

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KUMAR SUÇU

Asistan Dr. Çetin ÖZEK

GİRİŞ

Türk Ceza Kanununun 567-570 maddelerini teşkil eden dört madde, kumar fiilini suç olarak kabul etmiş ve cezalandırmıştır. Bu maddeler, 1889 İtalyan Ceza Kanununun 484-487. maddelerine teka-bül etmektedir.

Türk Ceza Kanunu, aşağıda görüleceği gibi, kumar oynamak ve kumar oynamak için yer temin etmek fiillerini suç olarak kabul etmiştir. Kumar'ın yasak edilmesi, toplumsal menfaatler içindir. Kumar iptilâsı, bir kötülüğe olan iptilâyı ifade etmektedir; toplum bakımından da ekonomik zarar doğurucu bir mahiyet taşımaktadır¹. Cezalandırılan itiyadın kendisi olmayıp ve fakat sebep olduğu toplumsal zarar ve tehlikedir. Kumarın yarattığı zarar, ihtirasın ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Kumar bir spekulâsyonun ifadesidir. Aile birliğini ve ailenin ekonomik durumunu sarsması, toplumca ayıp sayılan bir takım 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 gütmüştür². Bu bakımdan kumar'ın önlenmesinde, şahsi menfaat kadar amme menfaati de rol oynamış bulunmaktadır. Kumar şahsi, ailevî ve toplumsal tehlike ve zarar doğuracak mahiyettedir. Kumarbazların toplumsal ekonomik yapı içinde millî istihsale 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

[1] Manzini, 487.

[2] Rel. min. sul prog. 1887, n. CXCVI

ve kumar'ın ferdi psikolojik durumunu bozan etkilerini önleyebilmek için de, kumar ceza kanunlarınca yasak edilmiştir³. Bu sebeplerledir ki, kumar yasak edilmiş ve kumarın cezalandırılması ile toplumsal ahlâkın korunduğu kabul edilmiştir⁴.

Kumar ilk çağlardan beri cezalandırılan bir fiil olarak gözükmektedir. Tarihte kumar'ın sebep olduğu bir çok skandallara ve olaylara rastlamak mümkündür. Tarihte, kumar'ın toplumsal bir yapı taşıdığı ve toplum menfaatini korumak bakımından kumar'ın yasak edilmesi gerektiği düşünülmemiştir. Tarihte hemen hemen ilk olarak, Romada Cumhuriyet devrinde *Leggi Titia* ile kumar yasak fiiller arasına girmiştir ve amme menfaatini ilgilendiren bir fiil olarak kabul edilmiştir (*Pubblica e cornelia*)⁵. Buna rağmen, daha sonraki tarihlerde, bilhassa Fransada tarihe geçen kumar hadiseleri olmuş ve kumar masalarında korkunç yükseklikteki paralar dönmüştür. Bugün ise, kumar fiili müşterek ceza hukukunun kabul ettiği, cezalandırıldığı bir fiil olmuştur⁶.

Kumar'ın cezalandırılmaması gerektiğini savunan kişiler de çıkmamış değildir. Sayıları çok az olmakla beraber, bu düşünürler, her insanda bir kumar oynama yönsemesinin mevcut olduğunu ileri sürmektedirler. Bu bakımdan ceza kanunlarının fiili yasak etmesi pratik bakımdan bir fayda temin etmeyecektir. Kumar bir eğlence konusudur. Ferdî bir durumdur, toplumsal bir yapı taşımaz. Öyleyse, ceza kanunları ile insanlardaki bu tabii yönsemenin yasak edilmesi cihetine gidilmemelidir. Bunun hiç bir faydası olmayacaktır. Yapılacak olan bu yönsemenin kontrolü ve genişlemesinin önlenmesidir⁷.

Kumar'ın suç teşkil etmemesi leyhine ileri sürülen bu fikrin bir hakikate işaret ettiği kabul edilse dahi, tüm olarak kabul edilemeyeceği ortadadır. Belki kumar zevk veren, bir takım yönsemeleri tatmin eden bir vasıta olarak kabul edilebilir. Bunun dışında, ceza hükümlerinin bu fiili tüm olarak önleyemediği de bir gerçektir. Buna rağmen, insanlarda bir çok yönsemeler vardır ki, kanun bunları da suç olarak kabul etmiş ve cezalandırmıştır. Ceza hükümlerinin varlığı bu suçların dahi işlenmesini tüm olarak temin edememektedir. Bu durumda, bu fiillerin de cezalandırılmaması yoluna mı gidilecektir. Öyleyse,

[3] D'Aniello, 174 - Sechi, 72.

[4] Ravizza, 2 - Carnevale, 22.

[5] Manzini, 487.

[6] Kumar fiilinin suç oluşu bakımından tarihi gelişim için bk. Ravizza, s. 3 ve müt - Carnevale, 20.

[7] Tullio, 63.

adam öldürmenin dahi bir yönseme olarak var olduğunu kabul ederek ve ceza hükümlerinin bu suçun işlenmesini önleyemediğini düşünerek, fiili suç olmaktan çıkaralım ve adam öldürme fiilinin kontrolünden bahsedelim. Tabiatıyla ki böyle bir düşüncenin ileri sürülmesine imkân mevcut değildir. Aynı düşünceyi kumar suçu için de ileri sürmek imkânı mevcut değildir. Bunun dışında, kumar ferdi bir mahiyet taşıdığı kadar toplumsal bir yapıya da sahiptir. Toplumsal bir yapıya sahip olmasa dahi, bugünün ceza hukuku anlayışı, bazı hallerde ferdin isteğine rağmen, ferdin menfaatini korumak amacını gütmektedir. Bu bakımdan, kumar'ın ceza kanunlarında suç olarak kabul edilmesinde ve önlenilmesine çalışmakta toplumsal fayda vardır.

I — HÜKÜM.

Türk Ceza Kanununun 567-570. maddeleri aşağıdaki hükümleri taşımaktadır:

«Madde 567 — Her kim, umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatır veya oynatmak için yer gösterirse bir aydan altı aya kadar hafif hapis ve 250 liradan 500 liraya kadar hafif para cezasına ve tekerrürü halinde iki aydan bir seneye kadar hafif hapis ve 500 liradan 1000 liraya kadar hafif para cezasına mahkûm olur.

Kumar oynanan yerde bulunup kumar oynamaya yarayan veya kumar oynamaya tahsis olunan mevât ve alât ile ortada bulunan eşya ve para zapt ve müsadere olunur.

Faile:

1. Bu fiilleri itiyat edinmiş bulunduğu;
2. Birinci fıkrada beyan olunan kabahatin irtikâbında kumar oynayanlara karşı banko tutan olduğu taktirde yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar bir misli artırılarak hükmolunur ve bu son halde üç aya kadar meslek ve san'atın tatili cezası da ilâve edilir.»

«Madde 568 — Her kim, yukardaki maddede beyan olunan kabahate iştirak etmeksizin umumî veya umuma açık mahalde kumar oynarsa bir aya kadar hafif hapis ve 50 liradan 100 liraya kadar hafif para cezası ile cezalandırılır. Tekerrürü halinde ceza on günden iki aya kadar hafif hapis ve 100 liradan 200 liraya kadar hafif para cezasıdır.»

«Madde 569 — Ceza Kanununun tatbikinde kumar, kazanç kas-

dıyla icra kılınıp kâr ve zarar baht ve talihe bağlı bulunan oyunlardır.»

«Madde 570 — Yukarıki maddelerde beyan olunan kabahatler için hususi içtimalara mahsus olsa bile kumar alet ve edevatının kullanılması için bir ücret alınan yerlerle, oyun oynamak mutata olan yerler ve duhuliye verilmese bile oyun oynamak isteyen herkesin girebileceği mahaller, umuma açık yerlerden sayılır.»

İşbu şekildeki Ceza Kanunumuzun hükümleri, Kanunun kabahatlere ait kitabının üçüncü bab'ında yer almış bulunmaktadır. Bab, (Ahlâkı Umumiyyeye müteallik kabahatler) başlığını taşımaktadır. Nitekim, aynı suç mehzaz İtalyan Ceza Kanununda da aynı başlık altında düzenlenmiştir. Carnevale, Kumar Suçunun bu başlık altında incelenmesinin, Ceza Kanununun kabul ettiği ana prensiplere aykırı düştüğünü ifade etmektedir⁸. Adı geçen bölümün, toplum ahlâkını koruduğunu, gerçekte ise kumar'ın sosyal ahlâk ve düzen aleyhine olduğunu ileri sürmektedir. Carnevale'ye göre, nitekim, Sardunya ceza kanunu bu suçu «*buon costume* - umumî adap» aleyhine bir suç kabul etmiş ve amme düzenini, amme sükûnunu, aile birliğini ihlâl eden bir cürüm olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan kumar'ın bir kabahat olarak kabulü hatalıdır⁹. Nitekim, kanunun hazırlık çalışmalarında da, Senato komisyonu, kumar fiilinin «*Contravvenzioni di polizia*» başlığı altında toplanmasını teklif etmişti¹⁰. 1889 Ceza Kanununda kabahatler ile cürümleri ayırmak bakımından tatbik edilen kriter, Lucchini'nin beyanından anlaşılmaktadır. Buna göre, kabahatler, belirli bir hakkı ihlâl etmeyen ve fakat ortaya çıkan neticenin hukuk tarafından men edilen bir netice teşkil ettiği hallerdir. Adam öldürme, hırsızlık cürümleri gibi belirli bir objenin belirli bir hakkını ihlâl durumu kabahatlerde yoktur; kabahatler objektif olarak hukuk tarafından önlenmiş bir durumu yaratmaktadır¹¹. Kumar ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi, aile nizamını bozmak, umumî adaba aykırı olmak bakımından, sübjektif bir durum yaratmaktadır ve cürüm teşkil etmelidir. Nitekim, Carrara da, kumar suçlarında aynı mahiyeti görmektedir¹². Nitekim, Avusturya ve İsveç ceza kanunları hariç, bütün modern ceza kanunları, kumar fiilinin bir cürüm olduğunu kabul etmiş bulunmaktadırlar.

[8] Carnevale, 22.

[9] Carnevale, 10

[10] Carnevale, lo dip notu 1 ve 2. - Negri, 979.

[11] Carnevale, 11.

[12] Carrara, prog. n. 2928.

1889 Zanardelli Ceza Kanununun kumar suçu ile ilgili hükümleri hemen hemen, proje ile aynı hükümleri taşımaktadır¹³. Diğer bir deyişle, proje hükümleri aynen kabul edilmiş bulunmaktadır. Sadece kanunun, kumar için yer teminini cezalandıran 484. madde ile proje arasında bazı ufak tefek farklar mevcuttur. Türk Ceza Kanunu da, mehzaz kanunun hükümlerini aynen almış ve fakat suça tesir eden sebepler konusunda bir takım değişiklikler yapmıştır. Yeni İtalyan Ceza Kanunu ise, hem suça tesir eden sebepler bakımından bir takım yeni hükümler tesis etmiş ve hem de, 723. maddesinde yeni bir suç ihdas etmiştir. Bu değişikliklere, yeri geldikçe işaret edeceğiz.

II — KUMAR MEFHUMU.

Kumar suçuna ait hükümleri inceleyebilmek için, önce, kumardan neyin anlaşılması gerektiğini tesbit eylemek gereklidir. Ceza Kanunumuzun 569. maddesi kumarı tarif etmiş bulunmaktadır. Buna göre, bir fiilin kumar olarak kabul edilebilmesi için iki hususun tahakkuku gerekmektedir:

1 — Baht ve talihin mevcudiyeti.

568. maddeye göre, bir oyunun kumar olarak kabul edilebilmesi için kâr ve zararın baht ve talihe bulunması gereklidir. Kanunun hazırlık çalışmalarında, şansın suçu teşkil eden ana unsur olduğu belirtilmektedir¹⁴. Talih, beklenmeyen, evvelden hesaplanamıyan bir haldir. Sebebiyet prensiplerinden serbest olarak vukua gelen olaylardır. İşte kumarda da, kazanç ve kaybın sebebi tayin edilememektedir. Kazanç ve kaybın failce tayin edilebildiği hallerde kumar fiili mevcut değildir¹⁵. Demek oluyor ki, kumar, netice ile fail arasındaki ilgiye göre tayin edilebilecektir. Nitekim İtalyan Temyiz Mahkemesi, failin iradesinin, şans üzerine tesiri olduğu halleri kumar olarak kabul etmemiştir¹⁶. Nitekim, 1889 Ceza Kanunu hakkındaki vekâlet raporunda da, failin, şahsi kabiliyetlerinin, kazanç veya kayıp üze-

[13] Kumar'ın tarifi hususundaki hazırlık çalışmaları ve komisyon müzakereleri için bk. **Negri**, 980-982.

[14] Rel. Min. sul prog. 1887, n. CXCVI. **Manzini** ise, şans'ın kumar suçunun bir unsuru olmadığını ve fakat kumar teşkil eden oyunlarla, zevk için oynananları ayırıcı bir kriter olduğunu belirtmektedir: bk. **İstituzioni**, 423. **Antolisei** ise şans'ın suçun unsuru olduğu kanaatindedir, bk. 418.

[15] **Manzini**, 493. - **Sabatini**, 362.

[16] Bu kararlar için bk. **Manzini**, 495 not 1.

rinde rol oynadığı hallerde, kumar fiilinden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir¹⁷. Şansın ve talihin, oyunun normal kuralları sebebiyle olması gereklidir. Yani, söz konusu olan oyunun normal icrası, ancak talihin tesiriyle kazanç veya ziyan temin etmelidir. Oyunun neticesi üzerinde, failin kabiliyetinin etkisi bulunmamalıdır¹⁸. Failin, oyun kaideleri üzerinde irade ve kabiliyetini kullanarak, kazanç temin ettiği hallerde, artık kumar mevcut değildir. Fail, normal oyun kaidelerine göre, neticenin talihe bağlı olması gereken hallerde, kendi, oyun kaidelerine aykırı olarak, iradesini kullanmış ve neticeyi lehine çevirmiştir; diğer bir deyişle hile yapmıştır. Bu hallerde artık kumar suçu değil, dolandırıcılık mevcuttur¹⁹. Temyiz Mahkememiz de aynı esası kabul etmiş bulunmaktadır²⁰. Sadece şunu belirtmek gerekir ki, kumar oynayan kimselerden biri hile yapsa, onun hareketi dolandırıcılık teşkil etse bile, diğer kumar oynayanlar kumar suçunu işlemiş sayılmalıdırlar.

Kumar teşkil eden oyunlarla, teşkil etmeyenleri ayırmak hususunda kabul edilen, (talih, şans) kriteri, muğlak bir kriterdir. Oyunun hangi halde şansa ve hangi halde şahsi kabiliyete dayandığını tayin müşkildir²¹. Özellikle, bir oyunun sonucunda kazanç ve kâr eşit şekilde talih ve kabiliyete dayandığı takdirde, oyunun kumar sayılıp sayılmıyacağıının tesbiti zordur. Zira, en çok talih ve şansa dayanan oyunlarda dahi, oyun kaidelerini iyi bilmenin netice üzerinde tesiri mevcuttur. İşbu bakımdan, bir oyunun kumar teşkil edip etmediği hususu, daha ziyade ampirik esaslara bağlanmış ve kaza organları her hadiseye münhasır olmak üzere fiilin kumar teşkil edip etmediğini tayin ve tesbit eylemişlerdir²². İtalyan temyiz mahkemesi, Rulet, üç kart, poker gibi bir takım oyunların kumar teşkil ettiğini kabul etmiştir. Yüksek Mahkemenin birbirine zıt bir çok da kararları mevcuttur²³.

[17] **Viazzi**, 190.

[18] **Antolisei**, 418.

[19] **Manzini**, 493 - **Antolisei**, 418.

[20] Tem. 4. CD., 24.5.1951 T. ve E. 2038/K. 2813 sayılı kararı (**Köseoğlu**, s. 632) - Tem. 4. CD 26. 6.1951 T. ve E. 5122/K. 5122 sayılı kararı (**Köseoğlu**, s. 633).

[21] **Negri**, 982.

[22] **Marchetti**, 572.

[23] İtalyan Temyiz Mahkemesinin bu konuda verdiği muhtelif kararlar için bk. **Negri**, 983 not 5 - 12. **Antolisei** Poker'in kumar teşkil etmediği kanaatindedir, 419 ve fakat İtalyan Temyiz Mahkemesi iki kararında, Poker'in kumar teşkil ettiği kanaatine varmıştır: bk, 23 şubat 1950 tarihli karar (Giust. Pen. 1950, II, 595), gene İtalyan Temyiz Mahkemesinin 5 kasım 1938 tarihli kararı (Riv. Pen. 1938, 43).

Bazı İtalyan müellifleri, sırf şans oyunlarının da kumar teşkil etmediği kanaatindedirler. Sabatini'ye göre, Lotarya tabii edilen bu oyunlarda kumarcının tahriki, iştiraki olmadığı için, bu gibi oyunlar kumar sayılmazlar²⁴. Vescovi de, aynı şekilde tombalanın kumar sayılamıyacağı fikrindedir²⁵. Buna karşılık, Temyiz Mahkememiz, Lotaryo ve Tombala tabir edilen, torbadan çektilen numaraların belirli bir şekilde olması halinde mükâfat verilmesinden ibaret bulunan oyunların kumar teşkil ettiğini kararlaştırmıştır²⁶.

Temyiz Mahkememizde, bir oyunun kumar teşkil edip etmediğinin tayini bakımından aynı kriteri kullanmıştır. Kazancın, failin şahsi kabiliyetine bağlı olduğu hallerde, fiilin kumar suçu teşkil etmediğini kabul etmiştir. Meselâ, şişelere halka geçirmek suretiyle oyun oynatmak halinde, atılan halkaların şişelere geçmesini baht ve talihden ziyade, şahsî kabiliyete dayandığını kabul etmiş ve kumar fiilinin olmadığını kararlaştırmıştır²⁷. Aynı sebeple beş delikli tah-taya topları geçirmek suretiyle oynanan oyunun da kumar teşkil etmediğini kararlaştırmıştır²⁸. Adliye Vekâletinin bir tebliğinde de, Piyango tertibinin kumar teşkil etmediğini ve müsaade verilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁹. Kanaatimizce tebliğin, Temyiz Mahkememizin kabul ettiği esaslara aykırı olduğu aşikârdır. Zira, Temyiz Mahkememiz, lotaryanın kumar teşkil ettiğini tesbit eylemiş bulunmaktadır. Bu bakımdan, lotarya ile yakın bir benzerlik arzeden Piyango da kumardan maduttur. Mahiyeti itibariyle, kumardır. Halbuki Vekâletin tebliğinde, Piyangonun mahiyeti itibariyle kumar teşkil etmediği belirtilmektedir. Piyango tertip edilmekte ve suç olarak kabul edilmemektedir. Fakat bu suç teşkil etmeme, piyangonun mahiyetinden değil ve fakat piyango tertibine yetkili organlarca izin verilmesinden neşet eylemektedir. Piyango tertibine, yetkili organlar izin vermekle bir hukuka uygunluk sebebi doğmaktadır. Eğer, piyango

D'angelo da bu son karara yazdığı notda Poker'in kumar teşkil etmediğini belirtmektedir. **Ranieri** ise poker'in kumar teşkil ettiği fikrindedir, 585. Bütün bu fikir ayrılıkları, pokerde şansın mı, yoksa kabiliyetin mi üstün rol oynadığı noktasındaki anlaşmazlıktan çıkmaktadır.

[24] **Sabatini**, 362.

[25] **Vescovi**, *Il giuoco della tombola.*, 360 - **Manzini**, 499.

[26] Tem. 2. CD., 11. 4. 1946 T. ve E. 3419 sayılı kararı (**Köseoğlu**, 715) - Tem. CUH. 12.11.1951 T. E. 2-87/K. 86 sayılı kararı (**Köseoğlu**, 715).

[27] Tem. 2. CD. 11.2.1937 T., E. 3114/K. 3535 sayılı kararı (**Köseoğlu**, 714).

[28] Tem. 2. CD. 11.3.1937 T. ve E. 3538 sayılı kararı (**Köseoğlu**, 714).

[29] Adli Ceridesinin 112 sayılı nüshasında nesredilmiş olan Adliye Vekâleti tebliği, bk. **Köseoğlu**, 717.

mahiyeti icabı kumar teşkil etmeseydi, tertibi için izin almağa da lüzum kalmazdı. Nitekim, tebliğde de, hem mahiyeti itibariyle piyango'nun kumar teşkil etmediği ileri sürülmekte ve hem de aynı zamanda izin verilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Bu şekilde tebliğ kendi içinde tenakuza düşmüş bulunmaktadır.

2 — Kazanç maksadı.

Her hangi bir oyunun kumar sayılabilmesi için, oyun kaidelerinin şans ve kadere dayanması kâfi değildir. Ayrıca oyuna iştirak eden veya oyun için yer temin eden kimsenin kazanç gayesi güdüldüğünü de bilmesi gereklidir. Kazanç gayesi suçun genel bir unsurudur³⁰. Bu maksadın bulunmadığı hallerde, oyunun sırf eğlence için oynandığı durumlarda kumar suçu mevcut değildir³¹. Tabiatıyla ki, kumar'ın teşekkülü için kazanç maksadının mevcudiyeti kâfi olup, bilfiil bir kazancın tahakkuk eylemesi şart değildir³².

Vakit geçirmek veya eğlenmek için oynanan parasız oyunlar kumar sayılmıyacağı gibi, aynı maksatla az para sürerek oyun oynanmasının da kumar teşkil etmeyeceği İtalyan Temyiz Mahkemesince kararlaştırılmıştır³³. Temyiz Mahkememiz de, oyunun şansa dayanan kaidelere dayanması esasının dışında, kazanç maksadının mevcudiyetini dikkatle aramaktadır. Meselâ bir kararında, kahvelerde sırf eğlence maksadıyla kumar oynanıp, oynatılabileceğini kabul etmiştir. Kahvecinin, müşterilerden kağıt karşılığı para almasını da, Temyiz Mahkememiz, kağıtların bedeline karşılık olarak kabul etmiş ve sırf kağıt için para alınmasını kahvecinin kumar oynattığına, kazanç maksadı güttüğüne delil olarak kabul etmemiştir³⁴. Temyiz Mahkememiz diğer bir kararında da, içine ikramiyeleri yazarak paket halinde, kısmet, diye on kuruş mukabilinde halka bisküvi kapetlerinin halinde, kısmet, diye on kuruş mukabilinde halka bisküvi paketlerinin mutad fiyatları ile halktan alınan paranın arasındaki nisbetin bilirkişiye tesbit ettirilmesi gerektiğini kararlaştırmıştır³⁵.

[30] Manzini kazanç maksadının bir unsur olmayıp kumar teşkil eden fiillerle etmiyenleri ayırmak için bir kıstas olduğunu söylemektedir, 495.

[31] bk. Rel. Min. sul prog. 1887, n. CXCVI.

[32] Ranieri, 589.

[33] 30 haziran 1956 tarihli karar, Giust. Pen., 1956, II, 197

[34] Tem. 2. CD. 22.2.1952 T. ve E. 1215/K. 1993 tarihli kararı (Köseoğlu; 716); ayrıca, Tem. 2. CD., 25.3.1948 T. ve E. 2787/. 3092 sayılı kararı (Köseoğlu, 718).

[35] Tem. 2. CD., 31.12.1949 T. ve E. 13760/K. 13441 sayılı kararı (Köseoğlu, 718).

Demek oluyor ki, aşağıda inceleyeceğimiz kumar suçlarının teşekkül edebilmesi için iki müşterek unsurun tahakkuku gereklidir. Oynanan oyunun sonucunda faillerin kâr ve ziyanlarının şahsî kabiliyetleri dışında talihe bağlı olması ve faillerde kazanç amacının mevcudiyetidir.

III — KUMAR OYNAMAK İÇİN YER TEMİNİ SUÇU.

Ceza Kanunumuzun, 567. maddesi kumar oynatmak ve kumar oynamak için yer temin etmek fiillerini cezalandırmaktadır. Kanunumuzun bu maddesi mehz İtalyan Ceza Kanununun 484. maddesine tekabül etmektedir. Suça tesir eden sebeplerin dışında, iki madde arasında mühim bir fark mevcut değildir.

1 — Cezalandırmanın maksadı.

567. madde, umuma mahsus veya umuma açık yerlerde kumar oynatılmasını veya oynatmak için yer teminini, cezalandırmaktadır. Bu fiilin cezalandırılmasının sebebi, Carnevalenin deyişiyle, failin ahlâka aykırı bir tesis meydana getirmiş olmasıdır³⁶. Kumar oyna- mağa mahsus yer temin etmek suretiyle fail, kumarın doğurduğu neticeleri daha geniş ölçüde doğurabilecek organize bir teşekkül meydana getirmiştir. Bu şekilde bir teşekkülde, skandaller daha tesirli ve kesin olabilecektir.

Kumar oynamak için yer temin eden veya gösteren kimse, kumar oynanmasından kâr temin ettiği için, genel ahlâka aykırı olan bu fiilin işlenmesi aleyhinde gayretler sarfedeceği de tabiidir. Bu durumda, ika edilen fiilin kumar'ın doğurduğu neticeler dışında, bir suçun işlenmesini teşvik edici bir mahiyet taşıdığı da ortadadır.

Aynı endişelerledir ki, Sardunya Ceza Kanunu dahi 474. maddesinde, kumar oynamak için yer teminini ve alet teminini cezalandırmıştı. Hattâ yer sahibinin, fiili, men etmeyişi dahi suç olarak kabul etmişti. Aynı fiiller Toskanya Ceza Kanununun 75. maddesiyle de cezalandırılıyordu. 1930 İtalyan Ceza Kanunu da, 718. maddesinde aynı fiili cezalandırmaktadır. Tabiidir ki, bütün bu hükümlerin arasında, fiili, tanzim ediş bakımından farklar mevcuttur.

2 — Fail.

Suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Kumar oynatan kimsenin,

[36] Carnevale, 20.

belirli bir kimse oluşu, İtalyan mehzaz Ceza Kanununa göre suça tesir eden bir sebep rolü oynarken, aşağıda görüleceği gibi, kanunumuz mehzaz kanununun 484. maddesinin son fıkrasını almamıştır; bu bakımdan faildeki sıfat, hukukumuz bakımından suça tesir edici bir sebep olarak dahi rol oynamaz. Fiilin, 567. maddeyi ihlâl edebilmesi için, failde bulunması gereken bir takım manevî özellikler lâzımdır ki, onları aşağıda suçun maddî ve manevî unsurlarını incelerken göreceğiz.

567. maddedeki suçun teşekkülü için, fiile iştirak eden faillerin çokluğu şarttır. Zira, bir kimse kumar oynamak için yer gösterince, orada kumar oynayanların mevcudiyeti de şarttır. Bu şekilde, suça iştirak eden kimseler, yani failer birden fazla olmuş olmaktadır. Fakat kanun, suça bu şekilde iştirak edenleri 568. maddeye göre cezalandırmakta, yani onların fiillerini müstakil suç olarak kabul etmektedir. Fakat, nazari olarak da olsa, 567. maddedeki suçun teşekkülü için birden fazla failin mevcudiyeti şart olmaktadır³⁷. Zira, mücerret olarak bir yerin kumar fiilinin ikai için tahsisi kâfi olmayıp, ayrıca o yerde kumar'ın bilfiil oynanması da şarttır.

3 — Mahal.

Türk Ceza Kanununun gerek 567. gerek 568. maddelerindeki suçun teşekkül edebilmesi için, fiilin kanunun tayin ettiği belirli yerlerde ikai şarttır. 567 ve 568. maddelere göre, fiilin suç teşkil edebilmesi, «umuma mahsus veya umuma açık yerlerde» ikaini şart olarak kabul etmektedir. Kanunun 570. maddesi de, esas itibariyle açık mahal olmamakla beraber, bazı şartların tahakkuku halinde açık mahal sayılan yerleri tayin ve tesbit eylemektedir. 570. maddeye göre, «hususî içtimalara mahsus olsa bile kumar alât ve edavatının kullanılması için bir ücret alınan yerlerle, oyun oynamak mutata olan yerler ve duhuliye verilmese bile oyun oynamak isteyen herkesin girebileceği mahaller, umuma açık yerlerden sayılır.»

Kanunumuzun hükümlerine göre, demek oluyor ki, üç nev'i yerde kumar oynamak suç teşkil eylemektedir:

a) *Umuma mahsus yerler*: Umuma mahsus yerlerden maksad, fonksiyonları ve tahsisleri itibariyle umuma açık olan yerlerdir. Sokaklar, parklar, meydanlar vs. umuma mahsus yerlerdir.

Umuma mahsus yerlerde suçun teşekkülü için, böyle bir fiilin işlendiğine herkesin muttali olabilecek durumda bulunması şart

[37] Ranieri, 584.

değildir. Umuma mahsus yerin, vaziyeti veya fiilin ika ediliş zamanına göre, herkesin muttali olabilmesi imkânı bulunmayan hallerde dahi fiilin ikaı suç sayılır. Meselâ, gece geç vakit şehrin çok kenar semtindeki bir parkta veya mezarlıkta fiilin ikaı halinde, fiil suç teşkil eder. Zira kanun, meselâ 420. maddede olduğu gibi, halkın fiile muttali olabilmek imkânını aramamış ve mahallin umuma mahsus yer olmasını kâfi görmüştür.

b) *Umuma açık mahal*: Umuma açık mahal, herkesin rahatca girebildiği umumun hizmetine tahsis edilmiş mahallerdir. Dükkânlar, sinemalar, kütüphaneler bu şekildeki mahallerdendir. Umuma açık yerlerin, umuma mahsus yerlerden farkı: Umuma mahsus yerlerin mahiyeti itibariyle, gördüğü fonksiyon itibariyle ammeye ait oluşu; umuma açık mahallerin ise tahsis edildiği hizmet itibariyle umuma mahsus oluşudur.

Umuma açık mahal, bu vasfını, hizmete tahsis müddeti geçtiği vakit kaybeder. Meselâ, sinema seanslarının dışında sinema umuma açık mahal sayılmaz. Gece, sinemanın bitmesinden sonra, sinema müstahdemlerinin aralarında kumar oynamaları halinde, 570. maddedeki şartlar da mevcut değilse cezalandırılabilen bir fiil yoktur.

Temyiz Mahkememizde, suçun teşekkülü bakımından mahallin umuma mahsus veya umuma açık olup olmadığını dikkatle aramaktadır. Bir kararında otel odasının umuma açık mahal olup olmadığının düşünülmeden mahkûmiyet kararı verilmesini, bozma sebebi olarak kabul etmiştir³⁸. Gene başka bir kararında, Temyiz Mahkememiz, kebabçı dükkânını umuma açık mahallerden olarak kabul etmiştir³⁹. Başka bir kararda ise, Temyiz Mahkemesi, kumar oynanan çardağın umuma açık mahallerden olduğunun kararda belirtilmemiş olmasını, bozma sebebi olarak kabul etmiştir⁴⁰.

[38] Temyiz Mahkememiz, otel odasının umuma açık mahal olmadığını kararlaştırmıştır: T. 2. CD., 23.10.1936 T. ve E. 11681/K. nolu kararı (Köseoğlu, 714). Aynı mealde, Tem. 2. CD., T. 12.11.1951 ve E. 12960/K. 12150 sayılı kararı, (Köseoğlu, 715). Hususi olarak kiralanmış odada oynan oyunun kumar suçunu teşkil etmeyeceğine dair karar: Tem. 2. CD., 8.10.1953 T. ve E. 12442/K. 12479 sayılı kararı (Köseoğlu, 716).

[39] Tem. 2. CD., 26.12.1946 T. ve E. 12480/K. 12394 sayılı kararı (Köseoğlu, 715).

[40] Tem. 4. CD., 4.4.1947 T. ve E. 3447/K. 3734 sayılı kararı (Köseoğlu, 715). Temyiz Mahkememiz, düğün evlerinin de, herkese açık olmayıp sadece davetlilere açık olduğunu ve bu bakımdan 570. maddenin şumulüne girmediğini kararlaştırmıştır: bk. Tem. 2. CD., 6.2.1936 T. ve E. 1461/K. 1683 sayılı kararı (Köseoğlu, 717). Ayrıca

c) *Kanun hükmüne göre «umuma açık mahal» sayılan hususi mahaller:* Esas itibariyle hususi mahal olduğu halde, CK. 570 maddesine göre umumi mahal sayılan yerlerde kumar oynanması halinde de fiil suç teşkil etmektedir.

Yukarda da belirttiğimiz gibi, kumar oynama veya oynatma fiilinin suç teşkil edebilmesi, umumi mahallerde oynanmasına bağlıdır. Fiilin, hususi mahaller de ikai halinde, suç teşkil etmemektedir. Bununla beraber, kanun bazı hallerde, hususi mahallerde oynanan kumarları dahi cezalandırmak gayesi gütmüş ve belirli hallerde hususi mahallerin umuma açık mahal sayılacağına dair bir faraziye yaratmıştır. Bu faraziyenin tahakkuku için üç durumdan birinin tahakkuku gereklidir:

aa) *Kumar alet ve edevatının kullanılması için ücret alınan haller:* 570. maddeye göre, hususi içtimalara mahsus olsa bile, kumar alet ve edevatının kullanılması için ücret alınması halinde, o mahal umumi mahal sayılır. Tabiidir ki, ücret alınan alet'in sırf kumar oynayanların, şansa dayanan oyunlarını oynıyabilmek için gerekli olan alet olması gerekmektedir.

Aşağıda belirteceğimiz gibi, 567. maddedeki suçun teşekkülü için, failin kazanç kasdıyla hareket etmesi şart değildir. Kanunumuz, sadece 570. maddede tazılı bu halde, failin cezalandırılabilmesi için, kumar aletlerinin kullanılması karşılığı ücret almak suretiyle kâr gayesi gütmesini aramış bulunmaktadır. Bu kâr gayesinin güdülüştür ki, esas itibariyle hususi bir mahal olan yer'in umumi mahal sayılması sonucunu doğurmaktadır. Nitekim, bilindiği gibi, Temyiz de, kumar aletinin kullandırılması karşılığı alınan paranın, aletin eskimesi karşılığı alınması halinde, kazanç maksadının mevcut olmadığını kararlaştırmıştır ⁴¹.

Bu arada, Temyiz Mahkememizin bir kararına temas etmek yerinde olacaktır. Temyiz mahkememiz bir kararında ⁴², maznunun oyun oynatmak için mano almasını, o yerin umuma mahsus yer sayılması için kâfi görmüştür; daha doğrusu, failin bir kazanç teminini mahallin mahiyetinin değişmesi için unsur olarak kabul etmiştir.

Temyiz Mahkemesi, Hapishanelerin de umuma açık bir mahal sayılamıyacağını ve bu bakımdan burada oynanan kumar'ın sadece disiplin cezasını icap ettirdiğini kararlaştırmıştır: bk. Tem. 2. CD., 24.10.1952 T. E. 11184/K. 9256 sayılı kararı (Köseoğlu, 717).

[41] Tem. 2. CD., 22.2.1952 T. ve E. 1215/K. 1993 sayılı kararı (Köseoğlu, 716).

[42] Tem. 2. CD., 26.4.1949 T. ve E. 4266/K. 4410 sayılı kararı (Köseoğlu, 718).

Kanaatimizce bu karar yerinde değildir. Zira, aşağıda da göreceğimiz gibi, 567. maddedeki suçun tekemmülü için, failin kazanç gayesi gütmesi şart olmadığı gibi, kumar oynatanın mano alması da, mahallin mahiyetinin değişmesini icap ettirecek bir durum değildir. Kanun, 570. maddede sadece, aletler için ücret alınmasını hususi mahallin umumi sayılması için bir şart olarak kabul etmiştir. Bunun dışında, kumar oynatanın, oynattığı oyun için mano alması, hususi mahallin umumi sayılmasını icap ettirmez. Temyiz Mahkememiz, bu karara varmakla, 570. maddenin ileri sürmediği bir şart ortaya atmış bulunmaktadır. Aletler için ücret alınmayıp da, sırf oyundan mano alındığı hallerde, oyunun oynandığı yer hususi mahalse, fiilin suç teşkil etmeyeceği, 567 ve 570. maddelerin hükümlerinin tabii neticesidir. Bu bakımdan Temyiz Mahkememizin kararının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

bb) *Herkesin girebileceği yerler:* Esas itibariyle kapalı yer olmakla beraber, kumar oynamak isteyen herkesin girebileceği ve kumar oynayabileceği yerler açık mahal olarak kabul edilmesi için, bir ücret alınması şart değildir.

Herkesin girebileceği yer, herkese açık olan yer anlamına gelmemektedir. Kumar oynamak için gelen belirli kimselere açık olan yerler dahi, herkesin girebileceği yer olarak kabul edilmektedir⁴³. Ancak belirli kimselerin tavassutuyla veya muayyen bir paraloyla da girilse, bu şekilde girilip kumar oynatılan yerler herkesin girebileceği yer sayılmaktadır.

cc) *Oyun oynamak mutad olan yerler:* Mevaz İtalyan Ceza Kanununun 487. maddesinde bu mefhum yer almış değildir. Bu mefhumla ifade edilmek istenilen husus, kumar oynamak için tesis edilmiş bulunan kulüpler ve hususi mahallerdir. 1889 Ceza Kanununda bu mefhum bulunmamakla beraber, doktrin bu şekildeki yerlerinde, herkesin girebileceği yer olarak kabul edilebileceğini ve bu gibi yerlerin de umumî mahal sayılabileceğini ve burada kumar oynayanların cezalandırılabilmesini kabul etmekteydi⁴⁴. Gerçekte de, bu son iki mefhum arasında, mevzuu itibariyle çok bir fark mevcut değildir. Oyun oynamak mutad olan yerler, herkesin girebileceği ve kumar oynayılabileceği yerlerdir. Oyun oynamak mutad olan, kulüp vs. gibi yerlere ancak, belirli azalar ve vasma sahip olanlar girebilirse

[43] Manzini, 515.

[44] Majno, 543 - Gatteschi, 159.

de, yukarda belirttiğimiz gibi, herkesin kumar oynamak maksadıyla girebileceği yerin teşekkülü için de, kayıtsız şartsız her isteyen girebilmesi şart değildir. Bu bakımdan, 570. maddenin tayin eylediği bu iki mefhum arasında fazla bir fark mevcut değildir. Nitekim yeni İtalyan Ceza Kanunu 1889 Ceza Kanunundan farklı olarak, hususi mahallerde aranması gereken vasıfları tayin etmemiş ve «Circoli privati» tabirini kullanmakla yetinmiştir. Kanunun bu tabirle kast ettiği anlam, kulüpler ve sosyal lokaller gibi yerlerde kumar oynanmasıdır, yoksa ailevi hususi toplantılarda dahi oynan kumar oyunlarını dahi kanunun yasak etmek gayesi gütmeyeceği açıktır⁴⁵. Görüldüğü gibi, yeni İtalyan Ceza Kanunu bizim Ceza Kanununun 570. maddesinde tasrih ettiği, «Herkesin girebileceği yerler» ile «oyun oynanması mutad olan yerler» tabirlerini birlikte ifade eden tek bir tabir kullanmıştır. Hattâ, 1930 İtalyan Ceza Kanununun kullandığı tabir daha geniş bir anlam taşımakta ve aile toplantıları gibi çok hususi toplantılar hariç, bütün hususi toplantıları kapsamaktadır. Bunun dışında, İtalyan Yeni Ceza Kanunu, hususi mahiyette de olsa kumar için ev tesisini yani hususi yerde devamlı olarak kumar oynanması için tahsisini 719. maddesinde ağırlatıcı sebep olarak kabul etmektedir. Demek oluyor ki, Yeni İtalyan Ceza Kanunu, bizim kanunun ayırdığı şekilde hususi mahaller bakımından bir ayırım ve şart koşmamış sadece kumar oynamak için devamlı hususi yer tahsisini (Case da giuoco) ağırlatıcı sebep olarak tayin etmiştir. Yeni İtalyan Ceza Kanunu, hususi mahaller bakımından geniş bir tabir kullandığı içindir ki, 1889 Ceza Kanununda ve Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, kumar aletleri için para alınması halini belirtmek lüzumunu hissetmemiştir.

Ceza Kanunumuzun genel olarak umumi yerlerde oynanan kumar fiillerini cezalandırmasına rağmen, belirli hallerde hususi yerlerde oynanan kumar fiillerini de cezalandırmasının sebebi nedir? Ne sebepledir ki, kanun bir faraziye yaratarak, hususi yerleri de umumi mahaller arasına katmıştır? 1887 tarihli kanun programı hakkındaki vekâlet projesinde, hususi yerlerin bazı hallerde umuma mahsus mahaller gibi kabul edilmesinin sebebi olarak, gizli kumarı önlemek gayesi gösterilmektedir. 570. maddenin (mehaz 487. madde)

[45] İtalyan Temyiz Mahkemesinin 7 kasım 1955 tarihli kararı, Giust. Pen., 1956, II, 323. Buna karşılık Temyiz mahkemesi, hususi mahallerde belirli kimselerin zaman zaman oyun oynamalarını kumar suçu olarak kabul etmiştir, 24 ocak 1959 tarihli karar, Giust. Pen., 1959, II, 708. Aksi fikir için bk. Antolisei, 419.

gayesi, kumarbaza, organize bir şekilde hususi yerlerde dahi faaliyet imkânı verilmemesidir. Kanunun kabul ettiği hallerde, hususi mahaller de dahi, kumarın cezalandırılması ile muhafazasına çalışılan menfaatler ihlâl edilmiş olmaktadır ⁴⁶. Bu durumda *Bische* tabir edilen gizli kumar cezalandırılmış bulunmaktadır. 570. madde de tanzim edilen hallerde, kumar oynatan kimse kazanç maksadıyla hususi bir yeri gayri meşru gayelerin icrası için tesis etmektedir. Fail, organize bir ünite ortaya çıkartmakta ve hususi mahiyetteki mahalli ya kanunen yasak bir gayeye tahsis etmekte veya mevcut mahallin kuruluş gayesini saptırmaktadır ⁴⁷.

Her türlü kumar fiilinin cezalandırılabilmesi için, fiilin belirli vasıfları haiz yerlerde oynanması şartının hukuki mahiyeti nedir? Manzini, mahal şartını bir cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmektedir ⁴⁸. Bizim de iştirak ettiğimiz Antolisei'in fikrine göre ise, yer şartı fiilin cezalandırılabilme unsuru olmayıp unsurudur ⁴⁹. Gerçekten, failin kumar oynarken icra ettiği hareketlere olduğu kadar, hareketin yapıldığı yere de iradesi matuftur. Fail hareketini, kanunun aradığı şartları haiz bir mahalde icra etmek kastıyla hareket etmektedir veya ettiği kabul edilmektedir. Fail'in, kanunun belirli mahallerde kumar oynanmasını veya oynatılmasını yasak ettiği hususundaki hükmünü bilmemek, kanunu bilmemek sayılacağından mazaret teşkil etmezse de, mahallin mahiyeti hususundaki yanılma unsurunda hata teşkil edeceğinden mesuliyete tesir eder. Bu hususda aşağıda, suçun manevî unsurunu incelerken bilgi vereceğiz. Sadece şunu belirtmek gerekir ki, eğer Manzini gibi, mahal şartının cezalandırılabilme şartı olduğunu kabul etseydik, bu konudaki hatanın da etkisiz olması icap ederdi. Zira, bu halde failin iradesinin belirli bir mahalle tevcihi aranmayacaktı ve bu sübjektif durumun dışında, tahakkuku halinde fiil suç teşkil edecekti. Halbuki, kanaatimizce, fail, icra edeceği hareketi belirli bir yerde icra etmek iradesine de sahiptir.

4 — Maddî unsur.

Türk Ceza Kanununun 567. maddesine göre, belirli mahallerde, «Kumar oynatmak» ve «kumar oynatmak için yer göstermek» ceza-

[46] Rel. min. sul prog. 1887, n. CXCVI.

[47] Negri, 990.

[48] Manzini, Istituzioni 423.

[49] Antolisei, 420.

landırılmaktadır. Demek oluyor ki, kumar oynatma suçunu işleyen fail'in kanunun tayin ve tesbit eylediği bu iki hareketten birini icrası gerekmektedir:

a) *Kumar oynatmak için yer göstermek*: Bu mefhumla kanun, bir kimsenin, kumar oynayacak kimselere yer temin etmesi, izin vermesi veya göz yumması hallerini kastedmektedir⁵⁰. Kanun maksat itibariyle sadece yerin sahibini değil ve fakat o yeri elinde bulunduran ve oyunu önleyebilme yetkisi olanların bu yetkilerini kullanmamalarını dahi cezalandırmak iradesindedir⁵¹. Kumar oynatmak için yer temin eden failin hareketi sadece bundan ibaret kalmaktadır. Kumar topluluğunu tanzim, organize etmek gibi bir faaliyeti mevcut değildir⁵². Yer temin eden, gösteren kimsenin, bir menfaat temin etmesi, hareketin tamamlanması için şart değildir; hatta menfaat temin etmemesi şarttır. Zira, failin, oynanan oyunla, kazanç veya kayıp bakımından bir ilgisinin bulunmaması gereklidir. Bu tabir, 1889 Ceza Kanunu projesinde mevcut değilken, yani proje bu fiili cezalandırmazken, Revizion komisyonunda, Arabia, Lucchini ve Calendanın teklifiyle eklenerek kanunlaşmıştır⁵³. Bu mefhum yeni İtalyan Ceza Kanununda, kumar oynamak için, «kolaylık göstermek.» terimi ile ifade olunmuştur. Kumar oynamak için yer temini ve kolaylık göstermek fiillerinin dışında, bu oyuna basit şekilde tolerans göstermek, fiili toleransla karşılamak da cezalandırılabilir mi? İtalyan Temyiz Mahkemesi, müteaddit kararlarında, «tolerans» ile «kolaylık göstermeği» ayırmakta ve tolerans göstermek hallerinde fiili cezalandırmamaktadır⁵⁴. Buna karşılık, Antolisei haklı olarak, kanunun sırf mefhumu genişletmek bakımından «agevola» tabirini kullandığını ve bununla toleransı dahi cezalandırmak istediğini, bu bakımdan Temyiz Mahkemesi kararlarının, kanunun ruhuna aykırı olduğunu ileri sürmektedir⁵⁵. Bizce de, kanunumuz, yer göstermek tabiri ile sadece icrai bir hareketi kasetmemekte ve belirli manevî unsurların tahakkuku halinde, ancak onun toleransı ile oyun oynana-

[50] Rel. al Re sul prog. 1887, CXL.

[51] İtalyan Temyiz Mahkemesinin 18 mart 1915 tarihli kararı, Riv. Pen. LXII, 447.

[52] Sabatini, 361.

[53] Negri, 992.

[54] Bu kanundaki İtalyan Temyiz Mahkemesinin, 20 ocak 1934 tarihli kararı (Giust. Pen. 1934, II, 1220, ve, 30 kasım 1936 tarihli kararı (Giust. Pen. 1937, II, 1091)).

[55] Antolisei, 419.

bilmesi hallerinde, bu toleransın gösterilmesi şeklindeki ihmali hareketlerle dahi fiilin ika edilebileceğini kabul etmektedir.

b) *Kumar oynatmak*: Kumar oynamak için bir yeri organize, idare ve tanzim etmektir. Kanaatimizce, bu halde de, failin bir menfaatinin mevcudiyeti şart olmamakla beraber, pratik olarak, bu şekilde organize kumar yerlerinin tanzimi ve kurulması bir kâr gayesine matuftur. Bununla, beraber, kâr gayesi güdülmeden de, kanunun aradığı mahallerde kumar oynatmak mümkündür. Meselâ, başka gayelerle kurulmuş bir kulübün sahibi, kumar oynatmak için ayrıca bir ücret talep etmeden, kumar tertip edebilir. Bu halde kumar oynatanın kumar oynanmasından dolayı bir kârı mevcut değilken, kumar oynatmaktadır ve fiil suç teşkil eder. Bu bakımdan, kumar oynatmak fiili ile kumar oynamak için yer temini hareketini birbirinden ayıran husus, failin birinde kâr temin etmesi, kazanç maksadı gütmemesi, diğerinde gütmemesi değildir. Aradaki fark, birincisinde kumar'ı tanzim ve tertip edenin fail olması diğerinde ise failin bu şekilde bir harekete iştirak etmeyip sadece kumar oynanacak yeri göstermesidir. İtalyan doktrini ise, genel olarak, kumar oynatma fiilinin tahakkuk edebilmesi için failin kazanç gayesi gütmemesini, kâr amacı ile hareket etmesini şart görmektedirler⁵⁶. Failin kazanç güdüp gütmemesi hususunda daha geniş bilgiyi suçun manevî unsurunu incelerken vereceğiz.

c) *Maddî unsur ile ilgili sair meseleler*: Maddî unsuru teşkil eden kumar oynatmak ve oynatmak için yer göstermek fiillerinin her ikisi için de müşterek sair bazı meseleler de ortaya çıkmaktadır:

Bir kimsenin kumar oynatan veya kumar oynamak için yer gösteren sayılması için, bu hareketlerini itiyat haline getirmesi veya kumar oynatılan yerlerin devamlı olarak bu işe tahsisi şart mıdır? Yoksa, bir kimsenin, bu hareketleri bir kere dahi icrası suçun tamamlanması için kâfidir? Kanaatimizce kanunumuz, fiilin tahakkuku için herhangi bir şekilde itiyadın tahakkukunu şart koşmuş değildir. Bu bakımdan, fiilin bir defa icrası dahi cezalandırılabilmesi için kâfidir.

Bu hususta İtalyan Ceza Hukuku Doktrininde de iki görüş ortaya çıkmış bulunmaktadır. Negri, Marchetti, Carnevale, Viazzi, Sabatini⁵⁷, gibi müellifler, yer temini hareketin de bir kumar mües-

[56] Manzini, 515 - Antolisei, 420 - Sabatini, 362 - Vescovi, Il giuoco della tombola., 360.

[57] Carnevale, 21 - Negri, 991 - Marchetti, 484 - Sabatini, 361 - Viazzi, 191.

sesesi kurulmasının cezalandırıldığını, bu bakımdan bir müessese mahiyeti olan hallerde fiilin cezalandırılabilceğini kanun kullandığı, «tiene un giuoco d'azzardo» ve «presta all, uopo ile locale» tabirlerinin devamlı bir tahsisi ifade ettiğini belirtmektedirler. Buna karşılık, Zerboglio ve Manzini ise ⁵⁸, fiilin cezalandırılabilmesi için böyle bir şartın mevcudiyetini aramamaktadırlar.

Kanaatimizce de, kanun hükümleri, suçun tamamlanması için bir itiyadın, bir devamlılığın aranmadığını göstermektedir. Nitekim, 570. madde, kumar oynamanın mutad hale getirildiği durumlarda hususi yerlerin umuma mahsus yerler gibi kabul edileceğini belirtmektedir. Bir yerde oyun oynamanın mutad hale getirilemesi, orada kumar tesis eden kimsenin fiili itiyad haline getirmesi, yerin devamlı olarak kumar tahsisi anlamına gelir. Kanunun, itiyad halini araması sadece bu dümu bakımındadır. Ancak bu haldedir ki itiyadi bir suç vardır. Kanun, sadece mahallin karakterini değiştirmesi bakımından itiyadı aradığına göre, diğer haller de, fiile itiyadi suç mahiyetini vermemiş demektir. Kanun esas itibariyle, umuma mahsus mahallerde kumar oynatılmasını veya yer gösterilmesini, suçun teşekkülü için şart koşmuş ve bu kaidenin istisnas olarakdır ki, hususi bir mahalde kumar oynamak ve oynatılmasını cezalandırılan yer olarak kabul etmiştir. Netice olarak, belirttiğimiz hal dışında, kanunun fiilin tamamlanması için fiilde itiyadı, yani suçun itiyadi suç olduğunu aramadığı kanaatindeyiz. Nitekim, yeni İtalyan Ceza Kanunu da, kumar evinin tesisini ağırlatıcı sebep olarak kabul etmiştir (mad. 719 ve 721). İtiyadın bir ağırlatıcı sebep olarak kabulü, unsur olmadığını göstermektedir. Aynı durum bizim kanunumuz bakımından da bahis konusudur. 567. madde, itiyadı bir ağırlatıcı sebep olarak kabul etmekle, suçun tamamlanması için bir unsur olmadığını göstermiştir.

Kumar oynamak için tahsis edilen veya izin verilen yerin, umuma mahsus, umuma açık veya 570. maddenin tayin ettiği şartlara uygun bir yer olması şarttır. Bu şart, suçun umumi bir unsurunu teşkil etmektedir. Sadece Manzini, yer temini suçunun ancak 487. (570) maddeye uygun yerlerde olabileceğini, yani esas itibariyle hususi olduğu halde, kanunun kabul ettiği faraziye ile umumi sayılan yerlerde yer temininin mümkün olabileceğini kabul etmektedir; Negri de aynı kanaattedir ⁵⁹. Zira, kanun lokal tahsisinden bahsetmektedir, halbuki umuma mahsus veya umuma açık yerler lokal

[58] Zerboglio, 631 - Manzini, 513.

[59] Manzini, 513 - Negri, 991.

mahiyetinde değildir. Bu kanaat, kanunumuza göre doğru değildir. Kanunumuz, İtalyan mehzaz 1889 mehzaz kanununda olduğu gibi, «lokal» tabirini kullanmamış ve «yer» tabirini kullanmıştır. Bu bakımdan, tahsis edilen yerin kapalı bir yer olması şart değildir. Manzini ve Negrinin kanaatinin İtalyan Ceza Kanunu bakımından da yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Mehzaz kanunun, lokal tabiri ile, illâki kapalı bir yeri veya hususi mahalleri kasetmediği kanaatindeyiz. Bu müelliflerin fikri kabul edilecek olursa, 570. madde şumulüne girmeyen bir yerde bir kimsenin kumar oynatması halinde, bu şahsın cezalandırılmaması ve sadece kumar oynayan kimsenin cezalandırılması gerekecektir. Meselâ, bir park bekçisi veya bir kütüphanenin bekçisi, burada kumar oynatsa, cezalandırılmıyacaktır. Park açık bir yer ve kütüphanede umuma açık bir yer olduğu ve 570. maddenin şumulüne girmedikleri halde, burada park ve kütüphane bekçileri 567. maddeyi ihlâl etmişlerdir ve bu maddeye göre cezalandırılabilirler icap eder.

5 — İcra ile ilgili meseleler.

567. maddenin tanzim ettiği şartlara uygun bir fiilin cezalandırılabilmesi bakımından, bazı icraî meseleler de ortaya çıkmaktadır.

Yukarda da bir vesile ile belirttiğimiz gibi, sadece aktif olarak bir yeri kumar oynamak için göstermek veya kumar oynatmak şart değildir. Yetkisi olduğu halde, kumar oynanmasına göz yummak halinde dahi, 567. maddenin aradığı unsurlar tahakkuk etmiş sayılmalıdır⁶⁰. Nitekim, 1889 Ceza Kanunu hakkında ki, vekâlet raporunda da bu husus belirtilmekte ve faile aynı şekilde yardım eden kimsenin dahi cezalandırılacağı belirtilmektedir⁶¹. Yeni İtalyan Ceza Kanununun 40. maddesinin son fıkrası hükmüne uygun olarak, fiili önleme mükellefiyeti olan kimsenin, bu mecburiyeti yerine getirmesi halinde, o şahıs da, suçu işlemiş sayılır. İhmali şekilde fiili işlemiş olarak kabul edilir⁶². Meselâ, bir mahalle bekçisi, belirli bir yerde kumar oynatıldığını bilse ve bunu önlemese o da suçu işlemiş sayılacaktır. Aynı şekilde, suç kabahat nev'inden olduğu için, Ceza Kanunumuzun 60. maddesinin şartları mevcutsa, kontrol mükellefiyeti altında bulunan kimse de, 60. madde hükmüne göre 567. mad-

[60] Manzini, 512 - Negri, 992 - Viazzi, 193.

[61] Manzini, 512 - İtalyan Temyiz Mahkemesinin 15 aralık 1911 tarihli kararı, Giust. Pen., XVIII, 457 - ayrıca 3 ağustos 1908 tarihli karar Riv. Pen., LXVIII, 446.

[62] Manzini, Istituzioni, 423 - Antolisei, 419 - Ranieri, 584.

deye göre cezalandırılabilir. Meselâ, bir lokanta garsonu, lokantada kumar oynatsa ve bunu lokantanın sahibi de bilse, bunu önlemek yetkisi varken önlememekle, 60. maddeye göre 567. maddeyi ihlâl etmiş olmaktadır. Bu durumda görülmektedir ki, 567. madde de yer almış bulunan suç, icrai - müsbet hareketlerle işlenebileceği gibi, ihmali - menfi hareketlerle dahi icra edilebilir.

Suç, ani olabileceği gibi mütemadi mahiyet de arzedebilir. Yukarda, suçun tamamlanması için bir itiyadın veya yer bakımından bir devamlılığın mecburi olmadığını belirtmiştik. Bu bakımdan, genel olarak, 567. maddede ki suç mütemadi bir mahiyet arzetedir⁶³. Sadece, 570. maddeye göre, kumar oynanılması mutad hale getirilen bir yerin teşekkülü için temadinin lüzumu aşikârdır ve bu gibi bir yerde kumar oynatılması, halinde, fiilin mütemadi mahiyet kazanaacağı tabiidir.

Suçun, müsel sel suç mahiyeti arzedebileceği de tabiidir. Failin, aynı suç işlemek kararı ile, müteaddit defalar kumar oynatması veya yer göstermesi halinde TCK. 80. maddenin tatbik imkânı bahis konusu olabilir. Sadece şunu belirtmek gerekir ki, failin hep aynı yerde kumar oynatması, diğer bir deyişle, belirli bir yeri kumar oynanması için tahsis etmesi, kumarhane açması halinde, artık bir müsel sel suçtan değil, yukarda da belirttiğimiz gibi mütemadi tek bir suçtan bahsetmek icap eder⁶⁴. Bu durumda, ortada birden fazla suçların içtimaindan ziyade temadi eden bir tek suç mevcuttur. Suçun tamamlanma anı icra hareketlerinin bitmesi anıdır; mütemadi suç halinde de, herhangi bir sebeple, failin kumar oynattığı yerde ki hakimiyeti bitince suç tamamlanmış olur.

İtalyan doktrininin üzerinde durduğu bir noktada, faillerin meşhut suç halinde yakalanmalarının gerekliliğidir. Bir çok İtalyan müellifi, 567. maddede yer almış bulunan suçun takip edilebilmesi için, faillerin meşhut suç halinde yakalanmalarını şart olarak kabul

[63] Manzini, itiyadı aramamakla beraber, yerin devamlı olarak bir maksada tahsisini aramaktadır, 516. İtalyan Temyiz Mahkemesi de, suçun teşekkülü için itiyadı aramamaktadır: 22 ocak 1917 tarihli karar, Sc. Pos. XXVII, 261 - ayrıca 26 şubat 1912 tarihli karar, Giust. Pen. XVIII, 609.

[64] Manzini, yerin devamlı olarak kumar maksadıyla tahsisi halinde, orada tertip edilen her seansı ayrı suç saymakta ve müsel sel suç kaidelerini tatbik etmektedir, 516. Bizce, eğer tahsis unusur olarak kabul edilirse, suçun unsuru kumar'ın oynanması değil, yerin tahsisidir ve bu bakımdan oynanan her kumar seansı ayrı suç sayılmıyacağı için müsel sel suç değil mütemadi suç mevcut olur.

etmektedirler ⁶⁵. Diğer bir kısım müellifler ise, meşruten yakalanmanın gerekli olduğunu kabul etmekle beraber, bu şartın, 567. madde-deki suçun failleri için değil de kumar oynayanların, yani 568. madde-deki suçun faillerinin cezalandırılabilmesi için gerekli olduğunu ileri sürmektedirler ⁶⁶. Meşruten yakalanmanın gerekliliğini kabul edenler de, bu durumun hukuki mahiyeti üzerinde ikiye ayrılmaktadırlar. Bazıları, meşhut suç halinde yakalanmanın suçun unsuru olduğunu kabul ederlerken ⁶⁷, diğerleri bunun bir cezalandırılabilme şartı olduğunu kabul etmektedirler ⁶⁸. Bizim kanunumuz bakımından ise böyle bir şartın hiç bir şekilde aranmadığı kanaatindeyiz. Zira, İtalyan mehzaz Ceza Kanundaki, 485. maddenin «è còlto mentre prende parte» ifadesi kanunumuzun 568. maddesine «kumar oynarsa» tabiri ile aktarılmıştır. İtalyan Ceza Kanununun, kumar oynarken yakalanmayı ifade eden cümlesi aynen tercüme edilmemiştir. Bu bakımdan, kanunumuzun ne 567. ve ne de 568. maddesindeki suçların takip edilebilmesi için meşhut suç halinde yakalanmanın şart olmadığı kanaatindeyiz. Durumu böyle kabul etmekle beraber, İtalyan Ceza Kanununda dahi, sadece kumar oynayanlar için bu şartın kabul etmediğimizi belirtmek isteriz. Meşhut suç halinde yakalanma şartı nihayet bir ispat şartı, usuli bir meseledir. Kanun her ne kadar, 484. maddede oyun oynanırken yakalanmayı şart olarak göstermemiş ise de, 485. maddedeki ifade, bu şartın kumar oynatanlar için de arandığını göstermektedir. Zira, bir kumar evinde kumar oynandığı anlaşılrsa ve kumar oynatan hakkında takibata geçilse, kumar oynatan kimsenin cezalandırılabilmesi için, o yerde bir kaç kişinin birleşerek kazanç maksadıyla şansa dayanan oyun oynadıkları, yani kumar oynadıklarının isbatı gereklidir. Bu husus, 484 (TCK. 567.) maddeki suçun unsurudur. Bu husus ispat edilince, 484. maddedeki suçun takibi için meşhut suç halinde yakalanmayı şart olarak kabul etmezsek, kumar oynatan kimse cezalandırılacak ve fakat kumar oynayan kimseler, kumar oynadıkları ispat edildiği halde, meşhut suç halinde yakalanmadıkları için cezalandırılmıyacaklardır. Bu şekilde varılacak bir netice ise adalet duygularına aykırı olur. Bunun için, mehzaz

[65] Ranieri, 585 - Viazzi, 193 - Zerboglio, 632 - Majno, n. 3009 - Marchetti, 65 - Gatteschi, 153. Meşhut suç halinde yakalanmanın şart olmadığını müdafaa eden bir görüş için bk. Vescovi, La sorpresa in Flagranza., 673.

[66] Manzini, 516 - Sabatini, 365 - Antolisei, 420.

[67] Zerboglio, 632.

[68] Manzini, 516, Istituzioni, 423 - Sabatini, 365 - Antolisei, 42, 421 - Ranieri,

İtalyan Kanunu ile aynı ifadeleri benimsemiş bulunan 1930 Yeni İtalyan Kanununun, kumar oynatanlar için dahi, meşhut suç halinde yakalanmayı kabul ettiğini belirtmemiz gerekir. Nitekim, bu hususu tevsik eden İtalyan Temyiz Mahkemesinin kararları da mevcuttur⁶⁹. Nihayet bu şart ya bir ispat şartı olarak kabul edilmiştir, bu durumda, kumar oynayanların dahi kumar oynadıkları, meşhut suç durumunda yakalanmasalar dahi ispat edilebilir. Nitekim, kumar oynatma fiilinin ispatı için kumar oynandığının ispatı gerekir. Ya da, kanun bu şartı bir cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmiştir; bu durumda da, adaletsizliğe yer vermemek için her iki suç içinde bu şartı kabul etmek gerekir. Bu hükmün, hukuki mahiyeti itibariyle de suçun bir unsuru olmayıp, cezalandırılabilme şartı olduğu kanaatindeyiz. Kanunumuz ise, böyle bir şart kabul etmemiştir ve failer meşhut suç durumunda yakalanmasalar dahi başka delillerle kumar oynadıkları ve oynattıkları ispat edilebilir.

6 — Hukuka aykırılık.

Kumar suçlarının cezalandırılabilmesi için, ayrıca o oyuna yetkili organca izin verilmemiş olması da gereklidir; diğer bir deyişle hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması şarttır. Yalnız şunu belirtmek gerekir ki, bir kumar fiilinin cezalandırılabilmesi için, oyunun resmen yasak edilmiş olması değil müsaade verilmemiş olması gereklidir⁷⁰.

Bazı devletler, turistik amaçlarla kumar oynanabilen bölgeler ihdas ettikleri gibi, belirli oyunların oynanmasına da izin vermektedirler. Meselâ, at yarışları üzerine oynamak, spor-toto esasında birer kumardır. Hatta piyangonun dahi bir kumar olduğunu söyleyebiliriz. Futbol oyunlarında ve at yarışlarında şahsi maharet'in rolü varsa da, şahsi maharet oyunu oynayana, yani jokey'e ve futbolcuya aittir. Bunlar üzerine oyun oynayanların ise bu şahsi maharetle ilgisi olmaksızın sırf şansa dayanan bir faaliyetleri vardır ve bu bakımdan kumardır. Fakat kanunla bu oyunlara izin verilmiştir. Bu bakımdan bir hukuka uygunluk sebebi mevcuttur. Aynı şekilde, memleketimizde de, bir çok oyun salonları açılmış ve makina ile oynanan bir takım şans oyunlarına imkân verilmiştir. Bu şekildeki oyun yerlerinin açılmasına mülki idare amirleri izin verebilmektedirler. Bu şekilde, bu oyunları oynayanlar kanundan doğan haklarını icra etmektedirler.

[69] 16 haziran 1951 tarihli karar, Giust. Pen., 1952, I, 59.

[70] Viazzi, 191 - Ranieri, 586.

Eski İtalyan Hukukunda da, çeşitli kanunlar veya idari müsaadelerle, Lotto, Lotterie e tombole pubbliche, bilârdo vs. gibi «Giuochi Comuni» tabir edilen oyunlar ve Rulet hariç olmak üzere sair aletle oynanan şans oyunları (Giouchi automatici) kumar haricinde kabul edilmişler ve oynanmalarına izin verilmiştir⁷¹. Şimdi Yeni İtalyan Ceza Hukukunda da hemen hemen aynı oyunlara izin alınmaü şartıyla müsaade edilmektedir. Amme Emniyeti Kanununun 88. ve 110. maddeleri, bu şekildeki oyunları oynatanların tabi oldukları şartları ve mükellefiyetleri belirtmektedir. Aynı şekilde Yeni İtalyan Ceza Kanununun 723. maddesi, bu kaidelere riayetsizlik, kumar teşkil etmiyen oyunların icrasında suistimal hallerini de müstakil suç olarak kabul etmek suretiyle cezalandırmıştır. Bu kaidelerle, hem bu oyunları oynayanların ve hem de oynatanların emredici kaidelere riayetleri sağlanmak istenmiştir. Bizim hukukumuz bakımından bu şekilde genel bir hüküm mevcut değildir. Spor totoya, at yarışlarında müşterek bahse vs. izin veren kanunlarda bu oyunları düzenleyici hükümler ve ihlâli halinde tatbik edilecek ceza kaideler yer almış bulunmaktadır. İdari kararlarla izin verilmiş oyunların suistimali, kaidelere aykırılığı halinde ise artık Ceza Kanunumuzun kumar suçlarına ait 567. ve 568. maddelerinin tatbiki imkânı yoktur çünkü esas itibariyle oynanan oyuna izin verilmiş bulunmaktadır. Sadece bir emre riayetsizlik mevcuttur ve şartlarının tahakkuku halinde 526., 539-540. maddelerinin tatbiki düşünülebilir.

7 — Manevî unsur.

Kumar oynatan kimsenin hangi irade ile ve psikolojik durumda hareket etmesi gerektiğini belirtmeden evvel, kaydetmemiz gereken husus, failin oynanan oyundaki kâr ve ziyanla ilgisiz bulunması gerektiğidir. Bu husus bütün doktrinin kabul ettiği bir hususdur⁷². Bu bakımdan kumar oynatan kimse, kumar oynayanların şanslarının tayin edeceği neticeden uzak bir şekilde hareket etmektedir⁷³.

Kumar oynatan kimsenin, kumarbazın şansıyla ilgisi bulunmaması kabul edilmekle beraber, acaba, kumar oynatan veya yer temin

[71] Bu oyunlar hakkında tafsilât için bk. **Manzini**, 499-510. Aynı oyunların kumar teşkil etmeyeceği hakkında Temyiz Mahkememizin bir kararı için bk. **Tem. CUH.**, 26.11.1952 T. ve E. 51/K. 180 (**Köseoğlu**, 716).

[72] **Sabatini**, 362 - **Vescovi**, *Il giuoco della tombola.*, 360 - **Negri**, 992 - **Ranieri**, 584 - **Majno**, 3005.

[73] **Sabatini**, 362 - **Vescovi**, *Il giuoco della tombola.*, 361.

eden kimsenin bir kazanç kâr gayesi gütmesi şart mıdır? Fail, kazanç gayesiyle hareket etmediği takdirde 567. maddeyi ihlâl eden bir fiil ika etmemiş mi sayılacaktır? Manzini ve Negri, kumar oynatan tabirinin, bir kâr karşılığı kumar tertip etmek anlamına geleceğini belirtmekte ve kumar oynatmak mefhumunun tekemmülü için, faillerin banko alması gerekeceğini ileri sürmektedirler ⁷⁴. Bir İtalyan Temyiz Mahkemesi kararına göre de, Banco almak şansdan müstakildir ve kumar oynatanın kaybetmek ihtimali mevcut değildir ⁷⁵. Diğer bazı müellifler de, Banco almak hususunda bir ifadede bulunmamakta iseler de, kumar oynatanın bu işi bir menfaat karşılığı ikamı şart görmekte oldukları ⁷⁶.

Kanaatimizce, kumar oynatma mefhumunun tahakkuku için, kumar oynatanın bir menfaat gütmesi şart değildir. Her ne kadar, pratik bakımdan kumar oynatmak ve hatta kumar oynamak için yer göstermek bir menfaate dayanırsa da bu husus, kanunumuzca, bir şart, unsur olarak aranmış değildir. Kanun sadece, 570. maddede, hususi mahallin umumi mahal sayılabilmesi için gerekli şartlardan birinde, kumar aletlerinin oynatılması suretiyle kâr teminini unsur olarak kabul etmiştir. Bunun dışındaki hallerde failin kazanç maksadı ile hareketi unsur değildir. Her ne kadar, 569. maddede kumar oyununun müşterek unsuru olarak, şans ve talihe dayanan kazanç oyunlarının mevcudiyeti kabul edilmekte ise de, bu husus kumar oyununun mevcudiyeti için şarttır ve 567. maddedeki fiilin cezalandırılabilmesi için de, o yerde kumar oyununun oynanması şarttır. Öyleyse, kumar mefhumunun tahakkuku, yer temininin cezalandırılması için şarttır. Oyun oynatan veya yer temin edenin, oynanan oyun kumar olmadıkça cezalandırılabilmesi imkânı mevcut değildir. Fakat bu husus, kumar oynatan kimsenin kâr gayesi gütmesi mecburiyetini ifade etmemektedir. Bunun dışında, yukarıda belirttiğimiz gibi, Manzini ve Negrinin kumar oynatma mefhumunun tahakkuku için oynatan kimsenin Banco tutması gerektiği hususundaki kanaatleri yerinde değildir. Zira Banco tutmak, oyun oynayan kimselerin kârlarından hisse almak, diğer bir deyişle kumara dışardan iştirak etmek anlamına gelir ki, bu husus kanaatimizce kumar oynamak mefhumuna dahildir ⁷⁷. Banco tutmakta, banco tutan kazanç nisbetinin azlığı ve çok-

[74] Negri, 990 - Manzini, 512.

[75] 15 aralık 1911 tarihli karar, Giust. Pen. XVIII, s. 457.

[76] Sabatini, 362 - Crivellari, 593.

[77] Ranieri, 584.

luğu ile ilgilidir. Bu bakımdan, kumar mefhumuna dahildir. Halbuki, Negri ve Manzininin kabul ettiği gibi, 567. maddedeki fiili işleyenlerin kumar oyunu ile ilgisi bulunmaması, sırf bu fiil bakımından, kazanç veya kaybının kumar oyununa bağlı olmaması gerekir. Kumar oynatan kimse, kumar aletlerinden para almak veya mano almak suretiyle kâr temin edebilir. Mano, Bancodan farklı olarak oynanan oyundaki kazanç ve ziyanla ilgili olmayarak kumarbazlardan belirli bir miktar para almak anlamına gelmektedir⁷⁸. Yukarıda belirttiğimiz gibi, 570. maddenin sadece bir halde kazanç maksadını göz önünde bulundurması, diğer hallerde bu maksadın güdülmediğini ortaya koymaktadır. Kumar oynatan kimsenin kazanç gayesiyle hareket etmesini şart olarak kabul etmek, bazı adaletsiz neticelere yer açması bakımından da yersizdir. Meselâ, bir kimse, oyun oynayan kimselerin kumar oynayacaklarını bildiği halde, yer temin etse veya kumar oyunu tertip etse ve fakat hiç bir menfaat gütmese, eğer menfaat şartını unsur olarak kabul edersek, bu durumda yer temin eden veya oynatan kumar oynayanların maksadını bildiği ve bilerek hareketini yaptığı halde cezalandırılmıyacaktır ki, bu kanaatimizce kanunun maksadına aykırı düşer. Bu bakımdan gerek kanunumuz gerek yeni ve eski İtalyan Ceza Kanunları yönünden, yer temini ve kumar oynatmak fiillerinin teşekkülü için, faillerinin kâr gayesiyle hareket etmesinin şart olmadığı kanaatindeyiz. Sadece, gerekli olan, bu suç bakımından, failin, kumar oynayanların kâr ve kazançlarının nisbetiyle ilgili olmamasının gerekli olduğudur.

567. maddeki suç failinin cezalandırılabilmesi için gerekli olan manevî durum, failin yer temin eder veya oyun oynatırken onların kumar oynayacaklarını bilerek hareket etmesidir. Fail, kumar oynayacaklar arasındaki irade uygunluğunu bilerek hareket etmek, kendi iradesiyle fiili icra ve yer'in mahiyeti üzerindeki inançtır⁷⁹. Failin bu iradesi, kararı üzerinde hataya düşmesi mümkün müdür? Manzini, hatanın hukuken ehemmiyet arzetmediği kanaatinde⁸⁰. Manzininin, bilhassa yer şartını, cezalandırılabilme şartı kabul etmesi bakımından bu hususta hatayı kabul edemeyeceği tabiidir. Sabatini de, sadece, failin kazan maksadıyla hareket etmediğini ispat ederek veya bu husustaki hatasını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceğini belirtmektedir⁸¹. Buna karşılık bazı İtalyan müellifleri,

[78] Tem. 2. CD., 14.4.1948 T. ve E. 3884/K. 4000 sayılı kararı (Köseoğlu, 715).

[79] Ranieri, 586.

[80] Manzini, 517.

[81] Sabatini, 363.

hatanın hukuken değer ifade edeceğini belirtmektedirler⁸². İtalyan Temyiz Mahkemesi ise, genel olarak, manevî unsura çok az önem vermiş ve hata hallerinde dahi failleri cezalandırmak yolunu tutmuştur⁸³. Halbuki kanaatimizce failin, üç husustaki hatasının, sorumluluğunu ortadan kaldırması icap eder:

a) Fail, kumar oynayanların gayelerinde hataya düşebilir. Yer temin ettiği kimselerin kazanç maksadı olmaksızın sırf eğlence için oyun oynayacaklarını zannetmiş olabilir. Bu vaziyette, suçun unsurlarında hataya düşmüş olan fail cezalandırılmaz. Zira, 567. maddeye göre bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için, yer temin edilen mahalde kumar oynanması şarttır. Bu bakımdan failin kumar oynadığını bilmemesi halinde, cezalandırılabilmesi imkânı olmaz. Kusurlu iradesi tam olarak teşekkül etmemiştir. Nitekim, Temyiz Mahkemesinin de, failin kumar oynadığını bilmemesi halinde cezalandırılmayacağını belirten kararları mevcuttur⁸⁴. Tabiatıyla bu şekildeki bir hatanın kumar oynatma durumunda teşekkülü müşküldür.

b) Fail, mahal bakımından da hataya düşmüş olabilir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, mahal şartının unsur olduğu, cezalandırılabilme şartı olmadığı kanaatindeyiz. Bu bakımdan hataya düşmek mümkün olabilecektir. Fail'in, kanunun hangi mahalde oyun oynanmasını yasak ettiği hususundaki hatası kanunu bilmemek demek olduğundan hüküm ifade etmezse de, mahallin mahiyeti hakkındaki hata hüküm ifade eder. Meselâ, bir bahçenin, hususi bir şahsa ait olduğunu zanneden ve burada kumar oynatan bir kimse, bu bahçenin park olduğunu bilmemek suretiyle hataya düşmüşse, cezalandırılmayacaktır. Zira, gene suçun unsurlarında hataya düşmüştür.

c) Nihayet fail, hukuka uygunluk sebebinde hataya düşebilir. Fail, oynattığı oyuna veya temin ettiği yerde oynanacak oyuna, yetkili makamlarca veya kanunlarca izin verildiğini düşünebilir. Nitekim, İtalyan Temyiz Mahkemesi Belediyenin bir oyuna izin verdiği hususundaki hatayı makbul kabul etmiş bulunmaktadır⁸⁵. İşbu şekildeki bir hata halinde dahi, failin cezalandırılması imkânı mevcut değildir.

Bütün bu hata hallerine müşterek bir husus olarak şunu belirtmek gerekirken, TCK. nun 45. maddesine göre, kabahatlerde failin

[82] Negri, 994 - Viazzi, 192.

[83] İtalyan Temyiz Mahkemesinin 6 mart 1891 tarihli kararı, For. İt., 1891, 479 aynı mealde diğer bir karar için bk. 29 şubat 1896, Cass. Un., VII, 1005.

[84] Tem. 2. CD., 15.2.1939 T. ve E. 3659/K. 1875 sayılı kararı (Köseoğlu, 715).

[85] 7 aralık 1907 tarihli karar, Giust. Pen., 1907, 395.

cezalandırılabilmesi için kastın mevcudiyeti şart olmayıp, kusurlu iradenin mevcudiyeti şart olduğuna göre, fail hataya düşmekte, taksir derecesinde kusurlu olsa dahi, hatadan istifade edemiyecek ve cezalandırılacaktır.

8 — Ceza.

567. maddeye göre, fiilin basit cezası, bir aydan altı aya kadar hafif hapis ve 250 liradan 500 liraya kadar hafif para cezasıdır. Ayrıca, kumar oynanan yerde bulunup kumar oynamaya yarayan veya kumar oynamaya tahsis olunan mevat ve alât ile ortada bulunan eşya ve para da zapt ve müsadere olunur. Bu müsadere ve zapt hükmü bakımından kanunumuzla mehzaz İtalyan Ceza Kanunu arasında fark mevcuttur. Bir kere, İtalyan Ceza Kanunu müsadere hükmünü, 486. maddede ayrı bir hüküm olarak vaz'etmiş ve gerek kumar oynatmak ve yer temin etmek suçu gerek kumar oynamak suçu için umumi bir ceza şeklinde kabul etmiştir. Kanunumuz ise, bu cezayı 567. maddede tanzim etmiş ve bu şekilde sadece, kumar oynatan veya yer temin eden bir kimsenin mevcudiyeti halinde cezanın tatbikine imkân vermiştir.

Mehaz Kanununun 486. maddesi ile kanunumuzun 567. maddesinin ikinci fıkrası arasındaki diğer bir fark da, İtalyan Ceza Kanunu, kumar'a sürülmüş bulunan ve ispat edilen bütün paranın müsadere sine hükmetmişken, kanunumuz sadece ortada bulunan paranın zaptını icap ettirmektedir. İtalyan mehzaz kanununun tatbiki bakımından, ortada bulunmasa dahi kumara sürülen bütün paranın zaptını icap ettirmektedir⁸⁶. Buna karşılık Temyiz Mahkememiz, kanunumuzun açık ifadesi karşısında, haklı olarak, ortada bulunmayan paranın zaptına karar verilemeyeceğini kararlaştırmıştır⁸⁷.

9 — Suça tesir eden sebepler.

Kanunumuzun 567. maddesi bu suçla ilgili olmak üzere bir takım objektif ve sübjektif suça tesir eden sebepler kabul etmiş bulunmaktadır:

a) *Suça tesir eden sübjektif sebepler:* 567. maddemiz, İtalyan Ceza Kanunundaki hükümlere benzer şekilde, tekerrürü ve itiyat'ı

[86] Negri, 994.

[87] Tem. 2. CD., 29.4.1948 T. ve E. 4284/K. 4481 sayılı karar (Köseoğlu, 715).

ağırlatıcı sebep olarak kabul etmiştir. Yalnız, hemen şu hususu belirtmek gerekir ki, kanunumuzun yazılış tarzı iyi olmadığı için, bir takım güçlüklerin ortaya çıktığı görülecektir.

567. maddenin sonuncu fıkrasının son cümlesi, fiilin, «tekerrürü halinde iki aydan bir seneye kadar hafif hapis ve 500 liradan 1000 liraya kadar hafif para cezasına mahkûm olur» hükmünü taşımaktadır. Burada üzerinde durulması gereken nokta, 567. maddenin tesbit ettiği tekerrür hükmünün tatbiki için, en az iki fiilin ne müddet içinde işlenmesi gerekeceği ve bu hususi halin tatbiki dışında umumi tekerrür hükümlerinin de tatbik edilebilip edilmeyeceğidir. Kanunun yazılış sakat bir şekil gösterdiğinden⁸⁸, kesin bir karara varmak müşkildir. Manzini ye göre, bu hususi tekerrür hükmünün tatbiki umumi tekerrür hükmünün tatbikine mani değildir⁸⁹. Negri de, tekerrürü icap ettiren bir durum olduğu vakit, ortada yeni bir suç tipinin mevcut olduğunu ileri sürmektedir⁹⁰. Bu düşüncenin tabii neticesi olarak, Negrinin, 484 (TCK. 567.) maddedeki tekerrür halinin dışında umumi tekerrür hükümlerine göre de cezanın artacağını kabul ettiği düşünülebilir. Meseleyi kanunumuz bakımından inceleyecek olursak, aynı neticeye varmamız müşkil olacaktır. Zira, İtalyan me haz ceza kanunu «puo' estendersi» tabirini kullanmak suretiyle, bu tekerrür durumun tatbikini hakim in takdirine bıraktığı için, İtalyan doktrininin kabul ettiği şekil makul görülebilir. Zira, me haz kanun, tatbiki ihtiyari olan bir ağırlatıcı sebep kabul etmiştir ve ayrıca me haz kanunun 80. maddesine göre tatbiki mecburi olan tekerrür hükümlerinin tatbiki gerekir. Me haz Kanunun, bu halde tekerrür hükümlerinin tatbikini hakim in takdirine bıraktığı, bu halde tekerrürün mecburiliğini kaldırdığı düşünülemez. Zira, 484. madde me hazın 80. maddesine göre tekerrür sebebiyle artırılacak miktardan daha fazla bir artırma müddeti kabul etmiş bulunmaktadır; yani kumar suçlarında tekerrürü daha ağır bir durum olarak kabullenmiştir. Bu, bakımdan kanunun tekerrür hükümlerinin bu halde tatbikini ihtiyari bıraktığı düşünülemez. Kanunumuz ise, «mahkûm olur» ifadesini kullanmak suretiyle 567. maddedeki tekerrür hükmünün tatbikini mecburi olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan, tekerrür hükmünün bir ağırlatıcı sebep olarak tatbik edilemeyeceği yani 567. madde tatbik edildikten sonra ayrıca 81. maddenin tatbiki

[88] Viazzi, 193.

[89] Manzini, 517.

[90] Negri, 993.

imkânı olmadığı kanaatindeyiz. 567. madde özel bir tekerrür hükmü vaz'etmiştir. Bu madde tatbik edildikten sonra ayrıca 81. madde tatbik edilmek suretiyle cezanın bir daha artırılmıyacağı düşüncesindeyiz. Zaten, 567. madde, cezayı sabit olarak tesbit etmiş ve bir misli miktarda cezanın tekerrür halinde artacağını göstermiştir. Bu miktar, cezanın 81. maddeye göre artırılması halinde verilecek cezadan da daha ağırdır. Demek oluyor ki, kanunumuz, kumar oynatma suçunda tekerrürü 81/2 maddede göz önünde bulundurulmuş tekerrürden daha ağır olarak kabul etmiş ve hususi tekerrür hali tatbik etmek suretiyle, mehzadan ayrılmıştır. 567. maddedeki bu hükmün tatbik edilebilmesi için, mademki bu hüküm hususi bir tekerrür halidir, 81. maddede tekerrür hükümlerinin tatbiki için gerekli müddetlere riayet şarttır.

Kanaatimizce, esas çetin meseleyi 567. maddenin 3. fıkrasının birinci bendi ortaya atmaktadır. Bu bende göre, «Bu fiilleri itiyat edinmiş bulunduğu..... takdirde yukarıdaki fıkralarda yazılı cezalar bir misli artırılarak hükmolunur». Burada ortaya çıkan mesele, artırılacak cezanın, suçun basit cezası mı yoksa tekerrürü sebebiyle artırılmış cezanın mı olduğu, bu hükmün tatbiki için gerekli şartlardır. Mehzaz İtalyan Ceza Kanununun 484. maddesi, artırılacak cezanın, tekerrür sebebiyle artırılmış olan ceza olduğunu açık şekilde belirtmektedir. Ayrıca, itiyat hükmünün tatbikini de ihtiyari olarak kabul etmiştir. Kanunumuz ise, hem itiyat hükmünün tatbikini mecburi kılmış ve hem de artırılacak cezanın hangisi olduğu hususundaki mehzaz kanundaki sarahati kanunumuza almamıştır. Ayrıca, «yukarıki fıkralarda yazılı cezalar» şeklinde çoğul ifade kullanmak suretiyle de, hem basit cezanın ve hem de mevsuf cezanın artabileceğini ifade eder şekilde bir cümle kuruluşu yapmıştır. Bu durumda nasıl bir neticeye varmak gerekir? Evvelâ, bu konuya cevap verebilmek için itiyat'ın ne şekilde teşekkül edeceğini kararlaştırmak gerekir. İtiyad'ın tesbiti bakımından kanaatimizce 572/son fıkradaki tarif umumi bir tarif mahiyetini taşımaktadır⁹¹. Zira, 572. madde son fıkrasında itiyat tarifinin sadece sarhoşluk suçu için olduğunu söylememekte, aksine, «iki defa mahkûm olduktan sonra aynı fiili işleyenler, o fiili itiyat etmiş sayılır» şeklinde bir tarif vermektedir. Bu tarifde umumi olarak, «aynı fiili», «o fiili» kelimeleri kullanılmak suretiyle, tarifin genel bir tarif olduğu belirtilmektedir. Kanaatimizce, bir tarifin hususi kısımda yer alması o tarifin bütün

[91] Özek, Sarhoşluk, itiyat, tekerrür (ayrı baskı)

Ceza Kanununun tatbikinde müşterek tarif olarak kabulüne mani değildir. Durum böyle olunca, kumar oynatmak ve yer temin etmek suçunda da itiyat'ın teşekkülü için, «iki defa mahkûm olduktan sonra» failin aynı fiili «tekrar işlemesi» gerekmektedir. İki mahkûmiyet ile üçüncü suçun işlenmesi halinde teşekkül edecek olan itiyat'ın teşekkülü için gerekli olan mahkûmiyetlerin ve üçüncü suçun hangi müddet içinde ika edilmesi gereklidir? Yoksa, bu hususda bir müddet tanımadan şartların tahakkuku halinde itiyat hükümleri tatbik edilecektir? Genel olarak, bir fiilde itiyat'ın kabul edilebilmesi için, bu fiillerin belirli bir süre içinde işlenmiş olmasının gerektiği kabul edilmektedir. Kanaatimizce, itiyatı teşkil edecek olan üçüncü fiilin, ilk suçun cezasının ceza mürurzamanı içinde işlenmesi gereklidir⁹². İtiyatın teşekkülü, aynı cinsden ilk iki mahkûmiyetin neticesi olduğu için, üçüncü fiilin, ilk mahkûmiyetin ceza mürurzamanı içinde işlenmesi şarttır. Zira, ilk mahkûmiyetin ceza mürurzamanı içinde, ikinci mahkûmiyet vaki olduğu ve üçüncü suçta işlendiği takdirde ki, tesirini haiz iki mahkûmiyet ve bir de, mahkûmiyet vaki olmasa dahi, işlenmiş bulunan suç mevcut olacaktır. 567. maddedeki suçun cezasının ceza mürurzamanı, TCK. m. 112 ye göre üç sene olduğundan, iki mahkûmiyet ile üçüncü suçun üç senelik bir süre içinde işlenmesi şarttır.

İtiyat hükümlerinin tatbiki için bu kaideleri kabul ettikten sonra, itiyat sebebiyle artırılacak cezanın hangi ceza olduğunu inceleyelim. İtiyat'ın teşekkülü için üç senelik bir müddet şart olduğuna, ilk mahkûmiyetten itibaren üç sene geçtikten sonra, itiyat hükümleri tatbik edilemeyeceğine göre, 567. maddeye göre itiyat'ın tatbik edileceği ceza, tekerrür sebebiyle artırılmış olan ceza olacaktır. Zira, itiyat'ın tatbiki için gerekli ikinci suç da bu üç sene içinde işlenecektir ve bu müddet, tekerrür için gerekli beş seneden kısa olduğuna göre, mutlak surette, ikinci suçun cezası 567. maddenin birinci fıkrasının son cümlesinin tatbiki suretiyle artırılmış olacaktır ve üçüncü suç ancak, itiyat bakımından değer arzedene, ikinci suça ait cezadan sonra vaki olmuş olacaktır. Bu durumda, artırılacak cezanın, tekerrür sebebiyle ağırlaştırılmış ikinci suçun cezası olduğu meydandadır. Yani netice itibariyle, pratik bakımdan mehzaz kanunun kanunumuza alınmamış hükmü tatbik edilecektir. Demek oluyor ki, hakim, itiyat halinde iki aydan bir seneye kadar hafif hapis ve 500

[92] Özek, aynı yazı. Bu hükümler tabiatıyla, itiyad'ın ağırlatıcı sebep olarak kabul edildiği hallerde tatbik edilmektedir.

1000 liraya kadar bir hafif para cezasına hükmedecek ve bu cezayı 567. maddenin son fıkrasına göre bir misli artıracaktır.

Burada bir mesele daha ortaya çıkmaktadır. Acaba, itiyat hükümlerinin tatbiki, tekerrür hükümlerinin de tatbikine manidir? Zira, itiyat durumunun bahis konusu olduğu her halde, ikinci bir tekerrür durumu da ortaya çıkacaktır. Zira, itiyat iki mahkûmiyetten sonra, kumar suçu bakımından, üç sene geçmeden üçüncü bir fiilin işlenmiş olması demek olduğuna göre, ikinci mahkûmiyetten itibaren beş senelik müddet geçmemiş olacaktır ve bu durumda mutlak olarak itiyatın bahis konusu olduğu hallerde, ikinci bir tekerrür durumu da söz konusudur. Bu durumda, İtalyan doktrini, itiyat hükmüyle birlikte genel tekerrür hükümlerinin de tatbik edileceğini belirtmektedirler⁹³. Bizce de, ceza itiyat sebebiyle artırıldıktan sonra, ayrıca tekerrür sebebiyle de artırılmak lâzım gelir⁹⁴. İtiyat'ın tatbiki, tekerrür hükümlerinin tatbikine mani değildir⁹⁵. İtiyat hususi bir tekerrür hali değildir. Ayrıca bu durumda, yani ikinci tekerrür durumunun teşekkülü halinde, kanun hususi bir hüküm de vaz'etmemiştir. Onun için, hususi tekerrür hükmü bulunmadığına göre, itiyat sebebiyle artırılarak verilmiş olan cezanın, ayrıca tekerrür sebebiyle de artırılması gereklidir⁹⁶.

b) *Suçta tesir eden objektif sebep*: 567. maddenin son fıkrasına göre, suçun irtikâbında, kumar oynayanlara karşı banko tutan olduğu takdirde, ceza bir misli artırılarak hükmolunacak ve ayrıca üç aya kadar meslek ve san'atın tatili cezasına da hükmolunacaktır. Bu ağırlatıcı sebep'in mevcudiyeti halinde, suç'a iştirak eden bütün şerikler bu ağırlatıcı sebepten mes'ul olacağı için objektif bir mahiyet arz etmektedir.

Bahis konusu olan, ağırlatıcı sebep mehzaz İtalyan Ceza Kanununda mevcut değildir. Banco tutmaktan maksadın ne olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu duruma göre, Banco tutan kumar oynatan değil, kumar oynayan kimsedir. Bu bakımdan, Banco tutmanın,

[93] Viazzi, 193 - Sabatini, 364 - Negri, 993 - Marchetti, 583 - Guidi, 65 - Notaristefani, 440.

[94] Özek, aynı yazı.

[95] Tem. 4. CD., 30.11.1950 T. ve E. 10685/K. 11508 sayılı kararı (Köseoğlu, 723). Bu kararında Temyiz Mahkememiz, itiyat hükmünün tatbik edildiği hallerde artık tekerrür hükümlerinin tatbik edilemeyeceğini kararlaştırmıştır.

[96] Marchetti, gerçekte dört tip suç tipi olduğunu belirtmektedir. Buna göre: a) Fiilin basit şekli, b) Tekerrürle ağırlaşmış şekli, c) İtiyatla ağırlaşmış şekli, d) İtiyadi tipde tekerrür hali, bk. Marchetti, 584.

kumar oynatan kimsenin fiiline ait bir ağırlatıcı sebep olmasının manası anlaşılabilir. Belki de kanun, kumar oynatan kimsenin kumar oynaması halinde ayrıca cezalandırılmıyacağını düşünmek suretiyle Banco tutmak suretiyle kumar'a iştirak eden kumar oynatıcıları daha ağırlaştırılmış bir ceza ile cezalandırmayı münasip görmüştür.

Kanunun esas anlaşılamiyan hükmü, son cümle de vaz'ettiği üç aya kadar meslek ve san'atın tatili cezası hakkındaki hükmüdür. Bazı haller de bu cezanın tatbik imkânı mevcut olmayacak veya manasız bir mahiyet alacaktır. İmkânsız olacaktır, zira, failin belirli bir meslek ve san'atı bulunmayabilir. Bazı halde de manası bulunmayacaktır. Zira, yaptığı fiille hiç de ilgisi bulunmayan meslek ve san'atının tatiline lüzum yoktur. Kanunumuzda böyle manasız bir hükmün yer edişine sebep, mehzaz İtalyan Ceza Kanunundaki bir hükmün kanunumuza alınmayışı sebebiyledir. Mehzaz Kanunun 484. maddesi son fıkrasında, fiili, bir amme hizmeti gören kimsenin bu yerde ika etmesini ağırlaştırıcı sebep kabul etmiş ve ceza olarak da hizmet ve san'atın tatili cezasını kabul etmişti. Kanunumuz bu umumi hükmü almamış ve sadece meslek ve san'atın tatili cezasını almakla yetinmiştir. Böylece de, kanaatimizce, manasız bir hüküm kanunumuzda yer almış bulunmaktadır.

Yeni İtalyan Ceza Kanunu, mehzaz kanunda ve kanunumuzda mevcut bulunmayan daha bir takım durumları suça tesir eden ağırlatıcı sebep olarak kabul etmiştir. Buna göre, kumar oynanması mutad olan bir «Casa da giuco» tesisi, fiilin bir amme hizmeti yerinde işlenmesi, kumar masasına çok para sürülmesi ve kumar'a onsekiz yaşından küçüklerin iştiraki ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir.

Yukarda söylediğimiz sebeplerle, eğer fail, banco tutma fiiliyle beraber, tekerrür durumuna da düşmüşse, son fıkraya göre artırılacak ceza, tekerrür sebebiyle artırılmış cezadır. Yok, banco sürme hadisesi, failin ilk mahkûmiyetinde olmuş veya ikinci mahkûmiyetinde olup da, birinci mahkûmiyetinin düşmesinden veya çekilmesinden itibaren beş sene geçmişse, banco tutmak sebebiyle artırılacak ceza, fiilin basit cezasıdır. Fail, hem banco tutmuş ve hem de itiyat hali varsa, ceza iki kere artırılmıyacak, bir kere artırılmakla yetinilecektir.

IV — KUMAR OYNAMAK SUÇU.

Ceza Kanunumuzun, 568. maddesi, kumar oynamak suçunu cezalandırmış bulunmaktadır:

1 — Önşart, fail, mahal.

568. maddeden açıkca anlaşıldığı gibi, fiilin ön şartı, failin bir evvelki suça, yani kumar oynamak için yer temini ve kumar oynatmak suçlarına iştirak etmemiş olması gereklidir. Failin, hem 567 ve hem de 568. maddede yazılı fiili ika etmesi halinde, fail sadece 567. maddeye göre cezalandırılır. Fakat bu cezalandırılmamak, 568. maddenin sarıh hükmü icabıdır. Durum böyle olduğu halde, Temyiz Mahkememiz verdiği kararlarda, bir failin hem kumar oynatmasını ve hem de bilfiil kendisinin iştirakini, fikri içtima olarak kabul etmiş ve 79. madde hükmüne göre faile tek bir ceza verilmesi gerektiğini kabul etmiştir⁹⁷. Halbuki, kanaatimizce bu durumda fikri içtima durumu mevcut değildir. Zira, ortada, birden fazla tabii netice mevcut bulunmaktadır. Bunun dışında fikri içtima mevcut olsa dahi, 568. maddenin sarıh hükmü karşısında, artık 79. maddenin tatbiki ile neticeye varmağa lüzum yoktur.

Fail, her hangi bir kimse olabilir. Fail'in taşıyacağı sıfat, ne suçun teşekkülü ve ne de suça tesir eden bir sebep olarak rol oynamaz.

Suçun teşekkülü için, yukarda da belirttiğimiz gibi, ya umuma açık ya umuma mahsus bir mahalde veya hususi yer olmakla beraber 570. maddeye göre, umuma açık sayılmış yerlerde işlenmelidir.

2 — Maddî unsur ve icraya ait meseleler.

Suçun maddi unsuru, kumar mefhumuna giren oyunda aktif yer almaktır. Fail'in, oynanan oyunun kaidelerine uygun olarak, oyuna iştirak etmesi gereklidir. Kumar oyununun kaidelerinde hile suretiyle icra edilen ve şansa tesir eden hareketler'in ikası halinde, bu hareketleri yapan kimse, kumar oynama suçundan değil, dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılacaktır⁹⁸. Suç ani suçtur ve ancak icrai hareketlerle ika edilebilir.

Yukarda da belirttiğimiz gibi, İtalyan Doktrini, bu suçun teşekkül edebilmesi için, failerin meşhut suç halinde yakalanmalarını

[97] Tem. 2. CD., 9.9.1942 T. ve E. 6658/K. 6383 sayılı karar (Köseoğlu, 715), aynı mahiyette bk. Tem. 2. CD., 12.1.1940, E. 299/K. 223 sayılı karar (Köseoğlu, 717).

[98] Tem. 4. CD., 26.6.1951 T. ve E. 5122/K. 5122 sayılı karar (Köseoğlu, 633). Oyunu usulünce oynayanlar'ın kumar suçunu cezalandıran 568. maddeye göre cezalandırılacağı tabiidir.

şart koşmaktadırlar⁹⁹. Bizim kanunumuz bakımından ise, böyle bir şartın aranmadığını yukarıda belirtmiştik.

3— Hukuka aykırılık ve manevî unsur.

567. maddedeki suçu anlatırken, hukuka aykırılık unsuru hakkında bilgi vermiştik. Aynı hususları burada da tekrarlayabiliriz. Oynanmasına izin verilmiş bulunan herhangi bir oyunu, oynatan cezalandırılmıyacağı gibi oynayan da cezalandırılmaz.

Suçluların cezalandırılması için, faillerin her birinin, kazanç kasdıyla hareket etmesi gereklidir. Failler, vasıfları mevcut bir oyunu, kazanmak iradesiyle hareket etmek ve iradelerinin uygunluğu gereklidir¹⁰⁰. Failler, mahallin mahiyeti ve hukuka uygunluk sebepleri bakımından hataya düşebilirler. Fakat, taksir derecesinde kusurlu bir hata halinde dahi cezalandırılabilirler.

Sadece oyunu oynayan değil, aynı maksatla oynayana yardım eden kimse dahi, suça iştirak etmiş sayılır¹⁰¹. Başka şekilde suça iştirak edenler dahi, iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilirler. Fakat, 567. maddedeki suçu işleyen kimse, 568. maddedeki suçu işleyenlerin fiillerine iştirak etse bile cezalandırılmaz. Zira, 568. maddeye göre cezalandırılabilmek için, 567. maddedeki suça hiç bir şekilde iştirak etmemiş olmak lâzımdır¹⁰².

4 — Ceza ve suça tesir eden sebep.

Suçun cezası, bir aya kadar hafif hapis ve 50 liradan 100 liraya kadar hafif para cezasıdır. Fiilin tekerrürü halinde verilecek ceza 10 günden iki ay'a kadar hafif hapis ve 100 liradan 200 liraya kadar hafif para cezasıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, eğer kumar'ı tertip eden veya yer gösteren kimse yoksa, kumar oynanırken bulunan para ve eşyanın

[99] Bu konuda İtalyan Temyiz Mahkemesinin şu kararlarına bakılabilir: 4 mart 1947 tarihli karar (Giust. Pen., 1947, II, 731), 7 mart 1951 tarihli karar (Arch. Giur. 1952, II, 79), Meşhut suçtan maksat, oyun oynanırken yakalanmaktan ibaret değildir. Kumar oynandığından şüphe edilmeyecek durumda olanlar da, meşhut durumda yakalanmış sayılırlar (Antolisei, 421) - ayrıca İtalyan Temyiz Mahkemesinin diğer bir kararında ise, meşhut suç durumunun mevcudiyeti için kâr ve ziyan durumunun tesbitini aramıştır: 2 temmuz 1914, Riv. Pen. LXXX, 587.

[100] Ranieri, 589.

[101] Ranieri, 589.

[102] Manzini, 524.

zaptı ve müsadere imkânı yoktur. Zira kanunumuz, zabıt ve müsadere hükmünü, İtalyan mehzaz ceza kanununda olduğu gibi, umumi bir hüküm olarak vaz'etmemiş ve sadece 567. maddenin bir fıkrası olarak kabul etmiştir. Bu durumda 567. maddenin tatbik imkânı olmayan hallerde müsadere ve zabıt hükmünün tatbiki de mümkün olmayacaktır.

Netice.

Kanunumuzun, bütün modern ceza kanunlarının yaptığı gibi kumar suçlarını cezalandırması yerindedir. Bununla beraber, kanunumuzun hükümleri bir çok bakımlardan sakatlık arz etmektedir. Bilhassa, ceza hükümleri bir çok karışıklığa imkân verecek mahiyettedir. 567. maddenin, tekerrür, itiyat, zabıt ve müsadere hakkındaki hükümleri, bu hükümleri izah ederken de belirttiğimiz gibi karışık mahiyet arz etmektedir. Bunun dışında, kanunumuzun aksayan noktalarını da yukarıda belirtmiştik. Bu bakımdan, kanun hükümlerinin değiştirilmesi ve bazı kumarlara imkân tanındığına, resmen müsaade verildiğine göre, bu yetki ve hakların suistimali halinde tatbik edilecek müeyyidelere ait, 1930 İtalyan Ceza Kanununun 723. maddesinde olduğu gibi bazı yeni hükümlerin kanuna eklenmesi yerinde olacaktır, kanaatindeyiz.

Asistan Dr. Çetin ÖZEK

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- Aniello, Cenni:** Generali sul giuoco d'azzordo, in Giur. Cass. Pen., 1950, XXXI, s. 174.
- Antolisei:** Manuale di diritto penale, parte speciale C. I, Milano 1960.
- Carnevale:** Le contravvenzioni alla pubblica moralità, Lipari 1889.
- D'Angelo:** Il poker é giuoco d'azzordo?, Riv. Pen., 1938, s. 43.
- Dönmezer-Erman:** Nazari ve tatbiki ceza hukuku, C. II/1, İstanbul 1961.
- Gatteschi:** Studio sui giuochi d'azzardo, Suppl. Riv. Pen. Vol. I, fasc. III.
- Guidi:** Studio sui giuochi d'azzordo, nel. Suppl. Riv. Pen., XV, s. 65.
- Manzini:** Trattato di diritto penale, C. IX, Torino 1919.
- Manzini:** Istituzioni di diritto penale italiano, Parte speciale, Padova 1955.
- Manjo:** Commentato al codice penale italiano, Torino 1924.
- Marchetti:** Teoria generale delle contravvenzioni, in **Cogliolo** II/II, Milano 1892.
- Negri:** La contravvenzioni ne codice penale italiano, in **Pessina**, Milano 1908.
- Notaristefani:** Giuoco d'azzordo, nel Digesto Italiano, Vol. XII.
- Özek:** Sarhoşluk, itiyat, tekerrür. İst. Huk. Fak. Mec., 1962, C. I.
- Ranieri:** Diritto Penale, C. III, Padova 1952.
- Ravizza:** Le contravvenzioni concernenti la pubblica morale, Dig. It., XV.

Sabatini: Delle contravvenzioni, Milano 1927.

Sechi: I giuochi d'azzordo, nel diritto e nella pratica, Foro It., 1939 II, 70.

Tullo: (Martello), La difesa de giuochi d'azzordo, legalmente disciplinata, Padova 1914.

Vescovi: La sorpresa in flagranza nei giuochi d'azzordo. nella Cass. Un. Vol. VII, s. 673.

Vescovi: Il giuoco della tombola con posta minima non é giuoco d'azzordo, Riv. Giud., 1905, s. 360.

Viazzi: Delle contravvenzioni, in **Florian**, VII, Milano.

Zerboglio: Contravvenzione, in **Conti**, Il Codice Penale III, Milano 1936.