

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2021/94

Karar Sayısı : 2022/35

Karar Tarihi : 24/3/2022

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Çorum İnfaz Hâkimliği

İTİRAZIN KONUSU: 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (f) bendinde yer alan "...ve benzeri oyunlar..." ibaresinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Hükümlü hakkında verilen ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma disiplin cezasına karşı başvuru şikâyet yolunda itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 43. maddesi şöyledir:

"Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma

Madde 43- (1) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar ziyaretçi görüşüne çıkarılmamasıdır.

(2) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemler şunlardır:

a) Sayım yapılmasına karşı çıkmak.

b) Aramaya karşı çıkmak.

c) Sevke, nakle veya bunlarla ilgili olarak alınacak tedbirlere karşı çıkmak.

d) Kurumda korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde söz söylemek veya davranışta bulunmak.

e) Hükümlülerin haberleşmelerini, ziyaretçileriyle görüşmelerini, iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve işyurdu çalışmaları ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarını, kurum hekimince muayene ve tedavi edilmelerini, avukat tayin etmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet Başsavcılıklarına gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını her ne suretle olursa olsun engellemek, hükümlü ve tutukluları bu fiillere teşvik etmek, bu yolda talimat vermek, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanaklarını engellemek.

f) Kumar ve benzeri oyunlar oynamak veya oynatmak.

g) (Ek: 20/11/2017-KHK-696/101 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/95 md.) Ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giymemek veya verilen kıyafetlere kasten zarar vermek.

(3) Resmî ve yetkili merciler ile avukatlar ve yasal temsilcilerle görüşmelerde bu madde hükmü uygulanmaz.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 22/9/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

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

A. Anlam ve Kapsam

3. 5275 sayılı Kanun'un 43. maddesinde ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma disiplin cezası düzenlenmiştir. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasının (f) bendi uyarınca kumar ve benzeri oyunları oynamak veya oynatmak ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemlerdir. Anılan bentte yer alan “... ve benzeri oyunlar...” ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

4. Kumar, sözlük anlamı itibarıyla ortaya para koyularak oynan talih oyunudur. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu düzenleyen 228. maddesinin (6) numaralı fıkrasında kumar, ceza kanunu açısından tanımlanmıştır. Bu tanıma göre “*Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır*”.

5. Anılan maddenin gerekçesinde de kumar tanımlanmış ve kumarın gerçekleşmesi için gerekli unsurlar belirtilmiştir. Gerekçeye göre “...bir oyunun kumar sayılması için iki koşul aranacaktır: Birincisi oyunun kazanç kastı ile icra edilmesi, ikincisi ise kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Bu tanım karşısında, kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkan sağlanması, bu suç oluşturmaz.”

6. Kumar fiili 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 34. maddesinde idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına bağlanan kabahat olarak düzenlenmiştir.

B. İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralın da yer aldığı bentte kumar ve benzeri oyunların oynanmasının veya oynatılmasının ziyaretçi kabulünden yasaklanmayı öngördüğü, kumar fiilinden anlaşılması gerekenin 5237 sayılı Kanun'un 228. maddesinde düzenlendiği, buna göre bir oyunun kumar olabilmesi için mutlak surette kazanç amacına

yönelik olması gerektiği, ancak kuralın hangi tür oyunları kapsadığının belirsiz olduğu, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin geçerli olduğu, Kanun'da hangi fiillerin kumar benzeri oyun kapsamında olduğuna ilişkin bir açıklığın bulunmadığı, bu belirsizliğin yargısal yorum yoluyla da giderilmesinin mümkün olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

8. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmiştir.

9. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

10. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri de *belirlilik* ilkesidir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Kişi ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuki güvenlik ilkesi bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/22, K.2015/37, 1/4/2015, AYM, E.2020/80, K.2021/34, 29/4/2021, § 25).

11. 5275 sayılı Kanun'un 3. maddesinde ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazındaki temel amaç "*...öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak...*" şeklinde belirtilmiştir.

12. Bu amacın gerçekleştirilmesi kapsamında kanun koyucu ceza infaz kurumlarında düzenin sağlanmasını ve hükümlülerin düzeni olumsuz etkileyecek davranışlardan kaçınmasını sağlamak için bazı disiplin cezalarını öngörmüştür. İtiraz konusu kuralın da yer aldığı madde, anılan Kanun'un ikinci kısmının disiplin cezası ve tedbirleri ile ödüllendirmenin düzenlendiği sekizinci bölümünde bulunmaktadır. Bu bağlamda ceza infaz kurumunun iç işleyişiyle ilgili olan disiplin suçları, hükümlüler tarafından işlenebildiğinden yalnızca belirli bir grubu bağlamakta ve bu nedenle cezai anlamda suç niteliği taşımamaktadırlar.

13. Kuralın yer aldığı bent, ceza infaz kurumlarında kumar ve benzeri oyunların oynanması veya oynatılmasına hukuki sonuçlar bağlamaktadır. Kurala göre bu oyunların

oyanması veya oynatılması hükümlünün ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılmasını gerektirmektedir. Kanun *kumar ve benzeri oyunlardan* anlaşılması gerekeni açıklamamaktadır. Bununla birlikte *kumar* 5237 sayılı Kanun'un uygulanması yönünden mevzuatta tanımlanmıştır (Bkz. §§ 4-5). Dolayısıyla *kumar* kavramı ile kuralın anlamlandırılmasında bu tanımlama dikkate alınmalıdır.

14. Mevzuatta yer alan tanıma göre bir fiilin *kumar* olarak nitelendirilmesi için bulunması gereken iki unsur vardır. Bunlardan ilki maddi bir kazanç sağlamaya yönelik bir oyunun oynanmasıdır. İkinci unsur ise kâr ve zararın talihe bağlı olmasıdır. Dolayısıyla yeteneğe bağlı herhangi bir oyun doğası gereği *kumar* olarak nitelendirilemez. Buna göre herhangi bir oyunun yeteneğe bağlı olması hâlinde *kumar benzeri* olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte talihe bağlı bir oyunun hukuken *kumar* olarak kabul edilebilmesi için ayrıca kazanç sağlama amacıyla icra edilmiş olması da gerekir. Buradaki kazanç, oyunu kazananın bir *maddi kazanç* elde etmesini ifade eder. Talihe bağlı olan bir oyunu kazananın maddi bir kazanç elde etmesi yerine kaybedenin maddi olmayan bir yükümlülük altına girmesi ya da kazananın maddi olmayan bir menfaat sağlaması durumunda bir kumardan söz etmek mümkün olmamakla beraber *kumar benzeri* bir oyunun varlığı söz konusu olur.

15. Bununla birlikte disiplin cezaları ceza infaz kurumunda düzeni sağlama amacına yöneliktir. Bu bağlamda ceza infaz kurumu düzenine etkisi olmayan, talihe bağlı olan ancak sonunda kaybedenin herhangi bir yükümlülük altına girmediği ve kazananın herhangi bir menfaat sağlamadığı oyunlar *kumar benzeri* bir oyun olarak nitelendirilemez. Nitekim bunlar sadece eğlence amacıyla oynanan oyunlar olup disiplin eylemi kapsamında cezalandırılabilir nitelikte değildir. Bu bağlamda *kumarın* tanımını yapan düzenlemenin gerekçesinde de "... *kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkan sağlanması, bu suçu oluşturmaz.*" denilerek sadece eğlenmek üzere oynanan talihe bağlı oyunlar *kumar* kavramı kapsamı dışına çıkarılmıştır (Bkz. § 5). Bu itibarla itiraz konusu kuralın sonucun talihe bağlı olduğu ve kazananın maddi bir kazanç elde etmemekle birlikte kaybedenin yapma ya da yapmama biçiminde yükümlülük altına girdiği oyunları kapsadığı gözetildiğinde belirsiz olduğu söylenemez.

16. Kuralın belirli olmasının yanı sıra ölçülü de olması gerekir. *Ölçülülük* ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

17. Kuralın hükümlülerin düzeni olumsuz etkileyecek davranışlardan kaçınmasını, *kumar* ve benzeri oyunlar vasıtasıyla hükümlülerin birbirleri üzerinde tahakküm kurmasını ve zayıf olanların istismar edilmesini önlemek suretiyle ceza infaz kurumlarında düzenin sağlanması amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın anılan amaca ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

18. Kural, *kumar* ve benzeri oyunların oynanması ve oynatılması hâllerinde hükümlünün bir aydan üç aya kadar ziyaretçi kabulünden yasaklanmasını öngörmektedir. Kuralın hedeflediği *kumar benzeri* oyunlarla ceza infaz kurumunun düzenini bozmaya yönelik faaliyetlerin ve hükümlülerin birbirleri üzerinde baskı kurmalarının engellenmesi suretiyle

ceza infaz kurumlarında düzenin sağlanması şeklindeki amacının taşıdığı fayda ile kuralın hüküm altına aldığı yaptırım gözetildiğinde kuralla getirilen külfetin ulaşılacak istenen amaç bakımından orantısız olmadığı, kuralın taşıdığı yarar ile getirdiği külfet arasında adil bir dengenin kurulduğu sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla kuralın hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

19. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (f) bendinde yer alan "...ve benzeri oyunlar..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE Zühtü ARSLAN ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 24/3/2022 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu tarafından 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı hakkında Kanun'un (Kanun) 43. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (f) bendinde yer alan "...ve benzeri oyunlar..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. İtiraz konusu ibarenin de içinde bulunduğu (f) bendi uyarınca "*Kumar ve benzeri oyunlar oynamak ve oynatmak*" ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren bir fiildir.

2. Kuşkusuz kanun koyucu ceza infaz kurumlarının düzenini sağlamak için gerekli tedbirleri almak durumundadır. Bu amaçla cezaevi dışında serbest olan bazı oyunların oynanması cezaevinde disiplin yaptırımına tâbi tutulabilir. Esasen Anayasa'nın 58. maddesinde "*kötü alışkanlık*" olarak nitelenen kumardan ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların korunması için devletin tedbir alması gerektiği de söylenebilir.

3. Anayasa Mahkemesinin kararlarında belirtildiği üzere, hükümlü ve tutukluların ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılmasına yönelik disiplin cezası bu kişilerin Anayasa'nın 20. maddesinde güvenceye alınan özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme haklarına yapılan bir sınırlama mahiyetindedir (B.K., B. No: 2017/6432, 10/12/2019; E.A., B.No: 2017/16500, 6/10/2021). Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların kanunla yapılması gerekir. Kanunla sınırlama sadece şekli manada bir kanuni dayanağın bulunması anlamına gelmemektedir. Kanunilik şartı, temel hakları sınırlayan kanunun belirli ve öngörülebilir nitelikte olmasını da zorunlu kılmaktadır.

4. Diğer yandan temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanun hükümlerinin belirli ve öngörülebilir olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Başka bir ifadeyle hukuk devleti yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini gerektirmektedir (AYM, E. 2020/80, K. 2021/34, 29/4/2021, § 25).

5. "*Kumar ve benzeri oyunlar oynamak ve oynatmak*" ifadesinde yer alan "*kumar*"ın yasal tanımı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunu düzenleyen 228. maddesinin (6) numaralı fıkrasında kumar "*kazanç amacıyla icra edilen ve kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlar*" olarak tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde de kumardan bahsedilebilmesi için bir oyunun (a) kazanç kastı ile icra edilmesi ve (b) kâr ve zararın talihe bağlı olması şartlarının gerçekleşmesi gerektiği, "*kazanç kastı olmaksızın, dostlar arasında eğlenmek üzere oyun oynanmasına imkan sağlanması*"nın suç teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

6. Buna göre ceza hukukunda oyunların kumar sayılan ve sayılmayanlar şeklinde iki sınıfa ayrıldığı, bunların kazanç veya eğlence amaçlı icra edilip edilmemesinin ise belirleyici unsur olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hangi araçlarla icra edilirse edilsin bir oyun kazanç amacıyla icra ediliyorsa ve kâr ve zarar şansa bağlıysa kumar, bu şartlar olmaksızın eğlence amaçlı icra ediliyorsa kumar değildir.

7. Dolayısıyla “kumar” kavramındaki bu belirliliğe karşı “ve benzeri oyunlar” ibaresini belirli kılan hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. “(Kumar) benzeri oyunlar” ibaresinin tıpkı kumar gibi kazanç amaçlı oynanan ve kâr/zararın şansa bağlı olduğu oyunları ifade ettiği söylenebilir. Bu durumda “kumar” ile “benzeri oyunlar” arasındaki fark ortadan kalkacak, özdeşlik söz konusu olacaktır. Başka bir ifadeyle itiraz konusu kural pratik karşılığı olmayan “gereksiz” bir ibare olarak anlaşılacaktır. Halbuki kanun koyucu abesle iştiğal etmeyeceğine göre bu ibarenin “kumar”dan farklı ancak ona benzeyen oyunlar için kullanıldığını kabul etmek gerekir.

8. Şüphesiz kumar benzeri oyunların kanunda tek tek sayılması gerekmemektedir. Lakin neyin kumar benzeri oyun olduğuna dair tanımlayıcı ve belirleyici unsurların kanun tarafından öngörülmesi zorunludur. Aksi takdirde her anlama gelecek nitelikteki itiraz konusu ibareye dayanılarak idarenin ceza infaz kurumundaki hükümlü ve tutukluların temel hak ve özgürlüklerine keyfi müdahaleleri söz konusu olabilecektir.

9. Nitekim itiraz başvurusuna konu somut olayda hükümlülerin el ile yaptıkları kartlarla oyun oynamaları “kumar benzeri” ibaresi kapsamında değerlendirilmiştir. İtiraz yoluna başvuran infaz hakimliğine göre “bu oyunun kumar mı yoksa eğlence amaçlı bir oyun mu olduğunun disiplin kurulunca tartışılmadığı” ve iptali istenen ibare nedeniyle “kumara benzeyen her türlü oyunun disiplin suçu oluşturduğu sonucu çıkmaktadır”.

10. Sonuç olarak, “kumar benzeri” oyunları belirlemeye yönelik hiçbir kriter öngörmeden, kumardan farklı olarak eğlence ve vakit geçirmek amacıyla oynanan her türlü oyunu ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılma cezasına tâbi kılabilen kural, hukuk devletinin gerektirdiği hukuki belirlilik ile aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği kanunilik şartını sağlamaktan uzaktır.

11. Açıklanan gerekçelerle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2., 13., 20. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden red yönündeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İtiraz konusu kural, Kanun'da yer alan "...ve benzeri oyunlar..." ibaresini kapsamakta ve kumar ve benzeri oyunlar oynanmasının ve oynatılmasının hükümlüler açısından ziyaretçi kabulünün yasaklanması sonucunu doğuracağını hükme bağlamaktadır

2. Çoğunluk kararında "talihe bağlı olan bir oyunu kazananın maddi bir kazanç elde etmesi yerine kaybedenin maddi olmayan bir yükümlülük altına girmesi ya da kazananın maddi olmayan bir menfaat sağlaması durumunda" bir kumardan söz edilemeyeceği belirtilmekte, bu durumda kumar benzeri bir oyunun varlığı kabul edilmektedir (bkz. § 14). Bir sonraki paragrafta ise ceza infaz kurumu düzenine etkisi olmayan, "...talihe bağlı olan ancak sonunda kaybedenin herhangi bir yükümlülük altına girmediği ve kazananın herhangi bir menfaat sağlamadığı oyunlar kumar benzeri bir oyun olarak nitelendirilemez" denilmektedir.

3. Çoğunluk, eğlence amacıyla oynanan, ceza infaz kurumu düzenine etkisi olmayan ve kazanana bir menfaat sağlamayan, kaybedene de bir yükümlülük getirmeyen oyunları kumar benzeri oyunlar kapsamında kabul etmemektedir. Bununla beraber çoğunluk tarafından ortaya konan "benzeri oyunlar" ibaresini açıklamaya ve somutlaştırmaya yönelik ölçütlerin çok soyut olduğunu ve kumara benzeyen ve benzemeyen oyunlar arasında bir tespiti ulaşmanın da kolay olmadığını vurgulamak gerekir. İnsan zihninin neredeyse her şeyden bir oyun türetme potansiyelini dikkate aldığımızda, idareye kumar benzeri oyunun ne olduğu ve tanımını konusunda son derece geniş bir takdir alanı bırakıldığı açıktır. Kural, talihe ve belli bir yeteneğe dayanan her türlü oyunun eğlence ve vakit geçirme amaçlı olsa bile idare tarafından kumar benzeri oyun olarak kabul edilmesine imkân tanımaktadır.

4. Belirtilen gerekçeyle, kural, belirlilik yönünden Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Üye
Engin YILDIRIM