

“Mahkememizin 2015/464 Esas sayılı dosyasında sanığın 7258 sayılı Yasanın 5/2 TCK’nun 53, 54. maddeleri ile cezalandırılmasına karar verilmesi talebiyle kamu davası açılmıştır, yargılama sonunda sanık hakkında 7258 sayılı Yasanın 5/1-b maddesinin uygulanması söz konusudur.

7258 sayılı yasanın itiraz konusu kuralı içeren 5/1-b maddesi şu şekildedir:

Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkan sağlayan kişiler 4 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Anayasa’nın 2. maddesinde ‘Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.’ Düzenlemesi yer almaktadır.

Anayasa’nın 10. maddesinde ‘Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir.’ düzenlemesi bulunmaktadır. Yine 10. maddenin son fıkrasında ‘Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar’ düzenlemesi getirilmiştir.

İtiraza konu olan ve iptali istenen yasa maddesindeki yaptırımın alt sınırının 4 yıl

hapis cezası olarak belirlenmesi, hukuk devletinde bulunması gereken adalet ve hakkaniyet

ilkeleri ile, suç ve cezaların orantılılığı ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kumar Oynanması için Yer ve İmkan Sağlama

başlıklı 228/1 maddesi ‘Kumar Oynanması için Yer ve İmkan sağlayan kişi 1 yıla kadar hapis

ve adli para cezası ile cezalandırılır’ düzenlemesini içermektedir. Aynı maddelerin 2. fıkrasında ‘Çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlaması halinde verilecek ceza katı oranında artırılır’ düzenlemesi bulunmaktadır. Yine aynı maddenin 4. kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır’ denmiştir.

Görüldüğü gibi 5237 Türk Ceza Kanunu’nun 228/1 maddesinde düzenlenen eylemin yaptırımının alt sınırı aynı yasanın 49/1 maddesindeki ‘Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az yirmi yıldan fazla olamaz’ düzenlemesi karşısında bir ay hapis cezasıdır. Çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlanması halinde ise cezanın bir kat artırılması söz konusu olacaktır. Bu durumda ise fiilin cezasının alt sınırı iki ay hapis cezası olmaktadır. Bu cezaların miktarı gözetildiğinde Türk Ceza Kanunu’nun 228/1 ve 2. fıkralarında yazılı eylemlerin failleri bakımından Türk Ceza Kanunu’nun 50 ve 51 ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinin uygulanması şartları oluştuğu takdirde her zaman söz konusu olabilecektir.

Niteliği itibariyle benzer eylem içeren 7258 sayılı Yasanın 5/1 -b maddesinde yazılı suçun cezasının alt sınırı ise dört yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir. Böyle bir eylemin faili hakkında cezanın miktarı nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nun 50 ve 51 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin uygulanması da söz konusu olamayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama başlıklı 228.

maddesi genel ahlaka karşı suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde bu suça

ilişkin düzenlemede kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlike ve doğurması olası faciaların göz önüne alındığı, çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlamasının bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak tanımlandığı, maddenin son fıkrasında ise kumarın tanımlandığı, buna göre bir oyunun kumar sağlanması için iki koşul aranacak olduğu, bunlardan birincisinin oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisinin ise kar ve zararın talihe bağlı olması olduğu bildirilmiştir. Gerek madde gerekçesi

gerekse maddenin yer aldığı bölüm nazara alındığında madde düzenlemesinin tüm toplumu korumaya yönelik amaç taşıdığı görülmektedir. Bu suça nazaran çok daha dar bir çerçevesi bulunan koruma amacı yönünden de daha dar bir kitleye hitap edecek olan 7258 sayılı Yasanın 5/1-b maddesindeki yaptırım Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinin 1. ve 2. fıkralarındaki yaptırımlara nazaran çok ağır olarak değerlendirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa'nın ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan yargı denetimine açık olan devlettir. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenecektir. Kanun Koyucu cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı etkinin suçtan zarar görenin ve suçun işlenmesi ile zarar verilenin özelliklerinin de dikkate alınması gerekir.

Kanun Koyusu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere 3 alt bölümden oluşmaktadır. Elverişlilik başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli

olmasını, gereklilik başvuru olan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını orantılılık ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade eder. Bu kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. Suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ile ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve

Esas Sayısı : 2016/51
Karar Sayısı : 2016/179

hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. İptali istenen yasa maddesinin amacının yasadışı bahis oynanması ile mücadele olduğu açık olmakla birlikte eylemin yaptırımının alt

sınırının 4 yıl hapis cezası olarak belirlenmesinin fiil ile öngörülen yaptırım arasında bulunması gereken makul ve hakkaniyete uygun dengeyi bozduğu, bu haliyle suç ve yaptırımı arasında adil bir denge bulunmadığı değerlendirilmektedir.

Bu itibarla dava konusu olayda uygulanması gereken 7258 sayılı Yasanın 5/1-b maddesinde yazılı ‘4 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.’ ibarelerinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılarak buna ilişkin itiraz başvurusunda bulunulması zarureti doğmuştur.

NETİCE VE TALEP: Yukarıda açıklanan gerekçelerle; Uygulamaya konu 7258

sayılı Yasanın 5/1-b maddesini ‘4 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.’ İbarelerinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle Küçükçekmece 13. Asliye Ceza Mahkemesinin 2015/464

esas sayılı dosyası yazımız ekinde sunulmuştur.”