

“... ”

A- 7242 Sayılı Kanun'un Tümünün Şekil Bakımından Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Anayasa'nın 87. maddesine göre Türkiye Büyük Millet meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun (360 milletvekili) kararı ile genel ve özel af ilan edebilir. Dolayısıyla af yetkisi, TBMM'nin nitelikli çoğunlukla alacağı bir karar ile kullanılabilir. Anayasa'nın 88. maddesinin ikinci fıkrasında kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM'nde görüşülme usul ve esaslarının İttüzükle düzenleneceği belirtilmiştir. TBMM İttüzüğü'nün 92. maddesinin ikinci fıkrasında da “Genel veya özel af ilanını içeren tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tasarı veya tekliflerin afla ilgili maddelerinde ve tümünün oylamasında ayrı ayrı aranır. Tasarı veya teklif hakkında verilen genel veya özel af ilanını içeren değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önerenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır.” denilmektedir.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı şekilde 7242 sayılı Kanun'un 52. maddesi ile 5275 sayılı Kanuna eklenen geçici 6. madde ile maddede belirtilen suçlar hariç olmak üzere 30.03.2020 tarihine kadar işlenen suçlardan mahkûm olanlara yönelik olarak bir defaya mahsus olmak üzere denetimli serbestlik sürelerinin uzatılması suretiyle infaz edilecek cezalarda indirim yapılmıştır ve bu indirim özel toplu af niteliği taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, mahkeme denetlediği işlemin niteliğini tespit ederken onun adına değil içeriğine bakmak durumundadır. Mahkemenin daha önce E.2002/99, K.2002/51 sayılı ve 28.05.2002 tarihli kararında da belirttiği üzere her ne ad altında yapılırsa yapılsın, suçu ya da cezayı ortadan kaldırmayan, genel ve sürekli nitelik taşımayan geçici nitelikteki düzenlemelerle bir defaya mahsus olmak üzere infaz edilecek cezalarda indirim yapan düzenlemeler af niteliğindedir ve Anayasa'nın 87. maddesinde af kanunları için öngörülen nitelikli çoğunlukla kabul edilmeleri gerekir.

7242 sayılı Kanununun 52. maddesiyle getirilen düzenlemenin af niteliğinde olduğu aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.

Dolayısıyla TBMM İttüzüğü'nün 92. maddesine göre hem ilgili maddenin hem de yasanın tümünün oylamasında Anayasa'nın 87. maddesinde öngörülen 3/5 nitelikli çoğunlukla (360 milletvekili) kabul edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu hükmüne yer verilmiştir. Burada son oylamadan kasıt Genel Kurulda kabulü için yapılan son oylama olduğu ve maddeler için yapılan nihai kabul oylamasını da içerdiği açıktır. Sonuç olarak af kanunu niteliği taşıyan hükümlerin kabulü için hem maddenin oylanmasında, hem de yasanın tümünün oylanmasında beşte üç çoğunluğun (360) bulunması gerekmektedir.

14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisinin 13 Nisan 2020 Pazartesi günü yapılan 84. Birleşimi sırasında (27. Dönem 3. Yasama

yılı) yapılan görüşmeleri sonucu, 52. maddesinin oylanmasında nitelikli çoğunluk aranmadığı gibi kanunun tümüne ilişkin son oylamada da Anayasa'nın öngördüğü beşte üç çoğunluk sağlanmamıştır. Meclis Başkanvekili tarafından açıklanan açık oylama sonucuna göre Kanun'un bütününün oylanmasında, 330 oy kullanılmış, 279 kabul, 51 ret oyu verilmiştir (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil3/ham/b23442oylama.htm>).

Bu durumda ne maddenin oylanmasında ne de yasanın genelinin oylanmasında Anayasa'nın 87. maddesine göre gerekli olan beşte üç çoğunluğu (360) sağlanmıştır.

İçtüzüğün 92. maddesi, yasanın tümünün oylanmasında nitelikli çoğunluk aranacağını düzenlediğine göre, gerekli çoğunluğu sağlayamayan kanunun kabul edildiğini söylemeye olanak bulunmamaktadır. Kanunun tümünün oylanması tek bir oylama olup, ya kanun kabul edilmekte ya da reddedilmektedir. Tek oylama sonucunda bazı maddelerin kabul, bazılarının reddedildiğini söylemek mümkün olmadığına göre, İçtüzüğün 92. maddesindeki açık lafzı uyarınca kanunun tümü reddedilmiştir. Bu şekilde reddedilen kanunun imzalanarak yayımlanması, Anayasa'nın 87. ve 88. maddesine açıkça aykırıdır. Bu şekli aykırılığı denetlemek Anayasa'nın 148. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin denetim alanına girmektedir. Bu nedenle, şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olan kanunun tümünün iptali gerekir.

B- 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 52. maddesi ile değiştirilen 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un geçici 6. maddesinin Şekil Bakımından Anayasaya Aykırılığı

Yukarıda gösterildiği üzere; 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun şekil bakımından Anayasa'ya aykırıdır ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal etmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin Kanun'un tümünü iptal etmemesi halindeyse; aşağıdaki nedenlerle, 7242 sayılı Kanun'un 52. maddesi ile değiştirilen 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un geçici 6. maddesinin, şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptal etmesi gerekir.

İptali istenen kuralı içeren 7242 sayılı Kanun ile infaz sisteminde köklü değişiklikler yapılmıştır. Aynı zamanda yasada Covid 19 salgını ile mücadele kapsamında alınan tedbirler çerçevesinde ceza evlerindeki yoğunluğun azaltılmasına yönelik düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu çerçevede iptali istenen 52. maddede denetimli serbestlik sisteminde bir sefer uygulanmak üzere geçici bir hüküm öngörülmüştür.

Buna göre 30.03.2020 tarihine kadar işlenmiş suçlarla ilgili olarak denetimli serbestlik süresi bir yıl yerine üç yıl olarak uygulanacaktır. Ancak bazı suçlar bu uygulamanın dışında bırakılmıştır. İstisna tutulan suçlar;

-Kasten öldürme (TCK m.81, 82, 83); Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (TCK m.87/2-d), İşkence suçu (madde 94 ve 95), Eziyet suçu (madde 96), Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), Özel hayata ve hayatın gizli

alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188), TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan Millete ve Devlete karşı suçlar; ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre 30.03.2020 tarihine kadar (bu tarih dahil) işlenen suçlardan mahkumiyet halinde, 0 ila 6 yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile 70 yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında denetimli serbestlik süresinin 2 yıl yerine 4 yıl olarak uygulanacağı, ağır hastalık, engellilik veya kocama sebebiyle yaşamını tek başına sürdüremeyecek olan 65 yaşını bitirmiş hükümlülerin ise koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken sürelerin, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebileceği düzenlemiştir. Bu fıkradan faydalanamayacak hükümlüler ise; Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkum olan hükümlülerdir.

Üçüncü fıkarda ise, iyi hâlli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin de birinci ve ikinci fıkralarda öngörülen geçici denetimli serbestlik sürelerinden yararlanmaları öngörülmüştür.

Son olarak dördüncü fıkarda 30.03.2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabii olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir günün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir günün, iki gün olarak dikkate alınacağı öngörülmüştür.

Adalet Komisyonu ve TBMM Genel Kurulu tutanaklarından da anlaşılacağı gibi CHP kasten öldürme suçları, üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, işkence suçları, eziyet suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, (314'üncü maddenin üçüncü fıkrası dışındaki), Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren (7'nci maddenin ikinci fıkrası dışındaki) suçların affedilmesine karşıdır.

Görüldüğü gibi iptali istenen kural ile denetimli serbestlik sisteminde bir defaya mahsus olarak sürelerin uzatılması suretiyle hükümlülerin infaz edilecek cezalarında indirim yapılması sağlanarak daha erken tahliye edilmeleri sağlanmıştır. İstisna suçlar dışında 30.03.2020 tarihinden önce işlenen bir suçtan 6 yıla kadar hapis cezasına mahkûm olan bir kişi infaz kurumuna girmeyecektir. Yine 10 yıl hapis cezası alan bir kişi 2 yıl ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra tahliye olabilecektir.

Düzenleme, kapsamı itibariyle özel af niteliği taşımaktadır. Anayasa'nın 87.

maddesinde genel ve özel af kanunlarının nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi öngörülmüştür. Anayasa’da belirtilen genel veya özel af kavramları yürürlükten kalkan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 97. ve 98. maddeleri ile 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 65. maddesinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı Kanun’un 65. maddesine göre genel af halinde, kamu davası ve hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkmaktadır. Bu doğrultuda genel af, “kamu davasını, mahkûmiyetin tüm cezai sonuçlarını ve fiilin “suç” vasfını bertaraf eden aftır” şeklinde tanımlanabilir. Affin genelliği, kapsadığı suç ve suçluların sayısı ile değil, doğurduğu sonuçların niteliğine göre belirlenir. Genel affin pek çok türleri olabilir.

Ceza hukuku öğretisinde, genel affin şu sonuçları doğuracağı kabul edilmektedir: a) Af kapsamına giren fiiller hakkında kamu davası açılmamışsa, artık açılmaz, b) Kamu davası açılmışsa, dava düşürülür, c) Yargılama sona ermiş yani hüküm verilmişse, infaz durdurulur, d) Mahkûmiyete ilişkin bütün sonuçlar ortadan katılığı için fer’i ve mütemmim cezalar da ortadan kalkar, e) Genel af kapsamındaki cezalar adli sicilden silinir ve tekerrüre esas olmaz (Türkan Yalçın Sancar, “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal niteliği ve Sonuçları”, Anayasa Yargısı 18, Ankara, 2001, s.157).

Türk Ceza Kanununun 65. maddesinin ikinci fıkrasına göre “özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir”. Dolayısıyla özel af halinde hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilmekte veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilmekte ya da adli para cezasına çevrilebilmektedir. Genel af hem cezayı hem de suçu kaldırmakta, özel af ise hükmedilmiş olan cezayı ortadan kaldırmakta, azaltmakta veya başka bir cezaya çevirmektedir.

Anayasa Mahkemesi affi, “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 itibarıyla devletin cezalandırmak hakkından geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir. Af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku tasarrufudur” şeklinde tanımlamıştır (E. 2001/4, K. 2001/332, K.T. 18.7.2001).

İptali istenen kural ile denetimli serbestlik suretinde bir defaya mahsus olmak üzere infaz süresinde indirim yapılmaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin özel af niteliği taşıdığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilen kararda özel affa ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “Özel af ise, Türk Ceza Yasası’nın 98. maddesine göre cezayı ortadan kaldıran, azaltan veya değiştiren, başka bir cezaya çeviren aftır.

Özel af, işlenmiş olan fiilin suç niteliğini kaldırmaz; ancak hükmedilmiş ve kesinleşmiş olan cezalarda söz konusu olur. Bu sebeple kamu davasının açılması, devamı ve kesin hükme bağlanması gerekir. Kamu davasına ve mahkûmiyete etkisi olmaması, yalnız ceza üzerine etkili olması nedeniyle özel af sadece cezayı kısmen veya tamamen düşüren bir sebeptir.

Özel af bundan faydalanacaklar bakımından ferdi ve toplu özel af olmak üzere ikiye ayrılır. Anayasa'nın 87. ve 104. maddelerine göre ferdi özel af çıkarma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı'na, toplu özel af çıkarma yetkisi ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir.

Genel afta olduğu gibi özel af tasarruflarında da geciktirici (taliki) veya bozucu (infisahi) şartlara yer verilebilir.

Özel affin mahkûmiyete tesir etmemesi nedeniyle mahkûmiyete bağlı ehliyetsizlikler devam eder.” (E. 2001/4, K. 2001/332, K.T. 18.7.2001).

Görüldüğü gibi özel af, fiili suç olmaktan çıkarmamakta ya da mahkumiyeti ortadan kaldırmamaktadır. Yalnızca cezanın kısmen ya da tamamen infaz edilmesini önlemektedir. Dolayısıyla mahkûmiyete bağlı sonuçlar özel afta ortadan kalkmamakta ve af şartına bağlı olarak öngörülebilmektedir.

Af kanunlarının önemli bir özelliği de geçici ve bir defaya mahsus olmasıdır. Af kanunlarını veya kanunların içinde af içeren maddeleri tespit ederken bu hususa dikkat etmek gerekir. Dolayısıyla ceza kanunlarında yapılan sürekli, genel ve soyut değişikliklerle bir fiilin suç olmaktan çıkarılması ya da cezasının azaltılması ya da infaz kanunlarında yapılan değişikliklerle infaz rejiminin değiştirilmesi affa benzer sonuçlar doğursa da bunların af kanunu olmadıklarını kabul etmek gerekir.

Ancak fiilin suç niteliğini ortadan kaldırmadan bir defaya mahsus olmak üzere dava açılmasını önleyen bir düzenlemenin yapılması ya da cezanın ortadan kaldırılması veya infaz edilecek cezada indirim yapılması yahut cezanın değiştirilmesi, hangi adla yapılmış olursa olsun af niteliği taşıyacaktır.

Özetle, Anayasa'nın 87. maddesindeki nitelikli çoğunluk kuralının koşulu olan özel affin somut olayda bulunup bulunmadığının tespiti, ihtilafli kanuni düzenlemeyi yapan yasama organının değerlendirmesine göre değil, bizzat anayasallık denetimi yapan Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmak gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde hak öngören maddelerin uygulanabilirlik ölçütlerini belirleyen kavramların tanımlarını, özerk şekilde, bir başka deyişle, ulusal hukuk düzenindeki daraltıcı nitelikle kendisini sınırlamadan yapmaktadır (Başka birçok karar yanında, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirlik koşulu olarak “cezai alan” kavramının özerk şekilde tanımlanma gereği hakkında, bkz. : AİHM, Engel ve diğerleri/Hollanda, 8 Haziran 1976, başvuru no: 5100/71 ve diğerleri, §81). AİHM, denetimine tabi olguların hukuki nitelemesini yapmanın kendisine düştüğünü belirtmektedir (AİHM, Powell ve Rayner/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1990, başvuru no : 9310/81, §29).

Anayasa Mahkemesi'nin, soyut norm denetimiyle önüne gelen düzenlemelere uygulanacak kuralları belirleyecek anayasal kavramların tanımını yasama ya da yürütme organlarına bırakması, onun anayasallık denetimi görevini tamamen etkisiz hale getireceği gibi, Anayasa'ya uymakla yükümlü organların kullanacakları deyim ve kavramlar aracılığıyla Anayasa'ya saygıdan kaçınma sonucuna yol açacaktır. Bu durumsa; 11. madde başta olmak üzere Anayasa'nın tikel maddelerine aykırı olacağı gibi, Anayasa'nın ruhuna da aykırı olur.

Esasen, Anayasa Mahkemesi'nin af konusundaki yaklaşımı da tam olarak böyledir. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın özel kurallara tabi tuttuğu işlemin söz konusu olup olmadığını belirlerken işlemin adına değil, içeriğine ve niteliğine göre değerlendirme yapılması gerektiğine özellikle vurgu yapmıştır. Mahkeme şöyle demektedir: “Anayasa’da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir.” E. 2002/99, K. 2002/51, K.T. 28.5.2002).

Buna dayalı olarak Anayasa Mahkemesi şartlı salıverme koşullarında bir defaya mahsus uygulanmak üzere değişiklik yaparak ceza miktarında on yıl indirim öngören 4616 sayılı kanundaki düzenlemelerin özel af niteliği taşıdığına karar vermiştir. Mahkemenin değerlendirmesi şu şekildedir: “... 2. bent ile Yasa kapsamına giren cezalarda indirim yapılmakta 10 yıldan az cezaya mahkûm kimi hükümlülerin diğer koşullarında varlığı halinde hiç cezaevine girmeksizin cezalarının infazına olanak tanınmakta ise de, bu olanak genel affın tanımında belirtildiği gibi ceza mahkûmiyetini bütün neticeleri ile kaldırmamaktadır. Düzenlemenin hükümlülere getirdiği yarar cezaevinde kalma süresini belirli koşullarla kısaltması veya hiç cezaevine girmeden cezanın infazını sağlamasıdır.

Şartla salıverilmenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. Oysa 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilmelerinin sağlanması bu düzenlemenin şartlı salıverilme olmayıp kendine özgü bir müessese olduğunu göstermektedir.

Türk Ceza Yasası'nın 98. maddesine göre cezayı ortadan kaldıran veya azaltan ya da değiştiren bir düzenleme olarak adlandırılan özel affın, toplu ve şartlı olarak getirilmesinin de olanaklı bulunduğu dikkate alındığında, 2. bentte yer alan kuralın, müebbet ve 10 yıldan fazla süreli hükümlülükler bakımından cezadan indirim öngören, tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından veya toplam hükümlülük sürelerinden on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi veya hükümlülük süresi dolmuş olanlar bakımından ise, belirli bir süreyle suç işlememe bozucu (infisahî) koşuluna bağlanmış, toplu özel af niteliğindedir.

Her ne kadar, 4616 sayılı Yasa'nın 8. bendi ile Yasa'nın yayımı tarihinden sonra cezaevinin disiplinini bozucu hareketlerinden dolayı disiplin cezası almış olanların tüzük hükümlerine göre disiplin cezaları kaldırılmadığı sürece 1. madde hükümlerinden yararlanamayacaklarının öngörüldüğü ve bu hükümlülerin cezalarının bir kısmını cezaevinde geçirmiş oldukları ileri sürülebilirse de, uygulanma koşulu olarak kabul edilmesi gereken bu durum, 2. bentle getirilen düzenlemenin özel af niteliğinde olduğu yolundaki düşüncüyü değiştirmemektedir.” (E. 2001/4, K. 2001/332, K.T. 18.7.2001).

Görüldüğü gibi Mahkeme, düzenlemeye ne ad verildiğini değil, düzenlemenin içeriğini esas alarak yapılan kanunun af kanunu olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuca ulaşırken getirilen düzenlemenin bir defa uygulanmak üzere infaz edilecek cezalarda indirim yapmasını esas almıştır. Buna dayanarak da kanunun af kanunu olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 4616 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin iptal edilmesinden

sonra çıkarılan 4758 sayılı Kanun'un özel af niteliği taşıdığı, ancak Anayasanın 87. maddesinde öngörülen nitelikli çoğunluk kuralına uyulmaksızın kabul edildiği gerekçesiyle açılan iptal davasında talebi haklı görerek çıkarılan kanunu Anayasanın 87. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Mahkemenin değerlendirmesi şu şekildedir: "Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesine göre, cezayı ortadan kaldırma veya azaltma ya da değiştirme özellikleri bulunan "özel af", toplu ve şartlı da olabilmektedir.

2. bendin ilk paragrafında, müebbet ağır hapis cezasına veya şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim öngörülmesi, ikinci paragrafında da, birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanların belirli bir süre suç işlememe (bozucu infisahi) koşuluna bağlanması, getirilen düzenlemenin toplu ve şartlı özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir.

4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 8. bendinde, Yasa'nın yayımı tarihinden sonra cezaevinin disiplinini bozucu hareketlerinden dolayı disiplin cezası almış olanların, tüzük hükümlerine göre disiplin cezaları kaldırılmadığı sürece 1. madde hükümlerinden yararlanamayacaklarının belirtilmesi nedeniyle bu hükümlülerin cezalarının bir bölümünü cezaevinde geçirmeleri ise uygulama koşulu olduğundan 2. bendin içerdiği düzenlemenin "özel af" niteliğini etkilememektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 18.7.2001 günlü E: 2001/4, K: 2001/332 sayılı kararıyla 4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin dava konusu kuralla öz yönünden farklılık içermeyen 2. bendindeki düzenlemenin de toplu ve şartlı özel af olduğu kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Yasa ile değiştirilen 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Buna göre, "af" niteliğindeki yasama işlemlerinin TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile yasalaşması gerektiği açıktır. Davanın konusu kural ise bu oran gözetilmeyerek 174 oyla yasalaşmıştır." E. 2002/99, K. 2002/51, K.T. 28.5.2002).

Görüldüğü gibi her iki kararında da Anayasa Mahkemesi, getirilen düzenlemenin niteliğini esas alarak şartlı salıvermeye ilişkin olarak bir defa uygulanmak üzere çıkarılan ve infaz edilecek ceza miktarında indirim yapan düzenlemeleri özel af kanunu olarak nitelendirmiştir. Bunun sonucu olarak Anayasanın 87. maddesinde af kanunlarının kabulü için öngörülen nitelikli çoğunluk kuralına uyulmadan kabul edilen 4758 sayılı kanunu Anayasanın 87. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

İptali istenen kural ile 30.03.2020 tarihine kadar işlenmiş olan ve öngörülen istisnalar dışındaki suçlardan mahkûm olan kişilerin daha uzun denetimli serbestlik süresinden yararlanmak suretiyle infaz edilecek cezalardan indirim yapılması öngörülmektedir. Dolayısıyla bir defalığına uygulanmak üzere ceza miktarında indirim yapan bir düzenlemenin özel af niteliği taşıdığı açıktır. Ayrıca özel affın belli koşullara tabi tutulması da mümkündür ve söz konusu koşulları taşıyan yaşlı, hasta, çocuklu ya da çocuk mahkûmlar söz konusu

koşulları sağlamaları halinde daha erken tahliye olabileceklerdir. Kanunda bu düzenlemeye denetimli serbestlik denilmiş olmasının yapılan düzenlemenin af niteliğini ortadan kaldırmadığı açıktır. Ayrıca söz konusu düzenlemede açık ceza evine çıkmış olma koşulu da öngörülmemiştir. Ayrıca Yasanın geçici 53. maddesi ile 5275 sayılı Kanuna eklenen geçici 9. madde ile disiplin cezası alanların iyi halli sayılmalarını önleyen kurallar esnetilerek bu kişilerin de geçici olarak uzatılan denetimli serbestlikten yararlanmaları sağlanmıştır. En önemlisi de, bir defalığına geçici olarak bu hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla sürekli uygulanmak üzere çıkarılmış genel kural niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle kuralın özel af niteliği taşıdığı açıktır. Bu kurallar belli kişilere değil, aynı durumdaki bütün mahkumlara uygulanacağından bu aynı zamanda toplu af niteliğindedir. Özetlemek gerekirse iptali istenen kural ile getirilen düzenleme toplu özel af niteliği taşımaktadır.

Anayasa'nın 87. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun (360 milletvekili) kararı ile genel ve özel af ilan edebilir. Dolayısıyla af yetkisi TBMM'nin nitelikli çoğunlukla alacağı bir karar ile kullanılabilir. Anayasa'nın 88. maddesinin ikinci fıkrasında kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM'nde görüşülme usul ve esaslarının İttüzükle düzenleneceği belirtilmiştir. TBMM İttüzüğü'nün 92. maddesinin ikinci fıkrasında da "Genel veya özel af ilanını içeren tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tasarı veya tekliflerin afla ilgili maddelerinde ve tümünün oylamasında ayrı ayrı aranır. Tasarı veya teklif hakkında verilen genel veya özel af ilanını içeren değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önerenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır." denilmektedir.

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu hükmüne yer verilmiştir. Burada son oylamadan kasıt, Genel Kurulda kabulü için yapılan son oylama olduğu ve maddeler için yapılan nihai kabul oylamasını da içerdiği açıktır. Sonuç olarak af kanunu niteliği taşıyan hükümlerin kabulü için hem maddenin oylanmasında, hem de yasanın tümünün oylanmasında beşte üç çoğunluğun (360) bulunması gerekmektedir.

14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisinin 13 Nisan 2020 Pazartesi günü yapılan 84. Birleşimi sırasında (27. Dönem 3. Yasama yılı) yapılan görüşmeleri sonucu, 52. maddesinin oylanmasında nitelikli çoğunluk aranmadığı gibi son oylamasında da Anayasanın öngördüğü beşte üç çoğunluk sağlanmamıştır. Meclis Başkanvekili tarafından açıklanan açık oylama sonucuna göre Kanun'un bütününe oylanmasında, 330 oy kullanılmış, 279 kabul, 51 ret oyu verilmiştir (<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil3/ham/b23442oylama.htm>).

Bu durumda ne maddenin oylanmasında ne de yasanın genelinin oylanmasında Anayasa'nın 87. maddesine göre gerekli olan beşte üç çoğunluğu (360) sağlayamayan kural, Anayasa'nın 87. ve 88. maddesine açıkça aykırıdır. Bu şekli aykırılığı denetlemek Anayasa'nın 148. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin denetim alanına girmektedir. Bu nedenle, şekil bakımından anayasaya aykırı olan kuralın iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun tümünün ve 52. maddesi ile değiştirilen 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un geçici 6. maddesinin Anayasa'nın 87 maddesinde öngörülen nitelikli çoğunluk kuralına uyulmaksızın kabul edildiği bu yönüyle şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğu açıktır. Bu nedenle acilen görüşülerek iptaline karar verilmesi ve iptalin doğuracağı sonuçları dikkate alarak Mahkemenin Anayasanın 153. maddesindeki yetkilerini kullanması talebimiz bulunmaktadır. Ancak Mahkemenin hemen karar vermemesi halinde doğacak zararları önlemek amacıyla derhal yasanın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi gerekir.

Anayasal gereklere uymadan kabul edilen ve iptal edilmesi gereken bir kuralın uygulanması halinde telafisi imkânsız zararların doğacağı açıktır. Bu nedenle ivedilikle yürürlüğünün durdurulması gerekir.

Diğer taraftan Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletinin temel gereğidir. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, şekil ve esas bakımından Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

A- Tümünün,

B- 52. maddesi ile değiştirilen 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un geçici 6. maddesinin,

şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar yaratacağından iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına, karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."