

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2003/12

Karar Sayısı : 2004/69

Karar Günü : 16.6.2004

Resmi Gazete tarih/sayı: 23.10.2004/25622

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :

Kartal 3. Sulh Ceza Mahkemesi Esas:2003/12

Ankara 12. Sulh Ceza Mahkemesi Esas:2004/40

İTİRAZIN KONUSU : 13.12.1968 günlü, 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sanık tarafından çalıştırılan internet kafede langırt denilen oyun masası bulunduğu tespit edilmesi üzerine 1072 sayılı Kanuna muhalefet suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı savının ciddi olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

13.12.1968 günlü 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzerleri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun itiraz konusu üçüncü fıkrayı da içeren 2. maddesi şöyledir:

“MADDE 2- Bu kanuna aykırı hareket edenler bir yıldan aşağı olmamak üzere hapis ve 1.000 liradan 5.000 liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilirler. Tekerrürü halinde cezalar bir misli artırılır.

Ele geçirilen alet, makina ve bunların çalıştırılmasına yarayan tesisat ve paralar zapt ve müsadere edilir. Bu gibi oyun oynanan yerler bir daha açılmamak üzere kapatılır.

Bu suçlardan mahkûm olanların cezaları tecil edilmez.”

B- İlgili Yasa Kuralları

1- 1072 sayılı Kanun'un 1. maddesinin yasakları içeren birinci fıkrası şöyledir:

“Türk Ceza Kanununun 567. maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdı ile oynanmasa dahi, rulet,

tilt, langırt ve benzeri baht veya maharet isteyen otomatik, yan otomatik, el veya ayakla kullanılan oyun alet ve makineleri ile benzerlerini bulundurmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır.”

2- 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 6. maddesi ise şöyledir:

“MADDE 6 - (Değişik: 1712 - 3.5.1973) (Değişik 1. ve 2. Fıkra: 3506 - 7.12.1988) Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkûm olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ilerde suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir. Bu halde ertelenmenin sebebi hükümde yazılır.

Suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış olanlar ile 65 yaşını ikmal etmiş bulunanların mahkûm oldukları ağır hapis cezası iki yıldan, hapis veya hafif hapis cezası üç yıldan fazla olmadığı hallerde de yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanabilir.

Bazı suçlara ilişkin cezalar ile askerî suçlar ve disiplin suçlarına ilişkin cezaların ertelenemeyeceğine dair özel kanun hükümleri saklıdır.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Enis TUNGA ve Mehmet ERTEN'in katılımlarıyla 19.2.2003 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Birleştirme Kararı

13.12.1968 günlü, 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin Esas: 2004/40 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle Esas: 2003/12 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2003/12 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 16.7.1965 günlü, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 6. maddesi ile işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar ağır hapis veya iki yıla kadar hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkum olan kimsenin bu cezasının maddedeki diğer koşulların da bulunması halinde ertelenebileceği, Yasada suçlar bakımından herhangi bir ayırım gözetilmediği, ancak sonradan yürürlüğe giren 1072 sayılı Yasada yer alan suçlar için cezaların ertelenmesi olanağının kaldırıldığı, cezanın niteliği ve süresi erteleme kapsamında kalsa bile, 1072 sayılı Yasaya aykırı davranışların cezalarının ertelenemeyeceği, Yasada düzenlenen suçlar ve sanıklar bakımından ayrıcalık yapıldığının açık olduğu, bu ayrıcalığı gerektiren, adil, hakkaniyete uygun objektif bir hukuksal neden bulunmadığı, Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin, yasaların adil, objektif, eşit koşullardaki kişilere aynı kuralların uygulanmasını gerektirdiği, açıklanan sebeplerle itiraz konusu yasa hükmünün hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, aynı gerekçenin Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi için de geçerli bulunduğu belirtilerek iptal edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un 2. maddesinde, bu Yasaya aykırı hareket edenler için cezalar öngörülmekte, itiraz konusu üçüncü fıkrasında da, bu suçlardan mahkum olanların cezalarının tecil edilemeyeceği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, kişilere hukuk güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu eylemleri işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasakoyucunun belirleyeceği bir alandır. İnfaz hukukunun maddi ceza hukukunu tamamlayan ve onun ayrılmaz parçası olduğu gözetildiğinde, hangi cezalara erteleme olanağının sağlanacağı veya sağlanmayacağı konusunun yasakoyucunun takdir yetkisi içinde olduğunun kabulü gerekir.

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 6. maddesinde para cezasından başka bir cezaya çarptırılmamış olan kişilerin, maddede belirtilen sınırlar içinde kalmak koşuluyla bu cezalarının ertelenebileceği hükme bağlanmakta ve erteleme, mahkum olan kişinin ileride suç işlemekten çekineceği yolunda kanaat vermesi koşuluna bağlı olarak, hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Buna göre erteleme, mahkûm için bir hak değil, ancak pişmanlık duyguları ile bir daha suç işlemeyeceği kanaatini uyandıracak tutum ve davranışı ile hâkimden, cezasının ertelenmesini isteme olanağıdır. Ertelemenin hükümlü için yasal bir hak olmayıp, bir lütuf ve atıfet, toplum bakımından da yararlı bir uygulama olduğu kabul edilmektedir. Ancak, suçun ağırlığı genellikle toplumdaki olumsuz sonuçları ile yarattığı endişe ve huzursuzlukla orantılı bulunduğu göre, suçu, cezayı ve ertelemeyi takdir ve tayin etmek yasama meclisinin yetkisindedir. Toplumda değişen koşulların gereği suçun, sınırlarının genişletilmesi ve cezalarının artırılıp erteleme dışı bırakılması da doğaldır. Bu nedenle, cezası erteleme dışı bırakılan suçlarla diğerlerinin doğurduğu sonuçların aynı olduğu kabul edilemeyeceği gibi, onlara verilen cezalarla korunmak istenen hukuki yararın da farklı olduğu açıktır. Bu durumda, getirilen kuralın adil olmadığı ileri sürülemeyeceğinden hukuk devleti ilkesine de aykırılığı, söz konusu değildir.

Anayasa'nın 10. maddesinde, “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*” denilmektedir. Bu yasak, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kuralları bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, değişik uygulamalar yapılamaz.

Cezaların ertelenmesi ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına veya aynen iade ve tazmine ya da fail lehine başka türde önlemlere dönüştürülmesi kurumu, çağdaş ceza hukukunun getirdiği insancıl yaptırımlardan biridir. Bu kurumun uygulanma koşulları, sınırları ve kapsamı, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde belirlenmiştir.

Yasakoyucu, suçlar için değişik cezalar öngörürken bu suçlara verilecek cezalardan beklenen hukuksal yararı göz önünde bulundurmaktadır. Çeşitli suçları işleyenler aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından bunlara aynı ceza verilemez. Bu bağlamda kimi suçlar için verilen cezaların da tecil edilememesi veya para cezasına çevrilememesi bu cezalara çarptırılanların aynı konumda bulunmamalarından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle itiraz konusu düzenleme Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı değildir.

İptal isteminin reddi gerekir.

Cafer ŞAT ve Fazıl SAĞLAM bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

13.12.1968 günlü, 1072 sayılı “Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun”un 2. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Cafer ŞAT ile Fazıl SAĞLAM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 16.6.2004 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Mustafa BUMİN	Haşim KILIÇ	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ertuğrul ERSOY	Tülay TUĞCU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Cafer ŞAT

Üye

Fazıl SAĞLAM

Üye

A. Necmi ÖZLER

KARŞIOY YAZISI

I. İtiraz konusu kural 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makineleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde öngörülen cezanın tecilini yasaklayan hükümle ilgilidir.

Adı geçen Yasanın 1. maddesinde, “ ... *umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi rulet, tilt, langirt ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek*” yasaklanmakta, bu yasanın uygulanmasında “*spor kulüpleri, gençlik teşekkülleri ve dernekler*” umuma açık yer sayılmaktadır. Maddede tanımlanan eylemin Türk Ceza Kanunu'nun 567. maddesi anlamında kumar oynatma amacıyla yapılmış olması da şart değildir.

Yasanın 2. maddesi ise yukarda yazılı yasağa aykırı hareket edenlerin **bir yıldan aşağı olmamak** üzere hapis ve 1.000 liradan 5.000 liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilmesini, tekrerrüri halinde cezaların bir misli artırılmasını (m.2, f. 1), ele geçirilen alet, makina ve bunların çalıştırılmasına yarayan tesisat ve paralar zapt ve müsadere edilmesini, bu gibi oyun oynanan yerlerin bir daha açılmamak üzere kapatılmasını (m.2, f. 2) öngörmektedir. Aynı maddenin itiraz konusu üçüncü fıkrası ise, bu suçlardan mahkûm olanların cezalarının, tecil edilemeyeceğini hükme bağlamaktadır. İtiraz yoluna başvuran mahkeme yalnızca bu kuralı Anayasa'ya aykırı bulmaktadır.

Çoğunluk kararında belirtildiği şekilde ertelemenin hükümlü için yasal bir hak olmadığı, erteleme yapılamayacak olan suçları belirlemenin ilke olarak yasakoyucunun takdir alanı içinde kaldığı doğrudur. Ancak, erteleme kurumunun varlığı ceza hukuku sisteminde asıl olup, cezalandırmada suçlunun ıslahı ve topluma kazandırılması ve cezanın şahsileştirilmesi amaçlarının zorunlu bir parçasıdır. Bu nedenle de belli suçların erteleme dışı bırakılması, istisnai nitelikte olup, erteleme olanağı bulunan suçlara oranla makul ve ölçülü bir nedene dayanması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Aynı nedenle Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında belli suçların erteleme dışı bırakılmasını yasa koyucunun takdir alanı içinde görmesi, o davada denetlenen kuralla sınırlı olup, anılan sorunun her bir kuralın somut içeriği,

kapsamı ve yer aldığı kurallar bütünü ve düzenlediği olgu göz önünde tutularak değerlendirilmesi zorunludur.

Bu açıdan bakıldığında, “*rulet, tilt, langırt ve benzeri baht ve talihe bağlı veya maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek*” suçuna yukarda anılan yaptırımların, erteleme olanağı tanınmaksızın bağlanması, yasanın çıktığı dönem bakımından gençliğin korunması yönünden zorunlu görülmüş olabilir; ancak günümüzde bu aletlerin gençler arasında aynı yoğun ilgiyi görmesi ve dolayısıyla aynı sosyal sorunları yaratması olası değildir. Gelişen bilgisayar teknolojinde çok daha cazip olanakların varlığı karşısında, itiraz konusu kuralın bağlı olduğu suçun tanımında yer alan aletlerinin artık antika değeri dışında toplumsal bir öneminin kalmadığı söylenebilir. Hukuk böyle bir gelişmeye gözlerini kapayamaz. Çünkü her hukuk kuralı, düzenlediği nesnel yaşam ilişkilerinin belli bir kesitini norm alanı olarak seçer ve metni aynı kalsa bile bu alandaki gelişmelerle birlikte yeni içerik ve anlamlar kazanır. Bu nedenle altmışlı yıllarda sosyal bir sorun oluşturmaması nedeniyle gençliği koruma amacıyla konulmuş bulunan bir ceza düzenlemesi, o dönem açısından anayasal bir sorun oluşturmaya bile, değişen koşullarda gerek hukuk devleti ve gerekse sınırladığı temel hak ve özgürlükler bakımından ölçüsüz bir düzenleme niteliği kazanabilir. Aksi takdirde örneğin altmışlı yıllarda Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı bulmadığı erkek ve kadının zinasına ilişkin suçların, doksanlı yıllarda iptali mümkün olamazdı.

Açıklanan çerçevede itiraz konusu kuralın bağlı olduğu ceza normu, davada ihtilaf konusu olmasa bile erteleme yasağına ilişkin anayasal sorunun değerlendirilmesinde göz önünde tutulması gerekir. Çünkü burada her iki kural da anayasaya uygunluk denetimi bakımından birbirinden ayrılmaz bir bütünlük içindedir. Erteleme yasağının anayasaya uygun olup olmadığı, ancak bu yasağın bağlı olduğu ceza normu ile somut bir değerlendirilmeye konu olabilir. Bu açıdan iki nokta önem kazanmaktadır.

- Ceza normunun gönderme yaptığı Türk Ceza Kanunu'nun 567. maddesinde umuma açık yerlerde kumar oynatma için bir aydan altı aya kadar hapis cezası öngörülmektedir. Kumar oynatmaya altı aya kadar hafif hapis cezası verilirken, kumar oynatmaksızın oyun ağırlıklı bir aletin “*bulundurulması, çalıştırılması, yurda sokulması ya da yahut imal edilmesine*” en az bir yıl hapis cezasının öngörülmesi, bugünkü koşullarda başlıbaşına bir oransızlık arz etmektedir.

- Bu oransızlık kumar oynatma suçuna ilişkin cezanın ertelenebilmesine karşılık itiraz konusu kurala esas teşkil eden cezanın ertelenememesi yönünden daha büyük bir boyut kazanmaktadır.

Ayrıca bilgisayarlarda ve bilgisayarların kullanıldığı umuma açık yerlerde (İnternet-Kafelerde) oynanabilecek oyunların içerik ve kullanım yönünden 1072 sayılı Yasa'nın yasakladıklarından çok daha cazip ve etkili olması, 1072 sayılı Yasa'nın koruma iddiasında olduğu değeri, bugün büsbütün anlamsız kılan bir gelişme olarak gözükmemektedir. Buna bağlı olarak bilgisayarda oyun kullanımı yönünden 1072 sayılı Yasa'nın öngördüğü yaptırımların söz konusu olmaması, itiraz konusu kuraldaki ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koyan bir başka göstergedir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki ölçülülük ilkesi, yalnızca temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken bir ilke olmayıp, hukuk devletini de somutlaştıran bir ilkedir. İtiraz konusu kural, açıklanan özellikleriyle hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir.

II. Ancak itiraz konusu kural, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından da anayasal sorun içermektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen suç ve cezalara ilişkin esaslar, Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan “kişi özgürlüğü ve güvenliği”ni somutlaştıran kurallardır. Ayrıca itiraz konusu kuralın bağlı olduğu suç tanımında yer alan alanlarda özel girişim özgürlüğünün sınırlanmış olduğu da kuşkusuzdur. Bu nedenle Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkeleri itiraz konusu kural bakımından da geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut olarak çoğu zaman her iki ilkeyi de bir arada kullanmakta ve meşru bir nedene dayansa bile yasal sınırlamanın “demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliği taşımasını” aramaktadır. Bu ilkeler bizim Anayasamızda temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir koruma maddesi içinde yer aldığına göre, AİHM'nin bu yaklaşımının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tüm yasal düzenlemelerde gözönünde tutulması, insan hakları kavramının evrensel niteliğine de uygun düşer. İtiraz konusu kural, yukarda açıklanan koşullar çerçevesinde demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerden sayılamaz. Bunun en açık kanıtı da Avrupa ülkelerinde benzer katılıkta ve ağırlıkta bir yasağın mevcut olmamasıdır. Bugünkü koşullar altında bunun Türkiye için farklı bir biçimde değerlendirilmesini haklı kılacak inandırıcı bir neden de mevcut değildir.

Yukarda anılan özellikler ve hukuksal nedenler gözetilerek itiraz konusu kuralın iptali gerekirken, anılan kuralı yasa koyucunun takdir alanı içinde sayan çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye

Cafer ŞAT

Üye

Fazıl SAĞLAM