



## HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA TÜRK HUKUKUNDA KUMAR

Dr. Öğr. Üyesi Duygu HATİPOĞLU AYDIN\*

### Öz

Kumar sosyal gerçekliğin bir parçası olarak hukuksal düzenlemelere konu olmuştur ve hem ceza hukukunda hem özel hukukta düzenlenmiştir. Bu çalışmada kumar olgusu ve kumara ilişkin hukuksal düzenlemeler hukuk ve ahlak arasındaki ilişki açısından değerlendirilmiştir. Ahlak alanına ait olguların hukuksal yaptırımlara konu edilmesinde sınır belirsizleşmektedir. Türk hukukunda kumara ilişkin düzenlemelere bakıldığında, genel ahlak gibi belir-siz bir kavramın hukuki değer olarak ele alındığı ve yaptırım konusu haline getirildiği görülmektedir. Her türlü davranışın hukuksal yaptırımlarla düzenlendiği ve yasaklandığı bir toplumda bireysel özgürlükler tehlikeye girer. Öte yandan kumara ilişkin düzenlemelerde yasa koyucunun ekonomik saiklerle hareket ettiğinden, gelir getirici faaliyetlerin genel ahlakın korunmasını öncelediğinden söz edilebilir.

### Anahtar Kelimeler

Kumar • Hukuk-Ahlak İlişkisi • Genel Ahlak • Ahlaksızlık • Ahlaksızlığın Cezalandırılması

\* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Hacettepe University Faculty of Law, Department of Philosophy and Sociology of Law, Ankara, Turkey.

✉ duyguhatisoglu@hacettepe.edu.tr • ORCID 0000-0002-3153-5310

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: HATİPOĞLU AYDIN, Duygu, "Hukuk-Ahlak İlişkisi Bağlamında Türk Hukukunda Kumar", *SÜHFD.*, C. 29, S. 2, 2021, s. 1477-1499.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## GAMBLING IN TURKISH LAW IN THE CONTEXT OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORALITY

### Abstract

Gambling has been the subject of legal regulation as part of social reality. Gambling is regulated in both criminal law and private law. In this study, the phenomenon of gambling and legal regulations related to gambling were evaluated in terms of the relationship between law and morality. The limit becomes unclear when cases belonging to the field of morality are subject to legal sanctions. Looking at the rules related to gambling in Turkish law, it is seen that an ambiguous concept such as public morality is considered as legal value and became a subject of sanctions. In a society where all kinds of behavior are regulated and prohibited by legal sanctions, individual freedoms are in danger. On the other hand, related to gambling, the legislator acts with economic motives and that income-generating activities prioritize the protection of public morality.

### Key Words

Gambling • The Relation Between Law and Morality • Public Morality • Immorality • Punishment of Immorality

## I. GİRİŞ

Kumar, tarihin her döneminde dikkat çekici bir olgu olmuş ve sosyoloji, psikoloji, hukuk ve başka disiplinler tarafından ele alınmıştır. Hukuk disiplini açısından, kumara ilişkin mevzuatın değerlendirilmesi yanında, kumar olgusu hukuk felsefesinin tartışmaları bağlamında irdelenebilir. Bunun sebebi kumarın ahlak alanına ait olması ve bu yönüyle de hukuksal düzenlemeye konu olmasıdır. Ben bu çalışmada kumar olgusuna, hukuk-ahlak ilişkisi ve devletin ahlak alanını hukuksal düzenlemelere konu yapmasının sınırı bağlamında odaklanacağım. Kumar olgusunu hukuksal düzenlemeler ve mahkeme kararları açısından ele alırken, devletin ahlak alanını düzenlemesinin sınırlarını ve bu düzenlemelerin amacı olarak “genel ahlak”, “toplumsal ahlak” kavramlarının içeriğini ortaya koymaya çalışacağım. Çalışmanın problemi, ahlak alanına ait olguların hukuksal yaptırımlara konu edilmesi ve kumar olgusunun ve kumara ilişkin hukuksal düzenlemelerin ahlak-hukuk arasındaki ilişki açısından değerlendirilmesidir.

Çalışmanın problemine ilişkin cevapları bulma sürecinde farklı disiplinlere ilişkin yöntemleri bir arada kullanmak gerekiyor. Öncelikle kumar olgusunu pozitif hukuk açısından ele alacağım. Kumar geniş bir

kavram ve şans oyunları ve bahis de kumar kavramının içinde değerlendiriliyor. Bunu hukuksal düzenlemelerde ve mahkeme kararlarında görmek mümkün. Kumar olgusunun kanun koyucu açısından ne ifade ettiğini, süreç içinde Türkiye’de ne şekilde hukukun konusu haline geldiğini tarihsel ve amaçsal yöntemlerle açıklayacağım. Devletin kumar, bahis ve şans oyunları açısından ahlak alanına müdahalesinin sınırlarını ve saikini ortaya koymaya çalışırken hukuk-ahlak alanındaki tartışmalara değinmek gerekiyor. Bu gereklilik, kumar olgusunun ahlak alanına ait olduğuna dair bir varsayımdan yola çıkıyor. Elbette sosyal gerçeklik söz konusu olduğunda hukuk ve ahlak alanlarını keskin çizgilerle ayırmak, sosyal olguları kat’i bir şekilde o alana ait, bu alana ait diye kategorize etmek mümkün değil. Ancak, aşağıda ayrıntılandığı üzere, yasa koyucu bu alanı düzenlerken sıklıkla genel ahlaka vurgu yapmıştır. Kumar esasen bireysel ahlak alanında sayılabilecek bir olgudur. Kumara ilişkin hukuksal düzenlemelerin yapılış saikine bakarken, hukuk-ahlak ayrımının ve ilişkisinin elverişli bir tartışma zemini yarattığını düşünüyorum.

Bu çalışmada öncelikle kumar olgusunu irdeleyeceğim. Devamında, hukuk-ahlak ilişkisine dair tartışmaları, kumar hakkındaki hukuksal düzenlemelere temel olacak şekilde ele alacağım. Burada hukuk düzeninin ahlaka aykırılığı cezalandırmasının sınırını teorik olarak ortaya koymaya çalışacağım. Bu tartışmalar ışığında kumar konusuna ilişkin güncel hukuksal düzenlemeleri ve mahkeme kararlarını değerlendireceğim. Sonuç kısmında, kumarın bireysel ahlak alanına ait bir olgu olduğunu, kumar konusunda “genel ahlak”, “toplumsal ahlak” gibi belirsiz kavramlara dayanarak çeşitli hukuksal düzenlemeler yapıldığını, ama kumar düzenlemelerinde yasa koyucunun daha çok ekonomik faaliyetlerin getireceği faydayı öncelediğini, yasa koyucunun kumar olgusunu ele alırken korumaya çalıştığı hukuki değer, içeriği belirsiz toplumsal ahlaktan çok kapitalist (ekonomik) değerler olduğunu belirteceğim.

## II. KUMAR KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

Hukuksal incelemelerin, incelenecek kavramın anlamının ortaya konmasıyla başlaması usulü yaygındır. Bunun altında yatan sebep, hukuk kuralında yorumun lafzi yöntemle başlamasıdır. Hukuk kuralının sözel anlamını bulmak için, tanımların netleştirilmesi önemlidir. Sözcükler, kuralın anlamını bulmakta birincil ve en önemli veri olarak görül-

mektedir.<sup>1</sup> Bu sebeple, ben de kumarın tanımını yaparken önce kelime anlamıyla başlayacağım. Kumar, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlükte “ortaya para koyarak oynanan talih oyunu” şeklinde tanımlanmıştır. Kumar olgusunda şansın ön planda olduğunu vurgulamak gerekir. Şans vurgusu, kumardan başka talihe bağlı kazanç getirici eylemlerin de kumar kapsamında değerlendirilmesine yol açar. Kumarın kelime anlamından ve yasalardaki kumar tanımından yola çıkıldığında, spor toto, loto, piyango, şans oyunları, at yarışı, borsa gibi oyunlar da sözlük anlamları farklı olsa da kumar sayılacaktır, çünkü bu oyunlarda şans unsuruna bağlı olarak kazanç elde etme amacı mevcuttur. Mesela, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlükte “görüşünde veya iddiasında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesini kabul eden sözlü anlaşma” olarak tanımlanan bahis ile kumar arasında tanım farklılığı vardır, “kumarda kazanç ve eğlence saiki galip olduğu halde, bahiste tarafların ihtilafli bir mevzudaki iddialarının teyit edilmesi ve bu suretle de manevi, fikri bir itminan temin olunması söz konusudur.”<sup>2</sup> Öte yandan bu ikisinin birbirinden nasıl ayrılacağı konusu, pratik açıdan önem arz etmez. Kanun koyucu kumar ve bahsi hukuki neticeleri bakımından eşit muameleye tabi tutmuştur.<sup>3</sup> Kumar olgusu hem ceza hukuku hem özel hukuk bakımından hukuksal düzenlemelere<sup>4</sup> konu olmuştur.

TCK'nın 228/4. maddesinde kumar, “kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlar” olarak tanımlanmıştır. TCK kapsamında suç olarak tanımlanan fiil, TCK'nın 228. maddesinde düzenlenen “kumar oynanması için yer ve imkan sağlamadır”.<sup>5</sup> Kumar oynamak ise TCK kapsamında suç fiili sayılmamış, Kabahatler Kanununun 34. maddesinde, “kumar” başlığı altında düzenlenmiş ve kabahat yaptırımına tabi kılınmıştır. Borçlar hukuku açısından kumar ve bahis

<sup>1</sup> İŞIKTAÇ Yasemin, METİN Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 194,197.

<sup>2</sup> BİLGE Necip, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, *İstanbul Hukuk Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 1 (1958), s. 7.

<sup>3</sup> BİLGE, s. 7.

<sup>4</sup> Kumar yanında, bahis, piyango, at yarışları, şans oyunları ve benzeri kanundan yönetmeliğe çeşitli hukuksal düzenlemelere konu edilmiştir. Çalışmanın kapsamını sınırlandırmak için, yalnızca kumara ilişkin temel düzenlemeler ele alınmıştır.

<sup>5</sup> TCK 228. maddeyle ilgili geniş kapsamlı bir değerlendirme için bkz. KARAKEHYA Hakan, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2 (2013), s. 699-713.

eksik borç sayılmaktadır<sup>6</sup> ve kumarla ilgili olarak Borçlar Kanunu, İcra İflas Kanunu, Ticaret Kanununda hükümler bulunmaktadır.<sup>7</sup>

Kumar hukuki olduğu kadar sosyolojik bir meseledir, hukuksal düzenlemeye konu olması, onun sosyolojik bir olgu olarak çok eski zamanlardan beri toplumsal hayatı etkilemesinden kaynaklanır. Şans unsurunun belirgin ve evrensel olduğu kumarın tarihi oldukça eskidir. Kumar, modern sanayi toplumunun stabil döngüsünden görece kontrollü bir kopuşu, “şansını denemek”, rutinden ayrılmayı ve “risk almayı” ifade eder, farklı açılardan sınırları çizilmiş hayatlarda yeni bir deneyim ve maddi bir başarı fırsatı sunarak az da olsa bir tatmin sağlar,<sup>8</sup> bu yüzden de farklı biçimleriyle insanların ilgisini çekmiştir. Kumar Türkiye topraklarında da sık sık hukuksal düzenlemelere konu olmuştur. İslam dini ve hukuk tarafından yasaklanmış olsa bile, kumar hep yaşamıştır. Osmanlı İmparatorluğu açısından kumarın en yaygın olduğu ve yoğun şekilde şikayet edildiği dönemin 19. yüzyılın ikinci yarısı olduğu belirtilmektedir.<sup>9</sup> 1851 ve 1858 tarihli Ceza Kanunnamelerinde kumarın suç olduğuna ilişkin hükümler mevcuttur.<sup>10</sup> Ayrıca Sultan II. Abdülhamit’in özellikle kumar oynamanın yasaklanmasına dair iradeler çıkardığı bilinmektedir.<sup>11</sup> Cumhuriyet’in ilanından sonra 1926 tarihli Ceza Kanununda kumar suç olarak düzenlenmiştir. Diğer yandan Osmanlı’da 1800’lerde başlayan piyango yaygınlaşmış, 1926’da sonradan adı Türk

<sup>6</sup> Borçlar hukuku açısından kumar ve bahisin ayrıntılı incelemesi için bkz. FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, “Cezaî ve Hukukî Cepheleriyle Kumar ve Bahis”, *Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, ss. 169-204; ayrıca BİLGE, s. 7-15.

<sup>7</sup> Özel hukuk doktrinin konu hakkındaki görüşlerine dair bir derleme için bkz. TÜZÜNER Özlem, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 26, S. 107 (2013), s. 250-56.

<sup>8</sup> BLOCH Herbert A., “The Sociology of Gambling”, *American Journal of Sociology*, C. 57, S. 3 (1951), s. 218.

<sup>9</sup> KURNAZ ŞAHİN Feyza, “I. Dünya Savaşı ve Sonrasında Kumarın Yaygınlaşması ve Osmanlı Devleti’nin Aldığı Tedbirler”, *Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, S. 41 (2019), s. 407, doi:10.21497/sefad.586668.

<sup>10</sup> KURNAZ ŞAHİN Feyza, “II. Meşrutiyet Döneminde İstanbul’da Sosyal Bir Problem Olarak Kumar İletti”, *BELLETEN*, C. 84, S. 301 (2020), s. 1145, doi:10.37879/belleten.2020.1143.

<sup>11</sup> AKBULUT Uğur, “Tanzimat ve Meşrutiyet Dönemlerinde Kahvehanelerden Kaynaklanan Sosyal Sorunlara Dair Bazı Tespitler”, *Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi*, S. 54 (2015), s. 573.

Hava Kurumu olacak Türk Tayyare Cemiyetine nakit piyango tekelini veren bir kanun çıkmıştır.<sup>12</sup> 1939'da Türk Hava Kurumu Piyango Genel Direktörlüğü kaldırılarak, yerine Milli Piyango İdaresi 3670 Sayılı Kanun ile 5 Temmuz 1939'da kurulmuştur.<sup>13</sup> Milli Piyango 9 Ağustos 2019'da yapılan ihaleyle özelleştirilene kadar piyango ve diğer şans oyunları devlet tekelinde olmuştur. İhaleye tek şirket katılmıştır. Devlet tekelinden sonra şirket tekelinde piyango faaliyeti devam etmektedir. Bahis oyunlarının atası olan Spor Toto ise, 29 Nisan 1959 yılında; "Futbolda Bahsi Müşterek Kanunu" ile yasallaşmıştır.<sup>14</sup> 2008 yılında, Spor Toto Genel Müdürlüğü'nün kurmuş olduğu "İddaa" oyununun özel bir şirket tarafından oynatılacağını belirlemek için ihale düzenlenmiştir. Türkiye'de 1983-1997 yılları arasında kumarhanelerin serbest olduğu bir dönem yaşanmıştır. Kumar niteliğinde olan oyunların ve kumarhaneler döneminde kumarın devlet gözetiminde olduğu, bunların dışındaki fiillerin TCK ve Borçlar Kanunu bakımından kumar sayıldığını belirtmek gerekiyor.

### III. HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ VE HUKUKUN AHLAK ALANINI DÜZENLEMESİNİN SINIRI

Ahlak kuralları da hukuk kurallarına benzer şekilde, toplumsal davranışı düzenleyen kurallardandır. Normatiflik, beşeri irade ürünü olmaları, insan davranışını düzenlemeye yönelik olmaları ve ihlali halinde yaptırım öngörülmesi gibi ortak özelliklere sahip bu iki alanın birbirinden kesin çizgilerle ayrılması ya da kesişmemesi mümkün değildir. Hukuk elbette gelişim sürecinde ahlak kurallarından etkilenmiştir, ama hukuk ve ahlak her zaman örtüşmeyebilir. Yani hukuk ve ahlak arasında hem bir ilişki hem de bir ayırım vardır.<sup>15</sup> Hukuk sadece ahlak kurallarıyla değil, din kuralları, örf-adet kuralları, görgü kuralları gibi insan davranışını düzenlemeye yönelmiş kurallar sistemiyle etkileşim halinde olabilir. Hepsini açısından temel düzenleme alanı sosyal gerçekliktir, bu kurallar sistemleri arasında etkileşim olması kaçınılmazdır. Hukuk ve

<sup>12</sup> "Tayyare Piyangosu 1926-1939/ İlk İlan" <http://www.millipiyango.gov.tr/node/18?q=node/49>, (E.T. 2.1.2021).

<sup>13</sup> Osmanlı'dan Cumhuriyet'e piyango tarihi ile ilgili bilgi için bkz. "Türkiye'de Milli Piyango – Tarih Toplum", <https://www.tarihtoplum.org/osmanlida-milli-piyango/> (E.T. 2.1.2021).

<sup>14</sup> "Spor Toto Teşkilat Başkanlığı", <http://www.sportoto.gov.tr/sayfa/106/tarihce>. (E.T. 2.1.2021).

<sup>15</sup> GÜRİZ Adnan, *Hukuk Felsefesi*, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009, s. 16-18.

ahlak birbirinden kesin sınırlarla ayrılamaz ve toplumsal davranışı düzenleyen kurallar açısından hukuk da ahlak da ortak özelliklere sahiptir. Önemli bir tartışma noktası, ahlak gibi değerler sistemiyle hukuk arasındaki ilişkinin niteliğidir. Hukuki geçerliliğin zorunlu ahlaki kriterleri olduğu için adaletsiz hukuk kurallarının olamayacağını iddia eden doğal hukuk görüşüne bir tepki olarak ortaya çıkan hukuki pozitivizm,<sup>16</sup> hukukun varlığının ve içeriğinin, değerlere değil, sosyal olgulara dayandığını ileri sürer. Burada vurgulanması gereken hukukta değerlerin önemsiz, anlaşılmasız olduğu değil, bu değerlerin hukukun varlığına dayanak teşkil etmemesidir.<sup>17</sup>

Hukuk-ahlak ilişkisinin bir tarafı da ahlaktır. Kuçuradi, ahlaki, kişiler arası ilişkilerde davranışlara dair, bir grupta, belirli bir zamanda ya da genel olarak geçerli olan, olması istenen çeşitli değer yargıları sistemleri olarak tanımlar.<sup>18</sup> Bu değer yargıları sistemleri, yere, zamana göre değişerek çeşitli ahlaklar halini alır. Bu farklı ahlaklar, bir kısmı değişik ve değişken olan davranış kuralları ve değer yargıları, bir kısmı ise pek değişmeyen davranış kuralları ve değer yargılarından oluşur.<sup>19</sup> Etik ve ahlak ayrımını burada vurgulamak gerekir. Hukukun ahlakla ilişkisi bağlamında, elbette hukukta da ahlaki değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu değerlendirme hukuk kurallarının oluşturulmasında ve kuralların uygulanmasında ifade bulur.<sup>20</sup> Uygur'a göre, kuralların uygulanması faaliyetinde hakimlerin hem ahlaka hem de hukuka bağlı olmalarını sağlayan şey, hukuki bakış açısındaki etik dayanaktır.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> HIMMA Kenneth Einar, *Hukukun Ahlaki Kriterleri- Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma*, çev. Saim Üye, BilgeSu, Ankara 2010, s. 8.

<sup>17</sup> GREEN Leslie, "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta, 2009, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>. Hukuki pozitivizm, farklı yaklaşımları bir arada barındıran bir çatıdır. Hukuk ve ahlak arasında ilişkiyi farklı tanımlayan tezler ve yaklaşımlar için bkz. UYGUR Gülriz, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 52 (2003), s. 145-76.

<sup>18</sup> KUÇURADI İoanna, *Uludağ Konuşmaları- Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009, s. 33.

<sup>19</sup> KUÇURADI, s. 33.

<sup>20</sup> UYGUR Gülriz, "Hukuki Bakış Açısında Etik Dayanağa Yer Vermek", *Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar*, ed. İoanna Kuçuradi, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 99.

<sup>21</sup> UYGUR, "Hukuki Bakış Açısında Etik Dayanağa Yer Vermek", s. 103.

Hukuk-ahlak ilişkisi bakımından bu çalışmanın da konusu, H.L.A. Hart'ın vurguladığı gibi, ahlakın hukuka dayatımının sınırlarıdır. Hukukun gelişiminin ahlak kurallarının etkilenmesi noktasında, ahlakın çeşitli yollarla hukukun akışını belirlemesinde tereddüt yoktur.<sup>22</sup> Hart, cinsel ahlak bağlamında tartıştığı meseleyi şu şekilde ifade eder:<sup>23</sup>

*“Belli bir davranışın ortak standartlara göre ahlaka aykırı olması, bu davranışı hukuk tarafından cezalandırılabilir kılmayı meşrulaştırmaya yeterli midir? Kendi başına ahlaki dayatmak ahlaken caiz midir? Kendi başına ahlaksızlık suç olmalı mıdır?”*

Hukukun ahlaka aykırılığı cezalandırılması, “ahlakın hukuki dayatımı”<sup>24</sup> şeklinde formüle edilir. Ahlak alanındaki değerlerin hukuka dayatımı üç şekilde gerçekleşebilir. İlk olarak, insanların hukukun emrettiğini ya da yasakladığını yapmaları ya da yapmaktan kaçınmaları, hukuki cezalandırma tehdidi ile sağlanır. İkincisi, hukuku ihlal etmiş olanların cezalandırılmasıdır. Ayrıca, hukuka itaatsizliği imkansız kılan ya da güç koşullara bağlayan ve böylece onu cezalandırmak yerine önleyen tedbirlerin alınması yoluyla<sup>25</sup> hukuki güç kullanımı gerçekleşebilir. Kabahatler Kanunundaki kumar düzenlemesi ve “yasadışı bahis” fiiline uygulanan yaptırımlarda, kumar bağlamında belirli bir ahlaki anlayışın hukuka dayatılmasından söz edilebilir.

Ahlakın hukuka dayatımı konusunda benzer bir tartışma, ceza hukuku açısından TCK 226. maddede düzenlenen müstehcenlik suçu için de yürütülmüştür. Müstehcenlik suçu ile yasa koyucu “ortak bir duygu olan genel adabı esas alarak gelecek bir kötülüğü yani genel ahlakın düşmesini önlemeyi” amaçlamaktadır.<sup>26</sup> Müstehcen, TDK Güncel Türkçe Sözlüğe göre, kelime anlamı olarak açık saçık, edebe aykırı, yakışsız anlamında kullanılmaktadır. Hukuk dünyasında müstehcenlik, halkın ar ve haya duygularını rencide eden, cinsi arzuları tahrik ve is-

<sup>22</sup> HART H. L. A., *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, çev. Erol Öz, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s. 14.

<sup>23</sup> HART, s. 15.

<sup>24</sup> HART, s. 29.

<sup>25</sup> HART, s. 57.

<sup>26</sup> BAYTEMİR Erdal, *Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi 2007, s. 1217.



tismar eden, genel ahlaka aykırılık olarak tanımlanmaktadır.<sup>27</sup> Müstehcenin anlamını belirlemek için başvurulan kavramlar da en az müstehcen kelimesi kadar belirsiz ve göreceli kavramlardır. 3266 sayılı yasa ile 765 sayılı eski ceza kanununun 426. maddesi değiştirilirken müstehcenliğin tanımı de yapılmıştır. Buna göre “halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı davranışlar” müstehcendir. Müstehcenliğin tanımında dayanan “genel ahlak” kavramının da içeriği belirsizdir.

Genel ahlak, Anayasa Mahkemesi'nin 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararında<sup>28</sup> “Belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam” olarak tanımlanmıştır. Bu kararda genel ahlak için üç öge ön plandadır; birincisi zaman ögesidir, ahlak kurallarının zamana göre değişmesi söz konusudur. İkincisi ahlak kurallarının toplumun büyük çoğunluğunu gözetmesi, yani yaygınlıktır. Üçüncüsü de sübjektif unsur olarak, ahlak kurallarının bu çoğunluk tarafından benimsenmiş olmasıdır.<sup>29</sup> H.L.A. Hart'ın “belli bir toplumsal grup tarafından fiilen benimsenen ve paylaşılan ahlak” olarak tanımladığı pozitif ahlak,<sup>30</sup> toplumsal ahlakla<sup>31</sup> ve Anayasa Mahkemesi kararındaki genel ahlakla aynı anlama gelmektedir. Anayasa Mahkemesi genel ahlakı tanımlarken, “kolayca anlaşılabilir bir anlam” vurgusuyla “belli bir anda ve belli bir toplumda bireylerce benimsenen etik düşüncelerin asgarisine, ilk bakışta gözlenebilen temel değerlere dikkat çekmektedir.”<sup>32</sup> Böylece genel ahlak kavramının belirsizliğini, anlaşılabilir olma ögesiyle gidermek istemiştir.

Ahlaka aykırılık, ahlaksızlık gibi kavramlar, belirli olması gereken ceza hukuku açısından muğlaklık yaratmakla<sup>33</sup> birlikte, özel hukukta

<sup>27</sup> MARAKOĞLU Ozan A., *Edepsiz Kitaplar- Edebiyat Eserleri ve Müstehcenlik Suçu Bağlamında Bir Hukuk Eleştirisi*, Liberte Yayınları, Ankara 2014, s. 60.

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 28/01/1964 günlü ve 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararı.

<sup>29</sup> BULUT Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, *AÜEHFD*, C. 4, S. 1-2 (2000), s. 33.

<sup>30</sup> HART, s. 28.

<sup>31</sup> UYGUR, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, s. 151. Uygur, 24 nolu dipnotta, günümüzde toplumsal ahlak teriminin yaygınlığına işaret ederek, toplumsal ahlakın, Hart'ın tanımladığı pozitif ahlak yerine kullanıldığını belirtir.

<sup>32</sup> BULUT, s. 33.

<sup>33</sup> MARAKOĞLU, s. 52.

kullanımı da problemlidir. Baysal, ahlaka aykırılığın “özel hukukun açıklanmaya en muhtaç kavramlarından” biri olduğunu belirtir ve BK 49/II maddesi<sup>34</sup> örneğini verir.<sup>35</sup> Bu maddenin uygulanmasında, yani ahlaka aykırılık nedeniyle sorumluluk doğmasında, kişisel ahlakın yansımaları olan durumların, kamu düzenini etkileyecek olaylardan ayrıştırılması gerektiğini vurgular. Sorumluluk doğuran olayın ahlaka aykırılıkla temellendirilmesi, “hukuk düzeninin, hukuka aykırılığı değil ahlaka aykırılığı temel alan tazminat uygulamalarını kabul etmesi”, hukuk güvenliğini sarsacaktır.<sup>36</sup>

Toplumsal ahlakın hukuka dayatımının ahlaken meşru olup olmadığı sorusu tartışmanın kilit noktalarından biridir. Hart, Lord Devlin’in dayandığı “her toplum açısından, örgütlü bir toplum olarak kendi varlığını korumak için gerekli önlemleri almanın izin verilebilir olduğu yönündeki genel ilke”yi eleştirir ve bunun ahlaksızlığın cezalandırılması için bir meşruiyet noktası olmadığını savunur.<sup>37</sup> Zaten, değişken değer yargılarından oluşan genel ahlak belirsizdir<sup>38</sup>, bu belirsiz haliyle de hukuka dayatımı oldukça problemlidir.

Peki ahlakın hukuka dayatımının sınırını ne oluşturacaktır? Burada Hart, John Stuart Mill’in “uğrunda uygar bir toplumun bir üyesine iradesi dışında haklı olarak güç uygulanabilecek tek amaç, başkalarına gelecek zararı önlemektir”<sup>39</sup> şeklinde açıkladığı yaklaşımını ele alır. Mill için, özgürlüğün sınırı başkalarına zarar verilmesidir. Başkalarının zararını söz konusu değilse, kişilerin özgürlüğü kısıtlanamaz.<sup>40</sup> Ancak, Hart’ın belirttiği gibi, ceza kanunları, başkalarına zarar verici sonuçları olmadığı halde, ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle kınanan fiillerle doludur.<sup>41</sup> Bu

<sup>34</sup> BK m. 49/II: “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür”.

<sup>35</sup> BAYSAL Başak, “Kişisel İlişkilere Hukuki Bir Müdahale: Ahlaka Aykırılık”, *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan*, ed. Hasan Erman vd., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 195.

<sup>36</sup> BAYSAL, s. 196.

<sup>37</sup> HART, s. 27.

<sup>38</sup> UYGUR Gülriz, “Genel ahlakın vazgeçilmezliği(mi)?”, *Güncel Hukuk Dergisi*, (12.2008), s. 13.

<sup>39</sup> HART, s. 16.

<sup>40</sup> UYGUN Oktay, *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 123.

<sup>41</sup> HART, s. 33.

noktada ceza hukukunda bireyleri kendilerine karşı da korumaya hizmet eden “paternalizm” ilkesi devreye girer.<sup>42</sup> Hukuki paternalizm, “kanun koyucunun vatandaşları hakkında onların menfaatlerini arttıracak, zararlarını azaltacağını düşündüğü hususlarda onların rızalarını aramaksızın onların muhakemelerini bir şey yapmaya zorlayan ya da yapmaktan alıkoyan yasalar çıkarması”<sup>43</sup> olarak tanımlanmıştır. Kumar olgusunun yaptırma bağlanmasında, genel ahlakın korunması bir noktada paternalizm ilkesini de çağırır.

Devletin müdahalesinin sınırı, başkalarının, fiilden zarar görmesi olmalıdır. Başkalarına zarar vermeyen fiillerin genel ahlakı koruma gayesiyle cezalandırılması, ahlakın hukuka dayatımı, aynı zamanda bireysel özgürlük sınırının aşılmasıdır. Fiil sebebiyle başkalarının zarar görmesi durumunda müdahale makul olsa bile, “müdahale ile amaçlanan genel ahlakın korunması değil; bilakis kişiler üzerinde doğrudan ortaya çıkacak zararların önlenmesi” olmalıdır.<sup>44</sup> Dolayısıyla genel ahlakın korunması amacıyla, bireysel ahlak alanına dair bir olgunun cezalandırılmaması gerekir.

#### IV. KUMARA İLİŞKİN HUKUKSAL DÜZENLEMELERİN VE MAHKEME KARARLARININ HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Kumar olgusu farklı hukuksal düzenlemelere konu olmuştur. Ceza hukuku açısından kumar oynatma TCK 228. maddede bir suç, kumar oynama ise Kabahatler Kanununda bir kabahat olarak tanımlanmıştır.<sup>45</sup> Buradaki düzenleme farklılığı, teknik bir meseledir. 5237 Sayılı TCK ile, 765 Sayılı TCK'daki suç ve kabahat ayrımı kaldırılmış ve kabahatler 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununun genel gerekçesinde belirtildiği gibi, kabahat ve suç haksızlık ifade eder, hukuka aykırı olan ve haksızlık içeren fiillerin suç veya kabahat

<sup>42</sup> HART, s. 38.

<sup>43</sup> KÖKCÜ Halil, *Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar*, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trabzon 2016, s. 33.

<sup>44</sup> KARAKEHYA, s. 705.

<sup>45</sup> **TCK Madde 228-(1)** Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki yüz günden aşağı olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır. **Kabahatler Kanunu Madde 34 -(1)** Kumar oynayan kişiye, bin Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

olarak ayrılmasında nitelik açısından bir fark yoktur. Yasa koyucu açısından kabahat olarak kumar (oynama), bir haksızlık olarak tanımlanmaktadır. Suç ve kabahat arasında nitelik değil, haksızlığın niceliği açısından bir fark olduğu vurgulanmaktadır. Hukuki değerlerin korunmasında ceza kanununun yanında, hukukun diğer disiplinleri de etkilidir. Ceza hukukundaki ölçülülük prensibinin sonucu olarak, hukuki değerleri korumada diğer hukuk disiplinlerine başvurma olanağının olduğu yerde, ceza hukukuna başvurma son çare olarak değerlendirilmelidir.<sup>46</sup> Kabahatlerin ceza kanununun dışında düzenlenmesi, kabahatlerin “suç olmaktan çıkarma eğilimi” ve “ceza vermekten kaçınma eğilimi” ile ilgilidir.<sup>47</sup> Kabahatlerin düzenlenmesinde, bu eğilimin yanında, sosyo-ekonomik şartlardaki değişim, kabahat teşkil eden fiillerin sosyal düzeni çok sarsmaması, insanların ve toplumun vicdanında derin yankı uyandırmaması gibi sebepler öne sürülmüştür.<sup>48</sup>

Kabahatler Kanununun amaç ve kapsamını belirten 1. maddesine göre, “Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla; (...) çeşitli kabahatler tanımlanmıştır.” Kumar, Kabahatler Kanununun 34. maddesinde düzenlenirken,<sup>49</sup> kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçu Türk Ceza Kanununun 228. maddesinde, “genel ahlaka karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Kumar ile ilgili ceza hukukundaki düzenlemelere baktığımızda, korunmak istenen üst değer “genel ahlak” olduğu açıktır. “Genel ahlak”, “toplumsal ahlak” gibi kavramlarla ne kastedildiğinin

<sup>46</sup> DEMİRTAŞ Soner, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan (2019), s. 493.

<sup>47</sup> KULA Ayşegül, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümleri”, *TBB Dergisi*, S. 140 (2019), s. 45.

<sup>48</sup> KULA, s. 46.

<sup>49</sup> Kabahatler Kanunu tasarısında 34. maddenin gerekçesi şu şekildedir: “Kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kâr ve zararın talihe bağlı olduğu oyunları ifade etmektedir. Bu bağlamda kumar oynanması için yer ve imkân sağlanması, Türk Ceza Kanununda suç olarak tanımlanmıştır. Tasarının bu maddesinde ise, kumar oynanması, bir kabahat olarak tanımlanmış, karşılığında idarî para cezası ve ayrıca, kumardan elde edilen kazancın mülkiyetinin idarî yaptırım olarak kamuya geçirilmesi öngörülmüştür. Kumar dolayısıyla idarî para cezasına ve bu suretle elde edilen gelire elkonulmasına karar verme yetkisi sadece kolluğa ait bulunmaktadır. Elkonulan gelirin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine ise mülkî amir karar verebilecektir.”

anlaşılabilmesi için, kumarın hangi gerekçelerle ceza hukukunun konusu haline getirildiğini ortaya koymak gerekir.

Kumar, ahlaki, sosyal ve ekonomik boyutlarıyla gündemde olan bir konu olmuştur. Kumar konusunda Feyzioğlu'nun "Dâva büyük ve umumîdir. Bu sadece bir hukuk problemi olarak düşünülemez. Belki ondan ziyade bir ahlâk meselesi, bir terbiye işi ve herhalde en geniş mânasiyle bir memleket davasıdır"<sup>50</sup> sözleri, bu önemin sebeplerini çeşitli açılardan ortaya koyar. Kumarın düzenlenmesinde bireysel ve toplumsal ahlaki koruma gayesine dair aşağıdaki uzun alıntı, kumar olgusunu ve bireysel ve toplumsal açıdan etkilerini ayrıntılı şekilde ele almaktadır.<sup>51</sup>

*"Kumar'ın yasak edilmesi, toplumsal menfaatler içindir. Kumar iptilâsı, bir kötülüğe olan iptilâyı ifade etmektedir; toplum bakımından da ekonomik zarar doğurucu bir mahiyet taşımaktadır. Cezalandırılan itiyadın kendisi olmayıp ve fakat sebep olduğu toplumsal zarar ve tehliktir. Kumarın yarattığı zarar, ihtirasın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Kumar bir spekülâsyonun ifadesidir. Aile birliğini ve ailenin ekonomik durumunu sarsması, toplumca ayıp sayılan birtakım davranışlara yol açması, kumarın ceza kanunlarınca cezalandırılması sonucunu doğurmuştur. Ceza Kanunumuz ailenin himayesinde amme menfaati görmüştür ve kumarın aile birliğini parçalayıcı rol oynamasını önlemekle de bu amme menfaatini korumak amacını gütmüştür. Bu bakımdan kumar'ın önlenmesinde, şahsi menfaat kadar amme menfaati de rol oynamış bulunmaktadır. Kumar şahsî, ailevî ve toplumsal tehlike ve zarar doğuracak mahiyettedir. Kumarbazların toplumsal ekonomik yapı içinde millî istihale iştirak etmeyişleri onları, bir parazit haline getirmektedir. Kumar, aynı zamanda ahlâka aykırı bir mahiyet taşıması bakımından da ceza kanununca önlenen bir mahiyet taşımaktadır. Modern ceza hukuku toplum menfaatini savunmak görevini de yüklenmiştir. Bu bakımdan, bu değerlere zarar veren bir hareket olan kumarın önlenmesi devletin hukukî düzen yetkisine girmektedir. Aynı zamanda, bu görüş açısından, devlet fertlerin psikolojik sağlıklarını da korumak ödevindedir ve kumar'ın ferdin psikolojik durumunu bozan etkilerini önleyebilmek için de kumar ceza kanunlarınca yasak edilmiştir. Bu sebepler-*

<sup>50</sup> FEYZİOĞLU, s. 130.

<sup>51</sup> ÖZEK Çetin, "Türk Ceza Hukukunda Kumar Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 1-2 (1963), s. 121-22.

*ledir ki, kumar yasak edilmiş ve kumarın cezalandırılması ile toplumsal ahlâkın korunduğu kabul edilmiştir.”*

Ceza Kanunundaki kumara ilişkin hükümlerin varlığını, bireysel menfaat yanında, aile birliğinin sağlanmasıyla kamu menfaatini korumaya yönelik gören bu anlayış, sırf ahlaksızlığın cezalandırılmasına sıcak bakacaktır. Hart, bu durumu, örneklerin büyük çoğunluğu cinsel ahlak alanında görülebilen “hukuki ahlakçılık” olarak adlandırmaktadır. Hukuki ahlakçılığa göre, ceza hukukunun ‘sırf’ ahlaka aykırılığı cezalandırmada kullanılması mümkündür.<sup>52</sup> Bu yaklaşım ahlaki muhafazakarlık ile örtüşür. Hart’a göre, ahlaki muhafazakarlık “bir toplumsal ahlâkın, içeriği ne olursa olsun, herhangi bir mevcut kuralın değişimden korunmasının bir değer taşıdığı ve hukuki dayatımını meşrulaştırdığı önermesine denk düşer”.<sup>53</sup> Öte yandan yasa koyucunun kumar konusunda katı bir yaklaşıma sahip olmadığı, yani kumarın tamamen yasaklanması taraftarı olmadığı, Anayasa Mahkemesi’nin kararında kumar oynama suçu ile ilgili yorumunda da görülebilir. Anayasa Mahkemesi de 1975/152 E., 1975/202 K. sayılı ve 21/10/1975 günlü, “umuma açık yerlerde” kumar oynanmasının suç sayılırken “umuma mahsus yerlerde” kumar oynanmasının suç sayılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönündeki iddiayı incelediği kararında, hukuk ve ahlak arasındaki ilişkiye değinmiştir.<sup>54</sup>

*“Ahlâk kuralları alanı, hukuk ve özellikle ceza hukuku alanından daha geniştir. (...) toplumun hoş karşılamadığı, ahlâka uygun görmediği kimi davranışlara ceza yasalarında yer verilmemiştir. Böyle olmasaydı, yani ahlâka uygun görülmeyen bütün davranışlar suç sayılarak ceza yaptırımına bağlı tutulmuş olsaydı, insanlarda ve toplumda ahlâk bilinci değersiz hale gelir, insanlar toplum içinde hemen hemen yaşayamaz duruma düşerlerdi. Genellikle yasaların dışında kalan alanlarda kötü davranışları önleyici iyi bir kuvvetin bulunmasına önem ve değer verilmiştir. Bu kuvvetin de ahlâk kuralları olduğu kuşkusuzdur.”*

Kararda çağdaş ceza yasalarının, yalnız toplumun düzenini, huzurunu ve güvenliğini bozucu nitelikteki ahlâka aykırı davranışları kendi alanı içine almakla yetindiği ve kesin bir zorunluk olmadıkça bu nitelikte olmayan ahlâk kurallarına aykırı davranışlara karışmayı kişilerin öz-

<sup>52</sup> HART, s. 17.

<sup>53</sup> HART, s. 70.

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 21/10/1975 günlü ve 1975/152 E., 1975/202 K. sayılı kararı.

gürlükleri ve dokunulmazlıkları bakımından zararlı ve hatta tehlikeli gördüğünü vurgulamıştır:<sup>55</sup>

*“Çağdaş ceza yasaları ahlâk kurallarıyla pek bağdaşmayan ve kötü bir alışkanlıktan ibaret olan kumar oynamayı her ne suretle olursa olsun, nerede oynanırsa oynansın her halde cezalandırmayı değil yukarıda da işaret edildiği gibi, ancak kamu düzenini bozucu ve halkın rahatını kaçırıcı bir nitelik taşıdığı hallerde ceza alanı içine almayı öngörmüşler ve bu amaçla da bu suçu “umuma mahsus” veya “umuma açık” yer koşullarına bağlı tutmuşlardır.”*

Kumar ve bahisten doğan borçların “eksik borç” olarak nitelendirilmesi yine kumara ilişkin ahlaki yaklaşımla ilgilidir. Kumar ve bahis borçlarının eksik borç sayılması, kaybeden tarafın zarar görme ihtimalinden, kazanan tarafın kazancının da ahlaken meşru sayılmamasından kaynaklanır.<sup>56</sup>

*“Kumar ve bahis borçlarının pek iyi karşılanmamasının ve böylece ancak eksik bir borç olarak taasis edilmesinin sebebi, taraflar arasında vuku bulan mamelek mübadelesinin iktisadi bakımdan lüzumsuz, faydasız ve gayri makul oluşudur. Gerçekte kumar ve bahis sonunda meydana gelen servet mübadelesi kaybeden taraf için çok zaman tehlikeli ve meşum zararlar doğurabileceği gibi, kazanan taraf için de ahlaki bakımdan tamamen meşru bir kazanç sayılamaz. Bununla beraber kumar ve bahis borcunun ahlak ve adaba aykırı olduğu da iddia olunamaz. Eğer öyle olsaydı borç BK 20. madde gereğince tamamen batıl olur ve isteyerek olsa bile ödenmiş olan şeyin iadesi istenebilirdi (BK. 61).”*

Eksik borç olarak düzenlenmesi bakımından kumarın, toptan yasaklanması ya da ahlak ve adaba aykırılığı sebebiyle batıl sayılması gereken bir olgu olarak görülmediği belirtilmektedir. Bu toptan yasaklayıcı olmayan yaklaşım, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararında da görülmektedir.

Kumara ilişkin hukuksal düzenlemelerin değişim seyrinde ekonomik gerekçelerin, zaman zaman toplumsal ahlak, genel ahlak gibi kriterlerle keşiştiğini, hatta öne geçtiğini söylemek de mümkündür. Yukarıda belirttiğim gibi, Türkiye'de 1983-1997 yılları arasında kumarhanelerin faaliyet gösterdiği bir dönem olmuştur. Kumarhanelerin ya da

<sup>55</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 21/10/1975 günlü ve 1975/152 E., 1975/202 K. sayılı kararı.

<sup>56</sup> BİLGE, s. 11.

hukuksal adıyla “talih oyunları işletmelerinin” kuruluşu ve kaldırılması ülke turizmini teşvik etmek ve milli ekonomiye katkı yapmak için ve turizmin gelir getirici özellikleri göz önüne alınarak Turizmi Teşvik Kanununda düzenlenmiştir.<sup>57</sup> Turizmi Teşvik Kanununun 19. maddesine dayanılarak 18.01.1983 gününde çıkarılan “Talih Oyunları Yönetmeliği” uyarınca, talih oyunları salonlarının açılmasına izin verilmiştir. Bu salonların açılmasında dönemin liberal açılım yaklaşımının etkisi görülebilir. Ayrıca süreç içinde yapılan düzenlemelerin ve değişikliklerin, kumar alanında faaliyet gösteren ciddi müteşebbisleri teşvik etmesi, ayrıca Turizm Bakanlığı’nın maddi gelir elde etme beklentisinin etkisinde yapıldığı da belirtilmiştir.<sup>58</sup> 1983 yılında turizm konusunda kalkınma sağlama, yurda döviz girişinin artırılması gibi amaçlarla açılan salonlar 07.08.1997 gününde, Turizmi Teşvik Kanununda yapılan değişikliklerle kapatılmıştır. Yasaya göre talih oyunları salonları, kamuoyunda ise “casino”, “kumarhane” olarak adlandırılan işletmelerin kapatılmasını öngören tasarı ve tekliflerin gerekçeleri ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporunda<sup>59</sup> öne çıkan hususları birkaç başlık altında toplamak mümkündür. Kumarhanelerin kapatılmasını isteyen milletvekillerinin taleplerine gerekçe olarak sosyal, ekonomik ve ahlaki sebepleri vurguladıkları görülmektedir. Sosyal ve ahlaki sebepler, kumarhanelerin toplumda kumar alışkanlığını kökleştirmesi, toplum yapısına uymaması, ailelerin parçalanmasına hatta ölümlere yol açması, kumarın toplumsal bir illet haline gelmesi olarak toparlanabilir. Ekonomik sebepler ise hem daha çok hem daha kuvvetli vurgulanmıştır. Kumarhaneler açılırken turizmi teşvik, turizm tesislerine yatırım yapılması, yabancı turistlerin ülkeye gelmesi, vergi gibi beklentilerin, süreç içinde gerçekleşmediği belirtilmektedir. 14 yılda yaşananlardan çıkarılan sonuç, yabancılardan ziyade Türk vatandaşlarının kumarhanelere gitmesi, böylece fazla döviz harcanması ve yüksek gelir grubundan daha çok pay alınması beklentilerinin gerçekleşmemesi olmuştur. Ayrıca kumarhane-

<sup>57</sup> ÖZDEMİR Mehmet, “Talih Oyunları Salonları”, *Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 5 (1992), s. 34.

<sup>58</sup> ÖZDEMİR, s. 37.

<sup>59</sup> 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (...) T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı: B.02.0.KKGI101-11461976, 10.03.1997, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c028/tbmm20028103ss0268.pdf> (E.T. 27.12.2020).



lerin, büyüme hızlarıyla orantısız şekilde az vergi ödedikleri, kumarhanelerin kapa para aklama merkezlerine dönüştüğü vurgulanmıştır. Kumarhanelerin büyük tesisler yapılması için bir araç olarak düşünülmüş olmasına rağmen, 1996 yılı itibariyle belge verilen 76 kuruluştan sadece 14 tanesinin konaklama tesislerinin bünyesinde kalırken 52 işletmenin sektör dışı kuruluşlarca çalıştırıldığı, böylece turizm sektöründe haksız rekabet ortaya çıktığı vurgulanmıştır.<sup>60</sup> Kumarhanelerin açılması ve kapatılması uygulamasında, yasa koyucunun kumar olgusunu düzenlerken, ekonomik saikleri ön planda tuttuğu ve genel ahlak, toplumsal ahlak, bozulan aile yapısı gibi söylemlerin bu ekonomik saikleri desteklediği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin 1997/63 E., 1998/2 K. sayılı ve 21.1.1998 günlü kararında,<sup>61</sup> talih oyunları salonlarının kapatılmasının Anayasa'nın 48., 13. ve 2. maddelerine aykırılık teşkil etmediğini, talih oyunları işletmeleri ile beklenen amaçlara ulaşamadığı, bu nedenle, yasa koyucunun, salonları, toplumsal hayata verdikleri zarar ve kamu güvenliği de gözetilerek yasaklanmak istemesi gerekçesiyle bu düzenlemeyi yaptığını belirtmiştir. Böylece Türkiye'de "yasal" kumarhaneler dönemi kapanmıştır.

Kumarhaneler konusundaki yaklaşım tamamen kapatmaya doğru evrilse de her durumda bir yasaklamadan söz edilemez. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 2015/58 E., 2015/117 K. sayılı ve 23.12.2015 tarihli kararında,<sup>62</sup> rulet, tilt, langirt ve benzer, oyun alet ve makinalarının bulundurulmasının, çalıştırılmasının, imalinin ve yurda sokulmasının TCK 228. maddeden bağımsız şekilde suç sayılmasına ilişkin yasa maddesinin iptali gerekçesinde, yasanın kabul edildiği 1960'lı yıllarda langirt ve benzeri oyunların gerek yetişkinler gerekse gençler arasında yaygınlaşmasının yetişkinlerin iş ve aile düzenlerinin bozulmasına, gençlerin eğitimlerinin aksamasına ve kötü alışkanlıklar edinmesine neden olduğunu, bu durumun toplumda bu gibi oyunlara karşı olumsuz bir tepkiye yol açtığını belirtmektedir. Mahkeme kararında, teknolojik gelişmeler, sosyal değişimler sonucu langirtin kumar aletleri arasında sayılmaya çağına, langirt bulundurmaya suç sayan 13.12.1968 tarihli ve 1072 sayılı

<sup>60</sup> 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı (...) T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü.

<sup>61</sup> Anayasa Mahkemesi 21.1.1998 günlü ve 1997/63 E., 1998/2 K. sayılı kararı, R .G. Tarih-Sayı 15.12.1998-23554.

<sup>62</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 23.12.2015 günlü ve 2015/58 E., 2015/117 K. sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı: 13.1.2016-29592.

Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un 1.maddesinin ve dolayısıyla ceza yaptırımını öngören 2. maddesinin "langırt" ibaresi yönünden iptaline karar vermiştir.

Kumarın tam anlamıyla yasak olmadığına bir başka göstergesi de yasal kumar oyunlarıdır. Halihazırda, kumarla ilgili yasal düzenlemelere göre, kumar oynatma suç, kumar oynama kabahattir ve çeşitli yaptırımlarla karşılanmaktadır. Ama devletin tekelinde olan (at yarışı gibi) ya da yeni özelleştirilen (milli piyango vb şans oyunları), imtiyaz yoluyla izin verilen (spor bahisleri) şans ve talihe bağlı kazanç getiren, yasakoyucunun tanımıyla kumar faaliyetleri de mevcuttur ve aslında kumar bir noktaya kadar yasaldir. Bloch, bazı sosyal ve kültürel sistemlerin, özellikle de statünün büyük ölçüde rekabetçi parasal standartlara bağlı olduğu toplumlarda, insan yaşamındaki şans unsurunun teşvik edildiğini ve kullanıldığını ifade eder.<sup>63</sup> Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, onaylanmış ve yasal/meşru borsa spekülasyonlarının belirli biçimleri ile kumar ilgisinin gelişmesi arasındaki ayrımın büyük ölçüde bir derece meselesi olduğunu, ancak birinin onaylandığını ve diğerinin kınandığını vurgular.<sup>64</sup> Hangi kumar faaliyetinin serbest, hangisinin suç sayılacağı hususu yasa koyucunun takdirindedir. Kumar faaliyetinin sınırı "genel ahlaka aykırılık" ile çizilmiş olsa bile, esasen ekonomik gerekçelerle kumar alanının düzenlendiği düşünülebilir.

## SONUÇ

Kumar, sosyolojik ve hukuksal bir olgudur. Ve ahlaki bir boyutu da vardır. Elbette ahlak ve hukuk kuralları arasında ayırım olduğu kadar bir ilişki de vardır. Diğer yandan "hukukun işi olmayan, özel bir ahlak ve ahlaksızlık alanı kalmalıdır".<sup>65</sup> Yasa koyucunun hukuksal düzenlemelerle korumaya çalıştığı hukuki değer, toplumsal süreçlerde şekillenir ve "genel ahlak" ya da "toplumsal ahlak" şeklinde yasa metinlerinde, gerekçelerde, mahkeme kararlarında ifadesini bulur. Mesele "genel ahlak" gibi belirsiz bir kavramın hukuki değer olarak ele alınıp, yaptırım konusu haline getirilip getirilemeyeceğidir. Kumar oynamanın ceza hukukunun konusu haline getirilmemesi gerekir.<sup>66</sup> Her türlü davranışın hukuksal yaptırımlarla düzenlendiği ve yasaklandığı bir toplumda bi-

<sup>63</sup> BLOCH, s. 216.

<sup>64</sup> BLOCH, s. 216.

<sup>65</sup> HART, s. 24.

<sup>66</sup> Kumar konusunda benzer bir yaklaşım için bkz. KARAKEHYA, s. 702-703.

reysel özgürlükler tehlikeye girer. Bu şekilde hareket edildiğinde, zamana, mekana ve insan gruplarına göre farklılık gösteren çeşitli ahlaklardan, değişik değer yargılarından hangisinin diğerine tercih edileceği sorunu da ortaya çıkar. Çünkü aslında “genel ahlak” gibi bir tanımlama aynı zamanda dışlayıcıdır. Hukuk kuralları ve yaptırımlar aracılığıyla, bahsedilen genele dahil olmayanlar açısından, “genel” davranış biçimine zorlama, belirli bir ahlak anlayışının dayatılması söz konusu olabilecektir.

Pozitif hukuk kurallarına bakıldığında, Türkiye’de devlet tekeli dışında gerçekleşen kumar oynama/oyun oynama fiillerinin çeşitli yaptırımlarla karşılanması söz konudur. Bu yaptırımlar cezai ya da idari tedbirler, yaptırımlar şeklinde ortaya çıkar. Hapis cezaları, banka hesaplarına el koyma, idari para cezaları yanında, içeride kumar oynandığı tespit edilen ama kapısı kilitli olan mekanlara, duvarın dozerle kırılarak girilmesi<sup>67</sup> gibi uygulamalar da görülmektedir. Hatta, pratikte kumar oynama kabahatine uygulanan yaptırımlar suç fiiline öngörülen cezalardan daha ağır sonuçlara yol açabilmektedir. Türk hukuku açısından kumar oynama ve oyun oynama fiillerinin yaptırımlarla karşılanması açısından kumarın yasak olduğu düşünülebilir. Öte yandan özel hukuk alanındaki kumar ve bahis borçlarına ilişkin eksik borç yaklaşımı, kumar oynamayı suç sayan eski TCK düzenlemesindeki “umuma mahsus” ve “umuma açık yerler” ayrımı, yeni ceza kanununun yürürlüğe girişiyle, kumar oynamanın kabahat olarak düzenlenmesi, devlet tekelinde olan şans oyunları ve bahis göz önüne alındığında, kumar/bahis/şans oyunları olgularının hukuksal düzenlemeye konu edilmesinde yasaklayıcı tavırdan uzaklaşma görülür. Aslında yasa koyucu bir yere kadar, gelir getiren bir faaliyet olarak, dolayısıyla ekonomik gerekçelerle kumarı kabul etmektedir. Kumarhanelerin kapatılması, kumar oynamanın kabahat, kumar oynatmanın suç olarak düzenlenmesiyle ve kumar hakkındaki diğer hukuksal düzenlemeler, yasa koyucunun beklediği sosyal, ekonomik ve ahlaki faydanın karşılanıp karşılanmadığı belirsizdir. Toplumsal ahlak açısından bakıldığında, piyango, spor toto, at yarışı gibi uygulamaların varlığı, “genel ahlak” kavramının içeriğinin müphem olduğunu, ekonomik gerekçelerle genel ahlakın esnetilebileceğini göstermektedir.

<sup>67</sup> “Jandarmadan kumar operasyonu! Dozerle mekana baskı düzenlendi”, *Milli Gazete*, 02.01.2021, <https://www.milligazete.com.tr/haber/5945863/jandarmadan-kumar-operasyonu-dozerle-mekana-baski-duzenlendi>. (E.T. 5.1.2021).

Kumara ilişkin düzenlemeler açısından, kumar olgusunun çeşitli görünümleri olarak kumar oynatmanın (kumar oynama için yer ve imkan sağlama), kumar oynamanın, kumar ve bahis sebebiyle kazanılan alacaklı-borçlu statülerinin, genel ahlaka dair bir değer yargısının hukuk normu olarak dayatılmasıyla düzenlendiği söylenebilir. Dolayısıyla bireysel ahlak alanına ait bir konunun hukuk tarafından düzenlenmesi ve içeriği belirsiz bir genel ahlakın hukuka dayatımı söz konusudur. Kumar oynamak, bireysel ahlak alanına ilişkin bir olgudur. Bireyler kumar oynamayı ya da oynamamayı tercih etmekte serbest bırakılmalıdır. Hukuk eliyle, toplumda ahlaksız olduğu ancak iddia edilebilen bir fiilin cezalandırılması/ yaptırıma konu edilmesi, bireysel özgürlüklere makul olmayan bir müdahale anlamına gelir.

## KAYNAKLAR

- AKBULUT, Uğur, “Tanzimat ve Meşrutiyet Dönemlerinde Kahvehanelerden Kaynaklanan Sosyal Sorunlara Dair Bazı Tespitler”, Atatürk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü Dergisi, S. 54 (2015), ss. 561-83.
- BAYSAL, Başak, “Kişisel İlişkilere Hukuki Bir Müdahale: Ahlaka Aykırılık”, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan, ed. Hasan Erman vd., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, ss. 193-202.
- BAYTEMİR, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi 2007.
- BİLGE, Necip, “Kumar ve Bahisten Doğan Borçlar”, İstanbul Hukuk Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 1 (1958), ss. 7-15.
- BLOCH, Herbert A., “The Sociology of Gambling”, American Journal of Sociology, C. 57, S. 3 (1951), ss. 215-21.
- BULUT, Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2 (2000), ss. 29-42.
- DEMİRTAŞ, Soner, “Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan (2019), ss. 491-515.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, “Cezaî ve Hukukî Cepheleriyle Kumar ve Bahis”, Ahmet Esat Arsebük’ün Aziz Hatırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1958, ss. 129-214.
- GREEN, Leslie, “Legal Positivism”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, ed. Edward N. Zalta, Fall 2009., 2009, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>.
- GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, 8. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.
- HART, H. L. A., Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, çev. Erol Öz, 3. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- HIMMA, Kenneth Einar, Hukukun Ahlaki Kriterleri- Kapsayıcı ve Dışlayıcı Pozitivistler Arasındaki Tartışma, çev. Saim Üye, BilgeSu, Ankara 2010.
- IŞIKTAÇ, Yasemin, METİN, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

- KARAKEHYA, Hakan, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2 (2013), ss. 699-713.
- KÖKCÜ, Halil, Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans, Trabzon 2016.
- KUÇURADI, İoanna, Uludağ Konuşmaları- Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2009.
- KULA, Ayşegül, “Kabahatler Kanunu’nun Genel Hükümleri”, TBB Dergisi, S. 140 (2019), ss. 43-70.
- KURNAZ ŞAHİN, Feyza, “I. Dünya Savaşı ve Sonrasında Kumarın Yaygınlaşması ve Osmanlı Devleti’nin Aldığı Tedbirler”, Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, S. 41 (2019), ss. 405-26, doi:10.21497/sefad.586668.
- — —, “II. Meşrutiyet Döneminde İstanbul’da Sosyal Bir Problem Olarak Kumar İletti”, BELLETEN, C. 84, S. 301 (2020), ss. 1143-74, doi:10.37879/bellekten.2020.1143.
- MARAKOĞLU, Ozan A., Edepsiz Kitaplar- Edebiyat Eserleri ve Müstehcenlik Suçu Bağlamında Bir Hukuk Eleştirisi, Liberte Yayınları, Ankara 2014.
- ÖZDEMİR, Mehmet, “Talih Oyunları Salonları”, Anatolia: Turizm Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5 (1992), ss. 34-37.
- ÖZEK, Çetin, “Türk Ceza Hukukunda Kumar Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S. 1-2 (1963), ss. 121-56.
- TÜZÜNER, Özlem, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Ferenda Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 26, S. 107 (2013), ss. 245-72.
- UYGUR, Gülriz, “Genel ahlakın vazgeçilmezliği(mi)?”, Güncel Hukuk Dergisi, (12.2008).
- — —, “Hukuki Bakış Açısında Etik Dayanağa Yer Vermek”, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar, ed. İoanna Kuçuradi, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, ss. 99-111.
- — —, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 52 (2003), ss. 145-76.

### İnternet Kaynakları

- "Jandarmadan kumar operasyonu! Dozerle mekana baskı düzenlendi", Milli Gazete, 02.01.2021, <https://www.milligazete.com.tr/haber/5945863/jandarmadan-kumar-operasyonu-dozerle-mekana-baski-duzenlendi> (E.T. 5.1.2021).

-"Spor Toto Teşkilat Başkanlığı", <http://www.sportoto.gov.tr/sayfa/106/tarihce>. (E.T. 2.1.2021).

-"Tayyare Piyangosu 1926-1939/ İlk İlan" <http://www.millipiyango.gov.tr/node/18?q=node/49>, (E.T. 2.1.2021).

- T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü Sayı:B.02.0.KKGI101-11461976, 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile Trabzon Milletvekili Kemalettin Gökteş ve 23 Arkadaşının, 12.3.1982 Tarihli ve 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 19 uncu Maddesinin (b) Fıkrasının Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Teklifi, Manisa Milletvekili Erdoğan Yetenç'in, 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Doğru Yol Partisi Grup Başkan vekilleri Ankara Milletvekili Saffet Arıkan Bedük, Aydın Milletvekili Ali Rıza Gönül, Denizli Milletvekili Mehmet Gözlükaya ile Refah Partisi Grup Başkan vekili Malatya Milletvekili Oğuzhan Asiltürk'ün 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 1072 Sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu (1/580, 2/114,2/223, 2/637), 10.03.1997, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d20/c028/tbmm20028103ss0268.pdf> (E.T. 27.12.2020).

-"Türkiye'de Milli Piyango – Tarih Toplum", , <https://www.tarihtoplum.org/osmanlida-milli-piyango/>. (02.01.2021).

### Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi'nin 28/01/1964 günlü ve 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararı.

- Anayasa Mahkemesi'nin 21/10/1975 günlü ve 1975/152 E., 1975/202 K. sayılı kararı.

- Anayasa Mahkemesi 21.1.1998 günlü ve 1997/63 E., 1998/2 K. sayılı kararı, R .G. Tarih-Sayı 15.12.1998-23554.

- Anayasa Mahkemesi'nin 23.12.2015 günlü ve 2015/58 E., 2015/117 K. sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı: 13.1.2016 – 29592.