

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2010/58

Karar Sayısı : 2011/8

Karar Günü : 06.01.2011

R.G. Tarih-Sayı : 26.02.2011-27858

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onuncu Daire

İTİRAZIN KONUSU: 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan "kahvehane" ibaresinin, Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması konusunda 16.7.2009 gün ve 27290 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2009/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin 1. maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onuncu Daire, iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu ibareyi de içeren 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesi şöyledir:

'Tütün ürünlerinin yasaklanması

Madde 2- (Değişik: 3/1/2008-5727/3 md.)

(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.

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine dayanılmış; 12. ve 56. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla katılımlarıyla 1.7.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun biçimde yasayla sınırlandırılabilmesi, kısıtlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli, zorunlu ve amaca göre dengeli bir orantı içinde olması gerektiği, dinlenip vakit geçirilen kahvehanelerde, çay, kahve gibi içeceklerin yanı sıra tütün ürünlerinin de geçmişten bugüne tüketildiği, dolayısıyla tütün ürünleri ile ilgili yapılacak yasal düzenlemelerde de kahvehanelerin bu özellikleri ve nitelikleri mümkün olduğunca korunarak bu iş yerlerinin işlevlerinin sürdürmelerinin sağlanması gerektiği, ancak kural ile kahvehanelerin bu özelliklerinin göz ardı edilerek kapalı mekanlardan oluşan kahvehanelerde tütün ürünlerinin tüketiminin tümüyle yasaklandığı, böylece kahvehane işletmecilerinin faaliyetlerini sürdürebilmeleri zorlaştırılarak ekonomik çıkarlarının göz ardı edilmesi suretiyle çalışma özgürlüğünün sınırlandırıldığı ve ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 12. ve 56. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

İtiraz konusu ibare ile tütün ve tütün ürünlerinin özel hukuk kişilerine ait olan kahvehane gibi işletmelerde tüketilemeyeceği kurala bağlanmış; 4207 sayılı Kanun Hükmünün Uygulanması konulu Başbakanlık tarafından hazırlanan 2009/13 sayılı Genelge'nin 1. maddesinde ise anılan işletmelerin açık alanlarında tütün ürünleri tüketilmesi durumunda kapalı alanlara tütün dumanı geçmeyecek ve diğer kişilerin tütün dumanından etkilenmeyecek şekilde tedbirler alınması gerektiği belirtilmiştir.

Yasa'nın genel gerekçesinde kişilerin tütün ve tütün ürünlerinin zararlarından koruyucu tedbirler almak üzere düzenlemeler yapıldığı; 1. maddesinde ise amacın, kişileri ve gelecek nesilleri tütün ürünlerinin zararlarından, bunların alışkanlıklarını özendirici reklam, tanıtım ve teşvik kampanyalarından koruyucu tertip ve tedbirleri alarak herkesin temiz hava soluyabilmesinin sağlanması yönünden düzenlemeler yapmak olduğu belirtilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti de, mevcut ve gelecek nesilleri, tütün tüketimi ve tütün dumanına maruz kalmanın yıkıcı sağlık, sosyal, çevresel ve ekonomik sonuçlarından korumak amacı olan '*Dünya Sağlık ÖrgütüTütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesini*' 5261 sayılı Yasa ile onaylayarak tütün tüketimini, nikotin bağımlılığını ve tütün dumanına maruz kalmayı önlemeye ve azaltmaya yönelik uygun politikalar geliştirmede, etkin yasal, icrai, idari ve/veya diğer önlemleri alma, uygulama ve gerektiğinde diğer Sözleşme taraflarıyla işbirliğinde bulunma yükümlülüğü altına girmiştir.

Anayasa'nın 12. maddesinde, '*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*' hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi Anayasakoyucu

kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünölemeyeceğini vurgulamıştır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, *'Temel hak ve hürriyetler, özlerrine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçölölölük ilkesine aykırı olamaz.'*; 17. maddesinin birinci fıkrasında, *'Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.'*; 56. maddesinde *'Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.'* denilmiştir.

Tütün ve tütün ürünlerinin kapalı alanlarda kullanılmasının yalnız kullananlara değil, aynı ortamda bulunan diğer kişilere de sağlık açısından zarar verdiği bilinmektedir. Temel hak ve özgürlük kavramı içerisinde öncelikle kişilerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde sürdürme haklarının bulunduğunun kabulü gerekir. Bu açıdan kapalı ortamlarda tütün ve tütün ürünlerini tüketen kişilerin, aynı ortamda bulunan diğer kişilerin sağlıklı yaşam hakkına karşı ödev ve sorumlulukları bulunmaktadır.

Devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi de verilmiştir. Yasakoyucu, Devlete verilen bu görevin gereğı olarak, kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşam sürdürmelerini sağlamak amacıyla gerekli gördüğü yasal önlemleri alabilir.

İtiraz konusu ibare ile kahvehane gibi işletmelerin kapalı alanlarında tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmesinin yasaklanması suretiyle kişilerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde sürdürmelerinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Diğer taraftan kişilerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde sürdürmelerini sağlamak amacıyla, insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri bulunan tütün ve tütün mamüllerinin kullanımının benzeri çağdaş ölkelerde de rastlanan biçimde kişilerin toplu olarak bulundukları kapalı alanlarda kullanımının yasaklanması, Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleriyle Devlete yüklenen pozitif yükümlölölüğün bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Devlet, *'Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'*ne göre üzerine düşen yükümlölölüğünü de yerine getirmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında *'Herkes, dilediğı alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.'* denilmiştir.

Çalışma özgürlüğü herkesin dilediğı mesleğı seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eder. Birey bu özgürlüğünü kullanarak dilediğı alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiğı mesleğı veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alması olarak tanımlanabilir. Dava konusu kuralla kahvehanelerin kapalı alanlarında tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmesinin

yasaklanması, Devletin yukarıda belirtilen pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olup kişilerin özel teşebbüs kurma haklarını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 12., 13., 17., 48., ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un, 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan " kahvehane " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

6.1.2011 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Fulya KANTARCIOĞLU

Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Fettah OTO

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY YAZISI

Danıştay Onuncu Daire, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 5727 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan " kahvehane " ibaresinin, Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali isteminde bulunmuştur. Mahkememizce, kararın Anayasa'ya aykırı olmadığı yolunda verilen karara aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum.

I- Tütün Kullanımı ve Özgürlükler:

Amerika'nın keşfinden sonra Avrupa'da ve Osmanlı İmparatorluğu topraklarında süratle yaygınlaşan tütün, kapitalizmin gelişimiyle 19. yüzyıldan itibaren sigara üretimindeki ve satışındaki teknolojik ve pazarlama alanındaki gelişmelerin sonucunda global bir olguya dönüşmüş, ancak İkinci Dünya savaşı sonrasında bilim ve tıpta kaydedilen yenilikler sonunda zararları anlaşılınca kadar makbul bir madde addedilmiştir. Zararları tam olarak bilinmediği dönemlerde genellikle keyif verici niteliğiyle özel ortamlarda ve belli bir ritüelle içilmesi, tütün içiminin yetişkinlere mahsus bir ayrıcalık olarak kabulü ve büyüklerin yanında sigara içilmesinin toplumsal örf ve adetler bakımından hoş karşılanmaması, gençlerin de kimliklerini kanıtlamak uğruna her zaman sigaraya ilgi duymalarına ve sigara içmeyi, hak ve özgürlüklerini tam olarak kullanabilmelerinin bir göstergesi gibi algılanmasına yol açmıştır. Tütün kullanımına karşı alınan tüm önlemlere rağmen geçmişten gelen bu algılamının izleri bugün de devam etmekte, zararları bilimsel şekilde ortaya konmuş olmasına rağmen her yıl sayısız genç sigaraya başlamaktadır. Sigara içeni 'ötekileştirmek' ve kötülemek, sigara içenler için yaşamı zorlaştırmak, bu kitlenin arasına her yıl milyonların eklenmesine engel olamamaktadır.

Sigara kullanımının hak ve özgürlükler alanı içerisindeki hukuki değerlendirmesini yapmak için Anayasa'nın 12. ve 17. maddeleri yol gösterici olacaktır. Anayasa'nın 12. maddesinde;

'Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder' denilmiştir.

Anayasa'nın 17. maddesinde de *'Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*

' ' hükmü yer almıştır.

Anayasa'nın 12. maddesinde sözü geçen hak ve hürriyetlerin sadece Anayasa'da sayılan hak ve hürriyetler değil, genel olarak hürriyetler olduğu; hürriyetin ise 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde de belirtildiği gibi 'başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek' anlamına geldiği hususunda duraksama yoktur. Bu nedenle, başkasına zarar vermemek ve Anayasa ile hukukun genel ilkelerine göre sınırlandırılması zorunlu olmamak koşuluyla insanlar, kendi maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesi bağlamında, dilediklerince ve benimsedikleri hayat tarzı ve ilkelere uygun olarak her türlü davranışta bulunabilirler. Sayısız değişik insan davranışı, arzusu ve düşüncesinin tezahür edebileceği gözetildiğinde, insan davranışlarındaki özgürlük alanının sonsuz, ancak devletin bu özgürlüklerin kullanımına getirebileceği sınırlamaların belli kurallarla bağlı tutulmak zorunda olduğunu kabul etmek gerekir.

Sigara kullanımı, genel özgürlükler alanı içinde yer almaktadır. Kişinin, başkalarına ve topluma zarar vermemek şartıyla kendisi için zararlı olsa bile bazı şeyleri yapmak, tasarruflarda bulunmak hakkı olarak tanımlanabilecek bu genel özgürlük alanına devletin müdahalesi, demokratik toplumlarda söz konusu olamaz.

Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi

tutulamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, devletin, kişiyi kendisi için zararlı olacak şeylerden koruma amacıyla da olsa, yediği ve içtiğiyle uğraşması, bunlara müdahale etmesi, temel hak ve özgürlükler anlayışıyla bağdaşmaz. Devlet kuşkusuz, toplum ve kişi sağlığı için zararlı olduğu bilimsel olarak kanıtlanan belli maddelerin kullanımını Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla yasaklayabilir veya sınırlandırabilir. Bu alanda alınacak önlemler Anayasa'nın 13. maddesinde de ifadesini bulan ölçütlere ve bu bağlamda amaca elverişlilik, demokratik bir toplumda gereklilik ve ölçülülük gibi esaslara bağlı olmak zorundadır. Örneğin devlet, uyuşturucu maddeleri yasaklamak ve bunlarla her türlü yasal yolla mücadele etmek görev ve yükümlülüğü altında ise de, sırf şişmanlatıcı olduğu veya kalp ve damar hastalıklarına yol açacakları gerekçesiyle kişilerin yeme-içme alışkanlıklarına müdahale edemez. Diğer bir ifadeyle devlet zararlı olan bir maddenin üretimini, imalini ve satışını yasaklayabilir; ancak bir maddenin üretimi, satışı ve ticareti yasak değilse kişilerin bu maddeyi kullanmalarına ancak zorunlu olduğu yerde ve ölçülülük ilkesine göre sınırlama getirebilir. Tütün kullanımına yönelik sınırlamalar da bu kapsamdadır.

II- Tütün Kullanımına İlişkin Kısıtlamalarda Amaca Elverişlilik Unsuru:

Anayasa'nın 56. maddesinde de sağlıklı yaşama hakkı düzenlenmiş olup bu hakkın korunması devletin görevleri arasında bulunmaktadır.

Tütün ve tütün mamulleri, mevzuatımıza göre yasak maddeler değildir. Aksine, Devlet bu alanda çeşitli düzenlemeler yapmış ve tütün mamullerinin üretim-tüketim sürecinde etkin bir rol almıştır. Anayasa'nın 167. maddesinde piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi amacıyla Devletin görevleri belirtilmiştir. 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasasını Denetleme Kurumu Kanunu ile devlete Anayasal anlamda düzenleyici bir rol verilmiştir. Buna göre, toplum sağlığı için zararları bilinmekle beraber Devlet, tütünü önemli bir piyasa unsuru olarak kabul etmiş ve bu piyasayı düzenleme görevini üstlenmiştir.

Diğer yandan devletin vatandaşlarına karşı görevlerinin, zararlı bir madde olan tütünün toplumda tüketimini azaltmak, tedricen ortadan kaldırarak tüm toplumun bu zararlı maddeden kurtulması için gerekli planlamaları yapmak gibi hususları da içermesi gerekir. Devlet, uluslar arası toplumla işbirliği halinde tütünün ekimini, sigara üretim ve ticaretini azaltacak makro plandaki önlemleri de düşünmek ve uygulamaya koymak zorundadır.

Ülkemiz bu alanda Birleşmiş Milletler çerçevesinde akdedilen Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesinin onaylanmasını 5261 sayılı yasayla uygun bularak taraf olmuş, ulusal alanda da 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi Hakkında Kanun'u kabul etmiş, daha sonra da 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Kanun'la adı geçen Kanun'daki önlemleri daha da ilerletmiştir. Kahvehanelerdeki sigara yasağı da bu bağlamda kabul edilmiştir.

Ne var ki:

Birleşmiş Milletler çerçevesinde Dünya Sağlık Örgütü eşgüdümünde uzun müzakereler sonucunda akdedilen 38 maddeden oluşan Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi sigara üretimini değil tüketimini azaltarak tütünün zararlarını kontrol etmek stratejisi üzerine kurulmuş olup, global sermayenin büyük bir kar aracı olan sigara endüstrisini karşısına almaksızın, sadece Sözleşme'ye taraf devletlerin sigara reklamı, perakende satışı vb. konusunda alınabilecekleri önlemler üzerinde yoğunlaşmıştır. Dünyada tütün üretiminin tedricen azaltılarak kaldırılması ve sigara sanayilerin zamanla başka alanlara yönlendirilerek sigara üretimine son verilmesi gibi kökten bir çözümü öngörmeyen, böyle bir hedefe yönelik hukuken bağlayıcı taahhütler

içermeyen Sözleşme, sigara tüketimini azaltmak bahanesiyle, taraf devletlerin hükümetlerini yüksek vergilendirme politikalarına teşvik eden hükümler de içermektedir. Yüksek vergilendirme politikaları ise sigara kaçakçılığını, organize suç örgütleri için daha cazip bir alan haline getirmiştir. Bu haliyle Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, global sigara sanayinin, hükümetlerin ve ironik olmakla beraber sigara kaçakçılarının çıkarlarına aynı anda hizmet eden ortam yaratmıştır. Sözleşme'de öngörülen stratejiye dayalı olarak çıkarılan ulusal mevzuat da sigara kullanan bireylerin özgürlük alanlarını daraltmıştır. Bu stratejinin global planda sigara tüketimini azaltmadığı, British-American Tobacco, Philip Morris International gibi sigara devlerinin internette yayınladıkları yıllık faaliyet raporları ve bilançolarındaki karların, Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin Birleşmiş Milletler'e üye ülkelerin büyük çoğunluğunca onaylanmış olmasına rağmen artmaya devam etmesinden de anlaşılmaktadır.

Dünyadaki uygulamalardan ve verilerden de görüldüğü üzere, sigara üretimi azalmadığı, uluslar arası veya perakende satışında sınırlamalar getirilmediği müddetçe toplam sigara tüketiminde bir azalma kaydedilememekte, sigara içilebilecek mekanların giderek kısıtlanması toplum sağlığını koruma, gençlerin sigaraya başlamasını önleme gibi amaçlara elverişli bir önlem oluşturmamaktadır.

III- Demokratik bir Toplumda Gereklik ve Ölçülülük:

Sigaranın bağımlılık yapan maddesi nikotin, vücudun haz aldığı zamanlarda salgıladığı endorfin hormonunu tetikleme sonucunu doğuran özelliği nedeniyle biyolojik bağımlılığa yol açmaktadır. Diğer bir anlatımla vücudun doğal olarak haz alma hissini algılayan biyolojik özelliği, nikotinle uyarıldığına algılanan yapay bir keyif hissine dönüşmektedir. Bu nedenle sigaraya bir kere alışan bir kimsenin, bütün zararlarını bilmesine rağmen bırakması kolay olmamaktadır. Buna karşılık sigaraya başlamak çok kolaydır.

Sigara içiminin iş yerlerinde -haklı olarak- yasaklanmasına ilaveten kahvehanelerde de yasak olması halinde sigara bağımlıları aynı miktarda nikotin ihtiyacını karşılayabilmek için sigarayı evlerinde veya açık alanlarda daha çok içecek, ailelerine ve çocuklarına kötü örnek olacaklardır. Bunun yerine sigara bağımlılarının biraz dinlenmek ve eğlenmek için gidecekleri kahvehanelerin özel olarak ayrılmış bölümlerinde veya sadece sigara içenlere hizmet verecek kahvehanelerde bu ihtiyacı gidermeleri, açık alanda veya evlerinde gençlere örnek olacak şekilde sigara içmelerinden çok daha uygundur. Bu nedenle, kahvehanelere sigara yasağı getirilmesi, sanıldığığının aksine, tütünle mücadelede amaca uygun bir yöntem değildir.

Sigara reklamlarının yasaklanması, sigara paketlerinin üzerine caydırıcı yazı ve resimler konması, beklenen etkiyi sağlamamaktadır. Zira insan psikolojisi, ne kadar korkunç olursa olsun uzak ve düşük olasılıklı bir tehlikeden ziyade, çok daha küçük ama yakın bir zevke veya acıya odaklanacak şekilde yapılanmıştır. Sigaranın bulunmaması, kolayca erişilememesi, böylelikle kişinin sigarayı hiç düşünmemesi, kişiye adeta 'sigarayı al ama içme' şeklinde verilen mesajdan çok daha etkilidir. Devlete düşen, bir yandan sigara bağımlılarının bu bağımlılıktan kurtulmalarına yardımcı olacak sağlık hizmetlerini (ilaç, psikolojik danışmanlık vb) sunarken, daha önemli ve öncelikli olarak, gelecek kuşakları korumaya çalışmaktır. Akla uygun ve doğru strateji, sigara içenle değil, tütünle mücadeledir. Bu alanda uluslar arası işbirliği olanakları araştırılmalı, gerekirse ilgili uluslar arası kuruluşlara, dünyada tütün üreticisi ülkelerin zararlarını da karşılamak suretiyle, tütün ekimi ve sigara üretimine tedricen son verilmesine yönelik yeni öneriler götürülmeli, bu alanda vergi kaybı ve dünya sigara endüstrisine hakim olan global sermaye ile karşı karşıya gelmek göze alınmalıdır. Sigara bir yandan devletin denetimi altında serbestçe üretilip satılırken ve her gün birçok insan, özellikle genç, sigaraya

başlarken bu konuda gerekli adımları yeterince atmayıp, aslında tütünün mağduru olan sigara kullanıcısı bireylerin özgürlük alanlarını daraltmak suretiyle toplum sağlığını korumak, çağdaş bir hukuk devletinin benimseyeceği bir hal tarzı olamaz.

Sigara içmeyen kişilere zarar vermeksizin, sadece sigara içenlerin devam edeceği, personeli de sigara içenlerden oluşacak kahvehaneler açılması veya kahvehanelerin belli bölümlerinin sigara içenlere ayrılması halinde sigara bağımlılarının sigara içmeyenlere zarar vermeden bu konudaki özgürlükten yararlanmaları mümkün olabilecektir. Ancak iptali istenen kuralla, buna da fırsat verilmeyip sigara kullanımının tümüyle yasaklanması, bu maddenin üretiminin, toptan ve perakende satışının devlet eli ve katkısıyla yapıldığı gözetildiğinde, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen demokratik hukuk devleti ilkesi ile çelişen ve Anayasa'nın 12. maddesinde çerçevesi en geniş biçimde çizilen özgürlük alanının ölçüsüzce kısıtlayan bir müdahaledir.

Bu nedenle toptancı bir yaklaşımla kahvehanelere getirilen sigara yasağı, sadece sigara içenlere mahsus kahvehaneler açılmasına olanak vermediğinden, Anayasa'nın 2., 12. ve 13. maddelerine aykırıdır.

IV- Çalışma Özgürlüğü Yönünden:

Başvuru kararında, kahvehanelerde tütün ürünlerinin kullanımının tümüyle yasaklanmasının kahvehane işletmelerinin faaliyetlerini olumsuz etkilemesinin Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan, herkesin dilediği alanda çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale olduğu belirtilmiştir.

Tütünün global planda üretiminin, uluslar arası ticaretinin, Türkiye'de tütün mamulleri üretiminin ve satışının serbest olduğu ve nüfusun önemli bir kesiminin tüm zararlarına rağmen bu maddeyi kullandığı, kişiye sigarayı bırakması için yasal zorlamada bulunulmasının ve vücuduna müdahale edilmesinin çağdaş bir hukuk devletinde mümkün olmadığı gözetildiğinde, başkalarına zarar vermeksizin, sırf sigara kullananların devam edebilecekleri kahvehanelerin açılması ve işletilmesinin de Anayasa'nın 48. maddesinden kaynaklanan meşru bir hak olduğunun kabulü gerekir.

Almanya Federal Cumhuriyetinde de Anayasa Mahkemesi de, küçük birahane işletmecisi olan iki kişinin bireysel başvuruları üzerine 2008 yılında verdiği bir kararda, bu işletmecilerin Anayasal haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

5727 sayılı Yasa ile getirilen itiraz konusu kural, belli bölümlerinde sigara içilebilen kahvehaneler işletilmesine veya sırf sigara içenlere mahsus kahvehaneler açılmasına olanak tanımamaktadır. Kural, çalışma özgürlüğüne, toplum sağlığının korunması için demokratik bir toplumda gerekli olmayan, ölçüsüz bir müdahale anlamına geldiğinden, Anayasa'nın 48. maddesine aykırıdır.

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY YAZISI

7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un, 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan "kahvehane" ibaresinin Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırılığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Olayın özünde yasakoyucunun, genel sağlığı korumak amacıyla kendisi tütün ürünü kullanmadığı halde insanların toplu olarak bulundukları kapalı yerlerde bu ürünleri kullanan kişilerin dumanına maruz kalarak, dumanda bulunan zararlı maddeleri istemeden solumak zorunda kalan bireylerin sağlıklarını korumak, tütün ürünü kullananlarında kullanımını sınırlayarak, onları bu alışkanlıklarından vazgeçmeye teşvik etmesi yatmaktadır.

Tütün ürünü kullanmayan birisinin tütün dumanına maruz bırakılması pasif içicilik veya bilimsel ifadesiyle Çevresel Tütün İçimi veya Çevresel Sigara Dumanı (*Environmental Tobacco Smoking*) olarak adlandırılmaktadır. İnsan sağlığına zararlı olduğu yönünde kuvvetli bilimsel delillerin olduğu tütün ürünleri kullanımının azaltılmasında kamu sağlığı açısından bir yarar olduğu söylenebilir. Tütün ürünleri kullanımına karşı getirilen sınırlamalar ve yasaklar, tütün dumanının sadece kendi hür iradesiyle tütün ürünü kullananları değil, tütün ürünü kullanmayan kişilerin sağlığına özellikle kapalı ve insanların toplu olarak bulunduğu mekânlarda ve ortamlarda zarar verdiği yönünde bilimsel bazı bulguların ortaya konmasıyla yayılmaya başlamıştır.^[1] Bununla birlikte tütün ürünü karşıtı kampanyalarda en çok kullanılan pasif içiciliğin akciğer kanserine neden olduğu iddiasına karşı bazı bilimsel eleştirilerde yapılmaktadır.^[2]

Anayasa'nın 13. ve 17. Maddeleri Yönünden İnceleme

Anayasa'da tütün ürünü kullanma özgürlüğü diye temel hak ve özgürlükler içinde yer alan bir özgürlük kategorisi bulunmamaktadır. Bununla beraber Anayasa'da yer verilmeyen özgürlükler 'isimsiz özgürlükler' olarak değerlendirilmektedir. Bir tütün ürünü olan sigara bağlamında sigara içme özgürlüğü, öğretilde bireylerin kendi hür iradeleriyle 'sigara içip-içmeme erkine sahip olmaları' olarak tanımlanmaktadır.^[3]

Elbette bu özgürlüğün zıddı olarak sigara içmeme ve tütün dumanına maruz kalmama özgürlüğü de mevcuttur. Başkalarının özgürlüklerine ve haklarına zarar verilmesini önlemek için bir özgürlük sınırlandırılabilir. Tütün ürünü içme özgürlüğü ile diğer haklar ve özgürlükler çatıştığında her iki özgürlüğünde 'varlık ve etkilerini optimal düzeyde' koruyabilmelerini sağlayacak düzenlemeler gerçekleştirilebilir.^[4]

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun şekilde, yasayla sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından *gerekli* olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir *oran* içinde bulunmamasını ifade eder. Burada kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğün en az sınırlayacak dengeli bir orantı aranmaktadır.

Bireysel tercihe dayanan bir davranışı yasaklamanın getireceği faydanın bireysel özgürlüğün sınırlandırılmasını haklı gösterecek kadar büyük olması gerekir. Özgürlük bireylerin yaptıkları kötü tercihler için başkalarına zarar vermedikçe kamu otoritesinden baskı ve zorlama görmeden özgürlüğün risklerini anlama ve kabul etmeleri anlamına gelir. Bireyler

tütün ürünlerini satın alırken ve kullanırken bunların neden olduğu risklerin genel olarak farkındadırlar. Kahvehanelere giden her birey burada tütün ürünleri tüketildiğini bilerek ve kabullenerek gitmektedir. Genel sağlığı koruma amacı ile insanların yaşam tarzlarına ilişkin tercihlerine müdahale etmeme arasında ince bir çizgi vardır. Trafik kazaları tütün içiminden daha fazla insan yaşamını tehdit eden bir olguyken, otomobil kullanımının ciddi olarak sınırlandırılması konusunda kısıtlayıcı yasal tedbirlere gidilmemektedir.

İtiraz konusu ibarede yasakoyucu, bireylerin sağlıklı yaşam haklarını korumak amacıyla tütün ürünlerini kullanma özgürlüğünü belli kapalı mekânlarda yasaklamaktadır. Getirilen sınırlama, amacı gerçekleştirmeye elverişli bir araç olduğundan ölçülülük ilkesinin ilk aşaması olan elverişlilik testini geçmektedir. İkinci aşama olan gereklilik testinde sınırlayıcı aracın sınırlama amacını gerçekleştirme açısından zorunlu olup, olmadığı aranmaktadır. Kahvehanelerin kapalı alanlarında tütün ürünlerinin kullanımının tamamen yasaklanması sağlıklı yaşam amacını gerçekleştirmeye dönük zorunlu bir tedbir değildir. Yasaklama yerine özgürlüğü en az sınırlayan başka araç veya araçlar kullanılabilir. Üçüncü aşama olan orantılılık testinde ise gerçekleştirilmesi istenen amaç ile kullanılan araç arasında ölçüsüz bir oran olup, olmadığına bakılmaktadır. Tütün ürünü kullanmayanların korunması uğruna tütün ürünü kullanma özgürlüğü orantısız olarak sınırlandırılmaktadır. Kahvehanelerin kapalı kısımlarında uygulanan tütün ürünleri tüketme yasağı ölçülülük ilkesinin ikinci ve üçüncü testleri olan elverişlilik ve orantılılık testlerini geçemediğinden, Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 17. maddesinin 1'inci fıkrasına göre 'herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.' Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, faaliyetlerini özgürce gerçekleştirmesi ile mümkündür. Özerk ve özgür bireyin başkalarının, özellikle de kamu otoritelerinin, koruyup kollamasına ihtiyacı olduğunu varsaymak onun iradesini ve tercih özgürlüğünü hiçe sayan paternalist bir değerlendirmedir. İnsanların kendi hayatlarını yönetemedikleri varsayımına dayanan paternalizm, yurttaşları ergin ve özerk olarak görmediği, kendi iradelerine aykırı olsa bile onlar adına hareket etmeyi uygun gördüğü için otoriter eğilimleri bünyesinde barındıran bir yaklaşımdır. Burada özgürlüğü kısıtlanan insanın mutluluğu, çıkarı, refahı, iyiliği için kişinin iradesinin başka bir kişi veya kurum tarafından hiçe sayılması söz konusudur. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi üyelerinden Yargıç Brandeis 1928'de bir karşı oy yazısında 'hükümetin amaçları hayırsever olduğunda özgürlüğü korumak için çok dikkatli olmamız gerektiğini tecrübeler bize göstermiştir' derken yukarıda değinilen noktalara dikkati çekmekteydi.^[5] İyi ve sağlıklı olduğu düşünülen hayat tarzlarının dayatılması sadece sigara içimiyle sınırlı kalmayabilir. Tütün ürünlerinin üretimi, ticareti ve tüketimi yasak olmayıp bireylerin tercihlerine bırakılmıştır. Belirtilen gerekçelerle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 17. maddesinin 1'inci fıkrasına aykırıdır.

Anayasa'nın 48. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 48. maddesinde 'Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır' denilmiştir.

5727 sayılı yasanın 3/1-d maddesi kapalı mekânlardan oluşan kahvehanelerde tütün ürünlerinin tüketimini tamamen yasaklamıştır. Böylece kahvehane işletmecilerinin faaliyetlerini sürdürebilmeleri zorlaştırılarak iktisadi çıkarları göz ardı edilmiş, ölçülülük ilkesine aykırı biçimde çalışma özgürlükleri sınırlandırılmıştır. İtiraz konusu ibareden dolayı kahvehane işletmelerinin iktisaden zarar gördüğü de iddia edilmektedir. ^[6]

İnsanların (genelde erkek) bir araya gelerek, değişik siyasi, iktisadi ve toplumsal konularda sohbet edip, fikir alışverişinde bulunup, dinlenip, oyun oynadıkları, günlük gazeteleri okudukları mekânlar olan kahvehanelerde çay, kahve gibi içeceklerin yanı sıra tütün ürünleri de geleneksel olarak tüketilmektedir. Kahvehaneler önemli bir kamusal alan mekânı olarak düşünülebilir. Bilindiği üzere kamusal alan bireyler arasında fikir alışverişini gerçekleştirerek demokrasinin gelişimine katkı yapar. Alman düşünürü Habermas kamusal alanın İngiltere ve Fransa gibi ülkelerde ilk olarak kahvehaneler ve kafelerde ortaya çıktığını belirtmiştir. Buradan hareketle kahvehanelerin varlıklarını sürdürebilmelerinin kamusal alanın gelişimi açısından da önemli olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa'nın 48. maddesinin devlete getirdiği özel girişimlerin güvenli ve kararlı bir biçimde faaliyetlerinin devamı için önlem almak yükümlülüğü çerçevesinde, kahvehanelerde ayırt edici birtakım özellikler temelinde tütün ürünlerinin tüketilip, tüketilmediği bölümlerin oluşturulması imkanı yaratılarak, çalışma özgürlüğü ve kişi özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın genel sağlığı korumak adına ölçülülük ilkesine uygun kısıtlamalara yer verilebilirdi. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 48. madde ile devletten beklenenin 'Özel girişimlerin gelişmesini sağlayacak doğrultuda iktisadi ve sosyal politikalar uygulamak, özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sunmak' olduğunu vurgulamıştır.^[7]

Bilindiği gibi kahvehaneler toplu olarak bir arada bulunan yerlerdir ve bu yerlere tütün ürünleri kullananlar gidebildiği kullanmayanlarda gidebilmektedir. Diğer taraftan bu yerlerde tütün ürünleri tüketmeyen, bunlardan rahatsız olabilecek kişiler de çalışabilmektedir. Kahvehane işletmecileri, kendi mülkiyetlerindeki işletmelerinde tütün ürünleri içimini tamamen yasaklayabilirler ve tütün dumanından rahatsız olan ve tütün ürünleri tüketmeyip, kahvehanede vakit geçirmek isteyen bireyler böyle yerlere gidebilirler. Aynı şekilde tütün dumanından rahatsız olan kahvehane çalışanları, tütün ürünleri kullanımının yasaklandığı kahvehanelerde çalışabilirler. Tütün dumanından rahatsız olan biri bunun içilmesinin serbest olduğu bir kahvehanede çalışmak zorunda değildir. Serbest piyasa mekanizması ve rekabet koşulları içinde işyeri sahipleri kendi işletmelerinde tütün ürünü kullanılıp, kullanılmayacağını karar verebilirler. Tütün dumanından rahatsız olanlar, bunun serbest olduğu işletmelere gitmeyerek kendilerini koruyabilirler.

İlgili mevzuat kahvehanelerin açık alan sayılan kısımlarında tütün ürünleri içilmesine izin vermektedir. İsteyen işletmeciler kahvehanelerinin bazı bölümlerini açık alana uygun hale getirerek tütün ürünlerini kullananlara hizmet verebilmektedir. Yaz aylarında uygulanması kolay olan bu durum, kış aylarında tütün ürünleri tüketmek isteyenler açısından sıkıntı ve zahmet yaratmaktadır. Dolayısıyla yasal bir faaliyeti özgürce yerine getirebilmeleri orantısız bir şekilde kısıtlanmaktadır.

Kahvehanelerin kapalı mekânlarında tütün ürünleri tüketme yasağı, özel mülkiyet sahiplerinin kendi işyerlerinde, üretimi, ticareti ve tüketimi yasal olan tütün ürünlerinin kullanımını kısıtlayarak devletin gücünün orantısız kullanımına neden olmaktadır. Böylece özel hukuk kişilerine ait olan kahvehane işletmelerine yönelik olarak özel girişim özgürlüğü ölçüsüz olarak sınırlandırılmaktadır. Mülkiyet hakkı sadece somut fiziksel varlıkların, nesnelerin sahipliği ile sınırlı değildir. Bir iktisadi işletme sahibinin kendi işletmesini nasıl işleteceği, iktisadi olarak nasıl kullanacağı, müşterilerine nasıl hizmet edeceği kendi tasarrufuna ait bir şeydir. Eğer bu konuda kamu çıkarına adına sınırlamaya gidiliyorsa bunun ölçüsüz olmaması gerekir. Bir işletmenin tütün ürünleri tüketimi konusundaki politikasının müşterilerin ve sahiplerinin arzuları doğrultusunda belirlenmesi mülkiyet hakkının ve tercih özgürlüğünün bir gereğidir.

İtiraz konusu ibare bireysel özgürlüğü sınırlamakta ve özel mülk sahiplerinin çalışma özgürlüğünü ihlal etmektedir. Açıklanan nedenlerden dolayı itiraz konusu ibare Anayasa'nın 48. maddesine aykırıdır.

Sonuç olarak yukarıda ifade edilen gerekçelerle itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak, çoğunluk görüşüne muhalefet edilmiştir.

Üye

Engin YILDIRIM

[1] Dünyanın pek çok ülkesinde kapalı mekanlarda tütün ürünü kullanımı çeşitli ölçülerde sınırlanmış veya yasaklanmıştır. Bazı ülkelerde, örneğin ABD'de çeşitli kentlerde parklar ve plajlar gibi açık mekânlarda da tütün ürünü kullanımı yasaklanmaktadır. En son New York Belediye Meclisi 12'ye karşı 36 oyla belediyenin idaresinde olan parklar, plajlar ve ünlü Times meydanında da tütün ürünü kullanımını yasaklamıştır. (Bkz. <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1038901&Date=07.02.2011&CategoryID=118>, erişim tarihi 07.02.2011).

Diğer taraftan, tütün ürünleri kullanımını kapalı mekânlarda yasaklama yönündeki eğilime aykırı bazı yeni gelişmelerde ortaya çıkmaya başlamıştır. Mesela Almanya Federal Anayasa Mahkemesi iki ret oyuna karşı altı oyla, Baden-Württemberg ve Berlin eyaletlerindeki sigara içme yasağını, 'birahane ve diskotek sahiplerinin temel haklarını ihlal ettiği' gerekçesiyle Alman Anayasa'sının 12. maddesinde yer alan 'herkesin özgürce mesleğini icra etme hakkına sahip olduğu' hükmüne aykırı bulmuştur. İlgili düzenleme birçok işletmenin aksine, diskoteklere sigaralı bölme hakkı tanımamıştı. Alman Anayasa Mahkemesi kararında eyalet yönetimlerinin hem birahane ve diskotek sahiplerinin çalışma özgürlüğünü hem de sigara içmeyenleri koruyacak daha az sıkı düzenlemeler yapabileceklerini belirtmeyi de ihmal etmemiştir. (Bkz. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg08-078en.html>, erişim tarihi 07.02.2011).

[2] Örneğin, pasif içicilerde sigara dumanı maruz kalma ile akciğer kanseri arasında nedensellik ilişkisinden ziyade korelasyona dayanan bir ilişki bulunduğu belirtilerek, korelasyonun nedensellik anlamına gelmediği belirtilmektedir. İki olayın birlikte gerçekleşmesi demek olan korelasyon ile iki olay arasında neden-sonuç ilişkisi kuran nedensellik aynı şey değildir. Nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi için korelasyonun bulunması gereklidir ama bu nedensellik olduğunu göstermek için yeterli değildir. Bu konuda bkz. Zion, Sydney (2007), 'Science and Secondhandsmoke: The Need for a Good Puff of Skepticism', *Skeptic*, cilt 13, sayı 3, s.21.

Bu yöntemsel eleştirinin yanı sıra Amerikan Kanser Derneği'nin 2003'de yayınlanan kanser önleme çalışmasına göre sigara içenlerle evli, asla sigara içmeyen 35.000 kişinin 1959-1998 arası sağlık verilerinin analizinde akciğer kanser riskinde artış gözükmemiştir. Benzer şekilde Dünya Sağlık Teşkilatı'na bağlı Uluslararası Kanser Araştırma Dairesi'nin yedi Avrupa ülkesinde on yıllık bir zaman dilimini kapsayan bir çalışmada, sigara içenlerle çalışan veya yaşayan sigara içmeyenlerle, bunların çalıştıkları veya yaşadıkları yerde sigara içenler arasında akciğer kanserine yakalanma riski açısından istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki bulunamamıştır. Bu hususta bkz. Lambert, Thomas A. (2006), 'The Case against Smoking Bans', *Missouri Environmental Law and Policy Review*, cilt 13, s.6.

[3] Gözler, K.. (1990), Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı ', Ankara Barosu Dergisi, yıl 47, sayı 1, s.36.

[4] Gözler, K. (1990), s. 42

[5] Pope, Thaddeus Mason (2000), 'Balancing Public Health against Individual Liberty: The Ethics of Smoking Regulations', *University of Pittsburgh Law Review*, cilt 61, s. 493.

[6] Kapalı alanlarda sigara yasağının uygulanmaya başladığı 19 Temmuz 2009 tarihinden bu yana Bursa'da 2 bine yakın kahvehanenin kapandığı belirtilmiştir. (Bkz. <http://www.uyduturkey.com/t%FCrkiyeden-haberler/42409-sigara-yasa%F0%FD-2-bin-kahvehaneyi-kapatt%FD.html>, erişim tarihi, 04.01.2011).

[7] E: 2002/32, K: 2003/100, 20.11.2003 tarihli AYM kararı.