

**T.C.
OKAN ÜNİVERSİTESİ**

**TÜRK HUKUKUNDA
VE
KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA
AF SORUNU**

SEMPOZYUMU

07 ARALIK 2010

KATILIMCILAR

Prof.Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof.Dr. Helmut GROPENGIESSER

Prof.Dr. Ersan ŞEN

Prof.Dr. Serap KESKİN-KİZİROĞLU

Doç.Dr. Ümit KOCASAKAL

Tetkik Hakimi Seyfullah ÇAKMAK

OKAN ÜNİVERSİTESİ-Ekim 2011

Adres: Okan Üniversitesi, Akfırat Kampusü Tuzla-İstanbul

Tel :0216 677 16 30
Faks :0216 677 16 47
e-mail :okan@okan.edu.tr
Web :www.okan.edu.tr

ISBN 978-605-5899-17-2

Editör

Prof.Dr.Serap KESKİN-KİZİROĞLU

DÜZENLEME VE YAYIN KURULU:

Prof.Dr. Mustafa Koçak

Prof.Dr. Serap Keskin Kızıroğlu

Yard.Doç. Dr. H. Sevinç Aydar

Ar. Gör. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu

Ar. Gör. Bilgehan Savaşçı

Ar. Gör. Hande Deniz

Ar. Gör. Duygu Arslan

Ar. Gör. Eda Aslı Şeran

Ar. Gör. Hüseyin Günal

Ar. Gör. Batuhan Pınar

Bu kitabın her türlü yayın hakkı Okan Üniversitesi Yayınevi'ne aittir. Okan Üniversitesi Yayınevi'nden yazılı izin alınmaksızın alıntı yapılamaz, kısmen veya tamamen hiç bir şekilde ÇOĞALTILAMAZ, BASILAMAZ, YAYIMLANAMAZ. Kitabın, tamamı veya bir kısmının fotokopi makinesi, ofset, bilgisayar ve internet ortamında kullanılması, kaset veya CD'ye kaydedilmesi yasaktır. Böyle bir çerçevede, çoğaltmak da, bulundurmamak da yasa dışı, davranıştır. Okan Üniversitesi Yayınevi, anılan türden yasa dışı davranışta bulunan kurum ve kişilere karşı, her türlü hakkını korur.

1.Basım: 2011

Kapak Tasarım :ES YAYINLARI

Basım ve Ciltleme:ES YAYINLARI

İÇİNDEKİLER

Önsöz

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK 5
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Açılış Konuşmaları 7

Prof. Dr. Şule KUT 7
Okan Üniversitesi Rektörü

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK 9
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Birinci Oturum

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Mustafa KOÇAK 11

Birinci Konuşmacı

Prof.Dr.Helmut GROPENGIESSER 13
Federal Almanya-Brühl-Kamu Yönetimi Meslek Yüksek Okulu
Öğretim Üyesi (Almanca Özgün Metin)

Die Amnestie – rechtsvergleichende und historische
Betrachtungen zu einem umstrittenen Rechtsinstitut

Prof.Dr.Helmut GROPENGIESSER'in Tebliğinin Türkçe Çevirisi 26
Af- Tartışmalı Bir Hukuksal Kuruma Karşılaştırmalı Ve
Tarihsel Bakış (Çeviren: Prof. Dr. Serap Keskin-Kızıroğlu)

İkinci Konuşmacı

Seyfullah ÇAKMAK 39
Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi
Türk Hukukunda Af Sorunu

Üçüncü Konuşmacı Prof.Dr.Serap KESKİN-KIZIROĞLU <i>Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi</i> Ceza Hukuku'nda Af	68
Soru – Tartışma Bölümü	80
İKİNCİ OTURUM Oturum Başkanı: Prof. Dr. Erol CİHAN	87
Birinci Konuşmacı Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR <i>Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi</i>	88
İkinci Konuşmacı Doç.Dr.Ümit KOCASAKAL <i>Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>	93
Üçüncü Konuşmacı Prof.Dr. Ersan ŞEN <i>İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi</i>	99
Türk Ceza Hukuku Yönünden Af	101
Soru – Tartışma Bölümü	124

ÖNSÖZ

“Af”, tüm dünyada sadece hukuksal değil, aynı zamanda toplumsal boyutlarıyla da gündemlerden düşmeyen önemli bir konudur. 7 Aralık 2010 tarihinde Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak “*Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu*” başlıklı bir sempozyuma ev sahipliği yaptık. Elinizdeki kitapçıkta bu sempozyumda sunulan tebliğ metinleri yanında, konunun daha da derinleştirilmesine olanak tanıyan sorular ve tartışmaların yanı sıra sunulan tebliğlere katkı sağlayanların konuşmaları yer almaktadır.

Bu anlamda kitapta, Prof. Dr. Helmut GROPENGIESSER’in ; “*Af - Tartışmalı Bir Hukuksal Kuruma Karşılaştırmalı Ve Tarihsel Bakış*”, Seyfullah ÇAKMAK’ın “*Türk Hukukunda Af Sorunu*”, Prof. Dr. Serap Keskin Kiziroğlu’nun “*Ceza Hukuku’nda Af*”, başlıklı tebliğleri ile Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Doç. Dr. Ümit Kocasakal ve Prof. Dr. Ersan Şen’in, mukayeseli hukukta ve özellikle Türk Hukukunda “Af” kurumunu değişik boyutlarıyla ele alan konuşmalarını bulacaksınız.

Sempozyuma katılan, tebliğ sunan ve tartışan tüm konuklarımızla birlikte katılamadıkları için üzüntülerini bildiren herkese teşekkürlerimi sunuyorum. Sempozyumun düzenlenmesinde ve kitap haline getirilmesinde emeği geçenlere teşekkür ediyorum, kitabın hukuka ve bilim dünyasına yararlı olmasını diliyorum.

Prof. Dr. Mustafa Koçak
Dekan
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Şule KUT
Okan Üniversitesi Rektörü

Sayın Dekanım, değerli hukukçular, Sayın Başsavcımız, değerli savcılar ve değerli öğrenciler, sevgili meslektaşlarım, and of course Professor you too. Bugün çok önemli bir konu için bir araya geldik. Katılımcı sayımız az ama çok değerli. Öncelikle ben Okan Üniversitesi adına konuklarımıza hoş geldiniz demek istiyorum. Hukuk Fakültemizin bu akademik yıldaki ikinci etkinliği! Bundan sonra da çok görkemli diyebileceğim bir üçüncü etkinlik gelecek ama onu Dekanımızın açıklamasını isterim. Af konusu Türk Hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta kuşkusuz hep gündemde olan bir konu. Affi sadece hukukçular da tartışmıyor. Affin özellikle toplumsal boyutu çok önemlidir. Tabii ki siyaset açısından da siyasete malzeme olma ya da siyasette araçsallaştırılma konusunda da af çok çalışılan bir konudur. Bugün ceza hukukçuları sanıyorum hocam değil mi daha çok bu konuyu ele alacaktır. Ben burada kalmayı ve bunu izlemeyi samimi olarak çok isterdim; ancak uzak bir ülkeden, Çin'den de misafirlerimiz var. O yüzden ayrılmak zorundayım, beni affetmenizi rica ediyorum hocam. Size tekrar başarılar diliyorum bu toplantı için ve teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekani

Değerli misafirler, sevgili öğrenciler, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesinin bu seneki ikinci etkinliğini bugün gerçekleştiriyoruz. Hatırlayacaksınız, bundan önceki Türkiye'nin belki de en kapsamlı, en tartışmalı anayasa değişikliklerinin hemen ardından anayasa değişiklikleri sonrasında Türkiye nereye gidiyor başlıklı bir sempozyuma ev sahipliği yaptık ve anayasa değişikliklerinin bundan sonraki yaşamımıza nasıl yansıtacağı, artıları, eksileri burada tartışıldı. Bugün af konusunu tartışacağız. Neden af diye sorulabilir. Gene referandum propagandası sonrasında ana muhalefet partisinin sayın genel başkanı bir genel af sözü etti. Her halde doğu ve güneydoğu Anadolu bölgelerindeydi. Bu, o ana ilişkin bir propaganda malzemesi miydi yoksa gerçekten Türkiye 2011 ve devamı yıllarında ciddi bir genel af beklentisi içinde miydi bunu kestirmek mümkün değil. Fakat biz bu konuyu bugün yabancı konuşumumuzun da katkılarıyla, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü'nden değerli hâkim arkadaşımızın, öğleden sonra sayın baro başkanının ve çok değerli ceza hukuku profesörlerimizin katkılarıyla gün yüzüne çıkarmaya çalışacağız. Fakat şunu belirtmekte yarar var diye düşünüyorum. İlk af kısmi de olsa cumhuriyetin henüz ilan edilmediği 1921 yılında yapılmış; o da Fransızlar tarafından işgal edilen bölgeler için getirilmiş bir af. Bundan aşağı yukarı tarihler de denk geliyor; tam 89 yıl önce böyle bir af gerçekleşmiş. Her halde değerli hâkim arkadaşımız bunların üzerinde uzun uzun duracak. 1922 yılında başlıyoruz ve aflar hiç eksik olmuyor. Genel af var. Onun üzerinde genel af ilan edilmiş! İşte bu günlerde başka bir affı yaşıyoruz; mali af. Şimdi sistem problemler doğuruyor, bu problemler mağdurlar ortaya çıkarıyor. Mağdurlar için bile durmadan af sözü ediliyor. Bugün böyle bir konu ile ilgili biraraya geldik. Tabi bu arada siyasi iktidarlar tarafından, parlamento tarafından- bizde biliyorsunuz affı parlamento çıkarır, özel af konusunda cumhurbaşkanının bir takım yetkileri vardır. Ama bu arada ne yazık ki adli sistemimizin sağlıklı işlememesi her yıl her halde 400 civarında sağlıklı rakamlar olmayabilir ama bu ci-

varda, yargılaması süresinde yapılmadığı için zaman aşımına uğramış dosyalar var. İşte birkaç gün önce bir örneğini gördük. 1980 yılında işlenen bir cinayetin failleri 30 yıl geçtiği halde cezalandırılmadı ve cezasız kaldı. O suçun failleri Disk genel başkanı Kemal Türkler'i infaz edenler hakkında bunu söylemek istiyorum. Bugün her halde hepimiz için çok faydalı bir sempozyum olacak. Özellikle Hukuk Fakültesi'nin genç dinamik öğrencileri için çok önemli. Öğrencilik hayatınızda bu tür sempozyumlarla, seminerlerle idealinizdeki mesleklere, yerlere gelmiş olan büyüklerinizin buralarda görüşlerini nasıl ortaya koyduklarını, nasıl tartıştıklarını, tabii kötü örnekleri çok Türkiye'de, ama biz burada idealini ortaya koymaya çalışıyoruz. Bunları görerek hayata hazırlanmış olacağız. Ben konuşmamı fazla uzatmak istemiyorum. Teşrifinizden dolayı hepinize teşekkür ediyorum ve sempozyumumuzun ülkemiz için de faydalı olması dilekleriyle sevgiler sunuyorum.

BİRİNCİ OTURUM **OTURUM BAŞKANI**

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

Sayın Profesör Dr. Gropengiesser Federal Almanya Mannheim’de doğdu. Karl Frederik Lisesi mezunu. Mannheim ve Freiburg’da hukuk lisans eğitimini tamamladı; sayın profesörün şu anki görevi Brüll Kamu Yönetimi Yüksek Okulu Öğretim Üyesi ve özellikle bu konularda, Ceza Hukuku’nda af konularında çalışmaları var. Sayın Prof.Dr. Serap Keskin Kızıroğlu bizim öğrencilerimizin de ceza hukuku profesörü. Asıl kariyerini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde gerçekleştirdi. Tabii Kızıroğlu’nun ve hepimizin hocası da Erol Cihan Hoca. Erol Cihan Hoca da burada aramızda bulunuyorlar. Bu arada Adalet Bakanlığı’ndan da teşekkür eden, biliyorsunuz Adalet Bakanlığı ile bizim bir protokolümüz var. Faaliyetlerimizde bizi Adalet Bakanlığı hiçbir zaman yalnız bırakmadı. Af konusunda da bu güne kadar yapılan aflarla ilgili en sağlıklı bilgiler onların arşivlerinde bulunuyor. Çok değerli bir hakim arkadaşımız Seyfullah Çakmak tetkik hakimi. Ceza ve Tevkif İşleri Genel Müdürlüğü tetkik hakimi. Ceza işleri tetkik hakimi. Akademik yaşamla da ilişkileri var. Adli Tıp Enstitüsü’nden master derecesi aldı. Pek çok makaleleri var yaşam hakkı ve ölüm cezasıyla ilgili.

Konuşma süresi en uzun konuşmacımız, ben mikrofonu Helmut Gropengiesser’e veriyorum.

BİRİNCİ KONUŞMACI
Prof.Dr.Helmut GROPENGIESSER
(Federal Almanya-Brühl-Kamu Yönetimi Meslek Yüksek
Okulu Öğretim Üyesi)

“Ceza Hukuku ve Hürriyet” Türkçe’de bilebildiğim ender kelimelerden, bu yüzden bir tercümana ihtiyacım var, özrünüze sığınıyorum diyor kendisi.

Prof.Dr.Helmut GROPENGIESSER’İN
TEBLİĞİ
(ALMANCA ÖZGÜN METİN)

Helmut Gropengießer

im Dezember 2010

Die Amnestie – rechtsvergleichende und historische
Betrachtungen zu einem umstrittenen Rechtsinstitut

Vortrag in Istanbul im Dezember 2010

I. Einleitung

1. Begrüßungsformel

Eine Vorbemerkung: In meinem Vortrag über die Amnestien möchte ich mich nicht zur Situation in der Türkei äußern. Dies liegt einerseits an meinen fehlenden Sprachkenntnissen; andererseits gebietet dies mein Respekt vor den hier versammelten türkischen Juristen und insbesondere Rechtswissenschaftlern, die weitaus kompetenter zu diesen Fragen Stellung nehmen können. Gestatten Sie mir jedoch eine Ausnahme von dem mir selbst auferlegten Gebot der Zurückhaltung, was die Türkei betrifft, und begleiten Sie mich auf einem kleinen Ausflug in die Altstadt von Istanbul. Dort befindet sich das Ihnen sicherlich allen bestens bekannte weltberühmte Archäologische Museum mit seiner herausragenden Abteilung über altorientalische Kulturen.

Zu dessen einzigartigen Schätzen zählt eine Keilschrifttafel mit Fragmenten des Vertrags von Kadesh aus dem Jahr 1259 v. Chr. Damit fan-

den die schweren Kämpfe zwischen dem anatolischen Reich der Hethiter und dem ägyptischen Pharaonenreich um die Vorherrschaft im Bereich des heutigen Palästina bzw. Syriens ein Ende. In diesem wohl ältesten dokumentierten Friedensvertrag der Weltgeschichte, welcher in 18 Artikeln die Beziehungen zwischen den beiden damaligen Großmächten regelt, befindet sich eine Klausel, in welcher beide Vertragspartner eine Amnestie für ausgelieferte Flüchtlinge vereinbaren. Und somit liegen die Wurzeln der Amnestie in einer gewissen Weise in der Türkei.

Seit der Zeit der Hethiter reißt die Kette der Amnestien nicht ab. Sehr berühmte Beispiele bilden etwa die am Ende des Peloponnesischen Krieges in Athen erlassene Amnestie des Thrasyboulos aus dem Jahr 403 v. Chr., die Bestimmungen im Toleranzedikt Heinrichs IV. von Nantes vom 13. April 1598 (Frankreich), die Amnestie im Friedensvertrag von Osnabrück von 1648 nach dem Dreißigjährigen Krieg oder der englische „Act of free and general pardon, indemnity and oblivion“ von 1660 nach dem Ende der Cromwell-Ära. In den letzten Jahrzehnten haben vor allem die umfangreichen Amnestien in den südamerikanischen Staaten nach Beendigung der dortigen Militärdiktaturen für heftige politische Diskussionen geführt. Genannt seien hier insbesondere die argentinischen Gesetze zur nationalen Befriedung von 1984¹, das Schlusspunktgesetz von 1986² und das Gesetz über den geschuldeten Gehorsam von 1987³.

Offensichtlich ist keine weltgeschichtliche Epoche, kein Reich und keine Nation auf Dauer gänzlich ohne das Rechtsinstitut der Amnestie ausgekommen. Und doch ist sie vergleichsweise wenig erforscht, denn fast immer verdrängte die auf die konkrete historische Situation bezogene politische Diskussion über ihre Zulässigkeit und Richtigkeit die dahinter stehenden grundsätzlichen Fragen über die Amnestie im allgemeinen. Im folgenden soll nun zunächst in einem 1. Teil eine Begriffsklärung, eine Klassifizierung der Amnestien nach verschiedenen Arten und eine Charakterisierung ihrer besonderen Problematik versucht werden; anschließend folgen Gedanken zu neueren völkerrechtlichen Entwicklungen (Teil 2), bevor ich im dritten Teil der Frage der Legitimation von Amnestien

¹ Ley de pacificación nacional - Gesetz Nr. 22.924 vom 22.9.1983.

² Ley de punto final – Gesetz Nr. 23.492 vom 23.12.1986.

³ Ley de la obediencia debida – Gesetz Nr. 23.521 vom 4.6.1987.

aus strafrechtlicher Sicht nachgehen möchte. In meinen Schlussbemerkungen möchte ich auch persönlich Position beziehen.

Teil 1: Amnestien im allgemeinen

1. Begriff:

Das Wort „amnistía“, ursprünglich aus dem Griechischen kommend und „Vergessen“ bedeutend, hat sich wie kaum eine andere Bezeichnung für ein Rechtsinstitut fast weltweit, jedenfalls in den meisten Sprachen Amerikas und Europas durchgesetzt. Bei allen Unterschieden in den einzelnen Rechtsordnungen lässt sich die Amnestie inhaltlich folgendermaßen definieren: Die Amnestie befreit einen Straftäter (oder einen doch zumindest einer Straftat Verdächtigen) durch einen *allgemeinen* staatlichen Rechtsakt, also ein Gesetz im materiellen Sinn, nachträglich und unmittelbar, ganz oder teilweise, von allen oder zumindest doch den gravierendsten Konsequenzen seiner Tat, eben insbesondere der Strafe, und zwar nur *ausnahmsweise*, d.h. nur für Straftaten, die in einem gewissen Zeitraum begangen wurden. Vor allem in diesem Ausnahmecharakter der Amnestie liegen die Wurzeln für die Problematik der Amnestien

2. Die Arten von Amnestien:

Nach dem mit der Amnestie verfolgten Zweck lassen sich die Amnestien in drei Gruppen klassifizieren: die Jubel- bzw. Justizentlastungsamnestien, die Appellamnestien und die hier mit dem Stichwort politische Amnestien zusammengefassten Schlussstrich- bzw. Befriedigungsamnestien.

a) Die Jubel- bzw. Justizentlastungsamnestien

Die Jubelamnestien, auch Feiertagsamnestien genannt, dürften wohl die älteste und im Bewusstsein der Bevölkerung am festesten verankerte Amnestiegruppe darstellen. Darunter versteht man eine allgemeine Amnestie, die im Zusammenhang mit einem freudigen Ereignis im Leben eines Staates ergeht. Dazu können etwa ein Friedensschluss, ein Staatsjubiläum, der Geburtstag des Monarchen oder eben die Wahl eines Präsi-

denten zählen. Bekannt sind solche Amnestien schon aus der Antike; sie gehören – zum Teil bis heute – zum festen Bestandteil der Rechtsgeschichte vor allem in den romanisch geprägten Ländern wie Argentinien, Belgien, Frankreich, Österreich und Portugal. Berühmt sind etwa die sogenannten Septennatsamnestien, welche das französische Parlament alle sieben Jahre nach der Wahl eines neuen Präsidenten erlässt.

Offiziell werden solche Amnestien damit begründet, dass der Staat aus einem Gefühl des Großmuts oder des Mitleids heraus auch den Straftäter an der allgemeinen öffentlichen Freude teilhaben lassen möchte. In Wirklichkeit schwingen weniger edle Motive auf jeden Fall zumindest mit: Eine Jubelamnestie eignet sich in hervorragendem Maß zur symbolischen Demonstration der eigenen Macht. Noch wichtiger dürfte der Gedanke der Justizentlastung sein. Durch die Amnestie können bei einer Vielzahl von Strafverfahren die Aktendeckel geschlossen werden; und wenn zu Freiheitsstrafen verurteilte oder in Untersuchungshaft einsitzende Täter amnestiert werden, leeren sich die Gefängnisse. Da die Ressourcen der Strafjustiz notorisch knapp sind, ist eine Justizentlastung als solche zu nahezu allen Zeiten und in allen Staaten der Erde willkommen gewesen. Auf diesem Hintergrund wird die bissige Bemerkung Ambrose Bierces verständlich, die Amnestie sei der „Großmut des Staates gegenüber jenen Rechtsbrechern, deren Bestrafung zu kostspielig wäre“. Solche Amnestien betreffen regelmäßig aber nur minderschwere Taten; bei schweren Taten können meist nur solche Täter in den Genuss der Amnestie kommen, die einen Großteil ihrer Strafe schon verbüßt haben. Gleichwohl sind auch mit solchen Amnestien typische Probleme verbunden, etwa eine unerwünschte Vorwirkung: In Erwartung der Amnestie steigt in Frankreich regelmäßig die Anzahl der Verkehrsordnungswidrigkeiten vor den Präsidentenwahlen signifikant an.

b) Die Appellamnestien

Vergleichsweise im Verborgenen bleiben die Amnestien, welche die Gewährung von Straffreiheit an die Vornahme einer rechtlich erwünschten Handlung knüpfen. Das Musterbeispiel für diese Fallgruppe bilden Steueramnestien. Wenn der steuerpflichtige Bürger nachträglich die fehlenden Angaben macht und die anfallenden Steuern bezahlt, bleibt ihm

eine Bestrafung wegen Steuerhinterziehung erspart. Der Staat „appelliert“ also mit dem In-Aussicht-Stellen der Amnestie an den Bürger, in den Schoß der Rechtsordnung zurückzukehren. Neben den Steueramnestien lassen sich in vielerlei Staaten und Systemen entsprechende Appellamnestien auf dem Gebiet der Parteispenden, des Devisen- und Zollrechts, des Personenstands-, des Waffen- und auch des Wehrpflichtrechts finden. Wie sie sehen, handelt es sich dabei ausschließlich um Delikte gegen Kollektivrechtsgüter, die zudem nicht selten im Nebenstrafrecht normiert sind und den Charakter abstrakter Gefährdungsdelikte tragen. Auch diese Fallgruppe ist keineswegs unproblematisch. Die nicht unter die Amnestie fallenden Bürger werden sich unter dem Gesichtspunkt der Gleichheit fragen, warum andere Bürger privilegiert werden. Vor allem haftet solchen Amnestien aber das odium eines schmutzigen deals an. Dass sich der Bürger nachträglich von seiner Strafe „freikaufen“ kann, wird vielfach als ungerecht empfunden.

c) Die politischen Amnestien: Befriedungs- oder Schlusstrichamnestien

Im folgenden möchte ich mich auf eine dritte Gruppe von Amnestien konzentrieren, nämlich die Amnestien nach Kriegen, Bürgerkriegen oder sonstigen schwereren politischen Unruhen. Mit solchen Amnestien, wie wir sie zu irgendeinem Zeitpunkt ihrer Geschichte in nahezu allen Ländern dieser Erde finden können, soll ein Schlusstrich unter die Vergangenheit gezogen und eine Versöhnung zwischen verfeindeten Parteien erreicht werden, um in der Zukunft ein friedliches Zusammenleben zu ermöglichen. Typisch für diese Amnestien ist, dass auch schwere, manchmal sogar schwerste Delikte bis hin zu vorsätzlichen Tötungsdelikten amnestiert werden. Nicht allein deshalb sind solche Amnestien besonders umstritten.

Solche Befriedungs- oder Schlusstrichamnestien ziehen sich – wie in den einleitenden Worten beispielhaft erwähnt – durch die gesamte Geschichte. Einen Höhepunkt erreichte diese Entwicklung in den Jahren zwischen 1648 und 1794: Über 90 % aller europäischen Friedensverträge enthielten damals Amnestiebestimmungen. Das europäische Rechts-

sprichwort: „In amnestia consistit substantia pacis“ – „In der Amnestie liegt die Substanz des Friedens.“ – legt beredtes Zeugnis von der damaligen Amnestiepraxis ab. Gleichmaßen konstatiert Kant in der 1797 erschienenen Metaphysik der Sitten: „Daß mit dem Friedensschluß auch die Amnestie verbunden sei, liegt schon im Begriffe desselben.“ Eine solche umfassende Amnestie für die im Zusammenhang mit dem Ersten Weltkrieg begangenen Taten ist z.B. von Frankreich, dem Vereinigten Königreich, Griechenland, Italien, Japan, Rumänien und der Türkei im Jahr 1923 erklärt worden.⁴

So wie der zwischenstaatliche Krieg in den letzten Jahren selten geworden ist und bewaffnete Konflikte heute meist Bürgerkriegscharakter haben, hat sich auch bei der Amnestieproblematik der Akzent verschoben. Darf der Staat nach dem Ende – oder vielleicht nur dem erhofften Ende? – innerstaatlicher Unruhen eine Amnestie erlassen?

3. Die Suche nach einer justa causa – einer Rechtfertigung der Amnestie

Wie oben beschrieben, befreit eine Amnestie nur *ausnahmsweise* von einer Bestrafung. Für bereits vollstreckte *Altfälle* beansprucht das Strafrecht genauso Geltung wie für Taten, die *nach* dem Stichtag der Amnestie begangen werden. Dies führt zu einem auf den ersten Blick paradoxen Ergebnis: Hat der Staat *bisher* versucht, das Gemeinwohl und das Wohlergehen seiner Bürger dadurch zu fördern und zu sichern, dass er (schwere) Normverstöße unter Strafe gestellt und die Verantwortlichen, soweit es ihm möglich war, auch bestraft hat, lässt er *nun* aus Gründen eben des Gemeinwohls vergleichbare Täter, *ohne* dass es einen Grund in ihrer Person oder Tat gäbe, straflos, um später – wieder mit derselben Zielsetzung – derartige Taten von neuem mit strafrechtlichen Sanktionen zu ahnden. Ein und dasselbe Ziel versucht der Staat einmal *mit* dem Einsatz des Strafrechts und das andere Mal mit dem *genauen Gegenteil* desselben, dem Verzicht auf das Strafrecht, zu erreichen. Ein solches Vorgehen bedarf seit alters her der Begründung und Legitimation. Jahrhundertlang wurde diese Problematik unter dem Stichwort „*justa causa*“ –

⁴ Kononov ./ Lettland, EGMR vom 17.5.2010, Nr. 95.

Rechtfertigungsgrund erörtert. Die Diskussion blieb aber weitgehend auf den historischen Einzelfall beschränkt. Und sie blieb im wesentlichen eine Frage der *politischen* Zweckmäßigkeit oder Unvernunft – und damit keine Frage des *Rechts*.

Teil 2: Neuere völkerrechtliche Entwicklungen

Nur auf den ersten Blick überraschend war es das Völkerrecht, das sich als Motor für eine neue Sicht der Amnestien erwies. Darin spiegeln sich drei Entwicklungstendenzen wider: wachsende Amnestieskepsis, Verrechtlichung und Internationalisierung.

Den entscheidenden Impuls hat die Bewegung der Amnestiegegner in Lateinamerika erhalten. Unter dem Eindruck zahlreicher und inhaltlich sehr weitreichender Amnestien während bzw. nach Beendigung der Militärdiktaturen gegen Ende des letzten Jahrhunderts, z.B. in Argentinien, Chile, Peru oder Uruguay ist dort in den letzten beiden Jahrzehnten der Ruf laut geworden, der Straflosigkeit (impunity) insbesondere von schweren Menschenrechtsverletzungen ein Ende zu setzen, und dieser Ruf hat zumindest in der westlichen Welt ein gewaltiges Echo gefunden.

Weil die politische Kraft der Amnestiegegner häufig nicht ausreichte, in einem Akt politischer Gestaltung bereits beschlossene Amnestien wieder aufzuheben, gingen sie den Umweg über das *Recht* und damit über die *Gerichte*. Die Rechtsgrundlage für einen solchen Angriff auf die Amnestien war freilich dünn: Innerhalb der nationalen Rechtsordnungen fanden sich regelmäßig keine Bestimmungen, welche eine Amnestie, immerhin ein Akt der Legislative, untersagt hätten. In dieser Situation erwiesen sich die Menschenrechte als Schlüssel zum Erfolg. Dass deren Einhaltung letztlich vom *Interamerikanischen* Gerichtshof für Menschenrechte in San José de Costa Rica überwacht wurden, befreite die Amnestiegegner zudem häufig aus der Pattsituation innerhalb des nationalen Machtgefüges, in die sich die Eliten der alten Militärherrschaft und diejenigen der neuen Demokratie hineinmanövriert hatten.

Grundlegend für die weitere Entwicklung wurde die Entscheidungspraxis des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Aufbauend auf Erwägungen schon im berühmten Fall Velásquez Rodríguez

(Honduras) aus dem Jahr 1988 hat der Interamerikanische Gerichtshof in mehreren Entscheidungen wie dem Fall Barrios Altos (Peru) aus dem Jahr 2001 Amnestien für schwere Menschenrechtsverletzungen für nichtig erklärt. Denn sie verstoßen nach Ansicht des Gerichtshofs gegen die Pflicht des Staates, schwere Menschenrechtsverletzungen zu bestrafen. Inzwischen enthält Art. 29 der venezolanischen Verfassung von 1999 sogar ein ausdrückliches Amnestieverbot für Verbrechen gegen die Menschlichkeit (crimes against humanity), schwere Verletzungen (serious violations) der Menschenrechte und Kriegsverbrechen (war crimes). Ganz ähnlich verbietet Art. 23 Nr. 2 der ecuadorianischen Verfassung von 1998 Amnestien für einen Katalog schwerster Straftaten, darunter auch Völkermord (genocide).

Der *Europäische* Gerichtshof für Menschenrechte hat sich an das Thema der Amnestieverbote bisher erst vorsichtig herangewagt. Noch im Fall Dujardin aus dem Jahr 1991 hat der EGMR den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebendes betont. Lapidar heißt es dort: „The State is justified in adopting, in the context of its criminal policy, any amnesty laws it might consider necessary.“ Dies dürfte heute so nicht mehr gelten: In den letzten Jahren unterstreicht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass den Staat nicht nur hinsichtlich der Menschenrechte wie insbesondere dem Grundrecht auf Leben (Art. 2 EMRK) *Schutzpflichten* treffen, sondern dass er bei solchen Straftaten auch eine effektive Untersuchung einleiten muss („an obligation under Article 2 to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding the death“.⁵ Soweit mir bekannt, hat der EGMR aber bisher noch nie ein Amnestieverbot ausgesprochen.

Gleichwohl dürfte die neue völkerrechtliche Entwicklung dahingehen, Amnestien für völkerrechtliche Verbrechen zumindest grundsätzlich für

⁵ X und Y *.l.* Niederlande, EGMR vom 26.3.1985, Series A Nr. 91, 6 (11); EuGRZ 1985, 297 (298). Nach J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 28, ist diese Entscheidung von „richtungsweisender Bedeutung“. Siehe aus neuerer Zeit mit vielen Zitaten, Salman *.l.* Türkei, EGMR vom 27.6.2000 Nr. 105. Agit Salman war ein Taxifahrer aus Adana, der im Gewahrsam einer Anti-Terrorismus-Abteilung der Polizei im Jahr 1992 starb. Siehe auch Kononov *.l.* Lettland, EGMR vom 17.5.2010, Nr. 241: „As well as the obligation on a State to prosecute drawn from the laws and customs of war, Article 2 of the Convention also enjoins the States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction and implies a primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal law provisions to deter the commission of offences which endanger life.“

unzulässig zu erklären. In diese Richtung dürfte sich auch das Statut von Rom, das den Internationalen Strafgerichtshof (International Criminal Court) geschaffen hat, auslegen lassen. Wenn ein Staat eine Amnestie erlässt, zeigt er sich im Sinn des Art. 17 des Statuts (Komplementaritätsprinzip) „unwillig“, Straftaten zu verfolgen und löst damit zumindest die Zuständigkeit der internationalen Strafjustiz aus.

Teil 3: Legitimation von Amnestien aus strafrechtlicher Sicht

Eine Amnestie stellt zwar eine Durchbrechung des Strafrechts dar – aber keineswegs eine vollständige. Bei den allermeisten Amnestien schwingen wenigstens zum Teil Erwägungen mit, die sich in das bestehende strafrechtliche Wertgefüge einfügen lassen. Ein paar Beispiele mögen dies erläutern: Jubelamnestien betreffen in der Regel nur Straftaten von geringem Unrechtsgehalt. Bei von politischen Amnestien erfassten Straftaten, die während eines Krieges bzw. Bürgerkriegs begangen wurden, dürfte in der Regel oder doch zumindest häufig die Schuld des Täters gemindert sein, weil er einer notstandsähnlichen Situation gehandelt hat. Appellamnestien weisen eine gewisse Nähe zu den strafrechtlichen Rechtsinstituten des Rücktritts vom Versuch bzw. der Tätigen Reue auf. Bei einer Amnestie, die nur viele Jahre zurückliegende Straftaten erfasst, zeigen sich deutliche Parallelen zum Institut der Verjährung. Wenn schließlich bereits verurteilten Straftätern der Rest der Strafe erlassen wird, dann ist die Parallele zur Aussetzung des Strafrests zur Bewährung nicht von der Hand zu weisen.

Weitet man den Blick, dürfen auch die *Strafzwecke* nicht außer Acht gelassen werden. Nach der Beendigung einer Krisensituation und der Rückkehr zu einem stabilen politischen System wird bei vielen während der Krise straffällig gewordenen Tätern nicht mehr zu befürchten sein, dass sie wieder Straftaten begehen. Der Gedanke der Spezialprävention kann dann eine Bestrafung nicht mehr rechtfertigen.

Gleichwohl: Diese systemimmanenten Gründe reichen nicht zur Legitimation einer Amnestie. Wäre dies nämlich der Fall, hätte man das Strafgesetzbuch auf Dauer ändern können. Der Rechtfertigungsbedarf

mag durch strafrechtliche Erwägungen abgeschwächt sein, aber er besteht nach wie vor fort.

Letztlich darf man aber auch als Strafrechtswissenschaftler nie aus den Augen verlieren – und an dieser Stelle bekenne ich mich zu den relativen Straftheorien – , dass Strafrecht keinen Selbstzweck darstellt, sondern ein – zentrales und grundsätzlich unverzichtbares – Mittel zur Verwirklichung des *Gemeinwohls* darstellt. Und dabei mag es Fälle geben, in denen zum Zwecke der Erreichung dieses Ziels eine Amnestie, d.h. der Verzicht auf Strafe, dem Einsatz des Strafrechts überlegen ist.

Teil 4: Schlussgedanken

Erlauben Sie mir an dieser Stelle in stark verkürzter Form meine eigene, freilich in verschiedenen Punkten durch andere Stimmen aus der Wissenschaft gestützte Auffassung wiederzugeben, die versucht, menschenrechtliche Ideen und strafrechtliche Erwägungen zusammenzuführen und ihre maßgebliche Basis im *Verhältnismäßigkeitsprinzip* findet.

Ausgangspunkt sind danach grundsätzlich die Menschenrechte. Diese effektiv zu schützen ist Aufgabe des Staates. Lässt sich daraus jedenfalls bei gravierenden Eingriffen in die Menschenrechte auch die Existenz einer Strafpflicht ableiten, so führt dies nicht automatisch zu einem Amnestieverbot, wohl aber zunächst zu einer Umkehr der *Argumentationslast*: Nun müssen nicht mehr die Amnestiegegner begründen, warum der Gebrauch des allgemein in den Rechtsordnungen der Welt anerkannten Instituts der Amnestie rechtswidrig sein sollte, sondern umgekehrt ihre Befürworter, warum eine Amnestie ausnahmsweise doch zulässig sein soll. Dazu bedürfen sie zunächst eines *legitimen Grundes* – hier klingt die alte Lehre der *justa causa* an. Das Streben nach Versöhnung und Befriedung zählt sicherlich dazu. Auch das Ziel einer Justizentlastung ist, wenn auch nur ökonomischer Natur, durchaus als legitim einzustufen.

Darüber hinausgehend muss eine Amnestie aber auch *geeignet* und *erforderlich* sein, ein solches Ziel zu erreichen. Hier begegnet uns zunächst eine *tatsächliche* Problematik: Wird eine *Amnestie* tatsächlich die Gesellschaft beruhigen – oder nun, wo die Gefahr der Strafverfolgung gebannt ist, umgekehrt die Leidenschaften aufs Neue entketten und wei-

tere Straftaten provozieren? Und bei der Realisierung des anderen, entgegengesetzten Modells: Wird eine rigorose *Strafverfolgung* tatsächlich das Vertrauen der Bürger in die Normgeltung stärken und das Strafrecht seine präventive Kraft entfalten können – oder droht der Gesellschaft nicht wiederum ein Aufflackern der gerade beendet geglaubten Kämpfe, weil die Straftäter der Vergangenheit nun nicht mehr an ihre eigene Chance in der künftigen Gesellschaft glauben? Sie werden mir zustimmen: Die Prognose wird häufig schwer fallen, und, wie es im Wesen einer Prognose liegt, immer mit Unsicherheitsfaktoren behaftet bleiben. Gleichwohl muss der Gesetzgeber eine Prognose wagen, welche Folgen sein Tun haben wird. Man wird ihm insoweit einen recht weiten Einschätzungsspielraum einräumen müssen. Man darf aber dabei nicht vergessen, dass gerade in jüngerer Zeit mit eindrucksvollen Argumenten vorgebracht wurde, dass *nur* eine Aufklärung der Straftaten und ein Bekennen zur eigenen Schuld, echte Versöhnung zwischen Tätern und Opfern ermöglicht.

In die schließlich vorzunehmende *normative* Abwägung wird zunächst einzufließen haben, wie gewichtig der Amnestiegrund ist. Der Gedanke der Justizentlastung wird keine Amnestie für gravierende Straftaten rechtfertigen können. Ist nach einer Staatskrise bereits ohne Amnestie ein stabiles System geschaffen worden, bedarf es keiner Amnestie. So konnte etwa der Systemwechsel in Deutschland nach dem Untergang der früheren DDR ohne Amnestie erfolgen, weil der Wende gewaltlos erfolgte und das neue demokratische Regime auch im Osten Deutschland widerspruchslos anerkannt wird. Ganz anders stellt sich die Situation dar, wenn ein Land von einem lange andauernden, viele tausend Tote fordernden Bürgerkrieg innerlich zerrissen ist. In solchen Fällen, wie wir sie etwa in Sierra Leone vorgefunden haben, ist der Gedanke einer Amnestie sehr ernst zu nehmen.

Des weiteren sind auch die genannten spezifisch *strafrechtlichen* Gedanken bei der Abwägung zu berücksichtigen. Danach wird es in erster Linie von der *Schwere der Tat* abhängen, ob eine Amnestie erlassen werden darf: Je schwerer die Tat wiegt, um so eher ist eine Amnestie verboten (Schuldprinzip). Des weiteren darf die Präventionsfunktion des Straf-

rechts nicht außer Acht gelassen werden: Je wahrscheinlicher es ist, dass eine Amnestie im Einzelfall (Gedanke der Spezialprävention) oder allgemein (Generalprävention) künftige Straftaten begünstigen wird, um so eher ist an ein Amnestieverbot zu denken.

Ein weiterer zentraler Gesichtspunkt für die Abwägung ist der *Stand des Strafverfahrens*: Je weiter das Strafverfahren fortgeschritten ist, umso unproblematischer ist der Erlass einer Amnestie. So werden auch absolute Amnestiegegner nur geringe Bedenken haben, Tätern von schweren Menschenrechtsverletzungen am Ende des Strafvollzugs eine Freiheitsstrafe um 10 oder 20 % zu reduzieren. Besondere Betonung möchte ich auf eine andere Zäsur im Strafverfahren legen, nämlich den Eintritt der *Rechtskraft* des Urteils. Ist ein Strafverfahren immerhin bis dahin gediehen, so ist das Erkenntnisverfahren abgeschlossen und damit dem Opferinteresse an der Ermittlung des Geschehenen (Recht auf Wahrheit) und an einer rechtlichen Bewertung der Tat genügt worden. Deshalb meine These: Eine Amnestie für nicht abgeurteilte Taten begegnet weit aus größeren Bedenken als eine solche nach Eintritt der Rechtskraft. Die hier vertretene Auffassung lässt sich übrigens mit der in den letzten Jahren in verschiedenen Ländern dieser Welt – Südafrika bildete den Modellfall – praktizierten Lösung, *Wahrheitskommissionen* (truth commissions) einzusetzen, bestens vereinbaren.

Im Ergebnis zählen damit Amnestien zum klassischen Handwerkszeug des Gesetzgebers, das er allerdings nur in Notlagen einsetzen sollte. Meine Einschätzung ändert sich aber, wenn es um Amnestien für *schwerste Menschenrechtsverletzungen* geht. Diese halte ich grundsätzlich für unzulässig. Nur in Situationen, in denen der innere Friede in einem Land bis in seine Grundfesten erschüttert worden ist, können solche Taten amnestiert werden. Dann aber sollten diese Taten entweder durch eine Wahrheitskommission oder aber durch ein Gericht festgestellt und damit auch bewertet werden. Letztlich wird es aber auch absolute Extremsituationen geben, in denen alle Straftaten, und seien es die schrecklichsten Menschenrechtsverletzungen, ohne wenn und aber amnestiert werden müssen. Diese Situationen betreffen Zustände absoluter Anarchie und blutigster Bürgerkriege mit einer fünf- bis siebenstelligen Zahl von Toten. Um ein konkretes Beispiel zu nennen: Als im Westfälischen Frie-

den von 1648 ein Schlusstrich unter dreißig Jahre Krieg und Bürgerkrieg in Mitteleuropa gezogen wurde, in dessen Folge unmittelbar oder mittelbar fast die Hälfte, ich wiederhole: die Hälfte der Bevölkerung! gestorben war, gab es wohl keine andere Möglichkeit, als zu eben diesem Mittel einer allumfassenden Amnestie zu greifen.

Letztlich wird das Recht im historischen Einzelfall häufig keine verbindlichen Vorgaben machen können, sondern den Ball an den Gesetzgeber zurückspielen. Er hat dann die Freiheit zu entscheiden, ob er eine Amnestie erlässt oder nicht – und trägt damit auch die Verantwortung. Nicht selten wird erst die Geschichte beweisen, ob die vom Gesetzgeber erlassene Amnestie als Ausdruck „politischer Klugheit“⁶ zu preisen oder als „Leichenstein auf dem Grabe des Rechts“ zu verdammen war.⁷

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!

⁶ *Hillenkamp*, JZ 1996, S- 187.

⁷ *Kahl*, DStZ 1920, Spalte 263.

**PROF.DR.HELMUT GROPENGIESSER'İN
TEBLİĞİNİN TÜRKÇE ÇEVİRİSİ**

Çeviren: Prof.Dr.Serap Keskin-Kızıroğlu
(Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof.Dr.Helmut Gropengießer

Aralık 2010

**Af- Tartışmalı Bir Hukuksal Kuruma Karşılaştırmalı Ve
Tarihsel Bakış**

İstanbul'da Aralık 2010'da Tebliğ

I.Başlangıç

1.Giriş

Bir Önsöz: Aflar hakkındaki tebliğimde Türkiye'deki durum hakkında düşünce açıklamak istemem. Bu, bir yandan benim eksik dil bilgim nedeniyledir; diğer yandan, bu konuda üstünlükle ehil kişiler olarak görüş oluşturabilecek olan burada toplanmış hukukçulara ve özellikle hukuk bilim insanlarına saygım bunu gerektirmektedir. Bununla birlikte kendi kendime yüklediğim bu geri durma görevinden, Türkiye'yi ilgilendiren bir istisnada bana izin verin ve eski İstanbul'da küçük bir gezintide bana eşlik edin. Orada, eski doğu kültürü üzerine muhteşem bir bölümüyle, sizce ve şüphesiz herkesçe en iyi şekilde tanınan dünyaca ünlü Arkeoloji Müzesi bulunmaktadır.

İ.Ö. 1259 tarihli Kadeş Andlaşmasının parçalarından bir çivi yazısı tabletinin onun eşsiz hazineleri arasında sayılır. Bununla, Anadolu İmparatorluğu Hititler ile Mısır Firavun İmparatorluğu arasındaki, bugünkü Filistin yahut Suriye toprakları üzerinde hükümlerlik elde etmek için yapılan ağır savaşlar bir son bulmuştur. İçeriğindeki 18 maddede o zamanın her iki büyük gücü arasındaki ilişkileri kurala bağlayan dünya tarihinin bu en

eski belgeye bağlanmış barış andlaşmasında, her iki andlaşan tarafın geri verilen mülteciler için bir af konusunda anlaşmaya vardıklarına dair özel bir hüküm bulunmaktadır. Ve böylece affin kökleri kesin bir surette Türkiye’de yatmaktadır.

Hititlerden bu yana af zinciri kopmamaktadır. Örneğin çok ünlü örneklerini, Peleponnes Savaşlarının sonunda İ.Ö. 403 yılında Atina’da çıkartılan Tirasibulos Affi, 13 Nisan 1598 tarihinde Nantes’li IV. Hanri’nin (Heinrich) Hoşgörü Fermanındaki düzenlemeler (Fransa), otuz yıl savaşlarından sonra 1648 tarihli Osnabrük Barış Andlaşmasındaki af ya da Cromwell Dönemi’nin bitiminden sonra 1660 tarihli, İngilizce ,‘Act of free and general pardon, indemnity and oblivion‘‘ oluşturmaktadır. Her şeyden önce son on yıllar içerisinde, oralardaki askeri diktatörlüklerin sona ermesinden sonra, Güney Amerika Devletlerindeki kapsamlı aflar sert politik tartışmalara yol açmıştır. Burada özellikle, 1984 tarihli ulusal barışı amaçlayan Arjantin Yasaları⁸nın, 1986 tarihli Sonnokta Kanunu⁹nun ve 1987 tarihli Suçlu İtaat Hakkında Kanun¹⁰un adları geçmektedir.

Açık olan şudur ki; hiç bir tarihsel dönem, hiç bir imparatorluk ve hiç bir ulus, uzun süre tamamen af hukuk kurumu olmaksızın geçilmemiştir ve buna rağmen af, nispeten az araştırılmıştır; çünkü affin doğruluğu ve geçerliliği hakkındaki somut tarihsel durumla bağlantılı politik tartışma, genel olarak af hakkındaki arkada kalan temel sorunları hemen hemen daima bastırmıştır. Aşağıda, ilk olarak 1.Bölüm’de bir kavram açıklığı getirmek, farklı türlere göre affin bir sınıflandırmasını yapmak ve affin özel sorunsalının ayrıştırılmasına çalışılacaktır; bunu, Ceza Hukuku açısından affin meşruiyeti sorununa girmek istediğim üçüncü bölümden önce, Uluslararası Hukuktaki yeni gelişmelere yönelik düşünceler izleyecektir (2.Bölüm). Sonuç bölümüm içerisinde kişisel duruşumu da ortaya koymak isterim.

⁸ Ley de pacificación nacional-Kanun no. 22.924, tarih 22.9.1983

⁹ Ley de punto final- Kanun no.23.492, tarih 23.12.1986

¹⁰ Ley de la obediencia debida- Kanun no.23.521, tarih 4.6.1987

1.Bölüm: Genel Olarak Af

1.Kavram:

Köken olarak Yunanca'dan gelen ve 'unutmak' anlamını taşıyan 'amnistia' kelimesi, bir hukuk kurumu için başka hiç bir deyimde olmadığı gibi hemen hemen dünya çapında, her durumda Amerika ve Avrupa dillerinin çoğunda yer bulmuştur. Her bir hukuk düzenindeki farklılıklara rağmen af, içerik olarak aşağıdaki şekilde tanımlamayı olanaklı kılmaktadır. Af, bir suçluyu (ya da en azından bir suç şüphesi altındaki birini) devletin genel bir hukuksal işlemiyle, yani maddi anlamda bir yasayla, sonradan ve dolaysız, tamamen veya kısmen, eyleminin tüm ya da en azından ağırlaştırıcı sonuçlarından, ki özellikle cezadan, ve bu da ancak istisnai olarak, yani, yalnızca belirli bir zaman diliminde işlenmiş suçlardan özgür kılmaktadır. Af sorunsalının kökleri her şeyden önce affın bu istisnailik niteliğinde yatmaktadır.

2. Affın Türleri:

Af, afla izlenen amaca göre üç grupta sınıflandırmayı olanaklı kılmaktadır: Kutlama (Jubel) afları veya adli yükü azaltıcı aflar (justizentlastungsamnestien), çağrı afları (appellamnestie) ve burada politik aflar deyişle özetlenen temiz sayfa afları (Schlussstrich), diğer deyişle barış afları.

a) Kutlama afları-veya adli yükü azaltıcı aflar (Die Jubelbzw.Justizentlastungsamnestien)

Bayram afları da denen büyük kutlama aflarının, en eski ve toplum bilincinde en sıkı şekilde yer alan af grubunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bundan, bir devletin yaşamındaki sevinçli bir olayla bağlantılı bir genel af anlaşılmaktadır. Örneğin bir barış kararı, bir devlet kutlaması, monarkın doğum günü ya da bir başkanın seçimi bunlardan sayılabilir. Bu tür aflar antik çağdan bu yana bilinmektedir; bunlar, -kısmen bugüne kadar- her şeyden önce Arjantin, Belçika, Fransa, Avusturya ve Portekiz gibi Roma etkisinde kalmış ülkelerde hukuk tarihinin belirgin bir bölümüne aittir. Örneğin Fransa Parlamentosunun her yedi yılda bir yeni bir başkanın seçiminden sonra çıkardığı, Septennat Afları diye adlandırılan aflar ünlüdür.

Böyle aflar resmi olarak, devletin, yüce gönüllülük ve merhametlik duygularından hareketle suçluların da kamusal genel sevince katılmalarına olanak sağlamak istemesiyle gerekçelendirilmektedir. Gerçeklikte ise daha az asil nitelikte saikler vardır. En azından her durumda: Bir kutlama affi kişisel gücün sembolik anlamda ortaya konulmasına muhteşem derecede uygun düşmektedir. Adli yükün azaltılması düşüncesi daha önemli olabilir. Af yoluyla ceza muhakemelerinin pek çoğunda dosya kapatılabilir ve eğer özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükümlü ya da tutukluluk durumunda bulunan fail affedilirse cezaevleri boşalır. Bilindiği üzere ceza adaletinin kaynakları kısıtlı olduğundan, adli yükü azaltıcı bir af bu şekilde hemen hemen tüm zamanlarda ve yerküredeki tüm devletlerde hoş karşılanmıştır. Arka plandaki bu sebepten dolayı Ambrose Bierces'in, affın, 'cezalandırılması çok pahalı olan her bir hukuk ihlalcisine karşı devletin yüce gönüllüğü' olduğu şeklindeki acı sözü anlaşılır olmaktadır. Ancak bu tür aflar kural olarak yalnızca hafif eylemlerle ilgilidir; ağır eylemlerde genellikle, cezalarının büyük bir kısmını çoktan çekmiş olan failler bu aflardan yararlandırılırlar. Bununla beraber, bu tür aflar da istenmeyen bir olasılığı içeren tipik sorunla bağlıdır: Fransa'da başkanlık seçiminden önce af beklentisiyle trafik düzenine aykırı kabahatler kural olarak önemli oranda artmaktadır.

b) Çağrı Afları (Die Appellamnestien)

Cezadan özgürlüğe kavuşmayı hukuksal olarak istenen bir hareketin kabulüne bağlayan aflar, karşılaştırmalı olarak gizlilik içinde kalmaktadır. Bu grup için model örneği vergi afları oluşturmaktadır. Eğer vergi yükümlüsü yurttaş sonradan eksik verileri tamamlar ve ödenmesi gereken vergiyi öderse, vergi kaçırma cezasından kurtulur. Devlet af vaadiyle yurttaş hukuk düzeninin koynuna geri dönmeye çağırmaktadır. Vergi aflarının yanında, çeşitli devletlerde ve sistemlerde, parti bağışları alanında, döviz ve gümrük hukuku alanında, medeni durum, silahlar ve ayrıca askeri yükümlülük hukuku alanında benzer aflar bulunabilmektedir. Gördüğünüz gibi, burada yalnızca ortak hukuksal yararlar karşılığında suçlar söz konusudur ki bu suçlar ayrıca, seyrek olmamak üzere yan ceza hukukunda kuralla bağlanmış ve soyut tehlike suçu niteliği taşımaktadırlar. Konu olan bu gruplar da hiç bir biçimde tartışmasız değildir. Af kapsa-

mina girmeyen yurttaşlar, eşitlik bakış açısı altında diğer yurttaşlara neden ayrıcalık yapıldığını kendi kendilerine soracaklardır. Her şeyden önce böyle aflara kirli bir işin kötü şöhreti yapışiktır. Yurttaşın sonradan, cezasını parayla satın alabilmesi, daha çok adaletsizlik olarak kabul edilir.

**c) Politik Aflar: Barış ya da Temiz Sayfa Afları
(Die politischen Amnestien: Befriedungs-oder
Schlussstrichamnestien)**

Takiben, afların üçüncü bir grubu üzerinde yoğunlaşmak isterim, yani savaşlardan, iç savaşlardan ya da başka ağır politik kargaşalardan sonraki afları. Kendi tarihlerinin herhangi bir zaman diliminde hemen hemen yerküredeki tüm ülkelerde bulabileceğimiz bu tür aflarla geçmişe bir çizgi çekmek ve gelecekte barışçıl bir birlikte yaşamı olanaklı kılmak amacıyla düşman taraflar arasında bir uzlaşmaya varmak istenmektedir. Ağır ve hatta bazen kasten insan öldürme suçlarına kadar çok ağır suçların affedilmesi bu aflar için tipiktir. Bu tür aflar yalnızca bu yüzden özellikle tartışmalı değildir.

Bu tür barış –ya da temiz sayfa afları- giriş cümlelerinde örnek olarak değinildiği gibi, bütün tarih boyunca uzanmaktadır. Bu gelişim, en üst noktasına 1648 ve 1794 yılları arasında ulaşmıştır: O zaman Avrupa'daki tüm barış andlaşmalarının %90'undan fazlası af düzenlemeleri içermektedir. Avrupa hukuk ilkesi: 'In amnestia consistit substantia pacis' - 'Affin içinde barışın cevheri yatmaktadır.' - sözü o zamanki af uygulamaları için açık bir tanıklığı ortaya koymaktadır. Aynı şekilde 1797'de yayınlanan Ruhların Metafiziğinde Kant, 'Affin da barışın kurulmasıyla bağlantılı olduğunun bizzat kavramın kendisinin içinde yattığını' tespit etmektedir. Böylesine kapsamlı bir af, birinci dünya savaşıyla bağlantı içinde işlenmiş suçlar için örn. Fransa, Birleşik Krallık, Yunanistan, İtalya, Japonya, Romanya ve Türkiye'de 1923 yılında ilan edilmiştir.¹¹

Son yıllarda devletlerarasındaki savaşın seyrek olması ve silahlı çatışmaların bugün daha çok kardeş kavgası niteliği taşımasında olduğu gibi

¹¹ Kononov./Letonya, A.İ.H.M., 17.5.2010, Nr.95

af sorunsalında da vurgunun yeri değişmiştir. Devlet içerideki kargaşadan sonra- ya da belki ancak ümit edilen sondan sonra- bir af ilan edebilir mi?

3. Afta Bir Justa Causa- Bir Hukuka Uygunluk Arayışı (Die Suche nach einer justa causa-einer Rechtfertigung der Amnestie)

Yukarıda tarif edildiği gibi bir af, cezadan özgürlüğü yalnızca istisnai olarak sağlar. Ceza Hukuku, af için belirlenen günden sonra işlenmiş eylemler bakımından olduğu gibi, çoktan infaz edilmiş eski davalar için de yürürlüğünü aynen gerektirmektedir. Bu ilk bakışta çelişkili bir sonuca götürmektedir: Bu zamana kadar devlet kendi yurttaşının ortak yararını ve mutluluğunu, (ağır) kural ihlallerini cezaya bağlamak ve olanaklı olduğu takdirde, sorumluları da cezalandırmak yoluyla sağlamaya ve güvenceye almaya çalışmıştır; ancak şimdi devlet, aynı ortak yarar gerekçeleriyle, daha sonra yeniden aynı amaçla aynı tür yeni eylemleri Ceza Hukuku yaptırımlarıyla cezalandırmak için, benzer failleri, kendi kişiliğinde veya eyleminde bir gerekçe bulunmaksızın, cezasız bırakmaktadır. Devlet bir ve aynı amaca bir kez Ceza Hukuku'nu devreye sokmakla ve bir başka sefer aynının aksini devreye sokarak, Ceza Hukuku'ndan vazgeçerek ulaşmaya çalışmaktadır. Böyle bir davranış eski dönemlerden bu yana gerekçeye ve meşruiyete gereksinim duymaktadır. Yüzyıllar boyunca bu sorunsal , ‘‘justa causa‘‘-hukuka uygunluk nedeni deyişiyile açıklanmıştır. Ancak tartışma devamlı olarak tarihsel somut olaylarla sınırlı kalmıştır ve bu tartışma esasında bir politik amaç uygunluğu ya da mantıksızlığı sorunu olarak kalmıştır- ve böylece hukukun sorunu olarak değil.

2.Bölüm: Uluslararası Hukukta Son Zamanlardaki Gelişmeler (Neuere völkerrechtliche Entwicklungen)

Uluslararası Hukuk'un affa yeni bir bakışın motoru olarak ortaya çıkması yalnızca ilk bakışta şaşırtıcıydı. Bunda üç gelişim eğilimi görülmektedir: Artan af şüpheciliği, yasallaştırma ve uluslararasılaştırma.

Af karşıtı hareket en önemli itici gücü Latin Amerika'da elde etmiştir. Askeri diktatörlükler süresince veya son yüzyılın sonuna doğru bunların bitiminden sonra, sayıca pek çok ve içerik olarak çok geniş kapsamlı afların baskısı altında, örn. Arjantin, Şile, Peru ya da Uruguay'da, son her iki on yılda, özellikle ağır insan hakları ihlallerinde cezasızlığa (impunity) bir son verilmesi çağrısı yüksek sesle dile getirildi ve bu çağrı en azından batı dünyasında güçlü bir yankı buldu.

Af karşıtlarının politik gücü, çoktan karara bağlanmış afları politik bir biçimdeki hareketle yeniden ortadan kaldırmaya genellikle yetmediğinden, onlar *Hukukun* ve böylelikle *Mahkemelerin* üzerinden dolanarak gittiler. Af hakkında böyle bir müdahalenin hukuksal temeli şüphesiz zayıftı: Ulusal hukuk düzenlemeleri içerisinde kural olarak, bir affi yasaklayan hiç bir düzenleme ya da yasama organının bir işlemi bulunmaktaydı. Bu durumda başarı için insan hakları anahtar olarak ortaya çıkmıştı. İnsan haklarına uygunluğun son olarak San José Costa Rica'da *Amerikalararası İnsan Hakları Yüksek Mahkemesi*'nce denetlenmiş olması, af karşıtlarını ulusal güç yapısı içerisinde sık sık düştükleri, içinde eski askeri egemenliğin seçkinlerinin ve yeni demokrasinin insanların manevra yaptıkları çıkmaz durumdan kurtarmıştır.

Devamındaki gelişim için Amerikalararası İnsan Hakları Yüksek Mahkemesi'nin içtihatları temel olmuştur. Amerikalararası Yüksek Mahkeme, 1988 yılındaki ünlü Velásquez Rodríguez (Honduras) davasındaki görüşlere dayanarak, 2001 yılındaki Barrios Altos (Peru) davasında olduğu gibi pek çok kararında, affın ağır insan hakları ihlalleri için geçersiz olduğuna karar vermiştir. Çünkü Mahkemeye göre bu, devletin ağır insan hakları ihlallerini cezalandırması yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Bu arada 1999 Venezuela Anayasası'nın 29.maddesi, insanlığa karşı suçlar (crimes against humanity), ağır insan hakları ihlalleri (serious violations) ve savaş suçları (war crimes) için gayet açık bir af yasağı içermiştir. Tamamen benzer şekilde 1998 Ekvator Anayasası'nın 23.maddesinin 2.paragrafi da, soykırımın (genocide) da dahil olduğu bir ağır suçlar kataloğu için affi yasaklamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu zamana kadar af yasakları konusuna ancak çok dikkatli biçimde eğilmiştir. A.İ.H.M. daha 1991 yılındaki Dujardin davasında yasakoyucunun karar verme faaliyet alanına vurgu yapmıştır. Sözün özü orada şöyle denmektedir: “The State is justified in adopting, in the context of its criminal policy, any amnesty laws it might consider necessary.” Ancak bu hususun artık bugün için geçerliliğini sürdürmediği söylenebilir: Son yıllarda Yüksek Mahkeme, sürekli içtihatlarında, devletin, özellikle yaşama hakkı (A.İ.H.S.md.2) gibi insan hakları bakımından yalnızca koruma yükümlülüğünün bulunmadığının, fakat ayrıca bu tür suçlarda etkili bir soruşturma yürütmek zorunda olduğunun da altını çizmektedir (“an obligation under Article 2 to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding to death”¹² Ancak, bildiğim kadarıyla A.İ.H.M. bu zamana kadar hala bir af yasğından hiç söz etmemiştir.

Buna rağmen yeni uluslararası gelişimin, uluslararası hukuk suçları için affin en azından ilkesel olarak geçersiz olduğunu açıklamak doğrultusunda olduğu söylenebilir. Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni (International Criminal Court) başarmış olan Roma Statüsünün de bu yönde yorumlanmaya elverişli olduğu söylenebilir. Eğer bir devlet bir af ilan ederse, bu, Statü’nün 17.maddesi anlamında(Tamamlayıcılık İlkesi-Komplementaritätsprinzip) devletin suçları takip etmekte “isteksiz” olduğunu gösterir ve böylece en azından uluslararası ceza adaletinin yetkisini doğurur.

¹² X ve Y./. Hollanda, A.İ.H.M., 26.3.1985, Seri A Nr.91, 6(11); EuGRZ(Çevirenin Notu:Europäische Grundrechte Zeitschrift-Avrupa Temel Haklar Dergisi) 1985, 297 (298). J.P. Müller’e göre, Grundrechte in der Schweiz (Çevirenin Notu: İsviçre’de Temel Haklar), 28, bu karar “yol gösterici önemdedir-von richtungsweisender Bedeutung.” Ayrıca Bkz. Son zamanlardaki kararlardan pek çok atıfla, Salman./Türkiye, A.İ.H.M., 27.6.2000 Nr.105. Agit Salman, Poliste Terörle Mücadele Bölümünde gözaltında iken ölmüş Adanalı bir taksi sürücüsüydü. Ayrıca Bkz. Kononov./Letonya, A.İ.H.M., 17.5.2010, Nr.241: “As well as the obligation on a State to prosecute drawn from the laws and customs of war, Article 2 of the Convention also enjoins the States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction and implies a primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal law provisions to deter the commission of offences which endanger life.”

3.Bölüm: Affin Ceza Hukuku Açısından Meşruiyeti (Legitimation von Amnestien aus strafrechtlicher Sicht)

Bir af Ceza Hukuku'nda gerçi bir kesintiyi ortaya koyar- ancak hiç bir surette sürekli olmayan bir kesintiyi. Var olan Ceza Hukuku değerler sistemine kendini yerleştiren, en azından bazı görüşler en önemli aflarda yankı bulmaktadır. Bunu birkaç örnek açıklayabilir: Kutlama afları kural olarak yalnızca hafif haksızlık içeren suçlarla ilgilidir. Politik afların kapsamına aldığı, bir savaş ya da iç savaş sırasında işlenmiş suçlarda, kural olarak ya da en azından genellikle, failin kusuru, zorunluluk hali benzeri bir durumda hareket ettiğinden hafiflemiş olmalıdır. Çağrı afları, Ceza Hukuku kurumu olan gönüllü vazgeçmeye veya etkin pişmanlığa belli bir yakınlık sergilemektedir. Yalnızca pek çok yıl geride kalan suçları kapsayan bir afta zamanaşımı kurumuna açık paralellik görünmektedir. Nihayet, henüz yeni mahkumiyet kararı verilmiş failer cezalarının kalan kısmından bağışık tutuluyorlarsa bunun, cezanın ertelenmesiyle paralelligi elden bırakılamaz.

Bakış genişletilecek olursa, *cezanın amaçları* da dikkat dışında kalmaz. Bir kriz durumunun bitiminden ve istikrarlı bir politik sisteme dönüşten sonra, kriz döneminde cezalandırılmış pek çok failin yeniden suç işlemelerinden korkulmayacaktır. Özel önleme düşüncesi bundan sonra bir cezalandırmayı haklı kılmayacaktır.

Buna rağmen: Bu sistemik gerekçeler bir affin meşruiyetine yeterli olmamaktadır. Bu husus, Ceza Kanunu'nun uzun vadede değiştirilebileceği olgusunda söz konusu olurdu. Hukuka uygunluk gereksinimi Ceza Hukuku düşünceleriyle zayıflamış olabilir, ama bu gereksinim önceden olduğu gibi varlığını sürdürmektedir.

En sonunda, ayrıca Ceza Hukuku bilimcisi olarak da, – ve bu noktada nisbi ceza teorilerinden yanayım – Ceza Hukuku'nun kendine özgü bir amaç oluşturmayıp, aksine, *ortak yararın* gerçekleştirilmesine yönelik – merkezi ve temel olarak vazgeçilemez- bir araç oluşturduğu asla gözden kaybedilemez. Ve böylece, içlerinde, bu hedefe ulaşma amacına yönelik

olarak bir affin, yani cezadan vazgeçmenin, Ceza Hukuku'nun parçası olarak düşünüldüğü örnekler verilebilir.

4.Bölüm: Sonuç

Burada, şüphesiz farklı noktalardan, öğretide başka görüşlerce de desteklenen, insan hakları ideallerini ve Ceza Hukuku düşüncelerini biraraya getiren ve esaslı temelini *orantılılık ilkesinde* bulan benim kendi yorumumu çok kısaltılmış biçimde yeniden ortaya koymama izin verin.

Buna göre çıkış noktası temel olarak insan haklarıdır. Bunları etkili korumak devletin görevidir. Bundan, her durumda insan haklarına ağır müdahalelerde bir cezalandırma yükümlülüğünün varlığı da kendini türetmekte olup, bu, otomatik olarak bir af yasağına değil, ancak ilkönce ispat yükünde bir dönüşüme ulaştırmaktadır: Şimdi, bundan böyle af karşıtları, genelde dünyadaki hukuk düzenlerinde tanınmış af kurumunun kullanılmasının neden hukuka aykırı sayılması gerektiğini gerekçelendirmek zorunda olmayıp, fakat tam tersine, affın yana olanlar neden bir affın istisnai olarak ilan edilmesi gerektiğini gerekçelendirmek zorundadırlar. Bunun için ilkönce meşru gerekçelere (*legitimen Grundes*) gereksinimleri vardır- burada eski *justa causa* öğretisi çağrışım yapmaktadır. Uzlaşma ve barış çabası da hiç şüphesiz buna dahildir. Adli yükün boşaltılması amacı da, yalnızca ekonomik karakter taşısa dahi tamamen meşru olarak değerlendirilmelidir.

Bunun ötesinde, böyle bir amaca ulaşmak için bir af aynı zamanda *uygun (geeignet)* ve *gerekli (erforderlich)* olmak zorundadır. Burada karşımıza ilkönce fiili bir sorun çıkmaktadır: Bir *af*, toplumu gerçekten huzura mı kavuşturacak - ya da yalnızca, ceza takibi tehlikesinin kalmadığı yerde, tersine, yenileri üzerindeki heyecanı mı kaldıracak ve yeni suçları mı tahrik edecek? Ve diğerinin gerçekleşmesinde, karşıt modeller: Sıkı bir ceza takibi, yurttaşın normların uygulanmasına dair güvenini gerçekten kuvvetlendirir mi ve Ceza Hukuku önleyici etkisini genişletir mi- ya da geçmişin failleri gelecekteki toplumda kendilerinin şanslı olduğuna artık inanmadıklarından henüz sona erdiğine inanılan savaşların yeniden alevlenmesi topluma tehlike oluşturmaz mı? Beni onaylayacaksınız: Tanı

koymak genellikle güç olur, ve özünde nasıl bir tanının bulunduğu hususu güvenilir olmayan etmenlerle daima sakıncalı kalır: Buna rağmen yasakoyucu, davranışının hangi sonuçları doğuracağına ilişkin bir tanı koymaya çalışmalıdır. Ona olabildiğinde gerçek, geniş bir takdir alanının sağlanması zorunludur. Ancak bunun yanında, yalnızca suçların aydınlatılmasının ve kendi kusurunu kabullenmenin, failler ve mağdurlar arasında gerçek uzlaşmayı olanaklı kıldığı için hemen yakın zamanda çok etkili verilerle öne sürülmüş olduğu unutulmamalıdır.

En sonunda yapılacak olan *normatif* değerlendirme içine ilkönce, af sebebinin ne kadar önemli olduğunun alınması zorunludur. Adli yükün boşaltılması düşüncesi ağır suçlar için hiç bir affı hukuka uygun kılamaz. Bir devlet krizinden sonra zaten af olmaksızın istikrarlı bir sistem başarılmışsa affa gereksinim yoktur. Örneğin, önceki DDR (çev.notu: Doğu Almanya) devletinin çöküşünden sonra Almanya'daki sistem değişikliği, dönüşüm şiddet kullanılmadan sonuçlandırıldığından ve yeni demokratik rejim Doğu Almanya'da da itiraz edilmeksizin tanındığından afsız gerçekleştirilebilmiştir. Durum, eğer bir ülke, pek çok binlerce ölüyle sonuçlanmış uzun süreli bir iç savaşla içeride darmadağın olmuşsa tamamen başka seyrederdi. Bu tür örneklerde, örneğin Sierra Leone'de bulduğumuz gibi, bir af düşüncesi çok ciddiye alınmak zorundadır.

Devamında, *değerlendirmede* özel *Ceza Hukuku* görüşleri adıyla anılan görüşler de dikkate alınmak zorundadır. Buna göre, bir affın ilan edilip edilemeyeceği ilk sırada *fiilin ağırlığına* bağlıdır: Fiil ne kadar ağır olursa bir af o kadar çok yasak olur (Kusur ilkesi). Devamında Ceza Hukuku'nun önleme işlevine dikkat etmemek olmaz: Bir affın somut olayda (Özel Önleme Görüşü) ya da genel olarak (Genel Önleme) gelecekteki suçları teşvik edeceği ne kadar olası ise bir af yasağı da o kadar çok düşünülme zorundadır.

Değerlendirme için bir diğer merkezi bakış noktası *Ceza Muhakemesi'nin konumudur*: Ceza Muhakemesi ne kadar ileriye gelişim göstermiş ise bir af ilanı o kadar sorunsuz olur. Böylece, mutlak af karşıtları da, ağır insan hakları ihlalleri faillerinde ceza infazının sonunda bir özgürlüğü bağlayıcı cezanın %10 ya da %20 indirileceği hususunda daha hafif

düşüncelere sahip olacaklardır. Ceza Muhakemesindeki bir başka dönüm noktasına özel vurgu yapmak isterim, yani hükmün *kesinleşmesine*. Bir ceza muhakemesi her halde bu noktaya kadar ilerlemişse, hüküm muhakemesi sona ermiş ve bununla beraber olayın araştırılmasındaki (Maddi Gerçeğe Ulaşma Hakkı-Recht auf Wahrheit) ve fiilin hukuksal bir değerlendirilmesinin yapılmasındaki mağdur yararını karşılamıştır. Bu yüzden benim tezim: Hüküm verilmemiş fiiller için bir af, kesinleştikten sonrakine göre, geniş çapta daha büyük endişelerle karşılaşır. Burada ileri sürülen yorum esasen, son yıllarda dünyada pek çok ülkedeki - Güney Afrika'nın model örneği oluşturduğu söylenebilir- *Gerçeklik (çev.notu: Hakikat) Komisyonları* (truth commissions) kurmak şeklindeki pratik çözümlerle en iyi uyumu sağlar.

Sonuç olarak, böylelikle aflar, yasakoyucunun, şüphesiz yalnızca acil durumlarda devreye sokabileceği klasik üretim araçlarındandır. Ancak, *çok ağır insan hakları ihlalleri* için aflar söz konusu olduğunda benim değerlendirmem değişmektedir. Bunları temel olarak geçersiz kabul ediyorum. Böyle eylemler, bir ülkedeki iç barışın sağlam temellerine kadar sarsılmış olduğu durumlarda ancak affedilebilirler. Ama bu takdirde böyle eylemler, ya bir Gerçeklik Komisyonunca veyahut da bir mahkemece saptanmalı ve bunun yanında değerlendirilmelidir de. Sonunda, çok korkunç insan hakları ihlalleri olsa bile, içinde tüm suçların eğersiz ve amasız affedilmek zorunda olduğu tamamıyla aşırı durumlar da olur. Böyle durumlar, beş-yedi haneli rakamlı ölümlerle dolu mutlak anarşi ve kanlı iç savaş olaylarıyla ilgilidir. Somut bir örnek vermek amacıyla: 1648 Vestfalya (Westfalen) Barışında, sonucunda dolaylı ya da dolaysız olarak neredeyse nüfusun yarısının, tekrar ediyorum yarısının öldüğü Otuz Yıl Savaşlarına ve Orta Avrupa'daki iç savaşa bir son verilip geçmişe çizgi çekildiğinde, herkesi kapsayan bir affa çare olarak başvurmaktan başka hiç bir olanak kuşkusuz yoktu.

Sonuçta, tarihsel somut olaylarda Hukuk bağlayıcı veriler çıkaramayacak, ancak topu yasakoyucuya geri gönderecektir. Böylece yasakoyucu, bir af ilanına ya da aksine karar vermek hususunda serbestliğe sahiptir ve böylece sorumluluğu da taşır. Yasakoyucu tarafından çıkarılan bir

affin “politik zekâ”¹³ ifadesiyle ödüllendirilmiş ya da “Hukuk Mezarlığında mezar taşı” olarak lanetlenmiş olup olmadığını¹⁴ ilkönce tarih nadiren denemeyecek surette ispat edecektir.

Dikkatiniz için teşekkür ederim!

¹³ *Hillenkamp, JZ 1996, S-187*

¹⁴ *Kahl, DSz 1920, Spalte 263*

İKİNCİ KONUŞMACI
Seyfullah ÇAKMAK

**(Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü
Tetkik Hâkimi)**

Türk Hukukunda Af Sorunu

GİRİŞ:

Af, bağışlama sözcüğü, köken olarak Yunanca “amnistie” (unutmak) sözcüğünden gelmektedir. Sözlükte, “yok etmek, silip süpürmek; fazlalık, artık” gibi manalara gelen af, bir ahlak ve hukuk terimi olarak genellikle, “kötülük ve haksızlık edeni, suç veya günah işleyeni bağışlama, cezalandırmaktan vazgeçme” anlamlarında kullanılmaktadır.

Af yetkisinin hangi hallerde kullanılacağına ilişkin yasalarda bir düzenlemenin bulunmaması, tasarrufta bulunan organın yetkisini adalet ve eşitlik ilkeleri ile diğer anayasal ilkelere uygun kullanmasını, toplumun içinde bulunduğu durum ile affi gerekli kılan sosyal zaruretlerin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmasını zorunlu kılmaktadır.

Türkiye Anayasası genel anlamda af yetkisini yasama organına vermiştir. Ancak özel af yetkisi durumunda, Anayasa’da sayılan sebeplerle sınırlı kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanı’na da af yetkisini tanıyarak, bu yetkinin kullanılmasında yasama organına ağırlık veren bir sistemi benimsemiştir.

Türk Hukuku’nda affin genel ve özel olmak üzere iki çeşidi bulunmaktadır. Üst düzenleyici norm olan Anayasa’da ve buna bağlı olarak da TCK’da affa ilişkin düzenleyici hükümler mevcuttur. 1982 Anayasası’nın 87. maddesinde genel ve özel af ilân etmek yetkisinin TBMM’ye, 104. maddesinde de, Anayasa’da sayılan sebeplerle sınırlı olmak şartıyla yalnızca ferdî özel af çıkarmak yetkisinin Cumhurbaşkanı’na ait olduğu düzenlenmiştir. TCK’nın 97. maddesinde genel affin kamu davasını ve hükümlenen cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırdığı, 98. maddesinde de özel affin cezayı tamamen veya kıs-

men ortadan kaldırmak ya da daha hafif başka bir cezaya dönüştürmek etkisine sahip olduğu, mahkûmun cezaya bağlı olan yasal kısıtlılık hâline de son verdiği ifade edilmiştir.

Genel af ile özel af arasında ilk bakışta göze çarpan fark, özel affin daha ziyade hukukî, genel affin ise önemli oranda politik muhtevaya sahip olmasıdır.

Genel af ile, suçun işlenmesiyle toplumda ve suçun mağdurları üzerinde oluşan olumsuz etkilerin unutulması amaçlanır. Özel affin esasını ise bir suçu bağışlamak, mazur görmek ve affetmek oluşturur. Türk hukuk sisteminde de af, genel olarak üzere iki şekilde kabul edilmiş bulunmaktadır.

Özel af daha çok hukuksal, genel af ise bunun tam aksine önemli derecede politik bir içeriğe sahiptir. Bir tek şahıs yerine muayyen bir kategori suçuyla şamil olan aflar için kullanılmaktadır. Genel af temel olarak geçmişin unutulması anlamına gelir. Özel af ise bir suçu bağışlamak, mazur görmek, affetmek şeklinde açıklanabilir.

AF KRİTERLERİ:

Af kanun veya kararnamesinin kapsamı belirlenirken ne gibi kıstasların esas alınacağına, kimlerin ne miktar cezalarının ya da hangi suçların affin kapsamına dahil edileceğine ilişkin kanunlarımızda bir kural mevcut değildir.

Bu itibarla;

Affin kapsamı belirlenirken o anda ülkenin içinde bulunduğu durum,

Suçların işlenme sıklığı,

Suçun ihlâl ettiği değer, verilen zarar, mağdurun ve toplumun tepkisi,

Affin hukuk tekniğine uygunluğu,

Gibi sübjektif ve objektif değerlendirmeler dikkate alınabileceği gibi, bunların dışında ve bunlarla bağlı olmaksızın tamamen tasarrufta bulunan organın siyasî, ekonomik veya duygusal değerlendirmeleri affin sebebini ve kapsamını belirlemede etken olabilecektir.

Ancak bilinmelidir ki burada sınır, Anayasa'nın koyduğu ilkelere riayet edilip edilmediğidir.

Affa bazı yönlerden benzeyen hukukî müesseseler bulunmaktadır. Erteleme, koşullu salıverilme, memnu hakların iadesi, şikâyetten vazgeçme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve uzlaşma gibi kurumların bazı yönleri itibarıyla af etkisi doğurduğu ifade edilmiştir.

Affa benzer müesseselerin birer yargı organı tasarrufu olmaları ve yalnızca yargı organlarının yetkilerine dahil bulunmalarına karşılık, affin daha çok politik mülâhazalarla gündeme gelen siyasî bir tasarruf olduğu bilinmektedir.

AFFIN ALEYHİNDEKİ GEREKÇELER:

Af tasarrufunun, kanunların eşitliği ve etkinliği esasını yok edip cezaların caydırıcılığı prensibini zedeleyeceği,

Yargı erkine müdahale anlamı taşıyacağı,

Siyasî menfaat, gözdağı verme ya da kayırma amacıyla kullanıma imkân sağlayacağı,

Suçluların ıslah edilmesi çalışmalarını baltalayacağı,

Gibi düşüncelerle reddedilmesine karşın;

AFFIN LEHİNDEKİ GEREKÇELER

Kanunların toplumsal gelişmeye ayak uyduramamasının işlenen fiille verilen ceza arasında fahiş bir oransızlığa neden olacağı,

Adlî hataların tamamen ortadan kaldırılamamasının adaletsizlikleri ortaya çıkaracağı,

Cezada kefaret esasının bugün yerini ıslah ve önleme esaslarına terk etmiş olmasının affi zorunlu kılacağı,

Belli toplumsal olaylar, olağanüstü durumlar, ekonomik ve siyasal çalkantılardan sonra çıkarılacak bir affin sükûn ve huzur ortamını tesis edeceği,

Bazen de kamu yararının af tasarrufunda bulunmayı gerektirebileceği,

Gibi kısmen haklı görülebilecek düşüncelerle de desteklenmektedir.

CUMHURİYET ÖNCESİ DÖNEMDE ÇIKARILAN AF KANUNLARI

Cumhuriyet öncesi dönemde affa ilişkin ilk yazılı hüküm 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nda yer almıştır. Burada cezaları kaldırmak ya da daha hafif başka bir cezaya dönüştürmek yetkisi Padişah'a tanınmıştı. Bu konuda özel bir irade olmadıkça ve kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça cezaların affı veya değiştirilmesi mümkün değildi. Af daha çok Meşrutiyet ve Cumhuriyet idareleri zamanında kullanılmıştır.

MİLLİ MÜCADELE DÖNEMİNDE ÇIKARTILAN AF KANUNLARI

KANUN NO: 135 “14 Temmuz 1921 Darülharpte Yaraları Görülen Mahkûmların Affına Dair Yasa

KANUN NO: 158 “20 Ekim 1921 Şeyh Eşref Meselesinde Alâkadar Olanların Affına Dair Yasa”

KANUN NO: 162 “Nizamnamesiz Akdi Nikâh Ve İzdivaçtan Dolayı Maznun Ve Mahkûm Olanların Affına Dair Yasa”

KANUN NO: 168 “5 Aralık 1921 Affı Umumî Hakkında Yasa”

KANUN NO: 170 “19 Aralık 1921 Hıyaneti Vatanîye Suçlularından Bir Kısımının Affına Dair Yasa”

KANUN NO: 179 “7 Ocak 1922 Genel Af

KANUN NO: 318 “31 Mart 1923 Esirlerin Affı

CUMHURİYET DÖNEMİNDE ÇIKARILAN AF KANUNLARI

TBMM Hükümeti, Fransızlarla yapılan Ankara Antlaşması üzerine, işgal edilip boşaltılan topraklar üzerinde işlenmiş bütün suçlar için bir umumî af kanunu yayınlamıştır.

Cumhuriyet Dönemi'nde ilk ilân edilen af kanunu 2330 Sayılı Umumî Af Kanunu'dur. Cumhuriyet'in 10. yıldönümü münasebetiyle çıkartılan bu af ile cezaevlerinin büyük oranda boşaltılması sağlanmış, yeni Ceza Kanunu'nun uygulanmasıyla ağırlaşan adalet sistemi normalleştirilmeye çalışılmıştır.

Önemli af kanunlarından biri de “Tunceli Vilâyeti Halkından Olup da Nüfus ve Askerlik Kanunlarına Göre Kendilerine Verilmesi Gereken Bazı Cezaların Affına Dair” olan 1936 tarih ve 2887 Sayılı Kanun'dur.

Bunu 1938'de “3527 Sayılı Siyasî Suçlardan Hüküm Giyenlerle İstiklâl Mahkemesi Kararıyla Mahkûm Olanların Affına Dair Kanun” izledi.

1950 seçimlerinden sonra iktidara gelen Demokrat Parti İktidarı 14.07.1950 tarih ve 5677 Sayılı Af Kanunu'nu çıkarmıştır.

Bir başka af kanunu 1960 İhtilali'nden sonra Milli Birlik Komitesi tarafından çıkartılan 28.10.1960 tarih ve 113 Sayılı Af Kanunu'dur. Bu Af Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanun'a Bazı Hükümler Eklenmesine Dair 134 Sayılı Kanun'u da zikretmek gerekir.

23.02.1963 tarih ve 218 Sayılı Af Kanunu'nu, Adalet Partisi'nin iktidara gelmesi münasebetiyle çıkardığı 09.08.1966 tarih ve 780 Sayılı Af Kanunu izlemiştir.

Umumî af kanunlarından en kapsamlısı olarak kabul edilen 1803 Sayılı Af Kanununda 1974 yılında çıkartılmıştır.

Bu dönemde çıkarılan af kanunlarını aşağıdaki şekilde kronolojik sıraya tabi tutmak mümkündür.

KANUN NO: 391 “26 Aralık 1923 Genel Af (Cumhuriyet'in İlânı Nedeniyle)”

KANUN NO: 445 “20 Mart 1924 Genel Affa Ek Yasa”

- KANUN NO: 487 “16 Nisan 1924 Genel Af”
KANUN NO: 530 “11 Aralık 1924 Men'i Müskirat Aff”
KANUN NO: 1441 “13 Mayıs 1929 Kabahatlıların Affi
KANUN NO: 2330 “26 Ekim 1933 10. Yıl Affi”
KANUN NO: 2887 “8 Ocak 1936 Tunceli Yasas ”
KANUN NO: 3323 “14 Ocak 1938 2887 Sayılı Kanunun Tadiline Dair Kanun”
KANUN NO: 3527 “29 Haziran 1938 Af Yasası (Yüzelliliklerin Aff)”
KANUN NO: 3804 “19 Nisan 1940 Zelzelede Yararları Görülen Mahkûmların Affi ”
KANUN NO: 4162 “26 Aralık 1941 Zelzelede Yararları Görülen Mahkûmların Affi ”
KANUN NO: 4627 “2 Ağustos 1944 Müttefik Devletler Tebaası İçin Af”
KANUN NO: 4943 “14 Haziran 1946 Basın Affi”
KANUN NO: 5677 “14 Temmuz 1950 Genel Af”
KANUN NO: 6385 “11 Mart 1954 Orman Suçları Affi”
KANUN NO: 6910 “11 Şubat 1957 Ateşli Silâhlar Ve Bıçaklar Hakkında Yasa”
KANUN NO: 7132 “23 Haziran 1958 Orman Suçları Affi”
KANUN NO: 4 “23 Haziran 1960 Hürriyet Mücadelesi Uğrunda İşlenen Bazı Suçların Affına Dair Yasa (27 Mayıs suçlarının affi)”
KANUN NO: 5 “28 Haziran 1960 Silah Taşıyanların Affi”
KANUN NO: 79 “10 Eylül 1960 Milli Korunma Suçlarının Affi”
KANUN NO: 113 “26 Ekim 1960 Genel Af Yasası”
KANUN NO: 134 “18 Kasım 1960 Genel Affa Ek Yasa”

Sonuç olarak, çıkarılan bu afların altı tanesinin geniş kapsamlı genel af niteliğinde olduğu söylenebilir.

- 1- 2330 sayılı Kanun: bu Kanun Cumhuriyetin 10'uncu yılı nedeniyle 1933'de yürürlüğe girmiş ve cezaevlerinin büyük kısmının boşalmasıyla sonuçlanmıştır. Mahkemelerde biriken işler azalmış ve kabul edilen yeni kanunların uygulanmasıyla ağırlaşan adalet sistemi normal haline dönmüştür.
- 2- 1938'de çıkarılan 3527 sayılı siyasi suçlardan hüküm giyenlerle İstiklal Mahkemesi kararıyla mahkum olanlar hakkındaki Af Kanunu,
- 3- 1950 seçimlerinden sonra iktidara gelen Demokrat Parti iktidarı tarafından çıkarılan, 14.7.1950 tarih ve 5677 sayılı Kanun,
- 4- 1960 yılında, Milli Birlik Komitesi tarafından çıkarılan 28.10.1960 tarih ve 113 sayılı Af Kanunu,
- 5- 23.2.1963 tarih ve 218 sayılı Af Kanunu,
- 6- Adalet Partisinin iktidara gelmesiyle kabul edilen 9.8.1966 tarih ve 780 sayılı Af Kanunu,
- 7- 15.5.1974 tarih ve 1803 sayılı Af Kanun, (daha sonra Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla birlikte kapsamı çok genişlemiştir.)

DEĞERLENDİRME VE KANAATİMİZ

- 1- Kısaca bahsedilen af uygulamalarından anlaşılacağı üzere, gerek Cumhuriyet öncesi gerekse de sonrası dönemde yapılan umumî veya hususî af tasarruflarının ortak özelliği, önemli toplumsal veya siyasal hâdiselerin hemen akabinde yapılmış olmalarıdır.
- 2- Cumhuriyet öncesi dönemde güçlü Avrupa devletlerinin siyasî mülâhazalar ve azınlıklar lehine yaptıkları müdahaleler sonucunda da genel af kanunları çıkartılmıştır. Yine Balkan Savaşları, II. Meşrutiyet'in ilânı, I. Dünya Savaşı, Lozan Antlaşması'nın imzalanması gibi büyük tarihî olaylar sebebiyle değişik gerekçelerle genel af uygulamalarının yapıldığı görülmektedir.
- 3- Osmanlı İmparatorluğu Dönemi'nde af uygulamalarına başvurmada etkili olan bir başka neden de, bu tedbirin iç ayaklanmaların büyümesinin önlenmesi veya bastırılmasında etkili olacağı düşüncesi olmuştur.

4- Cumhuriyet Dönemi'nde yeni Devletin halk ile bütünleşmesi, kurumların tam anlamıyla oturmasının temin edilmesi, rejim karşıtlarının ıslah edilmesi gibi amaçlarla af tasarruflarında bulunulmuştur. Ya da siyasal iktidarların değişmesi, ihtilâl dönemlerinin akabinde oluşabilecek karşı hareketlerin önlenmesi düşüncesi af uygulamalarının gerekçelerini oluşturmuştur.

5- Cumhuriyet öncesi, kurtuluş savaşının devam ettiği yıllarda çıkarılan af yasalarının genel karakteri: yurdun düşmanlardan temizlenmesi için gereken asker ihtiyacını karşılamayı hedef tayin eden bir bakış açısı gereği çıkarılmış olmasıdır. Gerçekten de, Cumhuriyetin ilânından hemen sonra yürürlüğe konan 391 no'lu af yasası mecliste uzun süre tartışıldıktan sonra karara bağlanmıştı. Bunun en önemli nedeni hiç şüphesiz savaş acılarının henüz geçmemiş olmasıydı. Affa taraftar olanların genelinde; halkın cahil oluşu ve kandırılmaya müsait olması göz önünde bulundurulmuş ve bu yüzden affedilmeleri âdilâne bir siyaset gereğidir denilmişti. Fakat daha sonra peş peşe çıkarılan af yasaları ile Milli Mücadele döneminin olumsuz izleri silinmek istenmişti.

6- Mecliste uzun uzun tartışılan kanunlardan bir diğeri de Yüzelliliklerin Affıdır. Vatana ihanet suçundan yargılanan bu kişilerin önce affedilmeleri dahi düşünülmezken; Yüzelliliklerin bir kısmından gelen af istekleri, Türkiye'deki ailelerinin yükselen feryatları, Yüzelliliklerin son tarihlerdeki sağlık durumları, Devletin bu siyasî muhaliflere karşı tutumunda gitgide bir yumuşamaya sebep olmuştur.

7- Bundan sonraki dönemde seçimlerden önce oy toplamak amacıyla af yasalarının çıkarıldığı görülmektedir. 14 Haziran 1946 yılında çıkarılan 4943 no'lu Basın Affı buna örnek gösterilebilir. Gerçekten, 1950 yılında yapılan seçimleri DP Hükümeti kazanmış ve ülkenin kaderinde söz sahibi olmuştu. Bu hükümet zamanında da geçmişin acı izleri silinmek istenmiş ve af yasaları çıkarılmıştır. Ayrıca yeni idarenin halkın sempatisini kazanması amaçlanmış görülmektedir. 1960 yılında ise Ordu Türk ulusunun devrim bilincinden uzaklaştırıldığını düşünerek yönetime el koymuş, böylece 3. hükümet dönemi başlamıştır. 1960 yılındaki af yasaları da doğal olarak Ordu idaresi tarafından çıkarılmıştır. Bu yasaların kendine has özellikleri vardı. En önemli özelliği Millet Meclisi'nde görüşülerek karara varılmasına alışılmış olan af kanunlarının artık Ordu

idaresi tarafından incelenerek yasalaşması sağlanmıştır.

8- İncelenilen dönemde: Cumhuriyet Halk Partisi (1923–1950) idaresinde 13 adet genel af yasasının çıkarıldığı görülmektedir. Demokrat Parti yönetiminde (1950–1960) ise 4 adet genel af yasasına rastlanmaktadır.

9- Nihayet ordu idaresinde bir yıl içinde 5 adet genel af yasası çıkarılmıştır ki bundan anlaşılacağı üzere en az zamanda en fazla af yasası ordu idaresinde çıkarılmıştır. Af kanunlarının % 55 ‘i CHP döneminde, % 25’i Ordu idaresinde ve % 20’si DP hükümeti döneminde çıkarılmıştır.

TÜRKİYE’DE ÇIKARILAN “DOLAYISIYLA AF KANUNLARI”NA GENEL BİR BAKIŞ

GENEL OLARAK

Türkiye’de 1923 ile 1974 yılları arasında çıkartılan önemli sayılabilecek 11 Af Kanunu’nun yanısıra¹⁵ “dolayısıyla af kanunu” olarak adlandırılabilir üç kanun daha çıkartılmıştır.

Bunlardan ilki 12.04.1991 tarihli R.G.’de yayımlanan 3713 Sayılı “Terörle Mücadele Kanunu”, diğeri 03.09.1999 tarihli R.G.’de yayımlanan 4454 Sayılı “Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”, bir diğeri de 21.12.2000 tarih ve 4616 Sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”dur. Görüldüğü üzere, bu Kanunlar yaklaşık 10 yıllık bir süre zarfında değişik gerekçelerle çıkartılmış ve beraberinde getirdiği bir çok tartışma ile birlikte adı geçen Kanunların iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi’ne müracaatlar olmuştur.

¹⁵ Cumhurbaşkanı’nın af tasarruflarının dışında, 1923 yılından bu yana kapsamı çok farklı olan 52 adet af kanunu çıkarıldığı belirtilmektedir. Bkb., KUZU, Burhan, Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri, Ankara, 2001, Anayasa Yargısı, S. 18, s. 254

3713 SAYILI TERÖRLE MÜCADELE KANUNU

Dolayısıyla af kanunu olarak nitelendirilebilecek 1991 tarih ve 3713 Sayılı TMK'nın Geçici 1, 2, 3 ve 4. maddeleri ile iyi hâl şartı aranmaksızın cezalarının belli kısmını çekmiş olanların şartla salıverilmelerine ilişkin hükümler getirilmiştir.

Yine şartla salıverme öngören maddelerin geçici nitelikte olması, diğer kanunlar gibi yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara da uygulanabilme yeteneğine sahip olmaması, düzenlemenin affa benzediğini göstermektedir.

Ancak **Anayasa Mahkemesi**, 3713 Sayılı Yasa'nın bazı hükümlerinin iptali istemiyle yapılan başvuruda Kanun'la ilgili yaptığı değerlendirmede "...Geçici maddelerin ortak özelliği, şartla salıverilme için "iyi hâl" in aranmasıdır. "İyi hâl" koşulunun aranmaması, 4. madde ile getirilen düzenlemeye bir yönüyle şartlı af görünümü vermekte ise de, isteme bağlı olmadan şartla salıverilmeden söz edilmesi, cezanın bir bölümünün çektirilmesinin gerekliliği ve daha önemlisi Türk Ceza Yasası'nın 17. maddesindeki koşulların oluşması durumunda şartla salıverilme kararının geri alınması olanağının bulunması, **öngörülen düzenlemenin "af"tan çok şartla salıverilmeye benzediğini, kendisine özgü bir nitelik taşıdığını göstermektedir.**"¹⁶ görüşüyle Yasa'nın affa ve şartla salıvermeye benzese de, bunlardan ayrı kendine özgü bir niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi de Yasa'nın tam bir şartla salıverme olmadığını, bazı yönleriyle affa benzediğini ifade etmektedir. Buna rağmen 3713 Sayılı Yasa'dan yararlanmak için "iyi hâl" şartının aranmaması, şartla salıvermenin kesinleşmiş mahkûmiyetler hakkında uygulanabilmesine karşın, **TMK'nın 2. maddesine göre 1. maddesindeki ceza indiriminden hakkında henüz dava açılmamış veya davası devam eden kişilerin de yararlanacağını belirtilmiş olması, düzenlemenin toplu özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir.**

¹⁶ Any. Mah.nin 31.03.1992 T., E. 1991/18, K. 1992/20, AYMKD, C. 1, S. 28, s. 321

Nitekim **Yargıtay'ımız** Yasa'nın **genel kısmî af görüntüsü** **verdiğini** belirttiği bir kararında bu görüşe paralel değerlendirmeler yapmıştır.¹⁷ Her ne kadar Kanun'daki şartla salıverilenlerin şartlara uymadıklarında kararın geri alınabileceğine yönelik hükme bakılarak düzenlemenin şartla salıverme görüntüsü verdiği söylenebilirse de, af tasarruflarının infisahî şarta bağlı olarak düzenlenmelerinin mümkün olması, bu düzenlemenin bir toplu şarta bağlı özel af olduğunu göstermektedir.

4454 SAYILI BASIN VE YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİNE DAİR KANUN

Kanunun adı dava ve cezaların ertelenmesine dair kanun olarak belirlenmiş olmasına karşın, bunun TCK ve CİK'da yer alan erteleme kurumuyla bir ilgisi bulunmamaktadır. 4454 Sayılı Kanun'la¹⁸ dolaylı yollarla basın ve yayın yoluyla işlenen suçlara ilişkin bir şartlı af imkânı getirilmiştir.¹⁹

Kanun 2 uygulama maddesi ile birlikte toplam 5 maddeden oluşmaktadır. Doktrinde kimi yazarlar, 4454 Sayılı Yasa'da yer alan, erteleme süresinin Yasa'nın 1. maddesine giren kasıtlı bir cürümden dolayı mahkûm olunmadan geçirildiğinde mahkûmiyetin vakî olmamış sayılacağı ve bunun da TCK'nın 97. maddesindeki "genel af" düzeyinde sonuçlar doğuracağına ilişkin hükmü dikkate alındığında, bu Yasa'nın bir şartlı genel af olduğunu ifade etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu Yasa hakkında verdiği kararın muhalefet şerhinde de aynı görüşlerle 4454 Sayılı Yasa'nın bir şartlı genel af olduğu mütalâa edilmiştir.²⁰

¹⁷ "3713 Sayılı Yasa'yla mahkûmiyetlerin infazının tehiri değil, sadece belli sürelerin çekilmiş olması koşuluyla kayıtsız şartsız tahliye öngörülmüştür. Bu hukukî tasarrufun ismi af olmamakla birlikte neticelerinden kat'ı nazar genel kısmî af görüntüsü verdiği de bir vakıdır." Y.1.C.D., 15.10.1991 T., E. 1017, K. 2370, YKD, S. 17, Kasım 1991, s. 1720 vd., Akt., KAFES, Veli, Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, s. 18

¹⁸ 03.09.1999 T. ve 23805 S.lı R.G.

¹⁹ Avrupa Parlamentosu Türkiye'ye ilişkin 1999 İlerleme Raporu'na İlişkin Kararı'nda bu Yasa'nın kabul edilmesini memnuniyetle karşıladığını bildirmiştir. Bkb., Kabul Edilen Metinler, A5-0297/2000, COM (1999) 513-C5-0036/2000-2000/2014 (COS).

²⁰ Any. Mah.nin 19.09.2000 T., E. 1999/39, K. 2000/23 S.lı Kararı'nda yer alan üye Yalçın ACARGÜN'ün karşı oy yazısı. 12.10.2000 T., 24198 S.lı R.G.

4616 SAYILI 23 NİSAN 1999 TARİHİNE KADAR İŞLENEN SUÇLARDAN DOLAYI ŞARTLA SALIVERİLMEME, DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİNE DAİR KANUN

Dolayısıyla af kanunu olarak sayabileceğimiz kanunlardan birisi de bu Kanun'dur. Bilindiği üzere 1999 ve 2000 yıllarında Türkiye'nin gündeminin esaslı konuları arasında F tipi ceza evlerine geçişte yaşanan olaylar ve bu arada mahkûmlarla yakınlarının ve kamuoyunun büyük bir merakla bekledikleri af kanunu ve bununla ilgili tartışmalar gelmekteydi.

Özellikle siyasî malzeme konusu olarak affın gündeme getirilişi ve basın da bununla yakından ilgilenmesiyle af tartışmaları kamuoyunun gündemine âdeta zorla sokulmuş oldu. Bütün tartışmalara ve önemli rahatsızlıkların çıkacağı yönündeki uyarılara rağmen Türkiye Cumhuriyeti'nin en son af kanunu 4616 Sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Davası ve Cezalarının Ertelelenmesine Dair Kanun"²¹ adı altında çıkarılmış oldu.

Kanun'un çıkmasından sonra da, **gerek af tasarrufunu zorunlu kılan şartların mevcut olmayışı, gerek Kanun'un eşitliğe aykırılık teşkil eden hükümler ihtiva ediyor oluşu ve gerekse de henüz iyileştirilmeleri tamamlanmamış mahkûmların salıverilmelerinin hem kendileri hem de toplum için zararlı sonuçlar doğuracağına kaçınılmaz oluşu** gibi gerekçelerle bu Kanun'a karşı tepkiler verilmiş, akabinde de hem Cumhurbaşkanı hem de ilk derece mahkemeleri tarafından Yasa'nın bir çok hükmünün iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Öncelikle Kanun'un kapsamına aldığı suçların işlenme tarihi açısından bir sınır konulmuştur. Buna göre 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçlar 4616 Sayılı Yasa'nın kapsamına girecektir.

4616 sayılı Yasa, toplumun pek çok kesiminin ve özellikle mağdur ve mağdur yakınlarının haklı eleştirilerine rağmen çıkmıştır. Bu yasa şartla salıverme ve ertelemeden söz etse de toplum yasayı bir af yasası olarak görmektedir. Affın toplumsal barışa hizmet etmesi açısından önemli bir yeri olduğu yadsınamaz, fakat bu yetkinin siyasi suçlar, basın suçları gibi

²¹ 21.12.2000 T. ve 4616 S.ı Kanun, 22 Aralık 2002 T. ve 24268 S.ı R.G.

suçlara ilişkin olarak toplumsal şartların değişmesi nedeniyle kullanılması daha savunulabilen bir yaklaşım iken, hemen hemen bütün suçları kapsayıcı bir biçimde kullanılmasının toplumsal barıştan çok toplumsal rahatsızlığa neden olabileceği söylenebilir. 4616 sayılı yasanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Söz konusu kanun mahkumiyet hükmünde öngörülen toplam cezanın 10 yıla kadar olan kısmının infaz edilmemesini, eğer kalan ceza varsa bu kalan kısmın infaz hükümlerine göre infaz edilmesini öngörmektedir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Yukarıda kısaca özetlediğimiz af konusunun, hem hukuk çevrelerinin, hem de kamuoyunun gündemini fazlasıyla meşgul ettiği bilinen bir gerçektir.

1- Her af tasarrufu özellikle Ceza Hukuku alanında, gerek yapılaş tekniği, gerek kapsamı ve gerekse de uygulamada sebep olduğu tereddüt ve yanlışlıklarla bir çok sıkıntıyı beraberinde getirmektedir. Bu sebeple doktrin ve kanun uygulayıcılarının af tasarruflarına tepkileri genelde olumsuz olmaktadır. Diğer yandan kamuoyunun, özellikle affa dahil edilen suçun mağdurlarının da, bu paralelde af tasarruflarına şüphe ile baktıkları bilinmektedir. Buna rağmen az da olsa her şartta affa taraftar olanlar vardır.

2- Af tasarruflarına karşı getirilen eleştiri ve oluşan tepkilerin asıl nedeni, siyasî iradenin affın yerinde ve zamanında çıkarılması ile affedilen suç veya cezaların tespitinde takdir hatasında bulunduğuna yönelik düşüncedir. O hâlde af tasarrufunda bulunurken nelere dikkat edilmelidir ki, buna yönelik tepkileri azaltmak mümkün olsun? Sorusuna cevap bulunmalıdır.

3- Her şartta ve her türlü suçla ilgili olarak af kanunu çıkarmak hem affedilen, hem de mağdur ile toplum açısından büyük zararlar doğuracaktır.

4- Affın savaş, ihtilâl, iç ayaklanma gibi olağanüstü durumlarda işlenen suçlarla, politik kutuplaşma, etnik çatışma, yeni siyasal yapılanma gibi hâllerde kullanılması durumunda yatıştırıcı ve toplumsal barışı sağlayıcı

bir etkiye sahip olacağı kabul edilmektedir. Yani Devletin cezalandırma yetkisinden feragat etmesini zorunlu hâle getirecek sebepler varsa af yetkisi kullanılmalıdır.

5- Af yetkisinin kullanılmasının hukuksal, toplumsal ve siyasal temelleri olmalı, hissî yaklaşımlar, siyasal ve ekonomik kaygılar bu yetkinin kullanılmasında belirleyici olmamalıdır.

6- Af yetkisi kullanılırken Anayasa'nın koyduğu şartlar ve çizdiği sınırlar dikkate alınmalı, Anayasa'nın izin vermediği konularda af çıkarmak için dolaylı yollarla yasakların aşılmasına çalışılması yerine bu yasakların kaldırılması yoluna gidilmelidir. Gerçekten de Anayasa'daki af yasaklarını dolanma ihtiyacı duyulduğunda, genellikle etki ve sonuçları itibarıyla af kanunu sayılacak düzenlemeler yapma yoluna başvurulmakta, söz konusu düzenlemeler aleyhinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular neticesinde verilen iptal kararlarıyla da adı geçen düzenlemelerin kapsamı genişlemektedir.

7- İster afa, ister şartlı salıverilen hükümlüler topluma döneceklerinden hükmün infazına başlanır başlanmaz topluma dönüş için hazırlık yapılması iyileştirme sürecinin bir kısmı olarak ele alınmalıdır.

8- Yalnız, genel af sadece siyasî suçlar için çıkarılmamalıdır; çünkü siyasî suçun ne olduğu tespit edilememektedir. Ayrıca bazı buhranlı devreler, bir takım siyasî suçlarla birlikte adî suçların da doğmasına neden olmaktadır.

9- Devletin görevi, suç işlemeye iten sebepleri analiz edilip, bunların ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Suç işleme oranlarının niçin arttığı, suçun oluşumuna neden olan sosyal, ekonomik ve siyasî sebeplerin neler olduğu, öncelikle çözülmesi gereken problemler bunlardır. Daha sonra başka çare kalınmamışsa affa müracaat edilmelidir.

10- Devletin bir başka önemli görevi afaftan sonra başlamaktadır. Devlet, affı, aldığı yerinde önlemlerle ve sağlıklı politikalarla desteklemelidir. Affa uğrayanın tekrar suç işlemesini önleyici etkinliklere başvurulmalıdır. Affedilen kişileri topluma kazandırmak için iş olanakları sağlanmalıdır. Aksi takdirde istenilen netice alınamayacak ve af amacına ulaşamayacaktır.

KAYNAKLAR

T.C. Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ahmet Yavuz, TÜRK HUKUKUNDA AF Konulu Yüksek Lisans Tezi, Danışman Yrd. Doç. Dr. Ömer Anayurt, Haziran 2003

T.C. Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Ana Bilim Dalı, Doç. Dr. Rahmi Doğanay, CUMHURİYET DÖNEMİNDE ÇIKARILAN AF KANUNLARI (1923–1960), Yüksek Lisans Danışmanı Mevlana AKAGÜNDÜZ, Elâzığ 2006



*AF YASALARI
VE
SONUÇLARI*



Mevzuat Numarası: 113

Niteliği: Genel af

AF KANUNU

Resmi Gazete Tarihi: 28.10.1960

Resmi Gazete Sayısı: 10641



113 SAYILI AF KANUNU

BU AF KANUNU İLE CEZA İNFAZ
KURUMLARINDAN

18188'İ HÜKÜMLÜ OLMAK ÜZERE
TOPLAM **20344** KİŞİ
SALIVERİLMİŞTİR

Mevzuat Numarası: 780

Niteliği: Genel af

BAZI SUÇ VE CEZALARIN AFFI HAKKINDA KANUN.

Resmi Gazete Tarihi: 09.08.1966

Resmi Gazete Sayısı: 12370

780 SAYILI AF KANUNU

**BU AF KANUNU İLE CEZA İNFAZ
KURUMLARINDAN 8740'I HÜKÜMLÜ
OLMAK ÜZERE TOPLAM 11781 KİŞİ
SALIVERİLMİŞTİR**

1803 SAYILI AF KANUNU

BU AF KANUNU İLE CEZA İNFAZ
KURUMLARINDAN

20638'İ ERKEK 331'İ KADIN OLMAK
ÜZERE TOPLAM 20969 HÜKÜMLÜ
SALIVERİLMİŞTİR.

4463 KİŞİ YENİDEN SUÇ İŞLEYEREK
CEZAEVİNE DÖNMÜŞTÜR.

23 NİSAN 1999 TARİHİNE KADAR İŞLENEN
SUÇLARDAN DOLAYI ŞARTLA
SALIVERİLMEME, DAVA VE CEZALARIN
ERTELENMESİNE DAİR KANUN

Kanun Numarası : 4616
Kabul Tarihi : 21/12/2000
Yayımlandığı R.Gazete : Tarih: 22/12/2000
Sayı : 24268
Yayımlandığı Düstur : Tertip : V Cilt : 40

T.C.
ADALET BAKANLIĞI
ADLI SİCİL VE İSTATİSTİK
GENEL MÜDÜRLÜĞÜ

1)

MART 2005 TARİHİ İTİBARIYLA CUMHURİYET BAŞSAVCILIKLARINDAN DERLENEN
BİLGİLERE GÖRE 4616 SAYILI KANUNDA İSTİFADE EDENLERİN SAYISAL DAĞILIMI

	TUTUKSUZ	TUTUKLU	TOPLAM
CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINDAN GELEN BİLGİ	13460	696	14156

2)

MART 2005 TARİHİ İTİBARIYLA CEZA MAHKEMELERİNDEN DERLENEN
BİLGİLERE GÖRE 4616 SAYILI KANUNDA İSTİFADE EDENLERİN SAYISAL DAĞILIMI

	KAMU DAVASI ERTELENENLER		ŞARİA TAHLİYE EDİLENLER	10 YILLIK İNDİRİMDEN İSTİFADE EDENLER	TOPLAM
	TUTUKSUZ	TUTUKLU			
CEZA MAHKEMESİNDEN GELEN BİLGİ	362233	6473	22059	3914	394679

3)

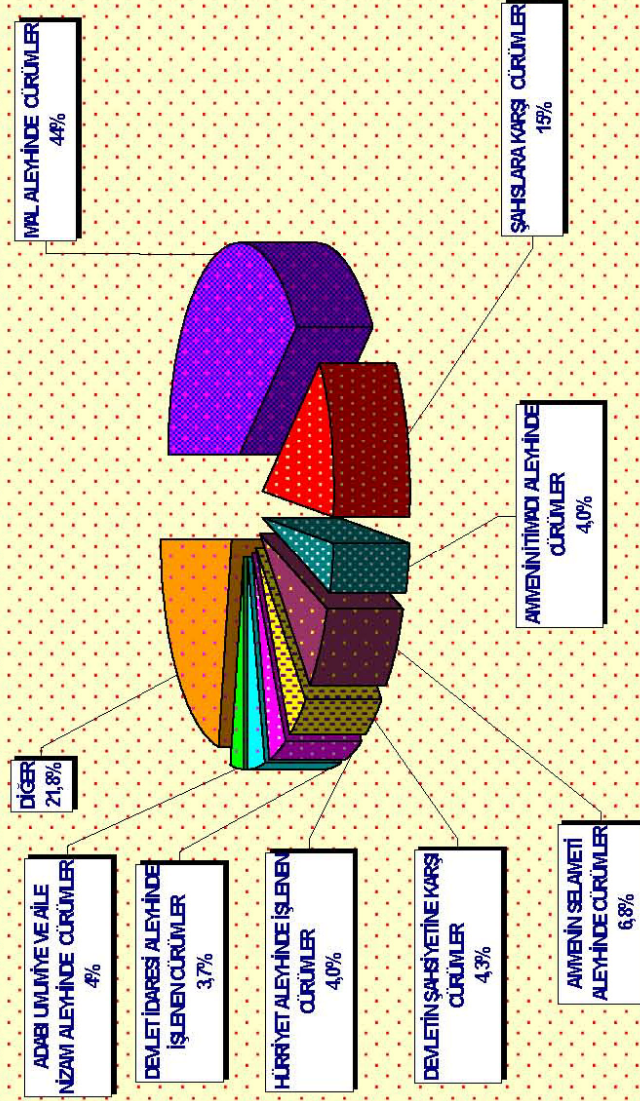
MART 2005 TARİHİ İTİBARIYLA ADLİ BİRİMLERDEN (C.Başsavcılıklar ve Mahkemeler)
ALINAN BİLGİLERE GÖRE 4616 SAYILI KANUNDA İSTİFADE EDENLER TOPLAMI:

408.834

4616 SAYILI KANUNDAN İSTİFADE İLE TAHLİYE OLDUKTAN SONRA
YENİ SUÇ İSNADIYLA HAKKINDA TAKİBAT YAPILANLARIN
SUÇLARINA GÖRE SAYISAL VE ORANSAL DAĞILIMI
(MART 2005 TARİHİ İTİBARIYLA)

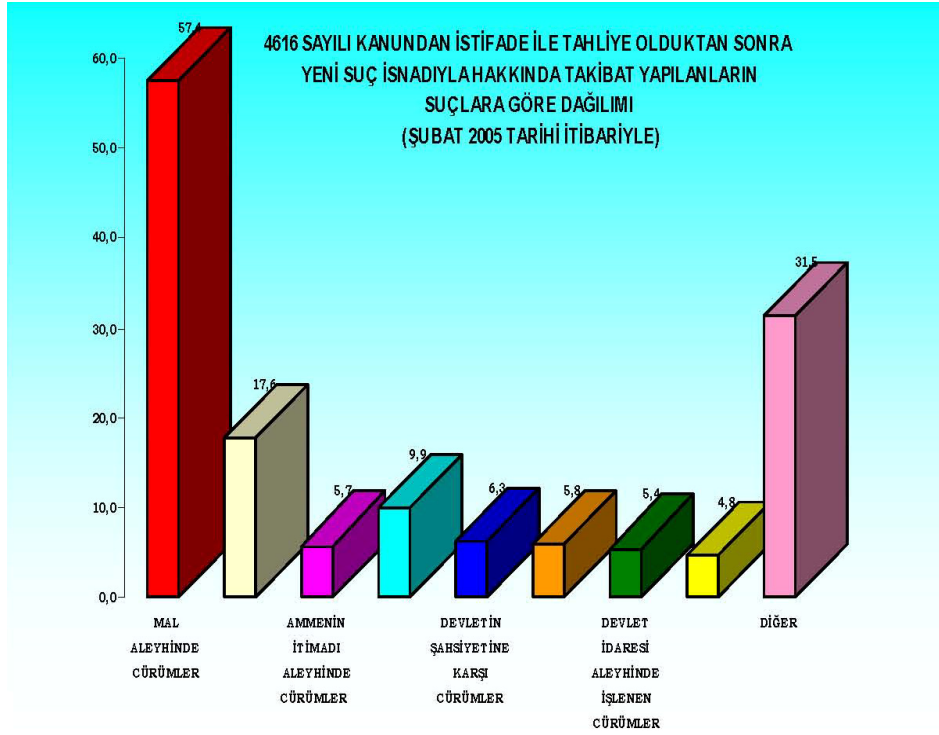
CÜRUMUN NEVİ	KİŞİ SAY.	%
Hırsızlık	686	25,2
Müessir Fiil	232	8,5
Gasp	120	4,4
Sahtecilik	89	3,3
6136 SKM	86	3,2
Uyuşturucu Suçu	176	6,5
3167 SKM	106	3,9
Tehdit	75	2,8
Dolandırıcılık	69	2,5
4422 SKM	100	3,7
Adam Öldürmek	46	1,7
İzrar	37	1,4
İrza Geçmek	30	1,1
Mütecaviz Sarhoşluk	41	1,5
Görevli Memura Mukavemet	41	1,5
Konut Dokunulmazlığını Bozmak	29	1,1
Kaçırmak, Alıkoymak	31	1,1
Görevi Kötüye Kullanmak	27	1,0
Vergi Usul Kanununa Muhalefet	19	0,7
Hırsızlık Malını Bilerek Satın Almak	35	1,3
Ted. Dik. Yaralamaya Sebebiyet Vermek	18	0,7
Fuhuş	11	0,4
Piyasaya Sahte Para Sürmek	19	0,7
2911 SKM	12	0,4
Hakaret	15	0,6
4922 SKM	20	0,7
Emniyeti Suistimal	21	0,8
Orman Suçu	18	0,7
Kaçakçılık	27	1,0
Kumar Oynamak ve Oynatmak	11	0,4
Zimmet	9	0,3
İhkak-ı Hak	13	0,5
Ted. Dik. Ölüme Sebebiyet Vermek	10	0,4
Terör Örgütüne Yardım, Yataklık	18	0,7
Basın Suçu	10	0,4
İrza Tasaddi	8	0,3
Tehlikeli Vasıta Kullanmak	16	0,6
Hakkı Olmayan Yere Tecavüz	8	0,3
Adam Öldürmeye Teşebbüs	11	0,4
Görevli Memura Hakaret	19	0,7
Yalan Beyanda Bulunmak	10	0,4
Görevi İhmal	6	0,2
Kasten Yangın Çıkarmak	6	0,2
Kooperatifler Kanununa Muhalefet	11	0,4
Sarkıntılık	10	0,4
1380 SKM	4	0,1
Ted. Dik. Yangına Sebebiyet Vermek	4	0,1
2863 SKM	9	0,3
Adam Kaçırmaya Teşebbüs	2	0,1
Cezaevi İdaresine Karşı Ayaklanmak	2	0,1
Hürriyeti Tahdit	3	0,1
Diğer	285	10,5
Toplam	2721	100,0

4616 SAYILI KANUNDAN İSTİFADE İLE TAHLİYE OLDUKTAN SONRA
YENİ SUÇ İSNADıyla HAKKINDA TAKİBAT YAPILANLARIN
SUÇLARINA GÖRE ORANSAL DAĞILIMI
(NİSRET 2006 TARİHİ İTİBARIYLA)



4616 SAYILI KANUNDAN İSTİFADE İLE TAHLİYE OLDUKTAN SONRA
YENİ SUÇ İSNADIYLA HAKKINDA TAKİBAT YAPILANLARIN
SUÇLARINA GÖRE SAYISAL VE ORANSAL DAĞILIMI
(ŞUBAT 2005 TARİHİ İTİBARIYLA)

BABLAR	CÜRMÜN NEVİ	KİŞİ SAY.	%
MAL ALEYHİNDE CÜRÜMLER	Hırsızlık	686	37,5
	Gasp	120	6,6
	3167 SKM	106	5,8
	Dolandırıcılık	69	3,8
	İzrar	37	2,0
	Hırsızlık Malını Bilerek Satın Almak	35	1,9
	Emniyeti Suistimal	21	1,1
	Hakkı Olmayan Yere Tecavüz	8	0,4
	ŞAHSILARA KARŞI CÜRÜMLER	Müessir Fiil	232
Adam Öldürmek		46	2,5
Ted. Dik. Yaralamaya Sebebiyet Vermek		18	1,0
Hakaret		15	0,8
Ted. Dik. Ölüme Sebebiyet Vermek		10	0,5
Adam Öldürmeye Teşebbüs		11	0,6
AMMENİN İTİMADI ALEYHİNDE CÜRÜMLER	Sahtecilik	89	4,9
	Piyasaya Sahte Para Sürmek	19	1,0
AMMENİN SELAMETİ ALEYHİNDE CÜRÜMLER	Uyuşturucu Suçu	176	9,6
	Kasten Yangın Çıkarmak	6	0,3
	Ted. Dik. Yangına Sebebiyet Vermek	4	0,2
ADLİYE ALEYHİNDE CÜRÜMLER	İhkak-ı Hak	13	0,7
	Cezaevi İdaresine Karşı Ayaklanmak	2	0,1
DEVLETİN ŞAHSİYETİNE KARŞI CÜRÜMLER	4422 SKM	100	5,5
	Terör Örgütüne Yardım, Yataklık	18	1,0
HÜRRIYET ALEYHİNDE İŞLENEN CÜRÜMLER	Tehdit	75	4,1
	Konut Dokunulmazlığını Bozmak	29	1,6
	Adam Kaçırmaya Teşebbüs	2	0,1
	Hürriyeti Tahdit	3	0,2
	Görevli Memura Mukavemet	41	2,2
DEVLET İDARESİ ALEYHİNDE İŞLENEN CÜRÜMLER	Görevi Kötüye Kullanmak	27	1,5
	Zimmet	9	0,5
	Görevli Memura Hakaret	19	1,0
	Görevi İhmal	6	0,3
	Irza Geçmek	30	1,6
ADABI UMUMİYE VE AİLE NIZAMI ALEYHİNDE CÜRÜMLER	Kaçırmak, Alı Koymak	31	1,7
	Fuhuş	11	0,6
	Irza Tasaddi	8	0,4
	Sarkıntılık	10	0,5
	Mütecaviz Sarhoşluk	41	2,2
KABAHATLER	Kumar Oynamak ve Oynatmak	11	0,6
	Tehlikeli Vasıta Kullanmak	16	0,9
DİĞER	6136 SKM	86	4,7
	Vergi Usul Kanununa Muhalefet	19	1,0
	2911 SKM	12	0,7
	4922 SKM	20	1,1
	Kaçakçılık	27	1,5
	Basın Suçu	10	0,5
	Orman Suçu	18	1,0
	Yalan Beyanda Bulunmak	10	0,5
	Kooperatifler Kanununa Muhalefet	11	0,6
	1380 SKM	4	0,2
	2863 SKM	9	0,5
	Diğer	285	15,6
	Toplam	2721	148,6



**4616 SAYILI KANUNDAN İSTİFADE İLE TAHLİYE OLDUKTAN SONRA
YENİ SUÇ İSNADIYLA HAKKINDA TAKİBAT YAPILANLARIN
SUÇLARINA GÖRE SAYISAL VE ORANSAL DAĞILIMI
(ŞUBAT 2005 TARİHİ İTİBARIYLA)**

BAB DAĞILIMI	KİŞİ SAYISI	%
MAL ALEYHİNDE CÜRÜMLER	1082	46,8
ŞAHSILARA KARŞI CÜRÜMLER	332	14,4
AMMENİN İTİMADI ALEYHİNDE CÜRÜMLER	108	4,7
AMMENİN SELAMETİ ALEYHİNDE CÜRÜMLER	186	8,0
ADLİYE ALEYHİNDE CÜRÜMLER	15	0,6
DEVLETİN ŞAHSİYETİNE KARŞI CÜRÜMLER	118	5,1
HÜRRİYET ALEYHİNDE İŞLENEN CÜRÜMLER	109	4,7
DEVLET İDARESİ ALEYHİNDE İŞLENEN CÜRÜMLER	102	4,4
ADABI UMUMİYE VE AİLE NİZAMI ALEYHİNDE CÜRÜMLER	90	3,9
KABAHAHLAR	68	2,9
DİĞER	511	22,1
TOPLAM	2721	117,7

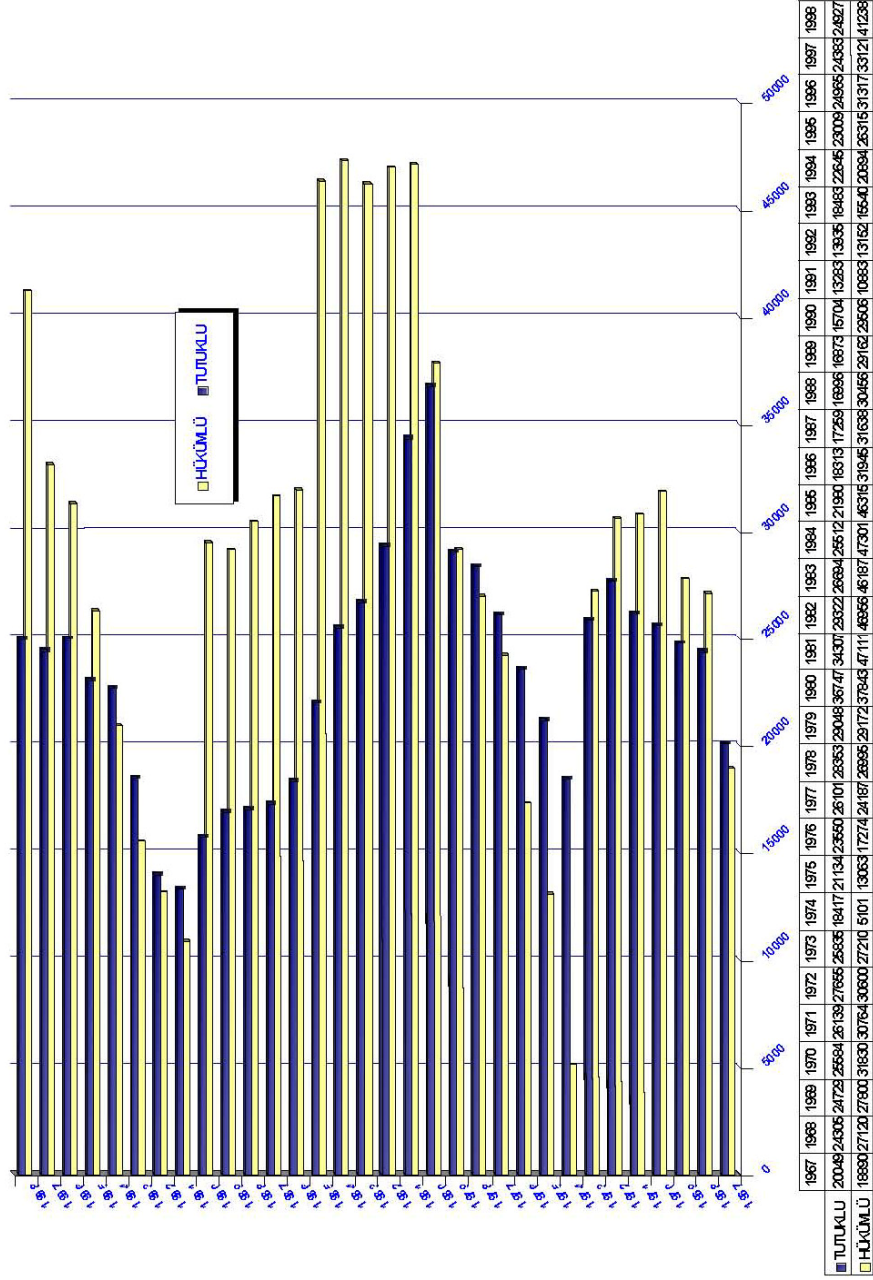
Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu

CEZAEİ İÇİN DEN MÜRACAAT EDENLER										KENDİLİĞİNDEN TESLİMİÇİLER										
Örgüt Adı	Yapılan Başvuru Sayısı	DERDEST DOSYALAR		KESİNLEŞMİŞ KARARLAR			4869 SIKINA GÖRE MÜRACAAT EDİP DE 4928,4963 SIKILARA GÖRE İŞL YAPILANLAR		Toplam	Yapılan Başvuru Sayısı	DERDEST DOSYALAR			KESİNLEŞMİŞ KARARLAR			4869 SIKINA GÖRE MÜRACAAT EDİP DE 4928,4963 SIKILARA GÖRE İŞL YAPILANLAR		Toplam	
		Tahkiye edilecekler	Tahkiye edilmeyenler	Tahkiye Kararları	Tahkiye Kararları	Kararından Yaarlanmayanlar	Beraat	Gaz.Otuzdan Kaldırılması			Serbest Kararlar	Tul.Kararlar	GTLLK.V.neler	Serbest Kararlar	Tahkiye Kararları	Tahkiye Kararları	Kararından Yaarlanmayanlar	Beraat		Gaz.Otuzdan Kaldırılması
PKK/KADEK	1480	368	428	354	126	113	9	55	1480	426	143	24	1	165	9	5	12	21	46	426
HZELULLAH	798	215	163	355	11	25		29	798	784	236	5	1	489	5	12			16	784
D-HKPC	146	16	46	30	23	26	1	4	146	42	28	4		7	1				2	42
EDKÇ	47	1	17	10	9	3		7	47	8	4			3					1	8
THKO	41	7	7	9	4	6		8	41	4	3					1				4
SİVİS SAKINLARI	48		48						48	16			16							16
TRFİM/THKPC	31	3	2	11	6	7		2	31	6	1	1		1	1	1			1	6
HZBÜTT TAHRİR	23	14	2	3			4		23	10				8		2				10
DEASOL	22	1	9	4	2	6			22	4	1	2				1				4
MALATYALIYA R.GRUBU									0	20	6					5			9	20
AİD	18		15	3					18	8	7			1						8
THB	16	3	1	5	2	5			16	3				2					1	3
MİKP	15	1	3	4	2	4		1	15	4	2		1	1						4
SELEF	5			2		3			5	12	1	4		7						12
TRFİM	11	4	2		4	1			11	3	1					1			1	3
VASAT	14	3		3	3			5	14											0
THKPC	13	1	8		2	1		1	13	2		1		1						2
SELAM	12	1	11						12	2		2								2
İSLAM CHAT	9	1	8						9											0
İSLAM HARBİET	14			1	12			1	14											0
TDP	4	1	1	1		1			4	3	1					1			1	3
HFO	3				2	1			3	1				1						1
GEŞULLAH	4				4				4											0
TDRGVE	2							2	2											0
THEBL	2			1		1			2	2				1	1					2
THEP	2	1	1						2	1	1									1
TOP	2			1	1				2											0
RZGAR	1					1			1	1				1						1
KANA	2				2				2											0
BAD	2	2							2	1	1									1
YERBUN	3		2			1			3											0
DHP	1					1			1											0
EMM	1					1			1											0
TEHD	1	1							1											0
KVLOM	1				1				1											0
TDHP	1				1				1											0
THBB	1			1					1											0
THP	1	1							1											0
MELİMAN GENÇLİK									0	1	1									1
ELKADE	20		20						20	1		1								1
TOPLAM	2817	670	794	798	219	207	14	115	2817	1365	457	44	19	688	15	19	24	21	78	1365
Genel Toplam										4182										

**TOPLUVA KEZAN DERİA YASISINDAN YARARLANMIŞ KİŞİLERİN CUMHURİYET BAŞSAĞLIKLARINA (5190 Sayılı Yasasıyla Yayıllı) GÖREDİĞİLİM
11.04.2015 TARİHİ İTİBARIYA**

CUMHURİYET BAŞSAĞLIKARI (5190 Sayılı Yasası ile yayıllı)	CEZAEVİ İÇİNDEN BASIVURAN		DERİSTİDİSİYALAR		KESİNLEŞMİŞ KARARLAR			DERİSTİDİSİYALAR		KESİNLEŞMİŞ KARARLAR				4898 SKINACİRE MURCHATE İPİDE 4898/4893 SKILARA GİRE İŞ YAPILANLAR		Cez Ortadan Kaldırılması	
	TAHLİYE EDİLENLER		TAHLİYE EDİLMEYENLER		TAHLİYE OLANLAR			SERBEST KALANLAR				SERBEST KALANLAR		TAHLİYE OLANLAR			Beraat
	TAHLİYE EDİLENLER	TAHLİYE EDİLMEYENLER	TAHLİYE OLANLAR	TAHLİYE OLMAYANLAR	KANUNDA YARARLANAMAYANLAR	TUTUKLANANLAR	GİYABI TUTUKLAMA KARARI VERİLENLER	SERBEST KALANLAR	TAHLİYE OLANLAR	TAHLİYE OLMAYANLAR	KANUNDA YARARLANAMAYANLAR	SERBEST KALANLAR	TAHLİYE OLANLAR	TAHLİYE OLMAYANLAR			
ADANA	333	13	11	311	21	37	5	6	51	1	13	5					
ANKARA	200	44	116	9	1	24	42	13	18			3			3		
DIYARBAKIR	1176	401	421	208	2	44	305	13		578	11	2	1	2			
ERZURUM	189	15	4	106	48	16	39	8	2	1	5	1			1		
İSTANBUL	349	32	121	40	129	21	83	51	1	24	1	5	1				
İZMİR	147	4	68	20	1	48	34	15		14		1			4		
MİLATYA	196	26	19	34	4	17	56	12	2	1	1	7			33		
VAN	167	45	34	70	13		81	19	7		1			19	35		
TOPLAMI	2817	670	794	798	219	207	1355	47	19	688	15	19	24	21	78		
	2817						1355								482		
							1355								482		

YIL SONU İTİBARıyla HÜKÜMLÜ VE TUTUKLU SAYISI (1967 - 1998)



YIL SONU İTİBARIYLA HÜKÜMLÜ VE TUTUKLU SAYISI (1967-1997)						
YILLAR	HÜKÜMLÜ	DEĞİŞİM	TUTUKLU	DEĞİŞİM	TOPLAM	DEĞİŞİM
1967	18890	100	20049	100	38939	100
1968	27120	144	24305	121	51425	132
1969	27800	147	24729	123	52529	135
1970	31830	169	25584	128	57414	147
1971	30764	163	26139	130	56903	146
1972	30600	162	27655	138	58255	150
1973	27210	144	25835	129	53045	136
1974	5101	27	18417	92	23518	60
1975	13063	69	21134	105	34197	88
1976	17274	91	23550	117	40824	105
1977	24187	128	26101	130	50288	129
1978	26995	143	28353	141	55348	142
1979	29172	154	29048	145	58220	150
1980	37843	200	36747	183	74590	192
1981	47111	249	34307	171	81418	209
1982	46956	249	29322	146	76278	196
1983	46187	245	26694	133	72881	187
1984	47301	250	25512	127	72813	187
1985	46315	245	21980	110	68295	175
1986	31945	169	18313	91	50258	129
1987	31638	167	17259	86	48897	126
1988	30456	161	16996	85	47452	122
1989	29162	154	16873	84	46035	118
1990	29506	156	15704	78	45210	116
1991	10883	58	13283	66	24166	62
1992	13152	70	13935	70	27087	70
1993	15540	82	18483	92	34023	87
1994	20894	111	22645	113	43539	112
1995	26315	139	23009	115	49324	127
1996	31317	166	24965	125	56282	145
1997	33121	175	24383	122	57504	148
1998						



ÜÇÜNCÜ KONUŞMACI
Prof.Dr.Serap KESKİN-KIZIROĞLU
(Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)
Ceza Hukuku'nda Af

AFFIN ÇEŞİTLERİ

Genel Af:

- Bütün veya bazı suçları ve hükmedilmiş cezaları tüm sonuçlarıyla affeden yasama işlemidir. Genel af, eylemin suç olma niteliğini ortadan kaldırmaz; devletin ceza vermek yetkisini geçici olarak ortadan kaldırır.
- Af kapsamındaki bir suçtan yapılan yargılamada düşme kararı verilir(CMK. md.223/8; Bkz.223/9). Henüz kamu davası açılmamışsa, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. TCK.65/1'e göre genel af halinde kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.

Özel Af:

- Kesinleşmiş bir cezayı tamamen kaldıran, hafifleten veya seçenek yaptırımı çeviren bir af işlemidir. Özel afta ortada bir mahkûmiyet hükmünün bulunması gerekir. Bu nedenle devam eden yargılamalarda düşme kararı verilemez. Yargılama sonuçlandırılarak sanığın mahkûm olup olmayacağı açıklığa kavuşturulur.
- Özel af, mahkûmiyetin sonuçlarını ortadan kaldırmaz. TCK.65/2'e göre özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. TCK.65/3'e göre cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.

AFFIN KARŞISINDA OLAN GÖRÜŞLER

Af yetkisinin karşısında olan görüşlere göre:

1. Bu yetki, yasa önünde eşitlik ilkesini ve yasanın etkinliğini yok eder. Af yetkisinin kullanılacağı ümidi, suç işlemeye dolayısıyla teşvik edici niteliktedir.

Bu konuda Bentham'ın, "iyi kanunlar yapın ve fakat onları iptal edecek güçte bir sihirbaz değneğini yaratmayın" sözüne atıf yapılır.

Hukuka aykırı yasaları düzeltmek hukuk devletinin görevi ise de, hukuk devleti ilkesi yolunda düzeltme gereği duyulmayan yasaları etkisiz bırakacak tedbirlere başvurulması doğru olmaz.

Bireyi suç işlemekten alıkoyan hususun cezanın ağırlığı değil, kesinlikle infazı olduğu belirtilmiştir. Af yetkisi, bu inancı sarsar ve sonuçta cezanın suç işlenmesini önleyici caydırıcılık özelliğini yok eder.

Af yetkisi ceza kanunlarını kâğıttan kaplan haline getirerek cezanın caydırıcı etkisini yok eder.

2. Yürütme veya yasama organına af yetkisinin tanınması, bunların yargı kararlarına müdahalesi, diğer deyişle yargı gücüne müdahalesi olarak da değerlendirilmiş ve eleştirilmiştir.
3. Pozitivistlere göre de af yetkisi ya gerçekten adaleti sağlamak amacına hizmet eder, ya da baskı, kayırma, seçimlerde oy kazanmak gibi adalet fikrine tamamen yabancı olan amaçlara hizmet eder. Bu ikinci durumda af yetkisinin tanınmasına hukuk devletinde izin verilemez. Bunun aksi, yetkinin kötüye kullanılması demek olur.

Adalet fikrine hizmet için de aftan başka çarelere başvurulmalıdır. Çünkü adaletin, keyfi bir merhamet gösterisi ile değil, kesin ve herkes için eşit usullerle gerçekleştirilmesi gerekir. Eğer adalet düşüncesi, bazı suç sayılan davranışları cezalandırmakta artık kamu yararı görmüyorsa bunları affetmek yerine suç olmaktan çıkarmalıdır. Bunun

gibi, bazı suçluların adil olmayan cezalara mahkûm edildikleri veya masum olmalarına rağmen mahkûm oldukları düşünülüyorsa af yerine yeniden yargılanmalarını sağlamak daha doğru olur. Böylece, daha önce bir hâkim tarafından verilmiş hüküm yine bir hakim tarafından değiştirilmiş olur. Her halde dün suç sayılan, yarın da suç sayılacak bir eylemi, bugün suç saymamak haklı görülemez.²²

4. Toplum yaşamı bozuk, siyasal düzen adalet, özgürlük, eşitlik esaslarından yoksun ise, çıkarılan af yasaları yurttaşlar arasında genel bir barışmayı sağlamaz. Suç politikası adil, sosyal yararları tam anlamıyla uygun olduğu sürece af yoluna gitmek zorunluluğu bulunmayacak; özgürlük, adalet, eşitlik ilkelerinden ayrıldığı ölçüde ülke içinde huzursuzluk artacak ve af yetkisi kullanılsa dahi bu huzursuzluğun önüne geçilemeyecektir. Hatta gereksiz aflar yapay olarak korunan barışı büsbütün tehlikeye sokacak ve daha büyük kargaşalıklara yol açacaktır.²³

5. Ceza yaptırımının uygulanmasında yaptırımdan beklenen genel önleme, özel önleme ve bu arada kefaret esaslarının zedelenmesi yoluna gidilmemelidir. Bu nedenle af kurumuna Ceza Hukuku'nda iyi gözle bakılmaz. Politikanın adaleti mahvetmesi önlenmelidir. *“Politik emellerini yasa hükmüne dökebilecek kadar cesaret sahibi olamayanların, adaleti hukuk dışı kısıkaçların içine itme arzularına set çekilmelidir. Ancak, bu yapılırken hukukun üstünlüğü hep akılda tutulmalı..., bireyi ve hukuku kurtarmak asıl endişeyi oluşturmalıdır.”*²⁴

AFTAN YANA OLAN GÖRÜŞLER

1. Kanunlar, ağır ve kamu yararına aykırı bir nitelik gösterebileceği gibi, şeklen kusursuz görünen bir mahkûmiyet özünde adaletsiz veya maksada aykırı düşebilir. Böyle olunca ceza normlarının uygulanmasından doğan kaçınılmaz sakıncaları ortadan kaldırmak için af yetkisini kullanmak zorunlu olur. Mükemmel kanunlar yaparak bu sakıncanın önüne geçilebileceği düşünülebilirse de, insan düşüncesinin hatasız ve

²² Dönmezer-Erman, no.1938, C.III, 10.Bası

²³ Dönmezer-Erman, no.1940 C.III, 10.Bası

²⁴ ALACAKAPTAN, S.399,400

mükemmel bir mevzuat hazırlamak bakımından yetersiz olduğunu deneyimler göstermiştir. En mükemmel şekilde hazırlandığı düşünülen ceza kanunları bile suçluluğun gerektirdiği bütün hafifletici nedenleri göz önünde tutamazlar.²⁵

2. Özellikle siyasal, ekonomik ve sosyal bakımdan toplumda meydana gelen derin değişiklikler, genel bir barışmayı gerekli kılabilir ve bunun en kesin ve pratik aracı da af yetkisidir. Toplumda barış ve huzuru yeniden kurabilen aflar iyi karşılanmalıdır. Ancak, siyasal ihtiraslara alet edilen aflar için aynı şey söylenemez. Çünkü af, kamu düzeninin sağlanmasına hizmet ettiği oranda meşrudur.²⁶ Bu nedenle genel af üstün kamu yararı nedeniyle bir veya birkaç grup suçun resmen unutulmasını emretmek anlamına gelir. Bu amaca varabilmek için de geçmişi ilgilendiren sorunlarda ceza kanunlarının uygulanması yasaklanır. Ancak bu husus, af kapsamındaki eylemlerin onaylandığı anlamını taşımaz.²⁷
3. Nihayet ender de olsa adli hatalar yapılabilir ve bunlar her zaman yargılamanın yenilenmesi gibi yollarla düzeltilemez. Bu durumda af yetkisi kaçınılmaz olur.
4. Son olarak, akıl ve mantık ile mahkûm edilen, duygu ve merhamet ile affedilebilir. Adalet, haklılık, doğruluk ve insaf ile düzeltilip değiştirilmelidir.²⁸ Haklılık ve insafılık her olayın özelliklerine göre somutlaşır. Hukukun yaşam ile bağlılığı genellikle yargıca takdir yetkisi tanınmakla sağlanır. Fakat hukukun yaşam ile bağlılığını olağanüstü yollarla sağlamak af ile olanaklı olur. Affi istemek hakkından demokratik rejimlerde yurttaş yoksun bırakılamaz.²⁹
5. Bir zorunluluk bulunmadığı halde, yersiz bir merhamet, lütuf, taraftar kazanma, cezaevlerindeki sayıyı azaltma gibi hukuksal değerlerden yoksun düşüncelerle af yetkisinin kullanılması toplumda adalet ve ka-

²⁵ Selahattin Keyman, *Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af)* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.199, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1965, s.14,15

²⁶ Bettiol(Değinen, Keyman, s.25)

²⁷ Keyman, s.56

²⁸ Dönmezer-Erman, no.1939, C.III, 10.Bası

²⁹ Bettiol (Değinen, Keyman, sh.16)

nunlara duyulan güveni zedeler. Nasıl olsa günün birinde af kanununun çıkacağı ümidi, cezanın genel önleme amacını zedeler. Bu yetkinin hukuksal nedenlerle kullanılması da yeterli değildir. Gerçekten affa layık olanlar hakkında kullanılmalıdır. Af yetkisi, affedilenin çıkarları göz önünde tutularak kullanılmalıdır. Çünkü bu yetkinin kullanılmış olması kamu yararının varlığı koşuluna bağlıdır.³⁰

TÜRK HUKUK TARİHİNDE AF

- 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu (md.47) ile 1876 tarihli Kanun-i Esasi aftan söz etmekte ve bu yetkinin padişah tarafından kullanılabileceğini belirtmektedir. 1909 tarihli Kanun-i Esasi değişikliği af konusunda da değişiklik getirmiş ve özel af yetkisini padişahı bırakarak, genel af konusunu meclisin onayına bağlanmıştır.³¹
- Kurtuluş Savaşı yıllarında 1921 Anayasası'nda her ne kadar af konusunda özel bir düzenleme yoksa da, 7.madde(*...ahkâmı şeriyenin tenfizi, umumi kavaninin vazı, tadili, feshi gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisine aittir.*) hükmünden bu yetkinin yasama organına ait olduğu ortaya çıkmaktadır.
- 1924 Anayasası'nda af yetkisi 26.maddede yer almıştır. 1924 Anayasası, genel af, kovuşturma ve cezanın ertelenmesi ve özel af yetkilerini düzenlemiştir. Her üç yetki de T.B.M.M.'ne ait olup, özel af yetkisi belirli durumlarda Cumhurbaşkanına da bırakılmıştı.
- 1961 Anayasası kovuşturma ve cezanın ertelenmesi kurumuna yer vermemiştir. Orman suçları için af yetkisi 1961 Anayasası'nda tanınmamışken, 17.4.1970 tarih ve 1254 sayılı Kanunla bu hüküm maddeden çıkarılmıştır.³²
- Yürürlükteki Türk Hukuku'nda, 1982 Anayasası'na göre, yasama organı T.B.M.M.'nin af yasası çıkarma yetkisi, Anayasa'mızın 87.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk şeklinde yasama organının af yetkisi, Anayasa'nın 14.maddesindeki fiiller için tanınma-

³⁰ Faruk Erem, Ceza Hukuku, s.

³¹ Keyman, s.86

³² Dönmezer-Erman, III.Cilt, 10.bası, no.1936,1937

mişti. Madde hükmü “...Anayasanın 14 üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, genel ve özel af ilanına, ...” şeklindeydi.

Yasama yetkisinin, af yetkisi bakımından kullanılmasındaki bu sınırlayıcı hüküm, 03 Ekim 2001 tarih(RG.17.10.2001) ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 28.maddesiyle kaldırılmış, ancak af yetkisinin kullanılmasında nitelikli çoğunluk oyu getirilmiştir. Bu değişiklik sonucunda T.B.M.M., kural olarak her suç bakımından af yetkisini kullanabilecek, ancak af yasanının kabulü için T.B.M.M.’nin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı gerekecektir.

İstisna kuralı Anayasa’nın 169/3.maddesinde dir. Bu madde hükmüne göre münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınmaz.

TÜRK HUKUK UYGULAMASINDA AFFIN AMACI VE KAPSAMI

- 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunu’nu, Sayın Cumhurbaşkanlığı Makamı, affin amacı ve kapsamı konusunda şu gerekçeyle de eleştirmişti.

“Cezaevlerinin mevcudunun azaltılması gibi hukuksal değerden yoksun düşüncelerle af yetkisinin kullanılması toplumda adalet ve yasalara duyulan güveni azaltır. Bu yasanın yayınlanması “devletin temeli adalettir” inancını yok eder ve yurttaşların adalete olan güvenini sarsar...Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan toplumun huzuru ve adalet anlayışı ve hukuk devleti kavramlarıyla, herkesin yasalar önünde eşit olması gerektiği ve kimseye ayrıcalık tanınmayacağı ilkesinin gözden uzak tutulmamasına, affin adaletli ve dengeli sonuçlar

vermesinin zorunluluğuna değinerek düzenlemenin Anayasa'ya uygun olmasına özen gösterilmesi..."³³

- Bir eylemi suç saymak, Anayasa'mızın 38.maddesinde ifadesini bulan suçta yasallık ilkesi gereğince yasa koyucunun yetkisindedir. Suç niteliği verilen eylemin cezasına ilişkin olarak da bu kez, cezada yasallık ilkesi gereğince suç karşılığı hükmedilebilecek cezanın türünü (özgürlüğü bağlayıcı ya da para cezası ya da güvenlik tedbiri), süresini, cezayı ağırlaştırıcı ya da indiren nedenlerin neler olduğunu saptamak da yasa koyucunun yetkisindedir. Anayasa'mızın 87.maddesine göre de suçu affetmek yasa koyucunun yetkisindedir. Bu bağlamda, affin kapsamını belirlemek, bazı suçları affin dışında tutmak, yasa koyucunun yetkisindedir.³⁴
- Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına göre de "...Anayasa'nın affa yetkili kıldığı merci affin kapsamını da belirlemeye yetkili..."³⁵ olduğu gibi, "yasa koyucu...af yasaları ile...suç işleyenlerin ya da değişik cezalara çarptırılanların afftan değişik ölçülerde yararlanmalarını, haklı nedenler varsa, bir kesimin hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkilidir. Bu tür düzenlemelerin yasa önünde eşitlik ilkesini zedelediği de öne sürülemeyecektir."³⁶
- Hiç kuşkusuz, bir hukuk devletinde, her yetkide olduğu gibi, yasama yetkisi de keyfe göre kullanılacak bir yetki değildir. Bu noktada, devleti, hukuk devleti seviyesine yükselten, eylem ve işlemlerde hukuka saygı esasına bağlı kalınmasıdır. Hukukun amacı adalettir. Bu nedenle de devletin temeli adalettir. Adaletsiz eylem ve işlemler, sonuçta adalete, dolayısıyla da -bu adaletsizliğin kaynağı konumunda bulunan devlete güveni sarsar. Anayasa Mahkemesi'nin de ifade ettiği gibi, hukuk devletinin en önemli bir niteliği güvenilir olmasıdır.³⁷

³³ Ayrıca Bkz. Uğur, ALACAKAPTAN, "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış" Anayasa Yargısı Dergisi, 18.Cilt, 2001, s.379-400

³⁴ U.ALACAKAPTAN, s.384

³⁵ Any.Mh.Kr.09.6.1964, 12/47, A.M.K.D. S.1, s.144

³⁶ Any.Mh.Kr.13.3.1979, 67/14, A.M.K.D. S.17, s.111

³⁷ Any.Mh.Kr.12.12.1989, 11/48, A.M.K.D. S.25, s.433

- Türk Hukuku açısından, yasa koyucu (T.B.M.M.), Anayasa'nın 87.maddesindeki affa ilişkin yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın 2.maddesindeki '*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.*' hükmüne uygun bir yasa çıkarmak zorundadır. Diğer deyişle, yasama organı af yasası çıkarma yetkisini kullanırken, *toplumun huzuru, adalet anlayışı, hukuk devleti, yasaların herkes bakımından eşit olduğu gibi ilkeleri göz ardı etmeyerek, yapılan düzenlemelerin Anayasa'ya uygun olmasına özen göstermelidir.*³⁸
- Anayasa Mahkemesi'ne göre de "*Anayasa'nın egemenliği ve bağılayıcılığı yanında, yasa koyucunun uymak zorunda bulunduğu ilkeleri, evrensel hukuk kurallarını, düzenin dayanakları olarak benimseyen hukukun üstünlüğü rejiminde (hukuk devletinde) tüm eylemlerin hukuka uygunluğu...en güçlü güvencedir.*"³⁹ Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırı olmadıkça suç türleri arasında farklı af süreleri getirilmesine karışamaz.⁴⁰

SONUÇ

- Evrensel insan hakları hukuku, insanlığa karşı suç niteliğindeki suçların affını kabul edemez. Affın, toplumsal huzura, toplumsal barışa ve birliğe hizmet edip edemeyeceği ya da aksine, suç mağdurlarının ve suçtan zarar görenlerin af nedeniyle ayrıca devlet tarafından da hiçe sayılıp, mağdur edildiklerini düşünebilecek olmaları nedeniyle, yüreklerde derin yaralar açıp, yeni gerilim ve çatışmalara neden olup olamayacağı açık biçimde kamuoyunda ortaya konulmalıdır.

Af kurumuna genel ve özel önlemeyi zayıflatacak biçimde sık sık başvurmak yerine, affa sık sık başvurma gereği yaratmayacak başka ceza ve önlemleri uygulamakta yarar vardır. Bu gibi kurum ve çareler ve

³⁸ Bkz.Cumhurbaşkanlığı gerekçesinden

³⁹ Any.Mh.Kr.28.02.1999, 32/10 A.M.K.D., S.25, s.121-221)

⁴⁰ Any.Mh.Kr.08.10.1991, 34/34, A.M.K.D., S.27, 2.Cilt, s.580

önlemler hukukun uygulanmasında keyfiliğin yerini kurallara bağlılığın, ciddiyetsizliğin yerini ciddiyetin almasını sağlar.⁴¹

- Devletin suç alanını, yargılamaya ilişkin ilkeleri, yargılama sonunda verilecek cezanın infazını, bu infaza ara verme ya da cezalandırmadan tamamen ya da kısmen vazgeçme gibi yetkileri bir sübjektif hak değildir.⁴²
- Ancak, bir hukuk devletinde cezanın amaçları bakımından devletin cezalandırmak yetkisine hiçbir istisna tanımamak kabul edilemeyeceği gibi, af yetkisinin siyasal amaçlarla kötüye kullanılması da kabul edilemez.⁴³
- Türk Hukuku'nda af konusu genellikle cezaevlerinin aşırı doluluğu konusuyla birlikte ele alınır olmuştur. Ceza infaz kurumlarındaki tutuklu sayısının hükümlü sayısı ile başa baş gitmesi, hatta bazen fazla olması, bunun başlıca nedeni olarak görünmektedir. Öyle anlaşılıyor ki, tutuklama koruma tedbiri, hukuk dışı uygulama niteliğiyle koruma tedbiri olmaktan çıkartılıp cezaya dönüştürülmediği, yani amaca uygun uygulandığı takdirde, ceza infaz kurumları dolu olmayacaktır.

⁴¹ U.ALACAKAPTAN, S.387

⁴² Özek, (ALACAKAPTAN, s.397)

⁴³ Selahattin Keyman, *Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af)*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.199, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1965, s.XIII

CEZA İNFAZ KURUMLARININ YILLARA GÖRE MEVCUTLARI (1970-2009)

(KAYNAK: www.cte.adalet.gov.tr (erişim tarihi:06.12.2010))

1970-1980

CEZA İNFAZ KURUMLARININ YILLARA GÖRE MEVCUTLARI							
YILLAR	HÜKÜMLÜ			TUTUKLU			GENEL TOPLAM
	ADLİ	TERÖR	TOPLAM	ADLİ	TERÖR	TOPLAM	
1970	30.119	-	30.119	26.392	-	26.392	56.511
1971	33.416	-	33.416	28.047	-	28.047	61.463
1972	36.140	-	36.140	28.749	-	28.749	64.889
1973	33.722	-	33.722	27.246	-	27.246	60.968
1974	5.442	-	5.442	19.418	-	19.418	24.860
1975	14.276	-	14.276	23.340	-	23.340	37.616
1976	19.881	-	19.881	24.450	-	24.450	44.331
1977	22.632	-	22.632	27.752	-	27.752	50.384
1978	25.212	-	25.212	29.430	-	29.430	54.642
1979	22.417	-	22.417	30.236	-	30.236	52.653
1980	31.241	-	31.241	38.931	-	38.931	70.172

1981-1990

CEZA İNFAZ KURUMLARININ YILLARA GÖRE MEVCUTLARI							
YILLAR	HÜKÜMLÜ			TUTUKLU			GENEL TOPLAM
	ADLİ	TERÖR	TOPLAM	ADLİ	TERÖR	TOPLAM	
1981	42.446		42.446	37.340		37.340	79.786
1982	44.650		44.650	33.551		33.551	78.201
1983	45.144		45.144	31.114		31.114	76.258
1984	44.208	2.162	46.370	26.100	594	26.694	73.064
1985	42.693	2.695	45.388	25.050	792	25.842	71.230
1986	29.157	1.629	30.786	20.942	422	21.364	52.150
1987	29.134	2.181	31.315	18.705	779	19.484	50.799
1988	30.982	2.096	33.078	16.895	1.697	18.592	51.670
1989	27.600	1.807	29.407	15.941	1.756	17.697	47.104
1990	27.731	1.642	29.373	14.488	1.745	16.233	45.606

1991-1999

CEZA İNFAZ KURUMLARININ YILLARA GÖRE MEVCUTLARI							
YILLAR	HÜKÜMLÜ			TUTUKLU			GENEL TOPLAM
	ADLİ	TERÖR	TOPLAM	ADLİ	TERÖR	TOPLAM	
1991	10.652	395	11.047	14.760	1.044	15.804	26.851
1992	12.301	522	12.823	15.597	3.062	18.659	31.482
1993	14.300	847	15.147	14.681	4.977	19.658	34.805
1994	15.787	1.094	16.881	15.638	6.412	22.050	38.931
1995	20.371	1.637	22.008	17.058	7.025	24.083	46.091
1996	24.651	2.328	26.979	17.697	6.207	23.904	50.883
1997	32.155	4.179	36.334	19.346	4.926	24.272	60.606
1998	31.647	4.239	35.886	19.670	4.835	24.505	60.391
1999	37.368	5.297	42.665	21.048	5.051	26.099	68.764

2000-2009

CEZA İNFAZ KURUMLARININ YILLARA GÖRE MEVCUTLARI									
YILLAR	HÜKÜMLÜ				TUTUKLU				GENEL TOPLAM
	ADLİ	TERÖR	ÇIKAR AMAÇLI	TOPLAM	ADLİ	TERÖR	ÇIKAR AMAÇLI	TOPLAM	
2000	20.310	4.477	68	24.855	19.787	4.190	680	24.657	49.512
2001	22.347	5.116	78	27.541	23.984	3.182	902	28.068	55.609
2002	25.642	5.123	114	30.879	25.035	2.622	893	28.550	59.429
2003	28.293	4.161	261	32.715	28.663	1.976	942	31.581	64.296
2004	23.467	2.170	373	26.010	29.279	1.618	1.023	31.920	57.930
2005	22.518	2.093	247	24.858	28.364	1.537	1.111	31.012	55.870
2006	23.978	2.116	242	26.336	39.830	1.719	2.392	43.941	70.277
2007	34.852	2.418	338	37.608	47.091	2.102	4.036	53.229	90.837
2008	42.234	2.540	433	45.207	50.470	2.899	4.659	58.028	103.235
2009	53.067	2.967	547	56.581	52.512	3.361	3.886	59.759	116.340

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

SORU- TARTIŞMA BÖLÜMÜ

Prof.Dr. Erol Cihan: Efendim ben biraz katkıda bulunmak istiyorum çok kısa olarak Sayın Profesör Helmut'un görüşlerine tarihi bakımdan açıklama getirdiği için! Bütün müesseseler bütün kavramlar ceza hukuku olsun ceza dışı hukuk olsun köklerini tarihte bulurlar. O bakımdan tarihsel açıdan tarihsel perspektiften açıklama getirilmesi çok yerinde olmuştur Çünkü her müessese her tarihsel kavram her temel ilke tarihte iz ve yerini bulur. O bakımdan bir müessesenin bugününü dün de aramak lazım gelir. Onun için bugünün hocası dündür. Dünü iyi takip eden bugünü ve yarını da daha aydınlık şekilde ortaya getirecektir. Sayın Helmut'un iştirak etmediğim görüşleri şöyle: Ceza evlerinin boşaltılması Sayın Kızıroğlu'nun da belirttiği gibi hukuk dışı bir takım düşüncelerle bunlara itibar edilmesini ben katıyen kabul etmiyorum. Her müessese, kavram, kapsamı içinde kalmak şartıyla uygulanırsa kavramlara hâkimiyet, kurallara hâkimiyet, müesseselere hâkimiyet ve temel ilkelere hâkimiyet yapılarak karar verilirse, izahatta bulunulursa bunlar son derece yararlı olur, isabetli olur. Bir hukukçu da bunlara son derece dikkat etmek zorundadır. Onun için bir kavramın kapsamı dışında olan gerekçelerle affa tabi olmak, affa taraftar olmayı ben şahsım olarak prensip olarak kabul edemiyorum. Şimdi Almanya'dan da misal verdiler, Almanya'da, Almanya'nın, Avrupa'nın en büyük felsefecilerinden Kant affa taraftar değil. Diyor ki; verdiği son derece önemli bir misal var. Bir ada bir iki dakika sonra batacaksa yanardağ infilakı ya da zelzele dolayısıyla ya da orada siyasi organizma yok olacaksa hapisanede bir tek suçlu varsa o suçlu idam mahkûmuysa adalet o idam mahkûmunu idam etmek zorundadır.

Hakan Kalkan: Verdiğiniz bilgiler için çok teşekkür ediyorum öncelikle. Af konusu günümüzde çok yer kaplayan bir durum. En son vergi aflarından ötürü yine bir tartışma çıktı. Ben şunu merak ediyorum. Vergisini düzenli ödeyen bir vatandaşa bir ayrıcalık sağlamıyorlar; ama vergisini düzensiz ödeyen vatandaşa her şekilde af veriliyor ondan sonra vergi borcu taksitlendiriliyor her türlü yardım ediliyor ama hiçbir şekilde ver-

gisini hukuksal bir şekilde ödeyen vatandaşın hiçbir şekilde yardım veya ekstra bir şey verilmiyor. Bu nasıl açıklanabilir acaba?

Prof.Dr.Serap Keskin Kızıroğlu: Bay Gropengiesser de buna değindi. Öncelikle bu vergi aflarında, yani belli bir kişinin belli bir davranışta bulunmasını gerektiren afta siz bir şey yapacaksınız ki bunun karşılığında önceki affedilecek, koşullu af da diyebilirsiniz buna biz öğretide koşullu af da diyoruz ve vergi suçlarında karşımıza çıkıyor. Bunun toplum içerisinde adaletsiz olduğu düşüncesinin yaygın olduğunu en azından karşılaştırmalı hukuk bakımından sadece bize özgü bir düşünce olmadığını burada uzmanından öğrendik. Dolayısıyla ileri sürdüğünüz görüşte haklısınız. Bu, hukuk politikasından, sayın hocamızın da belirttiği gibi işin özü adalet kavramından geliyor. Hukuksal gerekçe içermeyen, adaleti zedeleyeceği düşünülen tasarruflardan yasa koyucunun kaçınması gerekiyor. Bu, toplumda kurallara uygun davranma eğilimini veya davranış biçimi olarak hukuka saygı düşüncesini zedeliyor. Dolayısıyla adaletsiz uygulamalara yol açıyor. Çok haklısınız ama böyle. Bunu da eleştiriyoruz. Vergisini ödemiş olanlar için ne yapılabilir? İşte vergisini ödeyen ödediğiyle kalıyor. Genellikle bu tür afların hafif suçlarda getirildiğini görüyoruz. Hafif suçlar bakımından uygulanabilen aflardır dedik. Ama bu takdirde de ne oluyor toplumda? Ben kırmızı ışıktaki geçeyim, hatalı yoldan gireyim, nasıl olsa af çıkar. Af, hukuka aykırı davranışı dolayısıyla teşvik edici niteliğe bürünüyor. Sık sık işlenen suçlarda da aynı beklenti. Ben bu suçu işleyeyim, nasıl olsa on yıl sonra bir af daha çıkar. Periyodik olarak baktığımızda biz de on yıllık bir zaman dilimini de görüyoruz. Bir parti iktidarı geliyor, yaşasın af diyor; on yıl sonra bir başka parti geliyor o da bir af diyor; ihtilal oluyor, hadi onlar da bir af diyor - böyle gidiyor periyodik olarak. Yani bir anlamda bu neye dönüyor? O monarşi dönemlerindeki padişahın kutlama aflarına dönüyor. Yani, bunun hukukta hiçbir yeri yok. Bunu siz hukuken açıklayamazsınız. Hukuk devletinde de olabilecek af tasarrufları değildir tabii ki. O nedenle özellikle vergi konusunda tabii ki çok dikkatli olmalıyız. Bu noktada vergi politikasının da adil olması gerekiyor. Her şey bir zincirin halkaları gibi birbirine bağlı.

Soru: (almanca soru) ... Evet şimdi sorumu Türkçe soracağım. Öncelikle ben Prof. Gropengiesser'e Almanya'da bir genel affın ikinci dünya savaşından itibaren çok mümkün olmamasının nedenlerini bir parça detaylandırmasını rica ettim. Çünkü Türkiye'deki ve Fransa'dakinin aksine Almanya'da genel affa cezaevi nüfusunun veya ceza adalet sisteminin gevşetilmesi yoluna gidilmiyor ya da rahatlatılması diye de tabir edebiliriz. Tam tersine, orada özel af müessesesi var. Ben Herr Gropengiesser'e bunun, Almanya'da bu genel önleme ve cezalandırma, kefaret düşüncesinin hem kamuoyunda hem de ceza hukukçuları arasında baskın olup olmamasıyla açıklanıp açıklanamayacağını sordum. Teşekkür ederim.

Dr.Koray Demir (Gropengiesser'den tercüme): Soruya verilen cevabı türkçe tekrar etmek gerekirse Bay Gropengiesser Almanya'da şimdiye kadar iki tane genel af yasası olduğundan bahsetti. Bir tanesi 1949 yılında diğeri de 1954 yılında. Bunlar da genel af gibi değil de daha çok özel suç tipleri için çıkarılmış af yasaları idi, dedi. Şimdilerde "Almanya buna neden ihtiyaç duymuyor?" sorusuna da iki cevabı var; iki nedenden ötürü. Birincisi, daha az suç işleniyor yani daha stabil bir ortamımız var diyor. İkincisi de hukuk sistemi iyi işliyor diyor. Öncelikle hâkim sayısının çok olmasından bahsetti. Bunun dışında hapisanelerde çok fazla suçlu olmamasının sebeplerinden bir tanesi de şartlı salıverilme sisteminin iyi işliyor olması. Örneğin, suçlu cezasının 2/3'sini yattıktan sonra bir dilekçe vererek iyi halinden dolayı şartlı salıverilebiliyor. Hatta 1/2'sini yani yarısını yattıktan sonra bile istisnai hallerde salıverilmesi söz konusu. Hatta ömür boyu ceza almışlarda dahi 20 yılı yattıktan sonra iyi halinden dolayı şartlı salıverilmesi söz konusu. Bu nedenlerden ötürü, hapisaneleri boşaltmak amacıyla herhangi bir af çıkarılmak zorunda kalmıyor dedi.

Soru (Öğrenci): Yargı bağımsızlığının olduğu bir ülkede siyasi partilerin siyasi rant amaçlı ya da gerçekten meşru amaçlı af çıkarması yargının bağımsızlığına bir zarar değil mi?

Seyfullah Şen: Aslında sorunuz çok açık ve net. Sayın hocam zaten çok güzel açıklamasını yapmış oldu. Ben sayın hocamın açıklamasına atfen aynen görüşlerini paylaşıyorum. Zaten sunumumda da yani doktrindeki

incelemelere de bakıldığında zaten afla istenen amaca ulaşılması için yani siyasi rant elde edilmesi amacı güdülmesinden ziyade toplumun karşılık bulacağı değerlere matuf bir amaca yönelik olması düşüncesindedir. Ben dolayısıyla bu kısa cevabı vereyim.

Soru (Fatih Cumhuriyet Başsavcısı): Benim sorum genel olacak hem hocalarıma hem de sayın meslektaşlarıma. Devletlerin af yetkisi var. Bunlar tabii hükümetler vasıtasıyla yapılıyor. Cezaevlerindeki mahkûm sayılarının artması neticesinde cezaevlerinin boşaltılması için genel af veya belirli suçlarla ilgili aflar çıkartılıyor. Devleti temsil eden hükümetler, bunu yapmak yerine önleyici asayiş dediğimiz kolluk kuvvetleri vasıtasıyla, iyi bir kadro yetiştirmek suretiyle suçların sayısını azaltma yoluna giderek hem toplumdaki suçlu sayısını çoğaltmak değil de azaltmak hem de suçun işlenmesini engellemek suretiyle şahısların mağduriyetlerinin azaltmak suretiyle bu genel aftan vazgeçilebilir mi? Bu konudaki görüşleriniz nedir? Teşekkür ederim.

Prof.Dr. Serap Keskin Kızıroğlu: Çok teşekkür ederim sayın başsavcım, bu söylediklerinize katılmamak tabii ki mümkün değil. Dedğim gibi cezaevlerindeki sayıyı azaltmanın çaresi af değildir. Rakamlar bize öyle gösteriyor ki bu aflara rağmen o cezaevleri yeniden doluyor. Cezaevlerindeki artışın önüne geçmek için, hukuk, adalet mekanizmasının tabii ki çok iyi işlemesi gerekiyor. Adalet mekanizmasının iyi işleyebilmesi için çok iyi bir teşkilatlanma gerekli. Hâkim sayısı, savcı sayısı, adli kolluk; soruşturma aşamasından kovuşturma aşamasına çok kolayca geçmemek gerekiyor. Bunun denetim mekanizmalarının oluşturulması gerekiyor. Siyasi amaçların hukuk amaçlarını ezmemesi gerekiyor ve sonuç ortada: Yani tutuklu sayısı ile hükümlü sayısının baş başa gittiği bir ceza adalet sisteminin içerisinde yaşıyoruz ve bu tutuklulukların sonunda, bu muhakemelerin sonunda bunun mahkûmiyetle sonuçlanmadığını da yine rakamlar bize söylüyor. Dolayısıyla, bir şeyler yanlış yapılıyor ama bunun sebebi herhalde hukuk değil.

Yılmaz Erdem (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Hâkimi): Az önceki soru ile bağlantılı sormak istiyorum. Şimdi, ceza-

evlerindeki tutuklu sayısının çok olduğu, hatta bazı dönemler hükümlü sayısından daha da fazla hale geldiği bilinen bir gerçek. Sayısal değerler bunu gösteriyor. Ancak yine tutukluluğun bir tedbir olduğunu, çok fazla bu yola başvurulmaması gerektiğini, aksi halde bunun belki bir infaz şekline dönüştüğünü ifade ettiniz. Burada katılmadığım bir nokta var. Tutukluluk meselesindeki veya burada tutuklu sayısının çokluğu meselesindeki tüm sorumluluğun yargı makamlarına verilmemesi gerektiğini, bunun da biraz da sosyolojik açıdan incelenmesi gerektiğini düşünüyorum. Şimdi yargılama makamları gelip de buradaki her suç işleyen kişiyi veya şüpheliyi tutuklama gibi bir gayret içerisinde olmadığını, gelen veya suç işleyen insan sayısı çok fazla olduğu için, bunun da beraberinde, evet mutlaka yargılama makamlarında da eksiklik olduğunu biliyorum, bunun farkındayım ama tüm sorumluluğu ve asıl sorumluluğun burada olmaması gerektiğini ifade ediyorum. Bilmiyorum bu konuda ne düşünüyorsunuz.

Prof.Dr. Serap Keskin Kızıroğlu: Bu konuda ben farklı düşünüyorum çünkü tutuklama kararlarını yargılama makamları verir. Yani hâkim veriyor; savcı tutuklamayı talep ediyor ve hâkimler tutuklama kararını veriyorlar. Bu, bizim geçmişten bu güne gelen bir özelliğimiz ve getirilen eleştirilerden ve ulaşılan sonuçlardan biri bu tutuklulukların çoğunun beraatla sonuçlanması oluyor. Buna karşı ne diyoruz “pardon, tazminat hakkınız var; buyrun, devletten tazminat talep edin” diyoruz. Ama o kişinin, o, bireysel olarak, özgürlüğünün kısıtlandığı süre içerisinde onun elinden aldığımız yaşamını ona geri veremiyoruz. Dolayısıyla tutuklama koruma tedbirine başvururken zaten üst sınırlar getirildi, Ceza Muhakemesi Kanununda bir takım limitler getirildi. Biz bunları dahi erteledik. Yani “reform yaptık” dedik, bunun reform olduğunu kabul ettik ama dedik ki, “biz bir takım suçlarda, eski kanunu uygulamaya devam edelim.” dedik. Yani, hem hukuk düşüncesine aykırı olduğu için yasadan çıkardığımız bir normu bir başka normla yeniledik ama dedik ki “biz buna rağmen eskisini bir süre daha uygulayalım” ve bu senenin sonuna kadar hala uygulanacaktı. Dolayısıyla, tabii ki yasa koyucu norm yaparken hukuk devleti ilkesi ile bağlıdır ve yargıç bir yönüyle hukuk teknisyeni olarak önündeki kanunu uygular doğal olarak. Yani o tutukluluk sürelerinde tabii ki süreyi yargıç koymuyor, yasama organı koyuyor. Ama tutuklama

kararını yargıç veriyor, tutuklamayı savcı talep ediyor ve gerekçeli karar, işte biz hep bunu diyoruz. Yani somut gerekçe olması gerekiyor. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil yargılama ilkesinin gereği olarak devletlerden talep ettiği ve bizim de "evet, biz buna uyacağız" dediğimiz bir Sözleşme, gerekçesiz kararlar adil yargılama görevine aykırılık oluşturuyor devletin. Bu noktada devletin görevleri var. Dolayısıyla tabii ki sadece yargılama, yargı erki sorumlu değil ama sonuçta beraat kararı veren aynı yargı erki daha önce niye bu kadar çok tutuklama kararı verdiğini de bir analiz etmeli, bir düşünmeli diye de düşünüyorum. Gerekçesini koyacak. Yani biz de kanun normunun tekrarı biçiminde gerekçeler ortaya konuluyor ve insanların özel yaşamlarını, insanların yaşamlarını yani dile kolay bir yıl, iki yıl, üç yıl, dört yıl söylemesi kolay yaşayana yaşaması mutlaka zordur.

Yılmaz Erdem: Şu düşüncenize katılıyorum. Doğru, kararların mutlaka gerekçeli olması gerekiyor. Çünkü biz Yargıtay kararlarına baktığımızda bile tutuklu dosyalarda matbu üç kelimedenden oluşan bir cümle kuruluyor, onun haricinde de hiçbir gerekçe gösterilmiyor. Bu çok yanlış.

Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu: evet, evet.

Yılmaz Erdem: Buna katılıyorum. Çok teşekkür ederim.

Celal Cem Çiçek (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencisi): Son yıllarda tutuklu sayısında çok büyük bir artış var. Bunu personel eksikliğine bağlıyorsunuz. Ama aslında bunun nedenini cezaların yeterince caydırıcı olmamasına bağlamak daha mantıklı değil mi? Daha ağır olması ve cezadan kaçınılmaz olması gerekmez mi? Teşekkürler.

Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu: Sevgili Celal Cem, bunun nedeni bizim tutukluluğu,.. yani henüz masumiyet karinesini içselleştiremediğimizdir. Yani tutukluyu hükümlü gibi algılıyoruz hala. Toplumsal olarak da böyle algılıyoruz. Dolayısıyla, sen ikinci sınıf öğrencisisin, mesela keşke bu soruyu sormasaydın diye düşünüyorum. Bunun sebebi, o insanlara suçlu gözüyle bakamayız henüz.

Celal Cem Çiçek: Yani bu tutuklular için değil, hükümlüler için. Yani sonuçta afları hani cezaevlerini bir nevi boşaltmak için görüyoruz. Ama yani insanlar habire suç işliyor sonuçta. Yani tutuklu olsa da bir kısım suç işlediği kesin. Yani cezaların daha ağır olması gerekiyor diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu: Hükümlüler açısından söylediğin doğru ama, biraz önce benim sunumumda da belirttiğim gibi cezanın amacını sağlayan veri, olgu bu anlamda cezanın ağırlığı değil. Bunu bize yaşam deneyimleri göstermiş. Ağır cezalar tabii ki korkutucudur. (*salondan ses: Türkiye'den daha ağır ceza olan ülke var mı hocam?*) Ama asıl caydırıcı olan o cezanın mutlaka ve mutlaka infaz edileceği düşüncesidir. Ama birisi ağır cezayı gerektiren bir suç işlerken, nasıl olsa bir on yıl içerisinde bir af daha çıkar ben cezaevinden çıkarım düşüncesini biz eğer bu topluma yerleştirmişsek hata burada.

İKİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI

Prof. Dr. Erol CİHAN

Değerli savcılar, değerli hakimler, sevgili öğrenciler. On beş dakikalık bir gecikmemiz var. Onu telefî etmeye çalışacağız. Şimdi konuşmacıları birer birer davet ediyorum. Sayın Prof.Dr. Köksal Bayraktar, buyurun efendim. Prof.Dr.Ersan Şen'in yolda olduğunu haber aldık, onu beklemeden biz devam ediyoruz. Nasıl olsa gelecek. Üçüncü olarak, sayın Doç.Dr.Ümit Kocasakal, buyrun efendim. Köksal benim kadim arkadaşım, meslektaşım, dostum. Kendisi İstanbul Beyefendisidir. Çok çalışkandır, çok naziktir ve pek çok müessesenin de başında bulunmuştur. Şimdi de Yeditepe Üniversitesi öğretim üyesi ama aynı zamanda Türk Ceza Hukuku Derneği Başkanı. Daha birçokları var onları saymıyorum. Efendim, telafî etmek için söylüyorum. Yirmi dakikalık nezaketinizle bizi zaten esir aldınız. Yirmi dakikayı aşmazsanız sonra tartışma kısmında bunu telafî edelim. Buyrun, söz sizin.

Prof.Dr. Köksal Bayraktar: Kürsüden mi konuşayım?

Prof.Dr. Erol Cihan: Nasıl isterseniz. İster buradan, ister kürsüden. Nasıl arzu ediyorsanız öyle yapın. Kürsüden arzu ediyorsanız öyle.

BİRİNCİ KONUŞMACI

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

Af, Genel Af ve Özel Af olarak ikiye ayrılıyor. Genel af, ceza mahkûmiyetini bütün neticeleri ile veya kovuşturmayı ortadan kaldırmaktadır. Özel af ise, ceza mahkûmiyetinin belirli bir kısmını infazdan kurtarmakta veya ceza mahkûmiyeti eğer hapis cezası ise bunu para cezasına veya daha hafif bir cezaya çevirmektedir. Bu özel affin da ceza hukuku doktrininde ikiye ayrıldığını görüyoruz. Doğrudan doğruya kişiye bağlı özel af ki durum Anayasa'mızda da belirtilmiştir; veyahut da kişilere yönelik özel af.

Af, Ceza Hukuku'nda sonuçları itibariyle tartışılan bir konu olmakla beraber, kendi yapısıyla ilgili olarak lehinde ve aleyhinde görüşlerin ileri sürüldüğü ve yoğun tartışmaların yapıldığı bir uygulamadır. Lehe olan görüşler içerisinde şunları söylemek mümkün: Bazı durumlarda, sosyal yaşayışın gerekliliği çerçevesinde toplumun sosyal ve kültürel hayatı ile kanunlar arasında çatışmalar olur ve bundan suç adı verilen eylemler doğar. Dolayısıyla siyasal iktidar kanunların statik yapısını ve buna karşılık olayların dinamik yapısını inceleyerek ve görerek suç olarak nitelenen eylemleri ceza kanununun dışına çıkardığı gibi aynı zamanda af kanunlarıyla da bunların tamirini sağlar. Ayrıca denilmektedir ki, her siyasal iktidar, bir toplumda suç işleyip de cezaevinde bulunan kişileri insancıl duygularla affetme yoluna gidebilir. Ama af denildiğinde, bir ülkedeki siyasal krizlerin aklınıza gelmesi daha doğru olur. Genellikle yeni bir rejimin kurulması, kraliyetten ya da padişahlıktan cumhuriyete geçiş, ya da demokratik rejim içerisinde yeni bir olayın ortaya çıkması gibi durumlarda af kanunlarının yürürlüğe konulduğu görülmektedir. Kısaca siyasi suçlarda affin genellikle uygulandığını ve bunun normal karşılandığını görüyoruz. Bunun yanı sıra, bazen adli mekanizmanın işleyişinde çok sert uygulamalar olabilir; yani hâkimlerin vermiş olduğu kararlar, bazı mahkûmiyetler vardır ki, toplumun vicdanını rahatsız eder. İşte af, bu toplum vicdanını rahatsız eden çok ağır mahkûmiyetlerin telafi tarzla-

rından biridir. Buna bağlı olarak, adli mekanizma içersinde de hatalar yapılır. Buna biz adli hata diyoruz. Dolayısı ile afların adli hatayı da ortadan kaldırdığı ya da kısmen telafi ettiği görülebilmektedir.

Bu lehteki görüşlere karşı düşünceler de bulunmaktadır. Affi kabul etmeyen, hukuka uygun bulmayan nice görüş vardır. Bunlardan birine göre, af genellikle halen siyasi iktidarda olan partinin oy kullanma vasıtası olarak yerine getirdiği bir tasarruftur. Dolayısı ile af, seçimlerde siyasi iktidarın oy kullanma potansiyelini arttırmak için başvurduğu bir işlemdir. Salt hukuk açısından affi eleştiren bir görüş de var : Afta suçların affedildiği ama suçluların affedilmediği olgusu karşısında bunun doğru bir tasarruf olmadığı söyleniyor.

Beccaria'ya göre her suçun mutlaka cezalandırılması gerekir. Kant da böyle söyler. Dolayısı ile af her suç ve suçlunun mutlaka cezalandırılması gerekliliği görüşüne aykırı bir durumdur. Bunun ötesinde Garofalo diyor ki, af belirli zaman dilimi içerisinde dün işlenen ve yarın da yine işlenecek olan suçların ortasında yer alan bir aralıkta yürürlüğe giren bir kanundur. O zaman bir ülkenin hayatı içerisinde dün suç işlemiş ve cezasını çekmiş, gelecekte de suç işleyecek ve cezasını çekecek olan insanların arasında, orta yerde affedilen bir sınıf yaratılmaktadır ki, bu hiç de adil değildir. Bir diğer görüşe göre af, siyasi iktidarın, yani yasama ve yürütmenin yargıya müdahalesidir. Bugün Türkiye'de 300.000 ya da 400.000 dava olduğunu düşünün, bir anda bir tasarrufla, yasamanın yapmış olduğu bir kanunla bazı suçların veya bütün suçların, affedildiğini düşünelim, Yargı bu davalar için o ana kadar yıllarca uğraştıktan sonra, buna bir anda siyasi iktidar müdahale edince yargı çalışmaları gereksiz bir niteliğe bürünüyor.

Şimdi Türkiye'den bazı örnekler vermek doğru olacaktır. Öncelikle arkadaşlar, 2000 yılına kadar Türkiye'de 1923'ten 1999'a kadar 52 af kanunu çıkmıştır. Dolayısıyla her iki veya her üç yılda bir af kanunu görüyoruz. 1999'dan itibaren de bir takım örtülü af kanunları var. Tıpkı vergi barışı kanunu, çek kanunu gibi. Çek Kanununa muhalefetten yargılanmış ve mahkûm olmuş kişi, verdiği taahhüt ile cezaevinden çıkabiliyor.

Aynı durum yabancı ülkelerde de var. Mesela Fransa'da da çok fazla af kanunu var, ama doğrudan doğruya Ceza Hukukuyla ilgili değil. Biz ceza hukukçuları olarak hep af ve Ceza Hukukunu karşılaştırıyoruz; hayır özellikle Mali Hukukta, İdare Hukukunda affın çokça uygulandığını görüyoruz. Dolayısıyla Fransa'daki af istatistiklerine baktığımızda Türkiye'den daha çok bir rakamın çıktığını görüyoruz ama orada İdare Hukukuyla, memurlarla ilgili affı ve diğer afları da görebiliyoruz. Konuşmamın sonunda bazı ilginç rakamlar vermek istiyorum affla ilgili olarak: 2006 yılında Ankara'da İbrahim Seyidoğulları'nın 1300 kişi üzerinde yapmış olduğu af ile ilgili anket sonuçları şöyle: Ankete katılan 1300 kişinin 419'u polis, 211'i tutuklu, 83'ü hâkim, 54'ü avukat, 44'ü milletvekili, 36'sı savcı ve 450'si de sade vatandaş. Bunlar üzerinde yapılan ankette ilginç sorular var, dört-beş tanesini belirterek toplumun af karşısındaki görüşünü size nakledeceğim. Sorulardan biri şu: Yeni bir af yasasına karşı göstereceğiniz ilk tepki ne olur? Verilen cevaplar şöyle: Yüzde 35'i öfke duyarım, yüzde 11'i onaylarım, yüzde 36'sı onaylamam, yüzde 8'i sevinirim. Kısaca, halkın yüzde 20'si affı olumlu, yüzde 80'i tepkiyle karşılıyor.

Başka bir soru sorulmuş: Af Kanunu'nun, suç işleyen kişiye, nasıl olsa affedilirim güvencesi vermesi karşısında, af, suç işlenmesine neden olur mu? Af kanunları, kişilerin daha çok ve sık suç işlemelerine neden olur mu? Şeklinde bir soru. Cevap verenlerden yüzde 20'si gene hayır diyor, af yeniden suç işlenmesine neden olmaz. Ama yüzde 43'ü evet, bu şekilde ben affedilen kişinin yeniden ceza evine döneceğini, yeniden suç işleyeceğini düşünüyorum, diyor.

Sıklıkla çıkarılan aflar cezaların caydırıcılığını engeller mi sorusu var. Bu soruya verilen cevaplardan yüzde 7'si engellediğini, yüzde 40'ı ya da yüzde 35'i engellemediğini belirtmektedir.

Bu ankette şöyle bir sonuçla da karşılaşılıyor: Sadece adi suçlar, yani sahtekârlık, dolandırıcılık gibi suçlar için af çıkarılmamalıdır şeklindeki görüşte olanlar halkın yüzde 70'ini teşkil etmektedir. Halkın büyük çoğunluğu, adam öldürme, ırza geçme gibi suçların affedilmesine karşı. Halkın yüzde 80'i siyasi iktidar oy almak için af çıkarıyor, diyor. Buna karşı görüşte olanlar ancak yüzde 20. Halkın çoğunluğu, bir yakınım cezaevinde olursa bunun da affedilmesini istiyorum diyor. Nihayet gene

aynı şekilde af vaadine karşı oy verirler mi? Herhangi bir siyasi parti af vaadinde bulunduğunda ben buna oy verir miyim? Sorusuna karşı halkın yüzde 85'i, ben böyle bir partiye oy veririm, demektedir.

Dolayısıyla görüyorsunuz halkın düşünceleri ve istekleri içinde de çelişkiler var. Bir taraftan kendi menfaatleriyle ilgili olduğu zaman affi istiyor, diğer taraftan istemiyor; ama siyasetle ve siyasi partilerin hareketleriyle affin yakından bağlı olduğu da bir gerçek.

Af, Anayasamızın 87. ve 104. maddelerinde yer alıyor. 87. madde genel affi düzenliyor. Burada ilginç bir değişiklik var, bunu hemen ifade etmem lazım. 104. madde daha çok özel af ve kişisel özel affi düzenliyor. 87. maddedeki değişiklik şu: 1982 Anayasası yürürlüğe girdiğinde 87. maddede devletin birliği, ülkenin bütünlüğü ile ilgili suçların affedilemeyeceğine dair, yani Anayasanın 14. maddesine giren hallerin affa uğrayamayacağına dair hüküm vardı. Kanun, mahkûmiyetlerin ertelenmesi ya da davanın ertelenmesi ya da şartla salıvermeyi affin dışında tutarak 87. maddedeki hüküm etkisizleştirilmiştir. Ama bu, 2001 yılındaki Anayasa değişikliğiyle kaldırılmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun gene bildiğiniz gibi yalnız 65. maddesinde ceza münasebetinin düşürülmesinde bu hükmü buluyoruz. 65. madde de genel affin cezayı bütün münasebetleriyle ortadan kaldırdığını, özel affin yalnız ceza münasebetinin bir kısmını ortadan kaldırdığını söyledikten sonra 65. maddenin 3. fıkrasındaki kamu haklarından yasaklılık cezası verilmişse bu affedilemez, denilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 144. maddesinde bizim konumuzda bir hüküm var. Affedilen kişiye tazminat verilmiyor. Bunun nedenini anlamak mümkün değil. Eğer kişinin cezası affa düşmüşse, daha önce haksız yere tutuklanmışsa, ona tazminat ödenmiyor. Bu doğru bir düzenleme değildir.

Hepinize beni dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

Prof.Dr. Erol Cihan: Köksal Bey'e teşekkür ediyoruz, sağ olsun, çok güzel bir tebliğ sundu. Ben talep üzerine Sayın Ümit Kocasakal'a söz veriyorum. Buyurun, 20 dakikanız var. İster orada ister burada.

Doç.Dr.Ümit Kocasakal: Her zaman hocamın ekolünden gitmişimdir, ben de orada sunayım. Efendim ben de hepinize sevgi ve saygılar sunuyorum tabii talep benden gelmedi, Ersan Hoca yeni geldi, yorgun geldi, dolayısıyla hem Ersan Hoca'yı biraz dinlendirelim, ben de sizi çok sıkmadan, herhalde 20 dakikayı doldurmam, gerçi hep öyle söylüyorum ama sonra aşıyorum.

Prof.Dr. Ersan Şen: Benim 10 dakikamı da alabilirsiniz.

İKİNCİ KONUŞMACI

Doç.Dr.Ümit KOCASAKAL
(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yok, çok sağ olun hocam, şimdi saatimi de buraya koyayım, bırakayım. Zaten sabahtan beri konunun çeşitli yönleri tartışıldı, ben tartışılan hususlarla ilgili görüşlerimi size açıklayacağım ve bu açıdan bazı birkaç da teknik ve ilginç olabilecek hususa değineceğim. Özellikle kara para aklama suçu ile ilgili olarak tartışmalı bir alan var, çok kişi tabii belki bununla ilgilenmiyor ama. Hatta ben tezi yazarken -kara para aklama suçunu- Köksal Hoca ile de bu konuda bayağı tartışmıştık. Kara para aklama, murtabit, bağlantılı bir suç, bir ön suç işlenecek, o ön suçtan dolayı bir gelir elde edilecek ki, kara para diyoruz biz ona, ya da yeni kanun ifadesi ile suç geliri diyoruz ona, o daha sonra aklama fiiline tabii tutulacak. Şöyle bir soru, o dönemde ben bunu düşünmüştüm, yazmıştım da, acaba bu ön suç affa uğrasa, özel veya genel affa uğrasa, bunun kara para aklama suçuna bir etkisi olur mu, olmaz mı gibi teknik bir soru var. Özgün olabileceği düşüncesi ile o konuda da fikrimi söyleyeceğim. Şimdi, bir kere şuradan başlamak istiyorum, af, latince de zaten amnistie, ki Fransızcası da öyle, amnistie, ilginç tabii, unutmama, bağışlama anlamına geliyor. Şimdi şu soruyu sormalıyız. Bu konu aslında her şeyden önce bana sorarsanız felsefenin konusu, yani devletin unutmama ve bağışlama hakkı var mı yok mu? Bunu şöyle de sorabiliriz. Hani bir toplumsal sözleşme var ya, tabii gerçekte olan bir şey değil, varsayılan bir şey, yani bir toplumu oluşturan bireyler cezalandırma hakkını devlete devretmiş durumdadır. Peki, bunu yaptılar, acaba affetme haklarını da bu anlamda devretmiş oluyorlar mı devlete? Bu sorunun da yanıtının verilmesi gerekiyor. Bu konuda ben hemen fikrimi de söyleyeyim, ben affi hukuki bir müessese olmaktan ziyade siyasi ve felsefi bir müessese olarak görüyorum. Tabii ki uygulanması hukuki bir sürece bağlı olarak ortaya çıkıyor ama çıkış noktası olarak, ben affin kesinlikle hukuki bir mesele olduğunu düşünmüyorum. Siyasi saiklerin burada çok ön plana çıktığını şahsen düşünüyorum. O anlamda da baktığınızda açıkçası ben tabii mutlak adaletçiler, Kant kadar belki katı olmamak lazım, ama ben, affin adalet duy-

gusunu zedeleyeceğine inanıyorum. Dolayısıyla afları çok yerinde bulan bir insan değilim. Buna, pozitivistler de karşı biliyorsunuz, af müessesesine. Beccaria, bunu hakikaten çok güzel, çok harika bir biçimde ifade etmiş: Cezanın ağırlığı değildir sorun olan diyor, ama mutlaka bunun çektirileceği yönünde toplumda bir kanaat uyanmalı, diyor. Şimdi siz bu şekilde aflarla çıkarsanız toplumun önüne, bu inandırıcılık, bu duygu topluma yerleşmeyecektir. Kaldı ki siyasi saikler, dediğim gibi ön plana çıkacaktır.

Bir de afların türleri var. Biz buna yeni bir af daha ekledik ülke olarak. Ben baktım, dönem kapama affı; yani, işte o toplumsal, hocamın söylediği gibi, çalkantılardan sonra bir dönemi kapatıp, yeni bir sayfa açan bir af. Yatıştırma affı deniyor, toplumsal barış affı, şimdi önümüze getirilmeye çalışılan af herhalde böyle bir af olacak gibi görülüyor. İşte düzeltici af, yani bir hükmün çok katı uygulanmasından kaynaklanan adli sorunları belki ortadan kaldıracak af. Biz yeni bir af ekledik buna, ben şöyle isimlendiriyorum, “cezaevi boşaltma affı”. Bu bize özgü bir af. Yani cezaevlerimiz doldu taşıyor, yeri biraz boşaltmak lazım, ne yapalım, af çıkaralım. Şimdi, bu kabul edilebilir bir şey değil. Adli hatayı gidermeden bahsediliyor af bakımından, argümanlardan bir tanesi bu, savunanlar bakımından. Ama bunun da çok doğru olduğunu düşünmüyorum. Çünkü adli hatayı gidermenin başka yolları var, af dışında. Bir kere her şeyden evvel bir iade-i muhakeme müessesesi var. Eğer bir adli hata yapıldığı görülüyorsa zaten bu! Ama onun dışında da, mesela o konuda da, lehe bir düzenleme yapmak aynı sonucu verecektir. Adli hatayı veya bir hükmün çok katı uygulanmasını ortadan kaldırmak istiyorsanız, malumunuz, o konuda lehe bir düzenleme yaparsınız, unsurları itibari ile de olabilir, bu ceza miktarı itibari ile de olabilir ve bu lehe düzenleme de, biliyorsunuz, “tatbik ve infaz olunur” ifadesinden dolayı, tabii yeni kanunda daha türkçe, bence eskisi daha güzeldi, tatbik ve infaz olunur, ceza infaz ediliyorken dahi dosya yeniden açılarak, eskiden Ceza Muhakemesi Kanunu’nda idi, şimdi yeni infaz kanununa aldılar onu - 98. madde yanlış aklımda kalmadıysa- ondan dolayı hükmün uygulanmasında tereddüt hâsıl oluyor, açılıyor dosya, gideriliyor.

Benim asıl üzerinde durmak istediğim, ama bence asıl sıkıntı, bildiğimiz af kanunları, ben çok taraftar değilim, ama sonuçta bir siyasi tercihtir, bir

iradedir, düşünülebilir, yapılabilir. Ama bence esas sıkıntı örtülü aflar veya dolaylı aflar. Yani af adı altında gelmeyip de, ama aslında bu amaca hizmet eden ya da bu sonuca yol açan aflar. Örneğin ben bazılarını sıralayayım; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, afla hiç ilgisi yok bu kanunun, Terörle Mücadele Kanunu, ama iki açıdan af getirmiştir bu kanun bence. Bir, malum infazla ilgili olarak bir düzenleme yapmak suretiyle bir örtülü af getirmiştir. Ama başka bir şey getirmiştir - bu benim fikrim tabii- tartışmalı bir konu. Şimdi biliyorsunuz cumhurbaşkanı vatanı ihanetten dolayı sorumlu tutulabiliyor. Ama 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ne yaptı? 2 sayılı, Cumhuriyet Döneminin 2 sayılı kanunu olan Hıyaneti Vataniye Kanununu yürürlükten kaldırdı. Şimdi ben soruyorum size, bugün diyelim ki, cumhurbaşkanı ile ilgili bir hıyaneti vataniye meselesi, vatan hainliği çok sert geliyor, bu hıyaneti vataniye kulağa da daha yumuşak geliyor. Böyle bir olay ortaya çıktı. Ben şimdi soruyorum, suçta ve cezada kanunilik ilkesi karşısında, hangi fiilleri vatana ihanet sayacaksınız da, suçlandıracaksınız. Dolayısıyla siz bu kanunu yürürlükten kaldırmakla, bu benim görüşüm, aslında hıyaneti vataniye ile ilgili fiilleri affetmiş bulunuyorsunuz. Bence bir şey yapılamaz. Diyorlar ki, bazı cezacılarımız, bu da bir görüştür, işte devlete karşı işlenen suçlar vatan hainliğidir, diyorlar ama onun yerine ben de derim ki, bana göre de, bir cumhurbaşkanının zimmetine para geçirmesi, mesela öylesine, o aklıma geldi, vatan hainliğidir diyebilirim. Şimdi kanunilik ilkesi karşısında işin içinden çıkamazsınız. 4454 sayılı 1999'da çıktı, basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesine dair kanun, örtülü bir aftır bana göre. Arkasından biliyorsunuz 4616 sayılı Kanun çıktı, toplumda Raşan Ecevit affı filan denildi ve ne oldu ama bakın. Bu Kanun çıktıktan sonra toplumda bana göre büyük bir infial yarattı ve dikkat edin istatistikî bir doğrulama olmadığı halde, toplumsal algı olarak o dönemde ben iyi hatırlıyorum, özellikle yağma suçlarında büyük bir artış meydana gelmişti. Hatta Yargıtay bile bundan dolayı görüş değiştirdi, daha önce hırsızlık olarak nitelediği, nitelikli hali olarak nitelediği, bu çanta falan çekip alma ile ilgili fiilleri, bir anda yağma içine dâhil etti. Ama toplum o dönemde suçta meydana gelen artışı hep bu kanuna bağladı. Ama dediğim gibi bunun istatistikî bir doğrulanmasını ben görmedim ve takip de edemedim, acaba bu kanunla salıverilenlerin ne kadarı bu suçlara karıştı

da tekrar cezaevine döndü, bilmiyorum ama toplumsal algı önemli. Bunun yanı sıra mesela aslında her lehe kanun düzenlemesi, bir tür örtülü af olarak bence görülebilir. Her lehe kanun, bakın Türkiye’de çok sık kanun değişiyor, kimse bunun sonuçlarını düşünmüyor, siyasi irade, yaptığınız cezai alanda her düzenlemenin, lehe kanun bakımından tartışma yaratacağını, iş yükünün bu anlamda da korkunç derecede artacağını da unutmamak lazım. Varlık Barışı Yasası, aslında bir tür aftır ve çok da tehlikeli bana göre. Tabii ben özellikle seçici algı, bu kara para üzerine çok fazla çalıştığım, kafa yorduğum için, etrafta artık böyle her yerde aklama arar hale geldim. Ama mesela Varlık Barışı Yasası, açık söylüyorum, kara paranın Türkiye’ye davet edilmesidir. Çok net söylüyorum. Oraya koymuşlar işte, uyuşturucu filan falan bunlar hariç, kaldı ki bizim kanunumuza göre, sınırı da düşürdüler, alt sınır 6 ay ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçtan, herhangi bir suçtan elde edilen para, kara paradır. Ama Varlık Barışı Yasası burada gerçekten böyle bir işlev görebilir. Vergi Barışı Yasası, aynı şekilde vergilerle ilgili bir tür aftır. Şimdi bütün bunları hatta daha ileri giderek söylüyorum, ama çok dolaylı olarak söylüyorum, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinde düzenlenen müessese yani “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” bir tür, önsel af olarak da düşünülebilir. Teknik olarak söylemiyorum. Sonuçları itibari ile söylemiyorum. Ama işlevsel olarak böyle düşünülebilir. Bunun da biliyorsunuz daha önce süresi düşüktü biliyorsunuz, bir yıld, sonra iki yıla çıkarıldı, Yargıtay bunun uygulama alanını genişletti, teknik olarak çok da yanlış değil bence. Yani zararın giderilmesi şartını bazı suçlarda aramamaya başladı, şimdi evrakta sahtecilik, nasıl gidereceksiniz zararı, ammenin itimatına, kamu güvenine karşı bir suç, bunları genişletti. Dolayısıyla bunların hepsi aslında birer örtülü af diye düşünüyorum. Aflarda şu hususların dikkate alınması gerektiğini düşünüyorum. Bir, mağduru düşünüyor muyuz acaba, afla uğraşırken? Mağdur, zaten adı üstünde suçtan mağdur olmuş, zarar gören kişi. Acaba tabii ki devlete karşı suçlar, mağduru çok belirgin olmayan suçları söylemiyorum, yani mesela kara para aklama suçunun da en yapısal özelliklerinden biri de mağduru belli olmamasıdır. Kime karşı işleniyor kara para aklama? Tabii ki son tahlilde hepsinin mağduru devlet, ama baktığınız zaman somut açık bir mağdur gösteremiyorsunuz. Ama belirli mağduru olan suçlarda affa gittiğinizde, acaba o mağduru, o mağdurların psikolojisini düşünüyor musu-

nuz? Bir kere onun üzerinde durmak lazım. Gene aflarda bence çok dikkat edilmesi gereken bir şey; toplumsal hassasiyet ve kamusal vicdan. Şimdi burada bakın eğer bunu dikkate almadan bir affa giderseniz bunun yeni toplumsal çatışmalara yol açması kaçınılmaz. Şimdi Türkiye hassas bir dönemden geçiyor ve biliyorsunuz bir takım af söylentileri var ama bugüne kadar yapılmış olan aflardan daha ileri bir noktada Türkiye'deki terörün ortadan kaldırılması amacıyla terör örgütüne yönelik hatta onun üst düzey elebaşlarını da kapsayacak belki, genişlikte bir af düşünülüyor. Şimdi bunu halka nasıl kabul ettirirsiniz? Bu kadar şehit, gazi, insan ölmüş; tabii sadece burada değil her tarafta insan ölmüş; böyle bir ortamda toplumu ikna etmeden vicdanları bir şekilde tatmin etmeden çıkaracağınız af acaba toplumsal barışı mı sağlar yoksa yeni toplumsal çatışmalara mı zemin hazırlar? Bunu düşünmek lazım. Bir de benim afa hep hissettiğim bir şey vardır. Af, özellikle adi suçlar denilen -çokta sevmiyorum bu tabiri başka bir şey bulmak lazım adi suç garip bir ifade- suç suçtur bana göre ama o tür suçlarda işte adam öldürme gibi cinsel suçlar gibi bu alanlarda çıkarılacak afların toplumdaki güvenlik duygusunu ciddi biçimde zedelediği düşüncesindeyim. Yani bir tedirginliğin oluştuğunu görüyorum. Hocam istatistikler verdi orda; tabiidir ki cezaevinde bulunan kişi, onun yakınları bakımından af çok büyük bir beklentidir. Buna diyecek bir şey yok ama toplumun geneline baktığımızda bunların bu şekilde olmayabileceğini düşünüyorum ve nihayet ben affın kesin hükmün etkisini de zedelediği inancındayım. Bu kadar zaman mahkemeler uğraşüyor savcılarımız, hakimlerimiz avukatlarımız herkes uğraşıyor. Birtakım süreçlerden geçiyor, ortaya bir kesin hüküm çıkıyor. Bu kesin hüküm de infaz edilecek. Hangi çerçevede, cezanın genel ve özel önleme işlevi kapsamında tabii günümüzde bunun yanında tekrar sosyalleştirme, topluma kazandırma ama açık söylüyorum bunların hepsinden yanayım ama maalesef cezaevlerinin durumu dikkate alındığında ben bunların rehabilite edilmesi topluma yeniden kazandırılması falan değil, cezaevlerinde insanların psikolojilerinin daha da bozulduğunu, hatta şimdi hatırlıyorum izlemiştinizdir the shawshank redemption diye bir film vardı, esaretin bedeli, orada masum bir bankacı biliyorsunuz içeri düşüyor, orada birtakım dolandırıcılıkları yapmaya başlıyor, diyor ki işin garibi, dışarıdayken son derece dürüst bir insandım, dolandırıcı olmam için cezaevine

düşmem gerekti; şimdi bu cezaevi koşullarıyla kesin hükmün etkisini zedelediği kanaatindeyim. O teknik hususla da ilgili hemen söyleyeyim ve bitireyim. Tartışmalı bir durum ama ben şöyle düşünüyorum. Şimdi bu ön suç yani karapara aklamaya neden olan suç diyelim ki affa uğradı; mesela ben bunu uyuşturucu madde ticaretinden elde ettim ve aklamaya çalıştım ve akladım ve hakkımda aklama suçundan dolayı dava açıldı. Bu yargılamayı yapan mahkeme kural olarak aslında ön suçla ilgili bir karar vermez. Eğer o konuda açılmış olan bir dava varsa bekletici mesele yapar, onun sonucunu bekler; yok öyle bir dava yoksa nispi muhakeme yoluyla öncelikle o ön meseleyi kendisi halldeder, yani kendisi suçtan kaynaklandığını saptar ama kara paradan dolayı hüküm verir. Bu yargılama devam ediyorken varsayalım ki uyuşturucu madde suçları affa uğradı. Acaba kara para aklama suçuna etkisi olacak mı? Ben hiçbir etkisinin olmayacağını düşünüyorum, öyle de yazdım. Çünkü af bir fiilin suç olma vasfını değiştirmez, sadece devletin ceza verme hakkından belli bir sürede ve ölçüde feragati anlamına gelir. Dolayısıyla o ön suç, suç olmaya devam edeceği için objektif olarak o da suç geliri olmaya devam eder. Dolayısıyla kara para aklama suçunun konusu baki kalır. Bu affa ilgili böyle bir ayrıntı, teknik husus, dolayısıyla şöyle bitiriyorum sözlerimi: Bu çerçevede affı bence çok fazla düşünmemek lazım. Hiç olmasın demiyorum ama bence bu öyle bir müessesedir ki, örneğin çok fazla ağrı kesici kullanırsanız bir süre sonra dişiniz çok ağrıdığında da aldığınızda hiçbir etkisi olmaz. Gittikçe üzer beşer tane almaya başlarsınız. Yani bu müesseseyi çok sık kullanıp da ondan beklenen işlevi yok etmemek gerekir. Bunu çok yerinde çok objektif kriterlerle gerçekten çok önemli birtakım toplumsal yaraları kapatma adına, ama mutlaka öncelikle bunun toplumsal zihni altyapısını hazırladıktan sonra, kamuoyunu bir şekilde ikna ettikten, tatmin ettikten sonra, aksi halde işte gördük Habur'da ortaya çıkan görüntüler toplumda nasıl bir infiale yol açtı; onu hepimiz yaşadık. Farklı biçimde yapılsaydı onun bir altyapısı hazırlansaydı belki farklı olurdu. Bu da şunu gösteriyor ki siyasi iktidar tek başına buna karar vermemeli, mutlaka toplumun hassasiyetlerini dikkate almalıdır diye düşünüyorum. Hepinize sevgi ve saygılar sunuyorum.

Prof.Dr.Erol Cihan: Tam zamanında bitirdiniz, hem de can alıcı noktalara temas ettiniz. Şimdi sorular kısmına geçiyoruz. Af edersiniz Ersan Şen’le devam ediyoruz.

ÜÇÜNCÜ KONUŞMACI

Prof.Dr. Ersan ŞEN

(İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi)

Herkese saygılar sunuyorum. Ben kısa vakit içinde birkaç hususa değineceğim. Bu kısa süre sebebiyle affın tanımından, tarihçesinden, ülkemizde uygulanma sayısı ve sonuçlarından söz edecek değilim. Öncelikle Sayın Kocasakal’ın bir hususuna katılıyorum, ama o formül bu şekilde bulunabilir; kanaatimce özellikle Türk Ceza Kanunu 302. maddesi ve devamına baktığımızda, vatana ihanet, kaldırılan Kanunla işlevini yitirdi. Benim düşüncem vatana ihanet her türlü suçla işlenebilir. Önemli olan, suçun işlenme biçimi, suçun işlenmesinin özellikleri, işleyen kişinin bulunduğu ortam ve durumdur. Dolayısıyla, vatana ihanet suçları bakımından Cumhurbaşkanı için böyle bir ihtiyacın hiçbir zaman doğmamasını ümit ederim. Eğer bir cumhurbaşkanı devletin birliğini ve ülkenin bütünlüğünü bozmuşsa, düşmanla işbirliği yapmışsa, casusluk yapmışsa, biz onu alır vatana ihanetten yargılarız ki bu tip suçları duyarsınız. Anayasal suç gibi bir kavram hiç duydunuz mu? Öyle denir ama böyle bir şey yoktur, sadece "anayasal suç" şeklinde adlandırma yapılmıştır. Biz Ceza Hukuku’nda somut fiile bakarız, Ceza Hukuku’nda düzenlenmişse onun adı ister vatana ihanet, isterse başka bir şey olsun o tanımın içine pekâlâ girebilir diye düşünüyorum.

Ben affın bir ödül, hak olmadığını, af ilan edilmeden evvel bir lütuf olduğunu düşünüyorum. Esasında bizim Anayasa sistemimizde affeden devlet değil, toplumdur. Toplum olmasının sebebi de, özellikle genel af kararını TBMM ilan eder, TBMM’yi de seçen müessese toplumun ta kendisidir. Af, devletin affi olarak şu açıdan düşünülebilir; kuvvetler ayrılığında üç erki, yasama, yargı ve yürütme erklerini devletin erki olarak görebiliriz. Bu doğru değildir. Devlet sadece kamu kudreti kullanıcısıdır. Onun ötesinde yasamayı temsil eden mekanizma, temsili demokrasilerde milletin kendisi olmaktadır. Elbette TBMM, milletin isteklerini bazı hal-

lerde tam olarak yansıtmadığı eleştirisiyle karşı karşıya kalabilmektedir, ancak bir affı TBMM çıkaracaksa neticede bunu Devletin affı olarak görmek çok isabetli olmaz. Benim düşüncem, Anayasa 87. maddesindeki 2001 yılında yapılan değişiklik ile salt çoğunluk usulü beşte üç usulüne getirilmesi kaldırılmalıdır. Nitelikli çoğunluk benimsenmeli ve genel veya özel af ilanlarında ve herkesin çok hevesli olduğu aflarda referandum usulü benimsenmelidir. Neticede suçun dolaylı da olsa mağduru, toplumun kendisidir. Eğer toplum kendisine karşı bir suç işleyeni ceza alanında affedecekse, buna kendisi doğrudan doğruya karar vermelidir şeklinde bir düşünce de ortaya atalım. Her konuda referanduma gidiliyorsa bu konuda da pekâlâ halk oylaması denilen referandum usulünün tatbiki usulü olabilir.

Önce şunu söylemek istiyorum ki; affın tanımı, niteliği ne olursa olsun zulüm görenlerin dışında toplumda yeri yoktur. Eğer bir toplum, bir dönemini demokratik hukuk ilkeleri çerçevesinde geçirmemiş, zulüm görmüş, totaliter rejim çerçeveleri içinde idare edilmişse, bu takdirde karışıklık dönemi bittiğinde af çıkarılması (bunun adına isterseniz toplumla barış, isterseniz affetme deyin) kaçınılmazdır. Bizim tarihimizde baktığımızda 1921 yılında da olmak üzere, vatana ihanet edenler de dâhil dönemler içerisinde sürekli olarak takribi elli defa affedilmişlerdir.

Af kanunu mutlak aflar şeklinde çıkmamıştır, biz o şekilde bir ceza siyaseti benimseriz ki kurumları, kavramları birbirine karıştırır nevi şahsına münhasır sistemler çıkarırız. Bu özelliğimiz vardır, başka hiçbir yerde göremezsiniz. Örneğin şartlı salıverilme kurumunu alırız, ki şartlı salıverilmenin iki önemli özelliği var; bunların birincisi hapis cezasının cezaevinde infaz edildiği dönemi iyi geçirmesi, diğeri çıktıktan sonra denetimli serbestliğe tabi tutulmasıdır.

Prof.Dr.Ersan Şen'in Makalesi
Türk Ceza Hukuku Yönünden Af

I. Giriş

Af kurumuna, insanlık tarihi süresince kamu kudretini kullananlar tarafından sıklıkla başvurulmuştur. Af, gerek disiplin hukuku ile mali hukuk ve gerekse ceza hukuku alanlarında güncelliğini sürekli koruyan, aynı zamanda hukuki ve felsefi anlamda ciddi tartışmaları beraberinde getiren bir kurumdur. Gerçekten, insanın tabiatı itibariyle hata yapan bir varlık olması ve yapı olarak da affetmeyi isteme ve affedilmeyi beklemeye müsait olması, dar çerçevede af kurumunun temelini teşkil etmektedir.

Aftan yararlanacak kişi ve yakınları bakımından düşünüldüğünde, affin olumlu olduğu, özellikle hapis cezası affının muhatabı kişi bakımından affin hayati nitelik taşıdığı söylenebilir. İşte bu sebep, af yetkisini elinde bulunduranların bu durumdan yarar sağlama ve siyasi kazanç elde etme ihtimallerinin yüksek olması sonucunu doğurmakta, bu durum af kurumunu sorunlu hale getirmektedir. Muhatabına herhangi bir yükümlülük yüklemeyen, sadece yeni bir suç işlenmemesinin karşılığında yürürlüğünü koruyan af, bu yönü ile de sorunlara yol açmaktadır. Affedilen birçok kişiyi takip ve kontrol edilmediği takdirde, toplum yaşamına ve düzenine uyum sağlamamakta veya sağlayamamakta, önce karanlıkta kalan suçlar işleyip, sonunda da daha ağır suçların şüphelisi, sanığı ve mahkûmu haline gelebilmektedirler. Bu da affin sonucu ile ilgili ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Af kurumu, disiplin cezalarının affı, mali aflar (kamu alacaklarına ilişkin), okulları ile ilişkisi kesilen öğrencilerin affı ve adli ceza afları bakımından caridir. Kısaca af, kamu kudretinin kullanıldığı her alanda uygulanabilmektedir. Afta, tabi oldukları hukuk kurallarına aykırı davran-

nanlara veya haklarını kaybedenlere birçok durumda karşılıksız olarak yeni bir imkân, başlangıç ve kullanmaları amacıyla hak sunulmaktadır.

Çalışmamızda, af kurumunu ceza afları bakımından ele alacağız. Ceza affının ne olduğu, hangi sonuçları doğurduğu, hukuki temeli gibi konular çalışmamızın esasını teşkil edecektir.

Toplum, hukuk kurallarına uyulmasını, uymayanlara yaptırımların uygulanmasını, böylelikle hukuk düzeninin korunmasını, deyim yerinde ise hukukun yerine getirilmesini ister. Bu nedenle toplum, hukuk düzeninin korunması, adalet ve eşitliğin sağlanması adına affa tepki gösterir. Toplumda affa karşı tepkinin fazla olmasında önemli başka bir neden ise, suç işleyenler ile yakınlarının sayısının diğer insanlara nazaran çok daha az sayıda olmasıdır.

II. Tanım

Af, genel olarak anayasalarda düzenlenmekle birlikte, sonuçlarını ceza hukuku alanında doğuran bir yapıya sahiptir. Gerçekten anayasalarda affa ilişkin genel çerçevenin çizilerek, düzenlemelerin ana hatlarının kanunlara bırakılması engellenmek istenmiştir; zira affa yetkili merciin neresi veya kim olacağı, affın sınırlarının ne olacağı, ne şekilde uygulanacağı konuları hayati niteliktedir. Bu itibarla affın tanımını, anayasal temellerini esas alarak yapmak yerinde olacaktır.

Batı dillerinde af karşılığı olarak kullanılan Yunanca kökenli **amnestie** kelimesi, unutmak ve bağışlamak anlamına gelmektedir. Türkçede kelime olarak “*bir suçu, bir kusuru veya bir hatayı bağışlama*”⁴⁴ anlamına gelen af, ceza hukukunda; kamu kudretini elinde bulunduran kurumlar (yasama veya yürütme organları) tarafından gerçekleştirilen, bazen kamu davasını düşüren veya kesinleşmiş bir ceza mahkumiyetini bütün sonuçları ile ortadan kaldıran, bazen de kesinleşmiş bir cezanın kısmen veya tümü ile infazını önleyen veya başka bir cezaya çeviren bir kamu hukuku tasarrufudur⁴⁵.

⁴⁴ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük <http://tdkterim.gov.tr/bts/> Çevrimiçi Erişim Tarihi: 04.12.2010.

⁴⁵ Adem Sözüter, **Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Sahverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu**, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/SOZUER.PDF Çevrimiçi Erişim Tarihi: 26.11.2010, s.224.

Bu tanımdan da görüleceği üzere affın, kamu davasını düşürmesi veya kesinleşmiş ceza mahkûmiyetine ilişkin çeşitli değişiklikler yapması sebebiyle, yargılama safhaları ve yargı kararları üzerinde önemli etkileri bulunmaktadır. Af bir yargı tasarrufuna dayanmamaktadır. Çünkü af, yargı makamı tarafından verilen bir kararla uygulanmaz. Bunun yanında af, hukuki bir uyumsuzluğun çözümüne ilişkin olarak usul kaideleri çerçevesinde verilmiş bir karar niteliğine sahip değildir. Bu yönü ile af, Anayasanın yargıya ilişkin m. 138/4’de getirilmiş olduğu, “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*” kuralının bir istisnası teşkil etmektedir.

Özetle af; esas olarak yasama organı ve bazı özel hallerde de yürütme organınca tek taraflı alınan kararlar uygulanır, mutlak af sözkonusu ise yargı kararına ihtiyaç duyulmayan, ancak ayla birlikte başka müesseseler de uygulanıyorsa, yargı kararlarının da etkili olduğu bir kurumdur.

III. Af Kurumunun Tarihi Gelişimi

Af kurumu cezalandırma kurumu kadar eski bir geçmişe sahiptir.. Cezalandırma yetkisine sahip olan kudret, tarihin başlarından bu tarafa verilen cezaları ortadan kaldırma yetkisine de sahip olmuştur.

Af kurumu Roma Hukukunda, abolito, indulgentia, restitutio in integrum isimleri altında İmparator veya Senato tarafından yerine getirilmekte idi⁴⁶.

Osmanlı-Türk Hukukunda yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerini elinde bulunduran Padişah, örfi hukuk çerçevesinde bireysel ve toplu olarak suçları af yetkisine sahip olmuştur. Şer-i Hukukta ise İslam Hukukunun temelinde bulunan kul hakkı ve Allah hakkı kavramları, af yetkisini kullanan kişileri de belirlemiştir. Bu anlamda öldürme ve yaralama gibi

⁴⁶ Doğan Soyaslan, Af, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/SOYASLAN.PDF Çevrimiçi Erişim Tarihi: 04.12.2010, s.414.

suçlarda hakkı ihlal edilen kişi/kişiler af yetkisine sahip iken, Allah haklarına ilişkin suçlarda af yetkisi kadı veya ululemre aitti⁴⁷.

Osmanlı Hukukunda affa ilişkin yazılı ilk hüküm, 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nda yer almaktadır. Bu Kanunun 47. maddesine göre, idam cezasını küreğe, kürek cezasını kalebentliğe ve müebbet kalebentliği muvakkat kalebentliğe çevirme yetkisi Padişaha aitti. Bu konuda özel bir irade olmadıkça ve kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça cezaların affı veya değiştirilmesi caiz değildi⁴⁸. Cumhuriyet döneminde ise, farklı konularda çok sayıda af yasası çıkarılmıştır.

IV. Affın Hukuki Niteliği

Af, kamu davasını ya da kesinleşmiş bir kararın infazını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple af, maddi ceza hukuku anlamında cezayı kaldırıcı bir neden, ceza yargılaması hukuku anlamında ise kamu davasını düşüren bir neden olarak değerlendirilebilir⁴⁹.

Esas itibariyle af, suçla ilgili olmayıp cezaya yöneliktir. Suçun değil, cezanın affı mümkündür. Ancak af veya af benzeri uygulamaların kapsamını belirlemek için ceza türleri yanında suç tiplerine göre de ayırım yapılabilir. Bu hususun Anayasaya uygun görüldüğü, bu güne kadar suç türü ayırımına göre yapılan afların geçerliliğini koruması ve Anayasa Mahkemesi tarafından suç türüne göre yapılan af veya benzeri kurumları düzenleyen kanunların iptal edilmemesi ile anlaşılmaktadır. Suç affedilmiş olmasa da, suç türüne bağlı olan cezanın affedilmiş olması, suçla bağlı tüm cezaları ve sonuçları ortadan kaldırdığından, bu durum bir tür suçun affı olarak da görülebilir.

Suçla göre yapılan ayırımın Anayasaya ve hukuka uygun olduğu sonucuna varılabilir. Çünkü bir lütuf olan affın hangi suçlara uygulanacağına karar verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin takdirindedir⁵⁰. Eğer affı, “şartla salıverilme” müessesesi gibi ceza ve cezanın infazı ile ilgili görülürse, bu takdirde suçla göre yapılan ayırım hukuka aykırı ola-

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Adem Sözüer, *a.g.e.*, s.224

⁵⁰ Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi 09.06.1964, 1964/12 E., 1964/47 K. – Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı:2, Ankara, 1965 s.144

cak, infazla ilgili bir müessesese için yapılabilecek ayırımın yalnızca cezanın türü ile sınırlı olması aranacaktır. Türk Ceza Kanunu incelendiğinde, af müessesesinin “Yaptırımlar” başlıklı üçüncü kısmın altında ve “Dava ve Cezanın Düşürülmesi” başlıklı bölümde yer alan 65. maddede yer aldığını görmekteyiz. Kanaatimizce af, her ne kadar etki ve sonuçları sebebiyle bir ceza ve ceza infazı müessesesi olarak kabul edilmesi gerektiği iddia edilse de, bu düşünceye katılmadığımızı, Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenleme yerinin affın bir lütuf olma ve suça göre ayırımı tabi tutulmasını engellemeyeceğini ifade etmek isteriz. Kaldı ki, mahkûmiyetten önce soruşturma ve davalar devam ederken çıkarılan genel aflarda, henüz mahkûm olmayan, ceza çekmeye başlamayan ve ceza çekmeyen kişilerin de aftan faydalanabildiğini görmekteyiz.

Özetle affı çıkarma yetkisine sahip olanlar, bir lütuf olması sebebiyle affın hangi suçları işleyenler bakımından çıkarılmasına karar verme ve bu konuda takdir kullanma yetkisine sahiptir. Ancak genel afta, suça veya cezaya göre çıkarılan aflarda aynı hukuki niteliğe sahip kişiler arasında ayırım yapılamaz. Özel afta ise, şartların aynı olduğu kanıtlandığı takdirde takdir yetkisi kişiler arasında keyfi şekilde ayırım yapılarak kullanılamaz. Bir başka ifadeyle, aynı şartlara sahip bir mahkûm affedilirken, diğerinin affedilmemesi isabetli değildir.

Belirtmeliyiz ki, yasama organının tasarrufları Anayasa Mahkemesi’nin hukukilik denetimine tabi olduğu halde (1982 Anayasası m.148/1), Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler yargı denetimine kapatılmıştır (1982 Anayasası m.105/2). Bu durumda, yargı makamları tarafından yerindelik ve takdir yetkisinin keyfi kullanılıp kullanılmayacağına dair hukukilik denetimi yapılamayacağı eleştirisini bir kenara bırakırsak, Cumhurbaşkanının tarafından çıkarılan özel afların eşitlik ilkesi çerçevesinde uygulanıp uygulanmadığının dahi denetimi mümkün değildir. Bu noktada, özel affın Cumhurbaşkanının tümü ile takdirine bırakıldığı, aynı hukuki nitelik ve şartlara sahip kişilerden birisini affettiği halde, diğerini affetmemesinde hukuka aykırılık olmadığı sonucuna varılacaktır.

Af, ilan edilmeden önce bir hak değil “lütuf” olarak düzenlenmiştir. Talep olsun veya olmasın genel veya özel af ilanı yapılabilir. Af ilanı

yapıldıktan sonra ise, elbette af kapsamına giren kişilerin affedilmiş sayılma hakkı doğduğundan, artık bu hakkın bireyin elinden alınması mümkün değildir. Hatta mutlak af niteliği taşıyan tasarruflar, bireyin iradesine bakılmaksızın uygulanırlar. Çünkü af tek taraflı bir irade beyanı olup, ancak ilan edildikten sonra birey yönünden hak haline dönüşür. İlan edildikten sonra “hak” halini alan affın pekala kapsadığı birey tarafından kabul edilmeyebileceği düşüncesi ileri sürülecek olsa da, pratikte bunu tercih edecek insanı bulmanın zorluğunun yanında, af kurumunun nev’i şahsına münhasır bir kurum olması özelliğinin yansımaları olarak birey yönünden uygulanma zorunluluğu içerdiği söylenebilir.

Belirtmeliyiz ki, genel af sadece mahkumları kapsamamaktadır. Soruşturması devam eden şüpheli ile kovuşturması ve temyiz aşaması henüz bitmemiş olan sanıklar da genel af kapsamına girmektedir. Özellikle tutuklama, adli kontrol ve diğer koruma tedbirlerine muhatap olan şüpheli ve sanıklar, soruşturmanın sonunda haklarından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, kovuşturmanın sonunda da beraat kararı verilebileceğine inanıp, aftan yararlanmak istemeyebilirler. Masumiyet/suçsuzluk karinesinin varlığı gözönüne alınacak olsa da, suçsuz olduğuna inanan veya yargılanmak isteyen şüpheli/sanığın, ailesi, çevresi ve toplum nazârında aklanma, bu nedenle de soruşturma veya kovuşturmanın devamını talep edebilme, dolayısıyla affı reddetme hakkı olmalıdır.

Yeri gelmişken uygulamada, dava zamanaşımının dolmasından dolayı takipsizlik ve düşme kararları verildiği görülmektedir. Zamanaşımını reddedip yargılanıp aklanma hakkı, dava zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle haklarında takipsizlik veya düşme kararı verilen soruşturma ve kovuşturma dosyalarında da kabul edilmelidir. Bir başka ifadeyle şüpheli/sanık dava zamanaşımını dolsa da yargılanmak suretiyle aklanmak isteyebilir. Ancak bu güne kadarki düzenleme ve uygulamalarda, af ve zamanaşımının öncelikle uygulandığı ve bu konuda şüpheli veya sanığın muvaffakiyetinin alınmadığını görmekteyiz. Bu usul, dosya sayısını azaltabilir, fakat şüpheli/sanık hakları ve maddi gerçek bakımından adaletin sağlandığını göstermez.

Ancak mutlak af olmayıp da karma sistem uygulandığında, örneğin şartla salıverilme veya pişmanlıkla birlikte af uygulandığında, bireyin kabul veya ret tercihi ön plana çıkabilecektir. Çünkü şüpheli veya sanık,

yargılanmak suretiyle suçsuzluğunun ortaya çıkmasını isteyebileceği gibi, karma affin getirdiği yükümlülükleri üstlenmek de istemeyebilir.

Prensip olarak af, cezanın bütün sonuçlarını ortadan kaldırmakla birlikte, cezaya esas teşkil eden suçun mağduru bakımından özel hukuka ilişkin hak ve alacakları ortadan kalkmayacaktır. Çünkü af sadece, cezanın verilmiş amacını oluşturan kamu düzenindeki bozulma çerçevesinde kamu kudretini kullanan kurum tarafından verilen cezanın ortadan kaldırılmasını veya hafifletilerek değiştirilmesini ifade eder. İşlenen suç neticesinde toplum düzeni üzerinde oluşacak tehlike veya zarar için faile ceza verilecek, bu suçun mağduru ise, zarar gördüğü oranda özel hukuk anlamında zararını tazmin edecektir. Bu nedenle, affin özel hukuk anlamındaki talepler bakımından sonuç doğurması mümkün değildir. Bu durum TCK m.74/2’de, “*Kamu davasının düşmesi, malların geri alınması ve uğranılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemez.*” ifadesiyle de hükme bağlanmıştır⁵¹.

1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla Yeni TCK, CMK ve İnfaz Kanunu yürürlüğe konularak, Ülkemizin ceza siyaseti ile ilgili yeni bir sistem oluşturulması hedeflenmiştir. Bu düzenlemelerde affin, gerek TCK ve gerekse Anayasa’da yer alan hükümlerden hareketle ve bir ceza hukuku aracı olarak kabul edildiğini görmekteyiz.

Hukukumuzda af kurumu, hukukumuzda genel af ve özel af olmak üzere iki ana başlık altında düzenlenmiştir.

Genel af, kesinleşmiş bir cezayı bütünü ile ortadan kaldıran veya henüz görülmekte olan davayı düşüren, açılmamış davanın açılmasını engelleyen af türüdür. Genel af kural olarak toplu çıkarılır. Ancak bir kişinin dahi yararlanabileceği genel affin çıkarılabilmesi de mümkündür. Genel af kavramının “genel” olarak nitelendirilmesinin gerekçesi, sanık hükümlü veya affedilecek suç tipleri bakımından bir genelleştirme yapılması değil, cezayı bütün sonuçları ile ortadan kaldırmasıdır. Genel affin kapsamına neyin girdiğine ilişkin yapılacak belirlemelerde; suçun

⁵¹ Özel hukuktan doğan hakların aftan etkilenmeyeceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları da mevcuttur. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 21.02.1968, E.1966/27, K.1968/8. – Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi Sayı:7, Ankara, 1965, s.3.

hukuki niteliği, yasa maddelerinin yeri ve koruduğu hukuki yararlar, ceza türü, ceza sınırı, affın zaman itibarıyla uygulanması gibi kriterler gözüne alınmaktadır. Bunun dışında genel af, suçtan doğan zararların karşılanması, affedilen kişinin belirli bir süre içerisinde herhangi bir suç işlememesi, müsadere tabi eşyayı teslim etmesi gibi bazı geciktirici veya bozucu şartlara tabi tutulabilir. Genel af çıkarma yetkisi, Anayasa m.87’de Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin görevleri arasında sayılarak, yasama organına verilmiştir⁵².

Anayasada hangi konularda af kurumuna başvurulamayacağına ilişkin sınırlamalar düzenlenmiştir. Buna göre, Anayasa m.14’de sayılan kapsamına girmeyen suçlar (bu hükme ilişkin af yasağı 2001 yılında yürürlükten kaldırılmıştır)⁵³ ile Anayasa m.169/3 uyarınca orman suçları dışında kalan suçlar bakımından af kanunları düzenlenebilecektir. Anayasa m.169/3’de, sadece orman suçları için genel veya özel af çıkarılması yasaklandığı gibi, ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçların genel ve özel af kapsamına alınamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Konumuz olmamakla birlikte, bu hükme rağmen Ülkemizde ormanların korunabildiğini söylemek pek mümkün değildir. Orman suçlarının failleri yönünden af çıkarılamasa bile, başka ceza hukuku ve idare hukuku yöntemleri ile Ülkemizde ormanlara zarar verildiği tartışmasızdır.

Meclisin af konusunda sahip olduğu geniş takdir yetkisi, affın Devlete ve Ülkeye ait bir lütuf uygulaması olduğunu göstermektedir. Bu konuda

⁵² Meclis, Anayasa m. 87 değişikliğinden önce genel ve özel af ilan etmek yetkisini, “Toplantı ve karar yeter sayısı” başlıklı 96. maddeye göre, Anayasada başkaca bir hüküm olmadığından, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verip kullanmakta idi (ancak m.96/1 uyarınca karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz). Anayasanın 87. maddesinde 2001 yılında 4709 sayılı Kanununun 28. maddesi ile yapılan değişiklikle, “... Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek ...” hükmü getirilerek, af konusunda Meclisin nitelikli çoğunluğu usulü kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanı ise, tek başına ve re’sen özel affa karar verme yetkisine sahiptir.

⁵³ Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması yasağı kapsamına giren suçlara ilişkin af kanunları düzenlenememekte idi. 1982 Anayasası’nın değişiklikten önceki Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin görev ve yetkilerini tanımlayan 87. maddesinde yer alan, “Anayasanın 14. maddesindeki hükümlerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, genel ve özel af ilanına, ... karar vermek ...” ibaresi 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 28. maddesi ile madde metninden çıkarılmıştır. Değişiklikten önceki düzenlemenin uygulanması ve tartışmalar için bkz. Ersan Şen, “Türk Ceza İnfaz Sistemi ve 4616 Sayılı Kanun”, İdare Hukuku İlimleri Dergisi, Pertev Bilgen’e Armağan, Cilt:13, Sayı:1-3, İstanbul, 2000, s.394, Dipnot: 5.

Anayasa Mahkemesi, ancak Anayasa m.10'da yer alan eşitlik ilkesi ve m.2'de yer alan hukuk devleti ilkesi doğrultusunda Meclisin bu konudaki takdir yetkisini keyfi kullanıp kullanmadığını, daha doğrusu af için ceza hukukunda kabul edilen prensiplere uygun kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir.

Özel af ise, kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetini ortadan kaldıran veya azaltan ya da daha hafif bir cezaya çeviren bir af türüdür. Özel af, sadece ceza üzerinde etkilidir ve genel afta olduğu gibi cezayı bütün sonuçları ile ortadan kaldırmamaktadır. Özel af isimleri belirtilmek suretiyle bir veya bir kaç kişi bakımından çıkarıldığında bireysel özel af, belirli suçları işlemiş kişiler bakımından çıkarıldığında ise toplu özel af olarak adlandırılmaktadır. Özel af yetkisi, genel af yetkisiyle birlikte yine TBMM'ye verilmiş (Anayasa m.87), bunun yanında Cumhurbaşkanına da sadece belirli nedenlere dayanarak özel af çıkarma yetkisi tanınmıştır. Cumhurbaşkanı tanınan bu özel yetki, Anayasa m.104'de Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında sayılmış ve "*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak*" şeklinde ifade edilerek, verilen bu yetki sınırlı sayıda sebebe bağlanmıştır. Cumhurbaşkanı kendisine tanınan bu yetkiyi, niteliği gereği ancak kişiye özgü olarak kullanabilecektir.

Türk Ceza Kanunu affı, "Yaptırımlar" başlığı altında I. Kitap'ın 3. Kısımında, "Dava ve Cezanın Düşmesi" başlığı ile 4. Bölüm'de düzenlemiştir. TCK m.65/1'e göre genel af, sadece kesinleşmiş cezalar için değil, kamu davası görülmesi ve soruşturma aşamasında da uygulama alanı bulacaktır. TCK m.65/2'ye göre özel af, ancak kesinleşmiş hapis cezaları hakkında uygulanabilecektir. Özel af bu yönü ile genel aftan ayrılmaktadır. TCK m.65/2'ye göre, "*Özel afla, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir*". Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, özel affin cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarına herhangi bir etkisinin olmadığı belirtilmiştir.

Af müessesesinin düzenlendiği TCK m.65'in gerekçesi incelendiğinde, affin ceza hukukundaki yeri, gereği, önemi ve uygulama zamanı ile ilgili açıklama olmadığı ve sadece özel affin hapis cezaları ile ilgili kabul

edildiği, genel affin ise tüm cezalar için mümkün tutulduğu görülmektedir.

Bunların dışında, ceza usul hukukuna ilişkin bazı kurumlar da af benzeri olarak nitelendirilmektedir. Cezanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, şartla salıverilme kurumları, hükümlü bakımından cezanın azalması veya cezanın infaz edilmiş sayılması gibi sonuçlar doğurduğundan, af kurumu ile benzerlikleri olduğu kabul edilebilir. Ancak elbette bu kurumlar, hukuki nitelikleri itibariyle aftan farklıdır.

Şartla salıverilme, af benzeri bir kurum olarak nitelendirilse de, af kurumundan oldukça farklıdır. Öncelikle şartla salıverilme ancak hükmün kesinleşmesinden sonra cezanın infazı aşamasında söz konusu olmaktadır. Bunun dışında şartla salıverilme, infaz aşamasının belirli bir kısmının iyi halli geçirilmesi neticesinde, infaz süresi dolmadan hükümlünün salıverilmesi ve salıverilmesinin akabinde de hükümlü olarak kalması gereken süreyi dışarıda sorunsuz geçirmesi ile mümkün olacaktır. Şartla salıverilme, hükümlü için şartları yerine getirildiğinde bir hak niteliğindedir. Af ise, ilan edilmedikçe hükümlü için bir hak olmayıp, affa yetkili kurumun bir tasarrufu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yine, faaliyeti gerçekleştiren organlar bakımından temel bir ayrımı ortaya koymaktadır. Şartla salıverilme kurumu bir yargı kararı ile mümkün olduğu halde, af, niteliğine göre yasama veya yürütme makamının yetkisi çerçevesinde gündeme gelecektir. Gerçi af uygulamasında da yargı makamı, şüpheli, sanık veya mahkûmun af kapsamına girip girmediği konusunda inceleme yapıp karar verebilecektir. Ancak mutlak af, kapsamı nedeniyle şekil incelemesi yoluyla somut olaylar bakımından yargı denetimine bırakılsa bile, bu durum affin işin esası bakımından uygulanıp uygulanmaması ile ilgili olmayacaktır.

Şartla salıverilme bir ödül-ceza sistemi olup, infaz kurumunda iyi halle geçirilen bir mahkûmiyet süresinin yanında dışarıda geçirilen sürenin de mahkûm tarafından sorunsuz tamamlanmasını gerektirmektedir. Oysa mutlak afta, bu şekilde iyi hal ve affin uygulanmasından sonra dışarıda sorunsuz tamamlanması gereken bir süre olmayacaktır. Ancak af ile diğer infaz kurumlarının karma şekilde uygulanmasında, şüpheli, sanık veya mahkum bakımından ödül-ceza sisteminin gündeme geldiği görülmektedir.

Burada, kısaca şartla salıverilmenin uygulamasına yönelik bir değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Esasen şartla salıverilme hukuk sistemimizde, mahkûmun topluma daha hızlı bir şekilde uyumlu hale getirilmesi, suçundan dolayı pişman olması, hem toplum, hem de kendisi bakımından bir yarar olması amacıyla kabul edilmiştir. Ancak uygulamada şartla salıverilme öyle bir hal almıştır ki, artık hapis cezası alan hükümlülerin tümü bakımından iyi halli olup olmamasına bakılmaksızın uygulanır hale gelmiştir⁵⁴. Bu durum, şartla salıverilme kurumunu anlamsız hale getirmektedir; zira uygulamanın bu yönde gelişmesi, artık suçlar karşısında verilen cezaların, şartla salıverilme kurallarına göre indirimi hesaplandıktan sonraki kalan kısmının asıl ceza olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu da, şartla salıverilmenin esaslı unsuru olan “mahkûmun iyi hali” göz ardı edilmek suretiyle kurum anlamsız hale getirmektedir.

Hapis cezasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, şartla salıverilmede denetimli serbestliğin gerektiği gibi uygulanmaması, bu tip müesseselerden beklenen yararı azaltmakta, hatta yarardan çok zarara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle, bu tür müesseselerin ceza siyasetini bozmayacak şekilde, bir bütünlük içinde ve müessese ile beklenen amaca uygun düşmek suretiyle uygulanması isabetli olacaktır. Bu müesseseler, sırf suç işleyeni toplum içinde tutmak, onu hiç takip etmemek ve tümü ile serbest hareket etmesine imkân tanımak amacıyla düzenlenmemiştir.

Affin zaman bakımından uygulanması konusunda ise, affin tabiatı itibariyle yürürlüğe girdiği tarihten öncesi için uygulanabileceğini söylemek gerekir. Özellikle Ülkede af çıkacağı söylentisi ortaya çıkıp Meclis tarafından bu konuda çalışmalar yapılmaya başlandığında, bu tarihten öncesi işlenen suçlarla ilgili af uygulamasına gidilmelidir. Aksine bir düzenleme, örneğin af söylentisi çıkıp ciddileştikten sonraki bir tarihi kapsayacak şekilde affi genişletmek, kişileri suç işlemeye özendirmek anlamına gelecektir.

⁵⁴ Ersan Şen, *1962-1997 Anayasa Mahkemesi Kararları – Ceza Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s.629.

V. Affin Hukuki Sonuçları

Af kurumunun hukuki sonuçlarını, Hukukumuzdaki mevcut türleri bakımından ele alarak değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

A. Genel Af

Genel af neticesinde, ceza hukuku bakımından esas itibariyle kamu davası düşmekte ve ceza mahkûmiyeti bütün sonuçları ile ortadan kalkmaktadır. Affin çıktığı tarihte, dava açılmamış, dava açılmış ancak hükme bağlanmamış veya yargılama yapılmış ve ceza kesinleşmiş olabilir. Bu durumları kısaca ele aldığımızda; affa konu eyleme ilişkin henüz kesin hükmün verilmemiş olması durumunda TCK m.65/1 uyarınca, “*Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar*”. Bu durumda soruşturma evresinde savcının, kovuşturma evresinde ise hâkimin, eylemin af kapsamına girdiğine dair tespiti neticesinde, dava açılmışsa dava düşecek, dava açılmamışsa soruşturma sona erdirilecek, yani kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilecektir. Bu kararlar re’sen verilecektir. Bu durumda fail mahkûm olmayacak, fail cezalandırılmadığı için de, hakkında mahkûmiyete ilişkin herhangi bir sonuç doğmayacaktır.

Genel affa yargılama giderleri TCK m.75/3’de düzenlenmiş olup, genel affin ilanı halinde sanık veya mahkûmdan yargılama masraflarının istenilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Ceza yargılaması bir kamu yargılamasıdır ve kamu kudretini kullanan makam, bu yargılamadan kendi rızası ile vazgeçmektedir. Devlet, bu vazgeçmenin neticelerine katlanmalıdır.

Genel affin kesin hükümden sonra çıkması halinde ise, yine TCK m.65/1 gereği hükmolunan cezalar bütün sonuçları ile ortadan kalkacaktır. Bu durumda kamu davasının düşmesi değil, kesin hüküm çerçevesinde verilen cezalar ve cezaların doğurduğu sonuçların ortadan kalkması gündeme gelir. Kesin hükümden sonra çıkmış genel affin uygulanması, infazdan sorumlu savcının kararı ile uygulamaya konulur.

Kesin hükümden sonra çıkmış genel affa TCK m.74/1’e göre, “*Genel af, özel af ve şikâyetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez*”. Genel affin çıktığı za-

mana kadar ödenen adli para cezalarının ve müsadere olunan malların geri alınması mümkün olmayacaktır. Genel af, kısmi veya tam olarak infaz edilen hapis cezası ile ilgili de affedilen mahkûm lehine sonuç doğurmayacaktır. Esasen bu durum, suçun değil cezanın sonuçları ile birlikte ortadan kaldırıldığının bir göstergesi olup, fiilin suç olma devam etmektedir.

Kesin hükümden ardından çıkan genel aftan yararlanan mahkûm hakkında, cezanın sonuçlarını ortadan kaldırması sebebiyle affa uğramış suçuna ilişkin herhangi bir tekerrür hükmünün uygulanması, sonra işlediği suçlar bakımından mümkün olmayacaktır. Ayrıca genel afla birlikte, esas ceza ile hükmolünmüş fer'i cezalar da ortadan kalkacaktır. Ceza, genel af kapsamına girmesi ile birlikte adli sicil kayıtlarından da çıkarılacaktır. Ancak özel af, genel aftan farklı olarak hapis cezasının infazı ile ilgili olduğundan, bu cezanın sonuçları ve cezanın sabıka kaydından silinmesi gündeme gelmeyecektir.

B. Özel Af

Özel af, çıkarılan af kanununda aksine bir hüküm olmadıkça, kural olarak yalnızca asli cezaya kapsamına alır. Özel aftan cezanın fer'ileri etkilenmez. Dolayısıyla, asli ceza dışında kalan mahkûmiyetin diğer sonuçları da özel aftan etkilenmeyecektir.

Özel af, Meclis tarafından çıkarılabileceği gibi, Cumhurbaşkanınca bireysel olarak da uygulanabilir. Bu konuya yukarıdaki açıklamalarımızda değinmiştik.

Özel affin kesin hükümden önce çıkması, fiile ilişkin açılacak kamu davasına, açılmış olan davanın görülmesine ve sonuçlandırılmasına engel değildir. Çünkü mahkûmiyetin özel afla bertaraf edilen kısmı dışında kalan kısımları, sanık/mahkûm bakımından henüz net değildir. Diğer bir ifadeyle, özel affin niteliği gereği sadece cezanın aslını etkilemesi, mahkûmiyetin ceza dışında kalan ve fer'i cezaların varlığının tespiti bakımından yargılamanın yapılması/sürdürülmesi gereklidir.

Bunun dışında özel af, sadece mahkûmiyetin infazına ilişkin bir düzenleme olduğundan, cezayı bütünü ile ortadan kaldırmadığından, mah-

kûm özel aftan yararlınsa dahi, daha sonra işleyeceği suçlarda, işlediği bu suç, tekerrüre esas teşkil edecektir. Yine bu durum, cezanın ertelenmesi kurumu bakımından da cari olacaktır.

VI. Affin Diğer Sonuçları

Af kurumunun hukuki sonuçlarının dışında ve daha önemli olarak kamu düzenini etkileyen sosyolojik bir boyutu da vardır. Af kurumuna getirilen eleştirilen birçoğu da bu yönde kendini göstermektedir.

Af kurumuna ilişkin olumlu ve olumsuz görüşler, kamu düzenini ne ölçüde etkilediğine ilişkin esaslara dayandırılarak ifade edilmektedir. Her ne kadar işlenen suçun mağduru dar anlamda suçtan doğrudan etkilenen şahıslar olsa da ceza yargılaması yapılmasının asıl nedeninin suçun kamu düzenine verdiği zarar olması sebebiyle, verilecek cezaların affına ilişkin değerlendirmelerin de bu çerçevede, yani kamu düzenine olumlu veya olumsuz etkileri kapsamında dikkate alınması isabetli olacaktır. Bu noktadan hareketle, af kurumu konusunda çeşitli olumlu ve olumsuz görüşler mevcuttur.

Af kurumunun olumlu etkilerini savunan görüşlerde, kanunların soyut olması, toplumsal değişimlere yeteri miktarda ve sürede ayak uyduramaması sebebiyle, kanunlarda yapılan değişikliklerin ne kadar önsezili olarak gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin, kanun koyucunun öngöremediği bir takım ağır sonuçların doğabileceği, bunun yasal değişikliklerle önlenemesinin her zaman mümkün olamayacağı, dolayısıyla af kurumuna başvurmanın bazen toplumsal barışı ve düzeni sağlayabileceği ifade edilmektedir⁵⁵. Ayrıca, bu yöndeki görüşlerde, modern ceza hukukunun hümanist ilkelere dayandığı, bu nedenle de ceza hukukunda af ve merhamete dayalı işlemlerin yapılması gerektiği ifade edilmektedir.

Bunun dışında, adli hataların giderilmesi bakımından da affın gerekli olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, ceza muhakemesi faaliyetini yürütenlerin bu sırada hata yapabileceği, haksız cezaların verilmesinin

⁵⁵ Bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım*, Cilt:3, Beta Yay., İstanbul, 1994, s.213.

gündeme gelebileceği, bu nedenle de affin bir çözüm mekanizması olabileceği ifade edilmektedir⁵⁶.

Kanaatimizce, ceza muhakemesi sırasında hata ve eksikler olabilecek, deliller eksik ya da yanlış değerlendirilebilecek ve bu yolla hatalı kesin hükümlerin verilmesi gündeme gelse de bu tip eksik veya hatalı faaliyetlerin bertarafı için ceza muhakemesi hukukunda, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi kurumları olağanüstü kanun yolları olarak hükmün kesinleşmesinden sonraki dönem için bu kurumlara başvurulması gerekmektedir (CMK m.308-323). Bu gerekçelere dayanarak affi gerekli görmek ve ceza hukukunun, ceza muhakemesinin ve ceza infaz hukukunun amaçlarını ve kurumlarını görmezden gelmek, onlara olan güveni azaltmak, suç işleyenlerde affedilme beklentisine yol açmak ve suç işlemeyi düşünenleri de cesaretlendirmek isabetli olmadığı gibi, ceza siyaseti açısından da kabul edilemez bir durumdur.

Affin gerekli olduğunu ifade eden görüşlerde, toplumda yaşanan sosyal-siyasal huzursuzluklar çerçevesinde verilen cezaların affi ile birlikte, toplumsal barış ve uzlaşma ortamının yakalanabileceği ifade edilmektedir⁵⁷. Bu görüşe göre, yaşanan olumsuz olayların üzerine deyim yerinde ise af vasıtasıyla bir sünger çekilmesinin, kamu düzeni bakımından gerekli ve faydalı olabileceği belirtilmektedir.

Af kurumuna ilişkin olumsuz görüşler ise, ceza sisteminin istikrarının ceza sisteminin ve dolayısıyla toplum düzeninin koruyucusu olduğu üzerinde fikirlerini temellendirmektedirler. Bu görüşe göre⁵⁸, işlenen bir suçun ardından cezanın affedilmesi ve bu yolla suçun cezasız kalması, hem suçu işleyenler bakımından bir ümit kapısı olacak ve hem de toplumun ceza adaletine duyduğu güveni sarsacaktır. Gerçekten cezasını çekmeyen veya iyi hal gösterip göstermediğine bakılmadan toplum içine bırakılan suçluyu, diğer bireylerin kabul etmesi, en önemlisi suç mağdurları bakımından oldukça güçtür⁵⁹. Yine bu yöndeki görüşlere göre, cezanın bir kefaret oluşu ve adalet duygusunu temin edici fonksiyonunun

⁵⁶ Erem/Artuk/Danışman, **Ceza Hukuku**, Seçkin Yay., Ankara, 1997, s.932.

⁵⁷ Adem Sözüer, **a.g.e.**, s.221.

⁵⁸ Aktaran: Adem Sözüer, **a.g.e.**, s.222.

⁵⁹ Ersan Şen, “**Türk Ceza İnfaz Sistemi ve 4616 Sayılı Kanun**”, **a.g.e.**, s.390.

olması sebebiyle, kamu düzeninin sağlanıp korunması açısından af kurumu sorunlara yol açabilecektir. Ayrıca af, cezaların uslandırıcı etkisini azaltmakta veya ortadan kaldırmaktadır. Oysa ceza hukukunun en önemli fonksiyonu, failin cezalandırılması olmayıp, uslandırılmak suretiyle topluma kazandırılmasıdır. Af uygulandığında, ceza hukukunun bu fonksiyonu bir kenara itilmiş olmaktadır.

Pozitivist anlayış çerçevesinde konuyu ele alanlar ise, af kurumunun yetki bakımından tehlikeli olduğunu ve olumsuz sonuçlar doğurduğunu ifade etmektedirler. Kişisel ve siyasi yarar elde etme amacına hizmet etme ihtimalinin yüksek olması, bu yetkinin kötü kullanılması sonucunu doğuracaktır⁶⁰.

VII. Sonuç ve Değerlendirme

Ülkemizde af ve af benzeri nev'i şahsına münhasır kurumlara sıklıkla başvurulması⁶¹, esasen af yetkisi verilmiş kurulların bu yetkiyi keyfi

⁶⁰ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *a.g.e.*, s.213

⁶¹ Türkiye Cumhuriyeti tarihinde çıkmış af kanunları aşağıdaki gibidir:

1. 5 Aralık 1921: Fransızlar Tarafından İşgal Edilen Topraklarda İşlenen Suçlara İlişkin Af,
2. 19 Aralık 1921: Hıyanet-İ Vatanîye Kanunu Kapsamındaki Bazı Suçlar İçin Öngörülen Af,
3. 7 Ocak 1922: Genel Af,
4. 31 Mart 1923: Esirlerin Affı (Lozan Andlaşması gereğince Türkiye'nin elinde bulunan askeri ve sivil esirlere ilişkin af),
5. 26 Aralık 1923: Genel Af,
6. 20 Mart 1924: Genel Affa Ek Kanun.
7. 16 Nisan 1924: Türkiye'den Ayrılan Topraklarda Yaşayanlar İçin Genel Af,
8. 11 Aralık 1924: Meni Müskirat Kanunu (sarhoşluk veren şeylerin önlenmesi) Kapsamında Mahkum Olanların Affı,
9. 23 Mayıs 1929: Kabahatlerin Affı (Kabahatliilerin Affı ve Bazı Cürümlerin Takibat Ve Tecili Hakkında Kanun),
10. 26 Ekim 1933: Genel Af,
11. 8 Ocak 1936: Tunceli Affı (Tunceli ilinde yaşayan ve nüfus kütüklerine kaydolmamış olanlar ile asker kaçakları hakkındaki af),
12. 14 Ocak 1938: Tunceli Affı konusundaki Yasanın yenilenmesi,
13. 29 Haziran 1938: İstiklal Mahkemeleri'nde mahkum olanlar hakkında çıkarılan yasa,
14. 19 Nisan 1940: Depremde Yararı Görülen Mahkumların Affı,
15. 26 Aralık 1941: Depremde Yararı Görülen Mahkumların Affı,
16. 2 Ağustos 1944: Müttefik Devletlerin Tebaasında Bulunan Mahkumların Affı,
17. 14 Haziran 1946: Basın Affı,
18. 14 Temmuz 1950: Kısmi Genel Af,
19. 11 Mart 1954: Orman Suçlarının Affı,
20. 11 Şubat 1957: Ateşli Silahlara İlişkin Af,
21. 23 Haziran 1958: Orman Suçlarının Affı,
22. 28 Haziran 1960: Hürriyet Mücadelesi Uğrunda İşlenen Bazı Suçların Affına Dair Geçici Kanun,
23. 28 Haziran 1960: Ruhsatsız Silah Taşıyanlara İlişkin Af,
24. 10 Eylül 1960: Milli Korunma Suçları Affı,
25. 26 Ekim 1960: Genel Af,

olarak ve siyasi yarar elde etme amacıyla kullanması, af kurumunun niteliğinin tartışılmasından önce belirtilmesi gereken husustur.

Af kurumu ne kadar mükemmel düzenlenirse düzenlensin, yetki bakımından belirli çerçeveler çizilmedikçe, bu kuruma istisnai uygulamak kaydıyla bile temkinli yaklaşmak gerekir. Af, sadece kader kurbanlarının işine yaramamaktadır. Kaldı ki, kimin kader kurbanı olduğunun tespiti de mümkün değildir. En önemlisi, af ve af benzeri kurumlar yoluyla hapis ve para cezalarının layıkı ile infaz edilmelerinin önüne geçilmesi, hem Ülkemizde istikrarlı bir ceza siyasetinin uygulanmasını engellemekte ve hem de suçun işlenmesini cesaretlendirmektedir.

Toplum ve kurallara uygun davranan birey, kim olursa olsun suç işleyenin cezalandırıldığını görmek ister. Aksi halde, ceza normlarına bağlanan yaptırımların bir anlamı olmayacağı gibi, kişi hak ve hürriyetlerinin

-
26. 18 Kasım 1960: Genel Affa Ek Kanun,
 27. 10 Mayıs 1962: Asker Kişiler Tarafından 22-23 Şubat 1962 Olayları Dolayısıyla ve Daha Önce Bu Olaylara Esas Oluşturacak Kovuşturmalara İlişkin Af,
 28. 16 Ekim 1962: DP'lilerin Affı (Anayasayı İhlal Suçundan Yüksek Adalet Divanı'nca Mahkum Edilenlerin Cezalarının, Kısmen Affı Hakkında Kanun),
 29. 23 Şubat 1963: Genel Af,
 30. 18 Temmuz 1963: Milli Korunma Affı,
 31. 8 Nisan 1965: DP'lilerin Affına İlişkin Kanuna Ek,
 32. 3 Ağustos 1966: Genel Af,
 33. 19 Temmuz 1967: Genel Af Kanununa Ek,
 34. 26 Aralık 1967: 20-21 Mayıs 1963 olaylarından dolayı mahkum edilenler için çıkarılan Af Kanunu,
 35. 15 Mayıs 1969: Kısmi Genel Af,
 36. 26 Haziran 1973: Orman Suçlarının Affı,
 37. 15 Mayıs 1974: Genel Af,
 38. 24 Şubat 1976: Şoför Affı (Cumhuriyet'in 50. yılı dolayısıyla çıkarılan aftan kısmen yararlanan sürücülerin, mesleklerini icra etmelerine olanak sağlayan yasal düzenleme),
 39. 2 Ağustos 1977: Haşhaş Ekicilerinin Affı,
 40. 26 Ocak 1978: 1974'de Çıkarılan Genel Af Kanununa Bir Bent Eklenmesine Dair Kanun,
 41. 25 Eylül 1980: Ateşli Silahlar Konusundaki Af Kanunu,
 42. 25 Aralık 1985: Memurların Disiplin Cezalarının Affı,
 43. 25 Mart 1988: Ceza İndirimi Öngören Kanun,
 44. 18 Haziran 1992: Memurların Disiplin Suçlarının Affı,
 45. 12 Nisan 1991: Terörle Mücadele Kanunu'nun Geçici 4. Maddesi Uyarınca Öngörülen Şartla Salıverme,
 46. 1 Haziran 1994: Türk Parası'nın Kıymetini Koruma Hakkında Kanun Kapsamındaki Suçların Affı,
 47. 23 Nisan 1999: 4616 Sayılı Kanun,
 48. 28 Ağustos 1999: Basın Yoluyla İşlenen Bazı Suçların Ertelenmesine Dair Kanun (Anayasa Mahkemesi'nce kısmen iptal edildi),
 49. 28 Ağustos 1999: Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun (Cumhurbaşkanı veto etti),
 50. Ayrıca, karşılıksız çek suçları ile ilgili muhtelif zamanlarda affa benzer düzenlemeler yapılmıştır.

korunması adına düzen için kabul edilen hukukun da bir anlamı ve ciddiyeti kalmayacaktır.

Cezaevlerindeki mahkûm sayısının fazla olduğunu ve cezaevlerinin yeterli olmadığını iddia ederek, af çıkarmaya çalışmak da kabul edilemez. Çünkü bugün cezaevlerinde mahkûm yerine tutuklu bulunmaktadır. Esasında tutukevlerinde tutulması gereken tutuklu sayısı mahkûm sayısını geçmiştir. Bu bakımdan, bir koruma tedbiri olan tutuklama müessesesi ile davaların uzun sürede bitirilememesi sorunun bir an önce çözülmesi gerektiğini, yoksa bunun affın bir gerekçesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmek isteriz.

Ülkenin ve devletin insanlarla barışması, suç işleyenlerin ve suç işlediği iddiasıyla karşı karşıya bulunanların topluma kazandırılması ve toplum içinde bulundurulması, yeni bir başlangıca imza atılması gibi gerekçeler, kulağa hoş gelse de, bu tür sözlerin ceza hukukunda yeri olamaz.

Af ve af benzeri kurumlara yönelik bu ciddi eleştiri ve kaygılar bir kenara bırakıldığında, elbette toplum adına karar alma yetkisi tanınmış ve bu sayede yine toplum düzenine aykırı davranışlarda ceza verme yetkisi verilen kuruma, cezayı affetme yetkisinin de verilmesi tabiidir. Af kurumuna başvurmanın gerekçesi olarak, ceza yargılaması safhalarında yapılan hataların bertaraf edilmesi, soyut kuralların somut olaylara uygulanmasından doğan eksikliklerin ve yanlışlıkların düzeltilmesini göstermek isabetli değildir. Çünkü af, her sıkışıldığında başvurulamayacak derecede ciddi, getirilerinin yanında adalet sistemine duyulan güven, ceza sisteminin işlerliği, suçların cezasız kalmaması gibi konularda toplumda önemli tesirler gösteren bir kurumdur. Af kurumuna gelmeden önce başvurulabilecek çeşitli ceza ve ceza muhakemesi hukuku enstrümanı mevcuttur. Öncelikle bu kurumların düzeltilip layığı ile uygulanmasına çalışılmalıdır. Bunun yerine, sadece yasama veya yürütme faaliyetleri çerçevesinde sorunların af kurumuna başvurularak çözülmeye çalışılması, sağlanmak istenen kamu düzeni ve yararı gözetilen kamunun daha ağır bedeller ödemesine sebep olacaktır.

Affin, toplumdaki sosyolojik etkileri ve sonuçları da göz önünde bulundurulmalıdır. Plansız, değerlendirilmesi iyi yapılmadan çıkarılmış bir af, örneğin af neticesinde topluma dâhil olacak kişiler bakımından ger-

çekleşecek istihdam açığı, yani işsizlik ve diğer önemli sorunları beraberinde getirecektir. Kriminolojik araştırmaların da gösterdiği üzere, işsizlik unsuru suç işleme oranları üzerinde artırıcı etkiye sahiptir. Böyle bir durumda, af neticesinde amaçlanan iyileşmenin tersine bir sonucun doğması ihtimali gündeme gelecektir.

Af kurumuna, ancak kamu düzeninin ciddi anlamda bozulduğu, siyasi krizlerin patlak verdiği ve toplumun darboğazlardan geçtiği veya toplumda önemli değişikliklerin olduğu dönemlerin ardından başvurmak, yine belirli sınırlar çerçevesinde kalmak suretiyle isabetli olacaktır⁶². Bu itibarla, af kurumuna başvurmanın kamu yararına hizmet edip etmediği noktasındaki değerlendirmenin iyi yapılması, gerekirse bu noktada bir denetim mekanizmasının kurulması ve bu çerçevede yetkinin kullanılması yerinde olacaktır. Çünkü af, getirisi ve götürüsü ile çok ağır sonuçları olan bir kurumdur.

Elbette burada, kanun koyucunun yasama faaliyetlerine ilişkin yargı yolunun açık olduğu, dolayısıyla bu kararların denetime tabi olduğu düşüncesi akla gelecektir. Ancak Ülkemiz özelinde konu ele alındığında, Anayasamız tarafından Cumhurbaşkanıya tanınan özel af yetkisinin sınırları ve yasama organının bazı suçlar bakımından af yetkisini kullanamayacağına ilişkin sınırlamalar dışında af yetkisinin kullanılmasına ilişkin herhangi bir belirlilik ve somut kriter bulunmamaktadır. Bu durumda Anayasada belirtmiş geniş yetki alanı içerisinde çıkarılan tüm af kanunları, siyasi ya da şahsi çıkarları gözetse dahi Anayasaya uygunluğu söz konusu olmaktadır⁶³.

Kanaatimizce af, ceza türlerine göre uygulanabilecek bir son yöntem olabilir. Yeni TCK' da ceza türleri hapis ve para cezası olarak gösterilmiş ve hapis cezaları ile ilgili alt ayırım yapılmış, adli para cezası ile ilgili ise ayırım yapılmamış, ayrıca işlenen suç ve cezası ile ilgili bir takım fer'i cezalar düzenlenmiştir. Ayrıca, bize göre "ceza" sayılması gereken, fakat

⁶² Mukayeseli hukukta yetkinin bu yönde kullanıldığına dair uygulamalar mevcuttur. Bkz. Doğan Soyaslan, *a.g.e.*, s.416.

⁶³ Anayasa Mahkemesi 08.10.1991 tarihli kararında, "...Yasama organı salt af yasası çıkarıp, Anayasanın af dışı tuttuğu suçlara ilişmese idi Anayasa Mahkemesi de, Anayasaya aykırılık olmadıkça suç türleri arasında farklı af süreleri getirilmesine karışamazdı." gerekçesine yer vermiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 08.10.1991, E.1991/36, K. 1991/35. – Resmi Gazete, Sayı:21079, 12.12.1991, s.24.

TCK’ da “güvenlik tedbirleri” olarak adlandırılan belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakma, eşya müsadere, kazanç müsadere, sınır dışı etme ve tüzel kişilere uygulanan güvenlik tedbirleri gibi yaptırımlar da mevcuttur (TCK m.53-60). Tüm bu cezalar için genel af uygulamasına gidilebilir. Ancak bugüne kadarki uygulamalardan, affin genellikle bazı suç veya cezalar için uygulandığını, bunun yanında şartla salıverilme benzeri iyi halin karine olarak kabul edildiği düzenlemeler yapıldığını görmekteyiz. Şartla salıverilmede ve afta, cezaya göre ayırım yapılmasında hukuki sakınca olmamakla birlikte, aynı ceza türünde suçlara göre istisna konulamaz. Şartla salıverilmede suç türü değil, infazla ilgili olması itibariyle ceza türü dikkate alınması gerektiği halde, bugün 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunu’nun “Koşullu salıverilme” başlıklı 107. maddesinin dördüncü fıkrasında suç türüne göre (Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti dolayısıyla işlenen suçlardan dolayı mahkûmiyette) iyi halin tespiti bakımından infaz kurumunda geçirilecek sürede farklı uygulamaya gidildiği görülmektedir.

Şartla salıverilmeden hukuki niteliği itibariyle farklı olan ve bir hak değil lütuf olarak kabul edilmesi gereken afta, suç türüne göre ayırım yapılabilecek ve bazı suçlar af kapsamı dışında bırakılabilecektir.

Kanaatimizce, yaptırımla ilgili olan af, ceza ve güvenlik tedbirleri türüne bağlı şekilde ayırım yapılmak suretiyle uygulanmalıdır. Bu durumda, kısmen veya tümü ile affedilen ceza ve güvenlik tedbirlerinde suç ayırımı yapılmayarak, o ceza veya güvenlik tedbiri kapsamına giren tüm suçlar affedilmelidir. Ancak bu zorunluluktan kurtulmak isteyen kanun koyucu cezadan hareketle değil, suçtan hareketle affa giderek ya da tam bir af uygulaması yerine diğer ceza hukuku araçlarıyla birleştirip nev’i şahsına münhasır uygulamaları ile farklı bir model izlemiştir⁶⁴. Böylece Kanun

⁶⁴ Ülkemizde af niteliği taşıyan son düzenlemelerden 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelemesine Dair Kanun, tam manası ile bir genel af veya özel af niteliği taşımıyor, kendine özgü hükümler içermektedir. Kanun koyucu, bazı suçları 4616 sayılı Kanun kapsamı dışında bırakmış ve Kanun kapsamındaki suçlar için ise tam bir af uygulamayıp, hapis cezalarından 10 yıllık indirim süresi öngörmüştür. Yapılan bu indirimle özgürlüklerini kazananlar şartla salıverilme hükümlerine tabi tutularak, karma ve bazı özellikleri itibariyle affa benzeyen düzenlemeye tabi tutulmuşlardır.. 4616 sayılı Kanun m.1/1’e göre, verilen ölüm cezaları yerine getirilmeyecek ve bu durumda olanlar hakkında tabi oldukları yasal düzenlemede öngörülen infaz hükümleri uygulanacaktır. Yine 4616 sayılı Kanun, işlenen bazı suçlarla ilgili tabi olunan infaz hükümlerine göre cezalardan on yıllık indirim yapılacağını ifade etmiştir. Böylece kanun koyucu, hapis

Koyucu, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık iddialarını önlemeyi amaçlamıştır.

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren kanunlarla ceza siyasetinin belirlenmesi, kurumların iyileştirilmesi ve yeni kurumların kabul edilmesi yoluyla suçun önlenmesi, caydırıcılık ve suçlunun topluma kazandırılması hedeflenmiştir. Ancak kağıt üzerinde kabul edilen bu kurumların uygulama zorluğu, gerekli yatırımların yapılmaması, alt yapısının hazırlanmaması, yasalarda yapılan sürekli değişiklikler, tutuklama tedbirinin ve davaların çok uzun sürmesi, insanların sürekli af beklentisi içinde olması maalesef ülkemizin istikrarlı bir ceza siyaseti sistemine sahip olmasını engellemekte ve af gibi ceza hukukunda yeri olmaması gereken kurumlara ümit bağlanmakta, siyasi maksat ve hedeflerle adalet duygusu ve adalete olan inanç zedelenmektedir. Ülkemizde af, gerek suç işleyenler ve gerekse devlet tarafından bir kurtuluş yolu olarak görülmektedir. Mali af ve disiplin aflarının uygulaması kolay olduğu halde, adli cezaların affının toplum düzenine yapacağı olumlu ve olumsuz etkilerin hesaplanmadan af müessesesine başvurulması, af kurumunun siyasi sakınca ve faydalarının tercih edildiğini göstermektedir. Bu durumda işlediği suçun cezasını çekmeyle çekmeyen farkını, kamu düzeninin nasıl korunacağı ve devletin baş edemeyeceği sorunlarla, af müessesesine başvurarak Ülkeye ne gibi yarar sağlayacağını tespit etmek gerekir.

Ülkemizde, adı af olmayan hapis cezası ile ilgili birçok örtülü affın yapıldığı görülmüştür ve görülmektedir. Şimdi de bazı suçların cezasını azaltma (örneğin, görevi kötüye kullanma suçu), karşılıksız çeklerle ilgili ödeme karşılığı aflar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun süre bakımından uygulanması sınırının artırılma çalışmaları gibi uygulamalar örtülü affa örnek gösterilebilir. Örneğin TCK m.85/2'de, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla insanın yaralanmasına neden olan fail hakkında uygulanacak hapis cezası ilk düzenlemede üç yıl olduğu halde bir süre sonra iki yıla indirilmiştir. Çünkü kanun ko-

cezasının kısmen affedilmesinin yanında, şartla salıverilme müessesesinin uygulanmasını da benimsemiştir. 4616 sayılı Kanunun ilk hali ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları ile şekillenen son hali dikkate alındığında, Kanun metninin son derece karmaşık, anlaşılmaktan uzak olduğu, bir felsefesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu Kanun, tipik bir af kanunu olmadığı gibi, şartla salıverilme, dava ve cezaların ertelenmesini öngörüp düzenleyen bir kanun olarak da kabul edilemez. 4616 sayılı Kanun, Türk Hukuku'na ceza siyasetini bozan bir düzenleme olarak geçmiştir.

yucu, iki yıl hapis cezası olarak gösterilen alt sınırla, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve hapis cezasının ertelenmesi müesseselerinin uygulanmalarını hedefleyerek hapis cezası yönünden bir tür affin uygulanmasının hedeflemiştir. Tüm bunların ceza siyasetine katkısı olabilmesi için karşılığının olması, yani ödül- ceza sisteminin olması, af gibi tek taraflı olmaması ve hapis cezası yönünden affedilen kişinin dışarıda takibinin iyi yapılması gerekir. Örneğin, şarta bağlayarak, hapis cezasının ceza evindeki geçirilme biçiminin iyi halle olması ve dışarıda geçirilecek bakiye sürenin de denetimli serbestliğin şartlara uygun şekilde tamamlanması hususunun layığı ile uygulanması gerekir. Bunlar olmadan, hapis cezası yerine uygulanacak bu tür müesseselerden yarar beklenemez.

Suçların cezasının belirlenmesi, cezaların ise TCK m.61 ve 62'ye göre bireyselleştirilmesi de ayrı bir sorundur. Cezalar ve bu hükümler layığı ile uygulanamadıktan ve sonuç alınmadıktan sonra, cezaların ağırlaştırılmış olmasının anlam taşımayacağını, adalete olan inancı zedeleyeceğini ve ciddiyeti bozacağı ifade etmek isteriz.

Af bir ödül değil lütuftur. Af, hatanın karşılıklı kabulü de değildir. Affetme ve bağışlama, esas itibariyle devlete değil millete ait bir yetkidir. Bir suçu işleyen affetmeye millet yetkilidir. Çünkü yargılama ve verilen hükmü infaz etme yetkisi, millet adına kullanılmaktadır. Bu noktada devlet sadece bir aracı ve kamu kudreti kullanıcısı olarak görülmelidir. Mevcut düzenlemede, şikâyete bağlı suçlar dışında mağdurun af yetkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple, milletin ve suçun mağduru bireyin doğrudan doğruya katılıp irade kullanabileceği türde bir af sistemi bizde kabul edilmemiştir. Halkoylaması veya mağdurun bağışlaması şeklinde bir sistemle affetme, Türk Ceza Hukuku'na yabancısıdır. Kanaatimizce, mutlak siyasi suçlar ile cebir, şiddet ve tehdidin karışmadığı türde nispi siyasi suçlarda devletin af yetkisi olabilir. Ancak bireyin hak ve hürriyetleri itibariyle zarar gördüğü, yani bireyin mağdur edildiği adi suçlarda af yetkisinin yasama ve yürütme organlar ile herhangi bir idari makama bırakılmaması gerekir.

Yasama ve yürütme organlarına tanınan af yetkisi, yargı organına bir tür müdahale olup kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Bu yetki kullanımı; yargının, yasama ve yürütme organları ile idari makamların işlem ve eylemlerinden hukuka aykırı olanlarının iptal etmesi ile aynı değildir.

Çünkü hukuk devletinde yargının görevi, yasama, yürütme organları ile idari makamların işlem eylemlerinin hukukilik denetimini yapmaktır.

Kanaatimizce, cezanın ağırlığından ziyade cezanın çektirileceğine dair bireylerde ve toplumda inancın tesis edilmesidir. Ceza kanunları ve uygulamaları demokratik değil, totaliter rejimin ürünü ise, bu tür yönetimler hayatını sona erdirdiğinde af gündeme gelir. Rejime müdahale, ihtilal ve darbe sonrasında da af görüldüğü gibi bu tür müdahalelerinde sona ermesinde de görülür. Kısacası af, ülkede sistemin istikrar kazanmadığı, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin özünün benimsenip uygulanmadığı durumlarda sürekli bir araç olarak kullanılmıştır. Bu tür istikrarın olmadığı, bulunulan tarafa göre zulmün olup değişkenlik gösterdiği yerlerde cezalandırma ve af sürekli gündeme gelir.

Toplumsal inanç ve destek sağlanmadan affin barış getirmeyeceğini ve düzene hizmet etmeyeceğini, aksine olumsuz sonuçlara yol açacağını belirtmek isteriz. İşte bu tür durumlardan çekinen ve siyasi desteği de kaybetmeyi göze alamayan yasama ve yürütme organları, mutlak af yerine suçların cezasını azaltmak, bazı ceza hukuku müesseselerini kullanmak, ceza yargılamasında sürekli gündemde olan uzun dava süreçleri, çok sayıda davanın açılması, bu sebeple karşılaşılan dava zamanaşımı sorunlarını çözmeyerek bir tür örtülü af yöntemini uygulamaktadırlar. Gerçi bunlardan uzun dava süreci ile zamanaşımı sorununa yargı erkinin de katkısının olduğunu belirtmek isteriz. Tüm bunlar, toplumda sağlanması gereken hukuk ve düzen istikrarını bozmaktadır.

Sonuç olarak, ceza siyasetinde izlenecek istikrar zaman içinde affi beklenti haline getirmekten çıkaracak ve bir karşılığı, ödül ve ceza sistemi olan ceza ve ceza infaz kurumunun şartla salıverilme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının paraya çevrilmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, denetimli serbestlik gibi müesseselerin gerçekten uygulanıp denetiminin çok iyi yapılması, kişinin topluma uyum sağlayıp sağlamadığının tespiti suretiyle kişiyi topluma kazandırma ve toplum düzeninin korunması mümkün olabilecektir. Elbette bu da birden bire olmaz, sabırlı olmak gerekir.

SORU – TARTIŞMA BÖLÜMÜ

Öğrenci: Hocam ben size sormak istiyorum, şunu çok merak ediyorum. Pişmanlıktan yararlanma diye bir uygulama şeklinde af yasaı çıktı. Terör örgütünün üyeleri, yıllarca devleti savunmaya çalışan Mehmetçiklerimize ateş ettiler ve hepsini, çoğunu şehit ettiler. Şimdi yeni pişmanlık diye bir yasa çıkardılar. Ben yoldan geçen birini vursam, öldürsem bana müebbet hapis veriyorlar. Belki bir tanesi on tane Mehmetçiğı şehit etti ama bu adam hiçbir ceza almadan sokakta yürüyebilecek hale gelebiliyor. Bu nasıl olabiliyor hocam?

Prof. Dr. Erol Cihan: Yani suçlular cezalandırılmıyor, suçsuzlar cezalandırılıyor demek istiyorsunuz.

Doç. Dr. Ümit Kocasakal: Ersan Hoca'ya mı sordunuz bana mı?

Öğrenci: Ersan Hoca'ya hocam.

Prof. Dr. Ersan Şen: Şimdi tabi bir konuşma metni hazırlayıp geliyoruz, ama burada biraz hızlı ve dar vakitte konuşuyoruz. Konuşmalarından şu anlaşılması gerekiyordu veya ben eksik anlattım, ben affa karşıyım, yani affedilme denen lütuf müessesesinin uygulanmaması gerekmektedir. Kinaye yaparak topluma bırakılması gerektiğini söyledim. Esasında mahkemeler, Türk Milleti adına cezalandırma yetkisine sahiptir. Afta, cezalandırma yargı erki olup, affeden Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. Ancak affın siyasi maksatlarda kullanılması, en azından toplumsal inanç tesis edilmeden kullanılması sebebiyle kullanılması tartışmalarından ve eleştirilerinden dolayı bunu da referandum olarak topluma götürelim dedim. Yoksa sizin bahsettiğiniz manada bir düzenleme yok. Bir defa şöyle söyleyeyim, sizin bahsettiğiniz yönde 1991 yılı itibarıyla Terörle Mücadele Kanunu'nda düzenleme yapıldı. Terörle Mücadele Kanunu ile etkin pişmanlık getirildi. Daha sonraki dönemde çıkarılan düzenlemelere baktığımızda, sadece Türk Ceza Kanunu'nun 221. maddesine göre suçta karışmamış, eyleme katılmamış, suç örgütünün dağılmasına hizmet eden yöneticilere ve üyelere af getirilmiştir. Eyleme karışmamış olmak şartıyla "pişmanım, geldim" diyen kurucu, yönetici ve üyelere af getirilmiştir. Böyle birisi geldi, sen bu kişi katil diye düşünüyor, fakat ispat edemiyorsunuz. Adam da geldi teslim oldu, ben TCK m.221'den yararlanacağım

dedi. Terör olması şart değil, çıkar amaçlı suç örgütü olduğunu ispat etmek durumundasın. İspat edersen, zaten o yargılama ayrı yürür. Ama hiç karışmamışsa, o takdirde etkin pişmanlıktan faydalanır. Yoksa on askeri şehit etmiş gelmiş pehlivan gibi kişi ortada serbestçe dolaşamaz. Ne oldu son zamanda? Taş atan çocuklar Kanunu kapsamında, bazı önemli suçların failleri de özel yetkili mahkemelerden çocuk ağır ceza ve çocuk mahkemelerine alındı. Bu Kanunda af yoktur, sadece infazda indirim olacaktır. Suç örgütü kapsamında kalırsa üçte dört, sadece infazdan değil de klasik üçte ikilik infaz tatbik edilecektir. Yaptırımlarla ilgili olarak sizin bahsetmiş olduğunuz af meselesidir ki, şu anda yürürlükteki düzenlemelerde böyle bir imkân söz konusu değildir.

Öğrenci: Teşekkür ederim hocam. Bir de benim kara para aklamak ile alakalı çok ufak bir sorum vardı. Yanlış hatırlamıyorsam, üç dört sene önce galiba, bu yurtdışında parası olan mesela Almancılar diye tabir edilen Almanya'ya çalışmaya giden insanların paralarını çok rahat bir şekilde vergiden muaf bir şekilde getirebilmelerini sağlayan bir şey vardı galiba. Bu, kara para aklamayı çok rahat bir hale getirmedi mi? Yani bununla alakalı bir düzenleme yok muydu?

Doç. Dr. Ümit Kocasakal: Yok yok, bu çok teknik bir alan. Şöyle söyleyeyim sana. Maalesef Yargıtay da dâhil, yani eski kararlarında öyleydi, çok şükür değiştirdi. Gayrı meşru parayla kara parayı birbirine karıştırmayacağız. Gayrı meşru para başka bir şey, kara para başka bir şey. Aklama bakımından bunun sınırsız yöntemi var. Ben tezde sanıyorum 35-40 civarında yazdım. Ama o paraların gelmesi vesaire onlar aklamayla ilgili bir mesele değil. Ama (19)91'de Türkiye, Gelir Vergisi Kanunu'na bir madde eklemek istedi. Nerden buldun falan deniyor ya! Şimdi Türk ekonomisi maalesef uzunca bir süredir kara para üzerine kurulduğu için dediler ki ha sen kara paraya hesap mı soracaksın. Peki dediler. İsmi vermeyeyim bir banka mahreçli kara parayı bir çektiler Türkiye'den, gümbür gümbür gitti. Yoksa efendim o ona kanun fırlatmış da, vallahi kanunlar külliyatını fırlat bir şey olmaz. Ama o dediğinin aklama ile hiçbir ilgisi yok. Müsterih ol, kara para aklanmıyor Türkiye'de (!).
(gülüşmeler)

Prof. Dr. Erol Cihan: Muhittin soru sor.

Dr. Öznur Sevdiren: Öncesinde ben varım hocam.

Prof. Dr. Erol Cihan: Sor bakayım. Kimdi? Öznur?

Dr. Öznur Sevdiren: Öznur Sevdiren, evet. Ben, Ersan Hoca'nın tebliği çerçevesinde birtakım değerlendirmelerde bulunmak istiyorum. Bütün hocalarımın fikirlerine iştirak ediyorum. Gerçekten de af meselesi doktrinel ve felsefi bağlamda ayrı tartışılabilir, ceza politikası bağlamında ayrı tartışılabilir bir meseledir. Felsefi bağlamda cezanın caydırıcılığı, genel ve özel önleme amaçları açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Ama ceza politikası bakımından özellikle duruma başka bir perspektiften bakmak istiyorum. Sabahki tebliğlerden bir tanesinde sanırım Hâkim Bey, Seyfullah Bey'in tebliğinde bir istatistik gösterilmişti. Kimi katılımcılar hatırlayacaktır. 1974 affından sonra ve kamuoyunda Rahşan affı olarak bilinen 2000 yılında çıkan aftan sonra çok büyük bir düşüş görüyoruz cezaevi nüfusunda. Bu Türkiye'nin alamet-i farikasıdır. Türk ceza adaleti üzerine çalışan bir İngiliz hukukçu Penny Green -Köksal Hocam bilirler çünkü kendisiyle de görüşmüşlerdir- bunu Türk ceza adaleti sisteminin çok özgün bir özelliği, karakteri olarak görüyor öyle söyleyeyim. Şimdi sorum şu: Eğer 1974'te o af çıkmamış olsaydı ya da 1999-2000'de çıkan af olmamış olsaydı cezaevi nüfusu şu an hangi seviyede olacaktı? Bunu Amerikalı kriminologlar da düşünüyorlar ve şunu söylüyorlar. Tabii af kesinlikle cezaevlerini kısa vadede boşaltan, ama uzun vadede boşaltılmasını temin edici bir önlem değildir. Af söz konusu olmadığı durumda da cezaevleri gerçekten özellikle Türkiye gibi ülkeler açısından yaşanmaz noktalara gelebiliyor. Bunu iyice değerlendirmek gerekmektedir. Bir de örneğin, ceza politikası açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekir diyorum. Af sadece liberal, demokrat ülkelerde veya bir toplumsal barış aracı olarak Latin Amerika ülkelerinde değil, örneğin nasyonel sosyalist rejim döneminde -Prof. Gropengiesser bunu daha iyi bilecektir- kullanılmış bir yöntemdir. Dolayısıyla, bunun üzerinde çok fazla tartışılması gerekiyor, ama bence af meselesinin karakterine ilişkin yapılan bir tartışma hep bu politik tartışmaların arkasında maalesef gölgeleniyor. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu: Kendinizi tanıtır mısınız? Hukuk doktorusunuz herhalde.

Dr. Öznur Sevdiren: Evet.

Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu: Ama hani kayıtlara da geçsin, tanıtmadınız.

Dr. Öznur Sevdiren: Tabii tabii. Ben Köln Üniversitesi mezunuyum. Henüz başlamadım burada çalışmaya, öyle söyleyeyim.

Prof. Dr. Ersan Şen: Şimdi sorunuz tabii bir katkı niteliğinde oldu. Çok kısa söyleyeyim. Bahsetmiş olduğunuz cezaevi nüfusunun artması, tutukluluk müessesesini bir kenara bırakırsak suçların önlenmesi, suçu etkileyen sebepler, efendim ceza olarak hapis cezası yerine ben mesela doktora tezimi çevre üzerine yazdım. Duygun Yarsuvat Hoca'nın yanında yetişmişimdir; dedi ki "Ersan bana öyle bir sistem bul ki hapis cezası yerine başka bir formül, öyle bir formül bul ki bu cezaevi sisteminden kurtulalım". Ben tabii o dönemde o çalışmayı yapabilme imkânına sahip olamadım, bu fikir kaldı. Bu yeni tartışılan da bir husus değil, her zaman söyleniyor, ama bulunan en iyi yöntem, sürgünü işletemeyeceğinize göre, insanları öbür kıtaya veya uzaya gönderemeyeceğinize göre hapis cezası, hala Ceza Hukuku'nun en önemli, vazgeçilmez argümanı olarak karşımıza çıkar. Ben şunu söyleyeyim, uzatmayacağım ama bunlar tabii duygusal meselelerdir. Tutukevinin, cezaevinin kapılarına gittiğimizde garip yani bana saçma geliyor, "ne işimiz var burada", "bunun ne işi var burada" diyorum. Bunun yolu bu mu? Başka formül bulunabilir miydi? İşte filmlerden hatırlarsınız. Başka bir işte, evde infaz, elektronik kelepçe, başka yöntem ama "caydırır mı" diye düşünüyorsunuz. Diyorsunuz ki hemen, bunlar ceza almış, mahkûmlardan bahsediyorum, tutukluların durumunu ortaya koymuyorum. Bir de işin o tarafı var. Zaten masumiyet karinesi var. Gerçekten burada olmaları gerekir mi? Suç işlemiş insanlar mı? Siz yargılamalara katılacaksınız ilerde, benim bu güne kadar suçu ikrar eden müvekkilim pek olmadı. Hepsi suçu işlemediğini söyledi. Eğer onların söyledikleri doğruysa, onların orada bulunmaması gerekirdi. Hepsine de söylenen şudur: "Şüpheli ama hiçbir

zaman siz benim suçu işlediğimi ispat edemediniz”. Bunları hep düşünüyorsunuz. Bu duygularla hareket ediyorsunuz.

Bu arada tutuklulukla ilgili 31 Aralık 2010 tarihinde bir Kanun yürürlüğe girecek. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 102. maddesinin ikinci fıkrasına göre; tutukluluk süresi, ağır cezalı suçlarda bize göre iki artı bir üç yıl, kimilerine göre, Adalet Bakanlığı’na göre üç artı iki yıl beş yıl ile sınırlanacak. Terör suçlarında bu süre iki kat olacaktır. Bize göre altı yıl, kimilerine göre on yıl tatbik edilecek. Bakın eğer o Kanun yürürlüğe girerse, bu sürelerle rağmen binlerce kişi çıkacak göreceksiniz. Tutukluluktaki vaziyetimiz ise budur. Yani bizim bugün sayımızı çokça arttıran ancak dediğimiz gibi birçok ülkede, hapis cezası hala en önemli yöntem olarak, yaptırım argümanı olarak uygulanmakta ve kabul edilmektedir. Kanaatimce, bunu azaltmanın iki yolu var; birincisi suçların işlenmesini önlemek, onu da elbette demokratik hukuk devletinin ilkelerine uygun olarak, zapturapt yöntemleri ile değil, bir diğeri de hapis cezası yerine geçecek müesseseleri gerçek manada uygulamaktır. Ama ceza tek başına değil, her zaman etki altındadır. Her şey ceza ile düzenlenip, düzeltilemez. Suçluların sosyal, ekonomik birçok sorununu halletmediğiniz sürece burada hiçbir suçun cezası azaltılamaz. Bunların hepsi, birbirlerini etkileyen unsurlar olarak bizim dikkatimizi çekmektedir.

Seyfullah Çakmak (Adalet Bakanlığı): Şimdi kıymetli hocalarımız sabah oturumunda yoklardı. Onların yokluğunda, Sayın Prof. Gropengiesser'nin yapmış olduğu sunumda, özellikle cezaevlerinin boşaltılmasının uluslararası arenada da olduğunu gözlemledik. Bunu ben bir anekdot olarak ortaya koyduktan sonra Sayın Hocamın belirtmiş olduğu hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi ile ilgili açtığı bir bakış açısını, buradaki arkadaşlarımızın hepsi öğrenci olduğu için, devletin içinde bulunduğu durumun bir aciziyet olarak algılanmaması bakımından bazı hususları açıklama gereği duymaktayım. (**Ümit Kocasakal:** "Aciziyet olarak algılansa ne olur?") Yapılan güzel şeyler de varsa onların da paylaşılması muhakkak arkadaşlarımız açısından iyi olur diye düşünüyorum. Tabii burada konusu edilmeyen af benzeri kurumlara bir şekilde girmiş olduk. Bunlar bildiğiniz gibi; memnu hakların iadesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hüküm açıklanmasının geri bırakılması, uzlaşma gibi müesseselerdir. Şimdi biz Avusturya’ya, Almanya’ya gitti-

ğımızde uzlaşma olsun, kamu davasının açılmasının ertelenmesi olsun, hüküm açıklamasının geri bırakılması olsun gözlemledik ve gayet olumlu neticeler alındığına tanık olduk. Bu şekilde iyi düşüncelerle sistemimize girmiş olan bu müessesede amaçlanan şey yargının tıkanması noktasında bazı delikler açmak, menfezler açmaktır. Bu şekilde de, ceza ve tevkif evleri bünyesinde Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı kuruldu. 2005 yılından itibaren faaliyetlerini sürdüren bu Başkanlıkta, başkandan üyelere kadar, uzmanlar, hâkimler marifetiyle ve 133 tane ağır ceza merkezi cumhuriyet başsavcısından örgütlenmiş bir yapı söz konusudur. Mahkemeler ya da savcılıklarca denetimli serbestliğe konu edilen dosyalar bu yerlere gönderilmekte, bir de bu yapı UYAP sistemi aracılığıyla da kontrol edilmektedir. Bunlar iki türlü oluyor; yükümlülüklü denetimler ve yükümlülsüz denetim. Yükümlülsüz denetimde, mahkemenin ya da savcılığın vermiş olduğu belirli bir süre içerisinde suç işlendiği takdirde eski işlemiş olduğu o suç aynı tecildeki gibi geri dönüyor. Yükümlülüklü denetimde ise, bir zaman haberlerde görmüşünüzdür, kitap okuma vb. gibi denetim süresi içinde yükümlülükler yükleniyor. Bu sistem, suçluyla topluma kazandırmak, yani bireyi cezaevi dışındaki hayatında, topluma kazandırmak için güdülmüş, konulmuş bir sistemdir. Burada her şey Kalem Yönetmelikleri uyarınca deftere kaydedilir, UYAP sisteminden gönderilir ve infaz edilir. Başsavcılıklar da görevli bir savcı görevlendirir ve bunlar sonuna kadar takip edilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında "saldım çayıra mevlam kayıra" diye bir şey olmaz, istisnalar olabilir. Bu kurumların oturması insanların sorumluluk anlayışlarının gelişmesiyle doğru orantılıdır. Siz ne kadar güzel şeyler yazarsanız yazın, eğer bulunduğunuz yerde kişiler onu ihmal ediyorsa, bu müesseseler gelişmez ama kişiler sahip çıkarsa elbette bunlar gelişir. Bir de uzlaşma vardır. Uzlaşma da karşılıklı iki tarafın iradesiyle oluşan bir şeydir, bu da topluma hizmet eder. Mesela bizim hukuk sistemimizde uzlaşma müessesine başvurma sayısında 2005'teki ilk haline nispeten artmalar bulunmaktadır. Dolayısıyla bu müesseseler ülkemizde uygulandığı müddetçe daha iyi şeyler ortaya çıkacaktır. Şimdi biz Finlandiya'ya, Avusturya'ya, diğer bazı Avrupa ülkelerine baktığımızda, fiilen otuz yıl geçmişleri vardır. Biz bunun şurasında üç beş yıllık bir maziden söz ediyoruz ve bu müesseselerin anlayışı savcılarımızda henüz gelişmiş değildir. Biz projeler yapıyo-

ruz, bir şeyler oturtmaya çalışıyoruz ama elbette bu zaman alıyor. Biz henüz emekleyen bir çocuk gibiyiz ama beri tarafta bir genç olmuş yirmi-yirmibir yaşında bir insandan bahsediyoruz. Dolayısıyla, bu müesseseleri biraz zamana yaymak ve devletin bu konudaki duyarlılığını bir kenarda tutmak gerekmektedir.

Prof. Dr. Erol Cihan: Doğru söylüyorsunuz. Her düşüncenin bir kuluçka süresi var. Bu, zihinlere girecek, yerleşecek ve bunun etrafa da, başkalarına da sirayet etmesi için kuluçka dönemini geçirmesi gerekmektedir.

Prof. Dr. Ersan Şen: Siz uygulamadasınız herhalde, ben avukatlık yaptığım için de sabah, akşam hâkim ve savcılarla birlikteyiz. Bakın uzlaşma sistemi ile ilgili çok doğru söylediniz, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına benzemeyen bir kurum olup, yükümlülükli kısmının uygulamasını görmek hemen hemen mümkün değildir. Çok sıkıntı olduğu İstanbul'da bir savcının beyanından da anlaşılmaktadır. Uyuşturucu kullanma, basit suç olarak düzenlenmiş ve fişleme yöntemi dediğimiz, yani sonradan takipsizlikler gönderilen bir yöntem benimsenmiş. Gönderilmesi gereken bir form var ama çoğunda da maalesef gönderilmiyor. Sayın savcının beyanı şu; yakın gelecekte polis haline dönüştürebileceğimiz, polis olacak gençleri çocukları bulamayacağımız yönündedir. "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması ile ilgili ne yapıyorsunuz" dedim. "Denetimli serbestlik uyguluyoruz" dediler. Nasıl uyguluyorsunuz, nereye gönderiyorsunuz, nerede bunların takibini yapıyorsunuz, nerede yatırıyor, kaldırıyorsunuz, nereye gidiyor, hangi eve girip çıkıyor, kim bunun gözetmeni?

Prof. Dr. Erol Cihan: Orantılılık ilkesi yanlış kullanılmıştır; orantılılık ilkesi dünya çapında bir ilke! Anayasa'da var, Ceza Hukuku'nda var, Muhakeme Hukuku'nda var, İcra İflas Hukuku'nda var. Yani, bir denge olacak, senin vahim telakki ettiğin suçun asgari cezasını vereceksin anormal ceza vermeyeceksin verirsen orantılılık kuralına aykırı

Dinleyici: O olayda asgariden verildi ama asgarisi 8 yıl.....

Prof. Dr. Erol Cihan: Şimdi, Köksal'ın bahsettiği, Türkiye'de uygulamada ortaya çıktı bu! mesela soğuk bir kış havası dışarı çıkamıyor kardan kıyametten üst balkondaki odunları alıyor donmaktan kurtuluyor;

bunu hırsızlık olarak telakki ettiler, bu bana göre zaruret hali. Zaruret hali hukuka uygunluk sebebidir ceza verilmez. Çünkü başka türlü kendisinin sebebiyet vermediği ağır yakın bir tehlikeden kurtulmak için oluyor. Keza annesi kanser, parası pulu yok, eczaneden ilaçları almış, ödeyemiyor; bu ilaçları çalması hırsızlık olur mu olmaz mı meselesi de bu açıdan değerlendirilmesi gerekir. Türkiye’de adalet cihazı ağır bir dava yükü altında, yeni ifade edildi, aşağı yukarı her yıl, uygulamacılar benden daha iyi bilirler 200 bin dava temyize gidiyor, niçin gidiyor? Hukuka aykırılığın giderilsin vs. Bu 200 bin davanın 180 bini hallediliyor ve bir davaya Nurullah Bey’in kitabında beyan ettiği gibi 4 dakika düşüyor. 180 bini hallediliyor 20 bini ertesi yıla terk. Bu ertesi yıla terkler üç dört aya ilan edildi 967 bin dava dosyası bekliyor temyizde. Temyizdeki hâkimler, siz bilirsiniz gene her cuma akşamı böyle kilolarca dosyayı alıyorlar evlerine götürüyorlar. Bir dairede beş kişi var bir tane başkan dört tane de üye ve bunlar cumartesi pazar evlerinde davanın raportörü gibi efendime söyleyeyim okuyorlar; böyle bir dava yükü hiçbir yerde yok. Şimdi Çek Kanunu; ben İstanbul Hukuk Fakültesi’ndeysen, Köksal hatırlarsın bize dört beş defa çek kanununun tasarısı geldi bir hafta içerisinde cevap istiyor şimdi çek kanunu düzenlemesi her zaman yanlış oldu ve her zaman da davalar hep devam etti gitti. İstanbul’daki davaların yüzde 81’i hep karşılıksız çek ile ilgiliydi. Onun için yani bir şeyi iyi hazırlamazsanız çözümünü iyi getiremezsiniz. Bir de hep üzerinde durduğum Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesi var; derhal beraat kararı verilmesi söz konusu olduğu halde fiili işlememişse fiil suç teşkil etmiyorsa 4, 5 tane sayıyor orada bunu uygulamıyorlar. Dünya çapında bir profesör dostum vardı, ihbar ediyor bu suç işleniyor bu hastanede bunu halledin diye! Reçete yolsuzluğu dördüncü ağır cezada daha birinci gününden itibaren söyledi dört yıl sürdü 2006 dan 2013 yılına kadar müruru zamana soktular dedim ki: Sanığın iki tane hakkı var: Bir beraat, iki müruru zaman. Ama müruru zaman gelmeden evvel dedim ki: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde evvela davanın kabule şayan olup olmadığı incelenir. Kabule şayan değilse reddedilir. Bu, suç işlememiş, suçun işlendiğini ihbar ediyor, savcılığa aman bu suç işliyor, reçetece yolsuzluk yapılarak ilaç veriliyor, devlet bundan zarar görüyor, anlatamadık, müruruzaman dediler, müruruzaman da afta, affın reddedilmesi ihtimalinin çok önemli

olduğunu düşünüyorum. Çok az teklif edildi. Affın mecburiliği üzerinde hep durulur. Aftan evvel adam bileğinin hakkı ile beraat alacak idiye, niye zorla ben sana borç para veriyorum gibi sadece müruruzamandan istifade ettin, neden devletin atıfetinden vesairenden yararlandın desinler. Benim kendi hakkım. Banka bana kredi vermek istiyor, kredi vereceğim sana diyor, ben istemiyorum krediyi, sen benim borçsuz olduğumu söyle diyorum, söylemiyorlar. Onun için iki şıktan en uygun olanı hangisiyse hâkim onu kabul etmek mecburiyetindedir. Atıfet kelimeleri de imparatorluktan, padişahlıktan kalma, birini atıfet, yani sen beni aylardır tevkif ettin tuttun, işte afla falan! Tevkif, mahkûmiyetten berbat, mahkûmiyette bilirsin, ne kadar ceza aldıysan, bir gün bir gün eksilir. Bu öyle değil, çoluğundan çocuğundan uzaksın, işinden uzaksın, ne kadar devam edeceğini bilmiyorsun, muvakkat bit tedbir, onu devamlı gibi kullanıyorlar, bu da yanlış, çok yanlış. Kocasakal dedi ki, hukuki değil, dünyada saf hiçbir müessese yoktur, ceza saf müessese mi? Felsefi esasları, Almanya’da felsefe hocaları, ceza hocaları olur. Okulun ceza hocaları, felsefe hocaları olur. Cezayı veriyorsun, normatif bir bilim olarak hukuku uygularken iyi midir, kötü müdür? Bu iyileşecek mi, kötüleşecek mi? Toplumla kazanılacak mı, kazanılmayacak mı? Onun için saf bir müessese hiçbir zaman olmadı, ama ağır basan tarafı neyse onu dikkate almak durumundayız. Beccaria çok büyük bir âlim, 24 yaşında “suçlar ve cezalar” kitabını yazmış. 24 yaşında, 1721 doğumlu sanıyorum, diyor ki, suçun kendisini önleyen asla cezanın ağırlığı değildir. Hiç kimsenin suç işlediği zaman, suç yanına kar kalmaz, suç işleyen cezasını görür muhakkaklığı vermelidir. Ama sen ağır ceza veriyorsun, uygulamıyorsun yahut verdiğin cezayı üç gün sonra affediyorsun, böyle şımarıklık olmaz. Böyle bir şey yüz­süz insan yetiştirir. Şimdi Ersan Şen’in söylediği, müesseseler, ilkeler, kurallar, bunlar Türkiye’de doğru dürüst bilinmez. Kanun hazırlıyorlar, kanunda yanlış kavramlar var, kavramları yanlış uyguluyorlar, böyle şey olmaz. Şimdi otoban yapıyor değil mi? Almanya’da, İtalya’da otobanların yanında sekiz katlı, on katlı apartman gördünüz mü? Hiç kimse yoktur, ev yoktur, dükkân yoktur, hiçbir şey yoktur. İnsan hayatının esası o düzendir, orası zehirli gaz üretiyor, sağlığa aykırıdır bir defa. Ama bizde otoban, apartman birarada. 4616 sayılı kanunu çıkarttılar, her tarafı yanlış. Ondan sonra uygulama, her tarafı yanlış, siz biliyorsunuz gerçi. Benim söyleyeceğim bunlar. Çok teşekkür ederim. Şimdi Dekan-

dan istirahatın, tabiatın koynunda, doğanın koynunda temiz havalar teneffüs ettik, leziz yemekler yedik, yenilerine eş olmasını istiyorum. Bundan sonra en kısa zamanda ve teklifim de şu “aydınlanma felsefesinin ceza hukukuna getirdikleri” konulu yapalım. Felsefeci getirelim ve edebiyatçı! Bu işleri çok iyi bilen Adnan Binyazar vardı bir defa çağırdık onu. Aydınlanmayı bir de ondan dinleyelim isterim. Sonra bizim cezacılar da aydınlanmanın Ceza Hukuku’na getirdiği özellikleri, insan hürriyetini, akla hizmetini anlatsınlar, uygulamacıları da çağıralım, Ankara’dan gelen. Teşekkür ediyorum, hepinize teşekkür ediyorum sabrınız için.