

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2016/51
Karar Sayısı : 2016/179
Karar Tarihi : 23.11.2016
R.G. Tarih-Sayısı : 13.12.2016-29917

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Küçükçekmece 13. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 29.4.1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "...dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Şüphelinin yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatmak suçuyla cezalandırılması talebiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un, itiraz konusu kuralın da yer aldığı 5. maddesi şöyledir:

"Kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın;

a) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

*b) 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 imkân sağlayan kişiler, **dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.***

c) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

ç) Kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

d) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarını oynayanlar mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından beş bin liradan yirmi bin liraya kadar idari para cezası ile cezalandırılır.

Bu madde kapsamına giren suçlarla bağlantılı olarak, spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis veya şans oyunlarının oynanmasına tahsis edilen veya oynanmasında kullanılan ya da suçun konusunu oluşturan eşya ile bu oyunların oynanması için

ortaya konulan veya oynanması suretiyle elde edilen her türlü mal varlığı değeri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin hükümlerine göre müsadere edilir.

Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Bu madde kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun erişimin engellenmesine ilişkin hükümleri uygulanır.

Bu madde kapsamına giren suçların işlendiği işyerleri mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından ihtarda bulunmaksızın üç ay süreyle mühürlenerek kapatılır. İş yeri açma ve çalışma ruhsatına sahip işyerlerinin ruhsatları mahallin en büyük mülki idare amirinin bildirimi üzerine ruhsat vermeye yetkili idare tarafından beş iş günü içinde iptal edilir.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ’in katılımlarıyla 26.5.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

A- İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 228. maddesinde, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu düzenlenerek bu suçun cezasının bir yıla kadar hapis ve adli para cezası olarak belirlendiği, maddenin ikinci fıkrasında çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde verilecek cezanın bir katı oranında artırılacağı öngörüldüğü, söz konusu cezanın alt sınırının genel hükümlere göre bir ay hapis cezası, çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde ise cezanın alt sınırının iki ay hapis cezası olduğu, bu bağlamda aynı Kanun’un kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar hakkında 50. maddesi, hapis cezasının ertelenmesine ilişkin 51. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesinin uygulanabildiği, buna karşılık 228. maddedeki suça niteliği itibarıyla benzer bir eylem olan “yasal yetkisi olmaksızın yurtdışı spor müsabakalarına ilişkin bahis oynatma” suçunun cezasının itiraz konusu kuralla dört yıl hapis cezası olarak belirlendiği, genel ahlaka karşı suçlar içinde düzenlenen ve tüm toplumu korumaya yönelik olan TCK’nın 228. maddesine göre daha ağır bir yaptırım öngören itiraz konusu kuralın ölçülü olmadığı ve fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. İtiraz konusu kuralın yer aldığı 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, 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 imkân sağlayan kişilerin dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir. Bentte yer alan “...dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır...” ibaresi, itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

5. 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 ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

6. Cezalara ve güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısını, ahlaki değerlerini ve ekonomik hayatın gereksinimlerini göz önüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı filleri ceza hukuku alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tâbi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır.

7. Bununla birlikte, kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “*Elverişlilik*”, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “*gereklilik*”, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “*orantılılık*” ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “*ölçülülük ilkesi*” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

8. Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen “*kanun önünde eşitlik ilkesi*” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

9. 7258 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre yurtiçinde ve yurtdışında spor müsabakaları üzerine sabit ihtimalli ve müşterek bahis oyunlarını oynatmak üzere, Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı, tüzel kişiliği haiz Spor Toto Teşkilat Başkanlığı kurulmuştur. 10.7.1953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun, 4.4.1988 tarihli ve 320 sayılı Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri ile bu kuruluşlara verilen müşterek bahis ile şans oyunları oynatma hak ve yetkileri saklı tutulmuştur. Kanun'un 2. maddesine göre ise yurt içinde ve yurt dışında yapılan her türlü spor müsabakası üzerine yurt içinde ve yurt dışında spora dayalı bahis ve şans oyunları

düzenlemek, denetim ve gözetimi altında düzenletmek, bunlara ilişkin her türlü izni vermek ve sözleşmeyi yapmak, spora dayalı bahis ve şans oyunlarına yönelik mevzuata aykırı iş ve eylemlerin önlenmesi için gerekli denetimleri yapmak, faaliyetlerde bulunmak ve tedbirleri almak Spor Toto Teşkilat Başkanlığının görevleri arasında belirtilmiştir.

10. Bu yetki ve görevler kapsamında Spor Toto Teşkilat Başkanlığı, sabit ihtimalli ve müşterek bahis oyunlarını adına kayıtlı bir işyerinde oynatmak üzere bayilik ruhsatı vererek gerçek veya tüzel kişileri sabit bayi olarak belirleyebileceği gibi sanal ortam alt yapısı üzerinden sabit ihtimalli ve müşterek bahis oyunlarını oynatmak üzere bayilik ruhsatı vererek tüzel kişileri de sanal ortam bayii olarak belirleyebilmektedir. Bu şekilde belirlenen bayiler ise 7258 sayılı Kanun ile Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliğinin belirlediği yükümlülükler çerçevesinde, elde ettikleri hasıllardan Spor Toto Teşkilat Başkanlığı Yönetim Kurulu tarafından belirlenen oranda pay almak suretiyle söz konusu oyunları oynatmaktadırlar.

11. İlgili mevzuat çerçevesinde Spor Toto Teşkilat Başkanlığının net hasılatı ile her ne ad altında olursa olsun elde ettikleri diğer gelirler toplamından; her türlü yatırım ve işletme giderleri düşüldükten sonra kalan tutarı, Maliye Bakanlığı merkez muhasebe birimi hesabına yatırılarak genel bütçeye gelir kaydedilir. Yıllık kamu payı tahmini dikkate alınmak suretiyle Savunma Sanayii Destekleme Fonu, Tanıtma Fonu, Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumuna aktarılacak üzere Bakanlık bütçesine ödenek konulur; Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumunun yılı bütçesine ödenek ayrılırken bu paylar dikkate alınır.

12. İtiraz konusu kuralla, 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 imkân sağlayan kişilerin dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir. Bu suça benzer bir düzenleme 5237 sayılı Kanun’un “*Genel Ahlak Karşı Suçlar*” bölümündeki 228. maddede, kumar oynanması için yer ve imkân sağlayan kişilerin bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacağı şeklinde yer almaktadır. Her ne kadar söz konusu suçlar benzer şekilde düzenlenmiş olsalar da korudukları hukuki menfaatler birbirinden ayrılmaktadır.

13. 5237 sayılı Kanun’da yer alan suçla korunan hukuki menfaat, genel ahlakın korunması, toplumun ve çocukların kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlikeden ve doğurması olası facialardan korunmasıdır. Buna karşılık itiraz konusu kuralda yer alan suçla korunan hukuki menfaat, yukarıda ifade edilen menfaatlerin yanında devletin verdiği izin ve yetkiyle bahis ve şans oyunları düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kişilerin gelirlerinden pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının mali çıkarlarıdır. 7258 sayılı Kanun’a göre bahis ve şans oyunlarının devletin denetim ve gözetiminde yapılması suretiyle elde edilen gelirlerden sporla ilgili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılan pay Türk ekonomisi ve sporu için önemli bir gelir kaynağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda, internet ve sair suretle erişim sağlayarak yasadışı şekilde bu tür bahis ve şans oyunlarının oynatılması halinde söz konusu kurum ve kuruluşların bu katkı paylarından mahrum kaldığı, ayrıca bu şekilde yasadışı bahis ve şans oyunları oynatılmasına imkân sağlanmasının bir çeşit kara para aklama vesilesi olduğu da anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun kuralla, suçun niteliğini, işleniş şeklini, mağdurda oluşan zararı ve korunan hukuki menfaati gözeterek, bu fiilleri 5237 sayılı Kanun’un kapsamı dışında düzenlediği ve daha ağır bir yaptırım tercih ettiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun bu tercihi, suç olarak tanımlanan fiillerin hangi tür ve

ölçüdeki ceza yaptırımlarına tâbi tutulacağının belirlenmesindeki takdir yetkisinin kapsamındadır.

14. Öte yandan, internetin ulusal ve uluslararası alanda bilgi paylaşımını ve iletişimi son derece hızlandırdığı günümüzde bu alanın kötüye kullanılması suretiyle çeşitli suçların işlenmesi de kolaylaşmıştır. İnternet ve sair suretle erişim sağlanarak oynanan bahis ve şans oyunlarının teknik yönden tümüyle kontrolündeki ve engellenmesindeki güçlükler ile kuralın ihlalinin ortaya çıkaracağı mali kayıplar da dikkate alındığında kuralın ihlaline getirilecek yaptırımın caydırıcı olmasının önemi açıktır. Kuralın gerekçesinde de belirtildiği üzere düzenlenen cezai hükümlerin yaptırımlar bakımından yetersiz kalması nedeniyle söz konusu maddede değişiklik yapılmak suretiyle kanun koyucu bu suçlara verilecek cezaların ağırlaştırılmasını amaçlamıştır. Ayrıca bu tür bahis ve şans oyunlarının devletin denetim ve kontrolünde oynatılmasının bir amacının da vatandaştaki eğilim ve talebin yasal yollardan ve kontrollü bir şekilde karşılanarak vatandaşların istismarlarla karşı karşıya kalmasının önlenmesi, sosyal ve ekonomik bakımdan ortaya çıkabilecek tehlikeler karşısında korunması ve özellikle onsekiz yaşından küçüklerin bu tür bahis oyunlarından uzak tutulması olduğu açıktır. Bu bağlamda itiraz konusu kuraldaki cezanın, internet ve sair suretle erişim sağlanarak yasadışı şekilde bahis ve şans oyunu oynanması suçunun etkili bir cezayla karşılanması açısından gerekli, bu fiillerin işlenmesini ve yaygınlaşmasını önlemeye elverişli ve orantılı bir yaptırım olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle itiraz konusu kuralda bu yönden de hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

15. Başvuran Mahkeme tarafından, itiraz konusu kuralın 5237 sayılı Kanun'un 228. maddesindeki eylemlere benzer olduğu, aynı değerlere yönelen ve birbiriyle aralarında yakın bağ bulunan bu suçlar arasında ayırım yapılarak adaletsizliğe ve failler arasında eşitsizliğe neden olduğu ileri sürülmüşse de farklı hukuki menfaatleri koruyan söz konusu suçları işleyenlerin aynı hukuksal konumda oldukları söylenemeyeceğinden bu suçları işleyenler arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Kaldı ki kural olarak suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında, benzer bir suç için öngörülen ceza ile yapılacak kıyaslamanın değil, o suçun yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle bir suç için öngörülen cezanın başka bir suç için öngörülen cezayla karşılaştırılması suretiyle yapılan değerlendirme, anayasal denetime esas oluşturmaz.

16. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

IV- HÜKÜM

29.4.1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “...dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 23.11.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

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

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ