

MUKAYESELİ HUKUKTA AF KURUMU VE TÜRKİYE'DE AF SORUNU

HASAN ECE

ŞUBAT 2019



Mukayeseli Hukukta Af Kurumu ve Türkiye’de Af Sorunu

Hazırlayan: Hasan Ece

Tashih ve Eklemeler: Strateji Düşünce ve Analiz Merkezi

SDAM, Strateji Düşünce ve Analiz Merkezi

İstanbul 2019

sdam.org.tr

Bu yayının hakları SDAM, Strateji Düşünce ve Analiz Merkezi’ne aittir. Bu yayın SDAM’ın izni olmaksızın yayınlanamaz ve çoğaltılamaz. Ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.

İçindekiler

1- TÜRKİYE'DE AFFIN TOPLUMSAL ZEMİNİ.....	5
2- TÜRKİYE HUKUKUNDA AF.....	6
2.1. Affın Lehinde Olan Görüşler	6
2.2. Affın Aleyhinde Olan Görüşler	7
2.3. Affın Tanımı ve Hukuki Niteliği	8
2.4. Affın Çeşitleri	9
2.4.1. Genel Af	9
2.4.2. Özel Af	10
2.5. Türkiye'de Affın Tarihçesi	10
2.6. Türkiye'de Çıkarılan Bazı Afların Topluma Etkisi	11
3- İSLAM CEZA HUKUKUNDA AF.....	14
3.1. İslam Hukukunda Affın Tanımı ve Kaynağı	15
3.2. Had Cezasını Gerektiren Suçlar	15
3.3. Kısas Cezasını Gerektiren Suçlar	16
3.4. Ta'zir Cezasını Gerektiren Suçlar	16
3.5. İslam Hukukunda Affın Kapsamı.....	16
3.6. İslam Hukukunda Af Yetkisi	17
4- TÜRKİYE'DE AF SORUNU	17
4.1. Af Yetkisi Kimde Olmalıdır?	18
4.2. Hangi Suçlar Af Edilmelidir?	19
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	20

1- TÜRKİYE’DE AFFIN TOPLUMSAL ZEMİNİ

Toplumsal düzen; din, örf, ahlak ve hukuk kuralları ile sağlanır. Modern zamanda din, örf ve ahlakın etkisi zayıflamıştır. Zayıflayan bu etkiyle beraber adaletsizlik arttığı gibi hukukun toplumsal düzeni sağlamadaki fonksiyonu da artmıştır. Artan adaletsizlik ve hukukun artan bu fonksiyonuyla beraber yargılama faaliyeti de artmış; yargılama modern hayatın bir parçası haline gelmiştir. Günümüzde bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda hemen yargı mercilerine başvurulmaktadır.

Türkiye’de daha önce din, örf ve ahlakın uyuşmazlıkların çözümü üzerinde ciddi bir etkisi vardı. Örneğin, Türkiye’nin doğusunda yaşayan insanlar arasında yakın döneme kadar da bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda yargı mercilerine başvurmak yerine yörenin din bilginleri olan âlimlerine başvurulur ve olay dinin hükümleri ışığında çözüldü. Kimi yerlerde de uyuşmazlık orada tarih boyunca yerleşmiş olan örfe göre çözüldü. Mahkemelerdeki usul işlemlerinin uzunluğu da insanları uzlaşmaya yatkın kılıyordu. Dolayısıyla yargı mercilerine başvurmak son çare olarak görülüyordu. Ancak günümüzde tüm bu durumlar artık yok denecek kadar zayıflamış ve yargı merci tek başına uyuşmazlık çözüm yeri haline gelmiştir. Dolayısıyla modern zamanla beraber daha önce istisna olan yargı mercilerine başvurma artık kural haline gelmiştir. Bu durumla beraber adliyelerdeki dava sayısı artmış bir uyuşmazlığın çözüme kavuşması uzun bir süreye yayılmıştır. Uygulamada bir dava yıllarca adliyede kalabilmektedir. Bu da adaletin tesisi noktasında ciddi sorunlara yol açmaktadır.

Türkiye, yargılamanın oran olarak yüksek olduğu bir ülkedir. UYAP Bilişim Sistemi’nin verdiği bilgiler de bunu doğrulamaktadır. Mevcut durumda, yargı sürecinde 219 bin 385 ceza, hukuk ve idari yargı dava dosyası; 719 bin 748 adli soruşturma sayısı; 19 milyon 651 bin 730 icra dosyası; 430 bin 884 denetimli serbestlik dosyası bulunmaktadır.¹ Ceza evlerinde ise 223 bin 589 hükümlü ve tutuklu yer almaktadır.² Siyasi ve toplumsal yapısı tam olarak oturmayan Türkiye’de suç oranı yüksektir. Suç oranının fazla olması yargılamayı hayatın bir parçası hâline getirmiştir. Kamu faaliyetleri arasında yargılama önemli bir yeri işgal etmektedir. Türkiye’de sadece yargı binaları için “saray” kavramı kullanılmakta ve “Adliye Sarayları”, Türkiye’nin en görkemli kamu binaları arasında yer almaktadır. Bu hususta bir düzelme görülmediği gibi her yıl ceza ve infaz kurumları yetersiz kaldığı için yeni ceza ve infaz kurumları inşa edilmektedir. Hâl böyle olunca Türkiye’de affın sosyolojik zemini her zaman mevcut olmuştur. Dolayısıyla af Türkiye’de her zaman gündemde olmuş ve tartışılmıştır.

Af müessesesi insanlığın en eski kurumlarından bir tanesidir. Cezalandırmanın var olduğu günden beri af da var olmuştur. Af; siyasal, toplumsal ve hukuki sonuçları olduğu için önemini daima muhafaza etmiştir.

¹ <http://istatistikler.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi: 27.11.2018.

² <https://www.haberturk.com/cezaevi-nufusu-223-bin-589-1737471#> Erişim Tarihi: 27.11.2018.

Ahlaki olarak ele alındığında af, erdemli bir davranışı ifade eder. Tüm ilahi öğretilerde insanların bir suçu veya kusuru affetmesi övülmüş ve en erdemli davranışlardan biri olarak kabul edilmiştir. Hukuki boyutu ise toplumun huzur ve düzenine hizmet etmesi amacıyla oluşturulmuş bir kurumdur. Ceza kurumuyla beraber af kurumunun düzgün işletilmesi toplum huzur ve düzenine hizmet eder.

Türkiye cumhuriyeti ilk yıllarından bu yana affın sürekli gündemde olduğu bir ülkedir. O günden bugüne af kanunları yoğun bir şekilde tartışılmış ve çıkarılmıştır. Bu afların bazıları geçmiş unutmak ve yeni bir sayfa açmak için çıkartılmış siyasi aflardır. Bu amaçla çıkarılan aflar toplum tarafından olumlu karşılanmıştır. Ancak af kanunlarının geneli politik çıkar amaçlı çıkarılmıştır. Bu politik afların kapsamına adi suçlular da girdiği için af meselesi toplum tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Türkiye’de af kurumunun böyle suistimal edilmesi affa karşı olumsuz bir kanaat oluşturmuştur. Bu kurumun gerçek amacına hizmet edebilmesi için bulunan çözümler teoride kalmış uygulamaya bir etkisi olmamıştır.

Türkiye gibi suç ve yargılama oranının fazla olduğu bir ülkede af kurumunun düzgün işletilmesi toplumun huzur ve sükûnuna katkı sağlayacaktır. Ancak bu kurumun suistimal edilmesi affı amacından saptırarak, toplumun huzuruna zarar verecek bir konuma getirmiştir. Dolayısıyla af kurumu, Türkiye’de bir sorun haline gelmiştir. Şu anki mevcut düzenlemeler ışığında bu kurumun ciddi anlamda eksiklikleri mevcuttur. Af yetkisinin yanlış düzenlenmesi ve af kanunlarının kapsamına hangi suçların gireceği, ülkemizde af sorununun esasını teşkil etmektedir.

2- TÜRKİYE HUKUKUNDA AF

Türkiye’de Batı kaynaklı bir hukuk sistemi yürürlükte dir. Batı hukuku da Roma hukuku kaynaklıdır. Türkiye’deki af kurumunu incelemek, esasında Batı hukukundaki af kurumunu incelemekle eşdeğerdir.

Batı hukukundaki af kurumu, bünyesindeki eksikliklerden dolayı affın gerekliliğine dair tartışmalara sebep olmuştur. Batı hukukunda af kurumunun gerekliliğine dair farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler af kurumunun lehine ve aleyhinde olan görüşler şeklinde incelenebilir.

2.1. Affın Lehinde Olan Görüşler

Batı hukukunda affın lehine olan görüşlere göre, sosyal hayat dinamiktir. Kanunlar ise genel ve soyut oldukları için statiktir. Bu genel ve soyut olan kanunlar ne kadar iyi hazırlanmış olsa da sosyal hayatın hareketliliğine ayak uyduramamakta ve ortaya haksız

durumlar çıkabilmektedir. Aynı zamanda bu genel ve soyut olan kanunlar, somut olaya uygulandığında da ortaya orantısız cezalar çıkabilmektedir. Bu tür istenmeyen haksız durumların giderilmesi, af kurumunun işlevselliğiyle mümkündür.

Bu görüşün bir diğer gerekçesine göre her toplum bazı dönemlerde savaş, darbe, iç karışıklılar veya kriz gibi çalkantılı süreçler yaşamaktadır. Bu tür durumlar atlatıldıktan sonra geçmişin unutulması, toplumun yeniden huzur ve sükûna kavuşması ve geleceğe yeni, temiz bir sayfa açmak için af kurumu araç olarak kullanılabilir.

Bir diğer durum ise bazı suçların kimi dönemlerde sıklıkla işlenmesidir. Böyle dönemlerde kanun koyucu bu suçlarla mücadelede ağır yaptırımlar koyabilmektedir. Bu suçlar azaldıktan sonra bu ağır yaptırımların hafifletilmesi af kurumuyla sağlanabilmektedir.

Diğer bir nokta ise demokratik rejimlerin en temel ilkesi olan hümanizma ilkesi ile ilgilidir. Akıl ve mantık ameliyesi sonucu yapılan bir cezalandırma hümanizma ilkesi gereği şefkat ve merhamet ile affedilebilmelidir.³

En nihayetinde en mükemmel ceza yargılamalarında bile adli hatalar yapılabilmektedir. Bu adli hataların doğuracağı adaletsizlikler af ile düzeltilebilir.

Belirtmemiz gerekir ki bu gerekçeler doğrultusunda af kurumunun gerekliliğini savunanlar, bu kurumun keyfi olarak ve kamu yararı düşüncesine dayanmadan kullanılmasına karşıdır. Bundan dolayı çoğu kere af kurumunun gerekliliğini savunanlar, kamu yararına dayanmadan hazırlanan af kanunlarına karşı çıkabilmektedir. Ancak modern hukukta af kurumunun düzenlenmesi bu kurumun keyfi ve çıkar amaçlı kullanılmasına müsaittir. Affin bu açıklarını giderebilecek kayda değer bir çözüm de bulunmuş değildir. Esasında aşağıda zikredeceğimiz affin aleyhinde olan bazı görüşlerin temel gerekçesi affin özümüyle ilgili değil de bu kurumun keyfi ve çıkar amaçlı kullanılmasına müsait olması ile ilgilidir.

2.2. Affin Aleyhinde Olan Görüşler

Batı hukukunda affin aleyhine görüş beyan edenlerin başında pozitif hukukçular gelmektedir. Onlara göre af genel olarak seçmenlerin tercihlerini etkilemek, adam kayırmak ve benzeri sebeplerle kullanılmaktadır. Dolayısıyla böylesine suistimal edilebilen bir kurum sistemde yer almamalıdır. Aynı zamanda af kurumunun gerekliliğini savunan görüşlerin öne sürdükleri gerekçeler de yeterli değildir. Zira affa gerekçe yapılan durumlar, ceza hukukunun diğer alternatif kurumlarıyla çözülebilir.

Bu görüşün diğer bir gerekçesi de affin cezaların caydırıcılığını ve genel önleme amacını zedelediğidir. Zira af kurumunun işlevselliğine duyulan inanç, insanları suç işlemeye sevk edebilmektedir. Bu da ceza siyasetinin amaçlarına aykırılık teşkil eder.

³ Selahattin Keyman, Türk Hukukunda Af, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara 1965, s. 14-16.

Bunlara göre af, yargının bağımsızlığı ilkesine de aykırıdır. Zira mahkemelerin yoğun bir emek sonucu yaptığı yargılamalar bir yasama veya yürütme tasarrufuyla etkisiz hale gelmektedir. Bu durum da yargının bağımsızlığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu görüşün en esaslı gerekçesi ise cezaların sürekliliği ile ilgilidir. Zira cezaların caydırıcılığı şiddetinden değil, sürekliliğinden gelmektedir. Bu düşüncenin temeli Beccaria'ya dayanmaktadır. "Suçların işlenmesine mani olan cezaların şiddeti değil, muhakkak oluşlarıdır. Yargıç şiddetli hareket etmeli fakat kanunlar sert olmamalıdır. Mutedil fakat muhakkak olan bir ceza, müthiş fakat kurtulma ümidi veren bir cezadan daha tesirlidir. Muhakkak olan acılar, hafif olsa bile, insanları korkutur. Hâlbuki af, cezanın muhakkak olma intibai vermesine mani olmaktadır. Cezalar mutedilleştikçe af da daha az zaruri hale gelir. Bu sebeple mutedil cezalar koyan mükemmel bir mevzuat mevcut ise affa lüzum yoktur."⁴ diyen Beccaria, affı sistem dışına çıkarmaktadır. Ona göre bir ceza ne kadar şiddetli olursa olsun ileride bunun af ile düşürülmesi onu etkisizleştirir. Etkisiz olan cezalar, ceza siyasetinin ulaşmak istediği amaçlara aykırı olacağından af kurumu sistemde yer almamalıdır.

Ne var ki teorideki bu güçlü görüşe rağmen af kurumu bugün dünyanın çoğu hukuk sisteminde yer almaktadır. Zira ceza pratiği affı bir zorunluluk hâline getirmektedir. Bu kurumun alternatifleri de onun yerini dolduramamaktadır. Dolayısıyla tartışılması gereken, af kurumunun varlığı veya yokluğu değil, tanımı, türleri, kapsamı ve biçimi olmalıdır.

2.3. Affın Tanımı ve Hukuki Niteliği

Batı dillerinde "af" anlamında kullanılan "amnesty" sözcüğünün kökü, Yunancada "unutma" anlamına gelen "emnestos" kelimesinden gelmektedir. Batı'da "amnesty", daha çok genel af için kullanılmıştır. Özel af anlamında kullanılan terim ise "grace" sözcüğüdür. Bu kelime Yunancada iyilik, yardım, lütuf ve bağışlama anlamlarına gelen "gratia" sözcüğünden gelmektedir.⁵

"Af"ın hukukta kullanılan teknik anlamı ise şudur: Kaynağını anayasalarda bulan, teknik yönleri ise ceza hukukunda düzenlenen af, bazen kamu davasını düşüren veya kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran bazen de kesinleşmiş bir cezanın infazını engelleyen veya azaltan ya da değiştiren yasama veya yürütme organının yaptığı bir kamu hukuku tasarrufudur.⁶

Affin hukuki niteliği iki yönlüdür: Af, maddi ceza hukuku bakımından cezayı kaldıran bir sebep, usul hukuku bakımından ise kamu davasını düşüren bir sebeptir.

⁴ Sahip Beroje, Günümüz ve İslam Ceza Hukukunda Af, Fecr Yayınları, Ankara 2013, s. 39-40.

⁵ Beroje, s. 25.

⁶ Âdem Sözüer, "Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/SOZUER.PDF Erişim Tarihi: 15.11.2018.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere af bir yasama veya yürütme tasarrufudur. Sonuçları itibariyle yargı alanına geniş bir etkisi olmasına rağmen bir yargı tasarrufu değildir. Çünkü yargılama faaliyeti, bir uyuşmazlığın belirli usul kaideleri kapsamında çözüme kavuşturulmasıdır. Afta bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Organik olarak da meclis veya devlet başkanı tarafından çıkartıldığı için de bir yargı tasarrufu olamaz.

2.4. Affın Çeşitleri

Affin bir şarta bağlı olup olmamasına göre şartlı veya şartsız af; kapsam alanına göre kısmi veya tam af; doğurduğu sonuçlara göre genel veya özel af gibi ayrımları bulunmaktadır. Mevcut ceza hukukunda af, genel ve özel af şeklinde düzenlendiği için biz de bu ayrımı esas alacağız.

2.4.1. Genel Af

Genel af, Türk Anayasası ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Genel af kamu davasını düşüren ve hükmedilen cezayı bütün neticeleri ile ortadan kaldıran af türüdür.⁷

Başka bir tanımı ise şöyledir: Genel af, sosyal fayda düşünceleri ile bütün veya belirli bazı suçların, şayet hükmedilmiş ise cezaları bütün neticeleri ile birlikte düşüren bir yasama işlemidir.⁸

Bir affın genel af olup olmadığının tespiti sonuçlarına bakılarak belirlenir. Bir kanun, kamu davasını düşürüyorsa veya ceza mahkûmiyetini bütün neticeleri ile ortadan kaldırıyor ise kaç kişiyi kapsadığına bakılmaksızın genel af olarak kabul edilir.

Genel affa yetkili organ Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir(TBMM).⁹ TBMM, orman suçları hariç istediği suçlar hakkında bir kanunla af çıkarabilmektedir. Genel af; kolektif, soyut ve anonimdir.

Genel af, sonuçları itibariyle ceza mahkûmiyetini bütün neticeleri ile kaldırdığı için kişinin adli sicilinde o suçu işlediğine dair bir kayıt yer almaz, kişi bir daha suç işlediğinde tekerrür hükümleri uygulanmaz, kişinin suça bağlı olarak elinden alınan hakları iade edilir. Ancak genel af, suç olan fiili ortadan kaldırmadığı için üçüncü kişilerin özel hukuk alanındaki hak talepleri devam eder.

Esasında af denildiğinde çoğunlukla genel af anlaşılmaktadır. Affa yönelik yapılan eleştirilerin tamamı genel af için geçerlidir.

Genel af, daha çok kamu yararı düşüncesine dayanarak çıkartılan af türüdür. Bu af daha çok, siyasi ve sosyal krizlerden sonra geçmişin unutulması, toplum huzur ve sükûnunu

⁷ Türk Ceza Kanunu, Madde: 65.

⁸ Beroje, s. 50

⁹ Anayasa m.87

sağlamak için siyasi suçlara yönelik çıkarılır. Türkiye’de de bu af siyasi suçlar için kullanıldığında olumlu sonuçlar doğurmuş ancak adi suçlar için kullanıldığında tepkiyle karşılanmıştır.

2.4.2. Özel Af

Özel af, cezanın infaz edilmesini önleyen veya azaltan ya da değiştiren bir yasama veya yürütme tasarrufudur. Genel afta suçlar, özel afta ise şahıslar göz önüne alınır. Özel af mahiyeti itibariyle bir merhamet ve lütuftur.

Özel af yetkisi, Anayasa tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Cumhurbaşkanının yetkisi sebebe bağlanmıştır. Buna göre Cumhurbaşkanı sadece hastalık, sakatlık veya kocama hallerinde bu yetkisini kullanabilir.¹⁰ Cumhurbaşkanı bu yetkisini bir kararname ile kullanır. TBMM, sebep göstermeden de bu yetkisini bir kanun çıkararak kullanabilir.

Özel af, mahkûmiyeti tüm neticeleri ile kaldırmadığı için kişinin işlediği suç adli sicil kayıtlarından silinmez, kişi bir daha suç işlediğinde önceki affedilmiş suçu tekrere esas alınır, affedilen cezaya bağlı ehliyetsizlikler devam eder.

2.5. Türkiye’de Affın Tarihçesi

Türkiye, bir aflar ülkesidir. Cumhuriyetin ilk yıllarından bu yana sürekli af kanunları gündemde olmuş, bugüne kadar 52’den fazla af kanunu çıkarılmıştır.¹¹ Dolayısıyla af meselesi, Türkiye için önem arz etmektedir. Bu kadar çok siyasi krizin ve yargılamanın olduğu Türkiye’de afların çıkarılması olumlu bir durumdur. Ancak ne yazık ki Türkiye’de aflar genellikle, toplumsal barış, birliktelik ve huzuru sağlamaya yönelik değil, siyasi çıkar amaçlı çıkarıldığı için af sorun haline gelmiştir.

Türkiye’de çıkarılan af kanunlarının kronolojik sırası aşağıdaki gibidir:

- 14 Temmuz 1921 Darûlharpte Yararları Görülen Mahkûmların Affına Dair Yasa
- 20 Ekim 1921 Şeyh Eşref Meselesinde Alakadar Olanların Affına Dair Yasa
- Nizamnamesiz Akdi Nikâh ve İzdivaçtan Dolayı Maznun ve Mahkûm Olanların Affına Dair Yasa
- 5 Aralık 1921 Affı Umumi Hakkında Yasa
- 19 Aralık 1921 Hıyaneti Vataniye Suçlarının Bir Kısımının Affına Dair Yasa
- 7 Ocak 1922 Genel Af

¹⁰ Anayasa Madde: 104.

¹¹ Burhan Kuzu, Af Müessesesi ve Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg18/KUZU.PDF Erişim Tarihi: 15.11.2018.

- 31 Mart 1923 Genel Af
- 26 Aralık 1923 Genel Af (Cumhuriyetin ilanı nedeniyle)
- 20 Mart 1924 Genel Affa Ek Yasa
- 16 Nisan 1924 Genel Af
- 11 Aralık 1924 Meni Müskirat Affi
- 13 Mayıs 1929 Kabahatlıların Affi
- 26 Ekim 1933 10. Yıl Affi
- 8 Ocak 1936 Tunceli Yasası
- 14 Ocak 1938 2887 Sayılı Kanunun Tadiline Dair Kanun
- 29 Haziran 1938 Af Yasası (Yüzelliliklerin Affi)
- 19 Nisan 1940 Zelzelede Yararları Görülen Mahkûmların Affi
- 2 Ağustos 1944 Müttefik Devletler Tebaası İçin Af
- 14 Haziran 1946 Basın Affi
- 14 Temmuz 1950 Genel Af
- 11 Mart 1954 Orman Suçları Affi
- 11 Şubat 1957 Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Yasa
- 23 Haziran 1958 Orman Suçları Affi
- 23 Haziran 1960 Hürriyet Mücadelesi Uğruna İşlenen Bazı Suçların Affına Dair Yasa
- 28 Haziran 1960 Silah Taşıyanların Affi
- 10 Eylül 1960 Milli Korunma Suçlarının Affi
- 26 Ekim 1960 Genel Af Yasası
- 18 Kasım 1960 Genel Affa Ek Yasa¹²

2.6. Türkiye’de Çıkarılan Bazı Afların Topluma Etkisi

2330 Sayılı Af Kanunu: Türkiye’de çıkarılan ilk kapsamlı af kanunudur. 1933 yılında Cumhuriyetin onuncu yılı nedeniyle çıkarılmıştır. Bu afla cezaevleri büyük oranda boşalmış, mahkemelerde biriken işler azalmış, adalet sisteminin ağırlaşan yükü hafiflemiştir. Bu kanun, fert aleyhine işleyen suçları affetmesi ve devlete karşı işlenen bazı suçların af kapsamının dışında bırakılması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu kanunun topluma etkisi o dönemin şartları gereği net olarak tespit edilememiştir.¹³

3527 Sayılı Af Kanunu:1938 yılında çıkarılmıştır. Bu kanunla, siyasi suçlular ile İstiklal Mahkemesi kararlarıyla mahkûm olanlar affedilmiştir. Bu kanun, siyasi suçluları ve adaletine her zaman şüpheyle yaklaşılan İstiklal Mahkemeleri mahkûmlarını affettiği için olumlu bir kanun olarak nitelendirilmiştir.¹⁴

5677 Sayılı Af Kanunu:1950 yılında Demokrat Parti tarafından çıkarılmıştır. Bu kanun, tek parti döneminde işlenen siyasi suçların af edilmesini kapsıyordu. Sosyal barışı tesis

¹² Seyfullah Çakmak, “Türk Hukukunda Af Sorunu”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu, Es Yayınları, Okan Üniversitesi 2011.

¹³ Beroje, s. 282.

¹⁴ Beroje, s. 282.

etmek, toplum arasındaki soğukluğun giderilmesini sağlamak, geçmişi unutmak ve geleceğe yeni bir sayfa açmak affin temel amaçları arasındadır. Bu af kanunu da bu amaçlara hizmet ettiği ve siyasi suçları kapsadığı için hukukçular ve toplum tarafından olumlu karşılanmıştır. Bazı hukukçular bu af için ülkedeki realitelere en uygun ve en toleranslı af olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁵

113 Sayılı Af Kanunu:1960 yılında darbeyi yapan Milli Birlik Komitesi tarafından çıkarılmıştır. Suçlular arasında ayırım yapılmamış bir af kanunudur. Bu kanunun topluma etkisi o dönemin politik havası gereği kestirilememiştir. Bu af kanundan sonra çıkarılan af kanunların tamamı toplumun maslahatı göz önünde bulundurulmadan politik çıkar amaçlı çıkarılmıştır.

780 Sayılı Af Kanunu:1966 yılında Adalet Partisi'nin(AP) iktidara gelmesiyle çıkarılmıştır. AP'nin seçim programına aldığı affi gerçekleştirmek üzere hazırladığı tasarı bir kısım adi ve yüz kızartıcı suçları kapsam dışında bıraktığı için mahkûmları hayal kırıklığına uğratmış, bazı hapishanelerde isyanlar baş göstermiş, Ankara merkez cezaevinde meydana gelen isyanda üç mahkûm hayatını kaybetmiştir. Başta af ümidi verilmişken sonradan adi suçlu siyasi suçlu ayırımı yapılması eleştiri konusu olmuştur. Binlerce mahkûm ve ailesine ümit verildikten sonra, eşitlik esasını zedeleyen ayırimlarda bulunduğu yönüyle bu af kanunu eleştirilmiştir. Bu kanunun bir diğer eksiği siyasi suçlar arasında ayırım yapması ve bazı siyasilere imtiyaz tanınmış olmasıdır.¹⁶

Sonuç olarak bu af kanunu siyasi menfaat sâikiyle çıkarılmış, toplumun bir kesiminde infiale sebebiyet vermiş ve toplumun siyasi iradeye verdiği af yetkisi amacı dışında kullanılmıştır.

1803 Sayılı Af Kanunu:1974 yılında Cumhuriyetin 50. Yılı nedeniyle çıkarılmıştır. Bu af kanununda o dönemin sol kesimini cezaevinden çıkarmak ve onları sisteme entegre etmek amacıyla çıkarılmıştır. İlk başta kapsamı dar tutulan bu af kanunu Anayasa Mahkemesi tarafından kapsamı genişletilmiştir.

4616 Sayılı Kanun (23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun): Bu kanun her ne kadar şartlı salıverilme, dava ve cezaların ertelenmesi gibi adlarla çıkartılmış olsa da bu bir af kanunudur. Böyle çıkarılmasının sebebi Anayasada belirtilen nitelikli çoğunluğa takılmamaktır. Kamuoyunda “Rahşan Affi” diye bilinen bu af kanunu, bir affin nasıl olmaması gerektiğinin en güzel örneğidir. Gerek yakın dönemin en kapsamlı affi olması ve gerekte toplumu affa düşman eden bu kanunu daha ayrıntılı incelemekte fayda görüyoruz.

Af meselesini gündeme getiren Rahşan Ecevit olduğu için bu affa “Rahşan affi” denilmiştir.

İki yaşındaki bir kız çocuğunun 27 yıl ceza almış annesinin yanında kalmasına binaen Rahşan Ecevit, “kader kurbanları” söylemiyle bir affin gerekli olduğunu savunarak affi

¹⁵ Beroje, s. 282.

¹⁶ Beroje, s. 284.

gündeme taşıdı. Demokratik Sol Parti (DSP)'nin de bunu parti meclisinde kabul etmesiyle beraber af ülkenin en önemli gündemi haline geldi.

Ancak başta DSP'nin koalisyon ortakları Mesut Yılmaz liderliğindeki Anavatan Partisi (ANAP) ve Devlet Bahçeli liderliğindeki Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) olmak üzere her kesimden tepkiler geldi. Yapılan anketler henüz toplumda bir af ortamının oluşmadığını gösteriyordu. Hukukçular affın gündeme gelmesine şiddetle karşıydılar. Hukukçular bu afı beraber cezaların caydırıcılığının kalmayacağını, toplumun adalete olan inancın sarsılacağını ve suç oranlarının artacağını ifade edip endişelerini dile getiriyorlardı. Halkta bütün iletişim araçlarıyla affa karşı olduğunu bildiriyordu. Ancak af bir kere gündeme geldi mi bir daha gündemden düşmüyor ve muhakkak bir şekilde çıkıyordu. Konunun uzmanları da affın gündeme gelmesiyle beraber mahkûmlar ve onların yakınlarında bir beklentinin oluştuğunu bu aşamadan sonra affın çıkartılması gerektiğini aksi takdirde mahkûm ve yakınlarının ruhsal bir çöküntü yaşayacağını açıklıyorlardı. Nihayetinde affın çıkacağı anlaşılınca sonraki tartışma affın hangi suçları kapsamaması gerektiği noktasında yoğunlaştı. Geniş bir kitle tarafından affın, siyasileri kapsamına alması gerektiği talep edildi.

O döneme baktığımızda 28 Şubat darbesi yaşanmış, Fazilet Partisi kapatılmış ve yöneticilerine siyaset yasağı getirilmişti. Başörtü yasağı uygulamadaydı ve yüzlerce öğrenci bu yasağın mağduruydu. Binlerce kişi, 28 Şubat mağduru olarak cezaevindeydi. Hükümet birbirine zıt kutuplardan oluşan bir koalisyondu. Haliyle o dönemin siyasi ve sosyal havası olumlu değildi. Hukuki açıdan da Anayasada siyasi suçların affedilmesini yasaklayan bir madde bulunmaktaydı. Siyasi ve hukuki açıdan böylesine olumsuz bir ortamda bir genel affın ilan edilmesi gerekiyordu. Oysa taraflar buna karşı çıkıyordu. Dolayısıyla hazırlanacak bir af kanunu sadece adi suçları kapsamına alabilecekti. Bazı hukukçular öncelikle siyasi suçların affının önündeki anayasal engelin kaldırılması gerektiğini sonrasında siyasileri de kapsayacak bir genel affın çıkartılması gerektiğini dile getirirler de o dönemin başta basın ve medya kuruluşları olmak üzere siyasileri buna karşı çıkmaktaydılar. Nihayetinde siyasi suçluları kapsam dışında bırakan, o günlerde hep gündemde olan düşünce suçlularını yok sayan ve adi suçluları kapsayan af kanunu çıkartıldı. Tamamen affın amaçlarına aykırı olan, kamu yararını gözetmeyen bu kanun herkes tarafından tepkiyle karşılandı. O dönemin gazetelerinin bazı pasajları şu şekildeydi:

“Çetecilere af getirirken düşünce suçlularını kapsam dışı tutan af kanunu meclisten geçti. Kanun 12 yıl ceza alan hükümlülere ceza indirimi sağlarken, 312. Madde af kapsamı dışında bırakılarak çifte standart uygulandı. Tasarımın bir maddesinde öğrenci affı da kabul edildi. Ancak başörtülü öğrencilerin affı imtihanlarda ve okulda tekrar başörtüsü takmama şartına bağlandı. Aralarında Mesut Yılmaz'ın da bulunduğu bazı siyasetçiler hakkındaki yolsuzluk suçlarını da gideriyak affeden meclis tatile girdi.”¹⁷

“Kasten adam öldürme, işkence, çete kurma suçları ceza indirimi kapsamına girerken, düşünce suçları af kapsamı dışında kaldı.”

¹⁷ Yeni Şafak, 28 Ağustos 1999.

“Aftan faydalananlar: Susurluk sanıkları Haluk Kırcı, Mahmut Yıldırım(Yeşil), Alaaddin Çakıcı, İşkenceci polisler(Manısali gençlere işkence yapanlar), Metin Göktepe (işkence ile öldürülen gazeteci) sanıkları, Söylemezler Çetesi, Müteahhitler, Gülay Aslıtürk (yolsuzluktan yargılanan Şişli Belediye Başkanı ve Ayşegül Tecimer (antika kaçakçısı sosyete mensubu).”¹⁸

Sonuç olarak bu af toplumun yararı için değil devlette güçlü olanların çıkarları için çıkarılmıştır.

Bu af çıkarıldıktan sonra suç oranlarında artış meydana geldi. Afta bırakılan çoğu kişi tekrar suç işleyerek cezaevine geri döndü. İstatistiklere göre bu aftan faydalanarak serbest kalan 2721 kişi tekrar suç işleyerek ceza evine düşmüştür.¹⁹ Bu sebeplerden ötürü Rahşan Affından sonra Türkiye’de affa karşı bir nefret oluştu. Hukukçuların çoğu bu af yetkisinin kötüye kullanılmasından dolayı affa karşı çıkmaktadırlar.

3- İSLAM CEZA HUKUKUNDA AF

İslam getirdiği ilahi mesajla öncelikle erdemli kişiler yetiştirir ve erdemli bir toplum inşa eder. Bu bakımdan İslam’daki hukuk telakkisi modern hukuktakinden farklıdır. İslam hukukunun kaideleri, inşa edilen erdemli birey ve toplumun muhafazasını amaçlar. Ortada bir erdemli toplum olmadığına İslam, öncelikle bunun inşa edilmesini emreder sonrasında bu şahıs ve topluma yönelik tehditleri cezalandırma yoluna gider. Dolayısıyla İslam’da öncelik insanları suça götüren sebeplerin yok edilmesidir. Bu sebepler yok edildikten sonra insanları cezalandırma hakkı doğar. Modern hukukun ise yegâne amacı düzeni sağlamaktır. Toplumun suça yatkın olması veya insanları suça iten sebeplerin varlığı modern hukuk için bir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla modern hukukun insanları ıslah etmek veya daha erdemli bir toplumun inşasına hizmet etmek gibi gayeleri söz konusu değildir.

Şöyle de ifade edebiliriz: İslam insanları öncelikle ıslah eder, suça sürükleyen sebepleri ortadan kaldırır sonrasında buna rağmen suç işlerse cezalandırır; modern hukuk ise insanları cezalandırarak düzeni sağlamayı amaçlar.

İslam hukukundaki af kurumunu bu minvalde anlamak gerekir.

¹⁸ Beroje, s. 294.

¹⁹ Seyfullah Çakmak, “Türk Hukukunda Af Sorunu”, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Af Sorunu Sempozyumu, Es Yayınları, Okan Üniversitesi 2011.

3.1. İslam Hukukunda Affın Tanımı ve Kaynağı

Af, Arapçada “afa” fiilinden türetilmiş bir mastardır. Sözlükte; fazlalık, kolay olan şey, bir şeyin en iyisi ve en kalitelisi, silmek, bırakmak, hakkını almaktan vazgeçmek ve ıskat gibi anlamlara gelmektedir.²⁰

Af, İslam’da erdemli bir davranış olarak kabul edilmiştir. Gerek sosyal ilişkilerde gerekse hukuk alanında af daima tavsiye edilmiş, affın yüce bir davranış olduğu telkin edilmiştir. Hukuk alanında da af kaynağını doğrudan Kur’an-ı Kerim’den almakta teknik boyutlarını ise Hz. Peygamber’in sünnetinde bulmaktadır. Biz burada konunun ayrıntılarına girmeden İslam hukukunda genel hatlarıyla af kurumunun nasıl düzenlendiğini, af yetkisinin kimde olduğunu ve af kapsamına hangi suçların girdiğine belirteceğiz.²¹

İslam hukukundaki af kurumunun iyi anlaşılabilmesi için İslam’daki suç ve ceza sınıflandırılmasının bilinmesi gerekmektedir. Zira bir suçun af kapsamına girip girmeyeceği, af yetkisinin kimde olacağı bu sınıflandırmaya göre belirlenmektedir.

3.2. Had Cezasını Gerektiren Suçlar

İki şeyin arasını ayıran sınır, engel ve mani olmak gibi anlamlara gelen had kelimesi bir İslam hukuku terimi olarak kamu hakkı olarak miktarı Şari(Kanun koyucu) tarafından belirlenen cezadır.²² Had suçlarının hangileri olduğu ve buna uygulanacak ceza bizzat kaynaklarda belirtildiği için bunlara had suçları denilmektedir. Bu kapsamdaki suçlar toplumu ilgilendirdiği için önemine binaen bizzat kaynaklarda düzenlenmiştir. Bu suçların takibi şikâyete bağlı değildir, re’sen soruşturulur. Cezaların alt veya üst sınırı gibi bir durum yoktur, dolayısıyla hâkimin takdir yetkisi söz konusu değildir. Bu suçlar: zina, hırsızlık, şarap içme, zina iftirası, irtidat, yol kesme ve soygunculuktur. Bu suçların konumuzla alakalı olan tarafı bu suçların affedilememesidir. Bu suçların işlendiği sabit olduğunda cezalarının uygulanması gerekmektedir.

Bu suçlar toplumun huzur ve düzeni için önem arz ettiğinden dolayı af edilmeleri uygun görülmemiştir. İslam ceza siyasetinin ana esası insanların can, mal, akıl, din ve nesil emniyetini koruma altına almaktır. Had suçları incelendiğinde tüm hususların tehlike altında olduğu görülecektir. Hırsızlık can ve mal emniyetini; bağımlılık yapan suçlar akıl ve dolaylı olarak can, mal, din ve nesil emniyetini; zina suçu din ve nesil emniyetini; zina iftirası din emniyetini; yol kesme can ve mal emniyetini tehdit etmektedir. Aynı zamanda bu suçlar toplum huzur ve güvenliğini de tehdit etmektedir. Bu hususlar göz önünde

²⁰ Yüksel Salman, “İslam Ceza Hukukunda Af”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2005, s. 42.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel Salman, İslam Ceza Hukukunda Af, Yayınlanmamış Doktora Tezi; Sahip Beroje, Günümüz ve İslam Ceza Hukukunda Af, Fecr Yayınları, Ankara 2013.

²² Salman, s. 7.

bulundurulduğunda bunların cezalandırılması toplum yararına görülmüştür ve kesinleştiğinde affedilmeleri yasaklanmıştır.

3.3. Kısas Cezasını Gerektiren Suçlar

Kısas suçları, şahıs hakkının hâkim olduğu ve karşılığında öngörülen ceza Şari(kanun koyucu) tarafından belirlenen suçlardır.²³ Bu suçlar vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçlardır. Örneğin insan öldürme ve yaralama bu suçların en bilinenidir. Bu suçların cezası kısas veya diyettir. Bu suçların konumuzla alakalı olan kısmı bu suçlarda affin mağdur ve mirasçılara tanınmış olmasıdır. Bu suçlar şahıs hakkının ağır bastığı suçlar olduğu için kanun koyucu bunların affını mağdur ve mirasçılara tanımıştır. Bir kişi yaralandığında kendisini yaralayana karşı kısas talep edebileceği gibi onu affetme yetkisine de sahiptir.

Şahıslara af yetkisini verilmesi İslam af hukukunda mevcut olan bir durumdur. Modern hukukta şahıslara af yetkisi verilmemiştir.

3.4. Ta'zir Cezasını Gerektiren Suçlar

Sözlükte reddetmek, zorlamak, engellemek ve terbiye etmek gibi anlamlara gelen “tazir”, İslam hukuk terminolojisinde kanun koyucunun, belli bir ceza tayin etmediği, ancak fert ya da topluma olan zararlarından dolayı yasakladığı fiillere denir. Bunlar, naslar tarafından yasaklanmakla birlikte, karşılığında ceza tayin edilmeyen veya hukuken yasak kapsamında bulunmadığı halde, zamanla toplumda zararlı sonuçlar doğurması sebebiyle kamu otoritesi tarafından suç sayılan ve karşılığında ceza öngörülen fiillerdir.²⁴

Tazir suçları, İslam ceza hukukunda en geniş suç kategorisini oluşturan suçlardır. Had ve kısas suçları sınırlı sayıda olmasına rağmen tazir suçları sınırsızdır. Bunların belirlenmesi devlet tarafından yapılır. Bu suçlar kamu menfaatini ve şahıs menfaatini ihlal eden tazir suçları olarak ikiye ayrılır. Tazir suçları sınırları devlet otoritesi tarafından belirlendiği için affin kapsamına giren suçlardır.

3.5. İslam Hukukunda Affin Kapsamı

İslam hukukunda had suçları, şahısların ve kamunun üstün yararını koruduğundan bu suçların ne devlet ne de mağdur tarafından affi mümkün değildir. Bu suçların, sınırları naslar

²³ Salman, s. 8.

²⁴ Salman, s. 10.

tarafından belirlenmiş ve mahkemede kesinleştiğinde uygulanması hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla zina, hırsızlık, şarap içme ve diğer had suçlarının affı mümkün değildir.

Had suçları dışında kalan diğer suçlar affedilebilecek suçlardır.

3.6. İslam Hukukunda Af Yetkisi

İslam af hukukunun, modern af hukukundan belirgin olarak ayrılan kısımlarından biri de af yetkisini kime verileceği hususudur. İslam burada şahıs ve devlet aleyhine işlenen suçları göz önünde bulundurarak bir ayırma gitmiş, af yetkisini de buna göre paylaşmıştır. Şahıs aleyhine işlenen suçlarda af yetkisi mağdurun kendisine, mağdur hayatta değilse onun mirasçılarına verilmiştir. Devlet aleyhine işlenen suçlarda ise af yetkisi devletin kendisine verilmiştir. İslam tarihine baktığımızda da devlet daha çok kendi aleyhine işlenmiş siyasi suçları affetmiştir.

İslam'ın suç sınıflandırmasına göre af yetkisinin dağılımı ise şu şekildedir: Had suçları önemine binaen affedilemeyecek suçlar kapsamındadır. Dolayısıyla had suçlarında ne devletin ne de şahısların af yetkisi bulunmamaktadır. Bu husus günümüz modern hukukunda hangi suçların af kapsamı dışında bırakılması gerektiği tartışmalarına da ışık tutmaktadır. Kıyas suçlarında şahıs hakkı daha ağır bastığı için bu kategoride yer alan suçlarda af yetkisi mağdura, mağdur hayatta değilse onun mirasçılarına tanınmıştır. Aynı zamanda bu kategorideki suçların affedilmesi bizzat Kur'an'ı Kerim ve Hz. Peygamber tarafından teşvik edilmiştir. Günümüz hukukunda ise öldürme ve yaralama suçlarında af yetkisi devlete verilmiştir. Bazı af kanunlarında bu suçların da af kapsamında yer alması mağdurları daha çok mağdur etmiş ve ihkak-ı hakkın yolunu açmıştır. Bu durumun İslam Hukukundan mukayeseli olarak tekrar düzenlenmesi gerekmektedir. Tazir suçları ise şahıs ve devlet aleyhine işlenen suçlar ayırımı esas alınarak şahıs aleyhine işlenen suçlarda af yetkisi mağdura, devlet aleyhine işlenen suçlarda ise af yetkisi devlete tanınmıştır.

İslam hukukunda devlet başkanının, mağdurun ve mirasçılarının af yetkisi bulunmaktadır.

4- TÜRKİYE'DE AF SORUNU

Türkiye'de çıkarılan af kanunlarını incelediğimizde ve bunlara verilen tepkiyi göz önünde bulundurduğumuzda affin bir sorun haline geldiği görülecektir. Ne yazık ki bu sorunla ilgili yaklaşımları esaslarla ilgili olmaktan öte, günlük çıkar ve yaklaşımlar belirlemektedir.

1974 Affını çıkararak koalisyondan ortaklarından Milli Selamet Partisi'nin (MSP) siyasi mirasını kısmen de olsa sahiplenen Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti), "Rahşan Affı" olarak adlandırılan 23 Nisan 1999 tarihli affın yol açtığı sorunları gerekçe göstererek af mekanizmasına esastan karşı çıkmaktadır. Bir kısmı adil olmayan yargılamaların ürünü

cezalara getirilen ve yine adil olmayan bu affi gerekçe göstererek af mekanizmasına karşı çıkma popülizmi zaman zaman af yetkisi konusunda yapılan yerinde açıklamalara rağmen AK Parti'nin af ile ilgili tutumlarına galip gelmektedir. AK Parti, 2003'ten bu yana farklı adi suçlara yönelik çok sayıda ceza indirimi getirdiği hâlde, bugüne kadar siyasi eylemlerden dolayı hüküm giyen veya tutuklananlara yönelik, 2003'te örgüt üyeliği cezasındaki indirim dışında, hiçbir düzenleme gerçekleştirilmemiştir. AK Parti, bu konudaki düzenleme koşullarını hep PKK'nin silah bırakmasıyla ilişkilendirmiş, sair mahkûm ve tutuklularla ilgili bir düzenlemeyi kendileriyle ilgili olmayan bu yöndeki bir gelişmeye bırakmıştır.

Cumhuriyet Halk Partisi'nin (CHP) affa ilgili yaklaşımı belirsizliğini korurken geçmişte affa karşı çıkan Milliyetçi Hareket Partisi (MHP), kapsamlı bir suç dosyasına sahip olan ve çete lideri olmaktan da ceza yemiş birinin ismini ön plana çıkararak adi suçlar için af talep etmekte, devlete karşı işlenen suçlar için ise affa şiddetle karşı çıkmaktadır.

Buna karşılık Meclis dışında kalan Hür Dava Partisi (HÜDAPAR) ise af sisteminin baştan sona düzenlenmesini önermektedir.

Türkiye'de af konusu bu siyasi yapı içinde sürekli gündemde kalırken af sorununun çözümüne yönelik öneriler Meclis'te bulunan partiler tarafından yeterince tartışılmamıştır. Bu sorunun temelini af kurumunun yanlış düzenlenmesi oluşturmaktadır. Türkiye'de af kurumu, yeniden düzenlenmedikçe bu sorunun çözülemeyeceği kanaatindeyiz.

Türkiye'de mevcut af kurumunun temel iki çıkamazı bulunmaktadır. Birincisi af yetkisinin kimde olması gerektiği ikincisi ise hangi suçların af kapsamına girmesi gerektiğidir.

4.1. Af Yetkisi Kimde Olmalıdır?

Mevcut anayasal düzenlemede af yetkisi devlet erklerine verilmiştir. Devlet, kendi aleyhine olsun şahıs aleyhine olsun bütün suçlarda af etme yetkisine sahiptir. Örneğin, çocuğunuza uyuşturucu satan veya sizi yaralayan ya da malınıza zarar veren bir fail size sorulmadan, çektiğiniz acı veya zarar tazmin edilmeden devlet tarafından af edilebilmektedir. Böyle bir durumun adaletli olduğunu kim savunabilir. Kanaatimizce şahıs aleyhine işlenen suçlarda devletin af yetkisi olmamalıdır. Bu durumda yapılması gereken şahıs aleyhine işlenen suçlarda af etme yetkisinin mağdur veya mirasçılara verilmesidir. Zira her ne kadar tüm suçlardan dolayı olarak toplum da etkilense, bariz olarak şahısların mağduriyetinin ön plana çıktığı suçlarda af yetkisi şahıslarda olmalıdır. Bu durum adalet duygusunu daha çok tatmin eder. Özellikle öldürme ve yaralama suçları gibi şahısların mağdur olduğu suçlarda af yetkisi devlete değil mağdura verilmelidir.

Mağdura af yetkisi tanımak, onu psikolojik olarak güçlü kılar. Kendisini bu noktada yetkili gören mağdur isabetli bir karar vermese de kendi kararı olduğu için vicdanı rahat olur. Diğer taraftan özellikle kardeşler arasında meydana gelen olaylarda af yetkisinin mağdura veya onun olmadığı durumlarda mirasçılara tanınması ailenin mağdur olmasının önüne

gececektir. Uygulamada karşılaşılan örneklerden bir tanesi şöyleydi: Kendi kardeşini taksirle öldüren bir şahıs bunu mahkemede ispatlayamadığından dolayı kasten öldürmenin nitelikli halinden ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası almış, ailenin tüm çabalarına rağmen karar değişmemiştir. Böyle bir olayda aile birçok açıdan mağdur olmuş, ölen oğullarıyla beraber diğer oğulları da ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası aldığından çift taraflı bir mağduriyet yaşanmıştır. Mevcut düzenlemelerde mağdura ve onun mirasçılarında af yetkisi verildiği takdirde böyle mağduriyetler yaşanmayacaktır.

Türkiye’de af gündeme geldiğinde başta hukukçular olmak üzere toplumun büyük bir kesimi tarafından verilen tepkilerin ana nedeni şahıs aleyhine işlenen suçlarında af kapsamına alınmasıdır. Hukukçuların çoğunluğu şahıs aleyhine işlenen suçların af kapsamına alınmasının mağdurların adalete olan güvenini sarsacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla af yetkisinin yeniden düzenlenmesi artık bir zorunluluk haline gelmiştir.

4.2. Hangi Suçlar Af Edilmelidir?

Mevcut düzenlemelerin diğer bir çıkması ise tüm suçları kapsayacak şekilde af yetkisinin devlet erkine verilmiş olmasıdır. Devlet, orman suçları hariç tüm suçlar hakkında af kanunu çıkarabilmektedir. Uyuşturucu madde suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, hırsızlık, yağma, öldürme ve yaralama suçları af kapsamına alınabilmektedir. Türkiye’de af kanunlarına verilen tepkilerin ana sebeplerinden biri de affedilmemesi gereken suçların af kapsamına alınmasıdır. Esasında devlete verilen af yetkisi daha çok kendisine karşı işlenen suçlarda bunu kullanması içindir. Olması gereken devletin kendisine karşı işlenen suçlarda af kanunu çıkarabilmesidir.

Devlete karşı işlenen suçların esasını siyasi suçlar oluşturmaktadır. Dolayısıyla gerekli şartlar oluştuğunda devlet siyasi suçlar için af yetkisini kullanmalıdır. Siyasi suçlar dışında kalan, şahıslara karşı işlenen suçlarda devlet af çıkartmamalıdır. Af tarihçesine bakıldığında da siyasi suçlar için çıkarılan af geçmişin unutulmasına, toplumun huzur ve barışına hizmet ettiği için toplum tarafından olumlu karşılanmıştır. Ancak adi suçları da kapsamına alacak şekilde çıkarılan af kanunları toplum tarafından tepkiyle karşılanmış ve toplumun adalete olan güvenini zedelemiştir.

Türkiye’de çıkarılacak bir af kanununda da bu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İslam'ın ortamın suç saiklerini dikkate alan, "hikmet"e dayalı ve toplum hakları kadar birey haklarını da dikkat alan hukuk anlayışına karşı, cezalandırmada ortamın suça itme sebeplerini yok sayan modern hukuk, yargılanmayı bir istisna olmaktan çıkarmış, toplumun tümünü kapsayan günlük bir etkinliğe dönüştürmüştür. Bundan dolayı yargılama, adil olmaktan çıkmış, yargılananların ve ceza alanların sayısı sürekli bir artış göstermiştir. Bununla birlikte suç işleme oranlarında da artış gözlenmektedir.

Öncelikle insanın fitratında bulunan affetme ve affedilmeyi talep etmenin sistem dışında tutulması, insan fitratına aykırıdır. Affin yol açtığı sorunların, yeni afların önüne engel olarak konması, kişiyi sorumluluğunun bulunmadığı bir husustan dolayı cezalandırmak anlamına gelir ki bu, suçun şahsiliğine aykırıdır, maslahata da uygun değildir.

Diğer yandan, adil yargılanmayla alakalı kuşkuda toplumsal bir ittifakın bulunması da af kurumunun sistem içinde tutulmasını zorunlu kılar. Affin sistem içinde tutulması, sadece adil yargılanmayanları rahatlatmayacak, aynı zamanda adil bir yargılama sistemi kurduğundan ve adil yargıladığından kuşku duyan siyasi yapıyı ve yargı mekanizmasını da rahatlatacak, vicdan azabından kurtaracaktır.

Bununla birlikte af konusunda şu hususların dikkate alınması, temel insan hakları açısından önem arz etmektedir:

1. Suça itmede toplumsal sebepleri yok sayarak hükümde hikmeti yok sayan, sosyolojimize yabancı, "çeviri" hukuk sistemi yerine hükümde hikmeti esas alan, köklerimiz üzerine inşa edilen, yerli, milli bir hukuk sistemi geliştirilmelidir.
2. Batı hukukundan çeviri af anlayışının yerini hükümde hikmeti esas alan bize ait af anlayışı geliştirilmeli, affi ret ve kabul gerekçeleri Batı'nın kendisi için ürettiği ölçülere değil, bizim evrensel ölçülerimize dayanmalıdır. Siyasi mekanizma affa karşı çıkarken veya affi onaylarken hangi ölçüyü esas aldığını da beyan etmelidir.
3. Suçlar, devlete, siyasi mekanizmaya, kamuya ve şahıslara karşı işlenen suçlar şeklinde sınıflandırılmalı; hangi suçların af kapsamına dâhil, hangilerinin af kapsamında olmayacağı anayasada açıkça yazılmalıdır. Böyle bir anayasal düzenleme, af beklenti ve talepleri için maslahata uygun bir sınırlandırma getirecektir.
4. Batı hukukunun geleneksel bir tutumu olarak devletin yargılamanın bütün kısımlarını üzerine alıp mağdur yakınlarının af hakkını sistem dışında bırakması, bireyler açısından bir hak gaspıdır, yargılamada hukuksuzluğa yol açmaktadır.

5. Türkiye’de kimi af uygulamalarından sonra suç oranlarında görülen artışın ardındaki etkenler, bütün olarak af mekanizmasında değil, o aflardaki niyet, planlama ve uygulamada aranmalıdır.
6. Türkiye’de kişilere karşı işlenen ırza geçme, hırsızlık, soygun, rüşvet gibi suçları affetme, buna karşı devlete ve siyasi mekanizmaya karşı işlenen düşünce suçları ve siyasi suçları af kapsamı dışında tutma uygulaması temel insan hakları açısından izahsızdır, hukuksuzluğa yol açmaktadır.
7. Devlete ve siyasi mekanizmaya karşı işlenen suçlarda af yetkisi devlet ve siyasi mekanizmada olmalı; kişilere karşı işlenen suçlarda ise kişiler ve onlar hayatta değilse yakınları söz sahibi olmalıdır.
8. Türkiye gibi birkaç yılda bir büyük sorunlarla yüz yüze kalan ve henüz sistemin özünü bulmadığı bir ülkede toplumsal barış, kaynaşma ve huzur için devlete ve siyasi mekanizmaya karşı işlenen suçlarda af mekanizmasının işletilmesi bir zorunluluktur. Bütün hukuk sistemi, Batı’dan çeviriden oluşurken söz konusu af olduğunda Batı hukukunun büyük toplumsal değişim kavşaklarında barındırdığı af mekanizmasını ret etmek tutarsızlıktır.
9. Türkiye geçmişle ilgili bir farklılaşma yaşarken siyasi hükümlü ve tutukluların durumlarındaki aynılık toplumun zihninde değişime dair kuşkulara yol açmakta ve bütünleşmeyi olumsuz etkilemektedir. Bu bağlamda 12 Eylül 1980 Darbesi devrindeki cezaların kaldırılmasına yönelik uygulamaların 1992’den sonra Türkiye’de kendisini gösteren 28 Şubat yönetimi cezaları için devreye konmaması, bu olumsuzluğun esasını teşkil etmektedir.
10. Toplumsal ifsada yol açan hırsızlık, soygun, uyuşturucu üretimi ve satışı gibi suçlar her tür af kapsamı dışında bırakılmalıdır. Bu tür suçlar öne sürülerek affa karşı çıkılırken her af uygulamasından öncelikle bu suçluların yararlandırılması, toplumu olumsuz hislere sevk eden ağır bir çelişkidir.