

TÜTÜN KONTROLÜ ÇERÇEVE SÖZLEŞMESİ (TKÇS) VE İÇ HUKUKUMUZ

“Avrupa’daki tütün alışkanlığının henüz ilk evresinde bile, tıp bu yeni bitkiyle yakından ilgilenmeye başladı. Tıp ile tütün arasındaki 500 yıllık ilişkide önemli değişimler yaşandı. Başlangıçta bu ilişkinin özelliği büyük bir coşku ve şaşkınlık dolu hayranlıktı. Oysa bugün tıp daha ziyade tütün düşmanıdır. Tıbbın tütüne karşı tavrı 19. yüzyılın başında yavaş yavaş olumsuzlaşmaya başlarken, 20. yüzyılda artık asla barışamayacakları bir raddeye vardı. (...)”¹

1. Sigaramın Dumanından Gözlerim Görmez Oldu: Tütün ve tütün ürünlerinin tıp ile kavgası, 20. yüzyılda barışın mümkün olmadığı bir “raddeye” varmış ise de, tütünün hukuk ile kavgasının 16-17. yüzyıllara kadar uzandığı bilinmektedir. Ancak kavganın sebebi “sağlıklı yaşama hakkı” ya da vücut bütünlüğü ile ilgili bir kaygı değildi. Metinler, kavganın sebebini tütün ticareti ile ilgili olduğu kadar, tütünün “otorite” ile giriştiği kavganın sonucu olduğunu da belirtmektedirler. Öyle ki, metinlerden, Osmanlı’daki tütün yasaklarının dahi, tütünün en çok tüketildiği kahvehanelerin, padişah karşıtlığının mekânlarına dönüşmesi sebebiyle olduğunu, benzeri bir yasaklamanın Avrupa’da da olduğunu ve bunun da “tütünün itaatsizlik yarattığı” gerekçesiyle konulduğunu, yasakların yazılı hukuk metinlerinde de bu haliyle yer aldığını öğreniyoruz: “... 19. yüzyıl Berlin’inde ekonomik olarak güçlenip siyasi bir özgüvene sahip olmaya başlayan burjuvazi ile mutlakiyetçi Prusya devleti arasında çatışma had safhaya ulaştı. Bunun önemli bir nedeni de, kamuya açık yerlerde tütün içme yasağıydı, oysa tütün yurttaşlar arasında giderek yaygınlaşan bir keyif vericiydi. İktidar tütün yasağının çiğnenmesini büyük bir itaatsizlik, hiç onaylamadığı demokratik zihniyetin bir ifadesi olarak görüyordu. (...) Büyük Friedrich tarafından çıkarıldıktan sonra birkaç kez daha tekrarlanan bir ferman, 18.yüzyılda da geçerliydi hala; (...)”².

2. Sistem Kendi Tekellerini Neden Yok Etmek İstemektedir? Tıbbın ilkin, “mucize bitki” olarak karşıladığı tütünün, daha sonra ölümcül bir bitki olduğunu ortaya çıkarmasına, hukukun da aynı yönde “tepki” göstermesinin gecikmediğini, hukuksal metinlerde “yangına sebebiyet vermesi, iktidar

¹ Detlef BLUHM, *Colombus’tan Davidoff’a Tütün ve Kültür*, s.41, 43; Dost Yay., 2001/Ankara, Çev.:Zehra Aksu Yilmazer.

² BLUHM, y.a.g.y., s.127, 128.

karşıtlığının simgesi olması, vs” olarak belirtilen gerekçelerin hızla “sağlık hakkı” gibi bir gerekçeye evrildiğini gözleyebiliyoruz. Artık tütün yasaklarını sağlık hakkından, sağlıklı çevre hakkından, hatta bireyin “gelişim hakkı”ndan³ ayrı düşünmenin mümkün olmadığı bir aşamadayız. Bilimsel değil ve fakat teknolojik gelişmelerle küçülen dünyamızda, sağlık hakkını/sağlıklı çevre hakkını/bireyin gelişim hakkını yalnızca ulusal düzeyde savunmanın da yeterli olduğunu söyleyemiyoruz. Bir ümit; merkezinde insan’ın olduğu, onun sağlığı olduğu düşüncesiyle yürürlük kazandırılmaya çalışılan tütün yasağı, “insanı özgürleştirecektir”! Öyle ki, artık, *tütün bağımlılığı, otorite karşıtlığını değil, otoriteye boyun eğmeye hazır “bağımlı kişilikleri” üretmektedir* demek istiyoruz. Peki, ama tütün bağımlılığının yerine ikame edilecek olan bir başka bağımlılıktan söz etmek mümkün müdür? (Öyle ya, sigarayı bırakanların bünyeleri neden obezite bağlamı bir tepki vermektedir? Sigara bağımlılığı yerini bir başka bağımlılığa mı terk edecektir? Bu soruyu yalnızca “toplum mühendisleri” değil ve onların hizmetinde olmayan tıp bilimi yanıtlamalıdır. Verili tıp bilgilerinin, daimi surette rejim karşıtlarını sağaltmaya(!) özgülendiği hususu yüksek yoğunluklu bir kuşku değildir.) Tıp bilimi, hukuk bilimi ile el ele ve sanki dünya kapitalist sistemi “orijinine insanı almış, onun sağlığı çok umurundaymış” gibi, sigara tekellerini yok etmek istemektedir. Yakıcı sorudur: Bizim haberimiz yoktur ve Dünyada bir devrim mi olmuştur da, sigara tekelleri yok edilmek istenilmektedir? [1950-60’lı yıllarda mısır tüketiminin yoğun olduğu bölgelerde yapılan “mısır tüketimi ve ruh sağlığı” konulu araştırmanın sonuçları henüz açıklanmamış, yine aynı yıllarda Marshall yardımı adı altında Ülkemizde dağıtılan “süt tozu, un, vs” tüketiminin sonuçları 2000’li yıllarda henüz gözlenmeye başlanmış ve Sovyet sisteminin çözülüşü ile “mısır ekimi ve tüketimi ile yapay gübre kullanımı” bağlamı araştırmaların sonuçları henüz açıklanmaya başlanmıştır. Yine halk arasında mide yanması olarak bilinen gastrit ya da ülserin sağaltımında kullanılan alüjel/talcid/kompensan vb grup ilaçlar içeriğinde bulunan alüminyumun *beyin hücrelerini bağladığı* yollu sonuçlara, henüz ulaşılmış ancak halkımız uzun yıllar bu ilaçları tüketmeye mahkûm edilmiştir. Yine 70’li yıllarda insanların birbirine ikram

³ **“Gelişme hakkı:** *insanın insan olmasından kaynaklanan ekonomik, sosyal, kültürel, siyasal, hukuksal ve kişisel hak ve özgürlüklerinin, bulunulan zaman, ortam ve koşul ekseninde ileri seviyeye ulaşması ve ilerlemesini konu alır (Zafer Karabay, E.Yasemin Özdek). Şu halde insan hakları bünyesindeki gelişme hakkı, bireyin ulusal ve uluslar arası mevzuatta yer alan haklarının ve özgürlüklerinin ilerlemesini amaç edinir ve bunu sağlar. Bu nedenle gelişme hakkı, zaman, ortam ve koşullara göre insanın ihtiyaçlarının sürekli değişmesi sonucu insan ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamak için hak halini almıştır (İbrahim Ö. Kaboğlu, vd). (...)*” **Betül ASLAN,** *Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı,* s.7, 8; XII Levha Yay., 2009/İstanbul.

ettiği ve sözde grip, nezle sağaltımında kullanılan “enfiye”nin bir tür uyuşturucu olduğu bilgisi eski bir bilgi değildir. Ve tütün içeriğinde bulunan nikotin, patlıcanda da bol miktarda bulunmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü’nün en üst düzey yetkilileri, “domuz gribi” denilen hastalığa karşı üretildiği iddia olunan aşı’yı neden kullanmamışlardır? Uşak ilinde yapılan bir kazıda bulunan 5-6 adet mercimek tohumunun 3-4 bin yıllık tohumlar olduğu, en yakın Üniversitede bu tohumların ekiminin yapıldığı, başarılı sonuçlar alınması üzerine yetkililerin “*Dünyanın en doğal, genleri ile oynanmamış mercimeğini yiyeceğiz. (...)*” dedikleri üç dört ay öncesine ait bir vakıadır. Yıllarca Ay’a dikilen bir bayrağın dalgalanışını izledik ve unuttuk: Ay’da hava yoktur. Batı’dan ne gelirse “iyidir” yollu bir yaklaşımın benimsenmemesi için gereğinden fazla veri mevcuttur. “Sağlık Bilimi” otoritesine olan güven yitirilmeden, tütün bağımlılığı, yasaklarla değil ve fakat içinde tüm bu soruların yanıtlarının da yer aldığı haliyle, yurttaşların ikna edilmesi suretiyle ortadan kaldırılmalıdır. “Yasaklama”, başkaca ve keyfi/indi yasaklara zemin hazırlamaktadır.]

3. 03 Mart 2007 tarihi itibarıyla 168 ülkenin imzaladığını öğrendiğimiz⁴ Tütün Kontrol Çerçeve Sözleşmesi, tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmesi, ekimi yönünde bir dizi önlemler içeren hükümlere yer veren, başta bebekler/çocuklar olmak üzere, tütün ve insan ilişkisine ilişkin yapılması gerekenleri hüküm altına alan, tüm bu alanlarda uluslararası denetim ve işbirliğini sağlamak için genel ilkeleri ortaya koyan, taraf devletler yönünden bağlayıcılık / sorumluluk doğuran, uluslararası bir sözleşmedir. Ülkemizin de imzaladığı Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi [TKÇS], Türkiye adına 28 Nisan 2004 tarihinde New York’ta imzalanmış, 25/11/2004 tarih ve 5261 sayılı Kanunla onaylanmış; Dışişleri Bakanlığı’nın 6/12/2004 tarih ve 496895 sayılı yazısı üzerine, 8/12/2004 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile uygun bulunmuş, Resmi Gazetenin 25 Aralık 2004 tarih ve 25681 sayılı nüshasında yayımlanmış olmakla, Anayasamızın 90. maddesi uyarınca iç hukuk hükmü gibi etkili ve yürürlü hale gelmiştir. Ancak ve ne mutlu ki, uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda sözü edilen yer ve değeri ile ilgili zengin, nitelikli tartışmalar devam etmektedir.

4. TKÇS ve İç Hukuk: Uluslararası sözleşmelerin Ulusal / İç Hukukumuzdaki yeri ile ilgili tartışmalar sürmekteyken soruna açıklık getirdiği ileri sürülen, Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına, 7.5.2004 tarihinde 5170 sayılı

⁴ Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi Küresel Sağlık İçin Küresel Eylem, Hazırlayan: **Dr. Toker ERGÜDER**, s.10, Sağlık Bakanlığı Yayın No:731; Şubat – 2008/Ankara (İnternet).

Kanun ile eklenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla⁵ kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” yönündeki cümlenin, sözü edilen tartışmaları daha da alevlendirdiğini söylemek öznel bir değerlendirme olmayacaktır. Örneğin

4.a. Prof. Dr. Özdemir ÖZOK, Anayasanın 90. maddesi ve son cümlesi olarak eklenen hükmünü milletlerarası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde uygun bulunması için yapılan görüşmelerin, çok özensiz bir biçimde yapıldığını, bu tür çalışmaların Meclis’in verimsiz dönemlerinde yeterli inceleme yapılmadan gerçekleştirildiğini, bu şekilde yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmaların iç hukuk hükümlerine oranla üstün tutulmasının ne kadar doğru ve hukuki olduğunu, özellikle 90. maddeye eklenen son cümle ile Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayı, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin iradesi, katılımı olmaksızın bazı milletlerarası andlaşmaların, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin iradesinin bir ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanmasının Anayasa’nın 7. maddesinde yer alan “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesiyle çeliştiğinin söylenebileceğini, öte yandan, yürütme organının, yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü kimi düzenlemeleri bu yolla yasama organının denetiminden/iradesinden kaçırmaya çalışmasının mümkün olduğunu, ayrıca 90.maddeye eklenen yeni tümcede ‘temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelere’ üstünlük tanınacağı ve fakat hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma sayılacağı konusunda bir açıklık bulunmadığı, aynı şekilde milletlerarası andlaşmalar ile iç hukuk hükümleri arasında uyuşmazlık olup olmadığını kimin tespit edeceği sorusunun cevapsız olduğu (...)⁶ yönünde eleştirmiştir.

4.b. Prof. Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ise, Anayasa’nın 90. maddesine oranla, Anayasada uluslararası hukuka üstünlük veren pek çok hükmün

⁵ “**Andlaşma** sözcüğü, genel bir kavramın adı olarak, antlaşma, anlaşma, misak, senet, genel senet, son senet, protokol, modus vivendi, tahkimname, bildirge, bildiri, mektup teatisi gibi karşılıklı irade uzlaşmasıyla oluşturulmuş ikili veya çok taraflı bütün milletlerarası belgeleri kapsamaktadır.” **Mümtaz SOYSAL**, Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı, Anayasa Yargısı 14, (Anayasa Mahkemesinin 35. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Samsun, 26-27 Mayıs 1997), AYM Yay., No.36, s.171; 22 Mayıs 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin 2/1(a). maddesi antlaşma kavramını; “ister tek bir belgede, ister iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve kendine özgü ismi ne olursa olsun, Devletlerarasında yazılı şekilde akdedilmiş ve uluslararası hukuka tabi olan milletlerarası antlaşma” olarak tanımlamaktadır.

⁶ **Prof. Dr. Özdemir ÖZOK**’un, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md.90/son)” Konulu Ulusal Toplantının Birinci Oturumuna Sunduğu Önbildiri’den, Aktaran: Türkiye Barolar Birliği Yay., “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md.90/son)”, s.9,10; 2005/Ankara.

olduğunu, bu hükümlerin “uluslararası hukukun iç hukukta uygulanması için ayrıca bir hükme ve uygulama yasasına gereksinim duymayacak kadar açık ve amir olduğunu”⁷ belirttikten sonra, “... Anayasanın 15.maddesine göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, ‘uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler’ ihlal edilmemek kaydıyla durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilir. Ancak, Anayasada sayılan durumlarda, temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasına ya da Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınmasına karar verilirken, bu önlemlerin ‘uluslar arası hukuktan doğan yükümlülükler iç hukuktan önce gelmektedir. / Benzer durum, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasıyla ilgili 16.maddede de söz konusudur. Bu maddeye göre; temel hak ve özgürlükler, Türkiye’deki yabancılar için, uluslar arası hukuka uygun olarak yasayla sınırlanabilecektir. Bu durumda vatandaş için temel hak ve özgürlükler, iç hukuk esaslarına göre sınırlandırılabilir olmasına karşın, yabancılar için sınırlandırma, uluslar arası hukuka uygun olarak yapılabilecektir. Böylece, yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında uluslar arası hukukun, iç hukuktan önce geldiği gözlenmektedir. Bu durumun, Anayasanın ‘Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir’ (md.10) diyen hükmüyle bağdaşmadığı söylenebilir. (...)”⁸ demek suretiyle sözü edilen bu hükümleri eleştirmiş ve fakat Anayasanın 90. maddesinde geçen “[uluslararası antlaşmalar] kanun hükmündedir” lafzının “Doğru yargı, bu kavramın, ‘koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslar arası antlaşmanın, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı kabul edilerek, doğrudan uygulanması gerektiği yolunda⁹’ değerlendirilmesidir”¹⁰ de diyebilmiştir.

4.c. Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, “Anayasada kanunla uyumlu, fakat andlaşma ile çatışan açık bir düzenleme bulunması (durumunda, b.n.) öncelikle karşımıza andlaşma –Anayasa çatışması çıkacaktır. Böyle hallerde yapılacak ilk iş, ulusalüstü/uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca ‘Anayasayı andlaşmaya uygun yorumlamaktır’. Fakat, andlaşma –Anayasa çatışması, uygun

⁷ Prof. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU, “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu”, Başlıklı Bildirisi, Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 139.Yıl, s.156; Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008/Ankara

⁸ ALİFENDİOĞLU, y.a.g.y., s.155-156.

^{9,10} [Mesut GÜLMEZ, “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, Amme İdare Dergisi, C21, Sayı 4, 1988, S.41, (...)’dan] Aktaran: ALİFENDİOĞLU, y.a.g.y., s.157.

^{11,12} Prof.Dr. A.Şeref GÖZÜBÜYÜK-Prof.Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, s.19; Turhan Kitabevi, 2005/Ankara.

yorum yöntemiyle de çözülemeyecek boyutta ve açıklıkta ise ne olacaktır? (...) 2004 Anayasa değişikliğinde Anayasanın 90. maddesine eklenen hüküm de, bu sorunu çözmektedir. Bu nedenle bu hükmün en büyük yetersizliği bu kritik ve önemli soruna çözüm getirmemesidir.”¹¹

4.1. Uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki yeri ile ilgili olarak “İkinci Görüş” ve “Tekci Görüş” olarak adlandırılabilir iki temel görüş vardır. Bunlardan “Tekci Görüş”, “*Buna göre tek hukuk düzeni vardır. Uluslararası ve iç hukuk, bir bütünün parçalarıdır. Uluslararası hukuk alanında yaratılan kural, ulusal kurallar arasında yerini alır ve aldığı yere göre uygulanır. Burada önemli olan, bu iki düzenlemeden hangisinin diğerinden üstün olduğu sorunudur. Bu alanda genel eğilim, uluslararası hukukun, iç hukuka üstün olduğu yönündedir. Her ülkenin hukuk sistemi, ulusal hukuk içinde, andlaşmaların yerini belirler.*”¹². “İkinci Görüş” ise, “*(U)luslararası hukuk ile iç hukuk birbirinden tamamen bağımsız, iki ayrı hukuk düzenidir. Her iki hukukun düzenledikleri toplumsal ilişkiler birbirinden farklıdır. (...) Her iki hukuk düzeni birbirinden bağımsız oldukları için, kuralların birbiriyle çatışması da söz konusu değildir. (...) İkili düzeni uygulayan (bu) ülkelerde, Sözleşme iç hukukun bir parçasını oluşturmamakla birlikte, devlet Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin uygulanmasını sağlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu düzende bir sözleşmenin ulusal hukuka aktarılması bir yasama tasarrufu ile olmaktadır. (...)*”¹³. Türk Hukuk Sisteminin, Anayasanın 90. maddesindeki açık hükme dayalı olarak “Tekci Görüş”ü benimsediği söylenebilir.

4.2. Yukarıda kısaca aktarılanlar ve Anayasanın 90. maddesinin açık hükmü karşısında, TKÇS hükümlerinin iç hukuk hükümleri gibi etkili ve yürürlü bir norm olduğu açıktır. Taraf Devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin, TKÇS’de öngörülen iç hukuk düzenlemelerini, TKÇS ile uyumlu bir biçimde, bir an önce gerçekleştirmek, yürütme ve yargı organlarının TKÇS’ni bir iç hukuk hükmü gibi uygulama ve kararlarında “destek norm” düzeyinde de olsa dikkate almak yükümü vardır. Aksi durum ve tutum Türkiye Cumhuriyeti Devletinin

¹³ **Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU**, Mayıs 2004’te Anayasanın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, BÜLENT TANÖR ARMAĞANI, s.799; Legal Yay., 2004/İstanbul.

uluslararası düzeyde sorumluluğunu gerektirecektir. Öyle ki, uluslararası sözleşme hükümleri iç hukukta yasalar (ve hatta milletlerarası sözleşmelerin imzalanmasından sonra yürürlüğe girecek Anayasalar/anayasa değişiklikleri) eliyle değiştirilemeyecek, böylesi bir durum dahi taraf devletin sorumluluğunu gerektirecektir.

4.3. Anayasanın “Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 90. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. / Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. / Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. / Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. / Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* denilmek suretiyle, uluslararası andlaşmalara biçilen değer açıkça ortaya konulmuştur. Böylesi açık ve amir hüküm karşısında, uluslararası sözleşmelere uygun davranılmaması, sözleşmelere uygun iç hukuk düzenlemelerinin gerçekleştirilmemesinin taraf devletin sorumluluğuna sebep olacağı yaklaşımının gerekçeleri aşağıdaki gibi açıklanmaktadır:

4.3.a. “(Y)asama organının çıkardığı yasalar ya da çıkarmaktan kaçındığı yasalar, bir milletlerarası yükümlülüğün ihlali sonucunu doğruyorsa, devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. / (...) devlete belli türden yasaların çıkarılması ya da belli ilke ve koşullara aykırı yasaların bulunmaması yükümünü yükleyen milletlerarası andlaşmalar söz konusu olduğunda, herhangi bir hak ihlali

aranmaksızın, sırf bir yasanın çıkarılmış olması, mevcut bir yasanın kaldırılmamış olması nedeniyle devletin sorumluluğu doğabilecektir. / (...) Yürütme, devletin idari faaliyetlerini devam ettiren tüm birimleri kuşatan bir kavram olmakla, çok geniş bir faaliyet sahasına sahiptir ve devletin sorumluluğunun doğması konusunda yasama ve yargıya oranla çok büyük bir ağırlığı bulunmaktadır. (...) / Yargı organlarının eylemleri, daha doğru bir deyişle yargı kararları, devletin sorumluluğunun doğmasında, diğer devlet organları gibi sonuç doğurmaktadır. Esasen milletlerarası hukuk açısından yargının verdiği kararları, yürütmede söz konusu olduğu gibi, devlet görevlisinin eylemi olarak tanımlamakta bir mahzur yoktur. (...) bir yargı organı bakmakta olduğu davada, örneğin, milletlerarası bir andlaşmanın hükümlerini yorumlamak durumunda kalabilir ve yorumunda hata yapabilir. Böyle bir durumda da, devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır (ALSAN, Yeni Devletler Hukuku – Birinci Cilt, s.458). Ancak, unutulmaması gereken nokta, bir yargı kararının salt milli hukuka aykırı olması, hiçbir şekilde devletin sorumluluğunun ortaya çıkması için yeterli bir koşul olarak görülemeyeceğidir. Devletin sorumluluğunun doğması için, milletlerarası bir yükümlülük bu kararla ihlal edilmiş olmalıdır. (...)”¹⁴.

4.3.b. [Anayasanın 90. maddesinde geçen] “... ‘Kanun hükmündedir’ deyimini, ‘koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşmenin, ulusal yasalar gibi, yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı ve doğrudan uygulanması gerektiği anlamına gelir. Bu deyim, uluslararası sözleşmelerin, yasaya eşdeğer olduğu biçiminde algılanmasından, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki bir çelişkinin, yanlış bir biçimde, yasalar arasındaki çatışmada uygulanan, ‘sonraki yasanın önceki yasadan’ (Lex posterior derogat prior) ya da ‘özel yasanın genel yasadan’ önce geleceği yönündeki kurallarına göre çözülmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. / Böyle bir yaklaşım, uluslararası antlaşmalarda, yasalarla değişiklik yapabilme yargısını de beraberinde getirir. Bu durum, devletler hukuk açısından ahde vefa ilkesiyle bağdaşmaz ve taraf devletin sorumluluğunu gerektirir. (...)”¹⁵.

4.3.c. “... milli makam ve merciler Sözleşme’yi bir iç hukuk metni olarak uygulamakla yetkili, görevli ve yükümlüdürler. Türkiye’nin katıldığı Sözleşme gereklerini yerine getirmesi, hem Anayasa’nın, hem de üstlendiği milletlerarası

¹⁴ **Ehif UZUN**, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, s.64-68; Beta Yay., 2007/İstanbul.

¹⁵ **ALİEFENDİOĞLU**, y.a.g.y., s.157.

*yükümlülüğünün gereğidir. Bu, aynı zamanda, milletlerarası hukukun ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin de bir sonucudur. (...)*¹⁶.

4.3.d. *“Bir hak ihlaline karşı iç hukukta cezai veya hukuki yaptırım öngörülmüş olması yeterli değildir; iç hukukun ulusal mahkemeler tarafından etkili koruma sağlayacak şekilde yorumlanarak uygulanıp uygulanmadığı da önemlidir. / ... ulusal mahkemeler iç hukuk hükümlerini Sözleşme’nin ilgili maddesinin ‘ruhuna uygun yorumlamak’la yükümlüdürler (16 Haziran 2005 Storck-Almanya kararı).”*¹⁷.

4.4. Hukuk Sistemimiz “Tekci Görüş”ü benimsediğine, bu görüş’ü de Anayasanın 90. maddesinde “ete kemiğe büründürdüğü” kabul edildiğine göre, TKÇS’nin tüm bu bağlamlarda iç hukuk yönünden, iç hukuk normları gibi “doğrudan uygulanabilir norm” düzeyinde değerlendirilmesi, uygulamada, TKÇS hükümlerinin bu kabule uygun bir biçimde ele alınmasını da bir zorunluluk olarak ortaya çıkarmaktadır. Başka bir deyişle, artık, iç hukukumuz yönünden *temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda*, uyuşmazlık, TKÇS hükümlerine göre çözümlenecektir. Yinelemekte yarar umulan haliyle, uyuşmazlığın “kanunlar” ile milletlerarası sözleşme niteliğindeki TKÇS hükümleri arasında ortaya çıkmış olması halinde TKÇS hükümleri esas alınacak ve fakat uyuşmazlığın Anayasa hükümleri ile TKÇS hükümleri arasında ortaya çıkması halinde, kuşkusuz, uyuşmazlıkta Anayasa hükümleri esas alınacaktır¹⁸. Ancak tam da burada, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ile milletlerarası andlaşmalar arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde, yargı yerlerinin tutumunun ne olacağının da kısaca tartışılması gerekecektir.

¹⁶ **Said Vakkas GÖZLÜGÖL**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi*, s.339-340; Yetkin Yay., 2002/Ankara.

¹⁷ **Prof. Dr. Osman DOĞRU**, *Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Pozitif Yükümlülükler*, isimli tebliği (Sempozyum Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, 11 Mayıs 2007, s.209; Danıştay Yay., 2008/Ankara).

¹⁸ Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 22/1/1998 gün ve E:1997/147, K:1998/200 sayılı kararı emsal niteliğindedir: *“Usulüne göre yayınlanıp kanun hükmünde sayılan milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü, Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibarettir. Yoksa Anayasa üstü bir konumda görülemez. Bu nedenle çeliştiği bir kanundan önce ve doğrudan uygulanabilen bu andlaşma hükmü ayrıca Anayasa hükmü yerine uygulanamaz. Daha açık bir deyimle bir Anayasa hükmü anlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle ihmal edilemez. Aksi hal, Devletin egemenlik ve bağımsızlığına, özgün bir Anayasa düzenine sahip olma olgusuna ters düşer. (...)”*. (AYİM Dergisi, S.12, s.1143-1144).

4.5. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 16/son¹⁹ maddesinde “Yargıtay Büyük Genel Kurulunun kararları kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz.” hükmüne, 45/5-6. maddesinde “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. / İçtihadı birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığınca bildirilir. Adalet bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına bu kararları gecikmeksizin duyurur.” hükmüne yer verilmiştir. İç hukukumuzda halen etkili ve yürürlü olan pek çok Yargıtay Büyük Genel Kurulu kararları, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararları vardır. Sözü edilen bu kararların azımsanamayacak oranda olanları, milletlerarası sözleşmelerin “onaylanma, uygun bulunma, yayımlanma” tarihlerinden öncesine ait tarihleri de taşımaktadır. Öyle ki, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları, aynı yönde yeni bir içtihatları birleştirme kararı verilinceye kadar etkilidir. Başka bir deyişle, Yargıtay Genel Kurullarını, Yargıtay Dairelerini ve Adliye Mahkemelerini “bağlayan” Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararları, aynı yönde yeni bir karar verilmediği sürece etkili ve yürürlü olup, bu kararlar aleyhine başkaca bir mercie başvurulamayacaktır. (Milletlerarası sözleşmelerde yer alan hükümlerin ancak aynı yönde yeni bir milletlerarası sözleşme ile ortadan kaldırılacağı anımsanmalıdır.) Benzetme olması ve tartışmanın daha net bir biçimde yürütülebilmesi için *Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararlarına karşı, Anayasaya aykırılığından bahisle “başka bir yargı mercie (Anayasa Mahkemesine!) başvurulamayacaktır.* Aynı yöndeki düzenlemeyi milletlerarası sözleşmeler bağlamında yeniden anımsayalım: “milletlerarası andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”. Anayasa Mahkemesine başvurulamama bağlamında, milletlerarası sözleşmeler ile Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları aynı tahttedir. Yine “bağlayıcılık” bağlamında milletlerarası sözleşmeler ile Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararlarının aynı tahtta olduğu söylenilmelidir. Yenisi yürürlüğe girene kadar eskisinin etkili ve yürürlü olduğu bağlamında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları ile Milletlerarası sözleşmeler aynı tahttedir. Milletlerarası sözleşmeler yönünden açıkça “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun

¹⁹ **2797 sayılı Kanununun 16/5.maddesi:** “Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir ceza dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek,”

*hükmündedir*²⁰.” denilebilirken, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları yönünden, bu kararlara karşı başkaca bir yargı merciine başvurulamayacak olması, bu kararların tüm adli yargı yerlerini bağlayacağına açıkça belirtilmesi karşısında, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararları yönünden “kanun hükmündedir” gibi bir hükme yer verilmemiş olmasının; bu Kararların da “kanun hükmünde” olarak ele alınması gerekliliğine ve hukuksal değerine zarar vermeyeceği düşüncesindeyiz. Bu açıklamalardan olarak; milletlerarası bir sözleşme ile Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararlarının *farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınabilecek* midir? Öyle ki, böylesi bir “çatışma” halinde, Anayasanın 90. maddesi ile 138. maddesinde²¹ yer alan hükümlerin *yanıştırılması* ve 90. maddeye *üstünlük* verilmesi mümkün müdür? Anayasanın 138. maddesi, yargı organının bağımsızlığını hüküm altına alan bir madde olduğu kadar en genel anlamda, bireyin/yurtaşın, hukuki güvenliğini, hak arama hürriyetini de hüküm altına alan bir maddedir. 90. maddede yer verilen *temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar* lafzının da, hukuki güvenlik hakkı, hak arama hürriyetinden bağımsız ele alınamayacağı açıktır.

4.6. Nihayette, uluslararası sözleşmelerin “*ulusal hukuk kurallarına üstün olduğu ve yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerektiği*”²² de belirtildiğine göre yargı yerine ait bağlayıcı düzeydeki bir karar ile uluslararası sözleşme hükümlerinin çatışması yine yargı yerince çözülecek bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi hükümlerinin Anayasamızın 90. maddesi uyarınca bağlayıcılığı, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararlarının Anayasamızın 138. maddesi (Yargıtay Kanununun 45. maddesi) uyarınca bağlayıcılığı bağlamında ortaya çıkacak olası bir çatışmada hangi anayasal değere üstünlük verileceği sorununa, anayasal

²⁰ “... ‘**Kanun hükmündedir**’ **deyimi**, ‘uluslar arası antlaşmaların, kurallar sıralamasındaki yerini belirlemekten çok, hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yöneliktir. (...)’” (**Mesut GÜLMEZ**, İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ulusal Toplantı Adliye Sarayı, 5.11.2004, S.46-48,56). Başka bir deyişle, bu kavram, uluslar arası antlaşmayı iç hukuka katma, ya da ulusal hukukun bir parçasına dönüştürme amacı taşıyan bir düzenlemedir. (...)” **ALİFENDİOĞLU**, y.a.g.y., s.156. Bkz. yukarıda dipnot:10.

²¹ **Anayasa Madde 138:** “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. / Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz./ Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. / Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

²² **İbrahim Ö. KABOĞLU**, *Özgürlükler Hukuku*, s.229; İmge Yay., 2002/Ankara.

değerlerin çatışması halinde nasıl bir çözüm üretilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalar yol gösterici olabilecektir:

4.7. “Sigara içme oranı yüksek olan toplumlarda içmeyenler içenlere karşı korunma taleplerini yükseltirken, içenler de sigara içme yasaklarıyla haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Her iki taraf da bu noktada temel hak pozisyonlarına dayanmaktadırlar. Sigara içmeyenler içenlerin yarattığı dumanın sağlıklarına zarar verdiğini söylerken, içenler genel davranış özgürlüğünü ifade eden kişiliği geliştirme hakkına dayanmaktadırlar. / Sigara içenlerin genel davranış özgürlüğüne dayanmaları, bu özgürlüğün de başkasının haklarıyla sınırlı olması nedeniyle belirli yaşam alanlarında sigara içilmesinin sınırlandırılabilmesi veya tamamen yasaklanabilmesini engelleyemez. / Sigara içmeyenleri koruyan anayasal norm ise yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkıdır. Bu hakların koruma alanına karşı bir müdahalenin var olabilmesi için tütün içiminin korunan değerler olan sağlık ve yaşamı ihlal etmesi gerekir. Bilimsel olarak sağlığa zararlı olduğu ispatlanan pasif içiciliğin yaşam ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiği açıkça ortadadır. Fakat sigara içmeyenlerin, içenlere karşı doğrudan ve öncelikle korunma hakkı olduğu görüşü kolaylıkla kabul edilmemektedir (Jahn R.). / Devletin doğrudan taraf olmadığı sigara içenler ve içmeyenler arasındaki ilişkide bir temel hak çatışması yaşanmaktadır. Bu çatışmanın çözüm yolu Alman hukukunda somut olayda değerlerin tartımıdır. Tartım ölçütleri kısmen Anayasanın değerler düzeninde, kısmen ölçülülük ilkesinde aranmalıdır. Tartımın amacı da somut olayda çatışan temel hak pozisyonlarının pratik uyuşumunun sağlanmasıdır²³. / Somut tartım ilkesine uyulması halinde soyut olarak içenlerin ya da içmeyenlerin haklarının mutlak üstünlüğünden söz etmek olası değildir. Sigara içenler ve içmeyenlerin, çatışma yerleri ve kamu hizmetinin görüldüğü binalar dışında zorunlu olarak bir araya gelmedikleri yaşam alanlarını da kapsayacak genel sigara içme yasağı, çatışmanın çözümünde düşünülebilecek tüm çıkar ve hakları dikkate alması gereken tartım ilkesinin pratik uyuşum ilkesine aykırıdır. (...)”²⁴.

4.8. “Ulusalüstü hukuk normlarının Anayasaya da üstün olduğunu” savunanlar yönünden bu bent altında yapılan tartışmanın bir anlamı

²³ “Sigara içme özgürlüğünün diğer özgürlüklerle çatışması halinde bu çatışmanın, çatışan özgürlüklerin varlık ve etkilerini optimal düzeyde sürdürülebilecek şekilde sınırlandırılması esasına dayanan pratik uyuşum ilkesine göre çözümlenmesi gereğine Türk hukukunda da işaret edilmiştir. Gözler K., ‘Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları’, Ankara Barosu Dergisi, 1990/1, s.65” **Dr. O. Korkut KANADOĞLU**, *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, s.99’daki 281 nolu dipnot, Beta Yay., 2000/İstanbul.

²⁴ **KANADOĞLU**, y.a.g.y., s.99-100.

olmamalıdır. Ancak uluslararası andlaşmaların, yargı yerlerince “özellikle ve öncelikle uygulanması gerektiği” belirtilmesine rağmen, uluslararası sözleşmelerin yargı yerlerinin kimi kararlarında “doğrudan doğruya” dikkate alındığı, kimi yargı kararlarında ise “destek norm/destek ölçü norm” düzeyinde dikkate alındığı bilinen bir olgudur. (Olgunun bilinen bir olgu olması, yukarıda yer verilen tartışmada *yargı yerleri uluslararası sözleşmelere aykırı karar kuramayacaktır* ihtimalinin ihmal edilmesine dayanak olarak gösterilebilecektir. Bunun yanında, Anayasanın 90. maddesinde çatışmanın “kanunlar” ile ortaya çıkması haline özgü olduğu, bu halde çatışmanın hangi esaslara göre çözüleceği açıkça belirtilmiş, hukuksal değeri açıklanan YİBK ile sözleşmelerin çatışması haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.). Yüksek Yargı Yerlerinin kararlarında uluslararası sözleşmelere “doğrudan” gönderme yapması ya da kararlarında bu sözleşmeleri dayanak olarak göstermeleri “*(İ)ç hukukun tartışılmaz üstünlüğünün sonu ve uluslararası norma açılma sürecinin başlangıcı*”²⁵ olarak değerlendirilebilmektedir. Uluslararası normların daimi surette ve her durumda “doğru” kabulü ile geliştirilen bu yaklaşım, iddialı bir yaklaşım sayılmalıdır. Nitekim Yüksek Yargı Yerlerinin, uluslararası sözleşmeleri “destek norm/destek ölçü norm” düzeyinde değerlendirdiği kararları yekdiğerine oranla daha fazla olmalıdır ve aksi yönde olarak “... *Anayasa Mahkemesi (AYM), kararlarında, İHAS ve BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisini, insan haklarına ilişkin sözleşme, bildiri, karar ve başka belgeleri destek ölçü norm olarak kullanmışsa da, bağımsız ölçü norm olarak kabul edip kararlarını sadece bu belgelere dayandırmamıştır. (...)*”²⁶ denilebilmiştir.

5. Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesinin, 25 Aralık 2004 tarih ve 25681 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Türkçe çevirisinin “Önsöz”ünde, Sözleşmenin, yine uluslararası sözleşmeler olan “*Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’ne, Dünya Sağlık Örgütü Anayasası’na, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne, Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne*” atıfta bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Önsöz’de ayrıca ve açıkça “*İşbu Sözleşme’nin tarafları, Halk sağlığını koruma haklarına öncelik verme kararlılığını taşıyarak*” denilmiş ve Sözleşme genel anlamda “halk

²⁵ (Akıllıoğlu’dan -krş.B.Çağlar- aktaran) **KABOĞLU**, y.a.g.y., s.231.

²⁶ **ALİFENDİOĞLU**, y.a.g.y., s.161. (Aynı yönde, **Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU**, Mayıs 2004’te *Anayasanın 90’inci Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme*, BÜLENT TANÖR ARMAĞANI, s.794; Legal Yay., 2004/İstanbul).

sağlığı” bağlamında düzenleme altına alınmıştır. Halkın sağlık hakkı ile [bireyin/insanın] temel hak ve özgürlüklerinin, TKÇS’de taraf devlet olarak Türkiye Cumhuriyeti’nin yükümlendiği ve TKÇS’ne uygun iç hukuk düzenlemelerinin çatışması halinde nasıl bir yol izlemek gerekecektir? Ya da, ülkemizde TKÇS’ne uygun halk sağlığı bağlamında gerçekleştirilen düzenlemelerin, [insanın] temel hak ve özgürlüklerine rağmen gerçekleştirilmesi mümkün müdür? TKÇS hükümlerinin temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan diğer uluslararası sözleşmelerin hükümleri ile çatışmadığını söylemek mümkündür. Ancak bu, somut düzeyde bir sorunun ortaya çıkmadığı haliyle söylenilebilecek, soyut bir belirlemedir.

6. Asıl Tehlike; Halk Sağlığını Koruyalım Derken...: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinde, taraf Devletin bireyi hangi hallerde özgürlüğünden yoksun bırakacağı sayılarak tüketilmiştir ve sebepler arasında “alkolikleri, uyuşturucu bağımlılarını(n) koruma amacı” da sayılabilmektedir. TKÇS’nin “Önsöz”ünde, taraf Devletin “yüksek düzeyde işlenmiş olan sigara ve tütün içeren diğer bazı ürünlerin bağımlılığa ve bu bağımlılığın devam etmesine yol açtığı, tütün bağımlılığının bellibaşlı uluslararası hastalık sınıflandırmalarında ayrı bir hastalık olarak sınıflandırıldığı”nın kabul etmesi gerektiği hüküm altına alınmış olmakla, “tütün bağımlıları”, uyuşturucu madde bağımlıları gibi koruma amaçlı olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılabilecek midir? Öyle ki, “tütün bağımlılığı”, TKÇS’de uyuşturucu bağımlılığına “yaklaşan” bir yaklaşım üzerinden tanımlanabilmiştir ve TKÇS’ne göre nihayetinde tütün bağımlılığı, bir “hastalık”tır. Bunun yanında “... Sözleşmeciler Devletin genel olarak bütün halka vermeyi üstlendiği sağlık yardımını bir bireye vermemek suretiyle onun yaşamını risk altına sokması, Devletin sağlık alanındaki pozitif yükümlülüğü bakımından bir sorun doğurabilir”²⁷. Birey tütün bağımlılığı tedavisi uğruna özgürlüğünden yoksun bırakılabilecek midir? TKÇS hükümlerinin iç hukuktaki etki ve değerini, bireyin özgürlüğünden yoksun bırakacak kerte dayanak olarak görmek, ancak otoriter bir yürütmenin “gökte ararken yerde bulduğu” yaklaşım ve yöntem olacaktır.

²⁷ İHAM 21 Mart 2003 tarihli Nitecki-Polonya kabuledilebilirlik kararı, aktaran: DOĞRU, y.a.g.y., s.200.

7. TKÇS ile ilgili, bu sözleşmenin ülkemizde somut görünümü olarak ortaya çıkacak her bir düzenlemenin ve uygulamanın öncelikle Anayasada yer alan ve diğer milletlerarası sözleşmelerde hüküm altına alınan temel haklar ve hürriyetlere aykırılık oluşturmaması için bunların daha çok yasama faaliyeti olarak ortaya konulmasını, yürütme ve idarelerce alınması gereken önlemlerin de geniş bir mutabakat çerçevesinde alınmasını sağlamak şimdilik en uygun yöntem olacaktır²⁸. Bu haliyle, düzenleme içeriğine nereden ve nasıl dâhil edildiği bilinemeyen bir biçimde alkol'ün de alındığı "Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına ve Sunumuna İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" isimli düzenlemenin, herhangi bir mutabakata dayalı olmaksızın yürürlüğe sokulması endişe vericidir ve aylardır tasarı düzeyinde bırakılıp, neden [12 Eylül 2010 tarihinden] sonra, 07 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmesi anlamlı olmalıdır. (Sözü edilen Yönetmelik'in, "Dayanak" başlıklı 3. maddesinde *Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi*'nin de dayanak olarak gösterildiği; uluslararası bir sözleşmenin değil ve fakat uluslararası bir "Çerçeve"²⁹ sözleşmenin, yönetmelik hazırlığında, uygun ve benzeri yönde, Yasama Organına ait bir tasarruf olmaksızın, dayanak olarak gösterilip gösterilemeyeceği hususu ile yine 3. maddede dayanak olarak gösterilen 1942, 1996, 2002 tarihli Kanunların dayanak olarak gösterilip gösterilemeyeceği hususu ayrı bir yazının konusu olmalıdır.)

Av. Ali ALTAY³⁰

²⁸ İşbu çalışma, SSUK Ankara Çalıştayı'nda, SSUK Hukuk Danışmanı Sayın Av. Turgut KAZAN'a bir örneği verilen çalışmanın kısmen yeniden düzenlenmiş halidir.

²⁹ "... Çerçeve sözleşmesi, özel bazı konularda uluslararası kontrolü ve işbirliğini sağlamak için genel ilkeleri ortaya koyan ve yasal olarak bağlayıcılığı olan uluslararası anlaşmaya denir. Bir konunun daha özel yönlerini düzenlemek için ayrı ve daha detaylı yasal araçlar olan protokoller çerçeve sözleşmesine eklenebilir. (...) / Aynı şekilde çerçeve sözleşmesinde hedefler, ilkeler, temel yükümlülükler ve kurumlar belirlenebileceği gibi karar verme, mali anlaşmazlıkların çözümü ve değişikliklere yönelik prosedürler de yer alabilir. Protokoller ana anlaşmaya ek olarak daha özgün yorumların ve kurumsal düzenlemelerin yer aldığı dokümanlardır. (...)" **ERGÜDER**, y.a.g.y., s.13.

³⁰ Ankara Barosu "Yasa İzleme Kurulu" Başkan Yardımcısı.