

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'İzmir Kahveciler Odası vekili Av. Mustafa Özgür Bayır tarafından, 16.7.2009 tarih ve 27290 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4207 sayılı Kanun Hükümlerinin Uygulanması konulu Başbakanlık Genelgesinin 1 nci maddesinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle Başbakanlığa karşı açılan davada, dava konusu düzenlemenin dayanaklarından olan 5727 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin Anayasaya aykırı olduğu yolundaki davacı itirazı incelenerek işin gereği görüldü:

Dava Konusu İşlem, İşlemin Yasal Dayanakları ve Davacının İstemi:

Türkiye adına 28.4.2004 tarihinde New York'ta imzalanan ve 25.11.2004 tarih ve 5261 sayılı Yasayla onaylanması uygun bulunan Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, 8.12.2004 tarihli Bakanlar Kurulu Kararına istinaden 25.12.2004 tarih ve 25681 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anılan Sözleşme ile '1. Her birey, tütün tüketimi ve tütün dumanına maruz kalmanın neden olduğu sağlık sorunları, bağımlılık ve hayatı tehlikeler konusunda bilgilendirilmeli ve bireylerin tütün dumanına maruz kalmalarını önlemek için ilgili hükümet birimlerince etkin yasal, icrai, idari ve diğer önlemler planlanmalıdır.

2. Ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde, kapsamlı çok sektörlü önlemlerin ve eşgüdümlü tepkilerin geliştirilmesi ve desteklenmesi için, aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurularak, güçlü siyasi taahhütlerde bulunulması gerekmektedir:

(a) Tüm bireyleri tütün dumanına maruz kalmaktan korumak için önlem alınması gerekliliği;

(b) Her türlü tütün ürünü bakımından; başlamayı önleyici, bırakmayı kolaylaştırıcı ve destekleyici, tüketimi azaltıcı önlemler alınması gerekliliği;

(c) Yerli bireylerin ve toplulukların, sosyal ve kültürel açıdan ihtiyaç ve görüşlerine uygun tütün kontrol programlarının geliştirilmesi, uygulanması ve değerlendirilmesi faaliyetlerine katılmalarını teşvik edici önlemler alınması gerekliliği;

(d) Tütün kontrolü stratejileri geliştirilirken, cinsiyete özgü risklere hitap edilmesini sağlayacak önlemler alınması gerekliliği.

3. Etkili tütün kontrol programlarının oluşturulması ve uygulanması amacıyla, yerel kültürel, sosyal, ekonomik, siyasi ve yasal faktörler göz önüne alınarak, özellikle teknoloji transferi, bilgi ve finansal yardım ve uzman desteği sağlanması konularında uluslararası işbirliği, Sözleşme'nin önemli bir parçasıdır.

4. Her türlü tütün ürününün tüketiminin ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde azaltılmasındaki kapsamlı çok sektörlü önlemler; halk sağlığı ilkeleri doğrultusunda, tütün

tüketimi ve tütün dumanına maruz kalmaya bağlı hastalıklardan, erken ölüm ve sakatlıklardan korunmak açısından vazgeçilmezdir.

5. Tarafların, kendi kanunları çerçevesinde belirlenen yükümlülükleriyle ilgili konular, kapsamlı tütün kontrolünün önemli bir parçasıdır.

6. Gelişmekte olan ve ekonomileri geçiş sürecinde olan ülkelerdeki tütün kontrol programlarının bir sonucu olarak geçimleri olumsuz etkilenen tütün yetiştiricilerine ve işçilerine teknik ve mali destek sağlanmasının önemi kabul edilmeli ve ulusal olarak geliştirilen sürdürülebilir kalkınma stratejileri kapsamında ele alınmalıdır.

7. Sözleşme ve protokollerinin amacına ulaşılmasında sivil toplumun katılımı büyük önem arz etmektedir.' şeklinde rehber ilkeler belirlenmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesinde, '1. Taraflar, bilimsel kanıtların tütün dumanına maruz kalmanın ölüm, hastalık ve sakatlıklara neden olduğunun kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanıtladığını kabul ederler.

2. Her bir Taraf, kapalı iş yerlerinde, toplu taşıma araçlarında, kapalı kamu alanlarında ve gerektiğinde, kamuya açık diğer yerlerde tütün dumanına maruz kalmayı engellemek için, ulusal yasalarla belirlenen mevcut resmi yetki alanlarında, etkin, yasal, icrai, idari ve/veya diğer önlemleri alacak ve uygulayacak ve bu önlemlerin, yetkisine giren diğer düzeylerde de kabulü ve uygulanmasını etkin bir şekilde teşvik edecektir.' kuralı yer almıştır.

Sözleşmenin taraf Devletlere getirdiği yükümlülükler kapsamında, tütün zararlarının önlenmesi konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilen ve 26.11.1996 tarih ve 22829 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 2. maddesinde; 'Sağlık, eğitim-öğretim ve kültür hizmeti veren yerler ile kapalı spor salonlarında ve toplu taşımacılık yapılan her türlü nakil vasıtaları ve bunların bekleme salonlarında, kamu hizmeti yapan kurum ve kuruluşlardan beş veya beşten fazla kişinin görev yaptığı kapalı mekanlarda tütün ve tütün mamullerinin içilmesi yasaktır.

Bu gibi mahallerde tütün ve tütün mamullerinin içilebilmesi için ayrı yerler tahsis edilir. Tahsis edilen yerden, sigara içilmeyen mahallere duman gidişini engelleyecek, havalandırma, tecrit etme gibi tedbirler alınır.' kuralı yer almakta iken; 19.1.2008 tarih ve 26761 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 5727 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesi ile, anılan madde değiştirilerek

'(1) Tütün ürünleri;

a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,

b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında,

c) Taksi hizmeti verenler dahil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,

ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,

d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde,

tüketilemez.

(2) Ancak;

a) Yaşlı bakım evlerinde, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde, cezaevlerinde,

b) Şehirlerarası veya uluslararası güzergâhlarda yolcu taşıyan denizyolu araçlarının güvertelerinde tütün ürünleri tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir. Bu alanlara onsekiz yaşını doldurmamış kişiler giremez.

(3) Otelcilik hizmeti verilen işletmelerde, tütün ürünleri tüketen müşterilerin konaklamasına tahsis edilmiş odalar oluşturulabilir.

(4) Açık havada yapılan her türlü spor, kültür, sanat ve eğlence faaliyetlerinin yapıldığı yerler ile bunların seyir yerlerinde tütün ürünleri kullanılamaz. Ancak bu tesislerde, tütün ürünlerinin tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir.

(5) Bu Kanunun tütün ürünleri tüketilmesine tahsis edilen kapalı alanlarının koku ve duman geçişini önleyecek şekilde tecrit edilmesi ve havalandırma tertibatı ile donatılması gerekir.

(6) Bu Kanunun uygulanmasında 'tütün ürünü' ibaresi tüttürme, emme, çiğneme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş maddeyi ifade eder.' hükmü getirilmiştir.

Kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde ve lokantalarda tütün ürünlerinin tüketilmesine ilişkin olarak 5727 sayılı Yasayla gerçekleştirilen düzenlemelerin 19 Temmuz 2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olması sebebiyle, uygulama birliğinin sağlanması ve herhangi bir aksaklık yaşanmaması bakımından, uyulması gereken hususları göstermek amacıyla 16.7.2009 tarih ve 27290 sayılı Resmi Gazete'de 2009/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır.

Anılan Genelgenin 1 inci maddesinde; 'İkamete mahsus konutlar hariç olmak üzere, kahvehane, kafeterya, birahane, nargile içilen mekânlar, dernek ve vakıflara ait lokaller gibi eğlence hizmeti verilen işletmeler ve lokantalar dahil kamu ve özel hukuk kişilerine ait tüm binaların kapalı alanlarında tütün ürünleri tüketilmeyecektir. Kahvehane, kafeterya, birahane, nargile içilen mekânlar, dernek ve vakıflara ait lokaller gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerin ve lokantaların açık alanlarında tütün ürünleri tüketilmesi durumunda diğer kişilerin tütün dumanından etkilenmelerini önleyecek düzenlemeler yapılacak, kapalı alanlara tütün dumanı geçmemesi için gerekli tedbirler alınacaktır.

Sabit veya seyyar bir tavanı veya çatısı (çadır, güneşlik vb. dahil) olan, kapıları, pencereleri ve giriş yolları dışında bütün yan yüzeyleri geçici veya kalıcı olarak tamamen

kapatılmış alanlar ile aynı şekilde tavanı veya çatısı olup yan yüzeylerinin yarısından fazlası kapalı bulunan yerler 'kapalı alan' olarak değerlendirilecektir.' kuralı yer almaktadır.

Davacı İzmir Kahveciler Odası tarafından, 16.7.2009 tarih ve 27290 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4207 sayılı Kanun Hükümlerinin Uygulanması konulu Başbakanlık Genelgesinin, yukarıda aktarılan 1. maddesinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle bakılmakta olan bu dava açılmış olup; dava konusu düzenlemeye yasal dayanak olan 5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesinin, özel girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği, eşitlik, ölçülülük ve gereklilik ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle Anayasanın 2. 5. 7. 10. 11. 12. 13. 20. 48. 49. 124. 166. ve 167. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesine başvurulması istenilmektedir.

Bu durumda, davalı Başbakanlık tarafından, 5727 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde ve lokantalarda tütün ürünlerinin tüketilmesine ilişkin olarak getirdiği düzenlemeler uyarınca uygulama birliğinin sağlanması ve uyulması gereken hususları göstermek amacıyla çıkarılan 2009/13 sayılı Genelgenin 1 inci maddesinin iptali istemiyle açılan davada, 5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesi 'uygulanacak kural' niteliğindedir.

Kurulumuzca, davacının İzmir Kahveciler Odası olması ve uyuşmazlığın kahvehane esnafını ilgilendirmesi nedeniyle, 5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesindeki 'Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane,kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde' şeklindeki kuralda yer alan 'kahvehane' ibaresi yönünden Anayasanın 13 üncü 17 nci ve 48 inci maddelerine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

Anayasaya Aykırılığın Değerlendirilmesi:

Tütün ürünlerinin tüketilmesinin yaygın bir alışkanlık ve ciddi bir halk sağlığı sorunu olması, bu ürünlerin tüketilmesinin, kullanıcıların yanı sıra pasif olarak tütün dumanına maruz kalanları da etkilemesi, çocukların ve gençlerin günlük hayatta tütün ürünü tüketen yetişkinlerle bir arada bulunmaları ve onlara özenmeleri sonucu gelecek nesillerin sağlığının tehdit altında olması; kısacası, tütün ürünlerinin tüketiminin kamu sağlığı ve çevresel etkiler bakımından büyük sorun yaratması nedeniyle, tütün ve tütün ürünlerinin zararlarından korunmaya yönelik önlemlerin alınması kapsamında yasal düzenleme yapılması Anayasanın 56. maddesi ve Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin gereğidir.

Belirtilen çerçevede yasa koyucu tarafından, genel sağlığın korunması, sağlıklı çevre oluşturulması amacıyla diğer ticari işletmelerle birlikte kahvehanelerde de tütün ürünlerinin tüketimine bir kısım yasaklar ve sınırlandırmalar getirilebileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Ancak, getirilebilecek yasak ve sınırlandırmaların, bu ticari işletmelerin varlıklarını sürdürebilmelerini ölçsüz bir şekilde zorlaştırmaması; işletmecilerin çalışma özgürlüklerini kullanmalarını ağır bir takım şartlara bağlamaması gerekir. Zira işletmecilerin çalışma özgürlüklerini kullanıp, faaliyetlerini güvenli biçimde sürdürmeleri de anayasal güvence altındadır.

Avrupa Birliği Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'den 11'e kadarki maddeleri ile Ek Birinci Protokolün 1. maddesi hükümlerinde anlamını bulan ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında, yaptırım ve yükümlülüklerin denetiminde kullanılmaktadır. Avrupa Birliği Hukuku bakımından

hukukun genel ilkesi kapsamında değerlendirilen ölçülülük ilkesi, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle Anayasanın 13 ve 15 nci maddelerinde yer alarak pozitif hukuk kuralı haline gelmiştir.

Anayasanın 13 üncü maddesinde ifade edildiği gibi; temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, ölçülülük ilkesine uygun biçimde, yasayla sınırlandırılabilir. Ölçülülük ilkesi gereği olarak kısıtlamada başvuru olan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalı, araçla amaç, ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır.

Ölçülülük ilkesi ile temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmakta, sınırlandırılan hak ve özgürlükler arasında denge kurulması ve mümkün olduğunca sınırlandırılan hak ve özgürlüğe az zarar verilmesi amaçlanmaktadır. Yani önlem elverişli ve zorunlu olmalı, amaca göre dengeli bir orantı içinde kalmalıdır.

Toplum hayatımızda beş yüz yıla yakın geçmişi bulunan kahvehaneler, ilgili kamu idaresinden ruhsat almak suretiyle faaliyette bulunmaktadır. Dinlenilip, vakit geçirilen kahvehanelerde, çay, kahve gibi içeceklerin yanı sıra tütün ürünleri de geçmişten bu yana tüketilmektedir. Dolayısıyla tütün ürünleri tüketimi ile ilgili yapılacak yasal düzenlemelerde de, kahvehanelerin bu özellikleri ve nitelikleri mümkün olduğunca korunarak anılan iş yerlerinin işlevlerini sürdürebilmeleri sağlanmalıdır.

5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesinde ise, toplum hayatı içerisinde geçmişten bu yana ortaya çıkan özellikleri ve nitelikleri göz ardı edilerek, kapalı mekanlardan oluşan kahvehanelerde tütün ürünlerinin tüketimi bütünüyle yasaklanmıştır. Böylece, kahvehane işleticilerinin faaliyetlerini sürdürebilmeleri zorlaştırılarak ekonomik çıkarları göz ardı edilmiş; ölçülülük ilkesine aykırı biçimde çalışma özgürlüğü sınırlandırılmıştır.

Öte yandan, üretim ve satışı engellenmemek suretiyle tütün ürünlerinin tüketimi kişilerin tercihine bırakılmıştır. Dolayısıyla, tütün ürünlerini tüketmek, kişi özgürlüğü alanına girmektedir. Genel sağlığın korunması amacıyla bağımlılıkla mücadele edilip, tütün ürünlerinin tüketiminin azaltılması yönünde yasal düzenleme yapılırken; söz konusu tüketimin, sonuçta kişi özgürlüğü alanına girdiği de göz önünde tutulmalıdır.

Tütün ürünlerinin tüketiminde genel sağlığı korumak amacıyla uygulanacak yasak ve sınırlamaların, bir yandan kahvehane işleticilerinin çalışma özgürlükleri, bir yandan da tütün ürünlerini tüketenlerin kişisel özgürlükleri gözetilerek, ölçülülük ilkesine uygun biçimde belirlenmesi hukuki bir zorunluluktur.

Anayasa'nın 48 inci maddesinde, Devletin, ticari işletmelerin güvenli ve kararlı bir biçimde faaliyetlerinin devamı için önlem almakla görevlendirilmiş olması karşısında, kahvehaneler açısından tütün ürünlerinin tüketildiği/tüketilmediği bölüm ayırımına gidilmesi; kahvehanelerin büyüklüklerine göre yasak uygulaması ya da başka ayırt edici özellikler belirlenmesi suretiyle çalışma özgürlüğü ve kişi özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun biçimde sınırlandırma getirilmesi mümkündür.

Sonuç olarak, 5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesindeki 'Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ilekahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde' şeklindeki, tütün ürünleri tüketiminde mutlak yasak getiren kuralda yer alan 'kahvehane' ibaresi, Anayasanın 13 üncü 17 nci ve 48 inci maddelerine aykırı bulunmaktadır.

Esas Sayısı : 2010/58

Karar Sayısı : 2011/8

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28 inci maddesinin birinci fıkrası gereğince, 5727 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki 'Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde' şeklindeki kuralda yer alan 'kahvehane' ibaresinin, Anayasanın 13 üncü 17 inci ve 48 inci maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına; dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 12.4.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.'

"