

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Fecr Yayınları: 193

GÜNÜMÜZ ve İSLÂM CEZA HUKUKUNDA AF
Kim Affetsin: Devlet mi, Mağdur mu?

Doç. Dr. Sahip Beroje

© FCR YAYIN REKLAM BİLGİSAYAR SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.
(Sertifika no: 13178)

Mizanpaj
CİNAS GRAFİK
Kapak
CİNAS GRAFİK
Baskı / Cilt
KALKAN MATBAACILIK
Büyük San. 1. Cad. 99/32 İskitler
Tel: 3419234-3421656 Ankara

1. Baskı: Kasım 2013

ISBN: 978-605-5482-64-0

FCR YAYIN REKLAM BİLGİSAYAR SAN. ve TİC. LTD. ŞTİ.
Hacı Bayram Mah. Boyacılar Sk. No: 14/1 Ulus-Altındağ/ANKARA
Tel: (0312) 310 08 60 (pbx) - Fax: (0312) 311 47 89
Web: www.fcr.com.tr • e-mail: fcr@fcr.com.tr

GÜNÜMÜZ
ve
İSLÂM CEZA HUKUKUNDA
AF

Kim Affetsin: Devlet mi, Mağdur mu?

**İslâm Ceza Hukukunun Af Anlayışı,
Günümüz Ceza Hukukunun Af Konusundaki Çıkmazlarına
Çare Olabilir mi?**

Doç. Dr. Sahip BEROJE

Ankara 2013

Sahip BEROJE, Doç. Dr.

1964'te Bingöl'de doğdu. 1987'de Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nden mezun oldu. 1987-1994 yılları arasında Din Kültürü ve İmam-Hatip Meslek Dersleri Öğretmenliği yaptı. 1994 yılında Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'ne Araştırma Görevlisi olarak atandı. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Yüksek Lisansını 1994'te bitirdi. Aynı Enstitü'ye bağlı olarak başladığı doktora öğrenimini 1999'da tamamladı. 2009'da doçent oldu. Halen Yüzüncü Yıl Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak çalışmaktadır. Yazarın yayınlanmış iki kitabı, çeşitli dergilerde yayınlanmış makaleleri bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	11
KISALTMALAR	14
GİRİŞ	15

BİRİNCİ BÖLÜM

AFFIN TARİHÇESİ ve GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA AF

I- AF SÖZCÜĞÜNÜN KÖKENİ ve ANLAMI	25
II- AFFIN TARİHÇESİ	25
A. BAZI ESKİ TOPLUMLARDA AF	26
B. ESKİ YUNAN HUKUKUNDA AF	27
C. ROMA HUKUKUNDA AF	27
D. FRANSIZ HUKUKUNDA AF	29
E. ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA AF	29
F. TÜRK HUKUKUNDA AF	30
G. CUMHURİYET DÖNEMİ KANUNLARINDA AF	33
H. İLAHÎ DİNLERDE AF	35
1. Yahudilik'te Af	35
2. Hıristiyanlık'ta Af	36
3. İslâm'da Af	37
III- GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA AF	37
A. AF YETKİSİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER	37
1. Af Yetkisine Karşı Olan Görüş	38
2. Af Yetkisini Savunan Görüş	41
3. Türk Hukukçularının Afla İlgili Görüşleri	45
B. AFFIN ÇEŞİTLERİ	50
1. Genel Af	50
a. Genel Affın Tanımı	50
b. Genel Afla İlgili Görüşler	51
c. Genel Affın Hukukî Mahiyeti	53

<i>d. Af Tasarrufunun Hukuki Niteliği</i>	55
<i>e. Genel Affin Çeşitleri</i>	57
2. Özel Af	60
<i>a. Özel Affin Mahiyeti</i>	60
<i>b. Özel Affa İlişkin Görüşler</i>	62
<i>ba. Özel Affa Karşı Olan Görüş</i>	62
<i>bb. Özel Affi Savunan Görüş</i>	63
<i>c. Özel Affin Çeşitleri</i>	65
<i>ca. Cezaya Tesiri Bakımından Özel Affin Çeşitleri</i>	65
<i>cb. Faydalanacak Kimseler Bakımından Özel Affin Çeşitleri</i>	66
<i>d. Genel Af ile Özel Affin Karşılaştırılması</i>	68
<i>e. Genel Affin Ceza Hukuku Alanında Doğurduğu Sonuçlar</i>	70
<i>f. Özel Affin Ceza Hukuku Alanında Doğurduğu Sonuçlar</i>	72
<i>g. Affi Red Hakkı ile İlgili Görüşler</i>	73
<i>h. Günümüz Hukukunda Mağdurun Af Hakkı</i>	75
<i>ı. Af Yetkisi Hangi Organda Olmalıdır?</i>	77
<i>i. Türk Hukukunda Genel Af Yetkisi</i>	79
<i>j. Türk Hukukunda Özel Af Yetkisi</i>	80

İKİNCİ BÖLÜM

İSLÂM CEZA HUKUKUNDA AF

I -İSLÂM CEZA HUKUKUNDA AFFIN GENEL ESASLARI	85
A. AF KAVRAMI	85
1. Affin Sözlük Anlamı:	85
2. Affin Terim Anlamı:	86
B. KUR'ÂN VE HADİSLERDE AF	88
C. AFFIN MAHİYETİ.....	93
1. Fukahanın Affin Mahiyeti ile İlgili Yaklaşımları	93
2. Çağdaş İslâm Araştırmacılarının Affin Mahiyeti ile ilgili Görüşleri	96
II. İSLÂM CEZA HUKUKUNUN AF ANLAYIŞINDA BELİRLEYİCİ KRİTERLER	102

A. SUÇLA İHLÂL EDİLEN HAK AÇISINDAN AF	103
B. ALLAH HAKKININ İHLÂL EDİLDİĞİ SUÇLAR AÇISINDAN AF	106
C. KUL HAKKININ İHLÂL EDİLDİĞİ SUÇLARDA AF	113
D. İKİ HAKKIN BİRLEŞTİĞİ SUÇLAR AÇISINDAN AF	115
E. SUÇUN SİYASİ OLUP-OLMAMASI AÇISINDAN AF	117
F. SUÇUN ŞAHSÎ DAVAYA KONU OLUP-OLMAMASI AÇISINDAN AF	117
G. SUÇA ÖNGÖRÜLEN CEZANIN NASSLA BELİRLENİP BELİRLENMEMESİ AÇISINDAN AF	118
III. AFFEDENDE ARANAN ŞARTLAR, AF YETKİSİNE SAHİP KİŞİ VE KURUMLAR.....	119
A. AFFEDENDE (el-ÂFİ) ARANAN ŞARTLAR	119
B. İSLÂM CEZA HUKUKUNDA AF HAKKINA SAHİP KİŞİ VE KURUMLAR.....	121
1. Mağdurun (Mecna Aleyh) Affi.....	121
2- Velîlerin Affi.....	122
a. Mirasçıların Affi.....	123
b. Velî (Baba/Dede) ve Vasînin Affi	127
3. Devlet Başkanının Affi.....	132
a. Devlet Başkanının Af yetkisinin Kaynağı	132
b. Devlet Başkanının Velîsi Olmayana Niyabeten Affi	134
c. Devlet Başkanının Kamuyu Temsilen Affi	135

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA CEZA ÖZEL HÜKÜMLERİ AÇISINDAN AF

I- ALLAH HAKLARININ İHLÂL EDİLDİĞİ SUÇLARDA AF (HADD GEREKTİREN SUÇLAR).....	139
A. ZİNA SUÇUNDA AF.....	139
1. Zina Suçunun Tanımı ve Cezası	139
2. Zina Haddinin Affi.....	141
B- İÇKİ İÇME (HADDU'Ş-ŞÜRUB) SUÇUNDA AF	144

1. İçki İçme Suçunun Tanımı ve Mahiyeti	144
2. İçki İçme Haddinin Affi	148
II- İKİ HAKKIN BİRLEŞTİĞİ SUÇLARDA AF	148
A. HIRSIZLIK SUÇUNDA AF	148
1. Hırsızlık Suçunun Tanımı ve Mahiyeti	148
2. Hırsızlık Cezasında Af	150
a. Hırsızlık Suçunda Haddin Affi	150
b. Hırsızlık Suçunda Kul Hakkının Affi	151
B. KAZİF (ZİNA İSNADI) SUÇUNDA AF	154
1. Kazif Suçunun Tanımı ve Dayanağı	154
2. Kazif Haddinin Mahiyeti Üzerindeki Görüş Ayrılıkları ve Bu Haddin Affi	157
3. Kazif Cezasını Mirasçıların Affetmesi	163
4. Kazif Cezasının Ta'zir Olması Durumunda Af	163
C. YOL KESME (HIRÂBE/EŞKIYALIK) SUÇUNDA AF	164
1. Yol Kesme (Hırâbe) Suçunun Tanımı	165
2. Yol Kesme Suçunun Cezası	166
3. Yol Kesme Cezasının Mahiyeti	170
4. Yol Kesme (Hırâbe) Cezasının Tövbe ile Düşmesi	172
5. Yol Kesme Cezasında Kul Hakkı Yönünün Affi	174

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KUL HAKKININ İHLÂL EDİLDİĞİ SUÇLAR, SİYASİ SUÇLAR ve TA'ZİR SUÇLARINDA AF

I- KUL HAKKININ İHLÂL EDİLDİĞİ SUÇLARDA AF	179
A. ADAM ÖLDÜRME SUÇUNDA AF	179
1. Kısas Cezasının Tanımı ve Dayanağı	179
2. Adam Öldürme Suçunda Kısas Cezasının Affi	181
3. Kasten Cinayetin Mücebi Üzerindeki İhtilaflar	182
4. Kasten Cinayetin Mücebi Üzerindeki İhtilafın Af Konusuna Yansıma Biçimi	186
5. Müessir Fiil Suçlarında Af	188

a. Müessir Fiil Cezasını Mağdurun (Mecna Aleyh) Affetmesi.....	188
b. Müessir Fiil Cezasını Veli veya Vasinin Affetmesi	190
6. Yaranın Sirayet Etmesi Durumunda Af.....	190
7. Cânilerin Birden Fazla Olması Durumunda Af.....	197
8. Câninin Birden Fazla Kişiyi Öldürmesi veya Yaralaması Durumunda Af.....	198
9 Aftan Sonra Câninin Veli veya Vekil Tarafından Öldürülmesi.....	200
10. Câninin Ölmesi veya Başkası Tarafından Öldürülmesi.....	201
B. KISAS CEZASININ SULH YOLUYLA AFFI	202
1. Terim Olarak Sulh.....	203
2. Sulhun Şer'î Dayanağı.....	203
3. Sulhun Mahiyeti ve Fukahanın Sulh Yoluyla Affa Dair Görüşleri.....	206
C. GÜNÜMÜZ AF HUKUKU İLE BİR MUKAYESE.....	210
II- SİYASİ SUÇLARDA AF.....	212
A. BAĞY (DEVLETE BAŞKALDIRI) SUÇUNDA AF.....	212
1. Bağy Suçunun Tanımı ve Mahiyeti.....	212
2. Bağy Cezasının Şer'î Dayanağı.....	213
3. Bağy Cezasının Affı.....	216
B. İRTİDAT (DİNDEN DÖNME) SUÇUNDA AF	220
1. İrtidat Suçunun Tanımı ve Mahiyeti.....	220
2. İrtidat Cezasının Dayanağı.....	220
3. İrtidat Cezasının Tövbe ile Düşmesi.....	224
4. İrtidat Cezasının Affının Yeni Görüş Açısından Değerlendirilmesi	228
III- TA'ZİR GEREKTİREN SUÇLARDA AF.....	229
A. TA'ZİR CEZASININ TANIMI VE MAHİYETİ.....	230
B. TA'ZİR CEZASININ DAYANAĞI.....	231
C. TA'ZİR CEZALARININ ÇEŞİTLERİ VE BUNLARDA AF	234
1. Allah Hakkı ile İlgili Ta'zir Cezalarında Af.....	234
2. Kul Hakkı ile İlgili Ta'zir Cezalarında Af.....	240
3. İki Hakkın Birleştiği Ta'zir Cezalarında Af.....	242

BEŞİNCİ BÖLÜM
AFFIN SONUÇLARI

I. AFFEDEN AÇISINDAN SONUÇLARI	245
II. AFFEDİLEN AÇISINDAN SONUÇLARI	247
III. CÂNİNİN AFFI REDD HAKKI	250
IV- İKİ HUKUK SİSTEMİNDEKİ AF ANLAYIŞININ MUKAYESE ve DEĞERLENDİRİLMESİ	253
A. CEZA KANUNLARINDA AFFA YER VERİLMESİ GEREKİP GEREKMEDİĞİ AÇISINDAN BİR MUKAYESE	253
B. AF YETKİSİNİN BELİRLENMESİ AÇISINDAN BİR MUKAYESE	255
C. AFFIN ÇEŞİTLERİ VE MAHİYETİ AÇISINDAN BİR MUKAYESE	260
D. SİYASÎ SUÇLAR AÇISINDAN BİR MUKAYESE.....	268
E. İKİ AF ANLAYIŞININ HUKUK SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	271

EKLER

1- TÜRKİYE CUMHURİYETİ TARİHİNDE ÇIKARILAN AF KANUNLARI ve TEPKİLER	281
2. SON KAPSAMLI AF KANUNUNUN SERENCAMI ve KAMUOYU TEPKİLERİ	287
SONUÇ	307
BİBLİYOGRAFYA	317
KARMA İNDEKS	331

ÖNSÖZ

Ahlâkî açıdan çoğu zaman erdemli bir davranışı ifade eden af sözcüğü, ceza hukuku açısından hemen her zaman netameli bir konu olagelmıştır. Hukuk tarihi boyunca af kadar tartışma konusu yapılmış pek az hukuk müessesesi vardır. Adalet sisteminde merhamet duygusuna yer vermek gerekir mi? Toplumla, bireylere ve insanî değerlere karşı acımasızca suç işleyenler affedilerek cezadan kurtulurlarsa toplumsal barış ve huzuru korumak mümkün olur mu? Her suç affedilebilir mi, affedilmeyecek suç var mıdır? Bireylere karşı işlenen suçları devletin affetmesi, suç ve ceza siyaseti açısından isabetli midir? Başka bir ifade ile şahıslara karşı işlenen suçlarda af yetkisi mağdur ve yakınlarında mı olmalı, devlette mi? İşte bu ve benzeri hususlar hukuk tarihi boyunca af konusunun tartışıla gelen temel problemleri olmuştur.

Diğer birçok hukuk konusunun aksine, günümüzde affın bu problemleri üzerindeki tartışmalar daha da yoğunlaşmış, görüş ayrılıkları daha da derinleşmiş gözükmektedir. Bunun nedeni ise, temelde bir ahlâk olgusu olan affa, ceza hukuku içerisinde yer verildiğinde, bunun çoğu zaman ne tür sosyal ve hukukî sonuçlar doğuracağına önceden kestirilememesidir. Zira af, sosyo-ekonomik nedenlerle istismara açık bir konudur. Bu husus özellikle beşerî hukuk sistemleri için tam bir çıkmaz olmuştur. Bu açıdan ceza hukukunda affa yer vermenin gerekli olup olmadığı hususu, günümüz hukukunda hâlâ çok önemli bir tartışma konusudur.

Bundandır ki af müessesesinin kanunlarda nasıl düzenlenmesi gerektiğine dair ne tarihte ne de günümüzde bir konsensüs sağlanabilmiş değildir. Beşerî hukukçular arasında geçmişte olduğu gibi, günümüzde de affa karşı çıkanlar vardır. Bunların

çoğunluğu sadece adî suçluların affına karşı çıkarken; bir kısmı siyasî suçlu adî suçlu ayrımı yapmadan affa tümüyle karşı çıkmaktadır. Bununla beraber farklı düzeylerde çekinceleri olmakla beraber, günümüz hukukçuları arasında suç ayrımı yapmadan ceza sisteminde affa yer verilmesi gerektiği görüşü hâlâ ağırlıktadır. Ancak adî suçluların devlet tarafından affı, ülkemizde gittikçe artan bir dozda eleştirilmeye başlanmıştır.

İslâm hukukuna gelince, nasslarda özellikle kısas ve diyet cezalarının affı teşvik edildiğinden, İslâm hukukçuları arasında, bu suçların mağdur ve velileri tarafından affedilebileceği hususunda bir ihtilaf yoktur. Başka bir ifade ile; İslâm hukukunda, günümüz hukukundaki gibi affın gerekli olup olmadığı ya da kanunlarda ne şekilde düzenlenmesi gerektiğine dair bir tartışma yoktur. Çünkü prensip olarak hangi suçların affa konu olabileceği, hangilerinin olamayacağı ve kimlerin af hak ve yetkisine sahip olduğu bellidir. Bu açıdan, fıkıh literatürümüzde af konusu çok önemsenmiş ve geniş bir af hukuku doğmuştur.

Günümüzde affa şiddetle karşı çıkan bir kesim bulunmakla beraber, çağdaş dünya devletlerinin neredeyse tümü ceza kanunlarında affa yer vermeye devam etmektedirler. Fakat İslâm hukuk ile günümüz hukukunun af konusuna yaklaşımı çok farklı olduğundan, iki hukukun af anlayışının bilinmesi ve çeşitli açılardan mukayese edilmesi gereği bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bizi konuyu çalışmaya iten temel saik de, ülkemizde çıkarılan af kanunlarına yöneltilen eleştiriler, ortaya çıkan kamuoyu tepkileri ve affın doğurduğu olumsuz sonuçlardır. Çıkarılan af kanunlarının, toplumun adalete olan güvenini nasıl sarstığını ve her seferinde nasıl bir toplumsal travmaya neden olduğunu yaşayarak bilmekteyiz. Afla ilgili problemlerin bir kısmının af yetkisinin yanlış ve yersiz kullanılmasından kaynaklandığı açık olmakla beraber; esas problemin günümüz hukukun af anlayışından kaynaklandığı kanaati gittikçe güçlenmektedir. Biz, toplumun adalete olan güvenini sarsmadan, af olgusunun toplumsal barışa katkı sağlayan ve adalet idesine hizmet eden bir müessese haline getirmenin mümkün olduğu inancındayız. Bu çalışmanın bir amacı da, İslâm hukukunun

afila ilgili problemleri çözmeye ne tür bir af anlayışını benimseydiğini ortaya koymak, günümüz hukukunun af yaklaşımından kaynaklanan problemlere ne tür çözümler sunabildiğini göstermektir.

Bu çalışmada, iki hukuk sisteminin af anlayışını temel esaslarıyla ortaya koyduktan sonra, farklı açılardan mukayese etmeye çalışacağız. Bunun yanında, özellikle ülkemizde cezaların affı ile ilgili çıkarılan kanunlara toplumdan yükselen tepkiler ve yöneltilen eleştirileri, hukuk biliminin kaynakları açısından da değerlendireceğiz. Toplumun dinî ve kültürel değerleri, hukuk telakkisi ve tabii hukuk teorisi açılarından bakıldığında bu tepki ve eleştirilerin ne tür bir af anlayışını işaret ettiğini irdelemeye çalışacağız.

Burada öncelikle çalışmam boyunca teşvikleri ile beni motive eden, müsveddeleri bilgisayara yazan, düzeltmelerde yardımcı olan eşime; çalışmanın son aşamasında çıktıkları okuyup eleştiri ve katkı sunan değerli arkadaşlarım Doç. Dr. M. Salih ARI'ya, Doç. Dr. Hüseyin HANSU'ya, Yard. Doç. Dr. Mehmet KESKİN'e, öğrencilerim ve dostlarım Mustafa GÜNERİGÖK'e ve Sedat ERDOĞAN'a ve eseri yayınlayan FECR yayınlarına teşekkür etmeyi bir kadirşinaslık olarak görüyorum.