

## ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN AF YETKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Prof. Dr. Servet ARMAĞAN<sup>(\*)</sup>*

### **Giriş:**

1- Memleketimizde son olarak çıkarılan ve genellikle Af Kanunu diye adlandırılan ve konuşulan 21/12/2000 tarih ve 4616 sayılı Kanun<sup>1</sup> hukukçular arasında Af yetkisi ve konusu açısından yoğun bir ilgi topladı. Bu konunun gerek çıkarılmadan önceki safahatı ve gerekse çıkarıldıktan sonra hakkındaki gelişmeler, bu ilgiyi arttırmıştır. O kadar ki Anayasa Mahkememiz bu yılki Anayasa Yargısı Sempozyumunun Konusunu bile bu konuda belirlemiş bulunuyor. Böylece belki de ilk defa bir Af Kanunu, bu kadar geniş ve uzun zaman devam eden bir fikri faaliyete konu olmuştur.

2- Aslında Yasama Organının veya devlet başkanının affetme yetkisi genellikle anayasalarda düzenlenir. Ama yine genellikle, üzerinde uzun zaman ve geniş şekilde durulan ve tartışılan bir konu olamaz. Modern demokrasilerde ve Cumhuriyetlerde yasama organı sık ve kapsamlı af işlemi yapmıyor. Monarşilerde ise genellikle, monarkın (Kral, Sultan, Padişah vb.) tahta geçişi vesilesiyle "**af**" ilan edildiği müşahade edilmektedir.

3- Diğer yandan belirtelim ki "**Af**" konusu genellikle ceza hukukçuları tarafından ele alınmakta ve sunulmaktadır. Anayasa hukukçuları bu konu üzerine hemen hiç eğilmemişlerdir. İdare hukukçularımız ise, hukuki işlemleri anlatırken "**Kanun**" isimli işlemler üzerinde durmaktadırlar. Af işlemleri yasama organı tarafından yapılıncı şekli manada bir kanun söz konusudur. Yürütme organının başı olan devlet başkanı tarafından yapılıncı, bir idari işlem söz konusu olur. Ama her iki durumda da idare hukukçuları "**af**" yetkisinin bünyesi üzerinde durmamaktadırlar.

4- Af konusu memleketimizde daha çok ceza hukuku alanında konuşulan bir konudur dedik. Gerçekten de bilimsel çalışma olarak da, cezaların affı ve ertelenmesi ceza hukuku alanına giren konular arasında kabul edilmektedir. Bu sebeple bilimsel literatürde, ceza

<sup>(\*)</sup> İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Kanunun Resmi ismi şöyledir: "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair **Kanun**". (R.G. 22/12/2000-24268).

hukukçularının bu konunun üzerinde durduğu gözlenmektedir. Bir diğer deyişle, Anayasa ve İdare hukukçuları gibi Kamu hukukunun belirgin disiplinleri alanında hemen hiç yayına rastlanmamaktadır. Mesela Anayasa hukukçularının ders kitaplarında ve diğer bilimsel çalışmalarında af konusunun niteliği üzerine çok az şey bulunmaktadır. Yalnız son olarak yayınlanan bir eserde bu konuya, ait, kısa da olsa, açıklamalara rastlamış bulunuyoruz. Aşağıda bu esere işaret edeceğiz.

Aslında af konusu Anayasa hukukunu daha çok ilgilendirir bir bünyeye sahiptir. Çünkü Af Kanunu veya kararını çıkaran organ ya yasama organıdır, ya da yürütme organının başı Cumhurbaşkanındır. Bilindiği gibi bu iki organda Anayasa hukukunun birinci derecede uğraşı alanlarına girer.

5- Diğer yandan Af Kanunu milletin temsilcileri tarafından yani TBMM tarafından ya da devletin başı ve Türk Milletinin birliğini temsil eden Cumhurbaşkanı tarafından kararlaştırılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında af işlemi, Türk Milleti adına hareketle yapılmış bir işlemdir. Hatta, Anayasada yer alan milletvekillerinin ve devlet başkanının yeminleri göz önüne alınırsa (A. md. 81 ve 103), af işleminin zamanı, içeriği ve doğuracağı neticeler, toplumda huzur ve refahı sağlayacak ve Türk milletinin milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde yaşamasını göz önünde bulundurmalıdır. Bu açıdan da af işlemi Anayasa hukukunun alanına giren bir konu olma özelliği taşır.

Ancak ne var ki, memleketimizde Af Kanunu, uygulamada siyasi amaçlı yani geleceğe dönük, oy ve parti kaygıları göz önüne alınarak gündeme getirilmiş ve uygulanmıştır. Bu sebeple af konusuna sadece Af Kanununun getireceği *bayram havası* açısından ve geçmişteki *tatsız olayları unutturmak* sloganlarıyla yaklaşmıştır.

İncelememizin sonuç kısmında da belirteceğimiz gibi, konu hiç değilse bundan sonraki tarihlerde ve Af Kanunu gündeminde, toplumun huzuru, milli birlik, refah ve benzeri kavramlar yanında, mağdurlar da düşünülerek düzenlenmeli ve uygulanmalıdır.

Sadece belirtelim ki az sayıda bazı İdare hukukçuları işlemin unsurları açısından kanunlara temas etmektedirler.<sup>2</sup>

6- Bu sempozyumda, işlenen suçlar ve verilen cezalarla ilgili af ele alınmaktadır. Yani Vergi Affı konusu bu sempozyumun konusunun dışında tutulmuştur. Biz yine de, sonuç kısmında Vergi Affı konusuna kısaca temas edeceğiz.

Anayasa Mahkemesi de Af işlemi üzerine yorum getiren kararlar vermiştir. 26/06/1973 tarih ve 1773 sayılı Kanununun 1. maddesinin iptaline ilişkin kararı geniş açıklamalar ihtiva etmiyor. Bununla beraber diğer bazı kararlarında yol gösterici ifadeler yer almıştır. Bunlara aşağıda işaret edeceğiz.

**Biz aşağıda, kısaca Af konusuna, Anayasa Hukuku açısından bakacak ve bazı değerlendirmeler yapacağız.**

## **I. Af İşleminin Genel Niteliği:**

### **A. Çıkaran Organ Bakımından Af**

Affeden organ veya Af işlemi çıkaran organ bakımından bakıldığında Türk mevzuatında iki Organın çıkardığı işlemler karşılaşıyoruz:

#### **1. Yasama Organı:**

Affeden organ olarak ilk önce TBMM sözkonusudur. 1982 Anayasası md. 87 de TBMM'nin görev ve yetkileri sayılırken, TBMM'nin "**genel ve özel af ilanına**" yetkili ve görevli olduğu düzenlenmiştir.

Memleketimizde, ilk anayasamızdan bugüne kadar, benzer hükümler bizim anayasalarımızda da yer almıştır. 1876 Anayasası (md 7), 1924 Anayasası (md. 26) ve 1961 Anayasası (md. 64). 1921 Anayasası'nda Af konusu açıkça zikredilmiyor. Ama Büyük Millet Meclisi kanun ve bu arada Af Kanunu yapma yetkisine sahiptir. 1921 Anayasası'na göre; "**.... umum kavaninin vazı, tadili, feshi....Büyük Millet Meclisine aittir. (md. 7) ve Af Kanunu çıkarmıştır**"<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Mesela bkz. **Siddik Sami Onar** İdare Hukukunun Umumi Esasları İst. 1952 sh.243/258.

<sup>3</sup> Miladi tarihle 1920,1921,1923 ve 1924 tarihlerinde "**Affi Umumi**"(**Genel Af**) kanunları çıkarılmıştır. Bunlardan birincisinin ismi, son çıkarılan Af Kanununun ismine benzerdir ve şöyledir: "Kabahatlerin Affı ve Bazı Cürümlerin Takibat ve Cezalarını Tecili Hakkında Kanun"

1982 Anayasası madde 87'nin redaksiyonu iyi değildir. Aşağıda da işaret edileceği gibi, tereddütlere yer vermektedir.

Meselâ bu madde ile ilgili olarak **“Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, .... genel ve özel af ilanına ... karar verme ....tir.”** şeklinde bir ifade kullanılmıştır,ama konunun niteliğine uygun değildir. Çünkü, burada söz konusu olan **“Af kararı”** çıkarmak değildir, Af kanunu yapmaktır. Ayrıca Af ilân edilmiyor, tersine, çıkarılan Af Kanunu yürürlüğe konuyor. Yürütme Organı da, yürürlüğe giren Af Kanununun gereğini yapar, yani uygular.

## **2. Cumhurbaşkanı:**

Af yetkisine sahip ikinci organ Cumhurbaşkanıdır. Anayasa madde 104/b-13 hükmünde: **“Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak.”** Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerinden sayılmıştır.

Devlet başkanının bu görevi veya yetkisi, bundan önceki anayasalarımızda da yer almıştır: 1876 Anayasası (md.7), 1924 Anayasası (md.42) ve 1961 Anayasası (md. 97).

**“Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.”** (Anayasa md. 104/1) denildiğine göre, onun bir af yetkisinin olması yadırganmaz ve anayasada düzenlenebilir.

## **B. Af İşleminin Mahiyeti Bakımından:**

Af işleminin, hukuki işlemler içindeki yeri bakımından yapılacak bir ayırım ise şu sonuçları verir:

1. TBMM tarafından çıkarılan Af, bir kanun konusudur ve **“kanun”** ismi altında yapılır. Bu durum, Anayasada açıkça belirtilmemiş, aksine **“karar”** halinde verileceği ifade edilmiştir. Aynı durum, ölüm cezalarının yerine getirilmesi konusunda da söz konusudur. Ama uygulama **“kanun”** isimli işlem halinde yapmak tarzındadır<sup>4</sup>. Ama Millet Meclisi İçtüzüğü, md. 92, ölüm cezalarının

<sup>4</sup> Bkz. **Kemal Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, Ekin y. Sh. 461. Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 8.b. , Ankara, 1999, Turhan y.sh. 216  
1961 A.dönemi için bkz. **Erdoğan Teziç**, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul, 1980, İÜHF y. Sh. 100 vd., 176 vd.; **Orhan Aldıkaçtı**, 350

yerine getirilmesi için “**bir kanun metni**” nin hazırlanacağını söylüyor. Bu durum Anayasaya, md. 87, aykırıdır.<sup>5</sup> Bu karar yerine kanun ile yapılma uygulaması açıklığa kavuşturulmalıdır. Ayrıca kanun ile yapılmak daha uzun zaman alır<sup>6</sup>.

2. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan Af ise, bir Cumhurbaşkanı kararıdır. Bu karar yalnız kendisi tarafından imzalanır ve yayımlanır. Tek başına yaptığı işlemlerden olduğu için de, yargı denetiminin dışındadır: “**Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı** (yaptığı olması lazım) **işlemler... yargı denetimi dışındadır.**” (Anayasa md. 125/2). Bu noktaya biraz aşağıda yine döneceğiz.

### **C. Affedilen Bakımından Af:**

Af işlemine muhatab olan, yeni Af işleminin objesi ise:

- Ya tek bir kişidir. Buna genellikle **özel af** denilmektedir. Gerek TBMM ve gerekse Cumhurbaşkanı bir tek kişiyi affeden bir işlem yapabilirler.

- Ya da birden çok kişi aynı işlem ile affedilmektedir. Bu tür işlemlere de uygulamada **genel af** denilmektedir. Bu tür af, şimdiye kadar TBMM tarafından yapılan af işlemlerinde görülmüştür.

Belirtelim ki, genel ve özel af ayrımı ilmi olarak şöyle yapılmalıdır. TCK. md. 97 ye göre, genel af, kamu davasını ve hükümlenen cezaları bütün neticeleri ile birlikte ortadan kaldırır. 98. md. ise özel affı şu şekilde tarif etmiştir: “**Hususi af, havi olduğu sarahate göre, cezayı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir.**”

Kısaca: Genel af, hem suçu hem de cezayı, özel af ise, sadece cezayı ortadan kaldırır.

Bu duruma göre TBMM, bir kişi için özel Af Kanunu yapabildiği gibi, bir veya birden fazla kişi için de özel Af Kanunu çıkartabilir. Bu sebeple, özel affı bir tek kişiye, genel affı ise birden fazla kimseyi kapsayan bir af olarak düşünmek yanlış olur.

---

Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Genişletilmiş 3.b. İstanbul, 1978, İHF.y .sh. 292 vd.; İlhan ARSEL, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları (Birinci Kitap: Cumhuriyetin temel kuruluşları), Ankara, 1965, Mars Matbaası, sh. 351 vd.

<sup>5</sup> Gözler, 468.

<sup>6</sup> Ibid, 467.

Bu ilmi ayırım, bilimsel eserlerde senelerdir yazılmasına rağmen<sup>7</sup>, hala bu konuda hatalı ifadeler kullanıldığı görülmektedir.

## II- Mahiyeti:

Af işleminin mahiyeti yani hukuki bünyesi hakkında tamamlayıcı olarak aşağıdaki özelliklere işaret etmek isterim:

1. İster TBMM, isterse Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılsın, af işlemleri Türk Milletinin temsilcisi (Anayasa madde 7) olarak TBMM ve md. 104 gereği Devletin başı ve Türk Milletinin birliğinin temsilcisi olarak Devlet Başkanı yapmaktadırlar. Bu bakımdan, her iki organının da, bu yetkiyi kullanmada kaynağını anayasadan ve ayrıca Anayasa hukuku geleneklerinden aldıkları söylenebilir.

2. Uygulamada, TBMM tarafından çıkarılacak af işlemleri bir kanunla yapılmaktadır. Diğer kanunlar gibi, komisyonlardan geçmekte, ve kanun tekliflerine uygulanan prosedüre tabi olmaktadır. Cumhurbaşkanı ise tek taraflı bir irade ile tekemmül eden bir işlem olarak yapmaktadır.

3. Her iki organının da bu konuda geniş bir takdir (mutlak değil) hakkı<sup>8</sup> vardır: TBMM, hangi suçları affedeceğine, cezalarının tümünü veya bir kısmının ne kadarını indireceğine ve Af Kanununu ne zaman çıkaracağına, ve hangi tarihten itibaren işlenmiş suçlar için af getireceğine karar verir.

Ancak son Af Kanunundan sonra, bu görüşümüzün aksine, oldukça yoğun tenkitler ortaya atıldığı müşahade edilmiştir. Şöyle ki:

TBMM'nin, çıkaracağı af işleminin hangi suçlar hakkında ve hangi tarihten itibaren işlenmiş suçlar için söz konusu olabileceğinde

---

<sup>7</sup> Mesela bkz. Mukayeseli Hukuku Esasiye Derstleri-Profesör Y.Ziya Özer'in takrirleri, Ankara, 1939, sh. 539. Osman Nuri Uman, Esasi Hukuku (Anayasa Hukuku), Ankara, 1939 shf. 150 vd., Bülent Nuri Esen, Anayasa Hukuku 3 b. Ankara,1948, shf.160 vd.

Bunlar yanında, son olarak yürürlüğe giren, şartlı salıverme ve cezaların tecili de bir af türü müdür sorusuna cevap aramaya gerek yoktur kanaatindeyim. Çünkü neticesi itibariyle, o ceza çektilmediği için, affedilme neticesini doğurmaktadır.

Yusuf Ziya Özer Hoca ise şöyle diyor: "Bu sebeplere mebni bizim Teşkilatı Esasiye Hukukumuz üç nevî af ihdas etmiştir: Umumi af, hususi af ve cezaların tahfif ve tahvili..."(sh. 539)

Anayasa Mahkememiz bir kararında, genel affın özelliklerini taşıyan bir K. , bir tek kişi için çıkarılmış bulunsa dahi "genel af" niteliğinde kabul etmiştir.(Bkz. 7/46-19.12.1966-R.G. 29/01/1968-12812).

<sup>8</sup> Bkz. Gözler, 460.

tam bir takdir yetkisine sahip olmadığı veya olmaması gerektiği ileri sürülmüştür.

Özellikle, Devlete karşı işlenen suçlar, TBMM tarafından affedilmediği halde, kişilere karşı işlenmiş suçlar af kapsamına alınmıştır, denilmiştir.

Belirtelim ki, burada söz konusu olan tenkidin özü, devletin ceza politikası ile yakından ilgilidir. Bilimsel olarak da Hukuk Felsefesini ilgilendiren bir inceleme konusu ile karşı karşıya olduğumuz söylenebilir.

Fakat yine belirtelim ki, bu tartışmalar bilimsel değerde olmakla beraber, af işlemini yapan TBMM'nin sahip olduğu af yetkisi (Anayasa madde 87) ni kullanma bakımından pratik bir değeri olmaz. Çünkü hazırlanan af tasarısının kapsamı ve hükümlerinin değerlendirilmesi, TBMM'nin komisyonlarından ve Genel Kurulda yapılmakta ve son şeklini almaktadır. Bu esnadaki faaliyetlere tesir edecek bir anayasal prosedür de yoktur<sup>9</sup>.

Bunun bir manası da şudur: Zaman zaman çıkarılan af kanunları için, eşitlik ilkesine riayet edilmediği<sup>10</sup>, şu şu suçları affettiği halde şu şu suçları niçin affetmediği vb. yolundaki itirazlar, kanaatimce yerinde değildir. Çünkü Anayasa madde 10'da düzenlenmiş bulunan eşitlik ilkesi, anayasanın düzenlemelerine göre ancak şu sahalarda söz konusudur:

- Kamu hizmetlerine girmede (md. 70)
- Kanun önünde (mahkeme huzurunda) (md. 10)
- Devlet tarafından sağlanan imkanlara kavuşmada (md.31, 42 vd.)

Affetme bunlar dışındadır. Yani TBMM, Af Kanununa hangi suçları alacağı, cezalardan ne kadarını indireceği ve hangi tarihten itibaren işlenmiş suçları affedeceğine kendisi karar verir. Aksi görüş, daha objektif bir kriter bulamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kararında bu ilmi gerçeği çok açık ve o derecede de güzel ifade etmiştir: "**Kuşkusuz Yasa Koyucu, suçların özelliğini ve cezaların ağırlığını göz önünde bulundurarak, çıkaracağı Af yasaları ile, değişik türde suç işleyenlerin, ya da**

<sup>9</sup> Bkz. Gözler, 460/92.

<sup>10</sup> TBMM "çıkaraacağı Af Kanununda, genel veya özel affın kapsamını belirlerken Anayasanın diğer temel ilkelerini, hukuk devleti ilkesini, özellikle de eşitlik ilkesini dikkate almalıdır." (Gözler, 460).

**değişik cezalara çarptırılanların aftan değişik ölçülerde yararlanmalarını, üstelik, haklı nedenler varsa, bir kesimin hiç yararlanmamasını sağlamaya yetkilidir. Bu tür düzenlemelerin yasa önünde eşitlik ilkesini zedelediği de öne sürülemezdir.”**  
67/14/E/K.-13.03.1979 R.G. 24/05/1979-16646- K.D, s.17.sh 111).

Anayasa Mahkememiz bir başka kararında ise şöyle demiştir:

**“ Anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında aftan yararlanma diye bir hak gösterilmiş değildir. Bu sebeple suçlular, affedilmelerini bir hak olarak isteyemezler. Anayasanın affa yetkili kıldığı merci, affın kapsamını da belli etmeye yetkilidir”.**(12/47-9.6.1964:R.G.21.9.1964-11812;K.D. s.1.sh.144).

Bir başka kararında şu ifadeler yer alıyor. **“Zaman içinde toplum gereksinmelerinin, yine hem birey hem de toplum yararına telkin ettiği, hatta zorunlu kıldığı bazı düzenlemeler yapmak, bu suretle toplumdaki değişikliklere koşut olarak varolan önlemleri güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok arttıran veya tam tersine bunları hafifleten ya da büsbütün ortadan kaldıran tasarruflarda bulunmak, Yasa koyucu için hem doğal, hem de kaçınılmaz bir görevdir”.**(Any. Ma. 11.03.1986, Es.1985/32,K. 1986/9, R.G. 9.5.1986 – Sayı:19102).

Söylemeye lüzum yok ki, TBMM'nin bu konudaki takdir hakkının kullanması çıkarılan Af Kanununun toplumda ve kamu oyunda her zaman bütünüyle beğenileceği ve itiraz edilemeyeceği manasına gelmez. Bu ikisi ayrı sahaların konularıdır.

Kaldı ki, hiç kimsenin, hiçbir açıdan itiraz edemeyeceği objektif bir kriter bulmak da imkânsızdır. Yani yapılan her düzenleme, mutlaka bir diğer açıdan tenkit edilebilir.

Kanaatimce burada **“yerindelik”** açısından bir tenkit yapmanın bilimsel değeri olsa da, pratik faydası olmayacaktır.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi norm kontrolü yaparken **“yerindelik”** denetimi yapamaz. Anayasa yargısı teorisinde yer alan bu esas, Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifadesini bulmuştur. Mesela bir kararından aldığımız aşağıdaki cümleler yukarıda konulara açıklık getirmektedir: **“Bir yasa kuralının yerinde olup olmadığı, yarar ya da zarar getirebileceği konusu uygunluk denetimi dışında kalan bir husustur. Anayasa Mahkemesi yalnızca, Anayasa kuralları karşısında uygunluk ya da aykırılık üzerinde durarak denetleme yapabilir. Yasama organının takdirine bağlı konu ve alanlara el atması söz**



konusu olamaz... Bir yasa kuralı, bir başka Anayasa kuralına göre, onun varlığı ya da yokluğu gözetilerek değil ancak ilgili Anayasa kuralına göre değerlendirilerek denetlenir. Eşitlik, aynı durumda olanların ayrı işlemlere bağlı tutulmamasıdır. Değişik durumda olanların ayrı kurallara bağlı kılınmasında eşitlik ilkesine aykırı bir durum olamaz...Yasa koymak, değiştirmek, yasayı yürürlükten kaldırmak ve yerindeliği gözetmek tümüyle yasa koyucunun yetkisi içindedir. Yasalar arasında uyum ve uygunluk da yasa koyucunun arayacağı durumlardır (Anayasa Mahkemesi 11.09.1986, Es.1985/33, Ka.1986/22; R.G.10.12.1986-Sayı:19307).

Aynı istikamette tenkitler. Anayasanın 87. maddesinde yer alan istisna ile ilgili hükme karşı da ileri sürülebilir.

Bu kısa incelememizin sonunda da belirteceğimiz gibi, belki de en iyisi, sık sık Af Kanunu çıkarmamaktır. Hatta uzun müddet af konusu TBMM'nin gündemine gelmemeli, hele "**af müjdesi**" ise hiç verilmemelidir. Çünkü kısa aralıklarla çıkarılan Af Kanunları, cezaların caydırıcılık özelliğini azaltır.

Cumhurbaşkanının yapacağı af işleminin sebepleri ise, Anayasa madde 104/b-13 de belirtilmiştir. Bu sebepler: "**Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama**" dır.1961 Anayasası madde 97/2 de aynı ifadeleri ihtiva etmekteydi. 1924 Anayasası madde 42, takdir hakkını çok geniş ifade etmiş ve şöyle demiştir. "**daimi malüliyet ve şeyhuhet gibi şahsi sebeplerden dolayı...**"

### III. Af yetkisinin sınırları (Takdir hakkının sınırlanması):

Bu konuda aşağıdaki noktalara dikkat çekilebilir.

I. Gerek TBMM ve gerekse Cumhurbaşkanı af yetkilerini kullanırken, bazı anayasa hükümlerini ve hatta ülkemizin gerekçelerini de göz önünde bulundurmalarıdır. Meselâ bunlardan bazılarını şöyle sıralayabilirim:

1. Anayasanın başlangıç kısmına göre, kişinin **maddi ve manevi varlığını** sağlamak devletin görevi ve hedefleri arasındadır.

2. Anayasa madde 5 gereğince "Devletin temel amaç ve görevleri... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak....tır."

3. Anayasa madde 17 gereğince: "Herkes, yaşama, maddi ve mânevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir".

4. Madde 19 gereğince: “Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.”

5. “Devlet... gençlerin... yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır”.(md. 58)

6. Madde 81 gereğince “Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri... toplumun huzur ve refahı, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden....” ayrılmayacaklarına and içerler.

7. Madde 103 gereğince: “Cumhurbaşkanı, görevine başlarken .... milletin huzur ve refahı, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden....” ayrılmayacağına and içer.

8. Yine Cumhurbaşkanı, devletin başı olarak “...Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.”

9. “**Anayasa Mahkemesi, kanunların... Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler....**” (A.md.148/1).

Görülüyor ki, Anayasanın yukarıya aldığımız maddelerinin genel havasına göre: kişilerin maddi ve manevi varlığı korunmalı ve geliştirilmelidir; herkes huzurlu yaşama hakkına sahiptir; toplum huzur, refah ve adalet içinde yaşatılmalıdır, istikametindedir; gerek milletvekilleri ve gerekse Cumhurbaşkanı da bu konular başta olmak üzere, Türk Milletine refah ve mutluluk getirici işlem ve eylemlerde bulunmaya and içmişlerdir<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Hocamız Ord.Prof.Dr. **Ali Fuat Başgil**, Yasama organının kanun koyma yetkisinin mutlak olmadığını, onu hudutlayan bazı bağların bulunduğunu uzun uzun anlatmaktadır. Bu bağlar: a)Ahlak,adalet ve insanlık kaideleri b)Milli hakimiyet prensibi c)Devlet hukuki bir şahsiyet olması şeklinde belirtilmiştir. (Bkz. Esas Teşkilat Hukuku, 1.c. Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri Fasikül, 2, İst,1960,shf.467 vd.).

Merhum hocamız seneler önce yazdığı Anayasa Hukuku kitaplarında da benzer düşüncelere yer vermiştir. Mesela bkz. Esasiye Hukuku Dersleri, İstanbul 1934, shf.237 vd; Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, İstanbul 1940, shf.185 vd.

Cumhuriyetin ilk zamanlarında yayınlanmış bir Anayasa Hukuku kitabında ise şu cümleler var: “Umumi af,ekseriya siyasi ve memleketin ali menfaatlerine raci bir takım mulahazalarla ilan olunur...”(**Osman Nuri Uman**, Esasiye Hukuku (Anayasa Hukuku), Ankara 1939, shf. 151

**Prof.Özer** ise şöyle diyordu: “Umumi af siyasi mülâhazalar üzerine ve bilhassa memlekette sükun ve emniyeti tesis kasdiyle yapılır ki, münhasıran siyasi ve şümüllü suçlar hakkında vaki olur,...” (shf.537).

Bir fikir edinmek için şu esere de bkz. **Vasfi Reşit Sevig** , Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Hukuk c.1 Teşkilatı Esasiyeye başlangıç, Siyasal Doktrinler, Kemalizm, Parti ve Devlet, Ankara, 1938 shf.69, 173 vd.

Diğer taraftan, Af işlemlerinde, daima suçlular ve bir de mağdurlar söz konusudur. Bir suç işlenince mağdurların maddi ve manevi hayatları sarsılırken, suçlular da, ıslah edilmek ve tekrar huzur bozucu bir suç işlememeleri maksadıyla cezalandırılmaktadırlar.

Halbuki çıkarılan af işlemleri ile, suçlular serbest kalınca huzura kavuşmakta, mağdurlar ise, teselli bulamamaktadırlar, tersine huzurları kaçmaktadır.

Bu sebeple, her Af işlemi yapılırken bu iki dengenin düşünülmesi ve korunması gerekir: Eğer, mağdurları hiç nazara almadan sadece suçluların hürriyetlerine kavuşması hedeflenirse, af işlemini yapan organların takdir hakkını kullanmada isabetli hareket etmiş sayılmayacaklardır.

Bu değerlendirmemiz, çıkarılan son af işleminin yürürlüğe girmesinden önce ve sonra basına yansıyan haberlerle teyit edilmiştir: Yani Af neticesi serbest bırakılmalar, “**mağdurları çileden çıkarmış**”, eski suçluların bir kısmının ise “**yeniden suç işleyerek**” tekrar hapishanelere girdikleri müşahade edilmiştir. Bu konuda resmi istatistikler elimizde yok, ama, af işleminin yürürlüğe girmesini takip eden günlerdeki basın haberleri bize bunu göstermektedir<sup>12</sup>.

10. Bunlar dışında kalıpta Anayasada açıkça ifade edilen iki sınır daha vardır. Bunlar şunlardır:

1- Anayasa madde 87 gereğince, **Anayasanın 14 üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere...** Af Kanunu çıkarılabilir. Bir diğer deyişle, Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı mahkûm olanlar için Af Kanunu çıkarılamaz.

Bu özellik, 1924 ve 1961 Anayasalardaki af düzenlemesinde olmayan bir farktır.

2- Anayasa madde 169/3 gereğince: “**Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz.**”.

<sup>12</sup> Bkz. 29/12/2000 t den sonraki gazeteler

Bu kabil haberlerin son örneği 21/13/2001 t. Star Gazetesinde geniş olarak yer almıştır. Ayrıca İçişleri Bakanı Saadettin Tantın, NTV Televizyonu “Gündemdekiler” programında, 25/3/2001, Af Kanunu ile serbest bırakılan birçok kimsenin, ekonomik sebeplerle, aynı suçu işleyip ceza evlerine döndüğünü ve son zamanlarda, mala karşı suçlarda belirgin bir artış olduğunu açıklamıştır.

Anayasamızın dili, oldukça kötüdür: yer yer anlaşılmaz kelimeler ve bazen da gereksiz tekrarlar yer almakta, hatta çoğu defa da Türk dil kaidelerine uymayan (gramerine aykırı) cümleciklere rastlanmaktadır. Bunlardan biri de burada sözkonusu olmaktadır:

Anayasanın 87. maddesinde, çıkarılacak Af Kanunlarının kapsamı bakımından getirilen istisna, açık değildir. Sanki Anayasa 87. maddesi kanalı ile Anayasanın 14. maddesi suç teşkil edilen bir fiil ortaya koyuyor gibi anlaşılıyor. Halbuki burada, Anayasanın 14. maddesi kapsamına giren suçlardan mahkum olanlardan ve bunlar için af çıkarılamayacağından bahsediliyor. Bu fiillerin neler olduğu ve hangi cezalarla cezalandırıldığı kanunlarda belirtilmiştir. Belirtilen yer Anayasa değil, TCK başta olmak üzere, diğer kanunlardır. Genç Anayasa hukukçularımızdan **Kemal Gözler** haklı olarak bu noktaya işaret etmektedir.<sup>13</sup>

Belirtelim ki, TBMM'nin çıkaracağı Af Kanunu sebep açısından sınırlanmamasına rağmen, Cumhurbaşkanının af yetkisi sebep açısından sınırlıdır. Bunlar, yukarıda belirttiğimiz gibi, **sürekli hastalık, sakatlık ve kocamadır.**

Son olarak belirtelim ki, çıkarılan Vergi Aflarında herhangi bir sınır ve sınırlama açık ifadelerle Anayasada yer almıyor. Halbuki Vergi Affı ile devlet hazinesi çok büyük zararlara uğratılmaktadır. Senelerdir çıkarılmakta olan Vergi Afları için ne açık bir Anayasa engeli var ne de Vergi Affı kanunları hakkında dava açılıyor. Sonuç kısmında bu konuya yine döneceğiz.

#### **IV. Dava Hakkı:**

Anayasanın 125/1. maddesine göre:

**“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”**

Af işlemi de idarenin (genel manada) bir işlemidir. Bu sebeple çıkarılan af işlemine karşı da yargı yolu açıktır, açık olmalıdır diyebiliriz. Ancak, Anayasadaki bazı hükümler sebebiyle bir ayırım yapmak gereği ortaya çıkıyor:

1. TBMM tarafından yapılan Af Kanunlarına karşı, Anayasaya aykırılık iddiasıyla, yargı yoluna başvurmak mümkündür. Yani Af Kanunu da bir kanun olduğu için, Anayasanın 148/1 maddesi

---

<sup>13</sup> Sh. 459.  
358

manasında bir işlemdir ve onun hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla bir iptal davası açılabilir (Anayasa md. 150). Nitekim son Af Kanunu hakkında da böyle bir dava açılmış bulunuyor.

Af Kanununun hakkında iptal davası açılabilirdiği gibi, o Af Kanununun Anayasaya aykırılığı bir dava mahkemesi huzurunda da ileri sürülebilir (Anayasa md. 152). Bu imkan da son Af Kanunu ile ilgili olarak gerçekleşmiştir. Dava mahkemeleri aykırılık iddialarını “**ciddi**” görerek, konuyu Anayasa Mahkemesine intikal ettirmişlerdir.

2. Devlet başkanı tarafından yapılan af işlemleri hakkında ise yargı yoluna başvurulamaz. Çünkü Anayasa madde 125/2 gereğince Af işlemi, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerdendir ve bu sebeple yargı denetiminin dışındadır<sup>14</sup>.

Ancak belirtelim ki, Cumhurbaşkanı, Anayasa tarafından kendisine verilen Af yetkisini kullanırken, Anayasada belirtilen sebepler dışına çıkma ihtimali olabilir. Yani, sürekli hasta olmayan, sakat olmayan ve kocamamış-genç birini affettiği takdirde, bu işlemin yargısal denetimi yapılamayacaktır. Hatta, sürekli hastalık, sakatlık, yaşlılık halleri bile, her zaman kesin olarak ortaya konulabilmiş durumlar değildir, yani hastalık türüne ve kişilere göre değişir.

### **Netice:**

Yukarıda Af işlemine ait genel ve kısa bir değerlendirme sunduk. Bu değerlendirmemiz, kısmen, Anayasanın çeşitli hükümlerinden çıkartılan genel istikamete dayanmakta, kısmen de, memleketimizde son olarak yürürlüğe giren Af Kanununun tatbikatına ait müşahadelerdir.

Bu konuda son olarak şu noktalara dikkat çekmek isteriz:

1. Memleketimizde çok sık Af Kanunu çıkartılmaktadır. Resmi olmamakla beraber, basında yer alan haberlere göre, Cumhuriyetin ilanından bu yana, yaklaşık 80 yıl içinde, 72 Af Kanunu çıkartılmıştır. Yani hemen her yıl bir Af Kanunu çıkartılmış. Tabii bu kadar sık Af Kanunu yukarıda işaret ettiğimiz, **suçlu-toplum; ve mağdur-suçlu ve toplum** ilişkileri bakımından geleceğe dönük sağlıklı neticeler doğurmaz.

<sup>14</sup> Son yıllardaki uygulamalar bu istikamettedir. Ancak bazı af kararlarında Başbakan ve Adalet Bakanının da imzaları görülmüştür. (Bkz. R.G. 1984-18320). Bu konunun tartışılması için Bkz. **Gözler**, 511.

2. Kanaatimce Af Kanunlarından esas maksat: toplumda barış havasını kurmak ve geliştirmek, eski husumetleri unutturmak ve suçlu kimseleri tekrar topluma kazandırmaktır. Bu amaçlar ne kadar değerli ve gerekli ise, mağdurların dikkate alınması da o kadar değerli ve gereklidir. Eğer mağdurları hiç düşünmez veya çok az dikkate alırsanız, bazı kimseleri suç işleme alışkanlığına itmiş, hatta buna özendirmiş olursunuz.

3. Ancak, aftan yararlanmak diye bir hak söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi de bu noktayı açıklıkla belirtmiş (Yukarıda işaret ettik).

4. Çıkarılan af kanunlarının neticesine ait istatistikler elimizde yok. Bu konuda geniş çaplı hukuk sosyolojisi açısından yapılmış araştırmalara da bendeniz rastlamadım. Bu kabil çalışmalar memleketimizdeki af kanunlarının ne derece amacına ulaştığını ortaya koyacaktır.

5. Memleketimizde çıkarılan genel Af Kanunları, hemen her defasında, 1930 ve 1940 lı yılları Anayasa hukukçularının da işaret ettiği gibi, siyasi mülahazalar, partilerin oy kaygısı ve seçmene şirin görünme düşünceleri ile çıkarılmıştır.

6. Anayasanın 87. maddesinin 14. maddeye atıfta bulunması, hukuki sıkıntılara yol açmıştır ve devam etmektedir. Yani 14. maddenin belirttiği suçlar hakkında Af Kanunu çıkarılmadığı için, 1991 yılından beri, **sartla salıverme** ve **erteleme** adı altında kanunlar çıkarma yoluna gidilmektedir. Kaldı ki 14. maddenin belirttiği suçlar da belirgin (**bestimust**) değildir. Bu sebeple Anayasanın 87. ve 14. madde ilişkisi, tereddütleri ortadan kaldırııcı yönde düzeltilmelidir.

7. Burada kısaca vergi affı konusuna da temas etmek isterim:

1- Vergi affı, devlete vergi borcu olanların borçlarının affı veya taksite bağlanmasıdır. Vergi affından maksat, "**zaten toplanmayan vergi alacaklarının**" hiç değilse, bir kısmının devlet kasasına girmesini ve böylece devlet gelirlerinin çoğalmasını sağlamaktır.

2- Bu gerekçe ve yorum makul gibi gelirse de bu konuda şunlar söylenebilir:

a) Vergi affı, devlete zamanında ve eksiksiz vergisini ödeyenlere dolaylı olarak bir haksızlıktır. Ve dürüst vatandaş olmanın faziletini inkara yöneltir.

b) Anayasa maddesi 73/1 e göre “**Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.**” Halbuki çıkarılan vergi affı ile, bir kısım vatandaşlar, zamanında vergilerini ödemedikleri için mükafatlandırılmaktadır. Çünkü vergi borçları ya affedilmekte ya da uygun faiz oranları ile taksitlerle ödenmelerine imkan tanınmaktadır. Böylece Anayasa madde 10 daki eşitlik ilkesi açıkça zedelenmektedir. Yani Af Kanunları bu sebeple anayasaya aykırıdır. Bu aykırılık kanunun tümünde vardır. Şimdiye kadar, benim tespitlerime göre vergi Af Kanunları anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne kadar gelip iptal edilmemiştir. Belki de kimse bu açıdan Vergi affı kanunlarına bakmamıştır. Nitekim, Anayasa Mahkememiz bile, iptal kararlarını sadece suçlara ve cezalara münhasır kabul etmiş ve bu yılki Anayasa Yargısı Sempozyumunun konusunu suçlara ve bu suçların cezalarının ertelenmesine münhasır kabul etmiştir.

c) Vergi affı yoluyla, zaten toplanamayan vergi alacaklılarının devlet hazinesine girmesini sağlamak gerekçesi ve düşüncesi, bir başka açıdan ise, devletin vergisini toplamadaki aczini ortaya koyar. Devletin aczi, vergi affı çıkararak, vergi borcunu zamanında ödemeyenleri mükafatlandırılmaz ve örtbas edilemez.

d) Cumhuriyet devrinde 19 vergi affı çıkartıldığını tespit etmiş bulunuyoruz<sup>15</sup>. Bunun bir açıdan iki manası var: Bir yandan devlet 19 defa vergilerin mali güce göre ödenmesi yolundaki demokratik bir prensibi zedelemiştir, diğer yandan ise, eşitlik prensibi 19 defa çiğnenmiştir.

e) Cumhuriyet döneminde 19 defa vergi affı çıkartılması demek, yaklaşık her dört yılda bir defa vergi affı çıkartılmış demektir. Ve her çıkan vergi affı kanununda da geriye dönük her yıl vergi borçlarını affettiğine göre, vergi borçlarını ödemeyenler devamlı olarak affedilmiş, mali bakımdan ise hep mükafatlandırılmıştır. Çünkü zamanında ödenen vergi borçlarının satın alma gücü ile, ertelenen veya taksitlere ve üstelik düşük faiz oranlarına bağlanan vergi borçlarının itfası sebebiyle ortaya çıkan satın alma gücü arasında herhalde büyük farklar bulunmaktadır.

Vergi affı çıkartılınca, çok düşük faiz oranları ile gecikmiş vergi borçlarının ödenmesi sağlanırken, devlet maliyesi de milyarlarca

---

<sup>15</sup> 25 Nisan 2001 günü akşamı haber bültenlerinde ve ertesi günün gazelerinde, armatörlerin kamu bankalarına olan 270 milyon dolar borçlarının, Bakanlar Kurulu tarafından ertelendiği, ancak, kamu bankaları ortak yönetiminin bu kararı “kaynak olmadığı” gerekçesiyle uygulamadığı, haberi yer aldı.

dolarlık zarara uğratılmaktadır. Çünkü %3 veya 6 gibi düşük faiz oranları uygulanan bu borçların itfası esnasında, ülkedeki faiz oranları bazen %90 lara varmaktaydı ve hazine bu oranlarla borçlanmaktaydı.

3- Gerçi Anayasa madde 73/3'ün hükmüne göre **“Vergi resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır”**. Burada vergi yükümlülüğünün kaldırılması, bir mal ve hizmeti vergi konusu olmaktan çıkarmaktadır. Yoksa o mal ve hizmet vergi matrahına esas olmakta devam ederken, tahakkuk eden vergi borcunun alınmasından vazgeçmek, bir kısmını almaya razı olmak, ya da taksitlendirilerek ve düşük oranlarda faizlerle zamana yayarak, reel değerinden aşağıda toplanması demek değildir. Zaten bu maddenin gerekçesinde şöyle denilmektedir:

**“Vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin adaletli ve dengeli dağılım ilkesi getirilmiştir. Vergi yükünün muafılığı ve istisnaların zamanla artan oranla düşmesini engellemek üzere Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi ilkesi kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu bu yetkisini amaç kanununda gösterilen unsurlar içinde kullanılabilir.”**

Vergi affı kanunları genellikle Bakanlar Kurulu tarafından teklif edilip, TBMM'ne sunulur. Bu duruma göre bu vergi affı kanunlarını çıkaran Bakanlar Kurulları Anayasanın metnine ve gerekçesinde belirtilen esaslara aykırı hareket etmiş olmaktadır. Böylece Hazine zarara uğratılmış olmaktadır. (Bkz. T.C.K md.228-240). Belki bir kastın varlığı iddia ve ispat edilemez, ama kast dışında da zarar verilebilir. Vergi affı neticesinde hazineye bir zarar verildiği ise kesindir.

7- Kanaatimce, bundan sonra uzun bir müddet Af Kanunu çıkartılmamalı, hele **“af müjdesi”** hiç verilmemelidir.



## **OTURUM BAŞKANI : Hak. Tuęg. Dr. Önder AYHAN**

Sayın Başkan, değerli konuklar, oturumun ikinci konuşmacısı, Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ'ın kısa özgeçmişini bilgilerinize sunuyorum.

İdare hukuku Profesörü olan Sayın ODYAKMAZ, TED Ankara Koleji ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur.

1983'de hukuk doktoru, 1990'da doğent ve 1996 yılında da profesör unvanlarını aldı. Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nde; Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Başkanlığı, Kamu Yönetimi Bölüm Başkanlığı, Yönetim Kurulu Üyelięi ve Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde üç yıl dekanlık görevlerinde bulunmuştur.

Sayın ODYAKMAZ, yüzon civarında konferans vermiş, on yedi kez oturum başkanlığı yapmıştır. Ombudsman - Kamu Denetçilięi Kanun Taslağını hazırlayan komisyonun ve İdari Usul Kanunu taslağını hazırlayan komisyonun başkanlıklarını yapmıştır. Halen Adalet Bakanlığı için, "Türkiye'de Kadın Cezevleri Nasıl Olmalı" konusundaki projeyi yürütmektedir.

Sayın ODYAKMAZ, profesörlük araştırmaları için, Belçika ve Fransa'da çalışmalarında bulunmuştur. kırkbeş civarında uluslararası toplantıya katılan Sayın ODYAKMAZ, halen Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı görevini yürütmektedir.