

## **BÖLÜM 3 / SECTION 3**

### **DUMANSIZ KAMUSAL YARAR VE DUMANALTI BİREYSELLİK ÇATIŞMASI -ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 2011 TÜTÜN YASAĞI İÇTİHADİ HAKKINDA KARŞILAŞTIRMALI GÖZLEMLER-**

*(CLASH OF SMOKE FREE PUBLIC GOOD AND SMOKING INDIVIDUALITY  
-COMPARATIVE OBSERVATIONS ON 2011 TOBACCO BAN CASE-LAW OF  
CONSTITUTIONAL COURT-)*

**Bertil Emrah Oder\***

#### **ÖZET**

Tütün tüketimine ilişkin sınırlamaların, yasama politikalarında yaygın biçimde tercih edilmesi küresel ölçekte karşılaşılan bir olguya dönüşmüştür. Bu tercihi somutlaştıran ve çoğunlukla reklam ve mekân yasakları olarak ortaya çıkan hukuksal düzenlemeler giderek artan biçimde karşılaştırmalı yargısal içtihatlar konu olmaktadır. 2008 yılında Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi'nin tütün tüketimine ilişkin içtihadı Avrupa ölçeğinde tütün tüketiminin temel hak ve özgürlüklerle ilişkisini kuran öncü bir içtihat olarak belirmişti. Aradan geçen zamanda tütün kontrolü, Kosta Rika'dan Endonezya'ya, hatta ICSID tahkim usullerine uzanarak yargısal uyuşmazlıklara konu olmaya devam etti. Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılında tütün tüketiminin kahvehanelerde mutlak biçimde yasaklanmasını onaylayan içtihadı da karşılaştırmalı anayasa yargısında tütünün temel hak ve özgürlüklerle bağlantısını sorgulamak için önemli bir örnek sunmaktır. 2011 tütün yasağı içtihadına konu olan sınırlama, temel hak ve özgürlüklerin anayasal yorumuna ilişkin pek çok soruyu ilgilendirdiği için önem taşıyordu. Bu soruların belki de en önemlisi, tütün tüketenlerin ve tüketmeyenlerin anayasal haklarının kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel yaşamın korunması temelinde nasıl yorumlanacağıydı (Anayasa madde 17/1 ve 20/1). İchtihadın, çalışma özgürlüğünün sınırları bakımından da somutlaştırma yapması bekleniyordu. Ancak Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, sınırlamanın sınırlarını etkin biçimde denetleyen ve hukuksal yöntembilimin esasları ile bağdaşan bir kanıtlama yapmadı.

---

\* Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Karar, tütün içenlerin anayasal haklarını somutlaştırmıyor ve bu grubu, topluma karşı salt ödevci bir yaklaşım içinde görüyor. Mahkeme, çalışma özgürlüğü bakımından denetlenen normun sınırlama içermediğini de varsayıyor. Bu değerlendirmelerin çok kısa ve apodiktik biçimde yapılmış olması nedeniyle kararın gerçek bir kanıtlama içerdiği söylene-  
mez. Mahkeme, tütün yasağına yapılan itirazı dikkatli bir hukuksal çö-  
zümleme ile bireysel özerkliğin somutlaşmasına ilişkin zayıf içtihadını  
geliştirme fırsatı olarak kullanabilirdi. Bu fırsat kaçmış gözüküyor.

**Anahtar Kelimeler:** Türkiye’de tütün kontrolü mevzuatı; küresel tütün kontrolü; tütün kullanımına ilişkin karşılaştırmalı anayasa yargısı; Anayasa Mahkemesi’nin tütün içtihadı; uluslararası içtihatlarda tütün; sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlüklerin dengelenmesi ve sınırlanması; kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı; bireysel özerklik; çalışma özgürlüğü ve özel girişim.

### **ABSTRACT**

*Restrictions on tobacco use as tool of preferences in legislative policies have become a phenomenon observed in global context. Legal regulations putting those preferences in concrete terms predominantly by prescribing bans on tobacco advertisements and promotions as well as place prohibitions are inclining to be subject matters of case-law in an increased manner. 2008 judgment of German Federal Constitutional Court on tobacco use was a leading case-law at European level establishing relevance of tobacco use for fundamental rights and freedoms. In the meantime, tobacco control perpetuated to become subject of judicial conflicts before different constitutional jurisdictions including Costa Rica and Indonesia as well as arbitration process before ICSID. 2011 judgment of Turkish Constitutional Court upholding the constitutionality of tobacco consumption ban in coffee houses is a representative case-law of relevance questioning the relationship of tobacco with fundamental rights and freedoms. Tobacco ban discussed in 2011 judgment was to be regarded as significant since it relates to various questions touching upon constitutional interpretation of fundamental rights and freedoms. Presumably the most striking one among others was how the constitutional rights of tobacco consumers and non-consumers could be interpreted on the basis of right to self-development and protection of private life including private choices (articles 17.1 and 20.1 of the Constitution). It was also anticipated that 2011 case-law elaborates the limits of freedom of occupation including right to entrepreneurship under article 48.1 of the Constitution in refined terms. Nevertheless, the Constitutional Court did not follow a sound argumentative approach reviewing the constitutional limits of*

*tobacco restriction and complying with the principles of legal methodology, namely methods of interpretation. It is remarkable that the judgment does not touch upon the question on constitutional rights of tobacco consumers. It considers this group of addressees only from perspective of their obligations to the society. The Court also assumes that the norm reviewed does not contain any restrictions from perspective of freedom occupation for coffee house owners or managers. Since the Court's evaluations are made in form of very short observations and in an apodictic style, it is not possible to state that the judgment contains an argumentation in real sense. In the light of diligent legal analysis, the Court could have taken the claims against tobacco ban as an opportunity to improve its weak case-law on concretisation of private autonomy. It seems that this is definitely a missed opportunity.*

**Keywords:** *Tobacco control legislation in Turkey; global tobacco control; comparative constitutional review on tobacco use; tobacco before Turkish Constitutional Court; tobacco in international adjudication; balancing and restricting the fundamental rights and freedoms without restriction grounds; right to self-development; personal autonomy; right to entrepreneurship.*

\*\*\*

## Giriş

Bireysel tütün tüketiminin sınırlanmasına ilişkin farkı uygulamalar ulusal ya da yerel ölçekteki karar alıcılar (ulusal parlamentolar, yerel meclisler ve referandumlar) tarafından benimsedikçe tütün kullanımının temel hak ve özgürlük alanına etkisi yargısal içtihatlarla daha sık biçimde yansımaya başladı. Öncelikle reklam yasakları ya da tütün ürünlerinin üzerindeki basit sağlık mesajları ile ortaya çıkan sınırlama rejimi, giderek ölüm ya da ölümcül hastalık uyarıları; yoğun bakım hastalarının resimleri gibi tartışmalı fotoğraf içeriklerinin kullanılması ile pekişti. New York'ta sigara içme yaşının 21'e yükseltilmesi; Amerika Birleşik Devletlerinde bazı eyaletlerde ve büyük kentlerde tütün içermeyen, sadece nikotin suyunda tatlandırılmış ve buharı normal bir sigara dumanının etkisine sahip olmayan e-sigaraların kapalı alanda içme yasağı kapsamına alınması gibi uygulamalar tütün sınırlamalarının son dalgasını oluşturuyor<sup>1</sup>. Tütün kullanımının sınırlanması kapsamında, tütün ürün-

<sup>1</sup> Gay, Mara / Jackson, Joe / Esterl, Mike, "New York City Extends Smoking Ban to E-Cigarettes, Mayor Bloomberg Expected to Sign into Law in Regulatory Blow", Wall Street Journal, 19 December 2013, <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303773704579268892537996818>, Erişim tarihi: 20.12.2013; Avrupa Birliği'nde (AB), e-sigaraların doldurulabilir kartuşlarındaki nikotin oranlarına ilişkin

lerinin kamusal mekânlarda ya da özel işletmelere ait kapalı alanlarda yasaklanması ise reklam yasaklarından sonra küresel ölçekte en yaygın düzenleme sınıfına karşılık geliyor. Bu sınıftaki düzenlemelerin kimisinde istisnalara yer verildiği kimisinde istisna içermeyen yasaklayıcı kural- ların benimsendiği gözlemleniyor. Söz konusu istisnalar çeşitli biçim- lerde ortaya çıkabiliyor. Örneğin; kumarhanelerinin kumar oynanan sa- lonlarında tütün ürünlerinin kullanımına izin verilmesi, otellerin oda sa- yısının belirli bir yüzdesinin sigara içenlere ayrılması, tütün kullananlara özgü özel işletmelerin açılması, bazı mekânlarda sigara içilebilen oda- ların oluşturulması ya da kültürel veya alışkanlığa bağlı olarak tütünle birlikte tüketilen ürünleri satan küçük işletmelerde tütün kullanım izni.

Bavyera eyaletinde tütünün kapalı mekânlarda kullanımının ya- saklanması referandumda destek bulurken, İsviçre’de 2012 yılında ya- pılan referandumda kapalı toplu alanlarda sigara içme bölümlerinin kal- dırılmasını içeren tümel yasak rejimi reddedildi.<sup>2</sup> İran’da tütün kullananların yüksek düzeyli kamusal görevlere atanmamasına ilişkin bir politikanın uygulamaya geçmesi, Yeni Zelanda’da hapisanelerde sigara yasağı ya da Avustralya’nın Batı Avustralya eyaletinde ve Uruguay’da özel alanda sigara içme yasaklarına ilişkin düzenlemeler farklı siyasal sistemlerin –liberal, yarı-liberal veya otoriter- tütün kullanımının dü- zenlenmesine ilişkin tutumlarındaki kesişmeye işaret ediyor<sup>3</sup>.

Türkiye, tütünde kullanımı/tüketimi esas alan sınırlama rejiminin takipçisi devletler arasında yer alarak dünya genelindeki eğilimin dışında kalmadı. Ancak Türkiye’deki yasama politikası, uluslararası sağlık mev- zuatı çerçevesinde tütün kullanımını düzenlerken bazı istisnalarla birlikte kurgulanmış bir yasak rejimini benimsedi. Aşağıdaki çözümlemeye konu olan Anayasa Mahkemesi kararı, tütün kullanımında hızla yaygınlaşan düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğu konusunda Türkiye’nin karşıla- ştırmalı yargı pratiğine sunduğu bir katkı olarak değerlendirilebilir. Tür- kiye’deki tütün kullanımına ilişkin normlar ve yargısal içtihat, gelenek- sel olarak tütün üreten ve tüketen bir toplumda konunun ekonomik ve

---

tartışmalar ve son düzenlemeler için bkz. Steinhauer, Gabriella, “*EU Leans Toward Allowing Refillable E-Cigs, Critics Worry They Can Be Used to 'Vape' Stronger Drugs*, *Wall Street Journal*”, 16 December 2013, <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304173704579262411519792696>, Erişim tarihi: 20.12.2013.

<sup>2</sup> “*Swiss reject full ban on smoking in public spaces*”, BBC News Europe, 23 September 2012, <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-19690450>, Erişim tarihi: 15.10.2012.

<sup>3</sup> “*Smoking curbs: the global Picture*”, 3 February 2011, BBC News World, <http://www.bbc.co.uk/news/world-11845158>, Erişim Tarihi: 15.10.2012; “*New Zealand to ban smoking in prisons*”, BBC News Asia-Pacific, 28 June 2010, <http://www.bbc.co.uk/news/10432294>, Erişim tarihi: 15.10.2012.

kültürel bağlamı açısından kuşkusuz ilgi çekici bir örnek sunmaktadır<sup>4</sup>. Söz konusu bağlam, Türkiye'nin reji düzeninden bugüne, tütünle köklü bir insani ve ekonomik ilişkiye sahip olması ile ilintili olduğu için de önemlidir. Tütünün öyküsüne sahip olan bu topraklarda, tütün-birey-kamu sağlığı-piyasa ilişkisinin tüm boyutlarını sorgulamak bu karar çözümlemesinin sınırlarını kuşkusuz aşar. Ancak sonuç bölümünde öykünün yasama politikası ve anayasa yargısındaki tutumlarla yenilenen yüzüne değinmeden geçemeyeceğiz.

### 1. Anayasal İçtihadada Konu Olan Uyuşmazlığın Normatif ve Olgusal Dayanakları

Tütün yasaklarına ilişkin anayasal içtihat, Türkiye'de tütün ve tütün ürünleri tüketimini düzenleyen kanun değişikliğinin ardından yapılan idari işleme karşı açılan dava sonucu ortaya çıktı. Davanın arka planındaki normatif süreç şöyle özetlenebilir: Tütün ürünlerinin tüketiminde toplu bulunulan bazı mekânlar için "içim yasağı" getirmekle birlikte, içim için "mahsus alan" tahsisini de öngören 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkındaki Kanun 2008 yılında değiştirildi<sup>5</sup>. 2008 yılındaki değişikliğe değin, 4207 sayılı Kanun'un kapsamına giren ve "mahsus alan" uygulamasından da yararlanan mekânlar sınırlı biçimde belirlenmişti. Bunlar, (1) sağlık, eğitim-öğretim ve kültür hizmeti veren yerler, (2) kapalı spor salonları, (3) toplu taşımacılık yapılan her türlü nakil vasıtaları ve bunların bekleme salonları, (4) kamu hizmeti yapan kurum ve kuruluşlarda beş veya beşten

<sup>4</sup> Türkiye'de tütün üreticisinin ezilmesi, başkaldırısı, tütün taban fiyatı üzerinden yapılan manipülasyonlar, siyasal tütün rantı ve tütün alımı yapan tüccar, ihracatçı ya da yabancı tekellerin egemenliğine ilişkin 1967 ve sonrası siyasal-toplumsal olaylar için bkz. Çetinkaya, Hikmet, "Denize Benzer Bu Tütün Tarlaları", Tütün Kumarı I, 23.10.1967, Cumhuriyet, 5; Çetinkaya, Hikmet, "Demek Havanda Su Dövüyoruz", Tütün Kumarı II, 24.10.1967, Cumhuriyet, 5; Çetinkaya, Hikmet, "Boğaz Tokluğuna Bir Geçim", Tütün Kumarı III, 25.10.1967, 5; Çetinkaya, Hikmet, "Halimize Bir Çare Bulsunlar", Tütün Kumarı IV, 26.10.1967, Cumhuriyet, 5; Çetinkaya, Hikmet, "Bütün Ümit Tütün Kanununda", Tütün Kumarı V, 27 Ekim 1967, Cumhuriyet, 5; Çetinkaya, Hikmet, "Tütün Üreticileri Ankara'ya Yürüyüş Düzenledi", Cumhuriyet, 22.1.1968, 1 ve 7; "Tekel'in Baş Fiyatı Ekiciyi Memnun Etmedi – Ege Tütün Piyasası Açıldı", 30.1.1968, Cumhuriyet, 1 ve 7; "Tütün Bunalımı", Cumhuriyet, 14.2.1990, 1; Çetinkaya, Hikmet, "Tütün Kumarı", Cumhuriyet, 14.2.1990, 1 ve 17; Türkiye'de Osmanlı ve Cumhuriyet döneminde tütün politikalarının ekonomik, toplumsal ve siyasal tarihi için bkz. Yaman, Melda / Ertürk Keskin, Nuray, Türkiye'de Tütün, Notabene Yayınları, 2013.

<sup>5</sup> 4207 sayılı Kanun'un oldukça yalın biçimde kaleme alınmış ilk şekli için bkz. RG Sy. 22829, 26.11.1996; ayrıca bkz. Sağlık Bakanlığı Ulusal Tütün Kontrol Programı ve Eylem Planı (2008-2012), DSÖ Türkiye Ofisi Yayını, Ankara, 2008.

fazla kişinin görev yaptığı kapalı mekânlardı. 2008 yılında yapılan değişiklik -5227 sayılı Kanun-, tütün ürünleri içimini mümkün kılan “mahsus alanları” belirli mekânlar için saklı tutmakla birlikte, yasak mekânların kapsamını önemli ölçüde genişletti. Yeni normlarda, hem yasak kapsamındaki yerler eskiye oranla daha somut ve tanımlayıcı biçimde sayıldı hem de yasak bakımından açık ve kapalı alanlardaki kısıtlama bazı yerler bakımından özel olarak vurgulandı. Böylece özellikle şu yerler “mutlak yasak” kapsamına girdi:

*“taksiler, özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ve kahvehaneler, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti veren işletmeler; üretim, ticaret, spor, eğlence amaçlı özel kişilere ait ve birden çok kişinin girebileceği yerlerin koridorları da dâhil olmak üzere kapalı alanları; kamu hizmet binalarının tüm kapalı alanları; okul öncesi eğitim ve orta öğrenimde dershaneleri de kapsamak üzere kapalı ve açık alanları ve kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanları.”*

Ayrıca, 2013 yılında yapılan bir ekleme ile mutlak yasak alanına “hususî araçların sürücü koltukları” da alındığını da belirtelim. Böylece Türkiye’deki yasama tercihi, toplu halde bulunulabilecek özel araçlar bakımından da yasağı genişletmiş oldu. Bu norm, tütün kullanımında özel alanın sınırları sorununu ortaya çıkardığı için bireysel başvuru dâhil yargı pratiğine yansımaları mümkün olan bir yasak içermektedir.

Yasağın mutlak biçimde uygulanmadığı ve “göreceli yasak” rejimine tabi olan yerlerde, tütün ürünleri tüketimine “mahsus alan”lar bakımından üç temel kategori saptanabilir:

(1) 18 yaşından küçük olanların mahsus alana girmemesi koşulu ile

(a) yaşlı bakım evleri, (b) ruh ve sinir hastalıkları hastaneleri, (c) cezaevleri, (d) şehirlerarası veya uluslararası güzergâhlarda yolcu taşıyan denizyolu araçlarının güvertesi.

(2) Otelcilik hizmeti verilen işletmelerde tütün tüketenlere özgü odalar.

(3) Açık havada yapılan her türlü spor, kültür, sanat ve eğlence faaliyetlerinin yaşıldığı yerler ve bu mekânların seyir yerlerinde oluşturulacak tütün tüketim alanları.

2008 değişikliği sonucunda, 4207 sayılı Kanun “tütün ürünleri tüketimi” kavramının kapsamını, içme dışındaki tüketim biçimlerini kapsayacak şekilde genişletti. Kanun’un ilk şeklinde tütün içimi esas alınmışken, 2008 değişikliği sonrasında farklı tüketim eylemlerini içeren tütün ürünü kavramından yola çıkıldı. Böylelikle tütün ürününü “tütürme, emme, çiğneme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş madde” olarak tanımlandı. 2013 değişikliği ise tütün ürünleri kapsamına, tütün içermeyen bazı ürünleri de kattı. Bu değişiklik sonucunda, tütün içermeyen ancak “tütün mamulünü taklit eder tarzda” kul-

lanılan her türlü nargile ve sigara “tütün ürünü” sayıldı. Dolayısıyla Türkiye, tütün içimini özendirici ürünler konusunda “ön tedbir” yaklaşımını benimsemiş oldu.

Yukarıda kısaca özetlenen normatif bağlam, Türkiye’de tütün ürünleri tüketiminin, giderek daha sıkı bir rejime tabi tutulduğunu gösteriyor. Bu rejim, mekân düzenlemeleri bakımından “mutlak yasak alanları” ve “mahsus alana izin veren göreceli yasak alanları”nı içeren ikili yapısını değişikliklere rağmen halen korumaktadır. Ancak normatif gelişme “göreceli yasak alanları”nın giderek daralması eğilimini beraberinde getirmiştir. Tütün ürünü kavramının farklı tüketim eylemlerini (“içme, emme, çiğneme ya da burnuna çekme” amaçlı üretilmiş ürünler) ve tütün ürünü içermeyen, ancak onu taklit eder tarzda kullanılan bazı ürünleri içerecek biçimde tanımlanması ile yasağın konu unsurunda da genişleme olmuştur.

Tütün ürünlerinin tüketimine ilişkin olarak 4207 sayılı Kanun’un 2008 değişiklikleri ile oluşturduğu normatif çerçeve, Anayasa Mahkemesi önüne, “kahvehaneler”in kapalı alanlarının mutlak yasak kapsamına alınması bakımından taşındı. 2008 değişikliklerinin ardından çıkarılan Başbakanlık Genelgesi, kahvehanelerin de içinde bulunduğu 4207 sayılı Kanun kapsamında tütün tüketim yasağına konu olan tüm yerlere ilişkin uygulama esaslarını belirtmişti. Bu esaslar çerçevesinde, ilgili işletmeciler yasak kapsamına giren mekânların açık alanlarında tütün tüketilmesi durumunda dahi diğer kişilerin durumdan etkilenmemesi ve kapalı alanlara tütün dumanının geçmemesine ilişkin tedbir alma yükümlülüğüne tabi tutuldular. Ayrıca hangi alanların açık alan sayılacağı da “kapalı alan”ın ölçütleri belirlenerek saptandı. Genelge’nin 1. maddesi bu doğrultuda aşağıdaki hükmü içermiştir:

*“Sabit veya seyyar bir tavanı veya çatısı (çadır, güneşlik vb. dâhil) 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.”*

Bu tanımdaki seyyar tavan ya da geçici kapatılmış alan gibi unsurlar, ilgili işletmelerin asıl mekânlarının dışarıya uzanmış alanlarında tütün tüketimi yapılmasını önemli ölçüde güçleştirmektedir. Bu tür güçleştirici hükümlerin temel hak ve özgürlük alanının sınırlarını doğrudan belirlemesi nedeniyle “kanun” ile yapılması gerekirdi.

## 2. Anayasa’ya Aykırılık İddiasının Dayanakları

İzmir Kahveciler Odası, Danıştay 10. Dairesi’ne yaptığı başvuruda Başbakanlık Genelgesi’nin iptali ve yürütmesinin durdurulmasını istediğinde, mutlak mekân yasakları kapsamına alınan “kahvehaneler” bakımından 4207 sayılı Kanun’un Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürdü.

Anayasa'ya aykırılık iddiasında, Anayasa'nın özel girişimleri güvence altına alan çalışma özgürlüğü ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkeleri, eşitlik ilkesi, özel yaşama saygı hakkı, planlama-kalkınma, piyasaların denetimi gibi devletin ödevleri ile ilintili hükümleri ileri sürüldü<sup>6</sup>. Danıştay 10. Dairesi'nin Anayasa'ya aykırılık itirazında ise, "kahvehaneler" yönünden iki temel hak ihlali öne çıkmaktadır: Anayasa'nın kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin 17. maddesi ile çalışma özgürlüğüne ilişkin 48. maddesi.

Danıştay'ın itiraz gerekçesinde dikkat çeken unsurlar şöyle saptanabilir:

(1) Danıştay'ın Anayasa'ya aykırılık iddiasında ileri sürdüğü temel hak ve özgürlükler (Anayasa madde 17/1 ve 48), özel sınırlama nedenleri içermemektedirler. Sınırlama içermeyen hak ve özgürlükler, diğer temel hak ve özgürlükler ya da anayasal değerler ile çatıştıkları ölçüde sınırlandırılabilir. Ancak çatışan hak ve değerlerin karşılıklı sınırlayıcı etkisinin anayasal sınırlara (Anayasa madde 13) uygun olup olmadığının da "sıkı biçimde" denetlenmesi gerekir ("*strict scrutiny*"). Çalışma özgürlüğü bakımından –Danıştay'ın başvurusu ve Anayasa Mahkemesi kararında değinilmeyen - bir noktayı ayrıca vurgulamak zorunlu gözüküyor: Anayasa madde 48/2, devletin özel girişimler bakımından tedbir alma niteliğindeki düzenleme yetkisine gönderme yapmaktadır:

*"Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır"*

Bu hüküm, çalışma özgürlüğünün Anayasa madde 48/2'de sayılan kamusal değerlere uygun "içkin sınırlar"a ve "içkin güvenceler"e sahip olduğunu ifade eder. "Milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar" çalışma özgürlüğünün içkin sınırlarını belirleyebilir. Ancak devletin özel girişimin "güvenlik ve kararlılık" içinde çalışmasını sağlama yükümlülüğü de, çalışma özgürlüğünün içkin anayasal güvencelerini oluşturur. Devlet, tedbir alma yükümlülüğünü yerine getirirken özel girişimin tehlikeye düşürülmemesini, asgari varlık güvencesini ve sürdürülebilirliğini sağlamak zorundadır. Bu doğrultuda, yasa koyucu çalışma özgürlüğünün içkin sınırlarını ve güvencelerini ilgili hükümdeki kamusal değerlere uygun olarak belirler. Tedbir alma yetkisine ilişkin açık hüküm, anayasal olarak yasa koyucunun içkin sınırlara ilişkin öngörü ve takdir yetkisini niteliği gereği öne çıkarır. Ancak "tedbir alma yetkisi"nin de sınırlamanın sınırına ilişkin anayasal ilkelere (Anayasa madde 13) uygun biçimde kullanılması esastır.

<sup>6</sup> AYM, E. 2010/58, K. 2011/8, K.t. 6.1.2011, İtiraz Gerekçesi.



Danıştay sınırlama nedeni içermeyen temel haklar tartışmasına ve temel hakların nitelikleri sorununa girmemektedir. Bununla birlikte, tütün tüketiminin düzenlenmesinde sınırlama nedeni içermeyen her iki hak ve özgürlük için “sınırlama nedeni”ni, Anayasa içi kanıtlarla “haklı anayasal neden”e dayandırmaktadır. Söz konusu haklı neden “kamu sağlığı”dır. Bu “haklı neden”in Anayasa içi birincil dayanağı sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ve onunla bağlantılı kamusal ve özel nitelikli anayasal yükümlülüklerdir (Anayasa madde 56/1-3). Danıştay’ın itiraz gerekçesinde, kamu sağlığını “haklı neden” olarak benimseten ikinci hukuksal dayanak Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi’dir. Sözleşme’nin “sınırlamada haklı neden” işlevi görmesi konusunda hiçbir anayasal gerekçelendirme yapılmamıştır. Anayasa madde 2 (“insan haklarına saygılı devlet ilkesi”), 90/son ve temel hak ve özgürlüklerin anayasal sistematiği çerçevesinde, kamu sağlığını koruyucu uluslararası bir sözleşmenin bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı biçimde nasıl kullanılabilceği konusunda özgül bir anayasal gerekçelendirme yapılması gerekirdi.

(2) Danıştay, tütün tüketmeyi bireylerin özgürlük alanına giren bir tercih olarak yorumlamaktadır. Bu noktada kullanılan “tüketimin kişi özgürlüğü alanına girdiği” ifadesi, talihsiz bir ifadedir ve hukuken de hatadır. Söz konusu ifade, Anayasa’nın sözel anlamıyla kullandığı “kişi özgürlüğü” değil (Anayasa madde 19), itiraz gerekçesinde dayanılan ve Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı” şeklinde algılanmalıdır. Bu doğrultuda Danıştay’ın tespiti, tütün ürünleri tüketimini *a priori* bir temel hakkın alanına giren eylemlere soktuğu için önemlidir. Tütün tüketme tercihinin, hakkın kapsamına girdiği kabul edildiğinde, sınırlamanın sınırına ilişkin ilkelerin sınılanması aşamasına geçilebilir. Aşağıda değinileceği gibi, Amerikan federal yargısındaki bir içtihadta – *Gallagher* kararı- sigara içmek *a priori* temel hak olarak görülmemektedir<sup>7</sup>. O nedenle Danıştay’ın tutumu Amerikan yargısına kıyasla daha ilerlemecidir. Danıştay’ın tütün tüketimini bir temel hakla bağlantılandıran yaklaşımı, tütün tüketenlerin hakları ile kamu sağlığı arasında makul dengenin kurulması talebini beraberinde getirmiştir. Danıştay, tütün konusundaki sınırlamaların, çatışan her iki anayasal değerın gözetilmesi doğrultusunda, ölçülülük ilkesine uygun biçimde yapılması gereğini savunmaktadır. Bu yaklaşım, “tartım kuramı”nın ölçülülük ilkesi eşliğinde uygulanmasını destekleyen bir yorumdur.

<sup>7</sup> *Gallagher v. City of Clayton*, 699 F.3d 1013 (8th Cir. 2012), ayrıca bkz. *Recent Developments, Constitutional Law—Eighth Circuit Determines That Smoking Is Not a Fundamental Right*, 66 *Arkansas Law Review* (2013), 347 vd.

(3) Danıştay, çalışma özgürlüğü bakımından, kahvehanelerin “mahsus alan” uygulamasına tabi tutulmasını veya kahvehanelerin büyüklüğü ya da başka ayırt edici ölçütler çerçevesinde düzenleme yapılması gereğini savunmuştur. Bunları yalnızca ölçülülük ilkesi değil, hakkın özüne dokunulmaması bakımından da gerekli görmektedir. Danıştay, istisna uygulaması olarak tütün tüketilebilir kahvehanelerin varlığını çalışma özgürlüğünün gereği olarak görmektedir. O nedenle, kişinin maddi ve manevi varlığı hakkında ileri sürülen ve çatışan anayasal değer ile temel haklara optimum yürürlük imkânı sağlamayı şart koşan yaklaşım burada da geçerlidir. Çalışma özgürlüğü ile kamu sağlığı arasındaki çatışmada, Danıştay’ın beklentisi makul dengenin kurulmasıdır. Oysa söz konusu denge, itiraz konusu normla sağlanamamıştır.

### 3. Tütün Yasağına İlişkin Anayasal İçtihadın Gerekçesi ve Eleştirisi

#### 3.1 Anayasal içtihadın gerekçesi ve eleştirisi

Tütün yasağına ilişkin anayasal içtihat, dava konusunun içerdiği çok yönlü hukuksal çatışmalara rağmen, bu çatışmaların ayrıntılı biçimde saptandığı ve temel hak ve özgürlüklerin anayasal yorum tekniklerine uygun olarak somutlaştırıldığı bir gerekçe içermemektedir. Kararın gerekçesindeki yönetsel dizgeyi takip edince şu aşamalarla sonuca varıldığı görülmektedir:

(1) *Başvuru kararındaki iddiaları sıralamak.*

(2) *Başvuru bakımından inceleme ve denetim yetkisinin varlığını saptamak:* Bu aşamada Mahkeme, Danıştay’ın dayandığı Anayasa hükümleri olan 13, 17 ve 48. maddelerle sınırlı inceleme yapmayacağını ve denetimi Anayasa’nın 12 ve 56. maddelerine de genişleteceğini açıklamaktadır. Mahkeme, denetimi genişlettiği hükümleri yalnızca madde olarak anmıştır. Bunlarla kastedilenler, temel hakların toplumsallık ve başkalarının haklarına yönelik ödev boyutunu vurgulayan Anayasa madde 12/2; sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını; çevre korumasının vatandaşlara yönelik ödev boyutunu ve devletin herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşam sürmesi yükümlülüğünü içeren madde 56/1-3 olabilir.

(3) *Denetlenen normu oluşturan 4207 sayılı Kanun’un ilgili hükmü ve buna ilişkin uygulama genelgesini aktarmak.*

(4) *Türkiye’nin Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi’ni onayladığı gerekçesi ile tütün kontrol düzenlemelerinin uluslararası yükümlülüklerle bağdaşırılığını vurgulamak:* Mahkeme’nin bu aşamada, Çerçeve Sözleşme’deki değerler ve hedefler ile Anayasa’nın koruduğu değerler ve temel hak ve özgürlükler arasındaki bağı gereği gibi kurmadığı görülmektedir. Kararın ilerleyen bir aşamasında söz konusu bağ, Anayasa’nın 17 ve 56. maddeleri üzerinden kurulacak-

tır. Çerçeve Sözleşme, tütün kullananların ve kahvehane işletenlerin temel haklarına yönelik sınırlamaya hizmet ettiği için Sözleşme'nin sınırlayıcı rolüne ilişkin kapsamlı bir değerlendirmenin yapılması gerekliydi. Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanması; uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olması; Çerçeve Sözleşme'nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir anlaşma niteliği taşıyıp taşımadığı; Çerçeve Sözleşme ile anayasal değer ve öncelikler arasındaki uyum gibi bir dizi soruya yanıt vermemektedir. Tersine, yalnızca Türkiye'nin Çerçeve Sözleşme ile altına girdiği yükümlülükleri aktarmaktadır. Bu yükümlülüklerse oldukça genel biçimde ifade edilmiş ve yasama politikalarında somutlaştırma önceliğini taraf devletlere bırakan türdendir. Mahkeme'nin Çerçeve Sözleşme'ye ilişkin "onaylamayı uygun bulma kanunu"ndan söz ederken, bu kanunu Sözleşme'yi onaylayan işlemiş gibi anması da hukuken yanıltıcıdır. Sözleşme'yi onaylayan işlem, Anayasa'nın 90/1 ve 104. maddeleri çerçevesinde uluslararası andlaşmalar için çizilen hukuksal rejim gereği "onaylamayı uygun bulma kanunu" değil, Bakanlar Kurulu kararıdır (BKK). Cumhurbaşkanı, andlaşmaları onaylama ve yayımlama yetkisini Bakanlar Kurulu kararı aracılığı ile kullanır.

(5) *Dava konusu ile bağlantılı gördüğü Anayasa hükümlerini ayrı paragraflar halinde aynen aktarmak.*

(6) *Anayasa'ya uygunluğu kanıtlamaya ilişkin bölüm:* Yukarıda kararın aşamalarını gösteren 5 unsurda değinilenler dışında, kararın "kanıtlama"ya ilişkin bölümü olağanüstü kısadır. Karmaşık çatışma sorunlarının bulunduğu ve bireysel özerklik-kamu sağlığı dengesine ilişkin anayasal somutlaştırmanın özenle yapılmasını gerektiren bir dava konusu için bu yaklaşım kaygı vericidir. Kanıtlamaya odaklanması beklenen bölümün kısalığı yanında, hem genel olarak yorum teknikleri hem temel hak argümentasyonuna ilişkin yetersizliği dikkat çekmektedir. Söz konusu yetersizlikler, ulaşılan yorum sonucunun nesnel biçimde sınanmasına izin vermediği için kararın hukuk devleti ilkesine bağlılığı zayıflamaktadır. Karardaki kanıtlamanın beş kabul üzerine kurulduğu görülmektedir:

a. *Tütünün insan sağlığına zararlı olduğu ve tütün kullananların tütün kullanmayanların sağlıklı yaşam hakkına karşı ödev ve sorumluluklarının olduğu ("salt ödevci yaklaşım").*

b. *Devletin "herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi" çerçevesinde "gerekli gördüğü yasal önlemleri" alma yetkisinin bulunduğu ("sınırsız yasama yetkisi-paternalist yasama yetkisi").*

c. *Tütün kullanımına ilişkin yasağın benzerinin "çağdaş ülkelerde" bulunduğu ("karşılaştırmalı hukuka atıfla yasağı meşru kılma").*

d. *Tütün kullanımına ilişkin yasağın, devletin Anayasa'dan ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeden kaynaklandığı ve yükümlülüklerinin sonucu olduğu* (“Anayasa içi ve uluslararası kanıtlarla yasağı meşru kılma”). Bu noktada, Mahkeme Anayasa içi yükümlülük olarak Anayasa'nın 17 ve 56. maddelerinden kaynaklanan “devletin sağlık konusundaki pozitif yükümlülüğü”nü vurgulamaktadır. Uluslararası yükümlülük olarak, Çerçeve Sözleşme'ye yeniden gönderme yapılmıştır.

e. *Tütün kullanımına ilişkin yasağın devletin pozitif yükümlülüklerinin sonucu olması nedeniyle kişilerin özel teşebbüs kurma hakkının (çalışma özgürlüğü, Anayasa madde 48) zedelenmediği* (“pozitif yükümlülüklerin temel hakları sınırlamadığı argümanı”).

Kararın kanıtlamaya özellikle odaklanan ve yukarıda değinilen beş kabulünde, kapsamlı bir çatışma çözümü yer almamaktadır Mahkeme, çatışmanın tarafı olan temel hak ve özgürlükler ile anayasal değerleri ayrıntılı biçimde saptamamakta, sadece bunlara kısmen değinmektedir. Tütün yasağına konu olan 4207 sayılı Kanun hükmü bakımından *öncelikle* öne çıkan ve yorumlanması beklenen anayasal değerler, temel haklar-özgürlükler ve çatışma olasılıkları genel olarak şöyle sıralanabilirdi:

-sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkından kaynaklanan kamu sağlığı-kahvehane işletmecilerinin çalışma özgürlüğü (Anayasa madde 56/1-3 ve 48);

-sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkından kaynaklanan kamu sağlığı-aktif tütün kullanıcılarının tütün tercihine dayalı karar yetkisini içeren kişiliği geliştirme hakkı ve özel yaşamın korunması (Anayasa madde 56/1-3, 17/1 ve 20/1-1.cümle);

-aktif tütün kullanıcılarının belirtilen temel hakları ile tütün kullanmayanların tütünden ve dumanından kaçınmaya dayalı karar yetkisini içeren kişiliği geliştirme hakları ve özel yaşamın korunması (Anayasa madde 17/1 ve 20/1-1. cümle'nin farklı hak öznelerinin farklı hak kullanım talepleri bakımından iç çatışması);

-aktif tütün kullanıcılarının ve işletmecilerin belirtilen temel hakları ile gençliğin kötü alışkanlıklardan korunması konusunda devletin yükümlülüğü (Anayasa madde 17/1, 20/1-1.cümle, 48 ve 58/2).

Anayasa madde 20/1-1. cümle anlamında “özel yaşama saygı hakkı” bireysel özerkliliğin çekirdeğini oluşturmaktadır. Bu nedenle, tütüne ilişkin bireysel tercihler bakımından Anayasa madde 20/1-1.cümle ile Anayasa madde 17/1 (“kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı”) birlikte düşünülebilir<sup>8</sup>. Her iki temel hak-

<sup>8</sup> Tütün içimi bakımından bireysel tercihleri içeren “özel yaşama saygı hakkı”nın (Anayasa madde 20/1-1.cümle) 1982 Anayasası'nda açıkça düzenlenmiş olması nedeniyle, Anayasa madde 17/1 yanında gözetilmesi kaçınılmazdır. Bu hakkın, Anayasa

kın birlikte anayasal pozitif güvenceye sahip olması, Türkiye bakımından aslında yargı eliyle bireysel özerkliğin güçlü bir şekilde korunması için esaslı referanslar sunmaktadır. Ancak Türkiye'deki yargısal pratiğin bu pekişmiş anayasal güvencele ilişkin bir bilinç ve koruma kaygısı geliştirmede de ortadadır.

Yukarıdaki çatışmaların yorumunda öncelikle saptanması gereken, tütün kullanımının da bir temel hak olup olmadığıdır. Mahkeme bu soruyu açık biçimde yanıtlamamaktadır. Buna karşılık, tek yanlı ve güçlü ifadelerle tütün kullananların başkalarının sağlığına karşı olan ödevleri vurgulanmaktadır.

Aktarılan çatışmalarda dikkate alınması ve somutlaştırılması gereken başka anayasal normların bulunduğu da kuşkusuzdur. Söz konusu normlar, Anayasa'nın devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 5. maddesi ve genel olarak temel hak ve özgürlüklerin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev boyutunu vurgulayan 12. maddesidir. Her iki madde, hem birbirleriyle etkileşim içinde hem de çatışmaya giren anayasal değerler ve temel haklarla ortak bir bağlam oluşturacak biçimde yorumlanmalıydı ("sistemik-teleolojik yorum"). Bunun anlamı, öncelikle, devletin kişinin gelişimi önündeki engelleri kaldırma yükümlülüğünün ve temel hakların topluma karşı ödevler içeren niteliğinin, seçici biçimde kullanılmaması; çatışmadaki tüm temel hak ve özgürlükler bakımından gözetilmesidir. Karardaki yaklaşım bu yönde değildir. Mahkeme, gençlerin kötü alışkanlıklardan korunmasına ilişkin Anayasa hükmüne tütün kontrolü bakımından değinmemiştir (madde 58/2).

Kararda kanıtlamayı zayıflatan şu üç soruna ayrıca dikkat çekmek gerekiyor:

- Mahkeme, tütün içmeyenlerin temel hakkı olarak sağlıklı yaşam hakkını kabul etmektedir. Tütün içenlerin hakları konusuna girmediği için bu grup bakımından kesin olan tek şey ödev sahipliğidir. Mahkeme tütün içenleri hak sahibi varsayıp, ödevlerinin bulunduğunu ileri sürcekse yapması gereken farklı olmalıydı. Bu durumda, açıkça tüten içenlerin temel hakları (Anayasa madde 17/1 ile bağlantılı olarak Anayasa madde 20/1) kabul edilmeli, ancak bunun ilgili norm ile sınırlandırıldığı teslim edilmeliydi. Sınırlama içeren bir normun Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkeler ve somut olayda özellikle ölçülülük ilkesi ve demokratik toplum düzeni ölçütleri bakımından denetimi, kritik önem taşımaktadır. Ancak Mahkeme, tütün içiciliği bakımından gerçek bir temel hak so-

---

madde 17/1'e oranla daha özel bir koruma sağladığı ileri sürülebilir. Sigara içme eylemi bakımından sadece Anayasa madde 17/1'e dayanan ve bu konuda Anayasa'da özel hüküm ("*lex specialis*") bulunmadığını ileri süren görüş için bkz. Gözler, Kemal, "*Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları – Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı*", Ankara Barosu Dergisi, 1990/1, 37.

mutlaşması yapacak ve Anayasa madde 17/1 ve 20/1'in koruma alanını saptayacak bir kanıtlama yapamamıştır. Oysa bu kanıtlamanın yapılması "bireysel özerkliğin sınırları" nı hak odaklı çizebilmek için yapısal önem taşımaktadır. Sonuç olarak, Mahkeme bireysel özerkliğin sınırını belirsiz, yüzeysel ve tahmini bir temel hak yaklaşımıyla ve sadece vardığı sonucu bildiren "salt ödevci" anlayışla çizivermiştir.

- Mahkeme'nin devletin pozitif yükümlülüklerine yaptığı gönderme önemlidir. Ancak pozitif yükümlülükler bakımından yasa koyucunun "gerekli gördüğü önlemleri alabileceğine ilişkin ifadeler "açık çek" niteliğindedir. Mahkeme, tütün tüketimi konusunda yasa koyucunun takdir ve değerlendirme yetkisinin sınırlarını hiç tartışmamıştır. Bu yetkinin hukuk devleti ve onunla bağlantılı ölçülülük ilkesi ile sınırlanabileceği durumlara değinmemiştir.

- Çalışma özgürlüğünün zedelenmediğine ilişkin kabulün varlığı başlı başına problemlidir. Dava konusu düzenlemenin, çalışma özgürlüğüne belirli yükümlülükler eliyle müdahale ettiği açıktır. Türkiye'de özellikle kahvehanelerdeki yaygın sigara kullanımı ve buna bağlı sosyalleşme nedeniyle müdahalenin boyutu ve etkisi küçük işletmelerin ekonomik sürdürülebilirliğini etkileyebilecek niteliktedir. Buna karşılık etkilenebilecekler için alternatif iş ve finansman seçeneklerine ilişkin hiçbir düzenleme mevcut değildir. Sınırlayıcı müdahalenin varlığını kabul edip, denetimi ölçülülük ilkesi üzerinden yapmak hukuken ikna edici bir kanıtlama yaratabilirdi. Anayasa Mahkemesi yargısal denetimde ölçülülük ilkesini uygulamadığı için toplum yaşamına katılmanın mekânları olan kafe, lokanta ve kahvehane gibi alanlarda istisna uygulamalarının temel haklara etkisi ya da işletmelerin ekonomik büyüklüğüne bağlı istisna uygulamaları sorununa da girmemektedir.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında, tütün yasağına ilişkin anayasal içtihat gerçek bir kanıtlamadan çok, varılmış bazı sonuçların aktarıldığı bir "yönetici özeti" gibidir. Mahkeme farklı kişi gruplarının temel haklarını ayırt etmemekte; bunları açıkça saptamamakta, sistematik-teleolojik kanıtlama ile somutlaştırmamakta ve Anayasa'nın 13. maddesindeki "sınırlamanın sınırı"na ilişkin ölçütleri kullanmamaktadır. Davada dikkate alınan temel hakların özel sınırlama nedenleri içermemesi karşısında, denetimin daha da sıkı yapılması gerekirken, Mahkeme'nin aksi yöndeki tutumu yargısal denetim açığını iyice belirginleştirmektedir. Özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlükler diğer anayasal değerler ve/veya temel hak ve özgürlüklerle çatıştığı ölçüde sınırlanabilir ("uyumlaştırma", "pratik uyum", "tartım", dengeleme"). Ancak bu sınırlamanın da, sınırlamanın sınırına ilişkin etkili denetime ve anayasal yoruma konu yapılması gereği açıktır.

### 3.2 Karşılaştırmalı anayasa yargısında tütün yasakları ve Türkiye

Türkiye'nin tütün yasağı konusundaki anayasal içtihadı karşılaştırmalı yargısal tercihlerin penceresinden bakıldığında nasıl değerlendirilebilir? Sorunun yanıtını verebilmek için tütün kontrolüne ilişkin halen gelişmekte olan karşılaştırmalı yargısal pratiğe eğilmek ve önemli örnekleri ele almak gerekiyor.

Karşılaştırmalı içtihatlar bakımından dikkat çeken unsur, tütün ürünlerinin kullanımına ilişkin hukuksal yaklaşımlarda yorum yöntemleri ve varılan sonuçlar bakımından zaman zaman kesişmelerin zaman zaman da ciddi farklılıkların varlığıdır. Costa Rica'da Anayasa Mahkemesi'nin (*Sala Constitucional*), Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi'nin, Belçika'da yüksek yargının ve Amerika Birleşik Devletlerinde bazı federe ve federal mahkemelerin tütün ürünlerine ilişkin tüketim ve reklam yasakları ile para cezalarına ilişkin kimi düzenlemeleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelere aykırı bulmadığı görülmektedir<sup>9</sup>. Costa Rica anayasa yargısında da Türkiye'de olduğu gibi Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi hukuksal bir dayanak olarak kullanılmıştır<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Costa Rica Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılında verdiği karar için bkz. “*Constitutional Court Confirms Smoking Ban*”, <http://www.insidecostarica.com/dailynews/2012/march/21/costarica12032101.htm>, 21.3.2012, Erişim tarihi: 10.2.2013; Ohio Yüksek Mahkemesi'nin 2012 yılında tütün tüketimine ilişkin olarak işyerlerine verilen cezaların anayasallığına hükmettiği bir kararı için bkz. *Wymyslo v. Bartec, Inc., Slip Opinion No. 2012-Ohio-2187*, bkz. <http://www.supremecourt.ohio.gov/PIO/summaries/2012/0523/110019.asp>, Erişim tarihi: 20.10.2013; **Federal Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararları için bkz. BVerfGE, 121, 317: Urteil des Ersten Senats vom 30 Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 402, 906708; Beschluss des Ersten Senats vom 24 Januar 2012 – 1 BvL 21/11; Beschluss vom 2 August 2010 – 1 BvR 1746/10.**

<sup>10</sup> “*Constitutional Court Confirms Smoking Ban*”. Bununla birlikte mahkeme kararının sigara tekelleri karşısında Costa Rica'yı zor durumda bırakacağı ve benzer bir kanun nedeniyle Uruguay'a karşı uluslararası tahkime başvuran Philip Morris'in aynı tavrı Costa Rica'ya karşı da takınacağı uyarısı yapılmaktadır, bkz. “*Constitutional court finds no flaws in stiff rules against tobacco*”, <http://amcostaricaarchives.com/2012/03/constitutional-court-finds-no-flaws-in-stiff-rules-against-tobacco/>, 21.3.2012, Erişim tarihi: 3.10.2013; Costa Rica'da tütün denetimine ilişkin hukuksal çerçevenin tarihi ve içeriği ile tütün endüstrisi konusunda çok kapsamlı bir rapor için bkz. Crosbie, Eric / Sebríe, Ernesto M. / Glantz, Stanton A., “*Tobacco Control Legislation in Costa Rica (1971-2012): After 40 Years of Tobacco Industry Dominance, Tobacco Control Advocacy Succeeds*”, <http://www.rednacionalantitabaco.com/wp-content/uploads/2012/06/Tobacco-Control-Legislation-in-Costa-Rica-1971-2012.pdf>, Erişim tarihi: 3.10.2013.

Öte yandan, Endonezya Anayasa Mahkemesi'nin tütün içilebilir "mahsus alanlar"ın önemini vurgulayan bir kararı olması ve Kore Anayasa Mahkemesi'nin sigara içme ve sigara içmeme eylemlerinin her ikisini de temel hakların kapsamı içinde yorumlanması dikkat çekicidir<sup>11</sup>. İnternet basınında yer alan haberlere göre, Endonezya Anayasa Mahkemesi, iş yerleri ve kamusal yerlerde sigara içilen mekân sağlamanın ihtiyari biçimde düzenlenmemesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre sigara içenlerin menfaatleri ile kamu sağlığını koruma arasında dengenin kurulması için bu tür mekânların oluşturulması, iş yerleri ve kamusal yerler bakımından zorunlu olmalıdır. Bu kararın özelliği, sigara içenlerin içme hakkına sahip olduğunu kabul etmesi ve bu konuda dengeleyici istisna düzenlemelerini şart koşmasıdır.

Ohio Yüksek Mahkemesi ise 2012 yılında verdiği bir kararda tütün içiminin engellenmesi konusunda iş yerleri ve işletmelerin sorumluluğunu vurgulamaktadır. Kararda, sorumluluğun gereklerine uyulmaması halinde iş yerleri ve işletmelere verilecek cezalar "makul ve kamu sağlığını koruma amacıyla rasyonel biçimde ilintili" bulunmuştur<sup>12</sup>. Mahkeme, davacıların mülkiyet haklarının idari cezalar yoluyla ihlal edildiği iddiasını da kabul etmemiştir. Doğrudan bir tütün kullanıcısı tarafından açılan *Gallagher* davasında ise Amerikan federal yargı mahkemelerinden biri, ("*Eight Circuit Court of Appeals*") kamusal mülkiyete ait alanda tütün içimini temel hak kapsamında değerlendirmemiştir<sup>13</sup>. Bu davada *Gallagher*, *Clayton* yerel yönetimi tarafından kabul edilen idari bir düzenleyici işleme ("*city ordinance*") kamusal parklarda tütün içilmesinin yasaklanmasını dava konusu yapmıştı. *Clayton*, işlemin Anayasa'ya aykırılığını iddia ederken, iki temel dayanak göstermişti: ABD'de tarihsel olarak tütün kullanımının baskın oluşu ve tütüne ilişkin tercihin kişinin bütünlüğü hakkına girmesi. *Gallagher*'ın kişi bütünlüğü hakkına ilişkin iddiası, Yüksek Mahkeme'nin aralarında kürtaj ve rızaya dayalı cinsel ilişki davalarının da bulunduğu bireysel özerklik içtihadına dayanmaktaydı<sup>14</sup>. Federal mahkeme *Clayton*'daki düzenlemeyi, korunması gereken bir temel hak olmadığı gerekçesiyle, ABD Anayasası'nın

<sup>11</sup> "Constitutional Court obliges 'smoking rooms' for state institutions", The Jakarta Post, 18.4.2012, <http://www.thejakartapost.com/news/2012/04/18/constitutional-court-obliges-smoking-rooms-state-institutions.html>, Erişim tarihi: 30.12.2013; Kore Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Kim, Jongcheol, Constitutional Law, in: Introduction to Korean Law, Korean Legislation Research Institute (Ed.), 2013, Heidelberg / New York / Dordrecht / London, 66.

<sup>12</sup> *Wymyslo v. Bartec, Inc.*, Slip Opinion No. 2012-Ohio-2187.

<sup>13</sup> *Gallagher v. City of Clayton*, 699 F.3d 1013 (8th Cir. 2012).

<sup>14</sup> Özellikle bkz. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).



temel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olan “*due process*” klozuna aykırı görmedi. Bu bağlamda Mahkeme’nin bir hakkın ne zaman “temel hak” sayılacağını saptayan yorumu önem taşımaktadır. Mahkeme’ye göre, bir hak

“ulusun tarihi ve geleneğinde nesnel biçimde ve derinden yer ettiğinde ve kurban edildiği takdirde ne özgürlük ne de adaletin var olabileceği şekilde kamu düzenine tabi özgürlük (“*ordered liberty*”) kavramında saklıysa temel haktır<sup>15</sup>.”

Mahkeme, “kamu düzenine tabi özgürlük” kavramına başvurarak, tütün içmenin kişinin maddi bütünlük hakkı kapsamında görülemeyeceğini belirtmektedir. Böylece tütün içmek, bireysel özerklikle bağlantılı görülen bir eylem olarak kabul edilmemektedir. Temel hakkın varlığını ulusun tarihi ve kamu düzeni gibi referanslara bağlayarak muhafazakâr bir siyasal bağlama oturtan bu yaklaşım başlı başına ayrı bir tartışma konusu olabilir. Temel hakların *tek başına* tarihte yer etmesi ölçüsünde kabul görmesi, öznel ve hukuk dışı yoruma neden olabilecek bir ölçüttür. Temel hakkın var olma koşulunun kamu düzeni ile ilişkilendirilmesi ise anayasal demokraside etkin hak koruması bakımından sorunludur.

Belçika’da 2011 yılında ortaya çıkan yargısal eğilim tütün tüketimine ilişkin mekânsal yasağı genişletme yönündedir<sup>16</sup>. Belçika yüksek yargısı, publar ve kumarhaneler için getirilen istisnaların haklı nedene dayanmadığını ve rekabete aykırı olduğunu savunmaktadır. Ancak iyi havalandırılan özel içme alanları uygulaması henüz yargısal tepkiye neden olmamıştır.

Tütün ürünlerinin kullanımını konusunda mekân ve reklam yasaklarını; ürünlerin üzerindeki sağlık uyarılarını ve cezaları Latin Amerika’da düzenleyen ilk örnek Uruguay’dı. Buna karşılık, Uruguay’ın tütün karşıtı politikalarının uluslararası yatırım tahkimine konu olduğunu belirtmek gerekiyor. Dünya genelindeki en büyük tütün ürünü üreticilerinden olan *Philip Morris* şirketi Uruguay’ın politikalarının İsviçre ile Uruguay arasındaki yatırım anlaşmasına aykırı olduğu gerekçesiyle *ICSID* nezdinde (*International Center for Settlement of Investment Disputes / Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez*) tahkim sürecine başvurdu.<sup>17</sup> Başvuru sahibi *Philip Morris*, tahkim başvurusunda

<sup>15</sup> *Gallagher v. City of Clayton*, 699 F.3d 1013 (8th Cir. 2012).

<sup>16</sup> “*Belgium expands smoking ban to all cafes, casinos*”, *The Independent*, 16.3.2011, <http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/belgium-expands-smoking-ban-to-all-cafes-casinos-2243449.html>, Erişim tarihi: 3.4.2012.

<sup>17</sup> *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB / 10/ 7, bkz. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=>

özellikle tütün ürünlerine ilişkin uyarıcı paketlemenin genişliği ve ticari promosyona bağlı yasakları tartışma konusu yapmaktadır. *ICSID* bu başvuruda, 2 Temmuz 2012 itibarıyla uyuşmazlığa bakma yetkisini kabul eden bir karar verdi. Tahkim süreci halen devam etmektedir. Sürecin, özellikle diğer devletlere ilişkin yatırım anlaşmaları üzerinden tütün tüketimine ilişkin yasaklayıcı düzenlemeleri nasıl etkileyeceğini dikkatle izlemek gerekiyor. Özellikle yukarıda değinilen Costa Rica Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından, benzer başvuruların Costa Rica'ya karşı yapılabileceği de ileri sürülmüştür<sup>18</sup>. *Philip Morris / Uruguay ICSID uyuşmazlığı*, İsviçre'nin Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'ne taraf olmaması nedeniyle özellikle önem taşımaktadır. *ICSID*, bu Sözleşme'nin ve sözleşmeciler tarafından yayımlanan *Punta del Este Bildirgesi*'nin Uluslararası Hukuk bakımından değerini tahkim sürecinde ele almak zorunda kalacaktır<sup>19</sup>.

Tütün ürünlerine ilişkin reklam sınırları, paketlemedeki uyarılar ve aromalı tütünün satışına ilişkin sınırlamaların Uluslararası Ekonomik Hukuk'un talep, tahkim ve yargısal mekanizmalarına konu olmasına ilişkin başka örnekler de mevcuttur<sup>20</sup>. Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi Mahkemesi Norveç'teki reklam yasağına ilişkin bir kararında, bu yasağın insan sağlığını koruma amacına hizmet ettiğini saptamıştı<sup>21</sup>. Söz

---

CasesRH&reqFrom=ListCases&caseId=C1000&actionVal=viewCase, Erişim Tarihi: 2.1.2014.

<sup>18</sup> “Constitutional court finds no flaws in stiff rules against tobacco”.

<sup>19</sup> Bu konu için bkz. Mc Graddy, Benn, “Implications of Ongoing Trade and Investment Disputes Concerning Tobacco: *Philip Morris v. Uruguay*”, in: Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues, Voon, Tania / Mitchell, Andrew / Liberman, Johathan / Ayres, Glyn (Eds.), Edward Elgar, 2012, Glos / Massachusetts, 173-199; Uluslararası Yatırım Hukuku'nda tütün ürünlerinde marka hakkı ile kamu sağlığının çatışması sorunu için bkz. Vadi, Valentina, Public Health in International Investment Law and Arbitration, Routledge, 2013, New York, 93-126.

<sup>20</sup> Request for Consultations by Indonesia, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WTO Doc WT/DS406/1, G/L/917, G/SPS/GEN/1015, G/TBT/D/38 (14 April 2010): aktaran Mc Graddy, in: “Implications of Ongoing Trade and Investment Disputes Concerning Tobacco: *Philip Morris v. Uruguay*”; Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi Mahkemesi (EFTA Court), Case E-16/10 - *Philip Morris Norway AS v. Staten v.Helse- og omsorgsdepartementet*, 12.10.2011.

<sup>21</sup> Case E-16/10 - *Philip Morris Norway AS v Staten v.Helse- og omsorgsdepartementet*, 12.10.2011, par. 83-84: “It follows that, where the EEA State concerned legitimately aims for a very high level of protection, it must be sufficient for the authorities to demonstrate that, even though there may be some scientific uncertainty as regards the suitability and necessity of the disputed measure, it was reasonable to assume that the measure would be able to contribute to the protection of human health. In this regard,

konusu yasak, sigara satışı yapılan yerlerde görsel olarak sigara reklamının yapılamamasını içeriyordu. Mahkeme'nin Norveç davasındaki tutumu, reklam yasakları bakımından Çevre Hukuku'ndaki ön tedbir ilkesini ("precautionary principle") farklı bir yorumla uygulamak yönünde olmuştur<sup>22</sup>. Buna göre, Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi'ne taraf devletlerin yüksek koruma standardı amacıyla hareket ettiği hallerde, alınan önlemler korumayı sağlamada bilimsel belirsizliğe sahip olsa dahi, insan sağlığını koruyucu nitelikte oldukları varsayılmalıdır. Böylece Norveç'teki reklam yasağı, serbest ticaretin engellenmesini haklı kılan ayrık bir uygulama olarak kabul görmektedir.

Tütün kullanımının denetimi sorunu, AB Hukuku'nda iç pazarın işleyişine etki eden niteliği nedeniyle yer tutmaktadır. Bu yönüyle sorun daha çok pazarın düzenlenmesine etki eden boyutuyla AB'nin yetki alanı bakımından düşünülmektedir. Avrupa Birliği Mahkemesi 2000 yılında aldığı kararda, reklam ve sponsorluk yasaklarının tütün ürünleri için tümel biçimde (televizyon yayıncılığında posterlere her türlü reklam yasağı) düzenlendiği AB yönergesi hakkında AB'nin yetkisizliğine hükmetmişti<sup>23</sup>. Buna karşılık, 2006 yılındaki başka bir içtihadta, kısmi bazı yasakları (gazete, dergi vb. süreli yayınlardaki reklam ve sponsorluk yasakları) içeren AB Yönergesi'ni "iç pazarın işleyişi ile ilintili olduğu" gerekçesiyle AB Hukukuna uygun buldu<sup>24</sup>. Tütün ve bağlantılı ürünlerin üretimi, satışı ve sunumuna ilişkin ilkeleri içeren AB Yönergesi tasarısında Avrupa Parlamentosu'nun (AP) 8 Ekim 2013 tarihinde yaptığı değişikliklerden biri de ilgi çekicidir. AP, üye devletlerin "temiz hava

---

the Court finds that a measure banning the visual display of tobacco products, such as the one at issue, by its nature seems likely to limit, at least in the long run, the consumption of tobacco in the EEA State concerned. Accordingly, in the absence of convincing proof to the contrary, a measure of this kind may be considered suitable for the protection of public health.", bkz. [http://www.eftacourt.int/uploads/tx\\_nvcases/16\\_10\\_Judgment\\_EN.pdf](http://www.eftacourt.int/uploads/tx_nvcases/16_10_Judgment_EN.pdf), Erişim tarihi: 5.4.2012.

<sup>22</sup> Çevre Hukuku'nda ön tedbir ilkesi, zararın bilimsel belirsizliği varsa uygulanır. Böylece zarar vereceği konusunda bilimsel belirsizlik bulunan eylem ya da süreçler önleme tabi tutulur. Ancak bu davada, Mahkeme'nin ön tedbir ilkesini "önlemin bilimsel belirsizliği" olarak uyguladığı görülmektedir. Tütün ürünlerinin zararı konusunda bilimsel belirsizlik olmaması ve önlemin serbest ticareti etkilemesi karşısında bu tür farklılaşmış bir ön tedbir ilkesi uygulamasının tercih edildiği düşünülebilir. Her durumda, ön tedbir ilkesini önlem bakımından uygulamak, ilkenin olağan anlam ve uygulaması karşısında sıra dışı görülmelidir.

<sup>23</sup> *Case C-376/98 Germany v. European Parliament and Council*, 5.10.2000; AB Hukuku bakımından ayrıca bkz. Caspar, Johannes, "Das europäische Tabak verbot und das Gemeinschaftsrecht", *EuZW* 2000, 237-243; Wägenbaur, Rolf, "Verbot der Tabakwerbung: Fortsetzung der Saga", *EuZW* 2001, 450.

<sup>24</sup> *Case C-380/03 Germany v. European Parliament and Council*, 12.12.2006.

hakkı'na saygı yükümlülüğünü tasarı metnine eklemiştir<sup>25</sup>. Yönerge tasarısı, kapsamlı bir tütün tüketim mücadelesini ve kontrolünü sağlayacak önlemleri ve yükümlülükleri benimsemektedir. Yönerge tasarısındaki AP değişikliği, AB'nin tütün konusunda ekonomik nitelikli pazar özgürlüklerini aşan bir yaklaşımı ("kamu sağlığı"/"temiz hava hakkı") gündeme getirdiğini gösteriyor.

Almanya'da tütün tüketiminin anayasal öyküsünde eyalet kanunlarındaki istisna rejimi ve mutlak yasak rejiminin yarattığı sorunlar öne çıkmaktadır. Aşağıda, iki temel karar üzerinden Almanya'daki anayasal içtihadın temel eğilimleri ele alınacaktır: (1) Baden-Württemberg ve Berlin eyalet kanunlarını denetleyen 2008 içtihadı ve (2) Bavyera eyalet kanunu denetleyen 2010 içtihadı<sup>26</sup>.

Federal Anayasa Mahkemesi, tütün tüketimi konusundaki öncü kararını 2008 yılında verdi. Kararda, eyalet kanunlarında bazı mekân ve işletmelerde tütüne ilişkin yasaklar ve istisnalar koyan normlara yoğunlaşmaktadır. 2008 içtihadı, tütün tüketiminin sınırlanması konusundaki denetimi çok yönlü ve kapsamlı biçimde yapmıştır. Bu içtihat, Mahkeme'nin 2010 yılındaki Bavyera içtihadına da temel oluşturmuştur. Almanya bakımından, özel hukuk yargısının tütün tüketimine bakışı ve temel hak çatışmalarının çözümündeki yargısal tercihleri de ilgi çekicidir. Alman özel hukuk yargısındaki güncel gelişmelere ayrıca değinilecektir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılındaki kapsamlı anayasal içtihadını çözümlerken seçici olmak ve dikkat çeken temel unsurlar üzerinden ilerlemek, kararın anlaşılabilmesi için zorunlu gözüküyor. İçtihatındaki temel sorun, istisnalar içeren bir tütün rejimine rağmen, küçük gastronomi işletmelerinin tütün tüketiminde istisna hükmü kapsamına alınmamış olmasıdır:

(1) Mahkeme, tütün tüketimine ilişkin olarak istisna işletmelerin tanımlandığı hükümde, içki satış ve sunumu yapmaya odaklanmış küçük gastronomi işletmelerinin yer almamasını mülkiyet hakkı değil, mesleki faaliyet serbestisine yönelik bir müdahale olarak görmektedir. Bu yasaklayıcı müdahale, sadece tütün tüketenlere karşı "refleks" değil, aynı zamanda işletmecilerin mesleki faaliyet serbestisinin ihlalidir. Mevcut

<sup>25</sup> Amendments adopted by the European Parliament on 8 October 2013 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products (COM(2012)0788 – C7-0420/2012 – 2012/0366(COD)).

<sup>26</sup> Hamburg'daki kanuni istisna rejimine ilişkin içtihat için bkz. BVerfG, *Beschluss des Ersten Senats vom 24 Januar 2012 – 1BvL 21/11*.

yasakla işletmeciler yasağın gereğini yerine getirme konusunda yükümlülüğe tabi tutulmaktadır.

(2) Mahkeme, mesleki faaliyet serbestisine ilişkin gördüğü müdahaleyi Bonn Anayasası'na uygun olarak sınırlamanın sınırına ilişkin ilkelerle sınımlanmaktadır. Bu sınımlamada özellikle öne çıkan ilke, alt ilkeleri ile birlikte (elverişlilik, gereklilik ve orantılılık) ölçülülük ilkesi olmuştur. Mahkeme'nin denetiminde vardığı sonuç, müdahalenin öngörülen amaç karşısında elverişli ve gerekli; buna karşılık küçük gastronomi bakımından orantısız olduğudur. Küçük gastronomi, müdahale karşısında “ölçüyü aşan bir külfet” altına sokulmaktadır (“*übermäßige Belastung*”).

(3) Mahkeme'nin, müdahalenin niteliğini de çözümlediği görülmektedir. Müdahale, rasyonel gerekçelerle temellendirilebilen bir kamu yararına yönelmiştir ve bu nedenle mesleki faaliyet serbestisinin sınırlandırılması meşru kılınabilir. Söz konusu “kamu yararı”, ilgili yasama düzenlemelerinde, halkın pasif içicilikten korunması olarak saptanmaktadır. Mahkeme'ye göre, kamu yararını kamu sağlığı olarak somutlaştıran dava konusu normlar esaslı biçimde önem taşıyan toplumsal değerlerdir. Bu toplumsal değerler, mesleki faaliyet serbestisini sınırlamayı haklı hale getirebilirler. Yasa koyucunun dumansız çevre koşulları yaratarak halk sağlığını koruması gereği karşısında, dumansız mekânların yeterince bulunmaması nedeniyle tütün kullanıcısı olmayanların tütün içilen mekânlara gitmeleri, gönüllü olarak sağlıklarına ilişkin riski üstlenmeleri olarak algılanamaz. Pasif içicilerin içinde bulunduğu durum, toplumsal yaşama katılabilmek için “kaçınılmaz biçimde kabullenilen” bir risktir. Bu değerlendirmelerle, Mahkeme tütün kullanmayanların haklarına ve bu grubun dumana çaresiz biçimde katlanma olgusuna ağırlık vermektedir.

(4) Kararın ilerleyen aşamalarında, tütün kontrolü bakımından yasa koyucunun takdir yetkisine ilkesel biçimde üstünlük tanındığı görülmektedir. Yasa koyucu, genelin tehlikeden korunması konusunda yasama faaliyetine girişmişse öngörü ve değerlendirme önceliği ağır basar. Bu olasılıkta, yasa koyucunun dayandığı gerekçeler ancak “açıkça yetersiz” ise takdir yetkisini aşmış sayılır. Açıkça yetersiz gerekçeler, müdahaleci önlemler bakımından rasyonel bir dayanak sunamazlar. Yasa koyucunun takdir yetkisini önceleyen bu yaklaşıma rağmen, Mahkeme'nin denetimde bazı olgusal verileri kullandığı görülmektedir. Tütünün kamu sağlığına etkileri konusunda bazı üniversiteler ve Alman Kanseri Merkezi'nin ortak hazırladığı rapor ve Dünya Sağlık Örgütü'nün tespitleri söz konusu veriler arasındadır. Pasif içiciliğin insan sağlığına olumsuz etkilerinin kanıtlanmadığını savunan bir uzman görüşünün ayrıca dinlendiği bu davada, karşıt görüşün baskın görüş olmasına ağırlık verilmiştir. Mahkeme, insan sağlığının üstün bir anayasal değer olması nedeniyle görüş farklılıkları karşısında baskın eğilime yöneldiğini belirtmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi, 1975 yılındaki kürtaj kararında, Bonn Anayasası'nın yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığını dü-

zenleyen 2/2. maddesinden “devletin kişilerin sağlığını koruma ve geliştirme yükümlülüğü”nü türetmişti<sup>27</sup>. 2008 yılındaki tütün içtiğinde, bu kez tütün tüketimi konusundaki yasama politikasını değerlendirirken aynı yükümlülüğe dayanmaktadır.

(5) Mahkeme, kamu sağlığı ile temel hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda yasa koyucunun “öngörü, değerlendirme ve takdir yetkisi”ne sahip olduğunu kabul ederken, çatışmanın çözümü ve dengelenmesinde yasa koyucunun istisna uygulamalarını seçebileceğini de belirtir (örneğin; tütün içilebilen işletmeler ya da içime münsahır odalar). Ancak istisna uygulamalarının anayasal bir zorunluluktan kaynaklanmadığı, sadece yasama tercihi olabileceği kabul edilmektedir. Yasamanın takdir yetkisi konusunda bununla da yetinilmemiştir. Mahkeme, yasa koyucunun mutlak yasağı tercih edebileceğini ve bu tercihin de Anayasa’ya uygun olacağını saptamıştır. Mahkeme’ye göre, mutlak yasak durumunda küçük gastronomi işletmelerinin diğerleri ile birlikte yasağa tabi tutulması ölçülülük ilkesine aykırı değildir. Ölçülülük ilkesine aykırı olan tutum, yasa koyucunun takdir yetkisi çerçevesinde tütün yasağına istisnalar sağladığı durumlarda, istisnanın kapsamına benzer durumları ile girebilecek olanları dışlaması ve küçük işletmelerde olduğu gibi bazı grupları kapsama almamasıdır.

(6) Mahkeme’nin 2008 içtiğinde tütün tüketmek isteyen müşteriler bakımından yaptığı değerlendirmeler, tütün kullananların temel haklarını somutlaştırmaktadır. 2008 içtiğadi, öncelikle, içki ve yiyecek satışı yapan gastronomi işletmelerinde mutlak tütün yasağına tütün kullanıcısının “genel davranış özgürlüğü”ne bir müdahale olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu müdahaleyi ölçüsüz bulmamaktadır. Çünkü tütün içenler, buldukları işletmeyi kısa süreliğine terk ederek tütün ürünlerini içebilirler. Bu durum, kabul edilmeyecek bir sınırlama sayılamaz. Böylelikle, Mahkeme tütün tüketiminin sınırlanmasının aktif içiciler bakımından doğurduğu katlanılabilir külfet ile bu konunun sınırlanmamasının pasif içiciler için doğurduğu katlanılamaz sonuç arasındaki farklılığa işaret etmektedir. İçtiğadin, söz konusu çatışmadaki tercihi, pasif içiciler lehine olmuştur.

(7) Kararda, denetlenen normların amacının tütün içenleri kendilerinden veya tütünden korumak ve bağımlılıkla mücadele olmadığı; tütün kullanmayanların, dolayısıyla başkalarının sağlığının korunması olduğu vurgulanmaktadır. Bu vurgunun, ne anlam taşıdığını ayrıca sormak gerekiyor: Mahkeme bireyleri kendilerinden koruyan “paternalist” bir yaklaşım içinde olmadığını açıklama kaygısında mıdır? Soruyu, 2008 içtiğadındaki paternalist eğilimin alt metin olarak belirlediği iki unsura gönderme yaparak olumlu biçimde yanıtlamak gerekiyor: Mahkeme’nin

<sup>27</sup> BVerfGE, 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74: 39, 1 (42).

(1) dava konusu olmadığı halde mutlak yasağa açıkça vize vermesi ve (2) tütün kontrolünde yasama yetkisinin düzenleme üstünlüğünü yinelemesi. Paternalizme ilişkin eleştiriler, söz unsurlar nedeniyle haklılık taşımaktadır. 2008 içtihadında, bu iki baskın unsurla birlikte, “başkalarının hakları” argümanına gönderme yapılması ise paternalizm eleştirisini hafifletmekte yetersiz kalıyor.

Federal Anayasa Mahkemesi’nin 2008 kararında, dava konusu olmayan gastronomi işletmelerinde mutlak yasağa ilişkin yorum yapması, geleceğe ilişkin yasama politikalarına önceden verilmiş bir onaydı. Almanya ve dünyadaki uygulamaların önemli kısmı halen bu tür politikalara evrilmektedir. Aşağıda ele alınacak olan 2010 Bavyera içtihadına konu olan düzenleme sözkonusu eğilime uygun, aslında yargısal ön onayı çoktan alınmış bir politikanın yaşama geçirilmesidir.

Bavyera tütün yasağına ilişkin düzenleme, 1 Ağustos 2010 tarihinde yapılan federe referandumla benimsenmişti (“Bavyera Eyaleti Sağlıkın Korunması Kanunu madde 3”)<sup>28</sup>. Konunun referandumla düzenlenmesi ve referandumdan çıkan normun dava konusu olması, karşılaştırmalı anayasa yargısında çoğunluk tercihi-temel haklar dengesinin kurulması bakımından dikkat çekicidir. Davanın olguları kısaca şöyle özetlenebilir:

(1) Referandumda benimsenen kanun hükmü hava trafiğine açık havaalanları, eğitim kurumları, yurtlar, resmi binalar gibi diğer belirli mekânlar yanında, alkollü veya alkolsüz içkinin veya yiyeceğin aynı yerde satılıp tüketildiği işletmelerin tümünü kapsamaktadır (“*Schankwirtschaft und Speisewirtschaft*”). Böylece bira, şarap ve festival çadırları ve içki sunan ufak ve tek mekânlı işletmeler için daha önce benimsenmiş istisnalar ya da tütün tüketilebilecek alan bulundurabilme imkânı gibi uygulamalar da ortadan kalkmıştır.

(2) Değişiklik karşısında, yasak kapsamına alınan mekânlara haftada birkaç kez giden bir tütün tüketicisi ile iki işletmeci “anayasa şikâyeti” yoluyla Federal Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. İşletmecilerden biri, gelirinin önemli kısmını düğün, doğum günü veya işyeri kutlamaları gibi kapalı topluluklara hitap ederek kazanmaktadır. Bu işletmeci, sözkonusu kapalı kutlamayı düzenleyen kişilerin, kendi misafirlerinin sigara içmesine çoğunlukla izin verdiğini öne sürmüştür. Diğer işletme, 75 metrekareden küçük bir birahanedir ve müşterilerinin nere-

<sup>28</sup> Almanya’da eyaletler düzeyinde tütün tüketimine ilişkin halkın kanun teklifi ve referandum talepleri konusunda bkz. Kohler, Stefan / Minkner, Philipp, “*Smoke-Free Laws and Direct Democracy on Smoking Bans in Germany: A Systematic Review and Quantitative Analysis*”, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2014 (11), 693-694.

deyse tümünün tütün içtiğini ve bu nedenle tütün içilebilen birahanelere izin verilmesi gerektiğini savunmuştur.

2010 içtihadında başvuruçuların Anayasa'ya aykırılıkta dayandıkları temel haklara da değinmek gerekiyor. Bireysel tütün içicisi olan ilk başvuruçucu "hukuk devleti ilkesi" ile bağlantılı olarak "kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı"na dayanmıştır. İkinci başvuruçucu, "hukuk devleti ilkesi" yanında "mesleki faaliyet serbestisi"ni öne sürmektedir. Üçüncü başvuruçucu, ikinci başvuruçunun öne sürdüklerine ek olarak yeni Bavyera düzenlemesi ile "kanun önünde eşitlik ilkesi"nin de zedelendiğini vurgulamaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlali, hiç tütün tüketilmeyen işletmelerin varlığı karşısında, tütün tüketilebilen işletmelerin varlığının kabul edilmemesine dayanmaktadır. İşletmeler, yeni düzenleme ile işlerini eskisi gibi sürdüremeyeceklerini ve bu durumun ekonomik açıdan var olmalarını tehdit ettiğini belirtmektedirler. Başvuruçuların taleplerinden anlaşıldığı kadarıyla Münih'de 7831 adet içki ve yemek sunan işletme varken, bunların sadece 841 tanesi tütün içilebilen yerlerdir<sup>29</sup>.

Federal Anayasa Mahkemesi, yukarıda olguları kısaca özetlenen başvuruyu özellikle, "Anayasa Hukuku bakımından ilkesel anlama sahip olmadığı" ve "temel haklar ya da temel hak benzeri hakların yerine getirilmesine hizmet etmediği" gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme, başvuruçuların temel haklarının zedelenmediğine hükmederken 2008 yılındaki içtihadında yaptığı değerlendirmeyi hatırlatarak, mutlak tütün tüketimi yasağının Anayasa'ya uygun olduğunu vurgulamaktadır. 2008 yılındaki içtihat, yukarıda da açıklandığı gibi, yasa koyucunun işletmeler bakımından mutlak yasak rejimini tercih etmesine izin veriyordu. 2010 Bavyera içtihadında Mahkeme'nin 2008 içtihadından çıkardığı sonuç, tütün tüketimine karşı katı yasama politikasının mutlak teyididir<sup>30</sup>: yasa koyucu korunan hukuksal değerün üstün yeri nedeniyle tütün içme yasağını katı biçimde uygulamaya karar verirse, yasağın istisnasını yaratmak zorunda da değildir<sup>31</sup>. Mahkeme'nin bu sonuca varırken, yasa koyucunun düzenleme ve takdir yetkisine öncelik verdiği ve yetkinin ölçülülük denetimine uygun kullanılıp kullanılmadığına hiç girmedeği belirtilmelidir. "Sağlığın korunması" konusundaki anayasal değer, Mahkeme için sıkı yargısal denetimini gereksiz kılan üstün bir değerdir. Buna karşılık,

<sup>29</sup> BVerfG, Beschluss vom 2 August 2010 – 1 BvR 1746/10, Par. 7.

<sup>30</sup> Bavyera Anayasa Mahkemesi'nin başka bir davada ret kararı için bkz. *VerfGH Bayern: Entscheidung vom 31.01.2012 - Vf. 13-VII-10, Beck RS 2012, 46990*; Münih İdare Mahkemesi'nin hiç tütün ve nikotin içermeyen meyve melaslarının ve melas içeren mineral taşların ("Shiazo-Stein") nargile ile içiminin ilgili kanunun uygulama alanına girmediği konusundaki kararı için bkz. *VG Münih, Urteil vom 05.10.2011 - M 18 K 10.3997, BeckRS 2012, 46466*.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschluss vom 2 August 2010 – 1 BvR 1746/10, Par. 11.



aynı içtihadta, istisnaların yaratılması durumunda doğabilecek olasılıkların yerindelik denetimini çağrıştıracak biçimde değerlendirildiği dikkat çekmektedir: “böyle bir istisnanın koşulları pratikte denetlenemezdi ve doğrudan yasağın dolanılmasını davet ederdi”. 2010 içtihadına göre, yasa koyucunun tütün tüketimini düzenlemede mutlak yasağı tercih ettiği hallerde, başvuruçuların “ekonomik varlıklarının tehlikeye düşmesi”ni engelleyecek çözümleri talep hakları yoktur.

2008 ve 2010 içtihatları birlikte düşünüldüğünde şu iki tespit yapılabilir:

(1) Yasa koyucu tütün tüketimi konusunda, mutlak yasaktan yana bir yasama politikası benimsemediği ve istisna yarattığı oranda, daha fazla anayasal denetime ve sınırlı yasama yetkisine tabidir. Bu olasılıkta eşitlik ilkesi ve temel haklar bakımından denetim daha sıkı olabilir.

(2) Yasa koyucu, tütün tüketiminde mutlak yasaktan yana bir yasama politikası benimsediği ölçüde temel haklar ve eşitlik ilkesi karşısında serbesttir. Bu olasılıkta anayasal denetim değil, yargısal çekingenlik ağır basmaktadır.

2010 içtihadında Mahkeme, Bavyera’daki çok sayıda tütün içilmeyen işletmenin varlığını, denetlenen normun ölçüsüzlüğüne işaret eden bir unsur olarak görmemiştir. Tersine, bu noktada da normun ölçülülüğü vurgulanmaktadır. Ancak söz konusu saptama, ilkenin alt ilkelerinin sınırdığı ayrıntılı kanıtlama içermemektedir<sup>32</sup>. Kanıtlama dayanağı olarak yasa koyucunun sınırsız görülen koruma yetkisine gönderme yapılmaktadır. Kanıtlamada Mahkeme’nin yasama yetkisini onaylarken iki temel varsayımı vurguladığı görülmektedir:

(1) Yasa koyucu, tütün kullanmayanların içki ve yemek sunan işletmelerde tütün dumanına maruz kalmadan toplumsal yaşama katılımını sağlamaktadır.

(2) Yasa koyucu, mutlak yasak aracılığı ile gastronomi alanında çalışanların tütün zararlarından korunmasını hedeflemektedir. Bu hedefin, Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülemez.

Almanya’da, özel yaşam alanı olan “apartman dairesi”nde sigara içmeyi etkileyen bir yargısal içtihat da mevcuttur. Düsseldorf İlk Derece Mahkemesi’nin (“*Amtsgericht Düsseldorf*”) 2013 yılındaki içtihadına göre, apartman dairesi içinde içilen sigaranın duman ve kokusunun, daire kapısının altından merdivenlere ve apartman boşluğuna yayılması, 40 yıldır aynı evde oturan bir kiracının feshi ihbar süresi olmaksızın tahliye edilmesini haklı kılmaktadır<sup>33</sup>. İchtihada konu olan davalı *Friedhelm*

<sup>32</sup> BVerfG, Beschluss vom 2 August 2010 – 1 BvR 1746/10, Par. 13.

<sup>33</sup> Pohar, Mihael, Pressesprecher des Amtsgerichts, “*Amtsgericht Düsseldorf: Räumungsurteil gegen Raucher*”, Amtsgericht Düsseldorf, Aktenzeichen: 24 C 1355/13, 31.7.2013,

*Adolfs* 60 yıllık bir sigara tiryakisidir. *Adolfs*, bu dairede yaklaşık 40 yıl boyunca ikamet etmiş ve aynı dairede iki yıl önce vefat eden eşiyle birlikte de uzun yıllar sigara tüketmiştir. Ancak dava mahkemesi sigara konusunda zaman içinde değişen anlayışa dayanarak, üçüncü kişilerin sigaradan korunmasını kapsayan “bedensel bütünlük hakkı” karşısında, sigara içen kiracıların alışkanlıklarını da kapsayan “genel davranış özgürlüğü”ne üstünlük tanımayacağını vurgulamıştır. Bu karar, evde sigara içme hakkını reddetmemekle birlikte, pek de iyi yalıtımı olmayan kapılara sahip ve iç mekânlarını pencerelerden iyi havalandırmayan kiracıların sigara alışkanlığını sürdürmelerini zorlaştırmaktadır. Davada *Adolfs*’un, evi pencerelerden iyi havalandırmadığı öne sürülmüştü. Davacının iddiası büyük çapta, kiracının havalandırma alışkanlığını değiştirmesi üzerine kurulmuştu.

*Adolfs* kararı, Federal Temyiz Mahkemesi (“*BGH- Bundesgerichtshof*”) içtihatlarına oranla daha kısıtlayıcı bir içtihat olarak görülebilir. Federal Temyiz Mahkemesi, 2006 yılında, sigara içen kiracıların sigara alışkanlığını sözleşmeye uygun kullanım olarak görmüş; 2008 yılında, yoğun biçimde sigara içen kiracılar bakımından “olağan tadilatla giderilemeyecek zararların” tazminine hükmetmişti.<sup>34</sup> Kiracı-kiralayan ilişkisinde tütün tüketimine ilişkin içtihat, temel hakların yatay ilişkide (birey-birey) etkisi ve bu ilişkide çatışmanın özel hukuk yargısı tarafından Anayasa odaklı yorumla nasıl çözülebileceği bakımından önem taşımaktadır. *Adolfs* içtihadı bu çalışmanın kaleme alındığı tarihte Kuzey Ren Vestfalya Eyalet Mahkemesi’nde (“*NRW Landgericht*”) temyiz başvurusuna konu olmuş ve karar henüz kesinleşmemiştir.

Almanya’da özel hukuk yargısının evde ya da dairede sigara tüketimine ilişkin diğer içtihatları özel alanda tütün tüketimi konusunun aslında yargısal pratiğe artan biçimde girdiğine işaret ediyor. Bazıları eyalet mahkemeleri tarafından verilmiş bu içtihatlarda, balkonda düzenli sigara içen komşusu olanların günde 12 sigaraya kadar tahammül etmesine; 20 sigarayı aşacak biçimde tüketimin komşular için kabul edilemez bir yük olduğuna ya da konutuna sigara dumanı sızanların kirada % 5 indirim talep edebileceğine hükmedilmiştir<sup>35</sup>.

[http://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse\\_weitere/Presse\\_AGs/archiv/2013\\_02\\_Archiv/13\\_07\\_31\\_PE\\_Urteil\\_Raucher/index.php](http://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse_weitere/Presse_AGs/archiv/2013_02_Archiv/13_07_31_PE_Urteil_Raucher/index.php), Erişim tarihi: 30.12.2013; Brand, Regina, “*Gericht bestätigt Wohnungskündigung für Raucher*”, Süddeutsche Zeitung, 31.7.2013; Bakir, Daniel, “*Der rauchende Revoluzzer von der Düssel*”, Der Stern, 23.7.2013; “*Vermieterin darf Raucher kündigen*”, Der Stern, 31.7.2013.

<sup>34</sup> *BGH Urteil v. 28.06.06, Az. VIII ZR 124/05; BGH Urteil v. 05.03.08, Az. VIII ZR 37/0.*

<sup>35</sup> *Rathenow İlk Derece Mahkemesi (“Amtsgericht Rathenow”), Urteil vom 06.09.2013 -4 C 300/13; Hamburg Eyalet Mahkemesi (“Landgericht Hamburg”), Urteil v. 15.06.2012 - 311 S 92/10; Berlin Eyalet Mahkemesi (“Landsgericht Berlin”), Urteil*

Karşılaştırmalı gözlemlerden sonra bu başlıktaki temel soruya dönebiliriz: Türkiye'deki anayasal içtihat karşılaştırmalı anayasa yargısının verileri ile sınılandığında nerede yer alıyor? Anayasa Mahkemesi'nin tütün yasağı içtihadı sonuç bakımından yasağı destekleyici karşılaştırmalı yargısal pratiği takip etmektedir. Bununla birlikte, bu incelemede görece geniş yer tutan Federal Anayasa Mahkemesi'nin 2008 içtihadındaki yargısal kanıtlama derinliği karşısında oldukça zayıf kaldığı söylenebilir. Tütün tüketimi söz konusu olduğunda kamu sağlığının üstün tutulması, devletin belirli temel haklarda türetilmiş pozitif yükümlülükleri ve yasanın takdir yetkisinin baskınlığı Türkiye ve Almanya'daki içtihadın kesişen ve baskın kabullerdir. Anayasa Mahkemesi, tütün içenlerin temel haklarının varlığı konusunda açık yanıt vermeyerek bu konuyu belirsiz ve varsayımsal kılmaktadır. Ancak temel hak tartışmasını, Amerikan federal yargısı kadar da gelenekçi ve tarihsel bir muhafazakârlığa indirgememiştir.

### Sonuç

Tütün tüketimine ilişkin güncel mevzuat ve yargısal içtihat, Türkiye'nin tütünle olan ilişkisinde, yeni bir hukuksal yaklaşıma ve toplumsal dönüşüme işaret ediyor. Geleneksel olarak halen daha özgün tütün tarımının sürdüğü Türkiye, bazı dönemlerde dünyadaki beş büyük üretici arasında yer almıştı. Emek yoğun bir alan olan tütün tarımı yerli üretici açısından uzun yıllar taban fiyatların belirlenmesindeki manipülasyonlar, tütün tefecileri, kredi almada yaşanan zorluklar gibi nedenlerle daha da zorlu bir geçim kaynağı haline gelmiştir. Türkiye, tütün piyasasında tekelin kalkmasıyla küçük üretici için destekleyici politika yapan bir model getirmemiştir. Buradaki temel eleştiriler tütün tefecilerinin, yerel tüccarların ve halen küresel tütün alıcılarının desteklendiğine ya da kurulan düzen gereği pazar dinamiklerinden kazançlı çıktığına odaklanmaktadır. Tütün üretiminin Türkiye'deki çok boyutlu tarihi karşısında, tüketim boyutuna ilişkin 4207 sayılı Kanun konuyu çelişkili bir ulusal tütün politikasına da dönüştürüyor. Türkiye, bir yandan geleneksel tütüncü konumundan ötürü tütün pazarını açık tutmakta ve denetlemekte; diğer yandan üretici cephesini fazla desteklememekte ya da alternatif tarım modelleriyle kalkınmayı kurgulamakta eksik kalmaktadır. Buna karşılık, kamu sağlığını öncelleyerek tütün tüketiminde denetim önlemleri getirebilmektedir. Türkiye'nin tütünle olan öyküsünde hukuk politikasına yön veren siyasal tercihlere bakıldığında en az gözetilenlerin kü-

---

v. 30.04.2013 - 67 S 307/12, aktaran [http://www.kostenlose-urteile.de/Amtsgericht-Rathenow\\_4-C-30013\\_AG-Rathenow-Rauchen-auf-dem-Balkon-erlaubt-Nachbar-muss-Rauch-von-12-Zigaretten-pro-Tag-hinnehmen.news16727.htm?](http://www.kostenlose-urteile.de/Amtsgericht-Rathenow_4-C-30013_AG-Rathenow-Rauchen-auf-dem-Balkon-erlaubt-Nachbar-muss-Rauch-von-12-Zigaretten-pro-Tag-hinnehmen.news16727.htm?), Erişim tarihi: 28.1.2014

çük üreticiler, sigaradan vazgeçemeyen gerçek tütün tiryakileri ve tiryakilere hizmet veren küçük işletmeler olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı, son iki grup için bu tercihi yetersiz bir kanıtlamayla da olsa mutlak biçimde teyit etmektedir. İlk grubun geleceğini gözlemlemeye devam edeceğiz.

### **Kaynakça**

#### **Kitap, Makale ve Haberler**

Bakir, Daniel, “*Der rauchende Revoluzzer von der Düssel*”, Der Stern, 23.7.2013.

Brand, Regina, “*Gericht bestätigt Wohnungskündigung für Raucher*”, Süddeutsche Zeitung, 31.7.2013.

“*Belgium expands smoking ban to all cafes, casinos*”, The Independent, 16.3.2011, <http://www.independent.co.uk/life-style/health-and-families/belgium-expands-smoking-ban-to-all-cafes-casinos-2243449.html>, Erişim tarihi: 3.4.2012.

Caspar, Johannes, “*Das europäische Tabak verbot und das Gemeinschaftsrecht*”, EuZW 2000, 237 vd.

“*Constitutional Court Confirms Smoking Ban*”, <http://www.insidecostarica.com/dailynews/2012/march/21/costarica12032101.htm>, 21.3.2012, Erişim tarihi: 10.2.2013.

“*Constitutional court finds no flaws in stiff rules against tobacco*”, <http://amcostaricaarchives.com/2012/03/constitutional-court-finds-no-flaws-in-stiff-rules-against-tobacco/>, 21.3.2012, Erişim tarihi: 3.10.2013.

“*Constitutional Court obliges ‘smoking rooms’ for state institutions*”, The Jakarta Post, 18.4.2012, <http://www.thejakartapost.com/news/2012/04/18/constitutional-court-obliges-smoking-rooms-state-institutions.html>, Erişim tarihi: 30.12.2013.

Crosbie, Eric / Sebrié, Ernesto M. / Glantz, Stanton A., “*Tobacco Control Legislation in Costa Rica (1971-2012): After 40 Years of Tobacco Industry Dominance, Tobacco Control Advocacy Succeeds*”, <http://www.rednacionalantitabaco.com/wp-content/uploads/2012/06/Tobacco-Control-Legislation-in-Costa-Rica-1971-2012.pdf>, Erişim tarihi: 3.10.2013.

Çetinkaya, Hikmet, “*Denize Benzer Bu Tütün Tarlaları*”, Tütün Kumarı I, 23.10.1967, Cumhuriyet, 5.

Çetinkaya, Hikmet, “*Demek Havanda Su Dövüyoruz*”, Tütün Kumarı II, 24.10.1967, Cumhuriyet, 5.

Çetinkaya, Hikmet, “*Boğaz Tokluğuna Bir Geçim*”, Tütün Kumarı III, 25.10.1967, 5.

Çetinkaya, Hikmet, “*Halimize Bir Çare Bulsunlar*”, Tütün Kumarı IV, 26.10.1967, Cumhuriyet, 5.

Çetinkaya, Hikmet, “*Bütün Ümit Tütün Kanununda*”, Tütün Kumarı V, 27 Ekim 1967, Cumhuriyet, 5.

Çetinkaya, Hikmet, “*Tütün Üreticileri Ankara’ya Yürüyüş Düzenledi*”, Cumhuriyet, 22.1.1968, 1 ve 7.

Çetinkaya, Hikmet, “*Tütün Kumarı*”, Cumhuriyet, 14.2.1990, 1 ve 17.

Gay, Mara / Jackson, Joe / Esterl, Mike, “*New York City Extends Smoking Ban to E-Cigarettes, Mayor Bloomberg Expected to Sign into Law in Regulatory Blow*”, Wall Street Journal, 19 December 2013, <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303773704579268892537996818>, Erişim tarihi: 20.12.2013.

Gözler, Kemal, “*Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları – Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasası*”, Ankara Barosu Dergisi, 1990/1, 31 vd.

Kim, Jongcheol, Constitutional Law, in: Introduction to Korean Law, Korean Legislation Research Institute (Ed.), 2013, Heidelberg / New York / Dordrecht / London.

Kohler, Stefan / Minkner, Philipp, “*Smoke-Free Laws and Direct Democracy on Smoking Bans in Germany: A Systematic Review and Quantitative Analysis*”, International Journal of Environmental Research and Public Health, 2014 (11), 693-694.

Mc Graddy, Benn, “*Implications of Ongoing Trade and Investment Disputes Concerning Tobacco: Philip Morris v. Uruguay*”, in: Public Health and Plain Packaging of Cigarettes: Legal Issues, Voon, Tania / Mitchell, Andrew / Liberman, Johanathan / Ayres, Glyn (Eds.), Edward Elgar, 2012, Glos / Massachusetts, 173 vd.

“*New Zealand to ban smoking in prisons*”, BBC News Asia-Pacific, 28 June 2010, <http://www.bbc.co.uk/news/10432294>, Erişim tarihi: 15.10.2012.

Pohar, Mihael, Pressesprecher des Amtsgerichts, “*Amtsgericht Düsseldorf: Räumungsurteil gegen Raucher*”, Amtsgericht Düsseldorf, Aktenzeichen: 24 C 1355/13, 31.7.2013, [http://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse\\_weitere/PresseAGs/archiv/2013\\_02\\_Archiv/13\\_07\\_31\\_PE\\_Urteil\\_Raucher/index.php](http://www.justiz.nrw.de/JM/Presse/presse_weitere/PresseAGs/archiv/2013_02_Archiv/13_07_31_PE_Urteil_Raucher/index.php), Erişim tarihi: 30.12.2013.

Recent Developments, Constitutional Law—Eighth Circuit Determines That Smoking Is Not a Fundamental Right, 66 Arkansas Law Review (2013), 347 vd.

Sağlık Bakanlığı Ulusal Tütün Kontrol Programı ve Eylem Planı (2008-2012), DSÖ Türkiye Ofisi Yayını, 2008, Ankara.

“*Smoking curbs: the global Picture*”, 3 February 2011, BBC News World, <http://www.bbc.co.uk/news/world-11845158>, Erişim Tarihi: 15.10.2012.

Steinhauser, Gabriella, “*EU Leans Toward Allowing Refillable E-Cigs, Critics Worry They Can Be Used to 'Vape' Stronger Drugs, Wall Street Journal*”, 16 December 2013, <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304173704579262411519792696>, Erişim tarihi: 20.12.2013.

“Swiss reject full ban on smoking in public spaces”, BBC News Europe, 23 September 2012, [http://www.bbc.co.uk/news/world\\_europe-19690450](http://www.bbc.co.uk/news/world_europe-19690450), Erişim tarihi: 15.10.2012.

“Tekel’in Baş Fiyatı Ekiciyi Memnun Etmedi – Ege Tütün Piyasası Açıldı”, 30.1.1968, Cumhuriyet, 1 ve 7.

“Tütün Bunalımı”, Cumhuriyet, 14.2.1990, 1.

Wägenbaur, Rolf, “Verbot der Tabakwerbung: Fortsetzung der Saga”, EuZW 2001, 450 vd.

Vadi, Valentina, Public Health in International Investment Law and Arbitration, Routledge, 2013, New York, 93 vd.

“Vermieterin darf Raucher kündigen”, Der Stern, 31.7.2013.

Yaman, Melda / Ertürk Keskin, Nuray, Türkiye’de Tütün, Notabene Yayınları, 2013.

### Yargı kararları

Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 2010/58, K. 2011/8, K.t. 6.1.2011.

Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi Mahkemesi (EFTA Court), Case E-16/10 - Philip Morris Norway AS v. Staten v.Helse- og omsorgsdepartementet, 12.10.2011.

Avrupa Birliği Mahkemesi (ECJ-EuGH), Case C-376/98 Germany v. European Parliament and Council, 5.10.2000.

Avrupa Birliği Mahkemesi (ECJ-EuGH), Case C-380/03 Germany v. European Parliament and Council, 12.12.2006.

Bavyera Anayasa Mahkemesi, VerFGH Bayern: Entscheidung vom 31.01.2012 - Vf. 13-VII-10, Beck RS 2012, 46990.

Berlin Eyalet Mahkemesi (“Landesgericht Berlin”), Urteil v. 30.04.2013 - 67 S 307/12, aktaran [http://www.kostenlose-urteile.de/Amtsgericht-Rathenow\\_4-C-30013\\_AG-Rathenow-Rauchen-auf-dem-Balkon-erlaubt-Nachbar-muss-Rauch-von-12-Zigaretten-pro-Tag-hinnehen.news16727.htm?](http://www.kostenlose-urteile.de/Amtsgericht-Rathenow_4-C-30013_AG-Rathenow-Rauchen-auf-dem-Balkon-erlaubt-Nachbar-muss-Rauch-von-12-Zigaretten-pro-Tag-hinnehen.news16727.htm?), Erişim tarihi: 28.1.2014.

Federal Anayasa Mahkemesi - Almanya (BVerfG), BVerfGE 121, 317: Urteil des Ersten Senats vom 30 Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 402, 906708;

Federal Anayasa Mahkemesi-Almanya, BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24 Januar 2012 – 1BvL 21/11.

Federal Anayasa Mahkemesi-Almanya, BVerfG, Beschluss vom 2 August 2010 – 1 BvR 1746/10.

Federal Anayasa Mahkemesi-Almanya, BVerfGE, 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74: 39, 1 (42).

Federal Temyiz Mahkemesi - Almanya (BGH), BGH Urteil v. 28.06.06, Az. VIII ZR 124/05.

Federal Temyiz Mahkemesi - Almanya (BGH), *BGH Urteil v. 05.03.08, Az. VIII ZR 37/0*.

Hamburg Eyalet Mahkemesi (“Landgericht Hamburg”), *Urteil v. 15.06.2012 - 311 S 92/10*.

ICSID Tahkim, *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay* (ICSID Case No. ARB / 10/ 7, bkz. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=ListCases&caseId=C1000&actionVal=viewCase>, Erişim Tarihi: 2.1.2014).

Münih İdare Mahkemesi, VG Münih, *Urteil vom 05.10.2011 - M 18 K 10.3997, BeckRS 2012, 46466*.

Ohio Yüksek Mahkemesi-ABD, *Wymyslo v. Bartec, Inc.*, Slip Opinion No. 2012-Ohio-2187, bkz. <http://www.supremecourt.ohio.gov/PIO/summaries/2012/0523/110019.asp>, Erişim tarihi: 20.10.2013.

Rathenow İlk Derece Mahkemesi (“Amtsgericht Rathenow”), *Urteil vom 06.09.2013 -4 C 300/13*.

Sekizinci Bölge Temyiz Mahkemesi – ABD (Eight Circuit Court of Appeals), *Gallagher v. City of Clayton*, 699 F.3d 1013 (8th Cir. 2012).

Yüksek Mahkeme- ABD (Supreme Court), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

### **Mevzuat**

Amendments adopted by the European Parliament on 8 October 2013 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products (COM(2012)0788 – C7-0420/2012 – 2012/0366(COD)).

4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkındaki Kanun (1996, 2008 ve 2013 yılındaki versiyonları ile birlikte).