

# Anayasanın 87'nci Maddesine Göre Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranması Gereken Af Kanunları

*Ibrahim Araç\**  
*Hasan Erikli\*\**

## Giriş

Af, hukuk biliminin en tartışmalı konularından biridir. Tartışmalar, affın meşruluğundan affa yetkili organlara kadar uzun bir yelpaze içinde sürüp gitmektedir. Bu yelpaze içinde ise özellikle tartışma yaratan ve af ismi geçtiği zaman birçok kişinin aklına gelen ceza hukuku kapsamındaki aftır. Ancak, affın ceza hukuku dışında kalan hukuk dallarıyla da ilişkisi vardır. Af, disiplin cezaları ve idari yaptırımların affı nedeniyle idare hukuku, idari yaptırımların bir türü olan vergi afları nedeniyle de vergi hukuku ile yakından ilişkili bir kavramdır. Ancak, ceza hukuku dışında kalan disiplinlerde affın teorik esasları ve temel ilkeleri tam anlamıyla yerleşmemiştir. ceza hukuku anlamındaki af müessesesi konusunda bir çok esere yer verilmiş, bu kurumu ceza hukukunun diğer müesseselerinden ayırıcı yönleri ayrıntıları ile incelenmiştir.

Ayrıca, özellikle affa yetkili organlar (Meclis ve Cumhurbaşkanı) anayasa hukukunun doğrudan alanına girmekte ise de bu hukuk dalında da af kavramı fazla tartışılmamış, özellikle de Parlamento hukukunda ilgi çeken bir konu olmamıştır. Parlamento hukuku alanında af ile ilgili çalışma yapılmamasını yadırgamamak gerekir. Çünkü, her ne kadar af kanunlarının kabulünde de Meclis

\* Türkiye Büyük Millet Meclisi Kanunlar ve Kararlar Daire Başkanı.

\*\* Türkiye Büyük Millet Meclisi Kanunlar ve Kararlar Müdürlüğü Yasama Uzmanı.

yetkili ise de bu af kanunlarının diğer kanunlardan herhangi bir farkı yoktur. Dolayısıyla Meclis için bir kanunun af kanunu olması ile diğer bir kanun olması arasında hiçbir fark yoktur. Fakat, 3.10.2001 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle (af kanunlarının kabulü için nitelikli çoğunluk aranmasıyla) bize göre af kanunları doğrudan doğruya Parlamento hukukunun ilgi alanına girmiş, hatta önemli bir yerini de işgal etmeye başlamıştır. Bu çalışmamızda, üzerinde araştırma yapılmaması yönüyle parlamento hukukuna yabancı bir kavram olan af üzerinde durmaya çalışacağız. Ancak, parlamento hukukundaki af kavramı 2001 Anayasa değişikliği sonucunda yaşanan tartışmalar neticesinde sadece belirli bir disiplinin (ceza hukukunun) alanı olmaktan çıkmış, diğer hukuk dallarını da kapsar hale gelmiştir.

Parlamento hukuku çerçevesinde kalmaya çalıştığımız bu çalışmamızda başlıca şu sorunlara yer verilecek ve çözüm önerileri geliştirilecektir. Öncelikle af kanunlarının kabulünde Meclis'te aranması gereken beşte üçlük nitelikli çoğunluğun Anayasa'nın 87'nci maddesi çerçevesinde hangi af kanunlarını kapsayıp kapsamayacağı meselesidir. Buradaki tartışma konusu Anayasanın bu maddesinin sadece ceza hukuku anlamında af kanunlarını mı kapsayacağı yoksa idari para cezalarının (vergi afları bu kapsamda), disiplin cezalarının affı da bu kapsamda değerlendirilip beşte üç çoğunluk aranacak mıdır? Bu sorunun yanıtını bulmak için de ceza hukuku anlamındaki afların ve ceza hukuku dışında kalan afların belirgin özelliklerinin tespit edilmesi gerekecektir. Bu tespitin ardından Anayasa'nın 87'nci maddesinde aranan nitelikli çoğunluğun sadece ceza hukuku anlamında genel af ve özel affı kapsadığını belirleyeceğiz. Kanun koyucu sebebi ne olursa olsun son dönemlerde şartla salıverme, dava ve cezaların ertelenmesi ve memnu hakların iadesi gibi mahkemeler tarafından kullanılan bir takım müesseseleri de kanun yoluyla yürürlüğe koymaktadır. Burada Anayasa Mahkemesi kanun koyucuyu bu konularda kanun yapmaya yetkili görmektedir. Bundan dolayı bu isimler adı altında çıkarılan kanunların da genel af ve özel aftan ayırt edilmesi gerekecektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre nitelikli çoğunluk sadece genel af ve özel af için aranacak, şartla salıverme, erteleme gibi kurumlar için aranmayacaktır. Affın bu kurumlardan farkını anlamak için bu kurumların özelliklerine de dikkat etmek gerekecektir.

## I. Affın Anayasa Hukukundaki Yeri

Af konusu ülkemizde daha çok ceza hukuku alanında konuşulan bir konudur. Bilimsel çalışma olarak da, cezaların affı ve ertelenmesi ceza hukuku alanına giren konular arasında kabul edilmektedir. Bu sebeple bilimsel literatürde,

daha çok ceza hukukçularının bu konunun üzerinde durduğu gözlenmektedir. Anayasa ve idare hukukçuları gibi kamu hukukunun diğer disiplinleri alanında hemen hiç yayına rastlanmamaktadır. Mesela anayasa hukukçularının ders kitaplarında ve diğer bilimsel çalışmalarında af konusunun niteliği üzerine çok az bilgi bulunmaktadır.

Aslında af konusu anayasa hukukunu daha çok ilgilendirir bir bünyeye sahiptir. Çünkü af kanunu veya kararını çıkararak organ ya yasama organıdır, ya da yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanıdır. Bilindiği gibi bu iki organ da anayasa hukukunun birinci derecede ilgi alanına girer.<sup>1</sup>

Affin anayasa hukukundaki yerini belirlemek için “kuvvetler ayrılığı” ilkesinden söz etmek gerekir. anayasa hukukunun klasikleşmiş doktrinine göre kanun koyma yetkisi yasama organına aittir. Kanunların uygulaması, yürütme organına, kanunların uygulanmasından doğan uyumsuzlukların çözümlenmesi ise yargı organlarına bırakılmıştır. Yargı görevi, bağımsız mahkemelerce yürütülür (Anayasa M. 138). Mahkemelerin bağımsızlığını güçlendirmek amacıyla yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları hükmü yer almıştır. Bu hükme göre söz konusu organlar mahkeme kararlarını hiçbir şekilde değiştiremezler ve bunların yerine getirilmesini geciktiremezler (Anayasa M. 138 son).

Anayasada mahkeme kararlarının dokunulmazlığı bu şekilde kuşkuya yer vermeyecek açıklıkla düzenlenmesine karşın gerek genel affın gerekse özel affın sonuçta mahkeme kararlarını etkilediği ortadadır. Bir yasama tasarrufu ya da bir yürütme tasarrufu olarak ortaya çıkan af, mahkemelerce verilir de kesinleşen hükümleri bazen özü, bazen de cezanın infazı bakımından etkilemektedir. Bu yönüyle, af yetkisinin kullanılmasıyla kuvvetler ayrılığı ilkesi arasında yakın bir ilişki vardır. Bu ilişkinin bir çelişkiye dönüşmemesi için pozitif hukuk açısından af yetkisi ile mahkemelerin bağımsızlığı ilkelerinin normlar hiyerarşinin en üstündeki kaynakta, yani anayasa hükümleri arasında yer alması gerekmektedir. Nitekim, T.C. Anayasası da 87'nci ve 104'üncü maddelerde af yetkisinin hangi organa ait olacağını düzenlemiştir. Görüldüğü gibi af kurumunun temel kaynağını anayasalar oluşturmaktadır. Af kurumu kaynağını anayasada bulduğu için artık mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi karşısında meşru olmadığı savunulamaz.<sup>2</sup>

1 ARMAĞAN, Servet, “Anayasa Hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, S. 18, Ankara, 2001, s. 347-348.

2 KEYMAN, Selahattin, *Türk Hukukunda Af*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1965, s. 2-3.

Anayasa'nın 87'nci maddesinde belirtilen genel ve özel af yetkisi, 104'üncü maddede öngörülen sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarının hafifletilip kaldırılması konusunda Cumhurbaşkanına tanınan yetki Mahkeme kararlarının değiştirilmesi yasağı ve aynın uygulanması zorunluluğunun, yine bizzat Anayasada öngörülen istisnaları olarak kabul edilmektedir.<sup>3</sup>

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılan af, bir kanun konusudur ve "kanun" ismi altında yapılır. Bu durum, Anayasada açıkça belirtilmemiş, aksine "karar" halinde verileceği ifade edilmiştir. Ama uygulama "kanun" isimli işlem halinde yapmak tarzındadır.<sup>4</sup> Genel affın ceza kanununun bir kısmının veya tamamının uygulanmasını belirli bir dönem için askıya alan bir işlem olduğu bu nedenle de bu işlemin ancak kanunla yapılması gerektiği söylenmiştir.<sup>5</sup>

Anayasalar af yetkisinin hangi organa ait olacağını göstermek suretiyle, müessesenin esas kaynağını oluşturmalarının yanı sıra kapsamını da belirleyebilmektedir. T.C. Anayasası da, bazı fiilleri af kapsamı dışında bırakmıştır. Böylece, ceza hukukundaki suçların "af olunabilen ve af olunamayan suçlar" şeklinde yeni bir ayrımını meydana getirmiştir.<sup>6</sup> Anayasa'nın 169'uncu maddesi gereği; 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. Ayrıca Anayasa'nın 3.10.2001 tarihli değişiklik öncesi 87'nci maddesi ayrıca Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki fiillerden hüküm giyenlerin de af kapsamı dışında bırakılacağını belirtmekteydi.

## II. Affın Türk Anayasalarında Düzenleniş Biçimi

Osmanlı-Türk hukukunda da Yasama, Yürütme, Yargı yetkisini elinde bulunduran padişah, uygulanan örfi hukuk gereği bireysel veya toplu olarak suçluları af yetkisine sahipti. Ancak af konusunda İslam hukuku ile Batı hukukunun tam bir benzerlik içinde olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Gerçekten Kul hakkına ilişkin suçlar ile Allah'ın hakkına ilişkin suçlar temeline oturan İslam Hukukunda kul hakkına ilişkin suçlarda (öldürme, yaralama gibi) af yetkisi suç mağduruna veya mirasçılara, Allah'ın haklarına ilişkin suçlarda af yetkisi Kadı veya Ululemre aitti."<sup>7</sup>

<sup>3</sup> ÜNAL, Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, Ankara, 1994, s.20.

<sup>4</sup> GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000, s. 461.

<sup>5</sup> GÖZLER, a.g.e., s. 301.

<sup>6</sup> DİNÇ, Güney, "Af Kapsamı ve Anayasa", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 5, Ocak-1986, S.1,s.21.

<sup>7</sup> ÖZEK, Çetin, "Umumi Af", *İÜHFM*, 1959, C. XXIV, n. 1-4, s. 127.

Affa ilişkin ilk yazılı hüküm 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanununda yer almaktadır. Bu kanunun 47'nci maddesine göre idam cezasını küreğe, kürek cezasını kalebentliğe çevirme yetkisi padişaha aitti. Bu konuda özel bir irade olmadıkça ve kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça cezaların affı veya değiştirilmesi caiz değildi.<sup>8</sup>

Padişahın af yetkisinin anlamı, padişah adına cezalandırmak için yetki verilmiş olan kadınlardan cezalandırma konusunda verilen vekaletin geçici olarak geri alınmasıdır.<sup>9</sup>

Yazılı anayasalar dönemine geçildikten sonra af, Türk hukukunda tüm anayasalarda yer almıştır.

1876 Anayasasının 7'nci maddesi<sup>10</sup> "... ve mücazâtı kanuniyenin tahfifi veya affı ..." çıkarma yetkisini padişaha vermektedir.

1909 tarihinde ikinci Meşrutiyetin ilanı ile yapılan anayasa değişikliği sonucu 7'nci madde değiştirilmiş<sup>11</sup>, Türk hukukuna ilk defa "affı umumi" genel af terimi girmiştir. Söz konusu madde değişikliğine göre "mücazâtı kanuniyenin tahfif veya affı" yetkisi padişaha, "affı umumi" yetkisi meclisi umuminin tasvibi ile padişaha aitti.<sup>12</sup>

7'nci maddenin değişiklikten önceki metninde yer alan "*mücazâtı kanuniyenin tahfif veya affı*" ifadesinin genel affı da kapsayıp kapsamadığı da tartışmalıdır. Özek'e göre bu kavram sadece özel affa ilişkindir, Keyman'a göre ise 1876 Anayasasında padişahın yetkileri geniş, meclisi umuminin yetkileri kısıtlı olduğundan söz konusu terim genel affı da kapsar nitelikte yorumlanmalıdır.<sup>13</sup> Soyaslan'a göre de isabetli olan görüş ikincisidir. Nitekim 1909 ihtilali sonucu yapılan anayasa değişiklikleri ile Meclisin yetkileri, parlamentarizme yakın bir şekilde arttırılmış, buna paralel olarak padişahın genel af çıkarma yetkisine Meclis ortak edilmiştir.<sup>14</sup>

1921 tarihli Anayasamızda yer almayan af yetkisi, Cumhuriyet döneminde ilk kez, 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu Anayasa

<sup>8</sup> AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır, 1986, s. 841.

<sup>9</sup> SOYASLAN, Doğan, "Af", *Anayasa Yargısı*, S. 18, Ankara, 2001, s. 415.

<sup>10</sup> Madde 7. "... mücazaat-ı kanuniyenin tahfifi veya affı ... hukuku mukaddese-i Padişahi cümlesindedir."

<sup>11</sup> Madde 7. "... mücazat-ı kanuniyenin tahfif veya affı, Meclisi Umuminin tasvibi ile afv-ı umumi ilanı ... hukuku mukaddese-i padişahidendir."

<sup>12</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; KİLİ, Suna, *Türk Anayasa Metinleri: Tanzimattan Bugüne Kadar*, Ankara, 1957, s. 75.

<sup>13</sup> KEYMAN, a.g.e., s. 85.

<sup>14</sup> SOYASLAN, a.g.m., s. 415.

ile af konusunda üç ayrı kurum kabul edilmiştir. Bunlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görevleri ile ilgili 26'ncı maddesinde “*umumi ve hususi af ilanı, cezaların tahfif ve tahvili, tahkikat ve mücazâtı kanuniyenin tecili*” şeklinde ifade edilmiştir. Yani “genel af”, “özel af” ve “takibat ve cezanın ertelenmesi” şeklinde düzenlenmiştir. Her üç yetki de Meclise tanınmış olmakla beraber 42'nci madde ile sadece özel af yetkisi, belli nedenlerin bulunması halinde Cumhurbaşkanına bırakılmıştır.

1961 Anayasası ile “takibat ve cezanın tecili”nden vazgeçilerek<sup>15</sup>, 64'üncü maddede “genel ve özel af” yetkisi düzenlenmiş bulunmaktadır. 97'nci maddede ise, Cumhurbaşkanının “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletebileceği veya kaldırabileceği” öngörülerek Cumhurbaşkanına sebep bakımından sınırlandırılmış bir bireysel özel af yetkisi de tanınmıştır.

Bu Anayasa'nın “ormanların korunması ve geliştirilmesi” başlığını taşıyan 131'inci maddesinin son fıkrasında “orman suçları için genel af çıkarılamaz” hükmü yer almakta ve böylece meclisin af yetkisi sınırlandırılmakta iken, 17.4.1970 tarih ve 1255 sayılı kanun ile bu hüküm maddeden çıkarılmıştır. Böylece orman suçları için de genel affın önü açılmıştır.

1982 Anayasası da aynı sistemi takip etmiş, 87'nci maddesinde genel ve özel af ilan etmek yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevleri arasında olduğunu belirtmiş, ancak “Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenlerin” ne genel ne de özel af ile affedilmelerini kabul etmemiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bu af kısıtlaması 2001 tarihli Anayasa değişikliği ile ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca 169'uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre, “münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel veya özel af kapsamına alınamaz” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek suretiyle orman suçları af haricinde bırakılmıştır.

Anayasanın 104'üncü maddesi ile 1961 Anayasasında olduğu gibi belirli nedenlerin bulunması halinde Cumhurbaşkanına bireysel özel af yetkisi tanınmıştır.

<sup>15</sup> Bu değişikliğin gerekçesi ise şu şekilde açıklanmıştır 1924 Anayasasında bulunan TBMM'nin yetkileri içerisinde yer alan “cezaların tahfif ve tahvili, tahkikat ve mücazâtı kanuniyenin tecili: TBMM'nin özel af yetkisi bulunduğuna göre tahfif ve tahvilden ayrıca bahsetmeye lüzum görülmemiştir. Tahkikat ve mücazâtın tecili ise tamamiyle mahkemelerin yetkisi içinde bulunduğundan yargının bağımsızlığı sebebiyle kaldırılmıştır.” (Anayasa'nın 64'üncü maddesinin gerekçesinden) ÖZTÜRK, Kazım, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları İle Türkiye Cumhuriyet Anayasası*, C. 2, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1966, 2261.

### III. Ceza Hukukunda Affın Yeri ve Hukuki Niteliği

Af kurumu ceza hukukunun en eski ve en çok tartışılan kurumlarından biri olma özelliği taşımakta ve insanlık tarihi boyunca dini, felsefi ve hukuki anlamda daima güncelliğini korumuş ve korumaktadır. Af yetkisinin, bu yetkiye sahip olanlar tarafından çoğu zaman kötüye kullanılması, bu kuruma karşı çeşitli dönemlerde çok şiddetli tepkilerin yöneltilmesine sebep olmuşsa da, bu tepkiler hiçbir zaman af kurumunun tamamen ortadan kaldırılmasına kadar ulaşmamıştır. Yakın dönemlerden itibaren af yetkisinin belirli hukuk kurallarına bağlı kalınarak kullanılması ve bu bağlamda keyfiliğe son verilerek kurumun kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla çeşitli çalışmalar yapılmakla birlikte; af kurumunun günümüz anlayışına uygun hale gelmesi yine de uzunca bir tarihsel süreçle gerçekleşmiştir.<sup>16</sup>

Genel olarak kaynağını anayasalarda bulan, teknik yönleri bakımından ise ceza kanunlarında düzenlenmiş olan af; bazen kamu davasını düşüren veya kesinleşmiş bir ceza mahkumiyetini bütün kanuni sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran, bazen de kesinleşmiş bir cezanın sadece kısmen ya da tamamen infazını önleyen veya başka bir cezaya dönüştüren yasama ya da yürütme organlarının yaptığı bir Kamu hukuku tasarrufudur.<sup>17</sup>

Af gerek doktrin gerekse Anayasa yargısı alanında affa yetkili organ tarafından kullanılan bir atıfet işlemi olarak kabul edilmiştir. Konuyla ilgili bir kararda Anayasa Mahkemesi şu görüşlere yer vermiştir;

“... anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında aftan yararlanma diye bir hak gösterilmiş değildir. Bu sebeple suçlular, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Anayasa'nın affa yetkili kıldığı makam, affın kapsamını da belirlemeye yetkilidir...”<sup>18</sup>

Anayasa Mahkemesi her ne kadar kararında affın bir atıfet işlemi olduğunu belirtmiş ise de uygulamalarında bu ifade edilenleri gösterememiş ve bu nedenle affın bir atıfet işlemi olduğunun Anayasa'ya konması gerektiği dahi ileri sürülmüştür.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> SÖZÜER, Adem, “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeyle İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, S. 18, Ankara, 2001, s. 219.

<sup>17</sup> ÖZEK, a.g.m., s. 119; KEYMAN, a.g.e., s. 42.

<sup>18</sup> E. 1964/12, K.1964/47, R.G. 21/09/1964, AMKD, S.2, s. 176.

<sup>19</sup> “Anayasa Mahkemesi'nin hem genel, ham de özel affın atıfet olduğunu dikkate almayıdır. Yüksek Mahkeme diyor ki eğer cezası ağır bir suç affediliyor ve cezası daha hafif bir suç affedilmiyorsa, bu suretle affedilenler lehine bir ayrıcalık yaratılmaktadır. Bu görüş yanlıştır. ... Bu noktaların takdiri Anayasa Mahkemesi'ne düşmez. Bu sebeptir ki mukayeseli hukuk doktrininde genel veya özel affın atıfet olduğu kabul edilir. Anayasa Mahkememiz bu görüşü yıllardır benimsemediğine göre keşmekeşi önlemek için atıfet kavramını Anayasa'ya koymak gerekmektedir.” KIRCA, Coşkun, “Hukuk Keşmekeşi-2”, *Akşam*, 05/05/2002.

Genel ve özel af kavramları ceza hukukuna özgü teknik kavramlar olup, bunların hüküm ve sonuçları ceza hukukunda düzenlenmiştir. 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 97'nci maddesine göre genel affın hüküm ve sonuçları,

Umumi af, hukuku amme davasını ve hükmolunan cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır.

şeklinde düzenlenmiştir. Özel affı düzenleyen 98'inci madde ise,

Hususi af, havi olduğu sarahate göre cezayı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir ve daha ağır bir cezadan mübeddel olan cezaya kanunen ilave edilmemiş bulunmak şartıyla mahkumun kanuni mahcuriyetini de ref eder. Ancak kanun veya kararnamesinde hilafı yazılı olmadıkça ferî ve mütemmim cezalara tesir etmez. Hususi affı tazammun eden kanun veya kararnamede sarahat bulunan ahval müstesnadır.

şeklinde özel affın hüküm ve sonuçlarını ortaya koymak suretiyle özel af kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre de genel ve özel af 765 sayılı Türk Ceza Kanununda ifade edilmiş olan ve aynı koşulları taşıyan kurumlardır. Zira 5237 sayılı Kanunun konuya ilişkin 65'inci maddesi şu şekildedir:

(1) Genel af hâlinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. (2) Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. (3) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.

Her iki kanunda yer alan bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere genel af vaki olmuş veya olacak ceza mahkumiyetinin hiç vaki olmamış gibi tüm hüküm ve sonuçlarını ortadan kaldıran bir kurum iken, özel af ceza mahkumiyetinin hüküm ve sonuçlarını tamamen ortadan kaldırmayıp sadece cezanın niteliğine ve miktarına ilişkin bir kurumdur. Bu tanımlardan görüldüğü üzere genel af veya özel affın bahsedebilmek için gerekli olan ön koşul bir ceza mahkumiyetinin varlığı veya tehdididir. Ceza mahkumiyetine konu olabilecek fiiller ise sadece teknik anlamda konusu suç teşkil eden fiillerdir. Zira Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçelerinde affın ne anlaşılması gerektiği yönünde sıkça atıfta bulunduğu Anayasa Mahkemesinin 2001/4 esas ve 2001/332 sayılı kararında "suç, ceza, kamu davası ve mahkumiyet" kavramlarına yer verilmesi de affın bahsedebilmek için öncelikli koşulun suçun varlığını vurgular niteliktedir.

Bu durumda "suç"un ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öztürk, Erdem ve Özbek'in de belirttikleri gibi suç genel teorisine göre, suç



adı verilen hukuka aykırı fiiller ile diğer hukuka aykırı fiiller birbirinden ayrılmaktadır. Her hukuka aykırı fiil suç teşkil etmezken, her suç ise hukuka aykırı bir fiildir. Suçtan kasıt ceza normunu ihlal eden bir fiildir. Suç genel teorisi esasları çerçevesinde suç denilince, kusur yeteneği bulunan bir kimsenin tipe (kanuni unsura) uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareketi anlaşılır. Bu unsurların tamamını ihtiva etmeyen bir fiil teknik anlamda suç değildir ve böyle bir fiili işleyen faile ceza verilemez. Çünkü ceza, teknik anlamda suç olduğu saptanan fiiller için ve istisnasız olarak ancak kanunla konulabilen, çeşitleri, kural olarak, Türk Ceza Kanununda gösterilmiş bulunan ve ancak bir ceza mahkemesi tarafından hükmedilebilen bir yaptırımdır. Suç, bir başka deyişle, ceza hukuku anlamında ceza yaptırımı gerektiren fiildir. Bu ceza yaptırım türleri de hürriyeti bağlayıcı cezalar ile adli para cezalarıdır. Ancak hukuka aykırı oldukları halde suç oluşturmayan fiiller de vardır ki bunlar da üç grupta toplanabilir:

- Haksız fiiller.
- Emniyet tedbiri gerektiren fiiller.
- İdari yaptırımı gerektiren fiiller:
  - Disiplin cezasının gerektiren fiiller.
  - Zabita tedbirlerini gerektiren fiiller.
  - Vergi cezasını gerektiren fiiller.<sup>20</sup>

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere disiplin cezasını gerektiren fiiller, idari para cezasını gerektiren fiiller ile vergi cezasını gerektiren fiillerin yaptırımları için de her ne kadar suç ve ceza terimleri kullanılsa da bu yaptırımlar ceza hukuku anlamında ve Anayasa Mahkemesinin affın tanımını yaparken kullandığı gibi bir suç ve ceza oluşturmayıp bir idari müeyyideden ibarettir.<sup>21</sup> Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bu kararındaki af tanımını ceza hukukunun dışında olan idari müeyyidelerin affını da kapsayacak şekilde yorumlamaya imkan bulunmamaktadır. Bundan dolayı da idare veya vergi mahkemelerinde açılmış bir kısım davaların da ortadan kaldırılmasının af kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olamayacaktır. Vergi cezalarının bir kısmı idari nitelikte iken bir kısmı ise ceza yargılamasına konu olan adli nitelikteki cezalardır. Vergi cezalarını etkileyen düzenlemelerin af kapsamına girip girmediğinin tespitinde bu ikili ayrımın göz önünde bulundurulması gerekecektir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi de 1990/29 esas ve 1991/37 sayılı, 1994/46 esas ve 1994/57 sayılı kararlarında bu ikili ayrımı vurgulamaktadır.

<sup>20</sup> ÖZTÜRK, Bahri; ERDEM, M. Ruhan; ÖZBEK, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2002, s. 97-98.

<sup>21</sup> Geniş bilgi için bkz. ERİKLİ, Hasan, 1982 *Anayasası Kapsamında Af Kanunlarının Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranmasıyla Ortaya Çıkan Sorunlar*, TBMM Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004.

#### IV. Anayasa Mahkemesine Göre Af

Anayasa Mahkemesinin af teriminden ne anlaşılması gerektiği hususunda açıklamalarda bulunduğu kararlarından biri 18.7.2001 tarihli, 2001/4 esas ve 2001/332 sayılı karardır. Anayasa Mahkemesi bu kararda affı, “suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflardır. Af yetkisinin kullanılması, netice itibariyle devletin cezalandırmak hakkından geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir. Af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku tasarrufu” şeklinde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararda affın bir kısım unsurlarını belirlerken suç, ceza, mahkumiyet ve kamu davası terimlerini özellikle vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin idari ceza-adli ceza ayırımına yer verdiği 15.10.1991 tarihli, 1990/29 esas ve 1991/37 sayılı kararda, Anayasa Mahkemesi, affı açık bir şekilde ceza hukuku anlamında af olarak gördüğünü belirtmemektedir. Ancak, Mahkemenin kararları incelendiğinde suç ve ceza kavramlarını özellikle belirttiğini görmekteyiz. Buradan hareketle, suç ve cezanın ancak ceza hukuku anlamında oluştuğunu ve Anayasa Mahkemesinin de bu suç ve cezaların affını teknik anlamada af olarak gördüğünü ifade edebiliriz. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bu kararda

“... vergi idarelerince verilen para cezalarının; teknik anlamda ceza niteliğinde olmadığı, idari birer yaptırım niteliğinde olduğu hususundaki düşünceler de gözetildiğinde belge düzenine ilişkin idari düzenlemelere aykırı davranış suç değil, birer disiplin suçu, hatta bir tür mali kolluk önlemi olarak değerlendirilebilir.<sup>22</sup>

ifadeleriyle idari ceza-adli ceza ayırımı yaptığını görmekteyiz.

Anayasa Mahkemesinin idari ceza-adli ceza ayırımını ortaya koyduğu bir diğer kararı da 18.7.1994 tarihli, 1994/46 esas ve 1994/57 sayılı karardır. Anayasa Mahkemesi bu kararda

“Vergi hukukunda, vergi suçları ve cezaları; mali ve idari suç ve cezaları, ceza hukuku alanında ve anlamında suç ve cezalar olarak iki kategoriye ayrılmaktadır. Mali ve idari nitelikteki suç ve cezalarda eylem ve yaptırım, idari yöntemlerle saptanmaktadır. Vergi idaresince suç olarak saptanan fiiller için yargı kararına gerek olmadan, vergi idarelerince ceza verilmektedir. Bu tür suçların yaptırımı mali ve idaridir. Anayasa'nın 38'inci

<sup>22</sup> E. 1990/29, K.1991/37, R.G. 05/02/1992, AMKD, S.27, C.2, s. 609.

maddesinin sekizinci fıkrasındaki 'idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.' kuralında da idari ve mali nitelikteki vergi suç ve cezaları ile maddi ceza hukuku anlamındaki vergi suç ve cezaların birbirinden farklı kurumlar olarak öngörüldüğü anlaşıl-  
maktadır"<sup>23</sup>

ifadeleriyle vergi suç ve cezalarında idari-adli ceza ayrımı olduğunu ortaya koymuş ve bu çerçevede her türlü vergi suç ve cezasının ceza hukuku anlamında ceza olmadığını hükme bağlamıştır.

Affin nitelendirilmesine yönelik bir diğer Anayasa Mahkemesi kararı da 28.5.2002 tarihli, 2002/99 esas ve 2002/51 sayılı karardır. Davaya konu olan Kanun, daha önce Cumhurbaşkanıca bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilen 25.4.2002 tarihli ve 4754 sayılı Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisince aynen kabul edilen 21.5.2002 tarihli ve 4758 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanundur. Cumhurbaşkanı geri gönderme gerekçesinde 4754 sayılı Kanunun af niteliğinde olduğu ve bu nedenle nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi ise söz konusu kanundaki düzenlemenin şartlı salıverme olduğu, af niteliğinde olmadığı düşüncesiyle 4754 sayılı Kanunu 4758 sayılı Kanun olarak aynen kabul etmiştir. Bunun üzerine Cumhurbaşkanı tarafından 4758 sayılı Kanununun iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi de 4758 sayılı Kanunun 1'inci maddesinin (2) numaralı bendinin şartlı salıverme olmayıp af niteliğinde olduğunu belirterek ilgili hükmü iptal etmiştir.<sup>24</sup> Anayasa Mahkemesine göre şartla salıverme için şu koşulların oluşması gerekir. Cezanın belirli bir süre çekilmiş olması, hükümlünün bu süre içinde iyi hal göstermesi, şartla salıverildikten sonra gözetim altında kalması, şartla salıvermenin gereklerine uyulmaması durumunda şartla salıverme kararının geri alınabilmesidir. Ancak, Anayasa Mahkemesi 4758 Sayılı Kanunun iptaline karar verirken öncelikli olarak bu kanunun şartla salıverme kanunu olmadığını tespitini yapmıştır. Buradan çıkan sonuç da şudur ki: Anayasa Mahkemesinin şartla salıverme için belirlenmiş olan şartlara uygun olarak çıkarılmış bir kanun için nitelikli çoğunluk aramayacağıdır.

<sup>23</sup> E. 1994/46, K.1994/57, R.G. 14/12/1995, AMKD, S.31, C.1, s. 368.

<sup>24</sup> E. 2002/99, K.2002/51, R.G. 06/11/2002.

## V. Cumhurbaşkanına Göre Af

Cumhurbaşkanı; 25.4.2002 tarihli ve 4754 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunu, 2.1.2003 tarihli ve 4779 sayılı Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunu, 16.1.2003 tarihli ve 4792 sayılı Vergi Barışı Kanununu 1,2,3,5,6,7,12,14,15 ve 19'uncu maddeleri nedeniyle, 17.12.2003 tarihli ve 5023 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanunu, 17.12.2003 tarihli ve 5022 sayılı At Yarışları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu 4'üncü maddesi nedeniyle, 9.7.2004 tarihli ve 5215 sayılı Belediyeler Kanununu Geçici 4'üncü maddesi nedeniyle, 23.2.2005 tarihli ve 5306 sayılı Yükseköğretim Kanununa Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanunu af niteliğinde oldukları gerekçeleriyle Anayasanın 89'uncu ve 104'üncü maddeleri gereğince bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermiştir. Cumhurbaşkanının af niteliği taşıdığı gerekçesiyle iade etmiş olduğu kanunların ilgili maddelerine bakıldığında, Cumhurbaşkanının af kavramını idari-adli ceza ayrımını, suç kavramını göz önünde bulundurmaksızın geniş yorumladığı gözlemlenmektedir. Zira geri gönderilen 4754 sayılı Kanunun, 4779 sayılı Kanunun, 5023 sayılı Kanunun ve 5215 sayılı Kanunun ilgili maddeleri incelendiğinde, söz konusu maddelerdeki düzenlemelerin adli nitelikteki suç ve cezalara ilişkin olduğu, buna karşılık geri gönderilen 5022 sayılı Kanunun disiplin cezasının affı niteliği taşıdığı, 5306 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin ise idari nitelikteki yaptırımlara ilişkin olduğu görülmektedir. Bunlara ek olarak, af kapsamına girdiği gerekçesiyle geri gönderilen 4792 sayılı Kanunun 1, 2, 3, 5, 6, 7, 12, 15 ve 19'uncu maddeleri idari yaptırımlara ilişkin af hükümleri içermekte, 14'üncü maddesi adli suç ve cezalara ilişkin af hükümleri içermektedir. Cumhurbaşkanı adli-idari ceza ayrımı gözetmeksizin söz konusu kanunun belirtilen maddelerinin tamamını af kapsamında görmüş ve nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi gerektiği halde bu şekilde kabul edilmediği için Meclise bir daha görüşülmek üzere geri göndermiştir.

Cumhurbaşkanının bir kanunun af niteliğinde olup olmadığı konusundaki yaklaşımlarından birisi de cezalar ile kamusal alacaklar arasında bir ayırım yapmasıdır. Cumhurbaşkanı yukarıda ifade edildiği gibi her türlü cezanın azaltılmasını veya ortadan kaldırılmasını öngören hükümleri af kapsamında nitelendirmekteyken, verginin aslı, gecikme zammı, gecikme faizi gibi kamusal alacakların indirimini veya terkinini öngören hükümleri af niteliğinde görmemektedir.

Nitekim, 16.1.2003 tarihli ve 4792 sayılı Vergi Barışı Kanununun geri gönderme tezkeresinde Cumhurbaşkanı, bu ayrımı net bir şekilde ortaya koymaktadır. Cumhurbaşkanı, geri gönderme tezkeresinde

Vergi Usul Yasasında öngörülen parasal vergi cezaları, diğer “para cezaları” gibi, ilgili yönetim birimlerince verilen ve “kamu cezası” özelliği gösteren yaptırımlardır. Bir başka deyişle vergi cezaları, vergi yükümlüsü ya da sorumlusunu, para cezaları da kişileri kamu düzenine uymaya zorlayan “ceza” nitelikte yaptırımlardır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin, 3787 sayılı “Bazı Kamu Alacaklarının Tahsilatının Hızlandırılması ve Matrah Artırımı Hakkındaki Kanun” a ilişkin 24.6.1993 günlü, E: 1992/29, K: 1993/23 sayılı kararında, “Vergi hukukunda yer alan ‘vergi cezaları’ da mükelleflerin ya da sorumluların yasalarda belirtilen vergi suçlarını işlemeleri durumunda uygulanan mali ve hürriyeti bağlayıcı nitelikteki yaptırımlardır. Gecikme zammı ve gecikme faizinde amaç, kamu alacaklarının zamanında ödenmemesinden dolayı hazinenin uğradığı zararı karşılamak olmasına karşın, vergi cezaları, belirlenen vergi suçlarını işleyenleri cezalandırmak amacını taşır. Bu cezalar, vergi idareleri tarafından idari usullerle ve yargı kararı gerekmesizin uygulanan mali ve idari nitelikli yaptırımlar olabileceği gibi, yargı organlarıınca ceza yargılama usulleri uygulanarak hürriyeti bağlayıcı ceza niteliğindeki yaptırımlar da olabilir.”

denilerek, vergi cezalarının hukuksal niteliği açıkça ortaya konulmuştur. Yüksek Mahkeme bu kararında,

“yargı yerlerince-ilgili yönetim birimlerince” verilmesi ya da “hürriyeti bağlayıcı-mali ve idari” nitelikte olması arasında ayırım yapmadan, yalnızca “amacı” gözeterek, tüm vergi cezalarını suç işleyenleri cezalandırmak için verilen “ceza” yaptırımlar olarak kabul etmiştir. Bir ceza yaptırımı olduğu yukarıda açıklanan vergi cezaları ile para cezalarının tahsilinden kısmen ya da tamamen vazgeçilmesi af niteliğindedir.”

ifadelerine yer vermek suretiyle kamusal alacaklar ile cezalar arasında bir ayırım yaptığını, cezaların azaltılmasını veya ortadan kaldırılmasını öngören hükümlerin af niteliğinde olduğunu buna karşılık kamusal alacaklara ilişkin düzenlemelerin af niteliğinde olmadığını vurgulamaktadır. Bu kapsamda 6.6.2003 tarihli ve 4876 sayılı T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve Tarım Kredi Kooperatifleri Tarafından Üreticilere Kullandırılan ve Sorunlu Hale Gelen Tarımsal Kredilerin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanunun 3’üncü maddesi zamanında ödenmeyerek hazine alacağına dönüşen tarımsal kredilerin taksitlendirilmesini, taksit süresince herhangi bir faiz uygulanmamasını, borcun peşin ödenmesi halinde toplam alacak miktarı üzerinde yüzde 30 oranında indirim yapılmasını öngörmesine rağmen söz konusu kanun Cumhurbaşkanınca af niteliğinde görülmeyle yayımlanmıştır. Aynı şekilde 2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış

Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanununun geçici 7'nci maddesinde firmaların belli oranda birikmiş olan elektrik, sosyal sigortalar prim ve vergi borçlarına faiz tahakkuk ettirilmeyeceği hükme bağlanmışken, söz konusu Kanun yine Cumhurbaşkanınca af niteliğinde görülmeyle yayımlanmıştır. Cumhurbaşkanının, belirlemiş olduğu bu ikili ayrıma ilişkin yaklaşımına aykırı olan uygulamaları da bulunmaktadır. 28.12.2001 tarihli ve 4731 sayılı 17.8.1999 ve 12.11.1999 Tarihlerinde Meydana Gelen Depremlerden Zarar Görenlerin Vergi Borçları ve Vergi Cezalarının Terkini İle Vergi Usul Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu Ve Organize Sanayi Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun esas itibarıyla çeşitli vergilerin, bu vergilere ilişkin gecikme faizi ve gecikme zammı gibi kamusal alacakların terkinini ve ödenmesinde bir kısım imkanların tanınmasını öngörmekteydi. Ancak Kanunun 1'inci maddesinde gecikme zammı, gecikme faizi, fon payı gibi kamusal alacakların terkininin yanı sıra vergi cezalarının da terkinini öngörmekteydi. Cumhurbaşkanının yaklaşımına göre her türlü cezanın terkininin af niteliğinde olması nedeniyle, söz konusu Kanun kısmen uygun bulunmayarak geri gönderilmeliydi. Ancak, Cumhurbaşkanı benimsemiş olduğu yaklaşımla çelişir nitelikte, kamusal alacakların yanı sıra vergi cezalarının terkinini de öngören Kanunu bir daha görüşülmek üzere Meclis'e geri göndermemiş, yayımlamıştır.

Herhangi bir şart olmaksızın ceza niteliğinde olmayan bir kamu alacağından vazgeçilmesi Cumhurbaşkanı tarafından af niteliğinde görülmezken, davadan vazgeçme şartına bağlı olarak, aynı nitelikteki (ceza niteliğinde olmayan bir kamu alacağı) bir alacaktan vazgeçilmesi de af niteliğinde görülmeyle olacaktır. Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçeleri incelendiğinde af kanunlarının nitelendirilmesinde Cumhurbaşkanınca göz önünde bulundurulmuş hususlardan birisinin de borç ilişkisinden kaynaklanan davaların, belli şartların gerçekleşmesi halinde durmasına, ortadan kalkmasına, açılmamasına ve davadan vazgeçilmesine dair düzenlemeleri af niteliğinde görmediğidir. Zira 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilât Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Geçici 2'nci maddesinde borç ilişkisinden kaynaklanan davaların açılmamasına ve davalardan vazgeçilmesine, 4876 sayılı T.C. Ziraat Bankası A.Ş. ve Tarım Kredi Kooperatifleri Tarafından Üreticilere Kullandırılan ve Sorunlu Hale Gelen Tarımsal Kredilerin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanunun 5'inci maddesinde borç ilişkisinden kaynaklanan davaların durmasına, 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici 1'inci maddesinde borç ilişkisinden kaynaklanan davaların ortadan kalkmasına dair düzenlemeler

bulunmasına rağmen, söz konusu kanunlar Cumhurbaşkanınca af niteliğinde görülmeyerek bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderilmemiştir.

Cumhurbaşkanı, geri gönderme gerekçelerinin birçoğunda Anayasa Mahkemesinin 18.7.2001 tarihli, 2001/4 esas ve 2001/332 sayılı kararına atıfta bulunmaktadır. Geri gönderme gerekçelerinde bu Anayasa Mahkemesi kararında affın tanımının; kimi zaman kesinleşmiş cezaları ortadan kaldıran ya da değiştiren, kimi zaman da kamu davasını düşüren ya da mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir yasama tasarrufu olarak belirtildiği üzerinde durulmuştur. Ancak ilgili Anayasa Mahkemesi kararı daha detaylı incelenecek olursa, yukarıda ifade edildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin affın tanımını,

suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflardır. Af yetkisinin kullanılması, netice itibariyle devletin cezalandırmak hakkından geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir. Af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku tasarrufu

şeklinde yaptığı görülecektir. Anayasa Mahkemesi bu kararında affın bir kısım unsurlarını belirlerken suç, ceza, mahkumiyet ve kamu davası terimlerini özellikle vurgulamaktadır. Affın kapsamının belirlenmesi için öncelikle, Anayasa Mahkemesinin kullandığı bu terimlerin anlaşılmasında fayda vardır. Bu kavramların anlaşılabilmesi için de yukarıda belirtildiği üzere ceza hukukunun genel ilkelerine başvurmak gerekecektir.

## VI. Karşılaştırmalı Hukukta Af Kanunlarının Kabulünde Aranılan Çoğunluk

Kemal Gözler'in yirmi iki ülkede<sup>25</sup> genel af ve özel af yetkisinin hangi organlara verildiği ve bu yetkilerin kullanılmasının ne gibi şartlara tabi tutulduğunu incelediği makalesinden<sup>26</sup> çalışmamız için önemli olan af kanunlarının kabulünde özel karar yeter sayısı aranıp aranmadığı hususuna aşağıda yer vereceğiz.

<sup>25</sup> Gözler, bu 22 ülkeyi Arend Liphart'ın demokratik olarak kabul ettiği yirmidört ülkeden Avustralya, Kanada ve Yeni Zelanda'yı çıkarmak ve Türkiye'yi eklemek suretiyle tespit ettiğini belirtmektedir. Bu yirmi iki ülke şunlardır: ABD, Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Lüksemburg, Norveç, Portekiz, Türkiye ve Yunanistan.

<sup>26</sup> GÖZLER, Kemal, "Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Af Yetkisi", *Anayasa Yargısı*, S. 18, Ankara, 2001, s. 298-329.

Kemal Gözler'in incelemiş olduğu anayasalardan iki ülkenin anayasası genel af kanunlarının çıkarılmasını, bu kanunların kabulü için nitelikli çoğunluk kuralı öngörerek zorlaştırmıştır. Bu durumda genel af kanunları, anayasalar gibi kanunlardan daha zor kabul edilebilen "katı" kanunlardır. İncelenen ülkeler arasında genel af kanunlarını katılaştırmış ülkelerden biri İtalya diğeri ise Yunanistan'dır. 1947 İtalyan Anayasasının 79'uncu maddesi, genel affın (amnistia) ancak her iki Meclisin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul ettiği bir kanunla verilebileceğini öngörmektedir (m. 79/1). 1975 Yunan Anayasasına göre de genel af, Meclis'in üye tamsayısının beşte üçlük bir çoğunluğuyla kabul edeceği bir kanundan sonra ilan edilebilir (m. 47/3). Diğer ülkelerde anayasalar genel af kanunlarının kabulü için özel bir kabul yetersayısı öngörmediklerine göre, bu ülkelerde af kanunları normal kanunlar gibi kabul edilebilirler.<sup>27</sup>

Ülkemizde Anayasa'nın 87'nci maddesinde 2001 yılı değişikliği ile af kanunlarında aranan nitelikli çoğunluk şartı ile ortaya çıkan sorunların çözümünde karşılaştırmalı hukuk bize fazla yardımcı olamayacaktır. Çünkü karşılaştırmalı hukukta öncelikle af kanunlarında nitelikli çoğunluk arayan sadece iki ülke vardır. Bunlardan da hangi suçların affedilebileceğini açıkça öngörmüş olan Yunanistan<sup>28</sup> da ülkemizde yaşanan sorunlar için örnek olamayacaktır. Çünkü, bu ülkede hangi suçlar için nitelikli çoğunluk aranacağı açıkça belirtilmiştir. Bu durumda sadece bize örnek olabilecek tek ülke kalmıştır. O da af konusunda bizimle benzer Anayasa hükümlerine sahip İtalya'dır. Bu ülke ile ilgili incelemelerinden ulaştığımız sonuç ülkemiz için tam bir örnek teşkil etmektedir. Aynı zamanda af kanunları ile ilgili İtalya örneği ileriki dönemlerde Anayasa'nın 87'nci maddesi ile ilgili olarak gelmesi muhtemel iptal davalarında Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına da örnek teşkil edecektir.

Bilindiği gibi Anayasa'nın 87'nci maddesi ile ilgili olarak ülkemizde yaşanan en büyük sorun ve henüz netleşmemiş, Anayasa Mahkemesi kararına konu olmamış olan husus yukarıda da bahsedildiği üzere hangi af kanunlarında nitelikli çoğunluk aranacağı meselesidir. Nitelikli çoğunluk ceza hukuku ile sınırlı mı tutulacak, yoksa bütün aflarda (vergi afları, disiplin afları vs.) nitelikli çoğunluk

<sup>27</sup> GÖZLER, *a.g.m.*, s. 318.

<sup>28</sup> 1. Cumhurbaşkanı, Adalet Bakanının tavsiyesi üzerine çoğunluğunu hukukçuların oluşturduğu bir konseye danıştıktan sonra af çıkarma, mahkemelerin verdiği cezaları azaltma veya hafifletme ile verilen ve çekilen tüm cezaların tüm sonuçlarını hükümsüz kılama hakkına sahiptir.  
2. Cumhurbaşkanı yalnızca Parlamentonun onayıyla 86. maddeyle temin edildiği üzere mahkum edilmiş bir bakan için af çıkarma hakkına sahiptir.  
3. Af yalnızca politik suçlara verilir, bunun için milletvekillerinin beşte üçlük çoğunluğuna gerek vardır.  
4. Adi suçlara yasayla bile af çıkarılamaz. (Yunanistan Anayasası madde 47).



aranacak mıdır? Biz bu sorunun cevabının, hemen hemen aynı Anayasa hükmüne sahip İtalya'da nasıl çözümlendiğini bulmaya çalıştık. İtalyan Anayasasının 6 Mart 1992 tarih, 1 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile değişik 79'uncu maddesi<sup>29</sup>, tüm af ve ceza indirimi yasalarının yürürlüğe girebilmelerini, en az üçte iki kabul oyu oranı ile onaylanmaları şartına bağlamaktadır.

Görüldüğü üzere, İtalyan Anayasasında da affın neleri kapsayacağı, (sadece ceza hukukundaki suçları mı yoksa idari para cezalarının ve disiplin cezalarının affını da kapsayacağı) belirtilmemiştir. Dolayısıyla Türkiye'de yaşanan yukarıda bahsettiğimiz sorunun yaşanması muhtemeldir.

İtalyan Anayasa Mahkemesi de, idari bir sürecin sonucunda gerçekleşen ceza iptallerinin, “vergi affı” olarak bilinen süreçler dahil, teknik açıdan “af” olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir.<sup>30</sup>

Bu nedenle vergi affı olarak tabir edilen idari uygulamalar, Anayasanın “af kanunları” için öngördüğü kabul oranları aranmaksızın normal kanun çerçevesinde yürürlüğe girmektedir.<sup>31</sup>

Kanunlar ile belirlenmiş usuller çerçevesinde hükmedilmiş cezaları ilgilendirdiklerinden, disiplin aflarının kanun hükmü bulunan uygulamalar ile hayata geçirilmesi gerekmektedir. Ancak, Anayasa'nın 79'uncu maddesinde hükme bağlanan çoğunluk şartı bu yasalarda da aranmamaktadır.

Vergi ve disiplin afları uygulamalarında yetkili kurum, Anayasa'nın 70'inci maddesi<sup>32</sup> hükümlerine göre yasama organı olan Meclis'tir.

Ayrıca Anayasa'nın 79'uncu maddesi hükümleri çerçevesinde öngörülen çoğunluk şartı, “genel af” ve “ceza indirimi” ile ilgili yasaların Hükümetlerce Kanun Hükmünde Kararname şeklinde çıkarılmalarına imkan tanımamaktadır. Disiplin cezalarının affı veya vergi afları ise Kanun Hükmünde Kararname ile de çıkarılabilmektedir.

<sup>29</sup> “Af, madde madde ve son olarak da tasarının tümü için yapılacak oylamalarda her iki Kamara üyelerinin üçte ikilik çoğunluğu ile kabul edilen bir kanun aracılığı ile tanınır.

Af kanunu, uygulamanın son şeklini belirler.

Her halükarda af, tasarının sunumundan sonra işlenen suçlara uygulanmaz.”

<sup>30</sup> İtalya Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. 1988/369, 1995/427, 2004/196; <http://www.cortecostituzionale.it/ita/attivitaacorte/pronunceemassime/pronunce/filtro.asp>

<sup>31</sup> 30 Kasım 1994 tarih ve 656 sayılı Kanun, 19 Haziran 1997 tarih ve 218 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 27 Aralık 2002 tarih ve 289 sayılı Kanun; [http://www.camera.it/parlam\\_/leggi/022891.htm#legge](http://www.camera.it/parlam_/leggi/022891.htm#legge)

<sup>32</sup> Yasama görevi iki Meclis tarafından birlikte icra olunur. (İtalya Anayasası md. 70).

## Sonuç

Anayasanın Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerine ilişkin 87'nci maddesinde 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu maddede iki yenilik getirilmiştir. Bunlardan birincisi genel ve özel af ilanı için Meclis üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararının aranmasıdır. Diğeri ise genel ve özel af yasağı kapsamına giren Anayasanın 14'üncü maddesindeki fiillerin de yasak kapsamından çıkarılması olmuştur.

Anayasa'da yapılan bu değişikliklerden önce sürekli eleştirilen bir nokta suydur. Meclis'in, Anayasanın genel af ve özel af yasağı kapsamında bulunan 14'üncü maddesindeki fiilleri de af kapsamına almak amacıyla esasında af kanunu olan kanunların başka isimler altında (şartla salıverme, erteleme gibi) af yasağı kapsamındaki fiilleri de af kapsamına aldığı ileri sürülmüştür. Bu maksatla af kanunuyla yapılabilecek durumları, şartla salıverme veya erteleme adı altında yapmaya çalıştığı ve bu sebeple de Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki fiilleri de kapsam içine aldığıdır. Yapılan Anayasa değişikliğiyle artık kanun koyucu 14'üncü madde kapsamındaki fiilleri de affedebilecektir. Bundan dolayı kanunun isminin önemi veya içeriği önemli olmayacaktır. Meclis'in buna yetkisi olacaktır. Meclis doğrudan doğruya af kanunlarıyla, yasak kapsamındaki Anayasa'nın 14'üncü maddesindeki fiilleri de affedebilecektir. Bu değişiklikle kanun koyucunun af kanunları haricinde, aynı sonucu almak için şartla salıverme, erteleme adı altında kanunlara artık gerek duymayacağı düşünülmüştür.

Ancak, af kanunlarının kabulü için nitelikli çoğunluk aranmasıyla kanun koyucunun af haricinde şartla salıverme ve erteleme gibi kanunları kabul etme sorunu varlığını yine sürdürmeye devam etmektedir. Çünkü, bu durumda da kanun koyucu Anayasa'nın genel ve özel af için nitelikli çoğunluk aradığını, şartla salıverme veya erteleme için bunu öngörmediğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla yine aflu ulaşabileceği neticeye kanunların ismini değiştirmek suretiyle adi çoğunlukla kabul edilecek kanunlarla ulaşmaya çalışmaktadır.

Af kanunlarında nitelikli çoğunluk aranmasıyla ortaya çıkan bir sorun da Anayasa'nın 87'nci maddesinin kapsamının ne olacağı sorunudur. Biz burada kapsamın maddi ceza hukuku anlamında suç ve cezaların affını öngören genel af ve özel af ile sınırlı olması gerektiğini düşünüyoruz. Cumhurbaşkanının ifade ettiği gibi disiplin cezaları ve idari para cezalarının affının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğine inanmaktayız. Yasama organı, disiplin cezalarını ve idari para cezalarını affederken Anayasa'nın 87'nci maddesindeki soyut af yetkisine dayanmamaktadır. Bu cezaların affında yasama organı yetkisini, yasama yetkisinin genelliğinden almaktadır. Çünkü, 87'nci maddedeki af yetkisi

yasama organına verilmemiş olsaydı dahi yasama organı vergi affına, disiplin cezalarının affına, idari yaptırımların affına yetkili olacaktı.

Ancak, bugüne kadar disiplin cezaları ve idari para cezalarının (vergi afları da dahil) affı konusunda nitelikli çoğunluğun aranmamış olması dolayısıyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş bir dava yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin önüne böyle bir dava gelmesi durumunda iki seçeneği bulunmaktadır. Ya Cumhurbaşkanının da özellikle geri gönderme gerekçelerinde vurguladığı gibi Anayasa'nın 87'nci maddesini geniş yorumlayıp idari para cezaları ve disiplin cezalarının affı için de nitelikli çoğunluk şartı aramak, ya da affı dar yorumlayarak nitelikli çoğunluğu sadece maddi ceza hukuku anlamındaki suç ve cezaların affında aramak. Ancak Anayasa Mahkemesi affı geniş yorumladığı takdirde şöyle bir ilginç durum ortaya çıkacaktır. Disiplin cezaları ve idari para cezalarının affı için nitelikli çoğunluk şartı aranırken, şartla salıverme ve erteleme için adi çoğunluk yeterli olacaktır. Bu durumda, örneğin uyarma cezalarının affı için nitelikli çoğunluk şartı aranması gerekecek iken, bir mahkumun cezasını tamamlamadan şartla salıverilebilmesi veya cezasının ertelenebilmesi için ise adi çoğunluk yeterli olacaktır.

Anayasanın 87'nci maddesinde belirtilen nitelikli çoğunluk şartı Anayasanın 96'ncı maddesinde belirtilen Türkiye Büyük Millet Meclisinin karar alma yeter sayısına getirilmiş bir istisna hükmüdür. Hukukta geçerli olan genel ilke, istisna hükümlerinin dar yorumlanmasıdır. Dolayısıyla nitelikli çoğunluk şartının idari para cezaları ve disiplin cezalarının affını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasına imkan bulunmamaktadır.

Kaldı ki ceza hukuku alanı haricinde Anayasa'da belirtilen genel af ve özel af kavramları kullanılmamaktadır. Vergi aflarında, idari para cezalarının affında veya disiplin cezalarının affında genel af veya özel af kavramına rastlanılmaz. Kısaca disiplin cezasının veya idari para cezalarının affı söz konusu olur, bunların genel affı veya özel affı gibi bir durum düşünülemez. Anayasalarımızda ilk kez genel-özel af kavramına 1961 Anayasasında yer verilmişken, genel-özel af kavramları, bunların hüküm ve sonuçları 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununda, 1961 Anayasasında yer almadan çok daha önce, düzenlenmiştir. Dolayısıyla 1961 Anayasasında genel ve özel af kavramlarının Türk Ceza Kanunundan alınan kavramlar olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle de Anayasa koyucu, genel-özel af kavramlarını ayrıca açıklama yoluna gitmemiştir.

Diğer bir sorun olan ceza hukuku anlamındaki genel af ve özel affın şartla salıverme ve ertelemeden farklarının tam belirgin olmamasıdır. Bir kısım

yazarlar yasama organının mahkeme kararları üzerinde olan etkisinin ancak af yoluyla kullanabileceğini savunmaktadır. Böyle olunca da yasama organını şartla salıverme ve erteleme için yetkisiz olarak görmekte, yasama organının bu tür düzenlemeleri yaparak fonksiyon gaspına yol açtığını belirtmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi böyle düşünmemektedir. Anayasa Mahkemesi, öncelikle yasama organının erteleme ve şartla salıverme adı altında düzenleme yapabileceğini öngörmektedir. Bizim de katıldığımız görüş budur. Ancak yasama organı bu düzenlemeleri hangi çoğunlukla kabul edeceği hususunda Anayasa Mahkemesinden ayrılmaktayız. Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir kanununun nitelendirmesini şartla salıverme veya erteleme şeklinde yapması durumunda bu kanunlar için adi çoğunluk şartını yeterli görmektedir. Halbuki bize göre yasama organının mahkeme kararlarını etkileyebileceği tek bir yol vardır. O da Anayasa'nın 87'nci maddesindeki af yetkisini kullanmaktır. Dolayısıyla her ne kadar ismi ve özellikleri af olmasa da mahkeme kararları üzerinde etki yaratacak bu düzenlemelerin de nitelikli çoğunlukla yapılması gerekmektedir.

Af kanunlarının Meclis'te görüşülmesinde ise içtüzük kuralı gereği af içeren maddelerde ve kanunun tümü üzerinde nitelikli çoğunluk şartı aranmaktadır. Ancak bize göre burada da nitelikli çoğunluğun tümü üzerinde aranmasının yeterli olması gerekir.

Af kanunlarını veya kanunların içinde af içeren maddeleri tespit ederken şu hususa da öncelikle dikkat etmek gerekir. Af kanunlarının geçici ve bir defaya mahsus olması gerekir. Yoksa infaz kanunları veya ceza kanunlarında yapılan sürekli, genel ve soyut kurallar içeren değişiklikler neticesinde lehe olan kanun hükmünün uygulanması neticesinde affa benzer bir durum söz konusu olsa bile bu kanunların af kanunu kabul edilmesi mümkün değildir.

Cumhurbaşkanının nitelikli bir çoğunluk gerektiren af kanununu bu çoğunluğun sağlanamaması nedeniyle yok sayması mümkün değildir. Aksi takdirde Anayasa Mahkemesi'nin fonksiyonu tartışılır hale gelecektir. Cumhurbaşkanı, isterse Anayasa Mahkemesi'ne şekil bakımından iptal davası açabilecektir.

## Kaynakça

AKGÜNDÜZ, *Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır, 1986.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergileri.

- ARMAĞAN, Servet, “Anayasa hukuku Açısından Af Yetkisinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, S. 18, Ankara.
- ERİKLİ, Hasan, *1982 Anayasası Kapsamında Af Kanunlarının Kabulünde Nitelikli Çoğunluk Aranmasıyla Ortaya Çıkan Sorunlar*, TBMM Uzmanlık Tezi, Ankara, 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; KİLİ, Suna, *Türk Anayasa Metinleri: Tanzimattan Bugüne Kadar*, Ankara, 1957.
- KEYMAN, Selahattin, *Türk Hukukunda Af*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1965
- KIRCA, Coşkun, “Hukuk Keşmekeşi-2 ”, *Akşam*, 05/05/2002.
- ÜNAL, Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı*, Ankara, 1994.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2000.
- GÖZLER, Kemal, “Karşılaştırmalı Anayasa hukukunda Af Yetkisi, *Anayasa Yargısı*, S. 18, Ankara, 2001.
- DİNÇ, Güney, “Af Kapsamı ve Anayasa”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 5, Ocak-1986, S.1.
- ÖZEK, Çetin, “Umumi Af”, *İÜHF*, 1959, C. XXIV, n. 1-4.
- ÖZTÜRK, Bahri; ERDEM, M.Ruhan; ÖZBEK, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2002.
- ÖZTÜRK, Kazım, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyet Anayasası*, C. 2, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1966.
- SOYASLAN, Doğan, “Af”, *Anayasa Yargısı*, S. 18, Ankara, 2001.
- SÖZÜER, Adem, “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, S. 18, Ankara, 2001.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergileri.