevcut değildir. İkinci ihtimalde ise, idari müeyyide mahkûmiyete değil fiile dayanmaktadır. Bu itibarla, fiil mahkûmiyetten sonra mevcudiyetini kaybetmemekte ve ceza hukuku dışında neticeler doğurmağa devam etmektedir¹⁰⁰. Öte yandan, Memurin Kanununun 49. maddesine istinaden ihraç edilenlerin genel aftan faydalanmaları adalet icaplarına daha uygun düşer. Bu suretle, kamu dâvasının sonuçlanıp sonuçlanmamasından doğan farklı neticeler önlenmiş olur. Takibat devam etmekte iken çıkan genel af, kamu dâvasını düşürür ve artık o memur hakkında sözü edilen 49. madde uygulanamaz. Buna mukabil, hüküm verildikten sonra çıkan genel affın ihraç cezasına tesir etmeyeceği kabul edilecek olursa, hakkındaki kamu dâvası sona ermiş bulunan memur zor bir duruma düşer. Bu itibarla, genel affın mahkûmiyetin neticesi sayılan disiplin cezalarına tesir etmesi daha adil bir sonuçtur¹⁰¹.

Hakkındaki ihraç kararı genel afla ortadan kalkan memurun eski görevine dönüp dönemeyeceği konusu da münakaşalara sebebiyet vermektedir. Bu mesele, genel affın geçmişe şâmil olması prensibi ile ilgilidir¹⁰². Sözü edilen kaide en geniş şekli ile tatbik edildiği takdirde, me-

99 "Memuriyetten ihraç hakkındaki inzibatî ceza, mahkeme kararına müstenid olduğundan, müstakil bir idari karar değildir. Mahkeme hükmü umumi affa tâbi olduğu takdirde, bunun bir neticesi olan memuriyetten ihraç cezası da kalkar". ŞD. DDGK. 25.5.1951. E.51-51/K.51-275. için bkz: TİK., 1962, C. II, sh. 1659, n. 2475.

"Büyük Millet Meclisinin 1739 sayılı kararına göre mahkûmiyetin afla kalkmış sayılması gerekeğinden ortadan kalkmış bir hükme müsteniden Memurin Kanununun 49. maddesine göre memuriyetten ihraç kararı verilmesinde isabet görülmediğinden..." ŞD. 5D. 19.2.1952. E.2317/K.438. için bkz: TİK., 1953, C. I, sh. 798, n. 1119.

Bununla beraber, Danıştay'ın 1739 sayılı tefsir kararından evvel verilmiş olan ve aksi kanaatı benimseyen kararları vardır: "Memuriyetten ihraç ne fer'i ne de mütemmim cezadır ve umumi afla ortadan kalkmamıştır..." DŞ. DDGK. 12.1.1951, TİK., C. I, sh. 813, n. 1359. E. 559/K.11.

100 Levasseur, age., sh. 40-41.

101 "Aksi halin mütalâası ve kabulü halinde aynı sebeplerden aleyhlerine takibat yapılanlardan bir kısmı hakkında hüküm verilmiş ve infaz olunmuş bulunanlar ile, haklarında karar lahik olmayanların vaziyetlerinde hukuki bir tezat husule getireceği aşikârdır. Zira mahkûmiyeti kesinleşen hakkında Af Kanununun tatbiki kabil olamayacak ve henüz muhakemeleri derdest bulunanların haklarındaki takibat sukût etmiş olacağından bu suretle ayrı ayrı neticeler tevhit edeceği..." 3.8. 1951 tarih ve 1739 sayılı tefsir kararından.

102 Bkz.: İkinci Bölüm, Üçüncü Başlık, II., B.

murun genel aftan sonra eski vazifesine dönmesi icap eder; çünkü aftan sonra disiplin cezasının mesnedini teşkil eden mahkûmiyet ortadan kalkmış bulunmaktadır¹⁰³. Bundan başka, mahkûmiyetle birlikte bunun infazından doğan neticeler de telâfi olunmalıdır. Genel aftan sonraki mahkûmiyet hiç vaki olmamış gibi kabul edilecektir. Bu sebeple infazın da ortadan kalkması gerekmektedir¹⁰⁴. Memuriyetten ihracın tek neticesi görevin kaybedilmesi olduğuna göre, genel affa rağmen memurun eski vazifesine iade edilmemesi tasarrufun değerini azaltır¹⁰⁵. Bu konuda daha ileri giden bir anlayış, memurun eski vazifesine değil, o sırada işgal etmesi gereken mevki'e tayin edilmesini savunmaktadır¹⁰⁶.

Bununla beraber kanun koyucunun, geçmişe şümül prensibinin aşırı neticelerini önleyici hükümler kabul etmesi mümkündür¹⁰⁷.

Bizde de, memurun eski görevine iadesi, idarenin takdirine bırakılmıştır¹⁰⁸. Danıştay'ın kararları da aynı istikamettedir¹⁰⁹.

Asker şahısların durumları bu bakımdan özellik arz etmektedir. As. CK.'nin 52. maddesine göre, genel af kanununda ayrıca sarahat bulunmadıkça asker şahısların nişan, rütbe, madalya, emeklilik hakları avdet etmez. 5677 sayılı Af Kanununda böyle bir sarahat yoktur. Buna mukabil 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunlarının 5. maddeleri, bazı mahkûmiyetlerin askeri şahısların emeklilik haklarına tesir etmeyeceğini kabul etmiştir¹¹⁰.

Genel affın mahkûmiyetin neticesi olan disiplin cezalarına tesiri bakımından varılan bu sonuç, kanunda bir sarahatın bulunmaması halinde de tatbik edilecek mahiyettedir.

103 L'asseur, age., sh. 71.

104 L'asseur, age., sh. 79.

105 L'asseur, age., sh. 71.

106 L'asseur, age., sh. 79-80.

107 Vidal-Magnol, age., sh. 832, dip not: 2; sh. 835, dip not: 1.

108 "...ve ancak mahkûmiyetin mahiyetine göre memur olmak hakkını tekrar iktisap edenlerin memuriyete alınıp alınmaması hususunun takdiri Memurin Kanununun ruhuna göre yetkili makamlara ait bulunduğu da kabul edilmiştir". Sözü edilen 3.8.1951 tarih ve 1739 sayılı tefsir karardan.

109 "Mahkûmiyetleri üzerine memuriyetle alâkası kesilenlerin mahkûmiyetleri... af ile ortadan kalksa bile, yeniden tayinleri idarenin takdirine bağlıdır... kaza yolu ile icbar olunamaz". ŞD. 5D. 14.12.1953 E. 1549/K.3521 için bkz.: TİK. 1953 C. II., sh. 1549, N. 2105.

"Hakkındaki âmme dâvası umumi affa düşen ve memuriyetten ihraç edilen memuru yeniden tayine mecbur değildir". DŞ. 5.D. 14.1.1953 E.1113/K.102, için bkz.: TİK 1954, C. I-II., sh. 668, N. 1109.

110 Bu konuda bkz.: Sahir Erman, Askeri Ceza hukuku, İstanbul Genişletilmiş Üçüncü bası, sh. 229.

B. Kanunda Genel Affin Disiplin Cezalarına Tesir Edeceğinin Belirtilmiş Olması:

Af kanununda, disiplin cezalarının da affedildiği yolunda bir sarahat bulunabilir. Böyle bir kayıt, devletin aynı zamanda hiyerarşik âmir sıfatı ile hareket etmekte olduğunu gösterir (111). Bunun çok sayıda örneklerine Fransız hukukunda rastlanmaktadır. Fransa'da genel af kanunlarına, bunun disiplin cezalarına da şâmil olduğu yolunda kayıtlar konulmaktadır¹¹². Birinci Dünya Savaşından sonra (1919-1925) çıkan af kanunlarında disiplin cezalarına da yer verilmiştir¹¹³. 1947 tarihli Af Kanununun 5. maddesinde de, genel affin disiplin cezalarına tesir edeceği ifade edilmiştir¹¹⁴. Bizde de 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları, teksirli suçların neticesi olarak verilen disiplin cezalarının genel affa tâbi olacağını kabul etmiştir (113, 114 ve 115 sayılı Af Kanunları m. 5).

Bununla beraber, devletin disiplin cezalarını affedip edemeyeceği konusunda birbirine zıt görüşler ileri sürülmüştür.

1. Devletin disiplin cezalarını affedip affedemeyeceği :

a. *Affedebileceği görüşü* : Bir fikre göre, genel af kanunlarına bunun disiplin cezalarına da tesir edeceği yolunda hükümler konması mümkündür. Kanun koyucunun iradesi en üstün iradeyi temsil eder. Bu irade, disiplin cezalarının da affedilmesini istemiş ise, itaat etmekten başka çare yoktur¹¹⁵. Kamu menfaati bahis konusu olduğunda üçüncü şahısların gayri menkullerini istimplâk edebilen devletin disiplin cezalarını da affedebileceğini kabul etmek gerekir. Sahip bulunduğu "imperium" yetkisi, bu neticeyi haklı gösterecek mahiyettedir¹¹⁶. Öte yandan, genel affin geçmişi tamamen unutturabilmesi için, bazı çok ağır idari müeyyidelerin de affedilmesi gerekebilir¹¹⁷.

b. *Affedemeyeceği görüşü* : Disiplin cezalarının kanunla kaldırılabilmesi fikrine karşı olanlar, genel af ile idari bağış (condono) arasındaki mahiyet farkına işaret ederler. Böyle düşününlere göre, sözü edilen iki müessese arasında mevcut bulunan farklar, bunların aynı tasarrufta yer

111 Dönmezer, age., sh. 948-9.

112 Duguít, age., sh. 259.

113 Bkz.: Yılmaz Günel, Disiplin Cezaları, SBFĐ. 1958, C. XIII, N. 2., sh. 206;

Başka misaller için bkz.: Levasseur, age., sh. 61.

114 Bu konuda bkz.: Bouzat, Amnistie, sh. 111.

115 Levasseur, age., sh. 47.

116 Demirel, Genel affin., sh. 204.

117 Levasseur, age., sh. 48.

almamalarını gerektirmektedir¹¹⁸. Disiplin cezaları, bir meslek grubu veya korporasyonun menfaatlerinin ihlâl edilmesi halinde verilir. Bunların kanunla ortadan kaldırılması mümkün değildir; zira üyelerinin hareket tazırlarını kontrol etmek, bu teşkilâtın kendisine ait bir görevdir¹¹⁹.

c. Görüşlerden çıkan sonuçlar: Devletin hiç bir şekilde disiplin cezalarını affedemeyeceği iddia olunamaz. Geçmiş olayları tamamen unutabilmek için, ağır bir şekilde tatbik edilmiş bulunan disiplin cezalarının da affedilmesi zaruri görülebilir. Bir ayaklanma veya iç savaş sırasında, devlet memurları hakkında şiddetli disiplin cezaları tatbik edilmiş olabilir. Böyle bir durumda sadece ceza mahkûmiyetlerini affetmekle yetinmek, genel affin gayelerini gerçekleştirmeğe kâfi gelmeyecektir.

Bununla beraber, disiplin cezalarının sadece devlet memurları hakkında tatbik olunmadığını unutmamak gerekir. Kısmen devletin yetkileri dışında kalan bir disiplin hukuku daha vardır¹²⁰. Karma bünyeli bir anonim şirketin (tamamen hususi hukuk hükümlerine tâbi olan müesseselerin konumuz dışında kalacağı tabiidir) kendi memurları hakkında tatbik ettiği disiplin cezaları buna bir misaldir. Öyle ise devlet bu yetkisini, doğrudan doğruya veya dolayısıyla disiplin cezası verebildiği kimseler hakkında kullanabilmelidir. Kanunda, hangi disiplin cezalarının affedildiği belirtilmemiş ise yukarıdaki ölçüye baş vurmamak gerekir¹²¹.

Netice olarak, kanun koyucu genel affin disiplin cezalarına da tatbik edileceğini kararlaştırabilir. Ancak bunun da bir hududu vardır. Kanunda sarahat yoksa, bu hükmü devletin disiplin kontrolüne tâbi olan kimselere hasretmek icap eder¹²².

2. Genel affin disiplin cezalarına tesir etmesinden çıkan sonuçlar:

Genel af kanunu çıktığı sırada, henüz bir disiplin cezası verilmemiş olabilir. Bu durumda, genel affin normal neticesi olarak disiplin takibatı sona erer. Eğer takibata başlanmamışsa, bundan sonra da başlanamaz. Disiplin cezalarını da içine alan af kanunları, böyle bir cezaya mahal vermiş veya verebilecek olan bütün fiilleri affeder. Bu gibi fiillerin, genel afftan sonra yeniden disiplin takibatına konu teşkil etmeleri mümkün de-

118 Guido Zanobini, (çev. Yılmaz Günel) İdari müeyyideler, Ankara 1964, sh. 116.

119 Maurice Gand, (çev. Hakkı Demirel) Umumi af ve disiplin cezaları, AHFD. 1954, C. XI, N. 3-4, sh. 112.

120 Levasseur, age., sh. 50.

121 Levasseur, age., sh. 56.

122 Levasseur, age., sh. 64.

ğildir. Çünkü kanun aynı zamanda, fiilin disiplin cezasını gerektirme özelliğini de ortadan kaldırmıştır¹²³.

Genel affın, disiplin cezasına hükmolunduktan sonra çıkması halinde de ceza hukuku prensiplerini tatbik etmek ve verilmiş olan idari cezanın bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalktığını kabul etmek gerekir¹²⁴. Ancak burada da, ihraç edilen memurun tekrar vazifesine iadesi bakımından idarenin takdir hakkı olacaktır.

Üç ü n c ü B a ş l ı k

AFFIN ÖZEL HUKUK YÖNÜNDEN HÜKÜM VE NETİCELERİ

Affin özel hukuk yönünden hüküm ve neticelerini üç ayrı bakımdan incelemek mümkündür:

I. AFFIN ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN TAZMİNAT HAKLARINA TESİRİ:

Özel af, mahkûmiyet ve kamu dâvasına tesir etmediği için üçüncü şahısların tazminat haklarına hanel getirmez. Zarara uğrayan kimseler özel affa rağmen tazminat talebinde bulunabilirler¹²⁵. Bu kaidenin menşei Roma hukukundadır. Sözü edilen prensibe sıkı sıkıya bağlı olan bazı yazarlar, özel affın ancak üçüncü şahısların zararlarının tazmini şartı ile bahşedilebileceğini iddia ederler¹²⁶. Bu itibarla üçüncü şahısların hakları bakımından yapılan münakaşalar, genel af üzerinde cereyan etmektedir. Biz de bu başlıkta, genel affın üçüncü şahısların zararlarına tesiri üzerinde duracağız.

A. Genel Affın Üçüncü Şahısların Haklarına Tesir Edebileceği Görüşü:

Bu fikre taraftar olanlar, umumi menfaatin hususi menfaate üstün olduğu görüşüne istinad etmektedirler¹²⁷. Bugün için fazla bir değeri

123 L'asseur, age., sh. 65-66.

124 L'asseur, age., sh. 67.

125 Rulleau, age., sh. 65.

126 Dessarps, age., sh. 182.

127 Merle, age., sh. 143.

kalmamış olan bu anlayışa göre, âmme kudreti hukuk dâvasına tesir etmek bakımından da hudutsuz yetkilere sahiptir¹²⁸. Bu sebeple kanunda askine sarahat bulunmadıkça, genel af üçüncü şahısların haklarına da tesir eder. Aksi prensibin kabulü, genel affın gayelerinin gerçekleşmesini zorlaştıracaktır¹²⁹.

B. Genel Affın Üçüncü Şahısların Haklarına Tesir Edemeyeceği Görüşü:

Daha Roma hukuku zamanında kabul edilmiş bulunan bir prensibe göre, egemen kuvvetin hususi şahısların haklarına zarar vermesi mümkün değildir. Bu kaideyi genel affa da tatbik etmemek için bir sebep yoktur¹³⁰. Esasen genel af müessesesinin ayırt edici özelliklerinden birisi de, tazminat hakkı ile cezalandırmak hakkını birbirinden tefrik etmesidir. Bunlardan ikincisinin kamu faydası sebebiyle ortadan haklmasına mukabil, üçüncü şahısların hakları mevcudiyetlerini muhafaza ederler¹³¹. Bir suç, cezai neticeler yanında hukuki neticeler de doğurur¹³². Genel af hiç bir zaman, fiilin zarar verici mahiyetine tesir etmez; çünkü bu, fiilin suç teşkil edip etmemesine bağlı değildir. Bu itibarla, fiilin doğurduğu borçlar da ortadan kalkmaz¹³³.

Genel af sadece fiilin cürmi mahiyetini ortadan kaldırır. O halde mevcudiyetini muhafaza eden fiile istinaden hukuk dâvası açmak mümkündür¹³⁴. Nihayet cezai kusurla hukuki kusur arasındaki münasebet, sadece aynı fiile istinad etmiş olmalarından ileri gelir. Bu ikisi arasında sebep-netice münasebeti olduğundan da bahsedilemez¹³⁵.

Netice olarak, genel af kanununda bu konuda sarahat olmasa bile, üçüncü şahısların haklarına hürmet edildiğini kabul etmek gerekir¹³⁶. Bununla beraber devlet, suç sebebiyle kendi lehine doğmuş tazminat haklarından veya üçüncü şahısları ilgilendirmeyen diğer haklardan vaz geçebilir¹³⁷.

128 Bu fikir için bkz: Cabat, age., sh. 116.

129 Merle, age., sh. 143.

130 Chomette, age., sh. 99.

131 Garraud, age., sh. 627.

132 Bettiol, agm., sh. 14.

133 Garraud, age., sh. 629.

134 Hélie, Traité, sh. 733.

135 Bettiol, agm., sh. 14.

136 Garraud, age., sh. 629.

137 Cöleüklü, Af, sh. 309.

C. Ortalama Görüşler:

Bazı hallerde, kamu menfaati sebebiyle üçüncü şahısların haklarına hürmet prensibine aykırı hareket etmek zarureti hissedilebilir. Bu gibi durumlarda, affedilmiş bulunan fiillerin sebebiyet verdiği hukuk dâvalarının da ortadan kalkacağı kararlaştırılabilir. Fakat bu yola gidebilmek için, fertlerin bu zararlarının devlet tarafından tazmin edilmeleri gerekir¹³⁸. Kaide olarak devletin özel hukuk münasabetlerine müdahale etmek ve kendisine ait bulunmayan haklar üzerinde tasarruflarda bulunmak yetkisi yoktur. Devlet bu prensibi ihlâl etmek zaruretini duyacak olursa, üçüncü şahısların zararlarını üzerine almak ve bunu genel af kanununda açıkça belirtmek mecburiyetindedir¹³⁹.

D. Görüşlerden Çıkan Sonuçlar ve Türk Hukukundaki Durum:

Genel affın üçüncü şahısların tazminat haklarına tesir edemeyeceğinde tereddüt etmemek gerekir. Genel affa rağmen fiilin ceza hukuku dışında neticeler doğurmağa devam etmesi, bu anlayışı desteklemektedir.

TCK.'nın 110. maddesi, "Hukuku âmme dâvasının düşmesi..... uğranılan zararların tazmini için ikame olanan hakkı şahsi dâvasına halel vermez" demek suretiyle, genel affın üçüncü şahısların zararlarına tesir edemeyeceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Buna rağmen devletin tazminat borçlarını tekelfül etmek suretiyle hukuk dâvalarını ortadan kaldırması mümkündür.

II. TAZMİNAT DÂVASININ TÂBİ OLACAĞI ZAMANAŞIMI:

Aynı zamanda haksız fiil teşkil eden bir suç, ceza kanunu tarafından daha uzun bir zamanaşımına tâbi tutulmuşsa, tazminat dâvası hakkında ceza kanununun tesbit ettiği zamanaşımı cari olur (BK. m. 60 f. 2). Fakat bu arada çıkan genel af kanunu kamu dâvasını düşürecek olursa, nasıl bir neticeye varılacaktır? Bu durumda kamu dâvasının tâbi olduğu zamanaşımı müddeti mi, yoksa BK.nun 60. maddesinde yer alan bir yıllık zamanaşımı müddeti mi esas alınacaktır?

Yargıtay bazı kararlarında, kamû dâvası genel affa düşse bile haksız fiil bakımından ceza dâvası zamanaşımının tatbik edileceğini kabul etmiş bulunmaktadır¹⁴⁰. Haksız fiil zamanaşımı bakımından daha uzun

138 Garraud, age., sh. 632.

139 Gölcüklü, Af, sh. 309.

140 4HD. 15.9.1953. E.2187/K.1719, Zikreden: Sıtkı Tunçer, Haksız fiilde ceza müruru-zamanı, Ad. Der., 1953, n. 12. sh. 1425.

bir müddetten istifade eden kimselerin, af kanunu sebebi ile zor bir duruma düşmesini kabul etmeyenler, Yargıtay'ın bu kararını benimsemektedirler¹⁴¹. Bununla beraber, genel aftan sonra bir yıllık zamanaşımının cari olacağını ön gören Yargıtay kararlarına da rastlanmaktadır¹⁴².

Nihayet 1955 tarihli bir tevhibi içtihad münakaşalara son vermiş ve meseleyi kesin bir netieye bağlamıştır. Sözü edilen tevhibi içtihad kararına göre, “cezayı müstelzim haksız fiillerin Af Kanunu ile cezai mahiyet ve vasıflarını kaybetmeleri ile artık, Devletçe de takip bahse konu olamayacağından, bu gibi haksız fiillerden doğan tazminat dâvalarında ceza zamanaşımının değil, BK. m. 60'da derpiş edilen hukuk zamanaşımının tatbiki...” gerekmektedir¹⁴³.

Genel aftan sonra bir yıllık haksız fiil zamanaşımının tatbik edişinin kabul edilmesi, bir başka problemin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu da, zamanaşımı müddetinin hangi tarihten itibaren işlemeğe başlayacağı meselesidir. Burada, şu iki ihtimali nazara almak suretiyle bir sonuca varmak gerekir:

Genel af kamu dâvası açılmadan evvel çıkmış ise, bir yıllık zamanaşımının genel af kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hesaplanması icap eder¹⁴⁴.

Genel af kamu dâvasının başlamasından sonra çıkmış ise, iki ayrı durum bahis konusu olabilir:

Genel af kamu dâvasının açılmasından sonra müdahale eder ve fakat mağdur müdahil sıfatıyla kamu dâvasına katılmamış olursa, bir yıllık zamanaşımı yine af kanununun yürürlüğe girmesinden itibaren hesaplanır¹⁴⁵. Buna mukabil mağdur müdahil sıfatıyla kamu dâvasına katılmış olursa, zamanaşımı kamu dâvasının düşmesine karar verilmesinden itibaren işlemeğe başlar¹⁴⁶. Netice olarak, kamu dâvası görülmekte iken çıkan genel aflarda zamanaşımının başlangıç tarihi, mağdurun müdahil

141 Tunçer, agm., sh. 1425.

142 3HD. 1.10.1951. E. 12483/K.9682. Zikreden: Tunçer, agm., sh. 1425.

Türk Hukukunda Af — 25

143 Tev. İçt. GK. 7.12. 1955. E.17/K.26. Zikreden: Halûk Tandoğan, Türk mes'uliyet hukuku, Ankara 1961, sh. 364.

144 Tandoğan, age., sh. 364-365.

145 HGK. 11.5.1955. E.4-40/K.37. Zikreden: Tandoğan, age., sh. 464, Dip not: 86.

146 “Fiil aynı zamanda suç teşkil ettiği ve suç hakkında âmme dâvası af kanunu ile düştüğü takdirde, haksız fiil dâvasının düşme tarihinden itibaren bir yıl içinde ikame edilmesi gerekir.” 4HD. 26.2.1954. E.1384/K.964 için bkz: TİK., 1955, C.I-II, sh. 159, n. 251.

Bu konuda başka Yargıtay kararları için bkz: Tandoğan, age., sh. 364, Dip not: 86.

sıfatını kazanıp kazanmamasına göre değişmektedir. Birinci halde müddet kamu dâvasının düşme tarihinden, ikinci durumda ise af kanununun yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren işlemeğe başlamaktadır¹⁴⁷.

III. TAZMİNAT DÂVASINDA YETKİLİ MAHKEME:

Genel aftan sonra hangi mahkemenin tazminat dâvası hakkında hüküm vermeğe yetkili olduğunu, hukuk dâvasının açılma zamanına göre incelemek doğru olur.

A. Genel Af Yürürlüğe Girdiği Tarihte Tazminat Dâvasının Açılmamış Olması:

Genel af kanunu çıktığı tarihte henüz ceza mahkemesinde tazminat talebinde bulunulmamış ise, bundan sonra şahsi haklar için hukuk mahkemesine gidilebilir¹⁴⁸. Ceza mahkemeleri hukuk dâvalarına kamu dâvasının bir fer'i olması sebebiyle bakabilmektedirler. Genel af kamu dâvasını tamamen ortadan kaldıracığı cihetle, bundan sonra artık tazminat dâvasının ceza mahkemesinde açılması mümkün olamaz¹⁴⁹.

B. Genel Affın Yürürlüğe Girdiği Tarihte Tazminat Dâvasının Açılmış Olması:

Genel af yürürlüğe girdiği tarihte ceza mahkemesine tazminat için müracaat edilmiş ise, üç ayrı sistem düşünülebilir:

1. *Ceza mahkemelerinin yetkilerinin devam edeceği görüşü:*

Ceza mahkemesine usulüne uygun olarak müracaat edildikten sonra, bunun hukuk dâvası hakkında da hüküm vermesi gerekir. Sonradan vuku bulacak olaylar ne olursa olsun, bu netice değişmemelidir¹⁵⁰. Dâvacıya, ceza ve hukuk yargıçları arasında bir tercih yapmak hakkı tanınmak

147 "Affa uğramış haksız fiilden mütevellit tazminat dâvasında bir senelik müruru zamanın geçip geçmediğinin tesbiti için cezada müdahale ve müdahalenin kabul edilip edilmediği, bu suretle zamanı kesilmiş ise amme dâvasının sukûtuna karar verildiği tarih ile hukuk mahkemesinde açılan dâva tarihi arasında bir senelik müddetin geçip geçmediğinin tahkiki icap eder. 4HD. 26.4.1951, E.3758/K.3235 için bkz: TİK., 1953, sh. 152, n. 243, C I.

148 Vabres, *Traité*, sh. 547.

149 Cabat, *age.*, sh. 120.

Aynı mahiyette: Tahon, *agm.*, sh. 15.

Bouzat, *Amnistie*, sh. 112.

150 Cabat, *age.*, sh. 121.

suretiyle bunlardan her ikisi önünde de âdaletin sağlanacağı yolunda bir teminat verilmiş bulunmaktadır. Bu teminat gerçek bir müktesep hak tekil eder. Kamu dâvası üzerindeki değişikliklerin bu teminata tesir etmemesi gerekir. Aksi halde genel affın hususi haklara tesir etmediği iddia olunamaz; zira bu hakların müşahhas olarak himayesi de icap etmektedir¹⁵¹. Zarara maruz kalmış bulunanlar, seçtikleri mahkemeden mahrum kılınacak olurlarsa gerçek anlamda bir himayeden bahsolunamaz; çünkü ceza âdaleti daha tesirli, daha kolay ve daha süratli bir usulü temsil etmektedir¹⁵².

2. Ceza mahkemelerinin yetkilerinin devam etmeyeceği görüşü :

Ceza mahkemesinin tazminat konusunda yetkili olması, bu talebin kamu dâvası ile olan ilgisinden ileri gelmektedir. O halde, kamu dâvası genel affla ortadan kalktıktan sonra, hukuk dâvasının bununla birlikte takip edilmesi imkânı kaybolur. Böylece, ceza mahkemesi tazminata hükmétme yetkisini kaybetmekte ve mağdur da zararını hukuk mahkemesinden talep etmek zorunda kalmaktadır¹⁵³.

3. Ortalama görüşler :

Bu sistemde, aftan evvel esas hakkında bir hüküm verilip verilmediğine bakılır. Eğer böyle bir hüküm yoksa, ceza mahkemesi yetkisini kaybetmiş olur ve zarar gören taraf dâvasını hukuk mahkemesinde açar¹⁵⁴. Buna mukabil esas hakkında bir hüküm verilmiş olması halinde, ceza mahkemesinin yetkisini geri almağa lüzum yoktur¹⁵⁵.

4. Türk hukukundaki durum :

Genel aftan evvel açılmamış bulunan tazminat dâvasının, ceza mahkemesinde açılmayacağını kabul etmek gerekir. Bunun gibi, kamu dâvası devam etmekte iken şahsi hak talebinde bulunulması halinde, ceza mahkemesine gidilmesi icap eder. Bizde de ceza mahkemeleri, ancak kamu dâvası ile olan ilgisi sebebiyle tazminat dâvaları hakkında hüküm verebilmektedirler.

151 Chomette, age., sh. 107.

152 Cabat, age., sh. 123.

153 J. Magnol, Chronique de jurisprudence. Des effets de l'amnistie sur la competence de la juridiction repressive au regard de l'action civile, Rev.sc. crim. et de dr.pé. comp., 1939, sh. 286.

Aynı mahiyette: Barthélemy, Traité, sh. 752.

154 Cabat, age., sh. 122; Aynı mahiyette: Taner, Ceza, sh. 666.

155 Cabat, age., sh. 122.

Genel af çıkıp kamu dâvasının düşmesine karar verildikten sonra, ceza mahkemeleri tazminat talepleri üzerindeki yetkilerini kaybederler¹⁵⁶. Daha evvel ceza mahkemesine müracaat etmiş bulunan müdahilin bundan sonra zamanaşımı müddeti içinde hukuk mahkemesine başvurması gerekir¹⁵⁷. Ancak, sanık kanun tarafından tanınmış olan red hakkını kullanmış ise, kamu dâvası sonunda tazminata da hükmetmeğe bir engel yoktur¹⁵⁸.

Yargıtay tetkikatı sırasında çıkan genel aftan sonra ne yolda hareket edileceği hususunda birbirine zıt kararlar vardır. Yargıtay Ceza Daireleri, ceza mahkemeleri tarafından hükmolunan tazminatlar bakımından hak sahiplerinin tekrar hukuk mahkemesine müracaat etmeleri gerektiği yolunda kararlar vermişlerdir¹⁵⁹. Buna mukabil Hukuk Daireleri, ceza mahkemelerince verilen şahsi hakka ilişkin hükümlerin infaz edilebileceği fikrini benimsemiş bulunmaktadırlar¹⁶⁰. Hukuk Dairelerinin vardığı netice daha doğrudur. "Zira ortada şahsi hak bakımından salâhiyetli ve vazifeli bir mahkemenin kararı mevcuttur. Af cezaya taallük ettiğinden şahsi hakka ait olan kısım bakımından ortada iptal kararı verilmek gibi bir purum hasıl olmaktadır"¹⁶¹.

Bu konudaki tereddütleri ortadan kaldıracak bir hüküm ilk defa 134 sayılı kanunda kabul edilmiştir. Sözü edilen kanunun 8. maddesine göre, "Yargıtayca incelenmekte bulunan bir ceza dâvasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi halinde usulünce açılmış ve mahkûmiyetle neticelenmiş olan şahsi hak dâvalarına ait kararlar üzerinde Temyiz incelenmesi yapılmak üzere dosya, görevli hukuk dairesine gönderilir.

156 "5677 sayılı af kanununun birinci maddesine giren suçlarda dâvanın düşmesi şahsi hak dâvasına hâlel vermezse de ceza mahkemesi tetkikatını hukuku şahsiye cihetine hasredemez." 3CD. 29.7.1950, E.6477/K.8076. için bkz: TİK., 1950, C. II, sh. 839, n. 1206.

157 "Umumi af,şahsi hakka tesir etmez. Ancak ceza mahkemeleri sadece hak hakkında karar veremeyeceği cihetle, hak sahibinin hukuk mahkemesine müracaat etmesi gerekir" 3CD. 27.11.1950, E.10913/K.15250 için bkz: TİK., 1951, C. I, sh. 546, n. 932.

158 K. Orhan Önder, 113 ve 134 sayılı Af Kanunu ve tatbikatı, Ad. Der., 1962, n. 9-10, sh. 960.

159 "Suçun umumi affa dahil olması dolayısıyla, Yargıtayca dâvanın düşmesine karar verildikte, aynı ilâmla birlikte ceza mahkemesince hükmedilen tazminat için hak sahibinin tekrar hukuk mahkemesine müracaat etmesi gerekir" 2CD. 14.11.1950, E.9614/K.1290 için bkz: TİK., 1951, C. I, sh. 725, n. 1240.

160 "Ceza mahkemesince verilen hükmün yalnız ceza kısmı af dolayısıyla ortadan kalkar. Bu bakımdan hukuku şahsiyeye mütaallik hükümlere tesiri yoktur. İnfaz ettirilebilirler". 3HD. 28.12.1950, E.14980/K.9014 için bkz: TİK., 1951, C. I, sh. 212, n. 413.; "Cezaya ve şahsi hakka taallük edip de, cezasının düşmesine dair olan ceza mahkemesi kararının, manevî tazminata mütedair kısmı kabili infazdır" 3DH. 28.12.1950, E.14980/K.9014.

161 Erem, Ceza, sh. 664.

Şahsi hakka ait mahkûmiyet kararı Hukuk Dairesinde bozulduğu takdirde dosya görevli ve yetkili hukuk mahkemesine yollanır ve o mahkemeye hukuk muhakemeleri sulü gereğince dâva karara bağlanır". 134 sayılı Af Kanunundan sonra 218 sayılı Af Kanunu da aynı prensibe yer vermiştir.

Bu suretle bizim hukukumuzda da ortalama sistem kabul edilmiş bulunmaktadır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

AF KANUNLARININ TATBİKİNDE USUL KAİDELERİ

Birinci Başlık

AF KANUNLARININ TATBİKİNDE GENEL KAİDELER

I. AF KANUNLARININ YORUMU:

Mahkemeler her şeyden evvel kanun metnine müracaat etmek zorundadırlar. Affin kıyas yolu ile kanunda açıkça ön görülmemiş bulunan fiillere teşmili doğru değildir¹. Bu, af kanunlarının istisnai mahiyetinin bir neticesi² olarak kabul edilmelidir.

Bununla beraber, af kanunlarının geniş bir şekilde yorumlanmasını isteyenler de vardır. Böyle düşünüenlere göre, en lehte neticeleri istihsal edebilecek yorum şeklinin seçilmesi gerekir. Affin bir lûtufl olması bunu gerektirir³. Yorum sırasında sadece kanun metnine bağlanmak kâfi sayılamaz. Kanunun hazırlanmasına esas olan gayeler nazara alınmalı ve daima suçluların lehine hareket edilmelidir⁴. Şüphe halinde, yine lehte yorum tercih edilmelidir⁵.

Af kanunlarının yorumu konusundaki bu münakaşaların fazla bir değeri olmamak gerekir. Bunlar da netice itibariyle birer kanundurlar ve genel kaidelere uygun olarak yorumlanmaları gerekir. İlmî anlamında yorum, kanun maddesinin hakiki anlamını araştırmak ve bu anlamı tesbit etmektir⁶. Bunu yaparken de, yorum kaidelerine bağlı kalınır.

1 Chomette, age., sh. 141.; Merle, age., sh. 126.

2 Cabat, age., sh. 157.

3 Tahon, agm., sh. 10.

4 Mangin, age., sh. 316.

5 Cabat, age., sh. 158.

6 Erem, Ceza, sh. 24.

Öte yandan, bir kanun kaidesinin anlamının şüpheli kalması sebebiyle lehe yorum yoluna gidilmesi de bahis konusu olamaz. Şüphe, aslında yorumda bulunan kimseye ait sübjektif bir haldir. Bu sebeple, af kanununun hükümleri de hakiki anlamları araştırılmak suretiyle yorumlanır. Varılan onjektif sonucun, lehe veya aleyhe olmasının önemi yoktur⁷.

Görülüyor ki, af kanunlarının yorumunda özel kaideler kabul etmeğe lüzum yoktur. Kıyas yoluna gitmemek ve ceza kanunlarının yorumundaki kaideleri tatbik etmek en doğru hareket sayılabilir.

II. AF KANUNLARININ ZAMAN İTİBARIYLA TATBİKİ

Bir fiilin affedilmiş sayılabilmesi için, mahiyeti itibariyle af kanununa dahil olması kâfi değildir. Bundan başka, zaman bakımından da af kanununun şumulüne girmesi gerekir⁸.

Genel af kanunlarının zaman bakımından tatbiklerinde önemli bir özellik göze çarpmaktadır: Bunlar kaide olarak, geçmişe şâmindirler ve ilânlarından evvel vuku bulmuş olaylara tatbik edilirler⁹. Bunun sebebini anlamak zor değildir. Geçmişin unutulması esasına istinad eden bir kanunun, istikbalde işlenecek fiillere teşmil edilmesi mantıki bir netice sayılamaz¹⁰. Öte yandan, bir af kanununun ilânından sonraki fiillere de tatbik edileceğini kabul etmek, bazı kimselere suç işlemek için izin vermek anlamına gelecektir¹¹.

Bazı af kanunlarında, bunun hangi tarihe kadar işlenmiş olan suçları kapsayacağını gösteren hükümler bulunmaması, mahzurlu sonuçlar doğurmaktadır. Af kanunlarında bu konuda sarahat yoksa, kanunların yürürlüğe girmesine ilişkin genel kaidelerin tatbik edilmesi gerekir. Bu durumda, kanuna resmen yürürlüğe girdiği tarihe kadar işlenmiş bulunan suçlar affedilmiş sayılacaktır. Böylece kanunun mecliste görüşülmeğe başlanmasından, hatta yasama organı tarafından kabul edilmesinden sonra işlenen suçlar dahi affa dahil olacak ve pek çok kimse bu arada çekinmeksizin suç işleyebilecektir¹². Bu itibarla, af kanunlarına zaman itibariyle tatbikle ilgili hükümler konulması gerekmektedir.

7 Erem, Ceza, sh. 29.

8 Cabat, age., sh. 192.

9 Gölcüklü, Af kanunu, sh. 313-314.

10 Tahon, agm., sh. 11.

Bilge, agm., n. 10, sh. 888.

11 Dönmezer-Erman, age., sh. 950;

Özek, agm., sh. 165.

12 Chomette, age., sh. 148.; Merle, age., sh. 127.

Nitekim af kanunları, genellikle böyle hükümlere yer vermekte ve yukarıdaki paragrafta işaret edilen mahruzu bertaraf edebilmek için de, eski tarihlerde işlenen suçları affetmek yolunu seçmektedirler¹³. Meselenin önemini nazara alan İtalyan Anayasa'sı, genel af'a ilgili yetki kanununun meclise sunulmasından itibaren işlenen suçların affedilmiş sayılmayacağını kabul etmiş bulunmaktadır (İtalyan Anayasa'sı m. 79)¹⁴. Bizim Anayasamızda bununla ilgili bir madde olmamakla beraber, af kanunlarında zaman itibariyle tatbik bakımından hükümler yer almaktadır (Bkz: 5677, 113 ve 218 sayılı Af Kanunları m. 1).

İ k i n c i B a ş l ı k

GENEL AF KANUNLARININ TATBİKİ

I. GENEL AFTAN SONRA VERİLECEK KARAR:

Genel ftan sonra ne gibi bir karar verileceğini soruşturma safhasına göre tesbit etmek gerekir.

A. Hazırlık Soruşturması:

Hazırlık soruşturması sırasında henüz kamu dâvası açılmamış olduğu cihetle, savcının takipsizlik kararı vermesi gerekir. Eğer genel affa rağmen kamu dâvasının açılması kararı verilecek olursa, bu yanlışlığın işin mahiyetine göre ilk soruşturma veya son soruşturma safhasında düzeltilmesi gerekir¹⁵.

B. İlk Soruşturma:

Genel affın ilk soruşturma sırasında çıkması halinde ne yolda bir karar verileceği hususunda birlik yoktur. CMUK.'nun 191. maddesinde düşme kararından bahsedilmediği için, genel aftan sonra muhakemenin men'i kararlarının verildiği görülmüştür¹⁶. Gerçi, sorgu yargıcının verebileceği kararları gösteren hükümde (CMUK. m. 191) düşme kararından söz edilmemiştir. Bununla beraber, TCK'nunda kamu dâvasını düşüren

Cabat, age., sh. 194.

13 Gölcüklü, Af kanunu, sh. 314.

14 Bkz: Dönmezer-Erman, age. sh. 956.

15 Beşinci Bölüm, İkinci Başlık, I., B.

16 Bz: Tahir Taner, Ceza muhakemeleri usulü, İstanbul 1955, sh. 280.

sebeplere yer verilmiş bulunmaktadır. Bu sebeplerden birisinin mevcut olması halinde, sorgu yargıcının da düşme kararı verebilmesi gerekir¹⁷. Aslında son soruşturma sırasında verilebilen bu kararın, kıyas yolu ile ilk soruşturma sırasında da verilebileceğinden şüphe etmemek gerekir¹⁸. Sorgu yargıcının sadece CMUK.'nun 191. madesinde yazılı bulunan kararlarla bağli olduğunu ve bunlardan başka bir karar veremeyeceğini iddia etmek doğru değildir¹⁹. Nitekim Yargıtay da, bir tevhide içtihat kararında ilk soruşturma sırasında düşme kararı verilebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır²⁰.

Bu şekilde verilen bir düşme kararı, ilk soruşturma sonunda verilen bir karar değil, ilk soruşturma sırasında verilen bir karardır. Düşme sebebinin ilk soruşturma sonunda anlaşılması mümkündür. Fakat bu hal, düşme kararının genellikle ilk soruşturma sonunda verilen bir karar sayılmasını gerektirmez. Sözü edilen düşme sebebinin ilk soruşturmanın neticelenmesinden evvel de ortaya çıkması mümkündür. Bu itibarla, genel affa rağmen yanlışlıkla ilk soruşturmanın açılması halinde sorgu yargıcının düşme kararı verebilmesi icap eder²¹. Düşme kararı ilk soruşturma sonunda verilebilecek kararlardan biri sayılırsa, buna imkân kalmayacak ve genel affa rağmen kamu dâvasının devamı gibi çelişik bir durum ortaya çıkacaktır.

Sorgu yargıcı tarafından verilen düşme kararına karşı, savcı âdi itiraz yoluna baş vurabilir (CMUK. m. 297). Bununla beraber, düşme kararı mahiyeti itibariyle acele itiraza konu teşkil etmelidir, çünkü bu kararın bir an evvel kesinleşmesi gerekmektedir. Bu itibarla, CMUK.'-nunda gerekli değişikliğin yapılarak düşme kararlarına karşı acele itiraz yolunun açık bulundurulması doğru olur²².

C. Son Soruşturma:

Son soruşturma sırasında genel af çıkacak olursa kamu dâvasının düşmesine karar verilir. Genel affın hukuki mahiyeti de bunu gerektir-

17 Erem, Usul, sh. 223.

18 Nurullah Kunter, Ceza muhakemesi hukuku, İstanbul 1961, sh. 516.

19 Baha Kantar, Ceza muhakemeleri usulü hukuku, Ankara 1957, sh. 203.; Aynı mahiyette: Otto Schwarz. (çev: Rifat Taşkın), Alman ceza muhakemeleri usulü kanunu şerhi, Ankara 1939, sh. 355.

20 Tev. İçt. GK., 13.12.1942, 7/29. Zikreden: Muhtar Çağlayan, Ceza Muhakemeleri usulü kanunu, sh. 366-367.

21 Nurullah Kunter, Sorgu yargıcının verebileceği asli kararlar, IHFM., 1949, C. XV, n. 4, sh. 937.

22 Kunter, Usul, sh. 517.

Aynı mahiyette: Taner, Usul, sh. 280.

mektedir. Düşme sebepleri devletin, suçun işlenmesi ile kurulan cezai münasebete veya kesin hükmün verilmesiyle ortaya çıkan infaz münasebetine son verici bir tasarrufta bulunması yahut da bazı sebeplerin sözü edilen bu münasebetlere tesir edebileceğini önceden kabul etmesini ifade eder²³.

Bu anlayış, genel aftan sonra yargıcın suçun teşekkül edip etmediğini araştırmasını gerektirmez: Düşme sebepleri kamu menfaati dolayısıyla ihdas edilmiş bulunmaktadır. Düşme sebeplerinin esası kamu faydası olduğuna göre, bununla ilgili bütün prensiplerin tatbik edilmesi ve suçun hiç bir şekilde yargı mercileri önünde yargılanmaması gerekmektedir. Fakat bugün, genel aftan sonra yargıcın fiilin suç teşkil edip etmediğini araştırması ve suç teşkil etmeyen fiiller hakkında beraat kararı, suç teşkil eden fiiller hakkında ise düşme kararı vermesi gerektiği fikri fazla taraftar kazanmış bulunmaktadır. Her ne olursa olsun düşme kararı verilecek olursa, bir çok kimsenin suçluluk şüphesi altında kalması ihtimali bu anlayışı desteklemektedir. İtalyan usul kanunu bu mahzuru bertaraf edici bir hüküm kabul etmiş bulunmaktadır. Sözü edilen kanunun 152. maddesine göre, “Suçu düşüren bir sebebin bulunması halinde, fiilin mevcut olmadığını veya maznun tarafından işlenmediğini yahut fiilin kanunen suç olarak derpiş edilmiş olmadığını açıkça gösteren deliller mevcut olduğu takdirde, hâkim bu gibi hususlara mahsus formül dairesinde beraate karar vermek suretiyle, esasa hükmedebilir”. Bizim kanunumuzda böyle bir hüküm yoktur. Bu itibarla, bizim hukukumuzda genel aftan sonra düşme kararı verilmesi gerekir^{23a}. Yargıtay da, bu yolda karar vermiş bulunmaktadır²⁴. Bununla beraber, 113 sayılı Af Kanununun 1. maddesinde red hakkı tanınmak suretiyle sözü edilen mahzur bertaraf edilmek istenmiştir. “Bu hükmün umumileşmesi, yani belirli bir

23 Dönmezer-Erman, age., sh. 926-927.

23/a Dönmezer-Erman, age., sh. 926-928.

Aksi kanaat için bkz. Özek, agm, sh. 170: “Düşme kararı, faili cezadan kurtarmakla beraber, onu devamlı bir zan altında tutacaktır. Halbuki, af kanunu çıkmasa idi sanık hakkında mahkeme beraat kararı verebilecekti. Bu vaziyette af kanunu sanığın aleyhine bir netice doğurmuş olmaktadır”.

24 “5677 sayılı Af Kanununun şümulüne giren suçlar sabit olmasalar bile, beraat değil, düşme kararı verilmesi gerekir” 2CD. 14.11.1950, E. 8863 /K.12847 için bkz: TİK., 1951, C.I. sh. 725, n. 1238.

“.....Ceza Kanununun 97. maddesi mucibince hukuku âmme dâvasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmeyerek umumi af iradesinin ammenin menfaati noktasından siyasi bir tedbir olarak nisyana terkedilmesini iltizam ettiği böyle bir fiilin sanığa isnad kaabiliyeti bakımından tahkikat icrasıyla beraat kararı verilmesi yolsuz..” 5CD. 2.12.1952, E.3078 /K.3232 bkz: TİK., 1953, C. I, sh. 558.

af kanununda yer almaktan çıkıp, umumi kanunun bir hükmü halini alması, yukarıda işaret edilen mahzuru bertaraf edecektir²⁵.”

Genel aftan sonra suçlulukla ilgili hususlar araştırılmaksızın düşme kararı verilmesi, bu düşme sebebinin öncelikle tatbik edilmesi anlamına gelmektedir. İtalyan usul kanunu, bu konuda sarıh bir hüküm ihtiva etmektedir. Bu kanunun 592. maddesine göre, genel af yargıcın kamu dâvası ile ilgili bütün diğer meseleleri tetkik etmek ve bu hususlarda karar vermek yetkisini ortadan kaldırır. Ancak, böyle bir tetkike kat'î ihtiyaç olması hali bundan müstesnadır. Bizim kanunumuzda bu konuda bir sarahat yoktur. Bu itibarla, fiilin af kanununun şümulüne girip girmediğinin şüpheli olması halinde, soruşturmaya devam edilmekte ve neticede fiilin af kanununa dahil olduğu anlaşıldığı takdirde düşme kararı verilmektedir²⁶. Bu da, genel af kanununa rağmen davaya devam edilmesi gibi affin hukuki mahiyetine uymayan bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır²⁷. Öyle ise, suçun vasfını tayin konusunda diğer meselelerden evvel karar vermek icap eder²⁸.

Erem bu hususta şöyle bir ölçü teklif etmektedir: “Bu konuda-zanımıza göre-bir tefrikte bulunmak icap eder. Eğer af kanunu yürürlüğe girdiğinde itham varakasında (iddianamede veya son soruşturma kararında) gösterilen vafına göre suç affın şümulüne giriyorsa, suç vafında değişiklik ihtimali düşüncesi ile, af kanununun tatbikinden kaçınmak doğru değildir. Fakat, suç vafında, affın şümulüne girecek şekilde bir değişiklik muhtemel görülüyorsa, vafın tayini hususunda diğer meselelere tercihan bu husus ele alınmalıdır”²⁹. Fakat bu ölçü de tatminkâr olmaktan uzaktır: Suçun itham varakasında kabul edilen vafı yargıcı bağlamaz. Bu itibarla, yargıcın genel aftan sonra de kendi tayin edeceği suç vafına göre affı tatbik edip etmemek yetkişini muhafaza edeceği ileri sürülebilir³⁰.

Bütün bunlar, kanunlarımızın bu konuda eksik olduğunu göstermektedir. Bu itibarla, İtalyan usul kanununda olduğu gibi boşlukları dolduracak hükümlerin kabulü yerinde olur.

25 Dönmezer-Erman, age., sh. 928.; İkinci Bölüm, İkinci Başlık, I., A., 3.

26 Erem, Usul, sh. 546.; Fiilin af kanununun şümulüne girip girmediğinin tesbiti için yapılan tevsi tahkikat talebini delilleri toplamadan reddedip, fiilin af kanununa girmesi sebebiyle düşme kararı verilmesi usulsüzdür. ICD. 27.3.1951. E.66/K.638 için bkz: Özek, agm., sh. 169, Dip not: 3.

27 Erem, Usul, age., sh. 546.

28 Erem, Usul, age., sh. 546.

29 Erem, Usul, sh. 546.

30 Erem, Usul, sh. 546.

D. Yargıtay Tetkikatı:

Genel af, işin Yargıtay'da tetkiki sırasında da çıkmış olabilir. Bu durumda, Yargıtay tarafından düşme kararı verilmesi gerekir.

II. GENEL AFFA TÂBİ SUÇLARIN TAYİNİ:

Hangi fiillerin genel af kanununun şümulüne girdiğini tayinde muhtelif ihtimalleri nazara almak gerekir:

A. Suçların "Kategoriler" İtibariyle Gösterilmesi:

Bazı genel af kanunlarında, buna tâbi olacak suçlar muayyen bir suç kategorisine işaret etmek suretiyle gösterilirler. Meselâ, mal aleyhine işlenen suçların veya siyasi suçların affedilmesi gibi. Bu gibi durumlarda genel af kanununun, mümkün olduğu kadar ceza kanununun teknik yapısını gözönünde bulundurmak suretiyle tatbik etmek gerekir³¹. Meselâ mal aleyhinde suçlar teriminden, Ceza Kanununun İkinci Kitabının Onuncu Babındaki fiilleri anlamak icap eder. Buna mukabil, kanunda açık bir tarifi bulunmayan suçlar hakkında (meselâ siyasi suçlar), doktrin alanında varılan neticelere göre hareket edilir³². Eğer bir mahkûmiyet hükmü bahis konusu ise, ilâmdaki suçun genel af kanununda belirtilen suç kategorisine girip girmediğini araştırmak gerekir³³. Bunu yaparken de, yine yukarıdaki ölçülere uyulacaktır.

B. Suçların "Hukuki Tavsif"leri ile Gösterilmesi:

Bir genel af kanunu, içine aldığı suçları hukukî tavsifleri ile göstermiş olabilir. Bu durumda genel af, aynı ismi taşıyan bütün suçlara şâmil olacaktır. Bunun gibi sözü edilen suçların ağırlaşmış ve hafifleşmiş şekilleri de affedilmiş sayılır. Adam öldürme suçlarını kapsayan bir kanun, gerek kasten gerek taammüden adam öldürme fiillerine tatbik edilir³⁴. Böylece, hukukî adları gösterilmek sureti ile tayin edilmiş olan suçların, vasıf değişikliğine müncer olmayan şiddet sebepli şekilleri de affedilmiş sayılır³⁵. Bunun gibi aynı suçun hafifletici bir sebep ihtiva eden halinin de

31 Gölcüklü, Af., sh. 310.

32 Dönmezer-Erman, age., sh. 955; Gölcüklü, Af., sh. 310.

33 Dönmezer-Erman, age., sh. 960.

34 Dönmezer-Erman, age., sh. 953;

Gölcüklü, Af., sh. 309-310.

35 Erem, Ceza, sh. 662.

aftan faydalanması gerekir³⁶. Öte yandan, af kanununda aksine sarahat olmadıkça sadece genel kanunda yer alan suçlar affedilmiş olur. Meselâ, hırsızlık suçlarını affeden bir kanunun, AsCK.'nda yer alan askerî hırsızlığı da içine aldığı söylenemez³⁷. Mahkûmiyet halinde, ilâmdaki tavsif esas alınır ve bununla genel af kanunundaki tavsifin aynı olması halinde hükümlü aftan istifade ettirilir³⁸.

C. Suçların “Madde Numarası” ile Gösterilmesi:

Genel af kanununun hariç bıraktığı veya içine aldığı suçları madde ve fıkra numaraları ile göstermiş olması halinde, sadece kanunda ön görülen madde ve fıkralarda yazılı bulunan fiiller affedilmiş sayılır. Böylece, 491. maddedeki suçun affedilmesi, 492. maddede yer alan suçun affinin dışında kalması anlamına gelir. Fakat, kanunda zikredilen suçun cezasını artıran veya hafifleten haller de affa dahil olur. Netice olarak, 491. maddede yer alan fiili affeden kanun, 522. maddede yer alan şiddet sebebini de ortadan kaldırmış sayılır³⁹. Bununla berebar, kanunun suçun mevsuf şeklini de affettiği kabul edilemez. Buna göre 491. maddedeki fiili affeden kanunun 493. maddede ki suça bir tesiri olmayacaktır⁴⁰. Cezanın kesinleşmiş olması halinde ise, mahkûmiyet ilâmında zikrolunan madde numarasını esas almak suretiyle fiilin aftan istifade edip edemeyeceğini araştırmak gerekir⁴¹.

D. Suçların “Cezalar” İle Gösterilmesi:

Genel af kanunu, buna tâbi olan suçları muayyen ceza hadlerini göstermek suretiyle tesbit etmiş olabilir. Böyle bir halde, suçun af kanununa tâbi olup olmadığını tayinde o fiil için ceza kanununda gösterilmiş olan mücerret ceza esas alınır. Bu itibarla, olayda mevcut bulunan

36 Dönmezer-Erman, age., sh. 953;

Gölcüklü, Af., sh. 309-310.

37 Dönmezer-Erman, age., sh. 953;

Erem, Ceza., sh. 662.

Aksi kanaat: Özek, agm., sh. 151.

38 Dönmezer-Erman, age., sh. 960.

39 Dönmezer-Erman, age., sh. 953-954.

“Ergin olmayan bir kızla gönü ile cinsel münasebette bulunup kızlık bozmaktan dolayı uygulama asıl cezayı belli eden 416. maddenin son fıkrasıyla yapmış olduğuna göre 418. madde ile cezanın artırılmış olması hükümlünün 134 sayılı af kanunundan faydalanmasına engel olmaz”. CGK. 27.11.1961 E. 5/55 K. 61 için bkz.: Ad. D. 1962, N. 5-6 sh. 665.

40 Erem, Ceza., sh. 663.

41 Dönmezer-Erman, age., sh. 960.

42 Dönmezer-Erman, age., sh. 954; Erem, Ceza, sh. 663; Gölcüklü, Af., sh. 310.

ve mücerret cezaya tesir eden teşdit ve tahfif sebepleri nazara alınmaz⁴². Nitekim Yargıtay'ın da kanaatı bu merkezdedir⁴³. Hatta, şiddet sebebi başka bir kanunda yer alsada dahi bu netice değişmez⁴⁴. Fakat şiddet sebebi cezanın nevini değiştiriyor ve bu da affın dışında kalıyorsa, sözü edilen şiddet sebebinin sanığa kabili isnad olup olmadığının araştırılması gerekir⁴⁵.

Bununla beraber, affa tabi suçların kanundaki ceza miktarı ile gösterilmesi halinde yargıç tarafından hükmolunacak müşahhas cezanın nazara alınması düşünülebilir. Fakat bu, sanığın aftan istifade edip etmemesini yargıçların değişik takdirlerine bırakması sebebiyle mahzurlu telâkki edilmektedir. Öte yandan genel affın yasama organına tanınmış bir yetki olması da, bu usulün kabul edilmemesini gerektirmektedir⁴⁶.

Bizde de, 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları affa tâbi suçları kanundaki cezalarını göstermek suretiyle tesbit etmiş bulunmaktadır (Bkz.: 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları m. 1.) Sözü edilen kanunlar, “....kanunları suçu tesbit eden asli maddesine yukarı haddi 5 seneyi geçmeyen hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile.... cezalandırdığı....” demek suretiyle, mücerret cezasının nazara alınması gerektiğini tereddüte yer vermeyecek bir şekilde belirtmiş bulunmaktadırlar (Bkz.: 113, 134, 218 sayılı Af Kanunları m. 1/-A).

Bazı hallerde, af kanunları “müstelzim ceza”, tabirini kullanmaktadırlar. 113 sayılı Af Kanununun 3. maddesinin J. bendinde “TCK. ile diğer kanunlarda yazılı ölüm ve müebbed ağır hapis cezasını müstelzim suçlar”, ibaresi kullanılmış, fakat bu 134 sayılı kanunla “...suçlardan dolayı ölüm cezasına mahkûm edilen veya edilecek olanlar...”, şeklinde değiştirilmişti. 218 sayılı Af Kanununun 3. maddesinin 1. bendinde ise yine bu ifade kullanılmış ve müebbed hapis cezasını müstelzim suçların birinci maddedeki aftan hariç bırakıldığı belirtilmiştir. “Müstelzim” terimi, bir hükümle verilmiş bulunan cezaları değil de,

43 Bir suçun affa tâbi olup olmadığını tayinde kıstas, asıl fiile terettüp eden ceza olup, artırma neticesi taayyün eden ceza değildir”. 6DC. 7.3.1961 Ad. D. 1961 n. 6, sh. 635.

44 “218 sayılı Af Kanununun birinci maddesi. 6136 sayılı kanuna aykırı eylemleri affın kapsamına almış bulunduğu ve 5 sayılı kanunun 6136 sayılı kanun bakımından bir ceza artırıcı hükmü kapsamakta olmasına göre bu kanunun ceza artırıcı sebebi olarak uygulanan 5 sayılı kanunun 3. maddesinin de af kanununun kapsamına girmiş olduğunun kabulü gerekir”. CGK. 1.7.1962 Ank. B.D.1963, n. 5. sh. 658.

45 Dönmezer-Erman., age., sh. 945.

46 Dönmezer-Erman., age., sh. 954.

kanun tarafından ön görülmüş olan cezaları ifade etmektedir⁴⁷. Yarıtay da , bu konuda aynı kanaata iştirak etmektedir⁴⁸.

Affa tabi suçların kanundaki cezalarla gösterilmesi halinde, kesin hükümden sonra ne şekilde hareket edilecektir? Bu durumda da yine, hükümdeki müşahhas cezanın değil, kanunda yer alan mücerret cezanın nazara alınması gerekir. Genel af kanunu, bazı suçları cezalarını göstermek suretiyle affederken ferdî ve müşahhas halleri değil, kanunda yazılı mücerret cezaları esas tutmaktadır. Bu sebeple failin çarptırıldığı ceza, daha ağır olsa dahi, mücerret cezayı nazara almak ve bunun af kanununun şümülüne girip girmediğini araştırmak icap eder⁴⁹. Fakat bu, af kanununda aksine hüküm olmaması halinde varılması gereken bir neticedir. Bazı kanunlar, genel affa tâbi olacak mahkûmiyet hükümlerinin azami ceza miktarını göstermektedirler. Böyle bir durumda artık, hükümdeki cezanın esas ittihaz edilmesi gerekir. Bizde 134 ve 218 sayılı Af Kanunları, böyle hareket etmişlerdir. Bunlardan 218 sayılı Af Kanununun 1. maddesinin B bendine göre, “5 sene veya daha az hürriyeti bağlayıcı bir cezaya ve bu miktarı aşmayan hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte veya müstekillen hükmedilmiş para cezasına mahkûm olanlar fer’i ve mütemmim cezalar ile ceza mahkûmiyetlerinin neticelerine de şâmil olmak üzere affedilmişlerdir”. Görülüyor ki, bu hüküm muvacehesinde sanık hakkında kesinleşmiş olan cezaya bakmak gerekmektedir. Failin mahkûm edildiği ceza beş seneden fazla ise, kendisinin genel afftan istifade etmesi mümkün değildir.

III. GENEL AFFIN İÇTİMA HALİNE TATBİKİ:

Cezaların içtımı halinde, her suç veya mahkûmiyetin genel affa tabi olup olmadığını araştırmak icap eder. Failin birden fazla suç işlemiş olması halinde, toplam cezanın kanundaki miktarı aşmış olması ihtimal dahilindedir. Bu durumda, kanunda tesbit edilmiş bulunan miktarı aşmayan mahkûmiyet hükümleri ortadan kalkar⁵⁰. Toplam

47 Cabat, age., sh. 179.

48 “Sanığın işlediği suç TCK.’nun 449/1 nci maddesi gereğince müebbed ağır hapis cezasını müstelzim bulunmuş ve 218 sayılı Af Kanununun 3. maddesinin I. bendinde ise “müebbed hapis cezasını müstelzim suçların birinci maddedeki affın haricinde bırakıldığı açıklanmıştır”. Müstelzim suçlar tabiri mahkemece hükmedilmiş olan cezaya değil o suç için kanunda tayin olunan temel cezaya matuf bulunmaktadır. Müebbed ağır hapis cezasını müstelzim suçlar teriminin, müebbed ağır hapis cezasına ait hükümler ibaresi ile aynı mana ve mahiyet taşıdığını kabule imkân yoktur”. ICD. 14.5.1963 E. 63/61, K.1075 (neşredilmemiş).

49 Dönmezer-Erman, age., sh. 960.

50 Majno, age., sh. 481.

cezanın, af kanununda gösterilenden fazla olmasının önemi yoktur. Meselâ 134 sayılı Af Kanununun 1. maddesinin (B) bendi, beş seneden az olan mahkûmiyetlerin genel affa tâbi olduğunu ifade etmiştir. Sanığın toplamı beş seneyi geçen bir kaç mahkûmiyeti var ise, içtima ilâmi çözülmek suretiyle bunların şümülüne girip girmediği araştırılır⁵¹.

IV. GENEL AFFIN SANIK VE HÜKÜMLÜLERE TATBİKİ:

Kamu dâvası devam etmekte iken çıkan genel affın sanıklar bakımından tatbiki söz konusudur Sanık hakkında kamu dâvasının düşmesi kararını verecek olan makam, dâvaya bakmakta olan mahkemedir⁵². Buna mukabil kesin hüküm verilmiş ve mahkûm da cezasını çekmeye başlamış ise gereken muameleler savcı tarafından yapılacaktır. Ayrıca, hükümlü de kendisininin aftan istifade ettirilmesini talep edebilir⁵³. Savcıların bu konudaki vazifeleri, infazı durdurmak ve hürriyeti bağlayıcı bir cezya mahkûm edilmiş bulunanları serbest bırakmaktadır. Savcı bu işlemleri, mahkemeden bir karar almaksızın resen yapar. Ancak, af kanununun tatbikinde bir tereddüte düşerse, hükmü vermiş olan mahkemeden karar ister (CMUK. m. 402)⁵⁴. Şarhı affın bahis konusu olduğu hallerde ise, bir tefrikte bulunmak gerekir. Eğer taliki bir şart varsa, hükümlü bu şartı yerine getirinceye kadar aftan istifade edemez. Şartın infisahi olduğu hallerde ise, hükümlü derhal aftan istifade eder. Ancak gerekli şart tahakkuk ettiği takdirde af ortadan kalkar⁵⁵.

Ü ç ü n c ü B a ş l ı k

ÖZEL AFFIN TATBİKİ

I. ÖZEL AFFIN KESİN HÜKÜMDEN SONRA TATBİK EDİLMESİ:

Ferdî özel affın hükümden sonra olacağı ve ancak bundan sonra tatbik edileceği tabiidir. Esasen ferdî özel af yetkisi kaide olarak, mah-

51 Önder Orhan, agm., sh. 964;

Ayrıca bkz.: Dördüncü Bölüm, Birinci Başlık, I., H., I.

52 Chomette, age., sh. 137; Merle, age., sh. 131; Mangin, age., sh. 316.

53 Özek, agm., sh. 169.

54 Özek, agm., sh. 150; Dönmezer-Erman, age., sh. 961; Aynı mahiyette bkz.: Chomette, age., sh. 136; Merle, age., sh. 131; Mangin, age., sh. 316.; Tahon, agm., sh. 10.

55 Özek, agm., sh. 169-170.

kümüyetin kesinleşip kabili infaz hale gelmesinden sonra kullanılabilir⁵⁶. Fakat toplu özel afların çoğu zaman kamu dâvası devam etmekte iken çıkartıldığı görülmektedir. Ancak, bu durumda da özel affın yine kesin hükümden sonra tatbik edilmesi gerekir. Toplu özel af hükmüne rağmen kamu dâvasına devam olunur ve ancak kesin hüküm verildikten sonra özel affın tatbikine geçilir; çünkü özel af, usul hukuku münasebetinin kesin hükümle neticelenmesini gerektirir⁵⁷. Öte yandan özel affın sadece cezaya tesir etmesi keyfiyeti de, devletin takibatta bulunup mahkûmiyet hükmü verebilmek hakkı olduğunu gösterir⁵⁸. İnfaz hakkının ortadan kalkabilmesi için, daha evvelden verilmiş bulunan bir mahkûmiyet hükmünün mevcudiyeti şarttır⁵⁹. Özel af, cezanın tamamını ortadan kaldırırsa bile, takibata devam edip, bir cezaya hükmetmek gerekmektedir⁶⁰.

II. ÖZEL AFFA TÂBİ SUÇLARIN TAYİNİ:

Hangi suçların özel affa dahil olacağını tesbit edilmesi, genel aftaki kadar zorluklara mahal vermemektedir. Ferdî özel affın bahis konusu olduğu hallerde, buna ait kanun veya kararnameye bakılır. Burada, kimlerin hangi nevi ve miktar cezalarının affedildiği açıkça gösterilir. Bu sebeple, ferdî özel aftan faydalanacak olan kimseleri tayin etmekte hiç bir güçlük yoktur⁶¹. Toplu özel aflarda ise, affedilen ceza miktarları ve neveleri gösterilir (Bkz. 113, 134 ve 218 sayılı Af Kanunları m. 1/C). Bu durumda, af kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar bu cezalarla mahkûm edilmiş bulunanlar özel aftan faydalanırlar⁶². Zaman bakımından af kanununun şumulüne giren ve fakat bu kanunun çıkmasından sonra kesinleşen cezalar da aftan istifade ederler. Öte yandan, af kanunu bazı suçların toplu özel affın dışında kalacağını kabul etmiş olabilir. Bu durumda, hangi suçların toplu özel affın dışında kaldığını tesbit edebilmek bakımından genel affa tâbi suçların tayinindeki ölçülerden faydalanmak mümkün olabilir⁶³.

56 Garraud, age., sh. 638.

57 Dönmezer-Erman, age., sh. 697.

58 Erman, 5677 Sayılı., sh. 437.

59 Erman, 5677 Sayılı., sh. 437.

Dönmezer-Erman, age., sh. 967.

60 Erman, 5677 Sayılı., sh. 435.

61 Dönmezer-Erman, age., sh. 968.

62 Dönmezer-Erman, age., sh. 968.

63 Beşinci Bölüm, İöinci Başlık, II., A., B., C., D.

III. ÖZEL AFFIN CEZALARIN İÇTİMAI HALİNDE TATBİKİ:

Cezaların içtimalı halinde özel affın teker teker bütün mahkûmiyetlere tatbik edilmesi gerekmektedir. İndirmenin, cezanın toplamı üzerinden yapılması Yargıtay kararları tarafından reddedilmiş bulunmaktadır⁶⁴. Ancak bu neticenin bazı haksız sonuçlar verdiği de görülmektedir: Mahkûmiyetleri üçer ay azaltan bir özel af düşünelim. Bu durumda tek bir suçtan dolayı beş aya mahkûm edilen kimse, aftan sonra iki aylık bir ceza çekecektir. Buna mukabil, iki suç işleyen ve birinden dört diğerinden üç ay ceza yiyen hükümlü af neticesinde sadece bir aylık bir ceza çekecektir. Halbuki kendisi, birinci sanıktan daha fazla bir mahkûmiyete (yedi ay), uğramış bulunuyordu. Üstelik, ilk sanığın tek bir suç işlemesine mukabil, bu iki defa suç işlemiş bulunmaktadır. İşte bu gibi haksızlıkları bertaraf edebilmek için, indirimin toplam ceza üzerinden ve bir kereye mahsuz olmak üzere yapılması gerekir⁶⁵. Ancak, unsur cezaların içtima sonunda verilen toplam ceza içinde erimemiş olmaları⁶⁶, bu sonuncu neticenin kabulünü imkânsız hale getirmektedir.

SONUÇ

I. Çeşitli hukuk dalları ile yakından ilgili bulunan af, kaynağını anayasalardan alan bir müessesedir. Bu itibarla, anayasa hukukuna ilişkin meseleler hakkında varılan sonuçlar, af yetkisinin kullanılması bakımından birer ölçü teşkil edecektir.

Yargılama kuvvetinin istiklâlini temin gayesiyle vazedilmiş bulunan mahkemelerin bağımsızlığı prensibi, bu yetkinin kullanılmasında sınırlayıcı bir tesir icra etmektedir. Mahkeme kararlarının değiştirilememesi şeklinde ifade edilen bu prensip, ilk nazarda af yetkisini reddeder gibi görünmektedir. Öte yandan, af yetkisinin başka bir anayasa hükmü tarafından yasama ve yürütme organına tanınmış olması, bu konudaki tereddütleri hiç olmazsa pozitif hukuk bakımından ortadan kaldırmaktadır. Bununla beraber affın bir yargı tasarrufu sayılamaması, mahkemelerin bağımsızlığı prensibinin bu konuda da etkili olması sonucunu doğurmaktadır: Af, bir yargı tasarrufu olmadığı için, bu yetkiyi

64 Ali Ulvî Aksoy, 5677 sayılı Af Kanunu, Huk. İç. D., 1951, n. 32, sh. 5.

"Af kanununun (5677 sayılı) 5. maddesi, içtima neticesinde elde edilecek ceza miktarı üzerinden değil, her bir suça ait ceza miktarı üzerinden tatbik edilmek gerekir". C.G.K. 16.10.1950. E. 283/K.300. Bkz. TİK. C. I. sh. 644, n. 1115.

65 Majno, age., sh. 487.

66 Erem., Ceza, sh. 563.

kullanan organ, mahkemelerin vazifeleri dahiline giren hususları inceleyemezler. Meselâ affeden organın suçluluk meselesini tartışması, delilleri yeniden tetkik etmesi ve hele kanun hükümlerinin doğru tatbik edilip edilmediğini araştırması mümkün değildir. Aksi halde, af yetkisinin sınırları aşılmış ve yasama organı âdeta bir üst mahkeme haline gelmiş olacaktır. Bu itibarla, mahkemelerin bağımsızlığı prensibi af yetkisinin kullanılması bakımından sınırlayıcı tesirler icra eder.

Şekline göre mahkûmiyeti veya sadece cezayı ortadan kaldıran bu tasarruf, Devletin “suçun işlenmesi ile teessüs etmiş olan cezai münasebete veya ceza mahkûmiyetinin kesinleşmesi ile kurulan infaz münasebetine son verici bir tasarrufta bulunması veya bazı sebeplerin sözü geçen münasebetlere nihayet verici bir tesir icra edebileceğini önceden kabul etmesi”, anlamına gelir.

Ceza hukukunda, hükümlü lehine neticeler doğuran müesseseler genel ve özel aftan ibaret değildir. Bunların yanında tecil, kazâi af, memnu hakların iadesi, şikâyetten vazgeçme gibi müesseseler de vardır. Ancak bütün bunlar, her şeyden evvel bir yargı tasarrufu olmaları ve mahkemelerin yetkilerine dahil bulunmaları bakımından aftan ayrılmaktadırlar. Öte yandan bu müesseseler, ceza siyasetine ilişkin gayelere hizmet ederler. Af ise, genellikle politik mülâhazaların hâkim olduğu bir tasarruftur. Affin mahiyeti icabı sözü edilen müesseselerden esash surette ayrılması, teknik bakımdan da farklı bir şekilde düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu müessese genellikle bütün hukuk sistemleri tarafından kabul edilmiş olmakla beraber, meşruluğu konusunda ittifaka varılamamıştır. Bu yetkinin bir çok kereler suistimal edilmiş olması, bazı yazarları endişeye sevketmektedir. Öte tandan, cezanın esasını fayda veya kefaretle izah edenler de affi kabul etmeyenler arasında yer almaktadırlar. Nihayet, ceza kanunlarının genel önleme hassası üzerinde ısrarla duran yazarlar da bu yetkiye taraftar değildirler.

Bununla beraber, af yetkisini kabul eden yazarların işaret ettikleri bir husus, aleyhteki görüşler tarafından tam olarak çürütülememektedir. Bu da, genel olabilmek için aynı zamanda mücerret olmak zorunda kalan ceza kanunlarının haksız neticeler doğurabilmesi ihtimalidir. Nitekim, af müessesesini şiddetli bir şekilde tenkit eden pozitivist yazarlar dahi bu ihtimali kabul etmekte, ancak haksızlıkların af gibi keyfi bir usulle giderilmesini reddetmektedirler.

Mahkeme kararlarına bu kadar geniş bir şekilde tesir edebilen af yetkisinin suiistimal edilmesi, kabul edilemez; fakat bunun gibi meselâ tecil veya şartla salıvermenin de suiistimal edilmesi mümkündür. Ancak

sırf bu sebeple tecil veya şartla salıvermenin ceza kanunlarından çıkarılması yoluna gidilmemektedir.

Bütün bunlar karşısında, suiistimalinden titiz bir şekilde kaçınmak şartı ile bu yetkiyi kabul etmek doğru bir netice sayılabilir. Fakat bu konuda gösterilecek en ufak bir hafifliğin dahi affa karşı olanlara hak verdireceğini unutmamak gerekir. Af yetkisinin kullanılmasında sorumsuz bir şekilde hareket etmek mazur görülemez; zira af ceza hukukunda ciddiyet ve dürüstlüğün ölçüsüdür.

Af yetkisini bir kere kabul ettikten sonra, bunun bir çeşidi olan genel affı da kabul etmek normal sayılmalıdır. Bozulan kamu düzeninin yeniden kurulmasında önemli bir derecede etkili olabilen genel affı, bazı yaralar gibi sadece siyasi suçlara inhisar ettirmemek icap eder. Çünkü bir kere, siyasi suçun muhtevası kesinlikle tesbit edilememektedir. Öte yandan siyasi suç mefhumu zamana ve topluma göre değişiklikler arz etmektedir. Nihayet bazı buhranlı devreler, bir takım siyasi suçlarla birlikte sırf adi suçların işlenmesinde de müessir olmaktadır.

Affin bir diğer şekli olan özel af da, ceza adaletinin şiddetini gidermek ve bazı adli hataları düzeltmek bakımından faydalı sonuçlar doğurmaktadır. Yapılan bütün itirazlara rağmen tecil, şartla salıverme, muhakemenin izdesi gibi müesseseler özel affa olan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadırlar. Bununla beraber, özel af yetkisinin kullanılmasından evvel, aynı gayenin ceza kanunlarında yer alan diğer müesseselerle gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğini araştırmak icap eder. Kanuni yollar kısmi bir tatmin sağlayabiliyorsa yine af yolunu tercih etmekte fayda vardır. Ancak, bilhassa adli hata gerekçesi ile çıkartılan özel aflarda, mahkemelerin bağımsızlığı prensibinin ihlâl edilmemesine bilhassa itina göstermek gerekmektedir.

II. Af, teknik özellikleri itibariyle bazan sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren; bazan da mahkûmiyeti bütün cezai neticeleri ile birlikte ortadan kaldıran bir kamu hukuku tasarrufudur. Bu tarif, affın iki çeşidi olduğunu göstermektedir: Kamu dâvası ve mahkûmiyeti ortadan kaldırabilen genel af ve sadece cezaya tesir edebilen özel af.

Genel affla özel af arasında önemli farklar vardır. Bunların ilki, genel affın kamu dâvası ve mahkûmiyete tesir edebilmesine mukabil, özel affın sadece cezanın infazı ile ilgili neticeler doğurmasıdır. Bundan başka genel af, mahiyeti itibariyle suçluları değil de işlenen fiilleri nazara alan bir tasarruftur. Öte yandan, genel af kesin hükümden evvel veya

sonra olabilir. Özel af ise, kaide olarak, kesin hükümden sonra tesir edebilmektedir. Bununla beraber, kesin hükümden evvel çıkan toplu özel aflar da vardır. Fakat toplu özel af hükümleri de cezanın verilmesinden sonra tatbik edildiği cihetle, af kanununun daha evvelden çıkmış olmasının önemi yoktur. Nihayet genel affın kaide olarak kollektif bir mahiyete sahip olmasına mukabil, özel af ferdidir. Fakat bu ana kaideye rağmen, ferdi genel aflara ve toplu özel aflara rastlamak mümkündür.

III. Genel ve özel af, kamu faydasına dayanmaları sebebiyle mecburidirler. Bilhassa genel afta, sanığın suçluluk şüphesinden kurtulamaması bu prensibin en büyük mahzurunun teşkil etmektedir. Bu itibarla, ceza kanununa yapılacak bir ilâve ile, genel affın bunu kabul etmeyen sanığa tesir edemeyeceği belirtilmelidir. Özel af sadece cezaya tesir ettiği için, böyle bir mahzurdan bahsedilemez. Üstelik, hükümlülerin haklarındaki cezayı çekmek bakımından bir müktesep hakları da yoktur.

Affın en geniş neticeler doğuran şekli olan genel af, kamu dâvası ve mahkûmiyeti ortadan kaldırmakla beraber maddi bir vakıa olarak işlenmiş bulunan fiile tesir etmez. Bu prensip, disiplin cezaları ve üçüncü şahısların tazminat hakları bakımından önemli neticeler doğurur.

IV. Genel affın, ceza kanunlarının tesirlerini ortadan kaldırması ve âdeta milli bir uzlaşma hareketi teşkil etmesi, yasama organına ait yetkilerden birisi olması sonucunu doğurmaktadır. Bununla beraber, genel af yetkisini icabı hale uygunluk mülâhazaları ile yürütme organına tanyan sistemlerin mevcudiyeti de müşahade edilmektedir

Özel affın yürütme organına ait bir yetkin olduğu hususunda fazla bir tereddüt yoktur. Hemen bütün anayasalarda bu yetkinin devlet başkanlarına tanındığı görülmektedir. Bizde de genel af yetkisi yasama organına aittir. Bunun yanında özel af yetkisi hem yasama organı hem de Cumhurbaşkanlığı tarafından kullanılabilir.

V. Af ceza hukuku, idare hukuku ve özel hukuk alanlarında bazı neticeler doğurmaktadır. Ancak mahiyetlerindeki farklılık sebebi ile genel ve özel affın neticeleri birbirlerine benzememektedir.

Genel af, çıktığı tarihe göre kamu dâvasını veya bütün cezai neticeleri ile birlikte mahkûmiyeti ortadan kaldırır. Bu sebeple ceza ve buna bağlı ehliyetsizlikler tamamen tesirsiz kalır. Özel afta ise sadece ceza kaldırılmakta, azaltılmakta veya değiştirilmekte, buna mukabil mahkûmiyet ve ehliyetsizlikler mevcudiyetlerini muhafaza etmektedirler. Bunun tek istisnası kanuni mahcuriyette görülmektedir.

Bir fiilin aynı zamanda disiplin suçu da teşkil etmesi mümkündür. Fakat disiplin hukuku ile ceza hukukunun birbirleri karşısında müstakil olmaları ve affin maddi bir vakıa olarak işlenen fiile tesir edememesi, genel affa rağmen aynı fiil hakkında idari bir müeyyide tatbik edilmesini mümkün kılmaktadır. Bununla beraber, bazı hallerde disiplin cezası mahkûmiyetin bir neticesi olmaktadır. Muayyen bir suçtan mahkûm edilen memur hakkında tatbik edilen ihraç cezası bunun en önemli misalini teşkil eder. Böyle bir disiplin cezası aslında ceza mahkûmiyetinin bir neticesi olduğu için, genel afftan sonra bu ceza da ortadan kalkar. Ancak, bu şekilde hakkındaki ihraç kararı kalkan memurun yeniden vazifeye alınması idarenin takdirine bırakılmıştır. Disiplin cezaları bakımından özel affın bir tesiri olmayacağı tabiidir.

Bazı hallerde devletin hiyerarşik amir sıfatıyla disiplin cezalarını da affetmesi gerekebilir. Bu durumda, devletin, doğrudan doğruya veya dolayısıyla kendi kontrolü altında olan memurların disiplin cezalarını affetmesinde bir mahzur yoktur.

Nihayet genel af fiili de ortadan kaldırmadığı için suçtan doğan tazminat dâvaları bundan sonra da devam edebilirler. Ancak artık tazminata hükmetmek yetkisi hukuk mahkemelerine geçer ve yine bunun gibi zamanaşımı bakımından BK.'nundaki hükümler tatbik edilir. Özel affın tazminat haklarına tesir edemeyeceği hususunda bir tereddütün mevcut olmaması tabiidir.

VI. Bilhassa genel af kanunlarının tatbiki bazı önemli problemler doğurmaktadır. Bizim CMUK.'nunda afftan sonra mahkemenin ne şekilde hareket edeceğini gösteren kaideler yoktur. Bu itibarla, bazı hallerde suçun vasfını tayin edebilmek için kamu dâvasına devam edilmektedir. İtalyan usul kanununda ise, genel affın kamu dâvası ile ilgili bütün diğer meseleleri tetkik etmek yetkisini ortadan kaldırdığını ön gören bir hüküm vardır. Ancak, böyle bir tetkike kesin ihtiyaç duyulması hali bundan müstesnadır. Bizde de, tatbikatta doğan tereddütleri ortadan kaldırabilecek böyle bir hükme ihtiyaç vardır. Bunun dışında af kanununun sarahatına ve genel usul kaidelerine göre hareket edilmek gerekmektedir.

BİBLOGRAFYA

- Adam, Tahsin:** *Af salâhiyeti* Ad. C. 1941 sh. 849-867.
- Aksoy, Ali Ulvi:** 5677 sayılı af kanunu Huk. İçt. D. 1951 N. 32, sh. 4-5.
- Alacakaptan, Uğur:** *Suçun unsurları* Ankara 1963
- Arsel, İlhan:** *Anayasa Hukuku* Ankara 1964
- Arsel, İlhan:** *Türk Anayasa hukukunun umumi esasları* Ankara 1962
- Balta, Tahsin Bekir:** *İdari yargı* (teksir)
- Balta, Tahsin Bekir:** *Kısa idare hukuku* Ankara 1962
- Barthélemy-Joseph:** *L'Amnistie* Extrait de la revue du droit public et de la science politique en France et l'étranger, 1920, N. 2.
- Barthélemy-Joseph et Duez, Paul:** *Traité de droit constitutionnel* Yeni bası, Paris 1933
- Başgil, Ali Fuat:** *Türkiye siyasi rejimi ve anayasa müesseseleri* Ders notları (teksir) İstanbul 1955
- Beard, Charles A:** *American government and politics* New York 1952
- Beccaira:** *Des delits et les peines* Yeni bası, M. Faustin Hélie, Paris 1856
- Beccaria:** *Suçlar ve cezalar yahut beşeriyetin mecellesi* (çeviren: Muhittin GÖKLÜ) İstanbul 1951
- Bentham, Jeremy:** *Theory of legislation* (çeviren: R. HILDRETH) London 1911
- Bettioli, Giuseppe:** *Suç ve cezanın sukutu meselesi* (çeviren: Faruk EREM) AHFD 1955 C. XII, N. 1-2, sh. 1-15
- Bilge, Suat:** *Ceza hukukunda af* Ad. C. 1943, N. 8, sh. 685-695; N. 9, sh. 760-771; N. 10, sh. 881-893
- Bouzat, Pierre:** *Amnistie* Répertoire de droit criminel et de procédure pénale Dalloz, Paris 1953, C. I. sh. 108-114
- Bouzat, Pierre:** *Grace* Répertoire de droit criminel et de procédure pénale Dalloz, Paris 1954, C. II., sh. 145-148
- Bouzat, Pierre:** *Traité théorique et pratique de droit pénal* Paris 1951

- Braas, Le Chevalier:** *Précis de procédure pénale* Bruxelles-Liege 1950 C.I.
- Cabat, Louis:** *De L'Amnistie* Paris 1904
- Pierre de Casabionca :** *Code pénal de royoume d'Italie* Paris 1932
- Chomette, Henri:** *De L'Amnistie* Paris 1898
- Corwin, Edward S:** *The constitution and what it means to-day* New Jersey 1948
- Corwin, Edward S:** *The president office and powers* New york 1948
- Degois, C:** *Traité élémentaire de droit criminel* Paris 1922
- Demirel, Hakkı:** *Af Salâhiyeti* Ank. Ba. D. 1957 N. 4, sh. 117-118
- Demirel, Hakkı:** *Genel affın disiplin cezalarına tesiri* Ad. D. 1951 N. 2, sh. 204-211
- Dessarps, G. Roux:** *De la grace* Paris 1898
- Dodd:** *Cases on constitutional law* Minn. 1954
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir:** *Nazari ve tabiki ceza hukuku Umumi kısım, C. I, II/I, II/2, İstanbul* 1959-1961
- Duez, Paul et Debeyre Guy:** *Traité de droit administratif* Paris 1952
- Duguit, Leon:** *Traité de droit constitutionnel* İkinci bası, Paris 1923, C. II, III.
- Erem, Faruk:** *Adalet prikojisi* Genişletilmiş beşinci bası, Ankara 1964
- Erem, Faruk:** *Ceza usulü hukuku* Ankara 1964
- Erem, Faruk:** *İçtihadı birleştirme kararlarının makale ademi şümulü* Ank. Ba. D. 1964, N. 5, sh. 495-496
- Erem, Faruk:** *Türk ceza hukuku C. I. Genel hükümler, Altıncı bası, Ankara* 1962
- Ellhot, W.Y.:** *Amnesty* Encyclopedia of the social sciences, C. II, sh. 36-38
- Erman, Sahir:** *Askeri ceza hukuku* Geniştilmiş üçüncü bası, İstanbul 1964
- Erman, Sahir:** *5677 sayılı af kanunu (5 inci maddesinin hususi af mahiyeti)* İst. Ba. D., 1951, N. 7, sh. 435-439
- Esmein, A.:** *Eléments de droit constitutionnel Français et comparée C. II, Paris* 1921
- Feyzioğlu, Turhan:** *Meclisin idam hükümlerini infaz ve hususi af salâhiyetleri hakkında* SBOD 1947, C. II, N. 3-4, sh. 421-424
- Gand, Maurice:** *Umumi af ve disiplin cezaları* (çeviren: Hakkı DEMİREL) AHFD 1954, C. XI, N. 3-4, sh. 110-114
- Garofalo, Raffaele:** *Criminologia* (çeviren: Muhittin GÖKLÜ) İstanbul 1957
- Garraud, R.:** *Traité théorique et pratique de droit pénal Français C. II, PARIS* 1914

- Garraud - Pierre /Lacosto - Marcel Laborde:** *Précis élémentaire de droit pénal* Paris 1937
- Giritli, İsmet:** *Özel siyasi af* Cumhuriyet Gazetesi, 14 Temmuz 1954
- Gölcüklü, Feyyaz:** *Af (Ceza hukukunda)* THA. C. I., sh. 306-312
- Gölcüklü, Feyyaz:** *Af kanunu* THA. C. I., sh. 313-314
- Guizot, F.:** *De la peine de mort en matiere politique* Paris 1882
- Güenal, Yılmaz:** *Adli yollarla memnu hakların iadesi* Ankara 1961
- Güenal, Yılmaz:** *Disiplin cezaları* SBFD 1958 C. XIII, N. 2, sh. 190-211
- Helie, M. Faustin:** *Traité de l'instruction criminelle* C. II, ikinci bası, Paris 1886
- Hentig, Hans von:** *Wiederaufnahmerecht* Heidelberg 1930
- Kantar, Baha:** *Ceza muhakemleri usulü* Ankara 1957
- Karamustafaoğlu, Tunçer:** *Anayasalarda genel af yetkisi* Ankara 1962 (Daktilografi)
- Kenny;** *Outlines of criminal law* (Edited by J.W. Cecil Turner) Cambridge 1952
- Kircheimer, Otto:** *Political justice* New Jersey 1961
- Kunter, Nurullah:** *Ceza muhakemesi hukuku* İstanbul 1961
- Kunter, Nurullah:** *Müsel sel suç ve af* (Mahkeme içtihatları) IHFM 1951 C. XVII, N. 3-4, sh. 885-910
- Kunter, Nurullah:** *Sorgu yargıcının verebileceği asli kararlar* IHFM 1949, C. XV, N. 4, sh. 924-950
- Laband, Paul:** *Le droit public de l'Empire Allemand* (çeviren: Savinien Bouyssy) C. IV, Paris 1904
- Levasseur, Georges:** *L'Amnistie. Son influence sur le droit disciplinaire* Paris 1933
- Liszt, Franz von:** *Traité de droit pénal Allemand* (çeviren: M. Réne Lobs- tein) Paris 1911, C. I.
- Magnol, J.:** *Chronique de jurisprudence. Des effets de l'amnistie sur la compétence de la juridiction repressive au regard de l'action civile* Rev. sc. crim. et de dr. pé. comp. 1939 sh. 286-289.
- Magnol, J.:** *Chronique* Rev. sc. crim. et de dr. pé. comp. 1948 sh. 338-340.
- Majno:** *Ceza kanunu şerhi* Türk ve İtalyan ceza kanunları, Birinci cilt, 1927
- Mangin, M.:** *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle* Paris 1876, C. II
- Marshall, O.R.:** *The prerogative of mercy* Current Legal Problems 1948, C. I., sh. 104-125
- Meray, Seha L.:** *Ceza hukukunda af* Ankara 1944

- Merle Louis:** *Des causes des cessation des péines Poitiers* 1899
- Mumcu, Ahmet:** *Siyasetten katl* Ankara 1963
- Ogg, Frederic A. and Ray, P, Ormen:** *Essentials of American Government* New York 1950
- Onar, Siddki Sami:** *İdare hukukunun umumi esasları* Birinci cilt, İkinci tabı, İstanbul 1950
- Ortolan, J.:** *Elements de droit pénal* Paris 1881 C. II
- Önder, Ayhan:** *Ceza hukukunda tecil ve benzeri müesseseler* İstanbul 1963
- Önder, K. Orhan:** 113 ve 134 sayılı *Af Kanunu ve tatbikatı* Ad. D. 1962 N. 9-10, sh. 950-972.
- Özek, Çetin:** *Umumi af İHFM* 1959, C. XXIV, N. 1-4, sh. 118-175
- Özgen, Eralp:** *Suçluların geri verilmesi* Ankara 1962
- Özyörük, Mukbil:** *İdarenin denetlenmesi* Ankara 1962-1963 (teksir)
- Patin, Maurice:** *Sur l'Amnistie* Rev. sc. crim. et de dr. pé. comp. 1948 sh. 539
- Rottschaefer:** *On constitutional law* Minn 1939
- Roux, J.-A.:** *Cours de droit criminel Français* C. I., Paris 1927
- Roux, Pierre-Francis:** *La grâce amnistiante* Paris 1940
- Rulleau, Charles:** *De la grâce en droit constitutionnel* Bordeaux 1911
- Saymen, F. Hakkı-Erman, Sahir-Elbir, Halid K. K.:** *Türk İçtihatlar Külliyyatı* İstanbul 1950-1958 (Muhtelif ciltler)
- Schwarz, Otto:** *Alman ceza mahkemeleri usulü kanununu şerhi* (çeviren: Rifat TAŞKIN), Ankara 1939
- Stephen, James Fitzjames:** *A history of the criminal law of England* C. I., London 1883
- Sensoy, Naci:** *Siyasi Suçlar İHFM* 1951, C. XVII, m. 1-2, sh. 53-74
- Tahon, Rene:** *l'Amnistie* Rev. de dr. pé. et de crim. 1940 N. 1., sh. 1-38
- Tandoğan, Halûk:** *Türk mesuliyet hukuku* Ankara 1961
- Taner, Tahir:** *Ceza hukuku* Umumi kısım, İstanbul 1953
- Taner, Tahir:** *Ceza muhakemeleri usulü* İstanbul 1955
- Tresolini, Rocco J.:** *American constitutional law* New York 1959
- Tunçer, Sıtkı:** *Haksız fiilde ceza müruruzamanı* Ad. D. 1953, N. 12, sh. 1423-1429
- Vabres, H. Donnedieu de:** *La justice pénale d'aujourd'hui* Patis 1941
- Vabres, H. Donnedieu de:** *Traité élémentaire de droit criminel et de la législation pénal comparée* Paris
- Vidal, Georges:** *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire* 9. bası, Paris 1947

Wade, E.C.S. –Phillips, G. Godfrey: *Constitutional law* 5. bası, London, 1955

Welzel: *Das deutsch Strafrecht* Berlin 1947

Williston, Samuel: *Does a pardon blot out guilt?* Harward Law Review, C. 28, May 1915 , N. 7, sh. 647-663

Zanobini, Guido: *İdari müeyyideler* (çeviren: Yılmaz GÜNAL) Ankara 1964

RAPORLAR:

Balta, Tahsin Bekir – Erem, Faruk – Karan, Doğan–Güneş Turan–Özan, Muharrem: *İlim Heyeti Mütalâası*

Erem, Faruk: *Ölüm cezalarının TBMM since infazına karar verilmesi kararının hukuki mahiyeti.*

La probation et les mesures analogues Molen 1953