

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN SÖZLEŞME
HÜRRİYETİ

Murat AÇIL

174134001005

DOKTORA TEZİ

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK

KONYA – 2024

Bu alışma, 06.05.2024 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Kamu Hukuku
Anabilim Dalı Programında Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

**Savunma
Tez Jürisi**

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK
Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Faruk BİLİR
Kişisel Verileri Koruma Kurulu
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU
Necmettin Erbakan Üniversitesi

Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT
Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTA R
Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

ÖNSÖZ VE TEŞEKKÜR

“Anayasa Hukuku Açısından Sözleşme Hürriyeti” başlıklı bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora programı kapsamında doktora tezi olarak hazırlanmış ve Prof. Dr. Faruk BİLİR, Prof. Dr. Nuran KOYUNCU, Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT, Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK ve Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR’dan oluşan jüri önünde 06.05.2024 tarihinde savunularak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Akademik hayata adım attığım ilk günden bu yana bana yol gösteren, desteğini daima yanımda hissettiğim, ayrıca görüş, öneri ve eleştirileri ile bu tezin ortaya çıkmasına eşsiz katkıları olan danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK’e minnet ve şükran borçluyum. Birlikte çalışmaktan mutluluk duyduğum kıymetli hocam Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR’a nezaketi, anlayışı ve her türlü desteği için sonsuz teşekkür ederim. Benden ilgi ve desteğini hiçbir zaman esirgemeyen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Faruk BİLİR’e teşekkürlerimi sunarım. Kısıtlı vaktine rağmen tez jürisinde bulunma nezaketi gösterip kıymetli görüşlerini paylaşan Sayın Prof. Dr. Nuran KOYUNCU’ya ve tezimi titizlikle inceleyip yaptığı eleştiriler ile bu çalışmaya değer katan kıymetli hocam Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT’a müteşekkirim. Ayrıca değerli vaktini ayırarak tez konusunun seçiminde görüş ve önerilerini benimle paylaşan sayın hocam Prof. Dr. Ömer ANAYURT’a teşekkür ederim.

TÜBİTAK 2211/A Yurt İçi Lisansüstü Burs Programı kapsamında vermiş oldukları desteklerden dolayı Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu’na (TÜBİTAK) da ayrıca teşekkür etmek isterim.

Son teşekkürü, desteklerini daima yanımda hissettiğim ve emeklerini asla ödeyemeyeceğim aileme ve sonsuz sabrı ve fedakârlığı ile bu süreçte her zaman yanımda olan değerli eşim Hatice’ye borçluyum.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin

Adı Soyadı	Murat AÇIL
Numarası	174134001005
Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Doktora ☒
Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK
Tezin Adı	Anayasa Hukuku Açısından Sözleşme Hürriyeti

ÖZET

Sözleşme hürriyeti, kişilerin kendi aralarındaki hukukî ilişkileri devletin müdahalesi olmaksızın karşılıklı rıza esasına göre serbestçe düzenleyebilmeleri anlamına gelir. Tarafların sözleşme yapmaya zorlanmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe tespit edebilmeleri, sözleşmenin karşı tarafını seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi tayin edebilmeleri, karşılıklı anlaşarak daha önce akdetmiş oldukları bir sözleşmeyi değiştirebilmeleri veya ortadan kaldırabilmeleri sözleşme hürriyetinin güvence kapsamı içerisinde yer alan kullanım biçimleridir. Sözleşme hürriyeti, özel hukuk sistemine hakîm olan temel ilkelerden birisidir. Bunun yanı sıra, birçok ulusal hukuk düzeninde bu ilkenin anayasal statüye sahip olduğu da kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nın 48'inci maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" denilmek sureti ile sözleşme hürriyeti temel hak ve hürriyetler arasında düzenlenmiş; böylece kanun koyucunun bu hürriyete gerçekleştirebileceği haksız ve keyfî müdahaleler karşısında bireylere güvence sağlanması amaçlanmıştır. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi kararları ve karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında, sözleşme hürriyetinin anayasal teminat altına alınmış olmasının doğurduğu sonuçlar ile bu hürriyetin güvence ve sınırlandırma rejimi araştırılmıştır.



T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Murat AÇIL
	Numarası	174134001005
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Kamu Hukuku
	Programı	Doktora ☒
	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK
Tezin İngilizce Adı		Freedom of Contract in terms of Constitutional Law

ABSTRACT

Freedom of contract means that individuals can freely arrange their legal relationships among themselves based on mutual consent without state intervention. The forms of exercise within the guarantee scope of freedom of contract include not being forced to enter into a contract, freely determining the content of the contract, choosing the other party to the contract, determining the type of contract as they wish, and mutually agreeing to modify or terminate a previously concluded contract. Freedom of contract is one of the fundamental principles governing the private law system. In addition, it is acknowledged that this principle holds constitutional status in many national legal systems. In Article 48 of the 1982 Constitution, it is stated that "Everyone has the freedom to work and contract in the field of their choice," thereby establishing freedom of contract as a fundamental right and freedom. Thus, it aims to provide individuals with protection against unjust and arbitrary interventions by the legislator into this freedom. In this study, the implications of having freedom of contract constitutionally guaranteed, along with the protection and limitation regime of this freedom, are examined in light of Constitutional Court decisions and comparative law data.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ VE TEŞEKKÜR.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR CETVELİ	xiv

GİRİŞ

I) KONUNUN TAKDİMİ	1
II) KONUNUN ÖNEMİ VE ÇALIŞMANIN AMAÇLARI	2
III) KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	7
IV) İNCELEME PLANI	8

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR TEMEL HAK OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN GENEL TEORİSİ

I) İNSAN HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN BU SINIFLANDIRMALAR İÇERİSİNDEKİ YERİ	10
A) GENEL OLARAK	10
B) BİR İNSAN HAKKI OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİ.....	11
C) DEVLETİN YÜKLENDİĞİ EDİMİN NİTELİĞİNE GÖRE SINIFLANDIRMA: JELLİNEK ÜÇLÜSÜ	16

D) TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİNE GÖRE SINIFLANDIRMA: İNSAN HAKLARI KUŞAKLARI	21
E) KULLANIM ŞEKİLLERİNE GÖRE SINIFLANDIRMA: BİREYSEL HAKLAR-KOLEKTİF HAKLAR AYRIMI.....	23
F) KONULARINA GÖRE SINIFLANDIRMA: KİŞİSEL VE SİYASİ HAKLAR-EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR AYRIMI	25
II) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN İKİ ANLAMI: ŞEKLİ SÖZLEŞME HÜRRİYETİ-MADDİ SÖZLEŞME HÜRRİYETİ.....	30
A) İKİ ÖZGÜRLÜK KAVRAMI.....	30
B) ŞEKLİ SÖZLEŞME HÜRRİYETİ.....	35
C) MADDİ SÖZLEŞME HÜRRİYETİ.....	37
III) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN TARİHİ VE FELSEFİ KÖKENLERİ .	45
A) ANTİK ÇAĞ'DA SÖZLEŞME.....	45
B) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN KARANLIK ÇAĞI	54
C) BIRAKINIZ YAPSINLAR, BIRAKINIZ GEÇSİNLER: SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN ALTIN ÇAĞI	63
D) SOSYAL DEVLET VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ: STATÜ HUKUKUNA BİR GERİ DÖNÜŞ MÜ?	78
IV) MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN YERİ VE İŞLEVLERİ	93
A) GENEL OLARAK	93
B) KİŞİSEL ÖZERKLİĞİN ARACI OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİ..	94
C) TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN KULLANILMASININ ARACI OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİ.....	95
D) TOPLUMSAL REFAHIN VE EKONOMİK KAYNAKLARIN ETKİN TAHSİSİNİN ARACI OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİ.....	98

V) KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ANAYASAL SÖZLEŞME HÜRRİYETİ GÜVENCESİ.....	101
A) GENEL OLARAK	101
B) DOĞRUDAN KORUMA.....	106
1) 1980 Şili Anayasası	106
2) 1993 Peru Anayasası	109
C) DOLAYLI KORUMA.....	112
1) Sözleşme Hürriyetinin Genel Özgürlük Hakkı Çerçevesinde Korunması	112
a) 1787 ABD Anayasası	112
b) 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası.....	133
c) 1958 Fransa Anayasası	149
2) Sözleşme Hürriyetinin Teşebbüs Hürriyeti Çerçevesinde Korunması: 1947 İtalya Cumhuriyeti Anayasası Örneği.....	155
3) Sözleşme Hürriyetinin Ekonomik Hürriyet Maddesi Çerçevesinde Korunması: 1999 İsviçre Anayasası Örneği	160
VI) ULUSLARARASI HUKUKTA SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN KORUNMASI	163
A) GENEL OLARAK	163
B) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME	166
C) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN AVRUPA BİRLİĞİ ÇATISI ALTINDA KORUNMASI: TEMEL HAKLAR ŞARTI YÖNÜNDEN BİR DEĞERLENDİRME	178

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ANAYASAL SÖZLEŞME HÜRRİYETİ GÜVENCESİ

I) OSMANLI-TÜRK ANAYASAL GELİŞMELERİ IŞIĞINDA SÖZLEŞME HÜRRİYETİ 191

A) KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUK DÜZENİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ..... 191

B) OSMANLI EKONOMİSİNİN LİBERALLEŞMESİ VE KÂNÛN-I ESÂSÎ DÖNEMİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ 194

C) 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ..... 199

D) 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ..... 202

II) 1982 ANAYASASI VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ 205

A) 1982 ANAYASASI'NIN GENEL BİR EKONOMİK YORUMU 205

B) 1982 ANAYASASI'NDA SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ 213

C) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN ÖZNESİ 215

1) Genel Olarak..... 215

2) Yabancılar..... 217

3) Tüzel Kişiler 222

a) Özel Hukuk Tüzel Kişileri..... 222

b) Kamu Tüzel Kişileri Temel Hak Öznesi Olabilir Mi? Sözleşme Hürriyeti Yönünden Bir Değerlendirme 230

D) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN KONUSU 245

1) Genel Olarak..... 245

2) Sözleşme Yapma Serbestisi (İnikat Serbestisi) 246

3) Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Serbestisi 247

4) Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestisi.....	248
5) Sözleşmenin Tipini Seçme Serbestisi.....	249
6) Sözleşmenin Şeklini Seçme Serbestisi	249
7) Sözleşme Hükümlerinde Değişiklik Yapma ve Sözleşmeyi Sona Erdirme Serbestisi.....	251
E) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN KAPSAMI	252
1) Genel Olarak.....	252
2) Borçlar Hukuku Dışındaki Özel Hukuk Sözleşmeleri.....	253
3) İdarenin Sözleşmeleri	256
a) İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri	256
b) İdari Sözleşmeler	264
4) Tek Taraflı Hukukî İşlem	280
5) Karar	288

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN SINIRLANDIRILMASI

I) GENEL AÇIKLAMALAR	294
A) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNE GETİRİLEN SINIRLAMALARIN TEMEL GEREKÇELERİ	294
B) SINIRLAMA (MÜDAHALE) KAVRAMI VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNE GETİRİLEN SINIRLAMALARIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ.....	297
II) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASINA İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER: SINIRLAMANIN SINIRLARI	307

A) KANUN İLE SINIRLAMA İLKESİ.....	309
1) Kanunilik İlkesinin Fonksiyonları.....	309
2) Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Şeklî Kanun-Maddî Kanun Ayrımı.....	310
3) Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri İle Sözleşme Hürriyetine Müdahale Yasağı	311
4) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Sözleşme Hürriyeti Sınırlandırılabilir mi?/Düzenlenebilir mi?.....	317
5) Sözleşme Hürriyetine Sınırlama Getiren Kanunun Sahip Olması Gereken Nitelikler: Ulaşılabilirlik, Belirlilik ve Öngörülebilirlik Ölçütleri	323
B) ÖZEL SINIRLAMA SEBEPLERİNE BAĞLILIK İLKESİ	328
1) Türk Anayasalarında Sebebe Bağlılık İlkesi ve Sözleşme Hürriyeti İçin Öngörülen Sınırlama Sebepleri.....	329
a) 1924 Anayasası.....	329
b) 1961 Anayasası.....	329
c) 1982 Anayasası.....	332
aa) 2001 Anayasa Değişiklikleri Öncesi Durum	332
bb) 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Durum	333
2) Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Sorunu.....	334
a) Öğretide Öne Sürülen Görüşler	335
aa) Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Hürriyetlerin Mutlak Olduğu Görüşü.....	335
bb) Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Hürriyetlerin Nesnel ve Anayasal Sınırlılığı Görüşü.....	336
b) Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı.....	337
3) Sözleşme Hürriyetinin Sınırları ve Dengelenmesi	355

a) Anayasa m. 48. f. 2 Hükümünün Hukukî Niteliği.....	356
b) Nesnel (Objektif) Sınırlar Teorisi ve Sözleşme Hürriyeti.....	362
c) Sözleşme Hürriyetinin Anayasal Sınırları	372
d) Sözleşme Hürriyetinin Diğer Temel Hak ve Anayasal Değerler ile Çatışması ve Dengelenmesi	377
aa) Genel Olarak Çatışma Çözüm Yöntemleri	378
aaa) Klasik Çatışma Çözüm İlkelerinin Kullanımı	378
bbb) Hiyerarşik Yöntem	381
ccc) Dengeleme Yöntemi ve Pratik Uyuşum İlkesi.....	384
bb) Sözleşme Hürriyetinin Taraf Olduğu Çatışma Örnekleri ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bu Çatışmaların Çözümü.....	389
aaa) Sosyal Devlet İlkesi.....	392
bbb) Basın Hürriyeti	399
ccc) Ailenin Korunması	400
ddd) Ekonomik Düzene İlişkin Devlete Tedbir Alma Görevi Veren Anayasa Hükümleri	406
eee) Anayasal Statü Taşıyan Diğer Hukukî Değerler	413
4) Özel Sınırlama Sebeplerine Bağlılık Ölçütü Çerçevesinde TBK m. 27/I Hükümünün Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu	415
C) ANAYASA'NIN SÖZÜNE VE RUHUNA UYGUNLUK İLKESİ.....	422
D) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ	424
1) Ölçülülük İlkesinin Anlamı ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi İçindeki Rolü.....	424
2) Ölçülülük İlkesinin İçeriği: Üç Alt İlke.....	427
a) Elverişlilik (Uygunluk) İlkesi	428
b) Gereklilik (Zorunluluk) İlkesi	429

c) Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük) İlkesi	430
3) Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Hürriyetine İlişkin Kararlarında Ölçülülük İlkesi.....	431
E) DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ İLKESİ	440
1) Genel Olarak.....	440
2) Millî Demokratik Toplum Düzeni Tezi-Standart Demokratik Toplum Düzeni Tezi.....	443
3) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Ölçütünün Ölçülülük İlkesi ve Öz Güvencesi ile İlişkisi	444
4) Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Hürriyetine İlişkin Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri.....	446
F) ÖZ GÜVENCESİ (ÖZE DOKUNMA YASAĞI)	448
1) Genel Olarak.....	448
2) Öz Güvencesinin Koruduğu Nesne: Objektif Teori-Sübjektif Teori	452
3) Öz Güvencesi Bağımsız Bir Ölçüt Müdür? Nispi Öz Teorisi-Mutlak Öz Teorisi	456
4) Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Hürriyetine İlişkin Kararlarında Öz Güvencesi.....	461
G) LÂİK CUMHURİYETİN GEREKLERİNE UYGUNLUK İLKESİ.....	469
III) MALÎ KAYNAKLARIN YETERLİLİĞİ ÖLÇÜTÜ VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ	471
IV) OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASI VE DURDURULMASI.....	476
V) TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ	481
A) YATAY ETKİ KAVRAMI.....	481
B) YATAY ETKİ MODELLERİ	484

1) Doğrudan Yatay Etki (Direct Horizontal Effect/Unmittelbare Drittwirkung) Modeli.....	484
2) Dolaylı Yatay Etki (Indirect Horizontal Effect/Mittelbare Drittwirkung) Modeli.....	488
3) Koruma Yükümlülüğü (Duty of Protection/Schutzpflicht) Doktrini	490
C) TÜRK HUKUKUNDA TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ.....	495
D) TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ NEDENİ İLE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASI	507
1) Sözleşme Hukukunun Anayasallaşması	507
2) Temel Hak ve Hürriyetlerin Sözleşme Yapma ve Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Serbestileri Üzerindeki Sınırlandırıcı Etkisi	510
3) Temel Hak ve Hürriyetleri İhlal Eden Özel Hukuk İşlemlerinin Denetimi.....	520
SONUÇ	535
KAYNAKLAR	542
I) KİTAPLAR	542
II) MAKALELER VE KİTAP BÖLÜMLERİ.....	571
III) YARGI KARARLARI	617
A) TÜRK YARGI KARARLARI	617
1) Anayasa Mahkemesi Kararları	617
a) Norm Denetimi Kararları.....	617
b) Bireysel Başvuru Kararları	632
2) Yargıtay Kararları.....	635
3) Danıştay Kararları	636
4) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları.....	636
5) Rekabet Kurulu Kararı	637

B) YABANCI YARGI KARARLARI	637
1) Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları	637
2) Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararları.....	638
3) Fransız Anayasa Konseyi Kararları.....	639
4) Diğer Yabancı Yargı Kararları	639
C) AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI	640
D) AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI.....	642
IV) İNTERNET KAYNAKLARI	642

KISALTMALAR CETVELİ

A.Ş.	: Anonim Şirket
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral
b.	: Bent
B.N.	: Başvuru Numarası
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.	: Cilt
Cir.	: Circuit
Co.	: Company
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
DCFR	: Draft Common Frame of Reference
DM	: Deutsche Mark
DSİ	: Devlet Su İşleri

E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EC	: European Commission
Eq	: Equity Cases
EU	: European Union
f.	: Fıkra
GK	: Genel Kurul
Haz.	: Hazırlayan
Hız.	: Hazret-i
IDS	: Institute of Development Studies
ILSA	: International Law Students' Association
IMF	: International Monetary Fund
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İLKSAN	: İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı
İYUK	: 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
J.C.P.	: Juris-Classeur Périodique
K.	: Karar
K.N.	: Karar Numarası
K.T.	: Karar Tarihi
Krş.	: Karşılaştırınız
KTO	: Konya Ticaret Odası

LR	: Law Reports
m.	: Madde
M.S.	: Milattan Sonra
N.C.	: North Carolina
NBER	: National Bureau of Economic Research
NJ	: Nederlandse Jurisprudentie
No.	: Numara/Number
OK-BES	: Otomatik Katılımlı Bireysel Emeklilik Sistemi
Ord.	: Ordinaryüs
POLSAN	: Polis Bakım ve Yardım Sandığı
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TC	: Tribunal Constitucional
TCK	: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu

TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
TİHEK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜSİAD	: Türk Sanayicileri ve İş İnsanları Derneği
U.S.	: United States
UK	: United Kingdom
UKSC	: Supreme Court of the United Kingdom
UMKC	: The University of Missouri–Kansas City
USHAŞ	: Uluslararası Sağlık Hizmetleri Anonim Şirketi
v.	: Versus
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume
vs.	: Vesaire
Y.	: Yıl/Year

GİRİŞ

“Bugüne kadar Anayasa hukukçuları ile Medeni Hukukçuların kendi aralarına şato hendekleri kazıp Çin Seddi çekmeleri, kendilerini birbirlerinden yalıtmaları büyük bir talihsizlik sayılmalıdır”¹.

D) KONUNUN TAKDİMİ

Bireylerin ekonomik ve ticari ilişkilerini oluştururken; sosyal hayatlarını şekillendirirken; hatta yeme, içme, barınma gibi en temel fizyolojik ihtiyaçlarını karşılarken başvurdukları başlıca hukukî kalıp sözleşmelerdir. Modern toplumda sözleşme yapma yetkisinden yoksun olan bir kişinin insan onuruna uygun bir yaşam sürdürmesi olanaksızdır. Sözleşme hürriyeti, kişisel özerkliğin en önemli aracı ve kişinin kendi yaşamı üzerindeki hâkimiyetinin bir göstergesidir. Bu hürriyet, bireyleri kendi özel alanlarının kanun koyucuları hâline getirir. Bu nedenle sözleşme hürriyeti, modern özgürlükçü hukuk düzenlerinin ortak değerleri arasında yer almaktadır.

Sözleşme hürriyeti, en genel anlamı ile kişilerin kendi aralarındaki hukukî ilişkileri devletin müdahalesi olmaksızın karşılıklı rıza esasına göre serbestçe düzenleyebilmeleri anlamına gelir. Tarafların sözleşme yapmaya zorlanmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe tespit edebilmeleri, sözleşmenin karşı tarafını seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi tâyin edebilmeleri, karşılıklı anlaşarak daha önce akdetmiş oldukları bir sözleşmeyi değiştirebilmeleri veya ortadan kaldıracabilmeleri sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamı içerisinde yer alan kullanım biçimleridir.

¹ Serozan, Rona, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 137-138.

Sözleşme hürriyeti ilkesinin temelinde liberal-bireyci doktrinin irade özerkliği varsayımı yatmaktadır. Akıl ve irade sahibi bir varlık olarak insan, farklı alternatifler arasında seçim yapma ehliyetine sahiptir ve yaptığı tercihlerin sonuçlarına da katlanmakla yükümlüdür. Bireyler, kendi çıkarlarını bilme ve bu çıkarların tatmini için uygun araçların seçimi konusunda üçüncü kişilere ve devlete göre daha yetkin konumdadır. Bireylerin hukukî ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle devlet baskısından korunması, irade özerkliği ilkesinin bir gereğidir².

Sözleşme hürriyeti, modern özel hukuk sistemlerine hâkim olan temel bir ilkedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 26’ncı maddesinde bu ilke, “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” şeklinde ifade edilmiştir. 1982 Anayasası’nın “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*” başlıklı 48’inci maddesinde “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*” denilmek sureti ile bu ilke aynı zamanda bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmiş; böylece kanun koyucunun sözleşme hürriyetine gerçekleştirebileceği haksız ve keyfî müdahaleler karşısında bireylere güvence sağlanması amaçlanmıştır. Bu çalışmanın esas konusunu da anayasal sözleşme hürriyeti güvencesi oluşturmaktadır. Sözleşme hürriyetinin tarihi ve felsefî kökenleri, modern hukuk sistemlerinde üstlendiği işlevler, bir temel hak ve hürriyet olarak karşılaştırmalı anayasa hukuku ve uluslararası hukuk bağlamında korunması, 1982 Anayasası’nda bu hürriyetin güvence ve sınırlandırma rejimi ve diğer temel haklar ile sözleşme hürriyeti arasındaki etkileşim, bu çalışmada incelenen başlıca konular arasında yer almaktadır.

II) KONUNUN ÖNEMİ VE ÇALIŞMANIN AMAÇLARI

Anayasa hükümlerinin diğer hukuk kuralları karşısındaki hiyerarşik üstünlüğünün ve anayasa hukukunun içtihadî bir karakter kazanmış olmasının etkisi ile günümüzde kamu hukuku-özel hukuk ayrımı büyük ölçüde bulanıklaşmıştır. Medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi özel hukukun temel dalları da dâhil olmak üzere, artık hiçbir hukuk dalı anayasa hukukunun etkisinden bağışık değildir. Bütün hukuk sistemi, anayasal ilke ve kurallar tarafından çepeçevre

² Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 16.

kuşatılmış durumdadır. Kamu hukuku-özel hukuku ayrımı olmaksızın, bütün hukuk kurallarının anayasa hükümlerine uygun olması şart olduğu gibi diğer hukuk dallarına ilişkin değerlendirmelerin ve yorumların da anayasa hukuku optiği ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir³. Bu çerçevede, özel hukukun temel ilke ve kavramlarının günümüzde anayasal bir boyut kazandığını ifade etmek mümkündür. Anayasa hukukunun özel hukuka etkisi, karşılaştırmalı hukukta son dönemin popüler konuları arasında yer almasına rağmen Türk hukuk literatüründe bu alan büyük ölçüde bakir durumdadır⁴.

Sözleşme hürriyeti hem hukuk ile ekonominin hem de kamu hukuku ile özel hukukun kesişim noktasında duran disiplinlerarası bir ilkedir. Sözleşme hürriyeti, bütün özel hukuk sistemine yön veren genel ilkelerden biri olmasının yanı sıra aynı zamanda temel hak statüsüne de sahiptir. Türk özel hukuk öğretisinde sözleşme hürriyetini ve bu hürriyetin sınırlarını konu alan çok sayıda monografi ve makale bulunmaktadır⁵. Ancak sözleşme hürriyetinin anayasal boyutunu ve temel hak statüsüne sahip olmasının sonuçlarını konu alan çalışmaların sayısı iki elin parmaklarını geçmemektedir. Konu ile ilgili henüz bir monografi⁶ yayımlanmadığı

³ Anayurt, Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 82-83.

⁴ Bu konuya ilişkin yetkin bir çalışma için bkz. Boyar, Oya, **Anayasa ve Özel Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

⁵ Örnek olarak şu çalışmaları göstermek mümkündür: Atamer, Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001; Küçükyalçın, Arzu, “*Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 101-124; Ateş, Derya, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007; Şen Doğramacı, Hayriye, “*Türk Borçlar Kanunu’nun 356. Maddesinin Değerlendirilmesi: Sözleşme Adaleti mi? Sözleşme Özgürlüğü mü?*”, **Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan: Cilt-II**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 1279-1300; Karabağ Bulut, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014; Kaşak, Fahri Erdem, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019; Atasoy, Kemal, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020; Veziroğlu, Cem, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

⁶ Refik Tiryaki’nin yazdığı “*Ekonomik Hürriyetler ve Anayasa*” isimli eserde, sözleşme hürriyetinin anayasal boyutuna dair bir başlık bulunmaktadır. Çalışmanın geniş kapsamına bağlı olarak bu eserde sözleşme hürriyetine sınırlı olarak yer verilmiştir. Bkz. Tiryaki, Refik, **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 121-153.

gibi yayımlanan makalelerin⁷ sayısı da oldukça azdır. Doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışma ile öğretilerde mevcut olan boşluğun doldurulmasına katkı sağlanması hedeflenmiştir.

Klasik-liberalizmin öngördüğü ekonomi modelinin hakîm olduğu dönemlerde, sözleşme hürriyetine yönelik müdahaleler istisna niteliği taşımakta iken; sosyal devlet anlayışının yerleşmesi ve devletin ekonomik hayata yönelik müdahalelerinin genişlemesi ile birlikte sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar da giderek artmıştır. Günümüzde, işçi hakları, tüketicinin ve rekabetin korunması, ayrımcılık yasağı gibi anayasal ilkelerin yahut çeşitli kamusal menfaatlerin korunması amacıyla dayalı olarak kanun koyucunun sözleşme hürriyeti üzerinde gerçekleştirdiği sayısız müdahale örnekleri ile karşılaşmaktadır. Bu durum, sözleşme kurumunun anlamında ve işlevinde yaşanan dönüşümün bir sonucudur. Klasik sözleşme anlayışı, irade özerkliğine sahip akit tarafların hukukî eşitliği varsayımı üzerine kuruludur. Eşit bireyler arasında, eşit koşullar altında, serbest pazarlık sonucu yapılan sözleşmelerin dengeli ve adaletli sonuçlar doğuracağı ve her iki tarafın da karşılıklı çıkarlarının tatminine hizmet edeceği düşünülmüştür⁸. Ancak “*eşit bireylerin serbest pazarlığı*” varsayımının bir yanılsamadan ibaret olduğu ve sosyo-ekonomik hayatın gerçekleri ile bağdaşmadığı artık net bir şekilde anlaşılmıştır. Günümüzdeki sözleşme ilişkilerinin büyük bir kısmında ne taraflar arasında gerçek

⁷ Konuya ilişkin en kapsayıcı makale, Ahmet Battal tarafından yazılmıştır. Söz konusu makalede, Anayasa Mahkemesi’nin örnek kararları ışığında sözleşme hürriyetinin sınırlanması konusu incelenmiştir. Bkz. Battal, Ahmet, “*Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları*”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 47-87. Anayasal sözleşme hürriyeti güvencesine ilişkin çeşitli sorunların tartışıldığı diğer makaleler şunlardır: Bozkurt, Tamer, “*Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum*”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, Y. 2008, s. 134-142; Bozkurt, Tamer, “*Anayasa Mahkemesi’nin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa’ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 2, Bahar 2009, s. 98-105; Tan, Turgut, “*Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi*”, **Yıldırım Uler’e Armağan**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, s. 513-524; Kağıtçıoğlu, Mutlu, “*Döviz Cinsinden veya Dövizle Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılması Sorunu*”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, S. 3, Y. 2020, s. 265-303.

⁸ Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 60-61. Benzer yönde bkz. Atamer (2001), s. 20.

bir eşitlikten ne de serbest bir pazarlık sürecinden söz etmek olanaklıdır. Çoğu durumda söz konusu olan, taraflardan birinin sözleşme şartlarını tek başına belirleyip karşı tarafa dikte etmesine dayanan asimetrik bir ilişkidir. Bu çerçevede dizginlenmemiş sözleşme hürriyeti, güçlü taraf için bir imtiyaza dönüşürken zayıf taraf açısından ise bir bağımlılık-heteronomi durumunu meydana getirmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği üzere; taraflardan birinin sözleşme şartlarını tek taraflı olarak oluşturabilecek ölçüde bir üstünlüğe sahip olması durumunda, karşı taraf için irade özerkliğinin ön koşulu ortadan kalkmıştır ve devletin temel hakların korunmasını sağlamak üzere düzenlemeler yapması gerekmektedir⁹. Bu paradigma değişimine bağlı olarak, günümüzde “sözleşme kurumunun sosyalleşmesi”nden söz edilmektedir¹⁰.

Sözleşme hürriyetinin temel hak statüsüne sahip olması, bu hürriyete sınırlama getiren kuralların Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulmasını gerektirmektedir. Sözleşme hürriyetini ihlal ettiği ileri sürülen çok sayıda kural, iptal davaları ve itiraz başvuruları yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmektedir. Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetine ilişkin norm denetimi yaparken çoğu kez özel hukuk düzeninin temelinde yer alan kişisel özerklik ilkesi ile müdahaleye gerekçe teşkil eden anayasal haklar ve değerler arasında hassas bir denge tutturmak zorunda kalmaktadır. Buna ek olarak, 2010 Anayasa değişiklikleri ile bireysel başvuru yolunun hukuk sistemimize dâhil olmasından sonra, Anayasa Mahkemesi özel hukuk kaynaklı uyuşmazlıklar ile daha sık karşılaşmaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, doğrudan sözleşme hürriyetinin ihlali iddiası ile yapılan bireysel başvurular hakkında konu bakımından yetkisizlik kararı verse de Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortak koruma alanında olan bir başka hak ile bağlantılı olduğu müddetçe sözleşme hürriyetinin ihlaline dair şikâyetleri de

⁹ BVerfGE 81, 242'den aktaran Çev. Atamer, Yeşim M., “Acentelerin Rekabet Etme Yasağı-Sözleşme Tarafları Arasında Güç Dengesinin Bulunmadığı Hallerde Meslek Seçme Özgürlüğünün Sözleşmesel Sınırlamalara Karşı Korunması: Alman Anayasa Mahkemesi'nin 7 Şubat 1990 Tarihli Kararı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 55, S. 4, Y. 1997, s. 358.

¹⁰ Bu yönde bkz. Gonzales Barrón, Gunther Hernán, “The Freedom to Contract and the Contract in the Constitution of Peru of 1993”, **More Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective**, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2019, s. 164-165.

inceleyebilmektedir. Ayrıca bireysel başvuruya konu olan uyuşmazlıklarda, sözleşme hürriyetinin “*çatışan anayasal hak*” olarak meşrulaştırıcı işlev gördüğü örnekler ile de karşılaşılabilmektedir. Anayasa yargısında sözleşme hürriyetine ilişkin uyuşmazlıklar ile bu kadar sık şekilde karşılaşılmamasına rağmen bu hürriyetin anayasal boyutu öğretide henüz yeterince araştırılmamıştır. Bu çalışma ile anayasal sözleşme hürriyeti güvencesine ilişkin temel sorunlara, karşılaştırmalı hukuk verileri ve diğer Anayasa Mahkemelerinin içtihatlarının da incelenmesi sureti ile çözümler sunulması ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin içtihadının geliştirilmesine katkı sağlanması amaçlanmıştır. Bu çalışmada, öğretide yeterince tartışılmamış veya henüz tatmin edici bir sonuca ulaşılamamış bazı sorulara çözüm bulunması hedeflenmiştir. Bu çalışma ile cevaplandırılmaya çalışılan soruların bir kısmı aşağıda liste hâlinde yer almaktadır:

i) Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini ileri sürebilir mi?

ii) Bir temel hak olarak sözleşme hürriyeti, tek taraflı hukukî işlemler ile karar türündeki hukukî işlemler için güvence sağlar mı?

iii) İdarî sözleşmeler bakımından anayasal sözleşme hürriyeti güvencesi geçerli midir? İdare hukuku öğretisinde ve idarî yargı kararlarında, idarî sözleşmelerde geçerli olduğu kabul edilen kamu gücü ayrıcalıklarını anayasal sözleşme hürriyeti güvencesi ile bağdaştırmak olanaklı mıdır?

iv) Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sözleşme hürriyetine ilişkin düzenleme yapılabilir mi? Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirilebilir mi?

v) Sözleşme hürriyetinin sınırlarının düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesinde geçen “*ahlâk*”, “*kamu düzeni*” ve “*kişilik hakları*” terimleri, kanun ile sınırlama şartını karşılamakta mıdır?

vi) Kanun koyucu, özel sınırlama sebebi öngörülme-yen temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirebilir mi?

vii) Devlete “*özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak*

tedbirleri alma” görevi veren Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmü, sözleşme hürriyeti bakımından sınırlama sebebi işlevi görebilir mi?

viii) Sözleşme hürriyetinin anayasal sınırları nelerdir? Sözleşme hürriyetinin norm alanının belirlenmesi için “*nesnel sınırlar teorisi*”ne başvurulabilir mi?

ix) Sözleşme hürriyetine hangi gerekçeler ile sınırlama getirilebilir? Çatışan anayasal haklar ve değerler arasında uygun bir denge kurulup kurulmadığı hangi ilkeler çerçevesinde denetlenmelidir?

x) Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesi hükmünde yer alan ölçütler, sebebe bağlılık ölçütü yönünden Anayasa’ya uygun kabul edilebilir mi?

xi) Teoride ve uygulamada karşılaşılan sorunlar çerçevesinde sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa’nın 48’inci maddesinde değişiklik yapılmasına ihtiyaç var mıdır?

xii) Anayasa’nın “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlıklı üçüncü bölümü içinde düzenlenmiş olan sözleşme hürriyeti, devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırını çizen malî kaynakların yeterliliği ölçütüne tabi midir?

xiii) Özel hukuk ilişkilerinde temel hak ve hürriyetlerin ileri sürülebilmesi, sözleşme hürriyeti üzerinde ne tür etkiler doğurur?

III) KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Bu çalışmanın konusu, anayasal sözleşme hürriyeti güvencesinden ibarettir. Çalışmada Anayasa Mahkemesi kararları ve karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında, sözleşme hürriyetinin anayasal teminat altına alınmış olmasının doğurduğu sonuçlar ile bu hürriyetin güvence ve sınırlandırma rejimi araştırılmıştır. Bilindiği üzere, sözleşme hürriyeti, özel hukukun bütün dallarında geçerliliği olan genel bir ilkedir. Bu çalışmada sadece sözleşme hürriyetinin anayasal boyutu incelenmiş olup bu hürriyetin diğer hukuk dalları açısından anlamı, işlevi ve sınırları çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Sözleşme hürriyetinin güvence ve sınırlandırma rejimi, Anayasa Mahkemesi’nin bu hürriyeti ölçü norm olarak kullandığı kararlar ışığında incelenmiştir. Sözleşme hürriyetinin anayasal boyutunu ilgilendiren tespitler içeren bazı Yargıtay ve Danıştay kararlarına da örnek olarak yer verilmiştir.

Çalışmada Türk hukukunda sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kuralların toplu bir dökümünün yapılması ve bu kuralların Anayasa'ya uygunluğunun araştırılması şeklinde bir hedef benimsenmemiştir. Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların çeşitliliği ve her geçen gün bu hürriyete yeni sınırlamalar getirildiği düşünüldüğünde; böyle bir hedefe ulaşılması mümkün olmadığı gibi kanaatimizce bir anayasa hukuku tezi için bu yönde çaba sarf edilmesine ihtiyaç da yoktur.

IV) İNCELEME PLANI

Anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini konu alan bu tez üç bölümden oluşmaktadır. Tezin ilk bölümünde öncelikle temel hak ve hürriyetlere ilişkin öğretilerde yapılan başlıca tasnifler açıklanmış ve sözleşme hürriyetinin bu tasniflere göre hangi kategoriler içinde yer aldığı tespit edilmeye çalışılmıştır. “*Hürriyet*” teriminin anlamına dair öne sürülen farklı görüşler çerçevesinde “*şeklî sözleşme hürriyeti*” ve “*maddî sözleşme hürriyeti*” anlayışları açıklanmıştır. Sözleşme hürriyetinin tarihsel serüveni ile modern hukuk sistemlerindeki yeri ve işlevleri bu bölümde incelenen diğer konulardır. Sözleşme hürriyetinin doğrudan doğruya veya yargısal içtihatlar vasıtası ile anayasal teminat altına alındığı bazı ulusal hukuk düzenlerine ilişkin yapılan inceleme, bu bölümün odak noktasını oluşturmaktadır. Bu çerçevede, sözleşme hürriyetine anayasalarında yer veren ülkeler olan Şili ve Peru ile başka anayasa hükümleri vasıtası ile bu hürriyeti anayasal güvence kapsamında gören ülkeler olan ABD, Almanya, Fransa, İtalya ve İsviçre uygulamaları örnek olarak incelenmiştir. Bölümün sonunda ise sözleşme hürriyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Temel Haklar Şartı kapsamında korunup korunmadığı araştırılmıştır.

Tezin ikinci bölümü, Türk hukukunda anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini konu almaktadır. Bu bölümde öncelikle sözleşme hürriyetinin Osmanlı hukuk sistemi içindeki yeri ile 1924 Anayasası ve 1961 Anayasası'na göre bu hürriyetin güvence ve sınırlama rejimi açıklanmıştır. Daha sonra 1982 Anayasası'nda mevcut olan düzenleme çerçevesinde, sözleşme hürriyetinin öznesi, konusu ve kapsamı araştırılmıştır.

Tezin son bölümü, Türk hukukunda sözleşme hürriyetinin sınırlama rejimine ayrılmıştır. Bu çerçevede ilk olarak sınırlama/müdahale kavramı ve sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların görünüm şekilleri açıklanmıştır. Sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme hürriyetini ölçü norm olarak kullandığı kararlar ışığında Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan her bir ölçüt incelenmiş ve sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kuralların taşıması gereken nitelikler ortaya konulmuştur. Bilindiği üzere, sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 48'inci maddesi de dâhil olmak üzere, temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği bazı Anayasa maddelerinde herhangi bir özel sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Hakkında herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlere kanun koyucunun müdahale edip edemeyeceği; müdahale edebileceği kabul edildiği takdirde bu müdahalenin hangi esaslara tabi olduğu konusu hâlihazırda tartışmalıdır. Bu nedenle, bu bölümde sebebe bağlılık ölçütü yönünden daha ayrıntılı bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Bölümün sonunda ise yatay etki modelleri incelenmiş ve kişilerin özel hukuk ilişkilerinde temel haklarını ileri sürebilmelerinin sözleşme hürriyetine etkileri araştırılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİR TEMEL HAK OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN GENEL TEORİSİ

1) İNSAN HAKLARININ SINIFLANDIRILMASI VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN BU SINIFLANDIRMALAR İÇERİSİNDEKİ YERİ

A) GENEL OLARAK

İnsan hakları; kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez nitelik taşıyan haklar bütünüdür. İnsan hakları düşüncesinin temelinde, her insanın saygı ve değeri hak eden, onurlu birer varlık olduğu varsayımı yatar. İnsan hakları, kişilerin onurlu bir yaşam sürdürebilmeleri için zarurî olan ihtiyaçlarının tatmini amacı güder. Her bir hak ve hürriyet, temelde insan onurunu temsil etmekte olup her birinin bütün içinde ayrı bir misyonu bulunmaktadır¹¹. İnsan hakları öğretisinde bu durum “*hakların bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı*” ilkeleri ile açıklanmaktadır¹².

Her ne kadar insan hakları, özünde ayrılmaz bir bütün teşkil etseler de nitelikleri, işlevleri, içerikleri, sınırlandırma rejimleri ve tarihi gelişim süreçleri gibi çeşitli kriterlere göre sınıflandırılmaları mümkündür. Bu sınıflandırmaların farklı hak

¹¹ Anayurt, Ömer, “*Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi*”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2000, s. 47.

¹² Anayurt (2000), s. 47-57. Ayrıca bkz. Donnelly, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çev. Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 38; Algan, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 306-307; Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 6-7; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancaktar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 69; Kalabalık, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 45-47; Uygun, Oktay, **Devlet Teorisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 507-508. 14-25 Haziran 1993 tarihleri arasında Viyana’da gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konferansı’nın sonunda kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı’nda hakların bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkelerine şu şekilde yer verilmiştir: “*Tüm insan hakları evrensel, bölünmez, karşılıklı olarak bağımlı ve birbiriyle ilişkilidir. Uluslararası toplum insan haklarını aynı temelde ve aynı derecede vurgulayarak, adil ve eşit bir şekilde, küresel olarak ele almalıdır. Ulusal ve bölgesel özellikler ve çeşitli tarihsel, kültürel ve dinsel farklılıklar akıldan tutulmak kaydıyla, tüm insan haklarını, siyasî, ekonomik ve kültürel yapılarından bağımsız olarak korumak ve teşvik etmek, bütün devletlerin görevidir*” (Vienna Declaration and Programme of Action § 5’ten çeviren Yücel Dericiler, Özge, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 50).

gruplarına özgü niteliklerin araştırılmasına imkân tanımak, inceleme ve anlama kolaylığı sağlamak gibi bilimsel ve pedagojik yararları bulunmaktadır¹³. Ayrıca anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde de hakların çeşitli şekillerde sınıflandırıldığı ve farklı kategorilerde yer alan hakların farklı hukukî rejimlere tabi tutulabildiği görülmektedir. Bu başlık altında, insan haklarına ilişkin başlıca sınıflandırma türleri incelenerek sözleşme hürriyetinin bu türler içerisindeki yeri tespit edilmeye çalışılmıştır. Ancak öncesinde sözleşme hürriyetinin bir insan hakkı ve temel hak ve hürriyet niteliğini haiz olup olmadığı sorusunun cevaplanması gereklidir.

B) BİR İNSAN HAKKI OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

İnsan hakları, hukukî-pozitif haklara dönüştürülebilen ve dönüştürülmesi arzu edilen haklar olmakla birlikte, özünde ahlakî iddia ve talepler niteliğindedir¹⁴. Bu haklar, bir “*ideal*”i, “*olması gereken*”i yansıtır ve varlıklarını pozitif hukuk tarafından tanınmış/güvence altına alınmış olmalarına borçlu değildir. İnsan hakları kavramı pozitif hukukun dışında ve üstünde yer almakta¹⁵ olup hangi hakların insan hakkı niteliğinde olduğu sorusuna yürürlükte olan anayasal ve uluslararası insan hakları belgelerinden hareketle cevap verilemez. Üzerinde uzlaşılan bir insan hakkı tanımı bulunmadığı gibi standartlaşmış bir insan hakları listesi de mevcut değildir. İnsan haklarının temellendirilmesinde başvuru kaynağı ve ideolojiye göre birbirinden çok farklı insan hakları listelerine ulaşmak mümkündür. Ayrıca sosyal, siyasi, ekonomik ve bilimsel alandaki değişim, insan onuruna yönelik yeni tehditlerin ortaya çıkmasına yol açmakta ve bu tehditleri karşılama ihtiyacı yeni hak gruplarını doğurmaktadır. Bu bakımdan, insan hakları listelerinin sabit olmadığı; zaman içinde yeni haklar eklenmek suretiyle güncellendikleri söylenebilir.

İnsan haklarını doğal hukuk ile temellendiren görüşe göre, sözleşme hürriyeti bireyin doğal haklarının önemli bir parçasını oluşturmaktadır¹⁶. Doğal hukuk

¹³ Anayurt (2000), s. 56-57.

¹⁴ Erdoğan, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2015, s. 25.

¹⁵ Kaboğlu, İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 21-22.

¹⁶ Serbest iradenin ürünü olarak sözleşmelerin doğal hukuka uygun olduğu yönünde bkz. Arsebük, Esat, “*Kanun Karşısında Hukukun Rolü*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3,

doktrini, insanların doğa durumundan siyasal topluma geçişini “*toplum sözleşmesi*” varsayımına dayandırmaktadır. Buna göre, insanlar eşitliğin ve özgürlüğün hâkim olduğu doğa durumunda yaşamakta iken hak ve özgürlüklerini daha güvenceli kılmak için bir araya gelerek bir sözleşme ile toplumu ve devleti oluşturmuştur. Bu sözleşme ile insanlar, toplumun kurulabilmesi ve yaşayabilmesi için gerekli olduğu ölçüde hak ve özgürlüklerinin bir kısmından feraget etmişler; ancak geriye kalan önemli özgürlüklerini siyasal toplumun kuruluşundan sonra da muhafaza etmişlerdir. Devlet, kendisi tarafından yaratılmayan ve kendisinden önce de mevcut olan bu doğal haklarla bağlıdır ve onlara saygı göstermekle yükümlüdür¹⁷.

Doğal hukuk doktrini, toplumun ve devletin kaynağını doğa durumunda bulunan insanların serbest iradeleri ile taraf oldukları bir sözleşme ilişkisine dayandığına göre, sözleşme yapma hürriyeti bireyin başlıca doğal haklarından birisi kabul edilmelidir¹⁸. Ayrıca doğal hukuk teorisyenleri, sözleşme hürriyetini “*pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesi*” ile mülkiyet hakkının mantıksal bir uzantısı olarak değerlendirmektedir. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Başyargıci Marshall’ın 1827 tarihli *Ogden v. Saunders*¹⁹ kararına yazdığı karşı oy yazısı, doğal hukuk doktrininde sözleşme hürriyetinin nasıl temellendirildiğini göstermesi bakımından anlamlıdır:

“Doğa durumunda bireyler sözleşme yapabilir; bu sözleşmeler bağlayıcıdır ve verdiği sözden dönen tarafı zorlamak için haklı olarak güç kullanılabilir. Bu haklar üzerinde toplumun etkisi nedir? Erkekler bir araya gelip bir hükümet oluşturdıklarında, sözleşme yapma ve sözleşmelere uyulmasını zorlama haklarından vaz mı geçerler? Hangi amaçla bu haklarından feragat etmeliler? ... Bireyler sözleşme yapma hakkını devletten almamış; bu hakkı kendileri ile birlikte topluma getirmişlerdir. Sözleşmelere uyma

S. 2-4, Y. 1946, s. 300. İrade özerkliğinin pozitif hukuktan kaynaklanmadığı, pozitif hukukun sadece bu özgürlüğün varlığını tanıdığı yönünde bkz. Battal (2001), s. 48.

¹⁷ Kapani, s. 30-31; Uygun (2015), s. 491.

¹⁸ Toplum sözleşmesi kuramı ile sözleşme hürriyeti ilkesi arasındaki paralellığe ilişkin bkz. Atiyah, Patrick S., **The Rise and Fall of Freedom of Contract**, Oxford University Press, New York, 2000, s. 39-41.

¹⁹ *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213 (1827), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/213>, E.T. 27.10.2020

yükümlülüğü pozitif hukuktan kaynaklanmaz; bu yükümlülük doğaldır ve tarafların anlaşmasından doğar. Bu, tüm bireylerin mülk edinme, bu mülkü kendi tercihleri doğrultusunda elden çıkarma ve gelecekteki anlaşmaları için güvence verme hakkından kaynaklanır. Bu haklar toplum tarafından bahşedilmemiş; topluma getirilmiştir”.

Ferdiyetçi doktrin, doğa durumu ve toplum sözleşmesi gibi varsayımlara dayanmaksızın, insan haklarını doğrudan insanın ahlakî doğası ve ihtiyaçlarından hareketle açıklamaktadır. Bu doktrine göre, akıl ve irade sahibi bir varlık olarak bireyin en temel ihtiyacı, kendi maddi ve manevi varlığını, kendi öz yeteneklerini serbestçe geliştirebilme imkânına sahip olmasıdır²⁰. Bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesini sağlayacak en iyi yol ise onun bu geliştirmeyi tamamen kendi bildiği ve dilediği şekilde gerçekleştirmesine izin vermektir²¹. Zira tüm bireyler, menfaatlerinin ne yönde olduğunu bilme ve bu menfaatlere ulaşmak için en uygun yöntemi belirleme ehliyetine eşit olarak sahiptir²². Bu bakımdan, bireylerin beceri ve yeteneklerini geliştirip potansiyellerini gerçekleştirebilmelerinin ön koşulunu özgürlük oluşturmaktadır²³. Bütün insan hakları, bu genel özgürlük hakkının ayrı birer görünümü niteliğindedir.

Özgürlük, kişinin ahlakî doğasını gerçekleştirmek üzere tercihlerde bulunabilmesini gerektirir. Bu yönüyle insan haklarının temelinde “*tercih (seçme) özgürlüğü*” (*freedom of choice*) yer almaktadır²⁴. Kişilerin hukuki ilişkilerini karşılıklı rıza esasına göre serbestçe biçimlendirebilmelerine imkân tanıyan sözleşme hürriyeti ilkesi de bu tercih özgürlüğünün bir parçasıdır. Sözleşme hürriyeti ilkesi, taraflara “*kendi normlarını oluşturma*”, “*kendi kanunlarını yapma*” yetki ve gücünü

²⁰ Kapani, s. 39.

²¹ Kapani, s. 39.

²² Chrenkoff, Arthur, “*Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea*”, **Australian Journal of Legal Philosophy**, Vol. 21, Y. 1996, s. 37; Szwed, Marcin, **Constitutional Protection of Freedom of Contract in the European Union, Poland and the United States and Its Potential Impact on the European Contract Law**, Central European University, Budapest, 2014, s. 6; Atamer (2001), s. 17.

²³ Heywood, Andrew, **Siyasî İdeolojiler**, (Çev. Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnaç, Şeyma Akın, Buğra Kalkan), Adres Yayınları, Ankara, 2015, s. 45.

²⁴ Erdoğan (2015), s. 33.

verir²⁵. Bu ilke sayesinde taraflar, sözleşme yapma veya yapmama, sözleşmenin karşı tarafını, içeriğini, tipini ve şeklini belirleme konularında tercih yapma imkânını elde eder. Gerçekten de bir hukuk düzeninde sözleşme hürriyetine ayrılan alan ne kadar genişse, bireylerin özgürlük alanının da o nispette geniş olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede ferdiyetçi öğretiyeye göre, kişisel özerkliğin ve kendi kaderini tayin hakkının bir aracı olarak sözleşme hürriyetinin insan hakkı niteliğini haiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Marksist öğretinin sözleşme hürriyetine yaklaşımı, yukarıda açıklanan iki görüşten de açık şekilde ayrılmaktadır. Marksist öğretilerde klasik insan haklarına ilişkin genel bir menfi yaklaşım hakîm olup ekonomik hürriyetler söz konusu olduğunda bu yaklaşım özellikle belirgindir. Karl Marx’a göre insan hakları, öteki insanlardan ve toplumdan koparılmış, sivil toplum üyesi-egoist insanın haklarından başka bir şey değildir. İnsan hakkı olarak özgürlük, insanın insana bağlılığına değil, tersine insanın insandan ayrılışına dayanmaktadır. İnsanın özgürlük hakkının pratik uygulanımı olan özel mülkiyet hakkı, kişinin toplumdan bağımsız biçimde dilediği gibi servetinden yararlanma ve serveti üzerinde tasarruf etme hakkını ifade eder. Sivil toplumun temelinde de bu bireysel özgürlük ve onun kullanımı yatmaktadır. İnsan hakları olarak nitelendirilen hakların hiçbirisi; egoist insanın, sivil toplumun üyesi olarak insanın, kendi içine kapanmış, kişisel çıkarlarının ve özel kaprislerinin sınırlarına çekilmiş ve topluluktan ayrılmış bireyin haklarının ötesine gitmez²⁶.

Marksist ve sosyalist düşünce ekolünde, “*biçimsel özgürlükler*” olarak nitelenen burjuva özgürlük anlayışı sistemli şekilde eleştirilerek bu anlayışın geniş halk kitleleri açısından yetersizliği ortaya konmuştur²⁷. Bu ekolde özgürlük, zor ve baskının bulunmamasının ötesinde, temelde pozitif bir anlam taşımaktadır. Kişinin özgür olduğundan söz edilebilmesi için beslenme, giyinme ve barınma gibi temel

²⁵ Eren (2017), s. 298. Ferdiyetçi doktrinin etkisi altında hazırlanan Fransız Medeni Kanunu’nun 1134’üncü maddesine göre, “*Hukuka uygun şekilde oluşturulan anlaşmalar, bunları yapanlar hakkında kanun hükmündedir*”. Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. https://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html, E.T. 28.09.2022.

²⁶ Marx, Karl, **Yahudi Sorunu**, Sol Yayınları, Ankara, 1997, s. 32-35.

²⁷ Kaboğlu, İbrahim Özden, “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Oturumunda Sunulan Bildiri*”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001, s. 105.

gereksinimlerini karşılayabilecek ekonomik olanaklara ve kişiliğini geliştirebilecek yeterli fırsatlara sahip olması gereklidir²⁸. Bu nedenle Marksistler, biçimsel özgürlükler karşısında; çalışma, insan onuruna uygun bir yaşama ulaşma ve daha geniş olarak toplumsal yabancılaşma karşısında kişinin bağımsızlığını elde etmesi gibi “gerçek özgürlükleri” ön plana çıkarmaktadır²⁹. Kapitalist rejimlerde kişilere tanınan özgürlüklerin bütünüyle aldatıcı ve göstermelik nitelikte olduğu; bu özgürlüklerden sadece ekonomik üstünlüğe sahip olan burjuva sınıfının yararlanabildiği ileri sürülmektedir³⁰. Dahası bu özgürlükler toplumsal ve ekonomik eşitsizlikleri maskeleyerek³¹ burjuva iktidarının tahkimine ve meşrulaştırılmasına hizmet etmektedir.

Sözleşme hürriyeti de mülk ve kapital sahiplerinin sosyal durumunu güçlendiren bir “burjuva özgürlüğü” konumundadır. Kapitalist toplumlarda güçlünün zayıfı sömürüsü, “özgür sözleşme” biçimi altında gerçekleşmektedir³². Devlet iktidarının ve üretim araçlarının kapital sahiplerinin elinde bulunduğu burjuva toplumunda sözleşme hürriyeti, sömürücüler açısından bir serbestiyeti ifade ederken

²⁸ Huberman, Leo, **Sosyalizmin Alfabetesi**, (Çev. Alaattin Bilgi), Sol Yayınları, Ankara, 2016, s. 78.

²⁹ Kaboğlu (2001), s. 105.

³⁰ Kapani, s. 156. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Huberman (2016), s. 78-81. Komünist Manifesto’da burjuva özgürlüklerinin toplumun büyük çoğunluğuna yabancı olması olgusu mülkiyet hakkı örneğinde şu şekilde açıklanmıştır: “Özel mülkiyeti ortadan kaldırmak istiyoruz diye dehşete kapılıyorsunuz. Oysa sizin mevcut toplumunuzda nüfusun onda dokuzunun özel mülkiyeti çoktan beri ortadan kaldırılmış durumda; özel mülkiyetiniz ancak onda dokuzun buna sahip olmaması sayesinde ayakta duruyor” (Marx, Karl/Engels, Friedrich, **Komünist Manifesto**, Alter Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 43).

³¹ Kaboğlu (2001), s. 105.

³² Pasukanis, Evgeny B., **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 33. Marx, liberal-kapitalist düzende işçi ile işveren arasındaki sömürü ilişkisinin özgür sözleşme varsayımı ile meşrulaştırıldığını ifade etmektedir: “Sınırları içerisinde emek-gücü satım ve alımının sürüp gittiği ayrıldığımız bu alan, aslında, insanın doğuştan var olan haklarının tam bir cenneti idi. Burada egemen olan yalnızca, Eşitlik, Özgürlük, Mülkiyet ve Bentham’dır. Özgürlüktür, çünkü metain, diyelim emek gücünün hem alıcısı hem satıcısı yalnızca kendi serbest iradelerinin etkisi altındadırlar. Serbest taraflar olarak sözleşme yaparlar ve vardıkları anlaşma, ortak iradelerinin yasal ifadesinden başka bir şey değildir. Eşitliktir, çünkü birbirleriyle basit meta sahipleri olarak ilişki içine girerler ve eşdeğeri eşdeğerle değiştirirler. Mülkiyettir, çünkü taraflar, kendi malı olan şeyler üzerinde tasarrufta bulunur. Ve Bentham’dır, çünkü her iki taraf da yalnız kendisini düşünür. Bunları bir araya getiren ve ilişki içerisine sokan tek güç, bencillik, kazanç ve özel kişisel çıkardır. Herkes yalnız kendini düşünür, kimse geri kalana kulak asmaz ve böyle yaptıkları için de şeylerin önceden düzenlenmiş uyumu gereği ya da kâdiri mutlak ve takdiri ilâhi ile hepsi de, herkesin mutluluğu ve yararı adına, kendi karşılıklı çıkarları adına elbirliği ile çalışırlar” (Marx, Karl, **Kapital: Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili-Birinci Cilt**, (Çev. Alaattin Bilgi), Eriş Yayınları, 2003, s. 163-164).

sömürülenler içinse bir tabiiyet durumu yaratmaktadır. Sözleşen tarafların hukukî eşitliği varsayımı, gerçekte fiili eşitsizliklerin teyidine hizmet etmektedir³³. Bu nedenle, sosyalist hukuk düzenlerinde, özel hukuk alanında özerk iradenin kısmî bir rolü bulunsa da sözleşme hürriyeti ilkesine yasal geçerlilik tanınmamıştır³⁴. Zaten özel mülkiyet ve serbest teşebbüs yasaklandığı için sosyalist toplumlarda özel sözleşmelerin uygulanma sahası da oldukça dardır. Sosyalist toplumlarda sözleşmesel ilişkilerin büyük bir kısmı kamu kurumları arasında gerçekleşmekte olup bu sözleşmelerin içeriği merkezi planlamaya uygun şekilde oluşturulur³⁵. Keza gerçek kişiler arasında yapılan sözleşmelerin de merkezi planlama ve sosyalist toplum düzeni ile uyumlu olması gereklidir³⁶. Kamu kurumları, merkezi planlamanın uygulanabilmesi için mevcut sözleşmesel yükümlülükleri değiştirme, iptal etme ve yeni yükümlülükler getirme yetkisi ile donatılmıştır³⁷. Bu yönleriyle sosyalist hukuk düzenlerinde sözleşme, bir özel hukuk işleminden ziyade bir idari işlemi andırmaktadır.

C) DEVLETİN YÜKLENDİĞİ EDİMİN NİTELİĞİNE GÖRE SINIFLANDIRMA: JELLINEK ÜÇLÜSÜ

Alman hukukçu George Jellinek, bireyin devletten beklediği edimin niteliğine göre³⁸ temel hak ve hürriyetleri, “*negatif statü hakları*”, “*pozitif statü hakları*” ve “*aktif statü hakları*” şeklinde üç ayrı kategoriye ayırmaktadır.

“*Koruyucu haklar*” veya “*savunma hakları*” olarak da bilinen negatif statü hakları, bireyin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının

³³ Knapp, “*Les Principes du Nouveau Droit Civil*”, 9 **BULL. DR. TCHEC** 6 (1951)’den aktaran Wagner, Wencelas J., “*The Law of Contracts in Communist Countries (Russia, Bulgaria, Czechoslovakia and Hungary)*”, **Saint Louis University Law Journal**, Vol. 7, No. 4, Y. 1963, s. 304.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Wagner, s. 304-305.

³⁵ Sirmen, Lale, “*Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*”, **Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 463, dipnot 58.

³⁶ Wagner, s. 300-302.

³⁷ Knapp, s. 9’dan aktaran Wagner, s. 305.

³⁸ Algan, s. 38.

sınırlarını çizen hak ve hürriyetlerdir³⁹. Bu hakların, devletin haksız müdahalelerine karşı bireyi güvence altına aldığı ve onu siyasal iktidar karşısında koruduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Kişiler, negatif statü haklarından yararlanabilmek için devletin bir edimine yahut aktif müdahalesine ihtiyaç duymazlar. Negatif statü hakları karşısında devlet sadece karışmama-müdahaleden kaçınma yükümlülüğü altındadır. Yaşama hakkı, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, din ve vicdan hürriyeti gibi hak ve hürriyetler bu kategori içerisinde değerlendirilmektedir.

Pozitif statü hakları (*isteme hakları*), kişilere devletten olumlu bir eylem, hizmet veya yardım isteme imkânı tanıyan haklardır⁴¹. Bu hakların “pozitif” olarak nitelendirilmeleri, uygulanabilmeleri için devletin hareketsiz kalmasına değil, aksine olumlu edimlerde bulunmasına ihtiyaç duyulması nedeniyledir⁴². Kişiler bu haklardan ancak devletin aktif müdahalesi ve eylemi sayesinde yararlanabilir⁴³. Çalışma hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı, konut hakkı ve sosyal güvenlik hakkı başlıca pozitif statü hakları arasında yer almaktadır.

Aktif statü hakları ise yurttaşların siyasi hayata katılmalarını ve siyasi iktidarın kullanımına ortak olmalarını sağlayan haklar şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁴. Liberal demokratik düzenin temelini oluşturan aktif statü hakları, öğretilerde “katılma hakları” veya “siyasi haklar” olarak da bilinmektedir. Ayrıca kural olarak sadece yurttaş sıfatına sahip olan kişilerin yararlanabilmeleri nedeni ile bu haklara “yurttaşlık hakları” da denilmektedir. Seçme ve seçilme hakkı, siyasal örgütlenme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı ve dilekçe hakkı, aktif statü haklarına örnek gösterilebilir.

Tarafların karşılıklı hukuki ilişkilerini kendi menfaatleri doğrultusunda şekillendirebilme serbestisini ifade eden sözleşme hürriyeti, bu kategoriler arasında

³⁹ Kapani, s. 6.

⁴⁰ Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 262.

⁴¹ Kapani, s. 6.

⁴² Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 523.

⁴³ Algan, s. 38.

⁴⁴ Zabunoğlu, Hamdi Gökçe, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 23.

negatif statü haklarına daha yakın düşmektedir⁴⁵. Sözleşme hürriyeti; sözleşme yapma veya yapmama, sözleşmenin karşı tarafını, içeriğini, tipini ve şeklini belirleme konularında bireyin özgürlük alanını güvence altına almaktadır. Bu hürriyet karşısında devlete düşen temel görev, tarafların ortak iradelerinin ürünü olan sözleşmelerin hukukî geçerliliğini tanınması, bu sözleşmelere saygı göstermesi ve dışarıdan müdahale etmemesidir. Kural olarak, kişiler bu hürriyetten yararlanabilmek için devletin bir edimine veya aktif müdahalesine ihtiyaç duymazlar; aksine devlet sözleşme ilişkilerinin ne ölçüde dışında kalırsa, bireylerin sözleşme hürriyetinden yararlanma olanaklarının da o ölçüde arttığı söylenebilir.

Esasında devletin yüklendiği edimin niteliğini esas alan Jellinek'in tasnifinin modern insan hakları öğretisinde fazla taraftarı kalmamıştır. Günümüzde negatif, pozitif ve aktif statü hakları ayrımının yapay nitelikte olduğu, zira bütün temel hakların devlete hem negatif hem de pozitif yükümlülükler yüklediği kabul edilmektedir⁴⁶. Söz gelimi tipik bir negatif statü hakkı olarak değerlendirilen adil yargılanma hakkının etkin şekilde güvence altına alındığından söz edilebilmesi için devletin yargı sürecine müdahale etmemesi tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra, mahkemelerin kurulması, yeterli sayıda hâkim ve savcının istihdamı, gerekli araç ve donanımın temini gibi devletin pozitif edimlerine de ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁷. Benzer şekilde, işkenceye karşı korunma hakkı öncelikle devletin kişisel özgürlüğe ve vücut bütünlüğüne müdahale etmekten kaçınmasını gerektirir. Ancak bu müdahalelerin önlenmesi, polisin ve diğer güvenlik güçlerinin eğitimi ve denetimi ile

⁴⁵ Aynı yönde bkz. Tiryaki, s. 282; Atasoy, s. 64.

⁴⁶ Bu yönde bkz. Sunay, Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya, 2013, s. 54-57; Yolcu, Serkan, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 52-56; Erdoğan, Murat, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019, s. 74; Donnelly, s. 42-44; Anayurt (2000), s. 51-52; Algan, s. 39; Tiryaki, s. 41-42; Yücel Dericiler, s. 58-59; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 261; Kalabalık, s. 51. Jellinek'in tasnifine yöneltilen bu eleştirinin isabetsiz olduğu yönünde bkz. Erdoğan, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 198.

⁴⁷ Gemalmaz, Mehmet Semih, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 662. Aynı yönde bkz. Tepekaya, Rabia, **"Kavramsal Çerçeve"**, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 49-50; Algan, s. 49; Sunay (2013), s. 55; Kalabalık, s. 51.

ilgili devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi sayesinde mümkün olur⁴⁸. Bu nedenle, devletin üstlendiği yükümlülükler bakımından temel haklar arasında nitelik farkı değil sadece bir derece farkı bulunduğu; bazı hakların nispeten negatif, diğer hakların ise nispeten pozitif nitelikte olduğu ifade edilmektedir⁴⁹.

Sözleşme hürriyeti de negatif boyutu ön plana çıkan bir temel hak olsa da kişilerin bu hürriyetten gereği gibi yararlanabilmeleri, devletin bazı pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesine bağlıdır. Bu yükümlülüklerin başında, sözleşme ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ve sözleşmelerin uygulanmasını sağlamak için gerekli organizasyonun oluşturulması yani etkili bir mahkeme ve icra teşkilatının kurulması gelmektedir. Sözleşme hürriyeti, bireylerin serbest iradeleri ile yaptıkları sözleşmelerin uygulanmasını “isteme” hakkını da kapsamaktadır⁵⁰. Gerçekten de devletin sözleşmelerin icra edilmesi imkânını sağlamadığı bir ortamda, bu hürriyetin tanınması boş sözden öte bir anlam ifade etmez. Sözleşen tarafların, yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafa karşı kullanabilecekleri cebir araçlarından yoksun olması, “ahde vefa ilkesi”ni (*pacta sunt servanda*) de anlamsız kılar⁵¹. Bu

⁴⁸ Donnelly, s. 43.

⁴⁹ Bu görüşe ilişkin bkz. Erdoğan (2015), s. 73.

⁵⁰ Benzer yönde bkz. Pettit, Mark, *Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall*, **Boston University Law Review**, Vol. 79, No. 2, Y. 1999, s. 285-287; Ertürk, Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 62; Çetin, Evra, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 38. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Atiyah (2000), s. 329-332. Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde benzer bir değerlendirme yapmıştır: “*Hukuk devletinde cebri icra; hukuki düzene güvenerek borç ilişkisine giren ve zor kullanması yasaklanan birey yönünden devletten talep edebileceği bir hak, zor kullanma yetkisini elinde bulunduran devlet yönünden ise bir yükümlülük niteliği taşımaktadır*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2015/28, K. 2015/42, K.T. 22.04.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 5, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 2961). Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1993 tarihli ünlü “*kefalet (Bürgschaft) kararı*”nda benzer bir değerlendirme yapmıştır: “...*İrade özerkliği her halde devletin icra gücüne muhtaçtır. Teminat altına alınması için, hem hukuki tasarruf imkanları yaratmak, hem bunları bağlayıcı olarak kabul etmek hem de ihtilaf halinde bu hukuki işlemlerin icrasını mümkün kılmak görevi yasa koyucuya yüklenmiştir*” (BVerfGE 89, 214’dan aktaran Çev. Yeşim Atamer, “*Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti-Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi: Alman Anayasa Mahkemesi’nin 19. 10. 1993 Tarihli Kararı*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 3, Y. 1997, s. 426).

⁵¹ Dörrenbächer, Simon, “*Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte-Teil 2: Die Neuausrichtung des verfassungsrechtlichen Verständnisses der Vertragsfreiheit durch die “Bürgschaftsentscheidung” des BVerfG*”, **Saarbrücker Rechtszeitschrift**, Ausgabe 2, 2021, s. 63.

nedenle, Ayn Rand⁵² ve Robert Nozick⁵³ gibi liberteryen çizgiye yakın düşünürler bile sözleşmelerin icrasını sağlamanın devletin en meşru işlevleri arasında yer aldığını kabul etmektedir.

Sözleşme hürriyeti açısından devletin başka bir pozitif yükümlülüğü de bireylerin bu hürriyeti uygun şekilde kullanabilmelerini sağlamak için gerekli hukuki altyapının oluşturulmasıdır. Sözleşmelerin kurulmasını, geçerliliğini, borçların ifasını vs. düzenleyen hukuk kurallarının bulunmadığı bir ortamda, ihtilaf halinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespiti ile ilgili bir karmaşa yaşanması kaçınılmazdır. Zira tarafların bir sözleşmeyi, ileride doğabilecek bütün ihtilaflara çözüm sunacak şekilde kaleme almaları olanaklı olmadığı gibi böyle bir çabaya girişmeleri de yüksek işlem maliyetlerini beraberinde getirecektir⁵⁴. Yedek hukuk kurallarının ihdası bu açıdan büyük önem taşımaktadır. Yedek hukuk kuralları, tarafların anlaşmak suretiyle etkisiz kılabilindikleri ve ancak aksi kararlaştırılmadığı sürece uygulanabilen kurallardır. Bu kurallar sayesinde, bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uzlaşmaları yeterli olmaktadır⁵⁵. Böylece bir yandan taraf iradelerinin önceliği korunurken diğer yandan sözleşme boşluklarının doldurulması mümkün olmaktadır.

Esasında sözleşme hürriyetine ilişkin devletin bu iki pozitif yükümlülüğü, liberteryen düşünürlerce bile doğal karşılanmakta ve “*negatif özgürlük*” (*müdahalesizlik olarak özgürlük*) anlayışının gerçek birer istisnası olarak görülmemektedir. Bu yükümlülükler, bir nevi sözleşme hürriyetinin ön koşulu

⁵² Rand, Ayn, **Bencilliğin Erdemi**, (Çev. Nejdett Kandemir), Plato Film Yayınları, İstanbul, 2013, s. 168-169.

⁵³ Nozick, Robert, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (Çev. Alişan Oktay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 21.

⁵⁴ Atamer, Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 63, S. 1-2, Y. 2005, s. 176-177. Benzer yönde bkz. Polinsky, A. Mitchell, **An Introduction to Law and Economics**, Little, Brown and Company, Boston, 1989, s. 27; Hermalin, Benjamin E./Katz, Avery W./Craswell, Richard, “*The Law and Economics of Contracts*”, **Columbia Law & Economics Working Paper**, No. 296, Y. 2006, s. 15. Sanlı, Kerem Cem, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 31-34.

⁵⁵ 6698 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 2’nci maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca “*taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır*”.

niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak “*maddi sözleşme hürriyeti*” anlayışını benimseyen yazarlar, devletin bu temel hakka ilişkin pozitif yükümlülüklerini çok daha geniş bir bakış açısı çerçevesinde ele almaktadır. Bu yazarlara göre, herkes sözleşme hürriyetinden eşit şekilde yararlanma hakkına sahiptir ve devlet bu eşitliğin hayata geçirilmesinden sorumludur. Eğer sözleşen tarafların pazarlık güçleri arasında, sözleşmenin içeriğini etkileyen düzeyde bir yapısal dengesizlik hali mevcutsa devlet, sözleşme ilişkisine müdahale etmeli ve güçlü tarafın zayıf tarafı tahakkümü altına almasına engel olmalıdır. Sözleşme hürriyetine âdetâ bir pozitif hak kimliği kazandıran maddi sözleşme hürriyeti anlayışı aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

D) TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİNE GÖRE SINIFLANDIRMA: İNSAN HAKLARI KUŞAKLARI

İnsan hakları, insan ihtiyaçlarına ve insan onuruna yönelik tehditlere cevap olarak ortaya çıkmıştır. Başlangıçta özlem, dilek ve istek olarak beliren hak ve hürriyetler, verilen mücadeleler sonucunda hukukileşme sürecini tamamlayarak uygulamaya geçmektedir⁵⁶. Bu yönüyle insan haklarının tarihi, aynı zamanda çatışma ve mücadelenin de tarihidir. Her devirde insan onuruna yönelik yeni tehditler ortaya çıkmakta ve bu tehditler yeni hak taleplerini doğurmaktadır. Çek asıllı Fransız hukukçu Karel Vasak, tarihsel gelişim süreçlerine göre hak ve hürriyetleri “*birinci kuşak haklar*”, “*ikinci kuşak haklar*” ve “*üçüncü kuşak haklar*” şeklinde tasnif etmiştir⁵⁷.

XVIII’inci ve XIX’uncu yüzyıllarda ortaya çıkan birinci kuşak insan hakları, burjuvazinin aristokrasi karşısında kazandığı sınıf mücadelesinin bir ürünüdür. Bu mücadele neticesinde burjuvazinin elde ettiği sosyal, ekonomik ve siyasi kazanımlar,

⁵⁶ Kaboğlu, İbrahim Ö., **Dayanışma Hakları**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 1996, s. 5; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 256.

⁵⁷ Bu üç kuşak hakka ek olarak, bilgi ve iletişim teknolojisi ile biyo-teknolojideki ilerlemenin yol açtığı tehlikelere karşı yanıt olarak geliştirilen haklar için “*dördüncü kuşak haklar*” tabiri kullanılmaktadır. Bilimin kötüye kullanılmaması bağlamında kişisel bütünlük hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı dördüncü kuşak hakların başlıca örnekleridir (Boyar, Oya/Kama Işık, Sezen, “*Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, Y. 2019, s. 605-607; Uygun (2015), s. 506-507).

Amerikan ve Fransız Devrimleri'nin ardından hazırlanan anayasalar ve insan hakları bildirgeleri ile hukuki bağlayıcılığa kavuşmuştur⁵⁸. Birinci kuşak haklar, devletin “*müdahale etmeme*” şeklinde negatif bir yükümlülüğünün bulunduğu medeni ve siyasi haklar ile büyük ölçüde örtüşmektedir⁵⁹. Bu haklar, bireyi devlet karşısında korumayı amaçlar ve ona devletin karışamayacağı özel bir alan yaratır⁶⁰. Birinci kuşak haklara, “*klasik haklar*” veya “*özgürlük hakları*” da denilmektedir.

Herkesin doğuştan ve eşit olarak sahip olduğu kabul edilen klasik haklar, sosyo-ekonomik yönden güçsüz olan toplum kesimleri açısından büyük ölçüde kâğıt üzerinde kalmıştır. Devletin müdahalesizliğini esas alan klasik hakların temelde maddi olanaklara sahip küçük bir grubun sosyal konumunu güçlendirdiği; yoksul halk kitlelerinin ise bu haklardan gereği gibi yararlanamadığı anlaşılmıştır. İkinci kuşak insan hakları, bu duruma bir tepki olarak ortaya çıkmıştır ve varlığını sanayi devriminin doğurduğu işçi sınıfının yürüttüğü mücadeleye borçludur. İkinci kuşak haklar, hayata geçirilebilmeleri için devletin pozitif müdahalesinin gerekli olduğu sosyal, ekonomik ve kültürel haklara karşılık gelmektedir⁶¹. 1848 Fransız Anayasası ile 1917 Meksika Anayasası'nda bazı ikinci kuşak haklara yer verilmişse de bu hakların küresel ölçekte yaygınlık kazanması II'nci Dünya Savaşı'ndan sonra mümkün olmuştur.

“*Dayanışma hakları*” olarak da bilinen üçüncü kuşak insan hakları, çağımızda yaşanan bilimsel ve teknik ilerlemenin ortaya çıkardığı tehditlere bir yanıt olarak geliştirilmiştir. Nükleer teknolojinin tüm insanlığı yok edebilecek bir potansiyele ulaşması, sınırsız ve denetimsiz sınai büyümenin neden olduğu çevre kirliliği sorunları ile ülke ve bölgeler arasındaki gelişmişlik düzeyi farkları üçüncü kuşak hakları doğuran başlıca etkenlerdir⁶². Ayrıca kültürel grupların kimliklerini koruma

⁵⁸ Kaboğlu (1996), s. 6-7. Aynı yönde bkz. Uygun (2015), s. 502; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 256; Kalabalık, s. 56-57.

⁵⁹ Vasak, Karel, “A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights”, *The Unesco Courier*, November 1997, s. 29.

⁶⁰ Uygun (2015), s. 503.

⁶¹ Vasak, s. 29.

⁶² Kaboğlu (1996), s. 10-11; Uygun (2015), s. 505-506.

çabasını da bu etkenler arasında saymak mümkündür⁶³. Üçüncü kuşak insan haklarına gelişme hakkı, çevre hakkı, barış hakkı ve insanlığın ortak mirasına saygı hakkı örnek olarak gösterilebilir⁶⁴. 1970'li yıllardan itibaren Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanan çeşitli bildirge ve taslaklarda bu haklara yer verildiği görülmektedir⁶⁵.

Aşağıda tarihsel gelişim kısmında ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, öncesinde felsefi ve ideolojik temelleri oluşturulan sözleşme hürriyeti ilkesi, Fransız Devrimi ve kodifikasyon hareketleri ile birlikte hukukî kimlik kazanmıştır. Bu dönemde, bireyin devlet baskısından kurtarılması ve gerçek anlamda özgür kılınması için onun sadece siyasal yönden değil aynı zamanda ekonomik yönden de dokunulmaz bazı haklarla donatılması gerektiği düşüncesi hâkimdir. Bu nedenle, mülkiyet hakkı, sanayi ve ticaret hürriyeti, sözleşme hürriyeti gibi ekonomik hürriyetler de bireyin dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, doğal hakları arasında kabul edilmektedir⁶⁶. Bu bakımdan, sözleşme hürriyetinin birinci kuşak insan hakları arasında yer aldığını söylemek mümkündür⁶⁷.

E) KULLANIM ŞEKİLLERİNE GÖRE SINIFLANDIRMA: BİREYSEL HAKLAR-KOLEKTİF HAKLAR AYRIMI

Bireysel haklar, başkasının katılımına ihtiyaç duymaksızın herkesin tek başına kullanabildiği hak ve hürriyetlerdir. Bu haklar, hem özneleri hem de kullanım şekilleri bakımından bireysel nitelik arz eder. Diğer bir ifade ile bu haklardan sadece bireyler yararlanabilir ve bunları kendi başlarına ve salt kendi iradeleri ile kullanabilirler⁶⁸. Yaşama hakkı, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, yerleşme ve seyahat hürriyeti bireysel hakların klasik örnekleridir.

⁶³ Uygun (2015), s. 505.

⁶⁴ Vasak, s. 29; Kaboğlu (1996), s. 21; Algan, s. 53-54; Uygun (2015), s. 506.

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu (1996), s. 23-26.

⁶⁶ Kapani, s. 199.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 196; Kağıtçıoğlu, s. 268.

⁶⁸ Gözler, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2017, s. 155-156; Kaboğlu (1989), s. 33-34.

Kolektif haklar ise bireylerin tek başlarına kullanmaları mümkün olmayan, nitelikleri gereği ancak birden çok kişinin bir araya gelmesi suretiyle kullanılabilen hak ve hürriyetlerdir. Esasında kolektif hakların öznelere de kolektivite dışında doğrudan doğruya bireylerdir. Ancak bireyler bu hakları tek başlarına değil, kolektif bir grubun üyeleri olarak kullanabilmektedir⁶⁹. Şüphesiz dernek ve sendika hürriyeti, grev hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, bireylerin temel hak ve hürriyetleri arasında yer alır; ancak birey bu hakları yalnız başına kullanamaz. Tek bir kişi, dernek veya sendika kuramaz. Tek bir kişinin yaptığı yürüyüş, gösteri yürüyüşü niteliğinde olmadığı gibi tek bir işçinin yaptığı iş bırakma eylemi de grev değildir⁷⁰. Özetle toplu hareket yahut topluluk olmaksızın hak ve hürriyetin varlığından söz edilemiyorsa orada kolektif bir hak söz konusudur⁷¹.

Sözleşme hürriyetinin bu sınıflandırma içerisindeki yeri oldukça şüphelidir. Sözleşme, iki taraflı bir hukuki işlem türü olduğuna göre, sözleşme hürriyetinin kullanılması da kural olarak en az iki kişinin varlığını gerektirir. Bu yönü dikkate alındığında, sözleşme hürriyetinin kolektif nitelikli bir temel hak olduğu düşünülebilir. Ancak sözleşme hürriyeti, kullanım amacı ve temel mantığı itibarı ile diğer kolektif haklardan ayrılmaktadır. Kolektif haklar -ister dernek, sendika veya siyasi parti gibi bir örgüt etrafında olsun; isterse toplanma, gösteri, yürüyüş yahut grev gibi geçici gruplaşmalar etrafında olsun- kişilerin ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelmeleri ile kullanılabilir⁷². Ortak amaç, kolektif hakların öne çıkan unsurudur. Geçici gruplaşmalarda bile önceden belirlenmiş bir amaç çevresinde toplanma ve ortak bir hedefe yönelme söz konusudur. Grup üyeleri arasındaki bağlantı, kişilerin basit bir yan yana gelişinden daha yoğun niteliktedir⁷³. Öte yandan, ortaklık sözleşmesi gibi istisnai örnekler hariç tutulursa, bir sözleşme ilişkisinde taraflar, ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere değil, kendi kişisel ve münferit menfaatlerini tatmin etmek üzere bir araya gelir. Bir hizmet sözleşmesinde

⁶⁹ Donnelly, s. 159; Anayurt (2000), s. 52; Kalabalık, s. 49.

⁷⁰ Gözler (2017), s. 156.

⁷¹ Kaboğlu (1989), s. 34.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu (1989), s. 56-65.

⁷³ Kaboğlu (1989), s. 61.

işçi ile işveren veya bir kira sözleşmesinde kiracı ile kiraya veren, karşılıklı ve birbirine taban tabana zıt menfaatlara sahiptir. Taraflar arasındaki ilişki, dayanışma ve birliktelikten ziyade karşılıklılık/mübadele esası üzerine kuruludur. Zaten sözleşme hürriyeti ilkesinin temel varlık nedeni de kişilerin ortak bir amaç etrafında örgütlenebilmelerine imkân tanınması değil onların irade özerkliklerinin korunmasıdır. Amaç, irade özerkliğinin korunması olunca, irade açıklamasının büründüğü hukuki kalıbın bu noktada fazla önemi kalmamaktadır. Öğretide de anayasal sözleşme hürriyeti güvencesinin “*hukuki işlem hürriyeti*” şeklinde anlaşılması gerektiği ve tek taraflı hukuki işlemlerin de bu hürriyetin kapsamı içerisinde yer aldığı ileri sürmektedir⁷⁴. Bu doğrultuda, sözleşme hürriyetinin bireysel hak kategorisi içerisinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

F) KONULARINA GÖRE SINIFLANDIRMA: KİŞİSEL VE SİYASİ HAKLAR-EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR AYRIMI

Temel hak ve hürriyetler, düzenledikleri yaşam alanları ve korudukları menfaatlerin içeriğine göre farklı şekillerde tasnif edilebilmektedir. Bazı yazarlar; “*fizik hürriyetler*”, “*düşünce hürriyetleri*” ve “*kolektif hürriyetler*” şeklinde üçlü bir tasnifi benimsemektedir⁷⁵. Jack Donnelly; “*geçim hakları ve kişisel haklar*”, “*hukukî haklar*”, “*sivil, sosyal ve kültürel haklar*”, “*iktisadi haklar*”, “*siyasal haklar*” şeklinde bir tasnifi önermektedir⁷⁶. Mustafa Erdoğan’ın önerdiği tasnif ise “*özgürlük ve güvenlik hakları*”, “*katılma hakları*”, “*refah hakları*” şeklindedir. Ancak çok sayıda anayasa ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası sözleşmede tercih edilen ve artık klasik hale gelen tasnif biçimi, “*kişisel ve siyasi haklar*” ile “*ekonomik, sosyal ve kültürel haklar*” tasnifidir⁷⁷.

⁷⁴ Bkz. Veziroğlu, s. 17-18; Battal (2001), s. 49; Ertürk, s. 48.

⁷⁵ Bkz. Kaboğlu (1989), s. 25; Gözler (2017), s. 154-155.

⁷⁶ Donnelly, s. 44-47.

⁷⁷ Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanan ve “*ikiz sözleşmeler*” olarak bilinen Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, bu tasnif biçiminin bir yansımasıdır. Aynı şekilde, Avrupa Konseyi nezdinde hazırlanan temel hak ve hürriyetlere ilişkin iki uluslararası sözleşmeden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi esas olarak kişisel ve siyasî hakları düzenlerken, Avrupa Sosyal Şartı sosyal ve ekonomik hakları düzenlemektedir (Algan, s. 45).

Kişisel ve siyasi haklar, bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü koruyan ve özgürlüğünü güvence altına alan hakları ifade eder⁷⁸. “Klasik haklar” olarak da bilinen kişisel ve siyasi haklar, Jellinek’in tasnifindeki negatif ve aktif statü hakları ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Liberal-bireyci felsefenin ürünü olan bu haklar, tarihsel gelişim sürecine göre birinci kuşak insan haklarına karşılık gelmektedir.

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar; bireylerin ekonomik, sosyal ve kültürel nitelikli çıkarlarını ve özgürlüklerini güvence altına alan haklar şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁹. Bu terim, “ekonomik haklar”, “sosyal haklar”, “kültürel haklar” alt kategorilerinin bir bileşkesi olarak anlaşılmaktadır⁸⁰. Bu kapsamda değerlendirilen hakların hangi niteliğinin daha ağır bastığını tespit etmek oldukça zor olduğu ve çoğu kez aynı hakkın birden fazla kategori içerisine dâhil edilmesi mümkün olduğu için bütüncül bir yaklaşımla “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” terimi kullanılmaktadır⁸¹. Bu haklar, tarihsel süreç esas alınarak yapılan tasnifte ikinci kuşak haklara; Jellinek’in tasnifinde ise genel olarak pozitif statü haklarına tekabül etmektedir⁸².

Konularına göre yapılan tasnifte sözleşme hürriyetinin hangi kategori içerisinde yer aldığı hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüş ayrılıkları, her yazarın “ekonomik haklar” terimini farklı anlam ve kapsamda değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır.

Bir görüşe göre⁸³; mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti ve sözleşme hürriyeti gibi temel haklar ekonomik, sosyal ve kültürel hakların alt kategorileri arasında yer alan

⁷⁸ Haz. Başbakanlık, **İnsan Hakları Nedir? Temel Bilgiler ve Türkiye’de İnsan Hakları Alanında Yaşanan Gelişmeler**, (Editörler Ahmet Uzak, Mehmet Altuntaş), Başbakanlık Devlet Basımevi, Ankara, 2007, s. 14.

⁷⁹ Algan, s. 32.

⁸⁰ Algan, s. 31.

⁸¹ Algan, s. 32. Aynı yönde bkz. Daintith, Terence, “The Constitutional Protection of Economic Rights”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 2, Issue 1, Y. 2004, s. 58.

⁸² Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 265.

⁸³ Bkz. Akıllıoğlu, Tekin, **İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 145; Kaboğlu, İbrahim/Sales, Eric, **Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku**, (Çev. İrem Berksoy), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 224-225; Kaboğlu (2001), s. 109; Algan, s. 33; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 265-266; Kalabalık, s. 537-540. Karagülmez, çalışma ve sözleşme hürriyetini doğrudan sosyal haklar başlığı altında incelemektedir. Bkz. Karagülmez, Ali, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Devlet ve

“ekonomik haklar” içerisinde değerlendirilmelidir. Ekonomik haklar terimi, ekonomik içerikli pozitif hakların yanı sıra, liberal toplum düzeninin parçası olan mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti ve sözleşme hürriyeti gibi temel hakları da kapsamaktadır⁸⁴.

İkinci görüşe göre⁸⁵; ekonomik haklar, sosyal haklardan bütünü ile ayrılmakta olup klasik hakların bir parçası durumundadır. Bu haklar, kişilerin ekonomik ve sosyal ilişkilerindeki özgürlüklerini liberal ekonomi felsefesine uygun olarak düzenlemekte ve güvence altına almaktadır⁸⁶. Başlıca örnekleri mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti ve sözleşme hürriyeti olan ekonomik haklar, burjuva demokratik devrimlerinin getirdiği ilk haklar demeti içerisinde yer almaktadır⁸⁷. Bu hakların varlıklarını koruyabilmesi, devletin müdahalesizliğine, diğer bir ifade ile negatif edimine bağlıdır⁸⁸.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşte⁸⁹ ise “ekonomik haklar” ile “ekonomik hürriyetler” arasında ayırım yapılmakta ve ekonomik içerikli pozitif haklar, ekonomik haklar arasında sayılırken; mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti ve sözleşme hürriyeti gibi negatif boyutu ağır basan haklar, ekonomik hürriyetler kategorisi altında ele alınmaktadır.

Serbest piyasa özgürlüklerini ekonomik, sosyal ve kültürel hakların bir parçası olarak gören ilk görüş, temel hak ve hürriyetlerin tarihsel gelişim süreci ile bağdaşmadığı gibi bu iki hak kategorisi arasındaki temel felsefe farkını da göz ardı

Sosyal Haklar”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Editör İbrahim Özden Kaboğlu), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 185-186.

⁸⁴ Bağçeci Tacir, Hamide, “*Sosyal Devlet Kapsamında Çalışma Özgürlüğü ve Çalışma Hakkının Değerlendirilmesi*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 153, Y. 2019, s. 968.

⁸⁵ Bkz. Tanör, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978, s. 94-96; Savaş, Vural, “*Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği*”, **Anayasa Yargısı**, C. 6, Y. 1989, s. 176; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 196; Tepekaya, s. 50.

⁸⁶ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 196.

⁸⁷ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 196.

⁸⁸ Savaş (1989), s. 176.

⁸⁹ Bkz. Savaş, Vural F., **Anayasal İktisat**, Avcıol Basım-Yayın, İstanbul, 1997, s. 85-88; Savaş, Vural Fuat, “*Ekonomik Düzen ve Anayasa*”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ekonomik Düzen ve Anayasa Oturumunda Sunulan Bildiri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001, s. 878-879; Tiryaki, s. 51-52; Atasoy, s. 62-63.

etmektedir. Gerçekten de XVIII'inci yüzyıl Amerikan ve Fransız Devrimleri'nden doğan ekonomik hürriyetlerin aksine ekonomik, sosyal ve kültürel hakların hukukileşmesi büyük ölçüde II'nci Dünya Savaşı sonrasına rastlamaktadır. Ekonomik hürriyetlerin kabulünde burjuvazinin talep ve istekleri etkili olmuşken; ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kabulünün ardındaki itici güç, işçi sınıfının yürütmüş olduğu mücadeledir. Ayrıca herkes için tanındığı ileri sürülen ekonomik hürriyetler, temelde varlıklı kişilerin hukuki çıkarlarını korumaktadır. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ise sosyal ve ekonomik eşitsizliklere tepki niteliğindeki haklar olup toplumun zayıf olan sınıf ve gruplarını korumayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan, ekonomik hürriyetler ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki ilişkinin esas yönü zıtlıktır⁹⁰.

İkinci görüşü savunan yazarların mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti ve sözleşme hürriyeti gibi ekonomik içerikli klasik hakları, sosyal haklardan ayrı bir kategori içerisinde ele alması kanaatimizce yerindedir. Ancak bu hakları ifade etmek için “*ekonomik haklar*” teriminin kullanılması, uluslararası insan hakları hukuku terminolojisi ile bağdaşmamaktadır. Örneğin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de yukarıda zikredilen haklara genel olarak yer verilmemiştir⁹¹. Bu Sözleşme’de “*ekonomik hürriyetler*” kapsamında değerlendirilebilecek yegâne hak olan meslek seçme hürriyeti (m. 6) de çalışma hakkı ile birlikte ve bu hakkın bir bileşeni olarak düzenlenmiştir. Ayrıca ekonomik, sosyal ve kültürel hakların bir alt kategorisi olarak ekonomik haklar, daha çok ikinci kuşak insan hakları kapsamında değerlendirilmektedir⁹².

Yukarıda aktarılan görüşlerden de anlaşılacağı üzere, serbest piyasa ekonomisinin temel yapı taşlarını oluşturan geleneksel hürriyetleri konu bakımından yapılan tasnifte doğru kategori içerisine yerleştirmek, bu alanda mevcut olan terminoloji karmaşası nedeni ile hayli zordur. “*Ekonomik haklar*” ile “*ekonomik hürriyetler*” arasında yapılan ayırım, bu terminoloji karmaşasını ortadan kaldırdığı gibi farklı niteliklere sahip hakların aynı kategori içerisinde ele alınması

⁹⁰ Tanör (1978), s. 94.

⁹¹ Algan, s. 28.

⁹² Daintith, s. 57.

tehlikesinin de önüne geçmektedir. Bu ayrımda çalışma hakkı, adil ücret hakkı gibi “ekonomik haklar”, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların bir alt kategorisi durumunda iken; mülkiyet hakkı, teşebbüs hürriyeti ve sözleşme hürriyeti gibi “ekonomik hürriyetler” ise kişisel ve siyasal hakların, diğer bir ifade ile klasik hakların bir alt kategorisi durumundadır. Ekonomik haklar, temelde devletin olumlu edimlerde bulunması sayesinde hayata geçirilir. Bu haklar, kişiyi devlet karşısında alacaklı kılar⁹³. Ekonomik hürriyetler ise kişilerin, devletin müdahalesi olmaksızın, kendi tercihleri doğrultusunda ekonomik hayata katılmalarına imkân tanır⁹⁴. Bu anlamda, ekonomik haklar ile ekonomik hürriyetler arasında ters yönlü bir ilişki bulunduğu; ekonomik haklar arttıkça ekonomik özgürlüklerin kısıtlandığı ifade edilmektedir⁹⁵.

Özetle bir ekonomik hürriyet olarak sözleşme hürriyeti, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların değil medeni ve siyasal hakların bir parçasıdır⁹⁶. Ayrıca sözleşme hürriyetini, kişilerin salt ekonomik içerikli menfaatlerini koruyan bir hürriyet olarak ele almak da yerinde değildir. Sözleşme hürriyeti, ekonomik ilişkilerin bütünü ile

⁹³ Savaş (2001), s. 878.

⁹⁴ Yücel Dericiler, s. 41-42. Ülkelere göre ekonomik hürriyetlerin ölçümünü yapan ve sonuçları her yıl düzenli olarak yayımlanan “*Index of Economic Freedom*” başlıklı rapor ile kamuoyuna aktaran Heritage Vakfı’nın internet sitesinde “ekonomik hürriyet” kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Ekonomik hürriyet, her insanın kendi emeğini ve mülkiyetini kontrol etme temel hakkıdır. Ekonomik olarak özgür bir toplumda, bireyler istedikleri şekilde çalışmak, üretmek, tüketmek ve yatırım yapmakta serbesttir. Bu toplumlarda devlet; emeğin, sermayenin ve malların serbest dolaşımına izin verir ve özgürlüğün kendisini korumak ve sürdürmek için gerekli olanın ötesinde zorlama veya özgürlük kısıtlamasından kaçınır*” (<https://www.heritage.org/index/about>, E.T. 27.10.2022). Ekonomik hürriyet kavramına ilişkin farklı tanımlamalar için bkz. Tiryaki, s. 57-58.

⁹⁵ Savaş (1997), s. 86; Savaş (2001), s. 879. Esasında ekonomik haklar-ekonomik hürriyetler ayrımı, hak ve hürriyet kavramları arasında yapılan ayrımla da büyük ölçüde örtüşmektedir. Hürriyet kavramı, kişinin herhangi bir dış baskı, engel ve müdahale olmaksızın belli bir davranış veya eylemde bulunabilmesi şeklinde tanımlanmaktadır (Sencer, Muzaffer, “*Hak ve Özgürlük Kavramı*”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 14, Y. 1992, s. 3). Kişi, kendi iradesi doğrultusunda hareket etme yetkisine sahip olduğu zaman özgürdür (Kaboğlu, İbrahim Ö., *Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 13). Bu bakımdan, hürriyet ancak zorlamanın olmaması anlamında negatif bir şekilde tanımlanabilir (Gözler (2017), s. 69). Hak kavramı ise kişilerin hukuk düzeni tarafından korunan menfaatlerini ifade eder. Hak, genelde bir hizmet veya edimi talep etme şeklinde belirir (Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 141). Bu çerçevede hürriyet, toplum ve devlet müdahalesini dışlarken, hak ise kişiyi devlet ve toplum karşısında alacaklı kılar (Kaboğlu (2013), s. 14). Eğitim hakkı ile eğitim hürriyeti, çalışma hakkı ile çalışma hürriyeti arasında yapılan ayrım da esasında hak ve hürriyet kavramları arasındaki farklılığı yansıtmaktadır.

⁹⁶ Benzer yönde bkz. Erdoğan (2015), s. 235-236.

dışında kalan yahut ekonomik boyutu ikinci planda kalan sayısız eylem ve davranışı da güvence altına almaktadır. İki şirketin birleşmesi, bir ticari işletmenin devredilmesi, bir bankanın anonim şirkete kredi vermesi sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamına dâhil olduğu gibi kitap veya doğum kontrol hapı gibi ürünleri satın alma da bu hürriyetin güvencesi kapsamına dâhildir⁹⁷. Sözleşme, salt bir ekonomik işlem niteliği taşımamaktadır. Taşıyıcı annelik sözleşmesi, velayet sözleşmesi, medeni dayanışma sözleşmesi, boşanma sözleşmesi gibi ekonomik hayatın dışında kalan sözleşme ilişkileri modern dünyada gittikçe yaygınlaşmaktadır⁹⁸. Sözleşme hürriyeti, kişilerin serbestçe ekonomik hayata katılmalarına imkân sağladığı gibi onların hayatlarını kendi uygun gördükleri şekilde ve kendi tercihleri doğrultusunda yaşayabilmelerini de mümkün kılar. Bu yönü ile sözleşme hürriyeti, ekonomik olduğu kadar aynı zamanda kişisel de bir hürriyettir.

II) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN İKİ ANLAMI: ŞEKLİ SÖZLEŞME HÜRRİYETİ-MADDİ SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

A) İKİ ÖZGÜRLÜK KAVRAMI

Felsefe tarihinde, özgürlük kadar üzerinde tartışılan ve kendisine farklı anlamlar verilen başka bir kavrama rastlamak zordur. Özgürlük sorunu, bütün düşünce sistemlerinde ve ideolojilerde merkezi bir yer işgal etmesine rağmen bugüne kadar bu kavramın üzerinde uzlaşılan bir tanımına ulaşmak mümkün olmamıştır.

⁹⁷ Barnett, Randy E., “The Function of Several Property and Freedom of Contract”, **Social Philosophy and Policy**, Vol. 9, Issue 1, Y. 1992, s. 65’ten aktaran Daintith, s. 60.

⁹⁸ Weber, David P., “Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition”, **Yale Human Rights and Development Law Journal**, Vol. 16, Issue 1, Y. 2013, s. 52. Çağımızda sözleşme hürriyetinin ekonomik ilişkilerdeki rolünün zayıflamasına karşın özel ve aile hayatına ilişkin konularda güçlendiğine dair bkz. Pettit (1999), s. 298-299. Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde “sosyal hayatın sözleşmeselleşmesi” (*contractualization of social life*) yönünde genel bir eğilim bulunduğu ve bazı hukuk düzenlerinin bu eğilimi desteklediği yönünde bkz. Marella, Maria Rosaria, “The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe”, **European Review of Contract Law**, Vol. 2, Issue, 2, Y. 2006, s. 260-261. Bireylerin ekonomik menfaatlerinin yanı sıra işbirliği, karşılıklı güven ve sorumluluk gibi sosyal menfaatlerini karşılamak amacı ile de sözleşme ilişkilerine girdiklerine ilişkin bkz. Dagan, Hanoch/Heller, Michael, “Freedom of Contracts”, **Columbia Law and Economics Working Paper**, No. 458, s. 26-27. Aile hukukunda statüden sözleşmeye geçiş yönünde bir eğilim bulunduğu yönünde bkz. Serozan, Rona/Başoğlu, Başak/Kapancı, Berk, “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Y. 2016, s. 549-551.

Özgürlük, son derece soyut ve çok yönlü bir kavram olduğu gibi çağın şartlarına ve toplumsal ihtiyaçlara göre de özgürlük anlayışı değişkenlik gösterebilmektedir.

Modern ve en yaygın kullanımı itibarı ile özgürlük; kişilerin, devlet ve diğer kişiler tarafından baskıcı kısıtlamalara maruz bırakılmadan, kendi tercihlerine göre düşünme, konuşma ve hareket etme hakkına sahip olmaları anlamına gelmektedir⁹⁹. Bu anlayışta özgürlük, “zorlamanın yokluğu” ve “kısıtlanmış olmama” şeklinde negatif bir durumu ifade eder. Eylem ve tercihlerini sınırlandıran bir dış engel ile karşılaşmadığı sürece kişilerin özgür olduğu kabul edilmektedir. Cumhuriyetçi gelenekten bir kopuşu temsil eden bu özgürlük anlayışı, XVII ve XVIII’inci yüzyıl İngiliz filozofları tarafından geliştirilmiştir¹⁰⁰. Sir Robert Filmer’a göre gerçek özgürlük, her insanın istediğini yapmasını, dilediği gibi yaşamasını ve hiçbir kanuna bağlı kalmamasını ifade eder¹⁰¹. Thomas Hobbes özgürlüğü, insanın dilediğini yapma gücünü elinden alan “dış engellerin yokluğu” şeklinde tanımlar¹⁰². Özgür bir insan, gücü ve zekâsı ile yapmaya muktedir olduğu şeylerde, istediği şeyi yapması engellenmemiş olan kişidir¹⁰³. John Locke’a göre özgürlük; kişinin, yasaların izin verdiği sınırlar içinde, kişiliği, eylemleri ve mülkiyeti üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi, bunu yaparken başkasının keyfi iradesine tabi olmaması ve kendi iradesinin peşinden serbestçe gidebilmesidir¹⁰⁴.

Philip Pettit’in “müdahalesizlik olarak özgürlük”¹⁰⁵ şeklinde kavramlaştırdığı klasik özgürlük anlayışına karşı ilk ciddi eleştiri, “*Liberal Yasama ve Sözleşme*

⁹⁹ Butler, Eamonn, **Özgür Toplumun Temelleri**, (Çev. Hakan Şahin), Liberte Yayınları, Ankara, 2016, s. 21.

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pettit, Philip, **Republicanism: A Theory of Freedom of Government**, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 35-41.

¹⁰¹ Filmer, Robert, **Observations upon Aristotle’s Politiques Touching Forms of Government**, içinde **Patriarcha and Other Political Works of Sir Robert Filmer**, (Editör Peter Laslett), Basil Blackwell, Oxford, 1949, s. 224.

¹⁰² Hobbes, Thomas, **Leviathan**, (Çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, Ankara, 2012, s. 103.

¹⁰³ Hobbes, s. 163.

¹⁰⁴ Locke, John, **Yönetim Üzerine İki İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme**, (Çev. Fahri Bakırcı), Ebabil Yayınları, Ankara, 2012, s. 41.

¹⁰⁵ Bkz. Pettit (2002), s. 43-50.

*Özgürlüğü*¹⁰⁶ başlıklı konferansı ile İngiliz filozof Thomas Hill Green'den gelmiştir. Bu konferansında Green, İngiliz Parlamentosu'nun çalışma koşulları, kiracılık, eğitim, kamu sağlığı gibi alanlara ilişkin çıkardığı yasaların bireysel özgürlükleri, bilhassa sözleşme özgürlüğünü tehdit ettiğine dair yaygın inancı eleştirmiştir. Özgürlüğün en yüksek değer olduğu konusunda Green, diğer liberal düşünürlerle hemfikirdir. Ancak o, “zorlama ve kısıtlama olmaksızın kişinin dilediği şekilde hareket edebilmesi” şeklindeki özgürlük tanımına karşı çıkmaktadır. Ona göre özgürlük, kişinin yapmaya değer bir şeyi yapabilmesine veya yararlanmaya değer bir şeyden yararlanabilmesine ilişkin olumlu bir güç veya kapasitedir. Şüphesiz kendi özerk iradesi yerine başkasının zorlaması ile hareket eden insanın özgür olduğundan söz edilmez. Ancak salt zorlamanın kaldırılması ile de gerçek özgürlüğe ulaşılamaz¹⁰⁷.

Green, bu iki özgürlük anlayışı arasındaki farkı “soylu vahşi”nin (*noble savage*)¹⁰⁸ durumu üzerinden açıklamaktadır. Hiçbir insan, dilediği şekilde hareket edebilme olanağı açısından gezgin bir vahşi kadar özgür değildir. Bir efendisi olmadığı gibi ona hayır diyecek bir kimse de yoktur. Ancak yine de bu, onun gerçek anlamda özgür sayılabilmesi için yeterli değildir. Zira onun özgürlüğü bir güç değil aksine zayıflıktır. Bir soylu vahşinin gerçek gücü ile yasalara saygılı bir devletin en mütevazı vatandaşının gücü arasında mukayese bile yapılamaz. Vahşi, insanların olmasa da doğanın bir kölesidir. Toplumsal yaşamdan kaynaklanan kısıtlamalar konusunda hiçbir deneyime sahip değildir, ancak doğal gerekliliklerin sebep olduğu zorlamalara ilişkin pek çok deneyimi vardır. Bu kısıtlamalara boyun eğmedikçe, doğal zorlamalardan da kendisini kurtaramaz. Öyleyse insanın sahip olduğu

¹⁰⁶ Green, Thomas Hill, **Liberal Legislation and Freedom of Contract: A Lecture**, Slatter & Rose, Oxford, 1881.

¹⁰⁷ Green, s. 9-10.

¹⁰⁸ Soylu vahşi; medeniyetin yozlaştırıcı etkilerine maruz kalmayan birinin doğuştan gelen iyiliğini sembolize eden bir kavramdır. Soylu vahşinin idealize edilmesi, Jean-Jacques Rousseau başta olmak üzere, XVIII'inci ve XIX'uncu yüzyıl romantik yazarlarının eserlerinde işlenen yaygın temalardan birisidir (The Editors of Encyclopaedia Britannica, “*Noble Savage*”, **Encyclopædia Britannica**, <https://www.britannica.com/art/noble-savage>, E.T. 31.10.2022).

kabiliyetleri tam olarak kullanabilmesi ve gerçek özgürlüğe ulaşabilmesi, toplumsal yaşamdan kaynaklanan kısıtlamalara teslim olmakla mümkün olur¹⁰⁹.

Özgürlüğü pozitif bir güç şeklinde tanımlayan Green, toplumun bütün üyelerinin bu güce eşit olarak sahip olmasının önemine de dikkat çeker. Başkalarının özgürlüğünü kaybetmesi pahasına bir özgürlükten söz edilemeyeceğini belirtir¹¹⁰. Antik cumhuriyetlerin çöküşünü de ayrıcalıklı ve özgür bir yurttaş sınıfının varlığına karşılık, toplumun büyük çoğunluğunun köle statüsünde olmasına bağlar¹¹¹. Gerçek özgürlük ideali, toplumun bütün üyelerinin, kendileri açısından en iyi olanı yapabilmeleri için sahip oldukları azami gücü ifade etmektedir¹¹². Kişisel özgürlük ancak toplumun pozitif özgürlüğüne katkı sağladığı; tüm insanların eşit olarak güçlerini açığa çıkarabilmeleri amacına hizmet ettiği ölçüde değerlidir. Hiç kimsenin bu amaca aykırı olacak şekilde kendi isteği ve iradesi doğrultusunda hareket etmeye hakkı yoktur¹¹³. Bu anlayış doğrultusunda değerlendirildiğinde, bireysel özgürlükleri ihlal ettiği ileri sürülen devletin sosyal yasama faaliyeti, esasında toplumun pozitif özgürlüğünü genişletmektedir. Örneğin kadın ve çocuk işçiler için azami çalışma sürelerini tespit eden bir yasa, işverenin sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirirse de, toplumun diğer üyelerinin kendileri açısından en iyi olanı yapabilmelerine ve yeteneklerini serbestçe geliştirebilmelerine ilişkin güçlerini artırarak toplumun genel özgürlüğüne hizmet etmektedir. Onun sayesinde karısını fazla çalışmaktan kurtaran ve çocuklarını okula gönderebilen bir adam, bu yasayı hiç de bir kısıtlama olarak hissetmez. Yasa onun için sadece güçlü bir arkadaştır¹¹⁴. Benzer bir yorumu, alkol yasaları (liquor laws) için de yapmak mümkündür. Bu yasalar, kişilerin istedikleri zaman, istedikleri yerde ve istedikleri gibi alkollü içki satma ve satın alma özgürlüklerini sınırlandırmaktadır. Ancak sarhoşluğun kişinin yeteneklerini geliştirebilmesini engellediği, aile üyelerinin yoksullaşmasına ve aşağılanmasına yol

¹⁰⁹ Green, s. 10.

¹¹⁰ Green, s. 9.

¹¹¹ Green, s. 10.

¹¹² Green, s. 10.

¹¹³ Green, s. 11.

¹¹⁴ Green, s. 13.

açtığı düşünüldüğünde, alkollü içki satışını sınırlandıran yasalar, sarhoşluğu önleyerek aslında toplumun pozitif özgürlüğüne katkı sağlamaktadır¹¹⁵.

Sir Isaiah Berlin, “*İki Özgürlük Kavramı*” (*Two Concepts of Liberty*)¹¹⁶ isimli çalışmasında yukarıda ana hatları ile açıklanan rakip iki özgürlük anlayışını “*negatif özgürlük*” ve “*pozitif özgürlük*” kavramları ile açıklamıştır.

Berlin, negatif özgürlüğü, bir kimsenin başkaları tarafından engellenmeden içinde hareket edebildiği alan şeklinde tanımlar. Özgür olmak, başkalarının müdahalesine maruz kalmamak ile eşdeğerdir. Bu çerçevede müdahalesizlik alanı genişledikçe kişisel özgürlük de genişler¹¹⁷. Özgürlüğün korunması, müdahalenin önlenmesi şeklindeki negatif amacın gerçekleşmesine bağlıdır¹¹⁸. Bu anlamda, bir şeyi yapmaya muktedir olmak özgürlük için önemli olsa da bizatihi özgürlüğün kendisi değildir. Aynı şekilde, güçten yoksun olmak da zorunlu olarak özgürlüğün yokluğu anlamına gelmez¹¹⁹. Negatif anlayışa göre, maddi imkânsızlıklar nedeni ile fiilen özgürlüklerini kullanamayan insan, bir müdahale veya engelleme ile karşılaşmadığı sürece yine de özgür sayılır. Şüphesiz özgürlük insanların yegâne amacı değildir; eşitlik, adalet, ahlak, vicdan gibi başka üstün değerler uğruna kişisel özgürlüklere müdahale edilmesi gerekebilir. Ancak bu müdahaleler sonucu kendisinden fedakârlık edilen şey her hâlükârda özgürlüktür. Başka bir baskı veya zorlamayı ortadan kaldırmadığı, diğer bir ifade ile başka kişilerin negatif özgürlüğünü genişletmediği sürece, bu müdahalelerin özgürlük artışını sağladığından söz edilemez¹²⁰.

¹¹⁵ Green, s. 19-22. Thomas Hill Green’in özgürlük anlayışına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Tyler, Colin, **The Metaphysics of Self-realisation and Freedom: Part 1 of The Liberal Socialism of Thomas Hill Green**, Imprint Academic, Exeter, 2015, s. 108-137; Doğan, Mazlum, **Sözleşme Özgürlüğünün Emredici Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sınırlandırılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 161-163; Pettit (1999), s. 267-268; Heywood, s. 72-74.

¹¹⁶ Berlin, Isaiah, “*İki Özgürlük Kavramı*”, (Çev. Mustafa Erdoğan), **Liberal Düşünce**, C. 12, No. 45, Kış-Bahar 2007, s. 59-72.

¹¹⁷ Berlin, s. 62-63.

¹¹⁸ Berlin, s. 66.

¹¹⁹ Barry, Norman P., **Modern Siyaset Teorisi**, Liberte Yayınları, Ankara, 2018, s. 301.

¹²⁰ Berlin, s. 64-65.

Berlin, özgürlük kelimesinin pozitif anlamını “*bireyin kendisinin efendisi olması*” (*self-mastery*) deyimini ile açıklar. Pozitif özgürlük anlayışına göre, bir kişinin özgür olduğundan söz edilebilmesi için onun hayatı ve kararlarının haricî bir güce değil bizzat kendisine bağlı olması; doğaya veya başka insanlara tepki veren bir nesne değil kendi-kendini yöneten bir fail olması gereklidir. Bu anlamda özgürlük kavramı, “*bir şeyden özgürlüğü*” (*freedom from something*) değil “*bir şeye özgürlüğü*” (*freedom to be something*) ifade eder¹²¹. Ancak kişinin gelip geçici ve irrasyonel arzularının etkisi altında hareket etmesi de onun özgür olduğu manasına gelmez. Kişilik, “*yüksek ben*” ve “*aşağı ben*” olarak ikiye bölünmüştür ve kişinin rasyonel ve uzun vadeli amaçlarının kaynağı olan yüksek beni, onun gelip geçici ve irrasyonel arzularının kaynağı olan aşağı benini denetim altında tuttuğu oranda kişi özgürdür¹²². Gerçek özgürlük yapılması gerekeni yapmaktan geçtiğine göre -kişiyi rasyonel amaçlara yönlendirdiği ölçüde- hukukun kişiyi kısıtlamasından ziyade özgürleştirdiğinden söz edilebilir¹²³.

Birbirine rakip ve çoğu kez birbiri ile çelişen bu farklı özgürlük anlayışları, doğal olarak sözleşme hürriyetinin anlamı, kapsamı ve sınırlandırma rejimine ilişkin farklı yaklaşımları da beraberinde getirmektedir. Bu yaklaşımlar aşağıda “*şekli sözleşme hürriyeti*” ve “*maddî sözleşme hürriyeti*” başlıkları altında incelenmiştir.

B) ŞEKLÎ SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

Sözleşme hürriyeti ilkesi kısaca, “*bireylerin hukuki ilişkilerini sözleşmeler yoluyla düzenleme serbestisi*” şeklinde tanımlanabilir. Tarafların sözleşme yapmaya zorlanmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe tespit edebilmeleri, sözleşmenin karşı tarafını seçebilmeleri, sözleşmenin tipini diledikleri gibi tâyin edebilmeleri, karşılıklı anlaşarak daha önce akdetmiş oldukları bir sözleşmeyi değiştirebilmeleri veya ortadan kaldıracabilmeleri vs. hep bu hürriyetin kapsamı içerisinde yer alır¹²⁴. Sözleşme hürriyeti ilkesinin temelinde liberal-bireyci doktrinin irade özerkliği

¹²¹ Berlin, s. 69-70.

¹²² Barry, s. 311. Bkz. Berlin, s. 70-71; Pettit (1999), s. 268-269.

¹²³ Barry, s. 311.

¹²⁴ Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilâ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 362.

varsayımı yatmaktadır. Akıl ve irade sahibi bir varlık olarak insan, farklı alternatifler arasında seçim yapma ehliyetine sahiptir ve yaptığı tercihlerin sonuçlarına da katlanmakla yükümlüdür. Bireyler, kendi çıkarlarını bilme ve bu çıkarların tatmini için uygun araçların seçimi konusunda üçüncü kişilere ve devlete göre daha yetkindir. Bireylerin hukukî ilişkilerini düzenlerken her türlü dış baskıdan ve özellikle devlet baskısından korunması, irade özerkliği ilkesinin bir gereğidir¹²⁵.

“Şeklî sözleşme hürriyeti” (*formal freedom of contract*) olarak adlandırılan¹²⁶ geleneksel yaklaşıma göre sözleşme hürriyeti ilkesi; kiminle, hangi şartlarda, ne tür sözleşmeler yapacaklarını belirlemeleri hususunda tarafların yalnız bırakılmaları anlamına gelir¹²⁷. Bu anlayışta devlet, tarafların karşılıklı çıkarlarını tatmin etmek üzere serbest iradeleri ile yaptıkları sözleşmelerin geçerliliğini tanıma ve bunlara saygı gösterme/müdahale etmeme yükümlülüğü altındadır. Sözleşme içeriğinin gerçek manada adalete ve hakkaniyete uygun olup olmadığı şeklî yaklaşım açısından önem arz etmez¹²⁸. Bir sözleşmenin geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için tarafların iradelerinin uyuşması yeterlidir. Hata, hile, korkutma gibi tarafların özgür iradelerini etkileyen irade sakatlığı hallerinin varlığı dışında, edimler arasında

¹²⁵ Eren (2017), s. 16.

¹²⁶ Bu yönde kullanım için bkz. Reisenhuber, Karl, “*Party Autonomy and Information in the Sales Directive*”, **Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market**, (Editörler Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), Walter de Gruyter, Berlin, 2001, s. 366; Cherednychenko, Olha, **Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions**, Utrecht University Institute for Legal Studies, Utrecht, 2007, s. 9-10; Kocayusufoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukukî İşlem-Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 504; Cherednychenko, Olha O., “*Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU*”, **The Reach of Free Movement**, (Editörler Mads Andenas, Tarjei Bekkedal, Luca Pantaleo), Asser Press, The Hague, 2017, s. 276-278; Atamer (2001), s. 20; Şen Doğramacı, s. 1282-1283; Atasoy, s. 283.

¹²⁷ Chrenkoff, s. 37.

¹²⁸ Cherednychenko (2007-a), s. 217. Krş. Rödl, Florian, “*Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)*”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 76, No. 2, Y. 2013, s. 61-62.

dengelesizlik yahut tarafların pazarlık güçlerindeki eşitsizlik gibi olgular kamunun sözleşmelere müdahalesinin tek başına gerekçesi olamaz¹²⁹.

Şeklî yaklaşımda sözleşme hürriyeti, bireyin özgürlük alanını devlet karşısında koruyan bir savunma hakkı görünümündedir¹³⁰. Kişilerin bu hürriyetten gereği gibi yararlanabilmeleri için ilke olarak devletin hareketsiz kalması yeterlidir. Şüphesiz sözleşme hürriyeti mutlak nitelikte bir temel hak olmayıp devletin bu hürriyete müdahale etmesinin birçok meşru gerekçesi bulunmaktadır. Ancak bu husus, sözleşme hürriyetinin tanımlanması ile değil sınırlandırılması ile ilgili bir meseledir¹³¹. Bu nedenle, bir kişiyi istemediği biri ile ve/veya istemediği içerikte bir sözleşme yapmaya zorlayan yasa hükümleri, karşı tarafın eylem olanaklarını genişletse, ona daha önce sahip olmadığı yeni bir iktidar verse bile esasında sözleşme hürriyetine sınırlama getirmektedir. Bu çerçevede, şeklî sözleşme hürriyeti, “müdahalesizlik olarak özgürlük” şeklindeki negatif özgürlük yaklaşımı ile örtüşmektedir¹³².

C) MADDÎ SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

Klasik sözleşme anlayışı, irade özerkliğine sahip akit tarafların hukukî eşitliği varsayımı üzerine kuruludur. Eşit bireyler arasında, eşit koşullar altında, serbest pazarlık sonucu yapılan sözleşmelerin dengeli ve adaletli sonuçlar doğuracağı ve her

¹²⁹ Sosyoloji biliminin kurucuları arasında sayılan Durkheim’in aktarılan ifadeleri şeklî anlayışı yansıtmaktadır: “Kaç kez koşulların baskısı altında, onlar tarafından zorlanarak, başka bir seçim olanağımız kalmadığı için bir şeye razı gelmişizdir kim bilir? Yine de üzerimizdeki bu şiddeti uygulayan insanlar değil de şeyler olduğu zaman, bu koşullarda oluşan sözleşme yine de bağlayıcıdır. Hastalığın baskısı altında vizite ücreti çok yüksek olan bir doktora başvurmak zorunda kalırım; bu ücreti kabul etmeye zorlanışımın aslında alnıma silah dayanmasından bir farkı yoktur. Örnekler çoğaltılabilir. Gerçekleştirdiğimiz akitlerde, gösterdiğimiz rızalarda zorlama unsuru her zaman vardır; çünkü bunlar asla bizim istediklerimize tam anlamıyla uymaz. Sözleşme dendi mi akla ödün gelir, daha ağır kayıpları engellemek için yapılan fedakârlıklar gelir” (Durkheim, Emile, **Sosyoloji Dersleri**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006, s. 275).

¹³⁰ Aynı yönde bkz. Höfling, Wolfram, **Vertragsfreiheit: Eine grundrechtsdogmatische Studie**, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, s. 44-45; Cherednychenko (2007-a), s. 217-218; Szwed, s. 10; Dörrenbächer (2021-b), s. 61-62.

¹³¹ Gutmann, Thomas, “Some Preliminary Remarks on a Liberal Theory of Contract”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 76, No. 2, Y. 2013, s. 51.

¹³² Klasik liberal modelde “sözleşme özgürlüğü” kavramındaki “özgürlük” ibaresinin negatif özgürlük olduğu yönünde bkz. Simhony, Avital, “Positive Freedom and Freedom of Contract: Fairness, Faring Well, and Freedom”, **Positive Freedom: Past, Present, and Future**, (Editör John Christman), Cambridge University Press, Cambridge, 2022, s. 69.

iki tarafın da karşılıklı çıkarlarının tatminine hizmet edeceği düşünülmüştür¹³³. Ancak günümüzde “eşit bireylerin serbest pazarlığı” varsayımının bir yanılsamadan ibaret olduğu ve sosyo-ekonomik hayatın gerçekleri ile bağdaşmadığı net bir şekilde anlaşılmıştır¹³⁴. Piyasa durumu hakkındaki bilgileri, zekâları, müzakere yetenekleri ve sosyo-ekonomik güçleri bakımından sözleşme tarafları arasında büyük farklılıklar mevcuttur¹³⁵ ve bu durum, tarafların ortak iradelerini yansıtan adaletli bir sözleşme içeriğinin oluşumuna engel teşkil etmektedir.

Sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini düzenleme konularında yasal/biçimsel özgürlüğü ön plana çıkaran şekli yaklaşımın aksine, “*maddî sözleşme hürriyeti*” (*substantive freedom of contract*)¹³⁶ kişinin bu konularda gerçek/eylemsel özgürlüğünün varlığına odaklanır¹³⁷. Maddî yaklaşımda, tarafların gerçek iradelerini sözleşme hükümlerine ne ölçüde yansıtabilirdiği; sözleşmenin kurulması aşamasında irade beyanlarının gerçekten bağımsız ve özgürce oluşup oluşmadığı hususları önem taşımaktadır¹³⁸. Modern sözleşme ilişkilerinde, hata, hile ve korkutma gibi klasik irade sakatlığı halleri dışında, tarafların bilinçli ve özgür tercihlerde bulunmalarını engelleyen başkaca birçok sorun ile karşılaşmaktadır. Tarafların pazarlık güçlerindeki dengesizlik, bilgi asimetrisi, tüketici irrasyonallitesi gibi olgular¹³⁹

¹³³ Serozan/Baysal/Sanlı, s. 60-61.

¹³⁴ Klasik sözleşme teorisinin temel varsayımları ile modern sözleşme ilişkilerinin yapısı arasında büyük bir boşluk olduğu yönünde bkz. Atiyah, Patrick S., **An Introduction to the Law of Contract**, Oxford University Press, London, 1975, s. 16-20.

¹³⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 504. “*Giderek keskinleşen ekonomik, sosyal ve entelektüel bağımlılık ilişkileri içinde, beyin yıkayıcı, şartlandırıcı, çarpıtıcı pazarlama teknikleri karşısında, kredi (borç) sarmalında ve özellikle genel işlem koşulları tuzakları önünde, “eşit bireyler arasında eşit koşullar altında serbest ve adaletli sözleşme” hayali, iskambil kâğıdından kurulu şatolar gibi çökmüştür. Müşteri, büyük işletmelerin karşısında pazarlık gücünden yoksundur. Kendisine dayatılan genel işlem koşullarını kabullenmek zorundadır. (Take it or leave it = ya alırsın ya bırakırsın) Üstelik müşteri, kendisini tüketime iteleyebilmek için geliştirilen akla hayale gelmez manipülasyon (şartlandırma, abartma, çarpıtma) teknikleri karşısında beyni yıkanmış bir tüketim robotuna ve kölesine dönüşmüştür*” (Serozan/Baysal/Sanlı, s. 61).

¹³⁶ Bu yönde kullanım için bkz. Reisenhuber, s. 366; Cherednychenko (2007-a), s. 10; Şen Doğramacı, s. 1284; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 504; Atamer (2001), s. 20; Cherednychenko (2017), s. 276-278; Atasoy, s. 283.

¹³⁷ Cherednychenko (2007-a), s. 10; Cherednychenko (2017), s. 277.

¹³⁸ Atasoy, s. 283.

¹³⁹ Grundmann, akit tarafların bilinçli ve özgür tercihlerde bulunmalarını engelleyen bu tür durumları ifade etmek için “*konsensüs başarısızlığı*” (*consensus failure*) terimini kullanmaktadır

karşısında, ortaya çıkan sözleşme içeriğinin tarafların özgür ve ortak iradelerinin ürünü olduğu varsayımı sorguya açık hale gelmiştir. Çoğu sözleşme ilişkisinde zayıf taraf, hazırlanmasına hiçbir katkı sunamadığı, gerçekte arzu etmediği yahut yeterli bilgi ve donanımına sahip olması durumunda arzu etmeyeceği bir sözleşme içeriğine rıza göstermek zorunda kalmaktadır. Böylece şekli sözleşme hürriyeti, güçlü taraf için bir imtiyaza dönüşürken, zayıf taraf açısından ise bir bağımlılık-heteronomi durumunu ortaya çıkarmaktadır¹⁴⁰.

Maddî yaklaşıma göre, bir sözleşme ilişkisinde akit taraflar eşit ölçüde sözleşme hürriyetine sahip olmalıdır. Bu da karşı tarafı seçme ve sözleşme içeriğini şekillendirebilme gücü ve kabiliyeti açısından taraflar arasında ortalama bir dengenin varlığını gerektirir. Böyle bir dengenin mevcut olmadığı durumlarda, muhtaçlığı, bilgisizliği yahut manipülasyona maruz kalması nedeni ile gerçek iradesini yansıtmaya olanağı bulamayan tarafın akdetmiş olduğu sözleşme, bir özerklik eylemi olarak görülemez ve sözleşme hürriyeti ilkesi ile meşrulaştırılamaz¹⁴¹. Bu çerçevede, sözleşme hürriyeti, tek başına devletin sözleşme ilişkilerine karışmaması, bu ilişkilerin dışında kalması suretiyle hayata geçirilebilecek bir temel hak değildir. Aksine, akit tarafları eşitsiz kılan olguları ortadan kaldırabilmek ve zayıf tarafın gerçek anlamda irade özerkliğine sahip olmasını temin edebilmek için devletin pozitif eylemine ihtiyaç vardır.

(Grundmann, Stefan, “European Contract Law(s) of What Colour?”, **European Review of Contract Law**, Vol. 1, Issue 2, Y. 2005, s. 198).

¹⁴⁰ Yargıtay da iltihaki (katılmalı) sözleşmeleri konu alan bir kararında bu duruma dikkat çekmiştir: “Bu sözleşmelerde, taraflardan biri olan İdare, önceden sözleşme koşullarını hazırlayarak bir icap şeklinde, umuma arzeder ve hizmetten yararlanma ihtiyacı içinde olan yurttaş bunları zimnen kabul etmek suretiyle bağlanır. Genel koşulları önceden tesbit eden taraf, bunlarda değişiklik yapma olanağına sahiptir. Ekonomik bakımdan güçlü olduğu için karşı tarafın ileri sürebileceği değişiklikleri kabule yanaşmaz. Bu durumda taraflardan birinin kendi şartlarını diğerine dikte etmesine yol açan bir sözleşme özgürlüğü; özgürlük olmaktan çıkıp bir ayrıcalık halini kazanır” (Yargıtay 13’üncü Hukuk Dairesi, E. 1996/1734, K. 1996/2495, K.T. 18.03.1996, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 19.11.2022).

¹⁴¹ Sosyal liberalizmin öncüleri arasında yer alan Leonard Hobhouse, “volenti non fit injuria” (rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır) ilkesi ile “gönüllü olduğu bir anlaşma üzerinden bir insana zarar gelmez” önermesinin ancak tarafların eşit pazarlık gücüne sahip olmaları koşulu altında geçerli ve doğru olduğunu belirtmektedir: “Zayıf pozisyondaki insan, bir uçurumun üzerinden kaymakta olan bir kişi olarak, tüm servetini kendisine başka hiçbir koşulda ip atmayacak olan birine vermeyi kabul edebilir. Bu gerçek bir rıza değildir. Gerçek rıza, özgür rızadır ve tam rıza özgürlüğü, anlaşmanın her iki tarafının da eşit durumda olması anlamına gelir” (Hobhouse, Leonard, **Liberalizm**, (Çev. Mert Görkem Önses), Liberus Yayınları, İstanbul, 2019, s. 60).

Şeklî yaklaşıma göre, sözleşme hürriyeti ile zayıf tarafın korunması birbiri ile çatışan iki ayrı ilke durumundadır. Bu nedenle, adil olmayan sözleşmelere karşı çareler öngören yasa hükümleri ve kuramların sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiği kabul edilmektedir¹⁴². Maddî yaklaşıma göre ise sözleşme hürriyeti ile zayıf tarafın korunması ilkeleri, çelişmedikleri gibi ayrıca birbirlerini de tamamlamaktadır. Sözleşmenin zayıf tarafı ancak devletin koruyucu müdahalesi sayesinde güçlü tarafın tahakkümünden kurtulabilir ve gerçek anlamda sözleşme hürriyetinden yararlanabilir. Devlet, sözleşme ilişkisine girecek kişilerin rasyonel tercihler yapma olanaklarını genişleten düzenlemeleri hayata geçirmek ve pazarlık güçleri arasındaki yapısal dengesizlik nedeni ile zayıf tarafa aşırı külfetler yükleyen sözleşmelere müdahale etmek suretiyle esasında sözleşme hürriyetini korumaktadır. Bu bakış açısı ile zayıf tarafı korumayı amaçlayan emredici yasa hükümleri, sözleşme hürriyetine getirilmiş sınırlamalardan ziyade devletin kişisel özerkliği ve insan onurunu koruma görevinin gerekleri olarak görülmektedir¹⁴³. Aynı şekilde sözleşme öncesi koruma yükümlülükleri, yargıcın belli durumlarda sözleşme içeriğini kontrol etme yetkisi, bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülükleri de maddî yaklaşıma göre sözleşme hürriyetinin gerçek istisnaları olarak değerlendirilmemektedir¹⁴⁴.

¹⁴² Colombi Ciacchi, Aurelia, “Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union”, **European Review of Contract Law**, Vol. 6, Issue 3, Y. 2010, s. 303-304.

¹⁴³ Krş. Collins, Hugh, “The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe”, **University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series**, Paper No. 13/2011, Y. 2011, s. 6-7.

¹⁴⁴ Şen Doğramacı, s. 1284, dipnot 17. Sözleşme hürriyeti ile zayıf tarafın korunması ilkelerinin bir arada okunması gerektiği yönünde bkz. Atasoy, s. 282. Satıcının tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğünün sözleşme hürriyetini sınırlandırmadığı; esasında tüketicinin bilinçli karar verebilmesine imkân tanıyarak sözleşme hürriyetini genişlettiği yönünde bkz. Reisenhuber, s. 366-368. Tüketiciyi korumayı amaçlayan hukuk kurallarının sözleşme hürriyetine sınırlama getirmede; aksine bu hürriyetin kusursuz işlemesine hizmet ettiği yönünde bkz. Kara Kılıçarslan, Seda, “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, Y. 2015, s. 185. Sözleşme hürriyeti ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında herhangi bir çelişki bulunmadığı ve sözleşme hürriyetinin haksız şartlar içeren sözleşmeler bakımından güvence sağlamadığı yönünde görüş için bkz. Rödl, s. 62. Bilgilendirme yükümlülüğü gibi koruyucu emredici hükümlerin zayıf tarafın maddi sözleşme hürriyetini genişleterek sözleşme içeriğine müdahale etme ihtiyacını azalttığı yönünde bkz. Lurger, Brigitta, “The “Social” Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness”, **Towards a European Civil Code**, (Editörler Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman), Kluwer Law International, Nijmegen, 2004, s. 283. Sözleşme adaleti konusunda özellikle bkz. Durkheim, s. 275-288.

Günümüzde sözleşme hürriyetine dair maddî yaklaşım, salt bir akademik tartışma konusu olmanın ötesine uzanarak Almanya, Slovenya, Yunanistan başta olmak üzere, bazı ülkelerin yargı organları tarafından kabul görmeye başlamıştır¹⁴⁵. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1990 tarihli “*acente (Handelsvertreter) kararı*”¹⁴⁶ ile 1993 tarihli “*kefalet (Bürgschaft) kararı*”¹⁴⁷ maddî sözleşme hürriyeti yaklaşımını yansıtan en açık örneklerdir. Federal Anayasa Mahkemesi bu iki kararında, kamu organlarının, sözleşme ilişkilerinde güçlü tarafın zayıf tarafı sömürsünü engelleme ve ortadan kaldırma şeklinde anayasal yükümlülükleri bulunduğu hükmetmiştir. Kefalet kararında, bu anayasal yükümlülüğün dayanağı olarak doğrudan sözleşme hürriyeti ilkesine başvurulmuştur. Bu kararın ana fikri, devletin belli durumlarda zayıf tarafın sözleşme hürriyetini güvence altına almak için güçlü tarafın sözleşme hürriyetine müdahale etme yükümlülüğü altında olmasıdır¹⁴⁸.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kefalet kararına benzer bir yaklaşımı, Atina Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 7241/1999 sayılı kararında¹⁴⁹ da gözlemek mümkündür. Mahkeme bu olayda, düşük gelirli, az eğitilmiş ve tecrübesiz bir kişinin, taşıdığı risklerin farkında olmaksızın taraf olduğu bir kefalet sözleşmesinin geçerliliğini incelemiştir. Mahkeme ilk olarak, Anayasa'nın 5'inci maddesinde düzenlenen kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkından hareketle, sözleşme hürriyetinin kişilerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetler arasında yer aldığı tespitinde bulunmuştur. Ancak sözleşme hürriyeti, sadece sözleşmenin güçlü tarafının sahip olduğu bir ayrıcalık değildir. Bir özel hukuk işlemine katılan her kişi, sözleşme hürriyetinin taşıyıcısı olabilir ve kendi kaderini tayin etme hakkını eşit ölçüde ileri sürebilir. Sözleşme hürriyeti yalnızca tarafların eşit temelde ve karşılıklı çıkarlarının dengelenmesi bağlamında hareket ettiği durumlarda kendisinden beklenen misyonu yerine getirebilir. Akit taraflardan birinin üstün bir konumda

¹⁴⁵ Colombi Ciachi (2010), s. 304-305.

¹⁴⁶ BVerfGE 81, 242.

¹⁴⁷ BVerfGE 89, 214.

¹⁴⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımı ve söz konusu kararlar aşağıda detaylı olarak incelenmiştir. Bkz. IŞ-IV-C-1-b.

¹⁴⁹ Atina Asliye Hukuk Mahkemesi, 7241/1999, NoV 2000, 1146'dan aktaran Colombi Ciachi (2010), s. 310-311.

olduğu ve sözleşmenin içeriğini tek taraflı olarak karşı tarafa dikte edebildiği bir ortamda, bu üstünlük karşı tarafın kişisel özerkliğini kullanmasına engel teşkil eder. Şüphesiz tarafların pazarlık güçleri arasındaki dengenin bozulduğu her duruma hukuk düzeninin müdahale etmesi beklenemez. Ancak taraflardan birinin yapısal olarak zayıf pazarlık pozisyonunda bulunduğunu gösteren tipik bir durum mevcutsa ve bu durum zayıf taraf açısından açıkça orantısız ve aşırı ölçüde külfetli bir sözleşme içeriğine yol açmışsa, mahkemeler iyi niyet ve dürüstlük kuralı gibi özel hukukun genel ilkelerini uygulayarak gerekli çözümü sağlamakla yükümlüdür. Mahkeme, kefilin yukarıda belirtilen kişisel özelliklerine ek olarak, kefaletten özel bir yarar sağlamamış olmasını, kefil olunan tutarın malî kapasitesinin çok üzerinde olmasını ve bankanın işlemin riskleri hakkında yeterli bilgilendirmeyi yapmamasını göz önünde bulundurarak sözleşmenin genel ahlaka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, maddî yaklaşıma göre sözleşme hürriyeti, devlete sadece karışmama-müdahale etmeme yükümlülüğü yükleyen saf bir negatif statü hakkı niteliğinde değildir. Bu hürriyet, sözleşme ilişkisine giren kişilere, karşı tarafın neden olduğu baskı ve sömürüyü engellemesi ve ortadan kaldırması için devletten yardım talep etme yetkisi de vermektedir. Bu bağlamda, yasa koyucunun sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu hukuk kurallarının ihdasına yönelik ihmali yahut yargıcın tahakküm unsuru barındıran bir sözleşmeye müdahale etmekten kaçınması sözleşme hürriyetinin ihlali anlamı taşıyabilecektir.

Sözleşme hürriyetine bir nevi pozitif hak kimliği kazandıran maddî yaklaşım, çeşitli açılardan eleştiriye tabi tutulabilir. Bir kere, maddî yaklaşım, sözleşme hürriyeti kavramının geleneksel anlamını ters yüz etmektedir. Geleneksel anlamı doğrultusunda ele alındığında, genel işlem koşulları içeren veya edimler arasında dengesizlik bulunan sözleşmeleri haklılaştırmak için başvurulmuş sözleşme hürriyeti ilkesi, maddi yaklaşımda bu tür sözleşmelerin geçersiz kılınmasının veya bu sözleşmelere müdahale edilmesinin gerekçesi olarak sunulmaktadır. Gutmann¹⁵⁰; devletin, yurttaşlar için kişisel özerkliğin ön koşullarını oluşturma yönünde meşru bir

¹⁵⁰ Gutmann, Thomas, “*Theories of Contract and the Concept of Autonomy*”, **Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics**, Münster 2013/55, s. 10; Gutmann (2013-a), s. 51.

görevi bulunabileceğini kabul etse de, sözleşme tarafları arasındaki yatay ilişkilerde anayasal bir pozitif özgürlük hakkından söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre; “*maddî*” veya “*pozitif*” sözleşme hürriyeti şeklinde bir anayasal hak mevcut değildir. Zira bir akit tarafın, diğer tarafın pozitif sözleşme hürriyetinden sorumlu tutulması, ona, sözleşme yapmadan önce, karşı taraf için tercihte bulunabileceği bir dizi önemli, pozitif ve anlamlı seçenek oluşturma görevi vermek anlamına gelmektedir. Bu durum, sosyal ve ekonomik hakların sözleşme yapan kişiler arasındaki yatay ilişkilerde doğrudan uygulanması kadar saçma bir fikirdir.

Öğretide, sözleşme hürriyetinin anlamına ilişkin bir paradigma değişimini yansıtan maddi yaklaşımın kişisel özerklik ve öz sorumluluk düşüncelerinin tahribine yol açabileceği ileri sürülmüştür¹⁵¹. Maddi yaklaşım; yasama ve yargı erklerini, “*sözleşme taraflarını kendilerine karşı koruma*” yönünde paternalist bir yükümlülük altına sokmaktadır¹⁵². Oysa kişisel özerklik, bireylerin kendi hayatlarına dair kararları, herhangi bir dış baskı ve zorlama altında olmaksızın bizzat kendilerinin verebilmesi anlamına gelir ki kişinin hatalı ve zarar doğuran tercihlerinin sonuçlarına katlanması da sahip olduğu bu özerkliğin bir gereğidir. Bu çerçevede, kişisel özerklik ve sözleşme hürriyeti ilkelerinin, kişilerin önemli riskler barındıran sözleşmelere taraf olabilmelerine ve eda kabiliyetlerini aşan yükümlülükler üstlenebilmelerine imkân tanıdığı belirtilmektedir¹⁵³.

¹⁵¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin maddi yaklaşımı benimseyen kararlarına karşı kişisel özerklik temelinde yöneltilen eleştiriler için bkz. Mak, Chantal, **Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England**, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, s. 209-210. Sözleşme hukukundaki güncel gelişmelerin öğretide “*kişisel özerkliğin sonu*” şeklinde eleştirilere yol açtığı yönünde bkz. Brüggemeier, Gert, “*Constitutionalisation of Private Law: The German Perspective*”, **Constitutionalisation of Private Law**, (Editörler Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 74.

¹⁵² Bu yönde tespit ve eleştirilere ilişkin bkz. Cherednychenko (2007-a), s. 250; Mak, s. 210; Dörrenbächer (2021-b), s. 69.

¹⁵³ Bu yönde görüşe ilişkin bkz. Kocaman, Arif B., “*Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları*”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Cilt XXI**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 106; Schütte, Béatrice, “*The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms*”, **The Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective**, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2017, s. 240.

Maddi yaklaşıma karşı yöneltilen bir diğer eleştiri de yürürlükte olan sözleşmelere müdahale ölçütü olarak kullanılan “*sözleşmenin güçlü-zayıf tarafı*” ve “*tarafaların pazarlık güçleri arasındaki yapısal eşitsizlik*” gibi kavramların hukukî kesinlik taşımayan, muğlak kavramlar olduğu yönündedir¹⁵⁴. Modern sözleşme ilişkilerinde bilgi, deneyim, psikolojik ve sosyo-ekonomik güçleri bakımından akit taraflar arasında mutlak bir denklik bulunması oldukça istisnai bir durumdur. Bu nedenle, denetim ölçütü olarak söz konusu geniş ve muğlak kavramlara başvurulması, her türlü sözleşme ilişkisini potansiyel olarak yargıç müdahalesine açık hale getirir. Ayrıca sözleşmenin zayıf tarafı lehine getirilen korumanın nerede başlayıp nerede sonlanacağını önceden kestirmek de mümkün olmaz. Bu durum, bir yandan ticari hayat için vazgeçilmez olan hukukî güvenlik ve belirlilik ilkelerini aşındırırken, diğer yandan da yargı erkinin politik ve ideolojik tartışmaların odağı olan oldukça kaypak bir zeminde faaliyet göstermesi tehlikesine kapı aralamaktadır¹⁵⁵.

Son olarak, zayıf tarafı koruma amacı ile güçlü tarafın sözleşme hürriyetine yönelik gerçekleştirilen müdahalelerin uzun vadede zayıf tarafın çıkarları aleyhine sonuçlar doğurabileceği ileri sürülmektedir¹⁵⁶. Zayıf tarafı koruyucu emredici hükümlerin artması ve yargıcın zayıf taraf lehine sözleşme içeriğine müdahale olanaklarının genişlemesi, banka ve büyük şirketleri sosyal piramitin alt tabakasında yer alan insanlarla sözleşme yapmaktan kaçınmaya sevk edebilecektir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Bu yönde eleştiriler hakkında bkz. Cherednychenko (2007-a), s. 251-252; Dörrenbächer (2021-b), s. 68-69. Söz konusu kavramları somutlaştırmaya yönelik bir deneme için bkz. Atasoy, s. 256-353.

¹⁵⁵ Krş. Cherednychenko (2007-a), s. 252; Dörrenbächer (2021-b), s. 69.

¹⁵⁶ Krş. Cherednychenko, Olha O., “*Fundamental Rights, Contract Law and Transactional Justice*”, **European Review of Contract Law**, Vol. 17, Issue 2, Y. 2021, s. 138-139.

¹⁵⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin kefalet kararlarında benimsediği yaklaşımın koruma politikasından yararlanan grupların krediye erişim imkânlarının kısıtlanması yönünde dolaylı bir etkisi olabileceğine dair bkz. Marella, s. 268.

III) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN TARİHİ VE FELSEFİ KÖKENLERİ

A) ANTİK ÇAĞ'DA SÖZLEŞME

Bireylerin kendi aralarındaki hukuki ilişkileri serbestçe düzenlemelerine imkân tanıyan sözleşme hürriyeti, ancak geniş bir özgür yurttaş kitlesinden müteşekkil, gelişmiş ve karmaşık bir ekonomik sistemin mevcut olduğu toplumlarda ortaya çıkabilir¹⁵⁸. Yalnızca küçük bir yurttaş zümresinin hak ve hürriyetlerden yararlanmaya ehil olduğu; üretim ve ticaretin ilkel düzeyde gerçekleştiği Antik Çağ medeniyetleri, sözleşme hürriyetinin asgari gerekliliklerini karşılamaktan uzaktır.

Antik Çağ hukuk sistemlerinin en temel vasfı, hak ve borçlara ehil olmanın bireylerin sosyal statüsüne bağlanmış olmasıdır. Antik Çağ'da toplum, aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunan çeşitli sınıflardan teşekkül etmiş olup bireyin mensubu olduğu sınıfa göre hukukî statüsü de değişmektedir. Doğumla edinilen ve çoğu kez değiştirilmesi mümkün olmayan sosyal statüler, hak sahipliği açısından temel belirleyici faktördür. Modern hukuk sistemlerinin yerleşmiş bir ilkesi olan herkesin eşit olarak hak ehliyetinden yararlanması olgusu, Antik Çağ hukuk sistemlerine yabancıdır. Kendilerine hukuken kişilik tanınan insan grupları, kültürden kültüre değişkenlik göstermesine rağmen her halükarda toplumun ancak küçük bir bölümü ile sınırlı kalmıştır¹⁵⁹. Bunun doğal bir sonucu olarak, sözleşme ile hak iktisap edip borç altına girebilme, dar bir zümrenin yararlanabileceği bir ayrıcalık olarak görülmüş; geniş toplum kesimleri bu hak ve yetkiden yoksun bırakılmıştır.

Sosyal statülerin sözleşmeler hukuku alanında meydana getirdiği kısıtlayıcı etkinin en bariz örnekleri ile Kadim Hint hukukunda karşılaşılmaktadır. Kadim Hint Toplumunu, aralarında katı bir hiyerarşik ilişkinin bulunduğu, meslek esasına dayanan çeşitli kastlara bölünmüştür. Kast sisteminde kişiler, doğuştan belli bir meslek grubunun mensubu sayılır ve ait oldukları meslek grubuna göre hak ve vazifeleri de değişkenlik gösterir. Bir kasttan diğerine geçmek mümkün olmadığı gibi farklı

¹⁵⁸ Bkz. Shuchman, Philip, "Aristotle's Conception of Contract", *Journal of the History of Ideas*, Vol. 23, No. 2, Y. 1962, s. 257; Chrenkoff, s. 39-41; Atamer (2001), s. 10.

¹⁵⁹ Karadeniz Çelebican, Özcan, **Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 127.

kastlara mensup olan kişilerin birbirleri ile hemen her türlü sosyal münasebeti (evlilik, birlikte yeme-içme, fiziksel temas) de yasaklanmış durumdadır¹⁶⁰.

Kadim Hint Toplumu -kendi içlerinde de sayısız alt-kastlara ayrılabilen- dört ana kasttan oluşmaktadır: *Brahmanlar* (din âlimleri), *Kshatriyalar* (askerler ve idareciler), *Vaishyalar* (tüccar, çiftçi ve zanaatkarlar) ve *Shudralar* (hizmetliler)¹⁶¹. Bu kastlar arasında, hukuk sistemince tanınan her türlü sözleşmeyi yapabilme yetkisi yalnızca ekonomik sistemi tekellerinde tutan *Vaishya* sınıfı mensuplarına aittir. Ticaretle uğraşmaları hoş karşılanmayan *Brahman* ve *Kshatriya* sınıfına mensup olanların ancak karz, istikraz ve vedia gibi bazı sınırlı sözleşme tiplerini gerçekleştirmelerine müsaade edilmiş; bunların alım-satım, kira, kefalet, şirket gibi sözleşme türlerine taraf olmaları yasaklanmıştır¹⁶². Diğer sınıflara mensup olanların mülkiyetlerinde bulunan topraklar üzerinde ücret karşılığında veya elde edilecek üründen bir hisse almak suretiyle çalışan *Shudralar*'ın ise ekonomik yaşamda herhangi bir ağırlığı yoktur. *Shudralar*, taşınmaz mülkiyeti edinmek gibi önemli bazı ekonomik hürriyetlerden de yoksun bırakılmışlardır¹⁶³.

Kast sistemi, sözleşme yapma ehliyetinin yanı sıra sözleşmeden doğan borçların ifasında da kısıtlayıcı bir etki göstermektedir. *Shudra* ve *Vaishya* sınıfına mensup olanlar için sözleşmeden doğan bir borcun ifa edilmemesi, kişinin hukukî sorumluluğunu doğurduğu gibi aynı zamanda bir suç olarak telakki edilmektedir¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Kast sistemi ve bu sistemin hukuk düzenindeki etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arsal, Sadri Maksudi, **Umumî Hukuk Tarihi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1944, s. 33-59; Okandan, Recai Galip, **Umumî Hukuk Tarihi Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951, s. 45-72; Mahmut Esat Efendi, **Tarih-i İlm-i Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 132-170; Duverger, Maurice, **Siyaset Sosyolojisi**, (Çev. Şirin Tekeli), Varlık Yayınları, İstanbul, 2014, s. 146-150; Parry, J.P., “Kast”, **Sosyal Bilimler Ansiklopedisi: Birinci Kitap**, (Çev. Osman Metin), Adres Yayınları, Ankara, 2016, s. 741-742; Donnelly, s. 136-170.

¹⁶¹ Arsal, s. 42-45; Okandan, s. 46; Donnelly, s. 138; Mahmut Esat Efendi, s. 133; Duverger, s. 147; Parry, s. 742.

¹⁶² Okandan, s. 64.

¹⁶³ Arsal, s. 54; Okandan, s. 63. Hint toplumunda, bu dört kastın dışında bir de *parya* veya *dokunulmazlar* olarak adlandırılan kast dışı ayrı bir sınıf daha vardır ki bunların durumu kölelerden farksızdır. Her türlü hak ve hürriyetten yoksun sayılan bu sınıfın mensupları şehir, kasaba ve köy merkezlerinde oturamazlar; eşek ve köpekten başka bir hayvana malik olamazlar ve bu sınıfa mensup kişilerin ancak ölümlerden kalma giysileri giymelerine müsaade edilir (Ekinci, Ekrem Buğra, “*Hindistan’da Parya Olmak*”, <http://www.ekremlugraekinci.com>, E.T. 17.03.2020; Arsal, s. 45; Okandan, s. 45-47).

¹⁶⁴ Okandan, s. 66-67.

Oysa *Brahman* sınıfına mensup bir borçluyu, borcunu ifa etmeye zorlayacak hiçbir hukukî müeyyide bulunmamaktadır¹⁶⁵. Alacaklının *Brahman*, borçlunun *Kshatriya* sınıfına mensup olması durumunda ise borçlu ancak hükümdarın emri ile borcunu ödemeye zorlanabilir¹⁶⁶.

Antik Yunan’da, yalnızca toplam nüfusun çok küçük bir oranını teşkil eden yurttaş kitlesinin¹⁶⁷ siyasi ve medeni haklardan tam olarak yararlanmaya ehil olduğu kabul edilmiştir. Kadınlar, yurttaşlar sınıfına dâhil edilmediği gibi hukuki işlem ehliyetinden de yoksundur. Evlenene kadar babasının yahut diğer bir yakın akrabasının vesayeti altında olan kadın, evlendikten sonra da kocasının vesayeti altına girer ve vasisinin izni veya onayı olmadan hiçbir hukuki işlem gerçekleştiremez¹⁶⁸.

Site’de ikamet eden yabancılar (*metoikos*) -her türlü siyasi haktan yoksun olmalarının yanı sıra- medeni hukuk alanında da önemli kısıtlamalara tabi tutulmuşlardır. Yabancıların ticaret veya zanaat ile iştigal edebilmeleri, hukuki işlem yapabilmeleri yahut dava açabilmeleri için bir yurttaşın himayesi altında bulunmaları şarttır¹⁶⁹. Ayrıca yabancıların taşınmaz iktisap etmek, maden işletmek gibi bazı ekonomik faaliyetlere girişmeleri de kesin olarak yasaklanmıştır¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Borçluyu manevî baskı altına alıp ifaya zorlama amacı taşıyan “*dhârna*” âdeti, bu hukukî müeyyide eksikliğinin bir sonucu olmalıdır. Bu âdete göre, alacaklı, borcunu ödemeye yanaşmayan borçluyu zorlamak için gelip onun kapısına yerleşir ve parası ödenmezse orada açlıktan ölmekle karşısındakini tehdit eder. Bu tehdidin ciddiye alınabilmesi için açlık grevcisinin gerektiğinde sonuna kadar gitmeye kararlı olması gerekir. Alacaklının ölümü durumunda, ruhunun bedenden ayrıldıktan sonra o eve geleceğine ve ev sahibinin eşikten geçmesine izin vermeyeceğine inanılmaktadır (Durkheim, s. 263-264).

¹⁶⁶ Arsal, s. 55; Okandan, s. 65.

¹⁶⁷ Yurttaşların toplam nüfusa oranı Yunan siteleri arasında değişkenlik göstermesine rağmen neredeyse tüm sitelerde yurttaşlar azınlıkta kalmaktadır. Örneğin nüfusu 350.000’e ulaşan demokratik Atina’da yurttaşların sayısı 40.000-45.000 civarındadır (Ağaoğulları, Mehmet Ali, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, İmge Kitabevi, Ankara, 2004, s. 19). Sparta’da ise toplam nüfusun ancak onda birinin yurttaş olduğu ve zamanla bu oranın azalarak toplam yurttaş sayısının 200’e kadar düştüğü ifade edilmektedir (Arsal, s. 169; Okandan, s. 270).

¹⁶⁸ Şenel, Alâeddin, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 284-285; Kamen, Deborah, **Status in Classical Athens**, Princeton University Press, Princeton, 2013, s. 87; Arsal, s. 138-139; Okandan, s. 280.

¹⁶⁹ Arsal, s. 132-133; Şenel, s. 263.

¹⁷⁰ Antik Yunan’da yabancıların hukuki statüsüne ve yabancılara getirilen hak kısıtlamalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Babler, Bablina, “*Metics*”, **Encyclopedia of Ancient Greece**, (Editör Nigel Wilson), Routledge, New York, 2006, s. 469-470; Şenel, s. 261-265; Kamen, s. 43-51.

Birçok Yunan sitesinde nüfusun yarıya yakınına oluşturan ve üretim ilişkilerinin temelinde yer alan köleler ise hukukî açısından “*kişi*” statüsünde kabul edilmemektedir. Köleler, hakkın süjesi değil objesi durumundadır. Sözleşme ile hak iktisap edip borç altına girebilmeleri bir yana, kölelerin taşınır bir eşya gibi alınmaları, satılmaları veya miras bırakılmaları mümkündür¹⁷¹.

Roma hukukunda bireyin hak ehliyetini veya hukukî statüsünü şekillendiren üç ana unsur mevcuttur: Hürriyet durumu (*status libertatis*), yurttaşlık durumu (*status civitatis*) ve aile durumu (*status familiae*). Yalnızca hür, yurttaş ve aile babası (*pater familias*) egemenliği altında olmayan küçük bir zümrenin tam hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu üç unsurdan herhangi birinin eksikliği veya sonradan ortadan kalkması durumunda, birey açısından önemli hak yoksunlukları ortaya çıkmaktadır¹⁷².

Diğer Antik Çağ medeniyetlerinde olduğu gibi, Roma’da da kölelik meşru ve gerekli bir kurum olarak kabul edilmiştir. Toplumun hemen hemen bütün maddi ihtiyaçları köleler tarafından giderilmekte; ev, tarla ve imalathanelerde köleler çalıştırılmaktadır. Öyle ki, günümüz toplumlarında itibarlı meslekler arasında yer alan doktorluk, avukatlık gibi hizmetler bile köleler tarafından yerine getirilmektedir¹⁷³. Öte yandan, sosyal ve ekonomik hayatta böylesine vazgeçilmez bir fonksiyon icra eden kölelerin, hukuk düzeninin onlara kişilik tanımamış olması nedeni ile hak sahibi olabilmesi veya borç altına girebilmesi mümkün değildir. Tam aksine, efendisinin köle üzerinde mülkiyet hakkından kaynaklanan mutlak bir tasarruf yetkisi bulunmaktadır. Köle, her türlü hukukî muameleye konu edilebilir;

¹⁷¹ Bozkurt, Gülnihal, “*Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 38, S. 1, Y. 1981, s. 89.

¹⁷² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Berki, Şakir, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949, s. 101; Oğuzoğlu, Cahit, **Roma Hukuku**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1952, s. 51-52; Di Marzo, Salvatore, **Roma Hukuku**, (Çev. Ziya Umur), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 30; Rehbinder, Manfred, “*Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri: Statü-Sözleşme-Rol*”, (Çev. Hikmet Sami Türk), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 1, Y. 1969, s. 83; Umur, Ziya, **Roma Hukuku: Tarihî Giriş-Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974, s. 351-352; Koschaker, Paul, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, (Kitabı Yeniden Elden Geçiren: Kudret Ayiter), Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 76; Anderson, Craig, **Roman Law Essentials**, Dundee University Press, Dundee, 2009, s. 71; Karadeniz Çelebican, s. 129.

¹⁷³ Karadeniz Çelebican, s. 131.

efendisi tarafından eziyet ve işkenceye tabi tutulabilir hatta öldürülebilir. Öte yandan ekonomik hayatın getirdiği zorunluluklar nedeni ile akıl ve irade sahibi kölelerin hukuki işlem ehliyetlerinin bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak hak ehliyetine sahip olmadıkları için kölelerin hukuki işlemlerinden doğan haklar, kendiliğinden efendilerinin mal varlığına dâhil olmakta; bu işlemlerden kaynaklanan borçlardan ise efendi sorumlu tutulamamaktadır¹⁷⁴.

Roma hukuk düzeninde yabancılar, *ius civile*'nin sağladığı hukuki himayeden yoksundur. *Ius civile*'ye göre; malvarlığına ilişkin her türlü hukuki işlemi gerçekleştirmek, hukuken geçerli bir evlilik yapabilmek, davada taraf olabilmek, özetle özel hukuk alanında söz konusu olabilecek her türlü hakka sahip olabilmek veya borç altına girebilmek için kural olarak Roma yurttaşı olmak gerekir¹⁷⁵. Roma Devleti'nin sınırları dışında yaşayan yabancılar (*barbarus*) için tabiiyetinde oldukları devletler ile Roma arasında özel bir anlaşma bulunmuyorsa hiçbir hak ve hukuki himaye mevcut değildir. Bunlar, Romalı bir yurttaş tarafından herhangi bir müeyyideye uğramaksızın köleleştirilebilir hatta öldürülebilir¹⁷⁶. Sonradan Roma egemenliğine giren kavimlerin mensuplarına (*peregrinus*) ise -yurttaş olarak kabul edilmemelerine rağmen- bazı hukuki işlemleri yapabilme, Romalılarla evlenebilme gibi belli alanlarda *ius gentium* çerçevesinde kısmi bir himaye sağlanmıştır. Ancak bu kişiler, Roma yurttaşlarına mirasçı olamaz, yargı organlarına başvuramaz, Roma sözleşmeler sisteminin temel yapı taşı olan sözlü akitler (*stipulatio*) ile hak iktisap edip borç altına giremez¹⁷⁷. Uluslararası ticaretin gelişmesine paralel olarak, zamanla bu kısıtlamaların bir kısmı ortadan kaldırılıp yabancıların da ticari hayatın gerektirdiği temel hukuki işlemleri gerçekleştirmelerine müsaade edilmişse de M.S. 212 yılında *Caracalla Emirnamesi* ile Roma egemenliğine tabi olan tüm halklara yurttaşlık hakkı bahşedilene kadar yabancılar için tam bir hak ehliyetinden söz etmek mümkün değildir.

¹⁷⁴ Umur, s. 362; Koschaker, s. 78-79; Karadeniz Çelebican, s. 135-136.

¹⁷⁵ Karadeniz Çelebican, s. 147.

¹⁷⁶ Umur, s. 379; Koschaker, s. 9; Karadeniz Çelebican, s. 149.

¹⁷⁷ Tahiroğlu, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2003, s. 115-116; Oğuzoğlu, s. 76-77; Umur, s. 379; Karadeniz Çelebican, s. 149.

Hak ehliyetini haiz olabilmek için hür ve yurttaş olmak tek başına yeterli şartlar olmayıp bunun yanı sıra aile babası egemenliği altında bulunmamak da gerekmektedir. Roma ailesinde, hak ehliyetini haiz olan tek şahıs, aile babasıdır (*pater familias*). Aile babasının; eşi, çocukları, torunları ve diğer aile bireyleri üzerinde *patria potestas* olarak adlandırılan mutlak bir hâkimiyet yetkisi bulunmaktadır. Öyle ki, aile evlatlarının (*filius familias*) evlenmesine veya boşanmasına karar vermek, suç işlediklerinde cezalandırmak, gerektiğinde onları köle olarak satmak yahut öldürmek aile babasının bu sınırsız hâkimiyet yetkisinin bazı görünüm şekilleridir¹⁷⁸. Aile evlatları -siyasi haklara sahip olmalarına rağmen- aile babası hayatta olduğu sürece¹⁷⁹ özel hukuk açısından hak süjesi olarak kabul edilmemişlerdir. Tıpkı kölelerde olduğu gibi, aile evlatlarının hukuki işlemleri ile iktisap ettiği haklar kendilerine değil aile babasına aittir. Bu işlemlerden bir borç doğması durumunda ise aile babasını sorumlu tutmak olanaksızdır¹⁸⁰.

Görüldüğü üzere, bireyin hak ehliyetinin onun toplumsal hayatta işgal ettiği konuma ve sosyal statüsüne göre belirlenmesi, Antik Çağ hukuk düzenlerinin ortak bir özelliğidir. Tüm toplumlarda, sosyal ve ekonomik ilişkilerini özgür irade ve karşılıklı rızaya dayanan anlaşmalar ile düzenleyebilme, diğer bir deyişle kendi aralarındaki ilişkilerde geçerli olacak hukuku kararlaştırabilme yetkisi, mutlu bir azınlığın yararlanabileceği bir ayrıcalık olarak görülmüştür. Öte yandan, hak ve fiil ehliyetine tam olarak sahip olan bu azınlığın dahi sınırsız bir sözleşme hürriyetine sahip olduğu düşünülmemelidir. Gerek öngörülen katı şekil kuralları, gerekse hukuk düzenince tanınan ve himaye edilen sözleşme tiplerinin sınırlı olması nedeni ile antik

¹⁷⁸ Maine, Henry Sumner, **Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas**, Spottiswoode & Co., London, 1897, s. 138; Berki (1949), s. 143-144; Oğuzoğlu, s. 81-82; Di Marzo, s. 143-149; Umur, s. 398-400; Koschaker, s. 328-330; Karadeniz Çelebican, s. 163-164.

¹⁷⁹ Aile babasının ölümünün ardından aile evladı statüsündeki erkek çocuklar, aile babası statüsünü kazanmakta ve eğer varsa eşi ve çocukları onun hâkimiyeti altına girmektedir. Aile evladı statüsündeki kadınlar ise hiçbir zaman aile babası statüsünü kazanamaz. Evli olan kadınlar, kocasının hâkimiyeti altına girer ve bunların hak ehliyetinden yoksunluk durumu devam eder. Bekâr olan kadınlar ise “*kendi hukukuna tabi kişi*” (*sui iuris*) statüsü kazanarak hak ehliyetine kavuşur; ancak fiil ehliyetleri sınırlı olduğundan kendilerine birer vasi atanır (Berki, Şakir, “*Romada Aile Hukuku*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, Y. 1957, s. 120-121; Umur, s. 471-474; Karadeniz Çelebican, s. 160-162).

¹⁸⁰ Maine, s. 141; Berki (1949), s. 143; Oğuzoğlu, s. 81-82; Di Marzo, s. 149; Umur, s. 400-401; Koschaker, s. 329-331; Karadeniz Çelebican, s. 164-166; Anderson, s. 27.

toplumlarda sözleşme hürriyeti hiçbir zaman özel hukuk sistemlerinin yerleşmiş bir prensibi haline gelememiştir. Roma hukuku sözleşmeler sistemi üzerine yapılacak küçük bir gözlem ile bu olgunun doğrulanması mümkündür.

Modern hukuk sistemlerinin aksine, Roma hukukunda sözleşme ile hak iktisap edip borç altına girebilmek için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları tek başına yeterli değildir. Bunlara ek olarak, bu irade açıklamasının belli bir şekilde beyan edilmesi yahut sözleşme konusu eşyanın karşı tarafa teslimi de gerekmektedir. Oldukça katı ve törensel nitelik taşıyan şekil kurallarına riayet edilmeden yapılan sözleşmeler hükümsüz kabul edilir. Ticari hayatın gelişmesi ve yabancıların gittikçe artan tesirinin doğurduğu yeni ihtiyaçlar nedeni ile *ius civile*'nin şekilci zihniyeti bir ölçüde yumuşatılmış ve alım-satım, kira, hizmet gibi günlük hayatta çokça başvurulmuş bazı sözleşme tiplerinin (rızaî sözleşmeler) şekil kurallarına tabi olmadan, yalnızca tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması ile kurulabilmesine olanak tanınmıştır. Ancak *Iustinianus* döneminde bile, rızaîlik ve şekil serbestisi Roma hukuku sözleşmeler sisteminin genel bir ilkesi haline gelememiş; istisna olarak kalmaya devam etmiştir¹⁸¹.

Roma hukuku sözleşmeler sistemini modern hukuk düzenlerinden ayıran bir diğer özellik, modern hukukta tarafların uzlaşısı ile kanunda düzenlenmemiş yeni sözleşme tiplerinin (*isimsiz sözleşmeler*) yaratılabilmesi olanağına karşılık, Roma sözleşmeler hukukunda “sınırlı sayı” (*numerus clausus*) ilkesinin geçerli olmasıdır. Roma sözleşmeler hukuku; münferit ve muayyen sözleşmelerden meydana gelmiş bir sistem manzarası arz etmektedir¹⁸². Taraflar ancak *ius civile* tarafından tanınan belli sözleşme türlerini (*contractus*) kullanmak suretiyle karşılıklı yükümlülük altına girebilir¹⁸³. *Ius civile*'nin dışında kalan anlaşmaların (*pactum*) borç doğurabileceği

¹⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, Nevzat, “*Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)*” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. 1981, s. 148-150; Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 59-65; Erdoğan, Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2014; s. 48-49; Di Marzo, s. 358-365; Koschaker, s. 204-209; Tahiroğlu (2003), s. 106-113; Küçükyalçın, s. 103-105; Karadeniz Çelebican, s. 182-183.

¹⁸² Rado, s. 60.

¹⁸³ Rado, s. 60; Tahiroğlu (2003), s. 107-108; Anderson, s. 71.

kabul edilmemiş; tarafların bu anlaşmalara dayanarak yargı organlarına başvurmasına izin verilmemiştir¹⁸⁴.

Roma hukukunda sağlam ve tutarlı bir sözleşme hürriyeti teorisinin varlığından söz edilemese de modern özel hukuk sistemlerine temel teşkil eden bu prensibin ilk izleri ile Roma hukukunda karşılaşıldığı söylenebilir. Roma'nın, kabileler konfederasyonu şeklinde örgütlenmiş basit bir kent devletinden, üç kıtaya hükmeden kozmopolit ve emperyal bir devlete evrilmesi, sosyal ve ekonomik alanda radikal değişimleri tetiklemiştir. Bu değişimin sözleşmeler hukuku alanındaki yansımaları, statü temelli hak yoksunluklarının zayıflatılması ve *ius civile*'ye hâkim olan katı ve şekilci zihniyetin, ticari hayatın ihtiyaçları doğrultusunda daha esnek bir yapıya kavuşturulmasıdır. Roma uyrukları içinde kendilerine yurttaşlık hakkı tanınan kitlenin zaman içinde genişlemesi, yabancılara hukuk düzenince kısmi bir himaye sağlanması ve aile babasının aile fertleri üzerindeki mutlak iktidarının kısıtlanması bu değişimin ilk veçhesini oluşturur. İkinci veçhesinde ise kurulması için tarafların birbirine uygun karşılıklı irade açıklamalarının yeterli olduğu rızâî sözleşmeler grubunun genişlemesi ve isimsiz sözleşmeler ile *pactum* 'lardan doğan borçlara dava hakkı tanınması yer alır. Özellikle Henry Maine'in modern anlamda sözleşmenin ilk nüvesi olarak nitelendirdiği *pactum* 'ların¹⁸⁵, imparator emirnameleri ve *praetor* 'ların yargısal faaliyetleri sonucu himaye görmesi sayesinde, Roma sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden biri olan tipe bağlılık veya sınırlı sayı ilkesinin bir ölçüde aşılabildiği söylenebilir.

Son olarak, günümüz hukuk düzenlerinde sözleşmenin zayıf tarafını korumak için sözleşme hürriyetine getirilen bazı sınırlamaların Roma hukuku kaynaklı olduğu veya en azından Roma hukukunda da benzer sınırlamalara başvurulduğu belirtilmelidir. Hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmadığı müddetçe tarafların sözleşme içeriğini serbestçe belirleyebilmesi Roma sözleşmeler hukukunun temel bir prensibi olsa da, bu serbestiden kaynaklanan sosyal ve ekonomik sorunlara ilk dönemlerden itibaren kayıtsız kalınmadığı görülmektedir. Tarafların kanunda

¹⁸⁴ Rado, s. 60; Tahiroğlu (2003), s. 108; Karadeniz Çelebicin, s. 183-184; Küçükyalçın, s. 103-104; Erdoğan, s. 48-49.

¹⁸⁵ Maine, s. 313-314.

tespit edilen oranın üzerinde faiz kararlaştıramamaları¹⁸⁶, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasındaki orantısızlığa izin verilmemesi¹⁸⁷, kadınların kocaları veya üçüncü şahıslar lehine borç yüklenmelerinin, kefil olmalarının ve rehin vermelerinin yasaklanması¹⁸⁸, eşler arasındaki bağışlamaların geçersiz sayılması¹⁸⁹, Roma hukukunda sosyo-ekonomik gerekçelerle sözleşme hürriyetine yapılan müdahale örnekleri arasında yer almaktadır.

¹⁸⁶ Devletin faiz oranları için bir üst limit belirlemesi, Sümer, Babil, Çin, Hint medeniyetleri de dâhil olmak üzere Antik Çağ medeniyetlerinin hemen hepsinde ortak olan bir eğilimdir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, Halid Kemal, “*Fahiş Faiz Meselesi: Tarih ve Türk Hukukunda*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 18, S. 3-4, Y. 1952, s. 855-856; Okandan, s. 41-113). Roma’da XII Levha Kanunu yıllık yüzde yüz oranında faize izin vermekte iken yüksek faiz oranlarının krediye ihtiyaç duyan yoksul halk kesimlerinin suistimaline yol açtığı anlaşılmış; M.Ö. 342 yılında çıkarılan *Lex Genucia* ile faiz tamamen yasaklanmıştır. Cumhuriyet döneminin sonlarında faiz tekrar serbest bırakılmışsa da kararlaştırılabilecek azami faiz oranı yıllık yüzde on iki olarak tespit edilmiştir. *Iustinianus* döneminde ise yıllık faiz oranı yüzde altıya indirilmiştir. Faiz için devlet tarafından azami bir oranın tespitinin yanı sıra faize faiz yürütülememesi ve faizin anaparayı geçememesi kuralları ile borçlular için ilave bir güvence sağlanmıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir (1952), s. 856-857; Di Marzo, s. 329-330; Rado, s. 70-73; Tahiroğlu (2003), s. 138-142; Erdoğan, s. 66-67).

¹⁸⁷ Esasında Klasik Dönem Roma Hukukunda *adil fiyat (iustum pretium)* yaklaşımı bulunmamaktadır. Bu dönemde taraflar, edimlerini diledikleri şekilde belirlemekte özgür bırakılmışlardır. Edimler arasındaki dengesizlik, sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmadığı gibi bu dengesizliğin giderilmesi suretiyle sözleşmenin düzeltilmesini de gerektirmez. Ancak Son İmparatorluk Döneminde, meydana gelen ekonomik bunalımlar ve enflasyon olgusu nedeniyle, bu liberal yaklaşımın terkedilerek fiyatların çeşitli yollarla kontrol altına alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu çabaların en aşırı örneği, İmparator *Diocletianus* tarafından M.S. 301 yılında çıkarılan *Azami Fiyatlar Fermanı*’dır. Bu ferman ile yaklaşık 1400 kalem mal ve hizmetin fiyatı sabitlenmiş ve belirlenen fiyatların üzerinde satış yapanların idam cezasına çarptırıldığı öngörülmüştür. Ekonomi biliminin temel ilkeleri ile bağdaşmayan bu ferman kısa sürede metruk hale gelmişse de sonrasında, Alman, Fransız ve Avusturya Medeni Kanunlarında da kendine yer bulan fahiş gabin (*laesio enormis*) esas benimsenmiştir. Buna göre, tecrübesizliği veya zor durumda bulunması nedeniyle malını değerinin yarısından daha azına satmak zorunda kalan satıcıya, sözleşmeyi iptal etme imkânı getirilmiştir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Küçükgüngör, Erkan/Emiroğlu, Haluk, “*Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 1, Y. 2004, s. 79-83; Söğütli Erişgin, Özlem, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 112-116; Arsal, s. 485-486; Tahiroğlu (2003), s. 177-179; Rado, s. 122-123; Küçükyalçın, s. 103-104; Erdoğan, s. 77).

¹⁸⁸ Rado, s. 214-217; Tahiroğlu (2003), s. 282-283.

¹⁸⁹ Rado, s. 171; Tahiroğlu (2003), s. 238; Erdoğan, s. 123. Kadının, mali açıdan kocası tarafından istismar edilmesini önlemek için hukuki işlem ehliyetinin sınırlandırılması, mülga 743 Sayılı Türk Kanun-u Medenisi’nde de benimsenen bir yaklaşımdır. Kadının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair eşler arasındaki hukuki tasarruflar ile kadının kocası lehine kefaletinin sulh hâkiminin onayına tabi tutulması (m. 169) bu yaklaşımın en açık örneğidir. Eşler arası eşitliği temel bir ilke olarak kabul eden 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu ile söz konusu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.

B) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN KARANLIK ÇAĞI

Roma İmparatorluğu'nun barbar istilaları sonucu tarih sahnesinden silinmesi, Batı Avrupa'da yepyeni bir siyasi ve toplumsal düzenin doğumuna yol açmıştır. Merkezi devlet yapısının parçalandığı ve iktidarın toprak sahibi olan çok sayıda yerel güç odağı arasında paylaşıldığı bu yeni toplum düzenini ifade etmek için “*feodalite*” kavramı kullanılmaktadır.

Feodal düzen, toplumun egemen kesimlerinin üyelerini belirli bir hiyerarşi içinde birbirine bağlayan kişisel bağlar bütünüdür¹⁹⁰. Merkezi iktidarın çöktüğü bir ortamda, güçsüz bireyler “*fief*” adı verilen bir sözleşme ile daha güçlü birinin himayesi altına girerek güvenlik ihtiyacını karşılamaya çalışmaktadır. Bu sözleşme ile senyör, himayesi altına giren kişiye (*vassal*) -üzerinde yaşayan bireylerin yönetim yetkisini de içermek üzere- bir miktar toprak tahsis etme ve onun güvenliğini sağlama yükümlülüğü altına girmekte; bunun karşılığında ise vassal, senyörü için asker ve silah temin etme, ona danışmanlık yapma ve mali yardımda bulunma gibi bazı yükümlülükleri üstlenmektedir¹⁹¹.

Toprak sahibi olan yönetici sınıflar arasındaki hukuki ilişkiler sözleşme temeline dayandığı gibi senyörün, toprağı işleyen yönetilen sınıf üzerindeki hâkimiyet yetkisi de taraflara karşılıklı yükümlülükler yükleyen sözleşme benzeri bir ilişkiye dayanmaktadır¹⁹². Bu bakımdan feodal toplum, sınıfların sözleşmesel ilişkilerle hiyerarşik şekilde birbirine bağlandığı bir piramidi andırmaktadır.

¹⁹⁰ Le Goff, Jacques, **Ortaçağ Batı Uygarlığı**, (Çev. Hanife Güven ve Uğur Güven), Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 1999, s. 67.

¹⁹¹ Fief sözleşmelerine ve senyör ile vassal arasındaki karşılıklı yükümlülükler dair ayrıntılı bilgi için bkz. Sander, Oral, **Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e**, İmge Kitabevi, Ankara, 1994, s. 52-55; Block, Marc, **Feodal Toplum**, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Opus Yayınları, Ankara, 1998, s. 265-283; Tanilli, Server, **Yüzyılların Gerçeğı ve Mirası: Cilt II Ortaçağ-Feodal Dünya**, Adam Yayınları, İstanbul, 1998, s. 241-243; Cin, Halil/Akyılmaz, Gül, **Feodalite ve Osmanlı Düzeni**, Çağ Üniversitesi Yayınları, Adana, 2000, s. 44-47; Salihpaşaoğlu, Yaşar, **Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneğı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 90-92; Göze, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 72-76; Ağaoğulları, Mehmet Ali/Köker, Levent, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, İmge Kitabevi, Ankara, 2017, s. 183-187; Huberman, Leo, **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla**, (Çev. Murat Belge), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 18-22.

¹⁹² Serf ile senyörü arasındaki ilişkinin sözleşmesel temele dayandığı yönündeki görüş için bkz. North, Douglass C./Thomas, Robert Paul, “*The Rise and Fall of the Manorial System: A*

Öte yandan, toplumsal sınıflar arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülüklerin sözleşmesel temele dayanmasına bakarak sözleşme hürriyeti ilkesinin kökenlerini feodal düzende aramak boşunadır.

Her şeyden önce; feodal sözleşmeler, hukuk önünde eşit olan bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri özgür iradelerine göre şekillendirmelerine imkân veren modern sözleşme anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Feodal sözleşmeler, mal ve hizmetlerin mübadelesinden ziyade, bireylerin hukuki durumlarında ve sosyal statülerinde değişiklik meydana getirilmesini amaçlamaktadır. Böyle bir sözleşme vasıtasıyla kişi; başka birinin efendisi, kölesi, savaş arkadaşı, patronu, yanaşması, takipçisi, vassalı, tâbisi ya da genel olarak yoldaşı haline gelmektedir¹⁹³. Bu bakımdan feodal sözleşmeleri, taraflar arasında hâkimiyet, tabiiyet veya kardeşlik ilişkisi kuran “*statü sözleşmeleri*” olarak nitelendirmek gerekir¹⁹⁴.

Feodal hukuka göre, bireyin sahip olduğu hak ve ödevler, sözleşme ile elde ettiği yahut ailesinden tevarüs ettiği sosyal statülere göre belirlenmektedir¹⁹⁵. Orta Çağ Avrupası’nda toplum; dua edenler (*oratores*), savaşanlar (*bellatores*) ve çalışanlar (*laboratores*) şeklinde üç ana zümreden teşekkül etmektedir. Hiyerarşik şekilde örgütlenen ve aralarındaki geçişkenliğin zayıf olduğu bu zümreler içinde, din adamları ve senyörler toplumun yönetici sınıfını oluştururken¹⁹⁶ senyöre ait toprağı

Theoretical Model”, **The Journal of Economic History**, Vol. 31, No. 4, Y. 1971, s. 778-779; Bloch, s. 397-426; Ağaoğulları/Köker, s. 187-188.

¹⁹³ Weber, Max, **Ekonomi ve Toplum: Cilt 2**, (Çev. Latif Boyacı), Yarın Yayınları, İstanbul, 2012, s. 42-43.

¹⁹⁴ Rehbindir (1969), s. 86; Sirmen, s. 443; Atamer (2001), s. 15; Weber (2012), s. 42.

¹⁹⁵ Sirmen, s. 442-443; Atamer (2001), s. 10-11.

¹⁹⁶ Orta Çağ’da toprak sahipliğinin iktidar ve zenginliğin yegâne kaynağı olduğunu dikkate alarak din adamları ile senyörleri yönetici sınıfın ortak mensupları olarak nitelemek mümkündür. Kralların ve hayırsever soyluların yaptığı bağışlar sayesinde Kilise, Orta Çağ’ın en büyük toprak sahibi konumundadır. Bu bakımdan, çoğu kez din adamlarının aynı zamanda derebeyi olarak feodal piramidin bir parçası haline geldikleri görülmektedir. Bkz. Pirenne, Henri, **Ortaçağ Avrupa’sının Ekonomik ve Sosyal Tarihi**, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, s. 21-22; Huberman (2019), s. 22-23; Cin/Akyılmaz, s. 39; Göze (2015), s. 76.

onun namına işlemekle yükümlü olan köylüler (*serfler*) ise yönetilen sınıfta yer almaktadır¹⁹⁷.

Serfler, senyöre ait toprakları yine ona ait vasıtalar ile ekip biçmekte ve elde ettiği mahsulden ailesini geçindirecek bir miktarı kendisine ayırdıktan sonra kalan kısmını senyöre vermektedir¹⁹⁸. Özgür bireylere mahsus olan bazı medeni haklardan yararlanamayan serfler, aynı zamanda ezici nitelikte çok sayıda yükümlülüğe de tabi tutulmuşlardır. Serflerin seyahat ve yerleşme hürriyetleri yoktur. Malikânesini terk eden serfi geri getirme, senyörün en tabi hakkı olarak görülür. Senyör toprağını devrettiğinde, üzerinde yaşayan serfler de kendiliğinden yeni senyörün hâkimiyeti altına girer. Evlenme hakları sınırlıdır; ancak malikâne içinden başka bir serf ile evlenebilirler. Hür kişilerle veya malikâne dışından biri ile evlenebilmeleri için belli bir tazminat karşılığında senyörden izin almaları gereklidir. Senyör, ölen serfin mirasının tamamına veya bir kısmına el koyabilir yahut mirasın geçmesi için mirasçılardan bir bedel talep edebilir. Serfler, senyörün izni olmaksızın silah taşıyamaz; ruhban sınıfına giremez ve hür kişiler aleyhine şahitlik yapamazlar. Tüm bu hak yoksunluklarının yanı sıra, senyöre ait tarlaları sürmek, inşa ve onarım işlerinde çalışmak gibi angarya yükümlülükleri ile çeşitli aynî ve nakdî yükümlülükleri de yerine getirmek zorundadırlar¹⁹⁹.

Görüldüğü gibi, sözleşme hürriyetinin asgari gerekleri arasında yer alan hukuk önünde eşitlik ve kişisel özerklik düşüncesi, Orta Çağ Avrupası'nda henüz yerleşmemiştir. Toplumun en geniş tabakası, temel hak ve özgürlüklerinden yoksun bırakılmış yarı-köle konumundaki serflerden oluşmaktadır. Ürettiği artı-değere senyör tarafından el konulan serfler, sözleşme ilişkilerine girecek ekonomik imkânlarla da sahip değildir.

¹⁹⁷ Köylü sınıfı içinde, serflere kıyasla daha geniş kişisel ve ekonomik hürriyetlere sahip olan “*özgür köylüler*” de bulunmasına rağmen, bunların sayısı daima serflere oranla sınırlı kalmıştır. Serflik, Orta Çağ Avrupası'nda tarımla uğraşan yığınların genel statüsüdür (Heaton, Herbert, **Avrupa İktisat Tarihi: İlkçağdan Sanayi Devrimine**, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara, 1995, s. 86-88; Cin/Akyılmaz, s. 48; Pirenne, s. 28-29; Huberman (2019), s. 16-17).

¹⁹⁸ Barkan, Ömer Lütfi, “*Türkiye’de Servaj Var mı İdi?*”, **Belleten**, C. XX, S. 78, Y. 1956, s. 240-241.

¹⁹⁹ Serflerin hukuki statüleri ve yükümlülükleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Barkan, s. 239-241; Heaton, s. 86-91; Bloch, s. 397-426; Cin/Akyılmaz, s. 48-58; Pirenne, s. 71-80; Göze (2015), s. 70-71; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 46-47; Huberman (2019), s. 14-18.

Ancak Orta Çağ'da sözleşme hürriyeti ilkesinin gelişmemesi, yalnızca serflerin hukuki statüsü ile bağlantılı değildir. Ekonominin ilkel yapısı, toplumsal yaşama hâkim olan din ve ahlak anlayışı da bu gelişimi engellemiştir.

Orta Çağ Avrupası, ticari ilişkilerin kaybolmaya yüz tuttuğu, kentlerin önemini yitirdiği, tüccar sınıfının ortadan kalktığı kapalı bir tarım ekonomisi görünümündedir. Temel üretim ve yerleşim birimleri olan malikâneler (*manor*), piyasaya yönelik üretim yapmayan, kendi kendine yeterli (*otarşik*) birimler olarak örgütlenmiştir²⁰⁰. Hemen her türlü bireysel ihtiyaç malikâne içinden karşılandığı için bu dönemde alışveriş ve mal hareketliliği asgari düzeye inmiştir. Malikâne içinden karşılanamayan bazı ürünler için yerel ölçekte gerçekleşen sınırlı ticari faaliyetlerde ise genelde para yerine trampa usulü kullanılmıştır²⁰¹.

Orta Çağ ekonomisinin bu ilkel yapısı, toplumsal yaşama hâkim olan din, ahlak ve hukuk anlayışı ile de örtüşmektedir. Ekonomik faaliyetler, yalnızca temel bireysel ihtiyaçların tatminine yönelik olup kişinin, ailesinin geçimine yetecek paradan fazlasını biriktirmesi dine ve ahlâka aykırı bir davranış olarak değerlendirilmektedir²⁰². Kilise, tüccarlığı ve servet peşinde koşmayı kınamış; insanı küçülten, bayağı işler arasında görmüştür²⁰³. Bu nedenledir ki, bu dönemde her türlü

²⁰⁰ Ağaoğulları/Köker, s. 182.

²⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bloch, s. 130-135; Le Goff, s. 125-129; Pirenne, s. 123-124; Huberman (2019), s. 26-28.

²⁰² Baldwin, John W., “The Medieval Theories of the Just Price: Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries”, **Transactions of the American Philosophical Society**, New Series, Vol. 49, No. 4, Y. 1959, s. 6; Güriz, Adnan, “Kapitalizm ve Hukuk”, **Anayasa Yargısı**, C. 10, Y. 1993, s. 194.

²⁰³ İncil’de ve kilise babalarının yazılarında ticareti ve zenginliği küçümseyen yaklaşım açık seçik ortadadır: “İsa öğrencilerine, “Size doğrusunu söyleyeyim” dedi, “Zengin kişi Göklerin Egemenliği’ne zor girecek. Yine şunu söyleyeyim ki, devenin iğne deliğinden geçmesi, zenginin Tanrı Egemenliği’ne girmesinden daha kolaydır.” (Matta 19: 23-24). “Oysa eldekiyle yetinerek Tanrı yolunda yürümek büyük kazançtır. Çünkü dünyaya ne bir şey getirdik, ne de ondan bir şey götürebiliriz. Yiyeceğimiz, giyeceğimiz varsa bunlarla yetiniriz. Zengin olmak isteyenler ayartılıp tuzağa düşerler, insanı çöküşe ve yıkıma götüren birçok saçma ve zararlı arzulara kapılırlar. Çünkü her türlü kötülüğün bir kökü de para sevgisidir. Kimileri zengin olma hevesiyle imandan saptılar, kendi kendilerine çok acı çektiler (Timothy 6: 6-10). Kanonist hukukun temel kaynakları arasında yer alan “*Decretum Gratiani*”de de benzer bir yaklaşımı görmek mümkündür: “*Tacir, Tanrı’nın hiç hoşuna gitmez*” (Aktaran: Pirenne, s. 23). Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş, Vural, **İktisatın Tarihi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2000, s. 105-108; O’Brien, George, **An Essay on Mediaeval Economic Teaching**, Batoche Books, Kitchener, 2001, s. 79-80; Baldwin, s. 12-16.

ticari faaliyete şüphe ile yaklaşmış ve konulan katı kurallar vasıtası ile ticaret kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Malları pazar yerine gelmeden önce satın alıp başka yerlerde satmak, perakende satmak üzere toptan satın almak, çok fazla miktarda mal satın alarak başka satıcılara mal bırakmamak gibi günümüzde oldukça doğal karşılanan pek çok ticari faaliyet, Orta Çağ'da ciddi yaptırımlar gerektiren birer suç olarak kabul edilmektedir²⁰⁴.

Ticari faaliyetlere ve sözleşme hürriyetine getirilen kısıtlamaların temelinde, tüm Orta Çağ boyunca etkisini kaybetmeyen iki ekonomik doktrin yer almaktadır: Adil fiyat yaklaşımı ve faiz yasağı.

Adil fiyat yaklaşımı; mal ve hizmetlerin, sözleşen tarafların onlara duydukları gereksinim ve atfettikleri önemden bağımsız olarak objektif bir değere sahip oldukları varsayımına dayanır. Adil fiyat, üretim maliyetine satıcının ailesinin geçimini sağlayabilmesi için ihtiyaç duyduğu makul bir miktarın eklenmesi suretiyle tespit edilmektedir²⁰⁵. Bir mal veya hizmeti, adil olan fiyatından daha pahalıya satmak yahut daha ucuza satın almak başlı başına adalete ve yasaya aykırı bir iş olarak görülmektedir²⁰⁶. Zira Orta Çağ'ın ekonomik zihniyetine göre ticaretin nihai amacı, taraflardan birinin kâr elde etmesi değil hem alıcının hem de satıcının bu işleminden yarar sağlamasıdır²⁰⁷. Bir mal değiş tokuşunda, taraflardan birinin karşı taraftan daha fazla kâr elde etmesine izin verilmemelidir²⁰⁸.

Adil fiyat yaklaşımı, Roma hukukunda geçerli olan fahiş gabin esasından farklılık göstermektedir. Fahiş gabinde, yalnızca malını gerçek değerinin yarısından daha azına satmak zorunda kalan satıcı lehine sözleşmeye müdahale edilmesine olanak tanınmakta iken adil fiyat yaklaşımında edimler arasındaki en küçük bir dengesizliğe bile müsaade edilmemektedir. Bu bakımdan, Orta Çağ'da adil fiyat,

²⁰⁴ Heaton, s. 177.

²⁰⁵ Baldwin, s. 7; Heaton, s. 176-177;

²⁰⁶ Huberman (2019), s. 73.

²⁰⁷ Adil fiyat yaklaşımının teorisyenleri arasında yer alan ünlü skolastik düşünür Aquinolu Thomas'a göre "*Bir sözleşme, ancak iki taraf da eşit şekilde kazandığı takdirde adil sayılır*" (Atiyah (2000), s. 62).

²⁰⁸ Boldeman, Lee, **The Cult of the Market: Economic Fundamentalism and its Discontents**, The Australian National University Press, Canberra, 2007, s. 246; Huberman (2019), s. 73.

aynı zamanda “*sabit fiyat*” anlamına gelmektedir. Bu nedenledir ki kilise, kral, kent yönetimleri ve yerel iktidarlar, temel tüketim maddeleri başta olmak üzere birçok ürün ve maaşlar için fiyat kontrolü denemesi yapmışlar; yasa ile belirlenen fiyatların altında ve üstünde alım-satım yapanlar için ciddi yaptırımlar öngörmüşlerdir²⁰⁹.

Hristiyanlığın ilk dönemlerinden itibaren kutsal metinlere²¹⁰ ve kilise babalarının vaazlarına²¹¹ dayanılarak faize şüphe ile yaklaşılmış ve tefecilik büyük günahlar arasında sayılmıştır²¹². Özellikle yatırım imkânlarının ve teşebbüs ruhunun ortadan kalktığı Orta Çağ Avrupası’nda faizle borç vermek, muhtaç durumundan faydalanarak borçluyu sömürmek olarak görülmüştür. Bu nedenle, başlangıçta Papalık kararnamele ve Konsil kararları ile kanonik hukukta yasaklanan faiz, sonradan krallık kararnamele ve parlamentoların çıkardığı kanunlar yoluyla ulusal hukuk düzenlerinde de yasak edilmiştir²¹³. Orta Çağ’da faiz öngören sözleşmeler geçersiz kabul edilmekte ve faiz alanlar hırsızlık suçundan mahkûm edilmektedir²¹⁴. Ticaretin ve yatırım imkânlarının gelişmesi ile zaman içinde faiz yasağı bir ölçüde

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Baldwin, s. 32-34; Heaton, s. 177-179; Atiyah (2000), s. 62; Savaş (2000), s. 115-116; O’Brien (2001), s. 60-65; Huberman (2019), s. 74-76.

²¹⁰ Esasında faizin yasaklandığına dair İncil’de açık bir ifade yer almamasına rağmen bu yasağı savunanlar dayanak noktası olarak temelde şu iki ayete başvurmuşlardır: “*Geri alacağınızı umduğunuz kişilere ödünç verirsiniz, bu size ne övgü kazandırır? Günahkârlar bile verdiklerini geri almak koşuluyla günahkârlara ödünç verirler. Ama siz düşmanlarınızı sevin, iyilik yapın, hiçbir karşılık beklemeden ödünç verin. Alacağınız ödül büyük olacak, Yüceler Yücesi’nin oğulları olacaksınız. Çünkü O, nankör ve kötü kişilere karşı iyi yüreklidir*” (Luka 6: 34-35).

²¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Maloney, Robert P., “*The Teaching of the Fathers on Usury: An Historical Study on the Development of Christian Thinking*”, *Vigiliae Christianae*, Vol. 27, No. 4, Y. 1973, s. 241-265.

²¹² Ünlü İtalyan ozan Dante Alighieri, “*İlahi Komedya*” adlı eserinde tefecileri; katiller, eşcinseller ve kâfirler ile birlikte cehennemin yedinci katında tasvir etmektedir: “*Dairenin en ucunda/ Oturan, acılı kalabalığın yanına/ gittim tek başıma./ Gözlerinden okunuyordu çektikleri/ oralarına buralarına götürüyorlardı ellerini/kızgın tabandan, alevlerden korunmak için*” (Dante Alighieri, *İlahi Komedya*, (Çev. Rekin Teksoy), Oğlak Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 150).

²¹³ Hristiyanlığın ilk üç asrı boyunca Kilise, faiz konusunda kesin ve tutarlı bir öğreti geliştirmemiştir. İlk kez Elvira Konsili (M.S. 305 veya 306) ve I’inci İznik Konsili (M.S. 325) ile ruhban sınıfından olanlar için faizle işlem yapmak yasaklanmış; faiz alan din adamlarının görevden uzaklaştırılacakları öngörülmüştür. Ancak faiz almanın Hristiyan öğretilerine aykırı olduğu ilan edilmesine rağmen VIII’inci yüzyıla gelinceye kadar ruhban sınıfında yer almayan kişiler için genel bir faiz yasağı getirilmemiştir. Nihayetinde 789 yılında Frank kralı Şarlman, ruhban-laik ayrımı yapmaksızın topraklarında faizli işlemleri tamamen yasaklamış ve bu genel yasak, kilise tarafından da benimsenmiştir (Baldwin, s. 31-34; O’Brien (2001), s. 92-94).

²¹⁴ Zimmerman, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1996, s. 170-171.

esnetilmiş ve yasağın arkasından dolanmayı amaçlayan işlemlere göz yumulmuşsa da Orta Çağ sona erene kadar faiz tamamen serbest bırakılmamıştır.

Özetlemek gerekirse, kapalı tarım ekonomisinin geçerli olduğu, bireyler arası ilişkilerin eşitlik ve özgürlükten ziyade tabiiyet esasına dayandığı Orta Çağ Avrupası'nda sözleşme hürriyeti geçerli bir yasal doktrin değildir.

Öte yandan, Haçlı seferlerinin Doğu ile olan ilişkileri geliştirmesi, hızlı nüfus artışına paralel olarak geniş toprakların tarıma elverişli hale getirilmesi, üretim tekniklerinde bazı ilerlemeler sağlanması gibi nedenler ile XII'nci yüzyıldan itibaren ticaretin ve kent yaşamının yeniden önem kazanmaya başladığı belirtilmelidir. Ticaretin kazandığı ivme, hukuk alanındaki gelişmeleri tetiklemiş ve burjuvazinin ihtiyaçları ile uyumlu yeni bir hukuk düzeninin doğmasına yol açmıştır.

Bu dönüşümün ilk ayağını, yeni bir toplumsal sınıf olan burjuvazinin feodal bağılıklarından kurtularak medeni haklarına kavuşması oluşturur. Mülkiyet, çalışma ve seyahat gibi serflik sisteminde tanınmayan kişisel haklar olmadan ticaretle meşgul olmanın imkânı yoktur²¹⁵. Bu nedenle, çoğunlukla tüccar ve zanaatkârlardan oluşan kent halkları, komünler etrafında bir araya gelerek özgürlük ve özerklikleri için mücadele etmişler; kimi zaman ayaklanarak, genelde ise sermaye güçlerini kullanarak önemli yönetsel ve yargısal ayrıcalıklar elde etmişlerdir²¹⁶. Kentte belli bir süre ikamet eden (genelde bir yıl bir gün) serflerin özgürlüklerine kavuşması, kentlilerin kendi meclislerini ve mahkemelerini oluşturmalarına izin verilmesi, geçiş ve yol ücretlerinden muaf tutulmaları kent beratlarında yer alan ayrıcalıkların bir kısmıdır²¹⁷.

²¹⁵ Barkan, Ömer Lütfi, **İktisat Tarihi Ders Notları: Kitap 2**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1957, s. 120'den aktaran Akalın, Kürşat Haldun, "Avrupa İktisat Tarihinde Hukuki İlişkiler Olarak Tüccar Zümresinin Yükselişi", **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası**, C. 66, S. 1, Y. 2016, s. 11; Pirenne, s. 63.

²¹⁶ Doğan, İlyas, **Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler**, Barış Platin Kitabevi, Ankara, 2009, s. 43.

²¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tigar, Michael E./Levy, Madeleine R., **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, (Çev. Onur Karahanoğulları), Epos Yayınları, Ankara, 2016, s. 95-110; Tanilli, s. 251-255; Doğan (2009), s. 43-47; Huberman (2019), s. 37-47.

Hukuk düzenindeki dönüşümün ikinci ayağında ise Roma hukukunun yeniden keşfi ve tacirler arasındaki ilişkilere ticari yaşamın gerekleri ile bağdaşan özel hükümlerin uygulanması yer alır. Roma İmparatorluğu'nun çöküşünün ardından zamanla unutulmaya yüz tutan Roma hukuku, XI'inci yüzyılın sonlarına doğru yeni kaynakların bulunması ile tekrar tetkik edilmeye başlanmıştır. Özellikle sözleşme ve mülkiyete ilişkin Roma hukuku ilkeleri, genişleyen ticarete çerçeve sunmak amacı ile yeniden kullanıma açılmıştır²¹⁸. Avrupa'nın birçok ülkesinde, XIII'üncü yüzyıldan kodifikasyon hareketlerinin başladığı IXX'uncu yüzyıla kadar bölgesel ve ulusal hukuk düzenlerinde bir boşluk tespit edildiğinde tamamlayıcı (*in subsidium*) ve ortak hukuk (*ius commune*) olarak Roma hukukuna başvurulmuştur²¹⁹. Gerçi katı ve şekilci zihniyeti ile Roma hukuku, sözleşme hürriyeti açısından ideal bir çerçeve sunmasa da yerel örf ve adetleri temel alan ilkel yapıdaki feodal hukuka kıyasla daha ileri bir adımı temsil etmektedir²²⁰. Bu nedenle, burjuvazi ve onun doğal müttefiki olan Krallar, Roma hukukunun öğretimini finanse etmişler ve uygulama alanını genişletmeye çalışmışlardır.

Toplumsal sınıfların her birinin ayrı bir hukuk ve yargı sistemine tabi olduğu Orta Çağ Avrupası'nda, dinamik bir sınıf olarak ortaya çıkan burjuvazi de ticari yaşamın gerekleri ile uyum arz eden, kendilerine özgü bir hukuk sistemine tabi olmak için mücadele etmiştir. Ticari örf, adet ve teamüllerin Roma hukuku prensipleri ile sentezi sonucu oluşan "*lex mercatoria*" (*law merchant*), XI'inci yüzyılın sonlarından itibaren tacirler arası ilişkilerde uygulanmaya başlamıştır. Böylece, tıpkı kilise mensuplarının kendi hukukuna (*ius canonicum*) sahip olması

²¹⁸ Tigar/Levy, s. 84-85.

²¹⁹ Küçük, Eşref, "XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 56, S. 4, Y. 2007, s. 116; Koschaker, s. 37; Karadeniz Çelebican, s. 93-94.

²²⁰ Roma hukuku özellikle satış sözleşmesi alanında oldukça liberal bir yaklaşıma sahiptir. Orta Çağ'ın hukuk zihniyetinde, bir sözleşme ancak iki taraf da ondan eşit şekilde faydalandığı takdirde meşru kabul edilirken Roma hukukundaki temel kural, satış bedelinin alıcı ve satıcı tarafından serbestçe belirlenmesidir. Tarafların üzerinde anlaştığı fiyat, hukuk düzeni tarafından kabul gören meşru fiyattır (Baldwin, s. 16-17). Bu husus, Digesta'da da açık bir şekilde vurgulanmıştır: "*Alım-satımın doğası, bir şeyi değerinden daha azına satın almaya veya değerinden daha fazlasına satmaya izin verir; taraflar, karşılıklı olarak birbirlerinden yararlanmakta serbesttir*" (**The Digest of Justinian: Volume 2**, (Editör Alan Watson), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998, D. 19, 2, 22, par. 3, s. 106).

gibi tacirler topluluğu da kendi hukukuna sahip hale gelmiştir²²¹. Bağlayıcı sözleşmeler kurulabilmesindeki kolaylık, sözleşme hürriyeti ve güvenliğine yapılan vurgu, kredi yöntemlerindeki çeşitlilik lex mercatoria'nın temel özelliklerini oluşturmaktadır²²². Lex mercatoria, özel ticaret mahkemeleri tarafından yürütülen etkili ve rasyonel bir yargısal prosedürü de içermektedir. Ticari konularda yeterli bilgi sahibi olmayan profesyonel yargıçlar yerine tüccar topluluklarının seçtiği tacirlerin görev yaptığı bu mahkemelerde, ticari uyuşmazlıklar düşük maliyetlerle, oldukça süratli biçimde ve en önemlisi ticaretin doğasına uygun olarak çözüme kavuşturulmuştur²²³.

Bu liberal gelişmelere rağmen bütünü ile serbest bir ticaret rejimine geçildiği ve sözleşme hürriyetine getirilen kısıtlamaların tümüyle kaldırıldığı da düşünülmemelidir. Tacire karşı hissedilen tedirginlik bir ölçüde aşılmışsa da ticari faaliyetleri kontrol altında tutma ihtiyacı birden bire ortadan kalkmamıştır.

Orta Çağ kentlerinde her türlü üretim ve ticaret dalı ayrı bir lonca etrafında örgütlenmiş olup loncalar dışında üretim ve ticaret yapmak yasaklanmıştır²²⁴. Loncalar, mesleki kuralları belirleyen, üretim standardını ve ürün kalitesini denetleyen, çalışma saatlerini, malların satış fiyatlarını ve işçi ücretlerini tespit eden teşekküllerdir²²⁵. Loncaların bir görevi de üyeleri arasındaki rekabetin engellenmesidir. Meslek üyelerinden hiçbirinin diğerlerinin aleyhine olacak şekilde zenginleşmesine izin verilmez. Atölyelerde çalıştırılan işçi ve kullanılan alet sayısına varıncaya kadar üretim araçlarının tamamı loncaların denetimi altındadır. Hatta yeni

²²¹ Konuk, F. Zehra, **Lex Mercatoria: Ortaçağ Avrupası'nda Ticaret Hukukunun Gelişmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005, s. 112; Kütükçü, Doğan, **Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 467.

²²² Tigar/Levy, s. 64. Ayrıca bkz. Baron, Gesa, “Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?”, http://www.sisudoc.org/cisg/en/pdf/do_the_upicc_form_a_new_lex_mercatoria.gesa_baron.portrait.letter.pdf, s. 2, E.T. 02.10.2020.

²²³ Bkz. Benson, Bruce, “Law Merchant”, **The Encyclopedia of Libertarianism**, (Editör Ronald Hamowy), Sage Publications, Los Angeles, 2008, s. 286; Konuk, s. 121-126; Pirenne, s. 64-65.

²²⁴ Cin/Akyılmaz, s. 60.

²²⁵ Güriz, Adnan, **Kapitalist İdeoloji**, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2010, s. 37; Heaton, s. 182-183; Cin/Akyılmaz, s. 60; Savaş (2000), s. 93-94; Pirenne, s. 205-208; Huberman (2019), s. 66-82.

bir üretim tekniği geliştirerek rakiplerinden daha hızlı ve daha ucuza üretim yapmak bile mümkün değildir²²⁶. Her türlü teşebbüs ve gelişim imkânını ortadan kaldıran bu katı kurallara riayet etmeyen tüccar ve zanaatkârlara ise meslekten men etmeye kadar varan ağır yaptırımlar uygulanmaktadır.

Sözleşme hürriyetinin Batı Avrupa ülkelerinin hukuk sistemlerinde bağlayıcı bir temel ilke olarak yer edinebilmesi için burjuvazinin nihai zaferini ilan ettiği XVIII'inci yüzyılı beklemek gerekecektir.

C) BIRAKINIZ YAPSINLAR, BIRAKINIZ GEÇSİNLER: SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN ALTIN ÇAĞI

Kilise'nin maddi ve moral gücünü kaybetmeye başladığı, feodal bağların büyük ölçüde çözüldüğü XV'inci yüzyıl, Orta Çağ'ın sona erdiği tarih olarak kabul edilir. Ekonomik gelişmeyi engelleyen bu iki büyük gücün geri çekilmesi ile Amerika kıtasından akan altın ve gümüşün sağladığı sermaye birikimi bir araya geldiğinde, ticarete muazzam bir ivme yakalanmıştır. “*Ticari kapitalizm*” olarak adlandırılan ve XVIII'inci yüzyılın sonuna kadar devam eden bu süreçte, toprağa dayanan durağan bir ekonomiden, parayı ve krediyi temel alan daha esnek ve girişimci bir ekonomik modele aşamalı bir geçiş sağlanmıştır²²⁷. Ekonomik yaşamda gittikçe gelişen iş bölümü ve uzmanlaşma olgusu, Orta Çağ'ın kapalı tarım ekonomisinin son kalıntılarını da ortadan kaldırmış; satılan mal veya hizmetlerin karşılığında mübadele aracı olarak paranın ve sözleşmelerin önemini artırmıştır²²⁸.

Öte yandan, ne ticaretin kazandığı ivme ne de Kilise ve soylu sınıfının otoritesini yitirmesi ekonomik alanda kendiliğinden bir serbestleşme eğilimini ortaya çıkarmıştır. Geçmişte Kilise ve soylu sınıfının ekonominin kontrolünde oynadığı rol, artık güçlü merkezi devletler tarafından üstlenilmeye başlamıştır²²⁹. Her türlü ekonomik faaliyetin ulusal zenginliği artırmak amacı ile devletçe yönlendirilmesi ve

²²⁶ Pirenne, s. 206.

²²⁷ Cohen, Morris R., “*The Basis of Contract*”, **Harvard Law Review**, Vol. 46, No. 4, Y. 1933, s. 557.

²²⁸ Kaşak, s. 14-15.

²²⁹ Aynı yönde görüş için bkz. Atiyah (2000), s. 67; Boldeman, s. 246.

denetlenmesi gerektiğini öngören “merkantilizm”, yaklaşık üç yüz yıl boyunca Avrupa’da benimsenen başlıca ekonomik doktrin olmuştur.

Merkantil sistem, ülkelerin güç ve zenginliklerini sahip oldukları değerli maden miktarı ile özdeşleştirmektedir. Nasıl ki bir tüccar elinde bulundurduğu altın ve gümüş nispetinde zengin addediliyorsa aynı şekilde bir ülkenin zenginliğinin kaynağı da elinde bulundurduğu altın ve gümüşten ibarettir. Bu nedenle, ülkenin altın ve gümüş stokunu artıracak girişimler teşvik edilmeli; bu stokları eritecek girişimlere ise engel olunmalıdır.

Bu akıl yürütmenin doğal sonucu olarak merkantilistler, bireysel ekonomik faaliyetlerin ulusal çıkarlar ile uyumlu olmasını temin edecek güçlü ve müdahaleci bir devlet modeline taraftar olmuşlardır. Dönemin mutlak monarşileri de siyasi amaçları ile uyum arz eden bu doktrini benimsemişler; dış ticaret rejiminin düzenlenmesi, işçilerin azami ücretlerinin tespiti, fiyatların sabitlenmesi, stratejik sanayi kollarının desteklenmesi, tekellerin oluşturulması, üretim standartlarının sıkı kurallara bağlanması ve denetlenmesi gibi yollarla merkantilist politikalara işlerlik kazandırmışlardır. Bu dönemde, devletçe denetlenmeyen, gözetim altında tutulmayan, düzenlenmeyen, teşvik ve yardım görmeyen neredeyse hiçbir ekonomik faaliyet yok gibidir²³⁰. Şüphesiz ekonominin bütünü ile siyasi iktidarın güdümünde bulunduğu böyle bir rejimde, sözleşme hürriyeti de dâhil olmak üzere, ekonomik hürriyetlerin varlığından söz etmek olanaklı değildir.

XVIII’inci yüzyıla gelindiğinde merkantilizme yöneltilen eleştirilerin yoğunlaştığı görülmektedir. Merkantilizmin öngördüğü kısıtlayıcı ticaret rejiminin iktisadi gelişmeyi engellediği ve artık olgunlaşma sürecine giren burjuva sınıfının

²³⁰ Göze, Ayferi, **Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 18. Merkantilist sisteme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ulutan, Burhan, **İktisadî Doktrinler Tarihi**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1978, s. 168-196; Hamitoğulları, Beşir, **Çağdaş İktisadî Sistemler: Oluşum ve Değişim Aşamaları ile Strüktürel ve Doktrinal Bir Yaklaşım**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 52-79; Barber, William J., **İktisadi Düşünce Tarihi**, (Çev. İhsan Durdu), Şûle Yayınları, İstanbul, 1999, s. 22-24; Kazgan, Gülten, **İktisadî Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 43-48; Savaş (2000), s. 137-164; Güriz (2010), s. 21-27; Göze (2013), s. 14-20; Huberman (2019), s. 136-150.

ihtiyaçları ile uyuşmadığı ifade edilmiştir²³¹. François Quesnay öncülüğünde tarihteki ilk iktisat ekolünü oluşturan fizyokratlar, ticaret ve teşebbüs üzerindeki sınırlamaların kaldırılmasını savunmuş; daha sonra kapitalist sistemin başlıca sloganı hâline gelecek olan “*laissez faire, laissez passer*” (*bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler*) prensibini ortaya atmışlardır²³².

Ekonomik hürriyetleri temel alarak merkantilist sınırlamalara yöneltelen eleştiriler, liberal iktisat teorisinin kurucusu olarak kabul edilen Adam Smith’in çalışmalarında da merkezi bir rol oynamaktadır. Smith, ünlü eseri “*Milletlerin Zenginliği*”nde ekonominin kendiliğinden işleyen doğal bir düzene sahip olduğunu; sayısız kişisel karar ve tercihin toplamından oluşan “*görünmez bir el*”in (arz-talep yasası) piyasaları mükemmel şekilde biçimlendirdiğini ileri sürmektedir. Smith’e göre, bireysel menfaatler ile kamusal menfaatler arasında kusursuz bir uyum bulunmaktadır. Bireyler, kendi menfaatlerini artırmaya gayret ederken kaçınılmaz olarak toplumsal menfaatin artırılmasına da hizmet etmiş olurlar²³³. Bu nedenle, ulusal zenginliğin artırılması için yapılması gereken, devletin ekonominin işleyişine

²³¹ Merkantilist sisteme yöneltelen eleştirilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Frieden, Jeffry, "The Modern Capitalist World Economy: A Historical Overview" **The Oxford Handbook of Capitalism** içinde, (Editör Dennis Mueller), Oxford University Press, New York, 2012, s. 20-22; Huberman (2019), s. 151-163.

²³² Güriz (2010), s. 30-32.

²³³ “... (H)er topluluğun yıllık geliri, her zaman, tıpkı tıpkısına o topluluğun yıllık tüm çalışma ürününün değişim değeri kadardır; daha doğrusu, o değişim değerinin ta kendisidir. Onun için, sermayesini elinden geldiğince yerli çalışmanın hayrına kullanmaya, böylelikle, o çalışmayı, ürünü en büyük değerde olabilecek biçimde yönetmeye çaba gösterdiğinden, herkes, topluluğun yıllık gelirini, ister istemez, imkân ölçüsünde çoğaltmak için didinir. Gerçekte, genel olarak, kamu menfaatini kollamaya niyeti olmadığı gibi, bu çıkarı ne derece gütmekte olduğunun da farkında değildir. Yerli çalışmayı tutmayı yabancı emeği desteklemeye yeğ tutmakla, yalnızca kendi güvenini gözetir. O çalışmayı, ürünü en büyük değerde olacak biçimde yönetmekle de, yalnız kendi kazancını düşünür; bunda, birçok başka hallerde olduğu gibi, görünmeyen bir el onu, hiç aklından geçmeyen bir amacı gütmeye iter. Bunun aklından geçmeyişi, toplum için, her zaman, pek öyle kötü olmaz. Kendi çıkarı peşinden koşmakla, toplumun çıkarını, çoğu zaman, gerçekten onu kollamaya niyet ettiği zamandakine göre daha etkin şekilde kollamış olur. Kamu yararına ticaret ediyormuş gibi davrananlardan pek hayır geldiğini gördüğüm olmadı. Gerçekte, bu, tacirler arasında fazla rastlanmayan bir yapmacıklık olup, onları bundan vazgeçirmek için uzun söze gerek yoktur” (Smith, Adam, **Milletlerin Zenginliği**, (Çev. Haldun Derin), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, s. 630).

müdahalesini engellemek ve bireylere mümkün olan en geniş tercih alanını bırakmaktır²³⁴.

Smith, mülkiyet hakkını ve onun doğal uzantısı olarak gördüğü çalışma, sözleşme ve teşebbüs hürriyetlerini kutsal ve çiğnenemez prensipler olarak değerlendirmektedir²³⁵. Bu nedenle, devletin sözleşme hürriyetine yaptığı müdahaleler, bir doğal hakkın sınırlanması olarak görülerek reddedilmiştir²³⁶. Bunun yanı sıra, işçi ile işveren, satıcı ile alıcı arasındaki gönüllü sözleşmelere dayanan serbest piyasa düzenine yapılan her müdahale, bir grubun diğer bazı grupların aleyhine olacak şekilde özel olarak korunması amacını güder ve uzun vadede kamu yararına aykırı sonuçlar ortaya çıkarır²³⁷. Sözleşme eşitliğini sağlama gerekçesi ile piyasadaki fiyat oluşum mekanizmasına gerçekleştirilen müdahaleler, kendi kendine oluşacağı varsayılan pazar dengesinin bozulmasına yol açacaktır²³⁸. Bu bakımdan devlete düşen görev, iç ve dış tehditler karşısında toplumun güvenlik ve adalet ihtiyaçlarını karşılamak, özel kişiler arasında yapılan sözleşmelerin uygulanmasını sağlamak ve bireylere tam bir ekonomik özgürlük tanıyarak ekonominin doğal işleyiş düzenine müdahalede etmemekten ibarettir²³⁹.

Smith'in minimal devlet ve ekonomik özgürlüklere ilişkin bu görüşleri, Fransız İhtilali ile büyük ölçüde hayata geçirilmiştir²⁴⁰. Fransız İhtilali'ni izleyen yıllar,

²³⁴ “Demek ki ya rüçhanlıyı kısıtlamalı bütün sistemler böylece tümüyle bir yana bırakılınca, açık ve sade olan, doğal serbestlik sistemi kendiliğinden ortaya çıkıp kurulur. Adalet kanunlarını çiğnemedikçe her insan, kendi çıkarı peşinden dilediği gibi gitmekte, gerek emeğini gerek sermayesini herhangi bir başka insanın yahut insan tabakasının emeği ve sermayesiyle rekabet ettirmekte tamamiyle serbest kalır” (Smith, s. 959).

²³⁵ “İnsanın kendi emeği üzerindeki tasarrufu, başkaca bütün mülkiyet haklarının ana temeli olduğu gibi, bunların en kutsal, en dokunulmaz olanıdır da. Fakir bir adamın varı yoğu kendi gücü, bir de ellerindeki yatkınlıktır. Komşusuna zararı dokunmadıkça, bu gücü ve elyatkınlığını, en uygun gördüğü biçimde kullanmaktan onu alıkoymak ise, bu en kutsal mülkiyet hakkını göz göre göre hırpalamaktır; gerek işçinin gerek ona iş vermeye gönlü olanların kanunlu özgürlüğünü düpedüz çiğnemektir. Bu, birinin elverişli gördüğü gibi çalışmasına, ötekilerin ise işine uygun gördüğünü kullanmasına engel olur” (Smith, s. 203).

²³⁶ Szwed, s. 7.

²³⁷ Atiyah (2000), s. 299-300; Heywood, s. 66.

²³⁸ Atamer (2001), s. 13; Küçükyağcı, s. 105.

²³⁹ Atiyah (2000), s. 302-303; Göze (2013), s. 21.

²⁴⁰ Adam Smith'in görüşlerinin Fransız Devrimi'ne etkisi için bkz. Whatmore, Richard, “Adam Smith's Role in the French Revolution”, **Past & Present**, Vol. 175, Issue 1, Y. 2002, s. 65-89.

serbest ticaret üzerindeki engellerin kaldırıldığı, burjuva ideallerinin hukuki kalıba döküldüğü yıllar olmuştur. İhtilal'in manifestosu sayılabilecek “*İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*”nde mülkiyet, kutsal ve dokunulmaz bir doğal hak olarak nitelendirilerek devlete bu temel insan hakkını koruma görevi yüklenmiştir (m. 2 ve m. 17). Ayrıca bu dönemde çıkarılan bir dizi kanun ve kararname ile lonca sistemi kaldırılmış; herkesin istediği meslek, sanat ve ticareti icra etmekte serbest olduğu açıklanmıştır²⁴¹.

Fransız İhtilali'nin ekonomik hürriyetler alanında getirdiği yeniliklerin bir ayağını da sözleşme hürriyeti ilkesi oluşturmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere, tüm bireylerin eşit olarak hak ve borçlara ehil sayılması, sözleşme hürriyeti ilkesinin asgari gerekleri arasında yer almaktadır. Fransız Ulusal Meclisi, 4 Ağustos 1789 tarihinde kabul ettiği bir kararname ile feodal sistemi ve serfliliği tasfiye etmiş; senyoral ayrıcalıklara son vermiştir²⁴². Böylece bireylerin hak ve yükümlülüklerini sosyal statüler temelinde ayırtıran feodal hukuk, yerini kanun önünde eşitlik ve özgürlük ilkelerine dayanan yeni bir hukuk düzenine bırakmıştır²⁴³.

Henry Maine'in “*statüden sözleşmeye geçiş*”²⁴⁴ olarak nitelendirdiği bu süreç sonunda, akıl ve irade sahibi tüm bireylerin -servet, sosyal sınıf, eğitim ve mesleki

²⁴¹ Hamitoğulları, s. 166-167; Atamer (2001), s. 11; Güriz (2010), s. 65; Tigar/Levy, s. 253-256; Kaşak, s. 16-17.

²⁴² “*Ulusal Meclis bundan böyle feodal sistemi tamamıyla ilga etmiştir. Ulusal Meclis, mevcut haklar ve yükümlülükler arasından, gerek feodal gerekse dinsel nitelikli olan ve tümü mallar ya da kişiler üzerindeki serfliğe dayanan yahut bu serfliği ifade edenleri, bir tazminat kaydı öngörülmezsizin ilga etmektedir. Diğer tüm yükümlülükler (vergiler), koşulları ve kapsamı Ulusal Meclis tarafından belirlenmek üzere, bedeli karşılığında geri alınabilir olarak ilan edilmiştir*”. Feodal Sistemin İlgası Kararnamesi'nin Türkçe çevirisi için bkz. Gemalmaz (2015), s. 286-287. Kararname hakkında kısa bir değerlendirme için bkz. Tigar/Levy, s. 250-253.

²⁴³ Kanun önünde eşitlik ilkesine, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 1'inci ve 6'ncı maddelerinde veciz bir şekilde yer verilmiştir: “*İnsanlar, haklar yönünden özgür ve eşit doğarlar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak ortak yarara dayanabilir*” (m. 1). “*Tüm yurttaşlar yasa önünde eşit olduklarından, yeteneklerine göre her türlü kamu görevi, rütbe ve mevkiine eşit olarak kabul edilirler, bu konuda yurttaşlar arasında erdem ve yeteneklerinden başka bir ayırım gözletilmez*” (m. 6).

²⁴⁴ XIX'uncu yüzyılda yaşayan ünlü İngiliz hukuk tarihçisi Henry Maine, modern toplumlarda, kişisel hak ve yükümlülükler yönünden toplumsal statülerin artık eski önemini kaybettiği ve gittikçe yerini serbest sözleşmelere bıraktığı tespitini yapmaktadır:

“*Tüm ilerici toplumların hareketi, bir açıdan yeknesak olmuştur. Bu hareket, tüm seyri boyunca, aile bağımlılığının tedrici olarak çözülüşü ve onun yerine bireysel yükümlülüğün gelişmesi olarak ayırt edilmiştir. Birey, istikrarlı bir şekilde, medeni hukukun temel aldığı birim olarak*

durumları bakımından bir ayırım gözetilmeksizin- başkaları ile olan ilişkilerini gönüllü sözleşmeler yolu ile düzenleme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir²⁴⁵.

ailenin yerini almıştır. Bu ilerleme, farklı hız derecelerinde başarılmıştır ve kadim örgütlenmenin çöküşünün yalnızca sunulan fenomenlerin dikkatli bir şekilde incelenmesiyle algılanabileceği tamamen durağan olmayan toplumlar da vardır. Ancak hızı ne olursa olsun, değişim, herhangi bir tepki veya geri çekilmeye maruz kalmamış olup, görünürdeki gecikmelerin, arkaik fikir ve geleneklerin tamamen yabancı bir kaynaktan alınmasından kaynaklandığı anlaşılabacaktır. Kökeni aileden gelen karşılıklı hak ve ödevlerin yerini aşama aşama alan birey ile birey arasındaki bağın ne olduğunu görmek zor değildir. Bu bağ, sözleşmedir. Tarihin bir ucundan, her türlü kişisel ilişkinin aile ilişkilerinde toplandığı bir toplum durumundan başlayarak, tüm bu ilişkilerin bireylerin serbest anlaşmalarından doğduğu bir sosyal düzen aşamasına doğru kararlı bir şekilde ilerlediğimiz görülmüyor. Batı Avrupa'da, bu doğrultuda kaydedilen ilerleme dikkate değerdir. Örneğin kölelik statüsü ortadan kalkmış; hizmetkâr ile efendi arasındaki sözleşme ilişkisi onun yerini almıştır. Aynı zamanda, kadının vesayete tabi statüsü -kocası dışındaki kişilerin vasiliği olarak anlaşıldığı takdirde- ortadan kalkmış; reşit olduğu tarihten evlendiği tarihe kadar kurabileceği tüm ilişkiler, sözleşmesel ilişkiler olmuştur. Benzer şekilde, aile babasının egemenliğine tabi evlat statüsünün, modern Avrupa toplumlarının hukuk düzenlerinde gerçek bir yeri kalmamıştır. Eğer bir medeni yükümlülük, ebeveyn ile yetişkin evladını birlikte borç altına sokuyorsa, bu yalnızca sözleşme ile yasal geçerlilik tanınan bir yükümlülük olabilir. Görünürdeki istisnalar, kuralın açıklanmasına hizmet eder niteliktedir. Temyiz kudretine sahip olmayan çocuk, vesayet altındaki yetim, yargılanan akıl hastası, tüm bu ehliyet ve ehliyetsizlik durumları Kişiler Hukuku tarafından düzenlenmiştir. Fakat neden? Bunun sebebi, değişik sistemlerin geleneksel lisanında farklı şekilde açıklansa da, özünde hepsi için aynı etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir. Hukukçuların büyük çoğunluğu, az önce sözü edilen kişi gruplarının, sadece kendi çıkarlarını koruma yetisine sahip olmadıkları, diğer bir deyişle sözleşme ile yükümlülük altına girmenin temel şartını sağlayamadıkları gerekçesiyle haricî bir kontrole tabi tutulabilecekleri konusunda hemfikirdir.

“Değeri ne olursa olsun, ilerleme yasasını bana göre yeterince doğrulanmış şekilde açıklayan bir formül oluşturmak için statü kelimesi faydalı şekilde kullanılabilir. Kişiler hukukunda dikkate alınan bütün statü türleri, geçmişte aile içinde mevcut olan yetki ve ayrıcalıklardan türemiştir ve hâlâ bir dereceye kadar onun rengini taşır. O halde, en iyi yazarların kullamını takip ederek, statü kelimesini yalnızca kişisel şartları belirtmekte kullanıp, bir anlaşmanın doğrudan veya dolaylı sonucu olan şartları ifade etmek için bu terime başvurmadan kaçınırsak diyebiliriz ki, ilerici toplumların hareketi, şimdiye dek daima Statüden Sözleşmeye doğru bir hareket olmuştur” (Maine, s. 168-170). Alıntılanan kısmın Hikmet Sami Türk tarafından yapılan alternatif bir çevirisi için bkz. Reh binder (1969), s. 80. Maine’in statüden sözleşmeye geçiş tezinin ayrıntılı açıklaması için bkz. Topçuoğlu, Hâmide, **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk): Cilt I**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969, s. 459-467; Akçabay, Fehmiye Ceren, **Statüden Sözleşmeye: Henry Maine’in Evrimci Hukuk Anlayışı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 100-121; Işıқтаç, Yasemin, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 162-163; Schmidt, Katharina Isabel, “Henry Maine’s Modern Law: From Status to Contract and Back Again?”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 65, No. 1, Y. 2017, s. 4-14; Reh binder (1969), s. 80-89.

²⁴⁵ Şüphesiz toplumsal statü temelli hak yoksunluklarının ortadan kaldırılarak herkesin sözleşme yapma hakkını elde etmesi tedricî bir süreç sonunda mümkün olmuştur. Bu sürecin bir ayağını da köleliğin kaldırılması oluşturmaktadır. Sanayileşmenin etkisi ile batılı ülkelerde köle emeğine duyulan ihtiyaç zaman içinde azalmışsa da ekonomisi tarıma dayalı olan bölgelerde bu ihtiyaç devam etmiş ve köleliğin yasaklanması birçok ülkede XIX’uncu yüzyılın ikinci yarısını bulmuştur. Kuzey Carolina Yüksek Mahkemesi’nin 1856 tarihli bir kararında, kölelerin hukukî statüsü ve sözleşme yapma ehliyetlerine ilişkin yaptığı tespitler dikkat çekicidir. “Bizim hukuk sistemimize göre köle sözleşme yapamaz. Eşyanın doğası gereği bunu yapamaz. Hukukî açıdan düşünüldüğünde o, bu amaca uygun bir kişi değildir. Kölenin sözleşme yapma konusunda hukukî

XIX'uncu yüzyıla gelindiğinde, sanayi devriminin mümkün kıldığı üretim patlamasının da etkisiyle, sözleşme ilişkilerinin hayatın her alanına yayıldığı ve sözleşme hürriyetinin ilk kez bağlayıcı bir temel ilke olarak ulusal hukuk düzenlerinde yer almaya başladığı görülmektedir. Bu nedendir ki, birçok yazar bu dönemi “sözleşme hürriyetinin altın çağı²⁴⁶” ve “sözleşme yılları²⁴⁷” olarak nitelendirmiştir.

Avrupa’da kodifikasyon ve resepsiyon hareketleri sonucu yürürlüğe konulan temel kanunlar, sözleşme hürriyeti ve onun bütünleyici parçası olan sözleşmeye sadakat ilkelerine²⁴⁸ ilişkin güçlü vurgular içermektedir. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu (Code Napoléon veya Code Civil), gerek Fransız İhtilali’nin liberal ve bireyci ideallerini somutlaştırması gerekse diğer ülkelerdeki kanunlaştırma hareketlerine örnek teşkil etmesi bakımından özel bir yere sahiptir.

Code Civil, sözleşme hürriyetine açık bir şekilde yer vermese de kanundaki birçok hükmün doğrudan bu ilke ile ilişkilendirilmesi mümkündür²⁴⁹. İlk olarak, kanunda hak ve fiil ehliyetine sahiplik açısından bireyler arasında herhangi bir

ehliyeti yoktur; o, hukukî bir akla sahip değildir. Köle, efendisinin malıdır. Emeğinin tüm geliri efendisine aittir. Ona bir mal verilmesi veya vasiyet edilmesi ihtimalinde, bu işlem batıl sayılır; bu işleme konu olan mal ya hâlâ ilk sahibine aittir ya da köle sahibinin malı hâline gelir. Bir kölenin -suçlu olma veya bazı davalarda tanıklık yapma dışında- mahkemelerimizde hiçbir hukukî statüsü bulunmamaktadır” (Batten v. Faulk, 49 N.C. 233 (N.C. 1856), <https://casetext.com/case/batten-v-faulk/>, E.T. 07.03.2024). Amerika’da kölelik, İç Savaş sonrasında kabul edilen 1865 tarihli XIII’üncü Değişiklik ile kaldırılabilmiştir. Ancak köleliğin yasaklanmasından sonra da birçok eyalet, ırka veya eski kölelik statüsüne dayalı olarak sözleşme, çalışma ve mülkiyet haklarına sınırlama getiren çeşitli yasalar (*Black Codes*) çıkarmış veya mevcut olan yasaları uygulamaya devam etmiştir. Bu konuda bkz. Weber (2013), s. 72-74. Bunun üzerine Kongre, kölelik yasağına etkinlik kazandırmak ve siyahların eşit haklarını garanti etmek amacı ile 1866 yılında “*Medeni Haklar Yasası*”nı (*Civil Rights Act of 1866*) kabul etmiştir. Bu yasa, vergilendirilmeyen Kızılderililer hariç olmak üzere, Birleşik Devletler topraklarında doğan tüm bireyleri yurttaş olarak tanımış ve ırk, renk, önceki kölelik statüsü gibi ayrımlardan bağımsız şekilde, tüm yurttaşların eşit haklara sahip olduğunu ilan etmiştir. Yurttaşların eşit olarak sahip olduğu ilan edilen bu haklar arasında, sözleşme yapma ve yapılan sözleşmeleri uygulama hakkı da sayılmıştır.

²⁴⁶ Friedman, Lawrence, **A History of American Law**, Oxford University Press, New York, 2019, s. 257; Chrenkoff, s. 47; Pettit (1999), s. 299-300.

²⁴⁷ Hurst, James Willard, **Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States**, s. 18’den aktaran Atamer (2001), s. 15.

²⁴⁸ Atamer (2001), s. 18.

²⁴⁹ The Editors of Encyclopaedia Britannica, “*Napoleonic Code*”, **Encyclopædia Britannica**, <https://www.britannica.com/topic/Napoleonic-Code>, E.T. 11.10.2020.

farklılığa yer verilmemiş olup herkesin sözleşme yapma hakkı eşit ölçüde güvence altına alınmıştır²⁵⁰. İkincisi, hukuka uygun şekilde oluşturulan sözleşmelerin taraflar açısından kanun hükmünde olduğu ifade edilerek (m. 1134) sözleşme hürriyetinin uzantıları olan “*ahde vefa*” (*pacta sunt servanda*) ve “*sözleşmelerin bağlayıcılığı*” ilkeleri hukukî güvenceye kavuşturulmuştur. Son olarak, Kanun’da, sözleşme hürriyetine dair geniş kapsamlı sınırlamalar getirilmemiş ve birkaç özel norm dışında, sözleşmelerin denetimi kamu düzeni ve ahlaka aykırılık nedenlerine özgülenmiştir²⁵¹.

Code Civil, XIX’uncu yüzyılda hazırlanan medeni kanunların büyük çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı yoldan kaynaklık etmiştir. Napolyon Savaşları’nda Fransa’nın işgal ettiği bölgeler ile bazı Latin Amerika ülkelerinde Code Civil aynen iktibas edilmişken; kendi orijinal medeni kanunlarını yapan birçok ülke ise Code Civil’den yararlanma yolunu tutmuştur²⁵². Code Civil’in kaynaklık ettiği kanunlarda, neredeyse birebir aynı ifadeler kullanılarak sözleşmelerin bağlayıcılığı ilkesine yer verildiği görülmektedir²⁵³. Keza Code Civil’in etkisinin

²⁵⁰ Kanun’un 8’inci maddesinde tüm Fransızların medeni haklardan yararlanacağı; 12’inci maddesinde Fransa’da ikamet etmesine izin verilen yabancıların Fransızlar ile eşit haklara sahip olacağı; 1123’üncü maddesinde ise kanunun ehliyetli kabul ettiği kişiler dışında herkesin sözleşme kurma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Kanun’un benimsediği bu eşitlikçi yaklaşımının yegâne istisnası, evli kadınların durumuna ilişkindir. Kanun’un 217’nci ve 1124’üncü maddelerine göre, evli kadınların kocalarının izni olmadan sözleşme yapma ehliyetleri bulunmamaktadır. Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. https://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html, E.T. 09.10.2020.

²⁵¹ Atamer (2001), s. 17-18; Küçükyağcı, s. 106. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nda sözleşme hürriyetinin yansımalarına ilişkin bilgi için bkz. Gordley, James, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**, Oxford University Press, New York, 2011, s. 217-225; Baysal, Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 37; Atamer (2001), s. 17-18; Küçükyağcı, s. 106; Tigar/Levy, s. 256-257.

²⁵² XIX’uncu yüzyılda Code Civil esas alınarak hazırlanan medeni kanunların listesi için bkz. Lobingier, Charles Sumner, “*Napoleon and His Code*”, **Harvard Law Review**, Vol. 32, No. 2, Y. 1918, s. 128. Code Civil’in Latin Amerika’daki kodifikasyon hareketleri üzerindeki etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mirow, M.C., “*The Power of Codification in Latin America: Simón Bolívar and the Code Napoléon*”, **Tulane Journal of International & Comparative Law**, Vol. 8, Y. 2000, s. 83-116; Momberg, Rodrigo, “*The Process of Harmonisation of Private Law in Latin America: An Overview*”, **The Future of Contract Law: Principles of Latin American Contract Law**, (Editörler Rodrigo Momberg, Stefan Vogenauer), Hart Publishing, Portland, 2017, s. 4-8.

²⁵³ İtalyan Medeni Kanunu m. 1372: “*Sözleşme taraflar arasında kanun hükmündedir*”. İspanyol Medeni Kanunu m. 1091: “*Sözleşmeden doğan borçlar, sözleşmenin tarafları arasında kanun hükmündedir ve onlara aynı şekilde uyulması gerekir*”. Belçika Medeni Kanunu m. 1134/1:

sınırlı kaldığı 1900 tarihli Alman Medeni Kanunu ile 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nda da sözleşme hürriyeti ilkesi merkezi bir yer tutmaktadır²⁵⁴.

Kıta Avrupası ülkelerinin aksine, İngiltere ve ABD’de, medeni hukuk ve borçlar hukuku tedvin edilmediği için sözleşme hürriyeti ilkesinin yasal geçerlilik kazanmasında yargısal içtihatlar daha etkin bir rol oynamıştır. Geleneksel ortak hukuk (common law) sistemi, gelişmiş bir sözleşme kavrayışından yoksun olup sözleşmeler, eşyanın devrinde yararlanılan bir araç olarak yalnızca mülkiyetin uzantısı görünümündedir²⁵⁵. Bu iki ülkede modern sözleşme hukuku, Orta Çağ’ın maddi adalet anlayışına bir tepki olarak XIX’uncu yüzyılda ortaya çıkmıştır. Bu dönemde mahkemeler, sözleşmesel yükümlülükleri mübadelenin dürüstlüğü ve içsel adaleti ile temellendiren geleneksel inancı reddetmeye başlamış; bunun yerine, tarafların ortak iradelerini bu yükümlülüklerin kaynağı olarak gören yeni bir anlayışı (*irade teorisi - will theory of contract*) ikame etmiştir²⁵⁶.

İrade teorisi, tarafların özgür iradeleri ile oluşturdukları sözleşmelere mutlak bir geçerlilik tanımakta; edimler arası eşitlik, adil fiyat, sözleşme adaleti gibi taraf iradelerinin dışında kalan hususlara dayalı olarak sözleşmelere müdahale edilmesini onaylamamaktadır²⁵⁷. Bu anlayışa göre sözleşme hukukunun rolü, sözleşme adaletini sağlamak değil; sözleşen tarafların karşılıklı olarak yararlarına olduğuna inandıkları

“Hukuka uygun olarak kurulmuş olan anlaşmalar, tarafları arasında kanun hükmündedir” (Baysal (2017), s. 37).

²⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer (2001), s. 18-19.

²⁵⁵ Orth, John V., “Contract and the Common Law”, **The State and Freedom of Contract**, (Editör Harry N. Scheiber), Stanford University Press, Stanford, 1998, s. 48-49. Benzer yönde bkz. Mayer, David N., “The Myth of “Laissez-Faire Constitutionalism”: Liberty of Contract During the Lochner Era”, **Hastings Constitutional Law Quarterly**, Vol. 36, Issue 2, Y. 2009, s. 234-235; Atiyah (2000), s. 102-103. İngiliz hukukunda sözleşme kavramının gelişimi hakkında bkz. Durgun Arslan, Çisil, **Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yaptırımlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 17-19.

²⁵⁶ Horwitz, Morton J., “The Historical Foundations of Modern Contract Law”, **Harvard Law Review**, Vol. 87, No. 5, Y. 1974, s. 917.

²⁵⁷ İrade teorisi ile sözleşme hürriyeti arasındaki bağlantı için bkz. Gordley, James, “Contract, Property, and the Will: Civil Law and Common Law Tradition”, **The State and Freedom of Contract**, (Editör Harry N. Scheiber), Stanford University Press, Stanford, 1998, s. 72-88; Hogg, Martin, **Promises and Contract Law: Comparative Perspectives**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, s. 86-93; Horwitz, s. 947-953; Atiyah (2000), s. 398-413.

iradeli işlemleri uygulamaktır²⁵⁸. Tarafların yükümlülüklerinin orantılı olup olmadığı mahkemeleri ilgilendirmez. Pazarlık yapmak mahkemelerin değil tarafların işidir²⁵⁹. Mahkemeler, yalnızca pazarlık sürecinin adaleti ile ilgilendirler; hata, hile, ikrah gibi tarafların özgür iradelerini sakatlayan sebepler bulunmadığı müddetçe sözleşmelere müdahale edemezler²⁶⁰.

Yukarıdaki kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, irade teorisi bireylere neredeyse sınırsız bir sözleşme hürriyeti tanımaktadır. XIX'uncu yüzyılın ortasına gelindiğinde artık bu teorinin olgunluk kazandığı ve yargı kararlarında sözleşme hürriyeti ilkesine açık seçik yer verilmeye başlandığı görülmektedir. İngiliz yargıç George Jessel'in bir patent uyuşmazlığına ilişkin 1875 yılında verdiği karar, sözleşme hürriyetine yapılan vurgunun güçlü bir örneğini sergilemektedir:

“Unutulmamalıdır ki, bir sözleşmeyi kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile geçersiz kılan kurallar keyfi olarak genişletilemez. Zira kamu düzeninin gerektirdiği başka bir şey varsa, o da yetişkin ve ehliyet sahibi olan bireylerin en üst düzeyde sözleşme hürriyetine sahip olmaları, serbest ve gönüllü şekilde taraf oldukları sözleşmelerin kutsal addedilip mahkemelerce uygulanmasıdır”²⁶¹.

Sözleşme hürriyetini mutlak nitelikte bir temel hak olarak gören anlayışın en uç örnekleri ile İç Savaş'ın bitimi (1865) ile New Deal'ın başlangıcı (1933) arasındaki dönem Amerikan hukukunda karşılaşılmaktadır. Mülkiyet hakkı ve

²⁵⁸ Horwitz, s. 947.

²⁵⁹ Zimmerman, s. 577. ABD Federal Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Joseph Story'nin (1779-1845) görüşleri de aynı yöndedir: “Ehliyetsiz olmayan her kişi, mülkiyeti üzerinde istediği şekil ve şartlarda tasarruf etme yetkisini haizdir; yapılan anlaşmaların sağduyuya uygun ve akıllıca mı, faydalı veya faydasız mı olduğu, mahkemelerin değil sözleşen tarafların dikkate almaları gereken değerlendirmelerdir” (Story, Joseph, **Commentaries on Equity Jurisprudence, As Administered in England and America: Volume I**, Little, Brown and Company, Boston, 1870, s. 245.

²⁶⁰ Zimmerman, s. 577. Türk Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bazı kararlarında da aynı yönde değerlendirmelere rastlamak mümkündür. Özellikle bkz. Anayasa Mahkemesi, *Mustafa Karaca Başvurusu*, B.N. 2014/11657, K.T. 22.06.2017, § 54; Anayasa Mahkemesi, *Cahide Demir Başvurusu*, B.N. 2018/25663, K.T. 14.09.2021, § 39).

²⁶¹ Printing and Numerical Registering Company v. Sampson (1875) LR 19 Eq 462, 465'den aktaran Edwards, Carolyn, “Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues”, **UMKC Law Review**, Vol. 77, No. 3, Y. 2009, s. 647.

sözleşme hürriyeti başta olmak üzere ekonomik hürriyetlerin yargı organlarınca yoğun himaye gördüğü ve piyasanın işleyişine müdahale eden hükümet düzenlemelerinin sıklıkla geçersiz kılındığı bu dönem, “*laissez-faire anayasacılığı*” dönemi olarak anılmaktadır²⁶². Bu dönemde sözleşme hürriyeti ilkesi anayasal bir boyut kazanmıştır. Federal Yüksek Mahkeme -“*economic due process*”²⁶³ doktrini vasıtası ile- sözleşme hürriyeti ilkesinin anayasal güvence altında olduğunu kabul eden ilk yüksek mahkeme olmuştur²⁶⁴. “*Lochner Çağı*”²⁶⁵ (1897-1937) boyunca, Federal Yüksek Mahkeme oldukça aktivist bir tutum sergilemiş ve sosyo-ekonomik gerekçelerle sözleşme hürriyetine müdahale eden onlarca yasayı Anayasa’ya aykırı bularak geçersiz kılmıştır. Yüksek Mahkeme’nin bu tutumu, özellikle çalışma hayatını düzenlemeyi amaçlayan yasalar söz konusu olduğunda oldukça belirgindir. Çalışma sürelerini sınırlayan, işçilerin sendikal haklarını koruyan, kadın ve çocuk çalışanlar için asgari ücret düzenlemesi öngören yasalar hakkında verilen Anayasa’ya aykırılık kararlarını bu kapsamda zikretmek mümkündür.

²⁶² Alexander, Gregory S., “*The Limits of Freedom of Contract in the Age of Laissez-Faire Constitutionalism*”, **The Fall and Rise of Freedom of Contract**, (Editör F. H. Buckley), Duke University Press, Durham and London, 1999, s. 103; Wiecek, William M., “*Laissez-Faire Constitutionalism*”, **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**, (Editörler Kermit L. Hall, James W. Ely, Joel B. Grossman), Oxford University Press, New York, 2005, s. 568-569.

²⁶³ Kavramın gelişimi ve temelleri ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Siegan, Bernard H., **Economic Liberties and the Constitution**, University of Chicago Press, Chicago, 1980, s. 21-23; Altıparmak, Kerem, “*Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 45, S. 1, Y. 1996, s. 233-236.

²⁶⁴ Szwed, s. 17.

²⁶⁵ Yargı organlarının liberal değerlere üst düzeyde bir bağlılık sergilediği bu dönem, 1897 tarihli Allgeyer v. Louisiana kararı ile başlamış ve Federal Yüksek Mahkeme’nin, firmaların çalışma süresini günlük on saat veya haftalık altmış saat ile sınırlayan bir kanunu sözleşme hürriyetinin ihlali olarak değerlendirerek geçersiz kıldığı 1905 tarihli Lochner v. New York kararı ile doruk noktasına ulaşmıştır. Yüksek Mahkeme’nin “*economic due process*” doktrininden vazgeçerek kadınlar ve küçükler için asgari ücret düzenlemesi öngören bir kanunu Anayasa’ya uygun bulduğu 1937 tarihli West Coast Hotel Co. v. Parrish kararı ile bu dönemin sona erdiği kabul edilir. Yüksek Mahkeme bu dönemde -gerek federal gerek federe devlet düzeyinde- piyasanın işleyişine müdahalede bulunan iki yüze yakın kanununu geçersiz kılmıştır. Lochner dönemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. White, Thomas Raeburn, “*Constitutional Protection of Liberty of Contract: Does it Still Exist?*”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 83, Issue 4, Y. 1935, s. 428-441; Choudhry, Sujit, “*The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 2, No. 1, Y. 2004, s. 4-15; Ely, James W., “*The Protection of Contractual Rights: A Tale of Two Constitutional Provisions*”, **New York University Journal of Law & Liberty**, Vol. 1, No. 1, Y. 2005, s. 386-395; Heffernan, W.C., **Privacy and the American Constitution: New Rights Through Interpretation of an Old Text**, Palgrave Macmillan, Cham, 2016, s. 168-181; Siegan (1980), s. 110-155; Mayer (2009-a), s. 217-284; Szwed, s. 20-27.

Sözleşme hürriyeti ilkesinin sağlam bir felsefi ve ideolojik temele kavuşması da büyük ölçüde XIX'uncu yüzyıla rastlamaktadır. Sözleşme hürriyetinin asgari gerekleri arasında yer alan kanun önünde eşitlik ve kişisel özerklik, dönemin egemen ideolojisi durumunda olan liberal ferdiyetçi doktrinin de temel değerleri arasındadır. Liberalizmi destekleyen üç büyük düşünce ekolünde de (doğal hukuk, faydacılık, sosyal darwinizm) sözleşme hürriyeti ilkesi merkezi bir yer tutmaktadır.

Doğal hukuk teorisi, birey-devlet ilişkisini sosyal sözleşme temeline dayandırdığı gibi bireyler arasındaki ilişkilerde de sözleşmeyi ve karşılıklı rızayı ön plana çıkarmıştır. Hugo Grotius²⁶⁶, Thomas Hobbes²⁶⁷, John Locke²⁶⁸ gibi doğal hukuk teorisyenleri, sözleşme yapmayı bireylerin doğal özgürlüklerinin bir parçası olarak görmüşlerdir. Daha önce de belirtildiği üzere; doğal hukuk teorisinde sözleşme hürriyeti, doğa yasaları arasında yer alan *pacta sunt servanda* ilkesi ile bir doğal hak olan mülkiyet hakkının mantıksal bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir²⁶⁹. Ayrıca doğal hukuk teorisinin kişisel özgürlük, eşitlik ve

²⁶⁶ Hugo Grotius'un sözleşme hürriyetine ilişkin görüşleri için bkz. Price, Jonathan, “‘God Created Man *αὐτεχόσιον*’: Grotius's Theological Anthropology and Modern Contract Doctrine”, **Agency and Causal Explanation in Economics**, (Editörler Peter Róna, László Zsolnai), Springer International Publishing, Cham, 2020, s. 151-168.

²⁶⁷ Thomas Hobbes'un sözleşme hürriyetine ilişkin görüşleri için bkz. Atiyah (2000), s. 41-44; Kaşak, s. 15-16. Hobbes, Orta Çağ'ın sözleşme adaleti ve adil fiyat yaklaşımlarını reddetmektedir: “Bir insana kendi rızasıyla yapılan bir şey haksızlık olamaz. Bir insana yapılan ve yapan kişiye bildirilmiş kendi iradesine uygun olan bir şey, o insan için haksızlık değildir. ... Eylemlerin adilliği, yazarlar tarafından, mübadelede adalet ve bölüşümde adalet olarak ikiye ayrılır: birincinin aritmetik oranda; ikincinin ise geometrik oranda olduğu söylenir. Böylece mübadele adaleti, kendisi için sözleşme yapılan şeylerin değerindeki eşitliğe; bölüşümde adaleti ise, eşit liyakat sahibi insanlara eşit faydanın dağıtılmasına bağlarlar. Satın aldığımızdan daha pahalıya satmak veya bir insana hakettiğinden fazlasını vermek adaletsizlik imişçesine. Kendileri için sözleşme yapılan şeylerin değeri, tarafların arzusu ile ölçülür: ve dolayısıyla adil değer, vermeye razı oldukları değerdir” (Hobbes, s. 118).

²⁶⁸ John Locke'un sözleşme hürriyetine ilişkin görüşleri için bkz. Atiyah (2000), s. 44-52.

²⁶⁹ Doğal hukuk teorisine göre; “insan, kendi emeği ile ürettiği nesneler üzerinde doğal bir hakka sahiptir; bu nesneleri tüketmesi yasalıdır. Bunları tüketme hakkını elinde tuttuğuna göre bunları hediye etme hakkına da sahiptir. Hediye etme hakkına sahipse, bundan çıkan sonuç, iki insanın ürettikleri nesneleri takas etme hakkına da sahip olduklarıdır. Bundan, ayrıca, onların üretmedikleri ama yasal takaslar yoluyla elde ettikleri nesneleri takas etme hakkına da sahip bulundukları sonucu çıkar. Böylece bu öğreti, tündengelimden tündengelimine sıçrayarak ekonomik özgürlüğün doğal hak (doğaya ve akla uygun) olduğu sonucuna varır” (Vergara, Francisco, **Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik**, (Çev. Bülent Arıbaş), İletişim Yayınları, İstanbul, 2014, s. 92). Benzer bir akıl yürütme Marshall'ın Ogden v. Saunders kararına yazdığı karşı oy yazısında da yer almaktadır. Bkz. Ogden v. Saunders, 25 U.S. 213 (1827), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/213>, E.T. 27.10.2020.

insan hakları düşüncelerine yönelik katkıları ile sözleşme hürriyeti ilkesinin gelişimini dolaylı yoldan desteklediği de söylenebilir.

Faydacı teori; herhangi bir eylem, uygulama veya kurumun değerini belirlerken temel ölçüt olarak toplumsal mutluluk ve fayda ilkelerini kullanmaktadır. Toplumun genel mutluluğunu artırma amacına hizmet eden eylem, uygulama ve kurumlar iyi, doğru ve ahlakî olarak kabul edilirken; tersi amaca hizmet edenler ise kötü, yanlış ve gayri ahlakî olarak kabul edilmektedir. Jeremy Bentham ve John Stuart Mill²⁷⁰ başta olmak üzere faydacı filozoflar, toplumsal açıdan ortaya çıkardığı faydalı sonuçları dikkate alarak sözleşme hürriyeti ve diğer ekonomik hürriyetleri desteklemişlerdir.

Klasik iktisatçılar gibi faydacılar da bireysel menfaat ile toplumsal menfaat arasında kusursuz bir uyumun mevcut olduğu ve kişinin menfaatini kendisinden daha iyi bilecek başka bir kimsenin bulunmadığı inancındadırlar. Her insanın, yetenek ve bilgisi nispetinde kendi bencil menfaatlerinin peşinde koşmasına izin verilmesi toplumsal faydanın maksimizasyonu sonucunu doğuracaktır. Bireyler, menfaatlerine uygun olanı devletten daha iyi bilecek durumda olduklarına göre devletin mümkün olduğu ölçüde ekonomik hayata ve sözleşmelere müdahale etmekten kaçınması gerekmektedir²⁷¹. Tüm özgürlük sınırlamaları gibi sözleşme yapma hakkına getirilen sınırlamalar da *prima facie* zararlıdır ve bu sınırlamaların haklılaştırılması lazım gelir²⁷². Sonuç olarak faydacı teori, bireylerin karşılıklı menfaatlerini artırmak amacıyla bir araya gelip serbestçe sözleşme akdedebilmelerini “*en büyük sayıda*

²⁷⁰ Bentham ve Mill’in sözleşme hürriyetine ilişkin görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atiyah (2000), s. 324-329.

²⁷¹ Güriz, Adnan, **Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 57. Faydacı teorinin kurucusu kabul edilen Bentham; “*Tefeciliğin Müdafası*” adlı eserinde; erişkin, akıl sağlığı yerinde ve serbestçe hareket edebilen hiç kimsenin, kendi menfaatleri gerekçe gösterilerek, uygun gördüğü şartlarda sözleşme yapmasına engel olunmaması gerektiğini belirtmektedir (Bentham, Jeremy, **Defence of Usury**, Payne and Foss, Pall-Mall, London, 1818, s. 4). Klasik iktisatçıların *laissez faire, laissez passer* prensibine benzer şekilde, Bentham’ın devlet için koyduğu temel prensip, “*uslu dur*” (*be quiet!*) prensibidir: “*Güvenlik ve özgürlük, endüstrinin ihtiyaç duyduğu her şeydir. Tarımın, imalatın, ticaretin devletlerden talebi, gayet mütevazı ve Diyojen’in İskender’den talebi kadar makul bir taleptir: “Güneş ışığını engelleme”. İyiliğe ihtiyacımız yok, sadece güvenli ve açık bir yola ihtiyaç duyuyoruz*” (Bentham, Jeremy, **A Manuel of Political Economy**, McMaster University Archive for the History of Economic Thought, 1843, s. 33, <https://historyofeconomicthought.mcmaster.ca/bentham/manualpoliticeconomy.pdf>, E.T. 30.10.2020).

²⁷² Atiyah (2000), s. 325.

insanın en büyük mutluluğu” idealine hizmet eden bir araç olarak değerlendirmektedir.

Bu başlık altında son olarak, Charles Darwin’in “*doğal seçim yoluyla evrim*” kuramını toplumsal hayata uyarlayan sosyal darwinizm ekolünün sözleşme hürriyetine ilişkin görüşleri incelenecektir. Sosyal darwinistler, bir türün kendi üyeleri arasındaki rekabete ve çevresel şartlara daha iyi uyum sağlayan canlıların hayatta kalmasına ilişkin evrim ilkelerinin toplumsal hayatta da geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Onlara göre toplum; güçlü, çalışkan ve uygun olanların hayatta kaldığı; zayıf, tembel ve uygun olmayanların elendiği doğal bir düzene sahiptir. Devlet, kendi kendine işleyen bu toplumsal evrim sürecine hiçbir şekilde müdahalede bulunmamalıdır²⁷³. Devletin hasta, yoksul, güçsüz ve düşkünlere yardım gerekçesi ile ekonomik hayata müdahalesi, en yeteneksizlerin elenmesini engelleyerek en iyi bireylerden oluşan mükemmel topluma doğru yönelen doğal evrim sürecinin yavaşlamasına yol açacaktır²⁷⁴.

Sosyal darwinistler, hem bireysel sorumluluk düşüncesini geliştirdiği hem de “*uygun olanın hayatta kalması*” (*survival of the fittest*) ilkesine hizmet ettiği için özgürlüğü en yüce değer olarak görmüşlerdir. Spencer’a göre “*her insan, başkalarının eşit özgürlüğünü ihlal etmemesi koşulu ile dilediğini yapma*

²⁷³ Sosyal darwinizm’in en önemli teorisyenlerinden biri olan Herbert Spencer’in devletin işlevlerine dair görüşleri şu şekildedir: “*Toplumsal yasaları öyle bir niteliğe sahiptir ki, doğal kötülükler kendilerini düzeltir. Evrenin diğer her şubesinde olduğu gibi, toplumda da tüm unsurları dengede tutan olağanüstü kendi kendini düzenleme ilkesi ile karşılaşılır. Dahası insanın doğa yasalarına müdahalesi, çoğu kez adil dengeyi yok eder ve düzeltilenlerden çok daha büyük kötülükler açar. Bu nedenle, bir topluluğun tüm faaliyetlerini yasama yoluyla düzenleme girişimi, sefalet ve kargaşadan başka bir şeye yol açmaz. Öyleyse devlete neden ihtiyaç duyulur? Ne ticareti düzenlemesi, ne insanları eğitmesi, ne dini öğretmesi, ne hayır işlerini yönetmesi ne de kara ve demiryolları inşa etmesi için; yalnızca bireylerin doğal haklarını savunması -kişiyi ve mülkiyeti koruması-, güçlülerin zayıflara yönelik saldırılarını önlemesi, tek kelimeyle adaleti tesis etmesi için. Devletin doğal ve asli vazifesi budur. Ne daha azını yapması için tasarlanmıştır ne de fazlasını yapmasına müsaade edilmelidir*” (Spencer, Herbert, “*Six Essays on Government, Society, and Freedom*”, **The Man Versus the State** içinde, **Liberty Classics**, Indianapolis, 1981, s. 186-187).

²⁷⁴ Vergara, s. 179. Aynı yönde bkz. Yayla, Atilla, **Liberalizm**, Liberte Yayınları, Ankara, 2015, s. 109-110; Şahin, Çağatay, “*Sosyal Darwinizm, Nazizm ve Hukuk İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme*”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, Y. 2017, s. 571-572; Atiyah (2000), s. 285; Boldeman, s. 119-120; Güriz (2010), s. 125-126. Herbert Spencer’in Amerikalı takipçisi William Graham Sumner’in şu sözü, sosyal darwinistlerin yaklaşımını iyi özetlemektedir: “*Çöplükteki ayyaş, tam da olması gereken yerdedir*” (Heywood, s. 68).

özgürlüğüne sahiptir”²⁷⁵. Özgürlük anlayışları ise temelde her türlü devlet müdahalesinin reddine ve sosyo-ekonomik eşitsizliklerin kaçınılmaz olduğu kabulüne dayanmaktadır²⁷⁶. Sumner’in ifadesi ile medeniyet, birbirine alternatif iki ayrı toplum vizyonu arasında basit bir tercihle karşı karşıyadır: Özgürlük, eşitsizlik, uygun olanın hayatta kalması ya da kölelik, eşitlik, uygun olmayanın hayatta kalması. İlk tercih, en iyi üyelerini destekleyip toplumu ileri taşıırken, ikincisi en kötü üyelerini kollayarak toplumun mahvına yol açar²⁷⁷.

Sosyal darwinistler, sözleşme hürriyeti başta olmak üzere, ekonomik hürriyetleri doğal seçim ile ilişkilendirerek bireyin genel özgürlüğünün bir parçası olarak görmüşlerdir²⁷⁸. Onlara göre sözleşme hürriyeti, minimum baskı ve zorlama ile sosyal düzeni sağlamanın en uygun mekanizmasıdır. Sosyal amaçlar ile sözleşme hürriyetine getirilen her sınırlama, diğer türlü hayatta kalamayacak olanların daha uzun süre yaşamasına neden olarak toplumsal evrim sürecini yavaşlatır²⁷⁹. Bu nedenle sosyal darwinistler, sözleşme hürriyetine mutlak bir mahiyet atfetmişler; toplumdaki dezavantajlı grupları ve sözleşmenin zayıf tarafını korumayı amaçlayan her türlü sosyal yasama faaliyetine karşı etkin bir muhalefet sergilemişlerdir²⁸⁰.

²⁷⁵ Spencer, Herbert, **Social Statics**, D. Appleton & Company, New York, 1913, s. 55.

²⁷⁶ Nolan, Peter, **Capitalism and Freedom: The Contradictory Character of Globalisation**, Anthem Press, London, 2008, s. 12-13.

²⁷⁷ Sumner, William Graham, “*The Challenge of Facts*”, **The Challenge of Facts and Other Essays**, (Editör Albert Galloway Keller), Yale University Press, New Haven, 1914, s. 25.

²⁷⁸ Herbert Spencer’in sözleşme hürriyetine ilişkin görüşleri için bkz. Spencer, Herbert, **Justice: Part IV of the Principles of Ethics**, Williams and Norgate, London, 1891, s. 127-132.

²⁷⁹ Atiyah (2000), s. 322; Boldeman, s. 119.

²⁸⁰ Sosyal darwinizm düşüncesi, XIX’uncu yüzyılın sonu ile XX’nci yüzyılın başı arasında, özellikle Amerikan hukuk ve siyaset çevrelerinde kendisine çok sayıda taraftar bulmuştur. Öyle ki, ABD Yüksek Mahkemesi’nin sözleşme hürriyetini mutlaklaştıran Lochner dönemi kararlarında, Spencer’in sosyal darwinizm anlayışının etkili olduğu ileri sürülmektedir. Yargıç Oliver Wendell Holmes’un, Lochner v. New York kararına yazdığı muhalefet şerhinde, XIV’üncü Değişikliğin Herbert Spencer’in *Social Statics* kitabını yasalaştırmadığını hatırlatması bu açıdan zikredilmeye değerdir. Bkz. Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>, E.T. 5.11.2020.

D) SOSYAL DEVLET VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ: STATÜ HUKUKUNA BİR GERİ DÖNÜŞ MÜ?

XIX'uncu yüzyıl özgürlük, bireycilik ve laissez-faire çağı ise XX'nci yüzyıl eşitlik, kolektivizm ve müdahalecilik çağıdır. Bu dönemde, liberalizm ve kapitalizmin temel değerleri, gerek marksizm ve faşizm gibi totaliter ideolojiler, gerekse bunların daha ılımlı türevleri tarafından sert bir meydan okuma ile karşılaşmıştır²⁸¹.

Kapitalist düzen, endüstri devriminin yarattığı muazzam zenginliğin sermaye sahibi küçük bir gruba akmasına yol açarken; emekçi sınıflar başta olmak üzere geniş toplum kesimlerinin hayat şartlarında ciddi bir iyileşme sağlayamamıştır. XX'nci yüzyıla gelindiğinde, işsizlik, yoksulluk, gelir eşitsizliği, uygun olmayan çalışma şartları, çocuk işçiliği gibi temel sosyo-ekonomik sorunlara henüz gerekli çözümler bulunmuş değildir. Bu nedenle, serbest piyasa ekonomisine karşı yöneltilen eleştiri ve mücadeleler giderek şiddetini artırmış; sosyal adaletsizlikleri gidermek için piyasanın işleyişine devletin aktif müdahalesinin gerekli olduğu görüşü kendisine daha fazla taraftar bulmaya başlamıştır. Bir yandan, servete ve vergiye dayalı oy uygulamalarının kaldırılması ile yoksul halk kitlelerinin siyaseti etkileme imkânına kavuşması; diğer yandan emekçi sınıfların örgütlü mücadelesinin nihayetinde sosyal bir devrime yol açacağı korkusu, minimal devlet modelinden daha müdahaleci bir devlet modeline geçilmesine neden olmuştur. Bu dönüşümün hukuk alanına başlıca yansımaları, mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyeti gibi ekonomik hürriyetlerin mutlak niteliklerini yitirmesi ve hukukun sosyal bir içerik kazanmış olmasıdır.

Bir önceki başlıkta da temas edildiği gibi liberal teorinin sözleşme hürriyetini haklılaştırmak için başvurduğu akıl yürütme, temelde şu iki önerme ve sonuçtan meydana gelmektedir: Önerme I: Toplumsal menfaat (kamu yararı), bireysel menfaatlerin toplamından ibarettir. Önerme II: Her birey, kendi menfaatinin en iyi yargıcısıdır. Sonuç: Bireylerin, menfaatlerini artırmak üzere bir araya gelerek kendi aralarındaki ilişkileri sözleşmeler yolu ile serbestçe düzenlemelerine izin vermek kamu yararına uygundur.

²⁸¹ Chrenkoff, s. 47.

Ancak ekonomik yaşamda gittikçe belirgin hale gelen tekelleşme, sözleşen taraflar arasındaki güç ve bilgi asimetrisi, tüketicilerin irrasyonel davranışları gibi olgular, bu iki önermenin de geçerliliğinin sorgulanmasına yol açmıştır. Artık bireysel menfaatler ile toplumsal menfaat arasında kusursuz bir uyumun bulunduğu görüşüne de bireylerin her durumda kendileri için en iyi olanı bileceği görüşüne de şüphe ile yaklaşılmaktadır²⁸².

Bireysel menfaatler ile kamu yararı arasında mutlak bir özdeşlik bulunmadığının en açık göstergesi, ekonomideki tekelleşme olgusudur. XIX'uncu yüzyılın ikinci yarısında, rekabeti kısıtlamayı ve fiyatları kontrol etmeyi amaç edinen ticaret birlikleri ve kartellerin önemli sanayi kollarının neredeyse bütününde hâkimiyet kurmaya başladıkları görülmüştür²⁸³. Üretimi kontrol eden bu kuruluşlar, malların satış fiyatlarını belirleme, belirlenen sabit fiyatların altında satış yapan perakendecilere para cezası verme veya onlara mal tedarik etmeyi yasaklama gibi uygulamalar ile serbest rekabeti devre dışı bırakma gücüne erişmişlerdir. Bu uygulamalar yargıya taşındığında ise mahkemeler; sözleşme şartlarını belirleme, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşme yapmama haklarını gerekçe göstererek açılan davaları reddetmişlerdir²⁸⁴.

Rekabetçi kapitalizmden tekelci kapitalizme geçiş olarak nitelendirilebilecek bu süreç, liberal ekonominin varsaydığı, hiçbiri tek başına piyasa fiyatını belirleyecek güce sahip olmayan çok sayıda küçük işletmeden meydana gelen piyasa

²⁸² Devletin piyasanın işleyişine aktif müdahalesini savunan ünlü İngiliz iktisatçı John Maynard Keynes, “*The End of Laissez-Faire*” başlıklı çalışmasında liberalizmin bu temel kabullerini reddetmektedir: “*Laissez-faire'nin dayandığı metafizik veya genel ilkeleri yoldan kaldırmakla işe başlayalım. Bireylerin, ekonomik faaliyetlerinde kuralcı bir 'doğal özgürlüğe' sahip oldukları doğru değildir. Bir şeye sahip olan veya bir şeyleri iktisap eden kişilere ebedi haklar veren bir 'sözleşme' bulunmamaktadır. Dünya, bireysel menfaat ile toplumsal menfaatin daima örtüşeceği kadar yukarıdan yönetilmez. Pratikte örtüşecekleri kadar aşağıdan da yönetilmez. Aydınlanmış bireysel menfaatlerin her zaman kamu yararına işlediği, ekonomi ilkelerinden doğru bir çıkarım değildir. Keza, bireysel menfaatlerin genellikle aydınlanmış olduğu da doğru değildir; çoğu zaman, kendi amaçlarını izlemek için birbirlerinden bağımsız hareket eden bireyler, bu amaçlara erişemeyecek kadar bilgisiz veya zayıftır. Deneyim, bireylerin bir sosyal birim oluşturduklarında, bağımsız hareket etmelerine kıyasla her zaman daha az ileri görüşlü olduklarını göstermez*” (Keynes, John Maynard, “*The End of Laissez-Faire*”, *Essays in Persuasion* içinde, Macmillan and Co., London, 1931, s. 312).

²⁸³ Atiyah (2000), s. 598.

²⁸⁴ Atiyah (2000), s. 619.

modelini geçersiz kılmıştır. Liberal ekonomi taraftarlarına göre, işletmeler arasındaki rekabet, fiyatları malın maliyetine yakın bir düzeyde tutacak ve bu sayede piyasa, tüketiciler açısından kendiliğinden bir koruma sağlayabilecektir²⁸⁵. Ancak tekel, kartel ve tröstlerin hâkim olduğu piyasalarda, fiyatların tespitinde işletmelerin tercihleri daha belirleyici olacağı için böyle bir korumadan söz etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, piyasalardaki yoğunlaşma oranı arttıkça, tüketicileri koruma amacı ile devletin piyasalara müdahale etmesi ihtiyacı da o oranda artmıştır. Nitekim XIX’uncu yüzyılın sonundan itibaren ABD’de ve Batı Avrupa ülkelerinde çıkarılan antitröst yasaları²⁸⁶ ile rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan sözleşmeler geçersiz sayılmıştır²⁸⁷.

Klasik ve neo-klasik iktisatın, kendi çıkarının nerede olduğunu bilen, her durumda bilinçli ve rasyonel şekilde hareket eden “*iktisadî insan*” (*homoeconomicus*) modeli de tartışılır hâle gelmiştir. Piyasaya sunulan mal ve hizmetlerin sayı ve çeşit yönünden artması, teknolojiye dayalı üretimin yaygınlaşması, görsel ve işitsel iletişim araçlarının pazarlama çalışmalarında kullanılmaya başlanması gibi etkenler, üretici ile tüketici arasında bilgi, tecrübe ve uzmanlık açısından ciddi bir orantısızlık meydana getirmiştir.

Tüketicilerin piyasa ilişkilerinde karşılaştıkları en temel sorun, satın almayı düşündükleri mal ve hizmetlere ilişkin yeterli bilgiye sahip olmamalarıdır²⁸⁸. Temel bireysel ihtiyaçların ve bu ihtiyaçları karşılayacak ürün alternatiflerinin sınırlı olduğu sanayi devrimi öncesi dönemde, tüketicilerin satın aldıkları mal ve hizmetlere ilişkin

²⁸⁵ Hamitoğulları, s. 209, Göze (2013), s. 25.

²⁸⁶ ABD ve Batı Avrupa ülkelerinde rekabeti korumayı amaçlayan mevzuatın ortaya çıkışı ve gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, Mustafa, **Rekabet Hukukuna Giriş**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 95-105; Güriz (2010), s. 96-99.

²⁸⁷ Rekabetin korunması amacı ile sözleşme hürriyetine getirilen kısıtlamalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sayhan, İsmet, “*Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık*”, **Rekabet Dergisi**, S. 17, Y. 2004, s. 5-34; Ünal, Akın, “*Rekabet Hukukunun Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğüne Müdahalesi*”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII**, 17-18 Nisan 2009-Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2009, s. 395-413.

²⁸⁸ Piyasa aksaklıklarının özel bir görünümü olarak bilgi sorunu ve bu soruna hukukî müdahale yöntemleri hakkında bkz. Atamer, Yeşim M./Sanlı, Kerem Cem, “*Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 26, S. 4, Y. 2010, s. 28-33; Atiyah (2000), s. 623-625.

azami bilgiye sahip olduklarını ve rasyonel piyasa aktörleri olarak hareket ettiklerini varsaymak makul olabilir. Ancak modern çağda, hem bireylerin temel ihtiyaçları çeşitlenmiş hem de bu ihtiyaçları karşılayacak mal ve hizmetler çoğalmıştır. Günümüzde tüketicilerden her biri ileri teknoloji kullanılarak üretilen çok sayıda alternatif ürünün kalite ve özelliklerini karşılaştırmasını ve bu ürünler arasında rasyonel bir tercih yapmasını beklemek gerçekçi değildir.

Bilgi sorununa ek olarak, psikolojik bazı etmenlerin etkisi altında tüketicilerin piyasa ilişkilerinde sistematik şekilde hatalı seçimler yaptıkları anlaşılmıştır²⁸⁹. “*Davranışsal iktisat*”²⁹⁰ çalışmaları, insan davranışlarında mutlak bir rasyonalitenin söz konusu olmadığını; tüketicilerin aldatıcı reklamlar, saldırgan satış yöntemleri ve yapay ihtiyaçların uyarılması gibi²⁹¹ yollarla kolaylıkla manipüle edilebildiğini göstermiştir.

Kendi çıkarlarının nerede olduğunu bilen, bu çıkarları takip edebilecek kabiliyete sahip birey varsayımı bir yanılsamadan ibarettir²⁹². Çoğu durumda tüketiciler, satın aldıkları ürünlerin özellik ve kalitelerine ilişkin yeterli bilgisi bulunmayan, şartların arz ettiği tehlike ve zararların farkında olmayan, ürünün kendilerine sunuluşunun ve reklamların etkisine kapılan kişiler konumundadır²⁹³. Bu bakımdan, üretici ve satıcıların, tüketicilerin bu zaaflarından yararlanmalarını önlemek için devletin sözleşme hürriyetine etmek sureti ile tüketicileri koruması bir zorunluluk arz etmektedir. Özellikle II. Dünya Savaşı’nın ardından birçok ülkede

²⁸⁹ Atamer/Sanlı, s. 29.

²⁹⁰ Davranışsal iktisata ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kamilçelebi, Hatime, **Davranışsal İktisat**, IJOPEC Publication Limited, London, 2019.

²⁹¹ Özel, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 37.

²⁹² Örneğin İngiltere’de tefeciliğe karşı tüketicileri korumayı amaçlayan yasama faaliyeti, birçok tüketici sözleşmesinin, rasyonel hareket eden hiç kimsenin bile isteye taraf olmayacağı ölçüde ezici hükümler içerdiğinin anlaşılması ile ortaya çıkmıştır (Atiyah (2000), s. 623).

²⁹³ Altuner Yolcu, Fatma Zeynep, “*Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Y. 2018, s. 1114.

tüketicilerin korunmasını amaçlayan özel kanunlar çıkarılmış veya genel kanunlarda bu amaca yönelik ekleme ve değişiklikler yapılmıştır²⁹⁴.

Devletin, tüketiciyi ve rekabeti korumak için sözleşme hürriyetine müdahalesinin temel hedefi, piyasa aksaklıklarını düzelterek serbest piyasa düzenini desteklemektir. Diğer bir deyişle, kişisel çıkarların kamu yararını zedelediği veya bireylerin kendi çıkarlarını isabetli şekilde değerlendiremediği durumlarda, sözleşme hürriyetine müdahale edilerek ortaya çıkan olumsuz sonuçlar izale edilmek istenmektedir. Ancak günümüzde sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların temel gerekçesini, bizzatı serbest piyasa düzeninden kaynaklanan adaletsiz sonuçlar oluşturmaktadır. Tarafların pazarlık güçlerindeki dengesizliğin adil olmayan bir sözleşmeye vücut vermesini engellemek için sözleşme hürriyetine müdahale edilerek sözleşmenin zayıf tarafı korunmak istenmektedir²⁹⁵.

Klasik sözleşme anlayışı, tarafların özgür iradeleri ile akdettikleri sözleşmelere mutlak bir geçerlilik tanımakta ve sözleşme adaleti kavramını reddetmektedir. Bu anlayışın temel ilkesi, “sözleşme ile kararlaştırılan her zaman adildir” (*qui dit contractuel, dit juste*) şeklindedir²⁹⁶. Eşit bireylerin serbest pazarlığının ürünü olarak sözleşmeler, tarafların hak ve borçları arasındaki ideal dengeyi temsil etmektedir²⁹⁷. Bu nedenle, bireylerin sözleşme hürriyetine getirilecek her türlü sınırlamanın bu ideal dengenin bozulmasına sebep olacağı düşünülmektedir.

Ancak “eşit bireylerin serbest pazarlığı” varsayımı ile ekonomik hayatın gerçekleri arasında ne ölçüde büyük bir tezat bulunduğu kısa sürede anlaşılmıştır. Sözleşme ilişkilerinin büyük çoğunluğunda ne taraflar arasında gerçek bir eşitlikten

²⁹⁴ Tüketici sözleşmelerine müdahale ihtiyacı ve tüketici hukukunun tarihi gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Oral, Tuğçe, “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan: Cilt-II, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 1475-1479; Kalkan, Arif, Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 21-32; Altınar Yolcu, s. 1113-1117; Özel (2019), s. 31-46.

²⁹⁵ Atamer, sözleşme hürriyetine yönelik bu iki hukukî müdahale yöntemini, “piyasa işleyişini destekleyen” ve “piyasa işleyişine müdahale eden” düzenlemeler şeklinde tasnif etmektedir. Bkz. Atamer (2001), s. 22-25.

²⁹⁶ Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 74-75; Atamer (2001), s. 17; Kaşak, s. 23; Atasoy, s. 239.

²⁹⁷ Atamer (2001), s. 19-20.

ne de serbest bir pazarlık sürecinden söz etmek mümkündür. Çoğu durumda söz konusu olan, taraflardan birinin sözleşme şartlarını tek başına belirleyip karşı tarafa dikte etmesine dayanan asimetrik bir ilişkidir. Genelde sözleşmenin sosyo-ekonomik açıdan zayıf tarafının, güçlü tarafın belirlediği sözleşme şartlarına boyun eğmekten başka alternatifi bulunmamaktadır. Böylece ilk ortaya çıktığında, alt sosyal sınıfların özgür iradeye dayanmayan statü temelli yükümlülüklerinin geçersizliğini göstermek için başvurulmuş sözleşme hürriyeti ilkesi, zamanla güçlünün zayıfı sömürsünü örten hukukî ve ideolojik bir kılıf haline dönüşmüştür²⁹⁸.

Herkese eşit olarak sağlandığı ileri sürülen ve kutsallık zırhına büründürülen sözleşme hürriyeti, pratikte mülk sahipleri, tüccar ve sanayi kapitalistlerine yeni bir hukukî silah sağlamış ve onların sosyal durumunu güçlendirmiştir²⁹⁹. Özellikle iş hayatını konu alan sözleşmeler, taraflar arasındaki eşitsizlikten kaynaklanan suiistimallerin çok açık örneklerini ihtiva etmektedir. İşçi ile işveren arasındaki sözleşme ilişkisi, işçi açısından kendi çalışma koşullarının belirlenmesi hususunda en küçük bir özgürlüğü dahi temsil etmez ve ona bu süreç üzerinde herhangi bir etki imkânı vermez. Sözleşmenin güçlü tarafı olan işveren, koşulları belirleme, dahası işçinin acil ekonomik ihtiyaçları düşünüldüğünde, kendi koşullarını ona dayatma şansına sahiptir³⁰⁰. Şüphesiz işçinin bir işe ihtiyacı olduğu kadar işverenin de işini yürütebilmek için işçiye ihtiyacı olduğu düşünülebilir. Ancak işveren, kolaylıkla kendisi için çalışmaya istekli yeni bir işçi bulabileceği gibi yeni bir işçi buluncaya kadar işin aksamasına katlanacak ekonomik imkânlarla da sahiptir. İşçinin ise ne o kadar kolay yeni bir iş bulabilmesi mümkündür ne de genelde yeni bir iş bulana

²⁹⁸ Alman hukukçu Otto von Gierke sözleşme hürriyetini, kuvvetli olanın elinde korkunç bir silah, zayıf olanın elinde ise kör bir bıçak olarak tasvir etmektedir (Atamer (2001), s. 20; Kağıtçıoğlu, s. 270). Bazı yazarlar, sözleşme hürriyetinin “tavuk kümesindeki serbest tilkinin özgürlüğü” haline dönüştüğünden şikâyet etmektedir (Kaşak, s. 29). XX’nci yüzyılda, sözleşme hürriyetinin bir tarafın buyurma serbestisine, diğer tarafın ise sözleşme bağımlılığına dönüştüğü şeklinde yakınmalar yükselmiştir (Rehbinder, Manfred, “*Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması: Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne*”, (Çev. Ömer Teoman), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 42, S. 1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Y. 1976, s. 643). Sözleşme tarafları arasında gerçek bir eşitlikten söz edilemeyeceğine ilişkin bkz. Cohen, s. 568-571; Rebinder (1969), s. 89; Topçuoğlu, s. 162-164; Sirmen, s. 454-455; Rebinder (1976), s. 643; Atamer (2001), s. 20; Edwards, s. 647-649; Baysal (2017), s. 12; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 61-62; Szwed, s. 7-8; Kaşak, s. 22; Kağıtçıoğlu, s. 270.

²⁹⁹ Tanör (1978), s. 52-53.

³⁰⁰ Weber (2012), s. 98.

kadar ailesini geçindirmeye yetecek birikimi mevcuttur³⁰¹. Bu bakımdan, emeğinden başka bir geçim kaynağı olmayan kişiler için sözleşme hürriyeti, işverenin zorladığı şartlarda çalışmaya katlanmak ile işsiz ve aç kalmak arasında bir tercih meselesine indirgenmiş durumdadır³⁰². Gerçekten de XIX'uncu yüzyılın çalışma şartları düşünüldüğünde³⁰³, ortalama bir fabrika işçisi için sözleşme hürriyetinin anlamı, hayatta kalmasına zar zor yetecek bir ücret karşılığında, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin bulunmadığı bir işyerinde, bayram ve hafta sonları da dâhil günlük on altı saate varan bir çalışma ve işverenin belirlediği baskıcı kurallara boyun eğmekten ibarettir.

Tarafların pazarlık gücündeki asimetrisinin yol açtığı sorunların bir görünümü de “*standart sözleşmeler*” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Sanayi devrimi, üretimdeki standartlaşmaya paralel olarak, standart sözleşme modelini ortaya çıkarmıştır³⁰⁴. XIX'uncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren büyük işletmeler, ürettikleri mal ve hizmetler için müşterileri ile sözleşme şartlarını bireysel olarak müzakere etmek yerine önceden hazırladıkları standart sözleşme metinlerini kullanmaya başlamışlardır. Uzman hukukçulara hazırlatılan bu metinler, müşteri ile

³⁰¹ İşçi ile işveren arasındaki sözleşme ilişkilerinde gerçek bir eşitlikten söz edilemeyeceği görüşüne liberalizmin kurucusu sayılan Adam Smith'in eserlerinde de rastlanılmaktadır: “*Ortalama emek ücretleri denilen şey, çokluk, her yerde, çıkarı hiç de birbirinin aynı olmayan bu iki taraf arasındaki sözleşmeye dayanır. İşçiler, elden geldiğince çok almak; ustalar ise elden geldiğince az vermek isterler. Birinciler, emek ücretini artırmak; ikinciler ise bunu indirmek için, kendi aralarında birleşmeye yatkındırlar. Bununla birlikte, genel olarak, tartışmada iki taraftan hangisinin üstün çıkıp şartlarını ötekine ister istemez kabul ettirebileceğini önceden kestirmek güç değildir. Ustalar sayıca az olduklarından, aralarında çok daha kolay birleşebilirler. Sonra kanun, onların bir araya gelmelerine izin verir yahut hiç değilse, onlara bu birleşmeleri yasak etmez. Oysa, işçilerininki yasak eder. İşin fiyatını indirmek üzere birleşmeye karşı parlamento kararlarımız yoktur. Ama, bunu yükselteceklere karşı pek çok kanun vardır. Bütün bu gibi çatışmalarda, ustalar çok daha uzun boylu dayanabilirler. Bir toprak sahibi, bir çiftçi, bir sanayici ya da tacir, bir tek işçi tutmasa bile, önceden edinmiş bulunduğu mal mevcudu ile, genel olarak, bir veya iki yıl yaşayabilir. İşçilerin çoğu bir hafta işsiz yapamaz; bir ay işsiz geçinebileni pek az; bütün bir yıl işsiz yaşayabileni ise yok gibidir. Eninde sonunda, işçi için usta ne kadar lüzumlu ise, usta için de işçi o derece gerekli olabilir. Ancak, bu lüzum o kadar ivedili değildir*” (Smith, s. 128-129). Aynı yönde bkz. Hobhouse, s. 56.

³⁰² Tanör (1978), s. 52.

³⁰³ Batı Avrupa ülkeleri ve ABD’de, XIX’uncu yüzyılın genel çalışma koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nevins, Allan/Commager, Henry Steele, **ABD Tarihi**, (Çev. Halil İnalıcık), Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2019, s. 323-329; Hamitoğulları, s. 276-280; Barber, s. 157-159; Güriz (2010), s. 59-60; Gemalmaz (2015), s. 334-347; Huberman (2019), s. 126-135.

³⁰⁴ Atamer (2001), s. 2. Aynı yönde bkz. Cansel, Erol/Özel, Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt-1**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 129-130.

işletme arasında ortaya çıkabilecek her türlü ihtilafı öngörüp bu ihtilaflara işletme lehine çözümler üretme mantığına dayanmaktadır³⁰⁵. Bu sayede, işlem maliyetleri azaltıldığı gibi işletmeler hukukî risklere karşı kendilerini koruma imkânı yakalamışlardır³⁰⁶.

Sözleşme hürriyeti ilkesine dayanılarak haklılaştırılan standart sözleşmeler³⁰⁷, gerçekte sözleşmenin zayıf tarafı açısından bir dayatma niteliği taşımaktadır. Bu sözleşmelerin içeriği belirlenirken tüketicilerin en küçük bir katkı sunma şansı dahi bulunmamaktadır. Standart sözleşmeler söz konusu olduğunda tüketicilerin sahip olduğu yegâne tercih imkânı, kendilerine sunulan sözleşme şartlarını eksiksiz olarak kabul etmek ya da sözleşmeyi bütün olarak reddetmekten ibarettir³⁰⁸. Esasında standart sözleşmelerin kullanımının yaygınlığı ve aynı sektörde faaliyet gösteren bütün işletmelerin bu sözleşmelere başvurduğu göz önüne alındığında, tüketicilerin sözleşmeyi reddetme konusunda dahi gerçek bir tercih imkânından yoksun olduğunu

³⁰⁵ Atamer (2001), s. 1.

³⁰⁶ Standart sözleşmelerin işletmeler açısından önemi hakkında bkz. Kessler, Friedrich, “*Contracts of Adhesion: Some Thoughts about Freedom of Contract*”, **Columbia Law Review**, Vol. 43, No. 5, Y. 1943, s. 631-632; Wilson, Nicholas S., “*Freedom of Contract and Adhesion Contracts*”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 14, No. 1, Y. 1965, s. 176; Kaiser, Christopher M., “*Take It or Leave It: Monsanto v. McFarling, Bowers v. Baystate Technologies, and the Federal Circuit's Formalistic Approach to Contracts of Adhesion*”, **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 80, Issue 1, Y. 2005, s. 487-488; Aydoğdu, Murat, **Türk Borçlar Hukuku’nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 26-27; Cansel/Özel, s. 130; Kaşak, s. 25-26.

³⁰⁷ Angelo, Anthony/Ellinger, Peter, “*Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States*”, **The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 14, No. 3, Y. 1992, s. 456-457; Atamer (2001), s. 2-3.

³⁰⁸ Bu nedenledir ki bazı yazarlar standart sözleşmeler için “*al ya da bırak sözleşmeleri*” (*take it or leave it contracts*) tabirini kullanmaktadır. Bu kullanım için bkz. Aydoğdu, Murat, “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı*”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan: Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Y. 2013, s. 606; Kaiser, s. 487; Kaşak, s. 27. Yargıtay kararlarında da standart sözleşmelere ilişkin olarak benzer yönde değerlendirmeler yer almaktadır: “*Bu tip sözleşmelere de tip sözleşme, katımlı sözleşme, kitle sözleşme veya formüler sözleşme denilmektedir. Bu tip sözleşmelerde pazarlık yapılması söz konusu olmadığı gibi, çoğu kez fiyat konusu bile tarifelerle belirlenmekte ve pazarlık dışı bırakılmaktadır. İşte kitlelere yönelik bu sözleşmelerde girişimci karşısındaki diğer taraf, ya kendisine sunulan sözleşmeyi kabul edecek, ya da sözleşmeye konu edim veya hizmetten yoksun kalacaktır*” (Yargıtay 3’üncü Hukuk Dairesi, E. 2014/13539, K. 2014/16751, K.T. 18.12.2014, kazancı.com.tr/gunluk/3hd-2014-13539.htm, E.T. 11.08.2020).

kabul etmek gerekir³⁰⁹. Günümüzde, banka hesabı açtırmaktan kredi çekmeye, sigorta yaptırmaktan şehirlerarası otobüs bileti satın almaya varıncaya kadar ekonominin hemen her sektöründe standart sözleşmelerin kullanımı olağan hale gelmiştir³¹⁰. Sigortacılık, sağlık, bankacılık, turizm gibi bazı sektörlerde standart sözleşmelerin kullanım oranı %100'e ulaşmıştır³¹¹. Artık sıradan bir bireyin standart sözleşmelere taraf olmaktan kaçınması mümkün olmadığı gibi bu sözleşmeleri kullanan kuruluşlara karşı bağımlılığı da günden güne artmaktadır³¹².

İş sözleşmeleri ve standart sözleşmelerin yanı sıra kira, sigorta ve tüketici gibi gündelik hayatta sıkça kullanılan birçok sözleşme tipinde de tarafların pazarlık güçlerindeki eşitsizlikler oldukça belirgindir. Bu bakımdan, sözleşmenin sosyo-ekonomik açıdan güçlü tarafının zayıf olan tarafı sömürsünü engellemek için modern devletin sözleşme hürriyetine müdahale etmesi kaçınılmaz bir zorunluluk arz etmektedir³¹³. Bu müdahalelerin temelinde ise XIX'uncu yüzyılın son çeyreğinde Avrupa'da ortaya çıkan ve II. Dünya Savaşı sonrası küresel çapta yaygınlık kazanan sosyal devlet-refah devleti uygulamaları yer almaktadır.

Sosyal devlet; sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacı ile devletin sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören devlet anlayışını ifade etmektedir³¹⁴. Bireyler ve toplumsal sınıflar arasındaki ekonomik mücadelede tarafsız bir hakem rolü üstlenmekle yetinen liberal devlet anlayışının aksine; sosyal devlet anlayışına göre güçlülerin güçsüzleri sömürsünü engellemek için devletin ekonomik hayata müdahale etmesi gerekmektedir. Türk Anayasa

³⁰⁹ Aynı yönde bkz. Hirsch, Ernst E., “Devletçilik ve Ticaret Hukuku”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 45, S. 1-4, Y. 1981, s. 7-8; Doğan (2021), s. 191.

³¹⁰ Atamer (2001), s. 1.

³¹¹ Aydoğdu (2014), s. 22.

³¹² Wilson, s. 174-175.

³¹³ Kağıtçıoğlu, s. 270-271. Fransız yazar ve politikacı Henri-Dominique Lacordaire'nin ifadesiyle “Kuvvetli ile zayıf karşı karşıya bulunduğu zaman hürriyet ezici, kanun ise kurtarıcı olur” (Kapani, s. 51).

³¹⁴ Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 138; Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 115; Gözler (2018), s. 190.

Mahkemesi de bir kararında³¹⁵ sosyal devleti, “*güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakta yükümlü devlet*” şeklinde tanımlamıştır. Sosyal devlet düzeninde, mülkiyet hakkı, sözleşme ve teşebbüs hürriyeti gibi mülk sahipleri ve müteşebbislere avantaj sağlayan ekonomik hürriyetler mutlak ve dokunulmaz nitelikte kabul edilmemekte; sosyo-ekonomik açıdan zayıf olan sınıf ve grupları korumayı amaçlayan sosyal haklar³¹⁶ vasıtası ile bu hürriyetler sınırlandırılmaktadır.

Sosyal devlet anlayışının yerleşmesi ile edimler arası eşitlik, sözleşme adaleti, maddi adalet gibi kavram ve değerler sözleşmeler hukukunda yeniden ön plana çıkmıştır. Özel hukuka tabi kişiler arasındaki ilişkilerde mutlak eşitlik varsayımından hareket eden “*şekli sözleşme özgürlüğü*” anlayışı zayıflarken; sözleşmenin zayıf tarafı lehine müdahale edilmesini öngören “*maddi sözleşme özgürlüğü*” anlayışı önem kazanmıştır³¹⁷.

Sosyal devlet ilkesi, tarafların pazarlık güçleri arasındaki eşitsizliğin adalete ve hakkaniyete aykırı bir sözleşme içeriğinin oluşumuna yol açabilecek olması ihtimali karşısında gerek kanunun emredici hükümleri gerekse yargısal yorum yolu ile devletin zayıf olan taraf lehine sözleşme hürriyetine müdahale etmesini gerektirmektedir. Gerçekten de XX’nci yüzyılda iş, konut kirası, tüketici sözleşmeleri gibi karakteristik olarak zayıf tarafın bulunduğu sözleşmeler başta gelmek üzere, birçok sözleşme tipi emredici kanun hükümleri ile düzenlenerek sözleşme hürriyetine ciddi sınırlamalar getirilmiştir³¹⁸. İş hukuku, tüketici hukuku gibi bazı hukuk dallarında sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların boyutu dikkate alındığında, bu ilkenin genel bir kural mı yoksa istisna mı olduğu şüpheli

³¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1988/19, K. 1988/33, K.T. 26.10.1988, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 24, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1989, s. 451.

³¹⁶ Tanör (1978), s.77; Yücel Dericiler, s. 41; Özbudun (2018), s. 152.

³¹⁷ Şen Doğramacı, s. 1287. Şekli sözleşme özgürlüğü-maddi sözleşme özgürlüğü ayrımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut, Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 18-20; Atamer (2001), s. 20-21; Tan (2004), s. 518; Cherednychenko (2007-a), s. 9-10; Colombi Ciachi (2010), s. 303-305; Kaşak, s. 27-29; Atasoy, s. 281-289.

³¹⁸ Kaşak, s. 31.

hâle gelmiştir. Örneğin XIX’uncu yüzyılda işçi ile işveren; ücret, çalışma süresi, tatil ve yıllık izin gibi iş sözleşmesinin bütün esaslı unsurlarını serbestçe müzakere etme imkânına sahipken; günümüzde işçiye asgari bir koruma sağlamak amacıyla tarafların bu serbestisine sınırlamalar getirilmiş ve çalışma şartları kanunla düzenleme altına alınmıştır. İşçi ile işverenin asgari ücretten daha düşük tutarda bir maaşı, kanunda öngörülen çalışma sürelerinden daha uzun bir çalışma süresini veya kanunda öngörülen tatil ve yıllık ücretli izin sürelerinden daha kısa bir süreyi kararlaştırmaları mümkün değildir³¹⁹.

Bu dönemde, kanun koyucunun sözleşme hürriyetine geniş kapsamlı müdahalelerine ek olarak, yargı organlarının sözleşme hürriyetine mutlak nitelik atfeden tutumunda da bir değişim meydana gelmiştir.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, New Deal (Yeni Düzen)³²⁰ sürecinde Başkan Roosevelt ile yaşadığı gerilimin ardından “*economic due process*” doktrininden vazgeçmek zorunda kalmıştır. Gerçekten de Yüksek Mahkeme,

³¹⁹ Tulukçu, Binnur, **İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları**, Damla Ofset, Konya, 2000, s. 18.

³²⁰ New Deal, 1929 Büyük Buhranı’nın neden olduğu ekonomik durgunluğu aşmak üzere Başkan Roosevelt tarafından 1933-1939 yılları arasında yürürlüğe konulan sosyal ve ekonomik reform programıdır. New Deal programı kapsamında işsizliğin azaltılmasına, sosyal yardımlaşmaya, sanayi ve tarım sektörünün düzenlenmesine, asgari ücret, sosyal güvenlik, toplu sözleşme, çalışma sürelerinin kısaltılması, sendikalaşma gibi işçi haklarının korunmasına yönelik çok sayıda sosyal içerikli kanun çıkarılmıştır. Ancak laissez-faire ideolojisine bağlılığı ile bilinen Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın federal devlete sanayi ve iş hayatını düzenleme, sosyal ve ekonomik reform yapma yetkileri vermediği gerekçesi ile birçok New Deal düzenlemesini Anayasa’ya aykırı bularak geçersiz kılmıştır. Yüksek Mahkeme’nin bu aktivist tutumunun reform programını baltaladığını düşünen Roosevelt, 1936 yılında büyük bir farkla yeniden başkan seçilip gücünü pekiştirmesinin ardından Mahkeme’nin yapısını değiştirmeyi öngören bir kanun tasarısını Kongre’ye sunmuştur. Roosevelt’in bu girişiminin neden olduğu gerilim, ortada konumlanan iki yargıcin liberal kanada yaklaşması ve muhafazakâr yargıç Willis Van Devanter’in istifası sonucu ortadan kalmış; bu tarihten sonra Yüksek Mahkeme, New Deal düzenlemelerini Anayasa’ya uygun bulmaya başlamıştır. New Deal programı ve bu dönemde Başkan Roosevelt ile Yüksek Mahkeme arasındaki gerilime ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakyemez, Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 41; Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 228-229; Öztürk, Fatih, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 38-43; Acemoğlu, Daron/Robinson, James A., **Ulusların Düşüşü: Güç, Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri**, (Çev. Faruk Rasim Velioğlu), Doğan Kitap, İstanbul, 2020, s. 314-318; The Editors of Encyclopaedia Britannica, “*New Deal*”, **Encyclopædia Britannica**, <https://www.britannica.com/event/New-Deal>, E.T. 19.02.2021; Göze (2015), s. 550-556; Nevins/Commager, s. 471-479.

Lochner dönemini sona erdiren karar olarak kabul edilen 1937 tarihli *West Coast Hotel Co. v. Parrish*³²¹ kararından itibaren sözleşme hürriyeti ilkesine dayanarak hiçbir yasa hakkında Anayasa'ya aykırılık kararı vermemiştir.

Ortak hukuk (common law) sisteminin geçerli olduğu ABD, İngiltere, Kanada ve Avustralya gibi ülkelerde, tarafların pazarlık güçlerindeki eşitsizliğin zayıf taraf açısından ciddi bir mağduriyete yol açması durumunda yargı organları, “ölçüsüzlük doktrini” (*the doctrine of unconscionability*)³²² çerçevesinde sözleşmelere müdahale etmeye ve baskıcı sözleşme şartlarını geçersiz kılmaya başlamışlardır.

Aynı şekilde, Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de hakkın kötüye kullanılması yasağı, dürüstlük kuralı, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık, gabin gibi hukukî ilke ve araçlar³²³ yolu ile mahkemelerin sözleşme hürriyeti ve sözleşmeye sadakat ilkelerini yumuşatmaya ve bu ilkelerin katı bir biçimde uygulanmasından doğabilecek zararları önlemeye çalıştıkları görülmektedir³²⁴.

³²¹ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>, E.T. 26.02.2021.

³²² Ölçüsüzlük doktrini, üstün pazarlık gücüne sahip olan taraf lehine, baskıcı ve açıkça adaletsiz hükümler içeren sözleşmelerin geçersiz kılınmasını veya hâkim tarafından düzeltilmesini öngören bir hukukî doktrindir. Ölçüsüzlük doktrininin felsefi kökenleri, Antik Çağ'ın “*dağıtıcı adalet*” ve Orta Çağ'ın “*adil fiyat*” yaklaşımlarına kadar uzanmaktadır. İngiltere ve ABD'de *hakkaniyet mahkemeleri* (*courts of equity*) eliyle XIX'uncu yüzyıla dek uygulaması sürdürülen bu doktrin, yargı organlarının subjektif değer ve klasik sözleşme teorilerini benimsemeleri ile önemini kaybetmeye başlamıştır. Ölçüsüzlük doktrininin yeniden hukuk sahnesine çıkışı, ABD'de eyaletler arasında ticari işlemler için ortak bir hukukî zemin oluşturmak üzere hazırlanan ve 1952 yılında eyaletlerin onayına sunulan Tekdüzen Ticaret Kanunu'nun (Uniform Commercial Code) yayımlanması ile mümkün olmuştur. Kanun'un “ölçüsüz sözleşme veya madde” başlıklı § 2-302 hükmü şu şekildedir: “*Mahkeme, sözleşmenin tümünün veya herhangi bir maddesinin, yürürlüğe girdiği an itibarıyla ölçüsüz olduğunu tespit ederse, sözleşmenin uygulanmasını reddedebilir; ölçüsüz bulunduğu hükmü çıkararak sözleşmenin kalan kısmını uygulayabilir veya hakkaniyete aykırı sonuçları önlemek için herhangi bir ölçüsüz hükmün uygulanmasını sınırlayabilir.*” Kanun metni için bkz. <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-77/pdf/STATUTE-77-Pg630.pdf>, E.T. 28.02.2021. Ölçüsüzlük doktrininin felsefi ve tarihi kökenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. McCall, Brian M., “*Demystifying Unconscionability: A Historical and Empirical Analysis*”, *Villanova Law Review*, Vol. 65, Issue 4, Y. 2020, s. 778-786. Ölçüsüzlük doktrinine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Eisenberg, Melvin A., “*The Principle of Unconscionability*”, *Berkeley Program in Law and Economics*, Y. 2009, s. 1-28, <https://escholarship.org/uc/item/77h162nt>, E.T. 28.02.2021; Angelo/Ellinger, s. 460-505; Küçükyalçın, s. 120-121; Edwards, s. 671-673.

³²³ Küçükyalçın, s. 113.

³²⁴ Kıta Avrupası ülkelerinde yargısal yorum yolu ile sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının en açık örnekleri, genel işlem şartlarının denetlenmesi hususunda karşımıza çıkmaktadır. Genel işlem şartlarına karşı tüketicileri korumayı amaçlayan mevzuatın kabulü, ekonomik hayatta standart

Modern devletin, sosyal adaleti ve eşitliği sağlama gerekçesi ile sözleşme hürriyetine yönelik kapsamlı müdahaleleri karşısında bazı hukuk çevreleri eleştirel bir tutum takınmıştır. Bazı yazarlar, devletin bu müdahalelerini “*hukukî paternalizm*” olarak nitelendirmekte; bu koruyucu tutumunun batı medeniyetinin temel taşlarından olan kişisel özerklik ve kişisel sorumluluk düşüncelerini yok ettiğinden yakınmaktadır³²⁵. Günümüzde hak ve yükümlülüklerin kaynağı olarak özgür irade ve rızanın önemini kaybettiğinden; sözleşme kurumunun yerini kanundan kaynaklanan statüsel hak ve yükümlülüklerin aldığından söz edilmektedir. Bu yöndeki gelişmeyi açıklamak üzere “*sözleşmenin ölümü*”³²⁶, “*sözleşmeden statüye geri dönüş*”³²⁷, “*kamu hukukunun özel hukuku istilası*”³²⁸ gibi çarpıcı nitelemeler ile sıkça karşılaşılmaktadır.

Yukarıda da temas edildiği üzere, devletin sosyal ve ekonomik hayatta aktif rol üstlenmesinin bir sonucu olarak sözleşme kurumunun ve sözleşme hürriyetinin liberal hukuk düzenlerinde eski merkezi konumunu kaybettiği yorumu bir hakikatin ifadesidir³²⁹. Devletin faaliyet alanının genişlemesi ve üstlendiği kamu hizmetlerinin

sözleşmelerin kullanımının yaygınlaşmasından yaklaşık bir asır sonra mümkün olmuştur. Buna rağmen Almanya, İsviçre ve Türkiye gibi birçok ülkede mahkemeler, ilgili mevzuatın kabulünün öncesinde de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nun mevcut hükümlerinden yararlanarak genel işlem şartlarını denetlemişler ve tüketicilere koruma sağlamayı başarmışlardır. Mahkemelerin, genel işlem şartlarının denetiminde başvurduğu hukukî araçlar için bkz. Oğuz, Cemal, “*Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/12 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1998/1, s. 26-37; Tuzcuoğlu, Tuğçe, **Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 41-66; Küçükyalçın, s. 112-114.

³²⁵ Bu yönde görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Trebilcock, Michael J., **The Limits of Freedom of Contract**, Harvard University Press, Cambridge, 1997, s. 147-163; Alexander, s. 110-113.

³²⁶ Gilmore, Grant, **The Death of Contract**, Ohio State University Press, Columbus, 1995.

³²⁷ Bu yönde kullanım için bkz. Albertsworth, E. F., “*From Contract to Status*”, **American Bar Association Journal**, Vol. 8, No. 1, Y. 1922, s. 17-20; Kahn-Freund, Otto, “*A Note on Status and Contract in British Labour Law*”, **The Modern Law Review**, Vol. 30, No. 6, Y. 1967, s. 635-644; Kessler, s. 641; Rehinder (1969), s. 79; Schmidt, s. 145-186; Pettit (1999), s. 265.

³²⁸ Messineo, Francesco, “*Batı Avrupa Memleketleri Hukukunda Akit Mefhumunun XX. Asırdaki Tekâmülü*”, (Çev. Halûk Tandoğan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, Y. 1960, s. 325; Gözler, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 69; Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019, s. 109.

³²⁹ Sözleşme hürriyeti ve irade özerkliği ilkelerinin ulusal özel hukuk sistemlerinde XIX’uncu yüzyılda sahip olduğu üstün konumunu kaybettiği yönünde bkz. Study Group on Social Justice in European Private Law, “*Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*”, **European Law Journal**, Vol. 10, No. 6, Y. 2004, s. 654.

çeşitlenmesi ölçüsünde, birey ile devlet arasındaki ilişkilerin türü ve kapsamı da genişlemiştir. Önceden sözleşmeler ile düzenlenen, dolayısıyla özel hukuk kurallarına tabi olan birçok ilişki türü artık kamu hukukunun kapsamına girmiştir³³⁰. Buna ek olarak, devlet, kendisinin doğrudan taraf olmadığı, özel bireyler arasında cerayan eden ilişkilerde de düzenleyici, denetleyici ve dengeleyici bir işlev üstlenmektedir. Günümüzde, piyasa aksaklıklarını düzeltmek, sözleşme taraflarının pazarlık güçleri arasında uygun bir denge oluşturmak gibi gerekçeler ile sözleşme hürriyetine getirilmiş çok sayıda sınırlamadan söz etmek mümkündür. Artık kamu yararı, bireysel yarar karşısında üstün tutulmakta; taraf iradelerinin yerini kanunun emredici hükümleri almaktadır. Özellikle rekabet hukuku³³¹, iş hukuku³³², tüketici hukuku³³³, enerji hukuku³³⁴ gibi nispeten genç sayılabilecek hukuk dallarında bu yönelim oldukça belirgindir.

Bireyi tek gerçeklik olarak varsayan; onu tüm toplumsal bağlarından arınmış soyut bir varlık olarak ele alan atomize bireycilik anlayışı günümüz sosyal hukuk devletlerinde geçerliliğini yitirmiştir. Birey artık belli bir sosyal ve ekonomik ortam içinde yaşayan, çeşitli sosyal bağlantıları bulunan bir varlık olarak kavranmaktadır³³⁵. Aynı şekilde hukuk da bireyi, tekil bir varlık olarak değil; işçi-işveren, tüketici-tacir, kiracı-kiraya veren gibi aynı niteliğe sahip çeşitli kimselerden biri olarak ele almaktadır³³⁶. Bir bakıma, Orta Çağ'ın hak ve yükümlülüklerin ait olunan toplumsal sınıf ve statülere göre değişkenlik gösterdiği statü hukukuna benzer şekilde, günümüzde de hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde kişisel tercihlerden ziyade sahip olunan bu statü ve sıfatlar belirleyici olmaktadır.

³³⁰ Atiyah (2000), s. 719.

³³¹ Bkz. Ünal (2009), s. 399-413.

³³² Bkz. Tulukçu, s. 15-22.

³³³ Bkz. Tandoğan, Halûk, **Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması**, Ankara, 1977, s. 11-14.

³³⁴ Bkz. Özel, Çağlar/Özcan Büyüktanır, Burcu G./Özel, Fatma, “*Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler*”, **Journal of Yaşar University**, Vol. 8, Özel Sayı: Rrof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Y. 2013, s. 2212-2115.

³³⁵ Göze (2015), s. 399-400.

³³⁶ Rehbindir (1969), s. 97-99. Aynı yönde bkz. Sirmen, s. 456.

Öte yandan, modern hukuk düzenlerinde sözleşme hürriyetinin önemini ve geçerliliğini yitirdiği şeklindeki yorum ve eleştirilerin bir ölçüde abartılı olduğunu belirtmek gerekir. Her şeyden önce; sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların büyük çoğunluğu, tekelleşme, üretici ile tüketici arasındaki güç ve bilgi asimetrisi gibi sanayileşmenin doğurduğu sorunlara bir yanıt teşkil etmektedir. Sözleşme hürriyetinin tek taraflı bir ayrıcalık olmaktan çıkarılıp herkesin bu hürriyetten eşit şekilde yararlanabilmesinin önünü açabilmek için bu çeşit sınırlamalar bir zorunluluk arz etmektedir. İkincisi; sözleşmeden statüye geri dönüş nitelmesi, sözleşme hukukundaki yönelimi bütün boyutları ile yansıtmaktan uzaktır. Hak ve yükümlülüklerin kaynağı olarak işçi-işveren, tüketici-tacir, kiracı-kiraya veren gibi sıfat ve statüler ile Orta Çağ'ın statüleri arasında bir ölçüde paralellik kurulabilirse de tam anlamı ile bir örtüşmeden söz etmek mümkün değildir. Orta Çağ'ın soy yoluyla devralınan, sabit ve bütüncül statülerine karşılık, modern hukukta hak ve yükümlülükler etki eden statüler, genelde sonradan edinilen, dinamik ve kapsamı sınırlı nitelik taşıyan statülerdir³³⁷. Üçüncü olarak; 1980'lerden bu yana birçok ülkede uygulanmakta olan özelleştirme ve deregülasyon gibi neo-liberal politikalar dikkate alındığında, sözleşme kurumu ve sözleşme hürriyeti ilkesi açısından bir restorasyon sürecinden söz etmek de mümkündür³³⁸.

³³⁷ Schmidt, "statüden sözleşmeye geri dönüş" şeklindeki yorumlara katılmamakta ve Maine'in statü terimine verdiği anlam ile terimin günümüzde kazandığı anlam arasındaki farklılığa işaret etmektedir: "Statü teriminin modern kullanımı, hem edinilmiş hem de kazanılmış nitelikleri içerir. "Edinilmiş statü" (ascribed status), doğal farklılıklarına ve yeteneklerine bakılmaksızın doğrudan bireylere devredilir. "Kazanılmış statü" (achieved status) ise tam tersine özel nitelikler gerektirir ve bireysel başarıya açıktır. Aralarındaki fark, "statünün dinamik yönü" açısından rol farklılaşması fikridir. Hukukî açıdan ehliyetli kişilere getirilen kısıtlamalar edinilmiş statüye dayanırken, tüketici ve iş sözleşmelerine uygulanacak emredici hükümler, kazanılmış statüye dayanmaktadır. İnsanlar, tüketici veya işveren olarak doğmazlar; yaşam tercihlerinin bir sonucu olarak bu sıfatları kazanırlar. Onlar, sürekli olarak tüketici veya işveren değillerdir; yalnızca piyasanın veya işyerinin sınırlı bir sosyal alanı içinde bu sıfatı taşırlar... Modern öncesi toplumlarda statü, durağan bir hâl teşkil etmekteydi. Bir kişi ister özgür ister köle olarak doğsun; saygınlığı az veya çok olan bir ailede, en büyük oğul yahut en küçük kız olarak dünyaya gelmiş olsun, durumlarının ömür boyu sabit kaldığı düşünülüyordu" (Schmidt, s. 16). Atiyah da, hak ve yükümlülüklerin kaynağı olarak kişisel tercih ve rızanın eski önemini kaybettiğini kabul etmesine rağmen "sözleşmeden statüye geçiş" nitelmesine karşı çıkmaktadır: "Sözleşmeden idareye, özel hukuktan kamu hukukuna, ikili ilişkilerden çok taraflı ilişkilere, tekil ve bireyselleştirilmiş işlemlerden uzun vadeli işlemlere doğru bir yönelim olduğundan söz etmek daha uygun olabilir" (Atiyah (2000), s. 725-726). Ayrıca bkz. Rehbinden (1969), s. 96-106; Sirmen, s. 454-455.

³³⁸ Bu yöndeki gelişmenin, ABD Yüksek Mahkemesi'nin tahkim anlaşmalarına ilişkin verdiği bir karar örneğinde değerlendirilmesi için bkz. Keren, Hila, "Undermining Justice: The Two Rises of Freedom of Contract and the Fall of Equity", **Canadian Journal of Comparative and**

IV) MODERN HUKUK SİSTEMLERİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN YERİ VE İŞLEVLERİ

A) GENEL OLARAK

Sözleşme hürriyeti, modern sosyal devletlerin kapsamlı müdahalelerine konu olarak eski mutlak niteliğini yitirmiş olsa da özel hukuk sistemlerine hâkim olan temel bir ilke olmaya devam etmektedir. Sosyalizmi resmi devlet ideolojisi olarak benimseyen birkaç ülke istisna tutulursa³³⁹ sözleşme hürriyeti ilkesi bütün ulusal hukuk düzenlerinde anayasal yahut yasal düzlemde güvence altına almıştır. Serbest piyasa karşıtı ideolojilerin saldırıları ile sözleşme hürriyeti ilkesinin tahtı sarsılmasına rağmen devrilmemiş ve onun yerine getirdiği işlevleri gerçekleştirebilecek ve onu ikame edebilecek alternatif bir ilke veya hak henüz geliştirilememiştir. Sözleşme hürriyeti, kişiler arası hukukî ilişkilerde “*başlangıç noktası*” (*starting point*) konumunu korumakta olup bu hürriyete yönelik müdahalelerin gerekçelendirilmesi gerekmektedir³⁴⁰. Diğer bir ifade ile sözleşme hürriyeti asıl, bu hürriyetin sınırlandırılması istisna niteliği taşımaktadır³⁴¹. Bu başlık

Contemporary Law, Vol. 2, No. 1, Y. 2016, s. 339-402. Neo-liberalizmin doğuşunun sözleşme hukukunda yol açtığı dönüşüme ve neo-liberal düzende sözleşme hürriyetinin yeni anlamına ilişkin bkz. Doğan (2021), s. 221-240. Ayrıca bkz. Study Group on Social Justice in European Private Law, s. 655.

³³⁹ Sözleşme hürriyeti ilkesi, Çin Halk Cumhuriyeti ve Vietnam gibi bazı sosyalist ülkelerde dahi yasal güvence altına alınmıştır. 1999 tarihli Çin Halk Cumhuriyeti Sözleşme Yasası’nın 4’üncü maddesine göre “*Taraflar hukuka uygun olarak, serbest iradeleri ile sözleşme yapma hakkına sahiptir ve hiçbir kurum veya kişi bu hakka hukuka aykırı şekilde müdahale edemez*”. Söz konusu Yasa’nın İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/52923/108022/F1916937257/CHN52923%20Eng.pdf>, E.T. 08.12.2022. Çin hukukunda sözleşme hürriyeti ilkesinin rolüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zhao, Jun, “*The Puzzle of "Freedom of Contract" in China's Contract Law*”, **ILSA Journal of International & Comparative Law**, Vol. 17, Issue 1, Y. 2010, s. 109-126. 2015 tarihli Vietnam Medeni Kanunu’nun 3’üncü maddesine göre “*Herkes, serbest ve gönüllü olarak akdettikleri taahhüt ve sözleşmeler ile medeni hak ve yükümlülüklerini oluşturur, kullanır, yerine getirir ve sona erdirir*”. Söz konusu Kanun’un İngilizce çevirisi için bkz. <https://vietanlaw.com/the-law-no-91-2015-qh13/>, E.T. 09.12.2022.

³⁴⁰ Bkz. Grundmann, s. 194; Cherednychenko (2007-a), s. 9-10.

³⁴¹ Avrupa Sözleşme Hukuku’nun uyumlaştırılması çalışmaları çerçevesinde Avrupa Komisyonu’nun hazırlamış olduğu 2003 tarihli Eylem Planı’nda, sözleşme hürriyetinin bu üstün konumu açık şekilde belirtilmiştir: “*Sözleşme hürriyeti yol gösterici ilke olmalıdır; sınırlamalar ancak uygun nedenler ile gerekçelendirilebildiği durumlarda öngörülmelidir*” (Commission of the European Communities, **Communication from Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law-An Action Plan**, Brussels, 12.2.2003, COM (2003) 68 Final, § 62).

altında, sosyal, ekonomik ve hukukî alanda sözleşme hürriyetinin yerine getirdiği temel işlevler incelenmiştir.

B) KİŞİSEL ÖZERKLİĞİN ARACI OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

Özerklik, kişinin kendi davranışlarını düzenleme ve bu davranışlara yön verme konusunda bağımsız olmasını ifade eden bir kavramdır³⁴². Kavramın batı dillerindeki ortak karşılığı olan “otonomi” (*Alm. Autonomie; Fr. autonomie; İng. autonomy*) sözcüğü, Yunanca kökenli olup “autos” (kendi) ve “nomos” (yasa) sözcüklerinin birleşmesinden meydana gelir³⁴³. Bu çerçevede, kişisel özerklik veya irade özerkliği, kişinin hayatını ve ilişkilerini kendi istek ve iradesine göre, kendi koyduğu kurallar doğrultusunda yürütebilmesi anlamına gelir. Joseph Raz’ın ifadesi ile “özerk insan, (kısmen) kendi yaşamının yazarı olan kişidir”³⁴⁴. Kişisel özerkliğin varlığından söz edilebilmesi için bireylerin kendi yaşamlarını ilgilendiren kararları, başka bir kişi, grup veya devlet gibi harici bir gücün etkisi veya zorlaması altında olmadan serbest iradeleri ile bizzat kendilerinin verebilmesi gerekir.

Esasında her bireyin özerk birer özne olarak tanınması, liberalizmin temelinde yer alan “ahlakî çoğulculuk” veya “değerlerin çoğulculuğu” düşüncesi ile yakından ilişkilidir. Bu düşünceye göre, değerler alanında tek ve nihaî bir “*insanî iyi*” yoktur; sadece “*iyi hayat*”a ilişkin farklı anlayışlar söz konusudur³⁴⁵. Özerk birey, kendi değerlerini seçebilir; kendi “iyi” anlayışını oluşturabilir ve kendi hayatına ilişkin kararları bu çerçevede kendisi verebilir. Devletin rakip değerlerden birini tercih edip bu doğrultuda belli bir hayat tarzını teşvik etmesi veya dayatması değerlerin çoğulculuğu ile bağdaşmaz.

Kişisel özerklik, özgürlükçü hukuk düzenlerinin temel ilkesidir. Sözleşme hürriyeti, vasiyet hürriyeti, teşebbüs hürriyeti, evlenme hürriyeti, mülkiyet hakkı, dernek ve vakıf kurma hakkı başta olmak üzere, özel hukuk sisteminin yapı taşlarını oluşturan temel hak ve hürriyetler, kişisel özerkliğin özel görünümleri

³⁴² TDK, **Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü**, <https://sozluk.gov.tr>, E.T. 12.12.2022.

³⁴³ Akarsu, Bedia, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1975, s. 137.

³⁴⁴ Raz, Joseph, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, Oxford, 1988, s. 369.

³⁴⁵ Erdoğan, Mustafa, “Çoğulculuk”, **Liberal Düşünce**, C. 10, No. 38-39, Bahar-Yaz 2005, s. 6.

durumundadır³⁴⁶. Özellikle sözleşme hürriyeti ile kişisel özerklik arasında çok yakın bir bağlantı bulunmaktadır. Hatta hukuk öğretisinde çoğu kez bu iki ilkenin iç içe geçtiği ve eş anlamlı şekilde kullanıldığı görülmektedir³⁴⁷. Zira bireyin kendi hayat yolunu çizebilmesi, kendi kaderini tayin edebilmesi için öncelikle hukukî ilişkilerini serbestçe düzenleme imkânına sahip olması gerekir. Bireylerin sosyal hayatta karşılıklı ilişkilerini düzenlerken en yaygın şekilde kullandıkları hukukî işlem türü, sözleşmedir. Sözleşme hürriyeti ilkesi, kişileri kendi hayatları üzerinde söz sahibi kılar. Bu ilke sayesinde taraflar, hukukî ilişkilerini, özellikle borç ilişkilerini karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurdukları sözleşmeler yolu ile serbestçe düzenleme imkânını elde eder. Gerçekten de sözleşme hürriyeti ilkesi, taraflara kişisel ilişkilerinde kendi kanunlarını oluşturma imkânı tanımaktadır³⁴⁸. Fransız Medeni Kanunu'nun 1103'üncü maddesinde yer alan "*Yasal olarak geçerli sözleşmeler, taraflar için kanun hükmündedir*"³⁴⁹ şeklindeki düzenleme de sözleşmelerin bağlayıcı etkisine ek olarak esasında bu imkâna işaret etmektedir. Bu çerçevede, sözleşme hürriyeti ilkesinin kişisel özerklik idealine hizmet ettiğini ve bu ideala ulaşmanın en önemli hukukî aracı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

C) TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN KULLANILMASININ ARACI OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

Bireylerin ekonomik ve ticari ilişkilerini oluştururken; sosyal hayatlarını şekillendirirken; hatta yeme, içme, barınma gibi fizyolojik ihtiyaçlarını karşılarken kullandıkları en temel hukukî araç, sözleşmelerdir. Modern toplumda sözleşme yapma yetkisinden yoksun olan bir kişinin insan onuruna uygun bir yaşam sürdürmesi olanaksızdır³⁵⁰. Sözleşme hürriyeti, kişisel özerkliğin bir aracı ve kişinin kendi yaşamı üzerindeki hâkimiyetinin bir göstergesidir. Bu nedenle, aşağıda da

³⁴⁶ Meng, Zhaohua, "Party Autonomy, Private Autonomy, and Freedom of Contract", **Canadian Social Science**, Vol. 10, No. 6, Y. 2014, s. 213; Akbulut (2016), s. 16-17, Eren (2017), s. 314; Kaşak, s. 41; Veziroğlu, s. 15-16.

³⁴⁷ Ateş, Derya, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 72, Y. 2007, s. 77; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 363; Akbulut (2016), s. 17; Eren (2017), s. 316; Kaşak, s. 45-46; Atasoy, s. 107; Veziroğlu, s. 16-17.

³⁴⁸ Ateş (2007-b), s. 76. Aynı yönde bkz. Eren (2017), s. 314; Kaşak, s. 40.

³⁴⁹ Aktaran Atasoy, s. 106.

³⁵⁰ Bkz. Dipnot 792.

ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, birçok ulusal hukuk düzeninde bu hürriyet anayasal düzeyde güvence altına almıştır.

Sözleşme hürriyeti -başı başına temel hak niteliğini haiz olmasının dışında- birçok temel hakkın kullanılmasına da aracılık eder. Kişiler, temel hak ve hürriyetlerini kullanırken çoğu kez sözleşmelere başvurur³⁵¹. Sözleşme hürriyetinin güvence altına alınması, kişilerin bu temel hak ve hürriyetlerden gereği gibi yararlanabilmelerini mümkün kılar. Sözleşme hürriyetinin tanınmadığı durumlarda ise söz konusu hak ve hürriyetlerin kişilere sağladığı güvence daralır yahut bütünü ile ortadan kalkar.

Mülkiyet hakkı örneği, sözleşme hürriyetinin “*araç hürriyet*” rolünü açık şekilde ortaya koymaktadır. Mülkiyet hakkı, kişinin mülkü üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi, mülkünün semerelerinden yararlanabilmesi ve dilediğinde mülkünü devredebilmesi yetkilerini de güvence altına alır. Kişi, mülkiyet hakkının sağladığı bu yetkileri sözleşme vasıtası ile kullanır. Sözleşme ile serbestçe başkalarına devredilemeyen yahut serbestçe kiraya verilemeyen bir mal üzerindeki hak, mülkiyet hakkı değil olsa olsa sıradan bir yararlanma hakkı niteliği taşır³⁵². Kişinin mülkü ile ilgili sözleşme yapma yetkisine yönelik gerçekleştirilen müdahaleler, sözleşme hürriyetinin yanı sıra mülkiyet hakkının da sınırlandırılması sonucunu doğurur.

Mülkiyet hakkı ile sözleşme hürriyeti bağlantısına ilişkin yukarıda yapılan yorumun bir benzeri, çalışma hürriyeti bakımından da yapılabilir. Çalışma hürriyeti; kişinin çalışıp çalışmama, çalışacağı işi, işyerini ve işverenini seçme, çalıştığı işten ayrılma serbestilerini güvence altına almaktadır³⁵³. Kişiler, çalışma hürriyetinin sağladığı bu güvenceleri genelde hizmet sözleşmesi vasıtası ile kullanırlar. Ücretli olarak bağımlı çalışma hakkı dışında çalışma hürriyeti, iktisadi ve ticari faaliyet

³⁵¹ Aynı yönde bkz. Errera, Roger, “*The Right of Property and Freedom of Enterprise in French Constitutional Law*”, **Property Rights and Free Enterprise: Constitution in Practice**, Institute of Law and Public Policy, XII International Forum on Constitutional Review, Saint Petersburg, 20-21.11.2009, s. 21-22; Karabağ Bulut, s. 4.

³⁵² Serozan/Baysal/Sanlı, s. 7. Aynı yönde bkz. Karabağ Bulut, s. 4; Kaşak, s. 48.

³⁵³ Kalabalık, s. 545. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2019/108, K. 2019/101, K.T. 25.12.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 57, C. 1, Ankara, 2020, s. 276.

yapma ve mesleki faaliyette bulunma hakkını da içermektedir³⁵⁴. Kişiler; iktisadi, ticari ve mesleki faaliyetlerini serbestçe yürütebilmek için çeşitli sözleşme ilişkilerine girme ihtiyacı duyarlar. Bayilik sözleşmesi, franchise sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi, çalışma hürriyetinin kullanımına aracılık eden başlıca sözleşme örneklerdir³⁵⁵. Bu bağlamda, zikredilen sözleşmeleri akdedebilme ve bunların muhtevasını oluşturabilme hususunda sahip oldukları serbestlik sayesinde kişiler, çalışma hürriyetlerini kullanma imkânını elde etmektedirler.

Kullanımlarına sözleşme hürriyetinin aracılık ettiği temel hak ve hürriyetlerin sayısını çoğaltmak mümkündür. Teşebbüs hürriyeti bu çerçevede ilk akla gelen örnekler arasındadır. Bu hürriyet, gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin tercih ettikleri alanlarda iktisadî-ticarî faaliyette bulunmak üzere teşebbüsler oluşturabilmelerini; diledikleri meslekî faaliyetlere girişebilmelerini; meslek ve faaliyetlerini devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın serbestçe yürütebilmelerini güvence altına almaktadır³⁵⁶. Teşebbüs hürriyetin en önemli boyutlarından biri olan şirket kurma hakkı, şirket sözleşmesi aracılığı ile kullanılır. Keza kişilerin iktisadî ve meslekî faaliyetlerini serbestçe yürütebilmeleri de bu faaliyetleri yürütürken ihtiyaç duydukları sözleşmeleri serbestçe oluşturabilmelerine bağlıdır.

Miras hakkı bağlamında düşünüldüğünde, bu hak, miras bırakma ve mirastan yararlanma haklarını kapsadığı gibi mirasçı atama ya da mallarını vasiyet etme haklarını da kapsamaktadır³⁵⁷. Miras bırakan, ölüme bağlı tasarrufları ile mirasçılar da kendi aralarında ve üçüncü kişilerle yaptıkları sözleşmeler ile miras haklarını kullanırlar.

Evlenme ve aile kurma hakkı bağlamında düşünüldüğünde, evlenme işleminin kendisi hukukî niteliği itibarı ile bir sözleşme olduğu gibi bu hakkın güvencesi

³⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/108, K. 2019/101, K.T. 25.12.2019, S. 57, C. 1, s. 276.

³⁵⁵ Karabağ Bulut, s. 4.

³⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/108, K. 2019/101, K.T. 25.12.2019, S. 57, C. 1, s. 276. Benzer yönde bkz. Kağıtçıoğlu, s. 272-273.

³⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1984/4, K. 1984/9, K.T. 20.09.1984, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 20, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1985, s. 297.

kapsamında olan evliliğin yönetimi ve malî ilişkiler gibi çeşitli alanlarda eşlerin sahip olduğu irade özerkliği de eşler arasında imzalanan çeşitli sözleşmeler aracılığı ile kullanılır.

Son olarak dernek, vakıf, sendika gibi özel hukuk tüzel kişilerinin kurulması ve bu tüzel kişilere üyelik işlemlerinin sözleşmesel temele dayandığı dikkate alındığında, sözleşme hürriyetinin örgütlenme hürriyetinin kullanımına da aracılık ettiği söylenebilir³⁵⁸.

D) TOPLUMSAL REFAHIN VE EKONOMİK KAYNAKLARIN ETKİN TAHSİSİNİN ARACI OLARAK SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

Ekonomi bilimi, sahip olunan kaynakların sınırlı; insanların istek ve ihtiyaçlarının ise sınırsız olduğu varsayımlarından hareket ederek mevcut kaynaklar ile en yüksek refahın nasıl sağlanabileceği sorusunu yanıtlamaya çalışır. Bu soru, mevcut kaynakların nasıl kullanılması gerektiği, bu kaynaklar hangi alanlara tahsis edildiğinde en yüksek ekonomik verimliliğin sağlanacağı soruları ile yakından ilişkilidir. Liberal ekonomik modelde kaynakların tahsisi işlevini serbest piyasa mekanizması yerine getirir. Özgür bireylerin istekleri ve kararları doğrultusunda işleyen piyasa mekanizması, arz ve talep güçlerini bir araya getirmekte; satışa sunulan malların miktarı ile satın almak isteyen tüketicilerin miktarı çerçevesinde malların fiyatlarını oluşturmaktadır³⁵⁹. Piyasanın oluşturduğu fiyat, bir yatırımın verimsizliği yahut yeni yatırım imkanları hakkında üreticilere gerekli sinyalleri göndererek ekonomik kaynakların toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda optimal dağılımına olanak tanımaktadır³⁶⁰. Böylece rekabetçi bir piyasa mekanizmasının varlığı durumunda, mevcut kaynaklar, merkezi bir kontrole ihtiyaç duyulmaksızın en etkin şekilde ve sosyal yararı azamileştirecek biçimde tahsis edilebilmektedir³⁶¹.

³⁵⁸ Aynı yönde bkz. Errera, s. 21.

³⁵⁹ Heywood, s. 66-67.

³⁶⁰ Atamer/Sanlı, s. 21.

³⁶¹ Öztürk, Nazım, “Piyasa Başarısızlıkları”, *Öneri Dergisi*, C. 6, S. 21, Ocak 2004, s. 173.

Piyasa; arz ile talebi, satıcı ile alıcıyı buluşturan soyut mekândır. Bu karşıt güçleri ve zıt çıkarları birbirine bağlayan hukukî araç ise sözleşme ilişkisidir³⁶². Bu bağlamda, kaynakları tahsis eden piyasalar, iç içe geçmiş sözleşmeler ağından ibarettir³⁶³. Sözleşme hürriyeti ilkesi de piyasa aktörlerinin sözleşme yapmak üzere bir araya gelmelerine ve sözleşme içeriğini serbestçe oluşturmalarına olanak tanıyarak esasında piyasa mekanizmasının düzgün işlemesine yardımcı olmaktadır.

Serbest sözleşmeler, toplumsal refahın geliştirilmesine hizmet etmektedir³⁶⁴. Serbest piyasa ekonomilerinde bireyler, istek ve gereksinimlerini diğer bireyler ile gönüllü olarak yaptıkları sözleşmeler aracılığı ile karşılar. İdeal koşullarda yapılan bir sözleşmenin sözleşen tarafların her ikisinin de refahını artıracığı varsayılmaktadır³⁶⁵. Diğer bir ifade ile sözleşme, bir tarafın kazancının diğer tarafın kaybı ile dengelendiği “sıfır toplamı oyun” (*zero-sum game*) niteliğinde olmayıp -kazanç oranları değişebilmekle birlikte- her iki tarafın da başlangıçtaki durumlarını iyileştirdikleri bir “kazan-kazan oyunu” (*win-win game*) niteliğindedir. Bir sözleşme ilişkisi, tarafların ortak menfaatlerine hizmet ettiği; her iki taraf da bu ilişkiden karşılıklı yarar sağladığı için oluşturulmaktadır³⁶⁶. Sözleşme, karşılıklı rızaya dayanan bir hukukî işlem olduğuna göre, doğal olarak kimse başlangıçtaki durumunu kötüleştiren bir sözleşmeye taraf olmak istemeyecektir³⁶⁷. Tarafların ortak menfaatlerine hizmet eden sözleşmeleri serbestçe oluşturabilmeleri, toplumsal refahın artırılması amacı ile de örtüşmektedir. Zira üçüncü kişilerin menfaatleri

³⁶² Gonzales Barrón, s. 149. Aynı yönde bkz. Atamer/Sanlı, s. 22.

³⁶³ Sanlı (2017), s. 13.

³⁶⁴ Atamer/Sanlı, s. 22; Eren (2017), s. 314; Sanlı (2017), s. 14.

³⁶⁵ Bu yönde bkz. Younkins, Edward W., “Contract as a Shortcut to Progress”, **Le Québécois Libre**, No. 109, 14.09.2002, <http://www.quebecoislibre.org/020914-2.htm>, E.T. 26.12.2022; Shavell, Steven, “Economic Analysis of Contract Law”, **NBER Working Paper**, No. 9696, May 2003, s. 2; Friedman, Milton, **Kapitalizm ve Özgürlük**, (Çev. Doğan Erberk ve Nilgün Himmetoğlu), Eksi Kitaplar, Ankara, 2018, s. 243-244; Butler, s. 100-102; Sanlı (2017), s. 21-22; Gonzales Barrón, s. 163.

³⁶⁶ Sanlı (2017), s. 21-22.

³⁶⁷ Aynı yönde bkz. Trebilcock, s. 244; Friedman (2018), s. 243-244; Veziroğlu, s. 31.

olumsuz etkilenmediği sürece, tarafların menfaatlerinin geliştirilmesi kaçınılmaz olarak beraberinde toplumsal refah artışını da getirecektir³⁶⁸.

Sözleşme hürriyeti ilkesi, ekonomik kaynakların daha değerli kullanımlara tahsis edilmesine olanak tanıyarak “*tahsis etkinliği*”nin (*allocative efficiency*) sağlanmasına da yardımcı olur³⁶⁹. Serbest sözleşmeler ile kişiler, daha yüksek değer attettikleri bir mal veya hizmet için mal varlıklarında bulunan bir değerden vazgeçmektedirler³⁷⁰. Bu sayede kaynaklar, kendisine daha yüksek değer atfeden -bu çerçevede onları daha etkili ve verimli şekilde kullanacağı varsayılan- kişilere aktarılabilir³⁷¹.

Yukarıda da belirtildiği üzere, kural olarak serbestçe yapılan sözleşmeler hem sözleşen tarafların refahını artırmakta hem de kamu yararına hizmet etmektedir. Bu bağlamda, ekonomik etkinliği hedef alan bir hukuk düzeninin temel rolü, sözleşme hürriyeti ilkesini güvence altına alması, tarafların karşılıklı rızaya dayanan taahhütlerinin geçerliliğini tanınması ve gerektiğinde cebir araçlarını da kullanarak bu taahhütlerin ifasını sağlamasıdır³⁷². Ancak sözleşme hürriyeti ilkesinin toplumsal refahı azamileştirici şekilde işlevini yerine getirebilmesi için rekabetçi piyasaların varlığı, tarafların rasyonel ve bilgili olması, dışsallıkların bulunmaması, işlem maliyetlerinin düşük olması gibi çok sayıda koşulun bir arada gerçekleşmesi gereklidir³⁷³. Bu koşullardan biri veya birkaçının gerçekleşmediği durumlarda, serbest sözleşmeler aracılığı ile toplumsal refah açısından optimal sonuçlara ulaşmak mümkün olmayabilir. “*Hukuk ve ekonomi yaklaşımı*” (*the law and economics*

³⁶⁸ Sanlı (2017), s. 22.

³⁶⁹ Sanlı (2017), s. 15. Aynı yönde bkz. Zhao, s. 109-110; Gonzales Barrón, s. 147; Veziroğlu, s. 27-31. Ekonomik etkinliğin temel bileşenlerinden biri olan tahsis etkinliği, kaynakların toplumun tercihlerine uygun olarak üretilmesini ve tahsis edilmesini ifade eder (Atamer/Sanlı, s. 13).

³⁷⁰ Durgun Arslan, s. 19-20.

³⁷¹ Veziroğlu, s. 31.

³⁷² Sanlı (2017), s. 71-72.

³⁷³ Atamer/Sanlı, s. 24. Aynı yönde bkz. Gomez, Fernando, “*European Contract Law and Economic Welfare: A View from Law and Economics*”, **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, s. 216-219; Sanlı (2017), s. 22-23.

approach)³⁷⁴,na göre; sınırlı rasyonellik ve bilgi eksikliği nedeni ile tarafların kendi çıkarlarını isabetli şekilde değerlendiremediği yahut tarafların kişisel çıkarları ile kamu yararı arasında çelişkinin mevcut olduğu durumlarda, ekonomik etkinliği sağlamak için sözleşme hürriyetine müdahale edilmesi gerekebilir³⁷⁵. Ancak piyasa aksaklıklarını düzeltebilmek için taraf iradelerini sınırlandıran emredici hükümler ihdas edilerek sözleşme hürriyetine müdahale edilmesi her zaman son çare olarak düşünülmelidir³⁷⁶. Sözleşme hürriyetine yalnızca piyasa aksaklığının esaslı bir sosyal maliyete yol açtığı, yedek hukuk kuralları ile bu aksaklığın giderilemediği ve emredici kuralın bu aksaklığı giderebilecek vasfa sahip olduğu istisnai durumlarda müdahale edilmelidir³⁷⁷.

V) KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ANAYASAL SÖZLEŞME HÜRRİYETİ GÜVENCESİ

A) GENEL OLARAK

Sözleşme hürriyeti, modern özgürlükçü hukuk düzenlerinin ortak değerleri arasında yer alır. Bireylerin kendi aralarındaki ilişkileri sözleşmeler yolu ile serbestçe düzenleyebilme hakkı neredeyse bütün hukuk sistemlerinde güvence altına alınmıştır. Bu güvencenin ana kaynağı, Kıta Avrupası sistemine dâhil olan ülkelerde Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu gibi yazılı hukuk metinleri iken Anglo-Sakson sistemine dâhil olan ülkelere yerleşik teamüller ve yargı pratikleridir.

³⁷⁴ Hukuk ve ekonomi yaklaşımı, hukuk kuralları ile mahkeme kararlarının toplumsal refah üzerindeki etkilerini ekonomik bir bakış açısı çerçevesinde araştırmaktadır. Ekonomik etkinliği temel referans ölçütü olarak kullanan bu yaklaşıma göre; hukuk kuralları, toplumun kıt ve sınırlı kaynakları kullanılarak mümkün olan en yüksek faydanın elde edilmesine olanak verecek şekilde düzenlenmelidir (Müller, Felix, “*Hukukun Ekonomik Teorisi*”, (Çev. Ahmet M. Güneş), **Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi**, C. 1, S. 3, Y. 2011, s. 1-5). Bu çerçevede sözleşme hukukunun işlevi de toplumsal refahı artıran, diğer bir ifade ile ekonomik açıdan etkin olan sözleşmelerin yapılmasını kolaylaştırmak, etkin olmayan sözleşmelerin yapılmasını ve ifasını önlemektir (Sanlı (2017), s. 72). Hukuk ve ekonomi yaklaşımına göre sözleşme hukukunun işlevine ilişkin ayrıca bkz. Gomez, s. 228-236; Gutmann (2013-b), s. 5-6.

³⁷⁵ Hukuk ve ekonomi yaklaşımına göre, sözleşme hürriyetine müdahale etme gerekçeleri ve müdahale yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sanlı (2017), s. 22-74.

³⁷⁶ Sanlı (2017), s. 65-68.

³⁷⁷ Sanlı (2017), s. 68.

Bir hak veya hürriyetin hukuk düzenince tanınması, onun zorunlu olarak Anayasa'nın güvencesi kapsamında yer aldığı sonucunu doğurmaz. Hak ve hürriyetler Anayasa ile tanınabileceği gibi kanunla veya kanun-altı bir normla da tanınmış olabilir. Tanımanın hangi pozitif hukuk normu ile yapıldığı, hak ve hürriyete sağlanan güvencenin düzeyi açısından önem arz etmektedir³⁷⁸. Anayasa ile tanınan hak ve hürriyetlere “*temel hak*” (*basic right/Grundrecht*) veya “*anayasal hak*” (*constitutional right/verfassungsmäßiges Recht*) adı verilir ve bu haklar en üst düzey güvenceden yararlanır. Yasama, yürütme ve yargı erkleri temel haklara riayet etmekle yükümlüdür. Anayasa yargısına yer veren hukuk düzenlerinde, temel hakları ihlal eden kanunlar ve diğer düzenleyici işlemler, iptal veya ihmal yaptırımını ile karşılaşır. Oysa kanun veya kanun-altı bir norm ile tanınan hak ve hürriyetler açısından böyle bir korumadan söz edilemez. Bu hak ve hürriyetler, normlar hiyerarşisine göre tanındıkları pozitif hukuk normundan daha üst düzeyde veya aynı düzeyde yer alan başka bir norm tarafından geri alınabilir. Etik değeri ne kadar yüksek ve işlevi ne kadar önemli olursa olsun, Anayasa ile tanınmayan bir hak ve hürriyet, yasa koyucunun müdahaleleri karşısında bireye herhangi bir güvence sağlamaz. Örneğin sözleşme hürriyeti ve sözleşmenin kutsallığı ilkeleri, ortak hukuk sisteminin temel ilkeleri arasında yer almasına rağmen yazılı bir anayasası bulunmayan İngiltere’de doğal olarak anayasal sözleşme hürriyeti güvencesinden söz edilemez. İngiliz anayasal düzeninde “*parlamentar egemenlik*” (*parliamentary sovereignty*) ilkesi geçerli olup parlamento diğer temel hak ve hürriyetler gibi sözleşme hürriyetini de dilediği şekilde sınırlandırabilir; hatta dilerse bu hürriyeti bütünü ile ortadan kaldırabilir³⁷⁹. Dolayısıyla anayasal sözleşme hürriyeti güvencesinden kasıt, bu hürriyetin Anayasa ile tanınması, yasa koyucu karşısında güvence sağlanması, özetle temel hak sıfatını haiz olmasıdır.

³⁷⁸ Gözler (2017), s. 171.

³⁷⁹ Aynı yönde bkz. Clarke, Philip H., “Curbing the Abuse of a Dominant Position Through Unfair Contract Terms Legislation: Australian and UK Comparison”, **The Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective**, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2017, s. 186; Kaşak, s. 200.

Sözleşme hürriyeti, tarihsel olarak mülkiyet hakkının gölgesinde kalmıştır. Mülkiyet hakkı, XVIII'inci ve XIX'uncu yüzyıl insan hakları bildirileri³⁸⁰ ile anayasalarında³⁸¹ kutsal ve dokunulmaz bir insan hakkı olarak güvence altına alınmışken; bu metinlerin hiçbirinde sözleşme hürriyetinden açıkça söz edilmez³⁸². Kanaatimizce bu tercihin nedeni, sözleşme hürriyetinin kurucu babalar tarafından yadsınması veya temel hak düzeyinde görülmemesinden ziyade mülkiyet hakkının bütün ekonomik hürriyetleri kapsayan bir içeriğe sahip olduğunun düşünülmesidir³⁸³.

Bu yaklaşımın modern anayasalar bakımından da geçerliliğini sürdürdüğünü gözlemek mümkündür. Özel hukuka yön veren temel ilkeler arasında yer almasına rağmen anayasal bir metinde sözleşme hürriyetinden açıkça söz edilmesi oldukça istisnâ bir durumdur³⁸⁴. Modern anayasaların büyük bölümünde mülkiyet

³⁸⁰ Bkz. 1776 Virginia Haklar Bildirisi, m. 1; 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi m. 2; 1791 Amerikan Haklar Bildirisi (ABD Anayasası'na ek 5'inci madde).

³⁸¹ Bkz. 1791 Polonya Anayasası m. 2; 1791 Fransız Anayasası Bölüm I; 1793 Fransız Anayasası Bölüm I, m. 2; 1812 İspanya Anayasası m. 4.

³⁸² XIX'uncu yüzyılda, Alman ve Fransız hukuk geleneğine mensup ülkelerin hiçbirinde sözleşme hürriyetinin yazılı hukuk metinlerinde yer almadığına dair bkz. Kaşak, s. 47.

³⁸³ Gerçekten de ilk dönem insan hakları belgelerinin düşünsel kaynakları arasında yer alan John Locke'un felsefesinde mülkiyet, kişinin eşya üzerindeki hâkimiyet hakkından daha geniş bir kapsamda ele alınmakta ve kişinin yaşam ve özgürlük hakkını da içermektedir: "*İnsanın, benim genel olarak mülkiyet adıyla adlandırdığım, yaşamlarının, hürriyetlerinin ve servetlerinin karşılıklı korunması için önceden birleşmiş bulunan ya da birleşme fikrine sahip olan diğer insanlarla bir topluma katılmayı amaçlaması ve bunu istiyor olması nedensiz değildir. Dolayısıyla insanların devletlerde birleşmelerinin ve kendilerini yönetim altına koymalarının asıl ve ana amacı mülkiyetlerinin korunmasıdır*" (Locke, s. 81). John Locke'un felsefesinde mülkiyetin anlamı ve kapsamı hakkında bkz. Ağaoğulları, Mehmet Ali/Zabcı, Filiz/Ergün, Reyda, **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, İmge Kitabevi, Ankara, 2017, s. 173-188; Donnelly, s. 102-109. Amerika'nın kurucu babalarından ve eski başkanlarından olan James Madison da 1792 tarihli bir yazısında, mülkiyetin, kişinin değer verdiği ve hak sahibi olduğu herşeyi kapsayıcı bir içeriğe sahip olduğunu belirtmekte ve mülkiyeti özgürlük ile özdeş kabul etmektedir: "*Bir insanın mülkiyeti üzerinde hak sahibi olduğu söylendiği gibi, hakları üzerinde mülkiyete sahip olduğu da aynı şekilde söylenebilir*" (Madison, James, "Property", **National Gazette**, 29 Mart 1792, https://thf.media.s3.amazonaws.com/CPP/FP_PS02w.pdf, E.T. 31.01.2022). Sözleşme hürriyetinin mülkiyet hakkına içkin olduğu yönünde bkz. Rabushka, Alvin, "Preliminary Definition of Economic Freedom", **Economic Freedom: Toward a Theory of Measurement**, (Editör Walter E. Block), The Fraser Institute, Vancouver, 1991, s. 89. Sözleşme hürriyetinin mülkiyet hakkının bir uzantısı olduğu yönünde bkz. Tanör (1978), s. 51. XVIII'inci yüzyıl Amerikan toplumunda mülkiyet ve özgürlüğün iç içe geçen ve birbirinden ayrı düşünülemeyen iki kavram olarak anlaşıldığına dair bkz. Mayer, David N., "Substantive Due Process Rediscovered: The Rise and Fall of Liberty of Contracts", **Mercer Law Review**, Vol. 60, Y. 2009, s. 580-582.

³⁸⁴ Anayasalarda ve insan hakları belgelerinde sözleşme hürriyetinin düzenlenmediğine dair bkz. Collins (2011-a), s. 5. Hiçbir Avrupa ülkesinin anayasasında sözleşme hürriyetine ilişkin doğrudan bir referans bulunmadığına dair bkz. Szwed, s. 9.

hakkı, çalışma hürriyeti ve teşebbüs hürriyeti güvence altına alınmışken³⁸⁵ sözleşme hürriyeti yalnızca 1960 Kıbrıs Anayasası (m. 26), 1980 Şili Anayasası (m. 19. f. 16), 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (m. 48), 1985 Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası (m. 46) ve 1993 Peru Anayasası (m. 62) gibi birkaç anayasada kendisine yer bulabilmiştir. Bir anayasanın sözleşme hürriyetini doğrudan güvence altına alması, kurucu iktidarın neo-liberal ekonomi politikalarına bağlılığının bir işareti sayılmaktadır³⁸⁶. Örneğin Şili’de sözleşme hürriyetinin anayasallaşmasının sebebi olarak, General Augusto Pinochet’in takip ettiği radikal ekonomi politikalarına hukukî güvence sağlama ihtiyacı gösterilmektedir³⁸⁷. Aynı şekilde, 1993 Peru Anayasası’nda sözleşme hürriyetine yer verilmesi de Alberto Fujimori’nin neo-liberal reformları ile ilişkilendirilmektedir³⁸⁸.

Bir anayasada sözleşme hürriyetine ilişkin açık bir referansın bulunmaması, bu hürriyetin zorunlu olarak anayasal güvenceden yoksun olması sonucunu doğurmaz. Demokratik bir hukuk devletinde, bireylerin sahip olduğu hürriyetler, Anayasa ile özel olarak sayılan haklar aracılığı ile güvence altına alınan davranış kalıpları veya talepler ile sınırlı değildir³⁸⁹. Diğer bir deyişle, Anayasa’da bazı hak ve hürriyetlerin sayılmış olması, sayılmayan hak ve hürriyetlerin reddedildiği veya anayasal güvenceden yoksun olduğu anlamına gelmez³⁹⁰. Anayasa’yı yorumlama yetkisi

³⁸⁵ Ekonomik hürriyetlerin anayasal konumuna ilişkin Avrupa ölçeğinde bir çalışma için bkz. Daintith, s. 56-90.

³⁸⁶ Szwed, s. 9.

³⁸⁷ Szwed, s. 9.

³⁸⁸ Szwed, s. 9. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da neo-liberal ekonomi anlayışının etkisi altında hazırlanan bir metin olmakla birlikte, sözleşme hürriyetine Anayasa’da yer verilmesinin sebebi daha çok tarihseldir. Aşağıda ayrıca inceleneceği üzere sözleşme hürriyeti, 1924 Anayasası ile 1961 Anayasası’nda da düzenlenen temel hak ve hürriyetler arasında yer almaktadır.

³⁸⁹ Kontacı, A. Ersoy, “Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 2, Y. 2017, s. 429.

³⁹⁰ Gözler (2017), s. 172. Bu husus, ABD Anayasası’nda açıkça belirtilmiştir: “*Bazı hakların Anayasa’da sıralanmış olması, halkın diğer haklarının reddedilmesi veya küçümsenmesi olarak yorumlanmayacaktır*” (IX’uncu Değişiklik). 1993 Peru Anayasası’nda da benzer yönde bir düzenleme bulunmaktadır: “*Bu bölümde yer alan hakların sıralanması, Anayasa tarafından güvence altına alınan veya benzer niteliğe sahip olan yahut insan onuruna, cumhuriyetçi hükümet şekline, halkın egemenliği ve demokratik hukuk devleti ilkelerine dayanan diğer hakların hariç tutulduğu anlamına gelmez*” (m. 3). Ayrıca bkz. 2009 Bolivya Anayasası m. 13. f. 2: “*Bu Anayasa’da belirtilen haklar, burada sayılmayan diğer hakların reddedildiği biçiminde anlaşılamaz*”.

bulunan merciler, Anayasa metninde açık şekilde korunmayan bir insan davranışını, anayasal düzeydeki bir hak, ilke veya değer ile ilişkilendirerek Anayasa'nın güvencesi kapsamına dâhil edebilir. İşte Anayasa'da ismen zikredilmemekle birlikte, anayasal düzeydeki bir hak, ilke veya değerden türetilmek suretiyle korunan hürriyetlere “*isimsiz hürriyetler*” (*unnamed liberties*) veya “*sayılmamış haklar*” (*unenumerated rights*) adı verilmektedir.

Sözleşme hürriyeti de modern anayasaların ezici çoğunluğunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen birçok ülkede yargı organları bu hürriyeti çeşitli anayasa hükümlerinden türetmeyi başarmıştır³⁹¹. Özellikle insan onuru ve haysiyeti gibi tüm temel haklara kaynaklık edebilecek genel ve soyut nitelikli kavramların veya kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı şeklinde bir genel özgürlük maddesinin bulunması durumunda, sözleşme hürriyetinin anayasadan türetilmesi oldukça muhtemeldir. Ayrıca mülkiyet hakkı ve teşebbüs hürriyeti gibi ekonomik hürriyetler ile ekonomik düzene ilişkin devletin temel niteliklerinden de bu hürriyetin türetilmesi mümkündür.

Sözleşme hürriyetinin hangi Anayasa hükmünden türetildiği, anayasal güvencenin muhtevası açısından büyük önem arz etmektedir³⁹². Zira bu hürriyetin öznesi, kapsamı ve sınırlandırma rejimi, türetildiği Anayasa hükmünün içeriğine ve düzenlendiği bölüme göre değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin Macaristan Anayasa Mahkemesi, devletin ekonomik sisteminin piyasa ekonomisi olduğunu öngören Anayasa hükmünden (1949 Macaristan Anayasası m. 9) hareketle sözleşme hürriyetini korumuştur. Herhangi bir temel hak ve hürriyet yerine devletin temel niteliklerine dair bir hükümden türetilmesinin sonucu olarak, ölçülülük ilkesi ve öz güvencesinin sözleşme hürriyeti açısından geçerli olmadığı kabul edilmiştir³⁹³.

³⁹¹ Aynı yönde bkz. Daintith, s. 74; Mak, s. 72-73; Szwed, s. 9.

³⁹² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında bir değerlendirme için bkz. Collins (2011-a), s. 5-8.

³⁹³ Gárdos-Orosz, Fruzsina, “*Protection of Fundamental Rights by Private Law: Hungary*”, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, (Editörler Verica Trstenjak, Petra Weingerl), Springer International Publishing, Switzerland, 2016, s. 397.

Bu bölümde, Anayasa hükümleri ve yargısal içtihatlar ışığında, sözleşme hürriyetinin doğrudan veya dolaylı biçimde anayasal güvence kapsamında görüldüğü bazı ülke örnekleri incelenmiştir.

B) DOĞRUDAN KORUMA

1) 1980 Şili Anayasası

1980 Şili Anayasası, Marksist Başkan Salvador Allende'e karşı 1973 yılında gerçekleştirilen darbe sonucu işbaşına gelen askerî cunta tarafından hazırlanmıştır. Liderliğini General Augusto Pinochet'nin üstlendiği bu cunta, Allende hükümetinin yürüttüğü sosyalist ekonomi politikalarına son vererek Chicago Üniversitesi'nde eğitim alan ekonomistlerin (*Chicago Boys*) öncülüğünde serbest piyasa reformlarını hayata geçirmiştir³⁹⁴. Bu kapsamda, önceki dönemde yapılan bazı devletleştirmeler geçersiz kılınmış; çeşitli kamu varlıkları, doğal kaynaklar ve sosyal güvenlik sistemi özelleştirilmiş; doğrudan yabancı yatırımlar teşvik edilmiştir³⁹⁵.

Ekonomik düzene ilişkin açık kurallara yer vermeyen ve doktriner açıdan tarafsız nitelik taşıyan 1925 Anayasası'nın aksine 1980 Şili Anayasası güçlü bir ideolojik karaktere sahiptir³⁹⁶. Yeni Anayasa, askerî yönetimin hayata geçirdiği neo-liberal reformlara hukukî güvence ve devamlılık sağlamayı hedefleyen bir metin olarak tasarlanmıştır. Hayek ve Friedman gibi neo-liberal düşünürlerin 1980 Anayasası'na etkisi o kadar belirgindir ki; Anayasa plebisitinde hükümetin resmi

³⁹⁴ 1973-1990 yılları arasında Şili'yi yöneten askerî cuntanın uyguladığı ekonomi politikaları, Friedrich A. Hayek, Milton Friedman ve James M. Buchanan gibi neo-liberal düşünürlerin çalışmalarının pratiğe dönüştürüldüğü ilk örneği oluşturmaktadır. Darbenin ardından, Amerika'da eğitim görmüş bir grup serbest piyasa ekonomisti, bakanlık dâhil çeşitli üst düzey hükümet mevkilerine atanmış ve reform programının yürütülmesini üstlenmişlerdir. Ayrıca Hayek, Friedman ve Buchanan da dönem dönem Şili'yi ziyaret ederek bu politikanın yürütülmesinde hükümete gayriresmî danışmanlık yapmışlardır. Şili'nin yeni ekonomi politikası, İngiltere'de Margaret Thatcher ve ABD'de Ronald Reagan yönetimlerine de ilham kaynağı olmuştur. Şili, diktatöryel bir rejim altında, neo-liberal ekonomik reformların saf bir biçimde uygulandığı ilk ülke olması itibarıyla "*ilk neo-liberal laboratuvar*" olarak anılmaktadır (O'Brien, Philip, "*The New Leviathan: The Chicago School and the Chilean Regime 1973-80*", **IDS Bulletin**, Vol. 13, No. 1, Y. 1981, s. 38-50; Alemparte, Benjamin, "*Towards a Theory of Neoliberal Constitutionalism: Addressing Chile's First Constitution-Making Laboratory*", **Global Constitutionalism**, Y. 2021, s. 13-17).

³⁹⁵ Harvey, David, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, (Çev. Aylin Onacak), Sel Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 16.

³⁹⁶ Neumann, Teodoro Ribera, "*Constitutional Basis of the Economic Public Order in Chile*", **Union of Jurist of Romania Law Review**, Vol. 1, Issue 2, Y. 2011, s. 3; Alemparte, s. 16.

sloganı, Hayek’in ünlü eserinden ilhamla “Özgürlüğün Anayasasına Evet” (*Si a la Constitución de la Libertad*) olarak belirlenmiştir³⁹⁷.

1980 Şili Anayasası’nın ekonomik düzene ilişkin öngördüğü kuralları “kamu girişimciliğinin sınırlanması”, “kurumsal güvenceler” ve “ekonomik hürriyetler” şeklinde üç ana başlık altında toplamak mümkündür.

İlk olarak; Anayasa, özel sektörün faaliyetlerini verimli şekilde yürüttüğü piyasalarda kamu girişimciliğini engellemeyi amaçlamaktadır. “İkincillik ilkesi” (*principle of subsidiarity/principio de subsidiariedad*) gereği devlet, serbest piyasa mekanizması yetersiz kaldığında devreye giren tamamlayıcı bir kurum olarak görülmektedir³⁹⁸. Bu ilke, devlet kurumlarının girişimci faaliyetlerde bulunabilmeleri için Temsilciler Meclisi ve Senato’nun mutlak çoğunluğu ile kabul ettiği bir yasa tarafından yetkilendirilmiş olmalarını şart koşan ve kamu girişimlerinin özel kişilere uygulanan mevzuata tabi olduğunu öngören hükümler (m. 19. f. 21. b. 2) ile anayasal garanti altına alınmıştır³⁹⁹. Ayrıca sağlık (m. 19. f. 9. b. 2-3), eğitim (m. 19. f. 11. b. 1) ve sosyal güvenlik (m. 19. f. 18. b. 2) alanlarında devletin yanı sıra özel sektörün de faaliyette bulunabilmesi Anayasa’da özel olarak güvencelenmiştir.

İkincisi; Anayasa, ekonomi yönetimini siyasal etkilerden arındırmak sureti ile mali disiplini ve ekonomik istikrarı sağlamayı amaçlayan bazı kurumsal mekanizmalara yer vermiştir. Kamu kurumlarının ancak nitelikli çoğunlukla kabul edilen bir yasanın yetkilendirmesi ile borçlanabilmeleri (m. 63. f. 7), bütçe yönetimine ve mali alana ilişkin Kongre üyelerinin yasa teklifi sunma yetkilerinin

³⁹⁷ O’Brien (1981), s. 38; Alemparte, s. 7.

³⁹⁸ Yeğen, Oya, “Şili’de Yeni Anayasa Sözü: 1980 Anayasası ve Temel Sorunları”, <https://anayasagundemi.com/2019/11/19/forum-dr-oya-yegen-silide-yeni-anayasa-sozu-1980-anayasasi-ve-temel-sorunlari/>, E.T. 18.01.2022. Şili Anayasa Mahkemesi de bir kararında, ikincillik ilkesinin sosyal düzenin yol gösterici ilkelerinden biri olduğunu ve bireylerin doğrudan yahut gönüllü kuruluşlar aracılığı ile uygun şekilde yürüttüğü faaliyetlere el atmanın devletin görevi olmadığını belirtmiştir (Şili Anayasa Mahkemesi/Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 352-2002’den aktaran Neumann, s. 13).

³⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Neumann, s. 13-15; Alemparte, s. 19-20.

bulunmaması (m. 65)⁴⁰⁰ ve Merkez Bankası'nın özerkliği (m. 108) bu amacı sağlamaya yönelik anayasal mekanizmaların bir kısmıdır⁴⁰¹.

Üçüncüsü; 1980 Şili Anayasası, genel neo-liberal vizyonu ile uyumlu şekilde, ekonomik hürriyetlerin eksiksiz bir listesini içermektedir. Mülkiyet hakkı; kişinin mülkünü kullanma, mülkünden yararlanma ve mülküyle ilgili tasarruflarda bulunma yetkileri açıkça vurgulanmak suretiyle (m. 19. f. 24. b. 2) en geniş şekilde garanti altına alınmıştır. Dağ, deniz, atmosfer gibi doğanın tüm insanları ortak kıldığı veya sokaklar ve meydanlar gibi tüm ulusa ait olanlar hariç olmak üzere, maddi-gayrimaddi, taşınır-taşınmaz her türlü varlık, mülkiyet hakkının güvencesi kapsamındadır (m. 19. f. 23. b. 1)⁴⁰². Anayasa, kamulaştırma usulüne ve bu usulde malikin sahip olduğu haklara ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Kamulaştırma işlemine ve bedeline karşı mal sahibinin dava açma hakkı, kamulaştırma bedelinin peşin olarak ödenmesi ve mülkiyetin nakli için öncelikle bedelin ödenmesinin şart koşulması bu güvenceler arasındadır. Teşebbüs hürriyeti (m. 19. f. 21. b. 1) ve devletin ekonomik konularda bireylere eşit muamele etme yükümlülüğü (m. 19. f. 22. b. 1) Anayasa'da düzenlenen diğer ekonomik hürriyetlerdir.

Serbest piyasa ekonomisinin temel gerekleri arasında yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti de 1980 Şili Anayasası'nda güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 19'uncu maddesinin "*çalışma hürriyeti ve güvencesi*" başlıklı 16'ncı fıkrası şu şekildedir: "*Herkes, serbestçe sözleşme yapma ve adil bir ücret karşılığı çalışacağı işi seçme hakkına sahiptir*". Ayrıca bireylerin, çalışma ve sözleşme hürriyetlerinin ihlal edildiği iddiası ile istinaf mahkemesinde koruma davası (amparo davası) açma hakları da bulunmaktadır⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Şili'nin yanı sıra birçok Latin Amerika ülkesinde, ekonomik konulara ilişkin yasa teklifi sunma yetkisi münhasıran başkanlara tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Açıl, Murat, **Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 142-145.

⁴⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Neumann, s. 15-19; Alemparte, s. 17-18.

⁴⁰² Neumann, s. 7-8.

⁴⁰³ İnCEOğlu, Sibel, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 48.

Öte yandan söz konusu düzenlemenin salt çalışma ilişkileri bakımından hüküm ifade ettiği ve Anayasa'nın genel bir sözleşme hürriyeti güvencesinden yoksun olduğu da belirtilmektedir⁴⁰⁴. Bununla birlikte, Anayasa'nın “*Kişiler haklar ve onur bakımından eşit ve özgür doğar*” şeklindeki 1'inci madde hükmü ile teşebbüs hürriyeti (m. 19. f. 21) ve mülkiyet hakkı (m. 19. f. 23) vasıtası ile sözleşme hürriyetinin Anayasa'dan türetilebileceği de ifade edilmektedir⁴⁰⁵. Şili Anayasa Mahkemesi de sözleşmesel hak ve yükümlülükler müdahale eden yasal düzenlemeleri genellikle mülkiyet hakkı temelinde denetlemekte ve meşru bir amaca dayanmayan, ölçülülük ilkesine aykırı veya öz güvencesini ihlal eden müdahaleleri geçersiz kılmaktadır⁴⁰⁶.

2) 1993 Peru Anayasası

1993 Peru Anayasası, “*Washington konsensüsü*”⁴⁰⁷ doğrultusunda hazırlanan⁴⁰⁸ ve neo-liberal anayasacılığın temel ilke ve mekanizmalarını kendi bünyesinde toplamış bir metindir. 1980 Şili Anayasası ile ilgili yukarıda açıklanan ilke ve

⁴⁰⁴ Figueroa, Dante/Fernandois, Arturo, “*Comparative Constitutional Protection of Contracts in the United States and Chile*”, **International Legal Research Informer**, Summer 2012, s. 21; Guzmán Brito, Alejandro, “*El contrato y los Derechos Fundamentales*”, **Revista Actualidad Jurídica**, N° 32, Julio 2015, s. 72.

⁴⁰⁵ Alcalde Silva, Jaime/Goldenberg Serrano, Juan Luis, “*Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Chile: Price Control and the External Intervention of Contracts in Chilean Law*”, **Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts**, (Editörler Yeşim M. Atamer, Pascal Pichonnaz), Springer Nature, Cham, 2020, s. 271-272; Guzmán Brito, s. 76-80.

⁴⁰⁶ Figueroa/Fernandois, s. 9-13.

⁴⁰⁷ Bu terim; Dünya Bankası, IMF gibi Washington merkezli uluslararası finans kuruluşları ile ABD hükümetinin ekonomik kurumlarının 1980'li yıllardan itibaren mali dengeleri bozuk Latin Amerika ülkelerine dayattığı neo-liberal ekonomi programını ifade etmektedir. Terimin isim babası olan John Williamson, bu programı on temel ilke altında toplamıştır: i) mali disiplin, ii) kamu harcamalarının ilköğretim, temel sağlık ve altyapı hizmetleri gibi ekonomik getirisi ve gelir dağılımını düzeltici etkisi olabilecek alanlara yönlendirilmesi, iii) vergi reformu, iv) faiz oranlarının serbestleştirilmesi, v) rekabetçi döviz kuru, vi) ticaretin serbestleştirilmesi, vii) ülkeye doğrudan yabancı yatırımların girişinin serbestleştirilmesi, iix) özelleştirme, ix) deregülasyon (piyasaya giriş ve piyasadan çıkış engellerinin kaldırılması anlamında), x) mülkiyet haklarının güvenliği (Williamson, John, “*Democracy and the Washington Consensus*”, **World Development**, Vol. 21, No. 8, Y. 1993, s. 1331-1333).

⁴⁰⁸ Uprimny, Rodrigo, “*Latin Amerika'da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar*”, (Çev. Emine Karacaoğlu), **Küresel Bakış: Çeviri Hukuk Dergisi**, Y. 2, S. 5, Nisan 2012, s. 9; Sumar Albujar, Oscar/Zúñiga Medina, Thalía Lily, “*Constitutional Public Policy Making in Context: The Peruvian Experience*”, **Revista Facultad de Jurisprudencia**, No. 9, Y. 2021, s. 366-367.

kurumların bütünü, 1993 Peru Anayasası'nda da kendisine yer bulmuştur. İkincillik ilkesi (m. 60)⁴⁰⁹, özel sektörün eğitim (m. 15. f. 3; m. 18. f. 2) ve sağlık alanında (m. 11. f. 1) sahip olduğu faaliyet serbestisi, tekellerin yasaklanması (m. 61), Merkez Bankası'nın özerkliği (m. 83-87), kamusal harcamaların sınırlandırılması ve denetlenmesine ilişkin kurallar ve denk bütçe ilkesi (m. 75-78) anayasal ekonomik düzenin temel esaslarıdır⁴¹⁰.

1993 Peru Anayasası, ekonomik hürriyetlerin eksiksiz bir listesini de içermektedir. Teşebbüs hürriyeti (m. 58), çalışma, ticaret ve sanayi hürriyeti (m. 59), sözleşme hürriyeti (m. 62), yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla eşit şartlar altında rekabet etme hakkı (m. 63) ile mülkiyet hakkı (m. 70) ekonomik anayasanın sert çekirdeğinin unsurlarıdır⁴¹¹.

1993 Peru Anayasası, karşılaştırmalı anayasa hukukunda sözleşme hürriyetine doğrudan yer veren istisnai örneklerden birini oluşturmaktadır. Kişisel hak ve hürriyetlerin sıralandığı 2'nci maddenin 14'üncü fıkrasında, herkesin, kamu düzenini ihlal etmemek ve hukuka uygun bir amaç gütmek kaydıyla sözleşme yapma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu genel nitelikli düzenlemenin yanı sıra, Anayasa'nın 62'nci maddesinde sözleşme hürriyetine dair daha ayrıntılı ve kapsayıcı başka bir hükme de yer verilmiştir. Söz konusu hüküm şu şekildedir:

“Sözleşme hürriyeti, tarafların sözleşme akdedildiği sırada yürürlükte olan kurallara uygun olarak sözleşme şartlarını müzakere edebilmelerini teminat altına alır. Sözleşme şartları, yasa veya başka bir düzenleyici işlem ile değiştirilemez. Sözleşme ilişkilerinden kaynaklanan ihtilaflar, sözleşme ile kararlaştırılan veya yasada öngörülen koruyucu

⁴⁰⁹ İkincillik ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 60'ıncı maddesi şu şekildedir: “Devlet ekonomik çoğulculuğu tanır. Ulusal ekonomi, çeşitli mülkiyet ve girişim biçimlerinin birlikteliğine dayanır. Devlet, üstün kamu yararının veya açık bir ulusal menfaatin gerektirmesi durumunda ve sadece özel bir kanun ile yetkilendirilmesi şartı ile doğrudan yahut dolaylı şekilde tamamlayıcı iktisadi faaliyetlerde bulunabilir. Özel kişiler ile kamunun iktisadi faaliyetleri, aynı mevzuata tabidir”. Bu ilkeye ilişkin bilgi için bkz. Sumar Albujar/Zúñiga Medina, s. 374.

⁴¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sumar Albujar, Oscar, **The Rhetoric of Constitutional Reform in Latin America: An Empirical Assessment**, University of California, Berkeley, 2016, s. 22-35.

⁴¹¹ Gonzales Barrón, s. 158.

mekanizmalar doğrultusunda, tahkim veya yargısal merciler aracılığı ile çözüme kavuşturulur.

Devlet, yasa-sözleşmeler (contratos-ley) aracılığı ile garanti verebilir veya teminat sağlayabilir. Bunlar, önceki fıkrada sağlanan korumaya hâlel gelmeksizin, yasa yolu ile değiştirilemez”.

Görüldüğü üzere, Anayasa’nın 62’nci maddesinin ilk fıkrasında, tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için tahkim yolunu seçme hakkı düzenlemiştir; devletin yürürlükte olan sözleşmelere yasa veya başka bir düzenleyici işlem ile müdahale edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Peru Anayasa Mahkemesi; ticaret hürriyeti ve çalışma hürriyeti gibi birçok anayasal hakkın kullanımının sözleşme hürriyeti ile doğrudan ilişkili olduğunu belirtmiş ve bu hürriyetin prima facie i) sözleşme yapma ve sözleşmenin karşı tarafını seçme hususunda bireyin sahip olduğu self-determinasyon hakkını, ii) karşılıklı anlaşma yoluyla tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme hususunda sahip olduğu self-determinasyon hakkını güvence altına aldığına hükmetmiştir⁴¹².

Anayasa’nın 62’nci maddesinin ikinci fıkrasında ise uluslararası yatırım hukukunda yabancı yatırımcılara güvence sağlamak için başvurulacak bir araç olan “istikrar sözleşmeleri” (legal stability agreements) düzenlenmektedir. 1993 Peru Anayasası’nda, uluslararası yatırımları teşvik etmeyi ve yabancı yatırımcılar için elverişli bir hukukî ortam oluşturmayı amaçlayan çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Yerli ve yabancı yatırımların aynı şartlara tabi olması (m. 63), yatırım kârlarının serbestçe transfer edilebilmesi (m. 64), yabancı gerçek ve tüzel kişilerin vatandaşlarla eşit şartlarda mülk edinme hakkı (m. 71) gibi istikrar sözleşmeleri de söz konusu amaca hizmet etmektedir. Peru, istikrar sözleşmelerini veya daha genel olarak istikrar kaydı içeren sözleşmeleri anayasal düzeyde güvence altına alan dünya üzerindeki tek ülkedir⁴¹³. İstikrar sözleşmeleri, yatırımcılara belirli bir düzenleyici rejimin sürekliliği garantisini vermektedir⁴¹⁴. İstikrar sözleşmeleri ile devlet,

⁴¹² Peru Anayasa Mahkemesi/Tribunal Constitucional del Perú, STC No. 0008-2003-AI/TC’dan aktaran Gonzales Barrón, s. 161.

⁴¹³ Sumar Albujar, s. 31.

⁴¹⁴ Sumar Albujar/Zúñiga Medina, s. 378.

sözleşme imzalandığı tarihte yürürlükte olan ve yatırım şartlarını ilgilendiren mevzuatta, yatırımcıyı olumsuz etkileyecek değişiklikler yapmamayı taahhüt etmektedir. Devlet, egemenliğinin tezahürü olan yasama yetkisine bu sözleşmeler ile bir nevi sınırlama getirmektedir. Gerçekten de Peru hukukunda istikrar sözleşmeleri yasa gücünde kabul edilmekte ve hükümet ile yatırımcı tarafın ortak rızaları bulunmaksızın bu sözleşmelerin tek taraflı olarak değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması mümkün olmamaktadır⁴¹⁵. Sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra, gelir vergisi oranı ve istihdam şartları gibi yatırımın kârlılığını etkileyebilecek hususlarda yapılan mevzuat değişiklikleri, bu sözleşmenin tarafı olan yatırımcı için hüküm ve sonuç doğurmamaktadır⁴¹⁶.

Yukarıda yapılan açıklamalardan görüleceği üzere, 1993 Peru Anayasası'nda sözleşme hürriyetine, başka bir anayasada eşine benzerine rastlanmayan ölçüde geniş kapsamlı bir güvence sağlanmıştır. Ancak yine de sözleşme hürriyeti mutlak nitelikte bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmiş değildir. Kamu düzeni sebebi ile bu hürriyetin sınırlandırılması mümkün olduğu gibi hukuka aykırı bir amaç güdülerek yapılan sözleşmeler de anayasal güvencenin kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca çalışanların adil ücret hakkı (m. 24) ile azami çalışma süreleri ve ücretli tatil hakkına (m. 25) ilişkin sosyal içerikli bazı hükümlerin de sözleşme hürriyetini sınırlama potansiyeli bulunmaktadır.

C) DOLAYLI KORUMA

1) Sözleşme Hürriyetinin Genel Özgürlük Hakkı Çerçevesinde Korunması

a) 1787 ABD Anayasası

1787 ABD Anayasası'nda sözleşme hürriyetinin güvence altına alınıp alınmadığını araştırmaya geçmeden önce anayasal sistemin temel hak ve hürriyetlere ilişkin yapısına kısaca bir göz atmakta fayda vardır.

⁴¹⁵ Miller, Geoffrey P., “*Choice of Law as a Precommitment Device*”, **The Fall and Rise of Freedom of Contract**, (Editör F. H. Buckley), Duke University Press, Durham and London, 1999, s. 367.

⁴¹⁶ Peru'da istikrar sözleşmelerinin şartları ve kapsamına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Miller, s. 366-368.

ABD Anayasası'nın orijinal metninde, kanunların geriye yürümezliği (Madde 1, Bölüm 9), habeas corpus güvencesi (Madde 1, Bölüm 9), sözleşmelerin bağlayıcılığı ilkesi (Madde 1, Bölüm 10) ve ceza davalarında jüri önünde yargılanma hakkı (Madde 3, Bölüm 2) haricinde herhangi bir temel hak ve hürriyete yer verilmemiştir. Kurucuların çoğunluğu; yargı bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı ve sınırlı yetkilere sahip federal hükümet yapısı üzerine temellendirilen devlet sisteminin vatandaşların kişisel haklarını korumak için yeterli güvenceyi sağladığını; bu nedenle Anayasa'ya bir temel hak ve hürriyet listesinin eklenmesine gerek bulunmadığı görüşünü savunmuşlardır⁴¹⁷. Ancak kendi anayasalarında temel hak ve hürriyet listelerine veya due process güvencesine yer veren eyalet yönetimleri, federal devletin keyfi müdahalelerini önlemek için Federal Anayasa'da da böyle bir listeye ihtiyaç olduğunu ileri sürmüşlerdir. Nitekim Anayasa'nın kabul edilip yürürlüğe girmesi de Anayasa'ya bir haklar bildirgesi ekleneceği yönünde eyaletlere taahhüt verilmesi (*Massachusetts Uzlaşısı/Massachusetts Compromise*) neticesinde mümkün olmuştur.

1791 yılında “*Bill of Rights*” olarak bilinen ilk on değişikliğin yürürlüğe girmesi ile Anayasa kapsamlı bir temel hak ve hürriyet listesine kavuşmuştur. Din, ifade, basın ve barışçıl toplanma hürriyeti (I'inci Değişiklik), konut dokunulmazlığı (IV'ncü Değişiklik), yaşama ve mülkiyet hakkı (V'inci Değişiklik) ile adil yargılanma hakkı (VI'ncı Değişiklik) gibi dönemin genel kabul gören başlıca insan hakları, Bill of Rights ile Anayasa'ya aktarılmıştır⁴¹⁸.

Öte yandan, Bill of Rights'ta yer verilen temel hak ve hürriyetlerin sadece federal devlet organları için bağlayıcı olacağı ve eyalet yetkileri üzerinde herhangi

⁴¹⁷ Sullivan, E. Thomas/Massaro, Toni M., **The Arc of Due Process in American Constitutional Law**, Oxford University Press, New York, 2013, s. 14-15. Anayasa Konvansiyonu'nda New York delegesi olarak hizmet eden Alexander Hamilton, daha da ileri giderek, Anayasa'da bir temel hak ve hürriyet listesine yer verilmesinin yalnızca gereksiz değil aynı zamanda zararlı da olabileceğini iddia etmektedir. Bkz. Hamilton, Alexander, “*The Federalist No. 84*”, **The Federalist Papers**, Pocket Books, New York, 2004, s. 609-621. Ayrıca bkz. Fallon, Richard H., **The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law**, Cambridge University Press, New York, 2004, s. 7.

⁴¹⁸ Duignan, Brian, **The U.S. Constitution and Constitutional Law**, Britannica Educational Publishing, New York, 2013, S. 10-11; Özenç, Berke, “*Yüksek Mahkeme'nin Eşçinsel Evlilik Kararı Işığında Eşitlik, Demokrasi ve Yargısal Denetim*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 73, No. 2, Y. 2018, s. 547-548; Fallon (2004), s. 7.

bir kısıtlama getirmeyeceği varsayılmıştır⁴¹⁹. Bu varsayım, 1833 tarihli *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*⁴²⁰ kararından itibaren Federal Yüksek Mahkeme'nin istikrarlı içtihadı ile de doğrulanmıştır⁴²¹. Anayasa'da federe devletler lehine öngörülen genel yetki kuralı⁴²² nedeni ile bireylerin daha yoğun ve somut ilişkiler içinde olduğu devlet düzeyi, federe düzeydir⁴²³. Federe devletlerin bireylerin temel hak ve hürriyetlerini ihlal etme potansiyeli, federal devlete göre çok daha yüksektir. Bu bakımdan, Bill of Rights'ın federe devletler açısından hüküm ifade etmemesi, Anayasa'nın sağladığı kişisel hak ve hürriyet güvencesini oldukça daraltmıştır.

Anayasal sistemdeki bu eksiklik, XIV'üncü Değişikliğin 1868 yılında federe devletlerin dörtte üçünün onayı ile yürürlüğe girmesi sonucu ortadan kaldırılmıştır. “*Ayrıcalıklar ve bağımsızlıklar*”, “*due process*” ve “*eşit koruma*” güvencelerini içeren XIV'üncü Değişiklik, açıkça bu güvencelerin federe devletlere karşı ileri sürülebilmesini mümkün kılacak şekilde kaleme alınmıştır. Buna ek olarak, “*selective incorporation*” olarak bilinen içtihadı ile Yüksek Mahkeme, Bill of Rights'ta yer alan hakların önemli bir kısmını, XIV'üncü Değişikliğin due process güvencesinin kapsamına dâhil etmiş ve bu hakların federe devletler açısından da

⁴¹⁹ Siegan, Bernard H., “*Economic Liberties and the Constitution: Protection at the State Level*”, **Cato Journal**, Vol. 4, No. 3, Y. 1985, s. 689; Altıparmak, s. 224-225; Fallon (2004), s. 8; Sullivan/Massaró, s. 19; Duignan, s. 11; Heffernan, s. 171; Özenç, s. 548. Esasında Bill of Rights'ın kabulüne ilişkin sunulan yasa teklifi; din, ifade ve basın hürriyetleri ile ceza davalarında jüri önünde yargılanma hakkının federe devletler karşısında ileri sürülmesini mümkün kılan ayrı bir madde içermektedir. Ancak James Madison'ın “*tüm liste içinde en değerlisi*” olarak nitelendirdiği bu madde, Senato tarafından reddedilmiştir (Congressional Research Service, **The Consitution of the United States of America: Analysis and Interpretation-Centennial Edition**, (Editörler, Michael J. Garcia, Kate M. Manuel, Andrew Nolan, Meghan Totten), U.S. Government Publishing Office, Washington, 2016, s. 1059).

⁴²⁰ *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/32/243/>, E.T. 07.02.2022.

⁴²¹ Altıparmak, s. 229; Congressional Research Service, s. 1059; Heffernan, s. 171.

⁴²² Anayasa'nın Ek X'uncu maddesi şu şekildedir: “*Anayasa tarafından Birleşik Devletlere verilmeyen veya Anayasa tarafından eyaletlere yasaklanmayan yetkiler, eyaletlere veya halka aittir*”.

⁴²³ Altıparmak, s. 224.

hüküm ifade ettiğine karar vermiştir. Böylece temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal güvence, federal ve federe düzeyler arasında büyük ölçüde eşitlenmiştir⁴²⁴.

Amerikan Anayasası'nda sözleşme hürriyetine ilişkin açık bir referans bulunmamakla birlikte, bu hürriyeti kapsamına alma potansiyeline sahip bazı güvenceler yer almaktadır. Bu güvencelerin başında, I'inci Maddenin X'uncu bölümünde düzenlenen “*sözleşme maddesi*” (*contract clause*) gelmektedir: “*Eyaletler, ... sözleşme yükümlülüklerine zarar veren bir yasa çıkarmayacaktır*”.

Sözleşme maddesi, Anayasa'nın orijinal metninde yer alan hükümler arasında doğrudan federe gücü hedef alan istisnai düzenlemelerden birisidir⁴²⁵. İnsan etkinliklerinin önemli bir bölümünün sözleşmesel ilişkiler şeklinde gerçekleştiği⁴²⁶ ve maddede hiçbir sınırlama sebebi ve istisnası bulunmayan kesin bir yasağa yer verildiği düşünüldüğünde, mahkemeler, bu hüküm sayesinde federe devletlerin işlemlerine karşı çok geniş bir denetim imkânı yakalamışlardır. Nitekim XIX'uncu yüzyıl boyunca, Yüksek Mahkeme önünde ihlali en fazla ileri sürülen Anayasa hükmü, sözleşme maddesi olmuştur⁴²⁷.

Sözleşme maddesi, Anglo-Sakson hukuk sisteminde “*sözleşmenin kutsallığı*” (*sanctity of contract*) olarak bilinen “*sözleşmelerin bağlayıcılığı ilkesi*”ni garanti altına almaktadır. Bu ilke uyarınca taraflar, özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmelerin şartlarına riayet etmekle yükümlüdür. Usulüne uygun şekilde kurulmuş

⁴²⁴ Altıparmak, s. 223-231; Sullivan/Massaro, s. 52-54; Congressional Research Service, s. 1059-1066; Özenç, s. 548.

⁴²⁵ Ely, James W., **The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights**, Oxford University Press, New York, 2008, s. 57; Ely, James W., “*Whatever Happened to the Contract Clause?*”, **Vanderbilt Law and Economics Research Paper**, No. 09-26, Y. 2009, s. 1; Rossum, Ralph A./Tarr, G. Alan, **American Constitutional Law: Volume II-The Bill of Rights and Subsequent Amendments**, Routledge Taylor&Francis Group, New York, 2021, s. 120; Mayer (2009-b), s. 595; Figueroa/Fernandois, s. 21.

⁴²⁶ Sevinç, Murat, “*Amerikan Yüce Mahkemesi*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 51, S. 1, Y. 1996, s. 398.

⁴²⁷ Rossum, Ralph A./Tarr, G. Alan, **American Constitutional Law: Volume I-The Structure of Government**, Routledge Taylor&Francis Group, New York, 2021, s. 504; Ely (2008), s. 67; Ely (2009), s. 1. Yüksek Mahkeme nezdinde 1887 yılına kadar federe devletlerin mevzuatlarına karşı açılan davaların yaklaşık yüzde kırkında sözleşme maddesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Ayrıca bu tarihe kadar federe devletlerin mevzuatlarına karşı açılıp başarılı sonuçlanan davaların yaklaşık yarısında da sözleşme maddesi rol oynamıştır (Anonymus, “*The Contract Clause: Reawakened in the Age of Covid-19*”, **Harvard Law Review**, Vol. 136, Issue 8, Y. 2023, s. 2130).

bir sözleşmenin şartları ancak tarafların ortak iradeleri ile sonradan değiştirilebilir. Taraflardan biri, sözleşme şartlarını tek taraflı olarak değiştiremeyeceği gibi devlet organları da yürürlükte olan sözleşmelere herhangi bir müdahalede bulunamaz. Bu nedenle, yürürlükteki bir sözleşmenin geçerliliğini, süresini, ifa şeklini etkileyen; sözleşme şartlarını değiştiren; sözleşmeye yeni şartlar ekleyen yahut mevcut bir sözleşmeyi sona erdiren yasa hükümleri bu ilkenin ihlali niteliği taşır⁴²⁸.

Sözleşme maddesi, “*Konfederasyon Maddeleri*” döneminde birçok üye devlet tarafından çıkarılan borç affı yasalarına bir tepki niteliği taşımaktadır. Hükümün öznel amacı, federe devletlerin borçluları sözleşmesel yükümlülüklerinden kurtaran veya bu yükümlülükleri alacaklıların aleyhine sonuç doğuracak şekilde esneten yasalar çıkarmalarını engellemektir⁴²⁹. Ancak Federal Yüksek Mahkeme, Başyargıç Marshall’ın önderliğinde, maddenin yorumunu bu sınırlı amacın çok ötesine taşımış ve kapsamını da alabildiğine genişletmiştir.

Bir kere; sözleşme maddesinin sağladığı güvence, yalnızca özel kişiler arasında akdedilen sözleşmelerin bağlayıcılığı ile sınırlı değildir. Yüksek Mahkeme, *Fletcher v. Peck*⁴³⁰ davasında kamu sözleşmelerini de sözleşme maddesinin kapsamı içinde değerlendirmek sureti ile ilk kez bir bir federe devlet yasasını geçersiz kılmıştır. Bunun dışında, federe devletlerin kendi aralarındaki sözleşmeler ile bireylere veya

⁴²⁸ Sheppard, Furman, **The Constitutional Text Book: A Practical and Familiar Exposition of the Constitution of the United**, Childs&Peterson, Philadelphia, 1885, s. 149; Figueroa/Fernandois, s. 25.

⁴²⁹ Parry, David Hughes, **The Sanctity of Contracts in English Law**, Stevens&Sons Limited, London, 1959, s. 67; Ely (2005), s. 372; Ely (2008), s. 45. Sözleşme maddesinin Federal Anayasa’ya eklenmesinin sebepleri ve tarihi serüveni hakkında bkz. Ely, James W., “*Still in Exile? The Current Status of the Contract Clause*”, **Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal**, Vol. 8, Y. 2019, s. 93-100.

⁴³⁰ “*Acaba bu madde, federe devletin, iki birey arasındaki sözleşmelerin yükümlülüklerine zarar vermesini yasaklamış, ancak kendisinin taraf olduğu sözleşmeleri bu yasaktan hariç tutmuş olabilir mi? Hüküm, böyle bir ayrımı içermemektedir. Hüküm geneldir ve her tür sözleşmeye uygulanabilir*” (Fletcher v. Peck, 10 U.S. 87 (1810), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/10/87/>, E.T. 11.02.2022). Bu davayı doğuran olaylar zinciri için bkz. Öztürk, s. 29-30.

şirketlere tanımış oldukları imtiyaz ve muafiyetler de maddenin güvencesinin kapsamına dâhil sayılmıştır⁴³¹.

İkincisi; Yüksek Mahkeme, hükümde geçen “yasa” (law) kavramını maddi anlamda kabul ederek sözleşme yükümlülüklerine zarar veren kamu işlemlerini, bu işlemin ismine bakmaksızın geçersiz kılmıştır. Bu bağlamda, sözleşme yükümlülüklerine zarar veren işlemin bir belediye yönetmeliği, federe devlet yasası veya federe devlet anayasası hükmü olması Mahkeme’nin vereceği karara etki etmemektedir⁴³². Ancak sözleşme maddesi, federal devlet yetkileri üzerine herhangi bir sınırlama getirmez. Bu nedenle, federal yasama organının çıkardığı bir yasaya karşı sözleşme maddesi temelinde itiraz edilmesi mümkün değildir⁴³³.

Amerikan hukuk literatüründe, sözleşme hürriyeti ilkesinin sözleşme maddesi aracılığı ile anayasal güvence altında olduğu yönünde bazı görüşler bulunmaktadır⁴³⁴. Bu görüşe göre; yürürlükte olan sözleşmelere dışarıdan müdahale edilmesini yasaklayan Anayasa, bireylerin serbestçe sözleşme yapma hakkını tanımamış olamaz⁴³⁵. Ancak Federal Yüksek Mahkeme, sözleşme maddesini mümkün olduğunca geniş yorumlamasına rağmen maddenin sözleşme hürriyeti güvencesini de içerdiği yönündeki görüşü ilk dönem kararlarından itibaren reddetmiştir.

*Ogden v. Saunders*⁴³⁶ davasında Yüksek Mahkeme, New York eyaleti tarafından çıkarılan ve borçluları sözleşme yükümlülüklerinden kurtaran bir iflas

⁴³¹ Harrell, Rodney W. “*The Contract Clause of the Constitution and the Need for “Pass Any . . . Law” Rehabilitation in the Age of Delegation*”, **George Mason Law Review**, Vol. 22, No. 5, Y. 2015, s. 1321; Sheppard, s. 150; Ely (2005), s. 373; Ely (2008), s. 45-46; Ely (2009), s. 2-3; Mayer (2009-b), s. 595-596; Figueroa/Fernandois, s. 20-21; Congressional Research Service, s. 418-423.

⁴³² Harrell, s. 1328-1335; Congressional Research Service, s. 410.

⁴³³ Ely (2008), s. 96; Figueroa/Fernandois, s. 6.

⁴³⁴ Epstein, Richard A., “*Toward a Revitalization of the Contract Clause*”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 51, No. 3, Y. 1984, s. 729; Bernstein, David E., “*Freedom of Contract*”, **George Mason University Law and Economics Research Paper Series**, No. 08-51, Y. 2008, s. 1; Heffernan, s. 167-168.

⁴³⁵ Heffernan, s. 167-168.

⁴³⁶ *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213 (1827), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/213/>, E.T. 16.02.2022.

yasasını denetlemiştir. Bu yasa, yürürlüğe girdiği tarihten sonra kurulan sözleşmelerden doğan yükümlülükleri konu almakta olup hâlihazırda yürürlükte olan sözleşmelere etki etmemiştir. Dava esnasında, sözleşme maddesinin sadece mevcut sözleşmeler için değil aynı zamanda yasanın yürürlüğe girmesinden sonra kurulacak sözleşmeler için de koruma sağladığı ileri sürülmüşse de Mahkeme çoğunluğu bu görüşe itibar etmemiştir. Başyargıç Marshall'ın sözleşme maddesi ve doğal hukuk ilkelerinden sözleşme hürriyeti ilkesini türetme çabasına rağmen⁴³⁷ çoğunluk adına kararı yazan Yargıç Bushrod Washington, sözleşme yapıldığı sırada yürürlükte olan yasa hükümlerinin sözleşmenin parçası haline geldiğini belirterek ihlal iddiasını reddetmiştir⁴³⁸.

Yüksek Mahkeme'nin yorumuna göre; sözleşme maddesi, federe devletlerin sözleşmeler hukuku alanında ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde yasa çıkarmasına engel teşkil etmemektedir. Maddenin yasakladığı husus, bir yasa ile yürürlükte olan sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin ortadan kaldırılması veya değiştirilmesidir. Mevcut sözleşmeleri etkilememek kaydıyla, yürürlüğe girdiği tarihten sonra kurulacak sözleşmeler bakımından taraf iradelerine sınırlama getiren federe devlet yasalarına karşı sözleşme maddesi temelinde itiraz edilemez⁴³⁹. Dolayısıyla sözleşme maddesi, genel bir sözleşme hürriyeti güvencesini içermemekte olup bu hürriyetin yalnızca bir boyutunu oluşturan sözleşmelerin bağlayıcılığı ilkesini, hatta daha da spesifik olarak federe devlet organlarının yürürlükte olan sözleşmelere müdahale etme yasağını düzenlemektedir.

Yüksek Mahkeme'nin yukarıda aktarılan yorumu, sözleşme maddesinin uygulama alanını oldukça daraltmıştır. Mahkeme sonraki tarihli kararlarında, bu maddenin yürürlükte olan sözleşmeler açısından dahi mutlak bir koruma sağlamadığına hükmetmiştir. Her ne kadar madde metninde herhangi bir sınırlama sebebine veya istisnaya yer verilmemişse de Yüksek Mahkeme, maddenin sağladığı

⁴³⁷ Marshall'ın karşı oyu için bkz. IŞ-I-B.

⁴³⁸ Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Beard, Charles Austin, **An Economic Interpretation of The Constitution of The United States**, The Macmillan Company, New York, 1935, s. 181-183; Siegan (1980), s. 62-64; Fallon (2004), s. 77-78; Ely (2008), s. 67; Ely (2009), s. 4-5; Figueroa/Fernandois, s. 16-18; Congressional Research Service, s. 432-433.

⁴³⁹ Fallon (2004), s. 86; Ely (2008), s. 96; Ely (2009), s. 4-5; Figueroa/Fernandois, s. 26.

güvenceyi “*federe devletlerin polis yetkileri*” (*state police powers*) ile sınırlı şekilde yorumlamıştır⁴⁴⁰. Mahkeme’ye göre; federe devletlerin toplumun refahını, sağlığını, güvenliğini ve genel ahlâkı ilgilendiren konularda –velev ki yürürlükte olan sözleşmeler üzerinde etki doğursun- genel bir düzenleme yetkisi bulunmaktadır. “*Bireyler, sözleşmeler kurarak, yasama organının kamu yararına yönelik yasalar çıkarmasını engelleyemezler*”⁴⁴¹.

Mahkeme, ekonomik hayata müdahale eden devlet düzenlemelerine karşı New Deal döneminde sergilediği genel pasif tutumu ile koşut olarak, sözleşme maddesinin polis yetkisi istisnasını daha da geniş yorumlamaya başlamıştır. Mahkemenin güncel içtihadında, bireylerin ekonomik çıkarlarının korunması açısından sözleşme maddesinin oynadığı rol oldukça sınırlıdır. Öyle ki, 1978 yılında verdiği *Allied Structural Steel Co. v. Spannaus*⁴⁴² kararında Mahkeme, sözleşme maddesinin Anayasa’nın bir parçası olmaya devam ettiği; “*ölü bir belge*” (*dead letter*) olmadığı ihtarında bulunma ihtiyacı hissetmiştir. Ely’nin belirttiği gibi “*bir anayasal hükmün ölmediğini açıklamak, aslında onun komada olduğunu kesin işaretidir*”⁴⁴³.

Sözleşme maddesi, genel bir sözleşme hürriyeti güvencesi oluşturma potansiyelini hiçbir zaman yerine getirememişse de XIX’uncu yüzyılın sonlarında bu hürriyet, Amerikan yargı organlarınca “*due process güvencesi*” çerçevesinde korunmaya başlanmıştır⁴⁴⁴. Kökleri 1215 Marga Carta’ya kadar uzanan “*due process of law*” kavramı, Amerikan Anayasası’nın Ek V ve Ek XIV’üncü maddelerinde de kendisine yer bulmuştur. Bill of Rights’ın bir parçası olan ve kural olarak yalnızca federal makamları bağlayan Ek V’inci madde şu şekildedir: “*Hiç kimse, ... yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun*

⁴⁴⁰ Epstein, s. 732-740; Ely (2008), s. 96-97; Ely (2009), s. 7-9; Figueroa/Fernandois, s. 30-31; Harrell, s. 1321-1322; Congressional Research Service, s. 436-439.

⁴⁴¹ Manigault v. Springs, 199 U.S. 473 (1905), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/199/473/>, E.T. 22.02.2022.

⁴⁴² Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U.S. 234 (1978), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/234/>, E.T. 23.02.2022.

⁴⁴³ Ely (2009), s. 4. Sözleşme maddesinin güncel yargısal yorumu hakkında bkz. Fallon (2004), s. 86-87; Ely (2005), s. 381-383; Ely (2008), s. 154-156; Figueroa/Fernandois, s. 24-30; Harrell, s. 1322-1323; Congressional Research Service, s. 439-441; Ely (2019), s. 97-109.

⁴⁴⁴ Bernstein, s. 1.

bırakılamayacaktır". Benzer bir düzenleme, federe devletleri hedef alan Ek XIV'üncü maddede de yer almaktadır: *"Hiç bir federe devlet, yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun bırakmayacaktır"*.

Görüldüğü üzere bu iki maddede, yaşama, özgürlük ve mülkiyet hakları düzenlenmekte olup sözleşme hürriyeti ile doğrudan ilişkili bir ibare bulunmamaktadır. Buna rağmen XIX'uncu yüzyılın son çeyreğinde yargı organları, metinde geçen *"özgürlük"* ve *"mülkiyet"* kavramlarını geniş yorumlayarak sözleşme hürriyetini due process güvencesinin bir parçası olarak görmeye başlamışlardır.

Mahkemelerin bu tutumu, hızlı sanayileşmenin yol açtığı sosyo-ekonomik sorunlara çözüm üretmek amacıyla federe devletlerin girdiği sosyal yasama faaliyetlerine karşı muhafazakâr bir tepkiyi yansıtmaktadır. İç Savaş sonunda, küçük girişim sahiplerinin ağırlıkta olduğu ve büyük ölçüde ziraate dayalı bir ekonomik yapıya sahip olan Amerika, yüzyılın sonunda dünyanın en büyük sanayi gücü haline gelmiştir. Bu hızlı dönüşüm; uzun çalışma saatleri, düşük ücretler, tröst ve tekeller gibi kontrolsüz sanayileşen bir toplumun kaçınılmaz sorunlarını da beraberinde getirmiştir. Sosyal nitelikli hemen her alan üzerinde anayasal yetkisi bulunan federe devletler, söz konusu sorunlara karşı gerekli yasal tedbirleri almaya başlamışlar ve çalışma şartlarını ve saatlerini, çocuk ve kadın işçiliğini, asgari ücreti konu alan çeşitli yasaları yürürlüğe koymuşlardır⁴⁴⁵. Devletin ekonomik hayata müdahalesini reddeden muhafazakârlar, emekçi sınıfları korumayı amaçlayan bu reform programına karşı çıkmış; itirazlarını temellendirmek için de sözleşme hürriyeti ilkesine başvurmuşlardır.

Esasında Anayasa'nın Ek XIV'üncü maddesinde düzenlenen due process güvencesinin sözleşme hürriyeti ilkesini içerdiği görüşü, tarihsel yorum yöntemi ile de desteklenmektedir. Amerikan İç Savaşı'nın (1861-1865) kölelik karşıtı Kuzey eyaletlerinin zaferi ile neticelenmesinin ardından 1865 yılında kabul edilen Ek XIII'üncü madde ile kölelik kaldırılmıştır. Buna rağmen birçok Güney eyaleti,

⁴⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Urofsky, Melvin I., **Supreme Decisions: Great Constitutional Cases and Their Impact**, Westview Press, Boulder, s. 216-217; Alexander, s. 109-110; Nevins/Commager, s. 400-402.

siyahların sözleşme, çalışma ve mülkiyet haklarını sınırlandıran çeşitli yasalar (*Black Codes*) çıkararak köle emeğine dayanan mevcut ekonomik düzenlerini sürdürmeye çalışmıştır. Bunun üzerine Kongre, kölelik yasağına etkinlik kazandırmak ve siyahların eşit haklarını garanti etmek amacıyla 1866 yılında “*Medeni Haklar Yasası*”nı (*Civil Rights Act of 1866*) kabul etmiştir. Bu yasa, vergilendirilmeyen Kızılderililer hariç olmak üzere, Birleşik Devletler topraklarında doğan tüm bireyleri yurttaş olarak tanımış; ırk, renk, önceki kölelik statüsü gibi ayrımlardan bağımsız şekilde tüm yurttaşların eşit haklara sahip olduğunu ilan etmiştir. Yurttaşların eşit olarak sahip olduğu ilan edilen bu haklar arasında sözleşme yapma ve yapılan sözleşmeleri uygulama hakkı da sayılmıştır. Ancak söz konusu yasa, Anayasa ile federe devletlere tanınan yetkileri kısıtladığı gerekçesi ile itiraza uğramış ve bu yasanın Anayasa’ya uygunluğu tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmaların önüne geçmek ve Medeni Haklar Yasası’nda sayılan hakları anayasal güvence altına almak amacı ile 1868 yılında Ek XIV’üncü madde kabul edilmiştir. İşte Medeni Haklar Yasası’nın bir parçası olan sözleşme hürriyeti, açıkça söz edilmemiş olsa bile, bu yasayı anayasallaştıran Ek XIV’üncü maddenin de bir parçası olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁶.

Sözleşme hürriyeti ilk önce federe devlet mahkemeleri tarafından anayasal bir hak olarak tanınmıştır. 1895 tarihli *Ritchie v. People*⁴⁴⁷ davasında Illinois Yüksek Mahkemesi, kadın işçilerin fabrika ve atölyelerde günde sekiz saatten veya haftada kırk sekiz saatten fazla çalışmalarını yasaklayan bir yasanın Anayasa’ya uygunluğunu incelemiştir. Bu yasanın, genel sağlığı korumayı amaçladığı ve devletin polis yetkisinin uygun bir kullanımı olduğu savunulmuşsa da Mahkeme, due process güvencesinin sözleşme hürriyeti ilkesini içerdiği ve söz konusu yasa ile bu hürriyete keyfi bir sınırlama getirildiği tespitinde bulunarak yasayı geçersiz kılmıştır⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Barnett, Randy E., “Does the Constitution Protect Economic Liberty?”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 35, No. 1, Y. 2012, s. 7-10; Siegan (1980), s. 49-50; Siegan (1985), s. 691-696; Mayer (2009-b), s. 610-611.

⁴⁴⁷ Illinois Supreme Court, *Ritchie v. People*, 155 Ill. 98 (1895), <https://cite.case.law/ill/155/98/>, E.T. 27.02.2022.

⁴⁴⁸ Kararda, Illinois Anayasası’nın due process maddesinde (Madde I Bölüm II) yer alan “özgürlük” ve “mülkiyet” kavramlarının sözleşme hürriyetini kapsadığı savunulmaktadır: “Sözleşme yapma hakkı, hem özgürlük hem de mülkiyet hakkıdır. Özgürlük, mülk edinme hakkını kapsar ve bu hak

Ritchie v. People kararının önemi, ilk kez sözleşme hürriyeti ilkesi ölçü norm olarak kullanılmak suretiyle bir yasanın geçersiz kılınmış olmasıdır. Bu karardan sadece iki yıl sonra, *Allgeyer v. Louisiana*⁴⁴⁹ davası ile Federal Yüksek Mahkeme de sözleşme hürriyeti ilkesini anayasal bir hak olarak görmeye başlamıştır. Davaya konu düzenleme, eyalet dışında kurulup eyalet içinde yetkili temsilcisi bulunmayan deniz sigorta şirketleri ile sigorta sözleşmesi yapmayı yasaklayan ve bu şirketler ile sözleşme yapan kişi, firma ve şirketler için para cezası öngören 1894 tarihli bir Louisiana yasasıdır. Bu yasanın dayanağını, eyalet içinde şubesi veya yetkili temsilcisi bulunmayan yabancı şirketlerin kendi topraklarında ticari faaliyette bulunmasını yasaklayan Louisiana Anayasası (m. 236) oluşturmaktadır. Yüksek Mahkeme, oy birliği ile söz konusu yasak ile kişilerin yasal gerekler yerine getirilmeden özgürlüklerinden yoksun bırakıldığına ve Anayasa'nın Ek XIV'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme adına kararın gerekçesini yazan Yargıç Peckham, Ek XIV'üncü maddede düzenlenen özgürlük hakkının sözleşme hürriyetini de kapsamına aldığını belirtmiştir:

“(XIV'üncü) değişiklikte sözü edilen “özgürlük” terimi yalnızca yurttaşların hapsedilme gibi salt fiziksel nitelikli kısıtlamalardan korunması hakkı anlamına gelmez; bu terim aynı zamanda, vatandaşların bütün kabiliyetlerinden yararlanmakta serbest olma, bunları hukuka uygun her türlü araç vasıtasıyla kullanma, istediği yerde yaşama ve çalışma, meşru herhangi bir iş, meslek ve ticaret ile geçimini sağlama ve belirtilen amaçları başarıyla gerçekleştirmek için uygun, gerekli ve

*da sözleşme yapma ve yapılan sözleşmeleri uygulama haklarını içerir. Mülkünü kullanma, satma, satın alma ve bunlarla ilgili sözleşmeleri yapma hakkı, Anayasa tarafından korunmaktadır. Emek, mülkiyettir ve işçi, diğer mülk sahipleri gibi, emeğini satma ve bu amaç doğrultusunda sözleşmeler yapma hakkına sahiptir. Bu ülkede, yasa koyucunun, sui iuris olan kişilerin kendi aralarında sözleşmeler yapmalarını engelleme yahut işçi ile işveren arasındaki sözleşme özgürlüğüne müdahale etme yetkisi yoktur. Çalışma, istihdam etme ve tarafların uygun gördüğü şartlar çerçevesinde bu hususta sözleşme yapma hakları, yukarıda zikredilen anayasal güvenceye dâhildir. Mülkiyetin korunması, insanların kurduğu özgür yönetimlerin gayelerinden birisidir... Bu nedenle, özgürlük ve mülkiyet temel haklarının bir parçası olan sözleşme hakkı, yasal gerekler yerine getirilmeden ortadan kaldırılamaz”. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Knowlton, Jerome C., “Freedom of Contract”, **Michigan Law Review**, Vol. 3, No. 8, Y. 1905, s. 619; Ely (2005), s. 385; Mayer (2009-b), s. 591-592.*

⁴⁴⁹ Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/165/578/>, E.T. 28.02.2022.

zorunlu olan her türlü sözleşme ilişkisine girme haklarını da kapsamına alır”⁴⁵⁰.

Yüksek Mahkeme, bireylerin ekonomik çıkarlarının due process maddesi çerçevesinde korunmasını ifade eden “*economic due process*” içtihadını, büyük yankı uyandıran *Lochner v. New York*⁴⁵¹ kararı ile sürdürmüştür. Bu karar, sözleşme hürriyetinin sınırlandırma rejimine ve eyaletlerin polis yetkilerinin sınırlarına ilişkin önemli değerlendirmeler içermektedir. Dava, fırıncıların çalışma süresini günlük on saat veya haftalık altmış saat ile sınırlayan bir New York yasasına ilişkindir. Mahkeme; beşe karşı dört çoğunluk ile bu yasanın Anayasa’nın Ek XIV’üncü maddesinde düzenlenen due process güvencesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, sözleşme hürriyetinin anayasal bir hak olduğu hususunu bu kararında da teyit etmiştir: “*İşile ilgili konularda genel sözleşme yapma hakkı, Federal Anayasa’nın On Dördüncü Değişikliği ile korunan birey özgürlüğünün bir parçasıdır*”. Esasında azınlıkta kalan üyeler bile sözleşme hürriyetinin Anayasa’nın Ek XIV’üncü maddesi kapsamında korunduğu hususunda çoğunluk ile hemfikirdir. Yalnızca Yargıç Oliver Wendell Holmes, ünlü karşı oy yazısında, sözleşme hürriyetinin anayasal bir hak olduğu görüşüne karşı çıkmıştır⁴⁵². Üyeler, eyaletlerin polis yetkilerinin kapsamı ve dava konusu yasanın genel sağlığın korunması amacına hizmet edip etmediği hususlarında ayrıışmışlardır.

Yüksek Mahkeme’ye göre; Ek XIV’üncü maddede düzenlenen due process güvencesi, federe devletlerin toplumun refahını, sağlığını, güvenliğini ve genel ahlâkı koruma amacı ile bireylerin sözleşme hürriyetine sınırlama getirmesine engel teşkil etmemektedir. Bu noktada cevaplanması gereken soru, bu hürriyete sınırlama getiren yasanın, devletin polis yetkisinin adil, makul ve uygun bir kullanımı niteliğinde olup olmadığı; diğer bir deyişle, bireyin kişisel özgürlüğüne veya

⁴⁵⁰ Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Siegan, Bernard H., “*Protecting Economic Liberties*”, **Chapman Law Review**, Vol. 6, Issue 1, Y. 2003, s. 84-87; Siegan (1980), s. 111; Altıparmak, s. 234; Ely (2005), s. 386-387; Bernstein, s. 2; Heffernan, s. 168.

⁴⁵¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>, E.T. 01.03.2022.

⁴⁵² Ely (2005), s. 389-390. Holmes’un karşı oy yazısına ve uyandırdığı yankılara ilişkin bkz. Yolcu, Serkan, **Anayasa Hukukunda Karşı Oy**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 122-128.

sözleşme yapma hakkına mantıksız, gereksiz ve keyfi bir şekilde müdahale edilip edilmediğidir. Anayasa'ya uygun bir müdahaleden söz edilebilmesi için ulaşılmak istenen amaç, meşru ve yerinde olmalı; bunun yanı sıra amaç ile seçilen araç arasında doğrudan bir ilişki bulunmalıdır. Bu ölçütler çerçevesinde söz konusu yasayı denetleyen Mahkeme, firincıların günlük veya haftalık çalışma süreleri ile genel sağlığın korunması amacı arasında doğrudan bir ilişki bulunmadığı gerekçesi ile polis yetkisi sınırlarının aşıldığına karar vermiştir⁴⁵³.

Lochner v. New York kararında Yüksek Mahkeme, çalışma hayatının işçi ile işveren arasındaki serbest sözleşmelere dayanması gerektiği kabulünü benimsemiş ve istisnai koşullar dışında, işçi-işveren ilişkilerine devletin müdahalesini reddetmiştir. Her ne kadar sözleşme hürriyetine mutlak bir nitelik tanınmamışsa da polis yetkisi istisnasının dar yorumu sayesinde bu hürriyet güçlü bir anayasal korumaya erişmiştir. Mahkemenin klasik liberal ekonomi lehine aldığı bu tutum uzun yıllar etkisini sürdürmüştür⁴⁵⁴.

*Adair v. United States*⁴⁵⁵ davasında Yüksek Mahkeme, demiryolu endüstrisinde “sarı köpek sözleşmeleri” (*yellow-dog contracts*)⁴⁵⁶ yapılmasını yasaklayan bir federal yasayı denetlemiştir. Mahkeme, işçi ile işverenin eşit şekilde sahip oldukları sözleşme hürriyetlerine keyfi bir müdahale niteliğinde gördüğü yasayı Ek V’inci maddeye aykırı olduğu gerekçesi ile geçersiz kılmıştır. Bu karardan yedi yıl sonra,

⁴⁵³ Kararın kısmî bir çevirisi için bkz. Alatl, Alev, **Batıya Yön Veren Metinler IV: Moderniteye Doğru-Kaotik Modern Dünya (1800-1970)**, Kapadokya Üniversitesi Yayınları, Nevşehir, 2010, s. 1499-1500. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Adkins, Jason A., “*Meet Me at the (West Coast) Hotel: The Lochner Era and the Demise of Roe v. Wade*”, **Minnesota Law Review**, Vol. 90, Issue 2, Y. 2005, s. 505-509; Siegan (1980), s. 113-121; Altıparmak, s. 234-235; Siegan (2003), s. 87-96; Ely (2005), s. 389-391; Bernstein, s. 3-4; Mayer (2009-b), s. 628-630.

⁴⁵⁴ Altıparmak, s. 235.

⁴⁵⁵ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/208/161/>, E.T. 02.03.2022.

⁴⁵⁶ Sarı köpek sözleşmeleri, işçinin, çalışma süresi boyunca herhangi bir sendikaya üye olmamayı veya üye olduğu takdirde işten ayrılmayı taahhüt ettiği sözleşmelerdir. XIX’uncu yüzyıl ve XX’nci yüzyılın ilk çeyreğinde Amerika’da yaygın olarak başvurulmuş bu sözleşmeler, 1932 yılında çıkarılan Norris-La Guardia Act ile yasadışı kabul edilmiştir (Rowan, Charles, “*The Yellow Dog Contract*”, **Marquette Law Review**, Vol. 15, Issue 2, Y. 1931, s. 110; The Editors of Encyclopædia Britannica, “*Yellow-Dog Contract*”, **Encyclopædia Britannica**, <https://www.britannica.com/topic/yellow-dog-contract>, E.T. 22.10.2020.

*Coppage v. Kansas*⁴⁵⁷ davasında aynı yasağı konu alan bir federe devlet yasasını denetleyen Yüksek Mahkeme, benzer gerekçeler ile bu yasa hakkında da geçersizlik kararı vermiştir⁴⁵⁸.

Yüksek Mahkeme, *Adkins v. Children's Hospital*⁴⁵⁹ davasında da due process maddesi vasıtası ile sözleşme hürriyetini korumaya devam etmiş ve bu hürriyetin sınırlarına ilişkin önemli bazı tespitlerde bulunmuştur. 1917 yılında Federal Kongre, çıkardığı bir yasa ile Columbia Bölgesi'nde çalışan kadın ve çocuk işçiler için farklı meslek dallarına göre ayrı ayrı asgari ücret tespit etme yetkisine sahip bir kurul ihdas etmiştir. Kurul tarafından tespit edilen asgari ücretin altında kadın işçi çalıştıran bir hastanenin açtığı dava üzerine, konu Yüksek Mahkeme'ye taşınmıştır.

Yüksek Mahkeme ilk olarak, sözleşme hürriyeti ilkesinin Anayasa'nın güvencesi altında olduğu hususunun artık yerleşik bir yargısal içtihat haline geldiğini hatırlatmış ve işçi ile işverenin bu hürriyete eşit şekilde sahip olduğunu vurgulamıştır:

“Bireylerin, kendi işleri ile ilgili sözleşme yapma haklarının due process maddesi çerçevesinde korunan kişisel özgürlüklerinin bir parçası olduğu, bu Mahkeme'nin kararları ile sabittir ve artık sorguya açık değildir. İstihdam sözleşmeleri de bu özgürlüğün kapsamındadır. Taraflar, bu tür sözleşmeleri kurarken, yaptıkları pazarlıklar çerçevesinde, kendileri için en avantajlı koşulları elde etme konusunda eşit hakka sahiptir”.

Yüksek Mahkeme'ye göre, sözleşme hürriyeti mutlak nitelikte bir hak değildir ve çok çeşitli sınırlamalara tabidir. Ancak sözleşme hürriyeti lehine bir karine bulunmaktadır. Bu hürriyetin sınırlandırılması için yasama yetkisinin kullanımı ancak istisnai koşulların varlığı ile haklı çıkarılabilir. Mahkeme, daha önce vermiş

⁴⁵⁷ *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/1/>, E.T. 02.03.2022.

⁴⁵⁸ Bu iki karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. White, s. 436; Siegan (1980), s. 121-125; Siegan (2003), s. 96-101; Ely (2005), s. 392-393; Mayer (2009-b), s. 638-639; Heffernan, s. 168-169.

⁴⁵⁹ *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/>, E.T. 02.03.2022.

olduğu kararlar çerçevesinde, bu hürriyete karşı gerçekleştirilen Anayasa'ya uygun müdahale biçimlerini dört kategori altında toplamıştır: i) Kamu yararını ilgilendiren işletmeler için fiyat ve oranların sabitlenmesi, ii) kamu hizmetlerinin ifasını konu alan sözleşmelere ilişkin düzenleme yapılması, iii) maaşların ödenme yöntemi ve zamanının belirlenmesi, iv) maden ve eritme ocakları gibi sağlıksız koşullarda çalışan işçiler için azami çalışma saatlerinin tespiti.

Dava konusu yasa, yukarıda sayılan istisnalardan herhangi birisinin kapsamına girmemektedir. Bu yasa ile kendi işleri ile ilgili sözleşmeler yapma hususunda, erkeklerle eşit ehliyeteye sahip olan yetişkin kadın işçiler için asgari bir ücret tespit edilmiş ve tarafların ücrete ilişkin serbestçe sözleşme yapma hakları ortadan kaldırılmıştır. Mahkeme, yasanın kamu yararının ve genel ahlakın korunması amacına hizmet ettiği görüşünü de redderek Ek V'inci Madde'nin due process güvencesini ihlal ettiğine karar vermiştir⁴⁶⁰.

Yüksek Mahkeme'nin yukarıda aktarılan kararlarında, işçi ile işverenin sözleşme hürriyetinden eşit şekilde yararlandığı yönündeki tespitler dikkat çekmektedir. Mahkeme, her ne kadar farklı toplumsal sınıfların çatışan çıkarları karşısında tarafsız bir konumda bulunduğu imajını oluşturmaya çalışsa da verdiği kararlar çoğunlukla sermaye sahiplerinin çıkarlarına hizmet etmiştir. 1929 Büyük Buhranı'nın emekçi kitleler üzerindeki yıkıcı etkileri belirginleştikçe, Mahkeme'nin ekonomik konularda sergilediği yaklaşıma karşı güçlü bir toplumsal muhalefet oluşmuştur. Nitekim bazı New Deal yasalarının geçersiz kılınması üzerine Başkan Roosevelt ile yaşanan gerilimin ardından Yüksek Mahkeme 1937 yılında “*economic due process*” doktrininden resmen vazgeçmiştir.

Esasında Yüksek Mahkeme, “*economic due process*” doktrininden ayrılışının ilk işaretini 1934 tarihli *Nebbia v. New York*⁴⁶¹ kararında vermiştir. New York eyaleti, 1933 yılında çıkardığı bir yasa ile perakende süt satışında asgari ve azami fiyatları

⁴⁶⁰ Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. White, s. 429-430; Siegan (1980), s. 143-145; Siegan (2003), s. 109-111; Ely (2005), s. 393; Adkins, s. 509-510; Bernstein, s. 5; Mayer (2009-b), s. 631-633; Heffernan, s. 174-176.

⁴⁶¹ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/291/502/>, E.T. 04.03.2022.

belirleme yetkisine sahip Süt Kontrol Komisyonu'nu ihdas etmiştir. Komisyon, belirlenen fiyatın üzerinde bir rakama satış yaptığını tespit ettiği market sahibi Nebbia'ya yirmi beş dolar para cezası kesmiştir. Nebbia, kesilen cezanın ve onun dayanağını oluşturan yasanın Ek XIV'üncü Madde'nin eşit koruma ve due process güvencelerini ihlal ettiği gerekçesi ile dava açmıştır. İlk derece ve temyiz mahkemelerinin mahkûmiyeti onaylamalarının ardından dosya Yüksek Mahkeme'ye taşınmış; Yüksek Mahkeme de, beşe karşı dört oyla, yasanın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve cezanın onaylanmasına karar vermiştir. Mahkeme bu kararında, sözleşme hürriyetinin mutlak nitelikte olmadığına; yasa koyucunun mantıksız, keyfi ve yasanın amacı ile ilgisiz olmamak kaydıyla bu hürriyete kamu yararı gerekçesi ile müdahalede bulunabileceğine hükmetmiştir:

“Bizim yönetim sistemimize göre, mülkiyetin kullanımı ve sözleşmelerin yapılması olağan olarak özel konulardır ve kamuyu ilgilendirmez. Genel kural, her ikisinin de devlet müdahalesinden bağımsız olmasıdır. Ancak ne mülkiyet ne de sözleşme hakları mutlak niteliktedir; zira eğer bir vatandaş, kendi mülkünü diğer vatandaşlar aleyhine kullanabiliyor veya onlara zarar vermek için sözleşme hürriyetine başvurabiliyorsa ortada devlet namına bir şey kalmaz. Özel haklar ne kadar aslî ise halkın bu hakları kamu yararı çerçevesinde düzenlemesi de eşit ölçüde aslıdır... Federal faaliyetler açısından V'inci Değişiklik ve eyalet faaliyetleri açısından XIV'üncü Değişiklik, kamu yararını sağlama amacı ile devlet düzenlemelerini yasaklamaz. Bu iki hüküm yalnızca, düzenleme amacının due process'e uygun yöntemler kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesini şart koşar. Due process güvencesi, kanunun mantıksız, keyfi ve değişken olmamasını ve seçilen araçların ulaşılmak istenen amaç ile gerçek ve esaslı bir irtibatının bulunmasını gerektirir... Due process'in gerekleri söz konusu olduğunda -başka anayasal sınırlamalar mevcut değilse- eyaletler, kamu yararını desteklediği makul olarak kabul edilebilecek herhangi bir ekonomik politikayı benimsemekte ve bu politikayı çıkardıkları yasalar yolu ile uygulamakta serbesttir. Mahkemelerin bu tür bir politikayı beyan etme veya yasama organı tarafından ilan

edildiğinde onu geçersiz kılma yetkisi bulunmamaktadır. Kabul edilen yasalar, yasama amacı ile makul bir irtibat içinde ve keyfi veya ayrımcı nitelik taşımamakta ise due process'in gerekleri yerine getirilmiş olur”⁴⁶².

Yüksek Mahkeme, *Nebbia v. New York* kararı ile sözleşme hürriyetini due process güvencesi çerçevesinde korumaya devam etmişse de devletin takdir yetkisini öne çıkaran daha zayıf bir denetim standardını benimsemiştir⁴⁶³. “*Lochner Çağı*”nı sona erdiren karar olarak kabul edilen *West Coast Hotel Co. v. Parrish*⁴⁶⁴ kararında ise sözleşme hürriyeti lehine olan karine bütünü ile ters yüz edilmiştir.

Dava, kadınlar için asgari ücret öngören bir Washington yasasına ilişkindir. Oda hizmetçisi olarak çalışan Elise Parrish, Washington Eyaleti Endüstriyel Refah Komitesi'nin tespit ettiği asgari ücretten daha düşük maaş aldığı gerekçesi ile zararının tazmini için çalıştığı otele dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, Federal Yüksek Mahkeme'nin *Adkins v. Children's Hospital* kararını emsal göstererek davayı reddetmiştir. Temyiz yoluyla davayı inceleyen Washington Yüksek Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını bozarak Parrish lehine hüküm tesis etmiş; bu son karar aleyhine otelin başvurusu üzerine dava Federal Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Federal Yüksek Mahkeme, beşe karşı dört oyla *Adkins v. Children's Hospital* kararından dönerek kadın ve çocuk işçiler için asgari ücret öngören eyalet yasasını Anayasa'ya uygun bulmuştur. Yüksek Mahkeme, *Nebbia v. New York* kararında tespit ettiği kriterleri bu kararında da kısmen uygulamış ve tarafların pazarlık güçlerindeki eşitsizlikten kaynaklanan suistimallere karşı yasama organının sözleşme hürriyetini sınırlandırabileceğine hükmetmiştir. Devletin ekonomik hayata müdahale yetkisine ilişkin önemli tespitler içeren bu kararın bazı kısımları aşağıda aktarılmıştır:

⁴⁶² Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. White, s. 431-441; Siegan (1980), s. 138-143; Siegan (2003), s. 104-109; Adkins, s. 510-512; Mayer (2009-b), s. 651-652; Szwed, s. 24-25.

⁴⁶³ Siegan (2003), s. 105; Mayer (2009-b), s. 651.

⁴⁶⁴ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/300/379/>, E.T. 04.03.2022.

“Kadınlar için asgari ücret öngören düzenlemelere muhalif olanların her davada başvurdukları ihlal iddiası, sözleşme hürriyetinden yoksun bırakılmadır. Fakat nedir bu hürriyet? Anayasa’da sözleşme hürriyetinden söz edilmez. Genel olarak hürriyetten söz edilir ve due process of law güvencesine aykırı olarak hürriyetten yoksun bırakma yasaklanır. Anayasa, bu yasaklama ile mutlak ve kontrolsüz bir hürriyet anlayışını da onaylamaz. Onun her devrinde hürriyetin kendi tarihi ve çağrışımı mevcuttur. Fakat güvence altına alınan hürriyet, halkın sağlığını, güvenliğini, ahlâkını ve refahını tehdit eden kötülöklere karşı hukukî korumaya ihtiyaç duyan bir sosyal organizasyondaki hürriyettir. Bu nedenle, Anayasa kapsamındaki hürriyet, zorunlu olarak due process’in kısıtlamalarına tabidir ve amaç ile yeterli bir ilişkisi olup kamu yararına uygun olarak kabul edilen düzenleme, due process’e uygundur. Hürriyetin bu temel sınırlaması, özelde sözleşme hürriyeti açısından da geçerlidir... Sözleşme hürriyeti, mutlak değil sınırlı nitelikte bir haktır. Bireyin dilediği şekilde sözleşme yapma şeklinde sınırsız bir hürriyeti bulunmamaktadır. Hürriyet güvencesi, sözleşmelerin yapılmasını içeren geniş faaliyet alanında yasama gözetimini ve devletin kısıtlayıcı önlemler alma yetkisini yadsımaz. Hürriyet, toplumsal çıkarlara uygun olarak getirilen rasyonel düzenleme ve yasaklamalardan muaflığı değil keyfî sınırlamaların yokluğunu ifade eder... İşçi ile işveren arasındaki ilişkiler ile ilgili olarak yasama organı, baskıyı önlemek ve uygun çalışma koşullarını sağlamak üzere tasarlanmış düzenlemeler yolu ile sağlık ve güvenliği koruma, kamu düzeni ve barışı güçlendirme konusunda zorunlu olarak geniş bir takdir yetkisine sahiptir... Kadınların korunması, eyalet yetkilerinin kullanımının meşru bir amacı ise temel ihtiyaçlarını karşılamaları için onlara asgari bir ücret ödenmesi gerekliliğinin bu amaca uygun bir araç olmadığı nasıl söylenebilir? Eyalet yasama organı, kadınların istihdam koşullarını, en düşük ücreti alan sınıfta yer almalarını, pazarlık güçlerinin görece zayıf olmasını, muhtaç durumlarından faydalanmak isteyenlerin gönüllü kurbanları olduklarını göz önünde bulundurma yetkisine sahipti. Yasama

organı, işçilerin çaresizliklerini onur kırıcı bir rekabet fırsatı olarak kullanarak onları geçimlerine yetmeyecek kadar düşük ücretlere mahkûm eden sömürü düzeninden (sweating system) kaynaklanan kötülükleri azaltmak için gerekli önlemleri almaya yetkiliydi. Yasama organı, benimsediği koruma politikasının yürütülmesinde asgari ücret şartının önemli bir araç olabileceğini değerlendirme hakkına sahipti. Birçok eyalette benzer şartların benimsemiş olması hem böyle bir sorunun mevcudiyetine hem de bu sorunla baş edebilmek için başvurulacak araçlara ilişkin köklü bir inanç olduğunu göstermektedir. Bu inanç karşısında yasama organının tepkisi, keyfi veya değişken olarak nitelendirilemez. Benimsenen politikanın hikmeti tartışmalı ve etkileri belirsiz olarak değerlendirilse bile yine de karar verme yetkisi yasama organına aittir... Pazarlık gücü açısından eşit olmayan bir konumda bulunan ve bu nedenle geçim ücretinin reddedilmesine karşı görece savunmasız durumda olan işçi sınıfının sömürülmesi, sadece onların sağlık ve refahlarına zarar vermekle kalmaz; aynı zamanda toplum üzerinde de doğrudan bir yük oluşturur. Vergi mükellefleri, işçilerin maaş kayıplarını ödemeye davet edilir. Asgari yaşam maliyetleri karşılanmalıdır... Toplum, insafsız işverenler için sübvansiyon sağlamak zorunda değildir. Toplum, onların, kamu yararını bencilce ihmal etmelerinden kaynaklanan suistimalleri düzeltmek için yasama yetkisini kullanabilir”⁴⁶⁵.

West Coast Hotel Co. v. Parrish kararı, sözleşme hürriyeti de dâhil olmak üzere, ekonomik hürriyetlerin anayasal güvencesi açısından bir dönüm noktası niteliği taşımaktadır. Yüksek Mahkeme, sözleşme hürriyeti ilkesinin due process maddesi

⁴⁶⁵ Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. McCurdy, Charles W., “The Liberty of Contract Regime in American Law”, **The State and Freedom of Contract**, (Editör Harry N. Scheiber), Stanford University Press, Stanford, 1998, s. 193-194; Paul, Ellen Frankel, “Freedom of Contract and the “Political Economy” of *Lochner v. New York*”, **New York University Journal of Law & Liberty**, Vol. 1, No. 1, Y. 2005, s. 555-558; Siegan (1980), s. 145-150; Siegan (2003), s. 111-112; Ely (2005), s. 393-395; Adkins, s. 512-514; Bernstein, s. 7; Mayer (2009-b), s. 652-653; Szwed, s. 25; Heffernan, 177-180.

çerçevesinde korunmasını hiçbir zaman açıkça reddetmemişse de⁴⁶⁶ bu kararın ardından bir daha bu ilkeye dayanarak herhangi bir yasa hakkında geçersizlik kararı vermemiştir⁴⁶⁷.

Yüksek Mahkeme, *United States v. Carolene Products Co.*⁴⁶⁸ kararı ile ekonomik hürriyetleri sınırlandıran yasalara ilişkin yeni bir denetim standardı geliştirmiştir. “Rasyonel temel testi” (*rational basis test*) olarak adlandırılan bu yeni standarda göre; ekonomik hürriyetlere getirilen sınırlamaların meşru bir amaca dayandığı ve bu amaç ile başvurulanan araç arasında rasyonel bir bağlantı bulunduğu varsayılmaktadır. Böylece *Lochner Çağı*’nın “*hürriyet lehine karine*” nosyonu tersine çevrilerek itiraz edilen yasanın hiçbir rasyonel temele dayanmadığını ispatlama görevi başvuruca yüklenmiştir⁴⁶⁹.

Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın due process güvencesi kapsamında yer alan bütün hakların eşit düzeyde korumayı hak ettiği görüşünde değildir. Mahkeme’ye göre; ancak “ulusun tarihinde ve geleneklerinde derinden kök salan”⁴⁷⁰ hak ve hürriyetler özel bir güvence rejimine tabidir⁴⁷¹. “Temel haklar” (*fundamental rights*)

⁴⁶⁶ Yüksek Mahkeme, 1972 tarihli *Board of Regents of State Colleges v. Roth* kararında, *Meyer v. Nebraska* kararına atıfla, sözleşme yapma hakkının Anayasa’nın due process güvencesinin bir parçası olduğunu hatırlatmıştır. Bkz. *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/564/>, E.T. 05.03.2022.

⁴⁶⁷ Pillow, Michael, “*Liberty over Death: Seeking Due Process Dimensions for Freedom of Contract*”, **Florida A & M University Law Review**, Vol. 8, No. 1, Y. 2012, s. 45; Ely (2005), s. 394. Öte yandan eyalet mahkemeleri ile alt düzeydeki bazı federal mahkemeler, New Deal sonrasında da due process maddesi temelinde sözleşme hürriyeti ilkesini anayasal güvence altında gören kararlar vermeye devam etmiştir (Ely (2005), s. 394; Bernstein, s. 9; Szwed, s. 26-27).

⁴⁶⁸ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/304/144/>, E.T. 06.03.2022.

⁴⁶⁹ Kainen, James L., “*Historical Framework for Reviving Constitutional Protection for Property and Contract Rights*”, **Cornell Law Review**, Vol. 79, Issue 1, Y. 1993, s. 92-93; Altıparmak, s. 236; Siegan (2003), s. 144-115; Ely (2008), s. 139-140; Mayer (2009-b), s. 653-654; Pillow, s. 50-51; Özenç, s. 550. Federe devletlerin, yasama gerekçelerinin doğruluğu hususunda mahkemeleri ikna etmeleri gerekmediği; bu yükümlülüğün yasanın Anayasa’ya aykırılığını ileri sürenlere ait olduğu yönünde bkz. *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/449/456/>, E.T. 07.03.2022.

⁴⁷⁰ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/702/>, E.T. 08.03.2022.

⁴⁷¹ Yargıç John Paul Stevens, *McDonald v. Chicago* davasında yazdığı karşı oy yazısında, Yüksek Mahkeme’nin konuya ilişkin genel yaklaşımını şu şekilde özetlemektedir: “*Yüksek Mahkeme, yalnızca belirli türden önemli kişisel çıkarların özel olarak güçlendirilmiş bir korumadan*

olarak adlandırılan bu kategoride, Bill of Rights'ta düzenlenen haklar ile üreme hakları, oy kullanma hakkı, cinsel özgürlük hakkı, tıbbî self determinasyon hakkı ve seyahat hürriyeti gibi bazı isimli hürriyetler yer almaktadır⁴⁷². Temel haklara karşı gerçekleştirilen müdahaleler, “sıkı denetim testi” (*strict scrutiny test*)’nin gereklerini karşılamak zorundadır. Bu testin gereklerini karşılayabilmesi için müdahalenin zorunlu bir kamusal menfaate hizmet etmesi ve bu menfaate ulaşmak için başvuru aracının temel hakları en az sınırlandıran araç niteliğinde olması gereklidir. Ayrıca müdahalenin bu şartları taşıdığını ispat etme yükümlülüğü de kamu otoritelerine aittir⁴⁷³.

Sözleşme hürriyeti de dâhil olmak üzere, ekonomik hürriyetler “temel olmayan haklar” (*non-fundamental rights*) kategorisinde yer almaktadır. Bu hürriyetlere karşı gerçekleştirilen müdahalelerin asgari düzeyde bir rasyonel temelini bulunması yeterlidir. Rasyonel temel testi, Yüksek Mahkeme’nin kullandığı denetim standartları arasında anayasal haklar açısından en zayıf güvenceyi sağlayan standart niteliğindedir⁴⁷⁴. Yasa koyucunun sözleşme hürriyetine yönelik gerçekleştirdiği müdahaleler, bu standart doğrultusunda neredeyse çürütülmesi imkânsız bir Anayasa’ya uygunluk karinesinden yararlanmaktadır⁴⁷⁵. Bu nedenle, Amerikan

yararlanacağı konusunda ısrarcı olmuştur. Heterodoks economic due process yorumunun reddedilmesinden bu yana öğretimiz, iktisadî sorunları, ticarî ilişkileri ve sosyal koşulları ilgilendiren yasalardan uzak durmuş ve bunun yerine evlilik, üreme, aile ilişkileri, çocuk yetiştirme ve eğitim gibi konulara odaklanmıştır. Bu kategoriler sınırlı nitelikte değildir. Vicdanı zedeleyen, haklı beklentileri gereksiz yere ihlal eden, yeterli gerekçe olmaksızın kişilerin hayat tercihlerine ve özel hayatlarına müdahale eden, açıkça adaletsiz nitelikte olan veya bütünüyle rasyonel temelden yoksun olan devlet eylemleri, her zaman geçersizlik yaptırımına tabi tutulacaktır... Daha temel nitelikte olan haklar, daha güçlü bir yargısal korumadan yararlanabilir” (McDonald v. Chicago, 561 U.S. 742 (2010), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/561/742/#tab-opinion-1963369>, E.T. 07.03.2022).

⁴⁷² Fallon (2004), s. 141; Sullivan/Massaro, s. 137-138; Özenç, s. 549.

⁴⁷³ Fallon, Richard H., “Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies”, **Columbia Law Review**, Vol. 93, No. 2, Y. 1993, s. 314-315; Kumm, Matthias, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, **German Law Journal**, Vol. 7, No. 4, Y. 2006, s. 347; Fallon (2004), s. 140; Congressional Research Service, s. 1172-1173; Özenç, s. 550.

⁴⁷⁴ Yüksek Mahkeme’nin kullandığı farklı anayasal denetim standartlarına ilişkin bkz. Fallon, Richard H., “Strict Judicial Scrutiny”, **UCLA Law Review**, Vol. 54, Y. 2007, s. 1267-1337; Köküarı, İsmail, **Anayasal Hakların Çatışması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 178-183; Fallon (1993), s. 314-324.

⁴⁷⁵ Szwed, s. 26.

hukuk sisteminde sözleşme hürriyetinin artık ikincil düzeyde bir anayasal statüye sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim Yüksek Mahkeme, oy birliği ile verdiği *Ferguson v. Skrupa*⁴⁷⁶ kararında, “*Lochner*’in mirası”nı⁴⁷⁷ bütünüyle reddetmiş ve ekonomi politikasını ilgilendiren konularda aktivist bir tutum sergilemeyeceğini göstermiştir:

“Lochner, Coppage, Adkins, Burns ve benzeri davalarda benimsenen ve due process maddesinin mahkemeleri, parlamentonun akılsızca hareket ederek çıkardığına inandıkları yasaları geçersiz kılma konusunda yetkilendirdiği şeklindeki öğretisi, uzun zaman önce terk edilmiştir. Yüksek Mahkeme, mahkemelerin kendi sosyal ve ekonomik inançlarını, yasa yapmak üzere seçilen parlamentoların takdirleri yerine geçiremeyeceklerine dair orijinal anayasal önermeye geri dönmüştür. 1941 yılında oy birliği ile alınan bir kararda belirtildiği üzere, “Yüksek Mahkeme, mevzuatın hikmeti, gerekliliği veya uygunluğu ile alakadar değildir”... Mahkeme, “mevzuatın hikmetini tartan üst-yasa koyucu” rolünü ve iş ve sanayi koşullarını düzenleyen federe devlet yasalarının, mantıksız, ihtiyatsız ve belirli bir düşünce okulunun görüşleri ile uyumsuz oldukları gerekçesi ile due process maddesi kullanılarak geçersiz kılındığı zamanlara geri dönmeyi reddetmektedir... Yasa koyucunun ilhamını Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes veya başka bir yazardan almış olması Mahkeme’nin ilgi alanı dışındadır”.

b) 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası

1919 Weimar Anayasası’nın “*Ekonomik Yaşam*” başlıklı beşinci bölümünde, genel bir bireysel ekonomik hürriyet güvencesine (m. 151. f. 1) yer verildiği gibi ticaret ve meslek hürriyeti (m. 151. f. 3), sözleşme hürriyeti (m. 152), mülkiyet hakkı (m. 153) ve miras hakkı (m. 154) gibi başlıca ekonomik hürriyetler de özel olarak

⁴⁷⁶ *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726 (1963), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/726/>, E.T. 09.03.2022.

⁴⁷⁷ Sunstein, Cass R., “*Lochner*’s Legacy”, *Columbia Law Review*, Vol. 87, No. 5, Y. 1987, s. 873-919.

güvence altına alınmıştır⁴⁷⁸. Anayasa'nın sözleşme hürriyetini düzenleyen 152'nci maddesi şu şekildedir: “Sözleşme hürriyeti, kanun çerçevesinde, ekonomik işlemlerde geçerlidir. Tefecilik yasaktır. Ahlaka aykırı olan hukukî işlemler batıldır”.

1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, meslek hürriyeti (m. 12) ile mülkiyet ve miras haklarını (m. 14) düzenlemesine rağmen Weimar Anayasası'nın aksine sözleşme hürriyetine yönelik doğrudan bir düzenlemeye yer vermemiştir⁴⁷⁹. Ancak Anayasa koyucunun bu tercihi, sözleşme hürriyetinin anayasal güvenceden yoksun olduğu sonucunu ortaya çıkarmamaktadır. Öğretideki ağırlıklı görüşe ve Federal Anayasa Mahkemesi'nin (*Bundesverfassungsgericht*) içtihatlarına göre; sözleşme hürriyeti, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının (m. 2. f. 1) bir parçası olarak anayasal teminat altındadır⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ 1919 Weimar Anayasası'nın İngilizce çevirisi için bkz. Schmitt, Carl, **Constitutional Theory**, (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham, 2008, s. 409-440. Weimar Anayasası'nda yer alan ekonomik hürriyetlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ewing, K. D., “*Economic Rights*”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, (Editörler Michel Rosenfeld, András Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 1039-1041.

⁴⁷⁹ Almanya'nın bazı federe devletlerinde sözleşme hürriyetine açık bir anayasal güvence sağlanmıştır. Saarland Anayasası (m. 44), Renanya-Palatina Anayasası (m. 52) ve Bavyera Anayasası'nda (m. 151) sözleşme hürriyeti, temel hak ve hürriyetler arasında yer almaktadır (Dörrenbächer, Simon, “*Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte-Teil 1: Begriff, Erscheinungsformen und verfassungsrechtliche Verortung*”, **Saarbrücker Rechtszeitschrift**, Ausgabe 1, 2021, s. 25; Höfling, s. 4).

⁴⁸⁰ Youngs, Raymond, “*Constitutional Limitations on Freedom of Contract: What Can the Germans Teach Us*”, **Anglo-American Law Review**, Vol. 29, No. 4, Y. 2000, s. 500; Ellger, Reinhard, “*The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, (Editörler Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Portland, 2001, s. 175; Coester-Waltjen, Dagmar, “*Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits-The Perspective of Law*”, **Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market**, (Editörler Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), Walter de Gruyter, Berlin, 2001, s. 42; Cherednychenko, Olha, “*The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*”, **Electronic Journal of Comparative Law**, Vol. 8, No. 1, Y. 2004, s. 10; Coester-Waltjen, Dagmar, “*Discrimination in Private Law-New European Principles and the Freedom of Contract*”, **Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy**, (Editör Katya J. Ziegler), Hart Publishing, Portland, 2007, s. 124; Oliveira, Nuno Manuel Pinto/MacCrorie, Benedita, “*Anti-discrimination Rules in European Contract Law*”, **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, s. 113; Beckmann, Philipp/Colombi Ciacchi, Aurelia/Ferreira, Nuno/Moulin-Doos, Claire/O'Callaghan, Patrick/Russo, Teresa/Turney, James, “*Germany*”, **Fundamental Rights and Private Law in the European Union-Volume I: A Comparative Overview**, (Editörler Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Giovanni Comandè), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 277; Atamer (2001), s. 10; Cherednychenko (2007-a), s. 216-217; Colombi Ciacchi (2010), s. 305; Mak, s. 21; Schütte, s. 222-223; Szwed, s. 10. Öte yandan, öğretide sözleşme hürriyetinin anayasal güvence

1949 Alman Anayasası'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “*Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir*”. Anayasa'nın yürürlüğe girmesinin ardından kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının kişinin manevî ve ahlakî gelişimini korumakla sınırlı bir işlev mi üstlendiği; yoksa kişiye genel bir hareket özgürlüğü hakkı mı sağladığı hususunda bir yoğun bir tartışma meydana gelmiştir⁴⁸¹. Federal Anayasa Mahkemesi, ünlü *Elfes kararı*⁴⁸² ile hakkın kapsamına ilişkin bu tereddütleri ortadan kaldırarak “*genel hareket özgürlüğü*” lehine sorunu çözüme kavuşturmuştur⁴⁸³. Mahkeme'ye göre;

“Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı, bir kişinin genel hareket özgürlüğü hakkını güvence altına alan, münferit ve bireysel bir temel hak niteliğindedir. Kurucular, hukukî mülahazalardan ziyade, dilbilimsel mülahazalar ile “Herkes, dilediğini yapmakta ve dilediğini yapmamakta özgürdür” şeklindeki orijinal teklifi, mevcut şekli ile değiştirmiştir...

kapsamında olmadığı yönünde bazı görüşler de mevcuttur. Bu görüşlere ilişkin bkz. Höfling, s. 6, dipnot 32; Dörrenbächer (2021-a), s. 25-26.

⁴⁸¹ Cherednychenko (2007-a), s. 216.

⁴⁸² BVerfGE 6, 32. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. **70 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court-Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights**, Çev. Donald P. Kommers, (Editörler Jürgen Bröhmer, Gisela Elsner, Clauspeter Hill, Marc Spitzkat), The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, Ampang, 2019, s. 147-151.

⁴⁸³ Başvuru, Almanya Hristiyan Demokrat Birliği (Christlich Demokratische Union Deutschlands) üyesi eski bir parlamenter olan ve hükümetin milli savunma ve yeniden birleşme politikalarına karşı aktif bir muhalefet sergileyen Wilhelm Elfes'in pasaportunu yenilemek için yaptığı başvurunun idare tarafından reddine ilişkindir. Elfes, söz konusu ret işleminin Anayasa ile garanti altına alınan dolaşım özgürlüğünü (m. 11. f. 1) ihlal ettiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, dolaşım özgürlüğünün sadece Alman topraklarında seyahat etmeyi güvence altına aldığı; yurtdışı seyahatlerinin bu özgürlüğün kapsamına girmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu gerekçe ile başvuru hakkında ret kararı vermemiş ve yurtdışına seyahat özgürlüğünün kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı çerçevesinde anayasal güvence altında olduğuna hükmetmiştir. Ancak idarenin verdiği ret kararının dayanağını oluşturan Pasaport Kanunu hükmünün kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının sınırlama sebepleri arasında yer alan “*anayasal düzen*”in bir parçası olması nedeni ile başvuru hakkında ihlal kararı vermemiştir. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Eberle, Edward J., “*Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law*”, **Utah Law Review**, Vol. 1997, No. 4, s. 981-989; Göztepe, Ece, “*Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi*”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, (Hazırlayanlar Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz), Kamu Hukukçuları Platformu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 139-140.

2'nci maddenin 1'nci fıkrası ile güvence altına alınan genel hareket özgürlüğü hakkına ek olarak, Temel Kanun, tarihsel olarak kamu otoritelerinin ihlallerine maruz kalan belirli yaşam alanlarında, bireyin kendi kaderini tayin etme hakkını korumak için birtakım temel hakları düzenlemiştir. Bu anayasal hükümler, yasama organının belirli bir temel hakkı ne ölçüde sınırlandırabileceğini tayin eden nitelikli yasa kayıtlarını içermektedir. Belirli bir yaşam alanı bir temel hak tarafından özel olarak korunmadığı sürece birey, kamu otoritelerinin özgürlüğüne yönelik ihlallerine karşı 2'nci maddenin 1'nci fıkrası hükmüne başvurabilir”.

Yukarıda aktarılan karardan da anlaşılacağı üzere, Anayasa’da özel olarak düzenlenen temel haklardan herhangi birinin koruma alanı içerisine dâhil edilemeyen her türlü insan eylemi, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı aracılığı ile anayasal koruma altına alınmaktadır⁴⁸⁴. Bu nedenle, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı Alman öğretisinde “kapsayan özgürlük” veya “tamamlayıcı hak” (*Auffanggrundrecht*) olarak nitelendirilmektedir⁴⁸⁵. Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ile diğer temel haklar arasında genel hüküm-özel hüküm (*lex generalis-lex specialis*) ilişkisi mevcuttur. Eğer ki bir insan eylemi, başka bir temel hak normunun geçerlilik alanı içerisinde ise “özel hüküm, genel hükmü bertaraf eder” (*lex specialis derogat legi generali*) kuralı uyarınca kişiliği geliştirme hakkı geri çekilir ve uygulanamaz⁴⁸⁶.

Sonuç olarak, bir anayasal norm ile özel olarak korunmayan manevi, sanatsal, sportif ve ekonomik faaliyetlerin tümü, 2'nci maddenin 1'inci fıkrasının kapsamına girmektedir⁴⁸⁷. Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre; kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının sağladığı güvence, halka açık ormanlarda ata binme veya

⁴⁸⁴ Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 42; Şimşek, Oğuz, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999, s. 55; Eberle, s. 979; Mak, s. 7; Colombi Ciacchi (2010), s. 305; Beckmann/Colombi Ciacchi/Ferreira/Moulin-Doos/O’Callaghan/Russo/Turney, s. 256.

⁴⁸⁵ Sağlam (1982), s. 41-42; Göztepe (2017), s. 139. “Catch-all fundamental right” nitelemesi için bkz. Colombi Ciacchi (2010), s. 305.

⁴⁸⁶ Sağlam (1982), s. 42. Aynı yönde bkz. Cherednychenko (2007-a), s. 216.

⁴⁸⁷ Cherednychenko (2007-a), s. 216.

halka açık meydanlarda güvercin besleme hakkı gibi en sıradan insan eylemlerine kadar uzanmaktadır⁴⁸⁸. Böylesine kapsayıcı içeriğe sahip bir temel hakkın, kişisel özerkliğin en açık ifadesi olan sözleşme hürriyetini güvence dışında bıraktığını düşünmek ihtimal dışıdır. Gerçekten de bireyin, hukukî ilişkilerini özgür iradesi ile şekillendirebilme serbestisi bulunmaksızın ne kişisel kendi kaderini tayin hakkından ne de kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkından söz etmek mümkün olacaktır⁴⁸⁹. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesi de kişisel özerkliği “*liberal sosyal düzenin kurucu unsuru*”⁴⁹⁰ olarak nitelendirmiş ve ilk dönem kararlarından itibaren sözleşme hürriyetini bir temel hak olarak tanımıştır⁴⁹¹.

Öte yandan tamamlayıcı (ikincil) nitelikte bir temel hak olması itibarı ile kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı, bütüncül bir sözleşme hürriyeti güvencesi sağlamamaktadır. Farklı sözleşme türleri, farklı temel haklar çerçevesinde korunmaktadır. Sözleşme hürriyetinin sağlamış olduğu bir yetki, herhangi bir temel hak normunun güvencesi kapsamında görüldüğü takdirde kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı devre dışı kalmaktadır. Örneğin kişinin mülk edinme, mülkünü devretme veya mülkünden yararlanma amacı ile sözleşme yapma hakkı, mülkiyet hakkı (m. 14. f. 1) güvencesinin bir parçasıdır. Bu sözleşmelere yönelik getirilen kısıtlama ve yasaklamalar, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı yerine mülkiyet hakkı ölçü norm olarak kullanılmak sureti ile denetlenmektedir. Benzer şekilde şirket sözleşmeleri, birleşme özgürlüğü (m. 9. f. 1); bireysel iş sözleşmeleri, meslek özgürlüğü (m. 12. f. 1) ve miras sözleşmeleri, miras hakkı (m. 14. f. 1) çerçevesinde korunmaktadır. Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ancak başka bir temel hakkın güvencesi kapsamında olmayan sözleşme türleri için uygulama alanı bulmaktadır⁴⁹².

⁴⁸⁸ Kumm, s. 348.

⁴⁸⁹ Youngs, s. 500; Cherednychenko (2007-a), s. 217; Oliveira/MacCrorie, s. 113; Schütte, s. 222-223.

⁴⁹⁰ BVerfGE 81, 242’den aktaran Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 163.

⁴⁹¹ Bkz. Höfling, s. 8; Coester-Waltjen (2001), s. 42, dipnot 3; Cherednychenko (2007-a), s. 216, dipnot 30; Dörrenbächer (2021-a), s. 27.

⁴⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Höfling, s. 9-19; Dörrenbächer (2021-a), s. 28-29. Federal Anayasa Mahkemesi de kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının sözleşme hürriyeti açısından ikincil nitelikli bir koruma sağladığına hükmetmiştir: “*Hem Temel Kanun’un 2’nci maddesinin 1’inci fıkrası ile güvence altına alınan genel hareket özgürlüğü ilkesi, hem de Temel Kanun’un 12’nci*

Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı çerçevesinde korunan sözleşme hürriyeti, öncelikle bireylerin mevcut hukuk kuralları doğrultusunda birbirleri ile serbestçe sözleşme yapabilme hakkına sahip olmalarını gerektirir. Devletin, bireylerin kendi çıkarlarını gözeterek yaptıkları sözleşmelere saygı gösterme ve bu sözleşmelere müdahale etmeme şeklinde negatif yükümlülüğü bulunmaktadır. “Edimler arası eşitlik”, “sözleşme adaleti”, “zayıf tarafın korunması” gibi gerekçelerle de olsa, bireyin serbestçe sözleşme yapma hakkına getirilen sınırlamalara karşı kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı çerçevesinde itiraz edilebilir.

“Şeklî sözleşme hürriyeti” olarak nitelenen bu geleneksel anlayış, Federal Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında şu şekilde kendisine yer bulmuştur:

“Özgürlükçü bir toplum düzeninin yapı taşlarından olan irade özerkliği ilkesi uyarınca taraflar hukukî ilişkilerini bizzat düzenleyip biçimlendirir ve bunun sorumluluklarını taşırlar. Karşılıklı çıkarlarının en iyi nasıl tatmin edileceğine kendileri karar verir ve bu yolla anayasal koruma altında olan statüleri üzerinde devlet zoru olmaksızın tasarruf ederler. Devletin kural olarak irade özerkliği ilkesi çerçevesinde alınmış kararlara saygı göstermesi gerekir”⁴⁹³.

Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı; başkalarının haklarını, anayasal düzeni ve genel ahlâkı koruma amacı ile sınırlandırılabilir. Federal Anayasa Mahkemesi’nin bu hakka genel hareket özgürlüğü şeklinde kapsayıcı bir içerik kazandırmış olması, sınırlama sebeplerini de mümkün olduğunca geniş

maddesinin 1’inci fıkrasında düzenlenen mesleğini serbestçe yerine getirme hakkı garantisi, karşılıklı iradelerin uyuşumu ile iş ilişkileri kurma, yapılandırma ve zaman sınırı koyma haklarını içermektedir. Sözleşme hürriyeti, hareket özgürlüğü ilkesinin önemli bir yansıması olarak Temel Kanun’un 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasındaki kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı çerçevesinde korunur. Bununla birlikte, Temel Kanun’un 12’nci maddesinin 1’inci fıkrası ile özel olarak güvence altına alınan mesleki faaliyet alanındaki hareket özgürlüğü söz konusu olduğunda, ikincil nitelikteki genel hareket özgürlüğü ölçü norm olarak kullanılamaz” (BVerfGE 126, 286. Kararın Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yayımlanan İngilizce çevirisi için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/07/rs20100706_2bvr266106en.html). Aynı yönde bkz. BVerfGE 149, 126; BVerfGE 134, 204.

⁴⁹³ BVerfGE 81, 242’den aktaran Atamer (1997-a), s. 358.

yorumlamasına yol açmıştır⁴⁹⁴. Bu bakımdan yasa koyucu, uyguladığı sosyo-ekonomik politikaların gereği olarak sözleşme hürriyetini sınırlandırma konusunda geniş bir takdir yetkisinden yararlanır⁴⁹⁵. Federal Anayasa Mahkemesi’nin içtihatları da genel olarak bu yöndedir. Örnek vermek gerekirse, bazı idari kurumlara fiyat, ücret ve kiralar için alt ve üst sınırları tespit etme yetkisi veren 1948 tarihli Fiyat Yasası’na (*Preisgesetz*) karşı Federal İdare Mahkemesi’nin (*Bundesverwaltungsgerichts*) sözleşme hürriyeti temelinde yapmış olduğu itiraz, anayasal düzenin korunması sebebi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir⁴⁹⁶. Aynı şekilde, endüstri ve ticaret sektörlerinde faaliyet gösteren işletmelerin, tahvil ve hisse senedi karşılığında, kömür ve çelik endüstrisinin geliştirilmesi ve modernizasyonunun finansmanı için ayrılan bir fona katkıda bulunmasını zorunlu tutan 1952 tarihli Endüstriyel Ekonomiye Yatırım Yardımı Yasası (*Gesetz über die Investitionshilfe der gewerblichen Wirtschaft*) da Anayasa’ya uygun bulunmuştur.⁴⁹⁷ Federal Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, konut sıkıntısı bulunan bölgelerde yer alan konutların, emsal kira bedelinden en çok yüzde on oranında fazla bir bedelle kiraya verilmesini öngören bir yasayı denetlemiş ve sözleşme hürriyetine yönelik müdahalenin ölçülü olduğuna hükmetmiştir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ Alexy, Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, (Çev. Julian Rivers), Oxford University Press, New York, 2010, s. 225; Sağlam (1982), s. 45; Kumm, s. 348. Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının sınırlanma rejimi hakkında bkz. Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, **Temel Haklar: Anayasa Hukuku II**, (Editör/Çevirmen Ayşe Nuhoglu), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 221-225.

⁴⁹⁵ Szwed, s. 10.

⁴⁹⁶ BVerfGE 8, 274’dan aktaranlar Kommers, Donald P./Miller, Russell A., **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, Duke University Press, Durham and London, 2012, s. 175-177; Höfling, s. 8-9; Gören (2000-b), s. 8.

⁴⁹⁷ BVerfGE 4, 7’den aktaranlar Hui, Huang, “Application of the Economic Provisions in the Constitutional Law: Beginning from the Debate of the German Economic Constitution Law”, **Peking University Transnational Law Review**, Vol. 4, Issue 1, Y. 2016, s. 11-13; Cherednychenko (2007-a), s. 217. Bu kararda, Temel Kanun’un siyasi iktidara somut bir ekonomi politikasını dayatmadığı; Temel Kanun’daki özel hükümlere aykırı olmadığı müddetçe yasa koyucunun dilediği politikaları hayata geçirebileceği belirtilmektedir. Kararın ilgili bölümünün İngilizce çevirisi için bkz. Hui, s. 13.

⁴⁹⁸ BVerfG, 18.07.2019, 1 BvL 1/18, 1 BvR 1595/18, 1 BvL 4/18. Kararın Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yayımlanan İngilizce özeti için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2019/07/lk20190718_1bvl000118en.html, E.T. 23.03.2022.

Öte yandan parlamentonun sahip olduğu bu takdir yetkisi sınırsız nitelikte değildir. Diğer temel hak ve hürriyet sınırlamaları gibi kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkına ve sözleşme hürriyetine yönelik sınırlamalar da ölçülülük ilkesi ve öz güvencesine aykırı olmamak zorundadır.

Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı, sözleşme hürriyeti ilkesini taraflar arasındaki güç ve bilgi asimetrisi sorunu çerçevesinde kavrayan “*maddi sözleşme hürriyeti*” anlayışı için de dayanak oluşturmaktadır. Sözleşmenin zayıf tarafı da güçlü tarafı ile eşit düzeyde sözleşme hürriyetine ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkına sahiptir⁴⁹⁹. Tarafların bu eşit özgürlüğünü hayata geçirmek ve zayıf tarafın irade özerkliğini kısıtlayan mevcut sosyo-ekonomik koşulları dengelemek için devletin pozitif eylemine ihtiyaç vardır.

Devletin temel niteliklerinden birisi olan sosyal devlet ilkesi (m. 20. f. 1) maddi sözleşme hürriyeti anlayışını temellendirmek için kullanılan hukukî araçların başında gelmektedir. Sosyal devlet, sadece maddî olanaklara sahip küçük bir azınlığın değil herkesin temel hak ve hürriyetlerden eşit şekilde yararlanabilmelerine imkân tanıyan koşulları oluşturmakla yükümlüdür⁵⁰⁰. Devletin, güçlü ile zayıfın mutlak bir özgürlük ortamı içinde cereyan eden yaşam mücadelesini dışarıdan izleyen bir seyirci konumunda olması, sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmaz⁵⁰¹. Bir tarafın kendi gücü ile menfaatini koruyamayacağı yapısal bir dengesizliğin varlığı durumunda devlet, sözleşme ilişkisine müdahale ederek güçlü tarafın sözleşme hürriyetini kötüye kullanmasını engellemek zorundadır⁵⁰².

Görüldüğü üzere, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı, sözleşmenin güçlü tarafına sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalara karşı itiraz etme imkânı sunarken; zayıf tarafa ise karşı tarafın tahakkümüne engel olması için devletten

⁴⁹⁹ Hager, Johannes, “*Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law*”, **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, s. 27; Cherednychenko (2004), s. 10; Cherednychenko (2007-a), s. 218.

⁵⁰⁰ Gören (2000-b), s. 37; Göze (2013), s. 210.

⁵⁰¹ Göze (2013), s. 210.

⁵⁰² Krş. Gören (2000-b), s. 4.

talepte bulunma yetkisi vermektedir. Böylece, iki anayasal hak arasında, daha doğrusu aynı anayasal hakkın negatif-pozitif boyutları ve iki öznesi arasında bir çatışma durumu ortaya çıkmaktadır⁵⁰³. Devletin, “*bir tarafın sözleşme hürriyetine mümkün olduğunca saygı göstermek*” ve “*karşı tarafın sözleşme hürriyetini yeterince korumak*” şeklinde çift yönlü yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁰⁴. Şüphesiz çoğu durumda, özgürlüğün nerede bitip korumanın nerede başlayacağı; devletin müdahalesinin kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının sınırlandırılması mı yoksa bu hakkın bir gereği mi olduğu sorularının genelgeçer bir cevabı yoktur. Bu hakkın negatif ve pozitif boyutları arasında uygun bir denge kurma ve sözleşme taraflarının çatışan menfaatlerini uzlaştırma işi yasama ve yargı erklerinin sorumluluğundadır.

Federal Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetinin maddi boyutunu ilk kez 1990 tarihli “*acente (Handelsvertreter) kararı*”nda dikkate almıştır. Karar, acente ile işletme arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinin meslek özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesi ile yapılan bir bireysel başvuruya ilişkindir. Başvurucu, şarap ve şampanya üreticisi olan bir işletme için acente olarak faaliyet göstermiştir. Taraf olunan matbu acentelik sözleşmesi ile sözleşmenin kendi kusurlu davranışları nedeniyle sona ermesi halinde, başvurunun iki yıl boyunca başka bir rakip işletme için tabiiyet ilişkisi içinde veya bağımsız olarak yahut bir aracı vasıtası ile faaliyet göstermesi yasaklanmıştır. Ayrıca rekabet yasağının getirdiği kısıtlamalar için işletmenin başvurucuya herhangi bir tazminat ödeme yükümlülüğü de bulunmamaktadır⁵⁰⁵.

İşletme, başvurunun rakip bir işletme ile sözleşme akdetmiş olmasını gerekçe göstererek acentelik sözleşmesini feshetmiş ve aralarındaki rekabet yasağı anlaşmasına dayanarak başvurunun şarap satımı ile uğraşmaktan men edilmesi için dava açmıştır. Bu davada, rekabet etmeme yükümünün ön şartlarının gerçekleştiğine ve mahrumiyet tazminatı ödenmeyeceğine ilişkin anlaşmanın Alman Ticaret Kanunu’nun m. 90a/II, c.2 hükmüne uygun olduğuna karar verilmiştir. Bunun üzerine başvurucusu, mesleki faaliyetlerinin icrasını engelleme amacını güden söz

⁵⁰³ Cherednychenko (2004), s. 10; Cherednychenko (2007-a), s. 219. Aynı yönde bkz. Kumm, s. 354.

⁵⁰⁴ Höfling, s. 54.

⁵⁰⁵ BVerfGE 81, 242’den aktaran Atamer (1997-a), s. 355-356.

konusu yaptırımın kişilik haklarını, çalışma özgürlüğünü, sınai müessesesi üzerindeki haklarını ihlal ettiğini ve sosyal devlet ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmıştır⁵⁰⁶.

Anayasa Mahkemesi ilk olarak sözleşme hürriyetinin şekli boyutuna vurgu yapmış ve başvurucunun meslek özgürlüğüne getirilen sınırlamanın hukukî temelinde, bir devlet tasarrufunun değil sözleşme ilişkisinin yer aldığı tespitinde bulunmuştur. Kişinin bir hukukî işlemle kendi meslek özgürlüğünü sınırlayabilmesi, sahip olduğu bireysel özgürlüklerin kullanımı anlamı taşımaktadır⁵⁰⁷. Ancak Mahkeme, meslek özgürlüğüne getirilen sınırlamanın temelinde bir sözleşme ilişkisinin bulunmasını, sınırlamanın Anayasa'ya uygunluğuna hükmetmek için tek başına yeterli bir neden olarak görmemiştir. Mahkeme'ye göre, sözleşmenin, tarafların gerçek iradelerini yansıtabilmesi ancak onlar arasında ortalama bir güç dengesinin varlığı halinde mümkündür:

“İrade özerkliği kendi geleceğini bizzat belirleme ilkesi üzerine kurulmuştur ve bunun için gerekli ön koşulların varlığı irade özerkliğinin varlığı için de zaruridir. Sözleşme taraflarından birinin fiilen tek taraflı olarak sözleşme şartlarını tespit edecek üstünlüğe sahip olması halinde bu diğer taraf için irade özerkliğinin ön koşulunun ortadan kalktığı anlamına gelir. Taraflar arasında tahminî bir güç dengesinin mevcut olmadığı hallerde yalnızca sözleşme hukukunun vasıtaları ile menfaatler arasında bir denge oluşturmak mümkün olmayacaktır. Anayasal güvence altına alınmış statüler üzerinde tasarruf edilmesi halinde devlet temel hakların korunmasını temin amacıyla çeşitli düzenlemelerde bulunmalıdır. Sosyal ve ekonomik eşitsizlikleri dengelemeyi amaç edinen bu yasal düzenlemeler temel haklar bölümünde yer alan objektif temel ilkelerin ve aynı zamanda anayasal sosyal devlet ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedirler”⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ BVerfGE 81, 242'den aktaran Atamer (1997-a), s. 356-357.

⁵⁰⁷ BVerfGE 81, 242'den aktaran Atamer (1997-a), s. 358.

⁵⁰⁸ BVerfGE 81, 242'den aktaran Atamer (1997-a), s. 358.

Yasa koyucu, sözleşmenin zayıf tarafını koruma gerekliliği ile karşı tarafın sözleşme hürriyeti arasında uygun bir denge kurmak zorundadır. Acentenin kusurlu davranışı yüzünden sözleşmenin feshi durumunda tazminat talebinin düşeceğini öngören Ticaret Kanunu hükmü, acente ile işletmenin çatışan menfaatlerini uygun şekilde dengelemeyi başaramamıştır. Acentelerin büyük çoğunluğunun ekonomik bağımlılığının bulunduğu; hak ve yükümlerini işletmecilerle özgürce pazarlık etmek suretiyle belirleyecek pazarlık güçlerinden yoksun olduğu gerçeği göz ardı edilerek meslek özgürlüğüne ölçüsüz şekilde müdahale edilmiştir. Bu nedenle, başvurunun meslek özgürlüğünün ihlal edildiğine ve söz konusu Ticaret Kanunu hükmünün Anayasa'ya aykırılığına hükmedilmiştir⁵⁰⁹.

Acente kararı, maddî sözleşme hürriyeti anlayışına dair belirgin izler taşısa da Federal Anayasa Mahkemesi bu kararda sözleşme hürriyetinin pozitif boyutuna anayasal bir hak olarak başvurmamıştır. Mahkeme, Anayasa aykırılık kararını kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı yerine meslek özgürlüğüne dayandırmıştır. Maddî sözleşme hürriyetinin açık şekilde anayasal bir hak olarak tanındığı ilk karar, 1993 tarihli ünlü “*kefalet (Bürgschaft) kararı*”dır⁵¹⁰.

Karar, babasının banka kredisi için son derece ağır şartlar taşıyan bir kefalet sözleşmesine taraf olan genç bir kadının yapmış olduğu bireysel başvuruya ilişkindir. Kefalet sözleşmesinde banka ile asıl borçlu arasındaki ticari ilişkiden doğan ve ileride doğacak bütün alacakların teminat kapsamında olduğu; kefilin iptal, takas, zamanaşımı ve peşin dava def’ilerinden feragat ettiği öngörülmüştür. Başvurucu, herhangi bir mesleki eğitime ve mal varlığı değerine sahip olmadığı gibi sözleşmenin imzalandığı tarihte sadece yirmi bir yaşındadır ve aylık net 1.150 DM karşılığında bir balık fabrikasında çalışmaktadır. Ayrıca sözleşme görüşmeleri esnasında bankanın

⁵⁰⁹ BVerfGE 81, 242’den aktaran Atamer (1997-a), s. 359-361. Federal Anayasa Mahkemesi’nin acente kararına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Belling, Detlev W./İnce, Nurten, “*Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 137, Y. 2014, s. 16-18; Höfling, s. 55-58; Ellger, s. 177; Cherednychenko (2007-a), s. 79-81; Colombi Ciachi (2010), s. 305-306; Beckmann/Colombi Ciacchi/Ferreira/Moulin-Doos/O’Callaghan/Russo/Turney, s. 282-283.

⁵¹⁰ Colombi Ciacchi (2010), s. 306.

temsilcisi, büyük bir yükümlülük üstlenmediği ve sözleşmeyi imzalaması gerektiği yönünde başvurucuya telkinde bulunmuştur⁵¹¹.

Banka, ödenmemiş kredi borçlarını gerekçe göstererek kredi sözleşmesini feshetmiş ve başvurucuya kefaleti nedeni ile kendisine başvurulacağını bildirmiştir. Başvurucu, kefalet sözleşmesinin geçersizliğinin tespiti için dava açmışsa da Federal Mahkeme (*Bundesgerichtshof*), fiil ehliyetine sahip olan başvurucunun kefil olma beyanının sorumluluk riski doğurduğunu bilmesi gerektiği; alacaklının, kefilin bilgi düzeyi hakkında araştırma yapma ve kefilin aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı gerekçeleri ile davayı reddetmiştir. Bu kararın üzerine başvurucu, sosyal devlet ilkesi ile bağlantılı olarak kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmıştır⁵¹².

Anayasa Mahkemesi ilk olarak temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisine dair “*dolaylı yatay etki teorisi*” (*mittelbare Drittwirkung*) ve “*koruma yükümlülüğü teorisi*” (*Schutzpflicht*) hakkında bazı değerlendirmeler yapmıştır. Temel haklar, özel hukuk alanında da geçerli olan anayasal değer yargılarını içermektedir. Bu değer yargıları, özel hukuka hâkim olan genel ahlâk ve dürüstlük kuralı gibi çerçeve hükümler vasıtası ile etki doğururlar. Hukuk mahkemeleri, çerçeve hükümlerin yorumu esnasında temel hakları göz önünde tutmakla yükümlüdür. Mahkemelerin, tarafların temel haklarını göz ardı etmeleri veya hakkın önemine yahut koruma alanına ilişkin hatalı karar vermeleri halinde Anayasa Mahkemesi tarafından düzeltilmesi gereken bir ihlal durumu ortaya çıkmaktadır⁵¹³.

Bireysel başvuruya konu olayda Federal Mahkeme, çerçeve hükümleri yorumlarken başvurucunun anayasal teminat altında olan irade özerkliğini ve kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını göz ardı etmiştir. Başvurucu, ekonomik imkânlarını aşan ve muhtemelen hayatının sonuna kadar kurtulamayacağı bir borca

⁵¹¹ BVerfGE 89, 214'den aktaran Atamer (1997-b), s. 421-422. Kararın alternatif bir çevirisi için bkz. Çev. Mesut Serdar Çekin, “*Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Kefalet Kararı: Gelir ve Varlıktan Yoksun Aile Mensuplarının Kefil Olduğu Sözleşmelerin İçerik Denetimi Üzerine*”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, Y. 2019, s. 281-295.

⁵¹² BVerfGE 89, 214'den aktaran Atamer (1997-b), s. 422-423.

⁵¹³ BVerfGE 89, 214'den aktaran Atamer (1997-b), s. 424-425.

kefil olmuştur. Bu kadar yüksek bir risk üstlenmesine rağmen verilen krediden herhangi bir ekonomik menfaat elde etmemiştir. Bu koşullara başvurucunun tecrübesizliği de eklendiğinde, sözleşmenin imzası ve içeriği konusunda ne ölçüde serbest karar verebildiğinin sorgulanması gerekmektedir⁵¹⁴.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; taraflardan birinin pazarlık gücünün zayıflığı nedeniyle aşırı bir yük altına girdiği durumlarda devlet, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının ve sosyal devlet ilkesinin gereği olarak sözleşme ilişkisine müdahale etmekle yükümlüdür:

“Taraflardan biri sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleyebilecek kadar kuvvetli ise artık diğer tarafın irade özerkliğinden bahsedilemez. Ancak hukuk düzeni sözleşenler arasındaki dengenin bozulduğu her durum için önlem de alamaz. Özellikle hukuk güvenliği mülahazaları, bir sözleşmenin geçerliliğini, taraflar arasındaki dengenin bozulduğu her olayda tartışma konusu yapmaya olanak tanımaz. Ancak söz konusu olan tipik bir olaysa ve taraflardan birinin kural olarak zayıf olması söz konusuysa ve zayıf taraf için sözleşmenin sonuçları aşırı bir yük oluşturuyorsa, hukuk düzeninin buna tepki göstermesi ve gerekli düzeltmeleri yapması gereklidir. Bu, irade özerkliğinin (Anayasa m.2/1) ve sosyal devlet ilkesinin (Anayasa m.20/1, 28/1) anayasal güvence altında olmasının bir sonucudur”⁵¹⁵.

Federal Mahkeme, somut olayda tarafların pazarlık güçlerindeki dengesizlik hâlini doğru takdir edememiştir. Başvurucunun sözleşme görüşmelerindeki zayıf konumunu belgelemek için sunduğu tüm gerekçeler, reşit olduğu ve doğacak rizikoyu kendisinin araştırması gerektiği öne sürülerek reddedilmiştir. Söz konusu rizikonun boyutunu ve anlamını tecrübeli kişilerin bile öngörmesi mümkün değilken henüz 21 yaşında olan ve nitelikli bir eğitimi de bulunmayan başvurucudan bunu öngörmesi beklenemez. Sözleşmenin bir tarafının bu kadar belirgin şekilde zayıf olması halinde, üstün durumda olan diğer tarafın davranışı ve sözleşmenin nasıl

⁵¹⁴ BVerfGE 89, 214'den aktaran Atamer (1997-b), s. 425-426.

⁵¹⁵ BVerfGE 89, 214'den aktaran Atamer (1997-b), s. 426.

meydana geldiği özellikle önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi, Federal Mahkeme kararında bu hususların göz ardı edilmiş olması nedeni ile kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵¹⁶.

Görüldüğü üzere, Federal Anayasa Mahkemesi bu kararında sözleşme hürriyetinin maddî boyutunu kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ve genel hareket özgürlüğü hakkının ayrılmaz bir parçası olarak ele almıştır⁵¹⁷. Mahkeme, geleneksel bakış açısı ile sözleşme hürriyetinin olağan kullanımı olarak görülebilecek bir sözleşmeyi, zayıf tarafın sözleşme hürriyetinin ihlaline gerekçe göstermiştir. Bu durum, sözleşme hürriyetinin maddî boyutunun Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal bir hak olarak tanındığının açık göstergesidir.

Federal Anayasa Mahkemesi, kefalet kararındaki yaklaşımını “*evlilik sözleşmesi*” (*Ehevertrag*)⁵¹⁸ kararında da sürdürmüştür. Karar, hamile bir kadın ile müstakbel eşi arasında akdedilen ve boşanma durumunda tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir sözleşmeyi konu almaktadır. Bu sözleşme ile taraflar, boşanmaları halinde yoksulluk nafakası da dâhil olmak üzere hiçbir nafaka talebinde bulunmayacakları; her iki tarafın da çocuğun giderleri için aylık 150 DM

⁵¹⁶ BVerfGE 89, 214’dan aktaran Atamer (1997-b), s. 427-428. Federal Anayasa Mahkemesi’nin kefalet kararına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Fastrich, Lorenz, “*Human Rights and Private Law*”, **Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy**, (Editör Katya J. Ziegler), Hart Publishing, Portland, 2007, s. 25-26; Colombi Ciacchi, Aurelia, “*Social Rights, Human Dignity and European Contract Law*”, **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, s. 152-154; Youngs, s. 505-506; Cherednychenko (2004), s. 6-13; Brüggeheimer, s. 72-74; Kocaman, s. 105-120; Cherednychenko (2007-a), s. 207-213; Colombi Ciacchi (2010), s. 306-307; Beckmann/Colombi Ciacchi/Ferreira/Moulin-Doos/O’Callaghan/Russo/Turney, s. 283-285; Collins (2011-a), s. 7-8; Belling/İnce, s. 18-20; Schütte, s. 239-240; Atasoy, s. 290-291; Cherednychenko (2021), s. s. 133-136; Dörrenbächer (2021-b), s. 64-68. Federal Anayasa Mahkemesi, kefalet kararındaki yaklaşımını benzer nitelikli başka bir bireysel başvuru kararında da sürdürmüştür. Her ikisi de yirmili yaşların başlarında ve birbirleri ile nişanlı olan başvuruçular, ebeveynlerinin bir arsa satın alıp üzerine ev inşa etmek amacı ile çektikleri 260.000 DM’lik kredi için kefil olmuşlardır. Başvuruçulardan birisi paketçilik yapmaktayken diğer başvuruçulu burslu olarak mesleki eğitim görmektedir. Başvuruçulu, ebeveynlerinin inşa ettiği evde çok kısa bir süre yaşamış; nişanlı ise bu evde hiç kalmamıştır. Kefalet kararında olduğu gibi, başvuruçular çok yüksek bir risk üstlenmelerine rağmen gelirleri kredinin faizini bile ödemeye yetmemektedir. Başvuruçuların yaşlarını, deneyimsiz olmalarını, asıl borçlularla olan kişisel ilişkilerini ve üstlendikleri risk hakkında bilgilendirmemiş olmalarını dikkate alan Federal Anayasa Mahkemesi, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (BVerfG, 05.08.1994 - 1 BvR 1402/89’dan aktaran Youngs, s. 506).

⁵¹⁷ Colombi Ciacchi (2010), s. 307.

⁵¹⁸ BVerfGE 103, 89.

tutarında ödeme yapmakla yükümlü olduğu hususunda anlaşmaya varmışlardır. 1976 yılında çocukları dünyaya gelen çift, 1989 yılında boşanmıştır. Çocuk, boşanmadan bir yıl sonra, babasının mali durumu hakkında bilgi almak ve nafaka miktarının artırılması için talepte bulunmuştur. Bu talebin kabulü üzerine baba, aralarındaki sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesi ile eski eşine karşı dava açmıştır. Babanın açtığı dava ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmişse de yaptığı temyiz başvurusu başarılı olmuştur. Bu karara karşı anne, Federal Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmıştır⁵¹⁹.

Federal Anayasa Mahkemesi, acente ve kefalet kararlarına atıfla, sözleşmenin yapıldığı esnada anne ile babanın pazarlık güçleri arasında ortalama bir denge durumunun mevcut olup olmadığını araştırmıştır. Evlilik ve aile haklarını düzenleyen Anayasa'nın 6'ncı maddesi uyarınca eşler, kural olarak evlilik yaşamlarını ve boşanmanın sonuçlarını sözleşme ile düzenleme olanağına sahiptir. Ancak akdedilen sözleşmenin, evliliğin eşler arasındaki eşitliğe dayanan bir birliktelik olduğu fikrini yansıtmadığı; aksine eşlerden birinin diğer eş üzerindeki hâkimiyetinin bir göstergesi olduğu durumlarda devletin müdahale etmesi gerekmektedir. Bu çeşit hallerde mahkemeler, özel hukukun genel hükümleri vasıtası ile sözleşme şartlarını denetlemeli ve gerekli ise sözleşmeyi düzeltmelidir⁵²⁰.

Bireysel başvuruya konu olan olayda, sözleşmenin imzalandığı tarihte hamile olan kadının karşısında iki alternatif bulunmaktadır: Ya doğacak çocuğunu kendi kısıtlı imkânları ile tek başına büyütecek ya da kendisi için son derece ağır şartlar taşıyan evlilik sözleşmesini kabul edip baba ile evlenecek; bu sayede babayı çocuğa karşı sorumluluk altına sokabilecektir⁵²¹. Bu alternatifler karşısında kadının sözleşme hürriyeti ve bireysel kendi kaderini tayin hakkı o ölçüde kısıtlanmıştır ki; artık mevcut sözleşmeyi bir özerklik eylemi olarak meşrulaştırmak mümkün değildir⁵²².

⁵¹⁹ BVerfGE 103, 89'den aktaranlar Zumbansen, Peer, "Public Values, Private Contracts and the Colliding Worlds of Family and Market: German Federal Constitutional Court, 'Marital Agreement' Decisions of 6 February 2001 and 29 March 2001", **Feminist Legal Studies**, Vol. 11, Issue 1, Y. 2003, s. 73-74; Schütte, s. 240.

⁵²⁰ BVerfGE 103, 89'den aktaranlar Zumbansen, s. 76; Schütte, s. 240-241.

⁵²¹ BVerfGE 103, 89'den aktaran Zumbansen, s. 77.

⁵²² BVerfGE 103, 89'den aktaran Colombi Ciacchi (2010), s. 307.

Federal Anayasa Mahkemesi bu sebeple başvurucunun kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı ile evlenme ve aile haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵²³.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan üç kararında da ortak olan nokta, eşitsiz pazarlık pozisyonlarının etkisi ile başvuru sahiplerinin irade özerkliklerinin zayıflamış olması; bu nedenle de karşı tarafın sunduğu dezavantajlı şartlara boyun eğmek zorunda kalmalarıdır. Ancak tarafların pazarlık güçleri arasındaki her türlü dengesizlik durumu, devletin sözleşme ilişkisine müdahale etmesini gerektirmez. Günümüz piyasa ekonomilerinde, sözleşme tarafları arasındaki güç ve bilgi asimetrisi çok yaygın bir sorundur. Bu asimetri, tarafların içinde bulunduğu kişisel durumlardan kaynaklanabileceği gibi onların sözleşme ilişkisi içindeki konumlarından ve sözleşmenin niteliğinden de kaynaklanabilir⁵²⁴. Örneğin toplumsal hayatta en çok başvuru yapılan sözleşme türleri arasında yer alan kira, hizmet, sigorta ve tüketici sözleşmelerinde, tarafların kişisel özelliklerinden bağımsız olarak, bir taraf daha zayıf konumda bulunmaktadır. Taraflar arasındaki dengenin bozulduğu her sözleşme ilişkisi için kamunun müdahalesine başvurulması, kişisel özerklik ve sorumluluk düşüncesini ortadan kaldırarak paternalist bir devlete kapı aralayabilir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, devletin zayıf tarafın sözleşme hürriyetini koruma amacıyla sözleşme ilişkisine müdahale edebilmesi için kümülatif nitelikteki iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: *“tarafların pazarlık güçleri arasında yapısal bir dengesizliğin bulunması”* ve *“bu yapısal dengesizliğin zayıf taraf için aşırı külfetli bir sözleşmeye yol açması”*⁵²⁵. Bu şartlardan birisinin eksikliği durumunda, sözleşmenin tarafların ortak iradesini yansıttığı kabul edilerek sözleşme ilişkisi ayakta tutulmalıdır.

⁵²³ BVerfGE 103, 89'den aktaran Schütte, s. 241. Federal Anayasa Mahkemesi aynı yıl içinde verdiği başka bir bireysel başvuru kararında, hamilelik döneminde taraf olunan benzer nitelikli bir evlilik sözleşmesini incelemiş ve benzer sebepler ile ihlal kararı vermiştir (BVerfG, 29.03.2001, 1 BvR 1766/92). Bu iki karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Markesinis, Basil/Unberath, Hannes/Johnston, Angus, **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**, Hart Publishing, Portland, 2006, s. 258-259; Zumbansen, s. 71-83.

⁵²⁴ Sözleşmenin zayıf tarafı kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Atasoy, s. 258-278.

⁵²⁵ Beckmann/Colombi Ciacchi/Ferreira/Moulin-Doos/O'Callaghan/Russo/Turney, s. 284-285.

c) 1958 Fransa Anayasası

1958 Fransa Anayasası, devletin organizasyon şemasını gösteren kurallardan oluşmaktadır. Modern anayasaların büyük çoğunluğunun aksine, bu Anayasa bir temel hak ve hürriyet listesi ihtiva etmemektedir. Anayasa metninde yer alan temel hak ve hürriyetler, yasa önünde eşitlik ilkesi (m. 1), seçme hakkı (m. 3), siyasi parti kurma hakkı (m. 4) ve keyfi tutuklama yasağı (m. 66) ile sınırlıdır. Bu itibarla Anayasa Konseyi'nin (*Conseil Constitutionnel*) 1971 tarihli “örgütlenme özgürlüğü” (*liberté d'association*) kararına⁵²⁶ kadar Fransa'nın siyasi bir anayasasının bulunduğu; ancak sosyal bir anayasadan yoksun olduğu ifade edilmektedir⁵²⁷.

Anayasa Konseyi'nin ilk kez bir yasanın Anayasa'ya aykırılığına hükmettiği; bu nedenle “*Fransa'nın Marbury v. Madison'u*”⁵²⁸ olarak adlandırılan örgütlenme özgürlüğü kararı, “*anayasallık bloğu*”nu (*bloc de constitutionnalité*) inşa etmiş olması yönünden de büyük önem arz etmektedir. Konsey, bu kararı ile başlangıç kısmını Anayasa'nın ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmiştir. Başlangıç kısmının anayasal düzeyde görülmesi, bu kısımda gönderme yapılan 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmının da anayasallık

⁵²⁶ Conseil Constitutionnel, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Anayasa Konseyi'nin resmi internet sitesinde kararın İngilizce çevirisi yer almaktadır. Bkz. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/1971/7144DC.htm>, E.T. 02.04.2022. Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Haimbaugh, George D., “*Was It France's Marbury v. Madison?: Constitutional Council Condemns Attack on Liberty of Association Recent Enactment Thereby Annuled*”, **Ohio State Law Journal**, Vol. 35, Y. 1974, s. 910-926; Rivero, Jean, “*The Constitutional Protection of Human Rights in French Law*”, **Irish Jurist**, Vol. 12, No. 1, Y. 1977, s. 7-11; Çağlar, Bakır, “*Anayasal Yargı Yerlerinin Kamu Hukukuna Katkısı-Bir Örnek Olay Araştırması: Fransız Anayasa Konseyi*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. 1981, s. 47-51; Cummins, Richard J., “*Constitutional Protection of Civil Liberties in France*”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 33, No. 4, Y. 1985, s. 725-727; Değerli, Yavuz Selim, **Anayasa Yargısında Ön-Denetim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 211-213; Tınç, Mehmet Rifat, **Fransız Anayasa Hukuku: Tarihçe&Kurumlar**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020; Mazlum, Hamza, **Fransız Hukuku Işığında Temel Özgürlükler Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 24; Kontacı, s. 441-447.

⁵²⁷ Granger, Marie-Pierre, “*The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment*”, **Acta Juridica Hungarica**, Vol. 52, No. 1, Y. 2011, s. 3-4. Maurice Hauriou tarafından geliştirilen siyasi anayasa-sosyal anayasa tipolojisine ilişkin bkz. Anayurt (2021), s. 132-133.

⁵²⁸ Bu yönde bkz. Haimbaugh, s. 910-926; Çağlar (1981), s. 53; Cummins, s. 724.

bloğuna dâhil olması sonucunu doğurmuştur⁵²⁹. Ayrıca 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmında gönderme yapılan Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler⁵³⁰ ile 2005 Anayasa değişikliği ile başlangıç kısmına eklenen Çevre Şartı da anayasal düzeyde kabul edilmektedir. Böylece birbiri ile iç içe geçmiş yapısı ile bir matruşka bebeği andıran⁵³¹ Fransız anayasallık bloğu, kısaca şu altı ana bölümden oluşmaktadır⁵³²:

- i) Anayasa metni
- ii) Anayasa'nın başlangıç kısmı
- iii) 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi
- iv) 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmı
- v) Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler
- vi) Çevre Şartı

Anayasallık bloğunu oluşturan bu altı kaynağın içerikleri göz önüne alındığında, Fransa'nın artık kapsamlı sayılabilecek bir temel hak ve hürriyet listesine sahip olduğu söylenebilir. Aydınlanma felsefesinin izlerini taşıyan ve liberal-bireyci eğilimi belirgin olan 1789 Bildirisi'nde salt birinci kuşak insan haklarına yer verilmiştir⁵³³. 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmında çalışma hakkı, sendika ve grev hakkı, anne, çocuk ve ailenin korunması gibi ikinci kuşak insan

⁵²⁹ “Fransız halkı, 1789 Beyannamesinde tanımlanan, 1946 Anayasasının başlangıç kısmında teyid edilip tamamlanan insan haklarına ve milli egemenlik ilkelerine ... bağlılığını ihtişamla ilân eder”.

⁵³⁰ “(Fransız Milleti), 1789 tarihli haklar demecinde yazılı insan ve vatandaş hak ve hürriyetleri ile Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış bulunan ana prensipleri resmen teyid eder” (Çev. Bülent Nuri Esen, “Fransa Cumhuriyeti Anayasası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, Y. 1948, s. 1-17).

⁵³¹ Granger, s. 4.

⁵³² Fransa’da anayasallık bloğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal, “*Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 55, S. 3, Y. 2000, s. 82-86; Herrman, Christoph/Perfumi, Chiara, “France”, **Fundamental Rights and Private Law in the European Union-Volume I: A Comparative Overview**, (Editörler Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Giovanni Comandè), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 210-213; Çağlar (1981), s. 50-51; Değerli, s. 232-249; Tınç, s. 400.

⁵³³ Granger, s. 7-8. 1789 Bildirisi’nde düzenlenen haklara ilişkin ayrıca bkz. Rivero, s. 5-6; Mazlum, s. 12-17. 1789 Bildirisi ilk kez 1958 Anayasası ile anayasal düzeyde bir metin olarak kabul edilmişse de 3’üncü ve 4’üncü Cumhuriyet dönemlerinde de hukukun pozitif kaynakları arasında yer almıştır. Ancak bu dönemde Bildiri’nin normlar hiyerarşisindeki konumu, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin üzerinde ancak yasama işlemlerinin altındadır (Herrmann/Perfumi, s. 195).

haklarının ağırlıkta olduğu mini bir temel hak ve hürriyet listesi bulunmaktadır⁵³⁴. Anayasa Konseyi; örgütlenme özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, savunma hakkı, eğitim hakkı gibi bazı temel hakları, Cumhuriyet kanunları tarafından tanınan temel ilkeler arasında görmüştür⁵³⁵. Son olarak 2004 Çevre Şartı'nda, dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile çevreyi ilgilendiren bilgilere erişim hakkı gibi bazı üçüncü kuşak insan hakları düzenlenmiştir⁵³⁶.

Temel hak ve hürriyetlerin pozitif kaynaklarına ek olarak, Anayasa Konseyi'nin yaratıcı yorumu ile gün yüzüne çıkarılan anayasal düzeyde bazı hak ve ilkeler de mevcuttur. Pozitif kaynaklarda yer alan hak ve hürriyet listesi, kapalı bir liste oluşturmamaktadır. Anayasa Konseyi, anayasal düzeydeki metinleri esas alarak, açık bir pozitif dayanağı bulunmayan çeşitli hak ve ilkeleri türetmeyi başarmıştır⁵³⁷. Örnek vermek gerekirse Konsey, 1789 Bildirisi'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen genel özgürlük hakkından hareketle teşebbüs hürriyetinin⁵³⁸; 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmında yer alan "*Fransız Milleti her insanın ırk, din ve inanç farkı gözetilmeksizin devri kabil olmayan ve kutsal haklara sahip olduğunu yeniden ilân eder*" ifadesinden hareketle insan onurunun korunması ilkesinin anayasal düzeyde olduğuna hükmetmiştir⁵³⁹.

Anayasallık bloğunu oluşturan kaynakların hiçbirinde sözleşme hürriyetini güvence altına alan açık bir hüküm yer almamaktadır. Anayasa Konseyi de başlangıçta hiçbir Anayasa hükmünün bu hürriyeti güvence altına almadığı yönünde karar vermiştir⁵⁴⁰. Ancak sonraki kararlarında bu görüşünden vazgeçerek aşamalı

⁵³⁴ Rivero, s. 6-7; Granger, s. 9; Kontacı, s. 443-444; Değerli, s. 240; Mazlum, s. 28-30.

⁵³⁵ Gözler (2000-a), s. 84; Herrmann/Perfumi, s. 195; Granger, s. 9-10; Kontacı, s. 444; Değerli, s. 238-239; Mazlum, s. 37-39.

⁵³⁶ 2004 Çevre Şartı'na ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Yurtcanlı, Seda, "*Fransız Çevre Şartı'na Bir Bakış*", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No. 47, Y. 2012, s. 309-332; Granger, s. 14-15; Mazlum, s. 39-51.

⁵³⁷ Kaboğlu, İbrahim Özden, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 189; Herrmann/Perfumi, s. 207; Granger, s. 10; Değerli, s. 241-242.

⁵³⁸ Errera, s. 8; Daintith, s. 82-83; Herrmann/Perfumi, s. 207; Granger, s. 11; Değerli, s. 243.

⁵³⁹ Granger, s. 11; Değerli, s. 243.

⁵⁴⁰ Conseil Constitutionnel, Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994'den aktaranlar Seube, Jean-Baptiste, "*The Influence of Constitutional Law on French Contract Law: The Development of the Control of Proportionality in Case of an Infringement of a Fundamental Right by Contract*", **The**

olarak sözleşme hürriyeti ilkesinin anayasal değere sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Konseyi, 1997 tarihli bir kararında, sözleşme hürriyetinin hiçbir anayasal norm tarafından güvence altına alınmadığı hususunu teyit etmekle birlikte, bu hürriyete getirilen sınırlamaların anayasal güvence altında olan başka hak ve hürriyetlerin ihlali sonucunu doğurabileceğine dikkat çekmiştir⁵⁴¹. Sözleşme hürriyeti, çok sayıda temel hak ve hürriyet ile yakından ilişkili olup özellikle mülkiyet hakkı ve teşebbüs hürriyeti gibi bazı temel hakların ön şartı niteliği taşımaktadır. Asgari düzeyde sözleşme hürriyeti tanınmadıkça, bu haklardan etkin şekilde yararlanmak mümkün olmaz. Bu durumu dikkate alan Konsey, sözleşme hürriyetini bağımsız bir temel hak olarak değerlendirmese de diğer temel hak ve hürriyetlerin garantörü niteliğinde ve ikincil öneme sahip bir ilke şeklinde ele almıştır⁵⁴².

1998 tarihli başka bir kararında Konsey, yürürlükte olan sözleşmelerin 1789 Bildirisi'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen genel özgürlük hakkı çerçevesinde korunduğuna hükmederek anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini tanımaya bir adım daha yaklaşmıştır⁵⁴³. Konsey'e göre; *"Yasa koyucu, hukuka uygun olarak akdedilmiş anlaşma ve sözleşmelere, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 4'üncü maddesinden kaynaklanan özgürlüğü ihlal edecek şekilde müdahalede*

Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2017, s. 65; Errera, s. 22; Herrmann/Perfumi, s. 226, dipnot 201; Colombi Ciacchi (2010), s. 315.

⁵⁴¹ Errera, s. 22; Colombi Ciacchi (2010), s. 315; Suebe, s. 65. *"Sözleşme hürriyetinin tek başına anayasal bir değeri yoktur. Anayasal güvence altında olan başka hak ve hürriyetlerin ihlali sonucunu doğurmadıkça, bu hürriyetin hatalı yorumu, Anayasa Konseyi huzurunda ileri sürülemez. Sözü edilen irade özerkliği ilkesi, ne 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 4'üncü maddesinden ne de anayasal değerdeki başka bir kuraldan çıkarılamaz"* (Conseil Constitutionnel, Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997'den aktaran Herrmann/Perfumi, s. 207, dipnot 91). Bu karara ilişkin ayrıca bkz. Putman, Emmanuel, *"The horizontal Application Theory and Its Influence on the Freedom of Contract: A French Point of View"*, **Law, Democracy & Development**, Vol. 2, Issue 2, Y. 1997, s. 219-220.

⁵⁴² Suebe, s. 65.

⁵⁴³ Errera, s. 22; Herrmann/Perfumi, s. 226, dipnot 201; Colombi Ciacchi (2010), s. 315-316; Suebe, s. 66.

bulunamaz”⁵⁴⁴. Ancak yasa koyucunun yürürlükteki sözleşmelere yönelik müdahalelerinin 1789 Bildirisi’nin 4’üncü maddesinin ihlaline yol açabilmesi için müdahalenin belli bir eşiği aşması ve “açık bir ihlal” niteliği taşıması gerekmektedir⁵⁴⁵. Bu yaklaşımını sonraki tarihli kararlarında da sürdüren Konsey⁵⁴⁶, aynı zamanda yürürlükte olan sözleşmelere müdahale eden yasa hükümlerini denetlerken 1789 Bildirisi’nin 4’üncü maddesine ek olarak Bildiri’nin 16’ncı maddesini⁵⁴⁷ de ölçü norm olarak kullanmaya başlamıştır⁵⁴⁸.

Nihayetinde 2000 yılında verdiği bir karar⁵⁴⁹ ile Anayasa Konseyi, sözleşme hürriyetinin anayasal değere sahip olduğunu tereddüte yer bırakmayacak bir açıklık ile kabul etmiştir⁵⁵⁰. Konsey’in sözleşme hürriyetini türetmek için başvurduğu anayasal düzenleme, 1789 Bildirisi’nin 4’üncü maddesinde yer alan genel özgürlük hakkıdır. Söz konusu düzenlemeye göre: “Özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir. Her bir insanın doğal haklarını kullanması, toplumun diğer üyelerinin de aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir. Bu sınırlar da sadece yasalarla belirlenebilir”. Liberal-bireyci doktrinin genel özgürlük anlayışını yansıtan bu hüküm -tıpkı 1949 Alman Anayasası’nda yer alan kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı gibi- Anayasa’da özel olarak düzenlenmemiş hak ve

⁵⁴⁴ Conseil Constitutionnel, Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998’den aktaran **Analytical Synopsis 1998**, s. 490.

⁵⁴⁵ Errera, s. 22. “Yasa koyucunun yürürlükte olan sözleşmelerde kamu yararı gerekçesi ile değişiklik yapması meşrudur. Ancak hukuka uygun olarak akdedilmiş bir sözleşmenin genel çerçevesi, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 4’üncü maddesinde beyan edilen özgürlüğü açıkça ihlal edecek derecede değiştirilemez” (Conseil Constitutionnel, Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001’den aktaran **Analytical Synopsis 2001**, s. 362-363) .

⁵⁴⁶ Bkz. Colombi Ciacchi (2010), s. 316, dipnot 59; Suebe, s. 66, dipnot 15. Örnek bir karar için bkz. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000’den aktaran Herrmann/Perfumi, s. 208, dipnot 94.

⁵⁴⁷ “Hakların güven altına alınmadığı, kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda Anayasa yoktur”.

⁵⁴⁸ “Yasa koyucunun hukuka uygun olarak akdedilmiş sözleşmelere üstün bir kamu yararına dayanmaksızın gerçekleştirdiği müdahaleler, 1789 Bildirisi’nin 4’üncü ve 16’ncı maddelerinin gereklerini ihlal eder” (Conseil Constitutionnel, Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013). Kararın, Anayasa Konseyi’nin resmi internet sitesinde yer alan İngilizce çevirisi bkz. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2013/2013672DC.htm>, E.T. 06.04.2022. Aynı yönde bkz. Errera, s. 22-23; Colombi Ciacchi (2010), s. 316.

⁵⁴⁹ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.

⁵⁵⁰ Errera, s. 22; Colombi Ciacchi (2010), s. 316; Suebe, s. 65.

hürriyetlerin korunmasına hizmet etme potansiyeline sahiptir. Anayasa Konseyi de - sözleşmenin hürriyetinin yanı sıra- teşebbüs hürriyeti ve mahremiyet hakkı gibi bazı isimsiz hürriyetleri 1789 Bildirisi'nin 4'üncü maddesi çerçevesinde korumaktadır⁵⁵¹.

Anayasa Konseyi, sözleşme hürriyetinin anayasal değerini süregelen kararlarında da teyit etmiş ve bu hürriyetin sınırlama rejimini tespit etmiştir. Konsey'in sözleşme hürriyetinin sınırlama rejimine ilişkin kullandığı standart formül şu şekildedir: *“Yasa koyucu, anayasal gereksinimleri yahut kamu yararını dikkate alarak, 1789 Bildirisi'nin 4'üncü maddesinden kaynaklanan teşebbüs hürriyeti ve sözleşme hürriyeti ilkelerine, takip edilen amaç ile orantılı olacak şekilde sınırlama getirmekte serbesttir*⁵⁵².

Görüldüğü üzere, yasa koyucu sözleşme hürriyetine sınırlama getirirken kamu yararı amacı gütmeli ve başvurduğu araç ile kamu yararı amacı arasında ölçülü bir oran bulunmalıdır. Ayrıca sözleşme hürriyetine yönelik müdahaleler, anayasal düzeydeki bir ilkeye geçerlilik kazandırma veya başka bir temel hakkı güvence altına alma gerekçeleri ile de meşrulaştırılabilir. Zira Anayasa Konseyi'nin yerleşik içtihadına göre, anayasallık bloğu içinde yer alan kaynaklar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamakta olup çatışan hak ve ilkeler diğerini dışlamaz; bu hak ve ilkelerin birbiri ile uzlaştırılmaları gerekir⁵⁵³. Bu bakımdan, yasa koyucunun sözleşme hürriyetine getirdiği sınırlamaların Anayasa'ya uygunluğu, anayasallık bloğu içinde yer alan hükümler ve özellikle 1946 Anayasası'nın başlangıç kısmında düzenlenen sosyal haklar çerçevesinde ele alınmalıdır.

⁵⁵¹ Errera, s. 8.

⁵⁵² Conseil Constitutionnel, Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013. Kararın, Anayasa Konseyi'nin resmi internet sitesinde yer alan İngilizce çevirisi bkz. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2013/2013672DC.htm>, E.T. 06.04.2022. Aynı yönde bkz. Conseil Constitutionnel, Décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019. Kararın, Anayasa Konseyi'nin resmi internet sitesinde yer alan İngilizce çevirisi bkz. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2019/2018761QPC.htm>, E.T. 06.04.2022. Ayrıca bkz. Suebe, s. 65.

⁵⁵³ Granger, s. 12; Değerli, s. 234-235.

2) Sözleşme Hürriyetinin Teşebbüs Hürriyeti Çerçevesinde Korunması: 1947 İtalya Cumhuriyeti Anayasası Örneği

Geniş bir temel hak ve hürriyet listesi ihtiva eden 1947 İtalya Anayasası, bu hakları “*hukuki ilişkiler*” (m. 13-28), “*ahlaki ve toplumsal ilişkiler*” (m. 29-34), “*ekonomik ilişkiler*” (m. 35-47) ve “*siyasi haklar ve ödevler*” (m. 48-54) başlıklarını taşıyan dört ayrı bölümde ele almıştır. 1947 Anayasası, yürürlüğe girdiği dönemde kabul gören negatif, pozitif ve aktif statü haklarının hemen hepsine yer vermiş; buna ek olarak teşebbüs hürriyeti (m. 41) ve mülkiyet hakkı (m. 42) gibi bazı ekonomik hürriyetleri de düzenlemiştir. Ancak sözleşme hürriyetini güvence altına alan açık bir hükme Anayasa’da yer verilmemiştir.

Anayasa’da yer verilen temel hak katoloğunun kapalı liste niteliğinde olup olmadığı hususu, İtalyan Anayasa Hukuku öğretisinde güncelliğini yitirmeyen bir tartışmadır. Birinci görüşe göre; Anayasa koyucu, temel hakları sayma yolu ile sınırlandırmış olup Anayasa’da düzenlenen bir temel haktan hareketle yargı organlarının yeni bir hak yaratması mümkün değildir⁵⁵⁴. Sosyal hayattaki evrimin yeni bir hakkın tanınması ihtiyacını doğurması durumunda, bu tanıma talî kurucu iktidar tarafından gerçekleştirilmelidir. Anayasa’da sayılmayan bazı temel hakların bulunduğu ve yargısal yorum yolu ile bu hakların keşfinin mümkün olduğu yönündeki kabul, yargı organlarına sınırları çizilmemiş geniş bir takdir yetki vermek anlamına gelir ve yargıçlar hükümeti tehlikesine kapı aralayabilir⁵⁵⁵. Ayrıca yorum yolu ile yaratılan her yeni hak, Anayasa’da açık şekilde düzenlenmiş temel hakların etkinliğini ve güvence düzeyini azaltır⁵⁵⁶. Buna ek olarak, özellikle sosyal haklar söz konusu olduğunda, belli kategorideki bireyler için yeni haklar tanınması, bu

⁵⁵⁴ Quaranta, Alfonso, “*İtalyan Anayasası’nda Temel Hakların Korunması*”, **Anayasa Yargısı**, C. 28, S. 1, Y. 2012, s. 786.

⁵⁵⁵ Bu yönde görüşlere ilişkin bkz. Mak, Chantal/Sanches Galera, Maria Dolores/Wünsch, Sabine/Jorge Ramos, Filipa/Kraus, Carolin, “*Italy*”, **Fundamental Rights and Private Law in the European Union-Volume I: A Comparative Overview**, (Editörler Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Giovanni Comandè), Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 332.

⁵⁵⁶ Bu yönde görüşlere ilişkin bkz. Cartabia, Marta/Lupo, Nicola, **The Constitution of Italy: A Contextual Analysis**, Bloomsbury Publishing Plc, Oxford, 2022, s. 219.

kategoriye girmeyen bireylerin yeni maliyetler ve yükümlülükler üstlenmesine neden olmaktadır⁵⁵⁷.

İkinci görüşe göre; Anayasa’da bazı temel hakların sayılmış olması, sayılmayan hakların ardında yatan değerlerin reddi manasına gelmez. Modern dünyanın doğurduğu sorunlar -özellikle bilim ve teknolojiye yaşanan baş döndürücü ilerleme- bireyleri, kurucu babaların tahayyül bile edilemeyecekleri yepyeni tehditlerle karşı karşıya bırakmıştır. Bu tehditlere yanıt olarak geliştirilen yeni hak kategorileri tanınmaksızın bireyler için eksiksiz bir temel hak güvencesi oluşturmak mümkün değildir. Bireyin temel hak ve hürriyetlerini en geniş ölçüde garanti altına almayı amaçlayan Anayasa’nın insan onuruna yönelen bu tehditleri görmezden geldiği düşünülemez. Anayasa’nın ardında yatan değerleri yansıtan temel ilkeler ile mevcut temel hak normlarının geniş yorumu, yeni temel hakların yaratımına imkân vermektedir. Yargı organlarının temel hak ve hürriyetlere ilişkin yaratıcı yorumu, Anayasa’ya dinamizm ve esneklik kazandırarak onu yaşayan bir belgeye dönüştürmektedir⁵⁵⁸.

İtalyan Anayasa Mahkemesi (*Corte Costituzionale*), 1980’li yılların ortalarına kadar temel hakların sayma yolu ile sınırlandırıldığı görüşünü benimsemişse de sonradan bu görüşünden vazgeçerek bazı isimsiz hürriyetlerin de Anayasa’nın güvencesi altında olduğuna hükmetmiştir⁵⁵⁹. Yeni temel hakları türetmek için dayanak olarak genellikle Anayasa’nın 2’nci maddesine⁵⁶⁰ başvurulmaktadır. Mahkeme, bu maddenin oldukça geniş bir yorumunu benimsemiş ve maddeye 1949

⁵⁵⁷ Bu yönde görüşlere ilişkin bkz. Pino, Giorgio, “*The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights*”, **The Harmonization of European Private Law**, (Editörler Mark Van Hoecke, François Ost), Hart Publishing, Oxford, 2000, s. 229-230.

⁵⁵⁸ İtalyan Anayasa Hukuku öğretisinde kapalı liste-açık liste tartışmalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Cartabia, Marta/Lamarque, Elisabetta, “*The General Aspects of Fundamental Rights*”, **Constitutional Law in Italy**, (Editörler Valeria Onida vd.), Wolters Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2021, s. 308-310; Pino, s. 228-230; Mak, s. 27-28; Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 329-334; Quaranta, s. 786; Cartabia/Lupo, s. 218-221.

⁵⁵⁹ Pino, s. 229; Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 329-330; Cartabia/Lupo, s. 219-220.

⁵⁶⁰ “Cumhuriyet, bir birey olarak ve kişiliğini ifade ettiği sosyal gruplarda, insanın dokunulmaz haklarını tanır ve garanti eder; siyasi, ekonomik ve sosyal dayanışmayla ilgili asli görevlerini yerine getirmesini talep eder”.

Alman Anayasası'nda yer alan kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına (m. 2. f. 1) benzer bir işlev yüklemiştir. Anayasa'da özel olarak düzenlenmeyen yaşama hakkı, konut hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı ve cinsel kimlik hakkı başta olmak üzere çok sayıda hak, 2'nci madde aracılığı ile anayasal güvence altına alınmıştır⁵⁶¹.

İtalyan öğretisinde, kişinin kendi yasal alanı içerisindeki özerkliğinin bir tezahürü olarak sözleşme hürriyetinin de Anayasa'nın 2'nci maddesi çerçevesinde korunabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁶². Öte yandan İtalyan Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetinin Anayasa'nın 2'nci madde çerçevesinde korunduğu görüşünü açıkça reddetmiş⁵⁶³ ve teşebbüs hürriyeti ile yakın bağlantısı nedeni ile bu hürriyetin ancak dolaylı şekilde anayasal güvenceden yararlanabileceğine hükmetmiştir⁵⁶⁴. Teşebbüs hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 41'inci maddesi şu şekildedir:

“Özel ekonomik girişim oluşturmak serbesttir.

Ancak, kamu yararına aykırı veya güvenlik, özgürlük ve insan onuruna zarar verebilecek şekilde girişim yapılamaz.

⁵⁶¹ Baraggia, Antonia, “The “Unwritten” Constitution: Reflections on the Italian Experience”, **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Vol. 21, No. 84, Y. 2021, s. 18-19; Pino, s. 230; Kaboğlu (2007), s. 190; Mak, s. 27-28; Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 330-331; Cartabia/ Lamarque, s. 309; Cartabia/Lupo, s. 220-221.

⁵⁶² Bu görüşlere ilişkin bkz. Musy, Alberto M./Monti, Alberto, “Contract Law”, **Introduction to Italian Law**, (Editörler Jeffrey S. Lena, Ugo Mattei), Kluwer Law International, The Hague, 2002, s. 247-248; Rodriquez, Simona, “Self-Regulation as a Regulatory Strategy: The Italian Legal Framework”, **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 2, Y. 2007, s. 144; Onufrio, Maria Vittoria, “The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian Systems: Is Horizontal Indirect Effect Like Direct Effect?”, **InDret**, Vol. 4, Y. 2007, s. 7, dipnot 23; Graziadei, Michele, “Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Italy”, **Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts**, (Editörler Yeşim M. Atamer, Pascal Pichonnaz), Springer Nature, Cham, 2020, s. 452; Colombi Ciacchi (2010), s. 314.

⁵⁶³ Colombi Ciacchi (2010), s. 314.

⁵⁶⁴ Sözleşme hürriyetinin teşebbüs hürriyeti çerçevesinde korunduğu yönünde bkz. Marrapodi, Armando, **Freedom to Conduct Business and Abusive Refusal to Deal: Do Dominant Undertakings Enjoy Limited Contractual Freedom?**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lund University, Lund, 2018, s. 22; Musy/Monti, s. 247-248; Rodriquez, s. 144; Onufrio, s. 7, dipnot 23; Mak, s. 34, dipnot 126; Colombi Ciacchi (2010), s. 313; Collins (2011-a), s. 6; Szwed, s. 11; Kaşak, s. 198; Graziadei, s. 452.

Kanun, kamu ve özel ekonomik faaliyetleri toplumsal amaçlara yöneltecek ve amaçlarla uyumlu kılacak programlar ve uygun denetimler sağlar”.

Anayasa Mahkemesi’nin sözleşme hürriyetini türetmek için Anayasa’nın 2’nci maddesi yerine teşebbüs hürriyetinin düzenlendiği 41’nci maddeyi kullanması, bu hürriyetin daha zayıf bir güvence rejimine tabi olması sonucunu doğurmuştur⁵⁶⁵. Zira Anayasa’nın 41’inci maddesinin 2’nci fıkrasında sözleşme ve teşebbüs hürriyetinin sınırlama sebebi olarak son derece genel ve soyut kavramlara yer verildiği gibi⁵⁶⁶ aynı maddenin 3’üncü fıkrası ile devletin bu hürriyetlere yönelik müdahale olanakları da genişletilmiştir. Zaten sınırlı bir yasal çerçeve içerisinde tanınan bu iki hürriyet, aynı zamanda çok sayıda anayasal sınır ve sosyo-ekonomik nitelikli ilke ile çepeçevre sarılmıştır.

1947 İtalya Anayasası’nda sosyal devlet ilkesine açık şekilde yer verilmemişse de bu ilkenin gerekleri Anayasa’nın çeşitli maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Anayasa’da başlıca sosyal hakların düzenlenmesinin yanı sıra dayanışma ilkesi (m. 2), bireylerin eşit sosyal onur hakkı (m. 2. f. 1), devletin özgürleştirme görevi (m. 2. f. 2) gibi sosyal devlet ilkesi ile yakından ilişkili çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; Anayasa hükümleri arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamakta olup temel haklar arasında veya bir temel hak ile anayasal bir ilke arasında çatışma vuku bulduğunda, yargı organları bu hak ve/veya ilkeler arasında uygun bir denge kurmak zorundadır⁵⁶⁷. Dolayısıyla yargı

⁵⁶⁵ Ciacchi (2010), s. 313; Szwed, s. 11.

⁵⁶⁶ İtalyan Anayasa Hukukunda temel hak ve hürriyetler ancak ilgili maddesinde yer verilen sınırlama sebeplerine dayalı olarak sınırlandırılabilir (Cartabia/Lupo, s. 222).

⁵⁶⁷ “*The Constitutional Court of the Republic of Italy*”, **XVIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts**, 28 Haziran- 1 Temmuz 2017, Batum, Gürcistan, s. 14-15, https://www.confeconstco.org/reports/rep-xvii/italy_EN.pdf, E.T. 13.04.2022; Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 400-401; Cartabia/Lupo, s. 222-223. İtalyan Anayasa Hukuku öğretisinde, “*ekonomik ilişkiler*” başlıklı bölümde düzenlenen hak ve hürriyetlerin, 2’nci maddede zikredilen “*dokunulmaz haklar*” arasında yer almadığı ve normlar hiyerarşisinde diğer temel hak ve hürriyetlerden daha alt seviyede konumlandığı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlere ilişkin bkz. Navarretta, Emanuela/ Bargellis, Elena, “*The Influence of Human Rights and Basic Rights in Italian Private Law: Strategies of ‘Constitutionalisation’ in the Courts Practice*”, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, (Editörler Verica Trstenjak, Petra Weingerl), Springer International Publishing, Switzerland, 2016, s. 433-434; Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 329.

organlarının anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini sosyal haklar ve zikredilen ilkeler çerçevesinde ele alması gerekmektedir.

İtalyan hukukunda sözleşme hürriyetine -özellikle sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacıyla- getirilen sınırlamaların meşru dayanağı olarak “*dayanışma ilkesi*”nin ön plana çıktığı görülmektedir⁵⁶⁸. Bu ilke, bireyin temel hak ve hürriyetlerinin, onun topluma karşı ödev ve sorumlulukları ile birlikte kavrandığı bir düzeni ifade etmektedir⁵⁶⁹. Bu ilke gereğince, bir sözleşme ilişkisinde taraflar, kendi menfaatlerinden önemli bir fedakârlık yapmaları gerekmedikçe, karşı tarafın menfaatlerini de gözetme yükümlülüğü altındadır⁵⁷⁰. Devlet de sözleşme hürriyeti ile dayanışma ilkesi arasında uygun bir denge kurarak bu hürriyetin kötüye kullanımını engellemek ve tarafların diğer temel haklarını korumakla yükümlüdür. Örneğin İtalyan Anayasa Mahkemesi, kiracının ölümü durumunda eşi, çocukları ve birlikte yaşadığı akrabalarının kira sözleşmesini devam ettirebilmesine imkân tanıyan; ancak aralarında resmi nikâh bulunmaksızın birlikte yaşayan çiftlerden bu imkânı esirgeyen yasa hükmünü dayanışma ilkesine ve konut hakkına aykırı bularak iptal etmiştir⁵⁷¹. Bu karar, konut sahibinin sözleşme yapmaya zorlanmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme haklarına getirilmiş olan sınırlamanın daha fazla genişletilmesi sonucunu doğurmuştur. Mahkeme, yakın tarihli başka bir kararında ise İtalyan Medeni Kanunu’nun 1385’inci maddesini dayanışma ilkesi çerçevesinde yorumlamış ve taraflarca kararlaştırılan fahiş bağlanma parasının yargıç tarafından kısmen veya tamamen geçersiz kılınabileceğine hükmetmiştir⁵⁷².

⁵⁶⁸ İtalyan sözleşme hukukunda dayanışma ilkesinin rolüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Onufrio, s. 6-8; Mak, s. 101-108; Colombi Ciacchi (2008), s. 152-154; Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 398-403; Graziadei, s. 460-461.

⁵⁶⁹ Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 333.

⁵⁷⁰ Onufrio, s. 6-7; Mak, s. 102.

⁵⁷¹ Corte Costituzionale, 07.04.1988, No. 404’dan aktaranlar Mak, s. 98, dipnot 211; Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 353-356; Navarretta/Bargelli, s. 422.

⁵⁷² Corte Costituzionale, 02.04.2014, No. 77’dan aktaranlar Patti, Francesco Paolo, “*Penalty Clauses in Italian Law*”, **European Review of Private Law**, Vol. 23, No. 1, Y. 2015, s. 324; Graziadei, s. 460-461.

3) Sözleşme Hürriyetinin Ekonomik Hürriyet Maddesi Çerçevesinde Korunması: 1999 İsviçre Anayasası Örneği

Sözleşme hürriyeti, İsviçre özel hukukunun ve serbest piyasa ekonomisinin temel yapı taşları arasında yer almaktadır⁵⁷³. İlk kez 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun 19’uncu maddesi ile açık şekilde düzenlenen bu hürriyet⁵⁷⁴, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi (*Schweizerisches Bundesgericht*) tarafından “*özel hukukun temel özgürlüklerinin ana direklerinden biri*”⁵⁷⁵ olarak kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre; özel hukuk, kişisel özerklik ilkesine dayanmaktadır. Kişisel özerklik ilkesinin borçlar hukukundaki görünümü, sözleşme hürriyeti ilkesidir. Bu hürriyet; sözleşme yapma, sözleşmenin konusunu, şeklini, karşı tarafını seçme ve sözleşme ilişkisini sona erdirmeye haklarını içermektedir⁵⁷⁶.

1999 İsviçre Anayasası’nda sözleşme hürriyetine dair açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bireylerin temel ekonomik menfaatleri, mülkiyet hakkının düzenlendiği 26’ncı madde ile ekonomik hürriyetlerin düzenlendiği 27’nci madde çerçevesinde anayasal güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın “*ekonomik hürriyet*” başlıklı 27’nci maddesi şu şekildedir:

“Ekonomik hürriyet güvence altına alınmıştır.

*Bu hürriyet, özellikle bireyin mesleğini seçme hakkı ile özel ekonomik faaliyetlerini serbestçe yürütme ve bu faaliyetlere serbestçe erişme haklarını kapsar”*⁵⁷⁷.

⁵⁷³ Probst, Thomas, “Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Switzerland-The Control of Standard Contract Terms: The Swiss Approach”, **Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts**, (Editörler Yeşim M. Atamer, Pascal Pichonnaz), Springer Nature, Cham, 2020, s. 654.

⁵⁷⁴ Kaşak, s. 165.

⁵⁷⁵ ATF 129 III 276, c. 3.1’den aktaran Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 163. Ayrıca bkz. Kaşak, s. 51.

⁵⁷⁶ ATF 129/2003 III, s. 35’den aktaran Marrapodi, s. 22.

⁵⁷⁷ Anayasa’nın “*ekonomik düzenin ilkeleri*” başlıklı 94’üncü maddesinin ilk fıkrasında da “*Konfederasyon ve kantonlar ekonomik özgürlük ilkesine saygı göstermekle yükümlüdür*” hükmü yer almaktadır.

Genel ekonomik hürriyet güvencesini düzenleyen Anayasa'nın 27'inci maddesinin karşılaştırmalı anayasa hukukunda başka bir benzeri yoktur⁵⁷⁸. Diğer anayasalarda çalışma hürriyeti, teşebbüs hürriyeti, sözleşme hürriyeti gibi çeşitli ekonomik hürriyetler ayrı ayrı düzenlenmekte iken 1999 İsviçre Anayasası ile genel bir ekonomik hürriyet güvencesi oluşturulmuştur. Maddede belli haklar örnek kabilinden sayılmış olup sayılmayan ekonomik hürriyetler de maddenin güvencesi kapsamındadır. Federal Yüksek Mahkeme de ekonomik hürriyet güvencesini oldukça geniş şekilde yorumlayarak kâr veya gelir elde etme amacı güden her türlü özel ekonomik faaliyetin bu hürriyetin güvencesi kapsamında olduğuna hükmetmiştir⁵⁷⁹. Ayrıca vatandaşların yanı sıra yabancılar ve özel hukuk tüzel kişileri de ekonomik hürriyet güvencesinin özneleri arasında kabul edilmektedir⁵⁸⁰.

Sözleşme hürriyeti, İsviçre özel hukukunun temel ilkelerinden biri olduğu gibi aynı zamanda ekonomik hürriyet maddesi çerçevesinde korunan bir anayasal hak niteliği de taşımaktadır⁵⁸¹. Bu nedenle, sözleşme hürriyetine ancak ekonomik

⁵⁷⁸ Rüssli, Markus, “*Constitutional Protection of Economic Liberties in Switzerland and the United States*”, **Tulane European and Civil Law Forum**, Vol. 18, Y. 2003, s. 41; Fleiner, Thomas/Misic, Alexander/Töpperwien, Nicole, **Swiss Constitutional Law**, Kluwer Law International, The Hague, 2005, s. 175; Misic, Alexander/ Töpperwien, Nicole, **Constitutional Law in Switzerland**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018, § 621. Zurich, Berne, Neuchâtel gibi bazı kantonların anayasalarında da genel ekonomik hürriyet güvencesine yer verilmiştir (Rüssli, s. 41). 1919 Weimar Anayasası'nın 153'üncü maddesinde de benzer bir madde yer almaktadır.

⁵⁷⁹ Rüssli, s. 46; Fleiner/Misic/Töpperwien, s. 176; Misic/Töpperwien, § 624.

⁵⁸⁰ Genoni, Gaetano Michele Walter, “*Economic Freedom in Hong Kong, China and Switzerland*”, **Seminar Comparative Constitutional Law: Switzerland-China-Hong Kong**, University of Zurich Faculty of Law, 5th Semester Bachelor, Zurich, 2008, s. 6, https://www.ivr.uzh.ch/dam/jcr:fffff-ec76-c8f9-0000-00002faf4418/Genoni_Gaetano.pdf, E.T. 19.04.2022; Fleiner/Misic/Töpperwien, s. 176; Misic/Töpperwien, § 623.

⁵⁸¹ Sözleşme hürriyetinin ekonomik hürriyet maddesi çerçevesinde korunduğuna ilişkin bkz. Rüssli, s. 49; Fleiner/Misic/Töpperwien, s. 176; Genoni, s. 5; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 163; Misic/Töpperwien, § 625; Kaşak, s. 47, dipnot 156. 1999 Anayasası'nda yer alan ekonomik hürriyet güvencesinin 1848 Anayasası'ndaki muadili, 1874 yılında gerçekleştirilen değişiklik ile Anayasa'ya eklenen sanayi ve ticaret hürriyetidir (m. 31). 1848 Anayasası döneminde sözleşme hürriyetinin anayasal dayanağı olarak sanayi ve ticaret hürriyeti gösterilmektedir (Petersmann, Ernst-Ulrich, **Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law**, Taylor&Francis Group, New York, 1991, s. 315-317; Moser, Peter, “*Constitutional Protection of Economic Rights: The Swiss and U.S. Experience in Comparison*”, **Constitutional Political Economy**, Vol. 5, No. 1, Y. 1994, s. 64-65; Kaşak, s. 47, dipnot 156).

hürriyet maddesinin sınırlama rejimine uygun düşecek şekilde müdahale edilebilir⁵⁸². Anayasa'nın 36'ncı maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin öngörülen şartlar, ekonomik hürriyet güvencesine getirilen sınırlamalar için de geçerlidir. Buna göre; ekonomik hürriyet güvencesine getirilen sınırlamanın öncelikle hukukî bir dayanağı bulunmalıdır. Alelade temel hak sınırlamaları için federal hükümet veya kanton hükümetleri tarafından çıkarılan herhangi bir düzenleyici işlem yeterli iken; ağır temel hak sınırlamaları mutlaka şeklî anlamda bir kanun hükmüne dayanmalıdır⁵⁸³. İkinci olarak; ekonomik hürriyet güvencesine getirilen sınırlama kamu yararını amaçlamalı yahut diğer kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması amacına hizmet etmelidir. Üçüncüsü; getirilen sınırlama, takip edilen amaç ile orantılı olmalıdır. Son olarak, ekonomik hürriyetin özüne dokunulmamalıdır. Federal Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen bu şartlara “*rakiplere eşit muamele ilkesi*”ne uygunluk şartını da eklemektedir⁵⁸⁴.

Görüldüğü üzere, sözleşme hürriyeti, ekonomik hürriyet maddesinin şemsiyesi altında güçlü bir anayasal güvenceden yararlanmaktadır. Ancak bu güvenceyi zayıflatan iki ayrı etmen söz konusudur.

Bunlardan ilki, sözleşme hürriyeti ile Anayasa'nın sosyal ve ekonomik alanlarda devlete yüklediği görevlerin uzlaştırılması ve dengelenmesi gerekliliğidir. 1999 Anayasası, ekonomik hürriyet maddesi ve ekonomik düzene ilişkin ilkeler (m. 94) başta olmak üzere, serbest piyasa ekonomisi tercihini yansıtan⁵⁸⁵ çok sayıda hüküm içermesine rağmen devlete sosyal ve ekonomik bazı görevler de vermiştir. Devletin, Anayasa ile kendisine verilen bu görevleri yerine getirmek için aldığı tedbirler, kaçınılmaz olarak sözleşme hürriyetinin belli ölçüde sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Özellikle tüketicinin (m. 97), kiracının (m. 109), işçinin

⁵⁸² Genoni, s. 5. Ekonomik hürriyet maddesinin sınırlandırma rejimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Rüssli, s. 47-49; Fleiner/Misic/Töpperwien, s. 177-178; Genoni, s. 6-8; Misic/Töpperwien, § 629-634.

⁵⁸³ Rüssli, s. 47-48; Genoni, s. 7.

⁵⁸⁴ Rüssli, s. 49; Genoni, s. 8; Misic/Töpperwien, § 628.

⁵⁸⁵ Rüssli, s. 44; Probst, s. 654.

korunmasına (m. 110) ilişkin devlete verilen görevler, sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmeksizin icra edilemez.

Anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini zayıflatan ikinci husus, federal yasaların Anayasa'ya uygunluğunun yargı organları tarafından denetlenmesinin yasaklanmış olmasıdır. Federal Yüksek Mahkeme, kantonların çıkardığı yasaların ve federal hükümet tarafından kabul edilen düzenleyici işlemlerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, federal bir yasayı mümkün olduğu ölçüde Anayasa'ya uygun şekilde yorumlayabilir veya yasanın Anayasa'ya aykırı olduğunu saptayarak federal parlamentoyu bu yasayı değiştirmeye davet de edebilir. Ancak bir federal yasa açıkça Anayasa'ya aykırı olsa bile, Anayasa'nın 190'ıncı maddesi uyarınca, Yüksek Mahkeme'nin bu yasayı uygulamayı reddetmesi ve geçersiz kılması mümkün değildir⁵⁸⁶. Bu bakımdan, federal parlamentonun anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini ihlal eden bir yasa çıkarması durumunda -referandum hariç- bu yasaya karşı uygulanabilecek ciddi bir yaptırım bulunmamaktadır.

VI) ULUSLARARASI HUKUKTA SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN KORUNMASI

A) GENEL OLARAK

Amerikalı hukukçu John O. McGinnis, mülkiyet haklarını ve diğer bireysel ekonomik hürriyetleri “uluslararası insan haklarının üvey çocukları”⁵⁸⁷ şeklinde nitelendirir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden bu yana kabul edilen başlıca uluslararası insan hakları belgelerine göz gezdirilmesi durumunda, bu nitelemenin haksız olmadığı anlaşılabacaktır. İnsan haklarına ilişkin hiçbir uluslararası bildiri veya anlaşma, ekonomik hürriyetlerin eksiksiz bir listesini içermez. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde sadece zayıf ve belirsiz bir mülkiyet hakkı güvencesi⁵⁸⁸ ile

⁵⁸⁶ Kolly, Gilbert, “Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun”, **Anayasa Yargısı**, C. 28, S. 1, Y. 2012, s. 248-249.

⁵⁸⁷ McGinnis, John O., “A New Agenda for International Human Rights: Economic Freedom”, **Catholic University Law Review**, Vol. 48, Issue 4, Y. 1999, s. 1029.

⁵⁸⁸ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin mülkiyet hakkını düzenleyen 17'nci maddesi şu şekildedir: “Her şahıs tek başına veya başkaları ile birlikte mal ve mülk sahibi olmak hakkını haizdir. Hiç kimse keyfi olarak mal ve mülkünden mahrum edilemez”. Bu madde, birbirleri ile taban tabana

çalışanların sosyal haklarını düzenleyen bir madde içerisinde meslek seçme hürriyeti⁵⁸⁹ yer almaktadır. Birleşmiş Milletler tarafından Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde düzenlenen hak ve hürriyetlere hukukî bağlayıcılık kazandırmak üzere hazırlanan “*ikiz sözleşmeler*”de mülkiyet hakkına dahi yer verilmemiştir⁵⁹⁰.

Birleşmiş Milletler çatısı altında kabul edilen insan hakları belgelerinde ekonomik hürriyetlere yönelik ilgisizliğin temel nedeni, bu belgelerin soğuk savaşın yol açtığı ideolojik gerilimlerin dorukta olduğu bir atmosferde hazırlanmış olmasıdır⁵⁹¹. Liberal-kapitalist anlayışta bireyin doğal haklarının ayrılmaz bir parçası olarak görülen ekonomik hürriyetler, Marksist-sosyalist anlayışa göre burjuvazinin işçi sınıfını sömürsünün hukukî vasıtaları durumundadır. Sovyetler Birliği'nin öncülüğünde Doğu Bloğu ülkeleri, ekonomik hürriyetlerin insan hakları belgelerine eklenmesi talebini, mevcut siyasal ve ekonomik rejimlerine yönelik bir tehdit olarak algılayarak bu talebe karşı çıkmışlardır. Batı Bloğu ülkeleri de en azından kişisel ve siyasi hakların güvence altına alınacak olması düşüncesi ile bu taleplerinde ısrarcı olmamışlardır. Neticede Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanan insan hakları belgelerinde ekonomik hürriyetlere genel olarak yer verilmemiş; yer verilen sınırlı sayıdaki hürriyetin de içi büyük ölçüde boşaltılmıştır.

zıt mülkiyet anlayışına sahip olan liberal batılı devletler ile Sovyetler Birliği'nin öncülüğünü yaptığı Marksist devletler arasında varılmış bir uzlaşmayı yansıtmaktadır. Mülkiyet hakkı, özel mülkiyetin yanı sıra “*başkaları ile birlikte*” (in association with others) ifadesi ile kolektif mülkiyeti de kapsayan bir içerikle düzenlenmiştir (Aybay, Rona, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 14-15).

⁵⁸⁹ Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 23'üncü maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: “*Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır*”.

⁵⁹⁰ 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de hiçbir ekonomik hürriyet yer almamaktadır. 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de ise yer verilen tek ekonomik hürriyet, meslek seçme hürriyetidir. Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: “*Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alırlar*”.

⁵⁹¹ Aynı yönde bkz. Sprankling, John G., “*The Global Right to Property*”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 52, Issue 2, Y. 2014, s. 470-471; McGinnis, s. 1030. Mülkiyet hakkının ikiz sözleşmelere eklenmemesinin Batı Bloğu ülkeleri arasındaki anlaşmazlıktan kaynaklandığı yönünde görüş için bkz. Gemalmaz, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 5, dipnot, 15.

Öte yandan, uluslararası insan hakları belgelerinde ekonomik hürriyetlere yer verilmeyişini tek başına soğuk savaş döneminin koşullarına bağlamak da yerinde değildir. Esasen bu belgelerin müzakeresi esnasında ekonomik hürriyetler, Batı Bloğu ülkeleri arasında bile görece düşük bir önceliğe sahiptir⁵⁹². II'inci Dünya Savaşı'ndan sonra, Batı Avrupa'da altın çağını yaşayan refah devletlerinde ekonomik hürriyetler eski mutlak niteliklerini yitirmişlerdir. Yeni düzende sosyal haklar ön plana çıkarken ekonomik hürriyetler de sosyal işlevleri doğrultusunda tanımlanmaya başlamıştır. Nitekim siyasal ve ekonomik sistemleri büyük benzerlik gösteren Batı Avrupa ülkelerinin öncülüğünde hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin orijinal metninde hiçbir ekonomik hürriyete yer verilmemiş; Sözleşme kapsamında korunan tek ekonomik hürriyet olan mülkiyet hakkı, 1952 yılında kabul edilen Ek 1 numaralı Protokol ile Sözleşme'ye eklenmiştir⁵⁹³.

Uluslararası insan hakları hukukunda ekonomik hürriyetlere yönelik genel menfî yaklaşım, sözleşme hürriyeti özelinde de geçerlidir. Hiçbir uluslararası insan hakları belgesinde sözleşme hürriyetinden açık şekilde söz edilmez⁵⁹⁴. Bu hürriyetin belirli boyutlarının başka bir hak veya hürriyet aracılığıyla korunması bile oldukça istisnai bir durumdur. Esasında uluslararası insan hakları belgelerinin daha çok ulusal hukuk düzenlerince tanınan ve üzerinde uzlaşıya varılmış temel hak ve hürriyetlerden meydana geldiği düşünüldüğünde, sadece birkaç anayasada açık şekilde düzenlenen sözleşme hürriyetine bu belgelerde yer verilmemesini normal karşılamak gerekir. Bu başlık altında, sözleşme hürriyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı çerçevesinde nasıl ve ne ölçüde korunduğu araştırılmıştır.

⁵⁹² McGinnis, s. 1030.

⁵⁹³ Sözleşme'nin hazırlanış sürecinde mülkiyet hakkına ilişkin yoğun tartışmalar vuku bulmuş; bu hakkın Sözleşme'ye dâhil edilmesini istemeyen ülkeler büyük bir mücadele vermiştir. Ek 1'inci Protokol de bu tartışmaların etkisi altında hazırlanmış ve herkes için kabul edilebilir bir hüküm meydana getirme isteği, kaçınılmaz olarak taraf devletlere geniş takdir yetkisi veren zayıf bir uzlaşi metninin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu tutumun da etkisi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1982 yılına kadar mülkiyet hakkına ilişkin herhangi bir ihlal kararı vermemiştir (Boyar, Oya, "*Mülkiyet Hakkı*", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör Sibel İnceoğlu), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 495-496).

⁵⁹⁴ Krş. McGinnis, s. 1030; Szwed, s. 13.

B) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Sözleşme hürriyeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokollerinde düzenlenen haklar arasında yer almaz. Sözleşme’de yeni haklar türetmek için başvurulabilecek “*insan onuru*” ve “*kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı*” gibi geniş kapsamlı kavramlara da rastlanmamaktadır. Bu nedenle, öğretilerde bazı yazarlar, sözleşme hürriyetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin güvencesi altına olmadığını ileri sürmektedir⁵⁹⁵. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, birçok kararında Sözleşme’nin “*günün koşulları ışığında yorumlanması lazım gelen yaşayan bir belge*” olduğuna işaret etmiş⁵⁹⁶ ve dinamik/evrimsel ve özerk yorum yöntemlerini kullanarak Sözleşme’de açıkça zikredilmemiş çok sayıda hakkı güvence altına almıştır⁵⁹⁷. Bu bağlamda, sözleşme hürriyetinin Sözleşme’de düzenlenen bir hakkın dinamik ve özerk yorumu yolu ile korunup korunamayacağını araştırmak gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde sözleşme hürriyetini koruma potansiyeli olan ilk hak, Ek 1 numaralı Protokol’ün 1’inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıdır⁵⁹⁸. Birbirleri ile yakın ilişkisi olan bu iki ekonomik hürriyetin ulusal hukuk düzenlerinde norm alanlarının kesiştiği geniş bir saha mevcuttur. Bu bakımdan, sözleşme hürriyetinin bazı önemli boyutları, mülkiyet hakkı kapsamında korunabilmektedir. Bir kere; mülkiyet hakkı, hak sahibine, hakkın konusu eşyayı “*kullanma*” (*usus*), semerelerinden “*yararlanma*” (*fructus*) ve “*tüketme*” (*abusus*)

⁵⁹⁵ Bu yönde bkz. MacQueen, Hector L., “*Delict, Contract, and the Bill of Rights: A Perspective from the United Kingdom*”, **South African Law Journal**, Vol. 121, Y. 2004, s. 375. Ayrıca krş. Leigh, Ian, “*Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?*”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 48, No. 1, Y. 1999, s. 73; Hager, s. 34.

⁵⁹⁶ Bu nitelemenin yapıldığı ilk karar için bkz. AİHM, *Tyrrer/Birleşik Krallık*, B.N. 5856/72, K.T. 25.04.1978, § 31.

⁵⁹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin isimsiz hürriyetler konusundaki yaklaşımına ilişkin bkz. Lenzerini, Federico, “*Practice and Ontology of Implied Human Rights in International Law*”, **Intercultural Human Rights Law Review**, Vol. 15, Y. 2020, s. 101-109.

⁵⁹⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 Numaralı Protokol Madde 1: “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir*”.

yetkilerini vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vurguladığı gibi kişinin mülkü üzerinde tasarruf etme hakkı, mülkiyet hakkının geleneksel ve temel bir yönüdür⁵⁹⁹. Bu bağlamda, kişinin mülkünü kullanmak, mülkünün semerelerinden yararlanmak ve mülkünü elden çıkarmak için gerekli olan hukuki işlemleri yapabilmesi, mülkiyet hakkının bir gereğidir⁶⁰⁰. Kişinin mülkü ile ilgili konularda sözleşme yapma hakkına getirilen kısıtlamalar, aynı zamanda mülkiyet hakkının kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır⁶⁰¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Marckx/Belçika* davasında, mevzuat gereği evlilik dışı doğan çocuğuna sağlararası kazandırma yahut vasiyetname ile yasal miras payından fazlasını bırakamayan bir annenin yaptığı bireysel başvuruyu incelemiş ve mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının düzenlendiği Sözleşme'nin 14'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁰². *Brumărescu/Romanya* davasında, bir yargı kararı nedeni ile dört yıldan fazla süre boyunca maliki olduğu taşınmazı satması, vasiyet etmesi, bağışlaması veya başka şekilde tasarruf etmesi engellenen başvurunun yapmış olduğu bireysel başvuruyu inceleyen Mahkeme, başvurunun mülkünden haksız şekilde yoksun bırakıldığı sonucuna varmıştır⁶⁰³.

Mülkiyet hakkı, kişinin mülkünü kiraya verip kira geliri elde etme yetkisini de kapsar. Taraf devletlerin kira parasını, kira artış oranını, kira süresini ve kiracıların tahliye prosedürünü emredici hukuk kuralları ile düzenlemek suretiyle sözleşme hürriyetine yönelik gerçekleştirdiği müdahaleler aleyhine Avrupa İnsan Hakları

⁵⁹⁹ AİHM, *Marckx/Belçika*, B.N. 6833/74, K.T. 13.07.1979, § 63. “Mahkeme bu bağlamda mülkiyetin, zilyetliğe (*usus*) ek olarak, mülk üzerinde tasarruf etme ve ondan gelir elde etme (*abusus ve fructus*) haklarını da içerdiğini yineler” (AİHM, *Hirschhorn/Romanya*, B.N. 29294/02, K.T. 26.07.2007, § 57).

⁶⁰⁰ Aynı yönde bkz. AİHM, *Könyv-Tár Kft ve Diğerleri/Macaristan*, B.N. 21623/13, K.T. 18.03.2019, Yargıç Wojtyczek'in Karşı Oy Yazısı, § 2.

⁶⁰¹ Aynı yönde bkz. Putman, s. 221.

⁶⁰² AİHM, *Marckx/Belçika*, B.N. 6833/74, K.T. 13.07.1979, § 18, 63-65.

⁶⁰³ AİHM, *Brumărescu/Romanya*, B.N. 28342/95, K.T. 28.10.1999, § 77-80. *Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan* davasında Mahkeme, maliki oldukları taşınmazlara kamu makamlarınca haksız şekilde el atılan, bu nedenle söz konusu taşınmazı satmaları, vasiyet etmeleri, rehin vermeleri ve bağışlamaları engellenen başvuru sahiplerinin mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir (AİHM, *Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan*, B.N. 14556/89, K.T. 24.07.1993, § 43-46).

Mahkemesi'ne mülkiyet hakkı temelinde yapılmış çok sayıda bireysel başvuru mevcuttur.

Mahkeme, kiracıları korumak için sözleşme hürriyetini sınırlandıran mevzuata ilişkin genel yaklaşımını 1989 tarihli *Mellacher ve Diğerleri/Avusturya*⁶⁰⁴ kararında ortaya koymuştur. Başvurucular, konutun niteliğine ve büyüklüğüne göre değişen miktarlarda azami kira bedeli tespit eden yasa hükümleri nedeniyle sözleşme ile kararlaştırılan kira bedelinde indirimde gidildiğini; yeni tespit edilen kira bedelinin konutun bakım masraflarını karşılamaya bile yetmediğini belirterek sözleşme hürriyetinin ve mülkiyet hakkının ihlali iddiası ile bireysel başvuru yapmışlardır. Mahkeme, ilk olarak söz konusu yasa hükümleri ile başvurucuların mülklerinden yoksun bırakılmadıklarını; mülklerini kullanma, satma veya kiraya verme haklarının ortadan kaldırılmadığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre; başvurucuları mülklerinden elde ettikleri gelirin bir kısmından mahrum bırakan bu düzenleme, Ek 1 numaralı Protokol'ün 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan “*mülkiyetin kullanım hakkının düzenlenmesi*” (*mülkiyet hakkının üçüncü normu*)⁶⁰⁵ kapsamında incelenmelidir (§ 44). 2'nci fıkra, mülkiyetin kamu yararına uygun şekilde kullanımını düzenlemek için taraf devletlerin gerekli gördükleri yasaları yürürlüğü koyma haklarını saklı tutmaktadır. Modern devletlerin sosyo-ekonomik politikalarının temel ilgi alanlarından biri olan konut alanında bu tür yasaların yürürlüğe konulması bilhassa gerekli ve olağandır. Yasama organı, söz konusu politikaların uygulanmasına yönelik kuralların seçimi hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Mahkeme -açıkça makul bir temelden yoksun olmadığı müddetçe- yasama organının neyin kamu yararına uygun olduğuna ilişkin değerlendirmesine saygı duyacağını belirtmiştir (§ 45). Bu çerçevede, taşınmaz spekülasyonlarını önlemeyi ve toplumun dar gelirli gruplarının barınma ihtiyaçlarını makul fiyatlarla karşılayabilmesini amaçlayan 1981 Tarihli Kira Yasası'nın kamu yararına yönelik meşru bir amacının bulunduğu kanaatine varmıştır (§ 47). Ancak mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın meşru bir amacının bulunması, müdahalenin Sözleşme'ye

⁶⁰⁴ AİHM, *Mellacher ve Diğerleri/Avusturya*, B.N. 10522/83, 11011/84, 11070/84, K.T. 19.12.1989.

⁶⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarı, H. Gürbüz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 111-112; Gemalmaz (2017), 18-23; Boyar (2013-a), s. 523-525.

uygunluğuna hükmetmek için tek başına yeterli değildir. Ayrıca mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıyan kuralın kamu yararı amacı ile kişinin temel haklarının korunması gerekliliği arasında adil bir denge kurmuş olması da gereklidir. Diğer bir deyişle, başvuru ile takip edilen amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunmalıdır (§ 48). Mahkeme, başvuru sahiplerinin bakım ve yönetim giderlerinin bir kısmını kiracılara yükleyebilmesine imkân veren yasa hükümlerini de göz önünde bulundurmak sureti ile mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin ölçüsüz olmadığına ve başvuru sahipleri orantısız bir külfet altına sokmadığına karar vermiştir (§ 55-56).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kiracıları korumayı amaçlayan mevzuata karşı ev sahipleri tarafından yapılan diğer bireysel başvuruları da mülkiyet hakkının üçüncü normu çerçevesinde ele almış ve taraf devletlerin geniş takdir yetkisine vurgu yapmıştır. *Zammit ve Diğerleri/Malta*⁶⁰⁶ davasında taşınmaz üzerinde daimi kiracılık hakkı (*perpetual emphyteusis*) bulunan başvuru sahipleri, bu taşınmazı on yedi yıl süre ile üçüncü kişilere alt kiraya vermişlerdir. Sözleşme süresinin sona ermesinin ardından çıkarılan bir yasa ile alt kiracıların düşük bir kira bedeli karşılığında taşınmaz üzerindeki zilyetliklerini sürdürebilmeleri mümkün kılınmıştır. Başvuru sahipleri, mülklerine erişimlerini engelleyen söz konusu yasanın mülkiyet haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerse de Komisyon, *Mellacher ve Diğerleri/Avusturya* kararındaki gerekçeleri tekrarlamak suretiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

*Scollo/İtalya*⁶⁰⁷ ve *Immobiliare Saffi/İtalya*⁶⁰⁸ davalarında başvuru sahipleri, kira sözleşmesi sona ermesine rağmen kiracıların zorla tahliyesini askıya alan yasal düzenlemeler nedeniyle taşınmazlarına erişimlerinin engellendiğini ve bu müdahalenin mülkiyet hakkının ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, her iki davada da, tüm tahliye kararlarının aynı anda icra edilmesinin önemli bir toplumsal gerginliğe ve kamu düzeninin bozulmasına yol açabileceği tespitinde bulunarak taşınmazların tahliyesini askıya alan düzenlemelerin kamu

⁶⁰⁶ AİHK, *Zammit ve Diğerleri/Malta* (Kabul Edilebilirlik Kararı), B.N. 16756/90, K.T. 24.04.1990.

⁶⁰⁷ AİHM, *Scollo/İtalya*, B.N. 19133/91, K.T. 28.09.1995.

⁶⁰⁸ AİHM, *Immobiliare Saffi/İtalya*, B.N. 22774/93, K.T. 28.07.1999.

yararına uygun meşru bir amacının bulunduğu hükmetmiştir. Keza taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjının genişliği düşünüldüğünde, tahliye kararlarının geçici olarak askıya alınması tedbirini tek başına ölçüsüz bir müdahale olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Ancak *Scollo/İtalya* davasında işsizlik, engellilik, konutta oturma ihtiyacı gibi yasanın istisnası kapsamında olan başvurucunun özel durumlarının yetkili mercilerce dikkate alınmamış olması; *Immobiliare Saffi/İtalya* davasında ise kiracının tahliyesinin uzun bir dönem boyunca ertelenmiş olması (yaklaşık on bir yıl) mülkiyet hakkının ihlaline yol açmıştır.

Taraf devletler, barınma gibi sosyal sorunlar karşısında bireysel mülkiyetin kontrolüne ilişkin gerekli önlemleri alma ve bu önlemlerin türü, uygulama kapsamı ve zamanlamasını belirleme hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Azami kira bedelini ve kira artış oranını tespit eden yasal düzenlemeler de bu takdir yetkisinin kapsamı içinde yer almakta olup bu düzenlemeler nedeni ile mülk sahibinin elde edeceği kira gelirinin önemli düzeyde azalmış olması tek başına mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmamaktadır⁶⁰⁹. Ancak taraf devletler, mülkiyetin kullanımının düzenlenmesine ilişkin sınırsız nitelikte bir takdir yetkisine de sahip değildir. Kira ilişkisinin düzenlenmesine yönelik alınan önlemler, ev sahipleri ile kiracıların çatışan çıkarları arasında adil bir denge kurmalı ve ülkedeki konut açığı sorununun bütün yükü belli bir sosyal gruba yüklenmemelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Hutten-Czapska/Polonya*⁶¹⁰, *Ghigo/Malta*⁶¹¹ ve *Fleri Soler ve Camilleri/Malta*⁶¹² davalarında, mülkleri ile ilgili kira sözleşmesi yapma yetkisi ortadan kaldırılan başvuruçuların mülkiyet hakkının ihlali iddiası ile yapmış oldukları bireysel başvuruları incelemiştir. Başvuruçuların mülkiyetinde bulunan taşınmazlara idari işlem ile rızaları dışında birer kiracı atanmıştır. Kira parası ve yıllık kira artış oranları başvuruçuların herhangi bir katılımı olmaksızın

⁶⁰⁹ Kira artış oranlarına getirilen sınırlamaların mülkiyet hakkını ihlal etmediğine ilişkin örnek bir karar için bkz. AİHM, *Spath Holme Ltd/Birleşik Krallık* (Kabul Edilebilirlik Kararı), B.N. 78031/01, K.T. 14.05.2002.

⁶¹⁰ AİHM (Büyük Daire), *Hutten-Czapska/Polonya*, B.N. 35014/97, K.T. 19.07.2006.

⁶¹¹ AİHM, *Ghigo/Malta*, B.N. 31122/05, K.T. 26.09.2006.

⁶¹² AİHM, *Fleri Soler ve Camilleri/Malta*, B.N. 35349/05, K.T. 26.09.2006.

düzenleyici işlemler ile tespit edilmiştir. Ayrıca aylık kira bedelini ödedikleri müddetçe kiracıların tahliye edilmesinin imkânı da yoktur. Kiracının seçimi ve sözleşmenin esaslı unsurları hakkında başvurucuların hiçbir söz hakkı bulunmadığı gibi tespit edilen kira bedeli, taşınmazın bakım ve onarım masraflarını karşılamaya dahi yetmemektedir. Sözleşmenin feshine yönelik zorlukları ve başvuruculara yüklenen külfetlerin telafisine yönelik herhangi bir yasal mekanizmanın mevcut olmadığını da göz önünde bulunduran Mahkeme, kamu yararı ile başvurucuların mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulamadığı gerekçesi ile her üç davada da ihlal kararı vermiştir.

Sözleşme hürriyetinin mülkiyet hakkı çerçevesinde korunan başka bir boyutunu da sözleşmeden kaynaklanan alacak hakları ile meşru beklentiler oluşturmaktadır⁶¹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Stretch/Birleşik Krallık*⁶¹⁴ davasında yürürlükte olan sözleşme ilişkisine kamunun müdahalesi nedeni ile ekonomik menfaatleri zarar gören tarafın mülkiyet hakkının ihlali iddiası ile yapmış olduğu bir bireysel başvuruyu incelemiştir. Başvurucu, Dorchester yerel idaresi ile yirmi iki yıl süreli bir kira sözleşmesi imzalamıştır. Bu sözleşme uyarınca başvurucu, masrafları kendisine ait olmak üzere altı adet hafif sanayi tesisi inşa edecek ve bu tesisleri üçüncü kişilere kiraya verebilecektir. Ayrıca söz konusu sürenin sonunda, başvurucunun sözleşmeyi yirmi bir yıllığına uzatmasına imkân tanıyan bir opsiyon maddesine de yer verilmiştir (§ 11). Başvurucunun sözleşmenin uzatılması için yapmış olduğu bildirim karşılığında yerel idare, yetki aşımı (ultra vires) niteliğinde olan opsiyon maddesinin geçersiz olduğunu ileri sürmüştür; yargı organları da idarenin bu görüşünü onaylamıştır (§ 33). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tarafların sözleşme akdedilirken opsiyon maddesinin kullanımına ilişkin herhangi bir yasal engel bulunduğunun farkında olmadıkları ve başvurucunun sözleşme süresini uzatma olanağına sahip olacağı varsayımı ile hareket ettiği kanaatine varmıştır (§ 34). Mahkeme'ye göre; sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini eksiksiz olarak yerine

⁶¹³ Mülkiyetin kazanılması hususunda meşru bir beklentinin mevcut olması durumunda, sözleşmeden doğan edim ve alacakların da mülkiyet hakkının konusunu teşkil edebileceği yönünde bkz. Anayasa Mahkemesi, *Yusuf Dilekçi Başvurusu*, B.N. 2014/12026, K.T. 21.09.2017, § 46.

⁶¹⁴ AİHM, *Stretch/Birleşik Krallık*, B.N. 44277/98, K.T. 24.07.2003.

getiren başvuruçunun sözleşmenin uzatılması hususunda mülkiyet hakkının kapsamı içinde yer alan meşru bir beklentisi bulunmaktadır (§ 35). Yerel idarenin eylemleri, başvuruçunun meşru beklentilerini boşa çıkarmış ve onu sözleşme akdedilirken ödediği bedelin bir kısmından mahrum bırakmıştır (§ 36). Mahkeme, mülkiyeti ve sözleşme ilişkilerini düzenleyen yasaların uygulanması hususunda ulusal makamların belli ölçüde takdir yetkisi bulunduğuna dikkat çekmiştir (§ 37). Ancak somut olayda, sözleşme ile kararlaştırılan yenileme opsiyonunun kullanımı ile kamu yararına ve üçüncü kişilerin menfaatlerine herhangi bir zarar gelmeyeceği belirtilerek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (§ 39-41).

Sözleşme hürriyetinin belirli boyutları mülkiyet hakkı çerçevesinde korunsada bu hak bütüncül bir sözleşme hürriyeti güvencesi sağlamaz⁶¹⁵. Bir kere; mülkiyet hakkının konusunu kişinin mal varlığına dâhil ekonomik değerleri oluşturduğuna göre, mal varlığı değerlerini konu almayan sözleşme ilişkileri için haliyle mülkiyet hakkı güvencesinden söz edilemeyecektir. Ayrıca başvuruçunun mülkiyet hakkının sunduğu güvenceden yararlanabilmesi için mülkiyet değerinin onun mal varlığı içerisine önceden dâhil olması gerekir. Ek 1'inci Protokol'ün 1'inci maddesi, kişinin mülk edinme talebini değil hâlihazırda mevcut olan mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bu durum, hakkın kazanılmış olması veya mevcut olması şeklinde ifade edilmektedir⁶¹⁶. Bu bakımdan, kişinin, sahip olduğu mal varlığı değeri üzerinde dileği şekilde tasarruf edebilmesi ve bunun için gerekli olan sözleşmeleri yapabilmesi mülkiyet hakkının güvencesi kapsamında yer alırken; henüz maliki olunmayan bir mal varlığı değerini edinme talebi bu hak çerçevesinde ileri sürülemez⁶¹⁷. Özetle mülkiyet hakkı, talep edenin değil yalnızca arz edenin sözleşme hürriyetini korumaktadır⁶¹⁸.

⁶¹⁵ Aynı yönde bkz. Gemalmaz (2017), s. 175. Ek 1'inci protokolde düzenlenen mülkiyet hakkının sözleşme ve vasiyet özgürlüğünü de koruduğu yönünde bkz. Barkhuysen, Tom/van Emmerik, Michiel, "Constitutionalisation of Private Law: The European Convention on Human Rights Perspective", **Constitutionalisation of Private Law**, (Editörler Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 56.

⁶¹⁶ Gemalmaz, H. Burak, **Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018, s. 50; Gemalmaz (2017), s. 136-137.

⁶¹⁷ Gemalmaz (2017), s. 175. Aynı yönde bkz. Oliver, Peter, "What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?", **General Principles of EU Law and European Private Law**, (Editörler Ulf

Öğretide Snijders tarafından ileri sürülen bir görüşe göre; sözleşme hürriyeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı⁶¹⁹ çerçevesinde korunması gereken bir temel haktır⁶²⁰. Sözleşme'nin 8'inci maddesinde “*özel hayata saygı hakkı*”, “*aile hayatına saygı hakkı*”, “*haberleşmeye saygı hakkı*” ve “*konuta saygı hakkı*” şeklinde birbirleri ile yakından bağlantılı olan dört ayrı hak güvence altına alınmıştır⁶²¹. Her ne kadar 8'inci maddede düzenlenen haklar arasında yer almasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özel hayata saygı hakkına yönelik genişletici yorumu göz önüne alındığında, sözleşme hürriyetinin de bu madde kapsamında korunabilmesi ihtimali belirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel hayat kavramının tüketici bir tanımını yapmaktan özenle kaçınmıştır⁶²². Mahkeme'ye göre; özel hayat, kapsayıcı bir tanımlamaya izin vermeyecek ölçüde geniş bir kavram olup⁶²³ esasında böyle bir tanım yapmaya ihtiyaç da yoktur⁶²⁴. Mahkeme'nin dinamik yorumu ile bu kavram, sosyal ve teknolojik gelişmelere paralel şekilde gün geçtikçe daha geniş bir anlama kavuşmaktadır⁶²⁵. Şüphesiz özel hayata saygı hakkının geleneksel ve en temel boyutunu gizlilik/mahremiyet hakkı oluşturmaktadır. Ancak özel hayata saygı hakkı, mahremiyet hakkından daha geniş bir kavram olup aynı zamanda kişisel özerklik

Bernitz, Xavier Groussot, Felix Schulyok), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, s. 281-282.

⁶¹⁸ Gemalmaz (2017), s. 175.

⁶¹⁹ AİHS m. 8: “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*”.

⁶²⁰ Snijders, Henricus J., “*Privacy of Contract*”, **Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy**, (Editör Katya J. Ziegler), Hart Publishing, Portland, 2007, s. 108-109.

⁶²¹ Arslan Öncü, Gülay, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2019, s. 23; Snijders, s. 105.

⁶²² Salihpaşaoğlu, Yaşar, “*Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 3, Y. 2013, s. 235; Snijders, s. 105; Arslan Öncü, s. 24.

⁶²³ AİHM, *Pretty/Birleşik Krallık*, B.N. 2346/02, K.T. 29.04.2002, § 61.

⁶²⁴ AİHM, *Niemietz/Almanya*, B.N. 13710/88, K.T. 16.12.1992, § 29.

⁶²⁵ Arslan Öncü, s. 24.

hakkını da kapsamaktadır. Mahkeme de özel hayat kavramını bireyin kişisel yaşamını dilediği şekilde yaşayabileceği bir “gizlilik alanı” (*inner circle*) ile sınırlayıp bu alanın içinde yer almayan dış dünyayı kapsam dışı bırakmanın oldukça kısıtlayıcı bir yaklaşım olduğuna dikkat çekmiştir⁶²⁶. Mahkeme’ye göre özel hayata saygı hakkı; kişisel gelişim hakkı ile diğer bireyler ve dış dünya ile ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme haklarını da güvence altına almaktadır. Kişisel özerklik ve kendi kaderini tayin hakkı, Sözleşme’nin 8’inci maddesinin altında yatan temel değerler arasında yer almaktadır⁶²⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin özel hayata saygı hakkının bileşenleri arasında saydığı “*kendi kaderini tayin*”, “*kişisel gelişim*”, “*kişisel özerklik*” gibi hak ve ilkeler, aynı zamanda sözleşme hürriyetini temellendirmek için başvuru alan değerler arasındadır. Snijders’in vurguladığı gibi; Sözleşme’nin 8’inci maddesinin kişisel özerkliği koruduğu tespitinden hareket edildiğinde bu maddenin sözleşme hürriyetini de koruduğu sonucuna rahatlıkla ulaşılabilir⁶²⁸. Özel hayata saygı hakkı, dış dünya ile ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkını kapsadığına göre; kişinin başkaları ile olan hukukî ilişkilerini özgür iradesi ile dilediği şekilde düzenleyebilme serbestisi de aynı hakkın kapsamı içerisinde yer almalıdır. Bu bakımdan, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkından sözleşme hürriyetini türetmesine benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özel ve aile hayatına saygı hakkından sözleşme hürriyetini türetebilir⁶²⁹. Öte yandan, oldukça makul görünen ve kanaatimizce özel hayat kavramına verilen geniş

⁶²⁶ AİHM, *Niemietz/Almanya*, B.N. 13710/88, K.T. 16.12.1992, § 29.

⁶²⁷ AİHM, *Pretty/Birleşik Krallık*, B.N. 2346/02, K.T. 29.04.2002, § 61. Mahkeme’nin aynı yönde diğer bazı kararları şu şekildedir: AİHM, *Van Kück/Almanya*, B.N. 35968/97, K.T. 12.09.2003, § 69; AİHM, *Marper/Birleşik Krallık*, B.N. 30562/04, 30566/04, K.T. 04.12.2008, § 66; AİHM, *Haas/İsviçre*, B.N. 31322/07, K.T. 20.06.2011, § 50; AİHM, *Koch/Almanya*, B.N. 497/09, K.T. 19.07.2012, § 51.

⁶²⁸ Snijders, s. 109. Aynı yönde bkz. Coester-Waltjen (2001), s. 42; Cherednychenko (2007-a), s. 231; Collins (2011-a), s. 7. Krş. Gemalmaz (2017), s. 264.

⁶²⁹ Sözleşme’nin 8’inci maddesinin Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nce benimsenen maddî sözleşme hürriyeti anlayışı için de temel oluşturabileceği yönünde bkz. Snijders, s. 116; Cherednychenko (2007-a), s. 231-233; Colombi Ciacchi (2010), s. 311.

anlamın zorunlu sonucu olan bu yorumun henüz Mahkeme'nin içtihatları ile teyit edilmemiş olduğunu not etmek gerekir⁶³⁰.

Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşme hürriyetinin, mülkiyet hakkı veya özel ve aile hayatına saygı hakkı vasıtası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin güvence rejimine dâhil edilmesi olasılığını reddetmiştir. Sözleşme hürriyeti, Sözleşme'de düzenlenen temel hakların norm alanı içinde kalan boyutları ile sınırlı bir koruma görmektedir. Ayrıca bu zayıf koruma rejimine ek olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından benimsenen devletin pozitif yükümlülükleri ve dolaylı yatay etki teorisi, ulusal hukuk düzenlerinin tanıdığı sözleşme hürriyeti güvencesini de daraltmaktadır. Yatay etki teorisi uyarınca, özel kişiler arasındaki hukukî işlemlerin Sözleşme'ye uygun şekilde yorumlanması gerekeceği için Sözleşmesel haklar, ulusal hukukun tanıdığı sözleşme hürriyeti güvencesi karşısında üstün gelebilecektir⁶³¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Pla ve Puncernau/Andorra*⁶³² kararına ilişkin gerekçesi, yatay etki teorisinin sözleşme hürriyeti üzerindeki sınırlandırıcı etkisi hakkında bazı ipuçlarını içermektedir. Karara konu olaylar özetle şu şekildedir: Carolina Pujol Oller, 1939 yılında düzenlediği bir vasiyetname ile mirasının çocuklarına intikal şartlarını tespit etmiştir. Vasiyetnameye göre, öngörülen şartlara uygun olarak terekeyi iktisap eden mirasçı, onu “*resmi ve kanonik evlilik*” içinde doğan çocuklarına veya torunlarına intikal yükümlülüğü altındadır. Bu koşulun karşılanamaması durumunda, vasiyetçinin diğer çocuklarının altsoyu mirası almaya hak kazanacaktır. Vasiyetnameye uygun olarak mirası iktisap eden Francesc-Xavier Pla Pujol, başvuru Roser Puncernau Pedro ile evlenmiş ve çift, 1969 yılında diğer başvuru Antoni Pla Puncernau'yu evlat edinmişlerdir. 1995 yılında düzenlediği bir vasiyetname ile annesinden kendisine miras kalan malvarlığı değerlerini eşine ve

⁶³⁰ Bkz. Szwed, s. 14.

⁶³¹ Aynı yönde bkz. Cherednychenko, Olha O., “*Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?*”, **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 2, Y. 2007, s. 16; Szwed, s. 14.

⁶³² AİHM, *Pla ve Puncernau/Andorra*, B.N. 69498/01, K.T. 13.07.2004.

evlat edindiği çocuğuna vasiyet eden Francesc-Xavier Pla Pujol, 1996 yılında hayatını kaybetmiştir (§ 11-15).

İlk vasiyetçinin potansiyel mirasçıları, evlat edinilen Antoni Pla Puncernau'nun “*resmi ve kanonik evlilik*” içinde doğmuş sayılamayacağını ileri sürerek 1995 tarihli vasiyetnamenin geçersiz sayılması için dava açmışlardır. Vasiyetnamenin düzenlendiği dönemin sosyal, ailevî ve hukukî şartları ışığında yorumlanması gerektiğine işaret eden Andorra Yüksek Mahkemesi, talep doğrultusunda vasiyetnameyi geçersiz saymıştır. Başvurucular, bu karara karşı amparo başvurusu yapmışlarsa da Anayasa Mahkemesi başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir (§ 16-21). Bunun üzerine başvurucular, Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi kararlarının özel ve aile hayatına saygı hakkı ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14'üncü maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiğinden şikâyetçi olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır (§ 27).

Hükümet; mevcut davanın, evlilik dışı doğan çocukların mirastan daha küçük pay almasını konu edinen ve Mahkeme'nin ihlal kararı vermiş olduğu *Marckx/Belçika*⁶³³ davası ile benzerlik göstermediğini ileri sürmüştür. Marckx/Belçika davasında ihlalin sebebi, evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar için farklı miras payları öngören Medeni Kanun hükümleri iken; Andorra hukukuna göre evlilik dışı veya evlat edinilmiş çocuklar, evlilik içi çocuklarla mirastan eşit pay almaktadır. Evlat edinilen başvurucunun, babaannesi tarafından babasına vasiyet edilen malvarlığı değerlerini elde edememesi, yasal bir engelden değil bizzat ilk vasiyetçinin iradesinden kaynaklanmıştır. Vasiyetçi, saklı paylı mirasçıların haklarını ihlal etmemek kaydı ile mülkünde dilediği şekilde tasarruf etme yetkisine sahiptir (§ 37-38).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle Andorra mevzuatı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında evlat edinilen çocukların mirasçılık hakları konusunda herhangi bir uyumsuzluğun mevcut olmadığını tespit etmiştir. Bu davada öne çıkan sorun, Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi'nin 1939 tarihli

⁶³³ AİHM, *Marckx/Belçika*, B.N. 6833/74, K.T. 13.07.1979.

vasiyetnameye ilişkin yorumunun özel ve aile hayatına saygı hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediğidir (§ 43-44).

Mahkeme, birçok kararında iç hukukun yorumlanması ve uygulanması hususunda yargı organları başta olmak üzere ulusal makamların önceliği bulunduğu dikkat çekmiştir. İç hukukun yorumunda geçerli olan bu ilke, vasiyetname gibi son derece kişisel nitelik taşıyan bir belgenin yorumu mevzubahis olduğunda evleviyetle geçerli olmalıdır. Ulusal yargı organları, yerel hukukî gelenekler ışığında kendisine sunulan uyuşmazlığın bağlamını ve rekabet eden çeşitli hak ve çıkarları değerlendirme hususunda uluslararası yargı organlarına göre çok daha elverişli bir konumdadır. Bu nedenle, özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali ancak ulusal yargı organlarının olaylara ve iç hukuka ilişkin değerlendirmesinin açıkça mantıksız veya keyfi olması yahut Sözleşme'nin temel ilkeleri ile bariz bir şekilde çelişmesi durumunda gündeme gelecektir (§ 46).

Mahkeme, uyuşmazlık konusu vasiyetnamenin yorumu hususunda ulusal yargı organlarının geniş takdir yetkisine vurgu yapmakla birlikte bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığını da belirtmiştir. İlke olarak, özel nitelikli uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak Mahkeme'nin görevleri arasında değildir. Ancak ulusal yargı organlarının herhangi bir hukukî işleme ilişkin yorumu mantıksız veya keyfi nitelikte ise yahut mevcut davada olduğu gibi ayrımcılık yasağı ve Sözleşme'nin diğer temel ilkeleri ile çelişiyorsa Mahkeme pasif bir tutum takınamaz. Mevcut davada vasiyetname, evlat edinilen torunların mirastan mahrum bırakılmak istendiğine işaret eden bir ibare içermemektedir. Yüksek Mahkeme'nin biyolojik çocuklar ile evlat edinilmiş çocuklar arasında açık bir ayrım öngörmeyen bir vasiyetnameyi başvuruçuyu miras hakkından mahrum bırakacak şekilde yorumlaması, ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmektedir (§ 58-64).

Pla ve Puncernau/Andorra kararı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hak ve değerlerin yalnızca devlet ile birey arasındaki ilişkilerde değil aynı zamanda özel kişiler arasındaki ilişkilerde de etkili olduğunu göstermesi bakımından anlamlıdır. Mahkeme, bir özel hukuk işlemi olan vasiyetnamenin Sözleşme ile uyumlu şekilde yorumlanması gerektiğini açık şekilde kabul etmiştir (§ 62). Her ne

kadar bu karar tek taraflı bir hukukî işleme ilişkin olsa da Mahkeme, sözleşme gibi diğer özel hukuk işlemleri için de aynı gerekliliğin mevcut olduğunu belirtmiştir (§ 59). Bundan çıkan sonuç, ulusal yargı organlarının bir sözleşme ilişkisini çözümlerken tarafların sübjektif iradelerine nihai bir belirleyicilik atfedememesi ve bu ilişkiyi Sözleşme’de düzenlenen haklar ışığında değerlendirmesi gerektiğidir⁶³⁴.

C) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN AVRUPA BİRLİĞİ ÇATISI ALTINDA KORUNMASI: TEMEL HAKLAR ŞARTI YÖNÜNDEN BİR DEĞERLENDİRME

Avrupa Birliği, üye devletleri ekonomik yönden bütünleştirmeyi amaçlayan bir kuruluş olarak ortaya çıkmıştır. Kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı (serbest dolaşım ilkeleri)⁶³⁵, Avrupa ekonomik bütünleşmesinin temel dayanaklarını oluşturmaktadır⁶³⁶. Bu ilkeler; doğrudan üye devletlere hitap etmeleri, devlet faaliyetlerini sınırlandırmaya yönelik işlevleri ve bireysel hak oluşturan içerikleri itibarıyla temel haklar ile benzer bir statüde kabul edilmektedir⁶³⁷.

⁶³⁴ *Pla ve Puncernau/Andorra* kararına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Kay, Richard S., “The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law”, **European Human Rights Law Review**, Issue 5, Y. 2005, s. 466-479; Cherednychenko, Olha, “Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol. 13, Issue 2, Y. 2006, s. 203-209; Collins, Hugh, “The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 76, No. 2, Y. 2013, s. 85-87; Barkhuysen/van Emmerik, s. 50-56; Cherednychenko (2007-a), s. 154-159; Çetin, s. 44-46; Szwed, s. 14-16. Yargıç Sir Nicolas Bratza karara ilişkin karşı oy yazısında, devlet organları için geçerli olan ayrımcılık yasağının özel kişiler arasındaki ilişkilere genişletilemeyeceğini; vasiyet özgürlüğünün Sözleşme’nin 8’inci ve Ek 1’inci Protokol’ün 1’inci maddeleri ile güvence altına alınmış olduğunu; vasiyetçinin mülkünü kime bırakacağını seçme ve potansiyel mirasçılar arasında ayırım yapma hakkının bulunduğunu; bunun için nesnel ve makul bir gerekçe sunmak zorunda da olmadığını; Andorra Yüksek Mahkemesi’nin vasiyetnameye ilişkin yorumunun keyfi ve mantıksız olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek çoğunluk görüşüne karşı çıkmıştır (AİHM, *Pla ve Puncernau/Andorra*, B.N. 69498/01, K.T. 13.07.2004, Yargıç Bratza’nın Karşı Oy Yazısı).

⁶³⁵ 1957 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma’nın (Roma Anlaşması) 3’üncü maddesinde; kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin engellerin kaldırılması Topluluğun temel faaliyetleri arasında sayılmıştır. 2007 yılında imzalanan Lizbon Anlaşması ile bu anlaşmanın ismi, Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Anlaşma şeklinde değiştirilmiştir.

⁶³⁶ Oppenoorth, Eric, **The Introduction of the ‘Freedom of Contract’: A Change in Social Direction of European Private Law?**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2015, s. 5.

⁶³⁷ Can, Hacı, **Avrupa Birliği Hukuku**, Sürat Üniversite Yayınları, İstanbul, 2013, s. 345-346.

Serbest dolaşım ilkeleri, özellikle Temel Haklar şartı'nın kabulü öncesindeki dönemde ekonomik hürriyetlerin Avrupa Birliği çatısı altında korunmasında temel dayanak noktası olarak kullanılmıştır. Avrupa Birliği mevzuatında sözleşme hürriyetinin metinsel bir temeli bulunmasa da birçok yazar, bu hürriyetin serbest dolaşım ilkelerinin zorunlu bir sonucu olduğunu ileri sürmüřtür⁶³⁸. Bu yazarlara göre; Avrupa Birliği'nin kurucu üyeleri, ordo-liberal bir ekonomik düzen oluşturmayı tasarlamışlar ve serbest piyasa mekanizmalarını ortak pazarın kurulmasının temel araçları olarak deęerlendirmişlerdir⁶³⁹. Bu görüş çerçevesinde, sözleşme hürriyeti ve diğer ekonomik hürriyetler, Avrupa Birliği'nin ekonomik anayasasının vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁰. Avrupa Birliği Adalet Divanı da *Sukkerfabrikken Nykøbing Limiteret v. Ministry of Agriculture*⁶⁴¹ kararı ile -hukukî dayanağına ilişkin herhangi bir açıklama yapmaksızın- sözleşme hürriyetinin üstün konumunu tanımış ve sonraki tarihli kararlarında da bu hususu teyit etmiştir⁶⁴².

⁶³⁸ Bu yazarlar için bkz. Rutgers, Jacobien W., “The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR”, **European Review of Contract Law**, Vol. 5, Issue 2, Y. 2009, s. 96-97, dipnot 1; Micklitz, Hans-W., “On the Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation”, **Penn State Journal of Law & International Affairs**, Vol. 4, No. 1, Y. 2015, s. 29, dipnot 94. Kişisel özerklik ilkesi kabul edilmeden ortak bir pazardan söz edilemeyeceği yönünde bkz. Leible, Stefan, “Fundamental Freedoms and European Contract Law”, **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008, s. 65.

⁶³⁹ Bkz. Rutgers, 99.

⁶⁴⁰ Oppenoorth, s. 7. Hukuk Sözcüsü Szpunar'a göre, sözleşme hürriyeti tanınmaksızın iç pazarın ve yüksek düzeyde rekabetçi bir sosyal piyasa ekonomisi kurulması (Avrupa Birliği Anlaşması m. 3. f. 3), ekonomi politikasının serbest rekabete dayalı açık piyasa ekonomisi ilkesine uygun olarak yürütülmesi (Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma m. 119. f. 1) mümkün değildir (ABAD, *Thelen Technopark Berlin GmbH v. MN*, C-261/20, 18.01.2022, Opinion of Advocate General Szpunar, § 76).

⁶⁴¹ ABAD, *Sukkerfabrikken Nykøbing Limiteret v. Ministry of Agriculture*, C-151/78, 16.01.1979, § 20.

⁶⁴² Ticaret ve meslek icra etme hürriyetinin Topluluk hukukunun genel ilkeleri arasında yer aldığı ve bu hürriyetin kiminle iş yapacağını seçme hakkını da kapsadığı yönünde bkz. ABAD, *Jean Neu and Others v. Secrétaire d'Etat à l'Agriculture et à la Viticulture*, C-90/90, 10.07.1991, § 13. Sözleşme hürriyeti ilkesi uyarınca, tarafların akdettikleri sözleşmeleri değiştirme hakkına sahip oldukları ve özel olarak sınırlama getiren Topluluk kuralları bulunmaksızın bu haklarının kısıtlanamayacağı yönünde bkz. ABAD, *Spain v. Commission*, C-240/97, 05.10.1999, § 99. Temel Haklar şartı öncesi dönemde sözleşme hürriyetinin Avrupa Birliği hukuku içerisindeki konumuna ve Adalet Divanı'nın konuya yaklaşımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Rutgers, s. 102-107; Szwed, s. 37-38; Oppenoorth, s. 22-25. Adalet Divanı'nın Temel Haklar şartı öncesi dönemde sözleşme hürriyetini Birlik hukukunun temel ilkeleri arasında değerlendirmediği;

7 Aralık 2000 tarihli Nice Zirvesi’nde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın ilan edilmesi ile birlikte Avrupa Birliği ilk kez kapsayıcı nitelikte bir temel hak ve hürriyet kataloğuna kavuşmuştur. Başlangıçta hukukî bağlayıcılığı bulunmayan Temel Haklar Şartı, 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Anlaşması’nda kendisine yapılan atıf neticesinde⁶⁴³ Birlik hukukunun birincil kaynakları arasında yerini almıştır. Buna göre, Avrupa Birliği kurum ve organları ile Birlik hukukunu uygulayan üye devletler, Şart’ta düzenlenen hak ve hürriyetlere riayet etme yükümlülüğü altına girmiştir (Temel Haklar Şartı m. 51. f. 1).

Temel Haklar Şartı, çağdaş demokratik rejimlerde genel kabul gören temel hak ve hürriyetlerin neredeyse eksiksiz bir listesini ihtiva etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin aksine, Temel Haklar Şartı’nda yalnızca kişisel ve siyasî hakların düzenlenilmesi ile yetinilmemiş; sosyal ve ekonomik nitelikli hakların büyük çoğunluğuna da yer verilmiştir. Ayrıca kişisel verilerin korunması (m. 8), çevresel koruma (m. 37) gibi bazı üçüncü ve dördüncü kuşak haklar da Şart’ta yer almıştır.

Temel Haklar Şartı’nda düzenlenen ekonomik hürriyetler; meslek seçme ve çalışma hakkı (m. 15), ticari faaliyette bulunma hürriyeti (m. 16) ve mülk edinme hakkından (m. 17) ibarettir. Şart’ta sözleşme hürriyetini açık şekilde güvence altına alan bir hükme rastlanmasa da bu hürriyetin ticari faaliyette bulunma hürriyetinin bileşenleri arasında yer aldığı kabul edilmektedir. Şart’ı hazırlayan Konvansiyon’un Başkanlığı tarafından sunulan “*Temel Haklar Şartı’na İlişkin Açıklamalar*”⁶⁴⁴

anlaşmalarda metinsel temeli bulunmayan bu hürriyetin Avrupa Birliği hukuk düzeninin bir parçası olmadığı yönünde görüş için bkz. Prassl, Jeremias, “*Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case C-426/11 Alema-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd*”, **Industrial Law Journal**, Vol. 42, Issue 4, Y. 2013, s. 442; Rutgers, s. 102-107.

⁶⁴³ Avrupa Birliği Anlaşması m. 6. f. 1: “Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg’da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar’la aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanır”.

⁶⁴⁴ Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, **Official Journal of the European Union**, C 303, 14.12.2007. Şart hükümlerini açıklığa kavuşturmayı amaçlayan bu belgenin hukukî yönden kesin bir bağlayıcılığı yoktur. Ancak Temel Haklar Şartı’nın 52’inci maddesinin 7’nci fıkrası ve Avrupa Birliği Anlaşması’nın 6’ncı maddesinin 2’nci fıkrası hükümlerinde, Birlik ve üye devlet mahkemelerinin, Şart hükümlerini yorumlarken bu belgede yapılan açıklamaları gerektiği gibi göz önünde bulunduracakları öngörülmüştür. Belgenin rolüne ve hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgin, Ahmet Burak, **Avrupa Birliği’nde İnsan**

başlıklı belgenin 16'ncı maddeye ilişkin yorumunda da bu husus teyit edilmiştir: “*Bu Madde, ekonomik veya ticari faaliyette bulunma hürriyeti ile sözleşme hürriyetini tanıyan Adalet Divanı içtihadına ve serbest rekabeti düzenleyen Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 119'uncu maddesinin 1'inci ve 3'üncü fıkralarına dayanmaktadır*”. Buna göre; Şart'ın 16'ncı maddesi “*ekonomik ve ticari faaliyette bulunma hürriyeti*”, “*sözleşme hürriyeti*” ve “*serbest rekabet hakkı*” olmak üzere birbirleri ile yakından ilişkili olan üç ayrı temel hakkı güvence altına almaktadır⁶⁴⁵. Nitekim Divan'ın çeşitli kararlarında, sözleşme hürriyetinin Şart'ın 16'ncı maddesi ile güvence altına alınmış temel haklardan birisi olduğu tereddüte yer bırakmayacak bir açıklıkla kabul edilmiştir⁶⁴⁶.

Temel Haklar Şartı'nın sözleşme hürriyetinin de dayanağını oluşturan “*ticari faaliyette bulunma hürriyeti*” başlıklı 16'ncı maddesi şu şekildedir: “*Topluluk hukuku ile ulusal yasalara ve uygulamalara uygun olarak ticari faaliyette bulunma hürriyeti tanınmaktadır*”. Bu hüküm, ifade tarzı itibarı ile Şart'ta yer alan diğer temel haklardan ve özellikle ekonomik hürriyetlere ilişkin düzenlemelerden ayrılmaktadır. Şart'ın “*özgürlükler*” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenen temel hakların genel formülasyonu “*herkes ... hakkına sahiptir*” (*everyone has the right ...*) şeklinde iken; 16'ncı maddede hakkın öznesine herhangi bir vurgu yapılmamış⁶⁴⁷ ve “*sahip olmak*” (*has/have*) yerine “*tanımak*” (*recognise*) şeklinde daha zayıf bir eylem tercih

Haklarının Gelişimi ve Korunması: Tüm Yönleriyle AB İnsan Hakları Hukuku, Legal Yayincılık, İstanbul, 2016, s. 498, dipnot 1081; Oliver, s. 285-286.

⁶⁴⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, **Freedom to Conduct a Business: Exploring the Dimensions of a Fundamental Right**, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015, s. 21-22; Groussot, Xavier/Pétursson, Gunnar Thor/Pierce, Justin, “*Weak Right, Strong Court: The Freedom to Conduct Business and the EU Charter of Fundamental Rights*”, **Research Handbook on EU Law and Human Rights**, (Editörler Sionaidh Douglas-Scott, Nicholas Hatzis), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, s. 327-329; Oliver, s. 286; Oppenoorth, s. 18.

⁶⁴⁶ Bkz. ABAD, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, 22.01.2013, § 42; ABAD, *Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*, C-426/11, 18.07. 2013, § 32; ABAD, *Spika and Others v. Žuvinkystės Tarnyba Prie Lietuvos Respublikos Žemės Ūkio Ministerijos*, C-540/16, 12.07.2018, § 34.

⁶⁴⁷ Üye ülkelerin vatandaşları ile bu ülkelerin tâbiyeti altındaki özel hukuk tüzel kişileri, ticari faaliyette bulunma hürriyetinin doğal öznelere olarak kabul edilmektedir. Öğretide, bu gruplar haricinde, tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar ile üçüncü ülke vatandaşları ve bu ülkelerin tâbiyeti altındaki özel hukuk tüzel kişilerinin de bu hürriyetin taşıyıcıları olabileceği ileri sürülmektedir. Divan'ın yaklaşımı da benzer yöndedir (Oliver, s. 296-297; European Union Agency for Fundamental Rights, s. 11-12).

edilmiştir⁶⁴⁸. Ayrıca aşağıda görüleceği üzere, “topluluk hukuku ile ulusal yasalar ve uygulamalar” ile sınırlı biçimde yapılan tanımlama da bu hürriyetin normatif gücünü zayıflatan bir diğer etmendir⁶⁴⁹.

Şart’ın 16’ncı maddesi hükmünün kaleme alınış tarzındaki söz konusu farklılık, sözleşme hürriyetinin nitelik itibarı ile bir temel hak mı yoksa ilke mi olduğu sorusunu ortaya çıkarmıştır. Temel Haklar Şartı’nda, temel hak niteliğindeki hükümler ile ilke niteliğindeki hükümler için iki farklı hukukî rejim öngörülmüştür. Temel hak içeren hükümler, hak sahibi tarafından doğrudan ileri sürülebilir ve Birlik organları ile üye devletler açısından bağlayıcı nitelik taşır⁶⁵⁰. Temel haklara yönelik gerçekleştirilen müdahaleler, Şart’ın 52’nci maddesinin 1’inci fıkrasında sınırlandırma rejimine ilişkin öngörülen kurallara uygun olmalıdır. İlke içeren hükümler ise subjektif bir hak yaratmadıkları gibi doğrudan bir talep imkânı da sunmazlar⁶⁵¹. Tek başlarına yasal bağlayıcılıkları bulunmayan ilke hükümleri⁶⁵² ancak Birlik organları ile Birlik hukukunu uygulayan üye devletlerin yasama veya yürütme tasarrufları aracılığı ile uygulanabilirler⁶⁵³. Böylece yargı organları, bu tasarrufların yorumunu ve denetimini gerçekleştirirken ilke hükümlerine başvurma imkânını elde ederler. Böyle bir aktarım olmaksızın, Birlik veya üye devletlerin organlarının olumlu bir eylemde bulunmasını sağlamak için Şart’ta yer alan ilke hükümlerine başvurulması mümkün değildir⁶⁵⁴. Bu nedenle, Şart’ın 51’inci

⁶⁴⁸ “Tanımlamak” eyleminin sosyal haklara ilişkin düzenlenmelerde daha çok tercih edildiği yönünde bkz. Metin, Yüksel, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, S. 4, Y. 2002, s. 50.

⁶⁴⁹ 16’ncı maddenin formülasyonuna ilişkin açıklamalar için bkz. Oliver, s. 285; Oppenoorth, s. 19-20.

⁶⁵⁰ Hesselink, Martijn W. “The Justice Dimensions of the Relationship between Fundamental Rights and Private Law”, **Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series**, No. 2015-08, Y. 2015, s. 22; Oppenoorth, s. 14-16; Bilgin, s. 499.

⁶⁵¹ Karayigit, Mustafa Tayyar, **Avrupa Birliği Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 355; Oliver, s. 295; Oppenoorth, s. 14-16; Hesselink, s. 22; Bilgin, s. 499-500.

⁶⁵² Oliver, s. 295.

⁶⁵³ Temel Haklar Şartı m. 52/5: “Bu Bildirge, ilkelerden oluşan hükümleri, Birliğin kurum, kuruluş, birim ve daireleri tarafından ve sahip oldukları yetkilerin kullanılmasında Birlik Yasalarını uyguladıkları durumlarda Üye Devletler tarafından, gerçekleştirilen yasama ve icra faaliyetleri vasıtasıyla uygulanır. Bu hükümlere, hukuki olarak ancak söz konusu faaliyetlerin yorumlanmasında ve meşruiyetleri hakkındaki yargı kararlarında başvurulabilir”.

⁶⁵⁴ Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, Article 52.

maddesinin 1'inci fıkrasında, temel haklara saygı gösterilmesi (*respect*) gerektiğinden söz edilirken; ilkelerin ise gözetilmesi (*observe*) gerektiği belirtilmiştir⁶⁵⁵.

Öte yandan, Temel Haklar Şartı'nda hangi normların temel hak, hangi normların ilke niteliğinde olduğu hususunda açıklık yoktur. “*Erkekler ve kadınlar arasında eşitlik*” başlıklı 23'üncü madde ile “*cezayı gerektiren suçların ve cezaların orantılı olması ve yasada tanımlanması ilkeleri*” başlıklı 49'uncu madde hükümlerinin ilke niteliğinde olduğu bu hükümlerin lafzından anlaşılabilmektedir. Temel Haklar Şartı'na İlişkin Açıklamalar'da, “*yaşlı hakları*” (m. 25), “*engellilerin toplumla bütünleştirilmesi*” (m. 26), “*çevresel koruma*” (m. 37) başlıklı maddelerin ilke niteliğinde olduğu örnekleme yolu ile sayılmıştır⁶⁵⁶. Söz konusu hükümler bir kenara bırakıldığında, temel hak-ilke ayrımı için kullanılabilecek kesin bir ölçüt mevcut değildir. Dahası bir maddenin, hem temel hak hem de ilke niteliğinde unsurlar içermesi de olasılık dâhilindedir⁶⁵⁷.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre; Şart'ın bir hükmünün temel hak niteliğinde kabul edilebilmesi için hakkın öznesinin açık şekilde gösterilmiş olması gereklidir. Özneye ilişkin vurgu içermeyen; sadece Birlik organları ve üye devletler için saygı gösterme yahut tanıma şeklinde soyut bir yükümlülük öngören hükümler ise ilke niteliğinde kabul edilmektedir⁶⁵⁸.

Diğer bir görüşe göre; Şart'ın kişisel ve siyasal haklara ilişkin hükümleri temel hak niteliğinde iken; “*dayanışma hakları*” bölümünde düzenlenen ve Birlik organları ile üye devletlerin pozitif eylemini gerektiren hükümler ilke

⁶⁵⁵ Temel hak-ilke ayrımının hukukî sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Craig, Paul, **The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform**, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 219-221.

⁶⁵⁶ Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, Article 52.

⁶⁵⁷ Temel Haklar Şartı'na İlişkin Açıklamalar'a göre, “*erkekler ve kadınlar arasında eşitlik*” (m. 23), “*aile ve meslek yaşamı*” (m. 33), “*sosyal güvenlik ve sosyal yardım*” (m. 34) başlıklı maddeler hem temel hak hem de ilke niteliğinde unsurlar içermektedir (Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, Article 52).

⁶⁵⁸ Avrupa Komisyonu'nun eski bir üyesi olan ve Şart'ın taslağını hazırlayan Konvansiyon'da Komisyon'un temsilciliğini yürüten Antonio Vitorino tarafından ileri sürülen bu görüşe ilişkin bkz. Craig, s. 217. Bu görüşe göre; Şart'ın 16'ncı maddesinde hakkın öznesi gösterilmediği için sözleşme hürriyeti bir ilke niteliğindedir.

niteliğindedir⁶⁵⁹. Ancak “*dayanışma hakları*” bölümünde düzenlenen bazı hükümlerin de yargısal icrailiklerinin bulunduğu ve kişilere doğrudan talep imkânı sunduğu belirtilerek bu görüş eleştirilmektedir⁶⁶⁰.

Temel hak-ilke ayırımına ilişkin Şart’ta kesin bir ölçüt bulunmadığına göre; her bir hükmün, lafzı ve içerikleri doğrultusunda ayrı ayrı niteliğinin tespit edilmesinde Adalet Divanı’nın yaklaşımı belirleyici olmaktadır.

Bazı yazarlar, “*topluluk hukuku ile ulusal yasalara ve uygulamalara*” atıf yapılmış olması nedeni ile Temel Haklar Şartı’nın 16’ncı maddesi hükmünün bir temel hak değil ilke niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür⁶⁶¹. Ancak *Sky Österreich*⁶⁶² davasında Adalet Divanı, söz konusu atfı, hükmün niteliği ile değil sınırlandırma rejimi ile ilişkilendirerek sözleşme hürriyetini temel haklar kategorisi içerisinde değerlendirmiştir⁶⁶³.

Sözleşme hürriyeti temel haklar kategorisi içerisinde değerlendirildiğine göre, bu hürriyete sınırlama getiren kuralların da Şart’ın 52’nci maddesinin 1’inci fıkrasında öngörülen temel hakların sınırlandırılması rejimine ilişkin koşullara uygun olması gerekmektedir. Bu çerçevede, i) sınırlamanın yasal bir dayanağı bulunmalı; ii) sınırlama, Birlik tarafından kabul edilen kamu yararı amaçlarına veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması amacına hizmet etmeli; iii) takip edilen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için başvurulmuş araç arasında ölçülü bir bağlantı olmalı ve iv) hak ve hürriyetlerin özüne saygı göstermelidir⁶⁶⁴.

Esasında bu ölçütlerin bütünü, henüz Temel Haklar Şartı ilan edilmeden önce Adalet Divanı’nın yerleşik içtihatları ile benimsenmiş olup Şart ile bu içtihatlar bir

⁶⁵⁹ Bu görüşe ilişkin bkz. Craig, s. 218-219; Karayığit, s. 356.

⁶⁶⁰ Craig, s. 218-219; Bilgin, s. 500; Karayığit, s. 356.

⁶⁶¹ Bu görüşe ilişkin bkz. Oliver, s. 295; Hesselink, s. 22-23.

⁶⁶² ABAD, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, 22.01.2013, § 46.

⁶⁶³ Aynı yönde bkz. Oliver, s. 295; Oppenoorth, s. 30. Ayrıca bkz. ABAD, *Thelen Technopark Berlin GmbH v. MN*, C-261/20, 18.01.2022, Opinion of Advocate General Szpunar, § 80.

⁶⁶⁴ Temel Haklar Şartı’nda hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejiminine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Craig, s. 222-226; Bilgin, s. 654-668.

nevi kodifiye edilmiştir⁶⁶⁵. Ticari faaliyette bulunma hürriyetine ilişkin ilk karar olma özelliği taşıyan⁶⁶⁶ 1974 tarihli *Nold* davasında Divan, bu hürriyetin kişilere sınırsız yetkiler tanımadığına ve sosyal işlevleri ışığında yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir. Divan’a göre -özüne dokunulmaması kaydıyla ve Topluluk tarafından izlenen genel hedefleri gerçekleştirmek üzere- ticari faaliyette bulunma hürriyetinin belirli sınırlamalara tabi tutulabilmesi mümkündür⁶⁶⁷. Şart’ın ilanı sonrasında sözleşme hürriyetine ilişkin verilen kararlarda da benzer bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir⁶⁶⁸.

Hatırlanacağı üzere, Temel Haklar Şartı’nın 16’ncı maddesinde sözleşme hürriyeti “*topluluk hukuku ile ulusal yasalar ve uygulamalar*” ile sınırlı şekilde tanınmıştır. Bu ibare, sözleşme hürriyetini “*ilke*” yahut “*ikincil statüde bir temel hak*” olarak nitelendirmek için yeterli olmasa da Birlik organları ve üye devletlerin, diğer temel haklara kıyasla bu hürriyete ilişkin daha geniş müdahale olanaklarına sahip olduğunu göstermektedir⁶⁶⁹. Adalet Divanı da ifade tarzı itibarı ile 16’ncı madde hükmünün Şart’ın “*özgürlükler*” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenen diğer temel özgürlüklerden farklılaştığını ve daha çok “*dayanışma*” başlıklı dördüncü bölümde yer alan çeşitli hükümlere benzediğini belirttikten sonra, ekonomik faaliyetlerin kamu yararına uygun şekilde yürütülmesini sağlamak için kamu otoritelerinin bu maddeye yönelik geniş müdahale olanaklarına sahip olduğuna dikkat çekmiştir⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ Bilgin, s. 668.

⁶⁶⁶ Marrapodi, s. 16.

⁶⁶⁷ ABAD, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities*, C-4/73, 14.05.1974, § 14. Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Metin, Yüksel, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 104-105.

⁶⁶⁸ Sözleşme hürriyetinin mutlak nitelikte bir temel hak olmadığına ve sosyal işlevi ışığında yorumlanması gerektiğine ilişkin bkz. ABAD, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, 22.01.2013, § 45.

⁶⁶⁹ ABAD, *Thelen Technopark Berlin GmbH v. MN*, C-261/20, 18.01.2022, Opinion of Advocate General Szpunar, § 89. Aynı yönde bkz. Oppenoorth, s. 29; Groussot/Pétursson/Pierce, s. 330.

⁶⁷⁰ ABAD, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, 22.01.2013, § 46. Bu karara ilişkin bkz. Bartl, Marija/Leone, Candida, “*Minimum Harmonisation after Alemo-Herron-The Janus Face of EU Fundamental Rights Review: European Court of Justice Third Chamber Judgment of 18 July 2013, Case C-426/11, Alemo-Herron v. Parkwood Leisure Ltd*”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 11, Issue 1, Y. 2015, s. 150; Oliver, s. 292-293; Szwed, s. 41-42; Oppenoorth, s. 29-30.

Sözleşme hürriyetine yönelik gerçekleştirilen müdahaleler, Şart'ta düzenlenen diğer temel hakların ve ilkelerin korunması gerekliliği ile de meşrulaştırılabilir. Adalet Divanı'nın genel yaklaşımına göre; Şart çerçevesinde korunan temel hak ve ilkelerin çatışması durumunda, ölçülülük ilkesi ve öz güvencesi ölçütleri kullanılarak çatışan değerler arasında adil bir denge kurulması gerekir. Sözleşme hürriyeti, geniş kapsamı ve yaygın uygulama alanı itibarı ile işçi ve tüketici hakları başta olmak üzere Şart'ta düzenlenen birçok temel hak ve ilke ile çatışma potansiyeline sahiptir. Ancak 16'ncı madde hükmünün normatif açıdan zayıf görünen yapısının da etkisi ile çoğu durumda, sözleşme hürriyetinin Birlik hukukunda korunan öteki değerler karşısında boyun eğmesi muhtemel görünmektedir⁶⁷¹. Ticari faaliyette bulunma ve sözleşme hürriyetine yönelik müdahalelerin denetimini konu alan Adalet Divanı kararları da büyük ölçüde bu görüşü doğrulamaktadır.

*Sky Österreich*⁶⁷² davasında Adalet Divanı, münhasır yayın hakkı sahiplerini, kamu için büyük önem taşıyan olaylar hakkında kısa haber sunumları hazırlayabilmeleri için diğer yayıncılarla görsel ve işitsel veri paylaşımına zorlayan ve paylaşılan veriler karşılığında talep edilebilecek tazminat miktarını erişimin sağlanmasının neden olduğu ilave maliyetler ile sınırlandıran Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nin⁶⁷³ 15'inci maddesi hükmünü denetlemiştir. Avrupa Ligi ve Avusturya Ligi maçlarının münhasır yayın haklarını elinde bulunduran Sky Österreich firması, ulusal telekomünikasyon otoritesi KommAustria'nın kararı ile maçların özet görüntülerini diğer televizyon kanalları ile paylaşmaya zorlanmıştır. Uydu sinyaline erişimin sağlanması ek bir maliyet gerektirmediği için firma herhangi bir tazminat talebinde de bulunamamıştır.

Adalet Divanı, ilk olarak, Temel Haklar Şartı'nın 16'ncı maddesi çerçevesinde korunan sözleşme hürriyetinin kiminle iş yapacağını seçme ve sunulan hizmetin fiyatını belirleme serbestilerini içerdiğini tespit etmiştir (§ 43). Yukarıda

⁶⁷¹ ABAD, *Thelen Technopark Berlin GmbH v. MN*, C-261/20, 18.01.2022, Opinion of Advocate General Szpunar, § 90.

⁶⁷² ABAD, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, 22.01.2013.

⁶⁷³ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010, **Official Journal of the European Union**, L 95, 15.4.2010.

zikredilen Direktif hükmü ile münhasır yayın hakkı sahibinin sözleşme yapacağı yayıncıyı seçme ve uydu sinyaline erişimin sağlanması karşılığında talep edeceği fiyatı belirleme haklarına müdahale edilmiştir (§ 44). Ancak Divan’a göre; söz konusu müdahalenin Şart’ın 11’inci maddesinde düzenlenen haber alma hürriyeti ile basının çoğulculuğu ilkesini güvence altına alma şeklinde meşru bir amacı bulunmaktadır (§ 51-52). Erişimin sağlanmasının neden olduğu ilave maliyetler dışında, tazminat miktarının yayın haklarına ödenen bedel yahut yayının ölçüğü gibi başka bir ölçüte göre hesaplanması, küçük ölçekli yayıncıların erişim talebinde bulunmasına engel teşkil edebileceği için daha az kısıtlayıcı bir önlemin yeterli olmayacağı değerlendirilmiştir (§ 53-55). Ayrıca Direktif hükmü, münhasır yayın hakkı sahibinin bu hakkı bizzat kullanmasını veya sözleşme ile diğer yayıncılara devretmesini engellemediğine göre hakkın özüne dokunma yasağı da ihlal edilmemiştir (§ 49).

*McDonagh*⁶⁷⁴ davasında, uçuş iptali durumunda hava taşıma işletmelerinin yolculara tazminat ödeme yükümlülüğünü öngören 261/2004 sayılı Tüzük⁶⁷⁵ hükümlerinin ticari faaliyette bulunma hürriyetini ihlal ettiği iddiası incelenmiştir. Adalet Divanı’na göre; Avrupa Birliği hukuk düzeni içerisinde korunan çeşitli temel hakların çatışması durumunda, bu hakların korunma gerekliliklerinin uzlaştırılması ve aralarında adil bir denge kurulması gerekir (§ 62). Şart’ın 38’inci maddesi ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Anlaşma’nın 169’uncu maddesi uyarınca; tüketicilerin korunması, Birlik’in temel görevleri arasında yer almakta olup hava taşıma işletmeleri için öngörülen tazminat ödeme yükümlülüğü de bu görevin bir gereğidir (§ 63). Tüketicilerin korunması amacı, ticari işletmeler için ciddi ekonomik sonuçlar doğuran önlemleri bile meşru kılabilecek ölçüde önemlidir (§ 48). Ayrıca hava taşıma işletmeleri, uçuş iptaline ilişkin olası maliyetleri hesaba katıp bilet fiyatlarına yansıtma olanağına da sahiptir (§ 49). Bu çerçevede, 261/2004 sayılı Tüzük ile getirilen yükümlülüğün ölçülülük ilkesine aykırı olmadığına ve ticari faaliyette bulunma hürriyetini ihlal etmediğine karar verilmiştir (§ 65).

⁶⁷⁴ ABAD, *Denise McDonagh v. Ryanair Ltd*, C-12/11, 31.01.2013.

⁶⁷⁵ Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004, **Official Journal of the European Union**, L 46, 17.02.2004.

Yukarıda örnek olarak verilen iki karardan da anlaşılacağı üzere, Birlik organları ve üye devletler, Şart'ın 16'ncı maddesinde düzenlenen temel hakların sınırlandırılması hususunda oldukça geniş bir takdir marjına sahiptir. Adalet Divanı içtihatları, Şart'ın 16'ncı maddesinin ölçü norm olarak kullanıldığı davaların başarı şansının son derece zayıf olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁷⁶. Ancak 16'ncı maddede düzenlenen temel hakları, Birlik organları ve üye devletlerin sınırsız müdahale olanaklarına sahip olduğu işlevsiz ve marjinal nitelikte haklar olarak da düşünmemek gerekir. Sosyal haklar başta olmak üzere, Şart'ta düzenlenen diğer temel hak ve ilkeler karşısında, 16'ncı maddede düzenlenen temel haklara birer karşı-denge unsuru olarak başvurulabilmektedir⁶⁷⁷. Bu nedenle, ticari faaliyette bulunma hürriyeti öğretide “*güçlü potansiyele sahip zayıf bir hak*”⁶⁷⁸ olarak nitelendirilmektedir.

*Alemo-Herron*⁶⁷⁹ davası, Temel Haklar Şartı'nın 16'ncı maddesi hükmünün güçlü potansiyelini sözleşme hürriyeti özelinde kanıtlayan önemli bir karardır. Bu davada Adalet Divanı, işyerinin devri durumunda, iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçların devralan işverene geçmesini öngören ve devredenine bağlı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin sözleşmenin feshedildiği, süresinin sona erdiği yahut yeni bir sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar devralan işveren tarafından devam ettirilmesini şart koşan 2001/23 sayılı Direktif⁶⁸⁰ hükmünü (m. 3) yorumlamıştır. Uyuşmazlığa konu olaya göre; başlangıçta kamu sektöründe çalışmakta olan davacı işçiler, imzaladıkları iş sözleşmesi uyarınca yerel yönetimlerin toplu sözleşme organı olan NCJ tarafından müzakere edilen toplu sözleşme hükümlerinden yararlanma hakkına sahiptirler. Davacı işçilerin çalıştığı departman, 2002 yılında CCL Limited isimli şirkete devredilmiş ve bu şirket, eski işverenin taraf olduğu toplu sözleşme hükümlerini uygulamaya devam etmiştir. 2004 yılında ise söz konusu teşebbüs Parkwood Leisure Ltd isimli şirkete devredilmiştir. Devir tarihinden sonra NJC

⁶⁷⁶ Oliver, s. 298-299; Oppenoorth, s. 30; Groussot/Pétursson/Pierce, s. 330.

⁶⁷⁷ Krş. Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd, C-426/11, 18.07. 2013, Opinion of Advocate General Cruz Villalón, § 52. Aynı yönde bkz. Groussot/Pétursson/Pierce, s. 342.

⁶⁷⁸ Groussot/Pétursson/Pierce, s. 327. Ayrıca bkz. Marrapodi, s. 17.

⁶⁷⁹ Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd, C-426/11, 18.07. 2013.

⁶⁸⁰ Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001, **Official Journal of the European Communities**, L 82, 22.03.2001.

tarafından yeni bir toplu sözleşme kabul edilmişse de davalı şirket, bu toplu sözleşme hükümlerinin kendisi açısından bağlayıcı olmadığı sonucuna varmış ve sözleşme ile kararlaştırılan ücret artışını uygulamayacağı konusunda çalışanlarını bilgilendirmiştir. Şirketin toplu sözleşme hükümlerini uygulamayı reddetmesi üzerine işçiler dava yoluna başvurmuş; derece mahkemelerinin muhtelif kararlarının ardından dava Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme, 2001/23 sayılı Direktif'in ilgili hükümlerinin yorumu ve etkisi hakkında karar vermesi için ön karar prosedürü ile Adalet Divanı'na başvurmuştur (§ 9-16).

Adalet Divanı ilk olarak, söz konusu davada mevcut olan işyerinin devri işleminin bir kamu tüzel kişisi ile bir özel hukuk tüzel kişisi arasında gerçekleştiğine dikkat çekmiştir. Kamu sektörü ile özel sektörün çalışma koşulları arasındaki farklılık nedeni ile devralan işverenin faaliyetlerini uygun şekilde sürdürebilmesi için bu koşullarda önemli değişiklikler ve ayarlamalar yapması gerekmektedir (§ 26-27). Devir tarihinden sonra kabul edilen toplu sözleşmelere de atıfta bulunan sözleşme hükümleri, devralan işverenin bu tür değişiklikleri ve ayarlamaları yapabilmesi hususunda ihtiyaç duyduğu hareket alanını önemli ölçüde daraltmıştır. Bu tarz sözleşme hükümlerinin, devralan işverenin menfaatleri ile çalışanların menfaatleri arasındaki adil dengeyi sarsması muhtemeldir (§ 28-29).

Adalet Divanı'na göre; 2001/23 sayılı Direktif'in ilgili hükümleri, Temel Haklar Şartı'nda yer alan hak ve hürriyetler -mevcut dava açısından sözleşme hürriyetini de kapsayan Şart'ın 16'ncı maddesinde düzenlenen ticari faaliyette bulunma hürriyeti- ile uyumlu şekilde yorumlanmalıdır (§ 30-32). Ticari faaliyette bulunma hürriyeti; devralan işverenin, taraf olduğu bir sözleşme ilişkisi içerisinde kendi menfaatlerini fiilen ileri sürebilmesini ve çalışma koşullarındaki değişikliklere ilişkin hususları serbestçe müzakere edebilmesini gerektirmektedir (§ 33). Ancak mevcut davada, devralan işveren, toplu sözleşme sürecine katılma olanağından yoksundur. Bu şartlar altında, devralan işveren ne kendi menfaatlerini bir sözleşme ilişkisi içerisinde ileri sürebilmiş ne de çalışma koşullarındaki değişikliklere ilişkin hususları serbest şekilde müzakere edebilmiştir (§ 34). Bu nedenle Divan, devir tarihinden sonra ve kendisinin herhangi bir katılımı olmaksızın kabul edilen toplu

sözleşme hükümlerinin devralan işveren açısından bağlayıcı olmasının sözleşme hürriyetinin özünü zedelediğine karar vermiştir (§ 35-38)⁶⁸¹.



⁶⁸¹ Alemo-Herron kararı öğretilerde çeşitli eleştirel yorumlara neden olmuştur. Adalet Divanı'nın yorumu ile Direktif'in temel hedefi olan işçinin korunması amacının ters yüz edildiği; işçi ile işverenin menfaatleri arasında uygun bir denge kurulamadığı yönünde bkz. Prassl, s. 439-440. Kararın, Birlik hukukunda sosyal standartlara ilişkin “*asgari uyumlaştırma*” (*minimum harmonisation*) yöntemi ile bağdaşmadığı yönünde bkz. Bartl/Leones, s. 146-153. Karara ilişkin “*Avrupalı Lochner*” nitelmesi için bkz. Hesselink, s. 18.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ANAYASAL SÖZLEŞME HÜRRİYETİ GÜVENCESİ

I) OSMANLI-TÜRK ANAYASAL GELİŞMELERİ İŞİĞİNDA SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

A) KLASİK DÖNEM OSMANLI HUKUK DÜZENİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

Osmanlı İmparatorluğu, klasik dönemi itibarı ile teokratik bir devlet görünümündedir. Tanzimat Fermanı'nın ilanına kadar İslam hukuku kuralları (şer'i hukuk) -örfî hukuk ile birlikte- Osmanlı hukukunun iki temel dayanağından birini oluşturmuştur. Bu bakımdan, öncelikle İslam dininin ve bu dinin hukuk düzenini ifade eden *fıkıh*'ın sözleşme hürriyetine yaklaşımının incelenmesi gerekmektedir.

İslamiyet, Hristiyanlığın aksine, meşru yollar ile elde edilen serveti ve zenginliği hor görmemiş; ticareti ve çalışıp kazanmayı teşvik etmiştir⁶⁸². İslam ülkeleri de bu anlayış doğrultusunda daima önemli ticaret merkezlerine ev sahipliği yapmış ve canlı bir ticarî hayata sahip olmuşlardır⁶⁸³. Bu gelişmiş iktisadî münasebetlerin uygun bir hukukî zeminde gerçekleşmesini temin edebilmek için de gerek doğrudan Kur'an'da; gerekse sünnet, icma ve kıyas gibi İslam hukukunun diğer kaynaklarında kapsamlı kurallar öngörülmüştür.

⁶⁸² Kur'an-ı Kerim'de ticaretin ve bu yolla elde edilen gelirin helal olduğuna dair yer alan bazı ayetler şu şekildedir: “*Ey iman edenler! Karşılıklı rızâya dayanan ticaret dışında mallarınızı aranızda haksızlıkla yemeyin*” (Nisa: 4/29). “*Allah alım satımı helâl, faizi ise haram kılmıştır*” (Bakara: 2/275). Keza Hz. Muhammed, gençliğinden itibaren uzun yıllar ticaretle uğraştığı gibi inananları da ticaretle uğraşmaya ve varlıklı olmaya teşvik etmiştir: “*Doğru sözlü ve kendisine güvenilen tüccar ahirette peygamberler, sıddıklar ve şehitlerle beraber olacaktır*” (Tirmizî, Buyû/4). “*Servet, bir Müslüman için ne iyi arkadaşdır. Yeter ki o, servetinden fakire, yetime ve yolcuya versin*” (Ahmet b. Hanbel, III, 21). Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan, Mustafa, **Hz. Muhammed Fakir Miydi?**, Liberte Yayınları, Ankara, 2016, s. 140-164; Savaş (2000), s. 133-134; Güriz (2010), s. 40.

⁶⁸³ Orta Çağ Avrupası'nda durağanlaşan ticaret ve kent hayatının, XII'nci yüzyıldan itibaren yeni bir ivme kazanmasında İtalyan şehir devletlerinin İslam ülkeleri ile yaptıkları ticaretin etkisi büyüktür. Bu etki o kadar belirgindir ki; batı dillerindeki *tariff* (gümrük), *cheque* (çek), *carat* (ayar), *hazard* (tehlike) gibi birçok finans ve ticaret terimi Arapça kökenlidir (Koehler, Benedikt, **İslam'ın Erken Dönemlerinde Kapitalizmin Doğuşu**, (Çev. İsmail Kurun), Liberte Yayınları, Ankara, 2016, s. 22-24).

İslam hukukunda, hak ve borçların kaynağı olarak taraf iradelerine geniş bir geçerlilik tanındığını ve sözleşme hürriyetinin temel bir ilke olarak benimsendiğini söylemek mümkündür. İlk olarak; sözleşmenin kurulabilmesi için taraf iradelerinin uyuşması yeterli görülmüş; çok tabî ve zarurî hâller dışında katı şekil şartları getirilmemiştir⁶⁸⁴. Bardakoğlu'nun ifadesi ile “*mücerret rıza ile bir akdin kurulabilmesi, hukuk tarihinde ilk defa İslam hukuku tarafından kaide olarak benimsenmiştir*”⁶⁸⁵. İkincisi; taraflara, ihtiyaçları doğrultusunda ve meşru sınırlar dâhilinde istediği tip ve türde sözleşme akdetme yetkisi tanınmış; isimsiz sözleşmelere de hukukî koruma sağlanmıştır⁶⁸⁶. Üçüncü olarak; istisnai durumlar dışında⁶⁸⁷, bireyin sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşme yapmaya zorlanmama serbestisi de kabul edilmiştir⁶⁸⁸. Dördüncüsü; -bazı görüş ayrılıkları mevcut olmasına rağmen- İslam hukukçularının çoğu, “*eşyada aslolan ibahadır*” kaidesinden hareketle, nas ile yasaklanan bir hususa ilişkin olmadığı müddetçe tarafların sözleşme içeriğini serbestçe belirleme yetkisine sahip olduğu görüşündedir⁶⁸⁹. Beşincisi; sözleşmeye sadakat ilkesine büyük önem verilmiş; akdedilen sözleşmelere riayet edilmesi aynı zamanda dini bir vecibe olarak

⁶⁸⁴ Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslâm Hukuku 2: Borçlar Hukuku (Muâmelât)**, İz Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 51-52; Saleh, Nabil, “Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?”, **Arab Law Quarterly**, Vol. 16, No. 4, Y. 2001, s. 347-348; Hakçalı, Abdurrahman, “İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi”, **Dini Araştırmalar Dergisi**, C. 5, S. 13, Y. 2002, s. 135; Çalış, Halit, “İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **Dini Araştırmalar Dergisi**, C. 7, S. 19, Y. 2004, s. 284-285.

⁶⁸⁵ Bardakoğlu, Ali, “İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı”, **Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 1, Y. 1983, s. 10.

⁶⁸⁶ Ez-Zerka, Mustafa Ahmed, “İslâm Hukuku'nda Akitlerin Sınıflandırılması”, (Çev. Servet Armağan), **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 17, Y. 1988, s. 52-54; Karaman, s. 53-54; Akçalı, s. 135; Çalış, s. 285-286.

⁶⁸⁷ Bu istisnai durumlar için bkz. Çalış, s. 271-284.

⁶⁸⁸ Bardakoğlu, s. 10; Çalış, s. 271-272.

⁶⁸⁹ Bardakoğlu, s. 13-29; Saleh, s. 354-355; Çalış, s. 286-289. Bu arada belirtmek gerekir ki; İslam hukukunda adil fiyat yaklaşımı bulunmamaktadır. Kural olarak, alıcı ile satıcı, sözleşme konusu malın bedelini serbestçe belirleyebilirler. Fiyatların arz-talep dengesi içerisinde oluşması esas olup devletin fiyat düzenlemeleri yolu ile bu dengeye müdahalesi kınanmıştır. Nitekim Hz. Muhammed, fiyatı yükselen bazı gıda ürünleri için tavan fiyat belirlemesi için ricacı olanları “*Fiyatlar Allah'ın elindedir*” diyerek geri çevirmiştir (Koehler, s. 224-225). Aynı yönde bkz. Elbir (1952), s. 860; Çalış, s. 277. İslam hukukunda fahiş gabin kurumuna yer verilmişse de bu sebeple sözleşmenin feshedilebilmesi için edimler arasındaki orantısızlık tek başına yeterli olmamakta; bu orantısızlığın karşı tarafın aldatmasından kaynaklanması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Elbir, Halid Kemal, “İslâm Hukukunda Gabin”, **İstanbul Yüksek İslâm Enstitüsü Dergisi**, S. 1, Y. 1963, s. 3-13.

görülmüştür⁶⁹⁰. Son olarak; İslamiyet'in, bireyler arasındaki ekonomik ilişkilerde sözleşmeleri ön plana çıkardığını ve statü esasına göre düzenlenen ilişkileri genel olarak reddettiğini belirtmek gerekir⁶⁹¹.

Sözleşme hürriyeti, İslam hukukunda temel bir ilke olmakla birlikte, rekabetin korunması, tüketicinin korunması, sözleşmenin zayıf tarafının korunması gibi sosyo-ekonomik gerekçeler ile bu hürriyete bazı sınırlamalar da getirilmiştir. *İhtikâr yasağı*⁶⁹², *telakki'r rukbân yasağı*⁶⁹³, faizli işlem yasağı bu kapsamda zikredilebilir.

⁶⁹⁰ Sözleşmeye sadakat ilkesi ile ilgili Kur'an-ı Kerim'de yer alan bazı ayetler şu şekildedir: “Ey iman edenler! Sözleşmeleri yerine getirin” (Mâide: 5/1). “Antlaşma yaptığınız zaman Allah’a verdiğiniz sözü yerine getirin; Allah’ı kendinize kefil tutarak kesinliğe kavuşturduktan sonra yeminlerinizi bozmayın. Unutmayın ki yaptıklarınızı Allah bilmektedir” (Nahl: 16/91). “Ahde vefa gösterin; çünkü ahid sorumluluk doğurur” (İsrâ: 17/34).

⁶⁹¹ Mirakhor, Abbas, “The Muslim Scholars and the History of Economics: A Need For Consideration”, *The American Journal of Islamic Social Sciences*, Vol. 4, No. 2, Y. 1987, s. 252; Savaş (2000), s. 132. İslam hukukunda aristokratik ayrıcalıklara yer verilmemişse de tüm bireylerin hukukî eşitliğinden söz etmek de mümkün değildir. Hür ile köle, Müslüman ile gayrimüslim, erkek ile kadın hak ve yükümlülükler bakımından eşit konumda değildir. Öte yandan -kölelik statüsü bir yana bırakılırsa- bu eşitsizliklerin daha çok kamu hukuku ile aile, miras ve yargılama hukuku gibi alanlara özgülendiği; tüm özel hukuk ilişkilerine genişletilmediği görülmektedir. Borçlar hukuku ve ticaret hukuku açısından zimmiler, Müslümanlarla eşit kabul edilmişler; mülkiyet, sözleşme ve ticaret yapma hakları güvence altına alınmıştır (Bozkurt, Gülnihal, “İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Y. 1987, s. 136-137; Konan, Belkıs, “Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 1, Y. 2015, s. 179-180). Aynı şekilde kadınlar da rüşd yaşına eriştikten sonra babasının veya kocasının izni ve onayına gerek olmaksızın hukuki işlem yapma, sözleşmeler ile hak iktisap edip borç altına girme, mülk edinme ve mülkünde dilediğince tasarrufta bulunma yetkilerine sahiptir (Akyılmaz, Gül, “Osmanlı Devleti’nde Kadınların Mülkiyet Hakları ve Karşılaştıkları Hukuki Sorunlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Özel Sayı: Kadın ve Hukuk, Y. 2017, s. 332-333).

⁶⁹² İhtikâr; bir malın, fiyatının artması için stoklanarak piyasaya arzının geciktirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. İhtikâr yasağı kural olarak sadece zorunlu tüketim maddeleri için geçerlidir. Bir malın eksikliğinin halkın hayatını tehlikeye düşürmesi durumunda, devlet başkanı veya mahkeme, uygun bir kâr payı tayin edip mal sahibini söz konusu malları satmaya mecbur edebilir (Kallek, Cengiz, “İhtikâr”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*: 21. Cilt, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2000, s. 560-564; Turan, Fatih M., “İslam Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması”, *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 43, Y. 2015, s. 82-84; Karaman, s. 105-106; Çalış, s. 274-276).

⁶⁹³ Telakki'r rukbân; şehirli tüccarın, pazara dışarıdan mal getiren kabileleri pazar dışında karşılayıp henüz fiyatları öğrenmelerine imkân olmadan onların mallarını ucuza satın alması şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tür bir alışveriş, hem piyasa hakkında yeterli bilgiye sahip olmayan üreticilerin hem de fiyat artışları nedeni ile tüketicilerin mağduriyetine yol açtığı için yasaklanmıştır (Karaman, s. 106-107; Kallek (2000), s. 563; Çalış, s. 276-277; Turan, s. 85).

Osmanlı hukukunda sözleşme hürriyetine getirilen bazı sınırlamaların şeriat hükümlerinin izin verdiği ölçünün ötesine taşıdığı görülmektedir. Bununla ilgili en açık örnek, *narh*⁶⁹⁴ konusunda karşımıza çıkmaktadır. İslam hukukçularının büyük çoğunluğu, *narh* konulmasına karşı olumsuz yaklaşım sergilemişler; *narh*ı, haram veya mekruh olarak nitelemişlerdir⁶⁹⁵. *Narha* cevaz veren hukukçuların da çok sıkı şartlar öngördüğü ve *narha* en son çare olarak başvurulmasını tavsiye ettikleri görülmektedir⁶⁹⁶. Buna rağmen *narh* sistemi, klasik dönem Osmanlı fiyat politikasının temel esasını teşkil etmiştir⁶⁹⁷. Öyle ki ekmek, et, süt, meyve, sebze gibi temel ihtiyaç maddelerinin yanı sıra kahve, kıymetli kumaş, lale soğanı gibi lüks sayılabilecek ürünler için dahi *narh* konulmuş; *narha* uymayan esnafa falakaya yatırma, kulağından çivileme, hatta idama varan cezalar verilmiştir⁶⁹⁸.

B) OSMANLI EKONOMİSİNİN LIBERALLEŞMESİ VE KÂNÛN-I ESÂSÎ DÖNEMİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

XIX'uncu yüzyıl'a gelindiğinde, Osmanlı İmparatorluğu'nun geleneksel ekonomik sisteminde yaklaşık iki asır boyunca devam eden bozulma eğilimi artık belirgin hale gelmiş; kapitülasyonlar ve serbest ticaret anlaşmaları yolu ile İmparatorluk âdeta batılı devletlerin yarı sömürgesi durumuna düşmüştür. Batılı devletler, hem sanayi üretimleri için ihtiyaç duydukları hammaddelere ev sahipliği yapması hem de mamul ürünlerinin ihracı için büyük bir pazar konumunda olması nedeni ile Osmanlı ekonomisinin liberalleşmesi ve dışa açılması yönünde baskı

⁶⁹⁴ *Narh*, kamu otoritelerinin bazı mal ve hizmetlere ilişkin tavan fiyat tespiti anlamına gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tabakoğlu, Ahmet, “*Osmanlı Ekonomisinde Fiyat Denetimi*”, **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası**, C. 43, S. 1-4, Prof. Dr. S. F. Ülgener'e Armağan, Y. 1987, s. 121-129; Pakalın, Mehmet Zeki, **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü II**, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, 1993, s. 654-657; Kallek, Cengiz, “*Narh*”, **TDV İslâm Ansiklopedisi: 32. Cilt**, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2006, s. 387-389; Kütükoğlu, Mübahat S., “*Narh: Osmanlılar'da*”, **TDV İslâm Ansiklopedisi: 32. Cilt**, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2006, s. 390-391.

⁶⁹⁵ Kallek (2006), s. 388.

⁶⁹⁶ Kallek (2006), s. 388.

⁶⁹⁷ Tabakoğlu, s. 122.

⁶⁹⁸ Tabakoğlu, s. 122; Pakalın, s. 657; Kütükoğlu, s. 390-391.

uygulamıştır. Bu baskılar neticesinde zamanla Osmanlı'nın kapalı ekonomik sistemi çözülmüş ve batı ile yapılan ticaretin hacmi genişlemiştir⁶⁹⁹.

Yeni gelişen ekonomik ilişkilerin dayattığı ihtiyaçların eski kanunlar ve özellikle din kökenli kurallarla karşılanması mümkün olmamıştır⁷⁰⁰. Bir yandan İslam hukukunun kambiyo işlerine, çeşitli şirket türlerine, ticaret hayatının gerektirdiği bazı sözleşme tiplerine yabancı olması⁷⁰¹; diğer yandan Osmanlı topraklarında ticaret yapan Avrupalı tüccarların alışkın oldukları hukuk kurallarına tabii olma istekleri⁷⁰², Osmanlı hukuk düzeninin modernleşmesi ve laikleşmesi ihtiyacını gündeme getirmiştir. Tanzimat ve Islahat Fermanları ile bu dönemde kabul edilen batı kaynaklı kanunlar, liberalleşen yeni ekonomik düzen için uygun hukukî bir altyapı oluşturma işlevi görmüşlerdir.

Tanzimat ve Islahat Fermanları, mülkiyet hakkı ve müsadere yasağı gibi sermaye birikiminin önünü açan bazı ekonomik hürriyetleri ihtiva etmelerinin yanı sıra, Müslüman ve gayrimüslim tebaa arasında eşitlik ilkesini öngörerek yabancı tüccar ve azınlıkların haklarını da hukukî teminat altına almıştır.

Keza 1807 Tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun (Code de Commerce) 1'inci ve 3'üncü kitaplarının aynen iktibası sureti ile 1850 yılında yürürlüğe konulan Kanunname-i Ticaret'e de aynı liberal ton hâkimdir. Bu kanunnamede, her tür sınıf ayrıcalığını reddeden Fransız İhtilali'nin ruhuna uygun olarak, ticaret hukukunu, tacir sınıfının hukuku şeklinde algılayan *sübjektif sistem* yerine, ticarî işlemlerden

⁶⁹⁹ Yed-i vâhid usulünün kaldırılması, gümrük resmi oranlarının düşürülmesi, narh uygulamalarından büyük ölçüde vazgeçilmesi, loncaların güç ve ağırlıklarının azaltılması ve yabancıların Osmanlı topraklarında gayrimenkul edinmelerine izin verilmesi gibi gelişmeler, Osmanlı ekonomisinin serbestleşmesi ve batı ekonomilerine eklemlenmesi sürecinin bazı göstergeleridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kazgan, Gülten, **Tanzimat'tan 21. Yüzyıla Türkiye Ekonomisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 13-37; Pamuk, Şevket, **Türkiye'nin 200 Yıllık İktisadi Tarihi**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012, s. 92-109.

⁷⁰⁰ Tanör, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 98.

⁷⁰¹ Onar, Sıddık Sami, “Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification'ı: Mecelle”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 20, S. 1-4, Y. 1955, s. 60.

⁷⁰² Koyuncu, Nuran/Yılmaz, Yasin, “XIX. Yüzyılda İktisadi Liberalizm Akımının Osmanlı Ticaret Kanunnamesi'nin Kabulüne Etkisi”, **Adalet Dergisi (Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı)**, S. 62-63, Y. 2019, s. 391.

hareketle açıklayan *objektif sistem* benimsenmiştir⁷⁰³. Kanunname aynı zamanda, İslam hukukunda bulunmayan bazı şirket türlerini düzenlemiş; ticari işlerde faiz alınmasına müsaade etmiş⁷⁰⁴ ve ticari davalarda din ve mezhep ayrımı gözetmemiştir⁷⁰⁵.

Tanzimat döneminde özel hukuk alanında gerçekleştirilen kanunlaştırma faaliyetlerinin önemli bir ürünü de 1868-1876 yılları arasında Ahmed Cevdet Paşa'nın başkanlığını yaptığı bir komisyon tarafından hazırlanıp parça parça yürürlüğe konulan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir. Borçlar, eşya ve usul hukuku alanlarına ilişkin İslam hukuku kurallarının tedvini sureti ile hazırlanan Mecelle'nin büyük kısmı, sosyal ve ticari hayatta başvuru alan önemli sözleşme türlerine ayrılmıştır⁷⁰⁶. Mecelle'de sözleşme hürriyetine ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Sözleşmelerin geçerliliğinin katı şekil şartlarına bağlanmamış olması⁷⁰⁷ ve sözleşmenin karşı tarafını seçme hakkı gibi bazı unsurların varlığına rağmen tarafların sözleşme içeriğini belirleme serbestisine getirilen ciddi kısıtlamalar göz önüne alındığında, Mecelle'de sözleşme hürriyeti ilkesinin benimsendiğini

⁷⁰³ Azrak, Ülkü, “*Tanzimat’tan Sonra Resepsiyon*”, **Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi: Cilt 3**, İletişim Yayınları, 1985, s. 604-605.

⁷⁰⁴ Osmanlı İmparatorluğu’nda para vakıfları yolu ile İslam hukukunun öngördüğü katı faiz yasağı bir ölçüde aşındırılmışsa da faizin serbest bırakılması ilk defa Kanunname-i Ticaret ile olmuştur. 1852, 1864 ve 1887 yıllarında çıkarılan Murabaha Nizamnameleri ile de azami faiz oranları tespit edilmiştir (Elbir (1952), s. 866-867).

⁷⁰⁵ Tahiroğlu, Bülent, “*Tanzimat’tan Sonra Kanunlaştırma Hareketleri*”, **Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi: Cilt 3**, İletişim Yayınları, 1985, s. 595; Bozkurt, Gülnihal, **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1996, s. 151-155; Okumuş, Ejder, **Türkiye’nin Laikleşme Serüveninde Tanzimat**, İnsan Yayınları, İstanbul, 1999, s. 323-324; Cin, Halil/Akyılmaz, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, Konya, 2011, s. 572-573; Azrak, s. 604-605; Tanör (2014), s. 101; Koyuncu/Yılmaz, s. 395-398.

⁷⁰⁶ Mecelle’nin hazırlanışı, özellikleri ve içeriğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Mehmet Âkif, “*Mecelle’nin Hazırlanışı*”, **Osmanlı Araştırmaları**, C. 9, S. 9, Y. 1989, s. 31-50; Onar, s. 57-85; Tahiroğlu (1985), s. 594-595; Bozkurt (1996), s. 159-164; Cin/Akyılmaz, s. 565-572.

⁷⁰⁷ Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku: Birinci Kısım**, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara, 1954, s. 53-54. Nitekim Mecelle’nin 103’üncü maddesinde sözleşme, “*tarafeynin bir hususu iltizam ve ta’ahhüt etmeleridir ki icab ve kabulün irtibatından ibaretdir*” şeklinde tanımlanmıştır. Mecelle’nin tam metni için bkz. Güçlü, Yaşar, **Mecelle-i Ahkâmı Adliyye**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 47-596.

söylemek zordur⁷⁰⁸. Sözleşmelere gerçekleşmesi şüpheli olan veya tek tarafa yarar sağlayan şartların konulamaması⁷⁰⁹, mevcut olmayan şeyin satılamaması⁷¹⁰ ve bazı ekonomik değerlerin sözleşmelere konu olmaması⁷¹¹, Mecelle’de tarafların sözleşmeyi şekillendirme serbestisine getirilen kısıtlamalar arasında yer almaktadır. Bu kısıtlayıcı yaklaşımın temel sebebi, Mecelle hazırlanırken bir nevi mezhep taassubu ile hareket edilerek yalnızca Hanefî mezhebinin görüşlerine bağlı kalınması; diğer mezheplerin -örneğin sözleşme hürriyeti hususunda oldukça esnek bir yaklaşıma sahip olan Hanbeli mezhebinin- görüşlerinden istifade edilememiş olmasıdır⁷¹².

Mecelle’nin sözleşmeleri düzenleyen hükümleri, dönemin iktisadî hayatının gerekleri ile bağdaşmadığı gerekçesi ile yoğun eleştirilere uğramış; sözleşme hürriyetine getirilen kısıtlamaların kaldırılması gerektiği dile getirilmiştir⁷¹³. Nitekim 1914 yılında Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye Kanun-ı Muvakkati’nin 64’üncü

⁷⁰⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Ansay, s. 144-115; Onar, s. 71-74. Krş. Belgesay, Mustafa Reşit, “*Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 12, S. 2-3, Y. 1946, s. 607-608.

⁷⁰⁹ Belgesay, s. 607-608; Onar, s. 71-74.

⁷¹⁰ Onar, s. 74.

⁷¹¹ Onar, s. 73-74.

⁷¹² Örneğin sözleşme hürriyeti yönünden Mecelle’ye yöneltilen eleştirilerin başlıca sebebi olan şarta bağlı satım konusunda, Hanbelî mezhebi taraf iradelerine geniş bir geçerlilik tanımakta iken Hanefî mezhebindeki temel eğilim yasaklama yönündedir. İslam hukukunda şarta bağlı hukuki işlemlerin geçerliliğinin farklı mezheplere göre değerlendirilmesi için bkz. Kaşıkçı, Osman, “*Şart (Fürû-i Fıkıh)*”, **TDV İslâm Ansiklopedisi: 38. Cilt**, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2010, s. 365-367; Bardakoğlu, s. 16-26. Mecelle’nin esbâb-ı mûcibe mazbatasında da şartlı satış faslının komisyonda ciddi tartışmalara yol açtığı ve nihayetinde Hanefî mezhebinin görüşünün benimsendiği belirtilmektedir. Bkz. Yaşar, s. 39-41.

⁷¹³ Seyit Bey’in başkanlığını yaptığı Kanuni Medenî Tali Komisyonu’nun hazırladığı layihada yer alan ifadeler bu hususta aydınlatıcıdır: “*Mecellenin şart ile beyi' (ve icare) hakkındaki mevaddı mahsusasına (ve diğer akitlerdeki şartlara) göre muamelelerin ekserisi kanunen muteber olmamak lâzımgelir. Zira tüccar olsun, zürra olsun veya diğer efraddan olsun her sınıf halk arasında icra edilmekte olan bilcümle ukut ve mukavelelerde taraflar bilâ tefrik her nevî' şartları dermiyan etmektedir. Mezûr şartların ekserisi mecelleye göre müfsit şartlar cümlesindendir. Bu misillü akitleri ve mukaveleleri muteber tutmak nâs'ın muamelelerinin genişlemesine ve ticârî, sınâî, ziraî işlerin ve binnetice kamu servetinin istenildiği derecede gelişmesine engel olmak demektir. Bu cihetle zamanımızda mukavele serbestliği esasının kabulü zarurî ihtiyaçlardan sayılır. Bu esâsın ticaret kanununa derci de yetmez. Buna öbür muamelelerde dahi şiddetle ihtiyaç vardır*” (**Kanuni Medenî Tali Komisyonu Layihası**, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1332, s. 5’den aktaran Ansay, s. 115).

maddesinde yapılan değişiklik⁷¹⁴ ile sözleşme hürriyeti ilkesi benimsenmiş ve Mecelle'nin tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine yönelik getirdiği bazı kısıtlamalar kaldırılmıştır⁷¹⁵.

1876 Kânûn-ı Esâsî, kişi hak ve hürriyetlerine ilişkin geniş bir liste ihtiva etmektedir. Dönemin liberal anayasa örnekleri ile uyumlu şekilde, mülkiyet hakkı⁷¹⁶ ile ticaret, sanat ve şirketleşme⁷¹⁷ gibi bazı ekonomik hürriyetler koruma altına

⁷¹⁴ Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye Kanun-ı Muvakkatı'nın 64'üncü Maddesini Muaddil Kanun-ı Muvakkat, **Düstur**, Tertip 2, C. 6, s. 653.

⁷¹⁵ Kanun-ı muvakkat'ın birinci fıkrası ile sözleşme hürriyeti ilkesi benimsenmiş; ikinci fıkrada mal teriminin yeni bir tanımı yapılmak suretiyle Mecelle'nin daraltıcı yaklaşımından vazgeçilmiş; üçüncü fıkrada ise tarafların esaslı noktalarda anlaşmaları durumunda sözleşmenin geçerli olacağı açıklanarak, sözleşmelerin geçerlilik şartları Mecelle'nin dar çerçevesinden kurtarılmaya çalışılmıştır (Onar, s. 85). Ayrıca bkz. Kaşak, s. 208, dipnot 268. Dâhiliye Nazırı Talat Bey, değişikliğin gerekçelerine ilişkin Meclis-i Mebusan'da yaptığı konuşmada, liberal bir bakış açısı ile sözleşme hürriyetinin önemine ve Mecelle'nin bu husustaki eksikliklerine değinmektedir: *“Ukud ve mukavelatın serbesti ve istikrarı hukuku tasarrufiyyenin serbestisi derecesinde terakkıyatı iktisadiyye üzerinde müessirdir. Mecellemiz, ukudu öyle şeraiti butlan ve fesada maruz kılmıştır ki, bugün mukavelat kanunun teminatından ziyade akidlerin hulusu niyyedne iptina ediyor. Taahhüdünü ifadan istinkaf etmek arzu eden akidinin kısmı mühimmi maatteessüf Kanunu Medenimizin hali hazırıyle mukavelatı feshettirebilmekten emindir. Zira, şurutı hazıra ile fesat tehlikesinden masun olarak mukavele tanzimi bir emri düşvardır. Mecellemizi ihtiyacatı zamana evfak ve muamelatı nasa erfak bir surette baştan başa tadil etmek, bir teşebbüsü azim ve şüphesiz ki, ahkamı fıkhiyyemiz bunu mütekaftır. Ne kadar müşkil olsa dahi bunu iktiham eylemek lazım olduğunu takdir ile beraber, tekemmülâtı iktisadiyyemizi buna talik etmeyi muvafık görmeyerek, mukavelatın serbestisini temin için de bazı tedabiri kanuniyyeye tevessül eyledik. Usulü Muhakemenin altmışdördüncü maddesini, bu esası mümkün mertebe temin edecek surette tadil ettik. Sair memaliki mütemeddinde mukavelat bazı şeraiti umumiyyeye tabi kılınmıştır. Bu şerait dairesinde tanzim edilen bilcümle mukavelat, akitlerin kanunu hususisi telakki edilerek, mamulunbih ve muteber tutulmuştur. İhtiyacatın günden güne tekessür, muamelat ve mübadelatın her gün mütezayit bir kuvvetle tenevvü ve tevessü ettiği şu zamanı terakkide ukud ve mukavelatın tabi olması icabeden bilcümle şeraiti derpiş eylemek, vazı kanun için adimüî imkandır ve tarafeynin menafii hususiyelerini daha iyi takdir eyleyecekleri de şüphesizdir. Bizde bu yeni tadilde ehlinden sadır olup, rızayı tarafeyn ile akd ve mahalline muzaf olan ve adat ve intizamı ammeyi muhafaza maksadiyle mevzu ahkamı kavanini muhil bulunmayan bilcümle mukavelatın akitler için mamulunbih ve muteber olacağını kabul eyledik. Muhilli akd olan mali mütekavvimi tedavülü mütearif olan bilcümle Ayan, menafi ve hukuka teşmil ettik. Bu suretle taahhüdâtı mütekabiliye tereddüt ve teşevvüşten tahlis ve muamelatı medeniyyei ticariyyeye daha ziyade emniyyet ve istikrar bahşettik” (Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, Devre 3, C. 2, İçtima Senesi 1, T. 6 Temmuz 1330 (1914), s. 415).*

⁷¹⁶ *“Herkes usulen mutasarrıf olduğu mal ve mülkten emindir. Menafii umumiye için lüzumu sabit olmadıkça ve kanunu mucibince değer bahası peşin verilmedikçe kimsenin tasarrufunda olan mülk alınamaz” (m. 21).*

⁷¹⁷ *“Tebaaı osmaniye nizam ve kanun dairesinde ticaret ve sanat ve felahet için her nevi şirketler teşkiline mezundur” (m. 13).*

alınmış; müsadere ve angarya yasaklanmıştır⁷¹⁸. Öte yandan Kânûn-ı Esâsî’de sözleşme hürriyetine ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır⁷¹⁹.

C) 1924 ANAYASASI DÖNEMİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

Savaş koşullarında hazırlanan ve geçiş döneminin şartları nedeniyle çerçeve bir anayasa karakteri taşıyan 1921 Anayasası, temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenlemelere yer vermemiştir. 1924 Anayasası ise saltanatın ilgası ve Cumhuriyet’in ilanının ardından olağan koşullarda hazırlanmış bir metin olup hem devletin teşkilat yapısına hem de temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümler içermektedir.

1924 Anayasası’nın temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği “*Türklerin Hukuku Âmmesi*” başlıklı bölümüne, doğal hukuk teorisi ile uyum arz eden, liberal ve bireyci bir yaklaşımın egemen olduğu görülmektedir⁷²⁰. Klasik-bireysel hak ve hürriyetlerin hemen hepsine yer veren 1924 Anayasası, dönemin bazı anayasalarında yeni yeni kendisine yer bulmaya başlayan sosyal hak ve ödevler konusunda sessiz kalmıştır. Bu bakımdan Anayasa’nın temel felsefesinin, “*müdahaleci-düzenleyici devlet*” modelinden ziyade “*minimal-jandarma devlet*” modeline daha yakın düştüğünü söylemek mümkündür⁷²¹. Bu felsefenin bir göstergesi de ekonomik hürriyetlere ilişkin eksiksiz bir listenin Anayasa’da yer almasıdır. Kânûn-ı Esâsî’de de

⁷¹⁸ “*Müsadere ve angarya ve cerime memnudur. Fakat muharebe esnasında usulen tâyin olunacak tekalif ve ahval bundan müstesnadır*” (m. 24).

⁷¹⁹ Kânûn-ı Esâsî’ye kaynaklık eden 1831 Belçika Anayasası ile 1851 Prusya Anayasası’nda (Azrak, s. 606; Bozkurt (1996), s. 68) da mülkiyet hakkı ve teşebbüs hürriyeti düzenlenmişken sözleşme hürriyetine yer verilmemiştir. Bunun nedeni, sözleşme hürriyetinin temel bir hak olarak görülmemesinden ziyade koruma altına alınan ekonomik hürriyetlerin -aralarındaki yakın ilişki itibarı ile- sözleşme hürriyetini de kapsamına alacağı düşüncesi olsa gerektir. 1831 Belçika Anayasası’nın İngilizce çevirisi için bkz. Vincent, John Martin/Vincent, Ada S., “*Kingdom of Belgium: Translated and Supplied with An Introduction and Notes*”, **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 7, Supplement 11, Y. 1896, s. 1-40. 1851 Prusya Anayasası’nın İngilizce çevirisi için bkz. Wilhelm, Friedrich/Robinson, James Harvey, “*Constitution of the Kingdom of Prussia: Translated and Supplied with An Introduction and Notes*”, **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 5, Supplement 8, Y. 1894, s. 1-54.

⁷²⁰ Anayurt, Ömer, “*1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Y. 2003, s. 166-167; Özbudun, Ergun, **1924 Anayasası**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 59-60; Kapani, s. 109-110; Tanör (2014), s. 308.

⁷²¹ Anayurt (2003), s. 170; Tanör (2014), s. 310.

düzenlenen mülkiyet, şirket, çalışma hürriyetlerine ek olarak 1924 Anayasası ile ilk defa sözleşme hürriyeti ilkesi anayasal teminat altına alınmıştır⁷²².

1924 Anayasası'nın temel felsefesine paralel olarak bu dönemde İsviçre hukukundan iktibas edilmek suretiyle hazırlanan Türk Özel Hukuku'nun temel kanunlarına da liberal bir anlayış ve sözleşme hürriyeti ilkesi egemendir⁷²³. Medeni Kanun, tüm bireylerin eşit şekilde medeni haklardan yararlanması ve hukukî ilişkilerini sözleşmeler yolu ile düzenleyebilmesi esaslarını getirmiştir⁷²⁴. Keza Borçlar Kanunu'nda, sözleşme hürriyetinin alt ilkeleri olan sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme⁷²⁵, şekil⁷²⁶ ve sözleşme içeriğini belirleme⁷²⁷ serbestileri düzenlenmiş ve taraf iradelerine ciddi sınırlamalar getirmekten kaçınılmıştır⁷²⁸.

⁷²² “Şahsi masuniyet, vicdan, tefekkür, kelâm, neşir, seyahat, akit, sâyü amel, temellük ve tasarruf, içtima, cemiyet, şirket, hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır” (m. 70). 1924 Anayasası'nın hazırlanmasında yararlanılan başlıca iki anayasa olan 1875 Fransız Anayasası ile 1921 Polonya Anayasası'nda (Özbudun (2012), s. 3; Kapani, s. 109) sözleşme hürriyeti düzenlenmemiştir. 1875 Fransız Anayasası'nın İngilizce çevirisi için bkz. Currier, Charles F. A., “Constitutional and Organic Laws of France: Translated with an Historical Introduction”, **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 3, Supplement 4, Y. 1893, s. 1-77. 1921 Polonya Anayasası'nın İngilizce çevirisi için bkz. <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/kpol/e1921.html>, E.T. 05.04.2021. Bu husus, 1924 Anayasası'nın özgünlüğünü ve liberal değerlere bağlılığını göstermesi bakımından anlamlıdır. Tespit edebildiğimiz kadarı ile 1924 Anayasası'nın hazırlandığı tarihte yürürlükte olan anayasalar içinde sözleşme hürriyetine yer veren tek anayasa, 1919 Weimar Anayasası'dır.

⁷²³ Veziroğlu, s. 19. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 818 Sayılı Borçlar Kanunu'na kaynaklık eden İsviçre hukukunun liberal ve bireyci karakterine ilişkin bkz. Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, **Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 23; Sirmen, s. 447-448.

⁷²⁴ Ataay, Aytekin, “Bir İnkılâp Yapıtı Olarak Medenî Kanun”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 45, S. 1-4, Y. 1981, s. 54-55; Sirmen, s. 447. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 8'inci maddesi şu şekildedir: “Her şahıs medenî haklardan istifade eder. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes müsavidir”.

⁷²⁵ 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 1: “İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur. Rızanın beyanı sarih olabileceği gibi zımni dahi olabilir”.

⁷²⁶ 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 11: “Akdin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça hiç bir şekle tabi değildir. Kanunun emrettiği şeklin derecesi şümul ve tesiri hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz”.

⁷²⁷ 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 19: “Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbeste tayin olunabilir. Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir”.

⁷²⁸ Kanun'un tarafların sözleşme hürriyeti açısından öngördüğü en temel sınırlama gabin kurumudur. 818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 21: “Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetsizlik

1924 Anayasası ile özel hukukun temel kanunlarının bu liberal ve bireyci karakterine karşılık, bu dönemde sosyal ve ekonomik problemlere çözüm üretmek amacı ile sözleşme hürriyetine yönelik bazı sınırlamalar getirildiğini gözlemlemek mümkündür. Halkçılığı temel bir ilke olarak benimseyen tek parti rejimi, işçi-işveren ve üretici-tüketici arasındaki ilişkilerde hiçbir zaman sınırsız bir sözleşme hürriyetinden yana taraf olmamış; sınıf çatışmalarını önleme ve sosyal dayanışmayı temin etme gayeleri ile ilk dönemlerden itibaren bu ilişkilere müdahil olma ihtiyacı hissetmiştir. Devletçi politikaların uygulanmaya başladığı 1930’lu yıllarda devletin serbest piyasaya yönelik müdahaleleri de giderek artmıştır. Özellikle 1940 yılında yürürlüğe giren Milli Korunma Kanunu ile hükümete, ekonomiyi bütünü ile devlet denetimine sokabilecek görev ve yetkiler tanınmıştır⁷²⁹. 1924 tarihli Hafta Tatili Kanunu⁷³⁰, 1930 Tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanunu⁷³¹, 1936 tarihli İş Kanunu⁷³² ve 1955 tarihli Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun⁷³³ 1924 Anayasası’nın yürürlükte

bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir”.

⁷²⁹ Güriz (2010), s. 204. Milli Korunma Kanunu ile hükümete tanınan bazı yetkiler şunlardır: Vatandaşlar için zorunlu çalışma yükümlülüğü getirilmesi (m. 9, m. 37), özel işletmelerin ürettiği mal ve ürünlerin, hükümetin belirlediği fiyat üzerinden devletçe satın alınabilmesi (m. 11), halkın ve Milli Müdafaa’nın ihtiyacı olan mal ve ürünlere fiyatı karşılığında el konulabilmesi (m. 14), özel işletmelere el konulabilmesi (m. 18), bazı mal ve ürünlerin üretim, alım, satım, ithal veya ihracının yasaklanabilmesi (m. 20, m. 21), stokçuluğun yasaklanabilmesi (m. 25), her türlü mal ve hizmetin fiyat ve ücret tarifelerinin tayin edilebilmesi (m. 31).

⁷³⁰ Bu Kanun ile işçi ve hizmetlilerin haftada altı günden fazla çalıştırılması yasaklanmıştır (m. 2).

⁷³¹ Bu Kanun ile hamile veya doğum yapan kadınlar için izin zorunluluğu getirilmiş (m. 155); on iki yaşından küçük çocukların çalıştırılması (m. 173), on iki ile on altı yaş arasındaki çocukların günlük sekiz saatten fazla veya gece çalıştırılması (m. 173, m. 174), yer altında çalışanlar ile gece çalışanların günlük sekiz saatten fazla çalışması yasaklanmıştır (m. 175).

⁷³² 1936 tarihli İş Kanunu, grevi yasaklamasına, toplu sözleşme ve sendikal haklara yer vermemesine rağmen bireysel iş ilişkileri alanında işçileri koruyucu önemli yenilikler getirmiştir. Günlük ve haftalık azami çalışma sürelerinin tespiti (m. 35), izin, tatil ve dinlenme süreleri (m. 25, m. 41-46) ile ücrete ilişkin koruyucu hükümleri (m. 19-23) bu kapsamda zikretmek mümkündür. Bu kanuna ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Güzel, Ali, “3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S. 35-36, Y. 1986, s. 165-222.

⁷³³ Kiracıları korumayı amaçlayan bu Kanun ile sözleşme hürriyetine getirilen bazı sınırlamalar şu şekildedir: Gayrimenkul kira bedellerine yapılabilecek azami zam oranlarının tespiti (m. 2-4), kira sözleşmelerinde kiracı aleyhine değişiklik yapma yasağı (m. 9), kiraya verenin, oturma veya işyeri olarak bizzat kullanma yahut tamirat gerekçesi ile tahliye ettirdiği taşınmazını, üç yıl süre ile eski kiracısından başkasına kiralamasının yasaklanması (m. 15).

olduğu dönemde çıkarılan ve sözleşme hürriyetine yönelik sınırlamalar içeren başlıca kanunlar arasında yer almaktadır.

Anayasa’da sözleşme hürriyeti ilkesine yer verilmesi, kanun koyucunun bu ilkeye yönelik müdahalelerine karşı herhangi bir güvence sağlamamıştır. Zira 1924 Anayasası’nda “*Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*”⁷³⁴ prensibi açık bir şekilde belirtilmesine rağmen kanunların Anayasa’ya uygunluğunun yargısal denetimi mekanizmasına yer verilmediği için bu üstünlük pratikte büyük ölçüde etkisiz kalmıştır⁷³⁵. Anayasa koyucu, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine ilişkin “*kanunla sınırlama*” dışında herhangi bir ölçüte yer vermemiş; hak ve hürriyetlerin sınırlarının belirlenmesi işini tamamen TBMM’nin takdirine bırakmıştır⁷³⁶. Nitekim kanun koyucunun sözleşme hürriyetine yönelik sınırsız müdahale imkanı, Anayasa’nın “*Ukudun...hududu hürriyeti kanunlar ile musarrahtır*” (m. 79) hükmü ile özel olarak da teyit edilmiştir.

D) 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE SÖZLEŞME HÜRRIYETİ

1961 Anayasası, II’nci Dünya Savaşı’nın ardından batı ülkelerinde etkili olan “*çoğulcu demokrasi*”, “*hukuk devleti*”, “*sosyal devlet*” gibi yeni ilke ve akımların ışığında hazırlanmış modern bir metindir⁷³⁷. Bu Anayasa, getirdiği ilkeler ile oluşturduğu kurum ve mekanizmalar itibarıyla “*ilklerin Anayasası*” sıfatını hak etmektedir. Temel hak ve hürriyetler ve ekonomik hürriyetler konusunda da -1924 Anayasası’nın öngördüğü sisteme kıyasla- önemli yenilikler içerdiğini söylemek mümkündür.

⁷³⁴ 1924 Anayasası m. 103: “*Teşkilâtı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi olamaz*”.

⁷³⁵ Aynı yönde bkz. Erdoğan, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2014, s. 156; Özbudun (2012), s. 74-75; Tanör (2014), s. 312. Aksi yönde görüş için bkz. Gözler (2018), s. 79-83; Boyar (2019), s. 70-71.

⁷³⁶ Aynı yönde bkz. Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 34-35; Gözübüyük, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 131; Gören, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 61; Anayurt (2003), s. 172-173; Özbudun (2012), s. 66; Erdoğan (2014), s. 156-157; Gözler (2018), s. 92; Boyar (2019), s. 68.

⁷³⁷ Karayalçın, Yaşar, **Anayasa ve Hukuk Bakımından Türk Ekonomi Düzeni: Kamu Kesimi ve Özel Kesimde İktisadî İşletmeler**, Gim Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 22.

1961 Anayasası'nda, kişisel ve siyâsî hak ve ödevlere ilişkin eksiksiz bir liste yer almaktadır. Keza serbest piyasa ekonomisinin dört temel sütununu oluşturan mülkiyet hakkı (m. 36), çalışma hürriyeti (m. 40), teşebbüs hürriyeti (m. 40) ve sözleşme hürriyeti (m. 40) de bu Anayasa'da düzenlenen hak ve hürriyetler arasındadır. Öte yandan 1961 Anayasası'na asıl rengini veren ve onu önceki anayasalarımızdan ayıran en temel niteliği, çok güçlü bir sosyal içeriğe sahip olmasıdır. “Sosyal devlet ilkesi” Cumhuriyetin nitelikleri (m. 2) arasında sayıldığı gibi bu ilkeyi hayata geçirmeye yarayacak geniş bir sosyal hak katoloğuna da yer verilmiştir. Devlet, özgürlükleri soyut olarak tanımakla yetinmemekte; tüm bireylerin bu özgürlüklerden fiilen yararlanabilmesini temin etme, diğer bir deyişle “özgürleştirme”⁷³⁸ görevini de üzerine almaktadır⁷³⁹. Nitekim Anayasa'nın 10'uncu maddesinde “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” hükmünün hemen ardından “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adâlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşamayacak surette sınırlayan siyâsî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar” hükmü getirilmek sureti ile devletin bu görevi açıklığa kavuşturulmuştur⁷⁴⁰.

⁷³⁸ Soysal, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 261; Tanör (2014), s. 379.

⁷³⁹ Anayasa'nın 2'nci maddesinin gerekçesinde devletin üstlendiği bu görev, oldukça vazih bir şekilde açıklanmaktadır: “*Sosyal Devlet fertlere yalnız klâsik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip aynı zamanda, onların insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddî ihtiyaçlarını karşılamalarını da kendisine vazife edinen Devlettir. Modern Anayasa, asgari geçim şartlarından, sıhhi bakımdan, öğrenim imkânlarından ve hele barınacağı bir konuttan yoksun bir kişinin gerçek anlamda hür olamayacağını kabul eden zamanımızın hukuk ve siyaset ilmine ve Devlet görüşüne uygun olarak fertlere ve vatandaşlara sosyal bir takım haklar tanımak zorundadır. Her sınıf halk tabakaları için refah sağlamayı kendisine vazife edinen zamanımızın Devleti (refah devleti), iktisaden zayıf olan kişileri, bilhassa işleri bakımından başkalarına tâbi olan işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirlileri ve yoksul kimseleri himaye edecektir. Bu suretle, hem insan şahsiyetine hürmet etmek vazifesini yerine getirecek, klâsik hürriyetlerin gerçeklerle alay eden bir mahiyet almasına mâni olacak, hem de çalışan geniş halk tabakalarının refaha kavuşması sayesinde toplum hayatı için daha verimli olmaları hedefine de ulaşacaktır. Gerçekten, maddî (malî ve iktisadî) imkânlardan, yaşama için zaruri olan gelir kaynaklarından ve varlıktan mahrum olan halk tabakaları için, klâsik hürriyetler yalnız kâğıt üstünde kalan parlak fakat boş lâflardan başka bir değere sahip olamaz*” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 9, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, 34. Birleşim, 30.3.1961 içinde).

⁷⁴⁰ Bu hükmün ayrıntılı bir tahlili için bkz. Akad, Mehmet, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1984, s. 69-168.

Anayasa'nın bu güçlü sosyal boyutunun etkisi ile olacak ki, modern anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde çoğunlukla kişisel hak ve hürriyetler arasında düzenlenen ekonomik hürriyetler, 1961 Anayasası'nda sosyal haklar ile aynı bölümde düzenlenmiştir⁷⁴¹. Anayasa'nın “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*” başlıklı 40'ncı maddesi şu şekildedir:

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.

Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”.

1961 Anayasası'nın öne çıkan bir diğer özelliği de temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda oldukça güvenceli bir rejim oluşturmuş olmasıdır. Hak ve hürriyetlerin sınırlarının belirlenmesi işini tümüyle yasama organının takdirine bırakan 1924 Anayasası'nın aksine, 1961 Anayasası'nda hangi şart ve gerekçelerle, ne ölçüde sınırlama yapılabileceği hususunda kanun koyucuyu bağlayan bazı sınır ve kayıtlar getirilmiştir. Buna göre, i) temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlanmalı; ii) sınırlama, Anayasa'da gösterilen belirli nedenlere dayanmalı; iii) sınırlama, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmalı; iv) hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmamalıdır⁷⁴². Ayrıca kanunların Anayasa'ya uygunluğunu

⁷⁴¹ Temsilciler Meclisi'ndeki görüşmelerde, Hamza Eroğlu, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin sistematüğini de referans göstererek mülkiyet hakkının kişisel hak ve ödevler bölümünde düzenlenmesini önermiştir. Bunun üzerine söz alan Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Üyesi Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, mülkiyet hakkının modern devletlerde sosyal bir içeriğe kavuştuğunu belirterek bu görüşe karşı çıkmıştır (**Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 45. Birleşim, 14.4.1961, s. 252-255). Şüphesiz mülkiyet hakkı ve diğer ekonomik hürriyetlerin XIX'uncu yüzyıldaki mutlak niteliklerini yitirerek yeni sosyal işlevler kazanmaları, tarihî ve siyasî bir gerçekliktir. Ancak bir hak veya hürriyetin sosyal işlevinin bulunması, onu sosyal bir hak olarak nitelemek için yeterli olmamaktadır. Ekonomik hürriyetler; hakkın öznesi, muhatabı, işlevi ve hukuk sahnesine çıktığı tarihi dönem itibarı ile sosyal haklardan ayrırmakta ve klasik haklar kategorisine dâhil olmaktadır. Bu bakımdan, Anayasa koyucunun bu tercihinin, Anayasa'nın sistematüğü açısından hatalı olduğunu söylemek gerekir. Aynı yönde bkz. Tanör (1978), s. 27-33.

⁷⁴² 1961 Anayasası m. 11: “*Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz*”. 1961 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arsel, İlhan, **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları**, 1962, s. 454-455; Tanör, Bülent,

denetlemekle görevli bir “*Anayasa Mahkemesi*” kurulmak sureti ile yasama organının zikredilen kurallara aykırı şekilde temel hak ve hürriyetlere müdahalelerde bulunması önlenmeye çalışılmıştır.

Görüldüğü üzere, 1961 Anayasası’nda yasama organının sözleşme hürriyetine keyfi müdahalelerini önlemeye yönelik güçlü bir mekanizma mevcuttur. Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar, mutlaka kamu yararı amacına yönelmeli ve öz güvencesi ihlal edilmemelidir. Öte yandan, sosyal devlet ilkesini benimseyen, iktisadî açıdan zayıf ve tâbi durumda olan geniş halk kitlelerini korumayı devlete temel bir görev olarak yükleyen 1961 Anayasası⁷⁴³, doğal olarak sınırsız bir sözleşme hürriyetine de izin vermemiştir. Sözleşme hürriyetinin sınırlama sebebi olarak, her türlü devlet faaliyetinin genel hukuka uygunluk ölçütü olan “*kamu yararı*” kavramına yer verilmiştir. Bu bağlamda kanun koyucu, -öz güvencesini ihlal etmemek kaydıyla- sözleşme hürriyetine gerçekleştirdiği müdahalelerde çok geniş bir takdir yetkisine sahip olmuştur⁷⁴⁴.

TBMM’nin bu geniş müdahale imkânına ek olarak, Anayasa koyucu, sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar için meşru sebep işlevi görebilecek çok sayıda hükme de yer vermiştir. Kimsenin yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan bir işte çalıştırılmamasını emreden 43’üncü madde hükmü ile çalışanlar ve işçilerin dinlenme (m. 44), ücrette adalet (m. 45), toplu sözleşme ve grev haklarını (m. 47) düzenleyen hükümleri bu kapsamda örnek göstermek mümkündür.

II) 1982 ANAYASASI VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

A) 1982 ANAYASASI’NIN GENEL BİR EKONOMİK YORUMU

Anayasalar, devletin örgütlenme şemasını ve bireysel özgürlükleri gösteren hukukî ve siyasi belgeler olmalarının yanı sıra aynı zamanda birer ekonomik

İki Anayasa: 1961-1982, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 19-20; Sağlam (1982), s. 54-188; Soysal (1997), s. 68.

⁷⁴³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 7-12.

⁷⁴⁴ Aynı yönde bkz. Battal (2001), s. 51 dipnot 13.

belgedirler⁷⁴⁵. Her anayasa, hazırlandığı dönemin genel ekonomik zihniyetinden ve kurucularının ideal ve özlemlerinden belirgin izler taşır. 1961 Anayasası, refah devleti-sosyal devlet uygulamalarının küresel çapta zirvede olduğu bir dönemde, güçlü sosyal yönelimleri olan bir kurucu kadro⁷⁴⁶ tarafından hazırlanmıştır. Anayasa’da yer alan “sosyal devlet”, “sosyal adalet” “sosyal haklar” ve “planlama” gibi ilke ve kurumlar⁷⁴⁷ bu zihniyet ve yönelimlerin yansımalarıdır.

1982 Anayasası, çok farklı siyasi ve ekonomik şartların egemen olduğu bir iklimde hazırlanmıştır. 1950-1970 yılları arasında altın çağlarını yaşayan refah devletleri, petrol krizlerinin de etkisi ile 70’li yıllardan itibaren büyük bir çıkmazın içine girmiş; sosyal ve ekonomik alanda üstlendikleri fonksiyonların yol açtığı yüksek maliyetleri karşılayamaz duruma düşmüşlerdir. Bu olumsuz tablonun sorumlusu olarak refah devleti uygulamaları ve sosyal haklar hedef tahtasına oturtulurken neo-liberalizm adı altında “minimal devlet” ideali yeniden yükselişe geçmiştir⁷⁴⁸. İngiltere’de Thatcher, ABD’de Reagan yönetimleri, bu bunalımdan çıkış için Keynesyen müdahale yöntemlerinin terk edilmesini ve piyasa mekanizmalarına ağırlık veren politikaların kullanılmasını savunmuşlardır. Kamu harcamalarının kısılması, refah devleti uygulamalarının terk edilmesi, kamu iktisadi

⁷⁴⁵ Anayasaların ekonomik birer belge olarak analiz edilebileceğini ileri süren yazarların başında, Amerikalı tarihçi Charles Austin Beard gelir. Beard, 1913 tarihli “*Birleşik Devletler Anayasası’nın Ekonomik Bir Yorumu*” adlı eserinde, ABD Anayasası’nın, *Konfederasyon Maddeleri*’nden olumsuz etkilenen grupların öncülüğünde hazırlandığını ve bu grupların menfaatlerini uzlaştırma işlevi gördüğünü belirtmektedir. Yazara göre; ABD Anayasası, temelde özel mülkiyet haklarının devlet karşısındaki önceliği ve halk çoğunluğunun bu haklara müdahalelerinin dışlanması yaklaşımlarına dayanan ekonomik bir belgedir (Beard, s. 324-325). Beard’ın ABD Anayasası’na ilişkin bu yorumları esas bakımından çeşitli eleştirilere maruz kalmışsa da “*ekonomik bir belge olarak anayasa*” (*constitution as an economic document*) (Beard, s. 152-156) yaklaşımı büyük ölçüde kabul görmüştür.

⁷⁴⁶ Temsilciler Meclisi’nin üye kompozisyonu ve sosyal yönelimi hakkında bkz. Soysal, Mümtaz, “*Kalkınma ve Hukuk*”, *Yön*, Y. 1, S. 5, 17 Ocak 1962, s. 14; Aldıkaçtı, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 152-155; Tanör (1978), s. 165-167; Tanör (2013), s. 10-11.

⁷⁴⁷ 1961 Anayasası’nın sosyal niteliklerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, Mümtaz, “*Sosyalizmin Sınırları*”, *Yön*, Y. 1, S. 7, 31 Ocak 1962, s. 13; Soysal (1997), s. 58-59; Yolcu (2018), s. 287-306.

⁷⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çağlar, Bakır, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 109-111; Dikmen Caniklioğlu, Meltem, “*Liberal İktisatın Anayasa Tasarısına Bir Bakış ve Anayasacılık Açısından Bir Değerlendirme*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, Y. 2009, s. 1523-1528; Gümüş, A. Tarık, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 363-418; Yücel Dericiler, s. 81-113.

teşekküllerinin özelleştirilmesi, neo-liberal politikaların belli başlı gündem maddelerini oluşturmuştur⁷⁴⁹.

Ekonomideki bu küresel durgunluğa Kıbrıs Harekâtı ve ardından gelen ambargonun olumsuz etkilerinin de eklenmesi ile Türkiye, 70’li yıllarda derin bir ekonomik bunalımla karşı karşıya kalmıştır. Çözüm, dünya ekonomilerindeki örneklerle paralel şekilde neo-liberal politikalarda aranmıştır. Süleyman Demirel’in başbakanlığını yaptığı azınlık hükümeti, 24 Ocak 1980 tarihinde kapsamlı ve radikal bir liberalleşme programını açıklayarak yürürlüğe koymuştur⁷⁵⁰. Bu programın öne çıkan maddeleri; ekonomide kamu kesiminin ağırlığının azaltılması, çeşitli alanlardaki kamu sübvansiyonları ve desteklerinin kaldırılması ile fiyatların oluşumunun serbest piyasanın işleyişine bırakılması şeklindedir⁷⁵¹. 12 Eylül Darbesi ile Demirel hükümeti görevden alınmışsa da 24 Ocak Programı’nı uygulama işini yeni kurulan askeri yönetim üstlenmiş; “*muhalefetsiz, tepkisiz, dirençsiz, halksız, basınsız, sendikası bir otoriter rejim ortamında*⁷⁵²” program en katı biçimi ile uygulanmıştır.

Yukarıda da zikredildiği üzere, 1982 Anayasası, neo-liberal politikaların Türkiye’de ve dünyada güç kazandığı bir dönemde hazırlanmıştır. 70’li yılların ekonomik başarısızlıklarının sorumluluları arasında görülen 1961 Anayasası⁷⁵³ yürürlükten kaldırılırken 24 Ocak Programı’nın gereksinim duyduğu hukuksal

⁷⁴⁹ Pamuk, s. 263.

⁷⁵⁰ Pamuk, s. 265.

⁷⁵¹ Çavdar, Tefik, **Türkiye’nin Demokrasi Tarihi: 1950’den Günümüze**, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 258-259; Pamuk, s. 265-266.

⁷⁵² Selçuk, İlhan, “Önsöz”, **İşbitiren Ekonomi: Liberalizm, Devlet Müdahalesi ve 24 Ocak**, Bilim ve Sanat Yayınları, İstanbul, 1986, s. 3. 24 Ocak Kararları’nın yarışmacı bir rejimde uygulanamayacağına ilişkin bkz. Pamuk, s. 266; Çavdar, s. 258.

⁷⁵³ 1961 Anayasası’na bu hususta yöneltilen eleştirileri iki başlık altında toplamak mümkündür. Birinci eleştiri; yürütme organının, yasama ve yargı organları karşısında güçsüz bırakıldığı; devlet otoritesinin, büyük ekonomik bunalımlar ile baş edemeyecek ölçüde zayıflatıldığı yönündedir (**İki Seminer ve Bir Reform Önerisinde Tartışılan Anayasa**’dan aktaran Tanör (2013), s. 58). İkinci eleştiri ise az gelişmiş ülkeler statüsünde yer alan Türkiye’nin, Anayasa’nın öngördüğü sosyal görevleri karşılayabilecek ekonomik imkânlardan yoksun olduğu yönündedir. Bu bağlamda, devletin Anayasa’nın yüklediği sosyal görevlerin altında ezildiği (Dal, Kemal, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1984, s. 96), sosyal uyanışın ekonomik gelişmenin önüne geçtiği, ekonomik şansların sosyal yükümlülükler uğruna feda edildiği (Aktaran Tanör (2013), s. 73) öne sürülmüştür.

güvenceleri sağlayan bir belge olarak 1982 Anayasası⁷⁵⁴ yürürlüğe konulmuştur. Gerçekten de ekonomik düzene ilişkin içerdiği hükümler incelendiğinde, 1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'na kıyasla daha sağda konumlandığı ve daha piyasacı bir tona sahip olduğu açıkça görülmektedir⁷⁵⁵. Gerçi 1961 Anayasası'nın sosyal niteliğinin göstergesi olan “sosyal devlet”, “sosyal adalet”, “sosyal haklar” ve “planlama” gibi ilke ve kurumların tamamı 1982 Anayasası'nda da yerini korumuştur⁷⁵⁶. Ancak bu ilke ve kurumlara yapılan vurguda bir yumuşama göze çarptığı gibi bunları somutlaştıran hükümlerde de bir geriye gidiş gözlenmektedir⁷⁵⁷. Çalışmamızın kapsamı itibarıyla bu vurgu farklarını ve geriye gidişleri ayrıntılı olarak incelememiz mümkün değilse de⁷⁵⁸ bir kısmını aşağıda bir liste halinde sıralamayı uygun görüyoruz:

i) Devletin “özgürleştirme” ödevinin daha çekingen ifadelerle düzenlenmesi⁷⁵⁹

⁷⁵⁴ Gülmez, Mesut, “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Oturumunda Sunulan Bildiri*”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001, s. 146.

⁷⁵⁵ 1982 Anayasası'na yakıştırılan “24 Ocak Anayasası” (Mumcu, Uğur, “24 Ocak Anayasası”, **Cumhuriyet**, 1 Ağustos 1982, s. 1) “anti-sosyal ve anti-sendikal anayasa” (Gülmez (2001), s. 147) gibi sıfatlar da bu görüşü desteklemektedir.

⁷⁵⁶ Bu ilke ve kurumlara ek olarak, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı (m. 56), konut hakkı (m. 57), tüketicilerin korunması (m. 172) ile esnaf ve sanatkârların korunması (m. 173) ilk kez 1982 Anayasası'nda düzenlenmiştir.

⁷⁵⁷ Madde gerekçeleri ile Danışma Meclisi'ndeki görüşmeler de sosyal devlet ve sosyal adaletin Anayasa koyucunun öncelikleri arasında yer almadığına dair bazı ipuçları vermektedir. Örneğin cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olan sosyal devlet ilkesi için kalıplaşmış ifadelerin kullanıldığı tek cümlelik bir gerekçe yeterli görülürken mülkiyet hakkı için -öğretideki görüşlerden aktarmalar da yapılarak- hakkın önemini, öznesini, koruma ve sınırlandırma rejimini açıklayan iki sayfalık oldukça ayrıntılı bir gerekçe yazılmıştır. Bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 7, 120. Birleşim, 4 Ağustos 1982 içinde. Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı'nın Danışma Meclisi'ndeki konuşması da Anayasa koyucunun tutumunu göstermesi bakımından anlamlıdır: “Biz «Adalet» dediğimiz zaman sosyal adaleti düşünmedik. «Adalet» dediğimiz zaman, «Adalet mülkün temelidir» kavramına inanarak, yani o kavramı ifade etmek üzere «Adalet» kelimesini de buraya yerleştirdik, koyduk” (**Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 7, 128. Birleşim, 17 Ağustos 1982, s. 675).

⁷⁵⁸ 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası'nın sosyal devlet ve sosyal haklar yönünden ayrıntılı şekilde karşılaştırılması için bkz. Gülmez, Mesut, “*Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar*”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Editör İbrahim Özden Kaboğlu), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 125-144.

⁷⁵⁹ Yolcu (2018), s. 301-305.

ii) Ücrette adaletin sağlanmasına ilişkin devletin yükümlülüklerinin esnetilmesi⁷⁶⁰

iii) Sendikaların örgütlenme, amaç ve faaliyetlerine getirilen yasaklar⁷⁶¹

iv) Toplu sözleşme ve grev haklarının budanması⁷⁶²

⁷⁶⁰ 1961 Anayasası'nda devletin, çalışanların "insanlık haysiyetine yaraşır" bir yaşayış seviyesi sağlamalarına elverişli adâletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri alma (m. 45) şeklinde öngörülen yükümlülüğü, 1982 Anayasası'nda "yaptıkları işe uygun" adâletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri alma (m. 55) şeklinde düzenlenerek bir ölçüde esnetilmiştir.

⁷⁶¹ 51'inci maddenin 2'inci, 5'inci, 6'ncı, 7'nci ve 8'inci fıkraları (3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halleri):

"Sendikalar veya üst kuruluşlarını kurabilmek için kanunun gösterdiği bilgi ve belgelerin, kanunda belirtilen yetkili mercie verilmesi yeterlidir. Bu bilgi ve belgelerin kanuna aykırılığının tespiti halinde yetkili merci, sendika veya üst kuruluşun faaliyetinin durdurulması veya kapatılması için mahkemeye başvurur".

"İşçiler ve işverenler aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olamazlar".

"Herhangi bir iş yerinde çalışabilmek, işçi sendikasına üye olmak veya olmamak şartına bağlanamaz".

"İşçi sendika ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için, en az on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olma şartı aranır".

"Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Anayasa'da belirlenen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz".

Mülga 52'nci madde (23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır):

"Sendikalar, 13 üncü maddede sayılan genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi; siyasi amaç güdemezler, siyasi faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremezler ve onlara destek olamazlar; derneklerle, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçlarla ortak hareket edemezler.

İşyerinde sendikal faaliyette bulunma, o işyerinde çalışmamayı haklı göstermez.

Sendikalar üzerindeki Devletin idari ve mali denetimi ile gelir ve giderleri, üye aidatının sendikaya ödenme şekli kanunla düzenlenir.

Sendikalar gelirlerini amaçları dışında kullanamazlar; tüm gelirlerini Devlet bankalarında muhafaza ederler".

⁷⁶² 53'üncü maddenin mülga 4'üncü fıkrası (7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır):

"Aynı iş yerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz".

54'üncü maddenin mülga 3'üncü ve 7'nci fıkraları (7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır):

"Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendika sorumludur".

"Siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz".

v) Devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırı olarak “*ekonomik istikrarın korunması*” ölçütünün getirilmesi⁷⁶³

vi) Planlama anlayışında sosyal boyutun zayıflaması⁷⁶⁴

1982 Anayasası, sosyal devlet ve sosyal haklar alanını daraltırken ekonomik hürriyetleri ise daha güvenceli bir rejime kavuşturmuştur⁷⁶⁵. Serbest piyasa ekonomisinin hukukî gereklerini oluşturan mülkiyet ve miras hakları (m. 35) ile çalışma, sözleşme ve teşebbüs hürriyetleri (m. 48), 1961 Anayasası’ndaki ifade tarzları büyük ölçüde korunarak 1982 Anayasası’nda da kendilerine yer bulmuştur. Ancak mülkiyet hakkı -1961 Anayasası’ndan farklı olarak- 1982 Anayasası’nda “*kişinin hakları ve ödevleri*” bölümünde düzenlenmiştir. Bu tercihin pratik sonucu, Bakanlar Kurulu’nun mülkiyet hakkını kanun hükmünde kararnameler ile düzenlemesi yolunun kapatılmış olmasıdır⁷⁶⁶.

1982 Anayasası’nın hazırlandığı döneme ve yönelimlerine ilişkin bu genel tespitlerin ardından Anayasa koyucunun ekonomik sistem yönünde bir tercihte bulunup bulunmadığı sorusuna cevap aranmalıdır. Demokratik-liberal anayasacılık geleneğinde, devletin ideolojik tarafsızlığının bir uzantısı olarak⁷⁶⁷, benimsenecek ekonomik sistem bir “*anayasa meselesi*” haline getirilmemekte ve siyasal alanın

⁷⁶³ Bu ölçütün neo-liberal politikalarla uyumlu olduğu yönünde bkz. Gülmez (2012), s. 136. 2010 Anayasa değişikliği ile devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerinin sınırı için “*ekonomik istikrarın korunması*” ölçütü kaldırılarak yerine “*bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikler*” ölçütü getirilmiştir.

⁷⁶⁴ 1961 Anayasası’nın planlama anlayışında tam çalışma esasının sağlanması, herkes için insan haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması, yatırımların toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltilmesi (m. 41) gibi sosyal devlet anlayışının gereği olan sosyal amaçlar ön plandadır. 1982 Anayasası’nda ise milli tasarrufu ve üretimi artırmak, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde denge sağlamak, yatırım ve istikrarı geliştirmek (m. 166) gibi salt ekonomik nitelikli amaçlara ağırlık verildiği görülmektedir. Keza 1961 Anayasası’nda Devlet Plânlama Teşkilatı anayasal bir kurum olarak düzenlendiği halde (m. 129) 1982 Anayasası’nda planlamayı yapmakla görevli bir kurum tespit edilmiş değildir (Özbudun (2018), s. 150-151). Nitekim 03.06.2011 tarih ve 641 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Devlet Planlama Teşkilatı kapatılarak planlama görevi yeni kurulan Kalkınma Bakanlığı’na verilmiştir.

⁷⁶⁵ Kaboğlu (2001), s. 131.

⁷⁶⁶ Soysal’a göre; mülkiyet hakkının kişinin hakları ve ödevleri bölümüne taşınması, 1982 Anayasası’nda sosyal devlet ilkesinin zayıflamasının göstergelerinden birisidir (Soysal (1997), s. 153).

⁷⁶⁷ Çağlar (1989), s. 111.

dışına taşınmamaktadır⁷⁶⁸. Genel uygulama, seçim yarışı neticesinde iktidarı elde eden parti veya partilerin uygulayacakları ekonomi politikalarını serbestçe kararlaştırabilmeleri yönündedir. Bu husus, “*anayasanın ekonomik politika modelleri karşısındaki nispi tarafsızlığı*”⁷⁶⁹ veya “*ekonomik yansızlık tezi*”⁷⁷⁰ olarak adlandırılmaktadır⁷⁷¹.

Öte yandan -üçüncü dalga demokrasileri ve özellikle eski Sovyet ülkelerinin anayasaları başta olmak üzere- modern anayasaların azımsanmayacak bir kısmı, “*piyasa ekonomisi*”⁷⁷², “*sosyal piyasa ekonomisi*”⁷⁷³, “*karma ekonomi*”⁷⁷⁴ şeklinde benimsenen ekonomik modeli gösteren açık hükümler içermektedir. Ekonomik model tercihinin bu şekilde anayasallaştırılmasının sonucu olarak, yargı mercilerinin, yasama ve yürütme erklerinin uyguladıkları ekonomi politikasına müdahale etme imkânları genişlemektedir.

1982 Anayasası’nda, ekonomik sistem tercihinin ilişkin yukarıdaki örneklere benzer açık bir düzenleme yer almamaktadır. Anayasa’da yer verilen sosyal devlet ilkesi (m. 2) ve sosyal haklar (m. 41-65) ile devletin planlama yapma (m. 166), tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme yükümlülükleri (m. 167) de belli bir ekonomik sistem tercihinin göstergesi olarak yorumlanamaz. Bu hükümler, devletin, belli amaçlar ile sosyal ve ekonomik hayata müdahale etme yönünde çeşitli imkânlar

⁷⁶⁸ Sosyalist rejimlerin anayasalarında ise tekelci bir resmi ideolojinin varlığına bağlı olarak sosyalist ekonomi sisteminin benimsendiği açıkça belirtilmektedir. Bkz. 1972 Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti Anayasası (m. 19), 1982 Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası (m. 11), 2013 Vietnam Anayasası (m. 51), 2019 Küba Anayasası (m. 18).

⁷⁶⁹ Özbudun, Ergun, **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 174.

⁷⁷⁰ Çağlar (1989), s. 111.

⁷⁷¹ Gözler (2018), s. 194.

⁷⁷² 1978 İspanya Anayasası (m. 38), 1991 Romanya Anayasası (m. 135), 1991 Bulgaristan Anayasası (m. 19), 1995 Bosna Hersek Anayasası (başlangıç kısmı), 1995 Gürcistan Anayasası (m. 6), 1998 Arnavutluk Anayasası (m. 11), 2003 Filistin Anayasası (m. 23), 2006 Sırbistan Anayasası (m. 86), 2008 Kosova Anayasası (m. 10).

⁷⁷³ 1992 Slovakya Anayasası (m. 55), 1993 Peru Anayasası (m. 58), 1994 Moldova Anayasası (m. 126), 1995 Ermenistan Anayasası (m. 11), 1997 Polonya Anayasası (m. 20).

⁷⁷⁴ 1976 Portekiz Anayasası (m. 80), 1990 Namibya Anayasası (m. 98). Portekiz’de, benimsenen ekonomi modelinin Anayasa’ya işlenmesi ile yetinilmemiş; buna ek olarak, Anayasa değişikliği yolu ile başka bir ekonomi modeline geçilmesi de yasaklanmıştır (m. 288).

sahip olduğunu göstermekle birlikte, siyasal iktidarlara belli bir ekonomik sistem modelinin dayatıldığı sonucunun çıkarılmasına elverişli değildir⁷⁷⁵. Anayasa koyucu, sosyal devletin gerekleri ile sosyal hakları normatif açıdan oldukça zayıf biçimde düzenlediği gibi devletin sosyal ve ekonomik yükümlülüklerini “*malî kaynakların yeterliliği*” şeklinde büyük ölçüde siyasal iktidarın takdirine bağlı bir kıstasa tabi tutarak devletin bu yükümlülüklerinden kolayca sıyrılabilmesine de imkân tanımıştır. Keza planlama, sosyalist veya devletçi ekonomilere özgü bir yöntem olmayıp piyasa mekanizmasının daha iyi işlemlerini temin etmek için liberal ekonomilerde de yol gösterici bir araç olarak kullanılabilmektedir⁷⁷⁶. Devlete yüklenen tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleme görevi de, piyasa karşıtlığından ziyade piyasanın işleyişini destekleme ihtiyacının bir yansıması olarak değerlendirilmelidir. Linz ve Stepan’ın da belirttiği gibi, belli düzeyde devlet düzenlemesi bulunmaksızın saf piyasa ekonomileri ne ortaya çıkabilir ne de varlığını sürdürebilir⁷⁷⁷.

Sonuç olarak, 1982 Anayasası’nda ekonomik sistem yönünden bağlayıcı bir tercih yapılmadığı; siyasal iktidarların kendi programları ve ideolojileri çerçevesinde uygun gördükleri ekonomi politikalarını uygulama imkânına sahip oldukları söylenebilir⁷⁷⁸. Anayasa Mahkemesi⁷⁷⁹ de “*Anayasa, liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir*” tespitini yaparak ekonomik yansızlık tezini benimsemiştir⁷⁸⁰. Ancak Anayasa’nın ekonomik politika modelleri karşısındaki bu tarafsızlığı nispi bir nitelik taşır.

⁷⁷⁵ Özbudun (2014), s. 174.

⁷⁷⁶ Aynı yönde bkz. Öney, Erden, **İktisadi Planlama**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 16; Tan, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 263-268.

⁷⁷⁷ Linz, Juan J./Stepan, Alfred, **Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America and Post-Communist Europe**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1996, s. 12.

⁷⁷⁸ Aynı yönde bkz. Özbudun (2014), s. 174; Gözler (2018), s. 194. Anayasa’nın benimsediği ekonomik sistemin “*sosyal piyasa ekonomisi*” olduğu yönünde bkz. Gören, Zafer, “*Sosyal Devlet*”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000, s. 18.

⁷⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 1985/2, K. 1985/16, K.T. 27.08.1985, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 21, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1986, s. 222.

⁷⁸⁰ Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin çeşitli kararları ve bunların değerlendirilmesi için bkz. Tan, Turgut, “*Anayasal Ekonomik Düzen*”, **Anayasa Yargısı**, C. 7, Y. 1990, s. 163-166; Özbudun (2014), s. 174-186; Gözler (2018), s. 194-195.

Anayasa koyucu, ekonomik hürriyetleri de temel hak ve hürriyetler arasında düzenlemek sureti ile siyasal iktidarların saf bir sosyalist ekonomi modelini benimsemelerinin yolunu kapatmıştır⁷⁸¹.

B) 1982 ANAYASASI'NDA SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

1961 Anayasası; çalışma, sözleşme ve teşebbüs hürriyetlerini aynı madde içinde düzenlemişken Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa Tasarısı'nda teşebbüs hürriyetine ayrı bir madde tahsis edilmiştir. Tasarıda “Çalışma, Sözleşme ve Meslek Seçme Özgürlüğü” başlıklı 50'nci madde şu şekilde yer almıştır:

“Herkes, dilediği alanda çalışma, sözleşme ve meslek seçme özgürlüklerine sahiptir.

Bu özgürlükler, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir”.

Tasarı'nın “Özel Teşebbüs Özgürlüğü” başlıklı 51'inci maddesi hükmü ise aşağıdaki gibidir:

“Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Kanun, ancak kamu yararı, millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınır getirebilir.

Devlet, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak önlemleri alır”.

Danışma Meclisi'ndeki görüşmelerde bu iki madde hakkında herhangi bir değişiklik önergesi verilmemiş ve herhangi bir tartışma yapılmaksızın bu maddeler aynen kabul edilmiştir. Öte yandan Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu bu

⁷⁸¹ Anayasa'nın sosyalist ekonomi modeline kapalı olduğu mülkiyet hakkının gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: “Mülkiyetin Anayasa güvencesi altına alınması, yine Anayasanın komünizmi, faşizmi ve din temeline dayanan Devlet kurmayı yasaklayan hükümleriyle birlikte karşılaştırılınca, mülkiyetin bu şekildeki himayesinin bir ölçüde ekonomik sistem tercihi bakımından da bir gösterge teşkil etmektedir. Kısaca, özel mülkiyetin özellikle üretim araçları üzerindeki özel mülkiyetin yok edilmesi, inkâr edilmesi de önlenmiştir” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 26).

iki maddeyi 48'inci madde altında birleştirmiş ve redaksiyona tabi tutmak suretiyle yeniden düzenlemiştir⁷⁸². Milli Güvenlik Konseyi tarafından aynen kabul edilip halkoylaması sonucu yürürlüğe konulan Anayasa'nın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48'inci maddesi hükmü şu şekildedir:

*“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.
Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*

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

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa Tasarısı'nda yer alan düzenleme ile yürürlüğe konulan düzenleme arasında birtakım farklılıklar göze çarpmaktadır. İlk olarak; tasarıda yer verilen “meslek seçme hürriyeti”, maddenin Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından yeniden düzenlenen şeklinde yer almamıştır. Komisyon'un sunduğu raporda bu tercihin nedenine ilişkin bir açıklama bulunmasa da çalışma hürriyetinin norm alanının meslek seçme hürriyetini de kapsamına alacağı düşüncesi bu tercihte etkili olmalıdır. İkinci olarak; Tasarı'nın 50'nci maddesinin 2'nci fıkrasındaki sözleşme ve çalışma hürriyetinin ancak kamu yararı amacı ile kanunla sınırlanabileceğini öngören düzenleme madde metninden çıkarılmış ve bu hürriyetlerin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan genel sınırlama sebeplerine dayanılarak sınırlanabilmesi esası benimsenmiştir. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere; 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebepleri kaldırılıp temel hak ve hürriyetlerin yalnızca özel sınırlama sebeplerine bağlı olarak sınırlanabilmesi esası getirilince, çalışma ve sözleşme hürriyeti için öngörülen özel sınırlama sebebinin madde metninden çıkarılması önemli sorunlara yol açmıştır. Son olarak; Tasarı'nın 51'inci maddesinin 2'nci fıkrasında teşebbüs hürriyeti için öngörülen özel sınırlama sebebi

⁷⁸² **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu**, s. 72, **Millî Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi**, C. 7, 118. Birleşim, 18 Ekim 1982 içinde. Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu bu düzenlemeyi yaparken 1961 Anayasası'nı esas almıştır. Mevcut hükmün 1961 Anayasası'nın 40'nci maddesinde yer alan düzenlemeden tek farkı, çalışma ve sözleşme hürriyeti için öngörülen özel sınırlama sebebinin kaldırılmış olmasıdır.

yerine devletin alacağı tedbirlere gönderme yapan daha muğlak bir düzenleme tercih edilmiştir.

Anayasa'nın “*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*” başlıklı 48'inci maddesinde bugüne kadar herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

C) SÖZLEŞME HÜRRIYETİNİN ÖZNESİ

1) Genel Olarak

Bir temel hak ve hürriyetin öznesi⁷⁸³, o hak ve hürriyetin sağladığı talep yetkisinden yararlanabilecekleri; bu yetkiyi, devlet başta olmak üzere, hakkın tüm muhatapları karşısında ileri sürebilecek olan kişileri ifade etmektedir.

1982 Anayasası, “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” (m. 12/1) hükmü ile temel hak özneliği yönünden genel kuralı belirlemiştir. Bu hüküm uyarınca, Anayasa koyucunun öznesini açıkça belirtmediği temel ve hak hürriyetlerin -doğaları gereği belli kategorideki kişi veya gruplara özgülenmeleri gerekmedikçe- “*herkes*” tarafından kullanılabilceğini kabul etmek gerekir⁷⁸⁴. 1982 Anayasası'nda yer alan temel hak ve hürriyetlerin büyük çoğunluğunda da “*herkes*” yahut “*hiç kimse*” deyimleri kullanılarak özne açısından herhangi bir sınırlamaya gidilmediği görülmektedir. Ancak siyasî hakların sadece yurttaş kitlesine tanınmış olmasının yanı sıra, bazı temel hak ve hürriyetlerin kullanımı da nitelikleri gereği işçi, çalışan, işveren gibi belli kategorideki kişilere özgülenmiştir⁷⁸⁵.

⁷⁸³ Temel hak özneleri için öğretide “*temel hak taşıyıcısı*”, “*temel hak sahibi*”, “*temel hak kullanıcısı*” gibi farklı terimler de tercih edilebilmektedir. Bkz. Gören, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 50; Şirin, Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 148-149; Uygun (2015), s. 562.

⁷⁸⁴ 1982 Anayasası'nda hak taşıyıcısının açıkça belirtilmediği temel hak ve hürriyetler; basın hürriyeti (m. 28), süreli ve süresiz yayın hakkı (m. 29) ile konut hakkından (m. 57) ibarettir. Belli kategorideki kişi veya gruplara özgülenmelerini gerektirir nitelikte olmamaları nedeni ile herkes bu hak ve hürriyetlerin taşıyıcısı olabilecektir. Konut hakkının öznesinin “*herkes*” olduğu yönünde bkz. Seyhan, Begüm, **Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 64.

⁷⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 170-174.

Anayasa'nın 48'inci maddesinde “*herkes... sözleşme hürriyetine sahiptir*” cümlesi ile sözleşme hürriyetinin öznesi açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. “*Herkes*” kelimesi, dilimize Farsça'dan geçmiş olup⁷⁸⁶ bütün kişiler anlamına gelmektedir. Kişi kavramı ise hukuk düzeni tarafından kendilerine hak ve borçlara ehil olma iktidarı tanınmış varlıklardan her biri şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁸⁷. Hukuk düzeninin kendilerine hak ve borçlara ehil olma iktidarı tanıdığı varlıkların başında gerçek kişiler yer almaktadır. Hak ehliyetine sahiplik bakımından insanlar arasında çeşitli ayrımlar öngören eski hukuk düzenlerinin aksine, modern hukuk düzenleri; vatandaşlık, cinsiyet, yaş, soy, sop gibi unsurlar bakımından ayrım gözetmeksizin tüm insanların eşit şekilde hak ehliyetine sahip olduklarını kabul etmektedir⁷⁸⁸. Bu bağlamda, sözleşme hürriyetinin öncelikli ve tartışmasız öznesi, tüm gerçek kişiler/insanlardır.

Hukuk düzeninin kendisine kişilik tanıdığı varlıklar, gerçek kişiler ile sınırlı değildir. Belli bir amacı gerçekleştirmek üzere, bağımsız bir varlık olarak örgütlenen kişi ve mal toplulukları olan tüzel kişiler de hak süjesi olarak kabul edilmektedir⁷⁸⁹. Türk hukukunda tüzel kişiler, kendilerini oluşturan irade ile tâbi oldukları hukuk kurallarının niteliğine göre; “*özel hukuk tüzel kişileri*” ve “*kamu hukuku tüzel kişileri*” olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. “*Herkes*” ibaresi sözel açıdan yorumlandığında, özel hukuk tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişilerinin de sözleşme hürriyetinin anayasal korumasından yararlanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁷⁹⁰. Öte yandan, Anayasa'da “*temel haklar ve ödevler*” kısmında düzenlenen sözleşme hürriyetinin tüm temel hakların öznelere yönünden geçerli olan sınırlamalara tabi olacağını unutmamak gerekir. Aşağıda tüzel kişiler ile yabancıların

⁷⁸⁶ har (her)+kas (kişi) (<https://www.nisanyansozluk.com>, E.T. 12.07.2021). Ayrıca bkz. Şirin, Tolga, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 18-19.

⁷⁸⁷ Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, **Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 229.

⁷⁸⁸ Türk Medeni Kanunu m. 8: “*Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler*”.

⁷⁸⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 509.

⁷⁹⁰ “*Herkes*” ibaresinin bireysel başvuru hakkının öznelere yönünden değerlendirilmesi için bkz. Şirin (2013), s. 143-154.

sözleşme hürriyetinin öznesi olup olmadıkları ve özne olarak kabul edilenlerin bu hürriyetten ne ölçüde yararlanabilecekleri tartışılmıştır.

2) Yabancılar

Anayasa'nın hak öznesi olarak “herkes”i gösterdiği temel haklardan yabancılar da yararlanabilir. Bu bakımdan, yabancılar da sözleşme hürriyetinin özneleri arasında yer almaktadır⁷⁹¹. Sözleşme kurumunun toplumsal ve ekonomik hayatın hemen her alanında üstlendiği yeri doldurulamaz işlev göz önüne alındığında zaten aksi ihtimali düşünmek de çok mümkün değildir⁷⁹².

Öte yandan, yabancıların temel hak öznesi olmaları, onların tüm temel hak ve hürriyetlerden vatandaşlar ile aynı şartlarda yararlanabilecekleri anlamına

⁷⁹¹ Yabancıların da çalışma ve sözleşme hürriyetinin özneleri arasında yer aldığı hususu Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında ifade edilmiştir: “Anayasa'nın 48. maddesinde “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.” hükmü yer almaktadır. Bu maddede düzenlenen çalışma hakkının öznesi “herkes” olarak belirlenmek suretiyle bu hak sadece Türk vatandaşları için değil, kural olarak yabancılar yönünden de güvence altına alınmıştır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2011/150, K. 2013/30, K.T. 12.02.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, S. 50, C. 7, Y. 2013, s. 4861). Aynı yönde başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/108, K. 2015/8, K.T. 14.01.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, S. 52, C. 4, Y. 2017, s. 2247.

⁷⁹² ABD'de Alabama Eyaleti, yasa dışı göçü önleme ve federal göç kanunlarının işlerliğini sağlama amacı ile 2011 yılında “Beason-Hammon Alabama Taxpayer and Citizen Protection Act” başlıklı bir kanun çıkarmıştır. Söz konusu amaca ulaşabilmek için Kanun'da öngörülen başlıca tedbirlerden birisi, yasa dışı göçmenlerin taraf olduğu sözleşmelerin geçersiz kabul edilmesidir. Kanun'un 27'nci kısmına göre; eyaletteki hiçbir mahkeme, karşı tarafın sözleşme imzalandığı anda yabancının ülkede yasa dışı olarak bulunduğuna dair doğrudan veya dolaylı bir bilgiye sahip olması ve sözleşmenin ifasının, yabancının yirmi dört saatten fazla süre ile ülkede kalmasını gerektirmesi durumunda, ABD'de yasadışı olarak bulunan bir kişinin taraf olduğu sözleşme şartlarını uygulayamaz veya geçerli kabul edemez. Kanun metni için bkz. <https://law.justia.com/codes/alabama/2018/title-31/chapter-13/>, E.T. 31.07.2021. Bu Kanun ile yasa dışı göçmenlerin taraf olduğu, bir gecenin üzerindeki konaklama ve kiralama sözleşmeleri, taşıma sözleşmeleri, araç alım sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri gibi kişinin en temel ihtiyaçlarını gidermesini sağlayacak sözleşme türleri dahi geçersizlik yaptırımına tabi tutulmuş ve yasa dışı göçmenlerin eyalette ikamet etmeleri neredeyse imkânsız hale getirilmiştir. Federal devletin söz konusu Kanun aleyhine açtığı davayı inceleyen 11'inci Federal Temyiz Mahkemesi, söz konusu düzenleme ile yasa dışı göçmenlerin temel ihtiyaçları için sözleşme yapma imkânlarının ellerinden alındığını ve düzenlemenin amacının yasa dışı göçmenlerin yaşamlarını zorlaştırarak onları eyaleti terk etmeye zorlamak olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, yabancıları sınır dışı etme yetkisinin münhasıran federal devlete ait bir yetki olduğunu; bir eyaletin, yabancılara farklı, olağan dışı ve fevkalade yükümlülükler getirmesinin federal alana müdahale anlamına geleceğini belirterek bu Kanunun yürürlüğünü durdurmuştur (11th Cir., United States v. Alabama, No. 11-14532&11-14674, 20.08.2012, https://www.ncsl.org/Portals/1/Documents/statefed/ALCtofAppeals_2012Aug20.pdf, E.T. 31.07.2021). Bu Kanun'un ayrıntılı bir değerlendirmesi ve ABD Anayasası'nın due process, eşit koruma ve sözleşme maddelerini ihlal ettiği yönünde görüş için bkz. Weber (2013), s. 51-103.

gelmemektedir. Yabancıların temel hak ve hürriyetleri, gerektiğinde vatandaşlardan daha farklı esaslara göre düzenlenip sınırlanabilecektir. 1982 Anayasası'nın “*yabancıların durumu*” başlıklı 16'ncı maddesinde, “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir*” hükmüne yer verilerek yabancılar açısından temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre; yabancıların temel hak ve hürriyetleri sınırlandırılırken riayet edilmesi gereken iki şart bulunmaktadır⁷⁹³: i) Sınırlama milletlerarası hukuka uygun olmalıdır. ii) Sınırlama kanunla getirilmiş olmalıdır. Anayasa'nın “*temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı 13'üncü maddesinde öngörülen güvenceler, yabancılar için geçerli değildir. Bu nedenle -yukarıda belirtilen iki şarta riayet edilmesi kaydı ile- yabancıların temel hak ve hürriyetleri, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sınırlama sebeplerinin dışında kalan başka bir sebebe dayanılarak sınırlandırılabilmesi gibi getirilen sınırlama hakkın özüne de dokunabilecektir⁷⁹⁴.

Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması rejimi konusunda Anayasa Mahkemesi içtihatlarında asgari bir istikrardan dahi söz etmek zordur. Yabancıların taşınmaz edinimlerinde “*karşılıklılık*” şartı aranmaması hususunda Bakanlar Kurulu'na yetki veren 3029 Sayılı Kanun aleyhine açılan iptal davasında⁷⁹⁵, Anayasa Mahkemesi'nin yabancıların temel hak ve hürriyetleri bakımından son derece sınırlandırıcı bir yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Mahkeme bu kararında, Kanun'un yerindeliğine yönelik uzun bir izahatın ardından, Anayasa'nın başlangıç kısmındaki bazı muğlak ifadelerden karşılıklılık şartını çıkarabilmeyi başarmış ve yabancıların temel hak ve hürriyetlerden yararlanabilmesi için âdeta yeni bir anayasal sınır icat etmiştir⁷⁹⁶.

⁷⁹³ Gören (2000-a); Gözler (2017), s. 295.

⁷⁹⁴ Gözler (2017), s. 295-296. Alman Anayasa Hukuku'nda yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması rejimine ilişkin bkz. Gören (2000-a), s. 52-55; Şirin (2013), s. 210.

⁷⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.06.1985, S. 21, s. 153-187.

⁷⁹⁶ 3029 Sayılı Kanun'un iptali üzerine, TBMM benzer hükümler içeren 3278 Sayılı Kanun'u çıkarmışsa da Anayasa Mahkemesi bu Kanun'u da benzer gerekçelere dayanarak iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1986/18, K. 1986/24, K.T. 09.10.1986, S. 22, s. 233-278. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarının eleştirisi için bkz. Erdoğan, Mustafa, “*Yabancılar Mülk*

Şüphesiz ki Anayasa'nın 16'ncı maddesi ile yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin vatandaşlara kıyasla daha geniş ölçüde sınırlandırılabilmesi hususunda kanun koyucuya yetki verilmiştir. Kanun koyucu, anayasal esaslara ve milletlerarası hukuka uygun olmak şartı ile yabancıların bir temel hak ve hürriyetten hangi sınırlar dâhilinde ve ne ölçüde yararlanabileceklerini tespit etmeye yetkilidir. Ancak Anayasa'nın 16'ncı maddesinde, yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin mutlak surette sınırlandırılması şeklinde bir yükümlülük öngörülmemektedir. Kanun koyucu, ülkenin yüksek menfaatlerini göz önünde tutarak, yabancıların -Anayasa ile vatandaşlara hasredilmiş olanlar dışındaki- temel hak ve hürriyetlerini çıkaracağı kanunlarla sınırlandırabileceği gibi böyle bir sınırlandırmayı gereksiz de görebilir⁷⁹⁷. Nitekim Anayasa Mahkemesi, çalışma hürriyetine ilişkin 2013 yılında verdiği bir kararında da yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında yasama organının geniş takdir yetkisine vurgu yapmıştır⁷⁹⁸: “*Anayasa'nın 16. maddesinde yabancıların hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması emredilmemekte bu konuda yasama organına izin verilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu, ülkenin koşullarını dikkate alarak yabancıların hangi iş ya da meslekleri yapıp yapamayacakları konusunda karar vermeye yetkilidir*”. Keza Mahkeme, yabancıların taşınmaz edinimlerinde karşılıklılık şartını kaldıran 6302 Sayılı Kanun aleyhine açılan iptal davasına ilişkin verdiği kararında⁷⁹⁹ da konuya ilişkin önceki içtihadından dönerek yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında karşılıklılık ilkesinin dikkate alınacağına dair bir şartın Anayasa'da yer almadığına hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 2015 yılında verdiği bir diğer kararında⁸⁰⁰ ise yabancıların temel hak ve hürriyetleri ile ilgili daha önce benimsemiş olduğu sınırlandırıcı yaklaşımı bütünü ile terk etmiştir. Yabancı kişinin çalışma izni talebinin bir defa reddi durumunda, ret tarihinden itibaren bir yıl süreyle aynı işyeri, işletme

Satılması ve Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 179-184; Hakyemez (2009), s. 128-136; Özbudun (2014), s. 177-180.

⁷⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.06.1985, S. 21, H. Semih Özmert, Orhan Onar ve Mehmet Çınarlı'nın Karşı Oy Yazıları, s. 180.

⁷⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2011/150, K. 2013/30, K.T. 14.02.2013, S. 50, C. 7, s. 4861.

⁷⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/75, K. 2013/88, K.T. 10.07.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 51, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 1142.

⁸⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/108, K. 2015/8, K.T. 14.01.2015, S. 52, C. 4, s. 2243-2249.

veya aynı meslek için yeniden çalışma izni başvurusunda bulunmasını yasaklayan kanun hükmünü çalışma hürriyeti yönünden denetleyen Mahkeme; “*amaç ile araç arasında makul ve orantılı bir ilişki bulunmadığı ve yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulmadığı*” gerekçesi ile söz konusu hükmü ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Bu kararda dikkat çekici olan husus, Mahkeme’nin ölçü norm olarak Anayasa’nın 16’ncı maddesi hükmüne değil 13’üncü maddesi hükmüne başvurmuş olmasıdır. Bu karardan çıkarılacak sonuç, Anayasa’da vatandaşlara hasredilmeyen temel hak ve hürriyetlerden yabancıların da tıpkı vatandaşlar gibi yararlanabileceği; bu temel hak ve hürriyetlere yönelik yabancılara özgü sınırlamalar öngörülemezdir.

Anayasa Mahkemesi’nin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi bakımından vatandaşlar ile yabancıları aynı kategoride değerlendiren bu yaklaşımı, Anayasa’nın sistematığı ile bağdaşmadığı gibi Türk Yabancılar Hukuku sistemi ile de taban tabana zıt düşmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere; yabancılar açısından temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi Anayasa’nın 16’ncı maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; yabancıların temel hak ve hürriyetleri milletlerarası hukuka uygun olarak kanun ile sınırlanabilecek olup 13’üncü maddede yer alan diğer güvenceler yabancılar açısından geçerli olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi kararında benimsendiği gibi yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin de 13’üncü maddede yer alan esaslara göre sınırlandırılacağı kabul edildiği takdirde, Anayasa koyucunun 16’ncı maddeye neden yer verdiği sorusu cevapsız kalacaktır. Ayrıca Türk hukukunda mülkiyet hakkı, çalışma ve seyahat hürriyeti başta olmak üzere, yabancıların temel hak ve hürriyetlerine yönelik öngörülmüş çok sayıda sınır ve yasak mevcuttur⁸⁰¹. Yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında 13’üncü maddenin ölçü norm olarak kullanılması durumunda, bu sınır ve yasakların büyük çoğunluğunun Anayasa’ya aykırılığı sonucuna varmak gerekecektir. Örneğin Türk hukukunda avukatlık, noterlik, diş hekimliği, eczacılık gibi çok sayıda mesleğin icrası, Türk vatandaşlarına tahsis edilmiş; yabancıların Türkiye’de bu meslekleri icra etmeleri yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı benimsendiğinde; Dış

⁸⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 74-285.

Hekimliği Fakültesi'nden mezun olan bir yabancınn dış hekimliği yapmasını yasaklayan (1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 30) veya Hukuk Fakültesi'nden mezun olan bir yabancınn avukatlık yapmasını yasaklayan (1136 Sayılı Avukatlık Kanunu m. 3) kanun hükümleri, kolaylıkla öz güvencesini ihlal ettiği gerekçesi ile iptal edilebilecektir. Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı, Anayasa Mahkemesi'nin yabancıların temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken denetimini, sınırlamanın kanun ile getirilip getirilmediği ve milletlerarası hukuka uygun olup olmadığı hususları ile sınırlı tutması ve 13'üncü maddede yer alan güvenceler yönünden ayrıca bir denetime girişmemesi gerekmektedir⁸⁰².

Türk hukukunda, sözleşme hürriyeti yönünden yabancıların vatandaşlardan daha farklı esaslara tabi tutulduğu veya onların sözleşme hürriyetinin vatandaşlara kıyasla daha geniş ölçüde kayıtlıldığı örnekler oldukça istisnaidir. Kural olarak yabancılar, özel hukuka ilişkin hukuki ilişkilerini sözleşmeler yolu ile serbestçe düzenleme hak ve yetkisine sahiplik bakımından vatandaşlarla eşit statüdedirler. Şüphesiz yabancıların temel hak ve hürriyetlerine getirilen bazı kısıtlamaların sözleşmeler hukukuna da çeşitli yansımaları olabilmektedir. Örneğin yabancı bir kişi ile Türk vatandaşlarına tahsis edilmiş bir iş veya mesleği icra etmek üzere iş sözleşmesi yapılması veya kanunî sınırlamaları aşan miktarda taşınmazın devrini öngören taşınmaz satış sözleşmesi yapılması durumlarında, bu sözleşmeler kanunun

⁸⁰² Belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 16'ncı maddesinde yer almamasına rağmen kanun koyucunun yabancıların temel hak ve hürriyetlerine sınırlama getirirken ölçülülük ilkesine de riayet etmesi gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi, devletin temel hak ve hürriyetlere keyfi ve orantısız müdahalelerini engellemeyi amaçlayan bir genel hukuk ilkesi olup pozitif dayanağını Anayasa'nın 13'üncü maddesinin yanı sıra hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet ilkelerinden almaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen hukuk devleti ilkesi ile temel hakların varlığından ölçülülük ilkesini türetmeyi başarmıştır (Sağlam (1982), s. 117-118; Metin (2002-a), s. 53-54). Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesinin düzenlenmediği 1961 Anayasası döneminde verdiği bazı kararlarında da -açıkça zikretmemekle birlikte- bu ilkeyi uyguladığı görülmektedir (Bu kararlar için bkz. Sağlam (1982), s. 118-125; Metin (2002-a), s. 197-202). Bu bakımdan temel hak ve hürriyetlerin öznesi olarak "herkes"i gösteren 1982 Anayasası'nın (m. 12) yabancıların temel hak ve hürriyetlerine karşı keyfi ve orantısız şekilde müdahale edilmesine izin vermeyeceği kuşkusuzdur. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelenen E. 2014/108, K. 2015/8 Sayılı kararında eleştiri konusu olan husus, ölçülülük ilkesinin uygulanması değil bu ilkenin Anayasa'nın 13'üncü maddesi referans alınmak suretiyle uygulanmış olmasıdır. Yoksa bu ilkenin hukuk devleti veya insan haklarına saygılı devlet ilkelerinden türetilerek yabancılar açısından uygulanmasında anayasal sistemimiz bakımından herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

emredici hükümlerine ve kamu düzenine aykırı olmaları nedeni ile geçersiz sayılacaktır. Türk mevzuatında, doğrudan yabancıların sözleşme hürriyetine yönelik bir sınırlama getiren ender düzenlemelerden birisi, 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılmasına Dair Kanun'un 1'inci maddesinde yer alan Türk tabiiyetindeki şirket ve müesseselerin yabancı bir dilde sözleşme yapmalarını yasaklayan hükümdür. Bu hüküm dolayısı ile Türk tabiiyetindeki bir şirket veya müessese ile Türkiye dâhilindeki herhangi bir iş veya işletmeye yönelik bir sözleşme imzalamak isteyen yabancı gerçek veya tüzel kişiler, bu sözleşmeleri kendi dillerinde hazırlamayacaklardır. Vatandaşlık ve yabancılık statüsü açısından dil unsuru tek başına etkili değilse de yabancıların büyük çoğunluğunun Türkçe bilmeyeceği gözetildiğinde, söz konusu yasağın daha çok yabancıları hedeflediği ve onları dezavantajlı kıldığı bir gerçektir. Zira bir sözleşmeyi yabancı bir dilde akdetmeye zorlanan taraf, bu sözleşmeden doğabilecek dilbilimsel belirsizliklere muhatap olabileceği gibi bunu bertaraf etmek için danışmanlık gibi bazı ek masraflara katlanmak zorunda kalabilecektir⁸⁰³.

3) Tüzel Kişiler

a) Özel Hukuk Tüzel Kişileri

Tüzel kişiler, bir tek insanın yaşam süresini ve sınırlı imkânlarını aşan ihtiyaçları tatmin etmek amacı ile bireylerin ekonomik ve fiziksel güçlerini bir araya toplayan, onların tek başlarına gerçekleştiremeyecekleri birey-üstü gayeleri gerçekleştirmeyi hedefleyen birliklerdir⁸⁰⁴. Sosyal, ekonomik ve siyasî alanda üstlendikleri işlevler göz önüne alındığında, özel hukuk tüzel kişileri olmadan günümüz toplumlarını tahayyül etmek mümkün değildir. Dernek ve vakıflar; yardımlaşma ve hayırseverliğin, kültürel, bilimsel ve sportif faaliyetlerin en önemli araçlarıdır. Ticari şirketler, modern ekonominin ve üretim ilişkilerinin başat aktörleri

⁸⁰³ Özdemir, Semih Sırrı, “Ticari Sözleşmelerin Yabancı Dilde Hazırlanmasına Bağlı Hukuki Sonuçlar”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, Y. 2020, s. 618.

⁸⁰⁴ Özsunay, Ergun, **Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler: Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar**, Sulhi Garan Matbası, İstanbul, 1974, s. 3-5; Hâtemî, Hüseyin, **Medenî Hukuk Tüzel Kişileri I: Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar**, Sulhi Garan Matbası, İstanbul, 1979, s. 2-6; Ergün, Ömer, **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 3-7.

hâline gelmiştir. Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır. Sendikalar, bireysel açıdan işveren karşısında güçsüz konumda olan işçileri bir araya getirerek onların sosyal ve ekonomik çıkarlarını korumakta ve işveren tarafından sömürölmelerini engellemektedir. Modern hukuk düzenleri, bu önemli işlevleri üstlenen topluluk ve kurumları, kendilerini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız şekilde hak ve borçlara ehil olabilen hukukî varlıklar olarak kabul etmiştir.

Hukuk düzenlerinin bazı insan ve mal topluluklarını kişilik sahibi kılması, bu toplulukların zorunlu olarak temel hak taşıyıcısı olduklarının kabulünü gerektirmez. İnsan haklarının Anayasa aracılığı ile pozitif hukuka aktarılmış bölümünü ifade eden temel haklar, gerek ahlakî-etik önemleri gerekse normlar hiyerarşisindeki konumları itibarı ile diğer alelade haklardan ayrılmaktadır. Temel haklar, bireylerin özgürlük alanını kamu gücünün haksız müdahalelerine karşı güvence altına alma ihtiyacından doğmuştur. Temel hakların maddi kaynağı ve varlık nedeni, insan onurunun korunmasıdır⁸⁰⁵. Tarihsel açıdan da temel hakların tasarımımda tekil olarak bireyin doğası ve ihtiyaçları esas alınmış; akıl, irade ve sorumluluk duygusundan yoksun oldukları kabul edilen topluluk ve kurumlar, temel hak özneleri olarak düşünölmemiştir. Dahası bu topluluk ve kurumlar -temel hak özneleri olmaları bir yana- tıpkı devlet gibi temel hakların potansiyel ihlalcisi olarak görölmüş ve bunlara şüphe ile yaklaşılmıştır⁸⁰⁶.

Özel hukuk tüzel kişilerin temel hak taşıyıcısı olup olamayacakları; temel hak taşıyıcısı olabilecekleri kabul edildiğı takdirde hangi haklardan, ne ölçüde ve hangi kıstaslara göre yararlanabilecekleri hususu karşılaştırmalı hukukta oldukça tartışmalı bir konudur. Bazı anayasalar, özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ehliyetine ilişkin açık hükümler içermektedir⁸⁰⁷. 1949 Federal Almanya Anayasası'nda “*yerli tüzel kişiler de, nitelikleri gereğı uygulanabildiğı ölçüde temel haklardan yararlanırlar*”

⁸⁰⁵ Uygun (2015), s. 479.

⁸⁰⁶ Örneğın Fransa'da 1791 yılında çıkarılan Le Chapelier Yasası ile lonca, dernek, sendika gibi her türlü sosyal kuruluş yasaklanmış ve 1901 yılına kadar bu yasak kısmen de olsa devam etmiştir (Göze (2013), s. 140-141).

⁸⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dhooge, Lucien J., “*Human Rights For Transnational Corporations*”, **Journal of Transnational Law & Policy**, Vol. 16, No. 2, Y. 2007, s. 222-227; Yıldırım, Engin, “*Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden: Şirketlerin, İnsan Hakları Olabilir mi?*”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 2017/2, Y. 2, s. 68-69; Gözler (2017), s. 181.

(m. 19. f. 3) hükmüne yer verilerek tüzel kişilerin temel hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilmiştir⁸⁰⁸. Bu hükme benzer bir düzenleme, 1976 Portekiz Anayasası'nda da yer almaktadır: “*Tüzel kişiler yapılarına uygun haklara sahip olurlar ve ödevlere tabidirler*” (m. 12. f. 2)⁸⁰⁹. 1978 İspanya Anayasası'nda amparo başvurusunda bulunabilecekler arasında tüzel kişiler de sayılmıştır (m. 162. f. 1-b)⁸¹⁰. 1990 yılında kabul edilip Yeni Zelanda'nın teamülî anayasa sisteminin önemli bir parçası haline gelen “*Bill of Rights Act*”ta, aksi öngörülmediği müddetçe, Temel Haklar Bildirgesi'nde yer alan haklardan gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de bünyelerine uygun düştüğü ölçüde yararlanabileceği hükme bağlanmıştır (m. 29). Keza 1996 Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nda da “*tüzel kişiler, hakkın doğası ve tüzel kişiliğin niteliği gerektirdiği ölçüde Temel Haklar Bildirgesi'nde (Bill of Rights) yer alan haklara sahiptir*” (m. 8. f. 4) hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, yürürlükteki anayasaların büyük çoğunluğu, özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ehliyetlerine ilişkin açık hükümler ihtiva etmemektedir. Bu nedenle, Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmakla görevli merciler, tüzel kişilerin temel hak ehliyeti sorununa içtihat yolu ile çözüm üretmeye çalışmaktadır. Örneğin 1787 ABD Anayasası'nda, tüzel kişiliğe ve tüzel kişilerin temel hak ehliyetlerine ilişkin herhangi bir referans yapılmamıştır. Kurucu Babalar (*Founding Fathers*),

⁸⁰⁸ Anayasa'daki bu açık hükme rağmen Federal Anayasa Mahkemesi, tüzel kişilerin temel hak ehliyeti konusunda oldukça sınırlandırıcı bir yaklaşımı benimsemiş ve tüzel kişilerin temel haklarını gerçek kişilerin kişiliklerini serbestçe geliştirme haklarının bir uzantısı olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, “*temel haklar öncelikle bireylerin özgürlük alanlarının korunmasına hizmet eden ve bireylerin kamu yaşamına özgürce katılmalarını ve onu etkilemelerini güvence altına alan bireysel haklardır. Tüzel kişileri maddi temel hakların koruma alanına dâhil etmek, oluşturulmaları ve etkinlikleri, gerçek kişilerin kendilerini özgürce geliştirme haklarının bir ifadesi ise, özellikle tüzel kişiliğin maddi temel haklar alanına dâhil edilmesi, tüzel kişiliğin arkasındaki bireyler açısından anlamlı ve önemli görünüyorsa, olanaklıdır*” (BVerfGE 75, 192'den aktaran Göztepe, Ece, **Anayasa Şikayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s. 50). “*Aradan sızma*” veya “*perdenin kaldırılması*” olarak adlandırılan bu teoremin açıklanması ve bu teoriye yöneltilen eleştiriler için bkz. Gören (2000-a), s. 67-68; Şirin (2013), s. 215-217. Alman Anayasa Hukuku'nda tüzel kişilerin temel hak sahipliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kingreen/Poscher, s. 121-128. Alman Anayasa Hukuku'nda özel hukuk tüzel kişilerin yararlanabileceği temel hakların listesi için bkz. Özsunay, s. 51-52.

⁸⁰⁹ Bu hükmün açıklaması ve Anayasa Mahkemesi'nin yorumu için bkz. Julicher, Manon/Henriques, Marina/Amat Blai, Aina/Polcastro, Pasquale, “*Protection of the EU Charter for Private Legal Entities and Public Authorities? The Personal Scope of Fundamental Rights within Europe Compared*”, **Utrecht Law Review**, Vol. 15, Issue 1, Y. 2019, s. 16-17.

⁸¹⁰ Bkz. Julicher/Henriques/Amat Blai/Polcastro, s. 18-19.

temel hakları oluştururken devlet ile gerçek kişiler arasındaki ilişkilere odaklanmış; tüzeli kişiler temel hak özneleri olarak varsayılmamıřtır⁸¹¹. Ancak özel hukuk tüzeli kişilerinin gittikçe yaygınlaşması ve sosyal ve ekonomik hayatta ağırlıklarının hissettirmeleri üzerine Federal Yüksek Mahkeme, XIX’uncu yüzyılın ilk yarısından itibaren sözleşme hürriyeti⁸¹² ve mülkiyet hakkı⁸¹³ gibi bazı temel haklardan tüzeli kişilerin de yararlanabileceğine hükmetmeye bařlamıřtır⁸¹⁴. Ayrıca Federal Yüksek Mahkeme, son dönem içtihatları ile tüzeli kişilerin temel hak ehliyetini ifade hürriyeti⁸¹⁵, din ve vicdan hürriyeti⁸¹⁶ gibi geleneksel olarak gerçek kişilere özgü olduğu kabul edilen bazı temel hakları da içerecek şekilde genişletmiřtir⁸¹⁷. Polonya⁸¹⁸, Kanada⁸¹⁹, Avusturya⁸²⁰ ve Avusturalya’da⁸²¹ da Yüksek Mahkemeler/Anayasa Mahkemeleri özel hukuk tüzeli kişilerinin temel hak öznesi olabileceklerini kabul etmiřlerdir⁸²².

⁸¹¹ Krannich, Jess M., “The Corporate “Person”: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation”, **Loyola University Chicago Law Journal**, Vol. 37, Issue 1, Y. 2005, s. 66; Dhooge, s. 201-202.

⁸¹² Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S. 518 (1819), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/518/>, E.T. 10.08.2021.

⁸¹³ “Mahkeme, Anayasa’nın XIV’üncü Değişikliği’nde yer alan ve eyaletlerin, kendi yargı yetkileri içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmalarını yasaklayan hükmün şirketler için de geçerli olup olmadığı sorusuna ilişkin bir tartışma duymak istememektedir. Geçerli olduğu konusunda hemfikiriz” (Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co., 118 U.S. 394 (1886), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/118/394/>, E.T. 10.08.2021).

⁸¹⁴ ABD Federal Yüksek Mahkemesi’nin XIX’uncu yüzyılda tüzeli kişilerin temel hak ehliyetine ilişkin içtihatları için bkz. Blair, Margaret M./Pollman, Elizabeth, “The Derivative Nature of Corporate Constitutional Rights”, **William & Mary Law Review**, Vol. 56, Issue 5, Y. 2015, s. 1680-1696; Krannich, s. 69-80; Dhooge, s. 216-217.

⁸¹⁵ First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/765/>, E.T. 11.08.2021.

⁸¹⁶ Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S. 682 (2014), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/573/682/>, E.T. 11.08.2021.

⁸¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Blair/Pollman, s. 1713-1731; Yıldırım (2017), s. 79-84.

⁸¹⁸ Julicher/Henriques/Amat Blai/Policastro, s. 21.

⁸¹⁹ Dhooge, s. 222-223.

⁸²⁰ Göztepe (1998), s. 29.

⁸²¹ Dhooge, s. 223.

⁸²² Uluslararası insan hakları mercilerinin genel yaklaşımı da özel hukuk tüzeli kişilerinin bünyelerine uygun düşen insan haklarından yararlanabileceği yönündedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yaklaşımı için bkz. şirin (2013), s. 225-227; Gemalmaz (2017), s. 48-52; Julicher/Henriques/Amat Blai/Policastro, s. 9-10. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın yaklaşımı için bkz. Julicher/Henriques/Amat Blai/Policastro, s. 6-7. Uluslararası insan hakları belgeleri

1982 Anayasası, özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ehliyetine ilişkin doğrudan bir düzenleme içermemektedir⁸²³. Türk Medeni Kanunu’nun 48’inci maddesinde yer alan “*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler*” hükmünden hareketle tüzel kişilerin temel hak öznesi oldukları sonucuna varmak da mümkün değildir. Zira Anayasa’nın üstünlüğünün mantıkî sonucu olan “*özerk yorum ilkesi*” gereği, normlar hiyerarşisinde Anayasa’nın altında yer alan bir kanunun, Anayasa hükümlerinin yorumunda mutlak bağlayıcılığından söz edilemez⁸²⁴. Bu bakımdan özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak öznesi, dolayısı ile sözleşme hürriyetinin öznesi olup olamayacaklarını tespit edebilmek için Anayasa’nın 12’nci ve 48’inci maddelerinde yer alan “*herkes*” ibaresinin yorumuna ihtiyaç vardır.

Yukarıda da değinildiği üzere, “*herkes*” ibaresi sözel olarak yorumlandığında, gerçek kişilerin yanı sıra özel hukuk tüzel kişilerini de kapsamına almaktadır. Terimin tarihî yorumu da sözel yorumu desteklemektedir. 1982 Anayasası’nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35’inci maddesinin gerekçesinde, tüzel kişilerin bu hakkın öznelere arasında yer aldığı açıkça belirtilmektedir: “*Mülkiyetin Anayasa teminatı altına alınması kimlerin yararlanacağı ise bir problem doğurmaz. Malik sıfatını taşıyan gerçek ve tüzel kişiler, bu Anayasal güvenceden yararlanırlar ve onu dermeyer edebilirler. Gerçek kişilerin fiil ehliyetlerinin farklı olması sebebiyle bu temel hakkın sahipliği bakımından bir ayırım yapılamaz. Başka deyişle mülkiyete*

arasında, özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ehliyetini açıkça reddeden tek belge, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. Sözleşme’nin 1’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmüne göre, “*Bu sözleşmenin amaçları bakımından “kişi” (person) terimi “her insan” (every human being) anlamına gelmektedir*”. Sözleşme metni için bkz. https://www.oas.org/dil/access_to_information/American_Convention_on_Human_Rights.pdf, E.T. 08.08.2021.

⁸²³ Türk hukukunda dernek ve vakıflar (m. 33) ile sendikalar (m. 51), siyasi partiler (m. 68) ve kooperatifler gibi bazı özel hukuk tüzel kişilerinin anayasal dayanağı bulunmaktadır (Şirin (2013), s. 220). Ticaret Kanunu’nda düzenlenen ve kazanç paylaşma amacı güden ortaklık türlerini de teşebbüs hürriyetinden türetmek mümkündür. Ancak özel hukuk tüzel kişilerinin anayasal dayanağının bulunması, tek başına bunların temel hak taşıyıcısı olabileceklerinin göstergesi değildir. Bu hükümler, bireylerin zikredilen tüzel kişileri oluşturabileceklerini ve onların çatısı altında örgütlenebileceklerini işaret etmekte olup temelde birey hürriyetlerini güvenceye almaktadır. Yoksa Anayasa’da bu tüzel kişilerin, kendilerini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız şekilde temel hak ve hürriyetlere sahip olup olamayacağı sorusunun açık bir cevabı bulunmamaktadır.

⁸²⁴ Şirin (2013), s. 152.

sahip olmak bakımından hiçbir ehliyet ayırımı gözetilemez”⁸²⁵. Aynı şekilde, Danışma Meclisi’nin hazırladığı Anayasa Tasarısı’nın “*özel teşebbüs özgürlüğü*” başlıklı 51’inci maddesinin gerekçesinde de tüzel kişiler, temel hak öznesi olarak kabul edilmiştir: “*Özel teşebbüs özgürlüğü mahiyeti icabı hem gerçek kişilere tek tek ve toplu olarak hem de tüzelkişilere tanınmıştır*”⁸²⁶. Gerekçedeki bu ifadeler, Anayasa koyucunun, gerçek kişilerin yanı sıra özel hukuk tüzel kişilerini de temel hak taşıyıcısı olarak tanıdığına işaret etmektedir. Anayasa Mahkemesi de “*herkes*”⁸²⁷, “*hiç kimse*”⁸²⁸ gibi ifadeler kullanılarak özne yönünden herhangi bir sınırlama öngörülme-yen temel haklardan özel hukuk tüzel kişilerinin de yararlanabileceğine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, Türk hukukunda özel hukuk tüzel kişileri temel hak özneleri arasında yer almaktadır. Ancak özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak ehliyetine sahip olmaları, onların tüm temel haklardan gerçek kişiler ile aynı şekilde yararlanabilecekleri anlamına gelmemektedir. Tüzel kişiler, Anayasa’da yer alan bütün temel hak ve hürriyetleri değil gerçek kişilere özgü olmayan ve nitelikleri gereği tüzel kişiler tarafından da kullanılması mümkün olan temel hak ve hürriyetleri kullanabileceklerdir. Yaşama hakkı ve işkence yasağı (m. 17), kişi hürriyeti ve güvenliği (m. 19), ailenin korunması (m. 41) gibi bazı temel hak ve hürriyetler,

⁸²⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 27.

⁸²⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 30.

⁸²⁷ “*Maddede geçen “herkes” tabirinin gerçek ve tüzel kişileri kapsadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2008/22, K. 2010/82, K.T. 17.06.2010, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 48, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s. 130). “*Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. Maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” denilmek suretiyle çalışma özgürlüğünün bir parçası olan özel teşebbüs özgürlüğü “herkes” yönünden güvenceye bağlanmıştır. Özel teşebbüs özgürlüğü, her gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyeti ile mesleğini Devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini ifade etmektedir* (Anayasa Mahkemesi, E. 2015/34, K. 2015/48, K.T. 13.05.2015, S. 52, C. 5, s. 3036-3037).

⁸²⁸ “*Anayasa’nın 33 üncü maddesindeki «Kimse» deyimi gerçek ve tüzel kişileri de kapsar*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1963/101, K. 1964/49, K.T. 16.06.1964, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 2, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1971, s. 191).

gerçek kişilere özgü niteliklere bağlı olduğu için tüzel kişilerin bu hak ve hürriyetlerden yararlanması mümkün olmayacaktır⁸²⁹⁻⁸³⁰.

Şüphesiz sözleşme hürriyeti, yaradılış gereği gerçek kişilere özgü niteliklere bağlı olan temel haklardan birisi değildir. Tam aksine, türleri fark etmeksizin, özel hukuk tüzel kişilerinin amaçlarını gerçekleştirebilmek için ihtiyaç duyduğu temel hakların başında sözleşme hürriyeti gelmektedir. Özel hukuk tüzel kişileri, herhangi bir kamusal ayrıcalıktan yararlanmadan faaliyetlerini yürüttüklerine göre, diğer gerçek ve tüzel kişiler ile olan hukukî ilişkilerini sözleşmeler yolu ile serbestçe düzenleyebilmeleri de doğaldır. Bu bakımdan, sözleşme hürriyetini düzenleyen 48’inci maddede yer alan “herkes” ibaresinin özel hukuk tüzel kişilerini de kapsadığı hususunda tereddüt yoktur.

Ancak tüzel kişilerin sözleşme hürriyetinden yararlanmaları, gerçek kişilerden daha farklı esaslara bağlanabileceği gibi gerçek kişiler için öngörülme- yen bazı sınırlamaların tüzel kişilere uygulanması da mümkündür⁸³¹. Örneğin tüzel

⁸²⁹ Gözler (2017), s. 181. Ayrıca bkz. Gören (2000-a), s. 66-68; Yıldırım (2017), s. 73-74.

⁸³⁰ Gözler’e göre, temel hak ve hürriyetlerin asli öznelere gerçek kişiler olup tüzel kişilerin temel hak ve hürriyetlere sahip olmaları istinaî nitelik taşımaktadır. Bu nedenle, bir tüzel kişinin belirli bir hakka sahip olup olmadığı hususunda tereddüt hâsıl olursa dar yorum yapılarak tüzel kişinin o hak ve hürriyete sahip olmadığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir (Gözler (2017), s. 182). Öte yandan, Anayasa Mahkemesi 2014 yılında verdiği bir kararında, Anayasa’nın “*özel hayatın gizliliği*” başlıklı 20’nci maddesinde düzenlenen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında gerçek kişilere özgü olduğu kabul edilen (Arslan Öncü, s. 81-82) kişisel verilerin korunması hakkından tüzel kişilerin de yararlanabileceğine hükmetmiştir: “*Anayasa’nın 20. maddesinde kişisel verilerin kişi bakımından korunma alanının gerçek kişiler ya da tüzel kişileri veya her ikisini içine alıp almadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Maddenin gerekçesinde de buna ilişkin bir değerlendirme yoktur. Her ne kadar Anayasa’nın 20. maddesinde daha ziyade gerçek kişilerin özel hayatı ve bu bağlamda gerçek kişilere ilişkin kişisel verilerin korunma altında bulundurulduğu ileri sürülebilir ise de madde metninde kişisel verilerle ilgili olarak “herkes” tabirinin kullanılması dikkate alındığında, tüzel kişilere ilişkin verilerin de 20. madde kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği açıktır*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2013/84, K. 2014/183, K.T. 04.12.2014, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 1800). Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi’nin bu kararındaki değerlendirmesi yerindedir. Zira “*temel haklar lehine yorum ilkesi*”nden, temel hak öznelere tespiti bakımından da yararlanılması mümkündür. Örneğin Alman Federal Anayasa Mahkemesi, “*Herkes, yaşam ... hakkına sahiptir*” hükmünü yorumlarken, “*herkes*” ifadesini geniş yorumlamış ve ceninin yaşam hakkının sağladığı güvenceden yararlanabileceğine karar vermiştir (Metin, Yüksel, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s. 81). Bu bakımdan, bir temel hak ve hürriyetin gerçek kişilere özgü olduğu kesin olmadıkça veya tüzel kişilerce kullanılması açıkça yasaklanmadıkça o temel hak ve hürriyetten özel hukuk tüzel kişilerinin de yararlanabileceği kabul edilmelidir.

⁸³¹ Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar bakımından gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında ayrım yapılabileceğine ilişkin Slovenya Anayasa Mahkemesi’nin bir kararı için bkz. Slovenya

kişiler, sözleşmenin süre unsuru insanî bir niteliğe bağlı olduğu için ölünceye kadar bakma sözleşmesine (TBK m. 611-619) bakım alacaklısı olarak taraf olamazlar. Keza ortakların, şirket alacaklılarına karşı sınırsız şekilde sorumlu tutulmaları nedeni ile kollektif şirket sözleşmesine yalnızca gerçek kişiler taraf olabilir (TTK m. 221). Yine aynı nedenle, tüzel kişilerin komandit şirket sözleşmesine komandite ortak olarak taraf olmaları da yasaklanmıştır (TTK m. 304/3)⁸³².

Bunların yanı sıra, tüzel kişilerin sözleşme hürriyetine amaçları yönünden de bazı sınırlamalar getirilebilir. Tüzel kişiler, ortak ve bir sürekli bir amacın gerçekleşmesini sağlamak için kuruluslar⁸³³. Bu amaç, derneklerde ve vakıflarda manevi; ticaret şirketlerinde iktisadi; siyasi partilerde ise siyasi niteliktedir. Tüzel kişilerin her türlü işlem ve faaliyetlerinin amaçları ile sınırlı olması gerektiğini ileri süren görüşe “*ultra vires ilkesi*” veya “*tahsis ilkesi*” adı verilmektedir⁸³⁴. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, ultra vires ilkesi özellikle ticaret şirketleri açısından geçerliliğini yitirmişse de⁸³⁵ mevzuatta tüzel kişilerin işlem ve faaliyetlerini amaçları ile sınırlayan bazı düzenlemeler hâlihazırda yürürlüktedir⁸³⁶. Amaç unsuru, tüzel kişiliği meydana getiren başlıca unsur olduğuna

Anayasa Mahkemesi, U-I-202/93-17, 06.10.1994, <http://www.us-rs.si/documents/c6/ec/u-i-202-93-eng2.pdf>, E.T. 22.11.2022.

⁸³² Eryiğit, Harun, “*Tüzel Kişilerin Ticari Temsilci Olarak Atanıp Atanamayacağı Sorunu*”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, Y. 2017, s. 175-176.

⁸³³ Taşkın, Alim, “*Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 42, S. 1-4, Y. 1991, s. 211.

⁸³⁴ Ultra vires ilkesinin anlamı ve Türk hukukundaki yerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ergün, s. 166-167.

⁸³⁵ Mülga 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 137’nci maddesinde, ticari şirketlerin, şirket sözleşmesinde yazılı işletme konusu çerçevesi içinde kalmak şartı ile hak iktisap edip borç altına girebileceği öngörülmüştü. Öğretinin çoğunluğu, şirketlerin, işletme konuları dışında kalan hukukî işlemlerinin yok hükmünde olduğunu kabul etmekteydi. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda ise ultra vires ilkesi kaldırılmış; ticaret şirketlerinin, işletme konusundan bağımsız olarak, Türk Medeni Kanunu’nun 48’inci maddesi çerçevesinde hak iktisap edip borç altına girebilmesi esası getirilmiştir (TTK m. 125. f. 2).

⁸³⁶ Siyasi partilerin ticari faaliyet yasağı ile gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması zorunluluğu bizzat Anayasa’da öngörülmüştür (m. 69/2-3). Bunlara ek olarak, 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nda, siyasi partilerin kredi ve borç almaları (m. 67), borç vermeleri (m. 72), amaç ve faaliyetleri için gerekli olanlardan başka taşınmaz mal edinmeleri (m. 68) yasaklanmıştır. Bkz. Çelik, Özlem, **Siyasi Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 61-64. Sigorta ve reasürans şirketleri (5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu m. 3/1) ile finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinin (6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu, m. 9/1-a) konuları dışında faaliyette bulunmaları yasaktır. Ayrıca öğretilde, küçük ve kısıtlılar için yasak işlem kategorisinde olan

göre; tüzel kişilerin sözleşme hürriyetinin amaca uygunluk bakımından sınırlanabilmesi tüzel kişiliğin doğasından kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi de 2010 yılında vakıflara ilişkin verdiği bir kararda⁸³⁷, mülkiyet hakkı bağlamında ultra vires ilkesine değinmiştir. Mahkeme bu kararında, tüzel kişilerin mülkiyet hakkına sahip olduğunu kabul etmiş; ancak bu hakkın sınırsız olmayıp tüzel kişiliğin kendi bünyesi ve amacından kaynaklanan doğal ve zorunlu sınırlarının bulunduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce aynı sonuca sözleşme hürriyeti yönünden de ulaşılması mümkündür.

b) Kamu Tüzel Kişileri Temel Hak Öznesi Olabilir Mi? Sözleşme Hürriyeti Yönünden Bir Değerlendirme

Kamu tüzel kişileri, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan ve özel hukuku aşan bazı yetki ve ayrıcalıklarla donatılmış tüzel kişilerdir. Kamu tüzel kişileri, özel hukuk tüzel kişilerinden; kuruluşları, sahip oldukları yetki ve ayrıcalıkları ile amaçları bakımından ayrılmaktadır⁸³⁸: Özel hukuk tüzel kişileri, kurucularının serbest iradelerinin ürünü iken kamu tüzel kişileri ancak kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilir. Özel hukuk tüzel kişileri, diğer kişilerle ilişkilerinde eşit konumda bulunurken kamu tüzel kişileri, diğer kişiler karşısında bazı üstünlük ve ayrıcalıklardan yararlanır. Keza özel hukuk tüzel kişileri, özel yararları gerçekleştirmek için faaliyette bulunurken kamu tüzel kişilerinin tüm faaliyetleri kamu yararı amacına yönelmiştir.

Türk idari teşkilat yapısında kamu tüzel kişileri, merkezden yönetilen kamu tüzel kişisi olan devlet ile yerinden yönetim esasına dayanan diğer kamu tüzel kişileri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yerinden yönetim kamu tüzel kişileri de il özel idareleri, belediye ve köylerden oluşan “*yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları*”

bağışlama, vakıf kurma ve kefalet işlemlerinin nihai amaçları ile örtüşmedikçe tüzel kişiler tarafından da yapılamayacağı ileri sürülmektedir. Alper, Gizem, **Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi: Anlamı ve Kapsamı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 133 vd.

⁸³⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2008/22, K. 2010/82, K.T. 17.06.2010, S. 48, C. 1, s. 130-134.

⁸³⁸ Gözler, Kemal, **İdare Hukuku: Cilt I**, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 162. Ayrıca bkz. Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, **İdare Hukuku: Cilt 1 (Genel Esaslar)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 135-142; Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 183-191; Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 187-193.

ile üniversiteler, TRT, TÜBİTAK gibi uzmanlık esasına göre belli bir kamu hizmetini yürütmekle görevlendirilmiş “*hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁸³⁹.

Yukarıdaki başlıkta da incelendiği üzere -yararlanabilecekleri temel hak katoloğuna ilişkin bazı tartışmalar devam etmekle birlikte- özel hukuk tüzel kişilerinin temel hak taşıyıcısı olabilecekleri hususunda gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta geniş bir mutabakat mevcuttur. Ancak aynı mutabakatın kamu tüzel kişileri açısından da geçerli olduğunu ileri sürmek zordur.

Temel haklar, bireyin özgürlük alanını kamu gücünün haksız müdahalelerine karşı koruyan, ona dokunulmaz bir alan yaratan değer ve ilkelerdir. Kamu gücü taşıyıcısı olan devleti aynı zamanda bir temel hak öznesi olarak saymak ne temel hakların tarihi ve felsefi temelleri ile ne de siyasal iktidarı sınırlandırma işlevi ile bağdaştırılabilir. Devlet, temel hakların öznesi değil temel hakları ihlal etmemek, korumak ve geliştirmekle yükümlü başlıca muhataptır.

Öte yandan, kamu tüzel kişileri, devletten ibaret değildir. Günümüzde, kamu hizmeti anlayışındaki değişime paralel şekilde kamu tüzel kişileri de çeşitlenmiştir⁸⁴⁰. Bilimsel, teknik, kültürel, sosyal, iktisadi ve mesleki alandaki birçok kamu hizmeti, devlet karşısında belli ölçüde özerkliği bulunan diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmektedir⁸⁴¹. Ayrıca bu kamu tüzel kişilerinden bir kısmının faaliyetleri, doğrudan veya dolaylı şekilde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi amacına hizmet etmektedir. Örneğin kamu yayıncılığı yapan radyo ve televizyonların faaliyetleri basın hürriyeti ile; üniversite, fakülte ve enstitülerin faaliyetleri bilim ve sanat hürriyeti ile; bazı ülkelerde kendilerine kamu tüzel kişiliği verilen kilise ve dini cemaatlerin faaliyetleri ise din ve vicdan hürriyeti ile yakından bağlantılıdır. İşte devlet tüzel kişiliği karşısında özerkliği bulunan, faaliyetleri bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin

⁸³⁹ Gözler, (2009-b), s. 182-185.

⁸⁴⁰ İsbir, Kevser Begüm, **Kamu Tüzel Kişiliği**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 120.

⁸⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 531-537; Gözler, (2009-b), s. 550-612; Atay, s. 349-364; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 283-291.

korunması amacına yönelmiş kamu tüzel kişilerinin, faaliyet alanları ile ilgili temel hakların taşıyıcısı olabileceği ileri sürülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34'üncü maddesine göre bireysel başvuru yapabilecek olanlar; gerçek kişiler, kişi grupları ve hükümet-dışı kuruluşlardır. Kural olarak, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru ehliyeti bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, belediye⁸⁴², üniversite⁸⁴³ ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları⁸⁴⁴ gibi çeşitli kamu tüzel kişilerinin yaptıkları bireysel başvuruları kişi bakımından yetkisizlik nedeni ile kabul edilemez bulmuştur. Ancak Mahkeme, “hükümet-dışı kuruluş” kavramını özerk şekilde yorumlamakta olup başvurusunun ulusal hukukta kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesini, onun ehliyetsizliğine hükmetmek için tek başına yeterli görmemektedir. Mahkeme; i) tüzel kişiliği kuran hukukî işlemin niteliği, ii) kamu hizmeti görme amacı güdüp gütmeyeceği, iii) devletin siyasi organları karşısındaki özerkliği, iv) tabi olunan hukuk gibi ölçütleri birlikte değerlendirerek ulusal hukukta kamu tüzel kişiliğine sahip olan başvurusunun hükümet-dışı kuruluş kapsamına girip girmeyeceğine karar vermektedir⁸⁴⁵. Bu bağlamda, kamu gücü kullanmayan ve özerk nitelik taşıyan manastırların⁸⁴⁶, editöryal bağımsızlığa ve kurumsal özerkliğe sahip devlet radyosunun⁸⁴⁷ ve hisselerinin çoğunluğu devlete ait olmakla birlikte özel hukuka tabi olarak faaliyet gösteren şirketin⁸⁴⁸ yaptıkları başvurular kabul edilebilir bulunmuştur⁸⁴⁹.

⁸⁴² AİHM, *Döşemealtı Belediyesi/Türkiye*, B.N. 50108/06, K.T. 23.03.2010.

⁸⁴³ AİHM, *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi/Türkiye*, B.N. 40355/14, K.T. 28.01.2020.

⁸⁴⁴ AİHM, *Bursa Barosu Başkanlığı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 25680/05, K.T. 19.06.2018.

⁸⁴⁵ Gemalmaz (2017), s. 57-81.

⁸⁴⁶ AİHM, *The Holy Monasteries/Yunanistan*, B.N. 13984/88, K.T. 09.12.1994.

⁸⁴⁷ AİHM, *Radio France ve Diğerleri/Fransa*, B.N. 53984/00, K.T. 23.09.2003.

⁸⁴⁸ AİHM, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye*, B.N. 40998/98, K.T. 13.12.2007.

⁸⁴⁹ Kamu tüzel kişilerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru ehliyetine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar, Tuğba, “*İnsan Haklarının Uluslararası Hukuk Düzeninde Korunması*”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 218; Şirin (2013), s. 241-244; Gemalmaz (2017), s. 52-81; Julicher/Henriques/Amat Blai/Policastro, s. 11. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kişi bakımından yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bilir, Faruk, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 74-84.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin genel yaklaşımı da kamu tüzel kişilerinin temel hak taşıyıcısı olamayacağı yönündedir. Gerçi tüzel kişilerin, nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanabileceğini öngören Anayasa hükmü (m. 19. f. 3), özel hukuk tüzel kişileri ile kamu tüzel kişileri arasında temel hak taşıyıcılığı yönünden herhangi bir ayrım içermemektedir. Alman Anayasa Mahkemesi Teşkilat Yasası'nda da kamu tüzel kişilerinin temel hak taşıyıcısı olamayacağını gösteren bir hüküm yer almamaktadır⁸⁵⁰. Buna rağmen Mahkeme, temel hakların öncelikle bireylerin özgürlük alanını devlet gücünün müdahalelerine karşı korumayı amaçladığı⁸⁵¹; temel hak yükümlülüğü ile temel hak sahipliğinin aynı bünyede buluşamayacağı⁸⁵² gibi gerekçelerle kamu tüzel kişilerinin kural olarak temel hak taşıyıcısı olamayacağına hükmetmiştir. Ancak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları söz konusu olduğunda Mahkeme'nin bu içtihadını belli ölçüde esnettiği görülmektedir. Mahkeme, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini geliştirmeye hizmet eden ve devlet karşısında belli ölçüde özerkliği bulunan kamu tüzel kişilerinin, faaliyet alanları ile ilgili temel haklardan yararlanabileceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda üniversite, fakülte, araştırma enstitüsü, sanat ve meslek yüksekokulu, radyo, kilise gibi bazı kamu tüzel kişilerinin temel hak taşıyıcısı olabilecekleri ve anayasa şikâyetinde bulunabilecekleri kabul edilmektedir⁸⁵³.

1982 Anayasası'nda kamu tüzel kişilerinin temel hak taşıyıcısı olup olamayacağına ilişkin doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, “herkes” ibaresi sözel açıdan yorumlandığında, gerçek kişilerin yanı sıra özel hukuk tüzel kişileri ile kamu tüzel kişilerinin de temel hak taşıyıcısı olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz bir hukuk normu yorumlanırken başvurulacak ilk kaynak, o normda yer alan sözcükler ve o sözcüklerin anlamlarıdır. Ancak sözel yorum ile ulaşılan sonuç, normun amacı veya Anayasa koyucunun iradesi ile bağdaşmadığında, bu sonuca itibar edilmemelidir. Özellikle temel hak ve

⁸⁵⁰ Beyoğlu, Cem Ümit/Çokkaş, Yakup, “*Türk Hukukunda Kamu Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı Sorunu*”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, Y. 2020, s. 416-417; Şirin (2013), s. 228.

⁸⁵¹ Göztepe (1998), s. 54; Şirin (2013), s. 228-229.

⁸⁵² Gören (2000-a), s. 69; Şirin (2013), s. 229.

⁸⁵³ Göztepe (1998), s. 52-53; Şirin (2013), s. 230-234.

özgürlüklere ilişkin bir anayasal norm söz konusu olduğunda salt sözel yorumla yetinilemez. Bu yorumun temel hak ve özgürlüklerin genel yapısı ve buna dair nesnel-hukuksal argümanlarla desteklenmesi de gerekmektedir⁸⁵⁴.

Daha önce de değinildiği gibi, temel hakların varlık nedeni, kamu gücü karşısında bireyin özgürlük alanını güvence altına almaktır. Anayasa’da diğer haklardan üstün nitelik taşıyan bazı haklara yer verilerek devletin müdahale imkânları daraltılmak istenmektedir. Devletin temel hak ve özgürlükler karşısındaki pozisyonu, onların yükümlüsü ve potansiyel ihlalcisi olmasıdır. Devleti de tıpkı bireyler gibi temel hak öznesi olarak görmek -iktidarını sınırlandırmak bir yana- ona yeni yetkiler ve hukukî imkânlar kazandırmak anlamına gelecektir. Bu bakımdan, “herkes” ibaresinin herhangi bir sınır ve kayıt olmadan tüm kamu tüzel kişilerini kapsadığını kabul etmek ne temel hakların niteliği ile ne de anayasacılık felsefesi ile bağdaşacaktır.

2010 Anayasa değişiklikleri ile bireysel başvuru yolu Türk hukuk sisteminin bir parçası haline gelinceye kadar öğretide ve Anayasa Mahkemesi kararlarında⁸⁵⁵ kamu tüzel kişilerinin temel hak öznesi olup olamayacağı hususunda ciddi bir tartışma yapılmamıştır. Konu, özelleştirme tartışmaları bağlamında 1990’lı yıllarda Anayasa Mahkemesi’nin gündemine gelmişse de Mahkeme, kamu tüzel kişilerinin temel hak öznesi olup olamayacağı sorununa ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmaktan kaçınmış ve denetimini mülkiyet hakkına özgülemiştir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin özelleştirilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi veren 3987 Sayılı Kanun aleyhine açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 35’inci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının sağladığı güvencenin kamu mülkiyeti için de geçerli olduğuna hükmetmiş ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda

⁸⁵⁴ Oder, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuk Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 47.

⁸⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, bir kararında, kamu tüzel kişilerinin sözleşme hürriyetinin öznesi olabileceğini dolaylı yoldan da olsa kabul edilmiştir: “Resmî kesimden bir kısım ihale koşullarından vazgeçmesini istemek veya bunlardan kurtulma yollarını aramak resmî kesimi o koşullar dışında sözleşmelere zorlamak demektir ve asıl sözleşme hürriyetine aykırı düşen budur” (Anayasa Mahkemesi, E. 1969/56, K. 1970/4, K.T. 20.01.1971, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 8, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s. 193).

düzenleme yapmak üzere Bakanlar Kurulu'na yetki verilemeyeceği gerekçesi ile bu kanunu iptal etmiştir. Mahkeme'nin bu sonuca ulaşırken başvurduğu argüman aşağıdaki gibidir⁸⁵⁶:

“Kimi özelleştirme türlerinde kamu mülkiyetine sınırlama getirildiği gibi kamu varlığının satışında da kamu mülkiyeti sona ermektedir. Kamu varlığının azalması, elden çıkarılmasıyla özelleştirilen alanda kamu mülkiyeti ortadan kalkmaktadır. Özel mülkiyet için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasa'nın 35. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Kişisel mülkiyeti güvenceye bağlayan Anayasa'nın kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez”.

Anayasa Mahkemesi'nin kamu mülkiyetinin de mülkiyet hakkının güvencesi kapsamına girdiğini kabul etmesi, kamu tüzel kişilerinin mülkiyet hakkının özneleri arasında yer aldığı sonucunu doğurmaktadır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken merkezi yönetim kuruluşları ile yerinden yönetim kuruluşları arasında veya yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları ile hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasında herhangi bir ayırım yapmış da değildir. Mahkeme'nin konuya ilişkin akıl yürütmesi oldukça sorunludur ve ulaşılan sonucun çeşitli açılardan eleştirilmesi mümkündür⁸⁵⁷. Bir kere, özel mülkiyet ile kamu mülkiyeti arasında Mahkeme'nin öne sürdüğü şekilde bir benzerlik bulunmamaktadır. Kamu tüzel kişilerinin malları

⁸⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 07.07.1994, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 30, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1995, s. 265. Anayasa Mahkemesi aynı argümanı başka bir kararında da kullanmıştır: “Özel mülkiyet gibi, kamu mülkiyeti de Anayasa'nın 35. maddesinin güvencesi altındadır. Zira, özel mülkiyeti güvenceye alan Anayasa'nın, kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez” (Anayasa Mahkemesi, E. 1997/37, K. 1997/69, K.T. 27.11.1997, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 35, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2000, s. 134). Fransız Anayasa Konseyi de mülkiyet hakkının kamu mülkiyetini kapsadığına hükmetmiştir (Errera, s. 11).

⁸⁵⁷ Karara yöneltelen eleştiriler için ayrıca bkz. Erdoğan, Mustafa, “Özelleştirme, Demokrasi ve Anayasa”, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 199-206; Hakyemez (2009), s. 138-141; Tiryaki, s. 79-82; Özbudun (2014), s. 180-184.

üzerindeki hâkimiyet yetkisinin mülkiyet hakkına dayandığının tartışmalı olması bir yana⁸⁵⁸, özel mülkiyet ile kamu mülkiyeti, amaçları ve maliklerine sağladıkları yetkiler bakımından birbirlerinden ayrılmaktadır. Özel mülkiyet, kişisel yarara hizmet ederken kamu mülkiyeti kamu hizmetinin araçlarıdır. Özel mülkiyet, malikine hakkın konusu eşyayı “kullanma” (usus), semerelerinden “yararlanma” (fructus) ve “tüketme” (abusus) yetkilerini verirken kamu tüzel kişilerinin mülkiyetlerindeki mallar üzerinde bu ölçüde geniş tasarruf yetkileri bulunmamaktadır⁸⁵⁹. Aralarında yeterli benzerlik bulunmayan bu iki kurumu, kıyas veya evleviyet kuralı yolu ile aynı hukukî rejim içinde değerlendirmek mümkün değildir. İkincisi, Anayasa Mahkemesi bu sonuca ulaşırken ne temel hak ve hürriyetlerin fonksiyonuna ve niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapmış ne de kamu tüzel kişilerinin temel hak öznesi olup olamayacağına ilişkin açık bir tartışmaya girişmiştir. Güven Dinçer’in değişik iptal gerekçesinde, çoğunluk kararına karşı yönelttiği eleştiriler kanaatimizce yerindedir⁸⁶⁰:

“Mülkiyeti, anayasal bir hak olarak belirleyen ve güvence altına alan Anayasa’nın 35. maddesi “Kişinin hak ve ödevleri” bölümünde yer

⁸⁵⁸ Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 637-647; Gözler, Kemal, **İdare Hukuku: Cilt II**, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s. 835-841; Gözübüyük/Tan, s. 677-681.

⁸⁵⁹ Anayasa Mahkemesi de 2009 yılında verdiği bir kararında, kamu mülkiyeti ile özel mülkiyet arasındaki bu farklılığa dikkat çekmiştir: “Kamu mallarının elde edilmesi, tasarrufu, korunması ve elden çıkarılmasında gerek Anayasa’da ve yasalarda gerekse uygulamada özel ilkeler benimsenmiştir. İstisnaları olmakla birlikte, kamu mallarının zamanasımı ile kazanılamayacağı, kamu malı statüsünü kaybetmedikçe özel mülkiyete konu olamayacağı, devredilemeyeceği, kamu mallarının haczedilemeyeceği ilkeleri ve kamu mallarının bazı hallerde özel bir korumaya tâbi tutulması, kamu mallarına hâkim olan ve özel mülkiyetin korunmasından kimi noktalarda ayrılan bir koruma rejiminin olduğunu göstermektedir (Anayasa Mahkemesi, E. 2004/85, K. 2009/69, K.T. 02.06.2009, S. 48, C. 1, s. 10). Mahkeme’nin 2011 yılında vermiş olduğu bir kararda da benzer yönde değerlendirmeler bulunmaktadır: “...(B)elediyeler ile belediyelere ait taşınmazlar arasındaki bağlantı, özel hukuktaki bir malikle-taşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinden farklıdır. Zira özel hukukta malik, malına istediği gibi tasarruf edebilmede, onu dilediği fiyatla dilediğine satmada ya da kiralamada ve maldan elde ettiği geliri istediği gibi harcamada özgür olmasına karşın; belediyeler, sahip olduğu taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunurken bazı kurallara uymak durumundadırlar. Belediyeler, sahip oldukları taşınmazları, kamusal bir sorumlulukla ve kamu hukukun belirlediği usule göre kullanılır ve bu yerlerden elde edilecek gelir, kamu idaresinin yapmakla yükümlü olduğu hizmette harcanır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2010/77, K. 2011/163, K.T. 08.12.2011, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 49, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 355).

⁸⁶⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 07.07.1994, S. 30, C. 1, s. 277-278, Güven Dinçer’in Değişik İptal Gerekçesi, s. 277-278.

almıştır. Bu kural bu bölümde yer alan diğer kurallar gibi kişileri devlete karşı korumak için konulmuştur. Bu kuralın Devletin vatandaşla karşı kullanabileceği yetkilerin sınırlarını belirleyen bir kural olmaktan çıkarılıp devletin de istifade edeceği bir hak olarak yorumlanması mümkün değildir. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası KHK ile düzenlenemeyecek olanları saymıştır. Buna göre mülkiyet konusu ile ilgili olan düzenlemeler mutlaka kanunla yapılmalıdır. Vatandaşların mülkiyet konusundaki hakları ile devletin yetkileri kanun konusudur. Devletin mülk sahibi olması veya genel ifadesiyle “kamu malları”, devletin hakları (?) ile değil görev ve yetkileri ile ilgili bir alandır”.

Türk hukukunda kamu tüzel kişilerinin temel hak taşıyıcısı olup olamayacağı meselesi, esas olarak 2010 Anayasa değişiklikleri ile bireysel başvuru mekanizmasının kabul edilmesi sonucu gündeme gelmiştir. Anayasa'nın 148'inci maddesinde “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir” hükmüne yer verilmiştir. 2011 yılında kabul edilen 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da ise kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru yapması yasaklanmıştır (m. 46. f. 2). Anamuhalefet Partisi, Anayasa'nın 148'inci maddesinde “herkes” ibaresi kullanılarak bireysel başvuru hakkına sahip olanlar arasında herhangi bir ayırım yapılmadığını; Anayasa'da öngörülmeleyen bir hak kullanım yasağının kanun ile getirilemeyeceğini; söz konusu yasağın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile ticari esaslara göre çalışan kamu tüzelkişilerini de kapsamına alacak ölçüde geniş olduğunu ileri sürerek bu hüküm aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi, 148'inci maddede yer alan “herkes” ibaresinin kamu tüzel kişilerini kapsamadığını belirterek aşağıdaki gerekçeyle iptal talebini reddetmiştir⁸⁶¹:

⁸⁶¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2011/59, K. 2012/34, K.T. 01.03.2012, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 515. “Kamu gücü, bireysel başvuruya konu edilebilecek temel hakların süjesi değil ancak koruyucusu/sağlayıcısı olabilir” (Anayasa Mahkemesi, *Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu (4)*, B.N. 2017/36186, K.T. 28.12.2022, § 57).

“Anayasalar genel ve soyut düzenlemeler içeren metinlerdir. Anayasa'nın 148. maddesinde bireysel başvuruda bulunma hakkı herkese tanınmış bir hak olarak gözükmekle birlikte, Anayasa'da yer alan “herkes” ibaresinin kapsamında aynı zamanda kişilerin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle bazı kısıtlamaları da içinde barındırdığının kabulü gerekir.

Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan “herkes” ibaresinin, kamu gücü kullanan kamu tüzel kişilerini de kapsadığı şekilde anlaşılmaya elverişli olmadığı, bu konuda kanun koyucunun bireysel başvuruda bulunma ile ilgili hak sahipleri yönünden takdir hakkının bulunduğu da kabulü gerekir”.

Anayasa Mahkemesi, kamu tüzel kişilerinin yapmış olduğu bireysel başvurulara ilişkin kategorik bir yaklaşım sergileyerek bunların tamamı hakkında kişi yönünden yetkisizlik nedeni ile kabul edilemezlik kararı vermiştir. Mahkeme; köy⁸⁶², belediye⁸⁶³ gibi yer bakımından yerinden yönetim kuruluşları ile üniversite⁸⁶⁴, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu⁸⁶⁵ gibi hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları açısından da bu içtihadını esnetmemiştir. Mahkeme'ye göre, *“bireysel başvuru, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır”*⁸⁶⁶.

⁸⁶² Anayasa Mahkemesi, *Büğdüz Köyü Muhtarlığı Başvurusu*, B.N. 2012/22, K.T. 25.12.2012, § 23-30.

⁸⁶³ Anayasa Mahkemesi, *Ballıdere Belediye Başkanlığı Başvurusu*, B.N. 2012/1327, K.T. 12.02.2013, § 13-21.

⁸⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu*, B.N. 2013/1430, K.T. 21.11.2013, § 14-29.

⁸⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, *Ankara Barosu Başkanlığı Başvurusu*, B.N. 2015/17941, K.T. 07.03.2018, § 15-21.

⁸⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin kamu tüzel kişileri açısından sergilediği bu toptancı yaklaşım öğretide kabul görmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına paralel şekilde, devlet tüzel kişiliği karşısında belli ölçüde özerkliği bulunan; ihlal iddiasına konu vakada kamu gücü kullanmayan ve özellikle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi yönünde faaliyet gösteren kamu tüzel kişilerinin belli haklar yönünden bireysel başvuru yapabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Salihpaşaoğlu, Yaşar, *“Anayasa Mahkemesinin Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Yasağına Yaklaşımı: Çelişen İki Yöntem ve Gerekçe”*, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 4, Y. 2019, s. 292-294; Şirin (2015), s. 18-28; İncoğlu (2017), s. 135-142.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılabacağı üzere, kamu tüzel kişileri kural olarak temel hak taşıyıcısı değildir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru ehliyetlerinin bulunmadığına hükmederek dolaylı yoldan da olsa kamu tüzel kişilerinin temel hak taşıyıcısı olamayacağını kabul etmiştir⁸⁶⁷. Kanaatimizce aynı sonuç, sözleşme hürriyeti yönünden de geçerlidir. Her ne kadar Anayasa'nın 48'inci maddesinde sözleşme hürriyetinin öznesi olarak “herkes” gösterilmişse de kamu gücü taşıyıcısı olarak kamu tüzel kişilerinin bu kapsamda değerlendirilmesi söz konusu değildir. Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin sözleşme hürriyeti karşısındaki pozisyonu -tıpkı diğer temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi- temel hak öznesi değil temel hak yükümlüsü olmasıdır. Devlet, bireylerin özgür iradeleri ile akdettikleri sözleşmelere mümkün olan en geniş geçerliliği tanıyarak; bu sözleşmelere dışarıdan müdahale etmeyerek ve tarafların sözleşmelere riayet etmesini yargı ve icra organları vasıtasıyla temin ederek bu yükümlülüğünü yerine getirir. Bunun ötesinde, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin de sözleşme hürriyetinin anayasal güvencesinden yararlanacağını kabul etmek, onları bireyler karşısında korumak ve yetkilendirmek anlamına gelecektir ki bunun temel hakların karakteri ile bağdaşmayacağı açıktır.

Bununla birlikte, günümüzde devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, gerek kamu hizmetlerinin yürütülmesi (idari sözleşmeler) gerekse bu hizmetlerin yürütülmesinde gerekli olan araç, gereç ve hizmetin temini (idarenin özel hukuk sözleşmeleri) amacıyla gerçek kişiler yahut özel hukuk tüzel kişileri ile çok çeşitli sözleşme ilişkilerine girmektedir. İdari sözleşmelerde, idarenin özel hukuku aşan bazı yetki ve ayrıcalıklardan yararlanması söz konusudur. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde ise irade özerkliği ilkesi egemendir ve idare ile karşısındaki gerçek veya tüzel kişi eşit konumda yer almaktadır. Nitekim 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: “*Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme*

⁸⁶⁷ Anayasa Mahkemesi bir kararında kamu kurumlarının insan haklarının süjesi olarak kabul edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2011/42, K. 2013/60, K.T. 09.05.2013, S. 51, C. 2, s. 869.

hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur". Ayrıca idarenin özel hukuk sözleşmeleri özel hukuka tabi olduğu gibi bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar da adli yargının görev alanına girmektedir.

Acaba devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, kamu gücü kullanmadığı; karşı tarafla eşit statüde bulunduğu ve özel hukuka tabi olan bu sözleşmeler bakımından sözleşme hürriyeti öznesi olarak kabul edilebilir mi? *Tiryaki*, bu soruya olumlu yanıt vermektedir:

*"Devlet ya da kamu tüzel kişileri de bu herkes sözcüğünün içine dahil midir? Burada ölçümüz irade özerkliği ilkesi olmalıdır. Öyleyse devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri herkes tabirine **ancak** sözleşmenin diğer tarafı ile eşit katıldıkları sözleşmeler bakımından dahil olabilirler"*.

Kanaatimizce devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, taraf oldukları özel hukuk sözleşmeleri bakımından da sözleşme hürriyeti öznesi olarak kabul edilemez. Bunun başlıca nedeni, kamu tüzel kişilerinin bu sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmasalar bile kamu yararı amacı ile hareket etmek zorunda olmalarıdır. Kamu tüzel kişileri, her türlü faaliyetlerinde kamu yararını gözetmek zorunda oldukları içindir ki sözleşme akdederken özel hukukta yer almayan bazı usul ve kaidelere tabidirler⁸⁶⁸. Örneğin özel hukukta herkes, yapacağı sözleşmenin karşı tarafını serbestçe belirleme imkânına sahipken kamu tüzel kişileri bu imkândan yoksundur. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin karşı tarafı, şartları sağlayan tüm isteklilerin katıldığı bir ihale süreci neticesinde belirlenir⁸⁶⁹. İdare, sözleşme konusu malın, işin veya hizmetin bedelini de dilediği gibi belirleyemez⁸⁷⁰. Ayrıca

⁸⁶⁸ Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında bu duruma değinmiştir: "Resmî kesime giren kurum ve kuruluşlar, durumlarının özelliği dolayısıyla, alım, satım, yaptırma ve benzeri işlerde diledikleri gibi davranamazlar. İhaleye hazırlık işlemleri, ihale usulleri, teminatın çeşitleri, neleri kapsayacağı ve ne oranlar üzerinden alınacağı; taahhüdün yerine getirilmemesi sonuçları ve daha bunlar gibi birçok konular kanunla yahut kanuna dayanılarak yapılmış yönetmeliklerle sıkı koşullara bağlanmıştır" (Anayasa Mahkemesi, E. 1969/56, K. 1970/4, K.T. 20.01.1971, S. 8, s. 193).

⁸⁶⁹ Gözler (2009-b), s. 103; Atay, s. 561-562; Günay, s. 195; İsbir, s. 236

⁸⁷⁰ Odyakmaz, Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. 1998, s. 3.

sözleşmenin akdedilmesi başka bir idari makamın izin veya onayına bağlı tutulabileceği gibi sözleşmenin içeriğine ve süresine ilişkin bazı sınırlamalar da söz konusu olabilmektedir⁸⁷¹.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanması aşamasında tarafların hak ve yükümlülükleri, aksi öngörülmedikçe özel hukuka, bilhassa Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir⁸⁷². Bu bakımdan, tarafların karşılıklı anlaşması yolu ile sözleşmenin sona erdirilmesi veya sözleşme şartlarının değiştirilebilmesi gibi sözleşme özgürlüğü kapsamında yer alan bazı haklardan kamu tüzel kişilerinin de yararlanması doğaldır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, kamu tüzel kişilerinin sahip olduğu bu hakların sözleşme hürriyetinin anayasal güvencesi kapsamına girmediğidir. Diğer bir deyişle, kamu tüzel kişileri, özel hukuk sözleşmeleri açısından sınırlı bir serbestiye sahip olsa da bu serbesti kanun koyucunun müdahaleleri karşısında herhangi bir güvence sağlamaz. Yasama organı, karşı tarafın sözleşme hürriyetini ihlal etmedikçe, idarenin özel hukuk sözleşmelerine kanun yolu ile müdahale edebilir. Bu çeşit bir kanun aleyhine, kamu tüzel kişilerinin sözleşme hürriyeti gerekçe gösterilerek iptal davası açılmayacağı gibi itiraz yoluna da başvurulamaz. Şüphesiz idarenin özel hukuk sözleşmelerine salt özel hukuk kişisi yararına olacak şekilde kanunla müdahale edilmesi durumunda hukuk devleti, sosyal devlet veya eşitlik ilkesine aykırılık ihtimali gündeme gelebilecektir. Ancak bu durumda, Anayasa uygunluk denetimi yapılırken ölçü alınacak norm, sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 48'inci maddesi olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, idarenin özel hukuk sözleşmelerine kanun yolu ile yapılmış bir müdahalenin Anayasa'ya uygun olup olmadığını E. 1973/2 ve K. 1973/14 Sayılı kararında değerlendirmiştir⁸⁷³. İptal talebine konu olan 1313 Sayılı Kanun ile TBMM üyelerinin Ziraat Bankası'na olan borçları % 3 faiz oranı ile on yıllık taksite bağlanmıştır. Davaya bakmakta olan mahkeme, söz konusu kanunun

⁸⁷¹ Günday, s. 216-217.

⁸⁷² 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır*” düzenlemesine yer verilmiştir (m. 36).

⁸⁷³ Anayasa Mahkemesi, E. 1973/2, K. 1973/14, K.T. 22.03.1973, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 11, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1974, s. 184-197.

banka ile milletvekilleri arasında imzalanan sözleşmelerin hükümlerini değiştirdiğini belirterek sözleşme hürriyetine aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, kamu tüzel kişiliği bulunan bankanın sözleşme hürriyeti öznesi olup olamayacağına ilişkin açık bir tartışmaya girişmekten kaçınmıştır⁸⁷⁴. Ancak Mahkeme'nin, verdiği iptal kararının dayanağı olarak sözleşme hürriyeti yerine hukuk devleti ve eşitlik ilkesini kullanmış olması anlamlıdır⁸⁷⁵:

“Görülüyor ki söz konusu madde Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile borçlusu arasında bu Kanunun yürürlüğe girmesinden çok önce usulince yapılmış ve tarafları için hukuki değer taşıyan, geçerli, sürekli ve uyulması gerekli, başka deyimle bağlayıcı nitelik kazanmış olan bir sözleşmenin faize ve taksitlendirmeye ilişkin bölümlerini doğrudan doğruya değiştirmekle kalmamış; ayrıca aynı sözleşme uyarınca esas borç dışında yapılmış ve yasa içi bir yolla Bankanın mamelekine geçmiş tahsilâtı da, bunların bir bölümünün gerçek giderler veya vergi ödemeler dolayısıyla Bankanın elinden çıkmış olabileceğini de göz önünde bulundurmaksızın, Bankanın elinden alarak dolaylı bir yoldan borçlunun mamelekine taşınmasını sağlamıştır.

⁸⁷⁴ Bu yönde bir tartışma, Muhittin Gürün'ün yazdığı değişik oy gerekçesinde yer almaktadır. Tespit edebildiğimiz kadarı ile kamu tüzel kişilerinin temel hak öznesi olup olamayacağına ilişkin değerlendirme yapan ilk Anayasa Mahkemesi üyesi Sayın Gürün'dür. Gürün, söz konusu Kanun'u hem gerçek kişiler hem de banka açısından değerlendirmiş ve şu gerekçelerle kamu tüzel kişiliğine sahip olan bankanın sözleşme hürriyeti öznesi olamayacağını belirtmiştir:

“Yasa Koyucu, kanunlarla, bir kamu iktisadî teşebbüsünü kurmaya, tamamıyla kaldırmaya, veya biçimini, görev ve yetkilerini değiştirmeye yetkili olduğu gibi sermayesini azaltıp çoğaltma olanaklarına da sahiptir. Keza aynı suretle Devlet görevinin gereği gördüğü hallerde teşebbüsün bilançosunda olumsuz etki yapacak tasarruflarda bulunmak veya bir kısım haklarından vazgeçmek görevini de kuruma yükleyebilir. Bu gibi konularda değişiklik getiren yeni kanunlar, değişmeden önceki hükümlere göre Bankaca akdedilmiş sözleşmelerin banka aleyhine olarak tamamen uygulanmaması veya söz konusu 1313 sayılı Kanunda olduğu gibi değişik biçimde uygulanması sonuçlarını doğurabilir. Bu durumu banka açısından (sözleşme güvencesine) kanunla müdahale saymanın doğru olamayacağı meydandadır. Zira burada Devletin yaptığı iş, kendi mal veya hakkından bir kamu görevi veya yararı düşüncesiyle vazgeçmeden ibarettir. Bu nitelikteki bir kanunun, kişilerin kazanılmış haklarına etki yapacak nitelikte başkaca bir hüküm taşımıyorsa, sözleşme güvencesi ve hukuk devleti ilkelerine aykırılığundan söz edilmesi mümkün değildir. Devletin, Devlete, yani kendine karşı sözleşme hürriyeti veya sözleşme güvencesi ilkelerini öne sürebileceğini düşünmek ise eşyanın tabiatına aykırı bir mülahazadır” (Anayasa Mahkemesi, E. 1973/2, K. 1973/14, K.T. 22.03.1973, S. 11, Muhittin Gürün'ün Değişik Oy Yazısı, s. 195).

⁸⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1973/2, K. 1973/14, K.T. 22.03.1973, S. 11, s. 190-191.

Olayda olduğu gibi bir özel sözleşmenin oluşturduğu hukukî durumun güvence altında bulundurulması ve ancak o alana giren hukuk kurallarının ve ayrıca hukukun genel ilkelerinin, gereklerine uyularak o hukuki durumun bozulabilmesi hukuku egemen kılmuş bir düzenin başlıca görevidir. Yasama yolu ile yürürlükteki böyle bir geçerli sözleşmeye yukarıda açıklanan biçimde müdahale edilmesinin hukuk devleti kavramı ile bağdaştırılması düşünülemez. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankasının 4/6/1937 günlü, 3202 sayılı Yasa ile «Devlet müessesesi» (3202 sayılı Kanun madde 1/son) olmasının ve sermayesinin Devletçe sağlanmış bulunmasının (Değişik madde 5) dahi, Devletin Anayasaca yükümlü olduğu hizmetlerden Ziraat Bankası aracılığı ile yerine getirmeyi öngördükleri dışında, bu yönden istisnaî bir tutumu haklı göstermesine olanak yoktur. Anayasa'nın 2 nci maddesine göre ise Türkiye Cumhuriyetinin başlıca niteliklerinden biri de hukuk devleti olmasıdır. Demek ki 1313 sayılı Kanunun 1 inci maddesi Anayasa'nın 2 nci maddesi ile çelişir durumdadır.

Öte yandan yine bu madde borçlarını ödememiş bir bölük milletvekilleri ile borçlarını ödemiş milletvekilleri ve hattâ Bankanın öteki sözleşmeli borçluları arasında haklı nedene dayanmayan bir eşitsizliğe ve birincilerden yana imtiyazlı bir duruma yol açmaktadır. Bu hal Anayasa'nın 12 nci maddesindeki ilkelere açıkça aykırıdır”.

İptal kararında, milletvekillerine sağlanan bu kolaylığın, devletin Ziraat Bankası aracılığı ile yerine getirdiği kamu hizmetlerinin kapsamına girmediğine işaret edilmesi dikkat çekicidir. Bu bakımdan, milletvekilleri yerine Ziraat Bankası'nın faaliyet amacı ile uyumlu başka bir sosyal gruba, örneğin küçük çiftçilere benzer kolaylıkları sağlayan bir kanun karşısında Anayasa Mahkemesi'nin tutumu farklı olabilecektir⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ TBMM, dönem dönem çiftçilerin Ziraat Bankası'na olan borçlarının vadesinin uzatılmasına ve faizlerinin silinmesine ilişkin çeşitli kanunlar çıkarmış ve bankanın taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerine müdahale etmiştir. Ancak bu kanunlar, iptal davası veya itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmemiştir. Söz konusu kanunların bazıları şunlardır: 15.3.1977 Tarihli

Kamu tüzel kişilerinin sözleşme hürriyeti öznesi olamayacaklarına ilişkin görüşümüz merkezi idare hiyerarşisine dâhil olmayan yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları ile hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları için de geçerlidir. Bu kuruluşlar -her ne kadar merkezi idare karşısında belli ölçüde özerkliğe sahiplerse de- temelde tek bir devlet gücünün farklı görünümlere sahip uzantıları niteliğindedirler⁸⁷⁷. Tıpkı devlet tüzel kişiliği gibi bu kuruluşlar da çeşitli kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanırlar ve faaliyetlerini kamu yararını sağlama amacı çerçevesinde yürütürler. Ayrıca “*idarenin bütünlüğü ilkesi*” gereği bu kuruluşların özerkliklerinin sınırlı olduğu; merkezi yönetimin bu kuruluşlar üzerinde idari vesayet yetkisinin bulunduğu da unutulmamalıdır. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında, yerinden yönetim kuruluşları ile devlet tüzel kişiliği arasında, temel haklar karşısındaki konumları itibarı ile esaslı bir farklılık bulunmamaktadır. Bir yerinden yönetim kuruluşunun sözleşme yapma yetkisi kısıtlandığında veya bu kuruluşun taraf olduğu bir sözleşmeye kanun ile müdahale edilmesi durumunda söz konusu olan, sözleşme hürriyetinin sınırlanması değil iki devlet organı arasında yaşanan bir yetki çatışmasıdır. İki devlet organı arasındaki yetki çatışmasının çözümünde, bir temel hak olarak sözleşme hürriyetinin herhangi bir fonksiyon ifa etmeyeceği izahtan varestedir⁸⁷⁸.

Sonuç olarak; Anayasa’nın 48’inci maddesinde yer alan “*herkes*” ibaresi, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerini kapsamaz ve bunlar sözleşme hürriyetinin anayasal güvencesinden yararlanamaz.

ve 2085 Sayılı Küçük Çiftçilerin T.C. Ziraat Bankası ve Tarım Kredi Kooperatiflerine Olan Borçlarının 10 Yılda 10 Eşit Taksitle Faizsiz Ödenmesine İlişkin Kanun, 5.3.1992 Tarihli ve 3782 Sayılı Küçük Çiftçilerin T.C. Ziraat Bankasına ve Tarım Kredi Kooperatiflerine Olan Bir Kısım Borç Faizlerinin Silinmesine Dair Kanun, 27.4.1995 Tarihli ve 4106 Sayılı Çiftçilerin T.C. Ziraat Bankasına, Tarım Kredi Kooperatiflerine, Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğüne, Türkiye Ziraat Donatım Kurumuna, Toprak Mahsulleri Ofisine, Orman ve Köy İlişkileri Genel Müdürlüğüne Olan Bir Kısım Borç Faizlerinin Silinmesine Dair Kanun.

⁸⁷⁷ Bkz. Şirin (2013), s. 229.

⁸⁷⁸ 1982 Anayasası’nda mahalli idareler (m. 127), üniversiteler (m. 130), TRT (m. 133), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (m. 134) ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (m. 135) ayrı birer kamu tüzel kişisi olarak düzenlenmiş ve bunlar merkezi yönetimin hiyerarşi yetkisinin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu kuruluşların sözleşme yapma yetkilerinin kısıtlanması veya taraf oldukları sözleşmelere kanunla müdahale edilmesi gibi ihtimallerde, sözleşme hürriyetine aykırılık değilse de bunların özerkliklerini teminat altına Anayasa hükümlerine aykırılık durumu gündeme gelebilecektir.

D) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN KONUSU

1) Genel Olarak

Sözleşme hürriyeti, 1982 Anayasası'nda son derece genel ve soyut bir tarzda düzenlenmiştir. Anayasa koyucu, sözleşme hürriyetinin öznesini ve özneye sağladığı ana güvenceyi belirtmekle yetinmiş; hangi kullanım biçimlerinin bu hürriyetin koruma alanına dâhil olduğuna yönelik açık bir belirleme yapmaktan kaçınmıştır. Bu düzenleme şekli itibarı ile sözleşme hürriyetine ilişkin hükmün Robert Alexy'nin "ilke norm" olarak tanımladığı norm türüne ideal bir örnek teşkil ettiğini söylemek mümkündür⁸⁷⁹.

Genel ve soyut nitelikli temel hak normlarını yorumlayarak onlara somut bir içerik kazandırmak Anayasa Mahkemesi'nin temel görevleri arasındadır⁸⁸⁰. Anayasa Mahkemesi birçok kararında anayasal açıdan sözleşme hürriyeti kavramını "devletin kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belirli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması"⁸⁸¹ şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdan yola çıkarak özel hukuk

⁸⁷⁹ Bkz. Oder, Bertil Emrah, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler", **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012, s. 127-128; Oder, Bertil Emrah, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık", **Anayasa Yargısı**, C. 30, S. 1, Y. 2013, s. 53. Alman hukukçu Alexy; yatay etki, hakların çatışması ve sınırlandırılması gibi temel haklar doktrininin başlıca sorunlarının çözümü açısından kural-ilke ayrımının merkezi bir önemi olduğunu ifade etmektedir. Bu konuya ilişkin bkz. III-İI-B-3-d-aa-ccc.

⁸⁸⁰ Gören, Zafer, "Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 19, S. 38, Y. 2020, s. 7.

⁸⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2004/87, K. 2009/5, K.T. 08.01.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 46, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2010, s. 498; Anayasa Mahkemesi, E. 2005/128, K. 2008/54, K.T. 07.02.2008, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 45, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2009, s. 791; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 51, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016, s. 1940-1941; Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 6, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 3876; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/192, K. 2017/160, K.T. 29.11.2017, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 227; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/141, K. 2018/27, K.T. 28.02.2018, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 1000; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/21, K. 2020/51, K.T.

öğretisinde de kabul edildiği gibi sözleşme hürriyetini; “sözleşme yapma serbestisi”, “sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisi”, “sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi”, “şekil serbestisi”, “tip serbestisi”, “sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma serbestisi” şeklinde farklı özgürlükleri bünyesinde barındıran çerçeve bir kavram olarak değerlendirmek mümkündür.

2) Sözleşme Yapma Serbestisi (İnikat Serbestisi)

Sözleşme hürriyetinin en temel görünüm şekli olan sözleşme yapma serbestisi; kişinin dilediği herhangi bir sözleşmeyi, hiçbir dış baskıya maruz kalmadan yapabilmesini ve istemediği bir sözleşme ilişkisi içine girmeye zorlanamamasını ifade etmektedir⁸⁸². Akıl ve irade sahibi bir varlık olan insan, içinde bulunduğu tüm koşulları değerlendirerek bir sözleşmeyi akdetme hususunda serbestçe karar verme yetisini haizdir⁸⁸³. Hiç kimse sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi sözleşme yapmaktan da men edilemez⁸⁸⁴. Bu yönü ile sözleşme yapma serbestisi, bir yandan kişinin sözleşme yapma hususunda sahip olduğu özgürlüğü (*olumlu sözleşme yapma serbestisi*) ifade ederken diğer yandan da sözleşme yapmama özgürlüğünü (*olumsuz sözleşme yapma serbestisi*) ifade etmektedir⁸⁸⁵. Dolayısıyla bir kişinin belli bir

24.09.2020, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021, s. 1287-1288.

⁸⁸² Esener, Turhan, **Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 193-194; Erman, Hasan, “*Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 38, S. 1-4, Y. 1973, s. 603; Ataay, Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi: Birinci Yarımla**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1981, s. 251; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 19; Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “*Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 74, S. 2, Y. 2016, s. 712; Ateş (2007-b), s. 79; Eren (2017), s. 301; Kaşak, s. 57.

⁸⁸³ Kaşak, s. 57.

⁸⁸⁴ Eren (2017), s. 301.

⁸⁸⁵ Kaşak, s. 58. “*Bir kimsenin bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamaması, sözleşme hürriyeti ilkesinin başlıca gereklerinden biridir. Tarafların anlaşmaları, uyuşmaları halinde ancak sözleşme hürriyeti bir uygulama alanı bulmuş olabilir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1969/56, K. 1970/4, K.T. 20.01.1971, S. 8, s. 193). Anayasa Mahkemesi; Türk Eczacıları Birliği tarafından kurulan yardımlaşma sandığına tüm eczacıların zorunlu üyeliğini öngören 6643 Sayılı Kanun hakkında verdiği iptal kararında sözleşme yapma serbestisinin negatif boyutuna dikkat çekmiştir: “*Özel hukuk alanı içerisinde kalan yardımlaşma sandığı üyeliğinin, kişilerin üye olup olmama iradesi ve isteği dikkate alınmaksızın zorunlu tutulması karşısında, itiraz konusu kuralın sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu ve bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiği açıktır. Zira itiraz konusu kuralla, bireylerin serbest iradeleri dışında, belli bir mal topluluğu ile hukuki*

sözleşmeye taraf olmasını yasaklayan⁸⁸⁶, sözleşme yapmasını başka bir kişi ya da kurumun izin veya onayına tabi tutan⁸⁸⁷ yahut sözleşme yapma zorunluluğu öngören⁸⁸⁸ yasa hükümleri, anayasal sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşımaktadır.

3) Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Serbestisi

Sözleşme, kural olarak tarafların birbirine güvenmelerine, diğer tarafın üstlenilen edimi eksiksiz olarak yerine getireceği inancına dayanmaktadır. Bu nedenle sözleşme hürriyeti, sözleşmenin diğer tarafını seçme imkânını da içermektedir⁸⁸⁹. Herkes, sözleşme ilişkisini kurmak istediği kişiyi serbestçe tayin edebilme hakkına sahip olduğu gibi (*olumlu taraf seçme serbestisi*) hiç kimse de

ilişkiye girme/sözleşme yapma zorunluluğu öngörülerek, bu özgürlüğün negatif görünümü olan sözleşme yapmama özgürlüğü ellerinden alınmaktadır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, S. 52, C. 6, s. 3877).

⁸⁸⁶ Sınırlı ehliyetlilerin bağışta bulunma, kefil olma ve vakıf kurmaları (TMK m. 449) ile noterlerin kefil olmalarını yasaklayan (1502 Sayılı Noterlik Kanunu m. 50. f. 3) hükümler bu kapsamda örnek gösterilebilir.

⁸⁸⁷ Evli kişilerin kefil olma (TBK m. 584. f. 1) ve aile konutunun devri (TMK m. 194. f. 1) gibi bazı işlemleri ancak eşinin izni ile gerçekleştirebilmesi; maden ruhsatları, görünür rezerv geliştirme hakkı ve buluculuk hakkının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın onayı ile devredilebilmesi (3213 Sayılı Maden Kanunu m. 5. f. 2) bu hususa örnek gösterilebilir (Sirmen, s. 467-468; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 367-368; Ateş (2007-a), s. 47-48).

⁸⁸⁸ Teşhir edilen malların satışından kaçınılamaması (4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6), baro başkanı tarafından görevlendirilen avukatın işi takip etme zorunluluğunun bulunması (1136 Sayılı Avukatlık Kanunu m. 38; m. 42) ve belli şartların varlığı durumunda taşınmaz malikin, komşu taşınmaz lehine mecra (TMK m. 744), geçit (TMK m. 747) veya kaynak irtifakı (TMK m. 837) sağlama yükümlülüğünün bulunması mevzuatta sözleşme kurma zorunluluğunun öngörüldüğü örneklerden bazılarıdır (Ayrancı, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 135-140; Oğuzman/Öz, s. 184-186; Eren (2017), s. 319; Kılıçoğlu, s. 79-81; Kaşak, s. 137-138; Ercoşkun Şenol, s. 712-717). Sözleşme yapma zorunluluğu, kanun hükmünün dışında bir hukukî işlemde de doğmuş olabilir. Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmelere “ön sözleşme” veya “sözleşme yapma vaadi” adı verilmektedir. Ancak bir sözleşmeye taraf olmak sureti ile ileride başka bir sözleşmeyi yapma hususunda borç altına giren kişinin üstlendiği sözleşme yapma zorunluluğunun temelinde yine o kişinin serbest iradesi yattığına göre bu gibi durumlarda sözleşme hürriyetine getirilmiş bir sınırlamadan söz etmek mümkün değildir (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 505). Krş. Kaşak, s. 139.

⁸⁸⁹ Kaneti, Selim, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53, S. 1-4, Y. 1990, s. 29. Sözleşme hürriyetinin kişinin sözleşme yapacağı kişiyi seçme serbestisini kapsadığı yönünde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2019/40, K. 2020/40, K.T. 17.07.2020, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, S. 57, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 940.

istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda tutulamaz (*olumsuz taraf seçme serbestisi*)⁸⁹⁰.

4) Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Serbestisi

Sözleşme hürriyetinin en temel görünüm şekillerinden bir diğerini sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi oluşturmaktadır. Öğretide sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi için “*dar anlamda sözleşme hürriyeti*”⁸⁹¹ tabiri de kullanılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun “*sözleşme özgürlüğü*” başlıklı 26’ncı maddesinde de esasen içerik serbestisi düzenlenmiştir: “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*”.

İçerik serbestisi, tarafların oluşturdukları sözleşmelerin konusunu, kapsamını ve koşullarını tayin etme hususunda sahip olduğu özgürlüğü ifade etmektedir. Bu bağlamda taraflar, bir sözleşme oluştururken sahip oldukları hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin konusunu, süresini, şeklini ve amacını, edimlerin ifa edileceği yeri ve zamanı, borca aykırılığın sonuçlarını, kısaca sözleşmenin içeriğine dâhil edilebilecek her türlü hususu serbestçe belirleme yetkisini haizdir⁸⁹². Bu nedenledir ki sözleşme hürriyeti ilkesinin egemen olduğu Borçlar Hukuku, emredici hükümlerden ziyade büyük oranda tamamlayıcı veya yorumlayıcı hükümlerden (*yedek hükümler*) oluşmaktadır⁸⁹³. Ayrıca tarafların tahkim, yetki ve delil sözleşmesi gibi usul hukuku sözleşmeleri ile mehil sözleşmesi, icrayı daraltan veya yasaklayan sözleşmeler gibi icra hukuku sözleşmelerini⁸⁹⁴ yapabilmeleri ve milletlerarası özel hukuka göre

⁸⁹⁰ Ateş (2007-a), s. 41; Collins (2013), s. 71; Eren (2017), s. 315; Ercoşkun Şenol, s. 717; Kaşak, s. 59-60.

⁸⁹¹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 174; Kaşak, s. 63.

⁸⁹² Akyol, Şener, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 132-133; Ateş (2007-b), s. 80; Eren (2017), s. 316 Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 174; Ercoşkun Şenol, s. 718; Kaşak, s. 63.

⁸⁹³ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 535; Karabağ Bulut, s. 17; Ercoşkun Şenol, s. 718; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 62; Sanlı (2017), s. 57-58. Borçlar Hukuku kurallarının karine olarak emredici nitelikte olmadığı yönünde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 223; Kaşak, s. 219.

⁸⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 88.

sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku seçebilme yetkileri⁸⁹⁵ de sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisinin uzantıları niteliğindedir.

5) Sözleşmenin Tipini Seçme Serbestisi

Tip serbestisi; tarafların kendi aralarındaki hukukî ilişkileri düzenlerken diledikleri sözleşme tipini seçebilmeleri veya kanunda düzenlenmemiş yeni bir sözleşme tipi oluşturabilmeleri anlamına gelir. Türk Borçlar Kanunu'nun “*özel borç ilişkileri*” başlıklı ikinci kısmında, toplumsal hayatta çok sık şekilde başvuru alan belli başlı sözleşme tipleri (*isimli sözleşmeler*) listelenmişse de tarafların oluşturabilecekleri sözleşmeler bu listede yer alanlar ile sınırlı değildir. Taraflar, Türk Borçlar Kanunu'nda veya özel kanunlarda düzenlenen sözleşmelerden birini seçebilecekleri gibi diledikleri takdirde kanunda yer almayan yeni sözleşme tipleri (*isimsiz sözleşmeler*) de oluşturabilirler. Bu bağlamda taraflar, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin bazı unsurlarını kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya getirebilir (*karma sözleşmeler*); birbirinden bağımsız ve farklı nitelikteki iki sözleşmeyi bütünlük ve niteliklerini koruyarak birbirine bağlayabilir (*bileşik sözleşmeler*) yahut bütünü ile kendine özgü unsurlardan oluşan yeni sözleşme tipi (*sui generis sözleşmeler*) yaratabilir⁸⁹⁶.

6) Sözleşmenin Şekli Seçme Serbestisi

Kişiler; söz, yazı, işaret gibi çeşitli araçlar yolu ile iradelerini dış dünyaya yansıtır. Bir hukukî işlem oluşturmak üzere açıklanan iradenin büründüğü bu kalıplara “*şekil*” adı verilir⁸⁹⁷. Bu anlamda her türlü irade beyanının, hukukî işlemin

⁸⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Esener, Turhan, “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1, Y. 1954, s. 481-483; Schöenenberger, Walter, “Devletler Hususî Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Kanunun Seçimi”, (Çev. Erdoğan Göğçer), **Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966, s. 301-315; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 88; Kaşak, s. 64.

⁸⁹⁶ Oktay, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 1-2, Y. 1996, s. 272-275; Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 221-222; Kaulbach, Ann-Marie, “Alman Medenî Kanunu'nda Tipe Bağlılık?”, (Çev. Kerem Öz), **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 3, Y. 2014, s. 156-157; Sirmen, s. 447; Ercoşkun Şenol, s. 719-720; Cansel/Özel, s. 65-66; Serozan/Baysal/Sanlı, s. 68-70; Kaşak, s. 64-71.

⁸⁹⁷ Eren (2017), s. 279; Cansel/Özel, s. 197.

veya sözleşmenin öyle ya da böyle mutlaka bir şekli bulunur⁸⁹⁸. Sözleşme hürriyetinin görünüm türlerinden biri olan şekil serbestisi ise kişilerin iradelerini açıklarken herhangi bir biçimsel kalıpla bağlı olmaması; herhangi bir merasim veya prosedüre ihtiyaç olmaksızın sözleşmelerini oluşturabilmeleri anlamına gelmektedir⁸⁹⁹. Bu serbestinin gereği olarak sözleşmenin sözlü, yazılı veya resmi şekil türlerinden hangisi ile yapılacağına ancak taraflar karar verir. Bir sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için belli şekil kurallarına uyulmasını emreden yasa hükümleri, şekil serbestisine dolayısıyla sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşır⁹⁰⁰. Ancak taraflar, yasanın herhangi bir şekle bağlı kılmadığı bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması veya değiştirilmesi hususunda anlaşmış olabilir (*iradi şekil*)⁹⁰¹. Bu ihtimalde söz konusu olan şekil zorunluluğu, tarafların ortak istek ve iradelerinin sonucu olduğuna göre, sözleşme hürriyetine yönelik bir müdahaleden söz etmek mümkün değildir⁹⁰².

⁸⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 99; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 270; Oğuzman/Öz, s. 138; Eren (2017), s. 279; Kaşak, s. 60

⁸⁹⁹ Özbilen, Arif Barış, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 4. Ayrıca bkz. Altaş, Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 47-49; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 99-100; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 270; Oğuzman/Öz, s. 138-139; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 207-208; Eren (2017), s. 282-283; Kaşak, s. 60-62.

⁹⁰⁰ Anayasa Mahkemesi de bir sözleşmenin geçerliliğinin iradelerin belli bir biçimde açıklanması şartına bağlanmasının sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiğine hükmetmiştir: “...*Türk Medenî Kanununun 633. ve 634. maddeleri taşınmaz mal mülkiyetinin kazanılması ve başkasına geçirilmesi için sözleşmelerin, resmî şekilde yapılarak tapu siciline kaydedilmiş olmasını şart saymış ve buna uygun olmayarak yapılan sözleşmelerin geçerli olmadığı kuralını koymuştur. Bu hükümlerin, sözleşme hürriyetini sınırladığı şüphesizdir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1966/21, K. 1968/26, K.T. 19.06.1968, S. 7, s. 48-49).

⁹⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 134-136; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 328-330; Oğuzman/Öz, s. 158-160; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 210-211; Eren (2017), s. 284-285; Cansel/Özel, s. 200-201.

⁹⁰² Aynı yönde bkz. Bilgeç, Hakan, “Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin Anayasal İlkeler Işığında Zorunlu Sigortaların Belirlenmesi Usulünün Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 2, Y. 2021, s. 968, dipnot 39; Altaş (1998), s. 49.

7) Sözleşme Hükümlerinde Değişiklik Yapma ve Sözleşmeyi Sona Erdirme Serbestisi

Sözleşme hürriyeti, tarafların anlaşmaları sureti ile akdetmiş oldukları sözleşmelerin şartlarında sonradan değişiklik yapabilmeleri imkânını da kapsar. Esasında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma serbestisi, içerik serbestisinin tabii bir sonucudur. Nasıl ki tarafların iradelerinin uyuşumu ile bir sözleşmenin şartları serbestçe belirlenebilirse aynı şekilde bu şartlar sonradan değiştirilebilir veya sözleşmeye yeni şartlar eklenebilir⁹⁰³. Ayrıca daha sözleşme yapılırken, ileride belli şartların ortaya çıkması halinde yeni bir sözleşme görüşmesi prosedürünün başlatılacağına taraflarca kararlaştırılması da mümkündür⁹⁰⁴.

Sözleşme hürriyeti ilkesi uyarınca taraflar, aralarında geçerli olan sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yetkisine de sahiptir⁹⁰⁵. Taraflar, akdettikleri bir sözleşmeyi sonradan “*bozma (ikale) sözleşmesi*” yaparak bütünü ile ortadan kaldırabilirler⁹⁰⁶. Dolayısıyla bu yetki ancak sözleşmenin her iki tarafının da kabulü ile kullanabilmektedir⁹⁰⁷. Kural olarak, bir sözleşmenin taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sona erdirilmesi, sözleşmeyi sona erdirmeye serbestisinin kapsamında değildir. Aksine sözleşme hürriyetinin gerekleri arasında yer alan ahde vefa ilkesi, haklı bir neden bulunmadıkça, sözleşmelerin tek taraflı olarak ortadan kaldırılmasını

⁹⁰³ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 468; Ercoşkun Şenol, s. 721-722; Eren (2017), s. 332; Kaşak, s. 72. Anayasa Mahkemesi, sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma serbestisini sözleşme hürriyetinin kullanım biçimleri arasında görmektedir: “*Türk hukukunda tanınan bu ilke çerçevesinde taraflar, istediği zaman istediği bir kişiyle herhangi bir konuda hukuksal ilişki kurabilmekte, bu ilişkiyi değiştirebilmekte veya bu ilişkiyi ortadan kaldırabilmektedir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2018/78, K. 2022/114, K.T. 13.10.2022, **2 Mart 2023 Tarihli ve 32120 Sayılı Resmî Gazete**, § 252).

⁹⁰⁴ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 307; Kaşak, s. 72.

⁹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, sözleşmeyi sona erdirmeye serbestisini sözleşme hürriyetinin kullanım biçimleri arasında görmektedir: “*Sözleşme özgürlüğü, tarafların serbest iradeleriyle belirledikleri koşullar çerçevesinde sözleşmenin sona erdirilmesi yetkisini de kapsamaktadır. Bu nedenle, tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisini kısıtlayan hükümlerin, sözleşme özgürlüğüne müdahale teşkil etmemesi için Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması gerekmektedir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2015/102, K. 2016/151, K.T. 07.09.2016, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 53, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 1038).

⁹⁰⁶ Akkurt, Sinan Sami/Erdoğan, Kemal/Tokat, Hüseyin, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler-Özel Hükümler (Özel Borç İlişkileri)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 99. Ayrıca bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 455; Eren (2017), s. 1284-1285.

⁹⁰⁷ Ercoşkun Şenol, s. 722.

yasaklar⁹⁰⁸. Ancak yapılan sözleşmede tarafların dönme veya fesih haklarının saklı tutulmuş olması durumunda, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmenin sona erdirilebilmesi taraf iradelerinin, dolayısıyla sözleşme hürriyetinin bir gereğidir.

E) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN KAPSAMI

1) Genel Olarak

Hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde, hukukî sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklamalarına “*hukukî işlem*” adı verilmektedir. Hukukî işlemler, işleme katılan taraf sayısına göre “*tek taraflı hukukî işlemler*”, “*iki taraflı hukukî işlemler*” ve “*karar*” şeklinde üçe ayrılmaktadır⁹⁰⁹. İki taraflı hukukî işlem olarak sözleşme, hukukî işlem kavramı ile özdeş olmayıp yalnızca onun bir türü niteliğindedir⁹¹⁰.

Sözleşme, iki tarafın belli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan bir hukukî işlemdir⁹¹¹. Bu tanıma göre; bir hukukî işlemin sözleşme olarak nitelendirebilebilmesi için “*iradelerin açıklanması*”, “*karşılıklılık*” ve “*birbirine uygunluk*” şeklinde üç kurucu unsurun

⁹⁰⁸ Kaşak, s. 73.

⁹⁰⁹ Öğretideki çoğu yazar, işleme katılan taraf sayısına göre hukukî işlemleri, “*tek taraflı hukukî işlemler*”-“*çok taraflı hukukî işlemler*” şeklinde ikiye ayırmakta ve “*sözleşme*” ile “*karar*”ı çok taraflı hukukî işlemler başlığı altında incelemektedir. Sözleşme ile karar arasındaki farkları yeterince vurgulayabilmek adına bu çalışmada yukarıdaki sınıflandırma benimsenmiştir.

⁹¹⁰ Hukukî işlem kavramı ve türlerine ilişkin bkz. Schwarz, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri: I. Cilt**, (Çev. Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1948, s. 152-173; von Tuhr, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı: Birinci Cilt**, (Çev. Cevat Edege), Yeni Matbaa, İstanbul, 1952, s. 140-176; Duguit, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, (Çev. Süheyy Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s. 34-45; Dural, Mustafa/Sarı, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 150-172; Ayan, Mehmet, **Medenî Hukuka Giriş**, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 118-148; Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 41-53; Anayurt, Ömer, **2017 Anayasa Değişiklikleri ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 329-340; Türk, Mehmet Cemil, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 35-37; Sümer, Halûk Hâdi, **Hukuka Giriş: Kavramlar&Kurumlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 210-216; Esener (1969), s. 193-194; Ataay (1981-a), s. 121-158; Oğuzman/Barlas, s. 137-175; Oğuzman/Öz, s. 33-34; Gözler (2012-a), s. 418-422; Eren (2017), s. 119-180; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s. 70-89.

⁹¹¹ Eren (2017), s. 200; Kılıçoğlu, s. 54.

bulunması gereklidir⁹¹². Ancak bu unsurları tam olarak karşılamamakla birlikte, kanun koyucunun sözleşme olarak nitelendirdiği ve/veya öğretide sözleşme olarak kabul edilen bazı hukukî işlem türleri de bulunmaktadır. İkidenden fazla tarafın yer alabildiği ve bunların iradelerini müşterek bir amaç doğrultusunda birleştirdiği ortaklık sözleşmesi (TBK m. 620) ile miras paylaşma sözleşmesinde (TMK m. 676) durum böyledir⁹¹³.

Özel hukukta sözleşmeden söz edildiğinde çoğunlukla taraflardan biri veya her iki taraf için de borç doğuran, bir borç ilişkisini değiştiren yahut bu ilişkiyi ortadan kaldıran borçlar hukuku sözleşmeleri akla gelmektedir. Bunun nedeni, gündelik hayatta ve ekonomik ilişkilerde borçlar hukuku sözleşmeleri ile daha sık karşılaşılmasıdır. Borçlar hukuku sözleşmelerinin sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamında bulunduğu hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak sözleşme sadece borçlar hukukuna özgü bir kavram olmayıp aile hukuku (evlenme sözleşmesi, mal rejimi sözleşmesi), eşya hukuku (irtifak sözleşmesi, ayni sözleşme), miras hukuku (miras sözleşmesi, miras paylaşma sözleşmesi) başta olmak üzere özel hukukun hemen her dalında çeşitli sözleşme türleri bulunmaktadır⁹¹⁴. Dahası idari sözleşmeler göz önünde tutulduğunda, sözleşme kurumunun kamu hukukunda da önemli bir yer işgal ettiği görülmektedir.

Bu başlık altında, borçlar hukuku dışında kalan özel hukuk sözleşmeleri ve idarenin sözleşmeleri ile tek taraflı ve çok taraflı hukukî işlemlerin sözleşme hürriyetinin anayasal güvencesi kapsamına girip girmediği araştırılmıştır.

2) Borçlar Hukuku Dışındaki Özel Hukuk Sözleşmeleri

Türk özel hukuk öğretisinde, sözleşme hürriyetinin borçlar hukuku alanına özgü bir ilke olduğu; aile hukuku, eşya hukuku, miras hukuku gibi diğer özel hukuk dallarında bu ilkenin geçerliliğinin bulunmadığı yönünde yaygın bir kanaat

⁹¹² Eren (2017), s. 200; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 74-75.

⁹¹³ Von Thur, s. 185-186; Esener (1969), s. 14; Oğuzman/Barlas, s. 138; Oğuzman/Öz, s. 39; Ayan, s. 133; Dural/Sarı, s. 156; Eren (2017), s. 199.

⁹¹⁴ Schwarz (1948), s. 168; von Tuhr, s. 145-146; Esener (1969), s. 16-17; Ataay (1981-a), s. 264-265; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 95-96; Oğuzman/Öz, s. 40-41; Eren (2017), s. 205.

hâkimdir⁹¹⁵. Bu kanaatin temel dayanağı olarak, tarafların kendi aralarındaki hukukî ilişkileri düzenlerken diledikleri sözleşme tipini seçebilmelerini veya yasa düzenlenmemiş yeni bir sözleşme tipi oluşturabilmelerini ifade eden tip serbestisinin yalnızca borçlar hukuku alanında geçerli olması gösterilmektedir. Diğer özel hukuk dallarında “sınırlı sayı” (*numerus clausus*) esası bulunmakta olup tarafların kanunda düzenlenen sözleşme tipleri dışında kalan yeni bir sözleşme tipi oluşturmalarına izin verilmemektedir. Örneğin aile hukukunda tek tür evlenme sözleşmesi yapılabilir (TMK m. 134 vd)⁹¹⁶. Eşler, mal rejimi sözleşmesi yaparken kanunda düzenlenen dört sözleşme türünden birisini seçmek zorundadır (TMK m. 202. f. 2)⁹¹⁷. Miras hukukunda ölüme bağlı tasarruflar ancak vasiyetname yahut miras sözleşmesi şeklinde yapılabilir (TMK m. 514)⁹¹⁸. Eşya hukukunda ise taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki ayni hak türleri kanunda gösterilmiş olup tarafların anlaşarak yeni bir ayni hak türü yaratmaları mümkün değildir⁹¹⁹.

Borçlar hukukunda, tarafların sözleşmenin tipini seçme haklarına ek olarak, sözleşmenin konusunu ve içeriğini belirleme hakları da büyük ölçüde korunmaktadır. Borçlar hukuku kurallarının çoğu emredici değil yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Taraflar anlaşarak aralarındaki sözleşme ilişkisinde bu hükümlerin uygulanmamasını kararlaştırabilirler. Aile hukuku, eşya hukuku ve miras hukuku alanlarında ise sözleşme tiplerinin belirli olmasının yanı sıra bu sözleşme tiplerinin içerikleri de büyük ölçüde kanun yolu ile belirlenmiş durumdadır. Bu hukuk dallarına ait sözleşmeler, emredici hukuk kuralları ile kuşatılmış olup taraf iradelerine geçerlilik tanınan alan oldukça daraltılmıştır.

⁹¹⁵ Bkz. Sirmen, s. 447-448; Altaş (1998), s. 45; Akıntürk/Ateş Karaman (2012), s. 61; Eren (2017), s. 316; Atasoy, s. 110. “*Borçlar Hukuku alanının aksine aile hukukunda ve ayni haklar alanında sözleşme özgürlüğü daha sınırlıdır. Özellikle ayni haklar alanında yanlar ancak yasanın öngördüğü tipler ve koşullar içinde özgürce sözleşme yapabilirler*” (Yargıtay 4’üncü Hukuk Dairesi, E. 1973/2094, K. 1974/2496, K.T. 14.05.1974, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 15.12.2022).

⁹¹⁶ Von Thur, s. 257; Sirmen, s. 447.

⁹¹⁷ Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, **Aile Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 11.

⁹¹⁸ Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 68; von Thur, s. 257; Sirmen, s. 447.

⁹¹⁹ Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 27-28; von Thur, s. 257; Sirmen, s. 447-448; Kaulbach, s. 151-152.

Kanaatimizce bu kısma kadar anlatılanlar, borçlar hukuku dışında kalan özel hukuk sözleşmeleri için sözleşme hürriyeti ilkesinin geçerli olmadığını ispatlamak açısından yeterli değildir.

Her şeyden önce; anayasal güvence altındaki bir hürriyetin kapsamının tespitinde yasa koyucunun tercihlerine belirleyicilik atfetmek Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bir temel hak olan sözleşme hürriyetinin kapsamını tespit edebilmek için Medeni Kanun veya Borçlar Kanunu hükümlerine değil doğrudan doğruya bu hürriyetin düzenlendiği Anayasa'nın 48'inci maddesine müracaat edilmelidir. Anayasa'nın 48'inci maddesinde ise borçlar hukuku sözleşmeleri ile diğer özel hukuk sözleşmeleri arasında herhangi bir ayrım öngörülüş değildir. Dahası madde metninde yer alan “*dilediği alanda*” ibaresi, Anayasa koyucunun iradesinin, sözleşme hürriyetin kapsamını olabildiğince geniş tutma yönünde olduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla borçlar hukuku dışındaki özel hukuk sözleşmelerinde sınırlı sayı esasının geçerli olması veya içeriklerinin büyük ölçüde emredici hükümler ile belirlenmiş olması, bu sözleşmeler bakımından bireylerin sözleşme hürriyetinin bulunmadığını değil; yasa koyucunun bu hukuk dallarında, borçlar hukukuna kıyasla sözleşme hürriyetine daha geniş sınırlamalar getirdiğini gösterir. Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamına giren bu sözleşmelere yönelik yasa koyucunun gerçekleştirdiği müdahaleleri, Anayasa'nın 48'inci maddesini ölçü norm olarak kullanmak sureti ile denetleyebilecektir⁹²⁰.

⁹²⁰ Bu arada belirtmek gerekir ki; aile hukuku, eşya hukuku ve miras hukuku alanlarında sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar, borçlar hukuku alanında getirilen sınırlamalara göre daha güçlü anayasal dayanaklara sahiptir. Bu nedenle yasa koyucu, bu hukuk dallarına ait sözleşmelere yönelik sınırlama getirirken daha geniş bir takdir yetkisinden yararlanır. Örneğin aile hukuku alanında getirilen sınırlamalar, devletin ailenin huzur ve refahını koruma yükümlülüğünün (Anayasa m. 41) bir gereği olarak meşrulaştırılabilecektir. Miras hukuku alanında yer alan emredici hükümler, miras bırakanın irade özerkliği ile mirasçının anayasal miras hakkının (Anayasa m. 35) korunması şeklindeki çatışan iki menfaat veya değer dengelemesi çabası olarak görülebilecektir (Bu yönde değerlendirmeler içeren bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1984/4, K. 1984/9, K.T. 20.09.1984, S. 20, s. 292-297). Keza eşya hukuku alanındaki işlemler “*herkese karşı ileri sürülebilen*” (*erga omnes etkili*) işlemler olduğu için bu alanda gerçekleştirilen müdahaleler, üçüncü kişilerin temel haklarının korunması ve özellikle hukukî belirlilik ve güvenlik ilkesi (Anayasa m. 2) ile kolaylıkla ilişkilendirilebilecektir. Ancak getirilen sınırlamaların -anayasal dayanakları bulunsun bile- ölçülülük ilkesine ve öz güvencesine aykırı olmaması gerektiği unutulmamalıdır.

Ayrıca borçlar hukuku dışında kalan özel hukuk sözleşmelerinde, kanun koyucunun sözleşme hürriyeti ilkesini bütünü ile devre dışı bıraktığından da söz edilemez. Tip serbestisi, sözleşme hürriyeti ile özdeş olmadığı gibi tipe bağlılık da sözleşme hürriyetinin zıddı değildir⁹²¹. Sözleşme hürriyetinin alt ilkeleri olan sözleşme yapmaya zorlanmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve sözleşmeyi sona erdirmeye serbestileri, borçlar hukuku dışında kalan özel hukuk sözleşmeleri bakımından da büyük ölçüde korunmaktadır. Tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme serbestileri ise emredici hükümler yolu ile sınırlanmış olarak da olsa belli ölçüde varlığını sürdürmektedir. Sözleşme niteliği tartışmalı olan ve emredici yönü en ağır basan kurumlar arasında yer alan evlilikte bile eşlerin hak ve yükümlülükleri bütünüyle emredici hükümler ile belirlenmiş olmayıp evlilik birliğinin giderlerinin karşılanması, mal rejiminin seçimi gibi bazı alanlarda eşlerin ortak iradelerine geçerlilik tanınmaktadır⁹²².

3) İdarenin Sözleşmeleri

a) İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri

Yukarıda da belirtildiği gibi, kamu tüzel kişileri, gerek taraf oldukları özel hukuk sözleşmeleri bakımından gerekse de idarî sözleşmeler bakımından sözleşme hürriyetinin anayasal güvencesinden yararlanamazlar. Bu durum, kamu tüzel kişilerinin nitelikleri gereği temel hak taşıyıcısı olamamalarının doğal bir sonucudur. Bu noktada cevaplanması gereken soru, idare ile sözleşme ilişkisi içine giren özel hukuk kişilerinin bu ilişki kapsamında sözleşme hürriyetlerinin korunup korunmayacağıdır.

Kanaatimizce; Anayasa'nın 48'inci maddesinde hakkın öznesi ve kapsamı yönünden herhangi bir daraltmaya gidilmediği gözetildiğinde, idare ile sözleşme ilişkisine giren özel hukuk kişilerinin de sözleşme hürriyetinden yararlanabileceğini kabul etmek gerekir. Diğer bir ifade ile idarenin sözleşmeleri de sözleşme

⁹²¹ Bu yönde bkz. Kaulbach, s. 160-161;

⁹²² Türk Aile Hukuku'nda sözleşme yapmaya elverişli alanlar için bkz. Serozan/Başoğlu/Kapancı, s. 552-554.

hürriyetinin kapsamına dâhildir. Bu sonuç, idarenin özel hukuk sözleşmeleri söz konusu olduğunda özellikle doğrudur.

İdare, taraf olduğu özel hukuk sözleşmelerinde, sözleşmenin karşı tarafı ile eşit konumda yer almakta olup herhangi bir üstünlük veya ayrıcalıktan yararlanmamaktadır. Sözleşmenin karşı tarafını seçmek için ihale usulüne başvurulması veya ihale şartnamesi ile sözleşme koşullarının idarece tek taraflı olarak belirlenmesi, sözleşmenin karşı tarafı açısından sözleşme hürriyetinin bulunmadığını göstermez. Özel hukuk kişisi, idarenin belirlemiş olduğu koşulları değerlendirip ihaleye katılıp katılmamakta veya ihaleye katıldığı takdirde teklif edeceği miktarı belirlemekte serbesttir. Günümüzdeki sözleşme ilişkilerinin büyük çoğunluğunun tarafların eşit katılımı ile gerçekleşen bir pazarlık süreci sonucu oluşmadığı; bir tarafın hazırladığı sözleşme koşullarının karşı tarafça kabulü esasına dayandığı düşünüldüğünde; idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile diğer özel hukuk sözleşmeleri arasında bu açıdan ciddi bir farklılık bulunduğundan söz edilemez.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin uygulanması aşamasında da taraflar, eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Sözleşme hürriyetinin doğal sonucu olan sözleşmelerin bağlayıcılığı ve ahde vefa ilkeleri, özel hukuk kişisi olan taraf için geçerli olduğu kadar idare için de geçerlidir. İdarenin, sonradan sözleşme şartlarını tek taraflı olarak değiştirerek bazı yükümlülüklerinden kurtulması, karşı tarafın yükümlülüklerini artırması veya sözleşmede yer almayan bir nedene dayanarak sözleşmeyi feshetmesi olanaksızdır. Yürürlükteki sözleşmelere özel hukuk kişisi aleyhine kanun yolu ile müdahale edilmesi durumunda da bu kanunun sözleşme hürriyetine uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilecektir.

Anayasa Mahkemesi, kamu tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri özelinde, idarenin özel hukuk sözleşmelerine müdahale eden çok sayıda kanun hükmünü denetleme fırsatı bulmuştur. Mahkeme, bu kararlarında sağlam ve tutarlı bir akıl yürütmeye dayalı bir içtihat geliştiremediği gibi kimi kararlarında sözleşme hürriyeti yönünden herhangi bir denetim dahi gerçekleştirmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki ilk kararı, belediyelerin mülkiyetindeki taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin altı ay içinde sona ermesini; önerilen yeni kira bedelinin ve sözleşme şartlarının kabul edilmemesi veya bedele karşı dava açılmaması durumunda kiracının tahliye edilmesini öngören 3151 Sayılı Kanun'un iptali istemine ilişkindir. Denetimini hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile sınırlayan Mahkeme, kamu tüzel kişileri ile gerçek kişilerin; kamu mülkiyeti ile özel mülkiyetin farklı hukukî statülere sahip olmasını gerekçe göstererek iptal istemini reddetmiştir⁹²³.

Tarafların özgür iradeleri ile imzaladıkları ve yürürlükte olan sözleşmelerin bir yasa hükmü ile süresinden önce geçersiz kılınması, sözleşme hürriyetine yönelik gerçekleştirilebilecek en açık müdahale örneklerinden birini oluşturmaktadır. Bu

⁹²³ Anayasa Mahkemesi'nin bu karara ilişkin gerekçesi şu şekildedir: “Kamu emlakının, kamu hukuku ilişkisi içerisinde ve idare hukuku kurallarına göre yönetilmesine karşın, kamu özel emlakı üçüncü kişiler yönünden özel hukuka tabidir. Ancak, kamu idaresi ile onun özel taşınmazı arasındaki bağlantı, özel hukuktaki bir malikle-taşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinden bir hayli farklıdır. Özel hukukta malik, malına istediği gibi tasarruf edebilmede, onu dilediği fiyatla dilediğine satmada ya da kiralamada ve maldan elde ettiği geliri istediği gibi harcamada özgür olmasına karşın; kamu idaresi, sahip olduğu özel emlak üzerinde tasarrufta bulunurken, bir takım kurallara uymak durumundadır (Muhasebei Umumiye Yasasına, Devlet İhale Yasasına, Sayıştay denetimine tabi olması gibi). Bu taşınmazları dilediklerine dilediği fiyatla devredemez; daha önemlisi bu yerlerden sağlanan geliri, gördüğü kamu hizmetine ayırmak zorundadır. Böylece özel emlak, idarenin üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde (alım, satım, kira gibi konularda) özel hukuk kurallarına tabi ise de, kamusal bir sorumlulukla ve kamu hukukunun belirlediği usule göre kullanılır. Bu yerlerden elde edilecek gelirin, kamu idaresinin yapmakla yükümlü olduğu hizmette harcanması, bu taşınmazların kamu hizmetine dolaylı olarak özgülenmesi (dolaylı özgülenme) anlamındadır... Yasa Koyucunun, 3151 sayılı Yasayla, Belediye ve özel idareler ile Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü adına kayıtlı kirada bulunan taşınmazların, paranın sürekli değer kaybetmesi nedeniyle sembolik hale gelen kiralarını, bir defa için rayiç ve emsal bedellerine yükseltmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Daha önce açıklandığı üzere, kamu tüzelkişileri kiraya verdikleri özel emlakları dolayısıyla üçüncü kişilerle özel hukuk ilişkisi içinde iseler de, özel emlakla kamu tüzelkişisi arasında sorumluluk, yönetim ve tasarruf biçimi yönünden kamu hukuku ilişkisinin bulunması, bu emlakten elde edilen gelirin kamu hizmetine ayrılması (kamu hizmetine dolaylı özgüleme), özel emlakini kiraya veren kamu tüzelkişileriyle, kiralayan durumundaki gerçek kişilerin ayrı hukuksal işleme tabi tutulmasını haklı kılar. Kaldı ki özel kişilere ait olup eskiden kiraya verilen taşınmazların kira bedelleri, emsal kira ve rayicin altında kalmasına karşın, gerek yasada öngörülen daha çok gerçek kişilerin yararlanabileceği tahliye koşulları, gerek özel baskılar nedeniyle çoğunlukla mahkemelerin belirlediği oranların üzerinde artış göstermiştir. Halbuki, kamu tüzelkişilerine ait kiraların, kiracılarının hemen hemen değişmez hale gelmesi, yıllık artışların mahkemelerce belirlenen oranları geçememesi nedenleriyle gerçek kişilerin emsal yerlerden elde ettikleri kiradan daha düşük düzeyde kaldığı gözlenmiştir. Böylece, sahip oldukları taşınmazları kiraya veren kamu tüzelkişileri ile gerçek kişiler ayrı hukuksal durum içinde bulunduklarından 3151 sayılı Yasayla Belediyeler yönünden ayrı düzenleme getirilmesinde ve eski kiraların emsallere göre rayiç bedele yükseltilmesi için kiracılarıyla yeniden sözleşme yapmalarına olanak tanınmasında, Anayasa'nın yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Belirtilen nedenlerle itiraz reddedilmelidir” (Anayasa Mahkemesi, E. 1986/3, K. 1986/15, K.T. 03.07.1986, S. 22, s. 174-177).

nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu hükme dair sözleşme hürriyeti yönünden bir denetim gerçekleştirmemiş olmasını anlamlandırmak mümkün değildir. Sözleşme taraflarından birisinin kamu tüzel kişiliğinin bulunması yahut sözleşme konusunun kamu malına ilişkin olması, müdahalenin meşruluğuna ve ölçülülüğüne dair yapılacak denetimde dikkate alınacak kimi hususlar olup sözleşmenin karşı tarafı açısından sözleşme hürriyetinin anayasal güvencesinin bulunmadığını göstermemektedir.

İptal istemine konu olan benzer nitelikli diğer bir düzenleme, SSK ve BAĞKUR'un sahibi veya ortağı olduğu taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin, sözleşmede kararlaştırılan sürenin bitiminden itibaren üç ay sonra sona ermesini öngören 3917 Sayılı Kanun'dur. 3917 Sayılı Kanun, yeni kira bedelinin idarece tespiti, bedele karşı itiraz hakkı ve tahliye usulü açısından yukarıda aktarılan 3151 Sayılı Kanun hükümlerine paralel düzenlemeler getirmiştir. Ancak 3151 Sayılı Kanun'dan farklı olarak, 3917 Sayılı Kanun ile kira sözleşmeleri doğrudan sona erdirilmemiş; sona erme tarihi olarak tarafların sözleşmede tayin ettikleri sürenin bitimi esas alınmıştır. Böylece 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un, kiraya verenin, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdirmesini engelleyen hükümleri (m. 7 ve m. 11), SSK ve BAĞKUR'un sahibi veya ortağı olduğu taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri bakımından bertaraf edilmek istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu kararında da kamu tüzel kişisi-gerçek kişi ve kamu mülkiyeti-özel mülkiyet ayrımlarına ilişkin gerekçesini tekrar etmiş ve söz konusu kuralların hukuk devleti ve eşitlik ilkelerini ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme, bu kez sözleşme hürriyetine uygunluk bakımından da bir denetim gerçekleştirmiştir. Ancak kira sözleşmelerinin kanun hükmü ile sona erdirilmediğini ve kiracının yeni tespit edilen kira bedeline karşı itiraz hakkının bulunduğunu belirterek düzenlemeyi sözleşme hürriyetine uygun bulmuştur⁹²⁴.

⁹²⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1994/44, K. 1994/56, K.T. 18.07.1994, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 32, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 1997, s. 13-27. Krş. Anayasa Mahkemesi, E. 2010/77, K. 2011/163, K.T. 08.12.2011, S. 49, C. 1, s. 349-359.

Yürürlükteki sözleşmelerin kanun hükmü ile sona erdirilmeyip sona erme tarihi olarak sözleşmede öngörülen bitim tarihinin esas alınması, müdahalenin sözleşme hürriyetine uygunluğunu göstermek açısından tek başına yeterli bir gerekçe değildir. Bir sözleşme ilişkisinde, taraf iradeleri ile kanunun emredici hükümleri ortak bir bütün oluşturmaktadır. Taraflar bir sözleşme oluşturmaya karar verirken hak ve yükümlülüklerini yürürlükteki hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirmekte ve sözleşme koşullarını bu kuralları göz önünde tutarak belirlemektedirler. 3917 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce SSK ile kira sözleşmesi imzalayan kişi, SSK'nın sözleşmede öngörülen sürenin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremeyeceği zannıyla bu sözleşmeye taraf olmakta ve örneğin sözleşmede öngörülen sürenin bitiminde sözleşmenin sona ereceğini bilmesi durumunda kabul etmeyeceği bir kira bedeline, kendisi için güvence teşkil eden hukuk kurallarına güvenerek rıza göstermektedir⁹²⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin bu hususları dikkate alarak taraflar arasındaki menfaat dengesini idare lehine bozan kanun hükümlerini hukukî güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bulması mümkündür. Ayrıca kanun koyucunun müdahalesinin sözleşme hürriyetini sınırlandırdığını kabul ederek bu sınırlamanın meşru bir nedene dayanıp dayanmadığını ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunu sorgulaması gerekmektedir. Nitekim Mahkeme, özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmelere müdahale eden kanun hükümlerine ilişkin verdiği bazı kararlarda, sözleşme akdedildiği tarihte yürürlükte olmayıp da sonradan getirilen kanun hükümlerinin mevcut sözleşmelere etkili olmasını hukukî güvenlik ilkesine ve sözleşme hürriyetine aykırı bulmuştur⁹²⁶.

⁹²⁵ Bu tarz sakıncalar nedeni ile Borçlar Hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasında kanundan doğan hukukî durumlar ile taraf iradelerinin ön planda olduğu hukukî durumlar arasında ayırım yapılmaktadır. Aksi yönde hüküm bulunmadıkça, kanundan doğan hukukî durumlar için derhâl uygulanma esası geçerli iken sözleşme gibi taraf iradelerinin ön planda olduğu hukukî durumlar söz konusu olduğunda eski kanunun uygulanmaya devam edeceği kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, Başak, “*Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 1, Y. 2012, s. 221-244).

⁹²⁶ Avukatlık sözleşmelerinde ücrete ilişkin uygulanacak hükümlerde değişiklik öngören ve bu değişikliğin eski kanunun yürürlükte olduğu tarihte imzalanmış sözleşmelere de uygulanmasını emreden 5043 Sayılı Kanun’a karşı yapılan itiraz başvurusunda verilen karar bu hususta açıklayıcıdır:

3917 Sayılı Kanun'un idare veya mahkeme tarafından tespit edilen yeni kira bedellerinin yılda bir defa, Devlet İstatistik Enstitüsü tüketici fiyat endeksindeki artış oranından az olmamak üzere rayiç veya emsal değere yükseltilmesini öngören hükmü de itiraz başvurusu yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, yıllık kira artışı için asgari oran öngören bu hükmün sözleşme hürriyetini sınırlandırdığını kabul etmekle birlikte sınırlamanın kamu yararı amacına dayandığına ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğuna karar vermiştir⁹²⁷. Ancak Mahkeme'nin sunduğu eksik gerekçeden, yasa koyucunun söz konusu müdahale ile nasıl bir kamu amacı güttüğünü ve müdahalenin neden demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunu anlamak olanaksızdır.

“5043 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı uyuşmazlıkların kapsamına, avukatlık ücretine ilişkin olarak taraflar arasında akdedilen bir ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da girmektedir. Bu durumda, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunmayan yasa hükmünün o sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünde uygulanması söz konusu olmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanması, öncelikle hukuki işlemlerin sonuçlarının öngörülebilir olmasına bağlı bulunduğundan, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte mevcut olmayan bir yasa hükmünün daha sonra geriye yürür şekilde bu sözleşmeden doğan bir ihtilafta uygulanmasının öngörülmesi, hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır. Bu durum aynı zamanda, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne de aykırılık oluşturur. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da gerekli kılar. Tarafların özgür iradeleri ile düzenledikleri ve hukuken geçerli olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümlerinin belirgin olmadığından ya da tartışmalı olduğundan bahisle, söz konusu sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte olmayan bir yasa kuralının esas alınarak uyuşmazlığın çözülmesinin öngörülmesi, sözleşme özgürlüğüne aykırıdır. Tarafların akdettikleri bir sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasında ihtilafta düşmeleri o sözleşmeyi geçersiz kılmayacağından, bu sonuca yol açacak şekilde 5043 sayılı Yasa hükümlerinin geriye yürütülmesine olanak bulunmamaktadır. Kişilerin sözleşme özgürlüklerini kullanarak bir sözleşme akdetmelerinden sonra, geriye dönük düzenlemelerle söz konusu sözleşme hükümlerinin ve dolayısıyla kişilerin iradelerinin etkisiz kılınması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz” (Anayasa Mahkemesi, E. 2005/128, K. 2008/54, K.T. 07.02.2008, S. 45, C. 2, s. 793-794).

Mahkeme'nin bu konuda örnek gösterilebilecek bir diğer kararı, Halk Bankası'nı, İş Kanunu'nda toplu işçi çıkarma için öngörülen bildirim yükümlülüğünden (m. 29) muaf tutan hükme karşı verdiği iptal kararıdır:

“Dava konusu kuralda, kapsamdaki Banka tarafından toplu işçi çıkarılmasında sözleşmelerin bildirimsiz feshedilmesi öngörülmeyle bu kuralın yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkan ve herhangi bir istisna olmaksızın İş Kanunu hükümlerinin uygulandığı sözleşmelere müdahale edilerek, personel, hukuksal güvenceden mahrum bırakılmış, böylece hukuk devleti ilkesi zedelenmiştir. Tarafların özgür iradeleri ile düzenlenen ve hukuken geçerli olan sözleşmelerin, akdedildiği tarihte yürürlükte olmayan ve sonradan getirilen yasa kuralıyla kimi hükümlerinin uygulanamaz hale getirilmesi hukuk güvenliği ilkesine ve sözleşme özgürlüğüne aykırıdır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2004/87, K. 2009/5, K.T. 08.01.2009, , S. 46, C. 1, s. 498).

⁹²⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/1, K. 1996/18, K.T. 11.06.1996, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 33, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1998, s. 134-151.

Yukarıda incelenen üç karardan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin idarenin özel hukuk sözleşmelerine genel yaklaşımına dair bazı sonuçlara ulaşılabilir. Öncelikle, E. 1986/3, K. 1986/15 Sayılı karar istisna tutulursa, Mahkeme'nin, idarenin özel hukuk sözleşmelerine müdahale eden kanun hükümlerini sözleşme hürriyeti yönünden denetlediği ve böylece bu sözleşmeleri de sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamı içinde değerlendirdiği görülmektedir. Zaten Anayasa hükmünün lafzı ve gayesi de aksi yönde bir yoruma elverişli değildir.

Öte yandan Mahkeme, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde kamu malının ve kamu parasının söz konusu olmasını gerekçe göstererek bu sözleşmelere özel hukuk kişileri aleyhine sonuç doğuracak şekilde gerçekleştirilen müdahaleleri ayrıntılı bir inceleme yapmaksızın Anayasa'ya uygun bulmuştur. İptal istemine konu kanun hükümlerinin, kira sözleşmelerinde sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan kiracıyı koruma amacı ile getirilen çeşitli güvenceleri -yürürlükteki sözleşmeleri de etkileyecek şekilde- geçersiz kıldıkları görülmektedir. Dahası E. 1996/1, K. 1996/18 Sayılı karara konu olan kanun hükmü ile yıllık kira artışında asgari bir oran tespit edilmiş ve kiracıyı koruma amacı büsbütün tersine çevrilmiştir. Mahkeme'nin söz konusu kararlarında, kamu malının ve kamu parasının korunması amacına taraf iradeleri karşısında üstünlük tanıdığı anlaşılmaktadır ki bu yaklaşımın anayasal bir dayanağının bulunduğu oldukça şüphelidir.

Bununla birlikte, idarenin özel hukuk sözleşmelerine müdahale eden kanun hükümlerine karşı Anayasa Mahkemesi'nin aksi istikamette yaklaşım sergilediği bazı kararları da bulunmaktadır.

Kira sözleşmelerine ilişkin olmamakla birlikte, E. 1996/66, K. 1997/7 Sayılı karar bu çerçevede örnek olarak gösterilebilir. Mahkeme bu kararında, özelleştirme kapsamında bulunan kamu iktisadi teşebbüslerinin doğmuş ve doğacak borçlarından dolayı uygulanacak faiz oranının Merkez Bankası tarafından belirlenen reeskont faiz oranını geçemeyeceğini öngören ve böylece sözleşmelerde kararlaştırılan daha

yüksek faiz oranlarını uygulanamaz hale getiren hükmü sözleşme hürriyetine aykırı olarak iptal etmiştir⁹²⁸.

Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün mazbut ve mülhak vakıflara ait taşınmazlarına ilişkin kira sözleşmelerini sona erdiren 4331 Sayılı Kanun hakkında verilen iptal kararı da burada zikredilmelidir. 4331 Sayılı Kanun, yürürlükteki kira sözleşmelerini tarafların iradeleri hilafına sonlandırması bakımından yukarıda incelenen 3151 Sayılı Kanun ile benzerlik göstermektedir⁹²⁹. Ancak Anayasa Mahkemesi, 3151 Sayılı Kanun hakkında verdiği E. 1986/3, K. 1986/15 Sayılı kararının aksine, bu kez sözleşme hürriyeti yönünden de bir denetim gerçekleştirmiş ve hukuk devleti ilkesi ile sözleşme hürriyetine aykırılık nedeni ile iptal kararı vermiştir⁹³⁰.

⁹²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin sunduğu iptal gerekçesi şu şekildedir: “Geçici Madde 15’de belirtilen kuruluşların borçlarına uygulanacak faiz oranlarına sınır getiren son tümcedeki kural, bu kuruluşların yapmış oldukları sözleşmelerde kararlaştırılmış olan faiz oranlarını uygulanamaz hale getirerek bu sözleşmelere taraf olan kişilerin Anayasa’nın 48. maddesi ile güvence altına alınmış olan sözleşme özgürlüklerinin zedelenmesine yol açacaktır” (Anayasa Mahkemesi, E. 1996/66, K. 1997/7, K.T. 31.01.1997, S. 33, C. 1, s. 303)

⁹²⁹ Öte yandan, iki kanun arasında dikkat edilmesi gereken bir farklılık bulunmaktadır. 4331 Sayılı Kanun’da zikredilen kira sözleşmelerine konu olan taşınmazların mülkiyeti, Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne değil ayrı özel hukuk tüzel kişilikleri bulunan mazbut ve mülhak vakıflara aittir. Vakıflar Genel Müdürlüğü, bu vakıflar üzerindeki idare ve temsil yetkisine dayanarak bunlara ait taşınmazları kiraya vermektedir. Ancak dava tarihinde yürürlükte olan 2762 Sayılı mülga Vakıflar Kanunu gereği, bu vakıflara ait taşınmazların devlet mallarına ilişkin imtiyazlardan yararlandığı (m. 9) ve bu taşınmazların kiraya verilmesi işlemlerinin 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu (m. 1) kapsamında gerçekleştirildiği dikkate alındığında, 4331 Sayılı Kanun’da zikredilen kira sözleşmelerinin de idarenin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

⁹³⁰ Anayasa Mahkemesi’nin sunduğu iptal gerekçesi şu şekildedir: “Vakıflar Genel Müdürlüğü ile kiracıları arasındaki kira sözleşmeleri, tarafların özgür iradeleriyle oluşmuş ve her iki tarafa da hak ve yükümlülükler getiren sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler, Borçlar Yasası ile Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Yasa kuralları gereğince yapılmıştır. Kiralananın kullanılma koşulları, kira süresi, bedeli, bedelin ödeme zamanı ve yöntemi gibi hususlar, hukuk kurallarına dayanılarak ve kuralların çizdiği sınırlar içinde taraflarca saptanmıştır. Hukuk devleti ilkesi, yürürlükte olan yasa kurallarına göre, kazanılmış haklara saygı gösterilmesini gerektirir. Dava konusu “Geçici Madde 6’nın birinci fıkrasıyla, kira sözleşmeleri sona ermeden mazbut ve mülhak vakıf gayrimenkulleri kiracılarının, sözleşmedeki süre içinde ve saptanan kira bedeli karşılığında, kiralanan taşınmazı kullanma ve ondan sözleşme koşullarına uygun biçimde yararlanma hakkına son verilmektedir. Böylece tarafların kendi özgür iradeleriyle yapmış oldukları kira sözleşmeleri, tarafların iradeleri bir yana bırakılarak yasa ile sona erdirilmektedir. Sürelerinin tamamlanmalarını beklemeden, kira sözleşmelerini sona erdirip, tarafları yeni sözleşme yapmaya zorlamak, sözleşme özgürlüğü ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz” (Anayasa Mahkemesi, E. 1998/10, K. 1998/18, K.T. 20.05.1998, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 34, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 1999, s. 333-334). Karara ilişkin eleştiriler için bkz. Battal (2001), s. 81-85.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, kayyum atanan belediyeler ile bu belediyelerin bağlı kuruluşlarında Kamu İhale Kanunu uyarınca imzalanan sözleşmelerin, yüklenicilerin terör örgütlerine iltisakı veya irtibatı bulunduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilmesi halinde feshedilebileceğini öngören kuralı denetlemiştir. Söz konusu kural ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirildiğini tespit eden Mahkeme; ilgili idari kuruluşlara ve yargı mercilerine, kolluk kuvvetleri tarafından yapılan bildirimlerin doğruluğunu denetleme ve gerçek duruma göre işlem tesis etme yetkisi tanınmamış olmasını gerekçe göstererek sınırlamanın orantısız olduğuna hükmetmiştir⁹³¹.

b) İdari Sözleşmeler

Modern çağda toplumsal ihtiyaç ve taleplerin genişlemesine koşut olarak, devletin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetleri alanı da genişlemiştir. Bu kamu hizmetlerinin büyük bir kısmı, kendi araç, gereç ve personeli ile doğrudan kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülmekte iken bir kısmı ise teknik ve mali nedenlerle idari sözleşmeler yolu ile özel hukuk kişilerine gördürülmektedir.

İdari sözleşmeler, bir kamu hizmetinin yürütülmesini konu almalarına rağmen hukukî nitelikleri itibarıyla birer sözleşme olduklarına göre⁹³² Anayasa'nın 48'inci maddesinin güvencesi kapsamına girip girmedikleri tartışılmalıdır. Diğer bir deyişle, bir idari sözleşmeye taraf olan özel hukuk kişisi, bu ilişki kapsamında sözleşme hürriyetinin anayasal güvencesini ileri sürebilecek midir?

Anayasa'nın 48'inci maddesinde genel olarak sözleşme kavramına yer verilmiş; özel hukuk sözleşmesi-idari sözleşme şeklinde bir ayrım yapılmamıştır. Ayrıca “*dilediği alanda*” ibaresi ile hükmün bu genel niteliği daha da pekiştirilmiştir. Anayasa koyucu bir konuda hüküm ihdas ederken ayrım yapmayıp genel ifadeler kullanmışsa bu ifadeden mümkün olan en genel anlamı çıkarmak gerekir. “*Ubi lex*

⁹³¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/78, K. 2022/114, K.T. 13.10.2022, § 229-246.

⁹³² İdari sözleşmelerin hukukî niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Özel, Kadir Can, “*İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme*”, Ombudsman Akademik, S. 12, Y. 2020, s. 190-191; Çınar, Abdurrahim, “*İdari Sözleşme Ölçütleri*”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Y. 2021, s. 326-327; Odyakmaz, s. 8; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 453-454.

non distinguit neque interpretis est distinguere” ilkesi gereği, Anayasa’nın ayrıma gitmediği yerde yorum yolu ile ayrım üretilemez⁹³³. Keza “*temel haklar lehine yorum ilkesi*” de temel haklar ile ilgili düzenlemelerin yorumlanmasında temel hakkın etkisini güçlendirecek yorumun tercih edilmesini gerektirmektedir⁹³⁴. Bu nedenlerle, idari sözleşmeler de sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamı içinde değerlendirilmelidir⁹³⁵.

Öte yandan, idari sözleşmelerin genel hukukî rejimine ilişkin idare hukuku öğretisinde benimsenen görüşler ile idari yargı mercilerinin vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, konunun anayasal sözleşme hürriyeti güvencesi boyutunun genel olarak ihmal edildiği görülmektedir.

İdari sözleşmeler, idare hukukunun en muğlak ve tartışmalı alanlarından birisini oluşturmaktadır. İdari sözleşme kavramının üzerinde uzlaşmaya varılan ortak bir tanımla yapılamadığı gibi idarenin taraf olduğu bir sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelemek için başvurulacak ölçütlerde de bir uzlaşma bulunmamaktadır. Ancak öğretide ve yargı kararlarında, idari sözleşme niteliğini tespit için temelde “*kamu hizmeti ölçütü*” ve “*kamu gücü ayrıcalıkları ölçütü*” şeklinde iki ölçüte başvurulduğu görülmektedir. Buna göre; bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan ve/veya idarenin çeşitli kamu gücü ayrıcalıklarından yararlandığı sözleşmeler, idari sözleşme olarak kabul edilmektedir⁹³⁶.

⁹³³ Gözler, Kemal, “*Yorum İlkeleri*”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012, s. 57.

⁹³⁴ Metin (2008), s. 80.

⁹³⁵ Aynı yönde bkz. Gözler (2009-b), s. 198.

⁹³⁶ Bu şartların kümülatif nitelikte mi yoksa alternatif nitelikte mi olduğu hususu öğretide ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Bu tartışmalara ve idari sözleşme ölçütlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Azrak, A. Ülkü, “*İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, S. 3, Y. 1963, s. 536-538; Tan, Turgut, “*İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 50, S. 3, Y. 1995, s. 292-295; Tekinsoy, M. Ayhan, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Y. 2006, s. 192-223; Çal, Sedat, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, Y. 2010, s. 231-246; Öztoprak, Sezin, **İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 79-127; Gözübüyük/Tan, s. 380-385; Odyakmaz, s. 9-12; Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 832-836; Gözler (2009-b), s. 1-69; Atay, s. 551-558; Günday, s. 184-187; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 455-460; Özel (2020), s. 194-206; Çınar, s. 329-333.

İdari sözleşmelerde, sözleşmenin karşı tarafını teşkil eden özel hukuk kişisinin sahip olduğu sözleşme hürriyeti güvencesi ile idarenin yararlandığı kamu gücü ayrıcalıklarının nasıl bağdaştırılacağı şüphelidir.

Türk idare hukuku öğretisi ve içtihatlarına göre kamu gücü ayrıcalıkları, idari sözleşme rejiminin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu ayrıcalıklar, bir yandan idari sözleşme niteliğinin tespiti için bir ölçüt olarak kullanılmakta iken diğer taraftan da kanun hükmü veya içtihat ile idari sözleşme niteliği kabul edilen sözleşmeler bakımından bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır⁹³⁷. İdarenin taraf olduğu bir sözleşme, kanun hükmü veya içtihat ile idari sözleşme olarak nitelendirildiğinde, sözleşme metninde veya kanunda bu yönde açık bir yetkilendirme yapılmasa bile idarenin bu sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanabileceği kabul edilmektedir⁹³⁸. Ayrıca sözleşme metninde, bu sözleşmeyi idari bir sözleşme olarak nitelemeye elverişli bir kamu gücü ayrıcalığına yer verilmesi durumunda, idarenin kendiliğinden diğer kamu gücü ayrıcalıklarına da sahip olacağı belirtilmektedir⁹³⁹. Örneğin bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak idare ile özel hukuk kişisi arasında imzalanan bir sözleşmede, idareye tek taraflı fesih yetkisinin tanınması ihtimalinde, bu sözleşme bir idari sözleşme olarak nitelendirilecek ve böylece idare, sözleşme metninde yer almasa bile, emir ve talimat verme, yaptırım uygulama, tek taraflı değişiklik yapma gibi diğer kamu gücü ayrıcalıklarından da yararlanabilecektir.

⁹³⁷ Öztoprak, s. 45-46.

⁹³⁸ Gözübüyük/Tan, s. 405-406; Odyakmaz, s. 12; Tekinsoy, s. 204; Gözler (2009-b), s. 160-161; Öztoprak, s. 46. Danıştay kararlarında da idarenin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıklarının idari sözleşmelerinin niteliğinden kaynaklandığı belirtilmektedir: “Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit olduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşmeden doğan ilişkiyi etkilemesi ve değiştirmesi düşünülemez. Oysa idari sözleşmeler, yukarıda da belirtildiği gibi, idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare, kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla, tek yanlı iradesi ile sözleşme ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler yapabilir. Bu nedenle, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen bir takım üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılmış olması, örneğin tek yanlı değiştirme, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkilerle donatılması idari sözleşmelerle düzenlenen konuların niteliği gereğidir” (Danıştay 8’inci Dairesi, E. 2016/12066, K. 2018/2322, K.T. 24.04.2018, <https://www.hukukturk.com>, E.T. 02.10.2021).

⁹³⁹ Bu yönde bkz. Öztoprak, s. 157-158.

İdari sözleşmelerde, idarenin yararlandığı kamu gücü ayrıcalıklarının kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla idare bu yetkilerinden vazgeçemeyeceği gibi bunların kullanılmasını sözleşme yolu ile de sınırlandıramayacaktır. Bu yetkilerden vazgeçilmesine veya bunların sınırlandırılmasına ilişkin sözleşme hükümleri geçersiz sayılacaktır⁹⁴⁰.

İdarenin bu sözleşmelerde yararlandığı kamu gücü ayrıcalıklarını açıklamak için kamu yararı-kişisel yarar karşıtlığına başvurulmaktadır. İdari sözleşmelerde, idare tarafından temsil edilen kamu yararı ile özel hukuk kişinin temsil ettiği kişisel yarar karşı karşıya gelmektedir. Kamu yararı ile kişisel yarar karşılaştığında, kamu yararına üstünlük tanınmalıdır. Bu nedenle, idari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden daha farklı bir hukuki rejime tabi olmalı ve kamu yararının temsilcisi olarak idare, özel hukuk sözleşmelerinde yer almayan bazı yetki ve ayrıcalıklardan yararlanabilmelidir⁹⁴¹.

Kanaatimizce; idari sözleşmelerde idarenin yararlandığı kamu gücü ayrıcalıklarına ilişkin yukarıda özetlenen görüşlerin anayasal sözleşme hürriyeti güvencesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Sözleşme hürriyeti ilkesi, tarafların kendi aralarındaki hukukî ilişkileri, özgür iradelerinin ürünü olan sözleşmeler yolu ile düzenleyebilmelerine imkân tanır. Bir sözleşme ilişkisinde tarafların hak ve yükümlülükleri, serbestçe açıkladıkları irade beyanlarının uyuşumu ile meydana gelmektedir. Sözleşmenin kurulması ile her iki taraf da kendi taahhütleri ile bağlanmış olur. Şüphesiz taraflar, birbirine uygun yeni irade beyanları ile önceki sözleşmenin şartlarını değiştirebilir veya bu sözleşmeye son verebilir. Bu şekilde tarafların hukukî durumlarında meydana gelen değişiklik, yine de kendi ortak iradelerinin bir sonucudur. Ancak bunun ötesinde, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşme şartlarını değiştirebilmesi, sözleşmede öngörülme-yen kimi yetki ve

⁹⁴⁰ Gözler (2009-b), s. 173.

⁹⁴¹ Waline, Marcel, “*İdari Mukaveleler*”, (Çev. Hamide Uzbark), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 4, Y. 1944, s. 568-569; Sezginer, Murat, “*İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeleri)*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 1-2, Y. 2013, s. 1592-1593; Odyakmaz, s. 11; Öztoprak, s. 195; Özel (2020), s. 189.

ayrıcılıkları kullanabilmesi veya sözleşme ilişkisine son verebilmesi, bizzat sözleşme kavramının kendisi ile tezat teşkil eder⁹⁴².

Sözleşme hürriyeti ilkesi ile sözleşmelerin bağlayıcılığı ilkesi, bir madalyonun iki yüzü gibidir⁹⁴³. Sözleşmelerin bağlayıcı etkisinin kabul edilmemesi, tarafların taahhütlerinden kolayca sıyrılabilmelerine kapı aralayarak sözleşme hürriyeti güvencesini anlamsız kılar. Her ne kadar “hürriyet” ile “bağlayıcılık” ifadelerinin birlikte kullanımı bir çelişki gibi görünse de bağlanma tercihi kişinin özgür iradesine dayandığı için bu çelişki sadece görünüştedir. Tarafların bir sözleşmeyle bağlı olmalarının temel nedeni, öncesinde bu sözleşmeyi arzu etmeleri ve iradelerini de bu yönde kullanmış olmalarıdır⁹⁴⁴. Bu bakımdan, sözleşmelerin bağlayıcı etkisi de Anayasa’nın 48’inci maddesinde düzenlenen sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamında bulunmaktadır⁹⁴⁵.

Sözleşmenin bir tarafını idarenin oluşturması veya sözleşme konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması da sözleşmelerin bağlayıcı etkisini ortadan kaldırmamaktadır. Duguit’in belirttiği gibi sözleşme -devlet taraflardan biri

⁹⁴² “Sözleşme” teriminde, işin karşılıklı veya birlikte yapıldığını gösteren işteşlik (–ş) ekinin bulunması bu açıdan anlamlıdır. Birçok modern batı dilinde yaşamakta olan “contractus” kelimesi de birden fazla kişinin ortak hareketini etimolojik açıdan canlı olarak göstermektedir: “con”=birlikte; “trahare”=çekmek (Schwarz (1948), s. 167). Ayrıca eski Türkçe’de “sözleşme” yerine kullanılan “akit” terimi, “bağ” veya “dügüm” anlamlarına gelen “akd” kökünden gelmekte olup (<https://www.nisanyansozluk.com/?k=akit>, E.T. 05.10.2021), bağlayıcı nitelik terime içkin durumdadır.

⁹⁴³ Benzer yönde bkz. Atiyah (1975), s. 10-11.

⁹⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 363; Ateş (2007-b), s. 77-78; Eren (2017), s. 313.

⁹⁴⁵ Anayasa Mahkemesi de birçok kararında ahde vefa ilkesi ile sözleşme hürriyeti arasındaki yakın ilişkiye dikkat çekmiştir: “Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar. Anayasanın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiştir. Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devlet’in, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle düzenlemekte serbesttir. Anayasa’da koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını ve sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da içerir” (Anayasa Mahkemesi, E. 2004/87, K. 2009/5, K.T. 08.01.2009, S. 46, C. 1, s. 498).

olsun ya da olmasın- bir sözleşmedir; sözleşmeye taraf olan devlet, taahhütleri ile en küçük bir uyuğu gibi bağıdır ve bağı olmalıdır⁹⁴⁶.

Bu açıklama, idari sözleşme rejiminin veya kamu gücü ayrıcalıklarının bütünü ile reddi anlamına gelmemektedir. Şüphesiz idare ile özel hukuk kişinin bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacı ile imzaladıkları bir sözleşme ile alelade bir özel hukuk sözleşmesi eşdeğer tutulamaz. Bir özel hukuk sözleşmesi temelde sadece sözleşmeye taraf olan kişilerin hukukî durumlarında değişiklik meydana getirir; üçüncü kişilerin hukukî durumlarını doğrudan etkilemez. İdari sözleşmeler ise sözleşme taraflarının yanı sıra sözleşme konusu kamu hizmetinden yararlanan çok sayıda kişinin hukukî durumunu da etkilemektedir. Bu nedenle, bir kamu hizmetinin yürütülmesini konu alan sözleşme ilişkisinde idare, bu hizmetin sürekli ve düzenli biçimde yürütülebilmesi için özel hukukta rastlanmayan çeşitli yetki ve ayrıcalıklara ihtiyaç duyabilir. Önemli olan, bu yetki ve ayrıcalıkların pozitif dayanaklarının bulunması ve sözleşmenin karşı tarafını teşkil eden özel hukuk kişinin anayasal sözleşme hürriyeti güvencesi ile çelişmemesidir.

Bir kere; idarenin sahip olduğu yetki ve ayrıcalıklara sözleşme metninde açıkça yer verilmiş olabilir. Bu takdirde, idarenin sahip olduğu bu yetki ve ayrıcalıklar, tarafların ortak iradelerinden doğduğuna göre sözleşme hürriyetine aykırılıktan söz etmek mümkün olmayacaktır. İkincisi; idare, bir kanun hükmü ile sözleşmenin diğer tarafı karşısında çeşitli yetki ve ayrıcalıklar ile donatılmış olabilir. Bu ihtimalde, emredici bir hüküm yolu ile sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisine getirilen bir sınırlama söz konusu olup Anayasa Mahkemesi bu sınırlamanın Anayasa'ya uygunluğunu 13'üncü ve 48'inci maddeler çerçevesinde denetleyebilecektir. Bu iki durum haricinde idare, idari sözleşmelerin niteliğinden kaynaklanan hiçbir kamu gücü ayrıcalığına sahip değildir.

Türk idare hukuku öğretisi ve içtihatlarında kabul edilen, idari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmede veya kanunda öngörülme bile mevcut

⁹⁴⁶ Duguit, s. 157.

olduğu görüşü, öncelikle pozitif dayanağını Anayasa'nın 13'üncü ve 123'üncü maddelerinde bulan “kanunilik ilkesi” ile çelişmektedir⁹⁴⁷.

Yukarıda açıklandığı gibi, idari sözleşmeler de sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamına girdiğine göre; bu hürriyete gerçekleştirilen müdahalelerin dayanağı mutlaka bir kanun hükmü olmalıdır. Sözleşme hürriyetine idarenin düzenleyici işlemleri ile müdahale edilemeyeceği gibi kamu hukukunun genel ilkeleri de bu müdahalelerin gerekçesi olamaz. Bu bakımdan, idari sözleşmelerde idarenin yararlandığı kamu gücü ayrıcalıklarını açıklamak için başvuru “*kamu hizmetinin devamlılığı*”, “*kamu hizmetinin değişkenliği*” gibi ilkeler, kanunilik ölçütünü karşılamaktan uzaktır⁹⁴⁸. Aynı şekilde, Anayasa'nın 123'üncü maddesinde düzenlenen “*idarenin kanuniliği ilkesi*” gereği, idarenin her türlü eylem ve işlemi bir kanun hükmüne dayanmalıdır. İdare, kendine has bir inisiyatif gücünden yoksun olup⁹⁴⁹ kanundan kaynaklanmayan yetkileri kullanamaz⁹⁵⁰.

⁹⁴⁷ İdari sözleşme rejiminin kanunilik ilkesi bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Akbulut, Emre, **Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 321-330; Öztoprak, s. 152-157.

⁹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi'nin Tuğba Arslan başvurusunda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesine yönelik değerlendirmeleri, içtihadî karakteri ağır basan idare hukuku açısından özellikle anlamlıdır: “*Türk hukukunun bazı alanlarında, hâkimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen bir alanda hiçbir zaman “kanun” niteliğinde kural özelliği kazanamaz. Öte yandan temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir hale gelmesi, müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemi bir “kanun” haline getirmez. Aksi bir düşüncenin kabulü, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kamu gücü işleminden veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinin “kanuni” dayanaklarının olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir*” (Anayasa Mahkemesi, *Tuğba Arslan Başvurusu*, B.N. 2014/256, K.T. 25. 06. 2014, § 96). Temel hak ve hürriyetler ile yakından ilişkili bir alan olarak idari sözleşmelerin hukukî rejiminin kapsayıcı bir kanun ile genel esaslara bağlanması hem kanunilik ilkesi hem de hukuk güvenliği ilkesi açısından en uygun yöntem olacaktır (Akbulut (2013), s. 307-308).

⁹⁴⁹ Gözler (2009-a), s. 137.

⁹⁵⁰ 2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanı'na asli nitelik taşıyan kararnameler çıkarma yetkisinin tanınması, yürütme yetkisinin türev ve bağımlı niteliğini zayıflatmış gibi idarenin kanuniliği ilkesini de bir ölçüde esnetmiştir. Yeni sistemde, Anayasa'da kanun ile düzenleneceği açıkça öngörülen idari birimler hariç olmak üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yeni kamu tüzel kişilikleri oluşturulabilecektir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, idarenin kanuniliği ilkesine etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, Turan, “*İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı*”, **Anayasa Yargısı**, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 293-314; Yasin, Melikşah, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri*”, **Anayasa Yargısı**, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 315-333; Aslan, Volkan, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye’de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 302-303; Sever, Dilşad Çiğdem, “*Cumhurbaşkanının*

Kamu hukukunda geçerli olan yetkiye ilişkin ilke ve kurallar da idari sözleşmelerin niteliğinden kaynaklanan kamu gücü ayrıcalıklarının kabulüne engel teşkil eder. Kamu hukukunda yetkiler, “*verilmiş yetki*” niteliği taşımaktadır. Devlet organlarının bir yetki kullanabilmeleri için bu konuda ayrıca ve açıkça yetkilendirilmeleri gerekmektedir. Bu organların kendilerinden menkul, kendilerinden kaynaklanan hiçbir yetkileri bulunmamaktadır⁹⁵¹. Hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını öngören Anayasa hükmü de (m. 6. f. 3) kamu hukukunda yetkisizliğin esas olduğunu göstermektedir. Yetkiye ilişkin bu ilke ve kurallar, idari işlemlere kıyasla taraf iradelerinin daha ön planda olduğu idari sözleşmeler alanında evleviyetle geçerli sayılmalıdır.

Özetlemek gerekirse; bir idari sözleşmede idarenin yararlanabileceği kamu gücü ayrıcalıkları ya bizzat sözleşme metninde öngörülmüş olmalı ya da bir kanun hükmüne dayanmalıdır. İdare, bir idari sözleşme ilişkisinde kanunda veya sözleşmede yer almayan hiçbir yetki ve ayrıcalığa sahip değildir. Kanunda veya sözleşmede idareye hangi yetki ve ayrıcalıklar tanınmışsa idare yalnızca o yetki ve ayrıcalıkları kullanabilecektir. Bir sözleşmeye kanun veya içtihat yolu ile idari nitelik tanınması, idareyi kendiliğinden belli yetkilerin sahibi kılmadığı gibi; sözleşmede veya kanunda idareye verilen kimi yetkiler de sözleşmede veya kanunda yer almayan başka yetkilerin dayanağı olamaz. Bir sözleşme ilişkisinde idareye hangi kamu gücü ayrıcalıkları tanınmak isteniyorsa bu ayrıcalıklar kanunda veya sözleşmede açıkça öngörülmelidir. Yasa koyucunun idare ile özel hukuk kişisi arasındaki bir sözleşmeyi idari sözleşme olarak nitelemesine rağmen sözleşmede veya yasada idareye hiçbir kamu gücü ayrıcalığı tanınmaması durumunda, bundan çıkarılabilecek tek sonuç,

Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da "Parthenogenesis" Olmak”, **Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi**, Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı, (Editörler Oktay Uygun, Egemen Esen), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 353-387. Ancak idari sözleşmelerde idareye tanınan kamu gücü ayrıcalıkları, sözleşmenin karşı tarafını teşkil eden özel hukuk kişisinin sözleşme hürriyetinin sınırlanması anlamına gelebileceği için Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bu ayrıcalıkların dayanağını teşkil edebilmesi şüphelidir.

⁹⁵¹ Gözler (2009-a), s. 746-747; Gözler (2012-a), s. 73-74.

İYUK m. 2 uyarınca bu sözleşmeye ilişkin uyuşmazlıkların idari yargı kolunda çözümlenecek olmasıdır.

İdari sözleşmelerin sözleşme hürriyeti yönünden değerlendirilmesi gereken başka bir boyutunu da kanun koyucunun yürürlükteki sözleşmelere yönelik gerçekleştirdiği müdahaleler oluşturmaktadır. Türkiye’de yasama organı çeşitli dönemlerde çıkardığı kanunlar ile yürürlükte olan idari sözleşmeleri feshetmiş veya bu sözleşmelerin bazı hükümlerinde değişiklikler yapmıştır. Sözleşme hürriyeti ilkesi, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra mevcut sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içermektedir⁹⁵². Bu ilke uyarınca, yürürlükte olan bir sözleşmenin sona erdirilmesi veya bu sözleşmenin bazı hükümlerinde değişiklik yapılması ancak tarafların iradelerinin uyuşumu ile mümkündür. İdari sözleşmeler de sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamı içinde yer aldığına göre, yasama organının idari sözleşmelerin feshini öngörmesi veya bu sözleşmelerde bazı değişiklikler yapması, Anayasa’nın 48’inci maddesinde tanınan sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir⁹⁵³. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan şartlar çerçevesinde bu sınırlandırmanın Anayasa’ya uygun olup olmadığını denetleyebilecektir.

Yürürlükte olan idari sözleşmelere müdahale eden çeşitli kanun hükümleri iptal veya itiraz davası yolu ile Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiş olup Mahkeme bazı kararlarında sözleşme hürriyeti yönünden de denetim gerçekleştirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin ilk kararını 2172 Sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun aleyhine açılan iptal davası üzerine vermiştir. 2712 Sayılı Kanun’un 1’inci maddesi ile gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine verilmiş arama ruhsatnameleri ve işletme haklarının geri alınması hususunda Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Kanun’un 10 ila 13’üncü maddelerinde ise arama ruhsatnameleri ve işletme hakları geri alınan kişilere ödenecek tazminatın hesaplanma usulü düzenlenmiştir.

⁹⁵² Anayasa Mahkemesi, E. 2005/128, K. 2008/54, K.T. 07.02.2008, S. 45, C. 2, s. 791.

⁹⁵³ Gözler (2009-b), s. 198.

Anayasa Mahkemesi öncelikle maden arama ruhsatnamesi ile maden işletme hakkının hukukî niteliğini araştırmıştır. Mahkeme'ye göre; 1961 Anayasası'nın 130'uncu maddesi gereği, doğal zenginlik ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olması ve bunların aranması ve işletilmesinin ilke olarak devletin görevi sayılması, Anayasa koyucunun bu işleri kamu hizmeti niteliğinde gördüğünün açık bir kanıtıdır. Kamu hizmeti niteliği taşıyan bu işlerin özel teşebbüs eliyle yürütülebilmesine imkân veren maden arama ruhsatnameleri ile maden işletme haklarının kaynağında bir idari izin veya idari sözleşme yer almaktadır⁹⁵⁴.

Anayasa Mahkemesi, idare hukukunun genel ilkeleri uyarınca, idari sözleşmelerin idare tarafından tek taraflı olarak sona erdirilebileceği tespitinde bulunmuş ve yasa koyucunun bu konuda özel bir düzenleme getirmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁹⁵⁵:

“İptali istenen 2172 sayılı Yasa ise, Maden Yasasında öngörülmeyen başka bir sorunu ele almakta ve özel teşebbüsün yasaya ve yönetsel sözleşmeye aykırı bir davranışı bulunmasa bile, bu kamu hizmetinin doğrudan devletçe yerine getirilmesi zorunluğunun ortaya çıkması durumunda, devletin "izin" e ve "sözleşme" ye nasıl son verebileceğini ve son vermenin hangi sonuçları doğuracağını düzenlemektedir.

Yönetim hukukunun genel ilkelerine göre, yönetsel izin ve sözleşmelere yönetimce tek yanlı olarak her zaman son verilebilir. Ancak, maden işletmesinin Anayasa'nın 130. maddesinden kaynaklanan özgün nitelikleri ve özellikle işletmenin öğelerinden birini oluşturan maden rezervinin Devletin "hüküm ve tasarrufunda" bulunması nedeniyle burada yönetim hukukunun genel ilkelerinin -söz gelimi "rachat" hükümlerinin- tümüyle uygulanmasına olanak bulunmadığından yasa

⁹⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1979/1, K. 1979/30, K.T. 21.06.1979, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 17, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1980, s. 228.

⁹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1979/1, K. 1979/30, K.T. 21.06.1979, S. 17, s. 229.

*koyucunun, bu konuda özel bir yasal düzenleme getirmeyi gerekli gördüğü anlaşılmaktadır*⁹⁵⁶.

6309 Sayılı Maden Kanunu'nun 62'nci ila 65'inci maddelerine göre, madenlerin özel teşebbüsçe işletilmesine olanak veren ruhsatname ve imtiyazların temelinde birer idari sözleşme bulunmaktadır⁹⁵⁷. 2172 Sayılı Kanun, özel kişilere daha önce verilmiş maden işletme haklarının geri alınması, dolayısı ile bu hakların dayanağı olan idari sözleşmelerin sona erdirilmesi hususunda Bakanlar Kurulu'na yetki vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemine konu olan dava hakkında sağlıklı bir karar verebilmesi için öncelikle idari sözleşmelerin sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamına girip girmediği sorusunu cevaplandırması ve bu soruya verdiği cevaba göre kanun koyucunun idari sözleşmelerin sona erdirilmesi hususunda Bakanlar Kurulu'na verdiği yetkiyi incelemesi gerekirdi. Ancak Mahkeme, sözleşme hürriyetinin kapsamına ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmadığı gibi Bakanlar Kurulu'na verilen idari sözleşmeleri sona erdirme yetkisini, bu sözleşmelerin niteliğinden kaynaklanan kamu gücü ayrıcalıkları bulunduğu şeklinde bizce hatalı olan bir ön kabule dayandırmıştır. Hâlbuki yukarıda da temas edildiği üzere, idarenin, yasada veya sözleşmede yer almayan bir nedene dayanarak bir idari sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirme yetkisi bulunmamaktadır. Bakanlar Kurulu'na kanun ile verilen yetki, karşı tarafın rızası bulunmaksızın yürürlükte olan bir sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi sonucunu doğurduğuna göre, sözleşme hürriyetine yönelik gerçekleştirilmiş bir müdahale niteliği taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 1961 Anayasası'nın 11'inci maddesinde yer alan şartlar çerçevesinde, bu müdahalenin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemesi gerekirdi⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı hakkında bir değerlendirme için bkz. Bilgen, Pertev, “*Kamu Hizmeti Hakkında*”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 1980, s. 113-116.

⁹⁵⁷ Türk, Hikmet Sami, “*Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 36, S. 1, Y. 1979, s. 87-88.

⁹⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararda başvurduğu temel argüman hatalı olmakla birlikte, vermiş olduğu Anayasa'ya uygunluk kararı yerindedir. 1982 Anayasası'nın aksine, 1961 Anayasası'nın sözleşme hürriyetini düzenleyen 40'ıncı maddesinde bu hürriyetin “*kamu yararı*” sebebi ile sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Anayasa koyucunun kamu hizmeti niteliğinde gördüğü ve ilke olarak devlet tarafından yürütülmesini esas aldığı madenlerin aranması ve işletilmesi işinin, etkinliğin ve verimliliğin artırılması amacı ile özel kişiler eliyle yürütülmesinin engellenmesinde

Anayasa Mahkemesi, E. 2001/293, K. 2002/28 Sayılı kararı ile idari sözleşmelerin de sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Bu karar, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan genel sınırlama sebeplerini kaldıran 2001 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden hemen sonra verilmiş olması nedeni ile -sözleşme hürriyeti özelinde- sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere ilişkin Mahkeme'nin yaklaşımını yansıtmaya açısından büyük önem arz etmektedir.

20.02.2001 Tarih ve 4628 Sayılı Elektrik Piyasası Kanunu; elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretine ilişkin faaliyetlerin sözleşmeler yolu ile özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesi usulüne son vermiş ve bu faaliyetlerin lisans usulüne tabi olarak yürütülmesi esasını benimsemiştir⁹⁵⁹. Kanun'un geçici 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, “*Kamuya ait elektrik enerjisi üretim ve dağıtım tesislerinden işletme hakları devri öngörülenlerden devir işlemlerini 20 Haziran 2001 tarihine kadar tamamlayamayan şirketlerin mevcut sözleşmeleri*⁹⁶⁰ *hükümsüzdür*” düzenlemesine yer verilmiştir. İdare ile özel hukuk kişileri arasında hukuka uygun şekilde akdedilmiş sözleşmelerin kanun ile sona erdirilmesinin sözleşme hürriyetini ihlal ettiği ileri sürülerek bu düzenlemeye karşı iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçelerle oy birliği ile bu düzenlemeyi iptal etmiştir⁹⁶¹:

kamu yararı bulunabilir. 2172 Sayılı Kanun, devletçe işletilmesine karar verilen madenler ile ilgili işletme hakkı ve arama ruhsatnamesi sahiplerine, yapılan işlemin hukukî niteliğine uygun ve gerçek değer esasına göre hesaplanacak bir tazminatın ödenmesini öngördüğüne göre (Türk (1979), s. 98) öz güvencesinin ihlal edildiğinden de söz edilemez.

⁹⁵⁹ İsbir, s. 722-723.

⁹⁶⁰ “*Mevcut sözleşmeler*” ibaresi, 3996 Sayılı Kanun'un geçici 1'inci maddesinin 4501 Sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile değişik 2'nci fıkrası hükümleri uygulanmak suretiyle özel hukuk hükümlerine tabi hale getirilmiş sözleşmeler ile imtiyaz sözleşmeleri olarak devam eden sözleşmeleri kapsamaktadır. Dolayısı ile 4628 Sayılı Kanun'un geçici 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında sona ermesi öngörülen sözleşmelerin bir kısmı idarenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde iken diğer bir kısmı ise idari sözleşme niteliği taşımaktadır (Anayasa Mahkemesi, E. 2001/293, K. 2002/28, K.T. 13.02.2002, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 38, C. 2, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003, s. 572).

⁹⁶¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2001/293, K. 2002/28, K.T. 13.02.2002, S. 38, C. 2, s. 573. 4694 Sayılı Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 4628 Sayılı Kanun'un geçici 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan “*30 Haziran 2001*” ibaresi “*31 Ekim 2001*” şeklinde değiştirilerek mevcut sözleşmelerin sona ereceği tarih ertelenmiştir. Bu kanun aleyhine açılan davada da Anayasa Mahkemesi benzer gerekçeler ile iptal kararı vermiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 2001/389, K. 2002/29, K.T. 13.02.2002, S. 38, C. 2, s. 576-582).

“Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesi, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir" kuralını içermektedir. Buna göre taraflar, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler. Bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir. Anayasanın 48. Maddesinde koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir...

Dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına bağlıdır.

Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar.

Açıklanan nedenlerle, mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir”.

Bu kararda dikkat çeken ilk husus, sona ermesi öngörülen sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi veya idari sözleşme olmasının Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararına etki etmemiş olmasıdır. 4628 Sayılı Kanun ile hükümsüz kılınan sözleşmelerin bir kısmı idarenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde iken diğer bir kısmı ise idari sözleşme niteliğindedir. Mahkeme'nin sözleşme hürriyeti yönünden gerçekleştirdiği denetim esnasında bu ayrımın herhangi bir önem atfetmemesi, idari sözleşmeleri de sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamı içinde değerlendirdiğine işaret etmektedir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin kanun ile sözleşme hürriyetine müdahale edilmesini başlı başına bir iptal nedeni olarak görmesi⁹⁶², sınırlama sebebi bulunmayan hürriyetleri mutlak nitelikte kabul ettiği şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. 2001 yılında Anayasa'nın 13'üncü maddesinde gerçekleştirilen değişiklik ile temel hak ve hürriyetlerin yalnızca düzenlendikleri maddelerde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilmesi esası getirilmiştir. Sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 48'inci maddesinde herhangi bir sınırlama sebebi bulunmadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun bu hürriyete sınırlama getirip getiremeyeceği tartışma konusu olmuştur. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere⁹⁶³ Mahkeme sonraki birçok kararında, pratik uyum ilkesi ile temel hak ve hürriyetlerin anayasal veya nesnel sınırlarına başvurarak sözleşme hürriyetine müdahale eden kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiştir. Bu kararda ise mevcut sözleşmelerin kanun ile sona erdirilmesinin sözleşme hürriyetine bir müdahale teşkil ettiği tespit edilmiş ve müdahalenin varlığı iptal kararı için tek başına yeterli sayılmıştır⁹⁶⁴.

Anayasa Mahkemesi, 2020 yılında verdiği başka bir kararında kısmen farklı bir sonuca ulaşmıştır. 19.04.2018 Tarih ve 7139 Sayılı Kanun ile 6200 Sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek 10'uncu maddenin 2'nci fıkrasında “*DSİ'nin sulama tesislerini işleten kooperatiflerden finansal ve mali yapısının sürdürülemez olduğu tespit edilenlerle yapılmış olan devir sözleşmeleri DSİ'nin teklifi ve Bakanın onayıyla feshedilir*” hükmüne yer verilmiştir. Sözleşme imzalandıktan sonra kabul edilen bir kanun hükmü ile sözleşmede yer almayan bir fesih yetkisinin idareye tanınmasının hukuk

⁹⁶² Taahhüt edilen hazine garantilerini hükümsüz sayan kanun hükümleri hakkında verilen iptal kararında da sözleşme hürriyetine müdahale edildiğinin tespiti tek başına iptal sebebi olarak kabul edilmiştir: “*Sözleşmeden ayrı düşünülemeyecek olan Hazine garantilerine ilişkin dava konusu düzenleme ile sözleşme özgürlüğüne müdahale edildiğinden Geçici 4. maddenin birinci fıkrasının iptaline ilişkin gerekçelerle kural Anayasa'ya aykırıdır. İptali gerekir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2001/293, K. 2002/28, K.T. 13.02.2002, S. 38, C. 2, s. 574).

⁹⁶³ Bkz. III-İI-B-2.

⁹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararın değerlendirilmesi ve iptal gerekçesine yönelik eleştiriler için bkz. Sezer, Yasin, “*İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, Y. 2004, s. 167-168; Gözler (2009-b), s. 199-201.

devleti ilkesi ve hukukî güvenlik ilkesi ile bağdaşmadığı ileri sürülerek bu hüküm aleyhine iptal talebinde bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, iptali talep edilen kurala konu olan devir sözleşmelerinin hukukî nitelikleri itibarı ile birer idari sözleşme olduklarını tespit etmiş ve bu sözleşmelerde idarenin hizmet yararına fesih yetkisinin sözleşmede öngörülme bile mevcut olduğunu belirterek iptal talebini reddetmiştir⁹⁶⁵:

“Dava konusu kuralın sulama hizmetlerinin aksamaması şeklinde meşru bir amaca sahip olduğu, kuralla kamu yararının gözetildiği söylenebilir. Devir sözleşmeleri mülkiyeti DSİ’ye ait sulama tesisinin işletme, bakım ve yönetim sorumluluğunun sulama kooperatifine devredilmesini sağlayan sözleşmelerdir. Bu kooperatifler üzerinde denetim yetkisine sahip olan DSİ, kooperatiflerin finansal ve malî yapısının sürdürülemez olduğunu da tespit edebilecektir. Bu tespit dikkate alınarak sulama hizmetlerinin aksamadan yerine getirilmesi önem taşımakta, DSİ ile sulama kooperatifi arasında imzalanan idari sözleşme niteliğindeki devir sözleşmelerinde idarenin hizmet yararına fesih yetkisinin sözleşmede öngörülme bile var olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan devir sözleşmelerinin feshine karşı yargı yolunun açık olması nedeniyle zararların tazmin edilmesi imkânı da bulunmaktadır”.

Anayasa Mahkemesi, ret kararını gerekçelendirirken sözleşme hürriyeti ilkesine değinmişse de⁹⁶⁶ denetimini hukuk devleti ilkesine hasretmiştir. Hâlbuki tarafların özgür iradeleri ile düzenledikleri ve hukuken geçerli olan sözleşmelere, akdedildikleri tarihte yürürlükte olmayan bir kanun ile müdahale edilmesi, sözleşme hürriyetine getirilmiş bir sınırlama niteliği taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi de özel hukuk sözleşmelerine yönelik benzer müdahaleleri denetlediği çeşitli kararlarında, ölçü norm olarak hukuk devleti ilkesinin yanı sıra sözleşme hürriyeti ilkesini de kullanmıştır⁹⁶⁷. Dava konusu kural ile idareye tanınan fesih yetkisinin sözleşme

⁹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, S. 57, C. 2, s. 825.

⁹⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, S. 57, C. 2, s. 824.

⁹⁶⁷ Bkz. Dipnot 926.

hürriyeti yönünden denetlenmesi durumunda, Anayasa’da bu hürriyete ilişkin öngörölmüş bir sınırlama sebebi bulunmadığı için Mahkeme’nin kararda kullandığı “*kamu hizmetlerinin aksamaması*”, “*kamu yararı*” gibi gerekçelere başvurması mümkün olmayacak ve kural hakkında Anayasa’ya aykırılık kararı verilebilecekti.

7139 Sayılı Kanun ile 6200 Sayılı Kanun’a eklenen geçici 11’inci maddenin 2’nci fıkrası da iptal talebine konu olmuştur. Dava konusu kural ile Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı’nın arazi toplulaştırma ve tarla içi geliştirme hizmetleri ile ilgili taraf olduğı sözleşme ve protokollerin DSİ’ye devredilmesi ve DSİ’nin bu şekilde devraldığı sözleşme ve protokolleri tek taraflı olarak feshedebilmesi öngörölmüştür.

Anayasa Mahkemesi, DSİ’ye tanınan tek taraflı fesih yetkisinin yürürlükte olan sözleşme ve protokollere dışarıdan müdahale niteliğı taşıdığına ve sözleşme hürriyetine sınırlama getiren bu müdahalenin Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan sınırlama ölçütlerine uygunluğunun incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu müdahalenin meşru bir sınırlama sebebine dayanmadığı gerekçesi ile dava konusu kural, oy birliğı ile iptal edilmiştir⁹⁶⁸.

Anayasa Mahkemesi’nin idari sözleşmelere müdahale eden kanun hükümlerini denetlendiğı bu kararlarında bazı tutarsızlıklar göze çarpmaktadır. Mahkeme, bu üç kararda da idari sözleşmelerin sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamına dâhil olup olmadığı sorusuna açık bir cevap vermekten kaçınmıştır. E. 2001/293, K. 2002/28 Sayılı kararda, yürürlükteki idari sözleşmeleri hükümsüz kılan kanun hükümleri sözleşme hürriyetine aykırı bulunup iptal edilirken diğerkararlarda benzer nitelikteki kanun hükümleri yalnızca hukuk devleti ilkesi yönünden incelenerek Anayasa’ya uygun bulunmuştur. Kanaatimizce bu çelişkinin kaynağında,

⁹⁶⁸ Anayasa Mahkemesi’nin iptal gerekçesi şu şekildedir: “(B)elli bir hizmetin sadece bir kurumdan başka bir kuruma devredilmiş olması sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amaca yönelik olduğunu göstermemektedir. Bu nedenle söz konu devir meşru bir sınırlama sebebi olarak kabul edilemez. Kuralın yer aldığı maddenin yürürlüğe girmesinden önce tarafların özgür iradeleri ile düzenlenen ve hukuken geçerli olan sözleşme ve protokollere göre yapılmaya başlanan işler ile hizmetlerin, bu sözleşme ve protokollerin akdedildiğı tarihte yürürlükte olmayan ve sonradan getirilen düzenlemeyle geçersiz hâle getirilebilmesine imkân tanınması meşru bir sebebe dayanmamaktadır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, S. 57, C. 2, s. 830).

Türk idare hukuku öğretisi ve içtihatlarında da kabul gören Fransız hukuku orijinli genel idarî sözleşme kuramının⁹⁶⁹ anayasal sözleşme hürriyeti güvencesi ile bağdaşmazlığı yatmaktadır. Anayasa Mahkemesi, E. 1979/1, K. 1979/30 Sayılı kararı ile E. 2018/104, K. 2020/39 Sayılı kararında, idari sözleşmelerin niteliğinden kaynaklanan çeşitli kamu gücü ayrıcalıklarının bulunduğu varsayımından hareketle sözleşmede öngörülme bile idarenin tek taraflı değişiklik yapma ve hizmet yararına fesih yetkilerine sahip olduğunu kabul etmiştir. Bu varsayımın kabulü, idari sözleşmeler için sözleşme hürriyeti güvencesinin etkisizliği sonucunu doğurmaktadır. Zira idarenin kamu yararı gerekçesi ile taraf olduğu bir idari sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirebilme veya bu sözleşmeyi feshedebilme yetkilerine sahip olduğu kabul edildiğinde, kamu yararının tayini hususunda nihai merci olan yasama organının bu yetkilere evleviyetle sahip olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Daha önce ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere; bizim görüşümüze göre idari sözleşmeler de Anayasa'nın 48'inci maddesinde düzenlenen sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamındadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin öne sürdüğünün aksine, idare, bu sözleşmelerin niteliğinden kaynaklanan hiçbir yetki ve ayrıcalığa sahip değildir. Yürürlükteki idari sözleşmelere kanun hükmü ile müdahale edilmesi durumunda ise sözleşme hürriyetine getirilmiş bir sınırlanma mevzubahis olduğundan bu müdahalenin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde öngörülen şartlara uygunluğu araştırılmalıdır.

4) Tek Taraflı Hukukî İşlem

Geçerli olarak meydana gelebilmesi için tek kişinin irade açıklamasının yeterli olduğu hukukî işlem türüne “*tek taraflı hukukî işlem*” adı verilmektedir. Tek taraflı hukukî işlem, başka bir irade açıklamasına veya muhatabının kabul beyanına gerek olmaksızın kanunun öngördüğü şekle uygun olarak bir iradenin açıklanması ile hukukî sonuç doğurur. Modern özel hukuk düzenlerinde hak ve borçların asli kaynağı sözleşme olmakla birlikte, istisnai olarak tek taraflı bir hukukî işlemlerin de hak ve borç doğurabileceği kabul edilmektedir. Vakıf kurma, vasiyetname yapma,

⁹⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztoprak, s. 149-162.

ilan yoluyla ödül sözü verme ile fesih, iptal, takas gibi yenilik doğuran hakların kullanılması Türk hukukundaki tek taraflı hukukî işlemlerin başlıca örnekleri arasındadır⁹⁷⁰.

Sözleşme, kural olarak iki taraflı bir hukuki işlem türüdür. Ortaklık sözleşmesi (TBK m. 620) ve miras paylaşma sözleşmesi (TMK m. 676) örneklerinde görüldüğü gibi istisnaen çok taraflı bazı sözleşme türleri de mevcuttur. Ancak tek taraflı bir hukukî işlem asla sözleşme niteliğinde görülemez⁹⁷¹. Tek kişinin açıkladığı bir irade ile hukukî sonuç doğurdukları için tek taraflı hukukî işlemler, sözleşmelerin “iradelerin karşılıklılığı” ve “iradelerin birbirine uygunluğu” şeklindeki kurucu unsurlarından yoksundur.

İki hukukî işlem türü arasındaki bu belirgin farklılığa rağmen sözleşme hürriyetinin sağladığı güvencenin tek taraflı hukuki işlemler için geçerli olup olmayacağını tartışmak gerekir. Tek taraflı hukukî işlem ile sözleşme arasında genellik-özellik ilişkisi kurulamayacağına göre, sözleşme hürriyetinin güvencesini tek taraflı hukukî işlemlere genişletmek sözel yorum metodu ile bağdaşmayacaktır. Sözleşme kavramı ne kadar geniş yorumlanırsa yorumlansın tek taraflı hukukî işlemleri bu kapsamda değerlendirmek için yeterli olmayacaktır. Ancak sözleşme hürriyetinin bir temel hak olarak düzenlenmesinin altında yatan sebep göz önünde tutulduğunda, bu hürriyetin sağladığı güvenceyi tek taraflı hukukî işlemleri de kapsayacak şekilde genişletmek mümkün olabilecektir.

Sözleşme hürriyeti ilkesinin temelinde irade özerkliği varsayımı yer almaktadır. Liberal ve bireyci ideoloji tarafından savunulan irade özerkliği fikrine

⁹⁷⁰ Tek taraflı hukukî işlemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Schwarz (1948), s. 271-278; von Thur, s. 141-145; Duguit, s. 38-39; Esener (1969), s. 11-13; Ataay (1981-a), s. 159-160; Dural/Sarı, s. 155; Oğuzman/Barlas, s. 137; Akıntürk/Ateş Karaman (2012), s. 21-22; Ayan, s. 132; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 94-95; Eren (2017), s. 165-166; Kılıçoğlu, s. 48.

⁹⁷¹ Öğretide bağışlama ve kefalet gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler için “tek taraflı sözleşme” terimi kullanılmaktadır. Ancak diğer sözleşmeler gibi tek taraflı sözleşmeler de iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur. Örneğin bağışlama sözleşmesi yalnız bağışlayan açısından bir borç doğurmasına rağmen kendisine bağışlama yapılmak istenen kişi kabul etmedikçe bağışlayanın tek taraflı irade beyanı ile kurulamaz (Oğuzman/Barlas, s. 137; Ayan, s. 132; Akkurt/Erdoğan/Tokat, s. 93). Kanaatimizce herhangi bir anlam karmaşasına mahal vermemek adına “tek tarafa borç yükleyen sözleşme” veya “karşılıksız sözleşme” (Ataay (1981-a), s. 271) terimlerinin tercih edilmesi daha yerinde olacaktır.

göre; akıl ve irade sahibi bir varlık olarak insan, iyi ile kötüyü, faydalı ile faydasız birbirinden ayırma ve karşısına çıkan çeşitli alternatifler arasında rasyonel olan tercihi yapma yeteneğini haizdir. Bu yeteneği dolayısı ile insan, kendi kendini yönetme, kendi kaderini tayin etme yetkisi ile donatılmıştır⁹⁷². Bireyin salt kendi hukukî alanını etkileyen hususlar üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi ve başkaları ile olan hukukî ilişkilerini karşılıklı rıza esasına göre dilediği şekilde düzenleyebilmesi irade özerkliği ilkesinin bir gereğidir. Sözleşme başta olmak üzere hemen her hukukî işlem, bireyin sahip olduğu bu serbestiden yararlanabilmesine hizmet eden vasıtalar niteliğindedir. Bu bakımdan, bir hukuk sisteminde, hukukî işlemlere terk edilen alan ne kadar genişse sistemin bireyci karakterinin o ölçüde kuvvetli olduğu söylenmektedir⁹⁷³.

Sözleşme hürriyetine bir temel hak olarak Anayasa’da yer verilmesinin sebebi, bireyin irade özerkliğinin teminat altına alınmak istenmesidir. Sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa’nın 48’inci maddesinin gerekçesinde “*özgürlük temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma özgürlüklerinin garanti olunması tabiidir*”⁹⁷⁴ denilerek irade özerkliğine vurgu yapılmış olması da bunu doğrulamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de birçok kararında, sözleşme hürriyeti ile irade özerkliği arasındaki yakın ilişkiye dikkat çekmiştir⁹⁷⁵:

“Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini

⁹⁷² Eren (2017), s. 298.

⁹⁷³ Schwarzs (1948), s. 155.

⁹⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 30.

⁹⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2004/87, K. 2009/5, K.T. 08.01.2009, S. 46, C. 1, s. 498; Anayasa Mahkemesi, E. 2005/128, K. 2008/54, K.T. 07.02.2008, S. 45, C. 2, s. 791; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1940-1941; Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, S. 52, C. 6, s. 3876; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/192, K. 2017/160, K.T. 29.11.2017, S. 55, C. 1, s. 227; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/141, K. 2018/27, K.T. 28.02.2018, S. 55, C. 3, s. 1000; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/21, K. 2020/51, K.T. 24.09.2020, S. 57, C. 3, s. 1287-1288. Özel hukuk öğretisinde, irade özerkliği ile sözleşme hürriyetinin çoğu kez eş anlamlı şekilde kullanılıyor olması da bu iki kavram arasındaki yakın ilişkiyi göstermektedir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 363; Akbulut (2016), s. 17; Eren (2017), s. 316; Kaşak, s. 45-46; Atasoy, s. 107; Veziroğlu, s. 16-17).

yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir”.

Sözleşme hürriyeti, bireylerin hukukî ilişkilerini sözleşmeler yolu ile serbestçe düzenleyebilmeleri; hukukî sonuç doğurmak amacı ile yönelttikleri iradelerinin geçerli kabul edilmesi anlamına geldiğine göre; bu hürriyetin sağladığı güvencenin kıyasen bazı tek taraflı hukukî işlemlere de uygulanabilmesi gerekir. Zira sözleşmelerin dışında, vasiyet gibi tek taraflı hukukî işlemlerde de iradenin hür olduğu ya da insanın seçim gücüne sahip bulunduğu varsayımından hareket edilmektedir⁹⁷⁶. Tıpkı sözleşmeler gibi bazı tek taraflı hukukî işlemler de bireyin sahip olduğu irade serbestisinden gereğince yararlanabilmesine hizmet eden vasıtalar niteliğindedir. Bu nedenle, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, sözleşme hürriyeti güvencesinin tek taraflı hukukî işlemlere de uygulanacağı kabul edilmelidir⁹⁷⁷⁻⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009, s. 101.

⁹⁷⁷ Battal, Anayasa'daki sözleşme hürriyeti güvencesinin “hukukî işlem hürriyeti” şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir: “Anayasa'daki sözleşme özgürlüğü aslında sadece sözleşmeleri değil, sözleşmeler ve tek taraflı hukukî işlemlerle birlikte, genel olarak hukukî işlem özgürlüğünü yani özel hukuk alanında geçerli irade özgürlüğünü (irade özerkliğini) ifade eden, genel bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Gerçekten, sözleşme niteliği taşıyamamasına rağmen; vasiyetname düzenlemek ya da vakıf kurmak gibi hukukî işlemler de irade özerkliğinin bir sonucu olmaları nedeniyle, sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken işlemlerdir” (Battal (2001), s. 49). Aynı şekilde Ertürk de Anayasa'daki sözleşme özgürlüğünün sadece sözleşmeler alanında geçerli olmadığını; tek taraflı hukukî işlemler yanında genel olarak hukukî işlem özgürlüğünü ifade eden irade özerkliği şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir (Ertürk, s. 48). Sözleşme hürriyetinin hukukî işlem hürriyeti şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Veziroğlu, s. 17-18.

⁹⁷⁸ Türk Borçlar Kanunu'nda bağımsız bir kavram olarak hukukî işleme yer verilmemekle birlikte Kanun'un 1'inci ila 48'inci maddeleri sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ayrılmıştır. Türk özel hukuk öğretisinde, sözleşmelere ilişkin bu düzenlemelerin diğer hukukî işlem türlerine, özellikle tek taraflı hukukî işlemlere de kıyas yolu ile uygulanabileceği kabul edilmektedir (Schwarz (1948), s. 168; Ataay (1981-a), s. 122; Oğuzman/Öz, s. 33; Eren (2017), s. 165-166; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 54). Bu bakımdan; Kanun'un şekil serbestisini düzenleyen 12'nci maddesi ile sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 26'ncı maddesinin niteliklerine uygun

Yukarıda ulaştığımız sonucu somutlaştırabilmek adına, kaynağına ve doğurduğu etkiye göre tek taraflı hukukî işlem türlerine yakından bakmak faydalı olabilir. Tek taraflı hukukî işlemlerin varlığı, kural olarak daha önce yapılmış bir sözleşmeye veya bir kanun hükmüne dayanmaktadır. Tek taraflı hukukî işlemlerin bazıları, sözleşme ile taraflardan birine yahut her ikisine de tanınmış olan bir yetkiden kaynaklanır. Örneğin bir sözleşme ilişkisinde taraflar, belli koşulların gerçekleşmesi durumunda sözleşmeyi feshetme veya sözleşmeden dönme haklarını saklı tutmuş olabilir. Aynı şekilde sözleşme ile bir tarafa alım, önalım veya geri alım hakkı tanınmış olabilir. Sözleşme ile tanınan bu çeşit haklardan yararlanabilmek için kullanılan tek taraflı hukukî işlem, kaynağını akit tarafların iradelerinin uyuşumundan aldığına göre, sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisinin bir görünümü niteliğindedir ve sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamındadır⁹⁷⁹.

Kanundan kaynaklanan tek taraflı hukukî işlemlerde, işlemin hukukî etki doğurduğu alana bakarak bir sonuca varılmalıdır. Tek taraflı hukukî işlemlerin bazıları yalnızca böyle bir işlemi yapan kişinin hukukî alanını etkiler⁹⁸⁰. Üçüncü kişiler açısından lehte veya aleyhte herhangi bir sonuç meydana getirmez. Bazı tek taraflı hukukî işlemler ise üçüncü bir kişiyi etkilemekle birlikte, bu işlem ile ona bir

düştüğü ölçüde tek taraflı hukukî işlemler açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Nitekim Yargıtay da 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu döneminde vermiş olduğu bir kararda, sözleşme özgürlüğü prensibini tek taraflı hukukî işlemler için de geçerli kabul etmiştir:

“Genel olarak kişiler, özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak, Borçlar Kanununda öngörülen (sözleşme serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak ve irade özerkliği, (sözleşme hürriyeti) kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır (Anayasa m. 40). O halde sözleşme serbestliği prensibine göre kişiler "kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına) ve ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde serbestçe tayin etmek" hakkını haizdir... Hiç kuşku yoktur ki bu kural, tek taraflı irade beyanlarında da geçerli olan bir kuraldır. Diğer bir söyleyişle, tek taraflı bir irade beyanı ile borç altına giren kişinin, bu irade beyanının geçerli olup olmayacağı yine bu kurallarla (BK. 19, 20) çözümlenecektir” (Yargıtay 4’üncü Hukuk Dairesi, E. 1977/13113, K. 1978/12134, K.T. 26.10.1978, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 21.12.2021). İsviçre Federal Mahkemesi’nin aynı yönde içtihadı için bkz. Kaşak, s. 179.

⁹⁷⁹ Aynı yönde bkz. Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975, s. 2-3.

⁹⁸⁰ Eren (2017), s. 165.

yetki, hukukî bir iktidar verilir yahut olumlu bir hukukî durum kazandırılır⁹⁸¹. Bir kimseye temsil veya tasarruf yetkisi veren tek taraflı hukukî işlemler ile vasiyetname ve mirasın reddi bu tür işlemler arasında yer almaktadır⁹⁸². Tek taraflı hukukî işlemin kanundan kaynaklandığı bu iki durumda da irade özerkliği ilkesi egemen olduğu için⁹⁸³ sözleşme hürriyeti güvencesi geçerli kabul edilmelidir. Buna karşılık; kanundan doğan dönme ve fesih işlemlerinde olduğu gibi, tek taraflı hukukî işlemlerin bir kısmı, üçüncü bir kişinin hukukî alanında olumsuz bazı neticeler meydana getirir⁹⁸⁴. Bu tarz hukukî işlemlerde bir tarafın iradesi, karşı tarafın iradesinden üstün tutulmakta; işlem sahibi, kanunun tanıdığı yetkiye dayanarak kendi iradesini muhatabına dayatabilmektedir. Muhatabına iradesi dışında bir borç yükleyen, yükümlülük getiren veya onun hukukî durumunda olumsuz netice doğuran bir işlemi sözleşme hürriyeti güvencesi kapsamında görmek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi kararları ile üyelerin değişik oy ve karşı oy yazılarında da tek taraflı hukukî işlemlerin sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamında olup olmadığı sorusuna ilişkin bazı değerlendirmeler yer almaktadır.

Vakıflara ait hisseli mahlûl taşınmazların vergi değeri esas alınarak hesaplanacak bir bedel karşılığında hissedarlarına satışını öngören 3294 Sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine karşı yapılan itiraz başvurusunda Mahkeme, söz konusu hükmün vakıfların mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile iptaline karar vermiştir⁹⁸⁵. Üyelerden Recai Seçkin ve Ziya Önel ise değişik oy yazılarında, vakıf mallarının gerçek değerinden daha az bir bedelle satılması sonucunu doğuran

⁹⁸¹ Eren (2017), s. 165.

⁹⁸² Eren (2017), s. 165.

⁹⁸³ Bkz. Ersoy Artunç, Çiçek, “*Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht*”, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, C. 40, S. 57, Y. 2008, s. 298-299.

⁹⁸⁴ Eren (2017), s. 165.

⁹⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1967/47, K. 1969/9, K.T. 30.01.1969, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 7, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 225-228.

hükümün vakfedenin istek ve iradesi ile çeliştiği; bu nedenle sözleşme hürriyetine de aykırı olduğu görüşünü savunmuştur⁹⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi, E. 1969/35, K. 1969/70 Sayılı kararında, vakfedenin tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran vakıf kurma işlemini sözleşme hürriyeti güvencesi kapsamında değerlendirmiştir:

*“Bu düzenlemenin yasa koyucusunun eski vakıflar kuranların iradelerine olabildiğince saygı gösterme ilkesine dayandığı ve sözleşme özgürlüğüne anayasal temel bulunan, Anayasa’nın 40. Maddesinin doğrultusunda olduğu açıktır”*⁹⁸⁷⁻⁹⁸⁸.

Öğretide ve yargı kararlarında çokça tartışmalara yol açan “*avalde eşin rızası*” meselesine ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin verdiği karar da burada zikredilmelidir. Eşin rızası alınmaksızın aval verilerek kefil olunan borç nedeniyle yapılan icra takibinin iptali istemiyle açılan bir davada, davaya bakmakta olan mahkeme, kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını öngören

⁹⁸⁶ Üyelerin değişik oy gerekçesi şu şekildedir: “...(E)ski vakfiyelerde ve bugünkü vakıf senetlerinde vakfedenlerin beliren istekleri, iradeleri, Anayasa’nın 40. maddesinde anlatılan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca Anayasal korumadan yararlanacaktır... Bir malı belli bir iyilik işi için gelirinden yararlanılmak üzere vakfeden kimsenin ereği o iyilik işinin olabildiğince iyi koşullar içinde ve sonsuzluğa doğru sürüp gitmesidir. Bu ereğin gerçekleşmesi için vakfeden kişi, gelir kaynağı olan vakıf malın olabildiğince verimli biçimde işletilmesini ve şayet onun elden çıkarılması zorunluğa doğarsa olabildiğince iyi koşullar altında satılmasının ve olabildiğince çok bir satış parası elde edilmesini ister. Bu yönler vakıf senedinde açıkça belirtilmiş olmasa bile vakfedenin vakıf kurmakla bütün bunları da istemiş sayılması iradenin afaki iyi niyet kuralları uyarınca yorumu ilkesinin gereğidir. Nitekim vakfedenin vakıf malın elde edilebilecek değerden daha azına elden çıkarılmasına rıza göstereceği hiçbir zaman kabul edilemez ve böyle bir durum hiçbir zaman vakfedenin isteğine uygun sayılamaz, işte vergi değeri gibi genellikle gerçek değerden çok az olan bir değerle vakıf mal payının satılması, vakfedenin isteği ile, iradesi ile açıkça çelişir bir durum dahi ortaya çıkarmaktadır. Bundan dolayı itiraz konusu hüküm Anayasa’nın 40. maddesindeki sözleşme özgürlüğü ilkesine dahi açıkça aykırı bulunmaktadır” (Anayasa Mahkemesi, E. 1967/47, K. 1969/9, K.T. 30.01.1969, S. 7, Recai Seçkin ve Ziya Önel’in Değişik Oy Yazısı, s. 229-230).

⁹⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 1969/35, K. 1969/70, K.T. 04.12.1969, S. 7, s. 453.

⁹⁸⁸ 1982 Anayasası’nın “*dernek kurma hürriyeti*” başlıklı 33’üncü maddesinin son fıkrasında, derneklere ilişkin hükümlerin vakıflara da uygulanacağı belirtilerek “*vakıf hürriyeti*” bir temel hak olarak düzenlenmiştir. Dolayısı ile 1982 Anayasası’nda vakfedenin iradesini korumak için sözleşme hürriyeti güvencesini dayanak olarak kullanmaya ihtiyaç yoktur. 1961 Anayasası’nda ise dernek kurma hakkı (m. 29) düzenlenmekle birlikte vakıflardan hiç söz edilmemiştir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin vakfedenin iradesini sözleşme hürriyeti güvencesi çerçevesinde korumuş olması önemlidir.

TBK m. 603 hükmünün sözleşme hürriyetine aykırı olduğunu ileri sürerek itiraz yoluna başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, eşlerin sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 41'inci maddesi ile ailenin korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde devlete verilen görevin gereklerinden kaynaklandığını belirterek iptal istemini reddetmiştir⁹⁸⁹.

Aval, kambiyo senetlerinde sorumluluk altına giren kişiler lehine verilen ve hamile, haklarını elde etmesi için ek güvence sağlayan bir hukuki işlemdir⁹⁹⁰. Aval ile kefalet arasında her ikisi de kişisel güvence verme amacı taşımaları itibarı ile bir benzerlik kurulabilirse de bu iki işlem türü arasında çok temel bir farklılık bulunmaktadır: Kefalet, kefil ile alacaklının irade beyanlarının uyuşması sonucu oluşan sözleşme niteliğinde bir hukukî işlemken; aval, sadece aval verenin irade beyanı ile kurulan tek taraflı bir hukukî işlemdir⁹⁹¹. İki işlem türü arasındaki bu farklılık sebebi ile avalde eşin rızasının gerekip gerekmediğine ilişkin öğretide ve yargı kararlarında iki farklı görüş ortaya çıkmıştır⁹⁹²: Bir görüşe göre; TBK m. 603'te kişisel güvence verilmesini amaçlayan diğer “sözleşme”lerden söz edildiği için tek taraflı hukukî işlem niteliğinde olan avalde eşin rızası gerekmeyecektir. Diğer görüşe göre ise gerçek kişiler tarafından kişisel güvence verilmesini konu alan sözleşmelerde eşin rızasını arayan hükmün amacı ailenin korunmasıdır. Bu amacın

⁹⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1935-1945.

⁹⁹⁰ Şeker, Muzaffer, **Kefalet ve Avalde Eşin Rızası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 65; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları: 6728 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu İle**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 219; Aksu Özkan, Raziye, **Aval Kurumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 22-23; Helvacı, Mehmet/Aksu Özkan, Raziye, “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, Y. 2019, s. 874.

⁹⁹¹ Can, Mertol, **Kıymetli Evrak Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012, s. 94; Sezgin Huysal, Ayşegül, “TBK Madde 603’ün Avale Uygulanabilirliği”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, Y. 2017, s. 184; Poroy/Tekinalp, s. 219-220; Aksu Özkan, s. 93. Öte yandan, öğretide avali sözleşme olarak nitelendiren bazı görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşlere ilişkin bkz. Sezgin Huysal, s. 183; Helvacı/Aksu Özkan, s. 886-895.

⁹⁹² Bu görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şeker, s. 76-106; Sezgin Huysal, s. 185-186; Aksu Özkan, s. 111-116.

sağlanması bakımından hukukî işlemin türü herhangi bir önem arz etmediği için avalde de eşin rızası gerekmektedir⁹⁹³.

Anayasa Mahkemesi kararında, avalin hukukî niteliğine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Mahkeme, başvuruyu ilk inceleme aşamasında reddetmeyip esasın incelenmesine geçtiğine göre, TBK m. 603 hükmünü davada uygulanacak kural niteliğinde görmüş; diğer bir deyişle avalde de eşin rızasının alınması gerekeceği görüşünü benimsemiştir. Mahkeme'nin avalî bir sözleşme olarak nitelemesi nedeniyle mi yoksa tek taraflı hukukî işlem olmasına rağmen hükmün amacından hareketle kefalette eşin rızasına ilişkin hükmün avale de uygulanacağı görüşünü benimsemesi nedeniyle mi bu sonuca ulaştığı kararın içeriğinden anlaşılamamaktadır. Ancak öğretide ve yargı kararlarında çoğunlukla tek taraflı olduğu kabul edilen bir hukukî işleme ilişkin yapılan başvuru üzerine sözleşme hürriyeti yönünden bir denetim gerçekleştirilmiş olması, Mahkeme'nin tek taraflı hukukî işlemleri de sözleşme hürriyeti güvencesi kapsamında gördüğünün bir işareti sayılabilir.

5) Karar

Bir kişi veya mal topluluğunun herhangi bir konuya ilişkin iradesi, görevli olan organı tarafından belirlenir. Kurul halinde çalışan organlarda bu irade, önerilerin kurul üyeleri tarafından oylanması yolu ile ortaya çıkar. Bu şekilde oluşan iradeye “*karar*” adı verilmektedir⁹⁹⁴. Dernek ve şirketlerin genel kurul kararları ile adi ortaklık kararları, karar türündeki hukukî işlemlere örnek verilebilir.

Sözleşme ile karar, birden çok kişinin irade açıklaması ile hukukî sonuç doğurmaları yönünden benzerlik gösterebilir de bu iki hukukî işlem türü arasında iki temel farklılık bulunmaktadır: Birincisi; sözleşmede tarafların irade beyanları

⁹⁹³ Yargıtay, 2018 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı ile avalî tek taraflı bir hukukî işlem olarak nitelemiş ve kefalette eşin rızasına ilişkin düzenlemenin avalde uygulanmayacağına hükmetmiştir (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2017/4, K. 2018/5, K.T. 20.04.2018, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 27.10.2021).

⁹⁹⁴ Nomer, Halûk N., **Kişî Birlüklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 10. Ayrıca bkz. Schwarz (1948), s. 171; von Thur, s. 141-142; Esener (1969), s. 14; Ataay (1981-a), s. 135-136; Dural/Sarı, s. 156; Oğuzman/Barlas, s. 138; Ayan, s. 133; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 113-114; Eren (2017), s. 167; Kılıçoğlu, s. 48-49.

birbirlerine karşı yöneltilmişken kararda bu beyanlar ortak bir merkeze (başkana) doğru yöneltilmiş durumdadır⁹⁹⁵. Diğer bir ifade ile karar, sözleşmedeki “karşılıklık” unsurundan yoksundur. İkincisi; bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların irade beyanlarının birbirine uygun olması şarttır. Kararda ise bütün irade beyanlarının birbirine uygun olmasına gerek yoktur. Oylamaya katılanlar; kabul, ret veya çekimser şeklinde farklı beyanlarda bulunabilecek olup kural olarak oy çoğunluğunun sağlanmış olması yeterlidir. Bu şekilde alınan bir karar, toplantıya katılmayan veya azınlıkta kalan üyeler için de hüküm ve sonuç meydana getirir⁹⁹⁶.

İki hukukî işlem türü arasındaki bu farklılıklara rağmen anayasal sözleşme hürriyeti güvencesinin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde karar türündeki hukukî işlemler için de geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bunun nedeni, tıpkı diğer hukukî işlemler gibi, kararın da kişinin irade serbestisinden gereğince yararlanabilmesine hizmet eden bir vasıta niteliğinde olmasıdır. Bir topluluk, hukukî sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasını çoğu kez karar türündeki bir hukukî işlem yolu ile gerçekleştirir. Karar ile somutlaşan iradeye hukukî geçerlilik tanınması, topluluğu oluşturan kişilerin tercih serbestilerinin korunması anlamına geldiği gibi, bu topluluğun ayrı bir kişiliğe sahip olması ihtimalinde, aynı zamanda topluluğun özerk iradesinin korunması anlamına da gelmektedir.

Şüphesiz ki bu görüş, oy birliğinin gerekmediği kararlarda işleme katılan kişilerin iradelerinin uyuşumundan söz edilemeyeceği; çoğunluk kuralı ile sözleşme hürriyeti güvencesini bağdaştırmanın mümkün olmayacağı öne sürülerek eleştirilebilir. Gerçekten de çoğunluk tarafından alınan bir kararın, toplantıya katılmayan veya aksi yönde oy kullanan üyeleri de bağlaması, bu kişiler açısından serbestiden ziyade bir tabiiyet durumunun mevcudiyetini akla getirmektedir. Öte yandan kişinin dernek, şirket gibi özel hukuk topluluklarına katılımının iradi temele dayandığı gözetildiğinde, bu eleştirinin yerinde olmadığı görülmektedir. Kendi istemi ile çoğunluk kuralının geçerli olduğu bir topluluğa katılan kişi, azınlıkta kalsa

⁹⁹⁵ Schwarz (1948), s. 171; Esener (1969), s. 16; Dural/Sarı, s. 156; Gözler (2012-a), s. 420; Ayan, s. 133; Nomer, s. 16; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 113; Eren (2017), s. 167.

⁹⁹⁶ Von Thur, s. 142; Ataay (1981-a), s. 136; Dural/Sarı, s. 156; Oğuzman/Barlas, s. 138; Nomer, s. 16-17; Ayan, s. 133; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 113; Eren (2017), s. 167.

bile, çoğunluğun almış olduğu kararlara riayet etmeye rıza göstermiştir⁹⁹⁷. Bu husus, sözleşme hürriyeti ile çelişmek bir yana, bu hürriyetin bir gereği sayılmalıdır⁹⁹⁸. Ancak miras ortaklığı (TMK m. 640) gibi kanun hükmü gereği kendiliğinden kurulan veya konkordatoda alacaklılar kurulu (İİK m. 289) gibi bir yargı kararı ile oluşturulan, bu bağlamda iradi temele dayanmayan toplulukların kararları için sözleşme hürriyeti güvencesinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Dernek, şirket ve kooperatiflerin genel kurullarınca alınan kararlara müdahale eden çeşitli kanun hükümleri, sözleşme hürriyetine aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu hususa ilişkin ilk kararını, tarım satış kooperatif ve birliklerinin aldığı genel kurul kararlarının yetkili makamın onayı⁹⁹⁹ ile kesinleşmesini öngören 3186 Sayılı Kanun aleyhine açılan iptal davası üzerine vermiştir. Davacının aykırılık iddiasını dayandığı Anayasa kuralları arasında yer almasına rağmen Mahkeme sözleşme hürriyeti yönünden herhangi bir denetim gerçekleştirmemiş ve kooperatiflerin devletin her türlü kontrol ve denetimine tâbi

⁹⁹⁷ Veziroğlu, s. 185.

⁹⁹⁸ Anayasa Mahkemesi de anonim şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri özelinde benzer bir yorum yapmıştır: “Kişi, ana sözleşmede hangi koşullarla değişiklik yapılabileceğini ortaklık ilişkisine girmeden bilmektedir ve bunu kabullenerek pay sahibi olmuştur. Kaldı ki, her pay sahibinin ana sözleşmenin değişikliğini gündeme alan toplantılara katılmaya ve oyunu serbestçe belirtmeye hakkı vardır. Katılmadığı ya da kendisini temsil ettirmediği toplantılarda ana sözleşmede değişiklik yapılması, sözleşme özgürlüğüne aykırı bir işlem sayılamaz” (Anayasa Mahkemesi, E. 1989/23, K. 1990/26, K.T. 25.10.1990, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 26, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2001, s. 459-460). Bu gerekçe, soyut açıdan doğru olsa bile dava konusu norm ile uyumlu değildir. İptal davası, esas sözleşme değişikliklerinde aranacak toplantı ve karar yeter sayısının düşürülmesini öngören bir kanun hükmü aleyhine açılmıştır. Şüphesiz pay sahipleri, ortaklık ilişkisine girmeden önce esas sözleşmede hangi koşullarda değişiklik yapılabileceğini bilmekte ve ona göre bu ilişkiye dâhil olmaktadır. Ancak esas sözleşme değişikliklerinde aranan toplantı ve karar çoğunluğu, sonradan bir kanun hükmü ile değiştirildiğine göre, artık pay sahiplerinin başlangıçtaki onamından söz etmek yersizdir. Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığına hükmetmek için başvurabileceği bir argümanı, bu hükmün Anayasa'ya uygunluğunu desteklemek için kullanmıştır.

⁹⁹⁹ 3186 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca, 20.03.1985 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen Tarım Satış Kooperatifi Örnek Anasözleşmesi'nin 25'inci maddesine göre, onaya yetkili makam, birlik yönetim kuruludur. Kooperatifin herhangi bir birliğe bağlı olmaması durumunda ise onay işleminin Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yerine getirileceği öngörülmüştür.

olduğunu belirten Anayasa'nın 171'inci maddesinin 2'nci fıkrası¹⁰⁰⁰ hükmünü gerekçe göstererek iptal istemini reddetmiştir¹⁰⁰¹.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin diğer bir kararı, Bakanlar Kurulu'na, Türkiye Kızılay Derneği'nin ve Türk Hava Kurumu'nun genel kurullarının kararı üzerine tüzüklerini onaylama, değiştirme, yürürlükten kaldırma ve yeniden düzenleme yetkisi veren 4552 Sayılı Kanun aleyhine yapılan itiraz başvurusu hakkındadır. Bu kararda da sözleşme hürriyeti yönünden bir denetim gerçekleştirilmemiş; ancak Anayasa'nın 33'üncü maddesinde güvence altına alınan dernek kurma özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile iptal kararı verilmiştir¹⁰⁰².

Başka bir kararda ise halka açık anonim şirketlerin esas sözleşmelerinin değiştirilebilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu'nun uygun görüşünün alınması şartını getiren 4487 Sayılı Kanun'un Anayasa'nın 48'inci maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemeyi devlete; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma görevi veren Anayasa'nın 167'nci maddesinin bir gereği olarak görerek ret kararı vermiştir¹⁰⁰³.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, hukuka aykırı eylem ve işlemleri tespit edilen kooperatif yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin Bakanlık tarafından tedbiren görevlerine son verilebileceğini öngören kuralın sözleşme hürriyetini ihlal ettiği iddiası ile açılan iptal davasını incelemiştir¹⁰⁰⁴. Mahkeme;

¹⁰⁰⁰ 23.07.1995 Tarihli ve 4121 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 15'inci maddesi ile bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰⁰¹ Anayasa Mahkemesi, E. 1985/9, K. 1986/14, K.T. 26.06.1986, S. 22, s. 151-152.

¹⁰⁰² Anayasa Mahkemesi, E. 2002/43, K. 2003/103, K.T. 24.12.2003, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 40, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2005, s. 263-298.

¹⁰⁰³ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/8, K. 2003/104, K.T. 26.12.2003, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 44, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008, s. 52-53.

¹⁰⁰⁴ Dava dilekçesinde, kooperatif yöneticilerinin seçimi ve görevden alınmasının sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir: “Kooperatif tüzelkişiliğinin kurucu unsurlarının kooperatifin ana sözleşme ve organları olduğu, kooperatiflerin, kuruluş sözleşmesi niteliğindeki ana sözleşmelerini kendilerinin oluşturabilecekleri, değiştirebilecekleri, organlarını belirleyebilecekleri, organlarının seçimi, seçilmiş organlarının görevlerine son verilmesi, iradeleri dışında ancak mahkeme kararı ile kapatılabilecekleri, sözleşme özgürlüğünün kapsamı içinde bulunmaktadır. Kooperatiflerin organlarında görev alan üyelerin herhangi bir nedenle görevlerinden ayrılmalrı ve bu durumda yerlerine hangi usülle seçim yapılacağının her

devletin kooperatifçiliğin geliştirilmesi için gerekli tedbirleri alacağını öngören Anayasa'nın 171'inci maddesini gerekçe göstererek kooperatifler ile ilgili suistimallerin önlenmesini amaçlayan kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir¹⁰⁰⁵.

Üniversitelere, ortağı oldukları kooperatiflerin yönetim kurullarında üye tamsayısını geçmemek üzere üye bulundurma hakkı veren ve kooperatif esas sözleşmesinin bu hususu temin etmek üzere Genel Kurul kararı ile değiştirilmesini emreden 6525 Sayılı Kanun'a karşı açılan iptal davasına da değinmek gerekir. Davacı, kooperatif esas sözleşmelerine dışarıdan kanun hükmü ile müdahale edilerek sözleşme hürriyetinin özüne dokunulduğu iddiası ile iptal isteminde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası ve 171'inci maddesi ile devlete özel teşebbüs ve kooperatifçilik alanlarında gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü verilmiş olmasını gerekçe göstererek iptal istemini reddetmiştir¹⁰⁰⁶.

Görüldüğü üzere, karar türündeki hukukî işlemlerin sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamına dâhil olup olmadığı sorusuna Anayasa Mahkemesi kararlarında doğrudan bir cevap bulmak mümkün değildir. Bazı kararlarda dernek, şirket ve kooperatiflerin genel kurul kararlarına müdahale eden kanun hükümleri, bu tüzel kişilerin faaliyetlerini serbestçe yürütebilmelerini ve özerkliklerini garanti altına alan dernek kurma hürriyeti (m. 33) ve teşebbüs hürriyeti (m. 48. f. 1. c. 2) çerçevesinde incelenmiş; sözleşme hürriyeti yönünden herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

*kooperatifin kendi ana sözleşmesinde belirlenmesi, sözleşme özgürlüğünün doğal sonucudur. İptali istenen kuralla, kooperatif yöneticileri ve üst yöneticilerinin ilgili bakanlık tarafından görevlerine tedbiren son verilmesi sözleşme özgürlüğüne Anayasanın 48 inci maddesinde öngörülmeleyen bir müdahale oluşturmaktadır". Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2010/79, K. 2012/9, K.T. 19.01.2012, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 49, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 671.*

¹⁰⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2010/79, K. 2012/9, K.T. 19.01.2012, S. 49, C. 2, s. 676-678.

¹⁰⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/90, K. 2014/180, K.T. 04.12.2014, S. 52, C. 3, s. 1681-1714. Karşı oy yazılarında, dolaylı şekilde de olsa karar türündeki hukukî işlemlerin sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamında olduğuna işaret eden bazı ifadeler yer almaktadır: "Bu kural, kooperatif ortaklarının sözleşme özgürlüğünden yararlanarak irade serbestisi ile belirlenen ve ana sözleşmede yazılı süre boyunca devam etmesi öngörülen mevcut yönetim kurulunun görevinin süresinden önce sona ermesine yol açmakta ve bu yönüyle de hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir" (Anayasa Mahkemesi, E. 2014/90, K. 2014/180, K.T. 04.12.2014, S. 52, C. 3, Alparслан Altan ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı, s. 1714).

Diğer bazı kararlarda ise sözleşme hürriyetine ilişkin kimi açıklamalara yer verilmiş olmakla birlikte, söz konusu müdahalenin bu hürriyete bir sınırlama getirip getirmediği, sınırlamanın ölçülülük ve öze dokunma güvencelerine uygun olup olmadığı tartışılmadan Anayasa'nın devlete yüklediği görevlere atıfla (m. 48. f. 2; m. 167. f. 1; m. 171) müdahalenin Anayasa'ya uygunluğuna hükmedilmiştir. Hâlbuki aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, bir temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın anayasal bir dayanağının bulunması, müdahalenin Anayasa'ya uygunluğuna hükmedebilmek için tek başına yeterli değildir. Anayasal bir dayanağı bulunsa bile ölçülülük ilkesi ve öz güvencesi ölçütlerini ihlal etmesi durumunda, sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN SINIRLANDIRILMASI

I) GENEL AÇIKLAMALAR

A) SÖZLEŞME HÜRRİYETİNE GETİRİLEN SINIRLAMALARIN TEMEL GEREKÇELERİ

Siyasal iktidarın temel varlık nedeni, bireylerin doğuştan sahip oldukları dokunulmaz ve vazgeçilmez nitelik taşıyan hak ve hürriyetlerini güvence altına almaktır. 1982 Anayasası'nda Türkiye Cumhuriyeti, “*insan haklarına saygılı*” (m. 2) ve “*insan haklarına dayanan*” (m. 14) bir devlet olarak nitelendirilmiş; “*kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak*” ve “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” (m. 5) devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Ayrıca Anayasa'da geniş sayılabilecek bir hak ve hürriyet listesine yer verilerek insan hakları anayasal güvence altına alınmıştır. Böylece bütün kamu organları, her türlü eylem ve işlemlerinde bireylerin temel hak ve hürriyetlerini hesaba katma yükümlülüğü altına sokulmuştur¹⁰⁰⁷.

Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması devletin temel meşruiyet zeminini oluşturmaya karşın bu güvence, temel hak öznelerinin sınırsız bir serbest hareket alanına sahip olmalarını gerektirmez. Aksine toplumun bütün üyelerinin temel hak ve hürriyetlerden eşit düzeyde yararlanabilmelerini temin edebilmek için farklı bireylere ait çatışan hakların dengelenmesine ve sınırlandırılmasına ihtiyaç vardır. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 4'üncü maddesinde yer alan “*Her bir insanın doğal haklarını kullanması, toplumun diğer üyelerinin de aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir*” hükmü de esasında bu duruma işaret etmektedir. Ayrıca bireylerin temel hak ve hürriyetlerini gerektiği gibi kullanabilmeleri, toplumda asgari bir huzur ve güven ortamının varlığına bağlıdır.

¹⁰⁰⁷ Açıl, Murat, “*İnsan Haklarının Ulusal Hukuk Düzeninde Korunması*”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 145.

Toplumsal huzur ve güvenliğin sağlanması için de bireylerin temel hak ve hürriyetlerine belli ölçülerde sınırlama getirilmesi kaçınılmazdır. Toplumsal düzen ile sınırsız hürriyet fikri birbiri ile bağdaşmaz¹⁰⁰⁸. En liberal rejimlerde bile temel hak ve hürriyetler anayasal güvence altına alındıktan hemen sonra, bu hak ve hürriyetlere hangi ilke ve esaslara göre sınırlama getirilebileceği hükme bağlanmaktadır.

Başkalarının haklarının korunması ve kamu düzeninin tesisi için sınırlandırılması gereken temel hak ve hürriyetlerin başında sözleşme hürriyeti gelir. Sözleşme hürriyeti, tarihin hiçbir döneminde mutlak nitelikte bir temel hak olarak görülmemiştir. Yasama ve yargı erklerinin liberal ilke ve değerlere bağlılık sergilediği “*altın çağ*”da bile kamu düzeni, genel ahlâk ve kamu yararı gerekçesi ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirilebileceği kabul edilmiştir¹⁰⁰⁹. Sosyal devlet anlayışının yerleşmesi ve devletin ekonomik hayata yönelik müdahalelerinin genişlemesi ile birlikte sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar da giderek artmıştır. Amerikalı hukuk tarihçisi Lawrence Friedman’ın ifadesi ile parlamento, ekonomik hayata ilişkin çıkardığı her yeni yasa ile sözleşme göletinden kâse kâse boşaltmaktadır¹⁰¹⁰. Bu eğilim o kadar açıktır ki, günümüzde sözleşme hürriyetinin kural mı yoksa istisna mı olduğu hususunda tereddüt edilebilir¹⁰¹¹.

Kanun koyucunun sözleşme hürriyetine yönelik müdahaleleri, çeşitli hukukî değerlerin korunması amacına matuftur. Bunları tahdidi olarak saymak olanaklı değilse de zayıf tarafın korunması, ahlaka aykırılığın önlenmesi, kişilik haklarının

¹⁰⁰⁸ Anayurt, Ömer, **Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 133. Anayasa Mahkemesi de erken dönem kararlarından birinde, sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığını ifade etmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 08.04.1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 1, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1964, s. 200).

¹⁰⁰⁹ Lochner döneminin önemli kararları arasında yer alan *Adkins v. Children's Hospital* davasında Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin değerlendirmeleri bu hususta açıklayıcıdır: “*Şüphesiz mutlak sözleşme hürriyeti diye bir şey yoktur. Bu hürriyet çok çeşitli sınırlamalara tabidir. Ancak, yine de, sözleşme hürriyeti genel kural iken sınırlama istisnadır. Yasama yetkisinin sözleşme hürriyetini sınırlama amacı ile kullanılması, yalnızca istisnai koşulların varlığı durumunda haklı gösterilebilir*” (Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/#tab-opinion-1929923>, E.T. 17.01.2023).

¹⁰¹⁰ Friedman (2019), s. 516-517.

¹⁰¹¹ Messineo, s. 325.

korunması, kamu yararının ve kamu düzeninin sağlanması en sık gündeme gelen hukukî değerler arasındadır¹⁰¹².

Sözleşme hürriyetinin sınırlama gerekçelerine ilişkin “*akit tarafları korumayı amaçlayan sınırlamalar*” ile “*üçüncü kişileri ve genel olarak toplumu korumayı amaçlayan sınırlamalar*” şeklinde ikili bir tasnif yapmak mümkündür¹⁰¹³. Akit tarafları korumayı amaçlayan sınırlamalara, sözleşme ilişkisindeki konumu itibarı ile dezavantajlı olduğu varsayılan işçi, tüketici, kiracı gibi çeşitli kişi gruplarını koruyucu mevzuatı örnek göstermek mümkündür. Kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler ile aşırı yararlanmanın bulunduğu sözleşmeler için öngörülen hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımları da esasında akit tarafları korumayı amaçlamaktadır.

Bir sözleşme ilişkisinin akit tarafların menfaatlerine hizmet etmesine karşın üçüncü kişilerin meşru menfaatlerini yahut çeşitli kamusal menfaatleri zedelemesi de mümkündür. Örnek vermek gerekirse, belirli bir mal veya hizmet piyasasında faaliyet gösteren iki teşebbüsün rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı ile yaptıkları bir sözleşme, bu teşebbüslerin kâr marjlarını artırmalarına olanak tanırken geniş tüketici kitlelerinin söz konusu piyasadaki mal ve hizmetler için daha yüksek bedeller ödemesine yol açacaktır. Benzer şekilde, konusu suç teşkil eden yahut genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı sözleşmeler, taraflara sağlayacağı olası menfaatlere rağmen aynı zamanda çok çeşitli sosyal maliyetlere de yol açmaktadır¹⁰¹⁴. Bu tür durumlarda üçüncü kişileri koruma, kamu düzenini ve kamu yararını sağlama amacı ile sözleşme hürriyetine müdahale edilmesi gündeme gelmektedir.

¹⁰¹² Doğan (2021), s. 170-171. Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar ile korunan hukukî değerlere ilişkin ayrıca bkz. Marella, s. 262; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 166-171; Atasoy, s. 111-118; Durgun Arslan, s. 19, dipnot 32.

¹⁰¹³ Pettit (1999), s. 291-298.

¹⁰¹⁴ Benzer yönde bkz. Sanlı (2017), s. 41-44.

B) SINIRLAMA (MÜDAHALE) KAVRAMI VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNE GETİRİLEN SINIRLAMALARIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

Temel hak ve hürriyetlere ilişkin denetim, devletin gerçekleştirdiği işlem veya eyleminin, kişi veya konu bakımından söz konusu hakkın norm alanına bir müdahale teşkil edip etmediği sorusu ile başlar¹⁰¹⁵. Her bir temel hak ve hürriyet, belli bir yaşam kesiti içinde yer alan çeşitli insan tutum ve davranışlarını devletin müdahalelerine karşı korumayı amaçlar. Bu yaşam kesiti içinde güvence altına alınan tutum ve davranışlar, söz konusu temel hak ve hürriyetin norm alanını oluşturur¹⁰¹⁶. Temel hak ve hürriyetlerin koruyucu normatif etkisi, bu norm alanı üzerinde kendisini gösterir¹⁰¹⁷. Temel hak ve hürriyetlerin Anayasa ile belirlenmiş olan norm alanına dışarıdan girilerek bu alanın daraltılması durumuna “sınırlama” yahut “müdahale” adı verilir¹⁰¹⁸. Anayasa Mahkemesi¹⁰¹⁹ de sınırlama kavramını “belli bir hak ve özgürlüğün Anayasa’da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların kanun koyucu tarafından daraltılması” şeklinde tanımlamaktadır. Buna göre, bir temel hak ve hürriyetin güvencesi kapsamına giren bir tutum veya davranış, devlet tarafından yasaklanmış veya herhangi bir yaptırıma tabi tutulmuşsa söz konusu hakka sınırlama getirildiğinden veya müdahale edildiğinden söz edilebilir¹⁰²⁰.

Bir temel hak olarak sözleşme hürriyeti, kişilerin kendi aralarındaki hukukî ilişkileri, karşılıklı rıza esasına göre serbestçe düzenleyebilmelerini güvence altına alır. Tarafların sözleşme yapmaya zorlanmamaları, sözleşmenin içeriğini serbestçe tespit edebilmeleri, sözleşmenin karşı tarafını seçebilmeleri, sözleşmenin tipini

¹⁰¹⁵ Kunig, Philip, “Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, (Çev. Burak Çelik, Gökçen Doğan, Ahmet Çağrı Yıldız), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 171.

¹⁰¹⁶ Uygun, Oktay, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s. 54. Benzer yönde bkz. Sağlam (1982), s. 130-131; Gören (2000-a), s. 85-87; Gören (2020), s. 2-3.

¹⁰¹⁷ Sağlam (1982), s. 130; Uygun (1992), s. 54.

¹⁰¹⁸ Sağlam (1982), s. 21-23; Uygun (1992), s. 53; Kalabalık, s. 153; Gözler (2017), s. 209.

¹⁰¹⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1941-1942.

¹⁰²⁰ Gören (2000-a), s. 87; Gören (2020), s. 3.

suçunu işlediği gerekçesi ile cezalandırılabilir¹⁰²⁸. Ayrıca mal veya hizmet satımından kaçınma suçu (TCK m. 240) örneğinde olduğu gibi sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu bazı hallerde, bu yükümlülüğünü ihlal eden kişinin cezaî sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.

Sözleşme hürriyetini sınırlandıran kanun hükümlerinin ihlaline karşı çeşitli idarî yaptırımların öngörülmüş olması da mümkündür. Bu tür idarî yaptırımların Türk hukukunda çok sayıda örneği bulunmaktadır. Örneğin 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nun 50'nci maddesi ile noterlerin kefil olması yasaklanmış ve 157'nci madde uyarınca bu yasağı ihlal eden noterlere idarî para cezası verilmesi öngörülmüştür. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, Türk Ticaret Kanunu'nun 272'nci maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatiflerini sözleşmeli avukat bulundurmakla yükümlü tutmuş; bu yükümlülüğe aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet Savcısı tarafından idarî para cezası verilmesini emretmiştir (m. 35. f. 3). 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında

¹⁰²⁸ Bu arada belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Kanunu'nun tefecilik suçuna ilişkin düzenlemesi ile Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun faize ilişkin hükümlerini bağdaştırmak oldukça zordur. Ceza Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre; faiz veya başka bir yol ile kazanç elde etmek maksadı ile başkasına ödünç para verilmesi tefecilik suçunu oluşturmaktadır. Kanun'da yer alan düzenlemenin lafzına bakıldığında, tefecilik suçunun oluşabilmesi için kararlaştırılan faiz oranının fahiş nitelikte olması yahut ödünç veren kişinin bu işi bir meslek olarak yürütmesi de şart değildir. Oysa Borçlar Kanunu'nun 387'nci ve 388'inci maddeleri, tüketim ödünç sözleşmesinde tarafların faiz ödenmesini kararlaştırabilmelerine olanak tanımakta; ayrıca ticarî tüketim ödünç sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebileceğini düzenlemektedir. Ticarî olmayan (adi) tüketim ödünç sözleşmelerinde tarafların kararlaştırılabilecekleri azamî faiz oranı, 3095 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile belirlenen oranın yüzde ellisi olarak tespit edilmişken (TBK m. 88), ticarî tüketim ödünç sözleşmelerinde tarafların faiz oranını serbestçe belirlemelerine izin verilmiştir (TTK m. 8). Bu bağlamda, özel hukukun olanak tanıdığı bir sözleşme türü, ceza hukuku bakımından bir suç olarak kabul edilmektedir. Bu çelişki, Ceza Kanunu'nda tefecilik fiilinin açık bir tanımının yapılmamış olmasından ve suçun unsurlarının yeterli açıklıkta belirlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır (Tefecilik suçuna ilişkin düzenlemenin kanunilik ilkesi doğrultusunda eleştisi için bkz. Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 905-916; Battal, Ahmet, *“Tefecilik Suçu Bağlamında Ödünç Para Verme Sözleşmeleri”*, **Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu: Cilt I**, 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, (Editörler İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, Faruk Turhan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 578). *“Sonraki kanun önceki kanunları ilga eder” (lex posterior derogat legi priori)* ilkesi doğrultusunda, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte yasal oranlar dâhilinde faiz karşılığı ödünç para verme fiilinin -izinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunu (5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m. 150) oluşturmaması kaydı ile suç olmaktan çıktığı söylenebilir.

Kanun'a göre; rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan (m. 4) veya hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olan sözleşmeler (m. 6) ile rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme veya devralma sözleşmeleri (m. 7) hukuka aykırı ve yasaktır. Bu yasakları ihlal eden teşebbüsler ile ihlalde belirleyici etkisi saptanan yönetici ve çalışanlara Rekabet Kurulu tarafından idarî para cezası verilmektedir (m. 16. f. 3-4). 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre; haksız şart içeren tüketici sözleşmelerinde (m. 5) verilen süre içerisinde haksız şartın sözleşme metninden çıkarılmaması ve teşhir edilen malın satışından kaçınılması (m. 6) durumlarında, yükümlülüklerini ihlal eden kişi ve firmalar açısından idarî para cezası yaptırımını öngörmüştür (m. 77). 6585 Sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Ek 1'inci maddesi uyarınca üretici, tedarikçi ve perakende işletmelerin bir mal veya hizmetin satış fiyatında fahiş artış yapması yasaklanmış olup bu yasağa aykırı hareket edenlere Haksız Fiyat Değerlendirme Kurulu tarafından idarî para cezası uygulanmaktadır (m. 18. f. 1-k).

Sözleşme hürriyetine müdahale eden kanun hükümlerini ihlal eden kişiler hakkında ceza ve idare hukuku yaptırımlarının uygulanması istisnai durumlarda söz konusu olur. Bir özel hukuk işlemi olarak sözleşmelere ilişkin emredici hukuk kurallarının ihlali halinde uygulanacak olan yaptırım genel olarak bu sözleşmelerin hükümsüz kabul edilmesidir. Hükümsüzlük (geçersizlik) yaptırımı, geçerlilik şartlarını taşımayan bir hukukî işlemin hüküm ve sonuç doğurmaması, diğer bir ifade ile hukukî işlemin taraflarca elde edilmek istenen hukukî etkiyi gösterememesi şeklinde tanımlanabilir¹⁰²⁹. Sözleşme hürriyetini sınırlandıran kanun hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda, tarafların iradelerini açıklamak sureti ile ulaşmak istedikleri hukukî sonuç hukuk düzeni tarafından geçerli kabul edilmemekte yahut hâlihazırda doğmuş olan hukukî sonuç, taraflardan birinin isteği üzerine ortadan kaldırılabilmektedir.

¹⁰²⁹ Akbulut (2016), s. 25; Kaşak, s. 358. Hükümsüzlük kavramı hakkında ayrıca bkz. Esener (1969), s. 212-214; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, s. 374-383; Oğuzman/Barlas, s. 164-175; Oğuzman/Öz, s. 177-183; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 580-598; Karabağ Bulut, s. 353-394; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 155-162; Atasoy, s. 187-191.

Hükümsüzlük kavramı geniş anlamda kullanıldığında, hukukî işlemlerdeki eksiklik ve sakatlıklar ile bu işlemlerin sonradan etkisizleştiği hallerin bütününe kapsamaktadır¹⁰³⁰. Bu bağlamda hükümsüzlük; “*kesin hükümsüzlük*”, “*iptal edilebilirlik*” ve “*askıda hükümsüzlük*” yaptırımlarını kapsayan bir şemsiye kavram olarak kullanılmaktadır.

Kurucu unsurları içermesine rağmen kamu düzenini ilgilendirecek önemdeki geçerlilik şartlarını taşımayan sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir¹⁰³¹. Kesin hükümsüz olan sözleşmeler, yapıldıkları andan itibaren (ex tunc) hiçbir bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu çerçevede taraflar, sözleşmeden doğan borçların ifasını talep edemeyecekleri gibi daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesini de isteyebileceklerdir¹⁰³². Türk hukukunda, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı sözleşmeler ile konusu imkânsız olan sözleşmeler için kesin hükümsüzlük yaptırımı öngörülmüştür (TBK m. 27. f. 1). Ayrıca kanunda öngörülen şekil kurallarına riayet edilmeden yapılan sözleşmeler de kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur (TBK m. 12).

Sözleşmenin geçerlilik şartlarındaki eksikliğin kesin hükümsüzlüğe yol açacak ölçüde yoğun olmadığı ve taraflardan yalnızca birinin menfaatinin etkilendiği durumlarda iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusu olur¹⁰³³. İptal edilebilir olan sözleşmeler başlangıçta geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak kendisine iptal hakkı tanınan tarafın bu hakkını kullanması ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hale gelir¹⁰³⁴. Eğer iptal hakkı sahibi kanunda öngörülen süre içerisinde bu hakkını kullanmazsa yahut henüz süre bitmeden iptal hakkından feragat ederse sözleşme geçerlilik kazanır¹⁰³⁵. Türk hukukunda sözleşme hürriyetine müdahale teşkil eden durumlar içerisinde iptal

¹⁰³⁰ Oğuzman/Barlas, s. 164; Oğuzman/Öz, s. 173; Akbulut (2016), s. 27; Kaşak, s. 359.

¹⁰³¹ Oğuzman/Öz, s. 174; Karabağ Bulut, s. 354-355; Akbulut (2016), s. 32; Kaşak, s. 362-363; Atasoy, s. 188.

¹⁰³² Karabağ Bulut, s. 356.

¹⁰³³ Kaşak, s. 467. Benzer yönde bkz. Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 157; Akbulut (2016), s. 41.

¹⁰³⁴ Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 586.

¹⁰³⁵ Oğuzman/Öz, s. 177.

edilebilirlik yaptırımının öngörüldüğü başlıca hâl, aşırı yararlanma (gabin) hâlidir. Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir orantısızlık var ise ve bu orantısızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden yahut deneyimsizliğinden yararlanılmak sureti ile gerçekleştirilmişse zarar gören bu sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir (TBK m. 28).

Kurucu ve geçerlilik unsurları bulunmasına rağmen tamamlayıcı unsurları eksik olan sözleşmeler askıda hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Bu durumda, eksik olan unsur tamamlanıncaya kadar sözleşme herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Eksik olan unsur tamamlandığı takdirde sözleşme baştan itibaren geçerlilik kazanırken eksikliğin tamamlanmayacağı anlaşıldığı takdirde ise sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelir¹⁰³⁶. Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar bağlamında düşünüldüğünde, askıda hükümsüzlük yaptırımı genellikle başka bir kişi ya da kurum tarafından onaylanması şart koşulan sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Örnek vermek gerekirse, boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmaların hâkim tarafından onaylanması gereklidir (TMK m. 184. f. 1. b. 5). Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz (TMK m. 194. f. 1). 3213 Sayılı Maden Kanunu'na göre; maden ruhsatları, görünür rezerv geliştirme hakkı ve buluculuk hakkının devrine ilişkin sözleşmeler Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın onayına tabidir (m. 5. f. 2)¹⁰³⁷. İlgili kişi ya da kurumun rıza ve onayı elde edilene kadar zikredilen sözleşmelerin geçerliliği askıdadır. Söz konusu kişi ya da kurumların rıza ve onayı sağlanamadığı takdirde bu sözleşmeler bütünü ile hükümsüz hâle gelmektedir.

Görüldüğü üzere, sözleşmelere ilişkin hukuk kurallarının ihlali durumunda ya doğrudan bu kuralları ihlal eden kişiler ya da onların akdettikleri sözleşmeler için

¹⁰³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 381; Oğuzman/Öz, s. 178-179; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 160; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 593-594; Akbulut (2016), s. 49-50; Kaşak, s. 470-473; Atasoy, s. 190.

¹⁰³⁷ Maden hakkını devir sözleşmelerinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından onaylanması hakkında bkz. Erdoğan, Kemal, “*Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rödövars Sözleşmesi Arasındaki Ayırım*”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 1, Y. 2018, s. 107-110.

çeşitli yaptırımlar öngörülmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, öngörülen yaptırımın türü, ağırlığı, kamu hukuku yahut özel hukuk kaynaklı olması sözleşme hürriyetine yönelik müdahalenin varlığı açısından herhangi bir önem arz etmez¹⁰³⁸. Kişilerin kendi aralarındaki hukukî ilişkileri serbestçe düzenleyebilme olanakları daraltıldığı takdirde, öngörülen yaptırımın niteliğinden bağımsız olarak ortada sözleşme hürriyetine yönelik bir müdahale söz konusudur. Yaptırımın niteliği, gerçekleştirilen müdahalenin ölçülülük ve öz güvencesi yönünden denetimi esnasında dikkate alınabilir.

Bazı durumlarda, yapılan sözleşmeler geçerliliğini korumasına ve bu sözleşmeleri yapan kişiler hakkında herhangi bir yaptırım öngörülmemiş olmasına rağmen hukuk düzeni, tarafların sözleşmeden doğan borçların ifasını dava veya cebrî icra yolu ile talep etmelerine izin vermez. Eksik borç doğuran sözleşmeler bakımından durum böyledir. Türk hukuku bakımından evlenme simsarlığı sözleşmesinden doğan ücret borcu¹⁰³⁹ ile kumar ve bahis sözleşmelerinden doğan

¹⁰³⁸ Bazı durumlarda, mevzuatta yer alan yasaklayıcı bir hükme aykırı nitelik taşıyan sözleşmelerin geçerliliklerini korumalarına rağmen bu sözleşmeleri akdeden kişilerin çeşitli cezaî veya idarî yaptırımlara tabi tutulması söz konusu olabilmektedir. Örneğin 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nun 50'nci maddesi uyarınca, noterlerin kefil olması yasaktır. Bu yasağa rağmen bir noterin kefil sıfatı ile kefalet sözleşmesine taraf olması ihtimalinde, akdedilen sözleşme geçerliliğini koruyacak; ancak bu yasağı ihlal eden noter hakkında idarî para cezası uygulanacaktır. Bu hususa ilişkin gösterilebilecek bir diğer örnek de Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararı ile getirilen dövizle veya dövize endeksli sözleşme yapma yasağına ilişkindir. Öğretide söz konusu yasağın bir düzen hükmü olduğu, bu yasağın ihlali halinde sözleşmenin geçerliliğini koruyacağı ve fakat 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca ilgililere idarî para cezası verileceği ileri sürülmektedir (Yeniocak, Umut, *"Dövizle Sözleşme Kurma Yasağı ve Yasağa Aykırılığın Yaptırımı"*, **Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması**, (Editör Murat Topuz), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 64-68). Bu tür yasaklayıcı hükümleri ihdas ederken yasa koyucunun öncelikli amacı sözleşme hürriyetine sınırlama getirmek değil belirli davranış şekillerini engellemektir. Ancak kanaatimizce yasaklayıcı hükümleri ihlal eden sözleşmeler belli durumlarda geçerliliklerini korusa bile, uygulanması öngörülen diğer yaptırımlar nedeni ile söz konusu hükümlerin muhatabı olan kişilerin sözleşme yapma olanakları daraltılmakta, dolayısıyla bu kişilerin sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmektedir. Yasaklayıcı hükümlere ve düzen hükümlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 373-374; Oğuzman/Barlas, s. 167; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 536-544; Karabağ Bulut, s. 22-33; Akbulut (2016), s. 188-202; Ercoşkun Şenol, s. 724-725; Kaşak, s. 282-286; Türk (2019), s. 112-113; Atasoy, s. 137-138; Doğan (2021), s. 241-248.

¹⁰³⁹ TBK m. 524: *"Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz"*.

borçlar¹⁰⁴⁰ eksik borç niteliği taşımaktadır. Borçlu taraf, kendi isteği ile yahut ifaya mecbur olduğu zannı ile bu borçları ifa etmişse artık edimin iadesini talep edemez. Ancak borçlunun borcun ifasından kaçınması durumunda, alacaklının dava veya cebrî icra yolu ile onu ifaya zorlaması da mümkün değildir.

Daha önce de belirtildiği üzere, bireylerin serbest iradeleri ile yaptıkları sözleşmelerin uygulanmasını “isteme” hakkı, sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamı içerisindedir. Sözleşen tarafların, yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafa karşı kullanabilecekleri cebir araçlarından yoksun olması durumunda, sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini belirleme hakları da anlamını yitirecektir. Bu nedenle, kanaatimizce sözleşmeden doğan bir borcun ifasının salt olarak borçlunun inisiyatifine terk edilmesi ve alacaklı tarafın bu hususta hukukî himayeden mahrum bırakılması sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşımaktadır. Ancak bu sonuç yalnızca kanun ile öngörülen eksik borçlar için geçerlidir. Öğretide kabul edilen ağırlıklı görüşe göre; tarafların akdettikleri sözleşmeden doğacak borçların dava ve cebrî icra yolu ile takip edilemeyeceğini kararlaştırmaları da mümkündür¹⁰⁴¹. Bu ihtimalde, sözleşmeden doğan alacak hakkının hukukî himayeden yoksun olmasının nedeni bir kanun hükmü değil tarafların bu yöndeki ortak iradeleri olduğuna göre artık sözleşme hürriyetine müdahaleden söz edilemeyecektir.

Bu başlıkta son olarak, temel hak ve hürriyetler hakkında kullanılan “sınırlanma” ve “düzenlenme” terimleri arasındaki farklılığa da işaret etmek gerekir. Düzenleme; temel hak ve hürriyetlerin kullanım şartlarının, şekil ve usullerinin, sınırlarının ve güvencelerinin hukuk normları ile belirlenmesi anlamına gelmektedir¹⁰⁴². Bireylerin bir temel hak ve hürriyetten etkili şekilde yararlanabilmesi çoğu kez güvence altına alınan yaşam ilişkileri ve yaşam alanlarının hukukî açıdan düzenlenmesi ile mümkün olmaktadır¹⁰⁴³. Bu bağlamda düzenleme,

¹⁰⁴⁰ TBK m. 604/1: “Kumar ve bahisten doğan alacak hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz”.

¹⁰⁴¹ Bu yönde bkz. Akyol, s. 44-46; Eren (2017), s. 93.

¹⁰⁴² Gözler (2017), s. 209. Benzer yönde bkz. Ölmez, Cansu Büşra, “Hak ve Özgürlüklerin Düzenlenmesi ve Sınırlanması”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 68; Kalabalık, s. 153.

¹⁰⁴³ Gören (2000-a), s. 90; Gören (2020), s. 5.

sınırlamadan daha geniş ve farklı bir terimdir¹⁰⁴⁴. Sağlam'ın ifadesi ile “*hakka sınırlayan düzenlemeler olabileceği gibi, hakkı güçlendiren, onu daha etkili bir kullanıma kavuşturan, hatta ona önceden sahip olmadığı belli bir içerik kazandıran düzenlemeler de söz konusu olabilir*”¹⁰⁴⁵. Kanun koyucunun temel hak ve hürriyetlere ilişkin gerçekleştirdiği her türlü sınırlama aynı zamanda bir düzenleme olmasına karşın her düzenlemeyi sınırlama sayma imkânı yoktur¹⁰⁴⁶. Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına aldığı yaşam kesitini daraltan düzenlemeler sınırlama niteliğinde iken onların daha kolay ve etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayan düzenlemeler sınırlama niteliği taşımaz¹⁰⁴⁷.

Sözleşme hürriyeti, negatif boyutu ön planda olan bir temel hak olmasına rağmen kanun koyucunun sözleşmeler hukuku alanında ihdas ettiği her türlü düzenleme, bu hakkın sınırlanması anlamını taşımaz. Şüphesiz sözleşmeler hukuku alanındaki emredici hükümler, taraflar bu hükümler ile mutlak surette bağlı olduğu için sözleşme hürriyetini sınırlandırır. Oysa yedek hükümler, tarafların anlaşması suretiyle etkisiz kılınabilir. Yedek hükümler karşısında tarafların irade özerkliği varlığını korumaya devam etmekte olup bu hükümlere tabi olup olmamak bütünü ile tarafların tercihine bağlıdır¹⁰⁴⁸. Yedek hükümlerin temel fonksiyonu da tarafların iradelerine sınırlama getirilmesi değil onların eksik kalan iradelerinin tamamlanarak sözleşme boşluklarının doldurulmasıdır. Bu bakımdan sözleşmeler hukuku alanındaki yedek hükümler, bireylerin sözleşme yapma ve sözleşme içeriğini serbestçe şekillendirebilme olanaklarını daraltmamakta; bilakis bu hakların etkin kullanımını kolaylaştırmaktadır.

Öğretide yedek hükümlerin taraf iradelerine mutlak surette uygun olduklarının söylenemeyeceği; bu hükümler ile tamamlanan hususların sözleşme yapılırken öngörülmüş olması durumunda tarafların başka türlü bir sonuca varabilecekleri

¹⁰⁴⁴ Bu yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2011/150, K. 2013/30, K.T. 14.02.2013, S. 50, C. 7, s. 4893.

¹⁰⁴⁵ Sağlam, Fazıl, “*Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar*”, **Anayasa Yargısı**, C. 1, Y. 1984, s. 268.

¹⁰⁴⁶ Sağlam (1982), s. 22.

¹⁰⁴⁷ Sağlam (1982), s. 21-22.

¹⁰⁴⁸ Kaşak, s. 216-217.

belirtilerek yedek hükümlerin de sözleşme hürriyetine müdahale teşkil ettiği ileri sürülmektedir¹⁰⁴⁹. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Bir hükmün sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıdığına kabul edilebilmesi için “*bu hüküm ihdas edilmemiş olsa idi tarafların serbestçe sözleşme yapma olanakları genişler miydi?*” sorusuna olumlu yanıt verilmesi gereklidir. Oysa sözleşmelere ilişkin yedek hükümler bağlamında düşünüldüğünde, bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Daha önce de belirtildiği üzere, tarafların bir sözleşmeyi ileride doğabilecek bütün ihtilaflara çözüm sunacak şekilde kaleme almaları olanaklı olmadığı gibi böyle bir çabaya girişmeleri de yüksek işlem maliyetlerini beraberinde getirecektir¹⁰⁵⁰. Yedek hükümler, sözleşme boşluklarını doldurarak tarafların sözleşme yapmalarını kolaylaştırmakta ve ileride gerçekleşebilecek muhtemel ihtilaflara karşı onları korumaktadır¹⁰⁵¹. Yedek hükümler, taraf iradelerini bertaraf etmemekte; aksine düzenlemiş olduğu hususlara ilişkin tarafların ortak bir iradesinin bulunmadığı durumlarda devreye girmektedir. Zaten yedek hükümlerin mevcut olmadığı durumlarda da sözleşme boşlukları –tarafların sözleşme kurulduğu andaki gerçek iradelerini tespit etme olanağı bulunmadığı için- tarafların farazî ortak iradelerine göre yargıç tarafından doldurulmaktadır. Bu bakımdan, yedek hükümler, sözleşme hürriyetini sınırlandırmaz; aksine bireylerin bu hürriyetten kolaylıkla yararlanabilmelerini mümkün kılar. Hatta taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun nitelik taşıyan yedek hükümlerin ihdasının devletin sözleşme hürriyetine ilişkin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığını söylemek dahi mümkündür¹⁰⁵².

Anayasa Mahkemesi de yedek hukuk kurallarının sözleşme hürriyetini sınırlandırmadığı kanaatindedir. Dava sonunda karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olduğunu öngören kuralın (Avukatlık Kanunu m. 164. f. 5) sözleşme hürriyetini ihlal ettiği gerekçesi ile yapılan itiraz başvurusunda Mahkeme, söz konusu kuralın emredici değil tamamlayıcı nitelikte olduğunu vurgulamış ve

¹⁰⁴⁹ Bu yönde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 372.

¹⁰⁵⁰ Atamer (2005), s. 175-176.

¹⁰⁵¹ Kaşak, s. 225.

¹⁰⁵² Bu hususa ilişkin bkz. IŞ-I-C.

tarafarla aksi kararlaştırılabilecek olan bu kuralın sözleşme hürriyetine sınırlama getirmediğine karar vermiştir¹⁰⁵³.

Anayasa Mahkemesi E. 2003/70, K. 2005/14 Sayılı kararında, Tuzla bölgesinde tersane ve benzeri tesisler kurma amacı ile bakanlıklar ile sözleşme yapan yatırımcılar aleyhine sözleşmelerine aykırı davrandıkları gerekçesi ile açılan davalardan, bu yatırımcıların ilgili bakanlıklar ile yeniden sözleşme yapmaları ve bazı malî yükümlölükleri yerine getirmeleri kaydı ile vazgeçilmesini öngören kuralı denetlemiştir. Bu kuralın, haklarında açılan davalardan kurtulabilmek için kişileri sözleşme yapmaya ve koşulları ne olursa olsun önerilen sözleşmeyi kabule zorladığı; bu zorlamanın da sözleşme hürriyetine ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğı ileri sürölmüştür. Anayasa Mahkemesi; iptal talebine konu kuralda öngörölen “*ilgili bakanlıklar ile yeniden sözleşme yapma*” koşulunun sözleşmelerine aykırı davranan yatırımcılara yeni bir sözleşme yapma zorunluluğı getirmediğini; aksine söz konusu kural ile ilgili kişilere sözleşmelerini yenilemek sureti ile yükümlölüklerini yerine getirmemelerinden kaynaklanan müeyyidelerden kurtulma olanağı tanındığını belirtmiştir. İptal talebine konu kural ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmediğı için Anayasa’nın 13’üncü maddesi yönünden herhangi bir inceleme yapılmaksızın iptal talebinin reddine karar verilmiştir¹⁰⁵⁴.

II) SÖZLEŞME HÜRRIYETİNİN SINIRLANMASINA İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER: SINIRLAMANIN SINIRLARI

Toplumsal düzen, sınırsız özgürlük fikri ile bağdařmaz¹⁰⁵⁵. Çeşitli kamusal çıkarların ve başkalarının haklarının korunması için temel hak ve hürriyetlere belli ölçülerde sınırlama getirilmesi kaçınılmaz bir ihtiyaçtır. Ancak özgürlükçü hukuk

¹⁰⁵³ Anayasa Mahkemesi, E. 2017/154, K. 2019/18, K.T. 10.04.2018, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 56, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 400. Kanaatimizce, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olduğunu öngören hükmün emredici nitelikte olmadığı tespiti yerinde değildir. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu’nun 164’üncü maddesinin son fıkrasında bulunan “*avukatla iş sahibi arasında aksi yazılı sözleşme bulunmadıkça*” ibaresi 4667 Sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Bu değışiklik ile tamamlayıcı nitelikte olan kural emredici hâle dönüştürölmüştür.

¹⁰⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2003/70, K. 2005/14, K.T. 14.03.2005, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 41, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006, s. 404-458.

¹⁰⁵⁵ Anayurt (1998), s. 133.

düzenlerinde, “*özgürlük kural, sınırlama istisnadır*” ilkesi geçerlidir ve temel hak ve hürriyetler mümkün olan en geniş ölçüde güvence altına alınır. Kamu organlarının bireylerin temel hak ve hürriyetlerine keyfi ve ölçüsüz şekilde müdahalede bulunmasının önüne geçilmesi şarttır. Bu nedenle, anayasalar temel hak ve hürriyetleri güvence altına alırken, aynı zamanda bu hak ve hürriyetlere sınırlama getirilirken riayet edilmesi gereken ilke ve esasları da hükme bağlamaktadır. Bu ilke ve esaslara “*sınırlamanın sınırları*” adı verilmektedir.

1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetlere ilişkin oldukça güvenceli bir sınırlama rejimi oluşturmuştur. Olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken riayet edilmesi gereken ilke ve esasların düzenlendiği Anayasa’nın 13’üncü maddesi şu şekildedir: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*”. Bu hükme göre; temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için öngörülen kıstasları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- i) Sınırlama kanun ile yapılmalıdır.
- ii) Sınırlama Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanmalıdır.
- iii) Sınırlama Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır.
- iv) Sınırlama ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.
- v) Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır.
- vi) Sınırlama temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmamalıdır.
- vii) Sınırlama lâik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır.

Anayasa’nın “*temel haklar ve ödevler*” başlıklı ikinci kısmında düzenlenen haklardan birisi de sözleşme hürriyeti olduğuna göre bu hürriyete getirilen sınırlamaların da yukarıda sıralanan kıstaslara uygun olması gereklidir. Bu kısımda Anayasa Mahkemesi’nin sözleşme hürriyetine ilişkin içtihatları çerçevesinde söz konusu kıstaslar incelenmiştir.

A) KANUN İLE SINIRLAMA İLKESİ

1) Kanunilik İlkesinin Fonksiyonları

Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre, “*temel hak ve hürriyetler ... ancak kanunla sınırlanabilir*”. Bu madde uyarınca, sözleşme hürriyetine müdahale edilebilmesi için mutlaka müdahaleye yetki veren bir kanun hükmü mevcut olmalıdır. İlk kez 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (m. 4) ile kabul edilen ve çok sayıda anayasa ve uluslararası insan hakları belgesinde de düzenlenen kanunilik ilkesi, modern özgürlükçü hukuk sistemlerinin yerleşik bir kuralı haline gelmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanun ile sınırlanabilmesi bireylere önemli güvenceler sağlar. Bir kere kanun, halkın temsilcilerinden oluşan parlamento tarafından açık görüşme ve tartışma yöntemleri ile hazırlanan bir normdur. Bu sayede, temel hak ve hürriyetlere müdahale öngören kanun tekliflerine karşı muhalefet, hazırlık aşamasında itirazlarını sunabilir ve halkı bilgilendirerek parlamento çoğunluğu üzerinde kamuoyu baskısı oluşturabilir¹⁰⁵⁶. Kanunların yapımının genellikle ayrıntılı usûl kurallarına tabi kılınmış olması da temel hak ve hürriyetlere telaş içinde, alelacele müdahale edilmesi ihtimalini azaltır¹⁰⁵⁷. Ayrıca kanun ile herkes için geçerli, genel nitelikli kurallar konulabildiği için kanunilik ilkesi temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların objektifliğini sağlar; olaya özgü yahut belli kişi ve grupları hedef tutan ayrımcı müdahalelerin önüne geçer¹⁰⁵⁸. Bununla birlikte, kanunilik ilkesinin zikredilen fonksiyonları eksiksiz şekilde yerine getirebilmesi için etkili bir anayasallık denetimi ile desteklenmesi gerektiği unutulmamalıdır. Aksi halde bu ilkenin sağladığı güvencenin sözde kalması muhtemeldir.

¹⁰⁵⁶ Kapani, s. 231. Aynı yönde bkz. İnceoğlu, Sibel, “*Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör Sibel İnceoğlu), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 29; Uygun (1992), s. 90; Kaboğlu (2013), s. 83; Kalabalık, s. 161; Gözler (2017), s. 226.

¹⁰⁵⁷ Gözler (2017), s. 226. Ancak 1982 Anayasası'nda (m. 148. f. 2) kanunların şekil bakımından denetiminin “*son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı*” hususu ile sınırlandırılmış olması bu güvenceyi son derece zayıflatmaktadır. Aynı yönde bkz. Uygun (1992), s. 91

¹⁰⁵⁸ Kapani, s. 231. Aynı yönde bkz. Uygun (1992), s. 90; Kaboğlu (2013), s. 83; Kalabalık, s. 161; Gözler (2017), s. 226.

2) Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Şeklî Kanun-Maddî Kanun Ayrımı

Hukuk öğretisinde kanun kavramı, “*şeklî anlamda kanun*” ve “*maddî anlamda kanun*” olmak üzere iki farklı şekilde ele alınmaktadır¹⁰⁵⁹. Şeklî kanun anlayışında kanun; içeriğinden, kapsamından ve niteliklerinden bağımsız olarak, onu yapan organa göre tanımlanmaktadır¹⁰⁶⁰. Bu çerçevede, yasama organı tarafından Anayasa ve/veya yasama içtüzüğünde öngörülen usullere uygun olarak kabul edilen ve kanun adını taşıyan yazılı hukuk kuralları kanun olarak nitelendirilir¹⁰⁶¹. Maddî kanun anlayışında ise normu koyan organın veya norma verilen ismin herhangi bir önemi yoktur. Önemli olan söz konusu normun içeriği itibarı ile belli nitelikleri taşımasıdır. Maddî anlayışa göre; genel, soyut, kişilik dışı ve sürekli kurallar içeren bütün normlar -hangi organ tarafından çıkarılmış olursa olsun- kanun olarak kabul edilir. Bu bağlamda, objektif nitelikli yasama işlemlerinin yanı sıra tüzük, yönetmelik gibi idarenin düzenleyici işlemleri de kanun kavramı içerisinde yer alır¹⁰⁶².

Türk hukukunda temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması alanında ilke olarak şeklî kanun anlayışı geçerlidir. Madde gerekçesinde, “*ancak kanunla*” ibaresinin hak ve hürriyetlerin münhasıran kanun ile sınırlandırılabilmesine işaret ettiği; yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarruf ile hak ve hürriyetlere müdahale edilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁰⁶³. Anayasa Mahkemesi de kanun kavramını “*parlamento kararı dışında kalan ve Anayasa’nın yetki verdiği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlem*” biçiminde şeklî ölçüte uygun olarak tanımlamaktadır¹⁰⁶⁴. Mahkeme’ye göre;

¹⁰⁵⁹ Şeklî kanun-maddî kanun ayrımının kökenine; Türk ve Alman hukuku ile uluslararası insan hakları hukukunda bu ayrımın uygulanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, Tolga, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 273-603.

¹⁰⁶⁰ Teziç, s. 15.

¹⁰⁶¹ Gözler (2018), s. 645; Atar, s. 200; Şirin (2019), s. 298; Anayurt (2021), s. 583.

¹⁰⁶² Teziç, s. 17; Atar, s. 201; Anayurt (2021), s. 583-584.

¹⁰⁶³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 10. Anayasa Mahkemesi’nin aynı yönde kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 06.10.1986, S. 22, s. 224.

¹⁰⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, *Tuğba Arslan Başvurusu*, B.N. 2014/256, K.T. 25. 06. 2014, § 85.

temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması bütünü ile biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenmiş bir alandır. Bu bakımdan, temel hak ve hürriyetlere karşı gerçekleştirilen müdahalelerin dayanağı olan kamu gücü işlemlerinin ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması, kanunilik ölçütü yönünden tek başına yeterli sayılmaz¹⁰⁶⁵.

Görüldüğü üzere, bir temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın dayanağının şekli anlamda bir kanun olması mutlak bir zorunluluktur. Ancak öğretilde, parlamentonun kanun yapma usulüne uygun olarak kabul ettiği her metnin kanunilik ölçütünü karşılamadığı; bu ölçütün aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirdiği ileri sürülmektedir¹⁰⁶⁶. Anayasa Mahkemesi de müdahalenin dayanağını oluşturan kanunun şeklen mevcut olmasını kanunilik ölçütü bakımından tek başına yeterli görmemekte; aynı zamanda bu kanunun belli nitelikleri taşıması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre, temel hak ve hürriyetlere müdahale eden kanunun ulaşılabilir olması, keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli nitelikte tanımlaması gerekmektedir¹⁰⁶⁷.

Özetle Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması alanında şekli ve maddi kanun ölçütlerini bir araya getirmiştir. Bir temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın kanunilik ölçütünü karşılayabilmesi için hem müdahalenin dayanağı olan normun usulüne uygun şekilde kanun ismi ile çıkarılması hem de bu kanunun belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gereklidir¹⁰⁶⁸.

3) Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri İle Sözleşme Hürriyetine Müdahale Yasağı

Anayasa'nın 13'üncü maddesi, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bütün maddeleri kapsayan genel nitelikli bir hüküm olduğu için sözleşme hürriyetine sadece şekli anlamda kanun ile sınırlama getirilebilir. Tüzük, yönetmelik, genelge,

¹⁰⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, *Tuğba Arslan Başvurusu*, B.N. 2014/256, K.T. 25. 06. 2014, § 96.

¹⁰⁶⁶ Bu yönde bkz. Uygun (1992), s. 92; İnceoğlu (2013), s. 29.

¹⁰⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, B.N. 2013/1789, K.T. 11.11.2015, § 62-63.

¹⁰⁶⁸ Şirin (2019), s. 296.

tebliğ gibi normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha alt düzeyde yer alan yürütmenin düzenleyici işlemleri ile sözleşme hürriyetine müdahale edilemez. Sözleşme hürriyetini sınırlandıran bir düzenleyici idarî işlem aleyhine dava açıldığı takdirde, idarî yargı mercilerinin kanunilik ilkesinin ihlali gerekçesi ile bu işlemi iptal etmesi gereklidir¹⁰⁶⁹. Ayrıca bakmakta olduğu bir davada, düzenleyici idarî işlem ile tarafların sözleşme hürriyetine müdahale edildiğini tespit eden yargı mercii, bu işlemi ihmal etmeli; sözleşme hürriyetini güvence altına alan Anayasa'nın 48'inci ve Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddelerini doğrudan uygulayarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır¹⁰⁷⁰.

Öte yandan Türk Borçlar Hukuku öğretisinde, sözleşme hürriyetine gerçekleştirilen müdahalenin dayanağının mutlaka şekli anlamda bir kanun olması gerekmediği; yürütmenin düzenleyici işlemleri ile hatta yazısız hukuk kuralları ile

¹⁰⁶⁹ Danıştay da sözleşme hürriyetine sınırlama getiren idarenin düzenleyici işlemleri hakkında iptal kararı vermektedir: “Anayasa uyarınca sözleşme özgürlüğünün sınırlanabilmesinin ancak kanunla mümkün olabilmesi karşısında, anılan Tebliğ düzenlemesi ile sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesinin Anayasada güvence altına alınan sözleşme hürriyetine aykırı olduğu...açıklanan nedenlerle, dava konusu düzenlemenin iptaline,, oybirliğiyle karar verildi ” (Danıştay 15'inci Dairesi, E. 2016/6785, K. 2018/3262, K.T. 03.04.2018, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 11.03.2023). “Anayasal koruma altındaki sözleşme özgürlüğünün ancak kanunla sınırlanabilmesi mümkün olduğundan, taraflar arasında serbestçe belirlenmesi gereken sözleşmenin bedel unsuruna, yasal dayanağı bulunmaksızın, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği tarafından asgari ücret tarifi ve alınacak ücret esaslarının belirlenmesi suretiyle müdahale edilemeyeceği sonucuna varılmıştır” (Danıştay 13'üncü Dairesi, E. 2012/2609, K. 2017/459, K.T. 27.02.2017, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 11.03.2023).

¹⁰⁷⁰ Yargıtay'ın da bu yönde bazı kararları bulunmaktadır: “Çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğü Anayasanın 48. maddesinde hüküm altına alınmış olup bu hususlar ancak kanunla engellenebilir. Somut uyuşmazlıkta, yanlar arasındaki sözleşme hükümlerinin tamamının veya bir kısmının geçersiz olacağına ilişkin bir yasal düzenleme mevcut olmadığından ve Anayasa'nın anılan hükmü gereği Tebliğ hükümleri ile bu hususun kısıtlanması mümkün olmadığından, mahkemece yapılan sözleşmenin yanlar arasında geçerli olduğu kabul edilerek ve bu kapsamda tarafların iddiaları da değerlendirilerek neticesine göre karar verilmesi gerekirken, Adalet Bakanlığına Ait Depo Ve Garajlarda Muhafaza Edilen Mahcuz Mallar İçin Alınacak Ücret Tarifesine göre alacağın tespiti ile uyuşmazlığın karara bağlanması doğru olmamış; kararın temyiz eden davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir” (Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, E. 2013/204, K. 2013/1438, K.T. 23.01.2013, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 11.03.2023). Benzer yönde bkz. Yargıtay 13'üncü Hukuk Dairesi, E. 2013/9060, K. 2013/15970, K.T. 12.06.2013, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 11.03.2023). Yargı mercilerinin sözleşme hürriyetini sınırlayan kanun-altı normları ihmal etme yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hâtemi, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 57-58.

dahi bu hürriyete sınırlama getirilebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁷¹. Türk Borçlar Kanunu’nun 26’ncı maddesinde tarafların sözleşmenin içeriğini “*kanunda öngörülen sınırlar*” içinde özgürce belirleyebileceği belirtilmiş; 27’nci maddede de “*kanunun emredici hükümlerine*” aykırı olan sözleşmelerin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Öğretide, bu hükümlerde geçen “*kanun*” ibaresinin maddî anlamda kanun olarak anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁷². Bu görüşe göre; kanunun yanı sıra Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük, yönetmelik gibi her türlü objektif hukuk normu ile emredici hüküm ihdas edilmesi mümkündür ve kanun-altı normlar ile ihdas edilen bu emredici hükümlere aykırı olan sözleşmeler de hükümsüz sayılmalıdır¹⁰⁷³.

Kanaatimizce sözleşme hürriyetinin anayasal hak boyutunu göz ardı eden bu görüşe itibar edilmemelidir. Zira yürütmenin düzenleyici işlemleri ile emredici hükümler ihdas edilebileceğini söylemek; sözleşme hürriyetine kanun-altı normlar ile müdahale edilebileceğinin kabulü anlamına gelir ki bu yaklaşımı Anayasa’nın 13’üncü maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi ile bağdaştırmak olanaksızdır. Diğer temel hak ve hürriyetler gibi sözleşme hürriyetine de ancak kanun ile sınırlama getirilebilir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu’nun 26’ncı ve 27’nci maddelerinde yer alan “*kanun*” ibaresi, Anayasa’nın 13’üncü maddesine uygun şekilde yorumlanarak “*şeklî anlamda kanun*” olarak anlaşılmalıdır¹⁰⁷⁴. Kaldı ki 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 19’uncu ve 20’nci maddelerinde sözleşmelerin geçersizlik sebebi olarak “*emredici hukuk kurallarına aykırılık*” ve “*hukuka aykırılık*” kavramları kullanılmışken 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda doğrudan

¹⁰⁷¹ Bu yönde bkz. Örs, Mehmet Nuri, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004, s. 47-48; Hâtemi (1976), s. 140; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 532; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, s. 224; Eren (2017), s. 334. Kaşak; sözleşme hürriyetine kanun-altı normlar ile müdahale edilebileceğini kabul etmekle birlikte müdahalenin dayanağının mutlaka yazılı bir hukuk kuralı olması gerektiğini belirtmektedir (Kaşak, s. 259-264).

¹⁰⁷² Bu yönde bkz. Hâtemi (1976), s. 56; Örs, s. 47; Kaşak, s. 261.

¹⁰⁷³ Örs, s. 47-48; Kaşak, s. 261-262.

¹⁰⁷⁴ Şekil serbestisi sözleşme hürriyetinin bir parçası olduğuna göre kanun-altı normlar ile şekil zorunluluğu getirilmesi de mümkün olmamalıdır. Bu bakımdan, sözleşmelerin şekline dair Türk Borçlar Kanunu’nun 12’nci ve 13’üncü maddelerinde yer alan “*kanun*” ibaresi de “*şeklî anlamda kanun*” olarak anlaşılmalıdır. Benzer yönde bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 220-221.

“kanun” ibaresine yer verilmiş olması da kanun koyucunun niyetinin bu yönde olduğunun bir işaretidir¹⁰⁷⁵.

Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanun ile sınırlanabilmesi, yürütme organının bu alanda bütünü ile düzenleme yapma yetkisinden yoksun olduğu anlamına gelmez. Modern devlet yapısının ve toplumsal yaşamın gitgide daha karmaşık ve teknik bir nitelik alması ve sosyal şartların hızla değişmekte olması, kanun koyucunun bir alanı düzenlerken bütün olasılıkları hesap katıp ayrıntılı olarak tespit edebilmesi olanağını ortadan kaldırmıştır¹⁰⁷⁶. Bu nedenle, yasama organının bir konunun genel ilke ve esaslarını kanun ile saptadıktan sonra teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren talî hususları düzenlemek üzere yürütme organını yetkilendirebileceği kabul edilmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi de bu durumun bir istisnası değildir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında, kanun ile sınırlama zorunluluğunun, temel hak ve hürriyetlere kanun ile yapılan müdahalelerin

¹⁰⁷⁵ Uygulamada sözleşme hürriyetine yönelik müdahalelerde kanunilik ilkesinin sıklıkla göz ardı edildiği görülmektedir. Özellikle Covid-19 pandemisi döneminde kanunilik ilkesi bütünü devre dışı bırakılmış; temel hak ve hürriyetlere ciddi sınırlamalar getiren pandemi ile mücadele tedbirleri çoğu kez herhangi bir yasal dayanağı bulunmayan genelgeler ile alınmıştır. Bu konuya ilişkin özellikle bkz. Gözler, Kemal, “Genelge Devleti: Hukukta Şeklin Önemi Üzerine”, 14 Mayıs 2021, <https://www.anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm>, E.T. 14.03.2023. Bu dönemde, sözleşme hürriyetine de kanunilik ilkesine aykırı şekilde önemli sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamaların dayanağında bir kanun olmadığı gibi çoğu kez bir genelge dahi yoktur. Kanun ile yapılsa bile Anayasa’ya uygunluğu tartışmalı olacak birçok temel hak ve hürriyet sınırlaması, sözlü ve yazılı basın açıklamaları ile halka duyurulmuştur. Örnek vermek gerekirse, 21.03.2020 tarihinde maske üreticilerinin USHAŞ dışındaki şirketlere satış yapması İçişleri Bakanlığı tarafından yasaklanmıştır (Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı 2020-3-018, Karar Sayısı 20-57/798-355, Karar Tarihi 30.12.2020). İçişleri Bakanı Süleyman Soylu, konuk olduğu bir canlı yayın programında, maske üreticilerinin Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapmaları için uyarıldığını; sözleşme yapmaktan kaçındıkları takdirde bu üreticilerin fabrikalarına el konulabileceğini ifade etmiştir (<https://www.icisleri.gov.tr/maske-ureticileri-saglik-bakanligiyla-sozlesme-yapmazlarsa-fabrikalarina-el-koyariz>, E.T. 14.03.2023). Üretici firmaların sözleşmenin karşı tarafını seçme olanağını ortadan kaldıran ve bu firmalar için sözleşme yapma zorunluluğu öngören bu tedbirin hukukî dayanağı belli değildir. Benzer şekilde, 06.04.2020 tarihinde Cumhurbaşkanı Erdoğan, bakanlar toplantısının ardından yaptığı ulusa sesleniş konuşmasında, vatandaşlara para ile maske satışının yasaklandığını açıklamıştır (<https://www.tccb.gov.tr/konusmalar/353/118106/kabine-toplantisinin-ardindan-ulusa-seslenis-konusmasi>, E.T. 14.03.2023). Ticaret Bakanlığı’nın internet sitesinde 07.05.2020 tarihinde yayımlanan basın açıklaması ile cerrahi maskelerin perakende satış noktalarında satış serbest bırakılmış; maskelerin en fazla 1 TL’ye satılabileceği, bu fiyatın üzerindeki satışların fahiş fiyat olarak değerlendirileceği açıklanmıştır (<https://ticaret.gov.tr/haberler/cerrahi-maskelerin-satisina-iliskin-basin-aciklamasi>, E.T. 14.03.2023). Kanaatimizce sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıyan bu tedbirlerin bütünü, kanunilik ilkesini ihlal ettiği için hukuka aykırıdır. İdarenin yazılı ve sözlü basın açıklamalarının hukukî değeri ve kanunilik ilkesi bağlamında değerlendirilmesi için bkz. Şirin (2019), s. 115-123.

¹⁰⁷⁶ Kapani, s. 232; Uygun (1992), s. 93; Kaboğlu (2013), s. 84.

uygulanması için tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi talî nitelikli düzenleyici işlemlerin çıkarılmasını engellemediğine işaret etmiştir¹⁰⁷⁷. Bu bağlamda yürütme organının kanun ile getirilen temel hak ve hürriyet sınırlamalarının uygulanmasını sağlamak ve bu sınırlamaları somutlaştırmak üzere düzenleme yapması mümkündür¹⁰⁷⁸. Bu noktada önemli olan husus, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile kanunda öngörülme-yen yeni bir sınırlama getirilmemiş ve mevcut sınırlamaların kapsamının genişletilmemiş olmasıdır¹⁰⁷⁹.

Anayasa Mahkemesi, otomatik katılımlı bireysel emeklilik sistemi (OK-BES) hakkında verdiği kararda, yürütme organının temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme yetkisini sözleşme hürriyeti özelinde tartışmıştır. İptal davasına konu 6740 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile işverenler, Müsteşarlıkça uygun görülen şirketler ile emeklilik sözleşmesi yapmak sureti ile çalışanlarını OK-BES sistemine dâhil etme yükümlülüğü altına sokulmuştur. Emeklilik planına dâhil edilecek işyerleri ile çalışanları ve bu kapsamdaki uygulama esaslarını belirleme yetkisi de Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetkinin keyfi ve adaletsiz uygulamalara neden olabileceği; yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlal edildiği ileri sürülerek söz konusu hükmün iptali istemi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, OK-BES kapsamına giren işyerleri ile çalışanların Kanun ile açıkça düzenlendiğini; Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin Kanun ile tespit edilen işyerleri ve çalışanlarının sisteme dâhil edilmesi sürecine ilişkin uygulama esaslarının belirlenmesinden ibaret olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre; çok sayıda çalışanın sisteme girişinde yaşanabilecek risk ve güçlükler karşısında, öngörülemeyen, değişken ve teknik konularla ilgili uygulama

¹⁰⁷⁷ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, *Ayşe Başçı ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2013/5367, K.T. 25.02.2015, § 72.

¹⁰⁷⁸ Gözler (2017), s. 227. Aynı yönde bkz. Sağlam (1982), s. 79; Uygun (1992), s. 94; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 156.

¹⁰⁷⁹ Sağlam (1982), s. 23, dipnot 25; Uygun (1992), s. 94; Gözler (2017), s. 227.

esaslarını belirleme yetkisinin yürütme organına bırakılmış olması yasama yetkisinin devri olarak değerlendirilemez¹⁰⁸⁰.

Görüldüğü üzere, temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren konularda, yasama organının temel kuralları tespit ettikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları düzenlemek üzere yürütme organını yetkilendirmiş olması, kanun ile sınırlama ilkesinin ihlali anlamına gelmez¹⁰⁸¹. Ancak her hâlükârda, konunun esaslı noktalarının doğrudan kanun ile düzenlenmesi ve yürütme organına, temel hak ve hürriyetleri ilk elden sınırlamasına olanak tanıyacak ölçüde geniş bir yetkinin tanınmamış olması şarttır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi, kanunilik ilkesi bakımından temel hak ve hürriyetler ile diğer alanlar arasında bir ayırım yapmakta ve temel hak ve hürriyetler yönünden kanunilik ilkesini daha sert ve katı bir şekilde uygulamaktadır¹⁰⁸². Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre; Anayasa'nın açıkça kanun ile düzenlenmesini öngörmediği konularda, kanun koyucunun çok genel bir çerçeve çizerek yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmaktadır. Diğer bir ifade ile Anayasa'ya göre mutlaka kanun ile düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanunî dayanağı bulunmak şartı ile idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilecektir. Oysa temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması gibi Anayasa'nın münhasıran kanun ile düzenlenmesini şart koştuğu alanlarda, kanun koyucunun genel ifadeler ile yürütme organına düzenleme yapma yetkisi vermesi kanunilik ilkesini ihlal eder. Bu alanlarda, konunun temel esasları, ilkeleri, çerçevesi ve idarenin yetkisinin sınırları mutlaka kanun ile belirlenmiş olmalıdır¹⁰⁸³.

¹⁰⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/179, K. 2017/176, K.T. 28.12.2017, S. 55, C. 1, s. 454-456.

¹⁰⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/150, K. 2017/179, K.T. 28.12.2017, S. 55, C. 1, s. 513; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/179, K. 2017/176, K.T. 28.12.2017, S. 55, C. 1, s. 455; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/40, K. 2020/40, K.T. 17.07.2020, S. 57, C. 2, s. 949.

¹⁰⁸² Şirin (2019), s. 77.

¹⁰⁸³ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/133, K. 2014/165, K.T. 30.10.2014, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 1050-1051; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/72, K. 2013/126, K.T. 31.10.2013, S. 51, C. 3, s. 1669-1671; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/179, K. 2017/176, K.T. 28.12.2017, S. 55, C. 1, s. 455; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/40, K. 2020/40, K.T. 17.07.2020, S. 57, C. 2, s. 948-949. Mahkeme'nin bu yerleşik içtihadına aykırı bazı kararları da bulunmaktadır. Mahkeme; serbest eczaneler için “*reçete sayısı ve/veya ciro gibi kriterlere*” göre belirlenen sayıda ikinci eczacı çalıştırılması zorunluluğu getiren ve bu zorunluluğa ilişkin usul ve esasların Türk Eczacıları Birliği'nin görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı tarafından belirleneceğini öngören kuralın kanunilik ilkesini ihlal

Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatların Bakanlık tarafından hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabi olduğunu öngören kural hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararı bu hususta açıklayıcıdır. Mahkeme; zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan borcun kapsamının taraflar yerine kamu organlarınca belirlenmesini sözleşme hürriyetine yapılan bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Bu tespitin ardından müdahalenin kanunilik ilkesine uygunluğunu denetleyen Mahkeme, sözleşmenin içeriğine yönelik sınırlama öngören kuralların Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmetmiştir¹⁰⁸⁴:

“İtiraz konusu kurallarda sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan sorumluluğunun kapsamı düzenlenmemiş olup bu kapsamın idarenin düzenleyici nitelikte işlemi olan genel şartlar ile belirlenmesi öngörülmüştür. Böylece sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğacak borcu, idare tarafından her zaman değiştirilebilir nitelikteki kurallar olan genel şartlara göre belirlenecektir. Borcun kapsamının tespiti hususunda temel çerçeve ve ilkelerin kanunda belirlenmediği, idareye geniş bir takdir yetkisinin tanındığı anlaşılmaktadır”.

4) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Sözleşme Hürriyeti Sınırlandırılabilir mi?/Düzenlenebilir mi?

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilen 2017 Anayasa değişiklikleri ile Cumhurbaşkanı’na yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yürütmenin

etmediğine karar vermiştir. Mahkeme’ye göre; “Anayasa’nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği hususlarda, kanunlarda çok genel olarak bir düzenleme yapılarak gelişen ve sürekli yenilenmesi gereken alanlarda yürütmeye takdir yetkisi tanınarak kanunların uygulanmasını sağlamak üzere düzenleyici işlem yapma yetkisi verilebilir. Kuralda da ikinci eczacı çalıştırılmasında hesaplanabilir ve denetlenebilir kriterler açıklanmış, ekonomik duruma göre değişkenlik gösterebilecek söz konusu kriterlerin düzenlenmesi ise yürütme organına bırakılmıştır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2016/154, K. 2017/106, K.T. 31.05.2017, S. 54, C. 1, s. 458). Bazı serbest eczaneler için ikinci eczacı ile sözleşme yapma zorunluluğu getiren kural sözleşme hürriyetini sınırlamaktadır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması Anayasa’nın açıkça kanun ile düzenlenmesini öngördüğü konular arasında yer aldığına göre; Mahkeme’nin dava konusu kuralın kanunilik ilkesine uygun olduğunu göstermek için sunmuş olduğu gerekçe anlamsızdır.

¹⁰⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/40, K. 2020/40, K.T. 17.07.2020, S. 57, C. 2, s. 941.

diğer düzenleyici işlemleri gibi kanuna dayanması gereken türev bir düzenleyici işlem türü değildir. Cumhurbaşkanı, Anayasa’da öngörülen sınırlar içerisinde, daha önce kanunî düzenlemeye konu olmamış bir alanı, doğrudan Anayasa’dan kaynaklanan yetkisine dayanarak ilk elden düzenleyebilmektedir¹⁰⁸⁵.

Cumhurbaşkanı, kararnameler ile oldukça geniş bir sahada aslî nitelikli düzenleyici işlem yapma imkânına sahipse de bu yetki genel nitelikli bir yetki değildir. Anayasa koyucu, Cumhurbaşkanı’nın kararname yetkisine önemli sınırlamalar getirmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanı sadece yürütme yetkisine ilişkin konularda kararname çıkarabilecek olup yasama ve yargı yetkisine ilişkin konularda kararname ile düzenleme yapamayacaktır. Keza Anayasa’da münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen konular ile kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması yasaklanmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için öngörülen anayasal sınırlardan birisi de temel hak ve hürriyetlere ilişkindir. Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecektir (Anayasa m. 104. f. 17).

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasal rejimine dair özet mahiyetindeki bu açıklamanın ardından konumuz ile bağlantısı nedeni ile “Cumhurbaşkanlığı

¹⁰⁸⁵ Açıl, Murat, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 76, S. 2, Y. 2018, s. 728. Aynı yönde bkz. Söyler, Yasin, **Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 79-80; Küçük, Adnan/Doğan, Bayram, “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi Ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, Y. 2019, s. 10-13; Çelik, Özlem/Bayraktar, Tuğba, “Türkiye’de Uygulanan Hükümet Sistemleri”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 16, Y. 2020, s. 387; Narter, Recep/Kaya, Semih Batur, **Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 213-214; Doğan, Bayram, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 3, Y. 2020, s. 971-974; Doğan, Bayram/Geyik, Ali Fuat/Bozkurt, Emine Esra, “Kanun Hükmünde Kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılaştırılması”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 20, S. 4, Y. 2021, s. 1702-1703; Yelken, Hamit, **Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 34-36; Coşkun, Mücahit İsmail/Budak, Muhammed Alparaslan, **Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Kanuni İdare İlkesi ve Latin Amerika Başkanlık Kararnameleri ile Karşılaştırmalı İncelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 164-167.

kararnameleri ile sözleşme hürriyetine ilişkin düzenleme yapılabilir mi?” ve “Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sözleşme hürriyeti sınırlandırılabilir mi?” sorularına cevap aranmalıdır. Ancak bu soruları cevaplandırmaya geçmeden önce, Anayasa koyucunun sözleşme hürriyetini “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı bölümde düzenlemeyi tercih ettiğini hatırlatmak gerekir.

Yukarıda da aktarıldığı üzere Anayasa koyucu, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesini açıkça yasaklamıştır. Cumhurbaşkanı, bu kategori içerisinde yer alan bir temel hak ve hürriyete ilişkin –bu hakkı güçlendirmek yahut hak üzerindeki mevcut sınırlamaları ortadan kaldırmak amacı ile dahi olsa- kararname ile düzenleme yapamayacaktır¹⁰⁸⁶. Öte yandan kişi hakları ile siyasî hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceğini öngören Anayasa hükmünün mefhum-u muhalifinden hareketle, sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği çıkarımını yapmak mümkündür¹⁰⁸⁷. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme imkânı, Anayasa’nın 41 ilâ 65’inci maddeleri arasında yer alan bütün sosyal ve ekonomik haklar açısından geçerli değildir. Zira Anayasa’nın “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlıklı bölümünde yer alan birçok maddede, “kanun ile düzenleme” şartı öngörülmüştür. “Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz” hükmü uyarınca, Cumhurbaşkanı’nın kanun ile düzenleme şartı öngörülen sosyal ve ekonomik hakları kararname ile düzenlemesi mümkün olmayacaktır¹⁰⁸⁸.

Sözleşme hürriyeti, Anayasa’nın “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiş olup bu hürriyet hakkında “kanun ile

¹⁰⁸⁶ Açıl (2018-a), s. 743.

¹⁰⁸⁷ Açıl (2018-a), s. 744-745. Aynı yönde bkz. Barın, Taylan, **Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 90; Kabashi, Ditar, **Devlet Başkanlarının Düzenleme Yetkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 96-97; Gözler (2018), s. 881; Şirin (2019), s. 199; Söyler, s. 87-88; Küçük/Doğan, s. 20; Aslan, s. 265-268; Kağıtçıoğlu, s. 292; Narter/Kaya, s. 253-254; Bilgeç, s. 991; Coşkun Budak, s. 135-136; Yelken, s. 86. Kanun hükmünde kararnameler hakkında aynı yönde görüş için bkz. Türk, Ender, **1982 Anayasası’na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 68; Sağlam (1984), s. 268; Uygun (1992), s. 112; Algan, s. 283; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 415.

¹⁰⁸⁸ Açıl (2018-a), s. 745.

düzenleme” şartı da öngörülmüş değildir. Bu bakımdan, sözleşme hürriyeti Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecek haklar arasında yer alır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sosyal ve ekonomik hakların düzenlenmesine olanak tanınmasının sebebi olarak bu hakların ancak devletin olumlu edimi ile kullanılabilir pozitif statü hakları niteliğinde olması gösterilmektedir. Devletin giderek genişleyen ve uzman çalışmasını gerektiren sosyal ve ekonomik ödevlerini kararnameler ile daha hızlı ve etkin bir şekilde yerine getirilebileceği düşünülmektedir¹⁰⁸⁹. Bu nedenle öğretide, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme imkânının “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlıklı bölümde yer alan bütün haklara teşmil edilemeyeceği; bu bölümde yer almasına rağmen kullanımı devletin olumlu edimini gerektirmeyen hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁰⁹⁰. Gerçekten de çalışma ve sözleşme hürriyeti (m. 48), yaşa, cinse ve güce uygun olmayan işlerde çalıştırma yasağı (m. 50. f. 1), sendika kurma hakkı (m. 51), grev hakkı (m. 54) gibi üçüncü bölümde düzenlenen bazı temel haklar, devletin olumlu bir edimi olmadan da kullanılabilir. Kişisel ve siyasî haklardan hiçbir yapısal farkı bulunmayan bu hakların, kararnameler yönünden farklı bir statüye tabi kılınmış olamayacağı söylenmektedir¹⁰⁹¹. Bu görüşte olan yazarlara göre, sözleşme hürriyeti “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlıklı bölümde düzenlenmesine rağmen esasında bir negatif statü hakkıdır; bu nedenle de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sözleşme hürriyetine ilişkin düzenleme yapılamamalıdır.

Kanaatimizce Anayasa’nın açık hükmü karşısında bu görüşü savunma olanağı yoktur¹⁰⁹². Zira Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi yasaklanan konu “*negatif statü hakları*” değil “*Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci*

¹⁰⁸⁹ Sağlam (1984), s. 268; Uygun (1992), s. 113; Gözler (2017), s. 344; Şirin (2019), s. 199.

¹⁰⁹⁰ Şirin (2019), s. 199-200; Narter/Kaya, s. 254; Yelken, s. 87-88; Coşkun/Budak, s. 135. Kanun hükmünde kararnameler hakkında aynı yönde görüş için bkz. Sağlam (1984), s. 269; Teziç, s. 36; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 415. Krş. Uygun (1992), s. 112-114; Türk (2013), s. 68-69.

¹⁰⁹¹ Sağlam (1984), s. 269. Aynı yönde bkz. Şirin (2019), s. 199-200.

¹⁰⁹² Aynı yönde bkz. Gözler, Kemal, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 106; Algan, s. 285-286; Gözler (2009-b), s. 1181-1182; Gözler (2017), s. 344; Gözler (2018), s. 882.

bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler”dir. Anayasa koyucu, sözleşme hürriyetini diğer kişisel ve siyasî haklar ile aynı hukukî rejime tabi kılmak istese idi bu yönde açık bir hüküm koyabilir yahut mülkiyet hakkı örneğinde olduğu gibi sözleşme hürriyetini de pekâlâ “*kişinin hakları ve ödevleri*” başlıklı bölümde düzenleyebilirdi. “*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*” ilkesi¹⁰⁹³ uyarınca, Anayasa’nın ayırma gitmediği bir konuda yorum yolu ile ayırım üretilmemelidir. Temel hak ve hürriyetlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesi olanağına ilişkin öğretide önerilen “*negatif statü hakkı-pozitif statü hakkı*” ayırımının anayasal bir temeli de yoktur. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere, devletin yüklendiği edimin niteliğini esas alan Jellinek’in tasnifinin modern insan hakları öğretisinde fazla taraftarı kalmamıştır. Günümüzde negatif, pozitif ve aktif statü hakları ayırımının yapay nitelikte olduğu ve bütün temel hakların devlete hem negatif hem de pozitif yükümlülükler yüklediği yönünde yaygın bir kanaat vardır¹⁰⁹⁴. Bu çerçevede, sözleşme hürriyetinin de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceğinin kabulü kanaatimizce Anayasa’ya en uygun çözüm olacaktır.

Anayasa’nın “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlıklı bölümünde yer alan hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilmesi, bu haklara kararname ile sınırlama getirilebileceği anlamına gelmez. Kararname yetkisine temel hak ve hürriyetler ile ilgili konu sınırı getiren Anayasa hükmünde, “*sınırlanamaz*” yerine “*düzenlenemez*” ibaresinin kullanılmış olması bilinçli bir tercihi yansıtmaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere düzenleme, sınırlamadan daha geniş ve farklı bir terimdir. Hakkı sınırlayan düzenlemeler olabileceği gibi hakkın kullanım olanaklarını gösteren, ona daha etkin bir içerik kazandıran yahut onunla ilgili anayasal sınırları somutlaştıran düzenlemeler de söz konusu olabilir¹⁰⁹⁵. Sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesine olanak tanıyan hükmün, temel hak ve hürriyetlerin bütünü bakımından kanun ile sınırlama şartı getiren Anayasa’nın 13’üncü maddesi ışığında yorumlanması gereklidir.

¹⁰⁹³ Bu ilke hakkında bkz. Gözler (2012-b), s. 57-59.

¹⁰⁹⁴ Bkz. IŞ-I-C.

¹⁰⁹⁵ Sağlam (1982), s. 22-23; Sağlam (1984), s. 268.

Hükümde geçen “düzenleme” teriminin anlamı da bu doğrultuda daraltılmalıdır. Buna göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sosyal ve ekonomik hakların kullanım olanaklarını gösteren yahut bu hakları güçlendiren düzenlemelerin yapılabileceğini; buna karşın, söz konusu hakların norm alanını daraltıcı şekilde düzenleme yapılamayacağını söylemek mümkündür. Esasında Anayasa koyucunun “kanun ile sınırlama” kuralını “ancak” edatı ile tahkim etmiş olması da sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlanamayacağı görüşünü desteklemektedir. Aynı şekilde münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda kararname çıkarılamayacağına ilişkin hüküm de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sosyal ve ekonomik haklara sınırlama getirilmesine engel teşkil etmektedir¹⁰⁹⁶.

Bu açıklamalar ışığında, sözleşme hürriyetinin kullanım usullerini gösteren ve bireylerin bu hürriyetten daha kolay yararlanmalarına olanak tanıyan düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabileceği söylenebilir. Bu çerçevede, diğer anayasal sınırlara riayet edilmesi kaydı ile sözleşmelere ilişkin yedek hukuk kurallarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ihdası mümkündür. Öte yandan

¹⁰⁹⁶ Sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlanamayacağı yönünde bkz. Açıl (2018-a), s. 745; Gözler (2018), s. 882; Şirin (2019), s. 199; Küçük/Doğan, s. 21; Aslan, s. 267; Narter/Kaya, s. 254; Bilgeç, s. 991-993; Kabashi, s. 97; Yelken, s. 86; Coşkun/Budak, s. 135-136. Kanun hükmünde kararnameler hakkında aynı yönde görüş için bkz. Sağlam (1984), s. 269; Uygun (1992), s. 114; Gözler (2000-b), s. 107; Algan, s. 284; Türk (2013), s. 69; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 415; Gözler (2017), s. 345. Anayasa Mahkemesi de sözleşme hürriyetine ilişkin bir kararda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sosyal ve ekonomik haklara sınırlama getirilemeyeceğine hükmetmiştir:

“Sözleşmeli olarak çalıştırılan personelin yıllık periyotlarda performans değerlendirmesine tabi tutulmasını ve bu değerlendirme sonucuna göre sözleşmelerinin uzatılıp uzatılmamasına veya sözleşme bitiş süresinden önce feshine karar verileceğini belirten dava konusu kural çalışma ve sözleşme hürriyetine yönelik sınırlama öngörmektedir. Bu durumda kuralla Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca münhasıran kanunla yapılması gereken temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hususuna ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Bu itibarla kuralda Anayasa’nın 13. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı şekilde düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir” (Anayasa Mahkemesi, E. 2018/123, K. 2022/138, K.T. 09.11.2022, **05 Nisan 2023 Tarihli ve 32154 Sayılı Resmî Gazete**, § 299-301).

Öğretide sınırlama ile düzenleme terimleri arasında anlamlı bir farklılık bulunmadığı, Anayasa’nın 104’üncü maddesinin 17’nci fıkrası ile kanun ile sınırlama ilkesine sosyal ve ekonomik haklar yönünden istisna getirildiği, bu nedenle sosyal ve ekonomik haklara Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sınırlama getirilebileceği yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Söyler, s. 89-90; Barın (2020), s. 90-92.

bireylerin sözleşme hürriyetini kullanma olanaklarını daraltan düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılamayacak; bu hürriyete yönelik müdahalelerin dayanağında mutlaka şekli anlamda bir kanunun bulunması gerekecektir.

5) Sözleşme Hürriyetine Sınırlama Getiren Kanunun Sahip Olması Gereken Nitelikler: Ulaşılabilirlik, Belirlilik ve Öngörülebilirlik Ölçütleri

Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların kaynağında mutlaka şekli anlamda bir kanun bulunmalıdır. Ancak parlamento tarafından çıkarılan ve kanun adını taşıyan her metnin kanunilik ilkesini karşıladığı da söylenemez. Sözleşme hürriyetine müdahale eden kanunun içerik itibarı ile de belli nitelikleri taşıması gereklidir. Anayasa Mahkemesi de sözleşme hürriyetine yönelik müdahalelerin şekli anlamda kanunî dayanağı bulunduğunu tespit ettikten sonra, bu kanunun ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir nitelikte olup olmadığını araştırmaktadır. Mahkeme'nin bu hususa ilişkin kullandığı standart formül şu şekildedir¹⁰⁹⁷:

“...Sözleşme özgürlüğüne sınırlama getiren düzenlemelerin öncelikle kanunla yapılması gerekir. Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında, sözleşme özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kanuni düzenlemelerin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir... Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde

¹⁰⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/40, K. 2020/40, K.T. 17.07.2020, S. 57, C. 2, s. 940-941. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 54.

sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır”.

Ulaşılabilirlik ölçütü, temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliği taşıyan düzenlemelerin aleniyet kazanmış olmasını ifade eder. Bireylerin, tâbi olacakları hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olması gerekir¹⁰⁹⁸. Bu da söz konusu kuralların yayımlanması ile mümkün olur¹⁰⁹⁹. Esasında Türk hukukunda temel hak ve hürriyetlere müdahale eden kuralların ulaşılabilirliği ile ilgili bir sorunla karşılaşılması oldukça düşük bir ihtimaldir. Zira temel hak ve hürriyetler ancak kanun ile sınırlanabilecek olup Anayasa'nın 89'uncu ve 151'inci maddeleri uyarınca kanunların Resmi Gazete'de yayımlanması zorunludur. Resmi Gazete'de yayımlanmayan bir düzenleme kanun olarak hukukî varlık kazanamayacağına göre bu düzenlemeye dayanılarak yapılacak bir müdahale de -ulaşılabilirlik yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek olmaksızın- şekli anlamda bir kanuna dayanmadığı gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı kabul edilecektir¹¹⁰⁰.

Temel hak ve hürriyetlere müdahale eden kanunî düzenlemenin aynı zamanda öngörülebilir ve belirli nitelikte olması gerekir. Anayasa Mahkemesi, bu iki ölçütü genellikle bir arada ele almaktadır. Mahkeme'ye göre; müdahalenin dayanağı olan kanun hükümleri, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında bu işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul düzeyde öngörebilmelerini mümkün kılacak şekilde

¹⁰⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, B.N. 2013/1789, K.T. 11.11.2015, § 63. Ayrıca bkz. Marmor, Andrei, “*Hukuk Devleti ve Sınırları*”, (Çev. Sevdâ Gültekin Göktolga), **Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal**, (Editörler Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara, 2008, s. 173-174.

¹⁰⁹⁹ Bu yönde bkz. *Anayasa Mahkemesi, Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu [GK]*, B.N. 2014/6192, K.T. 12.11.2014, § 51.

¹¹⁰⁰ Öte yandan temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren kanun, konunun esaslı noktalarını tespit ettikten sonra, uygulama şartlarının ve usule ilişkin ayrıntıların düzenlenmesini yürütme organına bırakabilir. Bu ihtimalde, yürütmenin söz konusu düzenleyici işleminin muhataplarıncı ulaşılabilir olması önem kazanmaktadır (Anayasa Mahkemesi, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, B.N. 2013/1789, K.T. 11.11.2015, § 66). Bu bağlamda Türk hukukunda bazı yönetmelikler ile idarenin adsız düzenleyici işlemlerinin Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğunun bulunmaması, ulaşılabilirlik ilkesi yönünden potansiyel bir sorun teşkil etmektedir. Anayasa'nın 124'üncü maddesinin 2'nci fıkrası değiştirilerek 1961 Anayasası'nda olduğu gibi (m. 113) bütün yönetmelikler için Resmi Gazete'de yayım şartının getirilmesi bu soruna uygun bir çözüm olabilir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin (2019), s. 398-402.

düzenlenmelidir¹¹⁰¹. Bunun için de söz konusu hükümlerin açık, net, anlaşılır nitelikte olması ve kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesi gereklidir¹¹⁰². Şüphesiz yasama organından her ihtimale çözüm getirecek ölçüde ayrıntılı bir düzenleme yapması beklenemez. Düzenlenmesi hedeflenen konu, muhatapların sayısı ve statüsü gibi kriterlere bağlı olarak, kanunda ilk bakışta anlaşılması güç, teknik ve soyut kavramlara yer verilmesi doğaldır. Bu bağlamda, kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi tek başına öngörülebilirlik ve belirlilik ölçütlerine aykırılık oluşturmaz. Gerekliğinde hukukî yardım almak sureti ile bireylerin söz konusu kuralın hangi eylem ve olguya hangi hukukî yaptırım ve sonucu bağladığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmeleri yeterlidir¹¹⁰³.

Anayasa Mahkemesi; uluslararası ihalelerde, yüklenici firma açısından vergi ve harç istisnasının uygulanabilmesi için ihaleye yabancı firmalarca teklif sunulmuş olmasını şart koşan kuralı, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri yönünden denetlemiştir. Mahkeme, ihalelere katılımı ve sözleşme şartlarını etkileyen önemli bir unsur olan vergi ve harç istisnasının şartını düzenleyen kuralın sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiğini tespit etmiştir. İtiraz konusu kuralda, uluslararası ihale; “*kamu kurum ve kuruluşları tarafından yerli ve yabancı firmaların ayrı ayrı veya birlikte iştirakine açık olarak çıkılan ve yabancı firmalarca da teklif verilen ihale*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre; bir ihalenin uluslararası ihale niteliği taşıyabilmesi için yerli ve yabancı firmaların ayrı ayrı veya birlikte iştirakine açık olması tek başına yeterli olmamakta; bunun yanı sıra ihaleye yabancı firmalar tarafından teklif verilmesi de gerekmektedir. İhaleye teklif veren istekliler, ihale süreci tamamlanana

¹¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2006/61, K. 2007/91, K.T. 30.11.2007, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 45, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2009, s. 528; Anayasa Mahkemesi, E. 2011/63, K. 2013/28, K.T. 14.02.2013, S. 50, C. 7, s. 4482.

¹¹⁰² Anayasa Mahkemesi, E. 2013/22, K. 2013/73, K.T. 06.06.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 5473; Anayasa Mahkemesi, E. 2011/63, K. 2013/28, K.T. 14.02.2013, S. 50, C. 7, s. 4479; Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, S. 57, C. 2, s. 824; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/40, K. 2020/40, K.T. 17.07.2020, S. 57, C. 2, s. 941.

¹¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, E. 2012/116, K. 2013/32, K.T. 28.02.2013, S. 50, C. 7, s. 4940; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/39, K. 2013/65, K.T. 22.05.2013, S. 50, C. 8, s. 5286-5287; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/22, K. 2013/73, K.T. 06.06.2013, s. S. 50, C. 8, s. 5473; Anayasa Mahkemesi, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, B.N. 2013/1789, K.T. 11.11.2015, § 65.

kadar yabancı firmalar tarafından teklif verilip verilmediğini bilememekte; dolayısıyla teklif verirken ihalenin uluslararası ihale kapsamında kabul edilip edilmeyeceğini ve ihaleden kaynaklanan damga vergisi ve harç istisnasından yararlanıp yararlanamayacağını öngörememektedir. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi; “*yabancı firmalarca da teklif verilmesi*” şartının hukukî öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesi ile iptaline hükmetmiştir¹¹⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi; İçişleri Bakanı veya vali tarafından belediye başkanı veya başkan vekili görevlendirilen belediyeler ve bunların bağlı kuruluşları ile sermayesinin %50’sinden fazlası bu belediyelere ait ortaklıklar tarafından Kamu İhale Kanunu’na göre imzalanan sözleşmeler nedeni ile belediye menfaatinin önemli ölçüde ihlal edildiğinin belirlenmesi hâlinde, bu sözleşmelerin resen feshedileceğini öngören kuralı da belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri yönünden denetlemiştir. Dava konusu kural, özel hukuk kişilerinin tarafı olduğu ve hâlihazırda yürürlükte olan sözleşmelerin idare tarafından tek taraflı olarak feshedilebilmesine olanak tanımak sureti ile çalışma ve sözleşme hürriyetine sınırlama getirmektedir. Ancak kuralda söz konusu sözleşmelerin fesih şartı olarak öngörülen “*belediye menfaatinin önemli ölçüde ihlal edildiğinin belirlenmesi*” ölçütü, sınırları ve koşulları belirsiz oldukça geniş bir çerçeve çizmektedir. Mahkeme; belediye menfaatinin önemli ölçüde ihlal edildiğinin nasıl ve hangi ölçütlere göre tespit edileceği; kimin bu belirlemeyi yapma yetkisine sahip olduğu hususlarında açıklık taşımayan kuralın öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesi ile iptaline karar vermiştir¹¹⁰⁵.

Sözleşme hürriyetine müdahale eden kuralların belirliliği ve öngörülebilirliği hususunda Anayasa Mahkemesi’nin E. 2018/90, K. 2019/85 Sayılı kararı da önem taşımaktadır. İptal talebine konu kanun hükmü ile terör örgütleri ile irtibatlı veya iltisaklı bulunan gerçek ve tüzel kişilerin kamu ihalelerine katılması yasaklanmıştır. Mahkeme, söz konusu kural ile bireylerin çalışma ve sözleşme hürriyetine müdahale edildiğini tespit etmiş ve kuralda yer alan “*irtibatlı*” ve “*iltisaklı*” kavramlarının belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütlerine uygunluğunu denetlemiştir. İltisaklı kavramı

¹¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2020/15, K. 2020/78, K.T. 24.12.2020, S. 58, C. 1, s. 643-649.

¹¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/78, K. 2022/114, K.T. 13.10.2022, § 247-259.

kavuşan, bitişen, birleşen; irtibatlı kavramı ise bağlantılı anlamına gelmektedir. Mahkeme, bu kavramların genel nitelikli olduklarını kabul etmekle birlikte, E. 2018/89, K. 2019/84 Sayılı kararına atıfla kategorik olarak belirsiz ve öngörülemez olduklarının söylenemeyeceğine hükmetmiştir¹¹⁰⁶. Atıf yapılan kararda, terör örgütleri ile irtibatlı veya iltisaklı olma durumunun farklı şekillerde ortaya çıkabileceği; bu durumların kanun koyucu tarafından önceden belirlenmesinin ve kanunda tek tek sayılmasının mümkün olmadığı; söz konusu kavramların hukukî niteliğinin ve objektif anlamının yargı içtihatları ile somutlaştırılabileceği ifade edilmiştir¹¹⁰⁷.

Yukarıda aktarılan karardan da anlaşılabileceği üzere; temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliği taşıyan kuralda soyut ve ilk bakışta muğlak görünen kavramlara yer verilmiş olması, bu kuralın mutlak surette belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütlerine aykırı olduğu anlamına gelmez. Anayasa Mahkemesi'ne göre; belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukukî belirliliği ifade etmektedir. Bu bağlamda soyut ve muğlak görünen kavramların, yargı içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile somutlaştırılarak belirli ve öngörülebilir hale getirilmiş olması mümkündür¹¹⁰⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin bu tespiti sözleşme hürriyeti bakımından özellikle anlamlıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinde, kanunun emredici

¹¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 53-54.

¹¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/89, K. 2019/84, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 22-23.

¹¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2011/63, K. 2013/28, K.T. 14.02.2013, S. 50, C. 7, s. 4482. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği bazı kararlarında, temel hak ve hürriyetlere müdahale eden kurallardaki muğlak ifadelerin yargı içtihatları ile somutlaştırılabilir nitelikte olmasını kanunilik ilkesi bakımından yeterli görmemiştir: "...*(K)amu düzeni, milli güvenlik gibi deyimler, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlardır. Bu nitelikteki kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşeceği ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez. Başka bir anlatımla bu, Anayasa koyucunun amacı doğrultusunda kanunla yapılmış bir sınırlama niteliğinde kabul edilemez*" (Anayasa Mahkemesi, E. 1976/27, K. 1976/51, K.T. 22.11.1976, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 14, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1977, s. 364-365). 1982 Anayasası döneminde verilmiş bir kararda da benzer yönde bir değerlendirme yer almaktadır: "*Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilecek şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır*" (Anayasa Mahkemesi, E. 2005/5, K. 2008/93, K.T. 17.04.2008, S. 45, C. 2, s. 1042). Ancak Mahkeme'nin güncel içtihadı yukarıda aktarıldığı gibi aksi yöndedir. Bu hususa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin (2019), s. 434-438.

hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Sözleşmenin içeriğini belirleme hürriyetinin sınırlarının düzenlendiği bu hükümde geçen “*ahlâk*”, “*kamu düzeni*” ve “*kışilik hakları*” terimleri; içeriği belirsiz, zamana ve mekâna göre anlamı değişebilen oldukça soyut terimlerdir. Kanun koyucu, bu terimlerin bir tanımını yapmadığı gibi başka bir kanunî düzenleme ile bunların anlamını somutlaştırmış da deęildir¹¹⁰⁹. Bu nedenle, söz konusu genel ve soyut terimlerin sözleşme hürriyetine sınırlama getiren ölçütler olarak kullanılmasının öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu düşünölebilir. Ancak Türk özel hukuk sisteminde bu ölçütlerin varlığı oldukça eskiye dayanmakta olup bunların anlamı ve içeriği yargı kararları ile büyük ölçüde somutlaştırılmış durumdadır. Bu çerçevede, sözleşme hürriyetine sınırlama getiren Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesi hükmünün yeterli düzeyde belirli ve öngörülebilir olduğunu; söz konusu hükmün Anayasa’nın 13’üncü maddesinde öngörölen kanun ile sınırlama şartını karşıladığını söylemek mümkündür.

B) ÖZEL SINIRLAMA SEBEPLERİNE BAğLILIK İLKESİ

Kanun ile sınırlama ilkesi, yürütme işlemleri ile temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmesini önlemek sureti ile bireylere önemli bir güvence sağlar. Ancak yasama organının da temel hak ve hürriyetlere keyfî şekilde müdahale etmesinin önüne geçilmesi gereklidir. Bunun için anayasaların ve uluslararası insan hakları belgelerinin genelinde, yasama organının temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme yaparken riayet etmesi gereken çeşitli güvenceler öngörülmektedir. Bu güvencelerden birisi de yasama organının sınırlama yetkisini ancak belirli amaçları gerçekleştirmek üzere kullanabilmesini ifade eden “*sebebe bağlılık ilkesi*”dir¹¹¹⁰. Sebebe bağlılık ilkesi, kanun koyucunun temel hak ve hürriyetlere müdahale hususunda sahip olduğu takdir yetkisini sebep unsuru yönünden daraltmaktadır. Bu ilke uyarınca, kanun koyucu sınırlama yetkisini herhangi bir sebebe bağlı olarak

¹¹⁰⁹ Kişilik haklarına aykırılık ölçütü bu durumun bir istisnası sayılabilir. Zira bu ölçütün Türk Medeni Kanunu’nun 23’üncü maddesi ile bir ölçüde somutlaştırılmış olduğu söylenebilir.

¹¹¹⁰ Uygun (1992), s. 115; Kalabalık, s. 164; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 227; Gözler (2017), s. 229; Ölmez, s. 77.

değil yalnızca Anayasa yahut ilgili insan hakları belgesinde açıkça öngörülen meşru sebeplere bağlı olarak kullanabilecektir.

1) Türk Anayasalarında Sebebe Bağlılık İlkesi ve Sözleşme Hürriyeti İçin Öngörülen Sınırlama Sebepleri

a) 1924 Anayasası

1924 Anayasası, bireysel hürriyetlerin sınırı olarak toplumun diğer üyelerinin hürriyetlerini göstermiş; bu sınırın da ancak kanun ile tesbit ve tayin edilebileceğini hükme bağlamıştır (m. 68). Anayasa koyucu temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimine ilişkin “*kanun ile sınırlama*” dışında herhangi bir ölçüte yer vermemiştir. Bu çerçevede, hak ve hürriyetlerin sınırlarının belirlenmesi işi bütünü ile yasama organının takdirine bırakılmıştır. Anayasa’da özel veya genel sınırlama sebeplerine yer verilmediği için kanun koyucunun hak ve hürriyetlere dilediği sebebe dayanarak müdahale etmesi mümkündür. “*Ukudun...hududu hürriyeti kanunlar ile musarrahtır*” (m. 79) hükmü itibarı ile sözleşme hürriyetinin de “*basit yasa kaydı*” öngörülen haklar arasında yer aldığını ve kanun koyucunun bu hürriyete müdahale yetkisine sebep unsuru yönünden sınırlama getirilmediğini söylemek mümkündür.

b) 1961 Anayasası

1961 Anayasası ile temel hak ve hürriyetler için oldukça güvenceli bir rejim oluşturulmuş ve yasama organının sınırlama yetkisini kullanırken riayet etmesi gereken yeni ölçütler getirilmiştir. Sebebe bağlılık ilkesi de bu ölçütler arasında yer almaktadır. Anayasa koyucu, temel hak ve hürriyetleri düzenlediği maddelerde, söz konusu hak veya hürriyetin hangi sebepler ile sınırlanabileceğini de özel olarak belirtmiştir. Ancak bu özel sınırlama sebeplerinin yanı sıra Anayasa’da genel sınırlama sebeplerinin de mevcut olup olmadığı öğretilde çokça tartışılmıştır.

Bir görüşe göre; “*Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz*” (m. 11. f. 2) hükmü ile bütün temel hak ve hürriyetler için geçerli genel sınırlama sebepleri oluşturulmuştur. Bu çerçevede, bir temel hak ve hürriyet hem ilgili

maddesinde yer alan özel sınırlama sebeplerine hem de bu maddede belirtilen sebeplere bağılı olarak sınırlandırılabilir.

Karşıt görüşe göre ise Anayasa koyucu her bir temel hak ve hürriyet maddesinde sınırlama sebebini özel olarak belirtme yolunu seçtiğine göre, bütün haklar için geçerli genel sınırlama sebeplerine yer vermiş olamaz. Anayasa'nın 11'inci maddesinin 2'nci fıkrası, sebebe bağılılık ilkesinin riayet edilmiş olmasının öze dokunma yasağının ihlaline gerekçe olamayacağını hükme bağlamaktadır¹¹¹¹.

1971 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 11'inci maddesi değiştirilerek temel hak ve hürriyetlerin hem genel sınırlama sebeplerine hem de Anayasa'nın ilgili maddelerinde gösterilen özel sebeplere dayanılarak sınırlandırılabilmesi esası benimsenmiştir. Maddenin yeni haline göre; kanun koyucu “*devletin ülkesi ve milleti ile bütünlüğü*”, “*cumhuriyetin korunması*”, “*milli güvenlik*”, “*kamu düzeni*”, “*kamu yararı*”, “*genel ahlâk*” ve “*genel sağlık*” sebeplerine dayanarak bütün temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirebilecektir¹¹¹².

1961 Anayasası'nın “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*” başlıklı 40'ncı maddesine göre sözleşme hürriyeti “*ancak kamu yararı amacı ile*” sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, niteliği gereği oldukça geniş, soyut ve izafî bir kavram¹¹¹³ olup aynı zamanda her türlü devlet faaliyetinin de genel hukuka uygunluk ölçütünü oluşturmaktadır. Kamu yararını tayin etme, temelde kanun koyucuya ait bir yetkidir. Kişisel yahut siyasî bir amaç güdüldüğü tespit edilmediği müddetçe, Anayasa Mahkemesi'nin bir kanunu kamu yararına aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmesi mümkün değildir¹¹¹⁴. Tekin Akıllıoğlu'nun belirttiği gibi; Anayasa'da bir temel hak

¹¹¹¹ Konuya ilişkin öğretideki tartışmalar ve Anayasa Mahkemesi'nin tutumu hakkında bkz. Sağlam (1982), s. 62-84; Kaboğlu (1989), s. 210-214.

¹¹¹² Bazı hukukçular, Anayasa koyucunun genel sınırlama sebepleri oluşturma amacı ile hareket etmesine rağmen maddeyi bu amaca uygun şekilde formüle etmeyi başaramadığını belirterek 11'inci maddenin genel sınırlama kuralı niteliğinde olmadığını savunmaya devam etmişlerdir. Bu yönde görüşler için bkz. Sağlam (1982), s. 66-110.

¹¹¹³ Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 35; Gözler (2009-b), s. 260.

¹¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi, istimlak davaları için avukatlık ücretini üst sınıra bağlayan ve bu sınırı aşan miktarda ücret kararlaştırılması durumunda avukatın cezalandırılmasını öngören kural hakkında verdiği kararda farklı bir yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme, tarafların sözleşme hürriyetine sınırlama getiren bu kuralın kamu yararına uygun olmadığına hükmetmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 1962/286, K. 1963/53, K.T. 07.03.1963, S. 1, s. 129).

ve hürriyet için “*kamu yararı nedeni ile sınırlanabilir*” denilmesi ile “*yasayla sınırlanabilir*” denilmesi arasında pratik açıdan çok fazla fark bulunmamaktadır¹¹¹⁵. Bu bakımdan, kanun koyucunun -öz güvencesini ihlal etmemek kaydı ile- sözleşme hürriyeti üzerine gerçekleştirdiği müdahalelerde çok geniş bir takdir alanına sahip olduğundan söz etmek mümkündür¹¹¹⁶.

Sözleşme hürriyetine kamu yararı amacının yanı sıra Anayasa’nın 11’inci maddesinde zikredilen genel sınırlama sebeplerine dayanılarak da müdahale edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır. Bu soru, “*ancak*” sözcüğü ile vurgulanmış nitelikli yasa kayıtları içeren bütün temel hak ve hürriyetler yönünden önem taşımaktadır. Anayasa koyucu, “*ancak*” ibaresi ile sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasını kamu yararı sebebine özgülediğine göre; 11’inci maddede yer alan kamu düzeni, genel ahlâk, genel sağlık gibi genel sınırlama sebeplerine dayanılarak bu hürriyete müdahale edilememelidir¹¹¹⁷. Anayasa Mahkemesi, gerek 1971 Anayasa değişikliğinden önce gerekse değişiklikten sonra verdiği kararlarda, sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaları münhasıran kamu yararı amacına uygunluk yönünden denetlemiştir. Öte yandan Mahkeme, 11’inci maddede düzenlenen genel sınırlama sebeplerine dayanılarak sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmesi imkânına da açık kapı bırakmıştır¹¹¹⁸. Esasında kamu yararı, 11’inci maddede belirtilen diğer sebepleri de içine alan geniş kapsamlı bir kavram olduğu için sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar bakımından ayrıca genel sınırlama sebeplerine başvurma ihtiyacı doğmamıştır.

¹¹¹⁵ Akıllıoğlu, Tekin, “*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 9, S. 1-3, Y. 1988, s. 14. Benzer yönde bkz. Uygun (1992), s. 128-129.

¹¹¹⁶ Aynı yönde bkz. Battal (2001), s. 51, dipnot 13.

¹¹¹⁷ Aynı yönde bkz. Sağlam (1982), s. 101-102.

¹¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 1971 Anayasa değişiklikleri öncesi verdiği bir kararda bu imkânı vurgu yapmıştır: “*Temel hak ve özgürlüklerin sınırlama nedenleri 11. maddede gösterilmiştir. Özellikle çalışma ve sözleşme özgürlüğü bakımından sınırlama nedenleri 40. maddede dahi açıklanmıştır. Bu Özgürlük Anayasasının 11. maddesinde yazılı nedenlerle; özellikle kamu yararı amacı ile sınırlanabilir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1971/22, K. 1971/54, K.T. 10.06.1971, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 9, Ankara Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1972, s. 529).

c) 1982 Anayasası

aa) 2001 Anayasa Değişiklikleri Öncesi Durum

1982 Anayasası, genel sınırlama sebepleri hakkında öğretideki tartışmalara kesin biçimde son veren bir düzenleme getirmiştir. Anayasa'nın 13'üncü maddesinin özgün haline göre “*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle ... sınırlanabilir*”. Ayrıca maddenin son fıkrasında, bu maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin temel hak ve hürriyetlerin bütünü için geçerli olduğu açık şekilde belirtilmiştir. Bu çerçevede kanun koyucu, bir temel hak veya hürriyete düzenlendiği maddede öngörülen özel sınırlama sebeplerine dayanarak sınırlama getirebileceği gibi Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan genel sınırlama sebeplerine dayanarak da sınırlama getirebilecektir¹¹¹⁹.

Anayasa'nın 48'inci maddesinde sözleşme hürriyeti için herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemiştir¹¹²⁰. Bir hak veya hürriyetin düzenlendiği maddede özel bir sınırlama sebebine yer verilmemiş olması, o hak veya hürriyetin sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Bu ihtimalde, söz konusu hak veya hürriyete yalnızca Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yazılı genel sınırlama sebeplerine dayanılarak sınırlama getirilebilecektir¹¹²¹. Bu bağlamda, kanun koyucunun sözleşme

¹¹¹⁹ Anayasa Mahkemesi bir kararında, Anayasa'da öngörülen genel ve özel sınırlama sebepleri dışındaki bir sebebe bağlı olarak da temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilebileceğini belirtmiştir: “*Kanun koyucu 13. Maddedeki sınırlama nedeniyle yetinmek zorunda değildir. Bunların dışında kalan nedenlere dayanılarak bazı kayıtlar koyabilir. Bu bir takdir sorunudur*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 03.01.1984, S. 20, s. 195). Bu yaklaşımın hatalı olduğu hususunda ayrıca bir izahata gerek yoktur.

¹¹²⁰ Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa Tasarısı'nda, 1961 Anayasası'ndaki düzenleme ile paralel şekilde, sözleşme hürriyetinin ancak kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği öngörülmüştür. Bu düzenleme Danışma Meclisi tarafından aynen kabul edilmişse de Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu sözleşme hürriyeti için özel sınırlama sebebi öngören fıkrayı madde metninden çıkarmıştır. Komisyon'un değişiklik gerekçesinde bu tercihin nedeni açıklanmamıştır. Kamu yararının aynı zamanda Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki genel sınırlama sebeplerinden biri olması bu tercihte etkili olmalıdır.

¹¹²¹ Bu yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1986/12, K. 1987/4, K.T. 11.02.1987, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 23, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1989, s. 81. “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı ikinci kısmın genel gerekçesinde de benzer yönde açıklamalar

hürriyetine Anayasa'nın 13'üncü maddede yer alan dokuz adet sınırlama sebebine dayanarak müdahale etmesi mümkündür¹¹²².

bb) 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Durum

2001 Anayasa değişiklikleri ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlama rejimi yeniden düzenlenmiş ve “öz güvencesi”, “ölçülülük ilkesi”, “laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk” şeklinde yeni sınırlama ölçütleri getirilmiştir. 2001 Anayasa değişikliklerinin getirdiği diğer bir yenilik de bütün temel hak ve hürriyetler için geçerli genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasıdır. Anayasa'nın 13'üncü maddesinin hâlihazırda yürürlükte olan yeni hali şu şekildedir: “*Temel hak ve hürriyetler ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabilir*”.

Genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması ve kanun koyucunun her bir temel hak ve hürriyeti yalnızca düzenlendiği maddede belirtilen özel sınırlama sebeplerine dayanarak sınırlandırabilmesine imkân tanınması olumlu bir adım olarak görülmelidir. Zira her bir temel hak ve hürriyet farklı yaşam alanlarını güvence altına almakta olup nitelikleri ve yapıları itibarı ile diğer hak ve hürriyetlerden ayrılmaktadır. Genel sınırlama sebepleri, temel hak ve hürriyetlerin niteliklerinden doğan farklılıkların göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır¹¹²³. Her bir hak ve hürriyetin özgül niteliği dikkate alınarak kendi bünyesine en uygun düşecek özel sınırlama sebepleri oluşturulması daha güvenceli bir yöntemdir.

Genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması öğretide de büyük ölçüde olumlu karşılanmış ve 2001 Anayasa değişiklikleri neticesinde Anayasa'nın 13'üncü maddesinin genel sınırlama maddesinden genel güvence maddesine dönüştüğü ifade

bulunmaktadır: “Eğer herhangi bir hak veya hürriyete ait bulunan maddede böyle «özel» bir «sebebe» gösterilmemişse, o hak ve hürriyet yalnızca «genel sınırlama sebebi» teşkil eden kavramlara dayanılarak sınırlanabilecek demektir” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 8).

¹¹²² Bu yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1998/25, K. 1998/56, K.T. 29.09.1998, S. 35, C. 1, s. 278.

¹¹²³ Uygun (1992), s. 135-137.

edilmiştir¹¹²⁴. Öte yandan genel sınırlama sisteminden farklılaşmış-kademeli sınırlama sistemine geçilirken yeni sistemin zorunlu kıldığı bazı değişikliklerin yapılması ihmal edilmiştir. Genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması dolayısı ile doğabilecek boşluğu önlemek için her bir temel hak maddesinin yeniden gözden geçirilmesi ve söz konusu hakkın niteliğine uygun düşen sınırlama sebeplerinin ilgili maddelere eklenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır¹¹²⁵. Bu doğrultuda 2001 Anayasa değişiklikleri ile özel hayatın gizliliği (m. 20), konut dokunulmazlığı (m. 21), haberleşme hürriyeti (m. 22), düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26), kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (m. 31), dernek kurma hürriyeti (m. 33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m. 34) ile sendika kurma hakkının (m. 51) düzenlendiği maddelere özel sınırlama sebepleri eklenmiştir. Ancak siyasî partiler arasında uzlaşma sağlanamaması, sorunun öngörülemediği yahut göz ardı edilmiş olması gibi çeşitli nedenler ile temel hak ve hürriyetlerin düzenlediği birçok maddeye özel sınırlama sebepleri eklenememiş; böylece “*sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetler*” şeklinde yeni bir kategori ortaya çıkmıştır¹¹²⁶. Sözleşme hürriyeti de bu kategori içerisine girmektedir. Bu nedenle özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin durumu, öğretide ileri sürülen görüşler ve Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde aşağıda ayrı bir başlık altında irdelenmiştir.

2) Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Sorunu

Anayasa’nın 13’üncü maddesine göre; temel hak ve hürriyetler yalnızca düzenlendikleri maddelerde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilmektedir. Ancak Anayasa koyucu, işkence ve kötü muamele yasağı (m. 17. f. 3), angarya yasağı (m. 18), düşünce ve kanaat hürriyeti (m. 25), hak arama hürriyeti (m. 36),

¹¹²⁴ Tülen, Hikmet, “3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-4, Y. 2001, s. 201; İnceoğlu (2013), s. 23.

¹¹²⁵ Sağlam, Fazıl, “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, s. 289.

¹¹²⁶ Dündar Sezer, Tijen, “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, Y. 2014, s. 377.

çalışma ve sözleşme hürriyeti (m. 48) gibi bazı temel hak ve hürriyetler için herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörmemiştir. İşkence ve kötü muamele yasağı ile düşünce ve kanaat hürriyeti; insan haklarına dayanan, çoğulcu ve demokratik devlet düzeninin özünde yer alan, bu nedenle de sınırlanmasına müsamaha gösterilemeyecek mutlak nitelikli temel haklardır. Nitekim Anayasa'nın 15'inci maddesinde, söz konusu haklara savaş ve olağanüstü hâl durumlarında dahi sınırlama getirilemeyeceği öngörülmüştür. Oysa sözleşme hürriyeti gibi düzenlendiği maddede özel sınırlama sebebine yer verilmeyen diğer temel hak ve hürriyetlere belli ölçülerde sınırlama getirilmesi, toplumsal düzenin tesisi ve muhtelif kamusal menfaatlerin korunması açısından kaçınılmaz bir gereksinimdir. Bu bağlamda, kanun koyucunun sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirmesinin Anayasa'ya uygun olup olmadığı; Anayasa'ya uygun olduğu kabul edildiği takdirde hangi esaslara göre sınırlama getirebileceği araştırılmalıdır.

a) Öğretide Öne Sürülen Görüşler

aa) Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Hürriyetlerin Mutlak Olduğu Görüşü

Gözler tarafından ileri sürülen görüşe göre; Anayasa'nın 13'üncü maddesinin değiştirilerek genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması sonucunda sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetler bütünü ile “*sınırsız*”, “*mutlak*” hâle gelmiştir. Temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceğine göre; kanun koyucu, sınırlama sebebi belirtilmemiş hak ve hürriyetlere hiçbir sınırlama getiremez. Söz konusu hak ve hürriyetlere sınırlama getiren kanun hükümleri, 2001 Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi ile birlikte Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırı hâle gelmiştir. Örneğin Anayasa'nın 48'inci maddesinde çalışma ve sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına yönelik herhangi bir sebep öngörülmediği için herkes dilediği her alanda çalışabilir ve dilediği her sözleşmeyi yapabilir. Bu bağlamda, bir mesleğin icrası yahut bir işyerinin açılması; diploma, izin, ruhsat gibi herhangi bir şarta bağlanamaz. Doktor olmayan birinin hasta tedavi etmesine veya fuhuş amacı ile bir işletme açılmasına kanun hükümleri ile engel olunamaz. Hatta çalışma ve sözleşme

hürriyetinin kapsamına giren fiiller oldukları dikkate alındığında, artık uyuşturucu üretimi ve ticareti bile serbest hâle gelmiştir¹¹²⁷.

bb) Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Hürriyetlerin Nesnel ve Anayasal Sınırlılığı Görüşü

Gözler'in ileri sürdüğü sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin sınırsız olduğu görüşü öğretilde kabul görmemiştir. Sağlam, Alman Anayasa Hukuku öğretisinde geliştirilen "*temel hakların nesnel ve anayasal sınırlılığı*" tezinden hareketle bu görüşe karşı çıkmıştır. Yazara göre; her bir temel hak ve hürriyetin güvence altına aldığı nesnel yaşam alanı birbirinden farklı olup soyut ve içeriksiz hiçbir hak ve hürriyet yoktur. Temel hak ve hürriyetler, kanunî bir düzenleme ya da sınırlama bulunmasa bile kişilere sınırsız bir kullanım olanağı sunmazlar. Her bir hak ve hürriyet, yalnızca nesnel içeriği ve koruma alanı ile sınırlı bir kullanıma cevaz vermektedir. Nesnel sınırları dışında kalan eylemler için söz konusu hak ve hürriyet kişiye herhangi bir güvence sağlamaz. Ayrıca nesnel sınırları haricinde, her bir temel hak ve hürriyet, başka hak ve hürriyetler ile çatıştığı durumlarda pratik uyuşum ilkesi vasıtası ile belli ölçülerde sınırlamaya maruz kalabilecektir. Bu bakımdan, genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması ile sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin mutlak hâle geldiği söylenemeyecektir. Sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin eşyanın tabiatından kaynaklanan bazı nesnel sınırları bulunduğu gibi bu haklara diğer temel hak ve hürriyetler ile anayasal değerlere dayanılarak sınırlama getirilmesi de mümkündür. Esasında Gözler'in çalışma ve sözleşme hürriyeti ile ilgili dikkat çektiği sorunlar da -örnek olarak gösterilen eylemler bu hürriyetin nesnel ve anayasal sınırları dışında kaldığı için- gerçek değil "*görünüşte sorun*" niteliği taşımaktadır¹¹²⁸.

¹¹²⁷ Gözler, Kemal, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, s. 348-351.

¹¹²⁸ Sağlam (2002-a), s. 290-298. Sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusunda Sağlam'ın önerdiği çözüm öğretilde yaygın kabul görmüştür. Bu yönde özellikle bkz. Sağlam, Mehmet, "*Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırı Sorunu*", **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, s. 252-264; Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012, s. 55-57; Tiryaki, s. 130-131; İnçeoğlu (2013), s. 24-25; Özbudun (2018), s. 119-120; Dündar Sezer, s. 407-409. Gözler'in ileri sürdüğü görüşün yabana atılamayacağı yönünde bkz. Bozkurt (2008), s. 151.

b) Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebeplerinin kaldırılarak temel hak ve hürriyetlerin yalnızca özel sınırlama sebeplerine bağlı olarak sınırlandırılması sistemine geçilmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere müdahale eden kanun hükümlerinin denetim esaslarını belirlemesi gerekmiştir. Mahkeme'nin konu hakkındaki kararlarının büyük çoğunluğu, hak arama hürriyeti ile çalışma ve sözleşme hürriyeti üzerinedir. Mahkeme, ilk dönem kararlarında tutarsız ve değişken bir yaklaşım sergilemiş olup çoğu kez ulaştığı sonucu uygun şekilde gerekçelendirmeyi de başaramamıştır. Ancak Mahkeme'nin yaklaşımı zamanla daha net ve belirgin bir hâl almış; konuya ilişkin içtihadı da az çok istikrar kazanmıştır.

Sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin ihlali gerekçesi ile açılan davalara ilişkin bazı Anayasa Mahkemesi kararları, söz konusu hak ve hürriyetlerin mutlaklığı tezini destekler yöndedir. Mahkeme bu davalarda, dava konusu norm ile sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilip getirilmediğini araştırmış; sınırlama getirildiğini tespit ettiğinde -nesnel ve anayasal sınırlar yönünden herhangi bir inceleme yapmaksızın- söz konusu normun iptaline karar vermiştir. Diğer bir ifade ile müdahalenin varlığı, müdahalenin dayanağı olan normun iptali için yeterli sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 2001 Anayasa değişiklikleri yürürlüğe girdikten sonra çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlali iddialarını ilk kez esas yönünden inceleme fırsatı bulduğu davalarda, yukarıda belirtilen yönde kararlar vermiştir. Mahkeme, E. 2001/293, K. 2002/28 Sayılı kararında elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticaretine ilişkin faaliyetlerin sözleşmeler yolu ile özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesi usulüne son veren ve hâlihazırda mevcut olan sözleşmeler ile taahhüt edilen hazine garantilerini hükümsüz sayan kanun hükümlerini denetlemiştir. Sözleşme hürriyeti güvencesinin sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerdiği tespitinde

bulunan Mahkeme, mevcut sözleşmelerin dava konusu kanun hükmü ile sona erdirilmiş olmasını iptal kararı vermek için yeterli görmüştür¹¹²⁹.

Haklarında disiplin kovuşturması yürütülen avukatların başka bir baroya nakil istemlerinin kovuşturma sonuçlanmadan karara bağlanamayacağını emreden kural aleyhine açılan davada, kuralın çalışma hürriyetini sınırlandırdığı tespitinde bulunan Anayasa Mahkemesi, salt bu sebebe dayanarak iptal kararı vermiştir¹¹³⁰:

“Avukatın başka baroya nakil talebiyle ilgili olarak, disiplin kovuşturması sonuçlanana kadar hiçbir işlem yapılmaması ve başka bir baro bölgesinde sürekli olarak çalışmasının engellenmesi, çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasına yol açacak niteliktedir. Anayasa’nın 13. Maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa’nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa’nın çalışma özgürlüğünün düzenlendiği 48. maddesinde bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle çalışma özgürlüğünü sınırlandıran kural Anayasa’nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir”.

Anayasa Mahkemesi’nin hak arama hürriyetine ilişkin ilk içtihatları da benzer yöndedir. Sulh ceza mahkemesinin görevine giren işlere ilişkin düzenlenen iddianamelerde, sanığın açık kimliğinin, uygulanması gereken kanun maddesinin ve esaslı delillerin gösterilmesini yeterli sayan kanun hükmü aleyhine itiraz yoluna başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi’ne göre; dava konusu kural ile sulh ceza mahkemesine gönderilen iddianameler yönünden sanığa yüklenen eylemin ve bunun hukuksal niteliğinin belirtilmesi zorunluluğu ortadan kaldırılarak savunma hakkının gerektiği şekilde, etkin ve amacına uygun olarak kullanılması zorlaştırmıştır. Hak arama hürriyeti için Anayasa’da herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmediğini

¹¹²⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2001/293, K. 2002/28, K.T. 13.02.2002, S. 38, C. 2, s. 573. Aynı yönde bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2001/389, K. 2002/29, K.T. 13.02.2002, S. 38, C. 2, s. 576-582.

¹¹³⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2008/73, K. 2009/120, K.T. 01.10.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 47, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 179.

hatırlatan Mahkeme, bu hürriyete sınırlama getiren kanunun iptaline karar vermiştir¹¹³¹.

Anayasa Mahkemesi, hak arama hürriyetine ilişkin aynı yıl içinde verdiği başka bir kararı ile sınırlama sebebi bulunmayan hak ve hürriyetlerin mutlak hâle geldiği yönündeki tutumunu pekiştirmiştir. Dava konusu kural ile yol, kanalizasyon ve su hizmetlerinden yararlanan taşınmaz sahiplerinin tahakkuk ettirilen katılma paylarına karşı dava açabilmeleri, katılma paylarının yarısını önceden belediyelere ödemeleri şartına bağlanmıştır. Mahkeme, söz konusu kuralın -belediyelerin gelirlerini öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlayabilmelerine ve konuya ilişkin dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesine yardımcı olabileceğini belirtmesine rağmen- iptaline karar vermiştir¹¹³²:

*“Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa’nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa’nın dava hakkının düzenlendiği 36. Maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa’nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir”*¹¹³³.

¹¹³¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/48, K. 2002/36, K.T. 20.03.2002, S. 38, C. 2, s. 600-606.

¹¹³² Anayasa Mahkemesi, E. 2001/5, K. 2002/42, K.T. 28.03.2002, S. 38, C. 2, s. 625-627. Anayasa Mahkemesi’nin hak arama hürriyetine ilişkin benzer yönde başka kararları da bulunmaktadır: *“Anayasa’da özel bir sınırlandırma nedeni öngörülmemiş olan hak arama özgürlüğünün itiraz konusu kuralla sınırlandırılması, Anayasa’nın 13. maddesine de aykırıdır”* (Anayasa Mahkemesi, E. 2003/7, K. 2005/71, K.T. 18.10.2005, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 42, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2007, s. 391). *“Anayasa’nın hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesinde bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunda özel bir sebebe yer verilmemesi nedeniyle tümcede geçen ve sınırlamaya yol açan “... ancak...” sözcüğü Anayasa’nın 13. ve 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir”* (Anayasa Mahkemesi, E. 2007/33, K. 2010/48, K.T. 24.03.2010, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 47, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 876).

¹¹³³ Anayasa Mahkemesi, iptali istenen kuralın, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını emreden Anayasa hükmüne (m. 141. f. 4) hizmet ettiğini tespit etmiş; buna rağmen pratik uyum ilkesini uygulayarak hak arama hürriyeti ile söz konusu Anayasa hükmünü dengeleme seçeneğini reddetmiştir. Kanaatimizce Anayasa’nın 141’inci maddesinin 4’üncü fıkrası hükmü hak arama hürriyetine yönelik müdahalenin dayanağı olarak kabul edilip dava konusu kuralın ölçülülük ilkesi veya öz güvencesine aykırılık nedeni ile iptali daha uygun olurdu.

Sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin mutlaklığı yönünde verilen kararlar istisna niteliğinde olup Anayasa Mahkemesi, Gözler’in de dikkat çektiği üzere, absürt sonuçlar doğurma potansiyeli olan bu yaklaşımı büyük ölçüde terk etmiştir. Mahkeme, 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında salt özel sınırlama sebebi bulunmaması nedenine dayanarak herhangi bir iptal kararı vermemiştir¹¹³⁴. Mahkeme’nin konuya ilişkin güncel içtihadı, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin, diğer hak ve hürriyetler yahut anayasal değerler ile dengelenmesi yönündedir. Bu yöntemde, sınırlamayı meşru gösteren bir Anayasa hükmü dayanak olarak kullanılarak sebebe bağlılık ölçütü aşılmakta; ardından müdahalenin ölçülülük, öz güvencesi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütlerine uygunluğu denetlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere ilişkin 2001 Anayasa değişiklikleri sonrası içtihadı incelendiğinde, bu yöntemi ilk dönem kararlarında dahi uyguladığı görülmektedir¹¹³⁵. Mahkeme, E. 2001/309, K. 2002/91 Sayılı kararında, görevinden ayrılan hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevrelerinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmalarını yasaklayan kuralın çalışma hürriyetini ihlal ettiği iddiasını incelemiştir. Bu kararda, çalışma hürriyeti için herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olması, kuralın iptali bakımından yeterli görülmemiş; dava konusu kural ile getirilen sınırlamanın

¹¹³⁴ Dündar Sezer, s. 397. Anayasa Mahkemesi, 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra da özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren kuralları, “*müdahalenin meşru bir sebebe dayanmaması*” gerekçesi ile iptal etmiştir. Ancak bu kararlarında Mahkeme, iptal sebebini söz konusu hak ve hürriyetlerin sınırlanamaz olmasına değil müdahaleye dayanak teşkil edecek herhangi bir Anayasa-içi kanıt bulunmamasına dayandırmıştır. Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, S. 57, C. 2, s. 830.

¹¹³⁵ Esasında 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebepleri kaldırılmadan önce de Anayasa Mahkemesi’nin bu yöntemi uyguladığı bazı kararları bulunmaktadır. Süreli ve süresiz yayınların dağıtımını yapan gerçek ve tüzel kişileri her türlü günlük yayımı dağıtmakla yükümlü kılan; böylece bu kişiler için sözleşme yapma zorunluluğu getiren kurala ilişkin karar burada zikredilebilir. Mahkeme, söz konusu kural ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirildiğini kabul etmekle birlikte bu sınırlamanın basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak önlemleri alma hususunda devlete verilen görevin (Anayasa m. 28. f. 3) yerine getirilmesi amacına yönelik olduğunu tespit etmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 1996/70, K. 1997/53, K.T. 05.06.1997, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 39, C. 1, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2004, s. 19-22). Mahkeme’nin bu tespiti yaptıktan sonra dava konusu kuralı demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü yönünden esaslî biçimde denetlememiş olması eleştiriye açıktır.

Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138'inci maddesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir. Sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin diğer hak ve hürriyetler yahut anayasal değerler ile dengelenmesi gerekliliği, “Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi” ile gerekçelendirilmiştir¹¹³⁶:

“Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur”.

Anayasa Mahkemesi, çalışma hürriyetine müdahalenin dayanağı olarak mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini gösterdikten sonra, dava konusu kuralın Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan diğer sınırlama ölçütlerine uygunluğunu denetlemiştir. Yargı çevresinin bazı durumlarda bütün ülkeyi kapsayabileceğini de göz önünde bulunduran Mahkeme, çalışma hürriyetinin ölçüsüz şekilde sınırlandırıldığını belirterek dava konusu kuralın iptaline karar vermiştir¹¹³⁷.

Anayasa Mahkemesi, iki bin liraya kadar adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine karşı temyiz yoluna başvurulamayacağını öngören kuralı denetlediği kararında da dengeleme yöntemine başvurmuştur. Mahkeme'ye göre; hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş ise de bu hürriyetin kapsamı belirlenirken davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını emreden Anayasa hükmünün (m. 141. f. 4) göz önünde bulundurulması şarttır. Bu çerçevede, Yargıtay'ın iş yükünün artmasını önlemek için

¹¹³⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2001/309, K. 2002/91, K.T. 15.10.2002, S. 39, C. 1, s. 146.

¹¹³⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2001/309, K. 2002/91, K.T. 15.10.2002, S. 39, C. 1, s. 146-147. TBMM, iptal edilen kuralı, iki yıl süre ile avukatlık yapma yasağını yüksek yargı ve bölge mahkemeleri hâkim, savcı ve raportörleri yönünden hizmet gördükleri mahkeme veya daireler ile sınırlandırarak benzer şekilde tekrar yasalaştırmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kural hakkında da iptal kararı vermiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2009/67, K. 2009/119, K.T. 01.10.2009, S. 47, C. 1, s. 165-172.

önemsiz sayılabilecek bazı suçlar dolayısı ile ceza mahkemelerince verilen adlî para cezalarına karşı temyiz yolunun kapatılmış olması tek başına hak arama hürriyetinin ihlali sonucunu doğurmaz. Ancak dava konusu kural ile hapis cezasından çevrilen adlî para cezalarına ilişkin mahkûmiyet kararları için de temyiz yolu kapatılmıştır. Bu ihtimalde, temyiz sınırının altında kalan miktarda adlî para cezasına mahkûm olan kişi, devlet memuru olma, milletvekili seçilme, siyasi partilere üye olma gibi birtakım hakları kullanmaktan da yoksun kalabilecektir. Kişi hakkında bu tarz ağır sonuçlar doğurabilecek bir suçtan dolayı verilecek mahkûmiyet kararını önemsiz veya hafif sayma olanağı bulunmadığını vurgulayan Mahkeme, hak arama hürriyetini ihlal ettiği gerekçesi ile dava konusu kuralın iptaline karar vermiştir¹¹³⁸.

Özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak sınırlama getirilebileceğini kabul eden Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda söz konusu hak ve hürriyetlerin eşyanın tabiatından kaynaklanan birtakım nesnel sınırları bulunduğunu da ifade etmektedir. Mahkeme, özellikle hak arama hürriyetinin ihlali iddiası ile açılan davalarda nesnel sınırlar teorisine başvurmaktadır. Söz konusu davalarda, dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin düzenlemeler, *“hak arama hürriyetinin doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar”* şeklinde nitelendirilmektedir. Ancak Mahkeme'ye göre; bu düzenlemelerin de Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan güvencelere aykırı olmaması gerekmektedir¹¹³⁹.

¹¹³⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2006/65, K. 2009/114, K.T. 23.07.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 46, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2010, s. 1459-1469.

¹¹³⁹ Çok sayıda karar arasından bu yönde örnek kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2012/20, K. 2012/132, K.T. 27.09.2012, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s. 1571-1572; Anayasa Mahkemesi, E. 2012/40, K. 2012/158, K.T. 18.10.2012, S. 50, C. 3, s. 1947; Anayasa Mahkemesi, E. 2010/83, K. 2012/169, K.T. 01.11.2012, S. 50, C. 3, s. 2133. Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan yaklaşımı eleştiriye açıktır. Dava konusu kurallar ile hak arama hürriyetinin norm alanının belirlenmiş olduğu tespit edilmesine rağmen söz konusu kuralların ayrıca Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki ölçütlere uygunluğunun denetlenmesi bir çelişki yaratmaktadır. Zira bir temel hakkın norm alanının belirlenmesi, söz konusu hakka müdahale edildiği anlamı taşımaz. Getirilen düzenleme temel hakkın norm alanını daraltmıyorsa, bu düzenlemenin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlama ölçütlerine uygunluğunun denetlenmesine ihtiyaç yoktur. Düzenlemenin temel hakkın norm alanını belirlemekle kalmayıp aynı zamanda bu alanı

Yukarıda örnek olarak aktarılan kararlar, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin güncel yaklaşımını yansıtmaktadır. Mahkeme, sınırlamayı meşru gösteren bir Anayasa hükmünü sınırlama sebebi gibi kullanarak yahut temel hak ve hürriyetlerin nesnel sınırları teorisine başvurarak müdahaleyi sebebe bağlılık ölçütü yönünden Anayasa'ya uygun bulmakta; ardından müdahalenin ölçülülük, öz güvencesi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütlerine uygunluğunu denetlemektedir. Sınırlamaya ilişkin bir anayasal dayanak bulunmadığı ve getirilen düzenlemenin ilgili temel hak ve hürriyetin nesnel sınırları kapsamında olmadığı durumlarda ise *“müdahalenin meşru bir sebebe dayanmaması”* gerekçesi ile iptal kararı verilmektedir¹¹⁴⁰.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren kuralları denetlerken sebebe bağlılık ölçütünü büsbütün göz ardı ettiği bazı kararları da bulunmaktadır. Mahkeme bu kararlarında, müdahaleye dayanak teşkil eden herhangi bir Anayasa-içi kanıt sunmaksızın ve ilgili temel hak ve hürriyetin nesnel sınırlarını tespit etme çabası göstermeksizin -sanki Anayasa'nın 13'üncü maddesinde bulunan ölçütlerden birisi değilmiş gibi- sebebe bağlılık ölçütünü görmezden gelerek doğrudan müdahalenin 13'üncü maddedeki diğer ölçütlere uygunluğunu denetlemiştir.

Kamu ihalelerinde suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiası ile haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilen kişilerin, yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının yasaklanmasını öngören kural hakkında verilen karar, Anayasa Mahkemesi'nin bu hatalı tutumuna örnek teşkil etmektedir. İptal talebine konu kural, haklarında yasaklılık yaptırımı uygulanan kişilerin kamu ile sözleşme yapma olanaklarını ortadan kaldırmak sureti ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirmektedir. Dolayısıyla sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kuralın -özel sınırlama sebeplerine bağlılık ölçütü de dâhil olmak üzere- Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçütlere uygun olması

daraltığının kabul edilmesi durumunda ise temel hakkın nesnel sınırlarına vurgu yapılmasının bir anlamı kalmamaktadır. Bu yönde bkz. Dündar Sezer, s. 401.

¹¹⁴⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, S. 57, C. 2, s. 830.

gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçe ile dava konusu kuralın sözleşme hürriyetini ihlal ettiği iddiasını reddetmiştir¹¹⁴¹:

“Anayasa’nın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest bulunduğu belirtilmiştir. Kamu ihaleleri ile sınırlı olarak ve kamu yararı gözetilerek getirilen ve geçici süreli nitelik taşıyan bu önlemin, kamu ihalelerinde yasak fiil veya davranışta bulunduğu iddiasıyla yargılanması devam eden sanıkların dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetini ihlal ettiği söylenemez”.

Mahkeme bu kararında, sözleşme hürriyeti için herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemiş olması sorununa değinmediği gibi sınırlamayı meşru gösterecek bir anayasal dayanak da sunmamıştır. Söz konusu yasağın “kamu yararı gözetilerek” getirilmiş olduğu tespiti de -sözleşme hürriyeti hakkında “kamu yararı“ şeklinde bir özel sınırlama sebebi öngörülmediği için- herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Dava konusu kuralın sözleşme hürriyetini ihlal etmediğini kanıtlamak için getirilen yasağın “kamu ihaleleri ile sınırlı” ve “geçici süreli” olduğuna vurgu yapılmış olması, Mahkeme’nin ölçülülük ilkesi yönünden bir denetim gerçekleştirdiğini göstermektedir. Ancak Anayasa’nın 13’üncü maddesinde öngörülen şartlar kümülatif nitelikte olup müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olması Anayasa’ya uygunluğuna hükmetmek için tek başına yeterli değildir. Kararda, dava konusu kural ile sözleşme hürriyetine gerçekleştirilen müdahalenin özel sınırlama sebeplerine bağlılık ölçütüne uygun olup olmadığı hususunda hiçbir değerlendirme yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, konut ve çatılı işyeri kiralarında, on yıllık uzama süresinin dolması üzerine kiraya verene sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı sağlayan kuralı denetlediği kararında da özel sınırlama sebebi bulunmayan sözleşme hürriyeti bakımından sebebe bağlılık ölçütünü göz ardı etmiştir. İptal talebine konu kural ile eski kanun döneminde geçerli olan, kiraya verenin sözleşme süresinin bitimine bağlı olarak sözleşmeyi sona erdirememesi esası kaldırılmış; on yıllık uzama süresinin

¹¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2007/68, K. 2010/2, K.T. 14.01.2010, S. 47, C. 1, s. 445.

dolması ve on yıllık süreyi izleyen uzama yılının bitiminden en az üç ay önce yazılı bildirimde bulunması şartı ile kiraya verene herhangi bir sebep göstermeksizin ve tazminat ödemeksizin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verilmiştir. 6101 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (m. 1), sözleşmelerin sona ermesi bakımından derhal uygulama ilkesini benimsediği için eski kanun döneminde yapılmış kira sözleşmeleri de on yıllık uzama süresinin dolması üzerine kiraya veren tarafından sona erdirilebilecektir. Ancak hâlihazırda on yıllık uzama süresi dolmuş olan kira sözleşmeleri bakımından bir geçiş hükmü öngörülerek bu sözleşmelerin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra sona erdirilebilmesi hükme bağlanmıştır (6101 Sayılı Kanun Geçici Madde-2).

İptal talebine konu kanun ile eski kanun döneminde kurulmuş ve etkilerini yeni kanun döneminde sürdüren kira sözleşmelerine dışarıdan müdahale edilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere; bir sözleşme ilişkisinde, taraf iradeleri ile kanunun emredici hükümleri ortak bir bütün oluşturmaktadır. Taraflar bir sözleşme oluşturmaya karar verirken hak ve yükümlülüklerini yürürlükteki hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirmekte ve sözleşme koşullarını bu kuralları göz önünde tutarak belirlemektedirler. Bu çerçevede, eski kanun döneminde bir kira sözleşmesine taraf olan kiracı, kiraya verenin sözleşme süresinin bitimini yahut sözleşmenin kurulması üzerinden belli bir zaman geçmiş olmasını gerekçe göstererek sözleşmeyi sona erdiremeyeceği varsayımı ile hareket etmektedir. Oysa iptal talebine konu kural, kiraya verene, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl geçtikten sonra kira sözleşmesini kiracının rızası hilafına sonlandırma yetkisi tanımaktadır. Bu durum, sözleşme hürriyetine karşı gerçekleştirilmiş açık bir müdahale niteliği taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak on yıllık uzama süresinin dolması üzerine kiraya verene sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı sağlayan kuralı denetlemiştir. Sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmediğini belirten Mahkeme, bu hürriyetin bazı nesnel sınırları bulunduğuna ve diğer anayasal hükümlere dayanılarak bu hürriyete sınırlama getirilebileceğine dikkat çekmiştir.

Ardından müdahalenin ölçülülük ilkesine uygunluğunu denetleyerek aşağıdaki gerekçe ile iptal talebini reddetmiştir¹¹⁴²:

“Sözleşme özgürlüğü, tarafların serbest iradeleriyle belirledikleri koşullar çerçevesinde sözleşmenin sona erdirilmesi yetkisini de kapsamaktadır. Bu nedenle, tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisini kısıtlayan hükümlerin, sözleşme özgürlüğüne müdahale teşkil etmemesi için Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması gerekmektedir... Belirli süreli kira sözleşmelerinde kural, sürenin dolması halinde kiracının sözleşmeyi sona erdirebilmesidir. Buna karşılık, kanun koyucu kiraya verenin, kira süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sonlandırabilmesine imkân tanımamıştır. Amaç, kiracının korunması ve bu suretle kamu yararının sağlanmasıdır. Bununla birlikte itiraz konusu kuralla, kiraya verene, sözleşme özgürlüğü gözetilerek, sözleşme süresi ve on yıllık uzama süresi dikkate alındığında uzun bir süre için kiralanan şeye dolaysız zilyet olamaması nedeniyle belirli koşulların gerçekleşmesi halinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır. Kuralla, kiracının korunmasındaki kamu yararı amacı ile kiraya verenin sözleşme özgürlüğü arasındaki makul denge, kiraya verene herhangi bir sebebe dayanmaksızın sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının, sözleşmenin bitiminden itibaren on yıllık uzama süresi sonunda sağlanmasıyla kurulmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahale ölçüsüz değildir”.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 13’üncü maddesindeki diğer ölçütleri göz ardı ederek denetimini ölçülülük ilkesi ile sınırlamıştır. Mahkeme, sözleşme hürriyetinin bazı nesnel sınırları bulunduğunu ve diğer anayasal hükümlere dayanılarak bu hürriyete sınırlama getirilebileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, kararda söz konusu nesnel sınırların tespitine yönelik bir ibare bulunmadığı gibi sınırlamayı meşrulaştıran bir anayasal dayanak da yer almamaktadır. Bu bakımdan, Mahkeme’nin müdahaleyi Anayasa’ya uygun bulurken sebebe bağlılık engelini nasıl

¹¹⁴² Anayasa Mahkemesi, E. 2015/102, K. 2016/151, K.T. 07.09.2016, S. 53, C. 2, s. 1038-1039.

aştığını anlamak mümkün değildir. İptal talebine konu kural ile sözleşme hürriyetine getirilen sınırlama, “*kiracının korunmasındaki kamu yararı amacı*” ile açıklanmaktadır. Ancak “*kamu yararı*” sözleşme hürriyetinin özel sınırlama sebebi olmadığı gibi kanun koyucuya “*kiracının korunması*” şeklinde görev yükleyen özel bir anayasal hüküm de yer almamaktadır. Oysa kiraya verenin sözleşme hürriyetine sınırlama getiren söz konusu kural için anayasal dayanak teşkil edebilecek bir hüküm Anayasa’da mevcuttur. Mahkeme, sosyal devlet ilkesini (Anayasa m. 2) sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın dayanağı olarak kullanabilir; kanun koyucunun sözleşme hürriyeti ile sosyal devlet ilkesi arasında makul bir denge kurup kurmadığını denetleyebilirdi.

Anayasa Mahkemesi, sözleşmelerin sona ermesini yeni kanun hükümlerine tabi tutan ve on yıllık uzama süresi dolmuş olan kira sözleşmelerinin iki yıl geçtikten sonra kiraya veren tarafından sonlandırılabilmesine olanak tanıyan kuralları da denetlemiştir. Mahkeme, söz konusu kurallar ile eski kanun döneminde kurulmuş bir sözleşmenin geçersiz kılınmadığını veya sona ermiş bir sözleşmeye müdahale edilmediğini belirtmiş; hukukî sonuçlarını doğurmaya devam ettiren bir sözleşmenin sona ermesi yönünden yeni kanun hükümlerine tabi kılınmasının kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde olduğuna karar vermiştir¹¹⁴³.

Yukarıda da açıklandığı üzere, kiracının rızası hilafına sözleşmenin sona erdirilmesine olanak tanıyan bu kurallar, yürürlükte olan sözleşmelere müdahale niteliği taşımakta olup sözleşme hürriyetini sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, sınırlamanın Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan ölçütlere uygun olması gerekmektedir. Mahkeme ise dava konusu kurallar ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirilip getirilmediği konusunda net bir tespit yapmadığı gibi Anayasa’nın 13’üncü maddesi üzerinden herhangi bir denetim de gerçekleştirilmemiştir. Kanaatimizce, dava konusu kurallar, kiraya verenin mülkiyet hakkının korunması şeklinde meşru bir amaca hizmet etmektedir. On yıllık uzama süresi dolmuş olan kira sözleşmelerinin derhâl değil kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl geçtikten sonra sonlandırılabilceği göz önüne alındığında müdahalenin ölçüsüz olduğu da

¹¹⁴³ Anayasa Mahkemesi, E. 2015/102, K. 2016/151, K.T. 07.09.2016, S. 53, C. 2, s. 1042-1043.

söylenemeyecektir. Bu bakımdan, Mahkeme'nin ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte, bir temel hak ve hürriyet sınırlamasını salt kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak gerekçelendirmiş olması eleştiriye açıktır.

Özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda Anayasa Mahkemesi'nin takındığı bir diğer hatalı tutum, söz konusu hak ve hürriyetler için “*kamu yararı*”, “*kamu düzeni*”, “*milli güvenlik*” gibi çeşitli sınırlama sebepleri icat etmiş olmasıdır. Gerçekten de Mahkeme, bazı kararlarında - sanki 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebepleri kaldırılmamış gibi- söz konusu kavramları özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaları meşrulaştırmak için kullanmıştır¹¹⁴⁴.

Anayasa Mahkemesi, sigorta şirketlerinin yönetim ya da denetiminde bulunan ve bunlar adına imza atmaya yetkili kişilerin eşlerinin sigorta eksperliği yapamayacağını öngören kuralı denetlediği kararında, herhangi bir Anayasa-içi kanıt ile somutlaştırmaksızın kamu yararı kavramını çalışma hürriyeti açısından sınırlama sebebi olarak kullanmıştır. Anayasa'nın 48'inci maddesinde çalışma hürriyeti için özel sınırlama sebebi öngörülmemiş olması sorununu görmezden gelen Mahkeme, iptal talebine konu kuralın kamu yararına uygun olduğuna hükmetmiştir¹¹⁴⁵:

“Sigorta eksperliği mesleğinin gerekleri ile tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri göz önünde tutularak, mesleğin icrasında dürüstlüğü ve güveni egemen kılmak için diğer sigorta unsurlarıyla aralarındaki ilişkileri ve faaliyet alanını da değerlendirmek suretiyle, ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarını ya da etik değerleri zedeleyebilecek durumları engellemek amacıyla, yasakoyucunun gerekli önlemleri almasının kamu yararının bir gereği olduğu kuşkusuzdur”.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi “*kamu yararı*” kavramını bir sınırlama sebebi olarak kullanarak çalışma hürriyetine sınırlama getiren kuralı sebebe bağlılık

¹¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde tutumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oder (2012), s. 143-150.

¹¹⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/11, K. 2011/93, K.T. 09.06.2011, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 48, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012, s. 1713.

ölçütü yönünden Anayasa'ya uygun bulmuştur. Ancak çalışma hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 48'inci maddesinde “*kamu yararı*” bir sınırlama sebebi olarak öngörülmediğine göre, Mahkeme'nin hangi yöntemi kullanarak bu sınırlama sebebini türetmiş olduğu soru işaretidir. Kararda bu yönde bir açıklık bulunmamakla birlikte, madde gerekçesinden yapılan alıntı dikkate alındığında, Mahkeme'nin kamu yararı sınırlama sebebini türetirken gerekçede yer alan “*bu özgürlükler, kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilir*” cümlesini dayanak aldığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, Anayasa'nın 48'inci maddesinde yer almayan bir sınırlama sebebini madde gerekçesine başvurarak türetmiştir¹¹⁴⁶. Madde gerekçeleri, tarihsel yorum yönteminin önemli araçları olsalar da hukukî bağlayıcılıktan yoksundurlar. Ayrıca 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebepleri kaldırıldığı için madde gerekçesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetinin kamu yararı amacı ile sınırlandırılacağı yönündeki ifade, Anayasa sistemi bakımından bütün değerini yitirmiştir¹¹⁴⁷. Bu basit gerçek karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin madde gerekçesine başvurarak Anayasa metninde yer almayan yeni bir sınırlama sebebi icat etmiş olması anlaşılır değildir¹¹⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararında da kamu yararı sebebi ile çalışma ve sözleşme hürriyetine sınırlama getirilebileceği görüşünü tekrarlamıştır. İptal talebine konu kurallar ile terör örgütleri ile iltisaklı veya irtibatlı olan kişilerin arabuluculuk ve bilirkişilik faaliyetlerinde bulunmaları yasaklanmıştır. Getirilen bu yasak ile çalışma hürriyetinin sınırlandırılmış olduğunu tespit eden Mahkeme, kuralın Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçütlere uygunluğunu

¹¹⁴⁶ Benzer yönde bkz. Bozkurt (2008), s. 147; Oder (2012), s. 145-146; Gözler (2017), s. 358; Dündar Sezer, s. 395-396. Yazarlar bu tespiti, yukarıda açıklanan Tuzla Tersanelerine ilişkin karar (E. 2003/70, K. 2005/14) hakkında yapmışlardır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu kararında, Anayasa'nın 48'inci maddesinin gerekçesini aktarmış olmasına rağmen kamu yararı kavramını bir sınırlama sebebi olarak kullanmamıştır. Mahkeme, iptal talebine konu kural ile sözleşme hürriyetine müdahale edilmediğine kanaat getirdiği için Anayasa'nın 13'üncü maddesi yönünden herhangi bir inceleme yapmamış; dolayısı ile sebebe bağlılık ölçütünü de uygulamamıştır.

¹¹⁴⁷ Oder (2012), s. 146.

¹¹⁴⁸ Dava konusu kuralı sebebe bağlılık ölçütü yönünden Anayasa'ya uygun bulan Mahkeme, söz konusu kişilerin, eşlerinin ortağı ya da yönetici olduğu sigorta şirketlerinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda eksperlik görevini yapmalarının zaten mümkün olmadığını dikkate alarak, bu mesleği icra etmelerinin bütünü ile yasaklanmış olmasını çalışma hürriyetine ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirmiş ve kuralın iptaline karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 2009/11, K. 2011/93, K.T. 09.06.2011, S. 48, C. 3, s. 1714).

denetlemiştir. Mahkeme, düzenlendiği maddede özel sınırlama sebebi öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlerin de bazı nesnel sınırları bulunduğunu ve diğer anayasal hükümlere dayanılarak bu hürriyetlere sınırlama getirilebileceğini belirttikten sonra, sınırlama sebebi bulunmayan çalışma hürriyetine kamu yararı sebebine bağlı olarak sınırlama getirilebileceğine karar vermiştir. Kamu yararı sebebi bu defa madde gerekçesinden değil “devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı Anayasa’nın 5’inci maddesinden türetilmiştir:¹¹⁴⁹:

“Anayasa’nın 5. maddesinde demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Yapılan tüm hukuki işlemlerin amacına uygun olarak doğru, tarafsız ve güvenilir bir şekilde yapılmasını temin etmek, böylece kamu yararını gerçekleştirmek suretiyle kişilerin ve toplumun huzur ve güvenliğini sağlamanın devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevler kapsamında kaldığında tereddüt bulunmamaktadır. Bu yönüyle, tüm hukuki işlemlerin amacına uygun olarak doğru, tarafsız ve güvenilir bir şekilde yapılmasını temin etmek suretiyle kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla çalışma hürriyeti ve hakkının sınırlanması mümkündür”.

Anayasa Mahkemesi, arabuluculuk ve bilirkişilik faaliyetlerinin terör örgütleri ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan kişiler tarafından yerine getirilmesinin kamu yararının sağlanması amacına yönelik olduğunu ifade ederek çalışma hürriyetine

¹¹⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/89, K. 2019/84, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 26-27. Bu yönde başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2015/41, K. 2017/98, K.T. 04.05.2017, S. 54, C. 1, s. 398-399.

sınırlama getiren kuralı sebebe bağıllık ölçütü yönünden Anayasa'ya uygun bulmuştur¹¹⁵⁰.

Mahkeme, aynı gün içinde verdiği başka bir kararında, Anayasa'nın 5'inci maddesinden bu kez “*milli güvenlik*” sınırlama sebebini türetmiştir. İptal talebine konu kanun hükmü ile terör örgütleri ile irtibatlı veya iltisaklı bulunan gerçek ve tüzel kişilerin kamu ihalelerine katılması yasaklanmıştır. Söz konusu kural ile bireylerin çalışma ve sözleşme hürriyetine müdahale edildiğini tespit eden Mahkeme, aşağıda aktarılan gerekçe ile müdahalenin meşru bir sebebe dayandığına hükmetmiştir¹¹⁵¹:

*“Terörle mücadele ederek kişilerin ve toplumun huzur ve güvenliğini sağlamanın devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu ödevler kapsamında kaldığında tereddüt bulunmamaktadır. Bu yönüyle millî güvenliğin sağlanması amacıyla çalışma ve sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmesi mümkündür... Millî güvenlik kuşkusuz kamu ihalelerine katılım yönünden işin doğasından kaynaklanan bir sınırlama sebebi olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda terör örgütleri ile irtibat veya iltisakı tespit edilenlerin kamu ihalelerine katılmamasını öngören kuralın millî güvenlik amacı ile öngörüldüğü ve anayasal anlamda meşru bir amaç taşıdığı söylenebilir. Belirtilen amaca yönelik olarak kanun koyucu tarafından idari önlemler öngörülebileceği açıktır”*¹¹⁵².

Anayasa Mahkemesi, bu iki karardaki yaklaşımı ile Anayasa'nın 13'üncü maddesinde bulunan “*özel sınırlama sebeplerine bağıllık*” ölçütünü büsbütün işlevsiz kılmıştır. Mahkeme, kamu yararının ve millî güvenliğin sağlanması amacı ile çalışma ve sözleşme hürriyetine sınırlama getirilebileceğini açıkça beyan etmiştir. Mahkeme bu sonuca, “*devletin temel amaç ve görevleri*” başlıklı Anayasa'nın 5'inci maddesini

¹¹⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/89, K. 2019/84, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 27-30. Bu yönde başka bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/78, K. 2022/114, K.T. 13.10.2022, § 236-238.

¹¹⁵¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 53-54.

¹¹⁵² Dava konusu kural, sebebe bağıllık ölçütü yönünden Anayasa'ya uygun bulunsa da çalışma ve sözleşme hürriyetine orantısız bir sınırlama getirdiği gerekçesi ile iptal edilmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 55-56).

referans alarak ulaşmaktadır. Mahkeme’ye göre; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak devletin temel görevleri arasında yer aldığı için devlet bu amacı gerçekleştirmek üzere temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirebilecektir. Bu akıl yürütmenin mantıkî sonucu, yalnızca çalışma ve sözleşme hürriyetine değil özel sınırlama sınırlama sebebi bulunmayan bütün temel hak ve hürriyetlere “*kamu yararı*” ve “*millî güvenlik*” gerekçesi ile sınırlama getirilebilecek olmasıdır. Hatta düzenlendiği maddede özel sınırlama sebepleri bulunan temel hak ve hürriyetlere de -söz konusu sebeplerin yanı sıra- “*kamu yararı*” ve “*millî güvenlik*” gerekçesi ile sınırlama getirilebilecektir. Dahası Mahkeme, Anayasa’nın 5’inci maddesinden “*kamu yararı*” ve “*millî güvenlik*” sebeplerinin türetilmesini mümkün gördüğüne göre; doğrudan madde metninde geçen “*Türk milletinin bağımsızlığının ve bütünlüğünün korunması*”, “*ülkenin bölünmezliğinin korunması*”, “*Cumhuriyet’in ve demokrasinin korunması*”, “*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunun sağlanması*” şeklindeki kavramları, bütün temel hak ve hürriyetler için geçerli birer sınırlama sebebi olarak kullanmasının önünde de herhangi bir engel olmasa gerektir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı, 2001 Anayasa değişiklikleri ile kaldırılan “*genel sınırlama sebeplerinin diriltilmesi*” anlamı taşımaktadır¹¹⁵³. Eğer kanun koyucu “*kamu yararı*” ve “*millî güvenlik*” sebeplerine dayanarak bütün temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirebilecekse söz konusu genel sınırlama sebeplerinin Anayasa’nın 13’üncü maddesinden çıkarılmasının ne anlamı kalmıştır! Mahkeme, bu yaklaşımı ile talî kurucu iktidarın iradesini hiçe saymış ve Anayasa’nın 13’üncü

¹¹⁵³ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/110, K. 2021/85 sayılı kararında, Anayasa’nın 5’inci maddesini dayanak olarak kullanarak bu kez “*kamu düzeni*” sınırlama sebebini türetmiştir: “*Anayasa’nın 5. maddesine göre kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak devletin temel amaç ve görevlerindendir. Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın ön koşulu millî güvenliğin ve kamu düzeninin tesisidir. Kanun hükümlerinin uygulanmasını gerçekleştirmek ise kamu düzeninin sağlanması için gerekli şartların başında gelmektedir. Millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanmadığı bir ortamda hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanılması mümkün değildir. Bu kapsamda devletin hak ve özgürlükleri koruma ödevinin yanında millî güvenliği ve kamu düzenini sağlama görevi de bulunmaktadır... Bu yönüyle kişilerin çalışma özgürlüğüne ve hakkına sınırlama getiren kuralların devletin Anayasa’nın 5., 48. ve 167. maddelerinde belirtilen pozitif yükümlülükleri kapsamında millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ve sağlanması biçiminde anayasal açıdan meşru bir sınırlama amacına sahip olduğu görülmektedir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2019/110, K. 2021/85, K.T. 11.11.2021, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 59, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2023, s. 375-376). Öyle anlaşıyor ki, Anayasa Mahkemesi çok kısa süre içerisinde, 2001 Anayasa değişiklikleri ile kaldırılan dokuz adet genel sınırlama sebebini Anayasa’nın 5’inci maddesi aracılığı ile teker teker diriltecektir.

maddesinde yer alan “*temel hak ve hürriyetler ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabilir*” hükmünü pratik açıdan uygulanamaz kılmıştır. Bu yaklaşımı benimsemeye devam ettiği sürece, Mahkeme’nin bir daha temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren bir kanun hükmünü sebebe bağlılık ölçütü yönünden Anayasa’ya aykırı bulup iptal edebilmesi fiilen imkânsızdır. Zira kanun koyucunun temel hak ve hürriyetlere yönelik her türlü müdahalesi, kolaylıkla Anayasa’nın 5’inci maddesinde yer alan soyut ve belirsiz kavramlar ile ilişkilendirilip meşrulaştırılabilecektir.

Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı, çatışan iki Anayasa hükmünün pratik uyum ilkesi vasıtası ile dengelenmesi olarak da görülemez. Anayasa’nın 5’inci maddesi, sınırları az çok belirli bir alanda ve/veya spesifik olarak bir temel hak ve hürriyete ilişkin devlete tedbir alma yükümlülüğü veren Anayasa hükümlerinden ayrılmaktadır. Anayasa’nın 5’inci maddesinde, her türlü devlet faaliyetinin yönelmesi gereken genel amaçlar düzenlenmiştir. Eğer kanun koyucu maddede zikredilen amaçlardan daha farklı bir amaç güdüyorsa; diğer bir ifade ile çıkarılan kanun hükmü, maddede zikredilen amaçlardan en az birisi ile uyum içinde değilse bu hükmün zaten Anayasa’nın 5’inci maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptali gereklidir. Bununla birlikte, temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren bir kanun hükmünün Anayasa’nın 5’inci maddesinde zikredilen amaçlardan birine hizmet etmesi, o hükmü meşru bir sınırlama sebebine dayanma zorunluluğundan muaf kılmaz. Anayasa koyucu, bir temel hak ve hürriyete hangi amaçlar ile sınırlama getirilebileceğini söz konusu hak ve hürriyetin düzenlendiği maddede özel olarak belirtmiştir. Temel hak ve hürriyetlere, ilgili maddelerinde belirtilen “*özel amaçlar*” dışında başka bir amaç güdülerek sınırlama getirilemez. Bu bakımdan Anayasa’nın 5’inci maddesi ile özel sınırlama sebeplerine bağlılık ölçütünün yer aldığı Anayasa’nın 13’üncü maddesi ve temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği maddeler arasında “*genel hüküm-özel hüküm*” (*lex generalis-lex specialis*) ilişkisi mevcuttur. “*Özel hüküm, genel hükmü ilga eder*” (*lex specialis derogat legi generali*) kuralı uyarınca, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar açısından Anayasa’nın 5’inci maddesine başvurulması gerekli değildir. Anayasa’nın 5’inci maddesi ile çalışma ve sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa’nın 48’inci maddesi arasında

gerçek anlamda bir çatışma olmadığına göre; bu iki Anayasa hükmünün pratik uyuşum ilkesi vasıtası ile dengelenmesine de ihtiyaç yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin eleştiriye açık başka bir tutumu da bazı durumlarda sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahaleleri görmezden gelmesidir. Gerçekten de iptal talebine konu bir kural ile hem sınırlama sebebi bulunan bir temel hak ve hürriyete hem de sınırlama sebebi bulunmayan bir temel hak ve hürriyete birlikte müdahale edilmiş olması durumunda, Mahkeme denetimini sınırlama sebebi bulunan temel hak ve hürriyet ile sınırlı tutabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 3083 Sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun 13'üncü maddesinin iptali istemi ile yapılan itiraz başvurusunda bu yönde bir hatalı yaklaşımı benimsemiştir. İptal istemine konu kural ile uygulama alanı ilan edilen bölgelerde; kamulaştırma, toplulaştırma, arazi değiştirilmesi ve dağıtım işlemlerinin tamamlanması veya tapuya tescili sonuçlandırılıncaya kadar arazinin mülkiyet ve zilyetliğinin devir ve temlik, ipotek edilmesi ve satış vaadine konu edilmesi yasaklanmıştır. Mahkeme, malikin mülkü üzerinde tasarruf etme yetkisine kısıtlama getiren bu kuralı mülkiyet hakkı yönünden denetleyerek Anayasa'ya uygun bulmuştur. Dava konusu kuralın sözleşme hürriyetine müdahale teşkil ettiği açık olmasına rağmen Mahkeme Anayasa'nın 48'inci maddesi yönünden herhangi bir denetim gerçekleştirilmemiştir¹¹⁵⁴.

Eğitim-öğretim kurumları ve ibadethanelere yüz metreden daha yakın mesafede alkollü içki satışı yapan işletme sahiplerinin, işletmelerini birinci ve ikinci derece kan hısımları haricinde üçüncü kişilere devretmesini yasaklayan kural hakkında verilen karar da bu hatalı tutumu yansıtmaktadır. Mahkeme, alkollü içki satış yetkisi tanıyan alkol satış belgesi ve iş yeri açma ruhsatını ekonomik bir değer olarak kabul etmiş ve öngörülen devir yasağının işletmenin ekonomik değerini azaltmak sureti ile mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğine hükmetmiştir. Ancak

¹¹⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/60, K. 2013/104, K.T. 03.10.2013, S. 50, C. 8, 5879-5890.

mülkiyet hakkına yönelik müdahale, kamu yararı amacına uygun ve ölçülü bulunarak iptal talebinin reddine karar verilmiştir¹¹⁵⁵.

Kişinin, malvarlığına dâhil olan bir ekonomik değeri sözleşme ile üçüncü kişilere devredilme imkânını kısıtlayan söz konusu kural, mülkiyet hakkının yanı sıra sözleşme hürriyetine de sınırlama getirmektedir. Ancak Mahkeme, iptal talebine konu kural ile ilgili görmediği için Anayasa'nın 48'inci maddesi yönünden herhangi bir denetim gerçekleştirmemiştir. Kuralın sözleşme hürriyetine uygunluğu da denetlenmiş olsa idi haliyle müdahalenin kamu yararı amacına uygun olduğu yönündeki tespit tek başına yeterli olmayacak; sebebe bağlılık ölçütünün karşılanması için müdahaleye olanak veren bir Anayasa-içi kanıt sunulması gerekecekti. Hâlbuki Mahkeme, sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamayı göz ardı ederek kendisini bu zahmetten kurtarmıştır.

3) Sözleşme Hürriyetinin Sınırları ve Dengelenmesi

Öğretideki ağırlıklı görüşe ve Anayasa Mahkemesi'nin genel yaklaşımına göre; özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetler mutlak nitelikte değildir. Söz konusu hak ve hürriyetlerin birtakım nesnel ve anayasal sınırları bulunduğu gibi bu haklara diğer temel hak ve hürriyetler ile anayasal değerlere dayanmak sureti ile sınırlama getirilmesi de mümkündür. Düzenlendiği maddede herhangi bir sınırlama sebebi öngörülme-yen sözleşme hürriyeti bakımından da aynı tespit geçerlidir. Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaları denetlerken kullandığı standart formül şu şekildedir¹¹⁵⁶:

“Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer

¹¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/95, K. 2014/176, K.T. 13.11.2014, S. 52, C. 3, s. 1573-1577.

¹¹⁵⁶ Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2016/154, K. 2017/106, K.T. 31.05.2017, S. 54, C. 1, s. 455.

verilmeyen hakların diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması da mümkün bulunmaktadır”.

Bu kısımda sözleşme hürriyetinin nesnel ve anayasal sınırları ile diğer anayasal hükümler ile nasıl dengelenebileceği araştırılmıştır. Ancak öncelikle Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmünün niteliği incelenerek bu hükmün sözleşme hürriyeti bakımından sınırlama sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusuna cevap aranmıştır.

a) Anayasa m. 48. f. 2 Hükümünün Hukukî Niteliği

Anayasa’nın 48’inci maddesinin ilk fıkrasında çalışma, sözleşme ve teşebbüs hürriyetleri güvence altına alınmış; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*” hükmüne yer verilmiştir. Öğretide Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmünün niteliği ve sözleşme hürriyeti ile bağlantısı hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Ulusoy tarafından ileri sürülen bir görüşe göre; söz konusu hükümde geçen “*milli ekonominin gerekleri*” ve “*sosyal amaçlar*” ibareleri, hem teşebbüs hürriyeti hem de çalışma ve sözleşme hürriyeti bakımından birer sınırlama sebebi niteliği taşımaktadır. Yazar, ulaştığı bu sonucu teşebbüs hürriyeti ile çalışma ve sözleşme hürriyeti arasında yakın bir bağlantı bulunması ile gerekçelendirmektedir¹¹⁵⁷:

“Kanımızca Anayasanın bu maddesinde çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile özel teşebbüs kurma hakkı birbirinden ayrılamaz bir bütün olarak görülmektedir. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü özel teşebbüs kurma hakkının varolmasını sağlayan en önemli araçlardır. Bu iki özgürlük

¹¹⁵⁷ Ulusoy, Ali, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 98. Aynı yönde görüş için bkz. Atasoy, s. 101. Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmünün sözleşme hürriyeti için sınırlama sebebi olarak kabul edildiği istisnai nitelikli bazı Anayasa Mahkemesi kararları da bulunmaktadır: “*Maddenin ikinci fıkrasındaki “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” hükmüyle, çalışma ve sözleşme hürriyetlerine bazı sınırlamaların getirilebileceği belirtilmiştir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1990/4, K. 1990/6, K.T. 12.04.1990, S. 26, s. 136). “*Millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaç kapsamında alınacak tedbirler nedeniyle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması mümkündür*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2016/179, K. 2017/176, K.T. 28.12.2017, S. 55, C. 1, s. 451).

olmadan özel teşebbüs kurma hakkının gerçek anlamda bulunması mümkün değildir. Hatta özel teşebbüs kurma hakkının çalışma ve sözleşme özgürlüğünün somutlaşmış halinden veya “mütemmim cüzü”nden başka bir şey olmadığı, bu iki özgürlüğün özel teşebbüs kurma hakkının içeriğini (muhtevasını) oluşturduğu bile söylenebilir. Dolayısıyla Maddenin 2. fıkrasındaki milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar gereğince devlete tanınan sınırlama hak ve yetkisinin özel teşebbüs kurma hakkı vasıtasıyla çalışma ve sözleşme özgürlüğü için de var olduğunu kabul etmek zorunludur”.

Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Şüphesiz teşebbüs hürriyeti ile sözleşme hürriyeti arasında çok sıkı bir bağlantı bulunduğu inkâr edilemez. Sözleşme hürriyetinin güvence altına alınmadığı bir durumda bütüncül bir teşebbüs hürriyeti güvencesinden de söz edilemez. Daha önce de belirtildiği üzere, sözleşme hürriyeti, diğer birçok temel hak ve hürriyetin yanı sıra, teşebbüs hürriyetinin kullanımına da aracılık eder¹¹⁵⁸. Zira teşebbüs hürriyetin en önemli boyutlarından biri olan şirket kurma hakkı, şirket sözleşmesi aracılığı ile kullanıldığı gibi kişilerin iktisadî ve meslekî faaliyetlerini serbestçe yürütebilmeleri de bu faaliyetleri yürütürken ihtiyaç duydukları sözleşmeleri serbestçe oluşturabilmelerine bağlıdır. Bu bakımdan, sözleşme hürriyeti ile teşebbüs hürriyetinin norm alanlarının kesiştiği geniş bir saha bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Ancak aralarında böylesine sıkı bir bağlantının bulunması ne bu iki hürriyeti birbiri ile özdeş kılar ne de bunlardan birisi hakkında ihdas edilen bir hükmün zorunlu olarak diğerine de uygulanması sonucunu doğurur. Sözleşme hürriyeti ile teşebbüs hürriyeti, farklı yaşam alanlarını güvence altına alan, müstakil iki ayrı hürriyettir¹¹⁵⁹. Bu hürriyetlerin norm alanları arasında mutlak bir örtüşmeden söz edilemez. Sözleşme hürriyeti; özel teşebbüsler ile herhangi bir ilgisi olmayan, ekonomik alanının bütünü ile dışında kalan yahut ekonomik boyutu ikinci planda kalan sayısız sözleşme ilişkisini de güvence altına almaktadır. Benzer şekilde, işletmenin organizasyon yapısının tasarımı ve çalışma saatlerinin tespiti örneklerinde olduğu gibi, teşebbüs hürriyetinin sözleşme hürriyeti ile bağlantılı olmayan farklı

¹¹⁵⁸ Bkz. IŞ-IV-C

¹¹⁵⁹ Benzer yönde bkz. Tiryaki, s. 165.

boyutları da mevcuttur. Bu bakımdan, devlete tedbir alma ödevi yükleyen Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü salt özel teşebbüsleri konu almakta olup bu hükmün sözleşme hürriyeti bakımından sınırlama sebebi işlevi gördüğünün kabulü mümkün değildir¹¹⁶⁰.

Anayasa'nın 48'inci maddesinin tarihsel yorumu da ikinci fıkra hükmünün sözleşme hürriyetinin sınırlama sebebi olmadığı sonucunu doğrulamaktadır. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa Tasarısı'nda çalışma ve sözleşme hürriyeti ile teşebbüs hürriyeti ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü, Tasarı'da çalışma ve sözleşme hürriyetinin düzenlendiği 50'nci madde içerisinde değil; özel teşebbüs hürriyetinin düzenlendiği 51'inci madde içerisinde yer almaktadır. Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu, çalışma ve sözleşme hürriyeti ile teşebbüs hürriyetini 48'inci madde altında birleştirmiş; devlete özel teşebbüslere ilişkin tedbir alma görevi yükleyen söz konusu hükmü de bu maddeye aktarmıştır.

Esasında Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün teşebbüs hürriyeti için öngörölmüş bir sınırlama sebebi olduğu dahi şüphelidir. Hüküm, biçimsel yapısı itibarı ile temel hak ve hürriyetler için sınırlama sebebi öngören diğer anayasal hükümlerden ayrılmaktadır¹¹⁶¹. Anayasa'da yer alan temel hak normlarının genel yapısı incelendiğinde, öncelikle güvence altına alınan yaşam alanının ifade edildiği; ardından kanun koyucunun hangi sebeplere dayalı olarak bu yaşam alanına müdahale edebileceğinin düzenlendiği görölmektedir. Anayasa koyucu, sınırlama sebeplerini düzenlerken genellikle “... hakkı/hürriyeti ... amacı/sebebi ile kanun ile sınırlanabilir” şeklinde bir cümle yapısını tercih etmektedir. Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün cümle yapısı itibarı ile daha farklı nitelikte olduğu açıktır. Ayrıca bir temel hak ve hürriyet için sınırlama sebebi öngörölmüş

¹¹⁶⁰ Aynı yönde bkz: “Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması için açık bir sebep gösterilmemiştir. Her ne kadar muhterem çoğunluk, 48. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve özel teşebbüslerin çalışmalarına ilişkin tedbirlerin alınması amacıyla devlete verilen görevi, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına olanak veren bir neden gibi kabul etmiş ise de, bahse konu ikinci fıkranın bu şekilde anlaşılmasının temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güçlendirilmesi amacına uymadığı düşüncesindeyim” (Anayasa Mahkemesi, E. 2003/66, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005, S. 44, C. 1, Osman Alifeyyaz Paksüt'ün Karşı Oy Yazısı, s. 124).

¹¹⁶¹ Aynı yönde bkz. Oder (2010), s. 67.

olması, kanun koyucuyu söz konusu hak ve hürriyete sınırlama getirme yükümlülüğü altına sokmaz. Kanun koyucu, öngörülen sınırlama sebeplerine dayalı olarak temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirebileceği gibi bu sebepler gerçekleşmesine rağmen herhangi bir sınırlama da getirmeyebilir. Anayasa tarafından kendisine verilen sınırlama yetkisini kullanıp kullanmamak bütünü ile kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır¹¹⁶². Oysa Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü devlete, “*özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma*” görevi yüklemektedir. Şüphesiz “*program norm*” niteliğinde olan bu düzenlemeye dayanarak kanun koyucuyu harekete geçmeye zorlama olanağı yoktur. Ancak bu durum, söz konusu hüküm ile devlete bir yetki değil görev verilmiş olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu bağlamda, hükümde geçen “*milli ekonominin gerekleri*” ve “*sosyal amaçlar*” teknik anlamda birer sınırlama sebebi olmayıp Anayasa'nın bu alanda devlete yüklediği ödevin unsurları niteliği taşımaktadır¹¹⁶³.

Öğretide ileri sürülen başka bir görüşe göre, Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü, çalışma ve sözleşme hürriyeti bakımından bir anayasal sınır

¹¹⁶² Gözler (2017), s. 223. Aynı yönde bkz. Uygun, Oktay, “1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları”, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 278.

¹¹⁶³ Sağlam (2002-a), s. 292. Aynı yönde bkz. Tiryaki, s. 168-170. Sınırlama sebeplerine yaklaşan bir düzenleme tekniğinden söz edilebileceği yönünde bkz. Oder (2012), s. 132-133. Krş. Tan (2015), s. 41-42. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünü teşebbüs hürriyetinin sınırlama sebebi olarak değerlendirmiştir: “*Anayasa'nın 48. maddesinde, özel teşebbüs özgürlüğü mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş olup maddenin ikinci fıkrasında, "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."* hükmüne yer verilmek suretiyle “*millî ekonominin gerekleri*” ve “*sosyal amaçlar*”la bu özgürlüğe sınırlamalar getirilebilmesine imkân sağlanmıştır. Nitekim maddenin gerekçesinde de “*Devlet, kamu yararı olan hallerde ve millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınırlamalar getirebilir*” denilerek, “*millî ekonominin gerekleri*” ve “*sosyal amaçlar*”ın özel teşebbüs özgürlüğü yönünden birer sınırlama sebebi olduğu vurgulanmıştır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2015/34, K. 2015/48, K.T. 13.05.2015, S. 52, C. 5, s. 3037). Aynı yönde başka kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/88, K. 2015/68, K.T. 13.07.2015, S. 52, C. 6, s. 3687; Anayasa Mahkemesi, E. 2023/32, K. 2023/138, K.T. 26.07.2023, **13 Ekim 2023 Tarihli ve 32338 Sayılı Resmî Gazete**, § 28. Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin farklı temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar bakımından Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünü dayanak olarak kullandığı çeşitli kararları da bulunmaktadır. Eğer Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü, teşebbüs hürriyeti için öngörülmüş bir sınırlama sebebi niteliğinde ise bu hükmü başka temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaları haklılaştırmak için başvurulamamalıdır.

teşkil etmektedir¹¹⁶⁴. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, anayasal sınırlar, bir temel hak ve hürriyetin doğrudan doğruya Anayasa tarafından öngörülen sınırlarını ifade eder. Anayasa koyucu bir temel hak ve hürriyeti sınırlı şekilde tanımış ve normal şartlar altında o hak ve hürriyetin güvencesi kapsamı içinde görülebilecek bazı kullanım biçimlerini kapsam dışında bırakmış olabilir. Bu durumda, temel hak ve hürriyet doğrudan Anayasa ile sınırlandırılmış olduğu için kanun koyucunun bu sınırları somutlaştırması, teknik anlamda sınırlama sayılmaz¹¹⁶⁵. Anayasal sınırlara ilişkin kanunî bir düzenleme yapılsa bile bu kurucu (inşai) değil yalnızca açıklayıcı (izharî) nitelik taşır¹¹⁶⁶. Kanaatimizce Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünü, sözleşme hürriyetinin anayasal sınırı olarak değerlendirme olanağı yoktur. Anayasa koyucunun sözleşme hürriyetini 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü ile sınırlı şekilde tanıdığı söylenemeyeceği gibi söz konusu fıkra hükmü ile sözleşme hürriyetinin bazı kullanım biçimleri yasaklanmış da değildir.

Bu açıklamaların ardından Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün niteliğini ve sözleşme hürriyeti ile bağlantısını ortaya koymak gereklidir. 1982 Anayasası, ekonomik model tercihini yansıtan açık bir düzenleme içermemekle beraber, ekonomik hayatın işleyişini düzenleme ve gerektiğinde bu alana müdahale etme konusunda devleti görevlendiren bazı hükümlere yer vermiştir. Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası da -planlama yapma (m. 166), piyasaları denetleme ve dış ticareti düzenleme (m. 167), tüketicileri koruma (m. 172) hususunda devlete görev yükleyen hükümler ile birlikte- devletin "*ekonomik kamu düzeni*"ni sağlamak üzere ekonomik hayata müdahalesinin anayasal dayanağını oluşturan hükümler arasında yer almaktadır¹¹⁶⁷. Bu bağlamda, söz konusu fıkra hükmünün devlete tedbir alma/düzenleme görevi yükleyen diğer Anayasa hükümlerinden nitelik itibarı ile hiçbir farkı yoktur. Aynı madde içinde düzenlenmiş olmalarına rağmen sözleşme

¹¹⁶⁴ Sağlam (2002-a), s. 292.

¹¹⁶⁵ Sağlam (1982), s. 30.

¹¹⁶⁶ Özbudun (2018), s. 113.

¹¹⁶⁷ Gürzumar, Osman Berat, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 51, dipnot 51. Bu yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1985/16, K. 1986/5, K.T. 04.03.1986, S. 22, s. 74.

hürriyeti ile devlete özel teşebbüsler ile ilgili tedbir alma görevi yükleyen ikinci fıkra hükmü arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamaktadır. Bu hüküm, sözleşme hürriyetinin sınırlama sebebi yahut anayasal sınırı niteliğinde değildir. Şüphesiz devlete verilen “*tedbir alma*” görevi oldukça geniş kapsamlı olup temel hak ve hürriyetlere dair düzenleme yapma ve hatta sınırlama getirme olanağını da içermektedir. Devlet, bu görevini ifa ederken diğer temel hak ve hürriyetlerin yanı sıra, sözleşme hürriyetine de belli ölçülerde sınırlama getirebilecektir¹¹⁶⁸. Ancak bu durum, sözleşme hürriyetine getirilen her türlü sınırlamanın Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmü dayanak olarak kullanılarak haklılaştırılması sonucunu doğurmaz. Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar bakımından Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmünün dayanak olarak kullanılabilmesi için alınan tedbirin mutlak surette özel teşebbüslere ilişkin olması gereklidir. Sözelimi eşlerin sözleşme yapma yetkisini kısıtlayan veya avukat ile müvekkil arasındaki sözleşme ilişkilerine müdahale eden bir kanun hükmünün denetimi esnasında, ikinci fıkra hükmü hiçbir fonksiyon icra etmez. Benzer şekilde, konut kiralari için kira bedelinde azamî artış oranı tespit eden bir kanun hükmü, ikinci fıkroda geçen “*milli ekonominin gerekleri*” ve “*sosyal amaçlar*” ibareleri gerekçe gösterilerek haklılaştırılmaz.

Özetle, sözleşme hürriyetinin Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası ile ilişkisi, diğer Anayasa hükümleri ile ilişkisinden daha farklı nitelikte değildir. Sözleşme hürriyeti, diğer temel hak ve hürriyetler veya anayasal değerler ile çatışabileceği gibi Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmü ile de çatışabilir. Bu bağlamda “*özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak*” üzere alınan bir tedbir ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmesi durumunda, ortada çatışan iki anayasal hüküm söz konusudur ve bu çatışmanın dengeleme yöntemi ile çözümü gereklidir.

¹¹⁶⁸ Bu yönde bkz. Sağlam (2002-a), s. 292; Gürzumar, s. 50-51; Oder (2010), s. 67; Oder (2012), s. 132-133; Tan (2015), s. 53-54; Atasoy, s. 68.

b) Nesnel (Objektif) Sınırlar Teorisi ve Sözleşme Hürriyeti

Anayasa'nın 48'inci maddesinde herhangi bir özel sınırlama sebebi mevcut olmadığına ve ikinci fıkra hükmü de sınırlama sebebi niteliği taşımadığına göre, sözleşme hürriyeti özel sınırlama sebebi öngörülmeleyen temel hak ve hürriyetler kategorisi içerisinde yer alır. Ancak bu kategori içerisinde yer alması, sözleşme hürriyetini “*mutlak hak*” statüsüne yükseltmez. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması üzerine Gözler, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin mutlak hâle geldiği görüşünü ileri sürmüştü ve fakat bu görüş, Anayasa Mahkemesi ve öğretinin çoğunluğu tarafından reddedilmiştir. Mahkeme ve öğretinin bu görüşe karşı çıkarken başvurdukları temel argümanlardan birisi Friedrich Müller tarafından geliştirilen “*nesnel (objektif) sınırlar teorisi*”dir¹¹⁶⁹.

Müller'e göre, hiçbir temel hak sınırsız şekilde güvence altına alınmış değildir. Hukukî niteliklerine bağlı olarak, temel hakların kendilerine özgü içkin sınırları bulunmaktadır¹¹⁷⁰. Anayasal hukuk düzeni içindeki konumları, temel hakların sınırsızlığını imkânsız kılar¹¹⁷¹. Ancak yazar, bütün temel hak normlarının açık yahut yazılı olmayan bir sınırlama kaydı içerdiği görüşünü de reddeder¹¹⁷². Ona göre; temel hakların sınırsız olmaması, norm alanlarının nesnel sınırlılığının bir sonucudur¹¹⁷³. Her bir temel hak, normatif yapısı gereği yalnızca belli bir nesnel alanda etkili olur¹¹⁷⁴. Bu bağlamda, doktrinel açıdan öncelikli olan mesele, temel hakların nasıl

¹¹⁶⁹ Nesnel sınırlar teorisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal, “*Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı*” **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 47, S. 1, Ocak 1990, s. 46-47; Hakyemez, Yusuf Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, S. 2, Y. 2002, s. 22-24; Atakan, Arda, “*Friedrich Müller'in “Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı” Teorisi Üzerine Bir İnceleme*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, Y. 2010, s. 7-27; Yılmaz Coşkun, Sibel, **Anayasal Hakların Çatışması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 338-347; Sağlam (1982), s. 47-52; Uygun (1992), s. 54-57; Sağlam (2002-a), s. 290-291; Sağlam (2002-b), s. 255-259; Alexy (2010), s. 202-206; Uygun (2013), s. 283-285; Gözler (2017), s. 216-219.

¹¹⁷⁰ Müller, Friedrich, **Die Positivität der Grundrechte**, Berlin, 1969, s. 41'den aktaran Alexy (2010), s. 202.

¹¹⁷¹ Müller (1969), s. 44'ten aktaran Alexy (2010), s. 202.

¹¹⁷² Müller (1969), s. 40'tan aktaran Alexy (2010), s. 202.

¹¹⁷³ Müller (1969), s. 55'ten aktaran Sağlam (1982), s. 47.

sınırlanacağı değil norm programı ve norm alanının analizi ile araştırılacak olan geçerlilik muhtevalarının nereye kadar uzandığıdır¹¹⁷⁵.

Müller'e göre; yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları söz konusu hakkın geçerlilik alanı içerisindedir. Diğer bir ifade ile normun koruduğu temel hak kullanımı, norm alanının sağladığı özgül (spesifik) eylem olanakları ile sınırlıdır¹¹⁷⁶. Buna karşılık, bir temel hak kullanımı ile yalnızca dışsal, arızî bir bağlantı içinde gözüken eylem biçimleri, söz konusu temel hak normunun geçerlilik alanı içerisinde yer almaz¹¹⁷⁷. Bir eylem biçiminin ilgili temel hakkın norm alanı bakımından özgül nitelikte olup olmadığı “*ikame edilebilirlik (değiştirilebilirlik) testi*” vasıtası ile tespit edilebilir. Buna göre; ikame edilebilir nitelikte olan, diğer bir ifade ile norm alanı içinde eşit değerde, alternatif bir kullanımın olanaklı olduğu eylem biçimleri özgül sayılamaz¹¹⁷⁸. Bu test, temel hakların kullanımı ile tesadüfi/rastlantısal olarak gerçekleşen kullanım durumlarını birbirinden ayırmaya yardımcı olmaktadır¹¹⁷⁹.

Müller; temel hakların güvencelediği özgül eylem biçimleri ile norm alanı dışında kalan tesadüfi/rastlantısal eylem biçimleri arasındaki farkı, yoğun trafik olan bir kavşakta resim yapmak isteyen sanatçı örneği üzerinden açıklamaktadır. Müller'e göre; sınırlama kaydı içermeyen sanat hürriyeti (1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 5. f. 3), resim yapma eylemini güvence altına almakta ise de bu eylemin yoğun trafik olan bir kavşakta icra edilmesini güvence altına almaz. Bu nedenle, kavşaklarda resim yapılmasını yasaklayan bir kanun, temel hakkın norm alanı içinde yer alan herhangi bir özgül eylem olanağına sınırlama getirmez¹¹⁸⁰. Söz konusu yasak, sanat hürriyeti ile ilişkili ve fakat bu hürriyetin norm alanı içinde yer

¹¹⁷⁴ Sağlam (1982), s. 47.

¹¹⁷⁵ Müller (1969), s. 87'den aktaran Sağlam (1982), s. 49.

¹¹⁷⁶ Müller (1969), s. 73-75'ten aktaran Sağlam (1982), 50.

¹¹⁷⁷ Müller (1969), s. 75'ten aktaran Sağlam (1982), 50.

¹¹⁷⁸ Müller (1969), s. 101'den aktaran Alexy (2010), s. 203.

¹¹⁷⁹ Müller (1969), s. 96'dan aktaran Alexy (2010), s. 203.

¹¹⁸⁰ Müller (1969), s. 73'ten aktaran Alexy (2010), s. 204.

almayan bir eyleme yöneliktir¹¹⁸¹. Böyle bir kanun herhangi bir ihlale sebebiyet vermediği gibi bu kanunun çıkarılması için temel hakkın sınırlama kaydı bulunmasına da gerek yoktur¹¹⁸². Aynı durum, yol kavşaklarında vaaz veya siyasî nutuk verilmesinin yahut bir müzisyenin gecenin bir yarısı sokaklarda veya ince duvarları olan kiralanmış bir konutta trompet çalmasının yasaklanması örnekleri için de geçerlidir¹¹⁸³.

Nesnel sınırlar teorisi, kademeli sınırlama sisteminin açıkta bıraktığı sanılan birçok soruna, temel hakların norm alanlarından ve geçerlilik içeriklerinden hareketle çözüm getirme potansiyeline sahiptir. Bu teori uyarınca, ilk bakışta sınırlama gibi gözükken birçok yasal önlem, aslında ilgili olduğu temel hakkın norm alanı dışında kaldığı için teknik anlamda sınırlama olarak kabul edilmemektedir¹¹⁸⁴. Bu bağlamda sınırlama kaydı içermeyen temel haklar bile kişilere sınırsız bir kullanım olanağı sunmamaktadır. Zira her bir temel hak, yalnızca kendi norm alanı üzerinde normatif koruyucu etkiye sahip olup bu alanın dışında kalan kullanım biçimleri açısından herhangi bir güvence sağlamaz¹¹⁸⁵. Bir yasal düzenleme ancak temel hakkın norm alanını daralttığı takdirde söz konusu hakka sınırlama getirmiş sayılır ve ancak bu hâlde sınırlama sebebine dayanma zorunluluğu ortaya çıkar¹¹⁸⁶.

Türk hukuk öğretisinde, sözleşme hürriyeti ile bağlantılı olan birçok yasal düzenlemenin nesnel sınırlar teorisine başvurularak Anayasa'ya uygun kabul edildiği görülmektedir. Örneğin ahlâka aykırı sözleşmeleri geçersiz sayan Borçlar Kanunu

¹¹⁸¹ Alexy (2010), s. 204.

¹¹⁸² Müller (1969), s. 64'ten aktaran Alexy (2010), s. 204.

¹¹⁸³ Alexy (2010), s. 204.

¹¹⁸⁴ Sağlam (1982), s. 51. Temel hakların “sınırlanması” ile “sınırlılığı” farklı anlamlara gelmektedir. Sınırlama, temel hak ile korunan alana dışarıdan müdahale edilerek bu alanın daraltılması anlamına gelirken sınırlılık, dışarıdan yapılan bir müdahaleden değil bizzat hakkın yapısından/doğasından kaynaklanır. Bu nedenle, kanun koyucunun temel haklara getirdiği sınırlamalar kurucu (konstitütif) nitelik taşırken; hakların nesnel sınırlarını somutlaştıran düzenlemeler açıklayıcı (deklaratif) niteliktedir. Diğer bir ifade ile temel hakların nesnel sınırlarının pozitif hukuk metinlerinde belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Bu sınırlar, herhangi bir pozitif hukuk metninde yer alsa da almasa da mevcut durumdadır (Sağlam (1982), s. 33; Hakyemez (2002), s. 22; Atakan, s. 7-8; Uygun (2013), s. 284; Gözler (2017), s. 211-212).

¹¹⁸⁵ Uygun (1992), s. 54.

¹¹⁸⁶ Sağlam (1982), s. 130.

hükmünün (818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu m. 20; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 27) Anayasa'ya uygunluğunu araştıran Sağlam, ahlâka aykırı sözleşmelerin zaten sözleşme hürriyetinin norm alanı içinde yer almadığını; bu nedenle söz konusu hükmün sözleşme hürriyetine herhangi bir sınırlama getirmediğini ileri sürmektedir. Sağlam'a göre; konusu ve amacı ahlâka aykırı sözleşmeler, sözleşme hürriyetinin nesnel koruma alanı ile özgül bağlantı içinde olmayan, yalnızca arızî veya tesadüfî bir bağlantının mevcut olduğu kullanım biçimleridir. Konuya tarihsel bir bakış açısı ile yaklaşan Sağlam, sözleşme hürriyetinin sınırlarının, henüz Anayasa'nın üstünlüğünün ve Anayasa yargısının ortaya çıkmadığı bir dönemde, çeşitli ülkelerde kabul edilen Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri ile tespit edilmiş olduğunu ifade etmektedir. Sözleşme hürriyetinin kanun koyucuyu da bağlayacak şekilde anayasal güvence altına alınması, bu hürriyetin ilke olarak söz konusu kanunlarda yer alan geleneksel içeriği ile resepsiyonu anlamına gelmektedir¹¹⁸⁷. Bu bağlamda, kamu düzeni ve ahlakâ aykırılık gibi sözleşme hürriyeti bakımından geleneksel kabul görmüş sınırlama nedenlerini “*anayasa altı hukukun, anayasa tarafından zorunlu bir ön koşul olarak kabul edilmesi*” şeklinde değerlendirmek gereklidir¹¹⁸⁸.

Kanaatimizce bu görüş iki açıdan hatalıdır. İlk olarak Sağlam, sözleşme hürriyetinin ahlâka aykırılık sebebi ile sınırlı şekilde tanındığı sonucuna Anayasa-altı normları referans almak sureti ile ulaşmaktadır ki bu yöntem Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile açıkça çelişmektedir. Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin mantıkî sonucu olan “*özerk yorum ilkesi*”, bir temel hak ve hürriyetin kapsamı ve içeriğinin Anayasa-altı normlardan hareketle tespit edilmesine engel teşkil etmektedir. Kaldı ki Türk

¹¹⁸⁷ Sağlam (2002-a), s. 292-293.

¹¹⁸⁸ Sağlam, Fazıl, “*Friedrich Müller Öğretisinin Türk Anayasa Hukuku Öğretisi Üzerindeki Etkisi*”, Müller, Friedrich, **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, (Çev. Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam), Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 82. Sözleşme hürriyetinin genel ahlâka aykırı bir alanda kullanılmasının temel hakkın koruma alanı dışında kalacağı yönünde bkz. Çelik, Fatma, **Medeni Hukukta ve Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 20. Gözler'e göre; ahlâka aykırı nitelikte sözleşme yapılmasının yasaklanması, sözleşme hürriyeti bakımından bir “*sınırlılık*” hâli değil “*sınırlama*” hâlidir. Ahlâka aykırı sözleşme yapma olanağı, sözleşme hürriyetinin norm alanı içerisindedir. Zira kişilerin ahlâka aykırı sözleşmeler ile ulaşmak istedikleri sonuca başka bir yöntem ile ulaşmaları hukuken mümkün değildir (Gözler (2017), s. 354-355).

hukukunda sözleşmeler bakımından ahlâka aykırılık sınırına yer veren ilk hukukî metin olan 818 Sayılı Borçlar Kanunu, sözleşme hürriyetini ilk kez anayasal güvence altına alan 1924 Anayasası'nın kabul edildiği tarihten sonra çıkarılmıştır. Bir temel hak ve hürriyetin geçerlilik muhtevasının kendisinden sonra çıkarılan bir kanun hükmü esas alınarak belirlenmesi mümkün olmasa gerektir.

İkinci olarak, temel hak ve hürriyetlerin norm alanları belirlenirken ilk ihdas edildikleri dönemde mevcut olan hukukî ve sosyo-politik durumun tek başına referans alınması, hak ve hürriyetleri statik-durağan bir alan içerisine hapsedebilir ve onları zamanın değişen ihtiyaçlarına cevap verme yeteneğinden yoksun kılar. Oysa temel hak ve hürriyetler dinamik bir yapıya sahiptir ve zamanın koşullarına uygun olarak yorumlanmalıdır¹¹⁸⁹. Gerçekten de başlangıçta temel hak ve hürriyetin nesnel koruma alanı ile özgül bağlantı içinde görülmeyen pek çok kullanım biçimi, yargıcın dinamik/gelişmeci yorumu neticesinde söz konusu hakkın güvencesi kapsamına dâhil olabilmektedir. Örneğin -eşcinsel ilişkilerin suç sayıldığı bir dönemde pozitif hukuka aktarılmış olmasına rağmen- özel hayata saygı hakkının kişinin cinsel kimlik ve yönelimini de kapsadığı günümüzde yaygın olarak kabul edilmektedir. Benzer şekilde, aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvencenin evlilik temelli ilişkilerin yanı sıra fiilî (de facto) birliktelikleri de kapsadığı ifade edilmektedir¹¹⁹⁰. Ayrıca başlangıçta temel hak ve hürriyetin koruma alanı içerisinde yer alan bir kullanım biçiminin, toplumsal anlayış ve değer yargılarının değişmesi ile birlikte bu hakkın nesnel sınırları dışında kalması da ihtimal dâhilindedir. Bir zamanlar düşünce ve ifade hürriyetinin olağan kullanım şekli olarak değerlendirilen ırkçılık ve nefret içeren söylemler, günümüzde bu hürriyetin kapsamı dışında görülmekte ve suç olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, salt sözleşme hürriyetinin geleneksel içeriği esas alınarak ahlâka aykırı sözleşmelerin bu hürriyetin norm alanı dışında kaldığı sonucuna ulaşılamamalıdır.

Öğretide, sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiği düşünülen birçok yasal düzenlemenin nesnel sınırlar teorisi ile meşrulaştırılabileceği görüşünü savunan diğer

¹¹⁸⁹ Bu yönde bkz. Bayraktar, s. 257.

¹¹⁹⁰ Bu yönde bkz. AİHM, *Johnston ve Diğerleri/İrlanda*, B.N. 9697/82, K.T. 18.12.1986, § 56.

bir yazar da Gürzumar'dır. Gürzumar, aşırı yararlanma (gabin) hâli için iptal edilebilirlik yaptırımını öngören Türk Borçlar Kanunu'nun 28'inci maddesi hükmünün teknik anlamda bir sınırlama sayılamayacağını; aşırı yararlanma hâlinin zaten sözleşme hürriyetinin nesnel sınırları dışında kaldığını ifade etmektedir. Zira zayıf durumundan yararlanmak sureti ile sözleşmenin karşı tarafını sömürme olanağı, sözleşme hürriyetini güvence altına alan Anayasa'nın 48'inci maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Yazara göre; Türk Borçlar Kanunu'nun 28'inci maddesi hükmü, sözleşme hürriyetinin nesnel sınırlarından birinin kanun koyucu tarafından somutlaştırılmasını ifade etmektedir¹¹⁹¹.

Gürzumar'a göre; hâkim durumdaki teşebbüslerin tek el oluşturma, rekabet koşullarını ortadan kaldırma, ayrımcılık uygulama gibi amaçlar ile yahut bu sonuçları doğuracak şekilde sözleşme yapma veya sözleşme yapmaktan kaçınma olanakları da sözleşme hürriyetinin norm alanının nesnel sınırları dışında kalmaktadır¹¹⁹². Bu bakımdan rekabeti koruma amacı ile hâkim durumdaki teşebbüsler için sözleşme yapma yasağı yahut sözleşme yapma zorunluluğu öngören kanun hükümleri, sözleşme hürriyetine sınırlama getirmiş sayılamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi de özel sınırlama nedeni öngörülmemiş temel hak ve hürriyetlerin hakkın doğasından veya eşyanın tabiatından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğunu kabul etmektedir¹¹⁹³. Genellikle hak arama hürriyetinin ihlali gerekçesi ile açılan davalarda nesnel sınırlar teorisine başvurulduğu gözlemlenmekte ise de sözleşme hürriyetinin norm alanına ve nesnel sınırlarına vurgu yapılan bazı kararlar da bulunmaktadır. Terör örgütleri ile irtibatlı veya iltisaklı bulunan gerçek ve tüzel kişilerin kamu ihalelerine katılmasını yasaklayan kural hakkında verdiği kararında, Anayasa'nın 5'inci maddesini dayanak alarak sözleşme hürriyetine milli güvenlik gerekçesi ile sınırlama getirilebileceğini belirten Mahkeme, sunduğu gerekçenin zayıflığını fark etmiş olacak ki bu gerekçeye ek olarak, getirilen sınırlamanın işin

¹¹⁹¹ Gürzumar, s. 47-48. Sözleşme hürriyetinin zayıfları sömürecek nitelikte kullanılmasının temel hakkın koruma alanı dışında kalacağı yönünde bkz. Çelik (2008), s. 20.

¹¹⁹² Gürzumar, s. 51.

¹¹⁹³ Anayasa'nın "temel haklar ve ödevler" kısmının genel gerekçesinde de bu duruma işaret edilmektedir: "Hak ve özgürlüklerin ilk sınırı, bunların kendi bünyesi ve cevherinde yer almaktadır" (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 8).

doğasından kaynaklanan bir zorunluluk olduğunu da ifade etme ihtiyacı hissetmiştir¹¹⁹⁴:

“Kaldı ki kamu ihalelerine katılım, işin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabi olabilir. Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ve idari faaliyetlerin yürütülmesi bakımından büyük önem arz eden kamu ihalelerinin belirli şartlar ve buna uygun usuller ile gerçekleştirilmesi bir zorunluluktur. Bu kapsamda ihalelere katılacak kişiler için malî, teknik, mesleki yeterlik yanında güvenlik koşullarının da belirlenmesi kaçınılmazdır. Millî güvenlik kuşkusuz kamu ihalelerine katılım yönünden işin doğasından kaynaklanan bir sınırlama sebebi olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda terör örgütleri ile irtibat veya iltisakı tespit edilenlerin kamu ihalelerine katılmamasını öngören kuralın millî güvenlik amacı ile öngörüldüğü ve anayasal anlamda meşru bir amaç taşıdığı söylenebilir. Belirtilen amaca yönelik olarak kanun koyucu tarafından idari önlemler öngörülebileceği açıktır”.

Kanaatimizce nesnel sınırlar teorisi, yargıcın kişisel değerlendirmelerine kapı aralayan, kötüye kullanılmaya elverişli bir teori olup açık ve üzerinde uzlaşılmış durumlar haricinde bu teoriye başvurulmamalıdır¹¹⁹⁵. Şüphesiz temel haklar, her türlü insan davranışını güvence altına almazlar¹¹⁹⁶. Her bir temel hak, farklı yaşam alanlarında geçerlidir ve yalnızca koruma alanı içerisindeki eylemler ve davranışlar bakımından güvence sağlar¹¹⁹⁷. Bu nedenle temel haklara ilişkin düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğunun denetimi ve çatışan temel hakların dengelenmesi esnasında öncelikle söz konusu hakların koruma alanlarının belirlenmesi, diğer bir ifade ile geçerlilik içeriklerinin nereye kadar uzandığının tespit edilmesi şarttır. Bu bağlamda, temel hakların yalnızca norm alanları ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek kullanım biçimleri için güvence sağladığı ifadesi makul görülebilir.

¹¹⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 53-54. Bu yaklaşımı “için sınırlar teorisi”nin uygulaması olarak ele almak da mümkündür.

¹¹⁹⁵ Aynı yönde bkz. Bozkurt (2008), s. 150; Gözler (2017), s. 217; Dündar Sezer, s. 401.

¹¹⁹⁶ Yılmaz Coşkun, s. 248.

¹¹⁹⁷ Gören (2020), s. 2.

Ancak bu noktada asıl önemli mesele, karşılaşılan her somut olayda, her bir temel hakkın norm alanının ve geçerlilik içeriğinin araştırılarak belirginliğe kavuşturulmasıdır¹¹⁹⁸. Öte yandan Müller, temel hakların norm alanlarına özgü kullanım biçimlerinin tespitine imkân veren, somut ve güvenilir bir ölçüt geliştirememiştir¹¹⁹⁹. Bu nedenle, hakkın geçerlilik içeriğinin sınırlandırma sorunu bakımından ölçsüz ya da haksız biçimde doldurulması ihtimal dâhilindedir¹²⁰⁰.

Müller'in önerdiği “*ikame edilebilirlik (değiştirilebilirlik) testi*”, anayasal olarak korunan kullanım biçimleri ile bu korumanın söz konusu olmadığı kullanım biçimlerini ayırt etmek için elverişli değildir¹²⁰¹. Alexy; ikame edilebilirlik testinin kullanışsızlığını kanıtlamak için Müller'in gösterdiği “*kavşakta resim yapan sanatçı*” örneğini esas alarak şu soruyu sormaktadır: Kavşağın faaliyet dışı olduğu ve resim yapma eyleminin kimseyi rahatsız etmediği; diğer bir ifade ile söz konusu eylemi anayasal koruma dışında tutmak için hiçbir rasyonel gerekçe bulunmadığı bir durumda, kavşakta resim yapma eyleminin yine de sanat hürriyetinin tesadüfi/rastlantısal kullanımı olarak değerlendirilmesi mümkün müdür¹²⁰²? Bu koşullar altında dahi alternatif bir kullanımın mümkün olduğu gerekçesi ile kavşakta resim yapma eyleminin özgül olmadığı ileri sürülebilirse; farklı bir yerde, başka bir zamanda veya başka bir şekilde gerçekleştirilme olanağı bulunan her türlü eylemin yasaklanması mümkün olacaktır¹²⁰³. Bu yaklaşım, temel hakların önemli bir boyutu olan temel hak taşıyıcısının anayasal hürriyetlerini ne şekilde kullanacağına bizzat kendisinin karar vermesi hakkını ortadan kaldırmaktadır¹²⁰⁴.

Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı üzere, kişinin kavşakta resim yapmasının sanat hürriyetinin kapsamına girip girmediğini tartışmaya değer kılan

¹¹⁹⁸ Sağlam (1982), s. 131.

¹¹⁹⁹ Yılmaz Coşkun, s. 344.

¹²⁰⁰ Kanadoğlu, O. Korkut, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 12.

¹²⁰¹ Alexy (2010), s. 205.

¹²⁰² Alexy (2010), s. 205.

¹²⁰³ Alexy (2010), s. 205.

¹²⁰⁴ Alexy (2010), s. 205.

husus, bu kavşağın trafiğe açık olması ve söz konusu kullanım biçiminin trafik için sorun yaratabilecek olmasıdır¹²⁰⁵. Alexy'e göre; kavşakta resim yapmanın güvence dışı kalmasının gerekçesi, bu kullanım biçiminin özgül olmayan doğası yahut alternatif bir kullanımın mümkün olması değil güvenlik ve trafiğin akıcılığı gibi çeşitli kolektif çıkarların veya başkalarının haklarının korunması ihtiyacıdır¹²⁰⁶. Müller'in önerdiği ölçüt, somut olay açısından doğru neticeyi ortaya çıkarsa da bunun asıl nedeni hükmün altında yatan uygun sınırlama gerekçelerinin varlığıdır¹²⁰⁷. Alman Anayasası'nda sanat hürriyetine ilişkin herhangi bir sınırlama kaydına yer verilmediği için sınırlama gerekçesi sadece eşit anayasal statüdeki diğer normlardan türetilen olacaktır¹²⁰⁸.

Alexy'nin önerdiği yöntem, temel hak normu ile sınırlama kaydı; gerekçe ile karşı-gerekçe arasındaki etkileşimi görünür kılmaktadır. Bu etkileşimin işleyişinin gözlemlenebilmesi ve kesin sınırların rasyonel bir şekilde oluşturulabilmesi için temel hakkın koruma kapsamının geniş tutulması önem taşır. Bu nedenle, temel hakların kapsamını daha başlangıç aşamasında daraltan Müller'in teorisi reddedilmelidir¹²⁰⁹. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi de nesnel sınırlar teorisini benimsememiştir¹²¹⁰.

Anayasa'da sınırlama nedeni bulunmayan bir hak ve hürriyetin geçerlilik alanı itibarı ile zaten sınırlı olduğu düşüncesi, temel hak ve hürriyetlere ilişkin öngörülen sınırlama rejiminin işlevsiz kalması sonucunu doğurabilir. Kanun koyucunun yasakladığı bir kullanım biçimi, temel hak ve hürriyetin nesnel koruma alanı ile

¹²⁰⁵ Yılmaz Coşkun, s. 346.

¹²⁰⁶ Alexy (2010), s. 206. Gözler de kavşakta resim yapan sanatçı örneğinde sınırlılık mı yoksa sınırlama hâlinin mi bulunduğu tartışmaya açık olduğunu; kavşağın ortasında bulunan bir heykelin belli bir açıdan resmini yapmak için sanatçının gerçekten de yolun ortasına sehpasını kurmaya ihtiyacı olabileceğini belirtmektedir. Yazara göre; nesnel sınırlar teorisi ile bu tür bir kullanımın sanat hürriyetinin kapsamı dışında kaldığını kabul etmek yerine sanat hürriyetinin kapsamına girdiğini kabul edip sınırlanıp sınırlanamayacağını; sınırlanabilecek ise bu sınırlamanın nasıl gerçekleştirileceğini tartışmak daha uygun olacaktır (Gözler (2017), s. 217).

¹²⁰⁷ Alexy (2010), s. 206.

¹²⁰⁸ Alexy (2010), s. 206.

¹²⁰⁹ Alexy (2010), s. 206. Nesnel sınırlar teorisine yönelik ayrıntılı eleştiriler için bkz. Atakan, s. 20-24; Gözler (2017), s. 217-219; Yılmaz Coşkun, s. 343-350.

¹²¹⁰ Yılmaz Coşkun, s. 343.

özgöl bağlantı içinde görülmediğinde, getirilen yasağın ölçülülük ve öz güvencesi gibi ölçütler yönünden denetimi de hâli ile mümkün olmayacaktır. Zira Anayasa'nın 13'üncü maddesi yalnızca bir temel hak ve hürriyetin norm alanının kanun koyucu tarafından daraltılması durumunda uygulanma olanağına sahiptir. Sınırlılık hâlinde ise kanun koyucunun bu sınırları somutlaştıran düzenlemesi açıklayıcı (deklaratif) nitelik taşıdığı için temel hak ve hürriyete yönelik bir müdahale olmadığı gerekçesi ile söz konusu düzenleme doğrudan Anayasa'ya uygun kabul edilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve hürriyetlerin nesnel sınırlarına vurgu yaptığı kararları da bu teorelin kötüye kullanılmaya elverişli yapısını ortaya koymaktadır. Mahkeme özellikle hak arama hürriyetine ilişkin birçok kararında, iptal talebine konu kuralların hakkın doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyduğu ve hakkın norm alanını belirlediği gerekçesi ile sebebe bağıllık ölçütü yönünden Anayasa'ya uygun bulmuştur. Ancak bu kararlarda, dava konusu kuralların neden hakkın norm alanını daraltmayıp sadece bu alanı belirlediği; diğer bir ifade ile ortada neden bir “sınırlama” değil de “sınırlılık” hâlinin mevcut olduğu sorusuna ikna edici bir cevap verilmemektedir. Esasında nesnel sınırlar teorisine, müdahaleyi meşrulaştıran bir sebep sunma külfetiden kurtulma amacı ile gelişigüzel başvurulduğu görülmektedir. Örneğin terör örgütleri ile irtibatlı veya iltisaklı bulunan gerçek ve tüzel kişilerin kamu ihalelerine katılmasının yasaklanmasını işin doğasından kaynaklanan bir zorunluluk olarak nitelendiren Mahkeme¹²¹¹, bunun sebebine ilişkin herhangi bir açıklama getirmemektedir¹²¹². Ayrıca temel hak ve hürriyetlerin nesnel sınırlarına vurgu yapılırken eşit değerde alternatif bir kullanım olanağının mevcut olup olmadığı da incelenmemektedir. Öğretide ahlâka aykırı, gabin içeren, rekabeti zayıflatmayı veya ortadan kaldırmayı amaçlayan sözleşmelerin sözleşme hürriyetinin nesnel sınırları dışında kaldığı ileri sürülse de kişilerin bu sözleşmeler ile ulaşmak

¹²¹¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 53-54.

¹²¹² Sigorta şirketlerinin yönetim ya da denetiminde bulunan ve bunlar adına imza atmaya yetkili kişilerin eşlerinin sigorta eksperliği yapamayacağını öngören kuralın iptaline ilişkin karara karşı Alparslan Altan tarafından yazılan karşı oy yazısı da nesnel sınırlar teorisine gelişigüzel şekilde başvurulmasının bir örneğini oluşturmaktadır. Bu karşı oy yazısında, dava konusu kuralın çalışma hürriyetinin norm alanını daraltmadığı, koruma alanının sınırlarını belirlediği ifade edilse de bunun sebebine dair doyurucu bir gerekçe sunulmamış; yalnızca kanun koyucunun takdir yetkisine vurgu yapılmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2009/11, K. 2011/93, K.T. 09.06.2011, S. 48, C. 3, Alparslan Altan'ın Karşı Oy Yazısı, s. 1719-1720.

istedikleri sonuca başka bir yöntem ile ulaşmalarının mümkün olup olmadığı araştırılmamaktadır. Bu bağlamda, sözleşme hürriyeti de dâhil olmak üzere, temel hak ve hürriyetlerin norm alanının ilk aşamada (prima facie) geniş olarak ele alınıp müdahaleyi haklı gösteren unsurların sınırlama düzeyinde göz önünde bulundurulması, yargıcın keyfi davranma olasılığını azaltan, daha güvenceli bir yöntem olacaktır.

c) Sözleşme Hürriyetinin Anayasal Sınırları

Bir temel hak ve hürriyetin Anayasa koyucu tarafından sınırlı şekilde tanınması, diğer bir ifade ile söz konusu hak ve hürriyetin belli kullanım biçimlerinin anayasal güvence dışında tutulmuş olması mümkündür. Temel hak ve hürriyetin doğrudan doğruya Anayasa tarafından öngörülen bu sınırlarına “*anayasal sınırlar*” adı verilmektedir.

1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetlerin sınırlarını çizen ve bunların kullanımına ilişkin yasak içeren bu tür hükümlerin bolluğu bakımından dikkat çekmektedir¹²¹³. Anayasal sınırlardan bir kısmı -“*temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması*” başlıklı Anayasa’nın 14’üncü maddesi ile Anayasa hükümlerinin belli bir doğrultuda yorumlanmasını emreden başlangıç kısmının 5’inci paragrafı gibi- temel hak ve hürriyetlerin bütünü için geçerli olan genel sınırlardır. Bu genel sınırlar dışında, yalnızca ilgili oldukları temel hak ve hürriyet açısından hüküm ifade eden özel anayasal sınırlar da bulunmaktadır¹²¹⁴. Bilim ve sanatı yayma hürriyetinin “*Anayasa’nın 1’inci, 2’nci ve 3’üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak*” amacına yönelik olmamak şartı ile mevcut olması (m. 27), toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının “*silahsız ve saldırısız*” olarak kullanılması (m. 34), hak arama hürriyetinin sadece “*meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle*” hak aramayı kapsamaması (m. 36) özel anayasal sınırlara örnek teşkil etmektedir¹²¹⁵.

¹²¹³ Bu yönde bkz. Arslan, Zühtü, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınirlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002, s. 143; Sağlam (2002-b), s. 236; Özbudun (2018), s. 113; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 147; Dündar Sezer, s. 383, dipnot 20.

¹²¹⁴ Uygun (2013), s. 283.

¹²¹⁵ Özbudun (2018), s. 112. 1982 Anayasası’nda yer alan özel anayasal sınırlara ilişkin örnekler için ayrıca bkz. Gören, Zafer, “*Temel Hakların Sınirlanması-Sınirlamanın Sınirları*”, **İstanbul**

Temel hak ve hürriyetlerin anayasal sınırları ile kanun koyucunun temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirmesi birbirinden farklı iki durumdur¹²¹⁶. Anayasal sınırlar söz konusu olduğunda, ilgili temel hak ve hürriyetin koruma alanı, bizzat düzenlendiği madde yahut başka bir Anayasa hükmü ile daraltılmış durumdadır. Diğer bir ifade ile Anayasa koyucu, söz konusu hakkı ancak o sınırlar içerisinde tanımıştır¹²¹⁷. Bu nedenle kanun koyucunun temel hak ve hürriyete ilişkin Anayasa’da öngörülen sınırları somutlaştırmak amacı ile yaptığı düzenlemeler, teknik anlamda sınırlama sayılmaz¹²¹⁸. Bu tür kanunî düzenlemeler, kurucu (inşai) değil yalnızca açıklayıcı (izharî) nitelik taşır¹²¹⁹.

Öte yandan kanun koyucu tarafından bir temel hak ve hürriyete sınırlama getirilmesi, kurucu nitelikte bir işlemdir. Anayasa’nın 13’üncü maddesi ile kanun

Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 12, Güz 2007/2, s. 45-46; Uygun (1992), s. 59-60; Sağlam (2002-b), s. 237; Atakan, s. 5; Uygun (2013), s. 278-279; Gözler (2017), s. 329-330; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 145-147; Dündar Sezer, s. 383, dipnot 20.

¹²¹⁶ Uygun (2013), s. 278-279; Gözler (2017), s. 222-223.

¹²¹⁷ Özbudun (2018), s. 112.

¹²¹⁸ Sağlam (1982), s. 30; Sağlam (2002-b), s. 238; Atakan, s. 5. Benzer yönde bkz. Kanadoğlu, s. 9.

¹²¹⁹ Özbudun (2018), s. 113; Uygun (1992), s. 63; Kanadoğlu, s. 9; Atakan, s. 5; Gören (2020), s. 4; Yılmaz Coşkun, s. 272. Öğretide temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal sınırlar; “*somut anayasal sınırlar*” ve “*soyut anayasal sınırlar*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır (Uygun (1992), s. 59-60; Sağlam (2002-b), s. 237; Uygun (2013), s. 285-286; Atakan, s. 6; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 145-146). Somut anayasal sınırlar, herhangi bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın doğrudan uygulanabilecek derecede açık nitelikte olan hükümlerdir. Er, erbaş ve askerî öğrencilerin oy kullanmasını yasaklayan Anayasa’nın 67’inci maddesinin 5’inci fıkrası hükmü ile siyasi partilerin ticari faaliyetlere giremeyeceğini öngören Anayasa’nın 69’uncu maddesinin 2’inci fıkrası hükmü somut anayasal sınırlara örnek gösterilebilir. Somut anayasal sınırların yasa ile düzenlenmesi durumunda, temel hak ve hürriyetin norm alanı daraltılmadığı ve yeni bir yasak getirilmediği için söz konusu kanunî düzenlemenin açıklayıcı nitelikte olduğuna şüphe yoktur. Ancak Anayasa’da öngörülen yasağın ihlaline karşı kanun koyucunun bir yaptırım öngörmesi durumunda, bu yaptırımın kurucu nitelikte olduğundan söz edilebilecektir (Uygun (1992), s. 73-74). Anayasal sınırların bir kısmı, içerikleri tam olarak belirlenmemiş, soyut nitelikte sınırlardır ve kanun koyucu tarafından somutlaştırılmadıkları sürece bu sınırların yargı organları ve idare makamları tarafından doğrudan uygulanmaları olanaklı değildir. Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden haber ve yazı yazar kişilerin cezalandırılmasını (m. 28. f. 5) öngören; grev hakkının iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmasını yasaklayan (m. 54. f. 2) Anayasa hükümleri bu niteliktedir (Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 145-146). Uygun’a göre; soyut anayasal sınırları uygulanabilir hâle getirmek amacı ile kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemeler, açıklayıcı olmaktan ziyade kurucu nitelik taşımaktadır. Zira soyut anayasal sınır hükümlerinin hangi somut yasak ve sınırlamalar ile uygulanabilir duruma getirileceğine büyük ölçüde kanun koyucu karar verecektir. Bu amaçla yapılan kanunî düzenlemede, kanun koyucu -söz konusu Anayasa hükmünün belirlediği amaç ve çerçeve içinde de olsa- geniş bir takdir yetkisine sahiptir (Uygun (1992), s. 73). “*Somut anayasal sınırlar*” - “*soyut anayasal sınırlar*” ayrımının herhangi bir hukukî değeri olmadığı yönünde görüş için bkz. Gözler (2017), s. 330-331.

koyucuya temel hak ve hürriyetlere sınırlama yetkisi tanınmış olup bu yetkinin kullanılıp kullanılmayacağı bütünü ile kanun koyucunun takdir alanı içerisindedir. Kanun koyucu, Anayasa'nın kendisine verdiği bu takdir yetkisini kullandığında, ilgili temel hak ve hürriyetin başlangıçta daha geniş olan norm alanını daraltmış olur. Anayasal sınırlar söz konusu olduğunda ise temel hak ve hürriyetin norm alanı zaten sınırlı şekilde tanımlanmıştır ve kanun koyucunun hakkın anayasal sınırlarını gösteren hükümlere aykırı düzenleme yapması olanaklı değildir. Örneğin kanun koyucu Anayasa'da öngörülen yasakların hilafına hareket ederek er ve erbaşların oy kullanmalarına yahut yükseköğretim öncesi öğrencilerin siyasi partilere üye olmalarına izin veremez. Bu bağlamda anayasal sınırlar, kanun koyucuya takdir yetkisi veren değil kanun koyucunun takdir yetkisini sınırlayan hükümlerdir¹²²⁰. Temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal sınırların Anayasa değişikliği dışında aşılma olanağı yoktur¹²²¹.

Anayasal sınırlar-kanunî sınırlamalar ayrımının en temel sonucu, temel hak ve hürriyetlerin sınırlama rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13'üncü maddesinin uygulanması ile ilgilidir. Kanun koyucunun temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirirken Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ilkelere riayet etmesi gerektiği hususunda herhangi bir şüpheye yer yoktur. Ancak temel hak ve hürriyetlere ilişkin anayasal sınırları düzenleyen/somutlaştıran kanun hükümleri bakımından aynı sonuca ulaşamaz¹²²². Özellikle kanun koyucunun herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığı somut anayasal sınırlara ilişkin kanunî düzenlemeler, büyük ölçüde Anayasa'da yer alan hükmün bir tekrarı niteliğinde olacağı için bu düzenlemelerin denetimi esnasında Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki sınırlama ilkelerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır¹²²³. Soyut anayasal sınırların kaynağı da

¹²²⁰ Uygun (2013), s. 279.

¹²²¹ Sağlam, Fazıl, “1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988, s. 438; Uygun (2013), s. 279.

¹²²² Bu yönde bkz. Uygun (1992), s. 77-83; Uygun (2013), s. 291-292; Gözler (2017), s. 221; Özbudun (2018), s. 113; Gören (2020), s. 4.

¹²²³ Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında, anayasal sınırlar söz konusu olduğunda, Anayasa'da yer alan sınırlama ilkelerinin uygulanma olanağı olmadığına hükmetmiştir: “Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca temel bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağı ilkesi, temel hak ve özgürlüklere yalnızca yasalarla konulacak

Anayasa olduğuna göre; sınırlama ilkelerinin, bu sınırları somutlaştıran kanun hükümleri bakımından da bir anlam ifade etmeyeceği düşünülebilir. Ancak soyut anayasal sınırların somutlaştırılması hususunda kanun koyucu geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu için bu konuda çıkarılan kanunî düzenlemenin ilgili anayasal sınırın amacını aşıp aşmadığının ve bu sınırın uygulanması bakımından gerekli olup olmadığının denetlenmesi gerekecektir. Bu denetimin gerçekleştirilmesi esnasında Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlama ilkelerinin yol gösterici olabileceği ileri sürülmektedir¹²²⁴.

Anayasa'nın 48'inci maddesinde sözleşme hürriyetinin kapsamını sınırlayan herhangi bir ibare yer almamaktadır. Ancak sözleşme hürriyeti güvencesini daraltan başka birtakım Anayasa hükümleri mevcuttur¹²²⁵. Anayasa Mahkemesi'nin de bir kararında belirttiği üzere, “*Anayasa'nın bir maddesinde tanınan herhangi bir hakkın, Anayasa'nın başka bir maddesiyle sınırlandırılmasına engel yoktur*”¹²²⁶. Bu durumda “*özel hüküm, genel hüküm bertaraf eder*” (*lex specialis derogat legi generali*) kuralı uyarınca, genel hüküm niteliğinde olan sözleşme hürriyeti güvencesi geri çekilir ve özel hüküm niteliği taşıyan Anayasa kuralları uygulama alanı bulur¹²²⁷.

sınırlandırmalar için söz konusu olduğundan... Anayasa'nın öngördüğü bir temel hak ve özgürlüğün yine Anayasa'ca sınırlandırılması durumunda Anayasa'nın 11. maddesinin uygulanma yeri olamaz (Anayasa Mahkemesi, E. 1969/31, K. 1971/3, K.T. 12.01.1971, S. 9, s. 147-148).

¹²²⁴ Bu yönde görüş için bkz. Uygun (1992), s. 78; Uygun (2013), s. 291-292.

¹²²⁵ Sözleşme hürriyetinin anayasal sınırlarına ilişkin olarak 1917 Meksika Anayasası çok açık örnekler içermektedir. Anayasa'nın “*iş ve sosyal güvenlik*” başlıklı 123'üncü maddesinde, azamî çalışma süreleri, hafta tatili, doğum öncesi ve doğum sonrası izinler, asgarî ücretin belirlenmesi, ücretin ödenme şekli, fazla çalışma süreleri ve ücretleri ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olup söz konusu Anayasa hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca Anayasa'nın 5'inci maddesinde, iş sözleşmeleri ile hiçbir siyasî ve kişisel haktan feragat edilemeyeceği; kişinin belli bir mesleği icrasını ve belli bir işkolunda çalışmasını geçici veya kalıcı olarak yasaklayan sözleşmelerin yapılamayacağı öngörülmüştür. 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda da sözleşme hürriyetinin bir anayasal sınırına yer verilmiştir: “*Çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı herkes ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmalar batıldır ve bunlara yönelik önlem ve işlemler hukuka aykırıdır*” (m. 9. f. 3). 1947 İtalya Cumhuriyeti Anayasası'nda da çalışanların hafta tatili ve ücretli yıllık izin haklarından feragat edemeyecekleri öngörülmektedir (m. 36. f. 3).

¹²²⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1969/31, K. 1971/3, K.T. 12.01.1971, S. 9, s. 147.

¹²²⁷ Anayasa kuralları arasındaki özel hüküm-genel hüküm ilişkisine Anayasa Mahkemesi kararlarında da temas edilmektedir: “*Anayasa'da belirli konuları düzenleyen genel kuralları yanında, özel kurallara da yer verilmiştir. Bir konu özel kurallarla düzenlenmemişse, sorunların*

Sözleşme hürriyetinin anayasal sınırlarına ilişkin olarak asgarî ücret uygulamasını örnek göstermek mümkündür. Normal şartlar altında, işçi ile işverenin ödenecek ücretin miktarını karşılıklı rıza esasına dayalı olarak serbestçe kararlaştırabilmeleri, sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamında olan bir kullanım şeklidir. Ancak Anayasa koyucu, “*asgarî ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur*” (Anayasa m. 55. f. 3) hükmü ile işçi ve işverenin ücreti serbestçe kararlaştırma yetkisine sınırlama getirmiş; asgarî ücretin altında kalan bir ücret üzerinde anlaşılmasını yasaklamıştır. Böylece sözleşme hürriyetinin güvence kapsamı, başka bir Anayasa hükmü ile daraltılmıştır. Asgarî ücret uygulamasının anayasal bir dayanağı bulunmasa idi ücretler için asgarî sınır öngören (4857 Sayılı İş Kanunu m. 39) ve bu sınıra riayet etmeyen kişiler için yaptırım getiren (4857 Sayılı İş Kanunu m. 102. f. 1-a) kuralların sözleşme hürriyetini sınırlandırdığı kabul edilecek ve söz konusu kuralların Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan sınırlama ilkelerine uygunluğunun araştırılması gerekecekti. Ancak asgarî ücret uygulaması doğrudan Anayasa ile düzenlendiği için söz konusu kuralların sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiğinden söz edilemeyecektir.

Sözleşme hürriyetine sınır getiren Anayasa hükümlerinden bir diğeri de “*toprak mülkiyeti*” başlıklı 44’üncü maddenin 2’nci fıkrası hükmüdür. Bu maddenin ilk fıkrasında, devletin topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacı ile gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüştür. Maddenin 2’nci fıkrasında ise bu amaçla dağıtılan toprakların başkalarına devredilemeyeceği ve ancak kendilerine toprak verilen çiftçiler ile mirasçıları tarafından işletilebileceği düzenlenmiştir. Bu anayasal emir doğrultusunda çıkarılan 3083 Sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu uyarınca, dağıtılan toprakların başkalarına devri, satış vaadine konu edilmesi ve kiraya verilmesi yasaklanmıştır (m. 11). Kişinin sahip olduğu bir taşınmazı üçüncü

çözümünde genel kurallar uygulanır. Ancak, o konuda özel düzenlemeler varsa artık genel kurallara başvurulmaz. Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur” (Anayasa Mahkemesi, E. 1999/21, K. 1999/17, K.T. 12.05.1999, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 35, C. 2, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2000, s. 441).

kişilere devredebilmesi veya kullandırabilmesi için gerekli olan sözleşmeleri yapabilmesi, mülkiyet hakkı ile sözleşme hürriyetinin ortak güvencesi kapsamında yer almaktadır. Öte yandan Anayasa'nın 44'üncü maddesi ile tarım reformu kapsamında dağıtılan topraklar bakımından mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyeti güvencesine istisna getirilmiştir. 3083 Sayılı Kanun'un 11'inci maddesi hükmü, Anayasa'nın 44'üncü maddesinde öngörülen sınırların somutlaştırılmasından ibaret olup bu hükmün sözleşme hürriyetine ve mülkiyet hakkına sınırlama getirdiğinden söz edilemeyecektir.

d) Sözleşme Hürriyetinin Diğer Temel Hak ve Anayasal Değerler ile Çatışması ve Dengelenmesi

Sözleşme hürriyeti için Anayasa'da herhangi bir sınırlama kaydına yer verilmemiş olması, bu hürriyetin diğer temel haklar ve anayasal değerler ile çatışması olasılığını ortadan kaldırmaz. Kanun koyucunun başka bir temel hakkı gerçekleştirmek, Anayasa'nın kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanmak yahut anayasal bir emri yerine getirmek üzere çıkardığı bir düzenleme ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirmiş olması mümkündür. Örneğin devletin temel nitelikleri arasında yer alan sosyal devlet ilkesi (Anayasa m. 2), zayıf ve tâbi durumda olan halk kesimlerini korumak üzere devletin sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli kılar. Bu bağlamda, kiracıların korunması amacı ile yıllık kira artış oranları için azamî bir sınır öngörülmesi veya kira bedellerinin düzenleyici işlemler ile tespiti gibi tedbirler sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilebilir. Ancak sosyal devlet ilkesinin hayata geçirilmesi için alınan bu tedbirler, aynı zamanda kiraya verenin sözleşme hürriyetinin sınırlanması sonucunu doğurur. Benzer şekilde, Anayasa'nın 172'nci maddesi ile devlete tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alma görevi yüklenmiştir. Devletin bu görevi yerine getirmek üzere aldığı tedbirler –haksız şartların hükümsüzlüğü, satıştan kaçınma yasağı, piramit satış sistemi yasağı örneklerinde olduğu gibi- çoğu kez sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşır. Bu noktada, herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olan sözleşme hürriyetine, başka anayasal hakları ve hedefleri gerçekleştirmek üzere getirilen sınırlamaların meşru olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması gereklidir. Ancak

bu soruyu cevaplandırmadan önce temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözüm yöntemlerine değinilmelidir.

aa) Genel Olarak Çatışma Çözüm Yöntemleri

aaa) Klasik Çatışma Çözüm İlkelerinin Kullanımı

Aynı somut olaya uygulanabilecek birden fazla hukuk normunun bulunması ve bu normların birbiri ile uyumsuz olması durumunda “*norm çatışması*” söz konusu olur. Norm çatışması, “*birden fazla normun aynı konuda, her ikisine de uymayı imkânsız kılacak şekilde farklı hükümler içermesi*”¹²²⁸ durumudur. Hukuk normları arasındaki çatışma, “*lex superior*” (üst kanun), “*lex posterior*” (sonraki kanun) ve “*lex specialis*” (özel kanun) ilkeleri kullanılarak çözüme kavuşturulur¹²²⁹.

Gözler tarafından ileri sürülen görüşe göre; temel hak ve hürriyetler arasındaki çatışma sorunu, hukuk normları arasındaki çatışma sorunundan daha farklı bir nitelik taşımaz. Hukukî rejimleri itibarı ile temel hak ve hürriyetler de birer hukuk normu olduğuna göre; bunlar arasındaki çatışmaların da klasik çatışma çözüm ilkeleri kullanılarak çözümü gereklidir¹²³⁰.

Kanaatimizce klasik çatışma çözüm ilkeleri, çoğu durumda temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışma sorununa çözüm sunmak bakımından işlevsel değildir¹²³¹. Bunun başlıca nedeni, standart norm çatışmalarının aksine, temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların “*önceden*” (*a priori*), “*soyut*” (*in abstracto*) şekilde tespitinin olanaklı olmamasıdır. Zira karşılıklı konumlanan anayasal normlar arasında çoğu kez mantıksal açıdan herhangi bir tutarsızlık yoktur. Mantıksal açıdan tutarlı olan anayasal normlar arasında çatışma, belirli bir olayın özel koşulları nedeni ile ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, temel haklar ve anayasal

¹²²⁸ Gülgeç, Yahya Berkol, **Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 38.

¹²²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler (2012-a), s. 340-353; Gözler (2012-b), s. 97-112.

¹²³⁰ Gözler (2017), s. 251-252.

¹²³¹ Aynı yönde bkz. Hazar, Zeynep, **İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 49-52; Köküarı, s. 200-207; Yılmaz Coşkun, s. 120-127.

değerler arasındaki çatışmalar “somut” (*in concreto*) nitelikte olup hukuk sistemindeki mantıksal bir kusurun sonucu olarak değerlendirilemez¹²³².

İlk olarak; “*üst kanun alt kanunları ilga eder*” (*lex superior derogat legi inferiori*) ilkesinin temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözümü bakımından hiçbir işlevi bulunmadığını tespit etmek gerekir. Bu ilke yalnızca normlar hiyerarşisinde farklı statüde yer alan hak ve hürriyetler arasındaki çatışmaların çözümünde rol oynar. Örneğin kanun ile tanınan bir hak ve hürriyet ile bir anayasal hak arasında çatışma çıktığında, bu ilke uyarınca anayasal hakka üstünlük tanınır¹²³³. Ancak temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmalarda, çatışan her iki normun da kaynağı aynı Anayasa olduğu için “*lex superior*” ilkesinin uygulanabilirliği yoktur.

“*Sonraki kanun önceki kanunları ilga eder*” (*lex posterior derogat legi priori*) ilkesi de temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözümü için genellikle işlevsel değildir. Bu ilkeye göre; normlar hiyerarşisinde eşit düzeyde bulunan iki norm arasında bir çatışma gerçekleştiği takdirde, sonraki tarihli normun önceki tarihli normu zımnen ilga ettiği kabul edilir ve sonraki tarihli norm uygulanmak sureti ile uyuşmazlık çözüme kavuşturulur¹²³⁴. Doğal olarak, yürürlük tarihi aynı olan anayasal normlar arasındaki çatışmalarda “*lex posterior*” ilkesinin kullanılması mümkün değildir¹²³⁵. Anayasa değişiklikleri nedeni ile iki anayasal norm arasında öncelik-sonralık ilişkisi mevcut olsa bile, aynı Anayasa içindeki bir normun diğerini zımnen ilga etmesi gibi duruma genellikle rastlanmaz. Zira Türk hukuk sisteminde Anayasa değişiklikleri, Anayasa’nın orijinal metninin değiştirilmesi şeklinde yapıldığı için üzerinde değişiklik yapılan normun hukukî

¹²³² Martinez-Zorrilla, David, “*The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*”, **Law and Philosophy**, Vol. 30, No. 6, Y. 2011, s. 730. Benzer yönde bkz. Kanadoğlu, s. 4-5; Köküarı, s. 85.

¹²³³ Bu ihtimalde dahi anayasal hakkın kategorik olarak her çatışmada üstün gelmeyeceği; çatışmadaki ağırlığı etkileyen diğer faktörlerin de göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde görüş için bkz. Köküarı, s. 204.

¹²³⁴ Gözler (2012-a), s. 342; Gözler (2012-b), s. 100.

¹²³⁵ Yılmaz Coşkun, s. 123.

varlığını yitirdiği hususunda herhangi bir tereddüt hâsıl olmaz¹²³⁶. Anayasa’ya yeni bir hüküm ilave edilmesi durumunda “*lex posterior*” ilkesinin uygulanma imkânı bulacağı düşünülebilirse de talî kurucu iktidarın, mevcut bir Anayasa hükmü ile açık şekilde çelişen bir eklemeyi, o hükmü yürürlükten kaldırmadan gerçekleştirme ihtimali hayli düşüktür.

Temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözümünde “*özel kanun genel kanunları ilga eder*” (*lex specialis derogat legi generali*) ilkesi, diğer iki çatışma çözüm ilkesine kıyasla daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu ilkeye göre; normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde yer alan ve aynı tarihli iki hüküm arasında bir çelişki meydana geldiğinde, genel hüküm ihmal edilerek özel hüküm uygulanır¹²³⁷. Özel hüküm, genel hükmün öngördüğü hukukî sonucu, belirli, özel ve dar bir alanda ortadan kaldıran veya değiştiren hükümdür¹²³⁸. Çatışan anayasal normlar arasında da “*genel hüküm-özel hüküm*” (*lex specialis-lex generalis*) ilişkisinin bulunması mümkündür. Yukarıda da belirtildiği üzere, bir temel hak ve hürriyetin kişilere sağladığı güvence, doğrudan başka bir Anayasa normu ile daraltılmış olabilir. Bu takdirde, temel hak ve hürriyetin sağladığı güvenceyi daraltan özel hüküm niteliğindeki anayasal norm lehine çatışma çözüme kavuşturulur. Örneğin tarım reformu kapsamında dağıtılan toprakların başkalarına devredilmesini yasaklayan Anayasa’nın 44’üncü maddesinin 2’nci fıkrası, sözleşme hürriyetini düzenleyen Anayasa’nın 48’inci maddesi karşısında özel hüküm niteliği taşıdığı için aralarındaki çatışmada 44’üncü maddenin 2’nci fıkrası hükmü uygulanır. Öte yandan, temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların büyük çoğunluğu - çatışan normlar arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunmadığı için- “*lex specialis*” ilkesi kullanılarak çözüme kavuşturulamaz.

¹²³⁶ ABD’de ise Anayasa değişiklikleri, Anayasa’nın asıl metnine dokunulmadan, bu metnin sonuna yapılan eklemeler (*amendment*) şeklinde olmaktadır. Eklenen yeni metinler, asıl metin ile aynı güçte olduğu için aralarında çatışma çıkabilmektedir. Bu ihtimalde “*lex posterior*” ilkesi uyarınca asıl metin değil ekler uygulanmaktadır. Bu duruma “*zımnî ilga doktrini*” adı verilmektedir (Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 338).

¹²³⁷ Gözler (2012-a), s. 343; Gözler (2012-b), s. 100.

¹²³⁸ Serozan, Rona, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 147.

Özetle klasik çatışma çözüm ilkeleri, yalnızca istisnai durumlarda temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözümüne yardımcı olur. Zira çoğu durumda çatışma, karşı karşıya gelen anayasal normlar arasında mantıksal bir tutarsızlık bulunmasından kaynaklanmaz. Örneğin sözleşme hürriyeti ile sosyal devlet ilkesi veya “*ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlıklı Anayasa’nın 41’nci maddesi arasında hiçbir çelişki veya tutarsızlık bulunmamaktadır. Bu anayasal normlar arasında ne üst norm-alt norm ne özel norm-genel norm ne de önceki tarihli norm-sonraki tarihli norm ilişkisi mevcuttur. Buna rağmen, aşağıdaki kısımda da gösterileceği üzere, söz konusu anayasal normların karşı karşıya geldiği birçok durum olabilmektedir. Temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların büyük çoğunluğu da bu niteliktedir. Bu çatışmalar, klasik çatışma çözüm ilkelerinin kullanımı ile çözülemediğine göre ya çatışan normlardan birisine üstünlük tanınmak sureti ile ya da bu normların dengelenmesi/uzlaştırılması sureti ile çözüme kavuşturulacaktır.

bbb) Hiyerarşik Yöntem

Anayasa hukuku öğretisinde, anayasal normlar arasında bir hiyerarşi bulunduğu; bazı anayasal normların diğerlerinden daha üstün konumda olduğu yönünde görüşlerle karşılaşılabilir¹²³⁹. Gerçekten de Anayasa’nın değiştirilemez hükümlerinin üstünlüğünü kabul eden görüşler¹²⁴⁰ bulunduğu gibi nitelikleri, toplumsal değerleri ve güvence düzeyleri doğrultusunda temel hak ve hürriyetler arasında derecelendirme yapan bazı görüşler¹²⁴¹ de bulunmaktadır¹²⁴². Her

¹²³⁹ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, Kemal, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999, s. 177.

¹²⁴⁰ Anayasa Mahkemesi de Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlediği kararlarında Anayasa’nın değiştirilemez maddeleri ile diğer maddeler arasında hiyerarşi öngören görüşe geçerlilik tanımıştır (Can, Osman, **Kurucu İktidar**, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 2013, s. 228).

¹²⁴¹ Anayasa’nın 15’inci maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15’inci maddesinde yer alan ve olağanüstü hâl durumunda dahi dokunulamayağı öngörülen temel hak ve hürriyetlerin diğer temel hak ve hürriyetlerden üstün olduğu görüşü ve bu görüşün eleştirisi için bkz. Bilgen, Pertev, “*Sert Çekirdekli Temel Haklar*”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No. 8, Temmuz 1994, s. 1-3.

¹²⁴² Türk Anayasa hukuku öğretisinde anayasal normlar arasında üstünlük sıralaması bulunduğu görüşünün en önemli temsilcisi Necmi Yüzbaşıoğlu’dur. Yüzbaşıoğlu, “*Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*” başlıklı eserinde, 1982 Anayasası’nda yer alan normları hiyerarşik olarak şu şekilde sıralamaktadır: i) başlangıçtaki ilkeler, ii) cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler, iii) klasik haklara ilişkin Anayasa kuralları, iv) sosyal ve ekonomik haklara ilişkin

ne kadar bu konu genellikle talî kurucu iktidarın sınırları bağlamında tartışılrsa da temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözümü bakımından da önem arz etmektedir. Zira Anayasa-içi hiyerarşi tezi kabul edildiği takdirde, çatışan anayasal normlardan hangisi üstün konumda ise çatışmanın o norm lehine çözüme kavuşturulması gerekecektir.

Anayasal normlar arasında hiyerarşi kabul eden görüşün Türk hukukunda herhangi bir pozitif dayanağı yoktur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de birçok kararında Anayasa'nın tüm maddelerinin aynı etki ve değerde olduğunu; aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığını ve uygulamada bunlardan birine öncelik tanımanın olanaklı olmadığını ifade etmiştir¹²⁴³. Hak ve hürriyetleri toplumsal önemlerine, niteliklerine ve güvence rejimlerine göre derecelendiren görüşün de Türk hukuku açısından bir geçerliliği bulunmamaktadır. Bu bağlamda; klasik haklar ile sosyal ve ekonomik haklar arasında; bireysel haklar ile kolektif haklar arasında veya sınırlama kaydı bulunan haklar ile sınırlama kaydı bulunmayan haklar arasında hiyerarşik bir ilişki söz konusu değildir¹²⁴⁴.

Bu başlık altında mutlak hakların durumuna da değinmek gerekmektedir. İnsan hakları hukukunda mutlak haklar terimi, hiçbir koşulda sınırlandırılmasına müsaade edilmeyen hakları ifade eder. Mutlak haklar söz konusu olduğunda, hakkın özü ile hakkın kendisi eşdeğer durumdadır¹²⁴⁵. Bu nedenle, mutlak haklara yapılacak her müdahale -hangi gerekçe ile yapılmış olursa olsun- otomatik olarak hakkın ihlali

Anayasa kuralları, v) Anayasa'nın maddî anlamdaki diğer kuralları ve vi) şeklî anlamda Anayasa kuralları. Yazar, anayasal normlar arasında bu şekilde bir hiyerarşik ilişki kurmuş olmasına rağmen bu normlar arasında, birinin diğerini geçersiz kılacağı boyutta mutlak bir altlık-üstlük ilişkisinin söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre; anayasal normlar arasındaki altlık-üstlük ilişkisi nispi nitelikte olup bu ilişkinin yaptırımı, üstteki normun kendisi ile çatışan alttaki normu geçersizleştirmesi değil; alttaki normun kendisinden üstte yer alan norma uygun şekilde yorumlanmasıdır (Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993, s. 146 vd).

¹²⁴³ Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2019/40, K. 2020/40, K.T. 17.07.2020, S. 57, C. 2, s. 951.

¹²⁴⁴ Aynı yönde bkz. Anayurt (2000), s. 48-51; Kanadoğlu, s. 6-7; Gözler (2017), s. 252-253; Erdoğan (2019), s. 82-83.

¹²⁴⁵ Hazar, s. 144. Benzer yönde bkz. Brkan, Maja, "The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Cores", **European Constitutional Law Review**, Vol. 14, Issue 2, Y. 2018, s. 358.

sonucunu doğurmaktadır¹²⁴⁶. Mutlak haklar, herhangi bir kamusal değeri koruma amacı ile sınırlandırılmayacakları gibi diğer temel hak ve hürriyetler ile çatışmaları durumunda dengelemeye de tabi tutulamazlar.

Belirtmek gerekir ki, bir temel hak ve hürriyet için Anayasa’da herhangi bir sınırlama kaydı öngörülmemiş olması, onu zorunlu olarak mutlak hak statüsüne yükseltmez¹²⁴⁷. Mutlak haklar, hiçbir koşulda müdahale edilemeyen hakları ifade ettiğine göre; bir hakkın mutlak hak statüsünde kabul edilebilmesi için hem hakkında herhangi bir sınırlama kaydı öngörülmemiş olması hem de olağanüstü dönemlerde bile kendisine dokunulmasının yasaklanmış olması gerekir. Hak arama hürriyeti (m. 36), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m. 48) gibi bazı temel hak ve hürriyetler - haklarında özel sınırlama sebebi öngörülmemiş olmalarına rağmen- olağanüstü hâl durumunda sınırlandırmaları mümkün olduğu için mutlak hak statüsünde kabul edilmemektedir¹²⁴⁸.

Türk hukuku açısından mutlak hakların Anayasa’nın 15’inci maddesinde sayılan hak ve hürriyetlerden ibaret olduğu söylenebilir¹²⁴⁹. Anayasa koyucu,

¹²⁴⁶ Hazar, s. 142. Benzer yönde bkz. Brkan (2018), s. 358.

¹²⁴⁷ Benzer yönde bkz. Köküarı, s. 195. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından aynı yönde görüş için bkz. Hazar, s. 147-148.

¹²⁴⁸ Anayasa Mahkemesi de birçok kararında söz konusu hakların mutlak hak statüsünde olmadığını ifade etmiştir: “Anayasa’nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğüne yönelik herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bununla birlikte, bu hak mutlak ve sınırsız bir hak olmayıp belli kriterlere uygun olmak kaydıyla sınırlamalara tabi olabilecek haklardandır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, S. 52, C. 6, s. 3876). Çalışma hürriyeti ve çalışma hakkı bakımından aynı yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/108, K. 2015/8, K.T. 14.01.2015, S. 52, C. 4, s. 2248. Hak arama hürriyeti bakımından aynı yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/112, K. 2014/203, K.T. 25.12.2014, S. 52, C. 4, s. 2217-2118. Özel sınırlama sebebi öngörülmemeyen hakların sınırlandırmazlığı tezini savunan Gözler de söz konusu hakları “çekirdek alan” içerisinde saymayarak olağanüstü hâl döneminde bu haklara sınırlama getirilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Gözler (2017), s. 429.

¹²⁴⁹ Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 15’inci maddesinde sayılan hak ve hürriyetlerin mutlak hak statüsünde olduğunu kabul etmektedir: “Anayasa’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasına göre mutlak olarak korunması gereken ve olağanüstü hallerde bile dokunulamayan hak, özgürlük ve ilkeler şunlardır: a) Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının yerine getirilmesi dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; b) Kimse vicdan, din, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; c) Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; d) Suçluluğu mahkeme kararıyla saptanana kadar kimse suçlu sayılamaz. Şu durumda olağanüstü yönetimlerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamak ve ölçülülük ilkesine uyulmak koşuluyla, yukarıda sayılan hak ve özgürlüklerin dışında kalan hak ve özgürlükler, sınırlandırılabilir, hatta bu hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen

olağanüstü hâl durumunda dahi söz konusu haklara dokunulamayacağını kabul ettiğine göre olağan dönemlerde bu haklara müdahale edilmesi evleviyetle yasak olmalıdır. Bu bakımdan “çekirdek haklar” olarak da adlandırılan mutlak haklara, başka bir temel hakkı gerçekleştirmek yahut anayasal bir değeri korumak amacı ile dahi sınırlama getirilemez. Mutlak haklar, her türlü çatışmadan galip ayrılırlar. Ancak bu durum, mutlak hak normları ile diğer anayasal normlar arasında biçimsel anlamda bir hiyerarşiye yol açmamakta olup yalnızca Anayasa’nın sağladığı güvence düzeyi ile ilişkilidir¹²⁵⁰. Örneğin nispî bir hak olan sözleşme hürriyeti ile mutlak bir hak olan işkence yasağı arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır. Öte yandan bu iki hak arasında bir çatışmanın vuku bulması ihtimalinde, bunlar arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmayacak; çatışmanın işkence yasağı lehine çözüme kavuşturulması gerekecektir.

ccc) Dengeleme Yöntemi ve Pratik Uyuşum İlkesi

Anayasal normlar arasında biçimsel yahut maddî bir hiyerarşi bulunmadığına göre; -mutlak haklar istisna tutulursa- temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların, bunlardan birine soyut ve genel bir üstünlük tanınması sureti ile çözüme kavuşturulması olanaklı değildir¹²⁵¹. Temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözümünde “dengeleme” (*balancing/weighing*) adı verilen özel bir yöntemle başvurulmaktadır¹²⁵². Bu yöntemde, öncelikle çatışan hakların ve değerlerin ağırlıklarının tespiti yapılmakta ve bu ağırlığa göre hangi hakların veya değerlerin ne oranda kaybedeceği ve kazanacağı veya öncelikli çıkacağı belirlenmektedir¹²⁵³.

Dengeleme yöntemi, temel hakları düzenleyen Anayasa hükümlerinin çoğunlukla “ilke norm” niteliğinde olmasının sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

durdurulabilecektir” (Anayasa Mahkemesi, E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.01.1991, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 27, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1993, s. 97-98).

¹²⁵⁰ Gözler (1999), s. 164-166; Köküarı, s. 191; Yılmaz Coşkun, s. 477. Aksi yönde görüş için bkz. Anayurt (2000), s. 51.

¹²⁵¹ Benzer yönde bkz. Kanadoğlu, s. 45.

¹²⁵² Dengeleme yöntemine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Köküarı, s. 246-361; Hazar, s. 52-130; Yılmaz Coşkun, s. 511-562.

¹²⁵³ Köküarı, s. 246.

Alman hukukçu Alexy; yatay etki, hakların sınırlandırılması ve çatışması gibi temel haklar doktrininin başlıca sorunlarının çözümü açısından kural-ilke ayrımının merkezi bir önemi olduğunu ifade etmektedir. Alexy'e göre, temel hakların yapısına ilişkin iki ayrı yorum ve yaklaşım söz konusudur. Temel hakların dar ve katı yorumuna göre, temel hak normları ile hukuk düzeninin diğer normları arasında - normlar hiyerarşisindeki konumları dışında- esaslı bir yapısal farklılık bulunmamaktadır. Temel haklar, yurttaşın sahip olduğu özgürlük alanını devlet karşısında güvence altına alan hukuk kurallarıdır. Diğer hukuk kuralları gibi temel haklar da harfiyen riayet edilmesi gereken kesin emirler niteliğindedir. Bir temel hak normu başka bir hukuk kuralı ile çatıştığında, altlık-üstlük, öncelik-sonralık ve özellik-genellik ilişkileri çerçevesinde bu çatışma çözüme kavuşturulmalıdır. Alexy'nin de savunduğu temel hakların geniş ve bütüncül yorumuna göre ise temel haklar, bireyin özgürlük alanını devlet karşısında güvence altına alan hukuk normları olmalarının yanı sıra aynı zamanda ilke niteliğini de haizdirler. İlkeler, kurallardan farklı olarak, kesin emirler içermez. Mevcut olgusal ve yasal olanaklar göz önüne alındığında, bir değer mümkün olan en geniş ölçüde gerçekleştirilmesini gerektiren normlardır. Bu nedenle, birbiriyle yarışan iki ilke söz konusu olduğunda, bu ilkelere birinin geçersiz sayıldığı veya diğer ilke karşısında istisna teşkil ettiği sonucuna varılmamalı; somut olayın özelliklerine göre bu iki ilkenin birbirleri ile dengelenmesi amaçlanmalıdır¹²⁵⁴.

Dengeleme süreci temel olarak üç aşamadan oluşmaktadır¹²⁵⁵: İlk aşamada, karşı karşıya gelen temel hakların ve anayasal değerlerin belirlenmesi gerekir. İkinci aşamada, somut olayın özellikleri çerçevesinde söz konusu hak ve değerlerin önem ve ağırlıkları tespit edilir. Son aşamada ise bu önem ve ağırlıklar tartılarak hangi hak

¹²⁵⁴ Alexy, Robert, “*Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*”, **Ratio Juris**, Vol. 16, No. 2, Y. 2003, s. 131-134; Alexy, Robert, “*The Construction of Constitutional Rights*”, **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Vol. 91, No. 3, Y. 2012, s. 465-468; Alexy (2010), s. 44-61. Alexy'nin kural-ilke ayrımına ilişkin değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Vural, Hasan S., **Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 94-104; Kahl, Wolfgang, “*Temel Haklar*”, (Çev. Hüseyin Özcan), **Anayasa Teorisi**, (Editörler Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter), Lale Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 828-830; Şirin (2019), s. 644-646; Hazar, s. 84-89; Yılmaz Coşkun, s. 135-181.

¹²⁵⁵ Hazar, s. 107. Benzer yönde bkz. Metin, Yüksel, “*Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?*”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, Y. 2017, s. 14-15.

ve değerin üstün geleceğine karar verilir. Şüphesiz bu tartım sonunda ağır basan hak veya değerin, çatıştığı hak veya değeri geçersiz kıldığı veya onun karşısında mutlak bir üstünlük elde etmiş olduğu söylenemeyecektir. Aksine bir somut olayda alt edilen hak veya değerin, başka şartlar altında çatıştığı aynı hak veya değer karşısında ağır basması her zaman mümkündür¹²⁵⁶.

Temel haklar ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözümünde, bunlardan birini diğerine tercih etmeden ya da öncelemeden evvel her ikisinin de optimal etkisini korumasını sağlayacak uzlaştıracı bir formülün varlığı araştırılmalıdır¹²⁵⁷. Çatışan hak ve değerlerden birisinin dışlanarak diğerine öncelik verilmesi ancak son çare olarak düşünölmelidir. Alman hukukçu Konrad Hesse tarafından geliştirilen ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından tatbik edilen “*pratik uyuşum ilkesi*” (*Praktische Konkordanz*), çatışan temel hakların ve anayasal değerlerin uyumlulaştırılması gerekliliğini ifade eder. Hesse’ye göre¹²⁵⁸;

“Anayasa ile güvence altına alınan haklar ve menfaatler, her birinin hayata geçirilebileceği şekilde diğeri ile ilişkilendirilmelidir. Hakların çatıştığı durumlarda, hiçbir hak, değerler arasında alelacele bir tartım yapılması sureti ile veya soyut mülahazalara dayalı olarak, diğer hak pahasına uygulama bulmamalıdır... Çatışan haklar ve menfaatler, her birinin optimal etkisini gösterebileceği biçimde sınırlamalara tabi olmalıdır. Haliyle sınırlamaların somut olayın koşulları ışığında orantılı olması gerekir. Bu sınırlamalar, çatışan anayasal değerlerin uyuşumunu sağlamak için gerekli olandan daha kapsamlı olmamalıdır”.

¹²⁵⁶ Benzer yönde bkz. Hazar, s. 88.

¹²⁵⁷ Köküsarı, s. 338; Hazar, s. 111; Yılmaz Coşkun, s. 480.

¹²⁵⁸ Hesse, Konrad, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, s. 72’den çeviren ve aktaran Marauhn, Thilo/Ruppel, Nadine, “*Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse’s Notion of “Praktische Konkordanz” and the German Federal Constitutional Court*”, **Conflicts Between Fundamental Rights**, (Editör Eva Brems), Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, s. 280.

Pratik uyuşum ilkesinin temelinde, önemli bir sistematik yorum aracı olan “Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi”¹²⁵⁹ (*the principle of the unity of the constitution*) yer almaktadır. Anayasa’nın bütünlüğü ilkesine göre; anayasal normlar tek başlarına ele alınmamalı; -Anayasa’nın temel tercihleri başta olmak üzere- diğer anayasal normlar ile bağlantılı olarak ve mümkün olduğunca onlarla çelişkiye düşmeyecek biçimde yorumlanmalıdır¹²⁶⁰. Bu ilke, anayasal normlar arasında hiyerarşik anlamda bir astlık-üstlük ilişkisi bulunmamasının doğal sonucudur. Anayasa’nın bütün normları aynı etki ve değerde olduğuna göre, bir normun uygulanması ile başka bir normun etki alanı ortadan kaldırılmamalıdır. Anayasal normların çatışması durumunda - herhangi bir norm bütünü ile devre dışı bırakılmaksızın- Anayasa’nın normatif gücüne optimal etkililik kazandıran yorum benimsenmelidir¹²⁶¹.

Pratik uyuşum ilkesi, temel haklar yahut bir temel hak ile anayasal değer arasındaki çatışmaların Anayasa’nın bütünlüğü ilkesinin rehberliğinde çözüme kavuşturulmasını amaçlayan bir yöntemdir. Bu ilkeye göre; bir temel hakkın başka bir temel hak yahut Anayasa tarafından korunan başka bir hukukî değer ile çatışması durumunda öyle bir çözüm bulunmalıdır ki; hem temel hak hem de Anayasa’nın koruduğu hukukî değer, varlık ve etkilerini optimal düzeyde korusun¹²⁶². Pratik uyuşum ilkesi, çatışan hak ve değerlerden birinin diğerine feda edilmesine karşı çıkar. Çatışma halinde, bir norma öncelik veya üstünlük tanınması yerine her iki normun da aynı anda etkisini göstermesini sağlayacak bir ara çözüm bulunmalıdır¹²⁶³. Bu da çatışan normların hiçbirinden bütün olarak vazgeçilmeksizin

¹²⁵⁹ Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Esen, Bülent Nuri, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması: Bir İnceleme Özeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 74-76; Kommers, Donald P., “*German Constitutionalism: A Prolegomenon*”, **Emory Law Journal**, Vol. 40, Y. 1991, s. 851-852; Müller, Friedrich, **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, (Çev. Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam), Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 41; Paulus, Andreas L., “*Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması*”, **Anayasa Yargısı**, C. 30, Y. 2013, s. 30-31; Kanadoğlu, s. 133; Metin (2008), s. 75-77; Yılmaz Coşkun, s. 127-130.

¹²⁶⁰ Müller (2009), s. 41; Paulus, s. 30; Yılmaz Coşkun, s. 128.

¹²⁶¹ Müller (2009), s. 43.

¹²⁶² Sağlam (1982), s. 40. Benzer yönde bkz. Müller (2009), s. 42; Oder (2010), s. 64-67; Oder (2012), s. 130; Dündar Sezer, s. 384; Şirin (2019), s. 643; Yılmaz Coşkun, s. 419.

¹²⁶³ Metin (2008), s. 78.

her ikisine de belli ölçülerde sınırlama getirilmesi ile mümkün olur¹²⁶⁴. Diğer bir ifade ile pratik uyuşum yönteminde, ne çatışan hak ve değerlerden birinin tamamen ortadan kaldırılmasına ne de diğer hak ve değer zararına tam olarak gerçekleştirilmesine müsaade edilir¹²⁶⁵. Çatışan hak ve değerler arasında, her ikisinin de optimum etkinliğe ulaşmasına imkân tanıyacak şekilde bir dengeleme yapılmalıdır¹²⁶⁶. Kısacası pratik uyuşum ilkesi, çatışan hak ve değerleri Anayasa'nın her zaman kazanacağı şekilde optimize eder¹²⁶⁷. Öyle ki çatışan hak ve değerlerin her ikisine de ölçülü şekilde sınırlama getirilmesi durumunda Anayasa'nın normatif etkisi, bu hak ve değerlerden birinin bütün olarak feda edilip diğerine mutlak geçerlilik tanınması durumuna kıyasla daha geniş olmaktadır¹²⁶⁸. Bu bağlamda, pratik uyuşum ilkesi çerçevesinde anayasal yorum, “sıfır toplamı bir oyun”dan ziyade “Pareto optimumu”na yaklaşmaktadır¹²⁶⁹.

Alman Anayasa Hukukunda pratik uyuşum ilkesine din ve vicdan hürriyeti (m. 4), sanat hürriyeti (m. 5. f. 3) gibi özel sınırlama kaydı bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin taraf olduğu anayasal norm çatışmalarının çözümü amacı ile başvurulmaktadır. Hesse, pratik uyuşum ilkesinin –sınırlama kaydı bulunsun veya bulunmasın- anayasal olarak korunan menfaatler arasındaki bütün çatışmaların çözümü amacı ile kullanılabileceği görüşünü savunsa da gerek öğretinin büyük çoğunluğu gerekse Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu ilkenin yalnızca

¹²⁶⁴ Benzer yönde bkz. González De La Vega, Geraldina, “Two Different Approaches in Constitutional Interpretation with Special Focus in Religious Freedom: A Comparative Study Between Germany and the United States”, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Vol. 42, No. 122, Y. 2008, s. 824; Klatt, Matthias, “Judicial Review and Institutional Balance: Comments on Dimitrios Kyritsis”, **Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 38, Y. 2019, s. 25; Hazar, s. 112. Anayasa Mahkemesi de benzer yönde bir değerlendirme yapmaktadır: “Temel hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda özgürlüklerden birinin diğerine tercih edilmesi değil, özgürlükler arasında makul bir denge kurularak her ikisinin de gerektiği ölçüde korunduğu bir yolun benimsenmesi gerekmektedir” (Anayasa Mahkemesi, E. 2020/12, K. 2020/46, K.T. 10.09.2020, S. 57, C. 2, s. 1077).

¹²⁶⁵ Yılmaz Coşkun, s. 423-424.

¹²⁶⁶ Klatt, s. 25. Benzer yönde bkz. Oder (2010), s. 64.

¹²⁶⁷ González De La Vega, s. 807.

¹²⁶⁸ Benzer yönde bkz. 70 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court-Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights, s. 350.

¹²⁶⁹ González De La Vega, s. 807. Aksi yönde bkz. Yılmaz Coşkun, s. 424.

sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için kullanılabilmesi görüşündedir¹²⁷⁰. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre; özel sınırlama kaydı bulunmayan temel hak ve hürriyetler de başka temel hak ve hürriyetler ile anayasal değerleri koruma amacı ile sınırlandırılabilir¹²⁷¹. Pratik uyum ilkesi, söz konusu hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların temel meşruiyet ölçütü olarak işlev görmektedir¹²⁷²:

“Kayıtsız olarak güvence altına alınmış temel hakların farklı sahipleri arasında ve bu temel hak ile diğer anayasal olarak korunan menfaatler arasındaki bu çatışma, çatışan hukuki konumlardan hiçbirinin tercih edilmemesini ve azami biçimde iddia edilmemesini, fakat hepsinin mümkün olduğu kadar nazik bir dengelemesini gerektiren pratik uyum ilkesiyle çözümlenmelidir”.

bb) Sözleşme Hürriyetinin Taraf Olduğu Çatışma Örnekleri ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bu Çatışmaların Çözümü

Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kararında vurguladığı üzere¹²⁷³, Anayasa'da sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama kaydı öngörülmemiş olması, bu hürriyetin hiçbir şartta sınırlandırılmasına izin verilmeyen mutlak bir hak olduğu anlamını taşımaz. Özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetler de diğer Anayasa hükümleri ile eşit düzeydedir. Sözleşme hürriyetinin düzenlendiği

¹²⁷⁰ Marauhn/Ruppel, s. 282-284; Şirin (2019), s. 643-644; Yılmaz Coşkun, s. 419-422. Pratik uyum ilkesinin yasa kaydı içeren temel hak ve hürriyetler için de uygulanabileceği yönünde bkz. Metin (2008), s. 79; Oder (2013), s. 54-55; Yılmaz Coşkun, s. 422. Oder'e göre; “özel sınırlama nedeni içermeyen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak uyumlaştırma istisnadır ve uyumlaştırma zorunluluğunda yasa koyucunun “sıkı denetimi” (“strict scrutiny”) asıl olmalıdır” (Oder (2012), s. 131).

¹²⁷¹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin özel sınırlama kaydı bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kullandığı standart formül şu şekildedir: “Yalnızca üçüncü kişinin çatışan temel hakları ve anayasa derecesiyle donatılmış diğer hukuki değerler, Anayasanın bütünlüğü ve onun tarafından korunan bütün değerler düzenine dikkat ederek, sınırlandırılamaz temel hakları da tek tek ilişkilerde istisnai olarak sınırlandırılabilir” (BVerfGE 28, 243, 260'dan çeviren ve aktaran Kanadoğlu, s. 15). Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin özel sınırlama kaydı bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Coşkun, s. 482-509.

¹²⁷² BVerfGE 93, 1, 21'den çeviren ve aktaran Yılmaz Coşkun, s. 437.

¹²⁷³ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, S. 52, C. 6, s. 3876.

Anayasa'nın 48'inci maddesinin diğer Anayasa hükümleri karşısında herhangi bir önceliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, diğer Anayasa hükümleri ile çatışması ihtimalinde, özel sınırlama sebebi bulunmaması nedeni ile sözleşme hürriyetinin bu çatışmalardan mutlaka üstün olarak ayrılacağı söylenemeyecektir. Çatışma durumunda, sözleşme hürriyeti ile çatıştığı Anayasa hükmü arasında uygun bir denge kurulması gerekecek olup bu da sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Sözleşme hürriyeti gibi özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahalelerin dayanağı, mutlaka “*anayasal statüde bir hukuki değer*” olmak zorundadır. Bu hukukî değer, Anayasa’da düzenlenen başka bir temel hak ve hürriyet olabileceği gibi devletin temel ilkeleri veya devlete görev yükleyen herhangi bir Anayasa hükmü de olabilecektir¹²⁷⁴. Ancak “*kamu yararı*”, “*milli güvenlik*”, “*genel sağlık*” ve “*genel ahlâkın korunması*” gibi başka temel hak ve hürriyetler için öngörülen sınırlama sebepleri, sözleşme hürriyetine yönelik müdahaleler için dayanak teşkil edemez. Sözleşme hürriyetine yönelik müdahalenin dayanağının anayasal statüde bir hukuki değer olmadığı durumlarda -Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan diğer ölçütler yönünden inceleme yapılmasına gerek olmaksızın- “*meşru bir sebebe dayanmaması*” gerekçesi ile müdahalenin Anayasa’ya aykırılığına karar verilmelidir¹²⁷⁵.

Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın anayasal bir gerekçesinin bulunması, müdahalenin zorunlu olarak Anayasa’ya uygun olduğu sonucunu doğurmaz. Sözleşme hürriyetinin diğer Anayasa hükümleri karşısında bir üstünlüğü olmadığı gibi diğer Anayasa hükümlerinin de sözleşme hürriyeti karşısında bir üstünlüğü yoktur. Bu nedenle, sözleşme hürriyetine anayasal statüde bir hukukî

¹²⁷⁴ Anayasa Mahkemesi kararlarında da düzenlendiği maddede herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiş hakların “*Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara*” dayanılarak sınırlandırılabilirliği ifade edilmektedir. Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1942-1943. Öte yandan, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere, başka temel hak ve hürriyetlerin dışında, devletin temel ilkeleri veya devlete görev yükleyen Anayasa hükümleri gerekçe gösterilerek müdahale edilmesine mesafeli yaklaşan bazı yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Dündar Sezer, s. 406; Gözler (2017), s. 359; Yılmaz Coşkun, s. 407-411.

¹²⁷⁵ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, S. 57, C. 2, s. 830.

değeri koruma gerekçesi ile sınırlama getirildiğinde, bu iki anayasal değer arasında uygun bir denge kurulup kurulmadığı ve pratik uyuşumun sağlanıp sağlanmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmelidir. Anayasa Mahkemesi bu denetimi, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan “ölçülülük ilkesi”, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “öz güvencesi” ölçütleri üzerinden gerçekleştirmektedir¹²⁷⁶.

¹²⁷⁶ Yılmaz Coşkun; temel hak ve hürriyetler arasındaki çatışmalarda Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçütlerin referans alınmasını gerekçe göstererek Anayasa Mahkemesi'nin gerçek anlamda bir dengeleme içtihadı geliştirdiğinin şüpheli olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme, temel hak ve hürriyetler arasındaki çatışmalarda en az üç Anayasa maddesini dikkate almaktadır: Bunlardan ikisi çatışan hakların yer aldığı Anayasa maddeleri iken diğeri ise temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13'üncü maddesidir. Yazara göre; bu yaklaşımı ile Mahkeme, devletin temel hak ve hürriyetlere doğrudan gerçekleştirdiği müdahaleler ile başka bir temel hak ve hürriyetin korunması gerekçesi ile gerçekleştirdiği müdahaleler arasında belirgin bir fark gözetmemiş olmaktadır (Yılmaz Coşkun, s. 590-591). Biz, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin geliştirmiş olduğu yöntemin doğru ve tutarlı olduğunu düşünüyoruz. Yazarın da kabul ettiği üzere (Yılmaz Coşkun, s. 496-498); temel hak ve hürriyetlerin çatışması durumunda ortada bir “sınırlılık” hâli değil “sınırlama” hâli mevcuttur. Çatışma nedeni ile sınırlama durumunda, temel hak ve hürriyetin kendi norm alanından kaynaklanan bir sınırlılıktan söz edilemez. Aksine bu durumda, temel hak ve hürriyetin norm alanı içinde yer alan bir kullanım biçimi, başka temel hak ve hürriyetleri veya anayasal değerleri koruma gerekçesi ile engellenmektedir. Bu işlem, kurucu bir nitelik taşır. Ortada “sınırlılık” değil bir “sınırlama” hâli mevcut olduğuna göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13'üncü maddesine başvurulmasını doğal karşılamak gerekir. Ayrıca bu maddede yer alan ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve öz güvencesi ölçütleri, temel hak ve hürriyetler arasındaki çatışmaların çözümü için anahtar niteliğindedir. Esasında dengeleme ile ölçülülük ilkesi arasında esasa etki edecek derecede büyük bir farklılık bulunduğu da şüphelidir. Ölçülülük ilkesine genellikle kamusal bir menfaat ile bir temel hak ve hürriyet arasında meydana gelen geleneksel çatışmaların çözümü için başvurulurken dengeleme ilkesi iki temel hak ve hürriyet arasındaki çatışmaların çözümü için kullanılmaktadır (Benzer yönde bkz. Marauhn/Ruppel, s. 284). Bu terminolojik farklılık dışında, her iki ilkenin de temelde aynı işleve ve kullanıma sahip olduğu ifade edilmektedir (Bkz. Köküsarı, s. 229-232). Her iki ilke de temelde, hak ve hürriyete yönelik müdahalenin gerçekleştirilmesi sonucu elde edilen fayda ile söz konusu hak ve hürriyete verilen zarar arasında uygun ve orantılı bir ilişkinin bulunmasını gerekli kılmaktadır (Hazar, s. 108; Benzer yönde bkz. Kanadoğlu, s. 62-63). Keza dengeleme sürecinin bir aşaması olarak kabul edilen pratik uyuşum ilkesi (Hazar, s. 111) ile ölçülülük ilkesi ve öz güvencesi arasında da çok yakın bir bağlantı bulunmaktadır. Yılmaz Coşkun'un da belirttiği üzere, pratik uyuşum ilkesi her ne kadar temel hak ve hürriyetler arasındaki çatışmaların çözümü için yol gösterici bir ilke olsa da münferit durumlarda uzlaştırmanın nasıl sağlanacağı hususunda bağımsız bir ölçüt sunmaz. Pratik uyuşum ilkesi ancak ölçülülük testi bağlamında işlevsel hale gelmektedir (Yılmaz Coşkun, s. 428). Ölçülülük ilkesi, pratik uyuşumu sağlamayı amaçlayan bir çatışma çözüm aracı olarak kabul edilmektedir (Yılmaz Coşkun, s. 431). Pratik uyuşum ilkesi ile öz güvencesi arasında da benzer bir ilişki bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere; pratik uyuşum ilkesi, çatışan hak ve değerlerden birinin diğerine feda edilmesine karşı çıkar. Öz güvencesi uyarınca, başka temel hak ve hürriyetleri yahut anayasal değerleri koruma gerekçesi ile dahi olsa temel hak ve hürriyetlere, kullanımlarını bütünü ile yasaklayıcı veya onlardan yararlanmayı ciddi surette güçleştirici şekilde müdahalede bulunulamayacaktır. Bu bağlamda, öz güvencesini de çatışan temel hak ve hürriyetlerin uzlaştırılmasında başvurulabilecek bir ölçüt olarak kabul etmek mümkündür. Özetle bize göre; temel hak ve hürriyetler ve anayasal değerler arasındaki çatışmaların çözümü bakımından Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçütler oldukça işlevsel niteliktedir. Bu ölçütlere

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre¹²⁷⁷; sözleşme hürriyeti gibi özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan güvencelere aykırı olmaması şarttır. Sözleşme hürriyetine getirilen bir sınırlamanın anayasal dayanağı bulunsa bile, 13'üncü maddede yer alan güvencelere riayet edilmemiş olması ihtimalinde sınırlamanın Anayasa'ya aykırılığına hükmedilmektedir.

Özetle Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetine yönelik müdahalelerde, müdahaleye dayanak teşkil eden anayasal statüdeki hukukî değerleri birer sınırlama kaydı olarak kullanmaktadır. Sınırlamayı meşru gösteren bir anayasal değer mevcut olması durumunda sebebe bağlılık ölçütü aşılmakta; ardından müdahalenin ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve öz güvencesi ölçütlerine uygunluğu denetlenmektedir. Aşağıda Anayasa Mahkemesi'nin örnek kararları ışığında, sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların dayanağını oluşturan bazı anayasal statüdeki hukukî değerler incelenmiştir.

aaa) Sosyal Devlet İlkesi

Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların anayasal meşruiyet zeminini oluşturan hukukî değerlerin başında sosyal devlet ilkesi gelmektedir. Devletin temel nitelikleri arasında yer alan sosyal devlet ilkesine göre; devlet, herkesin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürebilmesine olanak sağlamak ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için devletin, bireyler ve toplumsal sınıflar arasındaki mücadelede tarafsız bir hakem rolü oynaması yeterli olmayıp dezavantajlı gruplar yararına sosyal ve ekonomik hayata aktif olarak müdahale etmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında sosyal devleti, “*güçsüzleri güçlüler karşısında*

başvurulmaksızın çatışmaların nasıl çözülebileceği de soru işaretidir. Özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusunda Anayasa Mahkemesi'ne bir eleştiri yöneltilmesi gerekiyorsa, bu eleştirinin sebebi Anayasa'nın 13'üncü maddesini referans alması değil aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, bazı kararlarında bu maddede yer alan ölçütleri hiç dikkate almaması veya doğru uygulamaması olmalıdır.

¹²⁷⁷ Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2001/309, K. 2002/91, K.T. 15.10.2002, S. 39, C. 1, s. 146; Anayasa Mahkemesi, E. 2011/150, K. 2013/30, K.T. 14.02.2013, S. 50, C. 7, s. 4808; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/18, K. 2013/132, K.T. 14.11.2013, S. 51, C. 3, s. 1720.

koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet” şeklinde tanımlamıştır¹²⁷⁸.

Sosyal devlet ilkesinin hukuk düzenlerinde yer bulması ile birlikte, sözleşme hürriyeti de dâhil olmak üzere ekonomik hürriyetler eski korunaklı konumlarını kaybetmişlerdir. Sosyal devlet ilkesi ile sözleşme hürriyeti arasında gerilimli bir ilişki mevcuttur. Sınırsız bir sözleşme hürriyeti güvencesini sosyal devlet ilkesi ile bağdaştırma olanağı yoktur. Zira devletin sosyal eşitsizlikleri gidermek, sosyal barışı ve adaleti sağlamak üzere alacağı tedbirler, çoğu kez sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmesi sonucunu doğurur. Özellikle sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacı ile sözleşme hürriyetine gerçekleştirilen müdahaleler, sosyal devlet ilkesi ile gerekçelendirilmektedir. Gerçekten de işçi-işveren, kiracı-kiraya veren, satıcı-tüketici arasındaki sözleşme ilişkilerine devlet tarafından müdahale edilmesi, sosyal devlet olmanın gerekleri arasındadır. Ancak sosyal devlet ilkesini hayata geçirmek üzere alınan tedbirler ile özel hukukun temel sütunları arasında yer alan sözleşme hürriyeti ve irade özerkliği ilkelerini tahrip etmekten de kaçınmak gerekir. Hem sosyal devlet hem de sözleşme hürriyeti aynı hukuk düzeninin temel ilkeleri olup bu iki ilkenin, biri diğerine feda edilmeden mümkün olduğu ölçüde uzlaştırılması ve aralarında adil bir denge kurulması devlet organlarının görevidir¹²⁷⁹.

Kira sözleşmelerine yönelik devlet müdahaleleri, sosyal devlet ilkesi ile sözleşme hürriyeti arasındaki etkileşimin belirginleştiği alanların başında gelmektedir. Konut darlığı, modern devletlerin ortak sorunları arasındadır. Hemen her hukuk düzeninde, toplumun dar gelirli gruplarının barınma ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri için kira bedellerinin dondurulması, farklı bölgelere göre azamî kira bedeli belirlenmesi ve kira artış oranlarının tespiti gibi çeşitli tedbirler alınmaktadır. Sosyal devlet ilkesinin gereği olan bu tedbirlerin aynı zamanda sözleşme hürriyetine müdahale teşkil ettiğine ilişkin herhangi bir tereddüt yoktur.

Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun kira sözleşmelerine yönelik gerçekleştirdiği müdahaleleri ilk defa E. 1963/3, K. 1963/67 Sayılı kararı ile

¹²⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 1988/19, K. 1988/33, K.T. 26.10.1988, S. 24, s. 451.

¹²⁷⁹ Atamer (2001), s. 27.

denetlemiştir. İptal talebine konu olan 6570 Sayılı Kanun ile 12.05.1953 tarihindeki rayiçler en yüksek sınır kabul edilerek kira bedelleri dondurulmuş; rayiç bedellerin tespiti görevi de belediye encümenlerine verilmiştir. Söz konusu Kanun ile sözleşme hürriyetine de sınırlama getirilmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, denetimini salt mülkiyet hakkı üzerinden gerçekleştirmiştir. Mahkeme, 6570 Sayılı Kanun ile alınan tedbirleri doğrudan sosyal devlet ilkesi ile ilişkilendirmese de devletin kiralari kontrol altına almak amacı ile gerçekleştirdiği müdahalenin kamu yararına uygun olduğuna hükmetmiştir¹²⁸⁰:

“Mesken ve iş yeri darlığının bulunduğu memleketlerde, Devletçe tedbir alınmadığı takdirde, talebin fazlalığı dolayısıyla kiralar anormal şekilde yükselir. Bu yükseliş istihkak maddelerinin fiyatları üzerinde de etkilerini gösterir ve hayat pahalılığına sebep olur... Hayat pahalılığı, toplumda huzursuzluk yaratan bir olaydır. Toplumuna buna karşı korumak amacı ile Devletçe tedbir alınmasının kamu yararına bir müdahale teşkil ettiğinden şüphe edilemez. Aynı amaçla, kiraların kontrol altına alınması da kamu yararına olan tedbirler cümlesinden sayılmak icabeder... Bu sebepler gözönünde tutularak, memleketimizde gayrimenkul darlığı devam ettiği sürece, kanun koyucunun, kira konusunu düzenlemesinin ve bu alanda sınırlama yapmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunmamak şartı ile, caiz bulunduğu ve bu müdahalenin kamu yararına olduğu hususunda görüş birliğine varılmıştır”.

Müdahalenin kamu yararına uygun olduğuna hükmeden Anayasa Mahkemesi; inşaat maliyetleri ile bakım ve idare giderlerinin artmasını, kira bedellerinin tespitinde esas alınan 12.05.1953 günü ile dava tarihi arasındaki ekonomik koşulların büyük ölçüde değişmiş olmasını dikkate alarak dava konusu kuralların mülkiyet hakkının özünü zedelediğine karar vermiştir¹²⁸¹.

¹²⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1963/3, K. 1963/67, K.T. 26.03.1963, S. 1, s. 151-152.

¹²⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E. 1963/3, K. 1963/67, K.T. 26.03.1963, S. 1, s. 152-154. Karara ilişkin değerlendirme için bkz. Tandoğan, Halûk, “Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 4, Y. 1968, s. 597-598; Özyakışır, Özkan, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 166-169.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından yeni dönem kira bedellerinin tespiti hususunda meydana gelen boşluk, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları¹²⁸² ile doldurulmuştur. Yargıtay; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının sınırsız kira esasına geçilmesi anlamına gelmediğini belirterek yeni dönem kira bedellerinin *“bilirkişice tespit edilecek olağan rayiç ve bu tespit edilemezse ekonomi esasları, hak ve nasafet uyarınca bilirkişi tarafından belirtilecek kira parası esas alınarak hâkim tarafından”* belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁸³.

Kira artış oranları, yaklaşık otuz beş yıl boyunca Yargıtay tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde yargı organları tarafından tespit edilmiştir. Bu uzun süreli uygulamanın akabinde, 16.02.2000 tarih ve 4531 sayılı Kanun ile kira artış oranlarına yeniden müdahale edilmiştir. Enflasyonla mücadele gerekçesi ile çıkarılan bu Kanun uyarınca, hükümetin enflasyon hedefi doğrultusunda, kira artış oranlarına 2000 yılı için % 25, 2001 yılı için ise % 10 oranında tavan sınır getirilmiştir¹²⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi, E. 2000/26, K. 2000/48 ve E. 2000/77, K. 2000/49 Sayılı kararlarında, kira artış oranlarında 2000 yılı için öngörülen % 25'lik sınırın eşitlik ilkesini, mülkiyet hakkını ve sözleşme hürriyetini ihlal ettiği iddiasını incelemiştir. Mahkeme; kiracı ile kiraya veren arasındaki sözleşme ilişkilerine kiracı yararına devlet tarafından müdahale edilmesini sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak

¹²⁸² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1964/2, K. 1964/4, K.T. 18.11.1964, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 07.09.2023; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1966/19, K. 1966/10, K.T. 21.11.1966, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 07.09.2023.

¹²⁸³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları hakkında değerlendirme için bkz. Tandoğan (1968), s. 598-599; Özyakışır, s. 169-172. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, sınırlı kira esasının Yargıtay kararları ile devam ettirilmiş olmasını kanunilik ilkesi ile bağdaştırma olanağı yoktur. Anayasa Mahkemesi, iptal kararının doğrudan uygulanması ile meydana gelmesi muhtemel olumsuz sonuçları göz önünde bulundurarak iptal hükmünün altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiş ve fakat TBMM, verilen süre içerisinde kira artış oranlarına sınırlama getiren yeni bir kanun çıkarmamıştır. İptal kararının yürürlüğe girmesi ile birlikte sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın yasal dayanağı ortadan kalkmış ve tarafların kira artış oranlarını serbestçe belirlemeleri imkânı doğmuştur. Şekli anlamda kanun hüviyetini haiz olmayan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ile sınırlı kira esasının sürdürülmesi ve bu suretle sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmesi kanaatimizce isabetli olmamıştır.

¹²⁸⁴ Kanun hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Altaş, Hüseyin, “Kira Parası Artışlarının Sınırlanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 49, S. 1, Y. 2000, s. 99-113.

değerlendirmiş ve müdahalenin kamu yararı amacına uygun olduğuna hükmetmiştir¹²⁸⁵:

“Konut ve işyeri darlığı bulunan ülkelerde devletçe önlem alınmadığı takdirde talebin fazlalığı nedeniyle kiraların aşırı şekilde yükseleceği, bu yükselişin tüketim maddelerinin fiyatları üzerinde etkili olarak hayat pahalılığına sebep olacağı açıktır. Türkiye’de kiraların tüketici fiyat endeksi içindeki oranının yüksek olduğu, bunun hak ve adaletin gerçekleşmesini engelleyen önemli faktörlerin başında geldiği bilinmektedir. Bu nedenlerle, taşınmaz mal kiralarının sürekli yükselişi ve içinde kira paralarının önemli etkisi olan fiyat artışlarının ekonomik ve dolayısıyla sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi karşısında Devletin, sosyal huzurun sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin korunması amacıyla kiracı kiralayan ilişkilerini düzenlemesi, böylece insanımızı hak ettiği yaşam düzeyine kavuşturması, gelir dağılımını düzeltmesi ve yoksullukla mücadele etmesi Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir”.

Kira artış oranlarında 2000 yılı için öngörülen % 25’lik sınırın Anayasa’ya uygun olduğuna hükmeden Anayasa Mahkemesi, 2001 yılı için öngörülen % 10 oranındaki sınırı ise mülkiyet hakkının özünü zedelediği ve ölçüsüz olduğu gerekçesi ile Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme; kiracıların korunması ve enflasyonun kontrol altına alınması amacı ile kira artış oranlarına sınırlama getirilmesini ilke olarak Anayasa’ya uygun olsa da dönemin enflasyonist ortamında % 10’luk artış oranının ölçüsüz olduğuna karar vermiştir¹²⁸⁶:

“4531 sayılı Yasa’nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makûl bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde

¹²⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/26, K. 2000/48, K.T. 16.11.2000, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 38, C. 1, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003, s. 194-195; Anayasa Mahkemesi, E. 2000/77, K. 2000/49, K.T. 21.11.2000, S. 38, C. 1, s. 207.

¹²⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2001/303, K. 2001/333, K.T. 19.07.2001, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 37, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2002, s. 657-658.

seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, 4531 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artış, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır. Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlama, amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makûl, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçüsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez”.

Anayasa Mahkemesi, elli veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde % 6 oranında özürlü ve eski hükümlü çalıştırılması zorunluluğu öngören kuralın (4857 Sayılı İş Kanunu m. 30) iptali istemi ile açılan davada da sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın meşrulaştırılması için sosyal devlet ilkesini dayanak olarak kullanmıştır. Daha önce de belirtildiği üzere, sözleşme yapmaya zorlanmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestileri, sözleşme hürriyetinin önemli boyutlarını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, işverenleri, Türkiye İş Kurumu tarafından belirlenen özürlü ve eski hükümlüler ile sözleşme yapma yükümlülüğü altına sokan ve bu yükümlülüğü ihlal eden işverenlerin para cezası ödemesini öngören kuralların sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiği açıktır. Anayasa’da sözleşme hürriyeti için herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmediğine göre söz konusu sınırlama ancak anayasal statü taşıyan başka bir hukukî değerın korunması gerekçesi ile haklılaştırılabilir. Anayasa Mahkemesi de sosyal devlet ilkesi ile “çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı Anayasa’nın 50’nci maddesini dayanak olarak kullanmak sureti ile müdahalenin Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetmiştir¹²⁸⁷:

¹²⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2006/101, K. 2008/126, K.T. 19.06.2008, S. 45, C. 2, s. 1346-1347.

“Özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, ruhsal veya fiziksel açıdan yetersizliği nedeniyle yahut işlemiş olduğu bir suç dolayısıyla aldığı cezadan dolayı iş bulma imkanını önemli ölçüde yitirenleri koruma düşüncesine dayanmaktadır. Anayasa'nın 50. Maddesinin ikinci fıkrasındaki "Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar." hükmü özürlülerin özel olarak himaye edilmesini güvence altına aldığından kural, özürlüler bakımından Anayasa'nın 50. maddesinin bir gereğidir. Kuralla getirilen yükümlülük, özürlü ve eski hükümlü olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığından Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucudur... Özel ve kamu ayrımı yapılmaksızın özürlü ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğu öngörülen kuralın, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçüsüzlükten de söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır”.

Şüphesiz engelliler ve eski hükümlüler gibi dezavantajlı grupların topluma ve çalışma yaşamına katılımını sağlamak için gerekli tedbirlerin alınması sosyal devlet ilkesinin gerekleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin, dava konusu kural ile sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın “sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu” yönündeki tespitine biz de iştirak etmekteyiz¹²⁸⁸. Öte yandan Mahkeme, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaları denetlediği birçok kararında

¹²⁸⁸ Gözler; dava konusu kural ile sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın sosyal devlet ilkesi dayanak olarak kullanılmak sureti ile haklılaştırılmasına karşı çıkmaktadır. Yazara göre, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde “Temel hak ve hürriyetler ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ... sınırlanabilir” denildiği için Anayasa'nın 2'nci maddesinde sayılan sosyal devlet, hukuk devleti gibi devletin temel nitelikleri, Anayasa'nın 48'inci maddesinde düzenlenen sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar bakımından dayanak olarak kullanılamamalıdır (Gözler (2017), s. 359). Kanaatimizce çatışma nedeni ile sınırlama halinde, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın dayanağı başka bir temel hak ve hürriyet olabileceği gibi devletin temel ilkeleri veya devlete görev yükleyen herhangi bir Anayasa hükmü de olabilir. Sözleşme hürriyetine ailenin korunması gerekçesi ile sınırlama getirilebileceğini kabul eden (Gözler (2017), s. 264-265) yazarın, sosyal devlet ilkesi söz konusu olduğunda neden farklı bir değerlendirme yaptığı açık değildir.

sergilediği hatalı yaklaşımı, bu kararında da tekrarlamıştır. Daha önce de belirtildiği üzere, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan şartlar kümülatif nitelikte olup meşru bir amacının bulunması, sınırlamanın Anayasa'ya uygunluğuna hükmedilebilmesi için yeterli değildir. Bu karar özelinde, sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın dayanağının sosyal devlet ilkesi olduğu tespit edildikten sonra, ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve öz güvencesi ölçütleri kullanılarak, kanun koyucunun anayasal statü taşıyan bu iki hukukî değer arasında adil bir denge kurup kuramadığının araştırılması gerekirdi. Mahkeme ise dava konusu kural ile sözleşme hürriyetine ölçüsüz bir sınırlama getirilmiş olmadığını ifade etmesine rağmen bu sonuca nasıl ulaştığına dair herhangi bir açıklama yapmamıştır.

bbb) Basın Hürriyeti

Anayasa Mahkemesi; 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebepleri kaldırılmadan önce de başka temel hak ve hürriyetleri ve anayasal değerleri koruma gerekçesi ile sözleşme hürriyetine müdahale edilebileceği yönünde bazı kararlar vermiştir. Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın basın hürriyetinin korunması gerekçesi ile açıklandığı E. 1996/70, K. 1997/53 Sayılı karar bu duruma örnek gösterilebilir. Dava konusu kural; süreli ve süresiz yayınların dağıtımını yapan gerçek ve tüzel kişileri, kendilerinden talep edilen her türlü günlük yayımı, dağıtımını yaptıkları diğer yayımların satış fiyatı ile trajlarına göre aldıkları dağıtım ücretini aşmayacak bir bedel karşılığında dağıtmakla yükümlü tutmakta ve bu yükümlülüğü ihlal eden kişilerin ağır para cezasına çarptırılacağını öngörmektedir. Süreli ve süresiz yayınların dağıtımını yapan kişiler için sözleşme yapma zorunluluğu getiren söz konusu kuralın sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Anayasa Mahkemesi; devletin, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri almasını emreden Anayasa'nın 28'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmünü gerekçe göstererek müdahalenin kamu yararı amacına yönelik olduğuna hükmetmiştir¹²⁸⁹:

¹²⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/70, K. 1997/53, K.T. 05.06.1997, S. 39, C. 1, s. 29-30.

“Basın özgürlüğü, haber alma, düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, eleştirme ile bunlara ilişkin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Bireylerin bilgilenme hakkının sağlanabilmesi için devletin basılmış eserlerin dağıtımı konusunda gerekli önlemleri alması doğaldır... Dava konusu ek 7. maddenin birinci ve ikinci tümceleri ile getirilen sınırlama, Anayasa'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrası ile basın ve haber alma özgürlüklerini sağlayacak önlemleri alma hususunda devlete verilen görevin yerine getirilmesinin sağlanması amacına yöneliktir. Kişilerin haber alma özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi için yapılan bu düzenlemenin, sınırlama amacını aşan ve demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır... Süreli ve süresiz yayınların okuyucuya ulaştırılması basın ve haber alma özgürlüklerinin vazgeçilmez bir sürecini oluşturduğundan bunların dağıtımı için zorunluluk öngörülmesi kamu yararı amacına yönelik bir düzenlemedir”.

ccc) Ailenin Korunması

Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalara dayanak oluşturan önemli hükümlerden birisi de “*ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlıklı Anayasa'nın 41'inci maddesidir. Bu madde ile devlete; ailenin huzur ve refahı, ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri alma görevi yüklenmiştir. Kanun koyucunun bu görevi yerine getirmek üzere aldığı bazı tedbirlerin sözleşme hürriyetine müdahale niteliğine büründüğü görülmektedir. Eşlerin hukukî işlem ehliyetlerine getirilen sınırlamalar bu kapsamda ilk akla gelen örneklerdir. Türk hukukunda, evli kişilerin taraf oldukları sözleşmelerin geçerliliğini diğer eşin izni ve rızasına bağlı tutan çok sayıda yasal düzenleme bulunmakta olup¹²⁹⁰ bu düzenlemelerin ortak amacı, ailenin huzurunu, refahını ve ekonomik geleceğini güvence altına almaktır¹²⁹¹.

¹²⁹⁰ Eşlerin hukukî işlem ehliyetlerine sınırlama getiren yasal düzenlemelerden bir kısmı şu şekildedir: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194. f. 1: “*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*”. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 199. f. 1: “*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün*

Anayasa Mahkemesi E. 1997/27, K. 1998/43 ve E. 1999/47, K. 1999/46 Sayılı kararlarında sözleşme hürriyetine getirilen bir sınırlamayı ailenin korunması hakkını gerekçe göstererek meşru kabul etmiştir. Dava konusu kural; kadının şahsi mallarına ve mal ortaklığı usulüne tabi mallara ilişkin eşler arasındaki hukukî tasarruflar ile kadının kocası yararına üçüncü kişilere karşı üstlendiği borçların geçerliliğini, bu işlemlerin sulh hâkimi tarafından onaylanması şartına tabi kılmıştır. Bu kural, evli kadınların belli sözleşmelere taraf olmalarını hâkim onayına tabi tutmak sureti ile onların sözleşme yapma serbestisine sınırlama getirmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu kuralın sözleşme hürriyetine uygunluğunu denetlememiş; eşitlik ilkesi yönünden gerçekleştirdiği denetimde de kuralın ailenin korunması amacı ile getirildiğini ifade ederek Anayasa’ya aykırılık itirazını reddetmiştir¹²⁹²:

“İtiraz konusu kuralın amacı, kapsam ve sonuçlarını bilmeden karının borç altına girmesini önleyerek onu ve aile birliğini korumaktır. Böylece karının, kocanın etkisi altında kalarak ekonomik gücünün sarsılmasının önlenerek aile birliğinin korunması sağlanmak istenmiştir. Karı yönünden sınırlama getiren itiraz konusu kural, aile birliğini koruyarak kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup, demokratik toplum

yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir”. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 223. f. 2: “Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz”. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 263. f. 1: “Olağan yönetim dışında kalan konularda eşler, ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya mallarda tasarrufta bulunabilir”. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 349. f. 1: “Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanmış taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez”. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 584. f. 1 “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır”. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 603: “Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır”. Eşlerin hukukî işlem ehliyetlerine sınırlama getiren yasal düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şıpka, Şükran, “Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, Y. 2015, s. 50-56; Çelebi, Oğuzhan, *Kefalet Sözleşmesi ve Eşin Rızası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 183-198.

¹²⁹¹ Şıpka, s. 57. Benzer yönde bkz. Çelebi, s. 195.

¹²⁹² Anayasa Mahkemesi, E. 1999/47, K. 1999/46, K.T. 28.12.1999, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 36, C. 2, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2001, s. 615. Anayasa Mahkemesi, E. 1997/27, K. 1998/43, K.T. 30.06.1998, S. 35, C. 1, s. 218.

düzeninin gerekleriyle de çelişmediğinden Anayasa'ya aykırı değildir. İstemin reddi gerekir”.

Bu kararın çeşitli yönlerden eleştirilmesi mümkündür. İlk olarak; dava konusu kural, evli kadınların sözleşme hürriyetlerine açık bir müdahale niteliği taşımakta olup kuralın Anayasa'nın 13'üncü ve 48'inci maddeleri bakımından denetlenmemiş olması önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. İkinci olarak; kararda, yalnızca kadının hukukî işlem ehliyetine sınırlama getiren kuralın neden eşitlik ilkesini ihlal etmediği yeterli düzeyde gerekçelendirilebilmiş değildir. Eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 10'uncu maddesinin ilk fıkrasında bazı özgül ayırım yasaklarına yer verilmiştir. Cinsiyet nedeni ile ayrımcılık da bu yasaklar arasında yer almaktadır. Özgül ayırım yasakları, genel eşitlik kuralından daha farklı bir hukukî rejime tabidir. Kanun koyucuya geniş bir takdir alanı bırakan genel eşitlik kuralının aksine, özgül ayırım yasakları söz konusu olduğunda kanun koyucunun takdir yetkisi oldukça daralmaktadır¹²⁹³. Anayasa'da özel olarak yasaklanan sebeplere bağlı olarak yapılan ayrımlar sıkı yargısal denetime (strict scrutiny) tabi olup ayırımın meşru bir kamusal amaç ile ilintili olması tek başına yeterli değildir. Bunun yanı sıra, ayırımı haklı gösterecek zorlayıcı nedenlerin varlığının da ortaya konulması gerekmektedir¹²⁹⁴. Anayasa Mahkemesi kararında, itiraz konusu kuralın aile birliğini korumayı hedeflediği ifade edilse de bu amaca ulaşmak için neden yalnızca kadının hukukî işlem ehliyetine sınırlama getirilmesi gerektiği açıklanmamıştır. Karşı oy yazılarında da ifade edildiği üzere; kadının eşi yararına üçüncü kişilere borçlanması hâkim onayına bağlı tutulurken erkek yönünden böyle bir şartın aranmaması, cinsiyete dayalı ayrımcılığın tipik bir örneğidir. Yaptığı hukukî işlemlerin neticesini değerlendirememeye tehlikesi, evlilik birliğinin aynı konumdaki tarafları olan kadın ve erkek için farklı değildir. Aileyi oluşturan kadın ve erkeğin farklı kurallara bağlı tutulması evlilik birliğini güçlendirmez; tam aksine bu birliğe zarar verir¹²⁹⁵.

¹²⁹³ Öden, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 285.

¹²⁹⁴ Öden, s. 286.

¹²⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1997/27, K. 1998/43, K.T. 30.06.1998, S. 35, C. 1, Yalçın Acargün, Mustafa Bumin ve Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşı Oy Yazısı s. 219-221; Anayasa Mahkemesi, E. 1999/47, K. 1999/46, K.T. 28.12.1999, S. 36, C. 2, Yalçın Acargün, Mustafa Bumin, Mustafa Yakupoğlu ve Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşı Oy Yazısı, s. 616-619.

Ekonomik açıdan kocası tarafından suiistimal edilmesi olasılığına karşı kadına koruma getirir görünen söz konusu kural, esasında kadının aile içindeki zayıf konumunu hukukî zemine aktarmakta ve bu konumu tahkim etmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce itiraz konusu kuralın ne eşitlik ilkesi ne de sözleşme hürriyeti yönünden meşru bir amacı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi; evli kişilerin kefil olmasını diğer eşin yazılı olarak rıza vermesi şartına bağlayan kuralı (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 584) denetlediği kararında da eşlerin sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamayı, Anayasa'nın 41'inci maddesi ile ailenin korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde devlete verilen görevin bir sonucu olarak kabul etmiştir¹²⁹⁶:

“Anayasa’nın 41. maddesi ile toplumun temeli olan ailenin huzur ve refahı ve özellikle ana ve çocuğun korunması için gerekli önlemleri almak ve teşkilatı kurmak görevi Devlete verilmiştir. Bu yükümlülük gereği kanun koyucunun ailenin korunmasına yönelik kurallarla aldığı tedbir, sözleşme hürriyetini ve mülkiyet hakkını sınırlandırmakta ise de bu sınırlandırma Anayasa’nın 41. Maddesindeki ailenin korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlete verilen görevin yerine getirilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Zira ailede bireylerin, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin huzur ve güven ortamının sağlanmasına bağlı olduğu, bunun için de öncelikle aile içi sorunların önlenmesi gerektiği tartışılmazdır. İtiraz konusu fıkra ve ibare, aile birliğinin ve bu birliğin huzurlu ve mutlu devam etmesini sağlamak üzere düzenlenen sınırlayıcı ancak aynı zamanda koruyucu hükümlerdir. Bu hükümlerle getirilen sınırlamaların amacı öncelikle ailenin ekonomik varlığının, bunun sonucu olarak da ailenin huzurunun korunmasıdır. Dolayısıyla itiraz konusu kurallarla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasa’nın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği

¹²⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1943.

dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı açıktır”¹²⁹⁷.

Sözleşme hürriyetine yönelik müdahalenin meşru bir sebebe dayandığını bu şekilde gerekçelendiren Mahkeme, itiraz konusu kuralı ölçülük ilkesi ve öz güvencesi ölçütleri yönünden de denetlemiş ve sonuç olarak oy birliği ile iptal isteminin reddine karar vermiştir. Bu karar, özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin diğer temel haklar ve anayasal değerler ile dengelenmesinin güzel bir örneğini yansıtmaktadır. Hem sözleşme hürriyeti hem de ailenin korunması hakkı Anayasa’nın ortak güvencesi altında olup bu temel haklar arasında meydana gelen çatışmanın haklardan birisine soyut bir üstünlük tanınması sureti ile çözümü “Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi” ile bağdaşmaz. Bu nedenle, kanun koyucunun çatışan hak ve değerler arasında uygun bir denge kurup kurmadığı, ölçülülük ilkesi ve öz güvencesi ölçütleri kullanılarak Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmelidir. Somut olayda Mahkeme, sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın dar kapsamlı ve istisnâ bir alanda geçerli olduğunu; evli kişilerin kişisel borçlanma haklarını bütünü ile ortadan kaldırmadığını göz önünde bulundurarak itiraz konusu kuralın Anayasa’ya uygun olduğuna hükmetmiştir¹²⁹⁸.

¹²⁹⁷ Anayasa Mahkemesi; bir bireysel başvuru kararında da, eşlerden birinin aile konutunu devretmesini veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlamasını diğer eşin açık rızasının alınması şartına bağlayan kural (4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194. f. 1) ile eşlerin sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamayı, ailenin korunması hakkı ile gerekçelendirmiştir: “Böylece konut, ailenin ondan mahrum kalmasına yol açacak işlemlere karşı korunarak aile yaşamının korunması da sağlanacaktır. 4721 sayılı Kanun’un 194. maddesinin gerekçesinde de bu denli önemli bir mal varlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlemler yapmasının diğer eşin önemli yararlarını etkileyeceği, bu nedenle maddede yer alan koruma imkânlarının getirildiği açıkça belirtilmiştir. Buna göre eşlerin hukuki işlem özgürlüğü “aile birliğinin” korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre aile konutunun maliki olan eş tek başına, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde aile konutunun ipotek edilmesi gibi bir işlemle sınırlandırma yapamayacak ve bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilecektir. Aile üyelerinin birlikte yaşama arzu ve iradesiyle belirledikleri ve tüm yaşamsal ilişkilerini geliştirdikleri fiziksel mekanın kaybı hâlinde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin büyük zarar göreceği açıktır. 4721 sayılı Kanun’un 194. maddesi de dâhil olmak üzere belirtilen tüm bu düzenlemeler kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin icrası ve etkili bir temel hak korumasının sağlanması amacıyla aile konutuna ilişkin özel düzenlemelere yer verildiği, eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün bu müessese bağlamında sınırlandırıldığı ve aile konutu bağlamında yer verilen düzenlemelerle esasen konut ekseninde aile yaşamının korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır” (Anayasa Mahkemesi, Melahat Karkin Başvurusu [GK], B.N. 2014/17751, K.T. 13.10.2016, § 55-56).

¹²⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1943-1944.

Gözler; karara ilişkin değerlendirmesinde, Anayasa'ya uygunluk kararının yerinde olduğunu ifade etmekle birlikte, Mahkeme'nin bu sonuca ulaşırken uyguladığı yöntemi eleştirmektedir. Yazara göre; dava konusu olayda kefil olmak isteyen eşin “*sözleşme hürriyeti*” ile diğer eşin “*ailenin huzur ve refahı hakkı*” arasında bir çatışma mevcuttur ve bu çatışmanın geleneksel çatışma çözüm yöntemleri ile çözümü olanaklı değildir. Bu durumda, çatışan temel hak ve hürriyetlerden birisini tercih edip diğerine sınırlama getirmekten başka bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Hangi hakkın tercih edileceği ve hangi hakka sınırlama getirileceği konusunda kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun bu konudaki takdir yetkisi, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine de tâbi değildir. Bu nedenle, Mahkeme'nin dava konusu olayda Anayasa'ya aykırılık iddiasının esasına girerek bu iki temel hak ve hürriyet arasındaki çatışmaya ilişkin yasama organının getirdiği çözümü denetlemiş olması hatalıdır. Yazara göre; Mahkeme'nin, sözleşme hürriyeti ile ailenin korunması hakkı arasında bir çatışma olduğunu ve bu çatışmanın geleneksel çatışma çözüm yöntemleri ile çözümünün olanaklı olmadığını tespit ettikten sonra, herhangi bir denetim gerçekleştirmemesi ve yasama organının bu iki hak arasında yaptığı tercihe saygı duyması gerekirdi¹²⁹⁹.

Kanaatimizce temel hak ve hürriyetler arasındaki çatışmaların çözümünde yasama organına neredeyse sınırsız bir takdir yetkisi tanıyan bu görüşe katılma olanağı yoktur. Yasama organı, temel hak ve hürriyetlere düzenlendikleri Anayasa maddelerinde yer alan özel sınırlama sebeplerine dayanarak sınırlama getirirken Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçütler ile bağlı olduğu gibi; başka temel hak ve hürriyetleri veya anayasal değerleri koruma gerekçesi ile sınırlama getirirken de bu ölçütlerle bağlı olmalıdır. Diğer bir ifade ile yasama organının başka hak ve hürriyetleri veya anayasal değerleri koruma amacı gütmesi, temel hak ve hürriyetlere ölçüsüz ve özlerine dokunacak şekilde müdahale etmesinin gerekçesi olamaz. Gözler'in önerdiği yöntem takip edildiğinde, yasama organı bir kanun ile evli kişilerin taraf oldukları bütün sözleşmelerin geçerliliğini diğer eşin rızası şartına bağlasa bile, Anayasa Mahkemesi'nin, ailenin huzur ve refahını korumayı amaçlayan

¹²⁹⁹ Gözler (2017), s. 265. Karara ve Gözler'in görüşüne ilişkin değerlendirmeler için bkz. Yılmaz Coşkun, s. 576-578.

bu kanunu esas yönünden denetleyemeyeceği kabul edilmelidir. Bu görüş, öncelikle “Anayasa’nın bütünlüğü ilkesi” ile bağdaşmaz. Anayasa’nın bütün normları aynı etki ve değerde olduğuna göre; yasama organı bir temel hak ve hürriyeti gerçekleştirmek için başka bir temel hak ve hürriyetin kullanım olanaklarını bütünü ile ortadan kaldıramamalıdır. Bir karşı oy yazısında da ifade edildiği üzere; “Özgürlükler biri öbürüne yeğlenerek, biri için öbüründen vazgeçilerek birbirine kıydırılmaz... Çatışan hakları belli ölçülerle sınırlandırarak her birini etkili kılacak çözüm bulmak ödevi, birini etkisiz kılarak yerine getirilmiş olamaz”¹³⁰⁰. Ayrıca Anayasa’nın 11’inci maddesinde düzenlenen “Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” ilkesi de Gözler’in önerdiği yöntemin benimsenmesine engel teşkil eder. Temel hak ve hürriyetlerin düzenlendiği Anayasa hükümleri, devletin diğer organları için bağlayıcı olduğu kadar yasama organı için de bağlayıcıdır. Başka temel hak ve hürriyetler ile anayasal değerlerin korunması ve gerçekleştirilmesi, yasama organının herhangi bir temel hak ve hürriyeti savaştırmamasının ve işlerlikten alıkoymasının gerekçesi olamaz. Bu bağlamda, çatışan hak ve ilkelerin dengelenmesi öncelikli olarak yasama organının görevi olsa da bu görevin Anayasa’ya uygun şekilde yerine getirilip getirilmediğinin 13’üncü maddede yer alan ölçütler çerçevesinde denetlenmesi de Anayasa Mahkemesi’nin görevidir.

ddd) Ekonomik Düzene İlişkin Devlete Tedbir Alma Görevi Veren Anayasa Hükümleri

Daha önce de ifade edildiği üzere, 1982 Anayasası, ekonomik hayatın işleyişini düzenleme ve gerektiğinde bu alana müdahale etme konusunda devleti görevlendiren bazı hükümlere yer vermiştir. Devlete “*özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma*” görevi veren Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası ile “*para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme*” görevi veren Anayasa’nın 167’inci maddesinin ilk fıkrası hükümleri, ekonomik kamu düzenini

¹³⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/70, K. 1997/53, K.T. 05.06.1997, S. 39, C. 1, Yekta Güngör Özden, Yalçın Acargün ve Lütfi F. Tuncel’in Karşı Oy Yazıları, s. 36-39.

sağlamak üzere devletin ekonomik hayata müdahalesinin anayasal dayanağını oluşturan en temel hükümlerdir¹³⁰¹. Bu hükümler ile devlete verilen “*tedbir alma*” görevi oldukça geniş kapsamlı olup temel hak ve hürriyetlere dair düzenleme yapma ve hatta sınırlama getirme olanağını da içermektedir¹³⁰². Devlet, bu görevini ifa ederken diğer temel hak ve hürriyetlerin yanı sıra sözleşme hürriyetine de belli ölçülerde sınırlama getirebilecektir¹³⁰³.

Halka açık anonim şirketlerin esas sözleşmelerinin değiştirilebilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu’nun uygun görüşünün alınması şartını öngören kuralın sözleşme hürriyetini ihlal ettiği gerekçesi ile iptal davası açılmıştır. Anonim Şirket Genel Kurulu’nun şirket esas sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi, sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamı içerisinde yer alan bir kullanım biçimi olduğuna göre¹³⁰⁴, bu yetkinin kullanımını başka bir mercinin uygun görüşünün alınması şartına bağlayan kuralın sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Anayasa Mahkemesi; Sermaye Piyasası Kurulu’nun uygun görüşünün alınması şartı ile şirket esas sözleşmenin mevzuata uygunluğunun sağlanmasının ve bu sayede tasarruf sahiplerinin korunmasının hedeflendiğini ifade etmiş ve iptal talebine konu kuralı devlete; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma görevi veren Anayasa’nın 167’nci maddesinin bir gereği olarak görerek ret kararı vermiştir¹³⁰⁵.

Anayasa Mahkemesi; sermaye şirketleri ve kooperatifler bakımından iflasın ertelenmesinin şartlarını ve sonuçlarını düzenleyen kurallar aleyhine yapılan itiraz başvurusunda da Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası ile 167’inci

¹³⁰¹ Gürzumar, s. 51, dipnot 51. Bu yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1985/16, K. 1986/5, K.T. 04.03.1986, S. 22, s. 74; Anayasa Mahkemesi, E. 2010/10, K. 2011/110, K.T. 30.06.2011, S. 49, C. 1, s. 177-178. Devlete soyut ve belirsiz gerekçeler ile ekonomik yaşama müdahale etme yetkisi veren bu hükümlerin yeni yapılacak Anayasa’da yer almaması gerektiği yönünde bkz. Savaş (2001), s. 885.

¹³⁰² Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu olanağa işaret etmiştir: “*Kamu yararı olan hallerde, milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla, özgürlüklere kimi sınırlamalar getirilebilir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1985/9, K. 1986/14, K.T. 26.06.1986, S. 22, s. 151).

¹³⁰³ Bu yönde bkz. Sağlam (2002-a), s. 292; Gürzumar, s. 50-51; Oder (2010), s. 67; Oder (2012), s. 132-133; Tan (2015), s. 53-54; Atasoy, s. 68.

¹³⁰⁴ Bkz. IIŞ-II-E-5.

¹³⁰⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/8, K. 2003/104, K.T. 26.12.2003, S. 44, C. 1, s. 52-53.

maddesinin ilk fıkrası hükümlerini dayanak olarak kullanarak iptal istemini reddetmiştir. İtiraz başvurusunda, iflasın ertelenmesi halinde, alacaklıların rıza ve muvafakatı alınmaksızın borçlu şirket aleyhine yapılan takiplerin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verildiği; bu kararın borçlu şirket ile sözleşme yapan kişilerin, bu sözleşmelerden doğan alacaklarını icra yolu ile tahsil etmelerine engel teşkil ettiği ve bu durumun sözleşme hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşme hürriyeti, kişilerin serbest iradeleri ile yaptıkları sözleşmelerin uygulanmasını “isteme” hakkını da kapsamaktadır. Sözleşen tarafların, yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafa karşı kullanabilecekleri cebir araçlarından yoksun olması durumunda, sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini belirleme hakları da anlamını yitirecektir¹³⁰⁶. Bu bağlamda -geçici bir süre için dahi olsa- sözleşmeden doğan borçların cebrî icra yolu ile tahsili olanağını ortadan kaldıran kuralların sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiği kabul edilmelidir. Anayasa Mahkemesi; iptal talebine konu kuralların sözleşme hürriyetine sınırlama getirip getirmediği konusunda herhangi bir açıklama yapmaksızın aşağıdaki gerekçe ile ret kararı vermiştir¹³⁰⁷:

“Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır" denilmekte, 167. maddesinin birinci fıkrasında ise, Devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı belirtilmektedir. Buna göre, ülke ekonomisi açısından sahip oldukları geniş etki alanı dikkate alınarak, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin, belirli yoğunlukta mali sıkıntıya düştükleri her durumda hemen iflasına karar vermek yerine, iyileştirmenin mümkün olabileceği kimi hallerde iflasın ertelenmesi ve hakim gözetiminde şirketle ilgili iyileştirme tedbirlerinin alınabilmesini içeren kuralların Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri kapsamında olduğu açıktır. İflas hukuku alanında modern

¹³⁰⁶ Bkz. IŞ-I-C.

¹³⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2005/165, K. 2009/4, K.T. 08.01.2009, S. 46, C. 1, s. 482.

hukuk dünyasına hakim olan yeni anlayış da ekonomik varlığını sürdürebilme yeteneğine sahip olan işletmelerin borca batık duruma ya da aciz haline düşmeleri halinde, iflasa mahkum edilmek suretiyle ticari yaşamdan silinmelerinin ve bundan doğacak olumsuz sonuçların önlenmesini amaçlamaktadır”.

Esas sermayesi belli bir miktarın üzerinde olan anonim şirketler için sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getiren ve bu zorunluluğa aykırı davranan şirketlere idarî para cezası verilmesini öngören kurala ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı da bu başlık altında incelenmelidir. Bazı anonim şirketler için sözleşme yapma zorunluluğu öngören iptal talebine konu kuralın sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiği açıktır. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu kuralın Anayasa’nın 48’inci maddesine aykırı olmadığına hükmetmesine rağmen sözleşme hürriyeti yönünden hiçbir değerlendirme yapmamıştır. Mahkeme’ye göre; esas sermayesi belli büyüklüğe ulaşan anonim şirketlerin, kurumsal varlıklarını bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurarak devam ettirebilmeleri gerekir. Bunun için de yaptıkları her türlü işlemin daha sonra hukukî uyumsuzluğa yol açmayacak şekilde sağlam bir temele dayandırılması şarttır. İptal talebine konu kural ile belli büyüklükteki anonim şirketler için getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu, bu amaçları gerçekleştirmeye yöneliktir. Ekonomik hayatın işleyişini düzenleme ve gerektiğinde bu alana müdahale etme konusunda devleti yetkilendiren Anayasa hükümleri de belli büyüklükteki anonim şirketler için bu tür bir yükümlülük getirilmesine olanak tanımaktadır¹³⁰⁸.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda aktarılan üç kararda da, iptal talebine konu kuralların Anayasa’ya uygun olduğuna hükmederken Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası ile 167’inci maddesinin ilk fıkrası hükümlerini dayanak olarak kullanmıştır. Bununla birlikte, her üç davada da sözleşme hürriyetine yönelik açık bir müdahale söz konusu olmasına rağmen Mahkeme, bu hürriyet yönünden

¹³⁰⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2010/10, K. 2011/110, K.T. 30.06.2011, S. 49, C. 1, s. 177-178. Karara ilişkin değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Özkan, Ahmet Fatih, “Anonim Şirketlerin Sözleşmeli Avukat Bulundurma Zorunluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 33, Ocak 2018, s. 452-455.

herhangi bir denetim gerçekleştirmemiş ve müdahalenin Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlama ölçütlerine uygunluğunu araştırmamıştır. Böyle olunca, ekonomik hayatı düzenleme amacı ile sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı sorusuna da tatmin edici bir cevap verilememiştir.

Anayasa Mahkemesi; otomatik katılımlı bireysel emeklilik sistemi (OK-BES) hakkında verdiği kararda, Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan “*milli ekonominin gerekleri*” ve “*sosyal amaçlar*” ibarelerini sözleşme hürriyeti bakımından birer sınırlama sebebi olarak kullanmıştır. İptal davasına konu 6740 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile işverenler, Müsteşarlıkça uygun görülen şirketler ile emeklilik sözleşmesi yapmak sureti ile çalışanlarını OK-BES sistemine dâhil etme yükümlülüğü altına sokulmuştur. İşverenlerin herhangi bir emeklilik şirketi ile değil de sadece “*Müsteşarlıkça uygun görülen*” şirketler ile emeklilik sözleşmesi yapmalarına izin verilmiş olması, sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisine sınırlama getirilmesi anlamı taşımaktadır. Bu düzenlemenin sözleşme hürriyetini ihlal ettiği iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi, özel sınırlama sebeplerine bağlılık ölçütü bağlamında yaptığı değerlendirmede, millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar kapsamında alınacak tedbirler nedeni ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmesinin mümkün olduğunu ve fakat bu nedenlerden birinin varlığı durumunda dahi Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçütlere riayet edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme'nin, özel sınırlama sebebi öngörülme-yen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak kullandığı standart formüle¹³⁰⁹ bu kararında yer vermemiş olması dikkat çekicidir. Anlaşılan o ki, Mahkeme bu kararında, “*milli ekonominin gerekleri*” ve “*sosyal amaçlar*” ibarelerini sözleşme

¹³⁰⁹ Anayasa Mahkemesi tarafından birçok kararda hemen hemen aynı ifadeler kullanılmak sureti ile tekrarlanan bu formül şu şekildedir: “*Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması gerekir. Anayasa'nın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2021/128, K. 2022/68, K.T. 04.08.2022, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 59, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2023, s. 1336).

hürriyetinin sınırlama sebepleri olarak kullanmıştır. Daha önce de ifade edildiği üzere¹³¹⁰, Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü, sözleşme hürriyeti bakımından sınırlama sebebi niteliği taşımaz. Aynı madde içinde düzenlenmiş olmalarına rağmen sözleşme hürriyeti ile devlete özel teşebbüsler ile ilgili tedbir alma görevi yükleyen bu hüküm arasında doğrudan bir bağlantı bulunmamaktadır. Anayasa'nın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmünün sözleşme hürriyetine getirilen bazı sınırlamalar için dayanak teşkil etmesi mümkünse de bu durum söz konusu hükmün sözleşme hürriyetinin bir sınırlama sebebi olmasından değil bu iki anayasal norm arasında meydana gelen çatışmadan kaynaklanmaktadır.

Sözleşme hürriyeti ile ekonomik düzene ilişkin devlete tedbir alma görevi veren Anayasa hükümleri arasında bir çatışma meydana geldiğinde, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan ölçütler kullanılarak çatışan normlar arasında uygun bir denge kurulup kurulmadığı denetlenmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin son birkaç yıl içinde verdiği kararlar incelendiğinde, bu konuda doğru ve tutarlı bir yaklaşım geliştirmeyi başardığı görülmektedir. Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi ile Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne ait bazı limanların işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli özelleştirme sözleşmelerinin süresinin kırk dokuz yıla kadar uzatılmasına olanak tanıyan kural hakkında verilen iptal kararı bu yaklaşıma örnek gösterilebilir. Dava konusu kural ile sözleşme süresinin sonunda yeniden özelleştirme sürecine konu olabilecek limanların, ihale süreci uygulanmaksızın dolaylı olarak özelleştirilmelerinin önü açılmıştır. Anayasa Mahkemesi; sadece hâlihazırda özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olan kişilere ek sözleşme yapma imkânı tanıyan kuralın, özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olmayan kişileri mevcut sözleşme süreleri sonunda sözleşme yapma imkânından yoksun bırakmak sureti ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiğini tespit etmiştir. Bu tespitin ardından kuralın özel sınırlama sebeplerine bağlılık ölçütüne uygunluğunu denetleyen Mahkeme; hakkında herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olmasına rağmen sözleşme hürriyetine Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve hürriyetler ile devlete yüklenen ödevlere dayanılarak sınırlama getirilebileceğini

¹³¹⁰ Bkz. IIIŞ-II-B-3-a.

ifade etmiştir. Nihayetinde Anayasa'nın 167'nci maddesinin birinci fıkrası hükmünü dayanak olarak kullanarak, sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kuralın meşru bir amaca yönelik olduğuna hükmetmiştir¹³¹¹:

“Bu bağlamda Anayasa'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır;...” denilmek suretiyle devlete, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu kapsamda liman hizmetlerinin sağlıklı ve düzenli işlemlerinin sağlanmasını ve geliştirilmesini konu alan sözleşmelerde, sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların öngörülmesi mümkündür. Dava konusu kuralın gerekçesinde, 4046 sayılı Kanun çerçevesinde özelleştirilen bazı limanların sosyo-ekonomik çerçevede Türkiye'nin ekonomisine ve dış ticaretine katkısı dikkate alındığında bu limanların herhangi bir zaman kaybı yaşanmadan küresel rekabet güçlerini korumaları için bugünden yatırımların yapılarak büyütülmeleri amacı doğrultusunda özelleştirme sözleşmelerinin sürelerinin kırk dokuz yıla kadar uzatılmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Bu itibarla kuralın kapsam dâhilindeki limanların rekabet güçlerinin zaman kaybı yaşanmadan artırılması biçimindeki meşru amaca yönelik olduğu görülmektedir”.

Sözleşme hürriyetine yönelik müdahalenin Anayasa'nın 167'nci maddesinin birinci fıkrası hükmü doğrultusunda meşru bir amacı bulunduğunu bu şekilde ifade eden Mahkeme, itiraz konusu kuralı ölçülük ilkesi yönünden denetlemiş ve ulaşılmak istenen meşru amaç ile sözleşme özgürlüğü arasında bulunması gereken makul dengenin gözetilmediği gerekçesi ile kuralın iptaline karar vermiştir¹³¹².

¹³¹¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/22, K. 2022/92, K.T. 20.07.2022, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 59, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2023, s. 1620-1621.

¹³¹² Anayasa Mahkemesi, E. 2022/22, K. 2022/92, K.T. 20.07.2022, S. 59, C. 3, s. 1622.

eee) Anayasal Statü Taşıyan Diğer Hukukî Değerler

Daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşme hürriyeti gibi özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahalelerin dayanağı, mutlaka “*anayasal statü taşıyan bir hukukî değer*” olmak zorundadır. Bu hukukî değer, Anayasa’da düzenlenen başka bir temel hak ve hürriyet olabileceği gibi devletin temel ilkeleri veya devlete görev yükleyen herhangi bir Anayasa hükmü de olabilecektir. Yukarıdaki başlıklarda, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, sözleşme hürriyeti ile çatışmaları dolayısı ile bu hürriyete getirilen sınırlamalara dayanak teşkil eden bazı anayasal değerlere yer verilmiştir. Ancak sözleşme hürriyetine yönelik müdahaleler için dayanak teşkil edebilecek anayasal değerler bu başlıklarda sayılanlar ile sınırlı değildir.

Serbest eczanelere reçete ve/veya ciro gibi ölçütlere göre ikinci eczacı çalıştırma zorunluluğu getiren ve ikinci eczacılar ile yardımcı eczacılar için asgari ücret tespit eden kural hakkında verilen karar, Anayasa Mahkemesi’nin özel sınırlama sebeplerine bağlılık ölçütü konusunda oldukça esnek bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir. Mahkeme; bu kararında, çok sayıda Anayasa hükmünü -dava konusu kural ile bağlantılarının somutlaştırılmasına dair herhangi bir çaba göstermeksizin- sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaya dayanak olarak kullanmış ve müdahalenin Anayasa’ya uygun olduğuna hükmetmiştir¹³¹³:

“İkinci eczacı ve yardımcı eczacılar ile sözleşme yapma konusunda kanundan kaynaklanan zorunluluk ve sınırlandırmaların, Anayasa’nın sosyal hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesi, çalışma hakkı ve ödevinin sağlanması için Devlete gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getiren 49. maddesi, emeğin karşılıksız bırakılmamasını amaçlayan 55. maddesi, herkese asgarî ölçüde bir yaşam düzeyinin hedeflendiği 60. maddesi göz önünde bulundurularak, halkın sağlığının korunması ve daha iyi bir eczacılık hizmeti verilmesi amacıyla getirildiği düşünüldüğünde, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir denge

¹³¹³ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/154, K. 2017/106, K.T. 31.05.2017, S. 54, C. 1, s. 459-460.

olduğundan Anayasa'nın 13. Maddesi kapsamında ölçülülük ilkesine aykırılık bulunmamaktadır”.

Kanun koyucunun sözleşme hürriyetine yönelik müdahalelerine dayanak teşkil edebilecek anayasal değerleri Anayasa Mahkemesi kararları örnekliğinde çeşitlendirmek mümkündür. Anayasa Mahkemesi; üniversitelere, ortağı oldukları kooperatiflerin yönetim kurullarında üye tamsayısını geçmemek üzere üye bulundurma hakkı veren ve kooperatif esas sözleşmesinin bu hususu sağlamak üzere Genel Kurul kararı ile değiştirilmesini emreden kuralı denetlediği kararında, devlete kooperatifçiliği geliştirici tedbirleri alma görevi yükleyen Anayasa'nın 171'inci maddesi hükmünü gerekçe göstererek iptal istemini reddetmiştir¹³¹⁴. Ham petrol üreticisi ile bu petrolü satın alan rafinerici arasındaki sözleşmede geçerli olacak fiyatı tespit eden kurala ilişkin kararında ise Mahkeme; “*tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi*” başlıklı Anayasa'nın 168'nci maddesini dayanak olarak kullanarak sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğuna hükmetmiştir¹³¹⁵.

Sözleşme hürriyeti, özel hukukun bütün alanlarında geçerliliği olan bir ilke olup bu geniş uygulama alanına koşut olarak hemen hemen bütün Anayasa hükümleri ile çatışma potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda, çoğu durumda, kanun koyucunun sözleşme hürriyetine getirdiği sınırlamaları anayasal açıdan temellendirme yükümlülüğünün -özel sınırlama sebeplerine bağlılık ölçütü konusunda Anayasa Mahkemesi'nin sergilemekte olduğu esnek yaklaşım da hesaba katıldığında- çok ağır bir yükümlülük olmadığı söylenebilir.

¹³¹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/90, K. 2014/180, K.T. 04.12.2014, S. 52, C. 3, s. 1697-1698.

¹³¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin sunduğu gerekçe şu şekildedir: “*Anayasa'nın anılan maddeleri uyarınca devlete yüklenen pozitif yükümlülükler kapsamında devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan tabii servetleri konu alan sözleşmelerde, sözleşme özgürlüğüne yönelik sınırlamaların öngörülmesi mümkündür... Bu itibarla kuralların petrol piyasasının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlamak ve yerli üretimi desteklemek biçimindeki amaca yönelik olduğu, dolayısıyla kurallarla mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu görülmektedir*” (Anayasa Mahkemesi, E.2021/128, K. 2022/68, K.T. 04.08.2022, S. 59, C. 2, s. 1337).

4) Özel Sınırlama Sebeplerine Bağlılık Ölçütü Çerçevesinde TBK m. 27/I Hükümünün Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin birinci fıkrasında, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme hürriyetinin genel sınırlarını çizen bu hüküm, sözleşmelerin yanı sıra niteliklerine uygun düştüğü ölçüde diğer hukukî işlemler bakımından da uygulama olanağına sahiptir¹³¹⁶. Ayrıca Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci maddesi¹³¹⁷ uyarınca, bu hüküm yalnızca borçlar hukuku alanında değil özel hukukun bütün dallarında uygulama alanı bulmaktadır¹³¹⁸.

Bu kadar geniş bir uygulama alanı bulunmasına rağmen Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin birinci fıkrası hükmünün Anayasa'ya aykırılığı sorunu özel hukuk öğretisinde yeterli düzeyde tartışılmamıştır. 2001 Anayasa değişiklikleri ile aralarında “*genel ahlâk*” ve “*kamu düzeni*” sebeplerinin de yer aldığı genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. Sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 48'inci maddesinde herhangi bir özel sınırlama sebebi de bulunmadığına göre; kanunun emredici kurallarına, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı sözleşmeleri geçersiz kabul eden söz konusu hükmün Anayasa'ya uygunluğu şüpheli hâle gelmiştir.

Öğretideki ağırlıklı görüşe ve Anayasa Mahkemesi'nin genel yaklaşımına göre; özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetlerin birtakım nesnel ve anayasal sınırları bulunduğu gibi bu haklara diğer temel hak ve hürriyetler ile anayasal değerlere dayanmak sureti ile sınırlama getirilmesi de mümkündür. Ancak sözleşme hürriyetinin mutlak bir hak niteliğinde olmaması ve kanun koyucunun belli durumlarda bu hürriyete sınırlama getirme olanağına sahip olması, Türk Borçlar

¹³¹⁶ Hâtemi (1976), s. 129-130; Karabağ Bulut, s. 6; Kaşak, s. 81-82.

¹³¹⁷ 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “*genel nitelikli hükümler*” başlıklı 5'inci maddesi şu şekildedir: “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır*”.

¹³¹⁸ Hâtemi (1976), s. 129-130; Karabağ Bulut, s. 9; Kaşak, s. 81-82.

Kanunu'nun 27'nci maddesinin birinci fıkrası hükmünün zorunlu olarak Anayasa'ya uygunluğu sonucunu doğurmaz.

Sözleşme hürriyetinin genel sınırlarını çizen hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı ihtimali ilk kez Fazıl Sağlam tarafından gündeme getirilmiştir. “*Bir sözleşmenin konusu ... hukuka veya ahlaka aykırı ise, o sözleşme batıldır*” şeklindeki 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesi hükmü ile “*Kimse, hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyeğe mugayir surette takyit dahi edemez*” şeklindeki 743 Sayılı Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 23'üncü maddesi hükmü, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelirse Mahkeme bu hükümleri Anayasa'ya aykırı bulup iptal edebilecek midir? Yazara göre; sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa maddesinde herhangi bir sınırlama sebebi bulunmamasına rağmen bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Bir kere; kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılması, bu sözleşmelerin içerikleri bakımından başka anayasal normlar ve temel haklar ile çatışma içinde olmasının bir sonucudur. Bu tür sözleşmelerin geçersizliğini sağlamak için sözleşme hürriyetinin düzenlendiği maddede özel bir sınırlama sebebine yer verilmesine gerek yoktur. İkinci olarak, konusu ve amacı ahlâka aykırı olan sözleşmeler, sözleşme hürriyetinin nesnel koruma alanı ile özgül bağlantı içinde olmayan, yalnızca arızî veya tesadüfî bir bağlantının mevcut olduğu kullanım biçimleridir. Sözleşme hürriyetinin norm alanı içerisinde yer almayan; diğer bir ifade ile sözleşme hürriyetinin haklarında herhangi bir güvence sağlamadığı bu sözleşmeleri geçersiz sayan kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığından söz edilemeyecektir. Kişilik haklarına ve ahlâka aykırılık ölçütlerinin Anayasa'ya uygun olduğunu savunan Sağlam, hukuka aykırılık ölçütü yönünden farklı bir sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre; sözleşme konusunun hukuka aykırılığı; kişilik haklarına, genel ahlâka ve zayıf tarafın korunması amacına aykırılığın dışında bir anlam taşımakta ise mutlaka kamu düzeni, kamu yararı gibi bir sınırlama nedenine dayanılması gerekmektedir¹³¹⁹.

¹³¹⁹ Sağlam (2002-a), s. 292-293. Benzer gerekçeler ile Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin birinci fıkrası hükmünün Anayasa'ya uygun olduğu yönünde görüş için bkz. Ünal, Akın, **Keleşleme Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 34-38.

Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesinin birinci fıkrası hükmünün Anayasa’ya uygunluğunu araştıran başka bir yazar da Fahri Erdem Kaşak’tır. Sözleşme hürriyetinin -diğer tüm temel hak ve hürriyetler gibi- eşyanın doğasından kaynaklanan bazı kısıtlamaları mevcut olduğunu ifade eden Kaşak, söz konusu hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığı görüşündedir: “*Aksi yöndeki bir kanaat; hukuk düzeninin tasvip etmesinin mümkün gözükmeyişi sözleşmelerin, hukuka uygun olarak değerlendirilmesine yol açar ve bu yönüyle Anayasa’nın ruhuna da aykırı düşer*”¹³²⁰.

Kemal Atasoy da kamu düzenine aykırılık sınırını konu alan çalışmasında, Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesinin birinci fıkrası hükmünün Anayasa’ya aykırı olmadığı görüşünü savunmaktadır. Yazar; ulaştığı bu sonucu, Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında “*kamu yararı*” kavramını Anayasa’nın 48’inci maddesi için bir sınırlama sebebi olarak kullanmış olması¹³²¹ ve özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlama yönünde devlete pozitif yükümlülük yükleyen Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmü¹³²² ile gerekçelendirmektedir. Ayrıca kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler; sosyal devlet ilkesi, eşitlik ilkesi gibi bazı temel anayasal değerleri ihlal ettiği için bu sözleşmeleri geçersiz sayan kuralın Anayasa’ya aykırılığından söz edilemeyecektir¹³²³.

Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesinin birinci fıkrası hükmünün Anayasa’ya aykırı olup olmadığı sorusuna sağlıklı bir cevap verilebilmesi için söz konusu hükümde yer alan her bir geçersizlik sebebi yönünden ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçersizliğini öngören kural ile sözleşme hürriyetine doğrudan bir sınırlama getirilmiş olduğu söylenemez. Kanun koyucunun emredici nitelik taşıyan bir kural ihdas edip bu kuralın ihlalini

¹³²⁰ Kaşak, s. 240.

¹³²¹ Söz konusu kararların eleştirisi için bkz. IIIŞ-II-B-2-b.

¹³²² Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmünün hukukî niteliği ve sözleşme hürriyeti ile bağlantısı hakkında bkz. IIIŞ-II-B-3-a.

¹³²³ Atasoy, s. 70.

yaptırımsız bırakması düşünülemez. Bu noktada önem arz eden husus, emredici nitelik taşıyan kuralın bizzat kendisinin sözleşme hürriyetini ihlal edip etmediğidir¹³²⁴. Örneğin Türk Borçlar Kanunu’nun 148’inci ve 160’ıncı maddelerinde sırası ile Kanun’da öngörülen zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceği ve zamanaşımından önceden feragat edilemeyeceği düzenlenmiştir. Sözleşme hürriyetine sınırlama getiren bu kuralların Anayasa’ya uygun olduğu kabul edildiği takdirde, bu kuralları ihlal eden sözleşmelerin geçersizlik yaptırımına tabi tutulmasını doğal karşılamak gerekir.

Kanaatimizce sözleşmelerin bir diğer geçersizlik sebebi olan kişilik haklarına aykırılık ölçütü de anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini ihlal etmemektedir. Kişilik hakları; kişinin şahsiyetini oluşturan, onu insan kılan maddi ve manevi değerlerin bütünüdür¹³²⁵. Kişilik haklarını oluşturan hukukî değerlerin tüketici bir listesini yapmak mümkün değilse de¹³²⁶ kişinin özel yaşamı, beden bütünlüğü, şerefi, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, resmi, adı, eseri, sözü, ekonomik hareket serbestliği bu değerlere örnek olarak gösterilebilir¹³²⁷. Esasında -kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının (Anayasa m. 17. f. 1) isimsiz hürriyetleri de içeren geniş kapsamı da hesaba katıldığında- kişilik haklarını oluşturan değerlerin bütünüdür hâlihazırda anayasal güvence altında olduğunu söylemek mümkündür. Yukarıda örnek olarak gösterilen değerlerden her biri, Anayasa’da düzenlenen hak ve hürriyetlerden en az birisinin güvencesi kapsamı içinde yer almaktadır¹³²⁸. Kişilik haklarını oluşturan değerleri,

¹³²⁴ Daha önce de ifade edildiği üzere, Türk Borçlar Kanunu’nun 26’ncı ve 27’nci maddelerinde yer alan “kanun” ibaresi, “şeklî anlamda kanun” şeklinde anlaşılmalıdır. Doğrudan kanun-altı bir norm ile emredici nitelikte bir hüküm ihdas edilmesi, Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan kanun ile sınırlama ilkesine aykırıdır.

¹³²⁵ Serozan, Rona, “*Kişilik Hakkının Korunması İle İlgili Bazı Düşünceler*”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 11, S. 14, Y. 1977, s. 93. Benzer yönde tanımlar için bkz. Karabağ Bulut, s. 58-59.

¹³²⁶ Serozan (1977), s. 93; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 388; Karabağ Bulut, s. 59; Akbulut (2016), s. 224.

¹³²⁷ Danıştay 10’uncu Dairesi, E. 2010/1399, K. 2014/3366, K.T. 26.5.2014, <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 25.09.2023. Benzer yönde bkz. Karabağ Bulut, s. 60; Akbulut (2016), s. 224-225; Kaşak, s. 116.

¹³²⁸ Kişilik haklarını oluşturan hukukî değerlerin anayasal kaynakları hakkında bkz. İmre, Zahit, “*Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler*”,

temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk alanındaki izdüşümleri şeklinde ele almak da mümkündür. Bu bağlamda, “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” diyen Anayasa’nın 12’nci maddesi de göz önünde bulundurulduğunda, kişinin sahip olduğu temel hak ve hürriyetleri, bizzat kendisine karşı koruma amacı güden kişilik haklarına aykırılık ölçütünün sözleşme hürriyetini ihlal ettiği söylenemeyecektir. Sağlam’ın ifade ettiği üzere; kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılması, bu sözleşmelerin içerikleri bakımından başka anayasal normlar ve temel hak ve hürriyetler ile çatışma içinde olmasının bir sonucudur¹³²⁹.

Sözleşmelerin diğer geçersizlik sebepleri olan ahlâka aykırılık ve kamu düzenine aykırılık ölçütleri ise 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması neticesinde kanaatimizce Anayasa’ya aykırı hâle gelmiştir¹³³⁰⁻¹³³¹. Anayasa koyucu, kamu düzeni ve genel ahlâkın korunması amacı ile bazı temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilmesine olanak tanımakta iken sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa’nın 48’inci maddesinde söz konusu sınırlama sebeplerine yer vermemiştir. Daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşme hürriyeti gibi özel sınırlama sebebi bulunmayan temel hak ve hürriyetler ancak başka

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 39, S. 1-4, Y. 1974, s. 151-152; Hâtemi (1976), s. 53; Serozan (1977), s. 95; Karabağ Bulut, s. 48.

¹³²⁹ Sağlam (2002-a), s. 293.

¹³³⁰ Özel hukuk öğretisinde, ahlâka ve kamu düzenine aykırılık ölçütlerinin sözleşme hürriyetine doğrudan bir sınırlama getirme amacı taşımadığı; bu ölçütlerin sadece kanunun emredici hükümleri ile emredici olmayan hükümlerini ayırt etmek için birer yorum aracı olarak kullanılabileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre; bir kanun hükmünün emredici niteliğinin lafzından anlaşılamadığı durumlarda, ihlalinin ahlâka ve kamu düzenine aykırılık oluşturup oluşturmadığına bağlı olarak söz konusu hükmün niteliği tespit edilecektir. Bu görüş geçerli kabul edildiği takdirde, ahlâka ve kamu düzenine aykırılık ölçütlerinin anayasal sözleşme hürriyeti güvencesine aykırılığı sorunu gündeme gelmeyecektir. Öte yandan öğretideki ağırlıklı görüş; -818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu’nun 19’uncu maddesinin 2’nci fıkrasına karşılık gelen bir hükme 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer verilmemiş olması nedeni ile- 27’inci maddenin 1’inci fıkrasında sayılan ölçütlerin bütününe sözleşme hürriyetine sınır çizen, ayrı ve bağımsız ölçütler olduğu yönündedir. Ahlâka aykırılık ve kamu düzenine aykırılık ölçütlerinin Anayasa’ya aykırı olduğu yönündeki görüşümüz de bu ölçütlerin “*emredici hükümler*” ölçütünden bağımsız ölçütler olduğu varsayımına dayanmaktadır. Ahlâka aykırılık ve kamu düzenine aykırılık ölçütlerinin fonksiyonuna ilişkin tartışmalar için bkz. Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 528-532; Karabağ Bulut, s. 9-16; Akbulut (2016), s. 151-155; Kaşak, s. 241-249; Atasoy, s. 128-130.

¹³³¹ Aynı yönde görüş için bkz. Hatemi, Hüseyin, “*BK. 19- 20 VE TBK. 27’nin Karşılaştırılması*”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011)-Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 98-99.

temel hak ve hürriyetleri veya anayasal statü taşıyan diğer hukukî değerleri koruma/sağlama gerekçesi ile sınırlandırılabilir. Oysa kamu düzenine ve ahlâka aykırı bütün sözleşmelerin geçersiz kılınmasına dayanak teşkil edebilecek bir hüküm Anayasa’da mevcut değildir¹³³². Şüphesiz kamu düzenine ve ahlâka aykırı nitelikte olan bir kısım sözleşmelerin başka temel hak ve hürriyetler veya anayasal değerler ile çatışma hâlinde olduğu söylenebilir. Örneğin kişinin belli bir dine inanmasını veya dinini değiştirmesini konu alan bir sözleşme, Anayasa’nın 24’üncü maddesi ile güvence altına alınmış olan din ve vicdan hürriyeti ile çelişir. Keza taşıyıcı annelik sözleşmesi, sperm ve yumurtalık bağıışı gibi sözleşmelerin geçersizliği de Anayasa’nın 41’inci maddesinde düzenlenen ailenin korunması hakkı ile gerekçelendirilebilir. Öte yandan -bu kavramların geniş kapsamı da düşünüldüğünde- ahlâka ve kamu düzenine aykırılık oluşturan hâllerin bütünü bir Anayasa hükmü ile ilişkilendirmek her zaman olanaklı değildir.

Ahlâka ve kamu düzenine aykırı sözleşmeleri geçersizlik yaptırımına tabi tutan kuralı nesnel sınırlar teorisine başvurarak Anayasa’ya uygun kabul eden görüş¹³³³ de kanaatimizce yerinde değildir. Daha önce de ifade edildiği üzere, bize göre nesnel sınırlar teorisi, subjektif değerlendirmelerine olanak tanıyan, kötüye kullanılmaya elverişli bir teoridir¹³³⁴. Bu nedenle temel hak ve hürriyetlerin norm alanlarını belirlerken nesnel sınırlar teorisine başvurulmamalıdır. Kaldı ki nesnel sınırlar teorisine başvurulması durumunda dahi ahlâka ve kamu düzenine aykırılık ölçütlerinin Anayasa’ya uygunluğu sonucuna ulaşılabilceği şüphelidir. Temel hak ve hürriyetlerin norm alanları içerisinde yer alan kullanım biçimleri ile tesadüfi/rastlantısal olarak gerçekleşen kullanım biçimlerini ayırt etmek üzere Müller tarafından geliştirilen “*ikame edilebilirlik (değiştirilebilirlik) testi*”ne göre; ancak alternatif bir kullanımın olanaklı olduğu kullanım biçimleri özgül nitelikte kabul

¹³³² Mehmet Sağlam; ahlâka aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılmasını temel hakların çatışmasından kaynaklanan bir anayasal sınırlılık hâli olarak kabul etmenin mümkün olduğunu ifade etmektedir (Sağlam (2002-b), s. 265). Öte yandan yazar; ahlâka aykırılık ölçütü özelinde, sözleşme hürriyeti ile çatışma içinde olan, bu bağlamda sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın gerekçesini oluşturan temel hak ve hürriyetlerin hangileri olduğunu açıklamamaktadır.

¹³³³ Bu görüşe ilişkin bkz. Sağlam (2002-a), s. 292-293; Çelik (2008), s. 20; Sağlam (2009), s. 82. Bu görüşün eleştirisi için bkz. IIIŞ-II-B-3-b.

¹³³⁴ Aynı yönde bkz. Bozkurt (2008), s. 150; Gözler (2017), s. 217; Dündar Sezer, s. 401.

edilmemektedir¹³³⁵. Diğer bir ifade ile bir kullanım biçiminin, ilişkili olduğu temel hak ve hürriyetin norm alanı içerisinde yer almadığına hükmedilebilmesi için hak sahibinin söz konusu eylem ile ulaşmak istediği sonuca onun alternatifi olan başka bir eylem ile de ulaşabiliyor olması gerekir. Oysa ahlâka ve kamu düzenine aykırı olan sözleşmelere alternatif oluşturan, kişilerin bu tür sözleşmeleri yapmak sureti ile ulaşmak istedikleri sonuca başka şekilde ulaşmalarına olanak tanıyan bir kullanım biçimi mevcut değildir¹³³⁶. Bu nedenle, ahlâka ve kamu düzenine aykırı sözleşmeleri sözleşme hürriyetinin norm alanı içerisinde görmeyen; sözleşme hürriyetinin bu tür sözleşmeler için güvence sağlamadığını ileri süren görüşe katılmıyoruz.

Ahlâka ve kamu düzenine aykırı hukukî işlemlerin geçersizliği özel hukukun yerleşik kuralları arasında yer almaktadır ve bu kuralın Anayasa’ya aykırı bulunup iptal edilmesi ihtimalinde, büyük bir hukukî boşluk hâli ile karşılaşılacağına şüphe yoktur. Ancak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin anayasal kurallar -bilhassa özel sınırlama sebeplerine bağlılık ilkesi- bu konuda kanaatimizce başka bir yoruma olanak tanımamaktadır. Uygulamada yaşanabilecek muhtemel sorunlara çözüm sunma niyeti ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin esnetilmesi veya nesnel sınırlar teorisi gibi muğlak ve tehlikeli teorilere başvurulması, “*yağmurdan kaçarken doluya tutulmak*” anlamına gelir.

Ahlâka ve kamu düzenine aykırılık ölçütlerinin Anayasa’ya aykırılığı sorunu, genel sınırlama sisteminden farklılaşmış-kademeli sınırlama sistemine geçilirken yeni sistemin zorunlu kıldığı değişikliklerin yapılmasının ihmal edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de 2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan genel sınırlama sebepleri çıkarılırken Anayasa’nın 48’inci maddesine sözleşme hürriyetinin bünyesine uygun düşecek “*kamu yararı*”, “*kamu düzeni*”, “*genel ahlâk*” gibi özel sınırlama sebepleri eklenmiş olsa idi bu tür sorunlar ile hiç karşılaşılmayacaktı. Sözleşme hürriyetinin özel sınırlama sebebinin bulunmaması, bilinçli bir tercihin ürünü olmayıp talî kurucu iktidarın ihmalkârlığının bir sonucudur. Talî kurucu iktidar tarafından yaratılan bu sorunun çözümü de yine

¹³³⁵ Müller (1969), s. 101’den aktaran Alexy (2010), s. 203.

¹³³⁶ Ahlâka aykırı sözleşmeler bakımından benzer yönde değerlendirme için bkz. Gözler (2017), s. 355.

talî kurucu iktidarın harekete geçmesine bağlıdır¹³³⁷. Kanaatimizce Anayasa'nın 48'inci maddesine “*Kamu yararının gerektirdiği durumlarda, bu hürriyetlere kanun ile sınırlama getirilebilir*” şeklinde yeni bir fıkra eklenmesi, sorunun çözümü açısından yeterli olacaktır^{1338_1339}.

C) ANAYASA’NIN SÖZÜNE VE RUHUNA UYGUNLUK İLKESİ

Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre; temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz. “*Anayasa'nın sözü*” ibaresi; Anayasa'nın metnine, diğer bir ifade ile Anayasa'da düzenlenen kurallar bütününe karşılık gelmektedir. Bu ölçüt, özellikle bazı temel hak ve hürriyetler için Anayasa'da öngörülen “*ek güvenceler*”¹³⁴⁰ söz konusu olduğunda önem

¹³³⁷ Anayasa değişikliği yapılarak sözleşme hürriyeti için özel sınırlama sebepleri öngörülmesi gerektiği yönünde öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Bkz. Yenisey, Feridun, “*2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme*”, **Anayasa ve Uyum Yasaları (13-14 Aralık 2002): Açık Oturum Tutanakları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003, s. 206; Örs, s. 23-24; Tiryaki, s. 131; Bozkurt (2008), s. 151; Dündar Sezer, s. 408; Doğan (2021), s. 133-134. Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığını savunan yazarlar dahi aynı görüşü paylaşmaktadır. Bkz. Sağlam (2002-a), s. 292-294; Ünal (2017), s. 38; Kaşak, s. 240.

¹³³⁸ Sözleşme hürriyetine müdahale gerekçelerinin çeşitliliği göz önüne alındığında, “*millî güvenlik*”, “*kamu düzeni*”, “*genel asayiş*”, “*genel ahlâk*” ve “*genel sağlık*” gibi birçok sınırlama sebebinin kapsamına alabilecek ölçüde geniş bir kavram olan “*kamu yararı*” sebebinin bu hürriyetin niteliğine uygun düşeceği görüşündeyiz. “*Bu hürriyetlere kanun ile sınırlama getirilebilir*” şeklinde bir düzenleme ile sözleşme hürriyeti için basit yasa kaydı öngörülmesi ve bu sayede kanun koyucuya daha geniş bir takdir yetkisi tanınması da başka bir alternatif yöntemdir.

¹³³⁹ Meslek kuruluşları ve sivil toplum örgütleri tarafından çeşitli tarihlerde hazırlanan Anayasa önerilerinde de sözleşme hürriyeti için birtakım sınırlama sebepleri öngörülmüştür. TÜSİAD 1992: “*Bu hürriyetler kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir*”. TOBB 2000: “*Bu hürriyetler kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir*”. TBB 2001: “*Bu özgürlükler kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir*”. Özbudun 2007: “*Çalışma, teşebbüs ve sözleşme hürriyetleri, millî güvenliğin, genel sağlığın, genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması amaçlarıyla sınırlandırılabilir*”. TBB 2007: “*Bu özgürlükler kamu yararı ve genel ahlâk amacıyla sınırlandırılabilir*”. Ortak Payda Çalışma Grubu 2008: “*Çalışma, teşebbüs ve sözleşme hürriyetleri, kanunla sınırlandırılabilir*”. Bkz. Erdem, Fazıl Hüsnü/Heper, Yusuf, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri (Madde Karşılaştırmalı)**, Seta Yayınları, Ankara, 2011, s. 156-157. TBMM'de grubu bulunan dört siyasi partinin eşit katılımı ile kurulan “*Anayasa Uzlaşma Komisyonu*”nun mutabakata vardığı maddelerden birisi de “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*” başlıklı 22'nci maddedir. Ancak ilginçtir ki siyasi partiler tarafından sunulan tekliflerde sözleşme hürriyeti için çeşitli özel sınırlama sebepleri öngörülmüş olmasına rağmen Komisyon Taslağı'nda bu hürriyet için herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Bkz. Barın, Taylan, **Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi: Ak Parti, CHP, MHP ve BDP'nin Anayasa Önerileri ile 1982 Anayasası ve Uzlaşma Komisyonu Taslağının Karşılaştırılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 120.

¹³⁴⁰ Ek güvencelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam (1982), s. 156-160.

taşımaktadır¹³⁴¹. Anayasa koyucu, bazı durumlarda temel hak veya hürriyetin sadece soyut olarak tanınması ile yetinmemekte; söz konusu hak veya hürriyetin belli boyutlarına ayrı bir önem atfederek bu boyutları özel olarak koruma altına almaktadır¹³⁴². Kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını (Anayasa m. 25. f. 2); basının sansür edilemeyeceğini ve basımevi kurmanın izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağını (Anayasa m. 28. f. 1); basın araçlarının zapt ve müsadere edilemeyeceğini (Anayasa m. 30) öngören Anayasa hükümleri, temel hak ve hürriyetler için getirilen ek güvencelere örnek gösterilebilir¹³⁴³. Ek güvenceler, ilgili oldukları temel hak veya hürriyetler için “pozitifleşmiş öz öğeleri” mahiyetinde olup kanun koyucunun bu güvencelere aykırı hareket etmesi mutlak surette yasaklanmıştır¹³⁴⁴. Bu güvencelere aykırı nitelik taşıyan kanun hükümleri, Anayasa’nın sözüne aykırı oldukları gerekçesi ile iptal edilir.

Temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren kuralların Anayasa’nın sözünün yanı sıra ruhuna da uygun olması gerekmektedir. “*Anayasa’nın ruhu*” kavramı çok farklı şekillerde tanımlanmışsa da¹³⁴⁵ öğretinin büyük çoğunluğu tarafından paylaşılan görüşe göre bu kavram “*Anayasa’nın bütünü ve ondan çıkan temel anlamı*” ifade etmektedir¹³⁴⁶. Bu ölçüt, Anayasa hükümleri yorumlanırken maddenin konuluş amacının ve diğer hükümler ile ilişkisinin de göz önünde tutulmasını

¹³⁴¹ Uygun (1992), s. 142; Sabuncu (2012), s. 62; İncoğlu (2013), s. 45; Gözler (2017), s. 362-363; Özbudun (2018), s. 113-114; Atar (2018), s. 142.

¹³⁴² Bu yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2022/61, K. 2022/101, K.T. 08.09.2022, S. 59, C. 3, s. 1724. Ayrıca bkz. Sağlam (1982), s. 158-159; Özbudun (2017), s. 113-114.

¹³⁴³ Anayasa koyucu sözleşme hürriyeti hakkında herhangi bir ek güvence öngörmemiştir.

¹³⁴⁴ Sağlam (1982), s. 158-159; Uygun (1992), s. 142.

¹³⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fertellioglu, Buğrahan, **Anayasal Dilin Semantiği Üzerine: Anayasanın Ruhu Kavramı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 68-87.

¹³⁴⁶ Özbudun (2018), s. 114. Benzer yönde bkz. Karatepe, Şükrü, **Türk Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 170; Uslu, Ferhat, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 86; Sabuncu (2012), s. 63; Erdoğan (2014), s. 205-206. Gözler ise objektif olarak tanımlanamayan hukuk-dışı bir kavram olduğu gerekçesi ile Anayasa’nın ruhuna uygunluk ölçütünün sınırlama rejimi açısından gereksiz ve hatta tehlikeli bir ölçüt olduğunu ifade etmektedir (Gözler (2017), s. 365).

gerektirir¹³⁴⁷. Bu doğrultuda, Anayasa hükümlerinin anlamları araştırılırken amaçsal ve sistematik yorum yöntemlerinden de yararlanılması gerekmektedir¹³⁴⁸.

Esasında Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütü, kanun koyucunun temel hak ve hürriyetlere getirdiği sınırlamalara karşı bireyler için ilave bir güvence sağlamamaktadır. Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması zorunluluğu zaten Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkelerinin (Anayasa m. 11) tabii sonucudur. Diğer bir ifade ile bu ölçüt Anayasa'da yer almasa idi dahi kanun koyucu temel hak ve hürriyetlere Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı şekilde sınırlama getiremezdi. Bu bakımdan, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütünün yalnızca açıklayıcı-izharî bir nitelik taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır¹³⁴⁹.

D) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

1) Ölçülülük İlkesinin Anlamı ve Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi İçindeki Rolü

Ölçülülük ilkesi, devletin her türlü eylem ve işlemi için temel anayasal denetim ölçütü niteliği taşır¹³⁵⁰. Devletin bütün organları, temel hak ve hürriyetlere yönelik keyfi müdahalelerin önüne geçmeyi amaçlayan bu ilke ile bağlıdır. Yasama organı kural koyarken; yürütme ve yargı organları ise konulmuş olan kuralları uygularken ölçülülük ilkesine riayet etmekle yükümlüdür¹³⁵¹.

Prusya Yüksek İdare Mahkemesi tarafından XIX'uncu yüzyılda kolluk faaliyetlerinin denetiminde kullanılmak üzere geliştirilen ölçülülük ilkesi¹³⁵²,

¹³⁴⁷ Uygun (1992), s. 143; İnceoğlu, s. 46.

¹³⁴⁸ Bkz. Sağlam (1982), s. 100, dipnot 326; Uygun (1992), s. 143-144; İnceoğlu (2013), s. 46; Atar, s. 143.

¹³⁴⁹ Benzer yönde bkz. Sağlam (1982), s. 100, dipnot 326; Gözler (2017), s. 365.

¹³⁵⁰ Kanadoğlu, s. 162; Metin (2002-a), s. 20; Metin (2017), s. 21.

¹³⁵¹ Metin (2002-a), s. 20.

¹³⁵² Ölçülülük ilkesinin tarihi gelişimi hakkında bkz. Schlink, Bernhard, “Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer”, (Çev. Lütfullah Yasin Akbulut, Eyüp Kaan Demirkıran), *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 182-184; Grimm, Dieter, “Kanada ve Alman Anayasa Hukukunda Ölçülülük”, (Çev. Kemal Başol,

zamanla hukukun bütün alanlarında uygulama alanı bulan bir ilke hâline gelmiştir. Anayasa ve idare hukukunun yanı sıra ceza hukuku, vergi hukuku gibi kamu hukuku dallarında, kamu gücünün eylem ve işlemlerinin denetim ölçütü olarak ölçülülük ilkesine başvurulmaktadır¹³⁵³. Ayrıca -her ne kadar bir kamu hukuku ilkesi olsa da- ölçülülük ilkesi özel hukuk alanında da önemli bir rol oynamaktadır¹³⁵⁴.

Ölçülülük ilkesinin günümüzde evrensel bir ilke konumu kazandığını ifade etmek mümkündür. XX'nci yüzyılın ikinci yarısında Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmaya başlanması ile birlikte tanınır hâle gelen bu ilke, diğer birçok ulusal hukuk düzenince de benimsenmiş durumdadır. Ölçülülük ilkesi günümüzde İsviçre, Avusturya, İtalya, Kanada, İsrail ve Güney Afrika Cumhuriyeti başta olmak üzere, özgürlükçü-liberal hukuk düzenlerinde temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar için temel denetim ölçütü işlevi görmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı, Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları vasıtası ile ölçülülük ilkesinin kullanım alanı uluslararası insan hakları hukukuna da taşınmış durumdadır¹³⁵⁵.

Türk hukuk sisteminde ölçülülük ilkesi -henüz normatif bir düzenlemeye konu olmadan önce- Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmaya başlanmıştır. 1961 Anayasası'nın 11'inci maddesinde, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar için kanunilik ilkesi ve öz güvencesi ölçütlerine yer verilmiş olmakla birlikte ölçülülük ilkesinden söz edilmemiştir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, temel hak

Eyüp Kaan Demirkıran), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 195-198; Metin (2002-a), s. 39-58; Metin (2017), s. 18-20; Köküarı, s. 207-208.

¹³⁵³ Bkz. Metin (2002-a), s. 58-74.

¹³⁵⁴ Kunig, s. 160. Aynı yönde bkz. Oğurlu, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi: Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 26-28; Metin (2002-a), s. 74-77. Bu yönde örnek bir çalışma için bkz. Yıldız, Gaye Burcu, "**Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi**", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı: Polat Soyer'e Armağan, Y. 2013, s. 681-707.

¹³⁵⁵ Karşılaştırmalı hukukta ölçülülük ilkesinin kullanımı hakkında bkz. Rumpf, Christian, "**Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği**", **Anayasa Yargısı**, C. 10, Y. 1993, s. 27-36; Aliefendioğlu, Yılmaz, **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 98-101; Anayurt (1998), s. 187-188; Kanadoğlu, s. 163; Metin (2002-a), s. 79-186; Oğurlu, s. 137-227; Metin (2017), s. 17-54; Schlink, s. 182-188. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında ölçülülük testinin yeri ve işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar, s. 259-260.

ve hürriyetlere sınırlama getiren kanun hükümlerini denetlediği birçok kararında - ismini açıkça zikretmese de- ölçülülük ilkesini tatbik etmiştir¹³⁵⁶.

1982 Anayasası'nın ilk halinde de temel hak ve hürriyetlerin sınırlanma rejiminin düzenlendiği 13'üncü maddede de ölçülülük ilkesine açık şekilde yer verilmemiştir. Öte yandan, yargı mercileri tarafından bu ilkenin tatbikine olanak tanıyan bazı düzenlemeler Anayasa'da yer almaktadır. İlk olarak; Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel denetim ölçütü olarak öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ölçütü ile ölçülülük ilkesi arasında paralellik bulunmaktadır. Devletin temel hak ve hürriyetlere keyfi ve orantısız şekilde gerçekleştirdiği müdahaleler, çoğu kez ölçülülük ilkesinin yanı sıra demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne de aykırılık teşkil eder. Aşağıda görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi de bu iki denetim ölçütünü çoğu kez bir arada ele almaktadır. İkincisi; Anayasa'nın 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "*temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz*" hükmünün, sebebe bağlılık ölçütünün yanı sıra ölçülülük ilkesi ile de ilişkili olduğu ifade edilmiştir¹³⁵⁷. Son olarak; "*temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması*" başlıklı Anayasa'nın 15'inci maddesinde geçen "*durumun gerektirdiği ölçüde*" ibaresi ile olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ve durdurulmasında ölçülülük ilkesinin geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. Öğretide, olağanüstü hâllerde dâhi temel hak ve hürriyetlere ancak "*durumun gerektirdiği ölçüde*" sınırlama getirilmesine müsaade edildiğine

¹³⁵⁶ Bu kararlar için bkz. Sağlam (1982), s. 118-125; Metin (2002-a), s. 197-202. 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda da ölçülülük ilkesi yer almamaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesi ile temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmış olmasından hareket ederek ölçülülük ilkesini türetmeyi başarmıştır (Sağlam (1982), s. 117-118; Metin (2002-a), s. 53-54).

¹³⁵⁷ Bkz. Sağlam (1988), s. 440-441; Uygun (1992), s. 163-164; Anayurt (1998), s. 188-189; Kanadoğlu, s. 167; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 162. Aksi yönde görüş için bkz. Metin (2002-a), s. 214; Gözler (2017), s. 366. Madde gerekçesinde de söz konusu hükmün ölçülülük ilkesi ile bağlantılı olduğu görüşünü destekleyen ifadeler yer almaktadır: "*Maddenin üçüncü fıkrası, son satırı, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulunduğu; binnetice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngörüldüğünü vurgulamaktadır. Şu halde öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve özgürlükler sınırlanmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır*" (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 10).

göre; bu esasın olağan dönemlerde evleviyetle geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁵⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi -hukukî temeline ilişkin bir açıklama getirmemekle birlikte- bu dönemde de ölçülülük ilkesini kullanmaya devam etmiştir.

2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa'nın 13'üncü maddesine eklenmesi neticesinde ölçülülük ilkesi ilk kez Türk hukukunda açık bir pozitif temele kavuşmuştur. Bu madde uyarınca, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların denetiminde, müdahalenin kanunî bir dayanağının ve meşru bir amacının bulunduğu tespit edildikten sonra, ölçülülük testine geçilir. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlama amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır. Ölçülülük testi de ulaşılmak istenen amaçtan hareketle, bu amaca ulaşmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Sınırlama aracı, meşru amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı nitelikte ise müdahalenin ölçülü olduğu kabul edilir¹³⁵⁹. Sınırlama aracının bu unsurlardan birine dahi aykırı olması durumunda ise müdahalenin ölçüsüz olduğuna hükmedilerek dava konusu kuralın iptaline karar verilir.

2) Ölçülülük İlkesinin İçeriği: Üç Alt İlke

Ölçülülük ilkesi, devlet organlarının temel hak ve hürriyetlere keyfi ve orantısız müdahalelerine engel olmayı amaçlar. Bu ilke, demokratik hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken en temel ölçütler arasında yer alır¹³⁶⁰. Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların denetiminin odak noktasını da ölçülülük testi oluşturmaktadır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve hürriyetlere ilişkin içtihadı incelendiğinde, iptal kararlarının büyük çoğunluğunun müdahalenin ölçüsüzlüğü sebebine dayandığı görülmektedir.

¹³⁵⁸ Özbudun (2018), s. 114. Aynı yönde bkz. Uygun (1992), s. 164; Anayurt (1998), s. 189; Metin (2002-a), s. 214-215; Sabuncu (2012), s. 67; İnceoğlu (2013), s. 39-40; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 162; Atar, s. 149. Aksi yönde görüş için bkz. Gözler (2017), s. 367.

¹³⁵⁹ Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2013/1, K. 2014/161, K.T. 22.10.2014, S. 52, C. 2, s. 897; Anayasa Mahkemesi, E. 2014/88, K. 2015/68, K.T. 13.07.2015, S. 52, C. 6, s. 3690; Anayasa Mahkemesi, *Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu*, B. N. 2013/5447, K.T. 16.10.2014, § 106.

¹³⁶⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/88, K. 2015/68, K.T. 13.07.2015, S. 52, C. 6, s. 3690.

Ölçülülük ilkesi; sınırlamada başvurulacak aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araç ile amaç arasında ölçüsüz bir orantı bulunmamasını ifade eder¹³⁶¹. Görüldüğü üzere, ölçülülük ilkesi; “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Anayasa Mahkemesi de ölçülülük ilkesini, bu üç alt ilkeyi esas alarak aşağıdaki şekilde tanımlamaktadır¹³⁶²:

“Anayasa’nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir”.

a) Elverişlilik (Uygunluk) İlkesi

Ölçülülük ilkesi öncelikle kamu gücünün keyfi ve gereksiz müdahalelerini önleme amacı güder. Bu nedenle, ölçülülük testine amaca erişmek için kullanılan aracın elverişli olup olmadığı incelenerek başlanır¹³⁶³. Elverişlilik ilkesi, müdahaleyi oluşturan tedbirin, sınırlama amacına ulaşılmasına katkı sağlaması gerektiğini ifade eder. Alınan tedbir yardımı ile istenilen neticeye yaklaşılması durumunda müdahalenin elverişli olduğu kabul edilir¹³⁶⁴. Tedbirin amaca ulaşmayı güçleştirmesi

¹³⁶¹ Sağlam (1982), s. 114; Özbudun (2018), s. 114.

¹³⁶² Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 55; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/21, K. 2020/51, K.T. 24.09.2020, S. 57, C. 3, s. 1290. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin unsurlarını ilk kez 23.06.1989 tarihli kararında tanımlamıştır: “İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili “ölçülülük” temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik” sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk-gereklilik”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “orantılılık” ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır” (Anayasa Mahkemesi, E. 1988/50, K. 1989/27, K.T. 23.06.1989, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 25, Takav Matbaacılık Yayıncılık A.Ş., Ankara, 2001, s. 312).

¹³⁶³ Metin (2017), s. 8.

¹³⁶⁴ Metin (2002-a), s. 27. Benzer yönde bkz. Kunig, s. 161.

veya amaç bakımından hiçbir etki göstermemesi durumunda ise müdahalenin elverişsiz olduğuna hükmedilir¹³⁶⁵.

Bununla birlikte elverişlilik ilkesi, her durumda amacı gerçekleştirmek için en uygun olan sınırlama aracının kullanmasını da gerektirmez¹³⁶⁶. Kanun koyucunun sınırlama aracının seçimi hususunda geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Kullanılan aracın, güdülen amacı bütün olarak gerçekleştirmesi şart koşulmamakta; bu amacın bir kısmını gerçekleştirebilecek nitelikte olması yeterli kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile sınırlama aracının, amacın gerçekleştirilmesine hiçbir katkı sağlamadığı ortaya konulmadığı sürece müdahalenin elverişsiz olduğuna hükmedilemeyecektir¹³⁶⁷.

b) Gereklilik (Zorunluluk) İlkesi

Ölçülülük testinin ikinci aşamasında, kullanılan aracın gerekliliği denetlenir. Gereklilik ilkesi, amaca ulaşma bakımından aynı derecede etkili araçlar arasından ilgili temel hak ve hürriyeti en az sınırlayan aracın seçilmesi zorunluluğunu ifade eder¹³⁶⁸. Bu bakımdan gereklilik denetimi, başvuru araç ile aynı amaca ulaşmak için elverişli nitelikte olan diğer araçlar arasında kıyaslama yapılmasını gerektirir. Şüphesiz bu yönde bir denetim gerçekleştirilebilmesinin öncelikli şartı, öngörülen amaca ulaştırabilecek birden çok elverişli aracın mevcut olmasıdır¹³⁶⁹. Başvuru

¹³⁶⁵ Kanadoğlu, s. 163-164; Metin (2017), s. 8.

¹³⁶⁶ Metin (2017), s. 9.

¹³⁶⁷ Elverişlilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam (1982), s. 114; Uygun (1992), s. 168-169; Kanadoğlu, s. 164; Metin (2002-a), s. 27-29; Oğurlu, s. 36-37; Gören (2015), s. 426; Gözler (2017), s. 370-371; Metin (2017), s. 8-9; Erdoğan (2019), s. 349-350; Kunig, s. 161; Köküarı, s. 220-222; Ölmez, s. 85.

¹³⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2001/143, K. 2004/11, K.T. 10.02.2004, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 40, C. 2, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2005, Fazıl Sağlam'ın Karşı Oy Yazısı, s. 528. Alman Federal Anayasa Mahkemesi gereklilik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır: “Yasa koyucu eşit etkide, fakat temel hakkı hiç sınırlandırmayan ya da daha az hissedilebilir şekilde sınırlandıran başka bir araç seçemediyse, bu durumda yasa koyucu tarafından kullanılan araç gereklidir” (BVerfGE 78, 38'den çeviren ve aktaran Kanadoğlu, s. 164). Mahkeme başka bir kararında da kanun koyucunun, bir tehlikenin önünü almak için daha hafif araçlara başvurmayı denemeden doğrudan doğruya genel bir yasaklama yoluna başvurmamasının ölçülülük ilkesini ihlal ettiğini ifade etmiştir. Bkz. Serozan, Rona, “*Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları*”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 6, Y. 1970, s. 244).

¹³⁶⁹ Metin (2002-a), s. 30.

araç, öngörülen amaca ulaşılmasını sağlayacak tek araç niteliğinde ise veya alternatif araçlar, başvuru alan araç ile aynı etkiye sahip değilse müdahalenin gereklilik ilkesine aykırılığından söz edilemez. Ancak elverişli ve aynı etkiye sahip birden çok aracın varlığı durumunda; en hafif, en yumuşak, temel hak ve hürriyetlere en az sınırlama getiren aracın tercih edilmesi gerekir. Diğer bir ifade ile daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir neticenin elde edilmesinin mümkün olduğu hâllerde, kullanılan araç gereksizdir¹³⁷⁰.

c) Orantılılık (Dar Anlamda Ölçülülük) İlkesi

Ölçülülük testinin son aşamasını orantılılık denetimi oluşturur. Başvuru alan araç, öngörülen amaca ulaşabilmek için elverişli ve gerekli nitelikte olsa bile araç ile amaç arasında orantısız bir ilişkinin mevcut olması durumunda, müdahalenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu kabul edilir¹³⁷¹. Bu bağlamda orantılılık ilkesi, temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahale ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade eder¹³⁷².

Müdahalenin orantılı olup olmadığı, sınırlama getirilen temel hak ve hürriyet ile sınırlama neticesinde korunması amaçlanan kamusal menfaatler yahut diğer kişilerin temel hak ve hürriyetleri arasında yapılan dengeleme/tartım faaliyeti sonrası

¹³⁷⁰ Metin (2002-a), s. 30. Anayasa Mahkemesi de gereklilik ilkesini “*aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmaması*” şeklinde açıklamaktadır (Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 55). Bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında ise gereklilik ilkesi ile orantılılık ilkesinin karıştırıldığı görülmektedir: “*Orantılılık ilkesi, meşru bir amaca ulaşmak için gerekli olan sınırlayıcı araçlardan daha hafif olanı tercih edilebilecekken daha ağır olanına başvurulmasına izin vermez*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2014/88, K. 2015/68, K.T. 13.07.2015, S. 52, C. 6, s. 3691). Gereklilik ilkesi hakkında ayrıca bkz. Sağlam (1982), s. 115; Uygun (1992), s. 169-170; Kanadoğlu, s. 164-165; Oğurlu, s. 37-38; Gören (2015), s. 426-427; Gözler (2017), s. 371-372; Metin (2017), s. 10-12; Erdoğan (2019), s. 350-354; Kunig, s. 161-162; Grimm, s. 200; Köküsarı, s. 222-225; Ölmez, s. 86-87; Yılmaz Coşkun, s. 431.

¹³⁷¹ Schlink, orantılılık ilkesinin fonksiyonunu mülkiyet hakkı ile yaşama hakkı arasındaki varsayımsal bir çatışma örneği üzerinden açıklamaktadır: Topal bir adamın, bahçesindeki elma ağacına çıkan ve elma üstüne elma koparan bir çocuk gördüğünü varsayalım. Çocuk, adamın uyarılarına rağmen ağaçtan inmez ve adamı alaya alır. Adamın, çocuğu ağaçtan indirebilmesinin tek yolu, üzerindeki silahı ateşleyerek onu düşürmesidir. Mevcut koşullar altında, silah kullanımının mülkiyeti koruma amacına ulaşmak için elverişli ve gerekli olduğu söylenebilir. Fakat kolaylıkla kabul edilecektir ki, bu orantılı bir müdahale değildir. Zira çocuğun hayatı birkaç elmadan çok daha değerlidir (Schlink, s. 151). Benzer yönde başka bir varsayımsal örnek için bkz. Grimm, s. 207.

¹³⁷² Anayasa Mahkemesi, Şenol Özdemir Başvurusu, B. N. 2018/14133, K.T. 11.05.2023, § 41.

ortaya çıkar. Alexy'nin “dengeleme kanunu” olarak adlandırdığı formül bu noktada işlevsel niteliktedir: “Bir ilkeyi yerine getirmeme veya o ilkeye zarar verme derecesi ne kadar büyükse, diğer ilkenin yerine getirilmesinin önemi de o kadar büyük olmalıdır”¹³⁷³. Bu husus, esasında karşı karşıya gelen hak ve değerlerin, mevcut koşullar çerçevesinde fayda-maliyet analizine tabi tutulmasını ifade eder. Temel hak ve hürriyete getirilen sınırlama, korunması amaçlanan menfaatlerin önemi karşısında haklı görülmelidir. Diğer bir ifade ile müdahale neticesinde elde edilen fayda, temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın neden olduğu zarardan daha büyük olmalıdır. Bu noktada, müdahale ile muhataplara aşırı külfetler yüklenmemiş olması ve müdahalenin onlar açısından katlanılamaz bir boyuta ulaşmaması önem taşır. Dengeleme sonucunda, sınırlama getirilen hakkın sahibine, terazinin diğer kefesinde yer alan kamusal menfaatler veya diğer bireylerin menfaatlerine kıyasla açıkça orantısız bir külfet yüklendiğinin tespit edilmesi hâlinde ise orantılılık ilkesinin ihlal edildiği kabul edilir¹³⁷⁴.

3) Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Hürriyetine İlişkin Kararlarında Ölçülülük İlkesi

Anayasa Mahkemesi; sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kuralın kanunilik ilkesine uygun olduğunu ve anayasal anlamda meşru bir amacı bulunduğunu belirledikten sonra, söz konusu kuralı ölçülülük ilkesine uygunluk yönünden denetlemektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, Anayasa'nın 48'inci maddesinde herhangi bir özel sınırlama sebebine yer verilmediği için sözleşme hürriyetine ancak anayasal statü taşıyan başka bir hukukî değer korunması gerekçesi ile sınırlama getirilebilir. Sözleşme hürriyetine anayasal statüde bir hukukî değeri koruma gerekçesi ile sınırlama getirildiğinde, çatışan iki anayasal değer arasında uygun bir denge kurulup kurulmadığı ve pratik uyuşumun sağlanıp sağlanmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir. Bu denetimin gerçekleştirilmesinde ölçülülük testi

¹³⁷³ Alexy (2010), s. 102. Formül hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin (2019), s. 644-651; Yılmaz Coşkun, s. 520-524.

¹³⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, *Ömer Özcan Başvurusu [GK]*, B. N. 2019/24047, K.T. 23.03.2023, § 57. Orantılılık ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam (1982), s. 116-117; Uygun (1992), s. 170-171; Rumpf, s. 46; Kanadoğlu, s. 165-167; Metin (2002-a), s. 36-39; Oğurlu, s. 38-39; Gözler (2017), s. 372-375; Metin (2017), s. 12-17; Erdoğan (2019), s. 354-365; Grimm, s. 204-207; Kunig, s. 162; Köküarı, s. 225-229; Hazar, s. 104-111; Ölmez, s. 87.

kilit önem taşımaktadır¹³⁷⁵. Anayasa Mahkemesi müdahalenin ölçülülüğünü denetlerken esasında çatışan hak ve değerler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı sorusuna cevap aramaktadır. Bu bağlamda Mahkeme'ye göre genellikle, müdahalenin ölçülülüğü, çatışan hak ve değerler arasında adil bir denge kurulduğu; bu hak ve değerler arasında adil bir denge kurulduğu tespiti de müdahalenin ölçülü olduğu anlamı taşımaktadır¹³⁷⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kuralları denetlediği kararlar incelendiğinde, ölçülülük testinin eksik veya hatalı şekilde uygulandığı çok sayıda kararın mevcut olduğu görülmektedir.

Mahkeme bazı kararlarında, iptali talep edilen kural ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirildiği ve sınırlamanın anayasal açıdan meşru bir amacının bulunduğu tespiti ile yetinmiş; ölçülülük ilkesi yönünden ciddi bir denetim gerçekleştirmeksizin söz konusu kuralın Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir.

Taşınmaz kiralarda sözleşme ile kararlaştırılan kira bedellerinin 2000 yılı için en fazla % 25 oranında artırılabilceğini öngören ve bu sınırın aşılması amacı ile yeni sözleşme yapılmasını yasaklayan kural hakkında verilen kararlar, ölçülülük denetiminin ihmal edildiği örneklerin başında gelmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında, kiracı ile kiraya veren arasındaki sözleşme ilişkilerine, kiracı yararına olmak şartı ile devlet tarafından müdahale edilmesini sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak değerlendirmiş ve müdahalenin anayasal anlamda meşru bir amacı bulunduğuna hükmetmiştir¹³⁷⁷.

Kiracıların korunması amacı ile kira sözleşmelerine müdahale edilmesinin sosyal devlet ilkesi ile gerekçelendirilmiş olması yerinde olmakla birlikte, kararlarda önemli bazı eksiklikler ile doğruluğu oldukça tartışmalı kimi değerlendirmeler göze çarpmaktadır. Kanun'un meşru bir amacının bulunması ve sosyal devlet ilkesi ile uyum içinde olması, sözleşme hürriyetine yönelik müdahaleyi tek başına

¹³⁷⁵ Bkz. Dipnot 1276.

¹³⁷⁶ Yılmaz Coşkun, s. 602.

¹³⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/26, K. 2000/48, K.T. 16.11.2000, S. 38, C. 1, s. 194-195; Anayasa Mahkemesi, E. 2000/77, K. 2000/49, K.T. 21.11.2000, S. 38, C. 1, s. 207.

haklılaştırmaz. Kararlarda da belirtildiği üzere, meşru bir amacı bulunsa bile temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması ve sınırlama ile öngörülen amaç için elverişli ve ölçülü olması gerekir¹³⁷⁸.

Mahkeme; müdahalenin geçici süreli olduğunu belirtmek dışında, ölçülülük ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütleri yönünden herhangi bir inceleme gerçekleştirmemiştir. Kararda, kira artış oranlarının sınırlandırılması sureti ile enflasyonun dizginlenebileceği görüşü bir ön kabul olarak ele alınmakla birlikte, bu görüşün doğruluğu tartışmaya açıktır. Karşı oy yazısında da ifade edildiği üzere¹³⁷⁹, kira artış oranlarına getirilen sınırlamalara karşı taşınmaz sahiplerinin ilk kez kiraya verecekleri taşınmazları için fahiş kira bedelleri talep etmeleri oldukça yüksek ihtimaldir. Bu takdirde, alınan tedbirin hükümetin enflasyonla mücadele hedefine yardımcı mı olduğu yoksa tam aksine bu hedefe zarar mı verdiği hususu şüpheli hâle gelmektedir. Ayrıca kira bedellerindeki fahiş artışların altında yatan esas sebep konut darlığı sorunu olduğuna göre, konut arzını olumsuz etkileyebilecek bu tarz tedbirlerin sorunu daha fazla derinleştirmesi ihtimali de bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, müdahalenin elverişliliği bakımından önem arz eden bu hususları kararında hiç tartışma konusu yapmamıştır. Şüphesiz sınırlama aracının seçimi hususunda kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Özellikle ekonomi politikasını yakından ilgilendiren böylesine hassas bir konuda, kanun koyucunun seçtiği sınırlama aracının, doğruluğu şüpheli gerekçelere başvurularak denetlenmesi yargısal aktivizm eleştirilerini de beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle, Mahkeme'nin müdahalenin elverişliliği yönünden ciddi bir denetim gerçekleştirmemiş olmasını anlayışla karşılamak mümkündür. Ancak Mahkeme, seçilen aracın gerekliliği ve müdahalenin orantılılığı ile ilgili de herhangi bir inceleme gerçekleştirmemiştir. Özellikle -enflasyon verileri başta olmak üzere-

¹³⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/26, K. 2000/48, K.T. 16.11.2000, S. 38, C. 1, s. 195; Anayasa Mahkemesi, E. 2000/77, K. 2000/49, K.T. 21.11.2000, S. 38, C. 1, s. 208.

¹³⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2000/26, K. 2000/48, K.T. 16.11.2000, S. 38, C. 1, Yalçın Acargün ve Ertuğrul Ersoy'un Karşı Oy Yazıları, s. 197-198.

mevcut ekonomik koşullar ışığında, % 25’lik azami sınırın denetlenmemiş olması önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır¹³⁸⁰.

Elli veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde yüzde altı oranında özürlü ve eski hükümlü çalıştırılması zorunluluğu öngören kural hakkında verilen kararda da ölçülülük ilkesi yönünden herhangi bir denetim gerçekleştirilmemiştir¹³⁸¹. Anayasa Mahkemesi, dava konusu kural ile özürlü ve eski hükümlü olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılmasının amaçlandığını ifade etmiştir. İşverenlere özürlü ve eski hükümlü işçi çalıştırma zorunluluğu getirilmesinin bu amacı gerçekleştirmek için elverişli bir yöntem olduğu açıktır. Özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğunun “*en az elli işçi çalıştırılan işyerleri*” için getirilmiş olması ve bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin toplam oranının “*yüzde altı*” olarak belirlenmesi, ölçülülük denetimi bakımından önem arz eden hususlardır. Ayrıca özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenler hakkında, çalıştırmadığı her bir işçi ve her bir ay için yediyüzelli milyon lira para cezası verileceği öngörülmüştür. Bu yaptırımın niteliği ve miktarı da müdahalenin ölçülülüğü yönünden yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulması gereken unsurlar arasında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi ise kararında bu unsurlara ilişkin olarak hiçbir değerlendirme yapmamış; dava konusu kural ile sözleşme hürriyetine ölçüsüz bir sınırlama getirilmiş olmadığını ifade etmesine rağmen bu sonuca nasıl ulaştığını açıklamamıştır¹³⁸².

Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyeti ile ilgili bazı kararlarında ölçülülük denetimini, alt ilkeleri dâhil etmeksizin, sistematikten uzak ve dağınık bir şekilde

¹³⁸⁰ Bu karar hakkında ayrıntılı değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Ruhi, M. Emin, “*Gayrimenkul Kiralarının Sınırlandırılması Hakkındaki 4531 Sayılı Yasaya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, Y. 2003, s. 219-238; Tiryaki, s. 138-139. Kira artış oranlarında 2000 yılı için öngörülen % 25’lik sınırın Anayasa’ya uygun olduğuna hükmeden Anayasa Mahkemesi, 2001 yılı için öngörülen % 10 oranındaki sınırı ise mülkiyet hakkının özünü zedelediği ve ölçüsüz olduğu gerekçesi ile Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu iptal kararının temel gerekçesi, 2001 yılı için kabul edilen %10’luk oranın, yaşanan ekonomik kriz nedeni ile oluşan fiyat artışlarının çok altında kalması, böylece kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine bozulmuş olmasıdır (Anayasa Mahkemesi, E. 2001/303, K. 2001/333, K.T. 19.07.2001, S. 37, C. 1, s. 657-658).

¹³⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2006/101, K. 2008/126, K.T. 19.06.2008, S. 45, C. 2, s. 1346-1347.

¹³⁸² Karara ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Bozkurt (2009), s. 98-105.

gerçekleştirmiştir. Ölçülülük denetimi; “*elverişlilik denetimi*”, “*gereklilik denetimi*” ve “*orantılılık denetimi*” olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Bu aşamalar, gelişigüzel şekilde değil bir mantık silsilesi çerçevesinde sıralanmıştır¹³⁸³. Her üç aşama da birbiri ile yakından bağlantılı olup diğerlerini tamamlamaktadır. Bu aşamalardan hiçbirisi, diğerlerinden bağımsız olarak işlev görmezler. Bu nedenle, elverişlilik ve gereklilik aşamaları atlanmak sureti ile müdahalenin orantılı olup olmadığı sorusuna doğru yanıt vermek olanaklı değildir¹³⁸⁴.

Anayasa Mahkemesi; geçerli bir sebep bulunmaksızın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda işçiye ödenmesi öngörülen tazminat miktarlarının (4857 Sayılı İş Kanunu m. 21. f. 1-3) sözleşme ile değiştirilmesini yasaklayan kurala (4857 Sayılı İş Kanunu m. 21. f. 8) ilişkin verdiği kararda, müdahalenin elverişliliğini ve gerekliliğini denetlemeksizin doğrudan orantılılık incelemesine geçmiştir. Mahkeme’ye göre; dava konusu kural ile işverenler karşısında zayıf konumda bulunan işçilerin korunması ve kanunun işçilere tanıdığı tazminat haklarının sözleşme ile daraltılmasının önlemesi amaçlamaktadır. Kuralın amacını bu şekilde tespit eden Mahkeme, işçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa’nın 13’üncü maddesinde öngörülen ölçütlere uygun bir denge oluşturulduğunu ifade ederek iptal isteminin reddine karar vermiştir¹³⁸⁵.

Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetine sınırlama getiren söz konusu kuralın elverişliliği ve gerekliliği hususunda herhangi bir denetim gerçekleştirmemiştir. Bu yönde bir denetim gerçekleştirmiş olsa idi kural ile benimsenmiş olan “*işçilerin tazminat haklarının korunması*”¹³⁸⁶ amacına ulaşılmasına daha fazla katkı sağlayan ve daha yumuşak bir aracın mevcut olduğu

¹³⁸³ Kunig, s. 161.

¹³⁸⁴ Benzer yönde bkz. Köküarı, s. 215.

¹³⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2003/66, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005, S. 44, C. 1, s. 112.

¹³⁸⁶ Esasında dava konusu kuralın işçilerin tazminat haklarının korunması amacını güttüğü hususu da şüphelidir. Madde gerekçesinde yer alan “*Maddede öngörülen tazminatların sözleşmelerle artırılmaması için bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır*” ifadesi de kanun koyucunun tam aksi istikamette bir amaç güttüğünü göstermektedir. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2003/66, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005, S. 44, C. 1, Osman Alifeyyaz Paksüt’ün Karşı Oy Yazısı, s. 124.

tespit edilebilecekti. Kanun ile belirlenen tazminat miktarlarının sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceğini öngören dava konusu kural bir “*mutlak emredici hüküm*”dür. Mutlak emredici hükümlerin ne işçi ne de işveren lehine değiştirilmesi mümkündür. Örneğin İş Kanunu’nun 21’inci maddesinin 1’inci fıkrasında, geçerli bir sebebe dayanmaksızın iş sözleşmesini fesheden işverenin, feshin geçersizliğinin tespitinin ardından bir ay içerisinde işçiye işe başlatmakla yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen işverenin, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemesi gerektiği öngörülmüştür. İptali talep edilen kural nedeni ile tarafların kanunda öngörülen tazminat miktarını artırması ve eksiltmesi mümkün değildir. Öte yandan kanun koyucu; söz konusu kural yerine “*bu hükümler sözleşme ile işçi aleyhine değiştirilemez*” şeklinde bir “*nispî emredici hüküm*” ihdas etmiş olsa idi hem işçinin tazminat haklarının korunması amacına ulaşılması eşit düzeyde mümkün olacak hem de bu amaca ulaşmak için tarafların sözleşme hürriyetine daha az sınırlama getirilmiş olacaktı.

Anayasa Mahkemesi, serbest eczanelere reçete ve/veya ciro gibi ölçütlere göre ikinci eczacı çalıştırma zorunluluğu getiren ve ikinci eczacılar ile yardımcı eczacılar için asgari ücret tespit eden kurallar hakkında verdiği kararda¹³⁸⁷, alt ilkeleri de dâhil etmek sureti ile ölçülülük ilkesini tanımlamış ve fakat kapsamlı ve sistematik bir ölçülülük denetimi gerçekleştirmemiştir. Mahkeme’ye göre; iptali talep edilen kural ile eczane sınırlamasından kaynaklı olası istihdam daralmasının önüne geçilmesi, eczacının vermiş olduğu hizmetin kalitesinin artırılması ve hastaların eczacılık hizmetlerinden daha etkili şekilde yararlanmalarının sağlanması amaçlanmaktadır. Belirli büyüklükteki eczaneler için getirilen ikinci eczacı çalıştırma zorunluluğunun bu amaçların gerçekleştirilmesine yardımcı olacağı açıktır. Ancak Mahkeme, söz konusu amacın gerçekleştirmesine aynı düzeyde katkı sağlayan daha yumuşak bir aracın mevcut olup olmadığı ile ilgili herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Eczane sınırlamasının kaldırılması veya nüfus kriterinin düşürülmesi gibi alternatif araçların kullanımı ile öngörülen amaca erişilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmamıştır. Ayrıca -dava konusu kuralın araç ile amaç arasında hakkaniyete uygun bir denge kurduğunu ifade etmiş olmasına rağmen-

¹³⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/154, K. 2017/106, K.T. 31.05.2017, S. 54, C. 1, s. 449-464.

Mahkeme'nin, sözleşme hürriyetine yönelik müdahale ile müdahaleye gerekçe teşkil eden anayasal değerlere sağlanan koruma arasında orantılı bir ilişki bulunup bulunmadığı hususunda gerçek anlamda bir denetim gerçekleştirmiş olduğu da şüphelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalara ilişkin kapsamlı ve sistematik bir ölçülülük denetimi gerçekleştirmek sureti ile sonuca ulaştığı bazı kararları da bulunmaktadır. Kamu ihalelerinde suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiası ile haklarında kamu davası açılan kişiler için yargılama süresince ihalelere katılma yasağı getiren kural hakkında verilen karar, - sebebe bağlılık ölçütü yönünden sorunlu olmakla birlikte- ölçülülük ilkesi yönünden doğru bir uygulamayı yansıtmaktadır. Mahkeme; dava konusu kuralın, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amacı ile getirildiğini belirtmiştir. Yasaklılık tedbirini gerektiren eylemlerin (ihaleye fesat karıştırmak, sahte belge ve teminat düzenlemek gibi) niteliği göz önüne alındığında, kullanılan aracın ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu ifade edilmiştir. Orantılılık denetiminde ise getirilen tedbirin ilgili kişinin menfaatlerine verdiği zarar ile kamuya sağladığı fayda arasında bir tartım yapılmış; sözleşme hürriyetine yönelik müdahalenin “geçici süreli” ve “kamu ihaleleri ile sınırlı” olduğu gözetilerek müdahalenin ölçülü olduğuna karar verilmiştir¹³⁸⁸.

Anayasa Mahkemesi; evli kişilerin kefil olmasını diğer eşin yazılı olarak rıza vermesi şartına bağlayan kural hakkında verdiği kararda da ölçülülük ilkesi yönünden doğru sonuca ulaşmıştır¹³⁸⁹. Mahkeme'ye göre; itiraz konusu kural, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesini önleyerek ailenin ekonomik varlığını ve huzurunu korumayı amaçlamaktadır. Kefalet için diğer eşin yazılı rızasının aranması, bu amacın gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktadır. Söz konusu amaca ulaşılmasına eşit düzeyde katkı sağlayan daha yumuşak bir araç da mevcut değildir. Mahkeme; sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın dar kapsamlı ve

¹³⁸⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2007/68, K. 2010/2, K.T. 14.01.2010, S. 47, C. 1, s. 444-445.

¹³⁸⁹ Aksi yönde görüş için bkz. Boyar (2019), s. 156.

istisnaî bir alanda geçerli olduğunu, evli kişilerin kişisel borçlanma haklarını bütünü ile ortadan kaldırmadığını ifade ederek müdahalenin ölçülü olduğuna hükmetmiştir¹³⁹⁰.

Anayasa Mahkemesi; terör örgütleri ile irtibatlı veya iltisaklı bulunan gerçek ve tüzel kişilerin kamu ihalelerine katılmasını yasaklayan kuralı, üç alt ilke yönünden ayrı ayrı incelemek sureti ile kapsamlı bir ölçülülük denetimine tabi tutmuştur. Mahkeme, dava konusu kuralın millî güvenliğin korunması¹³⁹¹ amacı ile getirildiğini tespit ettikten sonra, millî güvenlik bakımından sakınca oluşturabilecek eylemleri bulunduğu değerlendirilen kişilerin kamu ihalelerine katılmalarının yasaklanmasının bu amacın gerçekleştirilmesi için elverişli ve gerekli olduğunu ifade etmiştir. Orantılılık denetiminde ise terör örgütleri ile irtibatlı ve iltisaklı kişilerin tespit edilme usulü, idari önlemin süresi, etkili bir yargısal denetim olanağının bulunup bulunmadığı hususları araştırılmıştır. Dava konusu kural, terör örgütleri ile irtibatlı ve iltisaklı olduğu gerekçesi ile kamu ihalelerine katılamayacak kişilerin tespitinde, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Millî İstihbarat Teşkilatı tarafından yapılan bildirimlerin esas alınacağını öngörmektedir. Söz konusu kurumların bu yönde bir bildirim yapması durumunda, başka bir işleme gerek kalmaksızın ilgili kişi doğrudan ihale dışı bırakılmaktadır. Bu kurumlar tarafından yapılan bildirimlerin ceza soruşturmasına esas alınabilecek nitelikte bilgi ve belgelere dayanması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Dolayısı ile salt istihbarî nitelikte bilgi ve belgelere bağlı olarak hakkında tespit yapılan kişilerin kamu ihalelerine katılmaları engellenebilecektir. Ayrıca terör örgütleri ile irtibatlı ve iltisaklı olduğu bildirilen kişiler hakkında uygulanan bu tedbir, belli bir süre ile sınırlanmış da değildir. Söz konusu kurumlar tarafından tersi yönde bir bildirim yapılmadığı müddetçe bu kişilerin süresiz olarak bir daha kamu ihalelerine katılmaları mümkün olmayacaktır. Bu hususlara ek olarak, dava konusu kural, yargısal denetimin etkinliğini sınırlayıcı bir mahiyet de taşımaktadır. Zira ilgili idari kuruluşlara ve yargı mercilerine, kolluk kuvvetleri tarafından yapılan bildirimlerin doğruluğunu denetleme ve gerçek duruma göre işlem tesis etme yetkisi tanınmamıştır. Yargısal denetim olanağı, ilgili kolluk

¹³⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1943-1944.

¹³⁹¹ Bu kararın sebebe bağlılık ölçütü yönünden eleştirisi için bkz. IIIŞ-II-B-2-b.

birimi tarafından gerekli bildirimin yapıp yapılmadığı hususu ile sınırlanmıştır. Bu çerçevede Mahkeme, keyfi uygulamaları önleyebilecek yasal güvencelere yer verilmediğini de gözeterek sözleşme hürriyetine orantısız bir sınırlama getirildiği sonucuna ulaşmıştır¹³⁹².

Anayasa Mahkemesi, CMK hükümleri uyarınca kayyum atanan şirketlerde, ceza soruşturmasının başladığı tarihten maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak şirket ortakları tarafından yapılmış olan devir ve temlik işlemlerinin muvazaalı kabul edilerek geçersiz sayılacağını öngören hükmü de ölçülülük ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Dava konusu kural, hukuka uygun olarak yapılan devir ve temliklerin temelinde yatan işlemleri (hisse devir sözleşmesi, alacağın temliki vs.) geçersiz saymak sureti ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirmektedir. Bu kural ile suç teşkil eden faaliyetlerin odağı hâline geldiği değerlendirilen şirketlerin mal varlığının kaçırılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak şirket ortakları tarafından yapılan devir ve temlik işlemlerin geçersiz sayılması, bu amaca ulaşılabilmesi için elverişli ve gerekli nitelikte bir tedbirdir. Ancak söz konusu pay ve hakları devralan iyiniyetli üçüncü kişilere, devir ve temlik işlemlerinin muvazaalı olmadığını iddia ve ispat etme olanağı tanımayan kural, kişilere aşırı bir külfet yükleyerek sözleşme hürriyetine orantısız bir sınırlama getirmektedir¹³⁹³.

Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararında da sözleşme hürriyetine sınırlama getiren bir kuralı ölçülülük ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir. Dava konusu kural, Türkiye Denizcilik İşletmeleri Anonim Şirketi'ne ve Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne ait bazı limanların, işletme hakkı verilmesi/devri yöntemiyle özelleştirilmeleri neticesinde imzalanan kırk dokuz yıldan az süreli özelleştirme sözleşmelerinin süresinin kırk dokuz yıla kadar uzatılmasına olanak tanımaktadır. Böylece sözleşme süresinin

¹³⁹² Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, S. 57, C. 1, s. 55-56. Anayasa Mahkemesi; kayyum atanan belediyeler ile bu belediyelerin bağlı kuruluşlarında, Kamu İhale Kanunu uyarınca imzalanan sözleşmelerin, yüklenicilerin terör örgütlerine iltisakı veya irtibatı bulunduğu Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından bildirilmesi halinde feshedilebileceğini öngören kuralı da sözleşme hürriyetine orantısız bir sınırlama getirdiği gerekçesi ile iptal etmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/78, K. 2022/114, K.T. 13.10.2022, § 229-246.

¹³⁹³ Anayasa Mahkemesi, E. 2018/81, K. 2021/45, K.T. 24.06.2021, S. 59, C. 1, s. 83-90.

sonunda yeniden özelleştirme sürecine konu olabilecek limanların, ihale süreci uygulanmaksızın dolaylı olarak özelleştirilmelerinin önü açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, sadece hâlihazırda özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olan kişilere ek sözleşme yapma imkânı tanıyan kuralın, özelleştirme sözleşmelerinin tarafı olmayan kişileri mevcut sözleşme süreleri sonunda sözleşme yapma imkânından yoksun bırakmak sureti ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiğini tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kural ile söz konusu limanların herhangi bir zaman kaybı yaşanmaksızın işletilmelerine devam edilmesi ve bu sayede rekabet güçlerinin korunması amaçlanmıştır. Mevcut sözleşmelerin sürelerinin kırk dokuz yıla kadar uzatılmasının söz konusu amaca ulaşılması bakımından elverişli ve gerekli olduğu ifade edilmiştir. Orantılılık denetiminde ise söz konusu limanların, ihale süreci uygulanmadan, istekli olan diğer kişilerin sürecin dışında tutulması sureti ile dolaylı olarak özelleştirilmelerinin ortaya çıkardığı maliyetler araştırılmıştır. Yeni bir ihale yapılmaksızın mevcut sözleşmelerin süresinin uzatılmasının özelleştirmede hâkim olması gereken serbest rekabet ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşmadığı ve söz konusu limanların gerçek özelleştirme değerlerine ulaşılmasını engelleyebilecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme; 4046 Sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'da öngörülen şartları taşıyan kişileri özelleştirme sözleşmelerine taraf olma imkânından yoksun bırakan kuralı, ulaşılacak istenen amaç ile sözleşme hürriyeti arasında bulunması gereken makul dengeyi gözetmediği gerekçesi ile iptal etmiştir¹³⁹⁴.

E) DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ İLKESİ

1) Genel Olarak

1961 Anayasası'nın aksine, 1982 Anayasası'nın ilk halinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanma rejiminin düzenlendiği 13'üncü maddede öz güvencesine yer verilmemiş; öz güvencesine kıyasla daha belirgin ve uygulaması daha kolay bir ölçüt olduğu¹³⁹⁵ gerekçesi ile demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü tercih

¹³⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2022/22, K. 2022/92, K.T. 20.07.2022, C. 59, S. 3, s. 1621-1622.

¹³⁹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu s. 10. Öğretide, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün de en az öz güvencesi kadar tanımlanması zor ve muğlak bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Turhan, Mehmet, "Anayasamız

edilmiştir. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre; temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz. Bu ölçüt, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci ilâ 11'inci maddelerinde düzenlenen hak ve hürriyetlerin sınırlanması şartları arasında yer alan “*demokratik bir toplumda gerekli*” (*necessary in a democratic society*) kavramının karşılığı olarak getirilmiştir¹³⁹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; Sözleşme metninde geçen “*gerekli*” (*necessary*) sıfatı, “*zorunlu*” (*indispensable*) sözcüğü ile eş anlamlı olmamakla birlikte, “*kabul edilebilir*”, “*olağan*”, “*yararlı*”, “*makul*” veya “*arzu edilen*” deyimlerinin işaret ettiği şekilde bir esnekliğe de sahip değildir¹³⁹⁷. Mahkeme, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaları demokratik toplumda gereklilik ölçütüne uygunluk yönünden denetlerken müdahale için zorlayıcı bir “*toplumsal ihtiyaç baskısı*” (*pressing social need*) bulunup bulunmadığını ve müdahalenin izlenen meşru amaç ile “*orantılı*” (*proportional*) bir ilişki içinde olup olmadığını araştırmaktadır¹³⁹⁸. Anayasa Mahkemesi de bu ölçütü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne paralel şekilde ele almakta ve bir müdahalenin demokratik toplum

ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, **Anayasa Yargısı**, C. 8, Y. 1991, s. 403-407; Uygun (1992), s. 172-174; Gözler (2017), s. 384; Köküsarı, s. 232-233.

¹³⁹⁶ Gözler'in belirttiği üzere; esasında “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ile “*demokratik toplumda gereklilik*” birbirine benzer nitelikte iki farklı kavramdır. Bu kavramlardan ilki, demokratik toplum düzeninin varlığı için gerekli olan şartları ifade etmekte iken ikinci kavram ise temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran tedbirin taşınması gereken özelliği ifade eder (Gözler (2017), s. 390). Ancak madde gerekçesinde uluslararası sözleşme veya bildirimlere yapılan atıf göz önüne alındığında, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde geçen “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ibaresinin “*demokratik toplum düzeninde gereklilik*” olarak anlaşılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımının da bu istikamette olduğu söylenebilir. Bkz. Gözler (2017), s. 391-392; Erdoğan (2019), s. 341.

¹³⁹⁷ AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, B.N. 5493/72, K.T. 07.12.1976, § 48. Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 378; Eren, Abdurrahman, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 196-197; Çakmak, Ufuk Ramazan, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8-14. Maddelerinde Düzenlenen Haklar ve Özgürlükler*”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 378; İnceoğlu (2013), s. 32; Erdoğan (2015), s. 160.

¹³⁹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin demokratik toplumda gereklilik ölçütüne ilişkin içtihatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren (2004), s. 195-207.

düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelmesi ve ölçülü olması gerektiğini ifade etmektedir¹³⁹⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne ilişkin olarak güncel kararlarında da kullandığı standart kalıp şu şekildedir¹⁴⁰⁰:

“Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun kısıtlamaların bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir”.

Yukarıda alıntılanan metinden hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne yaklaşımına dair iki ayrı çıkarımda bulunmak mümkündür: Bunlardan ilki, esas alınması gereken demokratik toplum düzeni anlayışına ilişkin iken ikincisi ise demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün ölçülülük ilkesi ve öz güvencesi ile bağlantısına ilişkindir.

¹³⁹⁹ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2014/88, K. 2015/68, K.T. 13.07.2015, S. 52, C. 6, s. 3690.

¹⁴⁰⁰ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/108, K. 2019/5, K.T. 13.02.2019, S. 56, C. 1, s. 330.

2) Millî Demokratik Toplum Düzeni Tezi-Standart Demokratik Toplum Düzeni Tezi¹⁴⁰¹

Anayasa Mahkemesi'nin, hangi demokratik toplum düzeni anlayışının denetime esas teşkil edeceği sorusunu “*çağdaş demokrasiler*” şeklinde cevaplandığı görülmektedir. Bilindiği üzere, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü uygulanırken 1982 Anayasası tarafından benimsenen demokratik toplum düzeni anlayışının mı yoksa evrensel, çağdaş, batılı demokratik toplum düzeni anlayışının mı esas alınması gerektiği hususu öğretide tartışma konusu olmuştur¹⁴⁰². Bazı yazarlar¹⁴⁰³, başlangıç kısmında bulunan “*bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni*” deyimini kanıt göstererek Anayasa koyucunun millî bir demokrasi anlayışı oluşturduğunu; demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının da bu anlayış çerçevesinde yorumlanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Öğretideki yazarların büyük çoğunluğu¹⁴⁰⁴ ise madde gerekçesinde uluslararası sözleşme ve bildirimlere atıf yapılmış olmasını ve gerekçede yer alan “*genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı*” deyimini göz önünde bulundurarak kavramın yorumunda çağdaş-evrensel demokrasi standartlarının esas alınması gerektiğini kabul etmişlerdir¹⁴⁰⁵. Anayasa

¹⁴⁰¹ Bu kavramlara ilişkin bkz. Sunay, Reyhan, “*Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, Y. 2000, s. 628-629.

¹⁴⁰² Bu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bulut, Nihat, “*4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-4, Y. 2001, s. 47-51; Turhan, s. 407-409; Uygun (1992), s. 175-179; Sunay (2000), s. 628-631; Gören (2000-a), s. 113-115; Eren (2004), s. 142-152; Gözler (2017), s. 385-388.

¹⁴⁰³ Tanör, Bülent, **Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, 1997, s. 92. Benzer yönde bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 159.

¹⁴⁰⁴ Turhan, s. 408-409; Gören (2000-a), s. 114; Eren (2004), s. 151-152; Sabuncu (2012), s. 64-65; Özbudun (2018), s. 177-118. Atar, s. 144. Gözler; 1982 Anayasası’nın öngördüğü demokrasi anlayışının çağdaş-evrensel demokrasi standartları ile uyumlu olduğunu, bu nedenle de öğretideki tartışmanın gereksiz ve anlamsız olduğunu ifade etmektedir (Gözler (2017), s. 388).

¹⁴⁰⁵ Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü’nün de konu hakkında çelişkili açıklamaları bulunmaktadır. Gölcüklü; demokratik toplum düzeninin gerekleri ibaresinin “*bu Anayasa ile kararlaştırılan demokratik toplum düzeninin gerekleri*” şeklinde değiştirilmesi yönündeki öneriye şu şekilde karşı çıkmıştır: “*Bu Anayasada “Öngörülen”e gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir, bu Anayasanın hükümlerine tabi demokrasidir. Fazla kelime kullanarak daha fazla yoruma yol açmamak gerekir kanaatimizce hukuk tekniğinde. Onun için demokratik toplum dedik. Zaten bundan anlaşılan da Anayasamızın demokratik toplumdur, standardı da bellidir*” (**Danışma Meclisi Tutanak**

Mahkemesi de –ayrık bazı kararları bulunmasına rağmen¹⁴⁰⁶ demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü çoğunlukla çağdaş-evrensel demokrasi standartları doğrultusunda yorumlamış ve tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹⁴⁰⁷ gibi demokratik toplumun temel unsurlarını çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak belirlemiştir¹⁴⁰⁸.

3) Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Ölçütünün Ölçülülük İlkesi ve Öz Güvencesi ile İlişkisi

Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü bağımsız bir ölçüt olarak uygulamamakta; öz güvencesi ve ölçülülük ilkesi ölçütleri ile birlikte ele almaktadır. Mahkeme’ye göre; temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını durduran, aşırı derecede güçleştiren, etkisiz hale getiren veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki dengeyi bozan müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmektedir¹⁴⁰⁹. 2001 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa’nın 13’üncü maddesine öz güvencesi ve ölçülülük ilkesi eklenmeden önce dahi, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların bu

Dergisi, C. 8, 130. Birleşim, 19 Ağustos 1982, s. 148-149). Gölcüklü, demokratik toplum düzeni kavramına yöneltilen eleştirileri cevaplandığı başka bir konuşmasında ise çağdaş-evrensel demokratik toplum tezini destekleyici nitelikte bazı ifadeler kullanmıştır: “«Komisyon böyle 'bir kavram ihdas etti, başımıza iş çıkardı.»! dediler... Bizim ihdas ettiğimiz, icat ettiğimiz, haşa dert ettiğimiz bir kriter değildir. Bu kriter; İsveç örneğini verdim, bizim dahil olduğumuz 21 Batı ülkesi camiasında Avrupa Konseyinde mevcut İnsan Hakları Divanı tarafından 1954 yılından beri uygulanan kriterdir, hep bu kriter uygulanmaktadır. Bizim, Batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız yoktur, kendimizi o camiada buluyoruz, aynı anlayışa sahip olduğumuz inancındayız” (**Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 8, 130. Birleşim, 19 Ağustos 1982, s. 154).

¹⁴⁰⁶ Anayasa Mahkemesi bir kararında esas alınması gereken demokratik toplum düzenini şu şekilde ifade etmiştir: “Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur” (Anayasa Mahkemesi, E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 06.10.1986, S. 22, s. 224).

¹⁴⁰⁷ Bkz. AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, B.N. 5493/72, K.T. 07.12.1976, § 49.

¹⁴⁰⁸ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2017/21, K. 2020/77, K.T. 24.12.2020, S. 58, C. 1, s. 556.

¹⁴⁰⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, S. 52, C. 6, s. 3877. Mahkeme, bazı kararlarında bu üç denetim ölçütünün bir bütünün parçaları olduğunu ifade etmiştir: “Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan "temel hak ve hürriyetlerin özü", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi" kavramları, bir bütünün parçaları olup "demokratik bir hukuk devleti"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır”. Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2016/179, K. 2017/176, K.T. 28.12.2017, S. 55, C. 1, s. 452.

ölçütlere uygunluğu demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamında denetlenmiştir¹⁴¹⁰.

Kanaatimizce öz güvencesi ile demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütleri arasında Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği şekilde bir sebep-sonuç ilişkisi kurulamaz¹⁴¹¹. Temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunan her sınırlama, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne aykırı olmadığı gibi öze dokunmayan her sınırlama da demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilemez. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, sınırlamanın nasıl yapılması gerektiğini gösteren nispi nitelik taşıyan bir ölçüt iken; öze dokunma yasağı, her temel hak ve hürriyet için kişiye dokunulmaz bir alan garanti eden mutlak nitelikte bir ölçüttür¹⁴¹². Esasında Danışma Meclisi'nde yaşanan tartışmalara bakıldığında da 1982 Anayasası'nda öz güvencesi yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün tercih edilmesinin altında yatan gerçek amacın kanun koyucunun temel hak ve hürriyetlere müdahale olanaklarının genişletilmesi olduğu ve hakkın özü için ayrıcalıklı bir güvence sağlanılmasının düşünülmediği anlaşılmaktadır¹⁴¹³.

Anayasa Mahkemesi, birçok kararında, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü ile ölçülülük ilkesi arasındaki yakın bağlantıya vurgu yapmıştır. Mahkeme'ye göre; Anayasa'nın 13'üncü maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi şeklinde iki ayrı ölçüte yer verilmiş olmakla birlikte, bu iki ölçüt bir

¹⁴¹⁰ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2001/303, K. 2001/333, K.T. 19.07.2001, S. 37, C. 1, s. 658: *"Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez"*.

¹⁴¹¹ Aynı yönde görüş için bkz. Arslan, s. 151-152; Eren (2004), s. 214-215; Gözler (2017), s. 384-385. Aksi yönde görüş için bkz. Sezer, Ahmet Necdet, *"37. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması"*, **Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları: 1984-2002**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022, s. 203; Bulut, s. 450-451.

¹⁴¹² Sağlam (1982), s. III-IV. Benzer yönde bkz. Uygun (1992), s. 174; Soysal (1997), s. 132-133; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 159.

¹⁴¹³ Feyyaz Gölcüklü'nün konu hakkında Danışma Meclisi'nde yaptığı açıklama şu şekildedir: *"Öze dokunmama kriterleriyle demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterinin aynı nitelikte olduğu kanaatinde değiliz; farklı niteliktedir. Biraz evvel sunduğum örnekte olduğu gibi haberleşme gizliliğinin kaldırılması tedbiri öze dokunmama kriterine vurduğunuz zaman «öze dokunma» dır, öze dokunulmuştur, Anayasa Mahkemesi iptal edecektir, yahut diğer kontrol makamı bunu yapacaktır. Halbuki demokratik toplumun gereklerine uygunluk kriterine vurduğunuz zaman bu tedbir meşrudur"* (**Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 8, 130. Birleşim, 19 Ağustos 1982, s. 149).

bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki bulunmaktadır¹⁴¹⁴. Hatta Mahkeme, bazı kararlarında, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri çerçevesinde tanımlamış; müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁴¹⁵. Öğretide de demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün bağımsız bir denetim ölçütü olmadığı ve ölçülülük testinin özel bir görünümü mahiyetinde olduğu ileri sürülmektedir¹⁴¹⁶. Gözler'in ifadesi ile demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün temel işlevi, araç ile amaç arasındaki ölçülülük ilişkisinin denetiminde, otoriter bir toplum düzeninin değil demokratik bir toplum düzeninin esas alınmasını sağlamaktır¹⁴¹⁷. Bu ölçüt aynı zamanda kamu yararı, kamu düzeni, milli güvenlik gibi Anayasa'da öngörülen sınırlama sebeplerinin anlamlarının demokratik toplum düzeni esas alınarak belirlenmesini gerektirmektedir¹⁴¹⁸.

4) Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Hürriyetine İlişkin Kararlarında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Anayasa Mahkemesi'nin sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kuralları demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü yönünden denetlediği karar sayısı oldukça azdır. Bu az sayıda kararda da demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının bağımsız bir ölçüt olarak uygulanmadığı; ölçülülük ilkesi, öz güvencesi ve sebebe bağlılık ölçütü ile mezc edilmek sureti ile sonuca ulaşıldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi; SSK ve BAĞKUR'un sahibi veya ortağı olduğu taşınmazlara ilişkin söz konusu kurumlar veya mahkemeler tarafından tespit edilen

¹⁴¹⁴ Çok sayıda karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2015/96, K. 2016/9, K.T. 12.02.2016, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 53, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 549; Anayasa Mahkemesi, *Mehmet Balaban Başvurusu*, B.N. 2020/7697, K.T. 20.06.2023, § 26.

¹⁴¹⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi, *Yunus Yıldırım ve Diğerleri Başvurusu*, B. N. 2018/35325, K.T. 12.07.2023, § 34.

¹⁴¹⁶ Gözler (2017), s. 392-393; Erdoğan (2019), s. 340. Krş. Köküarı, s. 235-236.

¹⁴¹⁷ Gözler (2017), s. 392-393.

¹⁴¹⁸ Erdoğan (2015), s. 159.

yeni kira bedellerinin yılda bir defa, Devlet İstatistik Enstitüsü tüketici fiyat endeksindeki artış oranından az olmamak üzere rayiç veya emsal değere yükseltilmesini öngören hükmü denetlediği kararında, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne başvurmuştur. Mahkeme, yıllık kira artışı için asgari oran öngören bu hükmün sözleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıdığını kabul etmişse de bu müdahalenin kamu yararı amacı taşıdığına ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğuna hükmetmiştir¹⁴¹⁹. Ancak kararda, ulaşılan bu sonucu destekleyici herhangi bir argümana yer verilmemiştir. Kanaatimizce; kiracı ile kiraya verenin menfaatleri arasında adil bir denge kurmayan ve bazı kamu kurumlarını, tarafı oldukları kira ilişkilerinde imtiyazlı bir konuma yerleştiren itiraza konu kural, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca SSK ve BAĞKUR'un da tıpkı diğer kiraya verenler gibi kira bedelinin artırılması istemi ile kira tespit davası açma olanağı bulunduğu gözetildiğinde, bu kurumların sahibi ve ortağı olduğu taşınmazlar için asgari kira artış oranı öngörülmesinin ne tür bir zorlayıcı toplumsal ihtiyacı karşıladığı soru işaretidir.

Evli kişilerin kefil olmasını diğer eşin yazılı olarak rıza vermesi şartına bağlayan kurala ilişkin kararda, sözleşme hürriyetine yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu, sınırlamanın meşru bir amacı bulunmasına dayandırılmıştır¹⁴²⁰:

“İtiraz konusu kurallarla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasa'nın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı açıktır”.

Anayasa Mahkemesi; işverenler ile OK-BES kapsamında emeklilik sözleşmesi yapma yetkisini sadece Müsteşarlıkça uygun görülen şirketler ile sınırlayan kuralı

¹⁴¹⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/1, K. 1996/18, K.T. 11.06.1996, S. 33, C. 1, s. 134-151.

¹⁴²⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1943.

denetlediği kararında da demokratik toplum düzeninin gerekleri ile meşru amaç ölçütlerini birlikte değerlendirmiştir¹⁴²¹:

“Kural, bir taraftan emeklilik şirketlerini etkilerken diğer taraftan çalışanların otomatik olarak katıldığı sisteme yatırılan tasarruflarının güvenliğini ilgilendirmektedir. Bu nedenle katılımcıların cayma veya ayrılma hakkını kullanmasına kadar zorunlu olarak yatırılacak katkı paylarının ve devletin katkı payının yer aldığı fonların yönetimini üstlenen emeklilik şirketlerinin emeklilik planı düzenleme konusundaki uygunluğunun tespitinde idareye ek bir yetki verilmesi suretiyle kamu yararının gerçekleştirilmesinin amaçlandığı gözetildiğinde söz konusu sınırlamanın “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırılık taşımadığı anlaşılmaktadır”.

F) ÖZ GÜVENCESİ (ÖZE DOKUNMA YASAĞI)

1) Genel Olarak

Temel hak ve hürriyetlere müdahale ederken kamu organlarının riayet etmesi gereken ölçütlerden birisi de öz güvencesi veya öze dokunma yasağıdır. Öz güvencesi, Nazi döneminde yaşanan yoğun insan hakları ihlallerinin tekrarlanması ihtimaline karşı bir önlem olarak ilk defa 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası ile düzenlenmiştir¹⁴²². Günümüzde birçok ulusal hukuk düzeni, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimine ilişkin anayasal bir ilke olarak öz güvencesini benimsemiş durumdadır¹⁴²³. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı¹⁴²⁴ ve Avrupa

¹⁴²¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/179, K. 2017/176, K.T. 28.12.2017, S. 55, C. 1, s. 453.

¹⁴²² 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 19. f. 2: “Bir temel hakkın özüne hiçbir sebeple dokunulamaz”. Esasında öz güvencesi, Federal Anayasa’dan önce 1946 Hessen Anayasası (m. 63. f. 1) ile düzenlenmiştir. Federal Anayasa’nın yürürlüğe girmesinden sonra, diğer eyalet anayasalarına da öz güvencesi eklenmiştir (Tridimas, Takis/Gentile, Giulia, “The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?”, **German Law Journal**, Vol. 20, Issue 6, Y. 2019, s. 795).

¹⁴²³ Bkz. 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, m. 19. f. 2; 1976 Portekiz Anayasası m. 18. f. 3; 1978 İspanya Anayasası m. 53. f. 1; 1980 Şili Anayasası m. 19. f. 26; 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 13; 1990 Namibya Anayasası m. 22; 1991 Romanya Anayasası m. 53. f. 2; 1992 Slovakya Anayasası m. 13. f. 4; 1992 Estonya Anayasası m. 11; 1993 Çek Cumhuriyeti Temel Hak ve Hürriyetler Şartı m. 4 f. 4; 1997 Polonya Anayasası m. 31. f. 3; 1999 İsviçre Anayasası, m. 36; 2011 Macaristan Anayasası m. 1. f. 3 (Brkan, Maya, “The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of

İnsan Hakları Mahkemesi¹⁴²⁵ başta olmak üzere, uluslararası yargı mercileri tarafından verilen kararlarda da gittikçe artan bir sıklıkla öz güvencesine başvurulduğu görülmektedir. Bu yaygın kullanımı nedeni ile öz güvencesinin “*Alman Anayasası’nın en başarılı ihraç ürünü*” olduğu ifade edilmektedir¹⁴²⁶.

Türk hukuk sisteminde öz güvencesi ilk olarak 1961 Anayasası ile benimsenmiştir. Anayasa’nın “*temel hakların özü*” başlıklı 11’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre “*Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz*”¹⁴²⁷. Öz güvencesi -Anayasa’da demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine yer verilmemiş olmasının da etkisi ile- bu dönemde temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar bakımından temel denetim ölçütü olarak işlev görmüştür. Gerçekten de temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaları öncelikle sıkı bir ölçülülük testine tabi tutup öz güvencesine son çare olarak başvuran Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımının aksine, Türk Anayasa Mahkemesi bu güvenceye başvurmakta oldukça cömert davranmıştır¹⁴²⁸.

the CJEU’s Constitutional Reasoning”, **German Law Journal**, Vol. 20, Issue 6, Y. 2019, s. 865-867; Brkan (2018), s. 333; Tridimas/Gentile, s. 795-797). İsviçre hariç tutulursa, Anayasası’nda öz güvencesine yer veren ülkelerin bütünü’nün anti-demokratik rejim tecrübesi bulunan ülkeler olması dikkat çekicidir.

¹⁴²⁴ Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 52’nci maddesinin birinci fıkrasında öz güvencesine yer verilmiştir: “*Bu Şart ile kabul edilen hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek her türlü sınırlama... bu hak ve özgürlüklerin özüne saygı göstermelidir*”. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın öz güvencesine ilişkin yaklaşımı hakkında bkz. Gutman, Kathlen, “*The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*”, **German Law Journal**, Vol. 20, Issue 6, Y. 2019, s. 884-903; Tridimas/Gentile, s. 802-815; Brkan (2019), s. 871-881; Erdoğan (2019), s. 333-334.

¹⁴²⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde öz güvencesi düzenlenmemiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı kararlarında bu ölçütü kullanmıştır. Bkz. Eren (2004), s. 105; Brkan (2018), s. 348-349; Erdoğan (2019), s. 335-336; Ölmez, s. 92.

¹⁴²⁶ Brkan (2018), s. 341.

¹⁴²⁷ Bu hüküm, 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici Maddeler Eklenmesi Hakkında Anayasa Değişikliği Kanunu ile “*Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz*” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

¹⁴²⁸ Sağlam (1982), s. 145. Benzer yönde bkz. Özdemir, Yücel, “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Öze Dokunma Yasağı*”, **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, Y. 2017, s. 90-91.

1982 Anayasası'nın ilk halinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanma rejiminin düzenlendiği 13'üncü maddede, öz güvencesi yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütüne yer verilmiştir. Ancak -açık bir pozitif dayanağı bulunmamasına rağmen-¹⁴²⁹ Anayasa Mahkemesi bu dönemde de demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ilişkilendirmek sureti ile öz güvencesi ölçütünü uygulamaya devam etmiştir¹⁴³⁰. 2001 Anayasa değişiklikleri ile bu ölçüt Anayasa'nın 13'üncü maddesine eklenmiştir: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın... sınırlanabilir*”.

Anayasa koyucu, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmasını yasaklamış olmakla birlikte, “*hakkın özü*” kavramının anlamına dair bir herhangi bir açıklama getirmemiştir. Öğretide bu kavramın tanımına yer veren bazı yazarlar bulunmaktadır. Soysal'a göre hakkın özü, “*kişiye, dokunulmaz, asgarî bir alan güvencesi veren, artık daha fazla sınırlama yapılmasını olanaksız kılan bölümdür, mutlak çekirdektir*”¹⁴³¹. Özbudun hakkın özünü, “*onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak aslî çekirdeği*” şeklinde

¹⁴²⁹ Öğretide, öze dokunma yasağının temel hak ve hürriyetlerin anayasal güvence altında olmasının zorunlu bir sonucu olduğu ve Anayasa'da açıkça yer almasa bile bu yasağın kanun koyucuyu bağladığı ileri sürülmektedir. Gerçekten de temel hak ve hürriyetlerin anayasal statü taşıması, onlara getirilebilecek sınırlamalar için doğal bir sınır çizmektedir. Bu sınır, Anayasa'nın kanunlar karşısındaki üstünlüğünün bir sonucudur. Olağan kanunlar ile bir temel hak ve hürriyetin sağladığı güvencenin bütün olarak ortadan kaldırılabilmesi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmaz. Diğer bir ifade ile Anayasa koyucunun hem bir temel hak ve hürriyeti güvence altına alıp hem de o hürriyetin kanun koyucu tarafından tahrip edilmesine veya ortadan kaldırılmasına izin vermiş olduğu düşünülemez. Bu nedenle, Anayasa'da öz güvencesine yer verilmiş olması, kurucu değil açıklayıcı nitelik taşımaktadır. Bu yönde bkz. Sabuncu, M. Yavuz, “*Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine*”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 7-8, Y. 1985/1986, s. 22-23; Uygun (1992), s. 187; Sabuncu (2012), s. 64; Özdemir (2017), s. 83; Atar, s. 147-148; Tridimas/Gentile, s. 797. Aksi yönde görüş için bkz. Sağlam (1982), s. 142. İtalya, Avusturya, Hindistan, Güney Afrika Cumhuriyeti başta olmak üzere birçok ülkede -açık anayasal dayanağı bulunmamasına rağmen- yüksek mahkemeler öz güvencesi ölçütünü uygulamaktadır (Brkan (2018), s. 342-343; Tridimas/Gentile, s. 797-799). Kanada Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında adını koymaksızın öz güvencesini uyguladığı yönünde bkz. Uygun, Oktay, “*Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi*”, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 328-330.

¹⁴³⁰ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1997/59, K. 1998/71, K.T. 18.11.1988, S. 35, C. 1, s. 309: “*Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz*”.

¹⁴³¹ Soysal (1997), s. 132.

tanımlamaktadır¹⁴³². Brkan’a göre öz kavramı, “*temel hak ve hürriyetlerin sınırlanamayan, müdahale edilemeyen, eksiltilemeyen, dokunulması yasak çekirdeği yahut iç çemberidir*”¹⁴³³.

Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun ne tür müdahaleleri ile öz güvencesinin ihlal edilmiş sayılacağını ilk kez E. 1962/208, K. 1963/1 sayılı kararında¹⁴³⁴ açıklamış olup güncel kararlarında da genellikle söz konusu kararda yer alan açıklamalarını tekrar etmektedir. Mahkeme’nin öz güvencesine ilişkin olarak kullandığı standart formül şu şekildedir¹⁴³⁵:

“Dokunulamayacak öz her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir”.

Bu tanımda, temel hak ve hürriyetlerin her birinin farklı bir öze sahip olduğuna vurgu yapılmaktadır¹⁴³⁶. Esasında farklı yaşam kesitini düzenleyen, farklı norm alanı bulunan her bir temel hak ve hürriyetin kendisine has ayrı bir öze sahip olması doğaldır. Buna ek olarak, belirli bir hak veya hürriyetin özünün nerede başladığını önceden, soyut biçimde tespit etme olanağı da yoktur. Her bir temel hak ve hürriyetin gerçek özü, ancak tatbiki neticesinde ortaya çıkarılabilir¹⁴³⁷. Belirli bir temel hak ve hürriyetin özünü hangi unsurların oluşturduğu, bu öze dokunulması ile

¹⁴³² Özbudun (2018), s. 115. Anayasa Mahkemesi de güncel bazı kararlarında bu tanıımı kullanmaktadır. Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/78, K. 2022/114, K.T. 13.10.2022, § 219.

¹⁴³³ Brkan (2018), s. 333.

¹⁴³⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1962/208, K. 1963/1, K.T. 04.01.1963, S. 1, s. 74.

¹⁴³⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/50, K. 2019/96, K.T. 15.12.2019, S. 57, C. 1, s. 214. Mahkeme bazı kararlarında ise şu tanıımı kullanmaktadır: “*Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar hakkın özüne dokunur*”. Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/9, K. 2018/84, K.T. 11.07.2018, S. 55, C. 3, s. 2091.

¹⁴³⁶ Aynı yönde bkz. Örucü, Esin, “*1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özünü*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 3-4, Y. 1975, s. 148; Sağlam (1982), s. 170; Gören (2000-a), s. 106.

¹⁴³⁷ Brkan (2018), s. 350. Benzer yönde bkz. Soysal (2011), s. 269.

görünür hale gelir¹⁴³⁸. Öze dokunan müdahale biçimlerini önceden tek tek sayma olanağı yoktur. Kanun koyucunun getirmiş olduğu bir sınırlamanın öz güvencesini ihlal edip etmediği, somut müdahalenin özellikleri çerçevesinde Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenecektir¹⁴³⁹.

2) Öz Güvencesinin Koruduğu Nesne: Objektif Teori-Sübjektif Teori

Alman Anayasa Hukuku öğretisinde, öz güvencesinin objektif temel hak normunun özünü mü yoksa bu normun kişiye sağladığı sübjektif kamu hakkının özünü mü koruduğu tartışma konusudur¹⁴⁴⁰. Bu konuda, “objektif teori” ve “sübjektif teori” olmak üzere iki görüş öne sürülmüştür.

Objektif teoriye göre; öz güvencesi, yalnızca objektif temel hak normunu korumaktadır¹⁴⁴¹. Bu teori, öz güvencesini topluma bahşedilen garantide aramaktadır¹⁴⁴². Bu bakımdan kanun koyucunun müdahalesi ile öz güvencesinin ihlal edilip edilmediği sorusuna, sınırlamadan sonra söz konusu hak veya hürriyetin toplumsal yaşam içinde önemini koruyup korumadığına bakılarak cevap verilmektedir¹⁴⁴³. Temel hak veya hürriyet, sınırlamadan sonra da toplumsal açısından bir değere sahip olmaya devam ediyorsa hakkın özü ihlal edilmemiş demektir. Diğer bir ifade ile ilgili hak veya hürriyetin -bir veya birkaç birey açısından değil- ancak toplumun bütünü veya büyük çoğunluğu açısından anlamını yitirmesi durumunda öz güvencesi ihlal edilmiş sayılmaktadır¹⁴⁴⁴. Bir temel hak veya

¹⁴³⁸ Brkan (2018), s. 350.

¹⁴³⁹ Temsilciler Meclisi görüşmelerinde, bir üyenin, hakkın özünün tanımlanmasını talep etmesi üzerine Komisyon Başkanı Muammer Aksoy tarafından yapılan açıklamalar da benzer doğrultudadır: “Bu öz, her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün, belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkârı umumiye yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa mahkemesi de, buna şekil verir. Bir hürriyetin özünün ne olduğunu, demokratik hukuk devletinin hukukçuları, o devletin hâkimleri elbette fark eder” (**Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 42. Birleşim, 11.04.1961, s. 52).

¹⁴⁴⁰ Sağlam (1982), s. 146.

¹⁴⁴¹ Sağlam (1982), s. 146.

¹⁴⁴² Gören (2000-a), s. 108. Gören (2007), s. 53.

¹⁴⁴³ Sağlam (1982), s. 147.

¹⁴⁴⁴ Van der Schyff, Gerhard, “Cutting to The Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective”, **Conflicts Between Fundamental Rights**, (Editör Eva Brems), Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, s. 133. Benzer yönde bkz. Sağlam (1982), s. 146-148; Alexy (2010), s. 193; Brkan (2018), s. 350-351.

hürriyetin özüne dokunulduğundan söz edilebilmesi için Anayasa ile düzenlenmiş ve topluma verilmiş olan güvencenin kaldırılmış olması gerekir¹⁴⁴⁵. Somut bir olayda, bir veya birkaç kişinin herhangi bir temel hak veya hürriyetinin ciddi şekilde sınırlandırılması ve hatta ortadan kaldırılmış olması -söz konusu hak veya hürriyetin toplumsal yönden işlevini sürdürmeye devam etmesi kaydı ile- objektif teoriye göre öz güvencesini ihlal etmez¹⁴⁴⁶.

Sübjektif teoride öz güvencesi, temel hak veya hürriyetin toplumsal işlevinden bağımsız olarak, hak öznelere bireysel konumları doğrultusunda ele alınmaktadır. Kamu organlarının gerçekleştirdiği müdahale ile kişinin ilgili hak veya hürriyetten yararlanma olanağının aşırı düzeyde güçleştirilmesi veya bütün olarak ortadan kaldırılması durumunda, öz güvencesi ihlal edilmiş olmaktadır. Örneğin bir kişinin, haklı bir gerekçe olmaksızın sokak ortasında polis tarafından öldürülmesi, o kişinin yaşam hakkının özünü zedeler¹⁴⁴⁷. Bu örnekte, anayasal yaşam hakkı güvencesinin toplumun diğer bireyleri yönünden işlevini korumaya devam etmesi, sübjektif teoriye göre önem arz etmemektedir.

Objektif teoriyi benimseyen yazarlar, bu teori kabul edilmediği takdirde demokratik rejimlerde başvurulacak birçok sınırlandırıcı önlemin Anayasa'ya aykırılığına hükmedilmesi gerekeceğini ileri sürmektedir. Öz güvencesinin her bir temel hak öznesinin sübjektif hakkını koruması durumunda, ömür boyu hapis ve ölüm cezalarını bu güvence ile bağdaştırma olanağı olmayacağı ifade edilmektedir. Benzer şekilde, mektupların açılması, telefonların dinlenmesi, toplantıların yasaklanması gibi tedbirlerin de ilgili temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunan müdahaleler olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁴⁸. Zira bu tedbirlere başvurulduğunda, ilgili

¹⁴⁴⁵ Gören (2000-a), s. 107; Gören (2007), s. 52-53.

¹⁴⁴⁶ Van der Schyff, s. 133.

¹⁴⁴⁷ Brkan (2018), s. 356.

¹⁴⁴⁸ Bu görüş hakkında bilgi için bkz. Sağlam (1982), s. 147-148. Gözler'e göre; haberleşmenin gizliliği, yaşama hakkı gibi bazı temel hak ve hürriyetler, yapıları gereği derecelendirmeye elverişli değildir. Bu hak ve hürriyetler ya vardır ya da yoktur. Kişinin mektuplarının açılması veya telefonlarının dinlenmesi, haberleşmenin gizliliği hakkını sınırlandırmamakta; bu hakkı tümü ile ortadan kaldırmaktadır. Aynı şekilde ölüm cezasının infazı ile yaşama hakkı bütün olarak ortadan kaldırılmakta; geriye dokunulmamış bir öz kalmamaktadır (Gözler (2017), s. 397.

temel hak veya hürriyet bütünü ile ortadan kalkmakta; söz konusu hak veya hürriyetten geriye dokunulmamış bir “öz” kalmamaktadır¹⁴⁴⁹.

Öz güvencesi ile bağlantılı sorunların objektif teori ile daha kolay çözüme kavuşturulabileceği görüşü, sübjektif teorinin reddedilmesi için yeterli bir gerekçe olmaktan uzaktır¹⁴⁵⁰. Anayasal statü taşıyan öz güvencesinin anlamı ve fonksiyonu, alelade kanunlar veri kabul edilerek ortaya çıkarılamaz. Anayasa’da ölüm cezası ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen kanun ile belli suçların karşılığı olarak bu cezanın getirildiğini varsayalım. Bu ihtimalde, ölüm cezasının yaşama hakkının özünü zedelediği kabul ediliyorsa, yapılması gereken bu cezayı öngören kanun hükmünün iptal edilmesinden ibarettir. Öz güvencesinin, bu cezanın geçerliliğini sürdürmesine olanak tanıyacak şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürmek, Anayasa’nın kanunlara göre yorumlanması anlamı gelir ki bu yöntemi Anayasa’nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir¹⁴⁵¹.

Buna ek olarak, sübjektif teorinin elverişsizliğini ispatlamak için örnek gösterilen bazı müdahale biçimlerinin gerçek anlamda öz güvencesini ihlal ettikleri de şüphelidir. Örneğin kanunda öngörülen şartlara uygun olarak, hâkim tarafından verilen haberleşmeye müdahale kararları (mektupların açılması, telefonların dinlenmesi gibi) ile haberleşme hürriyetinin özüne dokunulmuş olmaz¹⁴⁵². Anayasa’nın 22’inci maddesi, belli sebeplere dayalı olarak hâkim kararı ile haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesine izin vermektedir. Bizzat Anayasa tarafından izin verilen bir müdahale biçimi ile öz güvencesinin ihlal edilmiş olduğu doğal olarak ileri sürülemeyecektir. Buna karşın, hâkim kararı olmaksızın bu tedbirlere başvurulmasına imkân tanınması durumunda, öz güvencesinin ihlali ihtimali gündeme gelebilecektir¹⁴⁵³.

¹⁴⁴⁹ Gözler (2017), s. 397-398. Gözler; bu ifadeleri objektif teoriyi benimsediği için değil öz güvencesi ölçütünün temel hak ve hürriyetlere aşırı ve mutlak bir koruma sağlanmasına yol açtığını göstermek amacı ile kullanmaktadır.

¹⁴⁵⁰ Alexy (2010), s. 193.

¹⁴⁵¹ Sağlam, Anayasa’nın kanunlara göre yorumlanmasını “*mevzuata uygun Anayasa anlayışı*” olarak adlandırmakta ve bu yöntemi eleştirmektedir. Bkz. Sağlam (1982), s. 149-150.

¹⁴⁵² Sağlam (1982), s. 151. Aksi yönde görüş için bkz. Gözler (2017), s. 397-398.

¹⁴⁵³ Sağlam (1982), s. 151.

Kanaatimizce; temel hak ve hürriyetlerin öncelikle bireye devlet karşısında dokunulmaz bir özgürlük alanı yaratan subjektif kamu hakları oldukları göz önüne alındığında, öz güvencesinin rolünü objektif temel hak normunun korunması ile sınırlayan objektif teorinin reddedilmesi gerekir¹⁴⁵⁴. Öz güvencesini, temel hak veya hürriyete getirilen sınırlamanın toplumun geneline olan etkisini ölçü alarak yorumlayan objektif teori, esasında bu ölçütü işlevsiz hale getirmektedir. Zira bir temel hak veya hürriyet, bütün olarak hukuk düzeninden kaldırılmadığı veya askıya alınmadığı sürece, her zaman toplumun bir bölümü açısından anlam ifade etmeye devam edecektir¹⁴⁵⁵. Ancak temel hak ve hürriyetlerin öznelere, toplum veya toplumun geneli değil ayrı ayrı bireylerdir. Bireyin kendi temel hak veya hürriyetinden yararlanamadığı bir durumda, diğer bireylerin yahut toplumun genelinin aynı hak veya hürriyetten yararlanmaya devam ediyor olması, söz konusu birey açısından herhangi bir anlam ifade etmeyecektir¹⁴⁵⁶. Sağlam'ın da ifade ettiği üzere, subjektif haktan koparılmış temel hak normu, bir siyasal programın ifadesi olmaktan öteye geçemeyecektir¹⁴⁵⁷. Bu nedenle, öz güvencesini temel hak öznelere bireysel konumları doğrultusunda ele alan subjektif teoriye üstünlük tanınması gerekir¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁴ Benzer yönde bkz. Alexy (2010), s. 193; van der Schyff, s. 133-135.

¹⁴⁵⁵ Van der Schyff, s. 133.

¹⁴⁵⁶ Gören (2000-a), s. 108; Gören (2007), s. 53.

¹⁴⁵⁷ Sağlam (1982), s. 148.

¹⁴⁵⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi de öz güvencesini subjektif teori doğrultusunda yorumlamaktadır: “Yasalar, insanın düşünsel (geistig), siyasal ve ekonomik özgürlüğünü, öze dokunacak ölçüde sınırlayamazlar. Bu nedenle her yurttaş için özel yaşamını biçimlendirecek bir alan Anayasa gereğince saklı tutulmuştur. Şu halde insan özgürlüğünün son bir dokunulmaz alanı vardır ki, bu alan kamu gücünün her türlü müdahalesinden masumdur” (BVerfGE, 6, 41'den aktaran ve çeviren Sağlam (1982), s. 147). Bu yönde ayrıca bkz. Alexy (2010), s. 193. Türk Anayasa Mahkemesi'nin de subjektif teoriyi benimsediğini söylemek mümkündür: “Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır” (Anayasa Mahkemesi, E. 2018/78, K. 2022/114, K.T. 13.10.2022, § 219). Aktarılan kararlarda geçen “yurttaş” ve “kişi” ibareleri, öz güvencesinin topluma değil münferit temel hak öznelere yönelik olduğuna işaret etmektedir. Krş. Sağlam (1982), s. 147.

3) Öz Güvencesi Bağımsız Bir Ölçüt Müdür? Nispi Öz Teorisi-Mutlak Öz Teorisi

Öze dokunma yasağının sağladığı güvencenin niteliği hususunda öğretilerde “*nispi öz teorisi*” ve “*mutlak öz teorisi*” olmak üzere iki temel görüş bulunmaktadır. Nispi öz teorisine göre; her bir temel hak ve hürriyetin ayrı bir öze sahip olmasının yanı sıra, bu özün de her bir münferit olay için ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir. Bir müdahalenin temel hak veya hürriyetin özüne dokunup dokunmadığı, münferit olaya dâhil olan kamusal veya özel değer ve menfaatlerin tartılması ve ölçülmesi sureti ile belirlenecektir. Somut olayda, müdahale edilen temel hak veya hürriyetin, tartıma tabi tutulan diğer değer veya menfaatler karşısında geri çekilmesinin haklılaştırılabilmesi durumunda, öz güvencesinin ihlal edilmediği kabul edilmektedir¹⁴⁵⁹. Nispi teori uyarınca, bir temel hak veya hürriyetin özü, uygulanan dengeleme testi neticesinde söz konusu hak veya hürriyetten geriye kalan kısımdan ibarettir. Ölçülülük ilkesine uygun olan sınırlamalar -somut olayda temel hak veya hürriyetten geriye hiçbir şey kalmamış olsa bile- öz güvencesini ihlal etmiş sayılmaz¹⁴⁶⁰.

Görüldüğü üzere, nispi teoride öz güvencesi, ölçülülük ilkesine indirgenmiş durumdadır¹⁴⁶¹. Bir temel hak veya hürriyete ölçülülük ilkesine uygun olarak getirilen her türlü sınırlamanın aynı zamanda öz güvencesine de uygun olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre; öz güvencesi yalnızca izharî bir etkiye sahip olup Anayasa’da ölçülülük ilkesinin yanında öz güvencesine de yer verilmiş olmasının doğuracağı herhangi bir ilave sonuç bulunmamaktadır.

Mutlak teoride ise öz güvencesi, ölçülülük ilkesinden bağımsız bir ölçüt olarak ele alınmaktadır. Bu teoriye göre; temel hak normu, kapsamına aldığı yaşam kesitinin bütününe eşit düzeyde koruma sağlamaz. Her bir temel hak ve hürriyetin güvence alanı, onun varlık nedenini oluşturan bir “*çekirdek*” veya “*öz*” ile daha az

¹⁴⁵⁹ Gören (2000-a), s. 107; Gören (2007), s. 52.

¹⁴⁶⁰ Alexy (2010), s. 193. Alman Federal Temyiz Mahkemesi’nin bu yöndeki yaklaşımı hakkında bkz. Sağlam (1982), s. 161-162.

¹⁴⁶¹ Alexy (2010), s. 193. Benzer yönde bkz. Gören (2000-a), s. 107; Gören (2007), s. 52; Brkan (2018), s. 336; Brkan (2019), s. 867; Tridimas/Gentile, s. 803.

korunan unsurları içeren bir “çevre”den oluşmaktadır¹⁴⁶². Hakkın özü ile kendisini içiçe geçmiş iki daireye benzetmek mümkündür. Bu durumda, iç daire hakkın özünü, iki daire arasında kalan alan ise çevreyi temsil etmektedir¹⁴⁶³. Kanun koyucu, çevreyi oluşturan alana ölçülülük ilkesine riayet etmek sureti ile müdahalede bulunma yetkisine sahiptir. Ancak hakkın özünü temsil eden iç dairesi, her türlü müdahaleden masumdur. Bu alan, mutlak olarak korunmakta olup bu alana dokunan müdahalelerin hiçbir yasal gerekçe ile haklılaştırılması mümkün değildir. Ölçülülük ilkesi ve çatışan menfaatlerin dengelenmesi de hakkın özüne dokunan müdahalelerin gerekçesi olamaz¹⁴⁶⁴. Ölçülülük ve dengeleme, hakkın özünün sona erdiği alanda devreye girer. Bu bağlamda öze dokunma yasağı, temel hak güvencesi bakımından “son savunma kalesi” işlevi görmektedir¹⁴⁶⁵.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, öz güvencesini ölçülülük ilkesinden bağımsız bir ölçüt olarak ele almaktadır. Nispi teori kapsamında değerlendirilebilecek istisnai nitelikte bazı kararları bulunmasına rağmen Mahkeme’nin öze dokunma yasağına ilişkin kararlarının genel istikameti mutlak teoriyi destekleyici yöndedir. Mahkeme; çeşitli kararlarında, öz kavramını “mutlak sınır” ve “dokunulamaz nihai alan” şeklinde nitelendirmiştir¹⁴⁶⁶. Özel hayatın gizliliğine ilişkin verdiği bir kararda da “son derece önemli kamusal değerlerin bile öze dokunan bir sınırlamayı haklı çıkarmak için yeterli olmayacağını ve bir hakkın özü söz konusu olduğunda ölçülülük ilkesi ve dengelemenin devre dışı kalacağını” ifade etmiştir¹⁴⁶⁷.

Öz güvencesine dair yaptığı tanımlamalar göz önüne alındığında, Türk Anayasa Mahkemesi’nin de mutlak öz teorisine üstünlük tanıdığını söylemek mümkündür. Mahkeme’ye göre; “demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne

¹⁴⁶² Sağlam (1982), s. 155-156. Benzer yönde bkz. Brkan (2018), s. 336.

¹⁴⁶³ Sağlam (1982), s. 3.

¹⁴⁶⁴ Bu yönde bkz. Van der Schyff, s. 133-134; Brkan (2018), s. 336; Brkan (2019), s. 866-867; Tridimas/Gentile, s. 803; Erdoğan (2019), s. 355.

¹⁴⁶⁵ Sağlam (1982), s. 4. Benzer yönde bkz. Brkan (2018), s. 368.

¹⁴⁶⁶ Alexy (2010), s. 193-194.

¹⁴⁶⁷ BVerfGE 34, 238’dan aktaran Alexy (2010), s. 194. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin öz güvencesine yaklaşımı hakkında ayrıca bkz. Sağlam (1982), s. 164-165.

olursa olsun kısıtlamaların bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir”¹⁴⁶⁸. Mahkeme’nin birçok kararında tekrar ettiği bu formülde geçen “güdülen amaç ne olursa olsun” ibaresi, öze dokunan sınırlamaların ölçülülük ilkesine riayet edilmiş olması ile meşrulaştırılamayacağını göstermektedir. Keza bazı kararlarda kullanılan¹⁴⁶⁹ her bir temel hak ve hürriyetin kişiye “dokunulmaz asgari bir alan güvencesi” sağladığı yönündeki ifadeler de mutlak öz teorisini destekleyici nitelik taşımaktadır.

Öte yandan ölçülülük ilkesi ile öz güvencesinin ilişkilendirildiği bazı Anayasa Mahkemesi kararları da bulunmaktadır. Mahkeme, özellikle son dönemde verdiği birçok kararında bu hususa ilişkin şu açıklamalara yer vermektedir¹⁴⁷⁰:

“Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır”.

Anayasa Mahkemesi’nin, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamaların ölçülülük ilkesine evleviyetle aykırı olacağı yönündeki tespiti öğretide kabul görmüşse de¹⁴⁷¹ kanaatimizce hatalıdır. Bize göre; ölçülülük ilkesi ve öz güvencesi farklı işlevleri olan bağımsız iki ölçüt durumundadır. Araç ve amaç gibi

¹⁴⁶⁸ Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/108, K. 2019/5, K.T. 13.02.2019, S. 56, C. 1, s. 330.

¹⁴⁶⁹ Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2017/178, K. 2018/82, K.T. 11.07.2018, S. 55, C. 3, s. 2051.

¹⁴⁷⁰ Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/69, K. 2018/47, K.T. 31.05.2018, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 1161.

¹⁴⁷¹ İncoğlu (2013), s. 44; Metin (2017), s. 35.

değişken birimlerin ilişkisi üzerine kurulu olan ölçülülük ilkesi, niteliği gereği nispi bir ölçüte sahiptir¹⁴⁷². Ulaşılmak istenen amacın yüksek önemi, ölçülülük denetimi bakımından çok kısıtlayıcı bir önlemi bile haklı gösterebilecektir. Öz güvencesi ise en uygun araçlar kullanılarak, en yararlı amaçların gerçekleştirilmesi gerekçesi ile dahi temel hak veya hürriyetin çekirdeğine dokunulmasını yasaklayan mutlak bir kuraldır¹⁴⁷³. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi, yalnızca hakkın dokunulamaz çekirdeğinin dışında kalan ve çevreyi oluşturan alanda kullanılmaya elverişli bir denetim ölçütü niteliğindedir.

Öz güvencesinin bağımsız bir ölçüt olduğunu Anayasa'nın sistematik yorumu ile de doğrulamak mümkündür. Anayasa'nın 15'inci maddesinde, olağanüstü hâllerde, durumun gerektirdiği ölçüde, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceği veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği öngörülmüştür. Bu maddenin olağanüstü hâllerde yer, süre ve sebep unsurlarına uygun olmak şartı ile hakkın özüne dokunan müdahalelere izin verdiği açıktır. Öte yandan olağanüstü hâllerde dahi temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken veya durdurulurken ölçülülük ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile olağanüstü hâllerde, ölçülülük ilkesine riayet edilmesi şartı ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren veya onları kullanılamaz hâle getiren tedbirlere başvurulması mümkündür. Temel hak veya hürriyetin özüne dokunan her türlü müdahale aynı zamanda ölçülülük ilkesini de ihlal etmiş olsa idi Anayasa'nın 15'inci maddesinde ölçülülük ilkesine yer verilmesini anlamlandırmak mümkün olmazdı.

Kanaatimizce; Anayasa Mahkemesi'nin, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunan müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek bulunmadığı yönündeki tespiti yerindedir. Ancak Mahkeme, bu tespiti yanlış bir argümana başvurarak gerekçelendirmiştir. Öz güvencesini ihlal eden müdahalelerin diğer ölçütler yönünden incelenmesine gerek bulunmamasının sebebi, söz konusu müdahalelerin ölçülülük ilkesi ve

¹⁴⁷² Sağlam (1982), s. 161.

¹⁴⁷³ Sağlam (1982), s. 162.

demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütlerini evleviyetle ihlal etmiş olması değil Anayasa'nın 13'üncü maddesinde öngörülen şartların kümülatif nitelikte şartlar olmasıdır. Kanun koyucunun gerçekleştirdiği müdahale ile öz güvencesinin ihlal edilmiş olduğunun tespiti, bu müdahalenin Anayasa'ya aykırılığına hükmedilebilmesi için tek başına yeterlidir. Usul ekonomisi gereğince¹⁴⁷⁴, öz güvencesini ihlal eden bir müdahalenin ayrıca ölçülülük ilkesi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütleri yönünden denetlenmesine ihtiyaç yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesi ile öz güvencesini bu şekilde birbiri ile ilişkilendirmiş olması teorik açıdan eleştiriye açıktır. Ancak yukarıda aktarılan açıklamalar, Mahkeme'nin nispi öz teorisini benimsemiş olduğunun kanıtı olarak değerlendirilemez. Zira Mahkeme, bu açıklamaları ile temel hak ve hürriyetlerin değişken bir öze sahip olduğunu ve bu özün somut olayın özellikleri çerçevesinde ölçülülük ilkesi vasıtası ile tespit edileceğini kabul etmiş değildir. Bu açıklamadan anlaşıldığı kadarı ile Mahkeme, öz güvencesini ayrı bir ölçüt olarak ele almakta ve fakat öz denetimini ölçülülük denetiminden önce gerçekleştirmektedir. Bu yaklaşım, yönetsel açıdan sorunlu olsa da¹⁴⁷⁵ nispi öz teorisinin benimsenmiş olduğunun göstergesi sayılamaz. Zaten Mahkeme, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkelerine aykırı olacağını kabul etse de öze dokunmayan sınırlamaların mutlak surette bu ölçütlere uygun olacağını ifade etmemiştir.

¹⁴⁷⁴ Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu duruma işaret etmiştir: “Bir kuralın, Anayasa'nın bir hükmüne aykırı bulunması, onun iptali için yeterlidir ve söz konusu hükmün Anayasa'nın başka maddelerine aykırı olabileceği durumlarda o madde veya hükümlerin hepsi açısından inceleme yapıp sonuca varılmasını zorunlu kılan bir hukuk kuralı olmadığı gibi, burada söz konusu Anayasa hükmü açısından tartışma yapıp sonuca varılmasını gerektiren bir hukukî yarar görülmemiştir” (Anayasa Mahkemesi, E. 1967/47, K. 1969/9, K.T. 30.01.1969, S. 7, s. 228).

¹⁴⁷⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaları denetlerken öz güvencesini en son aşamada kullanmaktadır. Mahkeme; özden önceki alanda sıkı bir ölçülülük denetimi gerçekleştirdiği için çoğu kez öze dokunma yasağı yönünden ayrıntılı bir denetim gerçekleştirmesine ihtiyaç kalmamaktadır. Bu nedenle, Mahkeme'nin öz güvencesine aykırı bularak bir kanun hükmünün iptaline hükmettiği karar sayısı oldukça azdır. Mahkeme'nin benimsediği bu yöntem, bir “savunma stratejisi” olarak kabul edilmektedir. Krüger'in ifadesi ile Mahkeme, temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından son savunma hattına kadar beklemeksizin düşmanı ilk hatta durdurmaya çalışmaktadır (Sağlam (1982), s. 144-145). Gözler de öz kavramının objektif olarak tanımlanması zor bir kavram olduğunu ifade etmekte ve Anayasa Mahkemesi'nin öz güvencesini son denetim ölçütü olarak kullanmasını önermektedir (Gözler (2017), s. 399).

4) Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme Hürriyetine İlişkin Kararlarında Öz Güvencesi

1961 Anayasası'nın öngördüğü sistemde öz güvencesi, temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren kurallar yönünden temel denetim ölçütü işlevi görmektedir. Anayasa Mahkemesi de bu dönem kararlarında öz güvencesine oldukça sık şekilde başvurmuştur. Ancak sözleşme hürriyetine müdahale eden kuralların öz güvencesi yönünden denetlendiği karar sayısı bu dönemde nispeten azdır ve sözleşme hürriyetinin özüne dokunulduğu gerekçesi ile verilen herhangi bir iptal kararı da bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetinin özüne dokunulup dokunulmadığı hususunu ilk kez 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un kiracıları korumayı amaçlayan çeşitli hükümleri aleyhine açılan iptal davasında incelemiştir. Dava konusu kurallar ile Kanun'da öngörülen sebepler haricinde sözleşme ile yeni bir tahliye sebebi kararlaştırılması engellenmiş; kira sözleşmelerinde kiracı aleyhine değişiklik yapılması yasaklanmış ve kiracının sözleşme süresinin sona ermesinden önce taşınmazı tahliye edeceğini yazılı olarak bildirmediği durumlarda sözleşmenin aynı şartlar ile bir yıl uzatılmış sayılacağı öngörülmüştür. Mahkeme, aşağıda aktarılan gerekçe ile getirilen sınırlamaların sözleşme hürriyetinin özüne dokunmadığına hükmetmiştir¹⁴⁷⁶:

“Gayrimenkul kiralarının kamu yararına olarak kanunla sınırlandırılması gerekli görülünce, bu ereğe yalnızca kira tesbiti düzeninin hükme bağlanması yoluyla varılamıyacağında şüphe yoktur. Kiralayanın elinde kiralanan yeri boşalttırmak için çeşitli vesile ve imkânlar bulunması halinde bu hükümler ya hiç işlemez ya da çok güç işler duruma düşer. İnceleme konusu üç madde işte bu türlü sakıncaları ortadan kaldırmak üzere konulmuş, "Sınırlanmış kira" prensibinin uygulanmasını kolaylaştıran tamamlayıcı hükümlerdir. Gerçi 6570 sayılı kanun, böylece sözleşme hürriyetini kısmaktadır. Ancak böyle bir

¹⁴⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1963/127, K. 1965/47, K.T. 14.09.1965, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 3, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1971, s. 208-209.

kısıntının sözleşme hürriyetinin özüne dokunduğu kabul edilemez. Çünkü sözleşme hürriyeti kira sözleşmelerinin dar çevresini aşan çok geniş bir alanı kapsar. Öte yandan kiralayana gerek Borçlar Kanununun saklı hükümleriyle gerekse 6570 sayılı Kanunla (Söz gelimi: 7 nci madde) birçok haklar tanınmıştır. Şu duruma göre inceleme konusu hükümlerin Anayasa'ya aykırı bulunduğu iddiası kabule değer değildir. Dâvanın bu hükümlere yönelen bölümünün reddi gerekir”.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı sonuç yerinde olmakla birlikte sunmuş olduğu gerekçe eleştiriye açıktır. Görüldüğü üzere, getirilen sınırlamanın sözleşme hürriyetinin özüne dokunmadığı “sözleşme hürriyeti kira sözleşmelerinin dar çevresini aşan çok geniş bir alanı kapsar” ifadesi ile gerekçelendirilmiştir. Bu ifadeden anlaşıldığı kadarı ile Mahkeme, dava konusu kurallar ile sadece kira sözleşmelerine müdahale edilmiş olduğu; kişilerin diğer sözleşme türlerine taraf olma olanakları ortadan kaldırılmadığı için sözleşme hürriyetinin özüne dokunulmadığına hükmetmiştir. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde, kişilerin başka sözleşme türlerine taraf olma olanağı devam ettiği sürece herhangi bir sözleşme türüne yönelik en ağır müdahaleler bile sözleşme hürriyetinin özüne dokunmuş sayılmayacaktır. Borçlar hukukuna hakîm olan tip serbestisi ilkesi de hesaba katıldığında, sözleşme hürriyetinin özüne dokunulması ancak kişinin fiil ehliyetinin sınırlanması veya ortadan kaldırılması gibi durumlarda gündeme gelebilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kararında vurguladığı üzere, bir temel hak veya hürriyetin özüne dokunulması sadece açıkça yasaklanması veya ortadan kaldırılması durumlarında söz konusu olmaz. Temel hak veya hürriyetin kullanımını son derece güçleştiren ve amacına ulaşmasını önleyici nitelik taşıyan müdahaleler de öz güvencesini ihlal eder¹⁴⁷⁷. Bu çerçevede -şiddetine ve yoğunluğuna bağlı olarak- tek bir sözleşme türüne yönelik gerçekleştirilen bir müdahale ile dahi sözleşme hürriyetinin özüne dokunulmuş olması ihtimal dâhilindedir. Sözleşme hürriyetinin

¹⁴⁷⁷ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1962/208, K. 1963/1, K.T. 04.01.1963, S. 1, s. 74.

özü, her bir sözleşme türü için ayrı ayrı belirlenmesi gereken bir alanı ifade etmektedir¹⁴⁷⁸.

Kanaatimizce -malikin kiracıyı serbestçe seçebilmesi ve kira parasını belirleyebilmesi olanaklarının ortadan kaldırılmadığı da göz önüne alındığında- dava konusu kuralların sözleşme hürriyetinin özüne dokunmadığı tespiti yerindedir. Ancak bu sonuca, malikin başka sözleşmelere taraf olma olanağının devam ettiği gerekçesinden hareketle ulaşılması isabetli olmamıştır. Kira sözleşmesi bir taşınmazın verimlendirilmesinin en temel aracıdır¹⁴⁷⁹. Malikin kira sözleşmesinin alternatifi sayılamayacak başka birtakım sözleşmelere taraf olabilmesi, müdahalenin, sözleşme hürriyetinin amacına ulaşmasına engel teşkil etmediğinin göstergesi olarak kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi, E. 1966/21, K. 1968/26 sayılı kararında, taşınmaz satışının geçerliliğini sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şartına bağlayan kuralın sözleşme hürriyetinin özüne dokunup dokunmadığı hususunu değerlendirmiştir. Mahkeme, sözleşmeler için şekil şartı öngören kuralların sınırlama mahiyeti taşıdığını kabul etmekle birlikte bunun sözleşme hürriyetinin özüne dokunur nitelikte bir sınırlama olmadığını ifade etmiştir. Zira kanunda öngörülen şekil şartlarına uymak sureti ile kişilerin serbestçe sözleşme yapma olanakları devam etmektedir¹⁴⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde de sözleşme hürriyetine müdahale eden kuralları nadiren öz güvencesi yönünden denetlemiştir. 2001 Anayasa değişiklikleri ile öz güvencesinin Anayasa'nın 13'üncü maddesine eklenmesi de bu durumu değiştirmemiştir. Esasında bu durum, hem öz güvencesinin yapısının ve niteliğinin hem de temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların denetim ölçütleri arasında ölçülülük ilkesine yer verilmiş olmasının doğal bir sonucudur. Öz güvencesi niteliği gereği temel hak ve hürriyetlere ancak asgari bir alan için güvence sağlamaktadır. Müdahalenin ağırlık düzeyinin düşük olduğu bazı durumlarda, hakkın

¹⁴⁷⁸ Battal (2001), s. 59.

¹⁴⁷⁹ Battal (2001), s. 59.

¹⁴⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 1966/21, K. 1968/26, K.T. 19.06.1968, S. 7, s. 48-49.

özüne dokunulmadığı ilk bakışta anlaşılabileceğinden bu konuda ayrı bir denetim yapılması gerekmebilir. Hakkın özüne dokunacak düzeyde ağır müdahaleler ise genellikle ölçülülük denetimi aşamasında eleneceği için öz güvencesi yönünden ayrı bir denetim gerçekleştirilmesine ihtiyaç kalmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi; evli kişilerin kefil olmasını diğer eşin yazılı olarak rıza vermesi şartına bağlayan kurala ilişkin kararında, ölçülülük ve öz güvencesi denetimini birlikte gerçekleştirmiştir. Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın dar kapsamlı ve istisnâ bir alanda geçerli olduğunu, evli kişilerin kişisel borçlanma haklarını bütünü ile ortadan kaldırmadığını ifade eden Mahkeme, itiraz konusu kuralın öz güvencesini ihlal etmediğine hükmetmiştir¹⁴⁸¹.

Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetinin özüne dokunulduğu gerekçesi ile ilk ve tek iptal kararını, tüm eczacıların Türk Eczacıları Birliği tarafından kurulan yardımlaşma sandığına üye olmalarını ve üyelik ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmelerini zorunlu tutan kural hakkında vermiştir. Mahkeme öncelikle kanun ile kurulan yardımlaşma sandığının hukukî statüsünü ve sandığa üyelik işleminin hukukî niteliğini araştırmıştır. Yardımlaşma sandıkları, kişilerin kendi aralarında yardımlaşma, dayanışma ve bazı zorunlu ihtiyaçlarını uygun koşullar ile karşılamak amacı ile oluşturdukları müşterek mal topluluklarıdır. Türk Eczacıları Birliği Yardımlaşma Sandığı Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde de yardımlaşma sandığının amacı, sandık üyesi eczacıların tasarruflarını sağlamak, sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruyup geliştirici çalışmalarda bulunmak, ölüm, hastalık, muhtaçlık, afet ve benzeri hâllerde üyelerine yardımda bulunmak ve üyeleri arasında sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirmek olarak belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanun ile kurulmuş olmasına rağmen temelde özel çıkarların koruması amacı güden yardımlaşma sandığını, özel hukuk kuralına tabi bir mal topluluğu olarak kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre; sandığa üyeliğin kamusal bir yönü olmadığı gibi mesleğin icrasına yönelik herhangi bir işlevi de bulunmamaktadır. Eczacıların temel sosyal güvenlik ihtiyaçlarının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanıyor olmasını da dikkate alan Mahkeme, sandık üyeliğinin sadece bazı konularda ek

¹⁴⁸¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1943-1944.

güvence sağlayan ve temel hedefi özel çıkarları korumak olan “bir tür sözleşme” olduğuna hükmetmiştir¹⁴⁸².

Sandığa üyelik işleminin özel hukuk niteliğinin ağır bastığı tespit edildikten sonra, zorunlu üyelik şartı öngören ve bu suretle sözleşme yapma zorunluluğu getiren kuralın sözleşme hürriyetine aykırı olup olmadığı incelenmiştir. Mahkeme; özel sınırlama sebeplerine bağlılık ilkesi, ölçülülük ilkesi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütleri yönünden herhangi bir denetim gerçekleştirmeksizin doğrudan itiraz konusu kuralın sözleşme hürriyetinin özüne dokunup dokunmadığını araştırmış ve aşağıdaki gerekçe ile kuralın iptaline karar vermiştir¹⁴⁸³:

*“Özel hukuk kurallarına tabi olan yardımlaşma sandığına üyelik konusunda esas olan irade özerkliği ve bunun anayasa hukukundaki dayanağı olan sözleşme özgürlüğüdür. Özel hukuk alanı içerisinde kalan yardımlaşma sandığı üyeliğinin, kişilerin üye olup olmama iradesi ve isteği dikkate alınmaksızın zorunlu tutulması karşısında, itiraz konusu kuralın sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu ve bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiği açıktır. Zira itiraz konusu kuralla, bireylerin serbest iradeleri dışında, belli bir mal topluluğu ile hukuki ilişkiye girme/sözleşme yapma zorunluluğu öngörülerek, bu özgürlüğün negatif görünümü olan sözleşme yapmama özgürlüğü ellerinden alınmaktadır. Belirtilen niteliğiyle söz konusu düzenleme, sözleşme özgürlüğünün özüne dokunmakta ve Anayasa’da öngörülen öze dokunma yasağını ihlal etmektedir”*¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸² Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, S. 52, C. 6, s. 3875-3877.

¹⁴⁸³ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, S. 52, C. 6, s. 3877-3878. Bu karar hakkında değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Boyar (2019), s. 134-135.

¹⁴⁸⁴ Anayasa Mahkemesi, kişinin istek ve iradesi olmaksızın sözleşme yapmaya zorlanmasını sözleşme hürriyetinin özüne dokunan bir müdahale biçimi olarak kabul etmiştir. Ancak bu gerekçe geçerli kabul edildiği takdirde, Türk hukukunda sözleşme yapma zorunluluğu öngören bütün kuralların Anayasa’ya aykırı olduğunu da kabul etmek gerekecektir. Kanaatimizce sözleşme yapma serbestisi, sözleşme hürriyetinin yalnızca bir boyutunu oluşturmakta olup sözleşme yapma zorunluluğu öngörülen bütün hâllerin bu hürriyetin özüne dokunduğunun kabulüne olanak yoktur. Anayasa Mahkemesi de bu karardan yalnızca iki ay sonra verdiği bir kararda, internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunabilmelerini Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne üye olma şartına bağlayan kuralı Anayasa’ya uygun bulmuştur. Erişim Sağlayıcıları

Anayasa Mahkemesi; Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkökul öğretmenleri için İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İctimai Yardım Sandığı'na (İLKSAN) üye olma zorunluluğu öngören kuralın sözleşme hürriyetini ihlal ettiği gerekçesi ile yapılan itiraz başvurusunda farklı bir sonuca ulaşmıştır. Mahkeme, bu kararında da itiraz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluğu sorununu, yardımlaşma sandığının hukukî statüsü ve sandığa üyelik işleminin hukukî niteliği meselesine özgülemiştir. Esasında İLKSAN da Türk Eczacıları Birliği Yardımlaşma Sandığı gibi üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruma ve meslek mensupları arasında dayanışmayı teşvik etme amacı gütmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, üyelerinin kamu görevlilerinden oluşmasını ve çeşitli kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olmasını dikkate alarak İLKSAN'ın hukukî statüsünü “tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu” olarak tespit etmiş ve İLKSAN'a üyelik işleminin hukukî niteliği itibarı ile bir sözleşme olmadığına hükmetmiştir¹⁴⁸⁵:

“Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkökul öğretmenlerinin statü hukukuna tabi kamu görevlisi ve İLKSAN'ın, üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruma ve üyeleri arasında dayanışmayı teşvik etme amacıyla kurulmuş bir kamu kurumu olduğu gözetildiğinde, İLKSAN üyeliği ilişkisinin bir tür sözleşme olmayıp kamu hukuku ilke ve kurallarına tabi olduğu açıktır. Bu itibarla İLKSAN üyeliği konusunda irade serbestisinin ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün varlığından söz

Birliği, kanun ile kurulmuş olmasına rağmen özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir (5651 sayılı Kanun m. 6/A). Anayasa Mahkemesi; Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin erişimin engellenmesi kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacı ile kurulduğunu ve bu amacın ancak tüm erişim sağlayıcılarının Birliğe üyeliği sureti ile gerçekleştirilebileceğini ifade ederek dava konusu kuralın Anayasa'nın 48'inci maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 2014/87, K. 2015/112, K.T. 08.12.2015, S. 53, C. 1, s. 101-109).

¹⁴⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/192, K. 2017/160, K.T. 29.11.2017, S. 55, C. 1, s. 228-229. Bu karar hakkında değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Boyar (2019), s. 129-134. Anayasa Mahkemesi, 1987 yılında verdiği kararda İLKSAN'ın anastatüsünün Millî Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından hazırlanmasını öngören kuralı denetlemiş ve sandığın tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 1985/7, K. 1985/22, K.T. 28.11.1985, S. 21, s. 240-252). Anayasa Mahkemesi, İLKSAN'a zorunlu üyeliğin örgütlenme hürriyetini; sandık üyeliği nedeni ile üyelik aidatı kesilmesinin ise mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiası ile yapılan bireysel başvuruda da herhangi bir ihlal bulunmadığına hükmetmiştir (Anayasa Mahkemesi, Atilla Olçum Başvurusu, B.N. 2018/4441, K.T. 01.03.2023).

etmek mümkün olmadığından zorunlu üyelik esasının sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu da söylenemez”.

Anayasa Mahkemesi, yürürlüğe girdikten sonra Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve başlayan memurların görev süreleri boyunca Polis Bakım ve Yardım Sandığı’nın (POLSAN) daimî ortağı olduklarını öngören kural hakkında verdiği kararda da İLKSAN kararında sunduğu gerekçeleri tekrarlayarak üyelik işleminin sözleşme sayılamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme, sandık üyelerinin ödemekle yükümlü oldukları aidatları göz önünde bulundurarak bu kez dava konusu kuralı mülkiyet hakkı yönünden de denetlemiş; ancak kuralın öngörülebilir olduğunu ve orantısız bir yükümlülük getirmediğini belirterek iptal talebini reddetmiştir¹⁴⁸⁶.

Görüldüğü üzere, yardımlaşma sandıklarına zorunlu üyelik ile ilgili üç kararında da Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya uygunluk sorununu bu sandıkların kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadığı meselesine indirgemiş durumdadır. Kanaatimizce yardımlaşma sandıklarına zorunlu üyelik öngören kuralların salt bu sandıkların kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları gerekçe gösterilerek Anayasa’ya uygun kabul edilmesi doğru bir yaklaşım değildir. Kamu tüzel kişileri, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan ve özel hukuku aşan bazı yetki ve ayrıcalıklar ile donatılmış tüzel kişilerdir. Zorunlu üyelik de kamu tüzel kişiliği sıfatına etki eden kamu gücü ayrıcalıklarından birisidir¹⁴⁸⁷. Ancak bir kamu tüzel kişinin birtakım kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olması, ona tanınan diğer kamu gücü ayrıcalıklarının Anayasa’ya uygunluk gerekçesi olamaz. Bu çerçevede İLKSAN ve POLSAN’ın mevcutlarının ve alacaklarının devlet mallarına ait hak ve önceliklere sahip olması, üyelerinin kamu görevlisi statüsü taşıması veya

¹⁴⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/21, K. 2020/51, K.T. 24.09.2020, S. 57, C. 3, s. 1287-1291.

¹⁴⁸⁷ Gözler’e göre; kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan bir kurum veya kuruluşun kamu tüzel kişiliği sıfatını haiz olabilmesi için tek bir kamu gücü ayrıcalığına sahip olması dahi yeterlidir (Gözler, Kemal, “*Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yerar? K. Begüm İsbir’in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri*”, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı: Cilt I**, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 482-485). İlginçtir ki, Gözler tarafından önerilen ölçüt geçerli kabul edildiği takdirde, kamu tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesi ile zorunlu üyelik ayrıcalığı iptal edilen Türk Eczacıları Birliği Yardımlaşma Sandığı, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararından önce kamu tüzel kişiliğine sahipti. Anayasa Mahkemesi, kanun ile kurulan yardımlaşma sandığına tanınmış tek kamu gücü ayrıcalığı olan zorunlu üyelik hükmünü iptal etmek sureti ile sandığın kamu tüzel kişiliğine de son vermiştir.

tüzüklerinin merkezi yönetim teşkilatı içinde yer alan kurum ve kuruluşlar tarafından hazırlanması, belli kişiler için bu sandıklara üyelik zorunluluğu öngörülmesini tek başına haklılaştırmaz. Ayrıca zorunlu üyelik esası, kamu tüzel kişiliği sıfatının zorunlu bir sonucu da değildir. Diğer bir ifade ile İLK SAN ve POL SAN'a üyelik konusunda gönüllülük esasının benimsenmesi durumunda, başka kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılmış olan bu kurumların kamu tüzel kişiliği sıfatına halel gelmez.

Anayasa Mahkemesi'nin İLK SAN ve POL SAN kararlarında, dava konusu kuralların Anayasa'ya uygunluğunu söz konusu sandıklara üyelik işleminin kamu hukuku ilke ve kurallarına tabi olması ile gerekçelendirmesi de eleştiriye açıktır. Dava konusu kuralların anayasallık denetiminin konusu zaten üyelik ilişkisinin sözleşme alanından çıkarılıp kamu hukuku kurallarına tabi kılınmış olmasıdır¹⁴⁸⁸. Kanaatimizce bu denetim esnasında belirleyici olan ölçüt, sandığa üyelik zorunluluğu ile üyeler tarafından yürütülen kamu görevi arasında doğrudan bir bağlantı bulunup bulunmadığı hususudur. Karşı oy yazılarında da ifade edildiği üzere; İLK SAN ve POL SAN'ın temel amaçları, üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarını korumak ve meslek mensupları arasında dayanışmayı teşvik etmek olup bu sandıklara üyeliğin kamu görevinin icrasına yönelik bir boyutu bulunmamaktadır. Bu sandıklara -üyelik zorunluluğu dışında- üyeler üzerinde kullanabileceği herhangi bir kamu gücü ayrıcalığı da tanınmamıştır. Ayrıca üyelerin temel sosyal güvenlik ihtiyaçlarının Sosyal Güvenlik Kurumu'na üyelik yolu ile karşılandığı da hesaba katıldığında, sandık üyeliğinin temelde özel çıkarları korumayı amaçladığı ve kamu görevlilerinin özlük hakları ile doğrudan ilişkili olmadığı görülmektedir¹⁴⁸⁹. Bu nedenle -kamu tüzel kişiliği sıfatına sahip olsalar dahi- üyelerinin kişisel menfaatlerini korumayı amaçlayan söz konusu sandıklara belli kamu görevlileri için zorunlu üyelik şartı öngörülmesi sözleşme hürriyetini ihlal eder.

¹⁴⁸⁸ Benzer yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2019/21, K. 2020/51, K.T. 24.09.2020, S. 57, C. 3, Yusuf Şevki Hakyemez'in Karşı Oy Yazısı, s. 1312-1313.

¹⁴⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, E. 2019/21, K. 2020/51, K.T. 24.09.2020, S. 57, C. 3, Hasan Tahsin Gökcan'ın Karşı Oy Yazısı, s. 1300-1301; Anayasa Mahkemesi, E. 2019/21, K. 2020/51, K.T. 24.09.2020, S. 57, C. 3, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı, s. 1303-1304.

Anayasa Mahkemesi; işverenleri, Müsteşarlık tarafından uygun görülen şirketler ile emeklilik sözleşmesi yapmak sureti ile çalışanlarını OK-BES sistemine dâhil etme yükümlülüğü altına sokan kuralı da öz güvencesi yönünden denetlemiştir. Bu kural, bir yandan yalnızca “*Müsteşarlıkça uygun görülen*” şirketler ile emeklilik sözleşmesi yapabilmeleri itibarı ile işverenlerin sözleşme hürriyetini sınırlandırırken diğer yandan ise OK-BES kapsamında işverenler ile emeklilik sözleşmesi yapma imkânı ellerinden alınan Müsteşarlık onayı bulunmayan şirketlerin sözleşme hürriyetini sınırlandırmaktadır. Anayasa Mahkemesi; işverenlerin Müsteşarlık onayı şartını yerine getiren emeklilik şirketleri arasında seçim yapma olanağı bulunduğunu; Müsteşarlık onayı bulunmayan emeklilik şirketlerinin ise OK-BES sistemi haricinde dileyen herkes ile bireysel emeklilik sözleşmesi yapabilme imkânının devam ettiğini vurgulayarak sözleşme hürriyetinin özüne dokunulmadığına hükmetmiştir¹⁴⁹⁰.

G) LÂİK CUMHURİYETİN GEREKLERİNE UYGUNLUK İLKESİ

Anayasa’nın 13’üncü maddesine göre; temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz. Lâik Cumhuriyetin gerekleri ölçütü, 2001 Anayasa değişiklikleri ile anayasal sistemimize dâhil edilmiştir. Ancak hazırlık çalışmalarında¹⁴⁹¹ ve meclis görüşmelerinde¹⁴⁹², bu ölçütün eklenmesi ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimi yönünden ne tür bir ihtiyacın karşılanması amaçlandığı hususuna açıklık getirilmemiştir. Öğretide, bu ölçütün Türkiye’ye özgü lâiklik anlayışının bir ürünü olduğu; “*Cumhuriyetçi laik doktrinle, liberal-demokratik doktrinin bir uzlaşma formülü*” olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹⁴⁹³. Zaten uluslararası insan hakları

¹⁴⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/179, K. 2017/176, K.T. 28.12.2017, S. 55, C. 1, s. 452-453.

¹⁴⁹¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, (Hazırlayanlar Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 69-70.

¹⁴⁹² Bkz. Eren, Abdurrahman, “*2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 3, Y. 2002, s. 41-46; Eren (2004), s. 111-114.

¹⁴⁹³ Eren (2002), s. 53; Eren (2004), s. 121.

belgelerinde ve karşılaştırmalı Anayasa hukukunda da bu ölçütün başka bir emsali bulunmamaktadır¹⁴⁹⁴.

Lâiklik ilkesinin temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar bakımından “meşru amaç” işlevi görmesi mümkündür. Bu ilke, temel hak ve hürriyetlere getirilen bazı sınırlamalar için “*çatışan anayasal değer*” olarak meşrulaştırma aracı olabilmektedir¹⁴⁹⁵. Ayrıca Cumhuriyetin temel nitelikleri ve bu çerçevede laiklik ilkesi, bazı temel hak ve hürriyetler için birer sınırlama sebebi olarak öngörülmüştür¹⁴⁹⁶. Ancak Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan lâik Cumhuriyetin gerekleri, sınırlamanın sınırını çizen bir güvence ölçütü olarak tasarlanmıştır¹⁴⁹⁷. Böylece lâiklik ilkesi; bazı temel hak ve hürriyetler için bir sınırlama sebebi veya sınırlamaya dayanak teşkil eden bir anayasal değer konumunda iken aynı zamanda da bütün temel hak ve hürriyetler için sınırlamanın sınırı niteliği taşımaktadır¹⁴⁹⁸.

Bir güvence ölçütü olarak lâik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk ilkesinin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi içerisinde nasıl bir rol üstleneceği açık değildir. Öğretide Teziç tarafından ileri sürülen bir görüşe göre bu ölçüt, temel hak ve hürriyetlere, lâik devletin dinî inançlar karşısındaki tarafsızlığına aykırı olacak şekilde yahut belli bir dinî inancın topluma dayatılması amacı ile gerçekleştirilecek müdahalelere karşı güvence sağlamaktadır¹⁴⁹⁹. Ancak Teziç’in örnek olarak gösterdiği müdahale türleri, zaten lâik devlet ilkesi (Anayasa m. 2) ile din ve vicdan hürriyetinin (Anayasa m. 24) ihlali niteliği taşımakta olup lâik Cumhuriyetin

¹⁴⁹⁴ Bu yönde bkz. İncoğlu (2013), s. 46. Anayasa Mahkemesi, kamuoyunda “*Birinci Türban Kararı*” olarak bilinen kararında, laiklik ilkesinin bu sınırlayıcı işlevine vurgu yapmıştır: “*Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıtlanmasına olanak tanımamıştır*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 07.03.1989, S. 25, s. 158). Bu kararın eleştirisi için bkz. Erdoğan, Mustafa, “*Anayasa Mahkemesi Nasıl Karar Veriyor?*”, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 185-197.

¹⁴⁹⁵ İncoğlu (2013), s. 46.

¹⁴⁹⁶ Bkz. Anayasa m. 26. f. 2; Anayasa m. 27. f. 2; Anayasa m. 28. f. 9; Anayasa m. 51. f. 6; Anayasa m. 68. f. 4.

¹⁴⁹⁷ İncoğlu (2013), s. 46.

¹⁴⁹⁸ Benzer yönde bkz. Eren (2004), s. 108-110; Atar, s. 146.

¹⁴⁹⁹ Teziç, s. 239-240.

gerekleri ölçütü bu çeşit müdahalelere karşı bireylere ilave bir güvence sağlamamaktadır. Bu yönü ile lâik Cumhuriyetin gerekleri ölçütünün “sınırlamanın sınırı” rolü ile yerine getirdiği herhangi bir işlev bulunmamaktadır¹⁵⁰⁰. Anayasa Mahkemesi de temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren kuralları denetlerken bu ölçüt yönünden herhangi bir inceleme gerçekleştirmemektedir.

III) MALÎ KAYNAKLARIN YETERLİLİĞİ ÖLÇÜTÜ VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

1982 Anayasası, sosyal ve ekonomik hakların ve ödevlerin düzenlendiği üçüncü bölümün sonunda, bu hak ve ödevlere özgü genel bir sınırlama maddesine yer vermiştir. Anayasa’nın “devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlıklı 65’inci maddesi şu şekildedir: “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”¹⁵⁰¹.

Sosyal ve ekonomik haklar genellikle devletin olumlu edimlerde bulunmasını gerektirmekte olup bu hakların hayata geçirilmesi ülkenin gelişmişlik düzeyi ve ekonomik imkânları ile yakından ilişkilidir. Devletin yeterli imkânlarla sahip olmadığı bir ortamda, sosyal içeriği en güçlü olan anayasa bile kâğıt üzerinde kalmaya mahkûmdur. Bu nedenle, devletin sosyal ve ekonomik alana ilişkin görevlerini yerine getirirken malî kaynakların yeterliliği ölçütü ile bağlı olmasını olağan karşılamak gerekir. Bazı uluslararası insan hakları belgeleri¹⁵⁰² ile

¹⁵⁰⁰ Gözler (2017), s. 401.

¹⁵⁰¹ Maddenin ilk hâlinde bulunan “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek” ibaresi 2001 Anayasa değişiklikleri ile çıkarılmış ve yerine “bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek” ibaresi getirilmiştir. Bu değişiklik öğretilerde genellikle olumlu karşılanmıştır. Bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö., “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Editör İbrahim Özden Kaboğlu), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 29; Algan, s. 280-281; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 281; Atar, s. 121. Anayasa’nın 65’inci maddesinde yapılan değişikliğin eleştirisi için bkz. Gözler (2002), s. 332-333. 1961 Anayasası’nın 53’üncü maddesinde, 1982 Anayasası’nın 65’inci maddesine benzer bir düzenleme yer almaktadır: “Devlet, bu Bölümde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak iktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”.

¹⁵⁰² Evrensel İnsan Hakları Bildirisi m. 22: “...Her devletin örgütlenme ve kaynaklarına göre herkes insan onuru ve kişiliğinin özgür gelişmesi bakımından vazgeçilmez olan ekonomik, toplumsal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahiptir”. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 2: “Bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet... mevcut kaynakların

anayasalarda¹⁵⁰³ da devletin sosyal ve ekonomik görevlerinin sınırlarını çizen ve bireylerin bu görevlerin yerine getirilmesi istemi ile dava açmalarını engelleyen çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır¹⁵⁰⁴. Nitekim öğretide malî kaynakların yeterliliği ölçütünün eşyanın doğası gereği zaten mevcut olan ve sadece beyan edici-deklaratif etkisi bulunan bir ölçüt olduğu¹⁵⁰⁵; Anayasa’da bu ölçüte yer verilmemiş olsa idi dahi kaynak yetersizliği nedeni ile sosyal ve ekonomik görevlerini yerine getiremeyen devlet makamlarını, yargısal yöntemler ile bu görevleri yerine getirmeye zorlamanın mümkün olmayacağı ifade edilmektedir¹⁵⁰⁶.

Anayasa’nın 65’inci maddesi ile sosyal ve ekonomik hakların pratiğe aktarılması hususunda siyasî iktidara geniş bir takdir yetkisi tanınmış olduğuna dair herhangi bir şüphe yoktur. Yargı organlarının malî kaynakların yeterliliği ölçütü üzerine esaslı bir denetim gerçekleştirmek sureti ile siyasî iktidarı belli olumlu edimlerde bulunmaya zorlaması mümkün görünmemektedir. Zira bu ölçüt üzerine gerçekleştirilecek bir denetimin yerindelik denetimine dönüşmesi kaçınılmazdır¹⁵⁰⁷. Nitekim Anayasa Mahkemesi ne 1961 Anayasası döneminde ne de 1982 Anayasası

azamisini kullanarak... Sözleşme’de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı taahhüt eder”.

¹⁵⁰³ 1937 İrlanda Anayasası m. 45: “Bu maddede belirtilen sosyal politika ilkeleri Parlamenteoya genel rehberlik içindir. Kanun yapmada bu ilkelerin uygulanması sadece Parlamentonun bilgisi içindir ve Anayasa hükümlerinden herhangi biri uyarınca herhangi bir mahkeme tarafından tanınmaz” (<https://hukukbook.com/irlanda-anayasasi>, E.T. 14.11.2023). 1950 Hindistan Anayasası m. 37: “Bu bölümde yer alan hükümler mahkemeler tarafından icra edilmez; ancak burada ortaya konan ilkeler yine de ülke yönetiminde temel nitelik taşır ve devlet, kanun yapımında bu ilkeleri uygulamak ile yükümlüdür”.

¹⁵⁰⁴ Karşılaştırmalı hukukta devletin sosyal ve ekonomik alandaki ödevlerinin sınırlarına ilişkin düzenlemeler ve yargısal pratikler için bkz. Oder, Bertil Emrah, “Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1, s. 209-220; Yılmaz, Zülfiye, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 72, S. 1, Y. 2014, s. 697-705; Tanör (1978), s. 373-374; Algan, s. 283; Yolcu (2018), s. 296-299.

¹⁵⁰⁵ Sağlam, Fazıl, “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin BM’de Kabulünün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar”, **İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60. Yılında İnsan Hakları: Hepimiz İçin Onur ve Adalet**, (Editör İoanna Kuçuradi), T.C. Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Unesco Felsefe ve İnsan Hakları Merkezi, İstanbul, 2017, s. 115.

¹⁵⁰⁶ Tanör (1978), s. 374; Gözler (2002), s. 332-333; Soysal (2011), s. 265-266.

¹⁵⁰⁷ Bu yönde bkz. Dinler, Veysel, “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Soorumluluğu”, **Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2018, s. 6; Uygun (1992), s. 43; Algan, s. 282; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 198.

döneminde, devletin malî kaynaklarının gerçekten yetersiz olup olmadığını araştırmaya yönelik bir tavır içinde olmamıştır¹⁵⁰⁸.

Öte yandan, Anayasa'nın 65'inci maddesinin devletin sosyal ve ekonomik hakları hayata geçirme yükümlülüğünü bütünü ile ortadan kaldırdığı da söylenemez. Soysal'ın da ifade ettiği üzere; bu madde, sosyal ve ekonomik ödevlerin yerine getirilip getirilmemesi ile değil bu ödevlerin yerine getirilme ölçüsü ile ilgilidir¹⁵⁰⁹. Maddenin sözel yorumu da devletin sosyal ve ekonomik ödevlerini yerine getirme yükümlülüğü altında olduğu görüşünü desteklemektedir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 65'inci maddesinin sosyal ve ekonomik hakların gerçekleştirilmesi hususunda yasama organına geniş bir takdir yetkisi tanıdığını ve fakat bu takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız nitelikte olmadığını söylemek mümkündür.

İlk olarak; yasama organı, sosyal ve ekonomik alandaki görevlerini malî kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözetmek zorundadır. Şüphesiz yerine getirilmesi gereken sosyal ve ekonomik ödevlerin öncelik sıralamasının belirlenmesi de büyük ölçüde yasama organının takdir alanı içerisinde kalmaktadır. Ancak yasama organının öncelikli görevleri belirlerken açık bir takdir hatasına düşmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin devreye girmesi kanaatimizce mümkündür. Örneğin ihtiyaç sahibi kişilerin temel sağlık ve sosyal güvenlik hizmetlerini malî kaynakların yetersizliğini gerekçe göstererek yerine getirmekten imtina eden kanun koyucu, lüks konut yapımını teşvik eden¹⁵¹⁰ yahut kamu görevlilerine sahillerde dinlenme tesisi yapılmasını¹⁵¹¹ emreden bir kanunu çıkarmakta serbest olmamalıdır.

İkinci olarak; yasama organı, amaca uygun öncelikleri belirlerken Anayasa hükümlerini de göz önünde bulundurmak zorundadır. Anayasa koyucu, sosyal ve

¹⁵⁰⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 198.

¹⁵⁰⁹ Soysal (1997), s. 160. Bu yönde ayrıca bkz. Engin, Murat, “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1, s. 242-243; Tanör (1978), s. 377-378; Uygun (1992), s. 38; Gören (2000-a), s. 75; Yılmaz (2014), s. 709-710; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 282; Dinler, s. 8.

¹⁵¹⁰ Tanör (1978), s. 377.

¹⁵¹¹ Atar, s. 121.

ekonomik ödevlerin bir kısmının öncelikle yerine getirilmesini emretmiş olabilir. 1961 Anayasası'nda halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarının sağlanması devletin “*başta gelen ödevleri*” arasında sayılmıştır (m. 50)¹⁵¹². 1982 Anayasası'nın “*sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler*” başlıklı 61'inci maddesini de öncelikle yerine getirilmesi gereken sosyal ve ekonomik ödevler arasında değerlendirmek mümkündür¹⁵¹³.

Üçüncü olarak; yasama organı, Anayasa'da sosyal ve ekonomik haklara ilişkin getirilmiş ek güvenceler mevcut ise bunlara da riayet etmekle yükümlüdür. Bu güvenceler, ilgili oldukları haklar için “*pozitifleşmiş öz öğeleri*” mahiyetinde olup söz konusu hakkın hayata geçirilmesine dair devletin asgarî yükümlülüklerini ortaya koymaktadır. Devlet, bu asgarî yükümlülüklerini her hâlükârda yerine getirmek zorundadır. Malî kaynakların yetersizliği de bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin mazereti olamaz. İlköğretimin devlet okullarda kız ve erkek öğrenciler için parasız olduğunu öngören hükmü (Anayasa m. 42. f. 5) bu kapsamda örnek göstermek mümkündür¹⁵¹⁴.

Dördüncü olarak; devlet, ihmalî durumunda Anayasa'da düzenlenen diğer kişisel ve siyasal hakların ihlali sonucunu doğuracak sosyal ve ekonomik ödevlerini yerine getirmekten imtina edemez. Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal ve ekonomik hakların koruduğu değerleri

¹⁵¹² Anayasa Mahkemesi de bir kararında halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarının sağlanması görevinin önceliğine vurgu yapmıştır: “*Anayasa'nın "öğrenimin sağlanması" başlığını taşıyan 50. maddesinde halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama, Devletin başta gelen ödevlerinden olduğu belirtilmektedir. Bu hükümle Anayasa'nın, diğer kamu hizmetlerine göre, halkın öğrenim ve eğitim gereksinmelerine daha özel, daha yoğun bir önem verdiği kuşkusuzdur*” (Anayasa Mahkemesi, E. 1973/38, K. 1975/23, K.T. 25.02.1975, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 13, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1976, s. 259).

¹⁵¹³ Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da bu yöndedir: “*Anayasa'nın 4709 sayılı Yasa ile değişik 65. maddesine göre, Devlet, Anayasa ile belirlenen görevlerini malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri de gözetmekle yükümlü kılınmıştır. Bu öncelikler Anayasa'nın kimi hükümlerinde açıkça öngörülmüştür. Anayasa'nın "Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler" başlıklı 61. maddesi, bu önceliklerden birini düzenlemektedir*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2001/351, K. 2003/10, K.T. 11.03.2003, S. 39, C. 1, s. 446). “*Harp ve görev malullerinin korunmasının amaca uygun bir öncelik olduğu kuşkusuzdur*” (Anayasa Mahkemesi, E. 2020/47, K. 2023/36, K.T. 22.02.2023, **4 Temmuz 2023 Tarihli ve 32238 Sayılı Resmî Gazete**, § 37. Bu konuda ayrıca bkz. Oder (2008), s. 228; Engin, s. 243-244.

¹⁵¹⁴ Oder, s. 223.

klasik haklar ile ilişkilendirmiş ve malî kaynakların yeterliliği ölçütünü uygulamaksızın sonuca ulaşmıştır¹⁵¹⁵.

Son olarak; malî kaynaklarının yeterliliği ölçütü, devletin sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirirken bireylere eşit muamele etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Devlet, bir konuda sosyal bir edimde bulunacağına bir kez karar verdiğinde, artık aynı durumda olan kişiler arasında eşitliği bozacak şekilde muamele edemez¹⁵¹⁶.

Sözleşme hürriyeti de “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlıklı üçüncü bölüm içerisinde düzenlenmiş olduğuna göre, devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırını gösteren Anayasa’nın 65’inci maddesinin bu hürriyet için de geçerli olduğu söylenebilecek midir? Diğer bir ifade ile devlet, malî kaynakların yetersizliğini gerekçe göstererek sözleşme hürriyetine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınma olanağına sahip midir? Kanaatimizce bu sorulara olumsuz yanıt

¹⁵¹⁵ Oder, s. 224-225. Anayasa Mahkemesi; iş kazaları ile meslek hastalıkları sigortası kapsamı dışında kalan hastalıklarda, yapılacak sağlık yardımının süresini azamî on sekiz ay olarak belirleyen kural hakkında verdiği kararda, sosyal güvenlik hakkı ile yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakları arasındaki bağlantıya vurgu yapmıştır: “Anayasa’nın 60. maddesi kişilere “sosyal güvenlik hakkını” vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak, yine Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen “... yaşama, maddî ve manevî ve varlığını koruma ... hakkı” ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda “yaşama hakkını” ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. Bu nedenle Anayasa’nın 65. maddesindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa’nın 34. maddesindeki itiraz konusu “...18 aya kadar...” sözcüklerine uygulama olanağı yoktur” (Anayasa Mahkemesi, E. 1990/27, K. 1991/2, K.T. 17.01.1991, S. 27, C. 1, s. 139). Bu karar hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Yolcu (2018), s. 329-331.

¹⁵¹⁶ Algan, s. 282; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 198. Anayasa Mahkemesi de bazı kararlarında bu duruma işaret etmiştir: “Anayasa’nın 48 inci maddesi gereğince, sosyal güvenlik aynı zamanda herkes için bir haktır. Anayasa koyucusu bu hükümle, bütün yurttaşların bu güvenlikten yararlanmalarını sağlamak istemiş fakat bunun gerçekleşmesinin, zamana ve bazı koşullara bağlı olduğunu gözönünde tutarak 53 üncü maddede, devletin, bu bölümde belirtilen ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini, ancak ekonomik gelişme ile malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini açıklamıştır. Bu hüküm uyarınca, kanun koyucu sosyal güvenlik alanında bazı hakları vermemeye veya sadece bir kısmını vermeğe yetkilidir. Fakat ekonomik gelişme ile malî kaynakları yeterli görerek bir hakkı sağlayınca herkesi bunun kapsamına alması zorunludur. Belli suçları işlemiş olmak gibi kişisel durumlar bakımından ilgililer arasında bir ayırım yapamaz ve verdiği bir hakkı, özellikle kazanıldıktan sonra, bazı kişilerden geri alamaz” (Anayasa Mahkemesi, E. 1963/138, K. 1964/71, K.T. 11.12.1964, S. 2, s. 264). “Devlet, sosyal güvenliği sağlama ödevini yerine getirirken alacağı önlemlerde gücünü, temel haklar yönünden kişiler arasında farklılıklar yaratmayacak biçimde kullanmak durumundadır” (Anayasa Mahkemesi, E. 1990/27, K. 1991/2, K.T. 17.01.1991, S. 27, C. 1, s. 137).

vermek gerekir. Malî kaynakların yeterliliği ölçütü, niteliği gereği sadece devletin olumlu edimlerde bulunması neticesinde hayata geçirilebilecek temel haklar için anlamlı bir ölçüttür. Oysa “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlıklı üçüncü bölümde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin bir kısmının devletin olumlu bir edimi olmadan da kullanılabilmesi mümkündür. Yaşa, cinse ve güce uygun olmayan işlerde çalıştırma yasağı (m. 50. f. 1), ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları (m. 50. f. 4), sendika kurma hakkı (m. 51), toplu sözleşme hakkı (m. 53), grev hakkı (m. 54) gibi üçüncü bölümde düzenlenen bazı hak ve hürriyetler, klasik haklardan daha farklı bir yapıda değildir. Devletin olumlu edimini gerektirmeyen söz konusu temel hak ve hürriyetlerin malî kaynakların yeterliliği ölçütüne tabi olmadığı hususunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır¹⁵¹⁷. Sözleşme hürriyeti de devletin yüklendiği edimin niteliği bakımından negatif statü hakları arasında yer almaktadır. Bu hürriyet karşısında devlete düşen temel görev, tarafların ortak iradelerinin ürünü olan sözleşmelerin hukukî geçerliliğini tanınması, bu sözleşmelere saygı göstermesi ve dışarıdan müdahale etmemesidir. Kural olarak, kişiler bu hürriyetten yararlanabilmek için devletin bir edimine veya aktif müdahalesine ihtiyaç duymazlar; aksine devlet sözleşme ilişkilerinin ne ölçüde dışında kalırsa, bireylerin sözleşme hürriyetinden yararlanma olanaklarının da o ölçüde arttığı söylenebilir¹⁵¹⁸. Bu çerçevede Anayasa’nın 65’inci maddesinin sözleşme hürriyeti yönünden uygulanma olanağı yoktur. Anayasa Mahkemesi de sözleşme hürriyetini ölçü norm olarak kullandığı hiçbir kararında malî kaynakların yeterliliği ölçütüne başvurmamıştır.

IV) OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİNDE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASI VE DURDURULMASI

Olağanüstü hâl rejimi, devletin olağan hukuk kuralları ve uygulamaları ile üstesinden gelmesine imkân bulunmayan olağanüstü bir tehdit veya tehlike karşısında başvurduğu istisnai yönetim biçimidir¹⁵¹⁹. Olağanüstü hâl ilanına neden

¹⁵¹⁷ Bkz. Tanör (1978), s. 375-376; Uygun (1992), s. 42; Soysal (1997), s. 160-161; Algan, s. 282; Soysal (2011), s. 266; Sabuncu (2012), s. 169; Akad/Vural Dinçkol/Bulut, s. 282; Sağlam (2017), s. 114; Özbudun (2018), s. 153; Gözler (2018), s. 198; Dinler, s. 5.

¹⁵¹⁸ Bkz. IŞ-I-C.

¹⁵¹⁹ Esen, Selin, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 1; Özbudun (2018), s. 327.

olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve hürriyetlere olağan dönemlere kıyasla daha geniş sınırlamalar getirilmesi ve duruma göre temel hak ve hürriyetlerin kullanımının geçici olarak durdurulması/askıya alınması gerekebilmektedir. Bu nedenle, modern anayasaların ve uluslararası insan hakları belgelerinin büyük çoğunluğunda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ve durdurulmasına ilişkin olarak olağanüstü hâl rejimine özgü hükümlere yer verildiği görülmektedir.

1982 Anayasası'nda da temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukukî rejim öngörülmüştür. Olağan dönemde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi Anayasa'nın 13'üncü maddesinde düzenlenmiş iken olağanüstü dönemde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa'nın 15'inci maddesinde düzenlenmiştir¹⁵²⁰. Bu çerçevede olağanüstü hâl döneminde temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan sınırlama güvencelerine uygun olması şartı aranmaz¹⁵²¹. Anayasa'nın 15'inci maddesinde açıkça belirtildiği üzere, olağanüstü hâl rejiminde temel hak ve hürriyetler kısmen veya tamamen durdurulabileceği¹⁵²² gibi temel hak ve hürriyetler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı nitelik taşıyan tedbirlere de başvurulabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin de birçok kararında vurguladığı üzere; demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri hukukun dışlandığı, keyfî bir yönetim anlamı taşımaz¹⁵²³. Anayasa koyucu, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin

¹⁵²⁰ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/205, K. 2019/63, K.T. 24.07.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 56, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020, s. 749.

¹⁵²¹ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Gözler, Kemal, "*Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi*", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 47, S. 4, Ağustos 1990, s. 562-571.

¹⁵²² Temel hak ve hürriyetlerin durdurulması, sınırlamanın ötesine geçen ve onu aşan bir kavramdır. Sınırlama durumunda, temel hak ve hürriyetin kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder. Temel hak ve hürriyetin durdurulması ise onun kullanım olanaklarının belirli bir süre için dondurulmasını ifade eder (Sağlam (1982), s. 180). Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1992/36, K. 1993/4, K.T. 20.01.1993, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 29, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 1994, s. 219; Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, S. 51, C. 3, s. 1941-1942.

¹⁵²³ Anayasa Mahkemesi, E. 2016/205, K. 2019/63, K.T. 24.07.2019, S. 56, C. 2, s. 772.

sınırlandırılması ve durdurulması hususunda devlet organlarına sınırsız bir takdir yetkisi tanıdığı değildir. Anayasa'nın 15'inci maddesinde olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilirken riayet edilmesi gereken üç ölçüte yer verilmiştir:

Bu ölçütlerden ilki, “*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle uygunluk*” şartıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler, milletlerarası hukukun genel ilkeleri ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelere göre belirlenir. Bu çerçevede, olağanüstü hâl rejiminde temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların özellikle insan haklarına ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu en temel sözleşmeler olan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerle aykırılık taşımaması gerekmektedir.

Anayasa'nın 15'inci maddesinde öngörülen ikinci ölçüt “*ölçülülük ilkesi*”dir. Olağanüstü hâl rejiminde dahi temel hak ve hürriyetler ancak “*durumun gerektirdiği ölçüde*” sınırlandırılabilir veya durdurulabilir. Ancak başvuru tedbirin ölçülülüğü denetlenirken olağanüstü hâl ilanına yol açan tehdit veya tehlikelerin boyutu da hesaba katılmalıdır. Bu çerçevede olağan dönemlerde ölçüsüz sayılabilecek bir sınırlama, olağanüstü hâl koşullarında amaç-araç ilişkisi yönünden ölçülü olarak görülebilecektir¹⁵²⁴.

Olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilirken riayet edilmesi gereken üçüncü ölçüt ise “*çekirdek haklara dokunma yasağı*”dır. Anayasa'nın 15'inci maddesinin ikinci fıkrasında mutlak olarak korunması gereken ve olağanüstü hâl rejiminde bile dokunulması yasaklanan bazı temel hak ve hürriyetlere yer verilmiştir. Buna göre; “*...savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*”¹⁵²⁵.

¹⁵²⁴ Sağlam (1982), s. 180. Benzer yönde bkz. Gözler (2018), s. 371.

¹⁵²⁵ Olağanüstü hâl rejiminde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve durdurulması hususunda öngörülen güvenceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler (2018), s. 368-375. Benzer yönde

Görüldüğü üzere sözleşme hürriyeti, Anayasa'nın 15'inci maddesinde yer alan çekirdek haklardan birisi değildir. Bu nedenle olağanüstü hâl rejiminde - milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi ve ölçülülük ilkesine riayet edilmesi şartı ile- sözleşme hürriyetinin kullanımının kısmen veya tamamen durdurulması yahut bu hürriyet hakkında Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi olanaklıdır. Zaten olağanüstü hâl ilanına sebep olan durumların ortadan kaldırılabilmesi için olağan dönemlere kıyasla daha geniş sınırlamalar getirilmesine gereksinim duyulan temel hak ve hürriyetlerin başında da sözleşme hürriyeti gelmektedir¹⁵²⁶.

2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nda sözleşme hürriyetinin sınırlanmasına ilişkin olarak yürütme organına oldukça geniş yetkiler tanınmıştır. Kanun'un 9'uncu maddesinde, tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar nedeni ile olağanüstü hâl ilanında, halkın beslenmesi, sağlığı, ısınması, temizliği, aydınlanması ve genel olarak kamu için gerekli olan her türlü madde ve eşyanın imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında gerekli tedbirlerin alınacağı öngörülmüştür. Bu çerçevede, söz konusu maddelerin ve eşyaların satış fiyatları olağanüstü hâl mercileri tarafından tespit edilebilecek; bu ürünlerin üretimini ve ticaretini yapan kişiler için satım zorunluluğu getirilebilecek ve bu malları satıştan kaçınan veya belirlenen fiyatın üzerinde satan kişiler hakkında işyerinin kapatılması da dâhil olmak üzere çeşitli yaptırımlar uygulanabilecektir (2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu m. 9. f. 1. b. i).

Ağır ekonomik bunalım nedeni ile olağanüstü hâl ilanı durumunda, Cumhurbaşkanı'na ekonominin düzenlenmesi ve iyileştirilmesi amacı ile mal, sermaye ve hizmet piyasalarını yönlendirici; vergi, para, kredi, kira, ücret ve fiyat politikalarını belirleyici ve çalışmaya ilişkin her türlü tedbir ve yükümlülüklerin tespiti, tanzimi ve takibi konularında kararname çıkarma yetkisi tanınmıştır (2935

Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.01.1991, S. 27, C. 1, s. 95-98; Anayasa Mahkemesi, E. 2016/205, K. 2019/63, K.T. 24.07.2019, S. 56, C. 2, s. 751-755.

¹⁵²⁶ Savaş ve buhran dönemlerinde sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmesi zorunluluğu hakkında bkz. Schwarz, Andreas B., "Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri", **Adliye Dergisi**, Y. 35, S. 2, Şubat 1944, s. 187-188.

Sayılı Olağanüstü Hal Kanunu m. 10. f. 1). Bu kapsamda alınacak tedbirlerin sözleşme hürriyetine müdahale biçimine bürünebileceği aşîkârdır. Mal ve hizmetlerin fiyatlarının tespiti, kira paralarının ve kira artış oranlarının belirlenmesi, çeşitli mal ve hizmetler için sözleşme yapma zorunluluğu öngörülmesi, sözleşmeden doğan borçların ifa yükümünün veya icrasının ertelenmesi, ağır ekonomik bunalım nedeni ile olağanüstü hâl ilanı durumunda başvurulabilecek tedbirler arasında yer alır.

Olağanüstü hâl rejiminde yürütme organının sözleşme hürriyetine yönelik müdahale olanakları, Olağanüstü Hal Kanunu'nda öngörülen tedbirler ile sınırlı değildir. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer almayan tedbirlere başvurulması da mümkündür¹⁵²⁷. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasa'nın 104'üncü maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmadığı için bu kararnameler ile Anayasa'nın 15'inci maddesinde yer alan şartlara uygun olarak sözleşme hürriyetine sınırlama getirilebilecek; duruma göre sözleşme hürriyetinin kullanımı geçici olarak durdurulabilecektir. Ancak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de olağanüstü hâl ilanı kararı gibi sebebe bağılı bir işlem olup konu, yer ve süre unsurları açısından bazı sınırlamalara tabidir. Bu çerçevede olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile sadece olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, olağanüstü hâl ilan edilen bölge ve süre ile sınırlı şekilde düzenleme yapılabilecektir. Olağanüstü hâl ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin ortadan kaldırılması amacına yönelik olmayan yahut olağanüstü hâl süresi ile sınırlı olmayan kararname hükümlerinin denetimi¹⁵²⁸, Anayasa'nın 15'inci maddesine göre değil; olağan

¹⁵²⁷ Olağanüstü hâl rejiminde temel hak ve hürriyetlerin sadece Olağanüstü Hal Kanunu ile sınırlandırılabilceği yönünde görüş için bkz. Can, Osman/Şimşek Aktaş, Duygu, “*Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 1, Y. 2017, s. 16-19. Olağanüstü hâl kanun hükümünde kararnameleri ile temel hak ve hürriyetlerin Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer alan düzenlemeleri aşan ya da Kanun'da öngörülmeıen biçimde sınırlanamayacağı yönünde bkz. Esen (2008), s. 247.

¹⁵²⁸ Anayasa'nın 148'inci maddesinin ilk fıkrasında, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde dava açılması yasaklanmıştır. Ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanan kararname hükümleri kanun hükümlerine dönüşecekleri için onay tarihinden sonra bu hükümler aleyhine Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Olağanüstü hâl kanun hükümünde kararnamelerine ilişkin olarak bu yönde

dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre gerçekleştirilecektir¹⁵²⁹.

V) TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ

A) YATAY ETKİ KAVRAMI

Geleneksel anlayışa göre; temel haklar, bireylerin devlete karşı ileri sürebildikleri hukukî çıkarlar ve değerler bütünüdür. Temel hakların başlıca işlevi, egemenlik yetkisine sahip olan devletin bu yetkisini kötüye kullanması olasılığına karşı bireylere koruma sağlanmasıdır. Zaten insan haklarının anayasal güvence altına alınmış olmaları ile de bireylere devlet karşısında dokunulmaz bir özgürlük alanı yaratılması ve bu suretle devlet iktidarının dizginlenmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede, temel hakların öncelikli muhatabı ve başlıca yükümlüsü devlettir. Devlet; bireylerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetlere saygı gösterme ve hukuka aykırı şekilde müdahale etmekten kaçınma yükümlülüğü altındadır. İşte temel hakların birey-devlet ilişkilerinde etkili olmasına; diğer bir ifade ile bireylerin temel haklarını devlete karşı ileri sürebilmeleri imkânına “*temel hakların dikey etkisi*” (*vertical effect of fundamental rights*) adı verilmektedir¹⁵³⁰.

örnek bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/74, K. 2019/92, K.T. 24.12.2019, S. 57, C. 1, s. 143.

¹⁵²⁹ Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerine ilişkin olarak bu yönde örnek bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2018/91, K. 2020/10, K.T. 19.02.2020, S. 57, C. 1, s. 371. Kanunlaşan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yelken, s. 181-191.

¹⁵³⁰ Temel hakların dikey etkisine ilişkin bkz. Engle, Eric, “*Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*”, **Hanse Law Review**, Vol. 5, No. 2, Y. 2009, s. 165; Sunay, Reyhan, “*İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, Y. 2015, s. 11; Dönmezkuş, Dilara, **Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 16-26; Tepekaya, s. 53. Alman Federal Anayasa Mahkemesi; Lüth kararında, temel hakların öncelikle birey-devlet ilişkileri üzerinde etkili olduğunu ifade etmiştir: “*Hiç şüphesiz ki temel hak ve özgürlükler ilk derecede bireylerin özgürlük alanlarını kamu gücü saldırılarına karşı korumaya belirlenmişlerdir; bunlar vatandaşın devlete karşı savunma haklarıdır. Bu temel hak ve özgürlük idesinin fikri gelişim tarihinden olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerin tek tek devletlerin anayasalarına alınmalarına götüren tarihi gelişimlerden de anlaşılmaktadır*” (BVerfGE 7, 198'den çeviren Aksu, Mustafa, “*Lüth Kararı – BVerfGE 7, 198 Alman Federal Anayasa Mahkemesi 15. Ocak 1958 Tarihli Birinci Daire Kararı – 1 BvR 400/51 –*”, **Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 36). Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da benzer yönde değerlendirmeler yer almaktadır: “*Temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki asıl düşünce, devletin zecir gücünü keyfî bir şekilde bireylere karşı kullanmasının önüne geçmektir. Zira demokratik toplumlarda zor kullanma devletin*

Temel hakların devlet ile birey arasındaki dikey ilişkilerin yanı sıra özel kişiler arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanıp uygulanamayacağı meselesi öğretide uzun yıllar tartışılmıştır. Temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkiler üzerindeki etkisini reddeden görüşe göre (*non-application model*); temel haklar yalnızca kamu hukuku alanında geçerli olup özel kişiler arasındaki ilişkilerde bu hakların uygulanma kabiliyeti yoktur¹⁵³¹. Temel haklar yalnızca devlete karşı ileri sürülebilir; özel kişiler arasındaki ilişkilerde taraflar, temel haklarına dayanarak herhangi bir talepte bulunamazlar.

Bu görüşte olan yazarların temel kaygısı, özel hukukun, kamu hukuku ve Anayasa hukuku karşısında özerkliğinin korunmasıdır. Temelleri Roma hukukuna kadar uzanan özel hukuk-kamu hukuku ayrımının, hukuk disiplininin çalışma alanının bölümlendirilmesi ve inceleme kolaylığı sağlanması¹⁵³² amaçlarının ötesinde bir anlamı bulunmaktadır. Özel hukuk ile kamu hukuku; düzenledikleri ilişkilerin tarafları, içerdikleri kuralların amaçları ve mahiyetleri itibarı ile birbirlerinden ayrılmaktadır¹⁵³³. Kamu hukuku, birey ile devlet arasındaki ilişkileri konu alırken; özel hukuk, özel kişiler arasındaki ilişkileri konu alır. Kamu hukuku kurallarının nihai amacı kamu yararının sağlanması olup ilişkinin taraflarının bu kuralları uygulama dışı bırakma olanakları yoktur. Özel hukuk ilişkilerinde ise taraflar, kamu yararını gerçekleştirmeyi değil kişisel menfaatlerini azamileştirmeyi hedefler. Bu alanda sözleşme hürriyeti ilkesi egemendir ve tarafların kendi tercihlerini yapmalarına izin verilir. Temel hakların birey-devlet ilişkilerinin yanı sıra özel hukuk ilişkilerinde de etkili olduğunun kabulü, özel hukuk-kamu hukuku ayrımını

tekelindedir” (Anayasa Mahkemesi, *Tuna Ayçiçek Başvurusu*, B. N. 2014/6526, K.T. 24.01.2018, § 58).

¹⁵³¹ Bu model hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Barak, Aharon, “*Constitutional Human Rights and Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, (Editörler Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Portland, 2001, s. 18-21; Cherednychenko (2007-a), s. 59-60.

¹⁵³² Boyar (2019), s. 16.

¹⁵³³ Kamu hukuku-özel hukuk ayrımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler (2012-a), s. 63-73; Anayurt (2019), s. 69-74.

silikleştirerek özgürlükçü bir toplum düzeninin temel değeri olan kişisel özerklik fikrine zarar verir¹⁵³⁴.

Temel hakların etki alanının devlet ile birey arasındaki dikey ilişkiler ile sınırlı olduğu görüşü artık büyük ölçüde terk edilmiştir. Günümüzde temel haklara yönelik tehditlerin sadece kamu gücü kullanımından kaynaklanmadığı; özel kişilerin ve kurumların gerçekleştirdiği faaliyetler ile de temel hakların ihlal edilebileceği anlaşılmıştır¹⁵³⁵. Temel hakların varlık sebebi olarak gösterilen devlet ile birey arasındaki güç asimetrisi olgusu, özel kişiler arasındaki ilişkilerde de gittikçe yaygınlaşmaktadır¹⁵³⁶. Küreselleşmenin ve özelleştirme uygulamalarının yaygınlaşmasının da etkisi ile işçi-işveren, tüketici-satıcı, kiracı-kiraya veren arasındaki güç asimetrisi daha da derinleşmiştir. Devlet ile vatandaşları arasındaki asimetric ilişkinin bir benzeri artık çok uluslu şirketler ile çalışanları arasında da mevcuttur. Bu sosyo-ekonomik gelişmeler karşısında, temel hakların yalnızca kamu gücünden kaynaklanan tehditlere karşı “savunma işlevi” gördüğünün kabulü, bireylerin üçüncü kişilerden gelebilecek tehditlere karşı korumasız kalması sonucunu doğurmaktadır.

Yatay etki (*Drittwirkung/horizontal effect*) doktrinine göre; temel haklar, yalnızca devlet ile birey arasındaki dikey ilişkilerde değil bunun yanı sıra özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilerde de geçerlidir. Diğer bir ifade ile bireylerin özel hukuk ilişkilerinde de temel haklarına başvurmaları mümkündür. Alman hukuku orijinli olan yatay etki doktrini, 1958 tarihli Lüth kararı ile birlikte Alman Federal

¹⁵³⁴ Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Smits, Jan, “*Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View*”, **Constitutionalisation of Private Law**, (Editörler Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenberg), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 19-20; Barak, s. 18; Kumm, s. 361-362; Schütte, s. 232-233. Yatay etki teorisine yöneltilen eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schütte, s. 232-233; Dönmezkuş, s. 108-134.

¹⁵³⁵ Bu yönde bkz. Gören, Zafer, “*Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi: Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi*”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 3; Ergül, Ozan, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kulmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine*”, **Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan: Cilt-I**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 446-447; Kanadoğlu, s. 22-23; Barak, s. 15; Mak, s. 51; Belling/İnce, s. 7-8; Sunay (2015), s. 15-16; Çetin, s. 75-76; Schütte, s. 225; Dönmezkuş, s. 27; Kingreen/Poscher, s. 101.

¹⁵³⁶ Ellger, s. 176.

Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmüş olup Mahkeme hâlihazırda bu doktrini kullanmaya devam etmektedir. Temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi artık karşılaştırmalı Anayasa hukukunda da genel kabul görmektedir. Günümüzde temel hakların yatay etkili olduğu hususunda öğretide büyük ölçüde görüş birliğine ulaşılmış olmakla birlikte, bu hakların özel hukuk ilişkilerine nasıl ve hangi araçlar ile nüfuz edeceği konusu tartışmalı olmaya devam etmektedir. Aşağıda temel hakların yatay etkisine ilişkin olarak öne sürülen üç temel teori olan “*doğrudan yatay etki*”, “*dolaylı yatay etki*” ve “*koruma yükümlülüğü*” modelleri incelenmiştir.

B) YATAY ETKİ MODELLERİ

1) Doğrudan Yatay Etki (Direct Horizontal Effect/Unmittelbare Drittwirkung) Modeli

Doğrudan yatay etki modeline göre; temel haklar, kanunlara ve yorum gerektiren ara basamaklara başvurulmasına gerek olmaksızın özel kişiler arasındaki ilişkilere doğrudan uygulanabilir¹⁵³⁷. Bu modelde, temel hakların devlet-birey arasındaki ilişkilere uygulanması ile özel kişiler arasındaki ilişkilere uygulanması arasında fark yoktur¹⁵³⁸. Özel kişiler de devlet gibi temel haklara riayet etme yükümlülüğü altındadır¹⁵³⁹. Diğer bir ifade ile Anayasa’nın temel haklara ilişkin kuralları yalnızca devleti değil özel kişileri de doğrudan bağlamaktadır.

Doğrudan yatay etki modelinin pratik sonucu, özel hukuk ilişkilerinde, tarafların doğrudan doğruya temel haklarına dayanabilme ve yargı mercileri önünde bu haklarını ileri sürebilme olanağına sahip olmalarıdır. Buna göre; tarafların - herhangi bir kanun hükmünü aracı kılmaksızın- temel hak ve hürriyetlerini ihlal ettiği gerekçesi ile karşı tarafı doğrudan dava etme yetkisi bulunmaktadır¹⁵⁴⁰. Bu modelde, temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanabilmesi için özel hukuk kurallarına

¹⁵³⁷ Belling/İnce, s. 7; Ergül, s. 442; Dönmezkuş, s. 42; Yılmaz Coşkun, s. 82.

¹⁵³⁸ Voermans, Wim, “*Applicability of Fundamental Rights in Private Law: What is the Legislature to Do?-An Intermezzo from a Constitutional Point of View*”, **Constitutionalisation of Private Law**, (Editörler Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenberg), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 37; Barkhuysen/van Emmerik, s. 46. Benzer yönde bkz. Mak, s. 49; Cherednychenko (2007-b), s. 5; Szwed, s. 12.

¹⁵³⁹ Gören (2001), s. 8.

¹⁵⁴⁰ Barak, s. 14; Gören (2001), s. 10; Mak, s. 57; Ergül, s. 441-442.

başvurulmasına ihtiyaç yoktur. Kişinin temel haklarına dayalı bir iddiada veya savunmada bulunması durumunda, ilgili Anayasa hükmü, olaya tatbiki mümkün olan özel hukuk kuralları karşısında öncelik kazanacak ve özel hukuk kuralları yalnızca geçersizliğin sonuçları, tazminat gibi talî konularda uygulama alanı bulacaktır¹⁵⁴¹. Görüldüğü üzere, doğrudan yatay etki modeli, temel hak ihlaline ilişkin uyuşmazlıklarda özel hukuk kurallarının ihmal edilmesini ve uyuşmazlığın esasına ilişkin sonuca temel haklar vasıtası ile ulaşılmasını önermektedir. Barak'ın ifadesi ile bu model, olağan özel hukukun yanı başında varlığını sürdüren bir tür “*anayasal özel hukuk*” yaratmaktadır¹⁵⁴².

Doğrudan yatay etki modeli, Federal İş Mahkemesi'nin ilk başkanı olan Hans Carl Nipperdey tarafından Alman hukukuna tanıtılmıştır. Nipperdey; kadın ve erkek işçilerin eşit ücret hakkını konu alan 1950 tarihli makalesinde, Anayasa'nın 1'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında bulunan “*temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar*” hükmünün özel kişilerin temel haklar ile bağlı olmadığına göstergesi olarak yorumlanmasına karşı çıkmıştır. Yazara göre; böyle bir yorumu, modern-demokratik anayasaların anlamı ve amacı ile bağdaştırma olanağı yoktur. Temel haklar sadece direktif veren ve hedef çizen ilkeler olmalarının ötesinde, doğrudan bağlayıcı niteliğe sahip Anayasa hükümleridir. Temel hakların bireylere bütüncül bir güvence sağladığından söz edilebilmesi için yasama, yürütme ve yargı erklerinin yanı sıra özel kişiler de bu haklar ile bağlı olmalıdır¹⁵⁴³. Özel kişilerin de devlet gibi temel haklar ile doğrudan bağlı olduğunun kabulü, bu hakları ihlal eden hür türlü özel hukuk işleminin yok hükmünde sayılmasını gerekli kılmaktadır¹⁵⁴⁴.

¹⁵⁴¹ Atasoy, s. 74. Benzer yönde bkz. Cherednychenko (2021), s. 134-135.

¹⁵⁴² Barak, s. 30.

¹⁵⁴³ Mak, s. 50; Ergül, s. 444-445. Nipperdey'in görüşleri ve Alman Federal İş Mahkemesi'nin yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Tanör (1978), s. 251; Gören (2001), s. 8-10; Cherednychenko (2007-a), s. 60-61; Beckmann/Colombi Ciacchi/Ferreira/Moulin-Doos/O'Callaghan/Russo/Turney, s. 268-269; Belling/İnce, s. 8; Schütte, s. 223-224; Boyar (2019), s. 84-87; Dönmezkuş, s. 42-46; Yılmaz Coşkun, s. 83-84.

¹⁵⁴⁴ Cherednychenko (2007-a), s. 61; Belling/İnce, s. 8; Dönmezkuş, s. 43; Yılmaz Coşkun, s. 83.

Nipperdey'in görüşleri ilk kez 1954 tarihli bir karar ile Alman Federal İş Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve Mahkeme uzun yıllar boyunca doğrudan yatay etki modeli çerçevesinde kararlar vermiştir¹⁵⁴⁵. Ayrıca İsviçre¹⁵⁴⁶, İrlanda¹⁵⁴⁷, Güney Afrika Cumhuriyeti¹⁵⁴⁸ gibi bazı ülkelerde de yüksek yargı organlarının belli dönemlerde bu modeli uyguladığı ifade edilmektedir. Ancak günümüzde temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerinde doğrudan etkili olduğu görüşü öğretide ve yargısal içtihatlarda genellikle kabul görmemektedir. Alman Federal İş Mahkemesi'nin dahi yakın tarihli kararlarında Nipperdey'in görüşlerinden uzaklaştığı ve doğrudan yatay etki modelini artık uygulamadığı belirtilmektedir¹⁵⁴⁹.

Doğrudan yatay etki modelini reddeden yazarlara göre; temel hakların devlet-birey arasındaki ilişkilere uygulandığı şekli ile özel kişiler arasındaki ilişkilere de uygulanması, özel hukukun otonomisini ve sözleşme hürriyeti ilkesini zedeleyecektir¹⁵⁵⁰. Özgürlükçü toplumlarda bireylerin kamu otoritelerinin tabi olduğu kural ve yasaklardan azade şekilde hareket etme erki bulunmaktadır¹⁵⁵¹. Hukuk düzeni, bireylere kamu otoritelerine tanındığından daha fazla özgürlük tanımakta ve onların kamu otoritelerinin tüm faaliyetlerini yönlendiren tarafsızlık ve eşit saygı ilkelerinden sapacak şekilde yaşamlarını sürdürmelerine izin

¹⁵⁴⁵ Belling/İnce, s. 12; Yılmaz Coşkun, s. 83.

¹⁵⁴⁶ İsviçre'de doğrudan yatay etki modelinin benimsendiği yönünde bkz. Barak, s. 15; Erdoğan (2019), s. 293. Ancak bu konuda genel kabul gören görüş, temel hakların özel hukuk ilişkilerine ancak dolaylı şekilde uygulabileceği yönündedir. Bkz. Gören (2001), s. 6-7; Kaşak, s. 239-240. İsviçre hukukunda temel hakların yatay etkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Boyar (2019), s. 51-58.

¹⁵⁴⁷ Bkz. Ergül, s. 448; Erdoğan (2019), s. 294-295; Dönmezkuş, s. 51-52.

¹⁵⁴⁸ Bkz. Dönmezkuş, s. 46-51.

¹⁵⁴⁹ Cherednychenko (2007-a), s. 61, dipnot 26. Benzer yönde bkz. Belling/İnce, s. 25

¹⁵⁵⁰ Bu yönde görüşler hakkında bkz. Boyar, Oya, "*Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki*", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör Sibel İnceoğlu), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 57-58; Kanadoğlu, s. 18; Gören (2000-a), s. 77; Gören (2001), s. 12-13; Barak, s. 35-36; Smits, s. 19-21; Beckmann/Colombi Ciacchi/Ferreira/Moulin-Doos/O'Callaghan/Russo/Turney, s. 270; Belling/İnce, s. 29-30; Şirin (2013), s. 358; Çetin, s. 79-80.

¹⁵⁵¹ Benzer yönde bkz. Kumm, s. 362.

vermektedir¹⁵⁵². Özel kişilerin eylemlerinin de kamu otoritelerinin eylemleri gibi temel haklar ile sınırlanması kişisel özerklik idealini zayıflatmaktadır¹⁵⁵³.

Doğrudan yatay etki modeline yöneltlen bir diğer eleştiri de bu modelin sıklıkla temel hak çatışmalarına yol açması ve fakat anayasaların genellikle bu çatışmaların çözüme rehberlik edecek ilkeleri içermemesidir. Temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması, her iki tarafın da temel haklarına dayalı taleplerde bulunmasına olanak tanımaktadır. Taraflardan biri ayrımcılık yasağının, ifade hürriyetinin veya din ve vicdan hürriyetinin ihlalini öne sürdüğünde, karşı taraf muhtemelen sözleşme hürriyetine, mülkiyet hakkına veya teşebbüs hürriyetine dayanarak savunma yapacaktır. Bu durum, her özel hukuk uyuşmazlığının bir tür anayasal uyuşmazlığa dönüşmesi anlamı taşımaktadır. Davaya bakan mahkemelerin, taraflardan birinin yahut her ikisinin temel haklarına sınırlama getirmek sureti ile çatışan haklar arasında uygun bir denge kurması gerekecektir. Ancak bu dengeleme faaliyetinin hangi esaslar çerçevesinde gerçekleştirileceği açık değildir. Anayasalarda yer alan sınırlama hükümlerinin özel kişiler arasındaki temel hak çatışmalarının çözümünde kullanılabilecekleri şüphelidir. Bu hükümler genellikle birey-devlet ilişkileri göz önüne alınarak kaleme alınmışlardır¹⁵⁵⁴ ve temel olarak yasama organlarına hitap etmektedirler. Bu durumun doğal sonucu, mahkemelerin somut olayın özellikleri çerçevesinde, temel hak çatışmasının çözümünde kullanılmak üzere “*yargısal sınırlama hükümleri*” yaratmak zorunda kalacak olmalarıdır¹⁵⁵⁵. Yargı erkinin bu denli geniş ve denetimsiz bir güç ile donatılmasının kuvvetler ayrılığı¹⁵⁵⁶ ve hukukî güvenlik¹⁵⁵⁷ ilkelerini zedeleyebileceği ifade edilmektedir.

¹⁵⁵² Collins, Hugh, “*The Constitutionalization European Private Law as a Patch to Social Justice*”, **The Many Concepts of Social Justice in European Private Law**, Editörler (Hans W. Micklitz), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011, s. 144’ten aktaran Szwed, s. 12.

¹⁵⁵³ Kumm, s. 362.

¹⁵⁵⁴ Mak, s. 51.

¹⁵⁵⁵ Barak, s. 17.

¹⁵⁵⁶ Doğrudan yatay etki modeline kuvvetler ayrılığı ilkesi temelinde yöneltlen eleştiriler hakkında bkz. Boyar (2013-b), s. 57-58; Şirin (2013), s. 358; Dönmezkuş, s. 63.

¹⁵⁵⁷ Doğrudan yatay etki modeline hukukî güvenlik ilkesi temelinde yöneltlen eleştiriler hakkında bkz. Gören (2001), s. 16-17; Cherednychenko (2004), 16; Şirin (2013), s. 358.

2) Dolaylı Yatay Etki (Indirect Horizontal Effect/Mittelbare Drittwirkung) Modeli

Dolaylı yatay etki modeli hem temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere uygulanamayacağı görüşünü hem de bu ilişkilerde özel hukukun devre dışı bırakılarak temel hakların doğrudan uygulanacağı görüşünü reddetmektedir. Temel hakların öncelikli fonksiyonu, kamu otoritelerinin haksız müdahalelerine karşı bireylere güvence sağlanması olup bireyler temel haklar ile doğrudan bağlı değildir¹⁵⁵⁸. Ancak temel haklar -bu klasik savunma işlevinin yanı sıra- Anayasa'nın öngördüğü objektif değerler sisteminin de en önemli unsurları konumundadır¹⁵⁵⁹. Temel hakların içerdiği bu değerler, Anayasa hukuku aracılığı ile tüm hukuk sistemine sirayet eder ve özel hukuk normlarının yorumlanmasına ve uygulanmasına etki eder. Bu durum, Alman hukukunda “yayılma etkisi” (*radiating effect/Ausstrahlungswirkung*) olarak adlandırılmaktadır¹⁵⁶⁰.

Dolaylı yatay etki modeline göre; temel haklar, özel hukuk ilişkilerinde doğrudan değil ancak özel hukukun ilke ve kuralları aracılığı ile etki doğurabilir¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁸ Smits, s. 19-20; Barkhuysen/van Emmerik, s. 46; Mak, s. 52; Ergül, s. 446; Çetin, s. 79, dipnot 255; Dönmezkuş, s. 46.

¹⁵⁵⁹ Temel hakların objektif işlevlerine dair bkz. Kanadoğlu, s. 105-107; Gören (2000-a), s. 39-41; Alexy (2010), s. 352-354; Kingreen/Poscher, s. 88-90.

¹⁵⁶⁰ Kanadoğlu, s. 107-108; Youngs, s. 499-500; Cherednychenko (2004), s. 7; Brüggemeier, s. 71-72; Kumm, s. 350; Alexy (2010), s. 352-354; Boyar (2013-b), s. 58-59; Belling/Ince, s. 10; Kingreen/Poscher, s. 89-90. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Lüth kararında, temel hakların objektif değer hükümleri olarak özel hukuk ilişkilerinde etkili olduğunu ifade etmiştir: “Anayasanın değer tutmayan (nötr) bir düzen olmadığı ve temel hak ve özgürlüklere dair bölümünde bir objektif değer düzeni de oluşturduğu ve tam da bununla temel hak ve özgürlüklerin geçerlilik etkisinin ilkesel güçlendirilmesinin ifade edilmek istendiği, aynı şekilde doğrudur. Kendi merkezi noktasını sosyal topluluk içinde kendini serbestçe geliştiren insani kişilikte ve bunun onurunda bulan bu değer sistemi, anayasal bir temel karar olarak hukukun bütün alanlarındaki geçerli olmak zorundadır; Kanun koyucu, idare ve yargı bundan direktif ve esin almaktadırlar. Bu tabii olarak medeni hukuku da etkiler; hiçbir medeni hukuka dair hüküm bununla çelişik olmamalıdır, her biri onun ruhuyla uyumlu yorumlanmak zorundadır” (BVerfGE 7, 198’den çeviren Aksu, s. 37).

¹⁵⁶¹ Bazı yazarlar, dolaylı yatay etki modelinin “güçlü dolaylı yatay etki” (*strong indirect horizontal effect*) ve “zayıf dolaylı yatay etki” (*weak indirect horizontal effect*) olmak üzere iki farklı türü olduğunu ifade etmektedirler. Güçlü dolaylı yatay etki modelinde; özel hukuk uyumsuzluklarına bakan mahkemelerin, temel hakları doğrudan olaya uygulamaları mümkün değilse de bu hakların altında yatan değerlere açık bir koruma sağlaması gerekmektedir. Özel hukuk yargıcı, somut uyumsuzluğun çözümünde başvurulacak özel hukuk kurallarını, temel anayasal değerler ışığında yorumlamak sureti ile sonuca ulaşacaktır. Zayıf dolaylı yatay etki modelinde ise temel haklara ve insan hakları belgelerine açık bir referans yapılmaksızın, anayasal değerler göz önünde bulundurularak karar verilir. Bu modelde, temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanması,

Serozan'ın veciz ifadesi ile “yüksek voltajlı Anayasa kuralları ancak Medeni Kanun transformatörü ile alçak voltajlı medeni hukuk uygulamasına aktarılabilir”¹⁵⁶². Bu model, temel hakların büyük ölçüde özel hukuk kuralları ile somutlaştırıldığı ve özel hukukun hâlihazırda temel hakların altında yatan değerleri koruyucu mekanizmaları içerdiği varsayımlarına dayanmaktadır¹⁵⁶³. Bireysellik, kendini gerçekleştirme, haysiyet gibi insan haklarına kaynaklık eden değerler, aynı zamanda özel hukuk sisteminin de korumayı amaçladığı temel değerlerdir. Mesela kişinin mülkünün, şeref ve haysiyetinin korunmasına yönelik özel hukuk kuralları, devlet veya üçüncü şahıslar karşısında bireylerin sahip olduğu birtakım temel hak ve hürriyetleri yansıtmaktadır¹⁵⁶⁴. Bunun yanı sıra, temel haklar, özel hukukun genel ilkeleri aracılığı ile de özel kişiler arasındaki ilişkilere nüfuz etmektedir. Dürüstlük kuralı, iyi niyet, ahlâka aykırılık, kamu düzeni, kişilik hakları, aşırı yararlanma gibi kavramlar, temel hakların özel hukuk alanına girmesine olanak tanıyan “sızma noktaları” olarak kabul edilmektedir¹⁵⁶⁵. Özel hukuk yargıcı, soyut ve yoruma açık nitelik taşıyan bu çerçeve hükümleri somut uyuşmazlığa uygularken tarafların temel hak ve hürriyetlerini göz önünde bulundurma yükümlülüğü altındadır. Ayrıca kural boşluklarını doldururken veya kanunun takdir yetkisi tanıdığı durumlarda bu yetkisini kullanırken yargıcın temel hak ve hürriyetleri dikkate alma zorunluluğu bulunmaktadır¹⁵⁶⁶.

anayasal düzeyde özel bir statüye sahip olduğu kabul edilen değerlerden alınan “ilham” ile sınırlı kalmaktadır (Mak, s. 57). Bu modeller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barak, s. 29-33; Erdoğan (2019), s. 303; Dönmezkuş, s. 78-87; Cherednychenko (2021), s. 134-135.

¹⁵⁶² Serozan (2015), s. 107.

¹⁵⁶³ Bu yönde bkz. Benson, Peter, “*Equality of Opportunity and Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, (Editörler Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Portland, 2001, s. 206; Barak, s. 21-22; Voermans, s. 37; Mak, s. 52; Dönmezkuş, s. 76.

¹⁵⁶⁴ Barak, s. 21-22.

¹⁵⁶⁵ Belling/İnce, s. 10.

¹⁵⁶⁶ Dolaylı yatay etki teorisine göre, temel hakların özel hukuk üzerinde etki doğurmasını sağlayan araçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lenaerts, Annekatrien, “*The Role of the General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights in the Enforcement of Human Rights in Contract Law: A Belgian Law Perspective*”, **The Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective**, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2017, s. 86-88; Kaneti, s. 20-34; Kanadoğlu, s. 31-33; Barak, s. 34-35; Gören (2001), s. 17; Smits, s. 12-13; Barkhuysen/van Emmerik, s. 46; Serozan (2015), s. 106-108.

Görüldüğü üzere, dolaylı yatay etki modeli, temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisini yadsımasa da bu etkinin ancak özel hukuk ilke ve kuralları aracılığı ile gerçekleşebileceğini kabul etmektedir. Bu model, özel hukuk ilişkilerinde karşılaşılan temel hak çatışmalarının, özel hukuk ilke ve kurallarının Anayasa'ya uygun yorumu ile çözümlenebileceğini varsaymaktadır. Bilhassa özel hukukun açık uçlu kavramlarının, çatışan temel haklar arasında adil bir denge kurulabilmesi için uygun bir normatif çerçeve sunduğu ifade edilmektedir¹⁵⁶⁷. Bu yöntem, temel hakların yatay etkisine özel hukukun otonomisi, kuvvetler ayrılığı ve hukukî güvenlik ilkeleri temelinde yöneltilen eleştirileri büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Lüth kararı ile benimsediği dolaylı yatay etki modeli, günümüzde temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisine ilişkin öğretide ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören görüş durumundadır.

3) Koruma Yükümlülüğü (Duty of Protection/Schutzpflicht) Doktrini

Alman hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisine dair öne sürülen diğer bir görüş de koruma yükümlülüğü doktrindir. Bu doktrinin en önemli temsilcisi olan Claus-Wilhelm Canaris, Anayasa hukukunun endişe verici boyutlara ulaşan tahakkümü karşısında medeni hukukun özerkliğini korumayı amaçlamıştır. Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerinin yegâne muhatabının kamu otoriteleri olduğunu ifade eden Canaris, bu doğrultuda temel hakların yatay etkisini reddetmektedir. Yazara göre; kamu otoritelerinin, bilhassa da yasama organının, bireylerin özgürlüklerine ve mahremiyetlerine belli sınırları aşacak şekilde müdahalede bulunması yasaklanmıştır (*aşırı yetki kullanma yasağı/Übermaßverbot*). Bunun yanı sıra, söz konusu otoritelerin, üçüncü kişilerin kaynaklık ettiği ve temel haklara yönelen tehditlere karşı bireyleri orantısız bir şekilde savunmasız bırakmaması da gerekmektedir (*eylemsizlik yasağı/Untermaßverbot*). Kamu otoritelerinin özel kişiler arasındaki yatay ilişkilerde temel hakları uygulama görevi, yasama, yürütme ve yargı organlarının temel haklar ile bağlı olduğunu öngören Anayasa'nın 1'inci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü ile devletin bireylerin temel haklarını koruma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.

¹⁵⁶⁷ Barak, s. 29; Lenaerts, s. 87.

Temel haklar, bu koruma ödevi vasıtası ile özel kişiler ve onların özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olmaktadır¹⁵⁶⁸.

Koruma yükümlülüğü doktrinine göre; devletin temel hak ve hürriyetlere ilişkin görevi, bu hakların kamu gücü kullananların gerçekleştirdiği haksız müdahalelere karşı korunması ile sınırlı değildir. Devlet ayrıca özel kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da bireylerin temel hak ve hürriyetlerini koruma yükümlülüğü altındadır¹⁵⁶⁹. Temel hakların sadece kamu otoritelerini bağlaması, üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlaller karşısında bu otoritelerin hareketsiz kalmasını meşrulaştırmaz. Bu çerçevede koruma yükümlülüğünün odağında yer alan mesele, kamu otoritelerinin özel kişilerin temel haklarını bizzat ihlal edip etmedikleri değil; hareketsiz kalmak sureti ile özel kişilerin, diğer özel kişilerin temel haklarını ihlal etmelerine müsaade edip etmedikleridir¹⁵⁷⁰.

Özel hukuk ilişkilerinde, tarafların temel hak ve hürriyetlerine karşı yönelebilecek olası tehditleri önleme ve tarafları birbirlerine karşı koruma görevi öncelikle yasama organına aittir. Yasama organı, özel hukuk alanını düzenlerken bireylerin temel hak ve hürriyetlerini göz önünde bulundurmalı; temel hak çatışmalarının ortaya çıkmasını önleyen veya bu çatışmaları adil şekilde çözüme kavuşturan kuralları ihdas etmelidir¹⁵⁷¹. Özellikle işçi-işveren, tüketici-satıcı, kiracı-kiraya veren ilişkisi gibi yatay ihlallerin gerçekleşme olasılığı yüksek olan alanlarda, yasama organının, güçsüz konumda olan potansiyel mağdurların temel hak ve hürriyetlerine koruma sağlayan kuralları oluşturması gerekmektedir¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁸ Beckmann/Colombi Ciacchi/Ferreira/Moulin-Doos/O'Callaghan/Russo/Turney, s. 272. Aynı yönde bkz. Brüggeimer, s. 74-75; Ergül, s. 454-455. *Übermaßverbot-Untermaßverbot* kavramları hakkında bkz. Şirin, Tolga, “İhmal Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler'in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme”, 26.09.2022, https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri, E.T. 16.12.2023.

¹⁵⁶⁹ Gören (2001), s. 18; Cherednychenko (2004), s. 8; Cherednychenko (2007-b), s. 6; Belling/İnce, s. 11; Sunay (2015), s. 28-29; Schütte, s. 231; Yılmaz Coşkun, s. 92.

¹⁵⁷⁰ Cherednychenko (2007-b), s. 6.

¹⁵⁷¹ Kanadoğlu, s. 35; Gören (2001), s. 19-20; Belling/İnce, s. 36; Yılmaz Coşkun, s. 93.

¹⁵⁷² Poroy, Mehmet Akif, “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük: İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 3, Y. 2006, s. 1008. Benzer yönde bkz. Yılmaz Coşkun, s. 93.

Kanun koyucunun söz konusu anayasal yükümlülüğünü ihmal etmesi durumunda, temel hak ve hürriyetleri koruyucu mekanizmaları inşa etme görevi bu kez yargı mercilerine düşmektedir. Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken tarafların çatışabilecek temel hak ve hürriyetlerini yeterince dikkate almamış veya çatışan haklar arasında uygun bir denge kurmayı başaramamışsa, yargı mercileri önlerine gelen hukukî uyuşmazlıklar için belirleyici olan özel hukuk kurallarını temel haklara uygun şekilde yorumlayacak; bilhassa özel hukukun çerçeve hükümlerine başvurmak sureti ile temel hakların koruyucu işlevini yerine getirmeye çalışacaktır¹⁵⁷³. Uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak kuralların Anayasa'ya uygun şekilde yorumlamalarının mümkün olmaması durumunda ise bu kuralların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi ihtimali gündeme gelecektir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ilk kez 1975 tarihli birinci kürtaj kararında (*Schwangerschaftsabbruch I*)¹⁵⁷⁴, devletin özel kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da bireylerin temel hak ve hürriyetlerini koruma yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmiştir. Mahkeme bu kararda, hamileliğin ilk on iki haftasında talebe bağlı olarak gerçekleştirilen kürtajı yasal hale getiren kuralın Anayasa'ya uygunluğunu denetlemiştir. İlk olarak ceninin temel hak ehliyeti meselesini tartışan Mahkeme, anne rahminde gelişen hayatın, insan onuru ve yaşama hakkı çerçevesinde anayasal himaye altında olan “*kendine özgü bir hukukî değer*” olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre; devletin yaşama hakkına dair geniş kapsamlı bir koruma görevi bulunmaktadır. Bu görev, gelişmekte olan yaşama karşı doğrudan devlet kaynaklı saldırıları yasaklamakla kalmaz; bunun yanı sıra devletin bu yaşamı

¹⁵⁷³ Yılmaz Coşkun, s. 93-94. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de 1990 tarihli acente kararında, kanun koyucunun koruyucu düzenlemeleri oluşturma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, temel hak ve hürriyetleri koruma görevinin yargı mercilerine düştüğünü belirtmiştir: “*Yasakoyucunun belli hayat alanları veya belli sözleşme tipleri için emredici sözleşme hukuku yaratmaktan kaçınması, hiçbir şekilde, sözleşme tatbikatının tamamıyla güçlerin sınırsız çatışmasına terk edildiği anlamına gelmez. Aksine böyle durumlarda özellikle BGB § 138, 242, 315 gibi, ölçüsüzlükleri engelleme işlevine sahip özel hukukun çerçeve kuralları müdahale etmektedir. Özellikle bu çerçeve kuralların somutlaştırılması ve uygulanmasında temel haklar dikkate alınmalıdır. Anayasanın ilgili koruma ödevi, burada, temel hakların içerdiği temel ilkeleri, sözleşme eşitliğinin zedelenmiş olduğu durumlarda özel hukukun araçları ile hayata geçirmeye çalışan hâkime yüklenmiştir*” (BVerfGE 81, 242'den aktaran Atamer (1997-a), s. 359).

¹⁵⁷⁴ BVerfGE, 39, 1. Kararın İngilizce çevirisi için bkz. Çev. Robert E. Jonas ve John D. Gorby, 70 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court-Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights, s. 196-219.

koruyucu ve destekleyici bir pozisyon almasını; özellikle diğer kişilerin yasa dışı saldırılarına karşı yaşamı korumasını gerektirir. Devletin gelişmekte olan yaşamı koruma yükümlülüğü ilke olarak anneye karşı bile mevcuttur. Bu koruma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceğini belirleme yetkisi öncelikle yasama organına aittir. Hangi koruma tedbirlerinin gerekli olduğunu ve hangi tedbirlerin yaşamın etkili bir şekilde korunması amacına hizmet ettiğini yasama organı belirler. Bununla birlikte, yasama organının, anayasal güvence altında olan hukukî değerleri korumak için mevcut olanaklar dâhilinde yeterli tedbirleri alıp almadığı Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Mahkeme, annenin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokan bir durum söz konusu olmaksızın hamileliğin sonlandırılması eylemini yaptırımsız bırakan dava konusu kuralın, devletin temel hak ve hürriyetleri koruma yükümlülüğü ile bağdaşmadığına karar vermiştir¹⁵⁷⁵.

Federal Anayasa Mahkemesi, 1990 tarihli “*acente (Handelsvertreter) kararı*”¹⁵⁷⁶, 1993 tarihli “*kefalet (Bürgschaft) kararı*”¹⁵⁷⁷ ve 2001 tarihli “*evlilik sözleşmesi (Ehevertrag) kararı*”nda¹⁵⁷⁸, devletin temel hak ve hürriyetleri koruma yükümlülüğünün özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olduğunu kabul etmiştir. Bu üç kararda da ortak olan nokta, eşitsiz pazarlık pozisyonlarının etkisi ile başvuru sahiplerinin irade özerkliklerinin zayıflamış olması; bu nedenle de karşı tarafın sunduğu dezavantajlı sözleşme şartlarına boyun eğmek zorunda kalmış olmalarıdır. Mahkeme bu kararlarında, tarafların pazarlık güçleri arasında yapısal bir dengesizliğin bulunduğu ve bu dengesizliğin zayıf taraf için aşırı külfetli bir sözleşmeye yol açması ihtimali olduğu durumlarda, devletin, zayıf tarafın menfaatlerini koruyucu kuralları ihdas etmesi veya özel hukukun çerçeve hükümleri vasıtası ile zayıf taraf lehine sözleşme ilişkisine müdahale etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yasama ve

¹⁵⁷⁵ BVerfGE, 39, 1'den çeviren Jonas/Gorby, s. 196-219. Bu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Belling/İnce, s. 14-16; Şirin (2013), s. 159-160; Boyar (2019), 30-32; Dönmezkuş, s. 87-88; Yılmaz Coşkun, s. 95-97.

¹⁵⁷⁶ BVerfGE 81, 242.

¹⁵⁷⁷ BVerfGE 89, 214.

¹⁵⁷⁸ BVerfGE 103, 89.

yargı organlarının koruma yükümlülüğünü ihmal etmesi halinde, Anayasa Mahkemesi tarafından düzeltilmesi gereken bir ihlal durumu ortaya çıkmaktadır¹⁵⁷⁹.

Yukarıda yer alan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, koruma yükümlülüğü doktrini, temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisini özel kişilerin bu haklar ile bağlı olmasına değil; kamu otoritelerinin temel hak ve hürriyetlerin korunması hususunda anayasal yükümlülüğü bulunmasına dayandırmaktadır. Ancak öğretilde, koruma yükümlülüğü doktrini ile yatay etki modelleri arasında sonuca etki eden bir farklılık bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre; koruma yükümlülüğü doktrininin kabulü, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların temeline kamu otoritelerini yerleştirmesi itibarı ile yatay etki modellerinin reddi anlamına gelmektedir¹⁵⁸⁰.

Aksi yönde bir görüşe göre; koruma yükümlülüğü doktrini, doğrudan yatay etki modeli ile özdeş sonuçları ortaya çıkarmaktadır¹⁵⁸¹. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde temel hakların esas belirleyici role sahip olduğunu göstermektedir. Mahkeme yukarıda zikredilen kararlarında her ne kadar özel hukuk kurallarına, bilhassa özel hukukun çerçeve hükümlerine atıf yapsa da, gerçekte tarafların çatışan temel haklarını dengelemek sureti ile uyuşmazlığın sonucunu Anayasa hukuku düzeyinde belirlemiştir¹⁵⁸². Bu görüşe göre; her iki özel tarafın da temel haklara dayalı bir iddiası veya savunması mevcut olduğunda, özel hukukun genel hükümlerinin rolü, çatışan hakların dengelenmesi sürecine aracılık etmek ile sınırlı kalmaktadır¹⁵⁸³.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre ise koruma yükümlülüğü doktrini, dolaylı yatay etki modeli ile karşılıklı etkileşim içerisinde olup bu iki model birbirini

¹⁵⁷⁹ Bu kararlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. IŞ-V-C-1-b.

¹⁵⁸⁰ Bu görüşe ilişkin bkz. Boyar (2019), s. 40-43.

¹⁵⁸¹ Cherednychenko (2004), s. 8-9.

¹⁵⁸² Cherednychenko (2007-b), s. 8.

¹⁵⁸³ Cherednychenko (2004), s. 9.

tamamlamaktadır¹⁵⁸⁴. Hem koruma yükümlülüğü doktrini hem de dolaylı yatay etki modeli, özel hukukun genel hükümleri vasıtası ile temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerinde etki doğurduğunu kabul etmektedir. Koruma yükümlülüğü doktrininin getirdiği temel yenilik, dolaylı yatay etki modelinin mahkemeler için öngördüğü Anayasa'nın objektif değerler sistemini koruma görevini yasama organına teşmil etmesi, hatta bu görevin başlıca muhatabı olarak yasama organını görmesidir¹⁵⁸⁵. Koruma yükümlülüğü doktrini, yatay ihlallerin gerçekleşme olasılığı yüksek olan alanların, tarafların temel hak ve hürriyetlerinin korunması gayesine uygun şekilde kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu çerçevede, koruma yükümlülüğü doktrininin dolaylı yatay etki modelinin reddi anlamına gelmediğini; bu modeli tamamladığını söylemek mümkündür¹⁵⁸⁶.

C) TÜRK HUKUKUNDA TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ

Türk hukukunda temel hakların yatay etkisi konusundaki ilk ciddi tartışma, 1961 Anayasası'nın yapım sürecinde yaşanmıştır. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa Tasarısı'nın "*Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı*" başlıklı 8'inci maddesinde "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, kişileri bağlayan ve doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kurallarıdır*" hükmüne yer verilmiştir¹⁵⁸⁷. Anayasa hükümlerinin devlet organlarının yanı sıra kişileri de bağlayacağını öngören ve doğrudan doğruya uygulanmasını emreden bu madde, Temsilciler Meclisi'nde çeşitli

¹⁵⁸⁴ Koruma yükümlülüğü doktrini ile dolaylı yatay etki modeli arasındaki ilişkiye dair ayrıntılı bilgi için bkz. Belling/İnce, s. 35-37; Schütte, s. 232; Boyar (2019), s. 33; Dönmezkuş, s. 90-91; Yılmaz Coşkun, s. 106-108. Koruma yükümlülüğü teorisinin dolaylı yatay etki modelinin karmaşık bir versiyonu olduğu yönünde bkz. Beckmann/Colombi Ciacchi/Ferreira/Moulin-Doos/O'Callaghan/Russo/Turney, s. 272; Ergül, s. 454.

¹⁵⁸⁵ Boyar (2019), s. 32.

¹⁵⁸⁶ Bu yönde bkz. Belling/İnce, s. 36; Boyar (2019), s. 35. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de koruma yükümlülüğü doktrinine başvurduğu kararlarda dolaylı yatay etki modelinden vazgeçmemiş ve temel hakların özel hukuk üzerinde etkisi konusunda bu iki modelin birbirini tamamlayıcı biçimde kullanılmasını tercih etmiştir (Cherednychenko (2007-b), s. 6).

¹⁵⁸⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, s. 59. İstanbul Üniversitesi Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa-Ön Tasarısı'nda da temel haklara özgü olarak benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir: "... bütün temel haklarla ilgili Anayasa hükümleri, Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayan ve doğrudan doğruya uygulanması gereken hukuk kaideleridir" (Kanadoğlu, s. 31, dipnot 91).

itirazlara konu olmuştur¹⁵⁸⁸. Anayasa hükümlerinin, kanunlarının aracılığı olmaksızın doğrudan özel kişiler üzerinde etki doğurmasının keyfî uygulamalara yol açabileceği ve Anayasa'nın temel hak ve hürriyetler için sağladığı güvenceyi zayıflatabileceği ileri sürülmüştür¹⁵⁸⁹. Anayasa Komisyonu üyeleri bu eleştirilere yanıt olarak, Anayasa hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanmasının kamu düzeni ve kişisel özgürlükler açısından daha ileri bir merhale teşkil ettiğini¹⁵⁹⁰; bu düzenleme sayesinde kişilerin, kanunların yardımına gerek olmaksızın doğrudan temel hak ve hürriyetlerine dayalı olarak taleplerde bulunabileceklerini ifade etmişlerdir¹⁵⁹¹. Söz konusu hüküm, Temsilciler Meclisi'nde yapılan ilk görüşmede Anayasa Komisyonu'nun önerdiği şekli ile kabul edilmiş; ikinci görüşmede ise “*kişileri bağlayan*” ibaresi aynen korunurken, bazı iltibaslara yol açabileceği gerekçesi ile “*ve doğrudan doğruya uygulanması gereken*” ibaresinin çıkarılmasına karar verilmiştir¹⁵⁹². Bu değişikliğe rağmen Anayasa hükümlerinin özel kişiler arasındaki

¹⁵⁸⁸ Temsilciler Meclisi'nde bu maddeye ilişkin tartışmalar için bkz. **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 41. Birleşim, 10.04.1961, s. 7-31. Ayrıca bkz. Boyar (2019), s. 102-108; Dönmezkuş, s. 192-194.

¹⁵⁸⁹ Fethi Çelikbaş'ın bu yöndeki konuşmaları için bkz. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 41. Birleşim, s. 14-15 ve s. 21-23.

¹⁵⁹⁰ Anayasa Komisyonu sözcüsü Turan Güneş'in bu yöndeki konuşması için bkz. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 41. Birleşim, s. 18.

¹⁵⁹¹ Anayasa Komisyonu sözcüsü Muammer Aksoy'un konuya ilişkin açıklamaları, doğrudan yatay etki modeli ile paralel içeriktedir: “*Birçok arkadaşlar şu fikri müdafaa ettiler : «Anayasa, hükümleri çok kere kişilere hitabetmez. Buradaki «kişileri bağlar» kaydı, sanki Anayasanın bütün hükümleri kişileri bağlıyormuş gibi, maddenin kasdını çok aşar bir ifadeye sahiptir.» Ancak, çoğunluk demiştir ki; «Bir Anayasa hükmünün kişileri bağlaması ancak, bu hüküm kişilere hitabeden bir hukuk kaidesi olduğu takdirde bahis konusudur.» Biraz önce de arz ettiğim gibi, bu, hürriyetlerle ilgili hükümlerde olabilmektedir. Anayasadaki bir kaide, eğer kişileri muhatap alacak bir muhtevaya sahip ise, onları da bağlar... Anayasada, meselâ özel hayatın gizliliği de korunmuştur. Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz deyince, yalnız Devlet otoritesi değil, kişiler de bu kayda riayet etmek zorundadır. Keza çalışmanın korunmasıyla ilgili hükümler de böyledir. Meselâ ücretli hafta tatili, bayram tatili diye hükümler vardır. İlgili kanun kalksa bile, Anayasada hüküm olduğundan, ücretli hafta tatili bir hak olarak kabul edilecektir. Bir şahsın yaşına ve cinsiyetine uymayan işlerde çalıştırılmayacağına dair de Anayasa hükmü vardır. Bu da kişileri doğrudan doğruya bağlar. Kişileri yaşına ve şahsiyetine uymayan işlerde çalıştıranlar, hiç değilse Anayasayı ihlâl etmiş olacaktırlar. Anayasanın bu husustaki emri icabı bir tedbir alınarak, çocukları böylesine çalıştıranlara, idari bir kararla da mâni olunabilir. Bu yolda hareket Anayasayı tatbik değil midir? Bendeniz vaktiyle Kemaliye'de, altı yedi yaşındaki çocukların halı dokuduklarını gördüm. Bu iş kanuna aykırı bir hareket idi. Ama bugün kanunda hüküm olmasa bile, idari makam tedbir alabilir. Anayasadaki bu hüküm, bir müeyyide kaynağı vazifesi görecektir. Bu hükme dayanarak tazminat dâvası dahi açılabilir. Demek ki, şahıslara da hitabeden, onları da bağlayan bir hükümdür” (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 41. Birleşim, s. 13).*

¹⁵⁹² Bkz. **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 3, 58. Birleşim, 02.05.1961, s. 478.

ilişkilerde etkili olduğu görüşü, bu dönemin Türk hukuk öğretisinde genel olarak kabul görmüştür¹⁵⁹³.

1982 Anayasası, yatay etki teorisinin benimsenmesine dayanak teşkil edebilecek çok sayıda hüküm ihtiva etmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin özel kişiler arasındaki ilişkilerde de geçerli olduğunun en güçlü kanıtı, Anayasa hükümlerinin devlet organlarının yanı sıra diğer kuruluş ve kişileri de bağladığını öngören Anayasa'nın 11'inci maddesidir. Şüphesiz Anayasa hükümlerinin önemli bir kısmı –bilhassa devletin organizasyon şemasını çizen hükümler- yalnızca devlet organlarına hitap etmekte olup özel kişilerin bu hükümler ile bağlı olmasının doğuracağı ilave bir sonuç bulunmamaktadır. Ancak temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümler özel kişileri de muhatap almaktadır ve özel kişiler de bu hükümler ile bağlı sayılmalıdır¹⁵⁹⁴.

Temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını ihtiva ettiğini öngören Anayasa'nın 12'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmü ile devletin yanı sıra özel kişileri de hakkın kötüye kullanılması yasağının muhatabı olarak gösteren Anayasa'nın 14'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmü de temel hakların yatay etkili olduğunun kanıtları arasında yer almaktadır¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹³ Tanör (1978), s. 252. Komisyon sözcüsü Muammer Aksoy da “ve doğrudan doğruya uygulanması gereken” ibaresinin çıkarılmasının hükmün anlamında bir değişikliğe yol açmadığını ifade etmiştir (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 58. Birleşim, s. 478).

¹⁵⁹⁴ Kişileri bağlayan Anayasa hükümlerinin temel hak ve hürriyetler ile sınırlı olmadığı; başlangıç kısmı ile eşitlik ilkesi ve sosyal devlet ilkesi gibi temel hak ve hürriyet şeklinde düzenlenmemiş kuralların da kişiler arasındaki ilişkilerde geçerli olduğu yönünde bkz. Tanör (1978), s. 254-255. Benzer yönde bkz. Gören (2001), s. 30-31. Eşitlik ilkesinin özel kişilere hitap etmediği yönünde bkz. Gözler (2018), s. 240-242.

¹⁵⁹⁵ Temel hakların yatay etkisinin normatif dayanakları hakkında bkz. Boyar (2013-b), s. 68-69; Şirin (2013), s. 351-352; Sunay (2015), s. 12-14. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında, temel hakların yatay etkisinin pozitif dayanaklarına ilişkin olarak şu açıklamayı yapmaktadır: “Anayasa’da pozitif yükümlülüklerle ve temel hakların yatay ilişkilere uygulanmasına gönderme yapan çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Bu kapsamda Anayasa’nın 176. maddesine göre metne dâhil sayılan başlangıç bölümünün yedinci paragrafında “Topluca Türk vatandaşlarının (...) birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı (...)” göstermesi hususundan bahsedilmekte, Anayasa’nın devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesinde ise “(...), kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” ifadelerine yer verilmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne ilişkin 11. madde gereğince Anayasa

Temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilerde etkili olduğu konusunda öğretide geniş bir uzlaşa bulunmakla birlikte Anayasa'nın yukarıda açıklanan yatay etki modellerinden hangisini benimsediği hususu hâlihazırda tartışmalıdır. Türk Anayasa Hukuku öğretisinde ağırlıklı olan görüş, temel hak ve hürriyetlerin özel kişiler arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulanabileceği yönündedir¹⁵⁹⁶. Gerçekten de 1982 Anayasası -1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'na kıyasla- doğrudan yatay etki modeli lehinde oldukça güçlü dayanaklar ihtiva etmektedir. Yukarıda da aktarıldığı üzere, Alman Anayasası, temel hakların muhataplarını yasama, yürütme ve yargı organları olarak belirlemişken (m. 1. f. 3); 1982 Anayasası, kamu otoriteleri dışında “diğer kuruluş ve kişileri” de Anayasa hükümlerinin, dolayısı ile temel hak ve hürriyetlerin muhatabı olarak kabul etmektedir (m. 11. f. 1)¹⁵⁹⁷. Bunun yanı sıra, yargı mercilerinin Anayasa hükümlerini doğrudan uygulamalarına olanak sağladığı ileri sürülen Anayasa'nın 138'inci maddesi¹⁵⁹⁸ ile 177/e maddesi¹⁵⁹⁹ de Türk hukukunda doğrudan yatay etki modelinin benimsendiğinin göstergesi olarak sunulmaktadır¹⁶⁰⁰.

hükümleri yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarının yanında diğer kuruluş ve kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olup Anayasa'da tanımlanan hak ve özgürlükler tüm bireyler bakımından güvence altındadır. Temel hak ve hürriyetlerin niteliği başlıklı 12. madde gereğince “(...) temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder”. Anayasa'nın “hakkın kötüye kullanılmasına” ilişkin 14. maddesinin ikinci fıkrası ise Anayasa hükümlerinden hiçbirinin devlete veya kişilere, Anayasa'yla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağını ifade ederek hem bireylere hem de devlete hitap etmekte ve temel hakların etkin kullanımı noktasında kamusal makamlara düşen pozitif yükümlülükler ile temel hakların yatay ilişkilerde uygulanmasının normatif dayanaklarından birini oluşturmaktadır”. Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, Ahmet İsmail Onat Başvurusu, B.N. 2013/6714, K.T. 21.04.2016, § 62.

¹⁵⁹⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Belling/İnce, s. 39, dipnot 187. Gören'in doğrudan yatay etki modeli lehinde görüşleri için bkz. Gören (2001), s. 27-32.

¹⁵⁹⁷ Anayasa'nın 11'nci maddesinde yer alan “diğer kuruluş ve kişileri” ibaresi ile özel hukuk kişilerinin kastedilmediği; bu ibarenin hemen öncesinde yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarının zikredilmiş olduğu; bu nedenle aslında söz konusu ibarenin kamu erkleri ile bağlantılı kişi ve kuruluşları kapsamına aldığı yönünde bkz. Kılıçaslan İşfen, Sibel, “Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2011, s. 203. Kanaatimizce bu maddenin mehzazı olan 1961 Anayasası'nın 8'inci maddesi ile ilgili hazırlık çalışmaları göz önüne alındığında bu görüşü benimseme olanağı bulunmamaktadır.

¹⁵⁹⁸ 1982 Anayasası m. 138. f. 1: “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler”.

Doğrudan yatay etki modelini destekleyen yazarlar, temel hak ve hürriyetlere ilişkin Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine kanunların aracılığı olmaksızın uygulanabileceğini; bu çerçevede kişilerin doğrudan doğruya temel hak ve hürriyetlerine başvurarak dava açma olanaklarının bulunduğunu ve Anayasa'ya aykırı olan özel hukuk işlemlerinin Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesine başvurmaya gerek olmadan Anayasa'nın 11'inci maddesi uyarınca geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmektedirler¹⁶⁰¹. Türk hukukunda işçilerin grev hakkının tanınması sürecinde yaşanan gelişmeler, temel hakların doğrudan yatay etkisinin somut örneği olarak gösterilmektedir. 3008 Sayılı İş Kanunu'nun açıkça yasakladığı (m. 72) ve işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilmesine olanak tanıyan (m. 16) grev uygulaması, 1961 Anayasası ile anayasal bir hak olarak tanınmıştır (m. 47). Grev hakkının kullanımının usul ve esasları, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık iki yıl sonra çıkarılan 275 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile tespit edilmiştir. Öğretide grev hakkının anayasal güvence altına alınması ile işverenin grev nedeni ile iş sözleşmesini fesih hakkının ortadan kalktığı; bu sonucun 275 Sayılı Kanun'un henüz yürürlüğe girmediği dönem için de geçerli olduğu ileri sürülmüştür¹⁶⁰². Bu durum, bir anayasal kuralın özel hukuk ilişkisi (iş

¹⁵⁹⁹ 1982 Anayasası m. 177/e: “Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilanıyle birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır”. Bu hükmün anlamı ve işlevi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 136; Dönmezkuş, s. 198-200.

¹⁶⁰⁰ Anayasa'nın 11'inci maddesinin gerekçesinde de yargı mercilerinin Anayasa'yı uygulama yetkisine vurgu yapılmıştır: “Anayasa sadece devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde, Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilecektir”. Doğrudan yatay etki modelinin anayasal dayanakları hakkında bkz. Gören (2000-a), s. 79-81; Gören (2001), s. 28-31; Belling/İnce, s. 41-42; Dönmezkuş, s. 195-200.

¹⁶⁰¹ Gören (2001), s. 31; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 133-134.

¹⁶⁰² İtalyan hukukunda da grev hakkının kabulünde benzer bir süreç yaşanmıştır. 1947 İtalya Cumhuriyeti Anayasası'nın 40'nci maddesinde grev hakkının, bu hakkı düzenleyen kanun çerçevesinde kullanılacağı belirtilmiş ve fakat söz konusu kanun, Anayasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık beş yıl sonra çıkarılabilmektedir. Yargı mercileri, Anayasa'nın 40'nci maddesini doğrudan uygulamak sureti ile grev hakkını bir “*sübjektif hak*” (*diritto soggettivo*) olarak kabul etmişler ve grev hakkının kullanımının usul ve esaslarını düzenleyen kanunun çıkarılamamış olmasının bu hakkın kullanımına engel teşkil etmeyeceğine hükmetmişlerdir (Mak/Sanches Galera/Wünsch/Jorge Ramos/Kraus, s. 392).

sözleşmesi) üzerindeki doğrudan etkisini veya doğrudan uygulamasını gösteren bir örnek olarak kabul edilmektedir¹⁶⁰³.

Öğretideki diğer görüşe göre; Türk hukuk sisteminde, temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkileri üzerinde doğrudan etkili olduğu kabul edilemez. Öncelikli hedefi devletin tek taraflı müdahalelerine karşı bireylere koruma sağlamak olan temel hak ve hürriyetler, irade özerkliğinin ve karşılıklı rızanın ön planda olduğu özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanamaz¹⁶⁰⁴. Temel hak ve hürriyetler, özel hukuk ilişkilerinde ancak muğlak kuralların ve açık uçlu ilkelerin Anayasa'ya uygun yorumu ve hukuk boşluklarının yargıç tarafından Anayasa'ya uygun şekilde doldurulması yolu ile etki doğurabilir. Dolaylı yatay etki modelinin bilhassa Türk özel hukuk öğretisinde yaygın kabul gördüğünü söylemek mümkündür¹⁶⁰⁵.

1982 Anayasası, temel hak ve hürriyetlerin özel kişiler arasındaki ilişkiler üzerinde hangi model çerçevesinde etki doğuracağına ilişkin açık bir hüküm ihtiva etmemektedir. Kanaatimizce temel hakların yatay etkisinin anayasal dayanaklarını teşkil eden hükümler, hem doğrudan etki modelinin hem de dolaylı etki modelinin benimsenmesine olanak sağlayacak ölçüde esnek bir yapıya sahiptir¹⁶⁰⁶. Bu çerçevede, temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkilerine nasıl ve hangi araçlar üzerinden nüfuz edeceği noktasında Yargıtay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin tutumu belirleyici önem kazanmaktadır.

¹⁶⁰³ Bu yönde bkz. Gören (2001), s. 27; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 134. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Belling/İnce, s. 43; Dönmezkuş, s. 196-197. Grev yapılmasını kesin olarak yasaklayan 3008 Sayılı İş Kanunu'nun 72'nci maddesi hükmü itiraz başvurusu yolu ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş; Mahkeme, Anayasa'nın geçici 7'inci maddesinde uyum yasalarının çıkarılması için öngörülen iki yıllık süre henüz dolmamış olmasına rağmen bu hükmün iptaline karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 1962/280, K. 1963/51, K.T. 06.03.1963, S. 1, s. 115-117). Ancak kararın gerekçesi incelendiğinde, Mahkeme'nin, grev hakkının kullanılabilmesinin ancak konuyu düzenleyen bir kanunun çıkarılması ile mümkün olduğu görüşünü kabul ettiği anlaşılmaktadır.

¹⁶⁰⁴ Öktem Songu, Sezgi, “*Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı: Polat SOYER'e Armağan, Y. 2013, s. 619.

¹⁶⁰⁵ Bkz. Serozan (1975), s. 216; Ertürk, s. 37; Serozan (2013), s. 137-138; Serozan (2015), s. 107; Kılıçarslan İsfen, s. 204-206; Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 501-502.

¹⁶⁰⁶ Ergül, s. 482.

Yargıtay’ın temel hakların yatay etkisine ilişkin olarak sistematik ve tutarlı bir yaklaşım geliştirmiş olduğu söylenemezse de dolaylı yatay etki modeli ile uyum içinde olan bazı kararları mevcuttur¹⁶⁰⁷. Kusursuz eşin, boşanma davasının kesinleşmesinden sonra eski eşine karşı manevî tazminat davası açıp açamayacağı hususuna ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararı’nı¹⁶⁰⁸ bu kapsamda zikretmek mümkündür. Uyuşmazlığın temel hak ve hürriyetler arasında yer alan dava hakkı ile ilişkili olduğunu ve açık bir kanunî dayanak bulunmaksızın bu hakkın sınırlanamayacağını ifade eden Mahkeme, manevi tazminat davasının boşanma davasının kesinleşmesinden sonra da açılabileceğine hükmetmiştir. Bu karar, dolaylı yatay etki modelinin önerdiği araçlardan biri olan özel hukuk kurallarının temel hak ve hürriyetlere uygun yorumu tekniğinin doğru bir uygulamasını yansıtmaktadır¹⁶⁰⁹.

Yargıtay, daha yakın tarihli başka bir kararında, Anayasa hükümlerinin özel kişiler arasındaki ilişkilerde özel hukuk düzeninin çerçeve hükümleri aracılığı ile etki doğuracağına işaret etmiştir¹⁶¹⁰:

“Anayasa Borçlar Hukuku yönünden de temel üst normdur ve Anayasa ile öngörülen ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması lüzumu, özel hukuk ilişkilerinde de gözetilmeli, hakim MK.nun 1. maddesinin kendisine tanıdığı kanun koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak; özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyi niyet kurallarına uyulmasını emreden MK.2/1; ekonomik varlığın yitirilmesinin kişilik hakları ile ilgisi itibarıyla, kişiliğin korunmasını düzenleyen MK.nun 24 ve BK.nun 19/2 gibi genel kurallara dayanarak sözleşmeye müdahale etmelidir”.

¹⁶⁰⁷ Yargıtay’ın temel hakların yatay etkisine ilişkin yaklaşımı hakkında bkz. Dönmezkuş, s. 208-213.

¹⁶⁰⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 1986/5, K. 1988/1, K.T. 22.01.1988, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/e-1986-5-k-1988-1-t-22-1-1988>, E.T. 24.12.2023.

¹⁶⁰⁹ Bu karar hakkında bkz. Sağlam, Fazıl, “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, **Anayasa Yargısı**, C. 13, Y. 1996, s. 52; Kaneti, s. 23; Gören (2001), s. 24-25.

¹⁶¹⁰ Yargıtay 3’üncü Hukuk Dairesi, E. 2008/5324, K. 2008/5974, K.T. 07.04.2008, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2008-5324-k-2008-5974-t-07-04-2008>, E.T. 24.12.2023.

2010 Anayasa değişiklikleri ile bireysel başvuru mekanizmasının hukuk sistemize dâhil olması neticesinde, Anayasa Mahkemesi’nin, özel hukuk kişilerinin kaynaklık ettiği temel hak ihlali iddiaları hakkında da karar vermesi gerekmiştir. Mahkeme, temel hakların yatay etkisi konusuna ilişkin yaklaşımını 2014 tarihli “*Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*”¹⁶¹¹ kararında ayrıntılı olarak ortaya koymuştur. Mahkeme’ye göre; bireysel başvuru mekanizmasının öncelikli amacı, devlet organlarının kamu gücü kullanımı neticesinde meydana gelen temel hak ihlallerine karşı mağdurlara uygun bir giderim sağlanması olmakla birlikte, özel kişilerin sebebiyet verdiği temel hak ihlallerinde de devlete atfedilebilecek bazı sorumluluklar bulunabilmektedir (§ 34). Bu sorumluluk, özel kişiler tarafından temel hakları ihlal edilen kişilerin, koruyucu kuralların eksikliği veya hukuk uygulayıcılarının temel haklara uygun yorum yapma görevini savsaklaması nedeni ile etkili bir korumadan yararlanamadığı durumlarda gündeme gelebilmektedir (§ 35-36). Mahkeme, devletin temel haklara ilişkin pozitif yükümlölüklerini “*devletin temel amaç ve görevleri*” başlıklı Anayasa’nın 5’inci maddesi ile temellendirmekte ve bu maddenin devlete, hak ve hürriyetlerin gerçekleştirilmesine yardımcı olma görevi yüklediğini ifade etmektedir (§ 38). Bu görev doğrultusunda devletin, özel kişilerden kaynaklanan haksız müdahalelere karşı etkili iç hukuk yollarını oluşturması ve yargılama sürecinde özel kişilerin çatışan hakları arasında tercih yaparken anayasal yorum ile temel hakları koruması gerekmektedir (§ 39)¹⁶¹².

¹⁶¹¹ Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*, B.N. 2012/1035, K.T. 17.07.2014. Anayasa Mahkemesi bu kararda “yatay etki” kavramına doğrudan yer vermemiştir. Ancak daha yakın tarihli kararlarında bu kavramı şu şekilde tanımlamıştır: “Pozitif yükümlölükler özel hukuk kişilerinin birbiriyle olan uyumsuzluklarının çözümüne ilişkin yasal altyapının oluşturulmasını, söz konusu uyumsuzlukların adil yargılama gereklerine uygun ve usul yönünden güvenceleri içeren bir yargılama kapsamında incelenmesini ve bu yargılamalarda temel haklara ilişkin anayasal güvencelerin gözetilip gözetilmediğinin denetlenmesini de gerektirir. Bu sebeple devletin negatif bir yükümlölük olarak salt insan hakları ihlallerinden kaçınmasının yanı sıra bireylerin birbiriyle olan yatay ilişkileri de insan haklarının konusu olmakta, bunun sonucunda üçüncü kişilerin eylemlerine karşı korumanın sağlanmasında da devletin birtakım pozitif yükümlölükleri bulunmaktadır. Zira devletin kaynağı ne olursa olsun yetki alanında gerçekleşen her türlü insan hakları ihlallerinden sorumluluğu, bu hakların garantörü olmasının doğal bir sonucudur. Temel hak ve hürriyetlerin bu etkisine yatay etki denmektedir” (Anayasa Mahkemesi, *Tuna Ayçiçek Başvurusu*, B. N. 2014/6526, K.T. 24.01.2018, § 59; Anayasa Mahkemesi, *İdil Alakuş Dere Başvurusu*, B.N. 2019/38252, K.T. 11.01.2023, § 13).

¹⁶¹² Bu karar hakkında değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Can, Osman, “*Dolaylı Etki ve İyi Yönetişim Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler*”,

Anayasa Mahkemesi; “*Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*” kararında ortaya koyduğu yaklaşımını sonraki bireysel başvuru kararlarında da büyük ölçüde sürdürmüştür. Ancak Mahkeme’nin bazı eklemeler ve düzeltmeler yapmak sureti ile konuya ilişkin içtihadını revize ettiği görülmektedir. Mahkeme bu çerçevede, özel kişiler arasındaki ilişkilerde, tarafların temel hak ve hürriyetlerini koruma görevinin öncelikle yasama organına ve derece mahkemelerine ait olduğuna dikkat çekmektedir. Özel kişilerden kaynaklanan temel hak ihlallerinin sonuçlarının giderilmesi bakımından ne tür hukukî mekanizmaların oluşturulması gerektiği; temel hak çatışmalarının hangi tarafın hakkına üstünlük tanınarak nasıl çözümleneceği kanun koyucunun ve derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olan meselelerdir. Bu meseleler, kural olarak Anayasa Mahkemesi’nin ilgi alanı dışında kalmaktadır. Ancak oluşturan hukukî mekanizmaların temel hak ihlallerinin giderilmesi bakımından yeterli ve elverişli olup olmadığı veya çatışan hakların dengelenmesi sürecinde taraflardan biri aleyhine bireysel olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenip yüklenmediği hususlarına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi’nin denetim yetkisi saklı kalmaktadır¹⁶¹³.

Anayasa Mahkemesi; yakın tarihli bir kararında, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda tarafların temel hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından özel hukukun çerçeve hükümlerinin oynadığı role ve hâkimin Anayasa’ya uygun yorum yapma görevine dair önemli tespitlerde bulunmuştur¹⁶¹⁴:

Anayasa Yargısı, C. 35, S. 1, Y. 2018, s. 30-31; Boyar (2019), s. 168-171; Dönmezkuş, s. 217-218.

¹⁶¹³ Temel hakların yatay etkisini konu alan ve bu yönde açıklamaların yer aldığı bazı Anayasa Mahkemesi kararları şu şekildedir: Anayasa Mahkemesi, *Ömür Kara ve Onursal Özbeğ Başvurusu*, B.N. 2013/4825, K.T. 24.03.2016, § 55; Anayasa Mahkemesi, *Melahat Karkin Başvurusu [GK]*, B.N. 2014/17751, K.T. 13.10.2016, § 60-61; Anayasa Mahkemesi, *Mustafa Karaca Başvurusu*, B.N. 2014/11657, K.T. 22.06.2017, § 48-50; Anayasa Mahkemesi, *Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu*, B.N. 2014/12321, K.T. 20.07.2017, § 52; Anayasa Mahkemesi, *Kamil İnce Başvurusu*, B.N. 2014/1167, K.T. 25.10.2017, § 36; Anayasa Mahkemesi, *Birgül Pişkin ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2014/2085, K.T. 26.10.2017, § 51; Anayasa Mahkemesi, *Nobel İlaç Pazarlama ve Sanayii Ltd. Şti. Başvurusu*, B.N. 2016/4887, K.T. 03.07.2019, § 64; Anayasa Mahkemesi, *İbrahim Acar Başvurusu*, B.N. 2016/3140, K.T. 07.11.2019, § 31; Anayasa Mahkemesi, *Cahide Demir Başvurusu*, B.N. 2018/25663, K.T. 14.09.2021, § 36; Anayasa Mahkemesi, *Osman Akgül Başvurusu*, B.N. 2019/4912, K.T. 21.09.2022, § 34; Anayasa Mahkemesi, *Halit Aksu Başvurusu*, B.N. 2019/13790, K.T. 16.11.2022, § 22, 30.

¹⁶¹⁴ Anayasa Mahkemesi, *Emine Yaşar Kaya ve Melike Gök Başvurusu*, B.N. 2020/32802, K.T.19.07.2023, § 25-26.

“Kamu gücü kullanan makamların her türlü iş ve işlemlerinde öncelikle Anayasa hükümlerini gözetmeleri zorunludur. Nitekim Anayasa'nın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu ifade edilmiştir. Diğer taraftan Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Görüldüğü üzere yargı organlarının uyuşmazlıkları öncelikle Anayasa hükümlerini dikkate alarak çözüme kavuşturmaları anayasal bir zorunluluktur. Bu bağlamda bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi Anayasa Mahkemesinin ilk elden yani doğrudan inceleme yapmamasını ifade ettiği gibi esas itibarıyla idari ve yargısal makamların önlerindeki meseleleri ve uyuşmazlıkları öncelikle Anayasa'ya uygun biçimde sonuca bağlamaları yönünden birincil derecede sorumlu olduklarını göstermektedir. Özellikle temel kanunlarda öngörülen dürüstlük ve iyi niyet kuralları, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi genel ilkeler ile bazı hâllerde olayın özelliklerine ve durumun gereklerine göre hâkime takdir yetkisi tanınması uyuşmazlıkların çözümünde Anayasa'ya uygun yorum imkânı tanıyan söz konusu etkili hukuksal korumanın bir gereği olarak görülmelidir. Dolayısıyla ister özel kişiler arası isterse de taraflardan birinin kamu gücü olduğu uyuşmazlıklar olsun her durumda hâkimin hukuk kurallarını Anayasa'ya uygun bir biçimde yorumlaması ve yargı yetkisinin kullanımı çerçevesinde özellikle Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin korunmasını gözetmesi beklenmektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasa'ya uygun yorum ilkesi hâkimin hukuk kurallarını yorumlama serbestîsinin sınırını oluşturmaktadır. Dolayısıyla hâkimin bir hukuk kuralının anlam ve kapsamını tespit ederken Anayasa'yı ve anayasal ilkeleri hesaba katmaması Anayasa'nın normlar hiyerarşisinin tepesinde yer almasını anlamsız hâle getirir. Bu bağlamda Anayasa kâğıt üzerinde kalan bir metin değil yaşayan, hukuk sistemini yönlendiren, her türlü kamusal tasarrufta gözetilmesi gereken hukuki bir belgedir. Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığının gereği olarak hâkimin maddi hukuk

hükümlerini uygularken temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlama ölçütlerini ve güvenceleri öncelikle dikkate alması anayasal bir gerekliliktir”.

Anayasa Mahkemesi’nin devletin pozitif yükümlülüklerine ve temel hakların yatay etkisine ilişkin yaptığı açıklamalar, koruma yükümlülüğü doktrini ve dolaylı yatay etki modeli ile paralellik arz etmektedir¹⁶¹⁵. Mahkeme; bir yandan yasama organının özel kişilerden kaynaklanabilecek olası ihlallere karşı kişileri koruyucu kuralları ihdas etme görevine işaret ederken diğer yandan da yargı mercilerinin temel hak çatışmalarını Anayasa’ya uygun yorum yöntemi ile çözümlemesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. Bu yaklaşım, Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin içtihatları ile de büyük ölçüde örtüşmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkisi meselesini koruma yükümlülüğü doktrini ve dolaylı yatay etki modeli çerçevesinde ele alması yerinde bir tercihtir. Kanaatimizce Türk hukuk sisteminde; kişisel özerklik, hukukî güvenlik ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri yönünden önemli kusurları bulunan doğrudan yatay etki modelinin benimsenmesine ihtiyaç yoktur. Koruma yükümlülüğü doktrini ve dolaylı yatay etki modeli, özel kişilerden kaynaklanan temel hak ihlalleri karşısında, mağdurlara yeterli korumayı sunabilecek hukukî mekanizmaları ihtiva etmektedir.

Her şeyden önce, Türk özel hukuk sistemi, genel yapısı itibarı ile temel hak ve hürriyetler ve anayasal değerler ile uyum içerisindedir. Temel hak ve hürriyetlerin önemli bir kısmı doğrudan özel hukuk kanunları ile somutlaştırılmış durumdadır. Örneğin Medeni Kanun’un kişilik haklarına ilişkin düzenlemeleri -kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (Anayasa m. 17), zorla çalıştırma yasağı (Anayasa m. 18), özel hayatın gizliliği (Anayasa m. 20), din ve

¹⁶¹⁵ Bu yönde bkz. Boyar (2019), s. 170. Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetlerin özel kişileri devlet organlarını bağladığı şekilde bağlamayacağını ifade etmek sureti ile doğrudan yatay etki modelini reddetmiş görünmektedir: “Uyuşmazlıkların özel hukuk kişileri arasında gerçekleştiği durumlarda temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerin yerine getirilip getirilmediği denetlenirken Anayasa’nın kamusal makamlara yüklediği sorumluluklardan doğrudan özel hukuk kişileri sorumlu tutulamayacağından taşıdığı koşulların özelliklerine göre bu tür başvuruların devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekebilir” (Anayasa Mahkemesi, *Emine Demir ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2019/16805, K.T. 25.05.2022, § 27).

vicdan hürriyeti (Anayasa m. 24) başta olmak üzere- birçok temel hak ve hürriyet için güvence sağlamaktadır. Medeni Kanun'un eşya hukuku ve miras hukuku kitapları, mülkiyet ve miras haklarını (Anayasa m. 35); aile hukuku kitabı ise ailenin korunması hakkını (Anayasa m. 41) koruyucu düzenlemeler içermektedir¹⁶¹⁶. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Burada dikkat çekilmek istenen husus, özel hukuk sisteminin zaten mevcut hâli ile kişilerin temel hak ve hürriyetlerine duyarlı bir yapıya sahip olduğudur. Özel kişiler arasındaki ilişkilerde karşılaşılabilecek olası temel hak ihlalleri, zaten yürürlükte olan özel hukuk kuralları ile büyük ölçüde önlenmiş durumdadır. Özel hukuk kuralları temel hak ve hürriyetleri koruduğu müddetçe kişilerin doğrudan temel hak ve hürriyetlerine başvurmaları gerekmeyecektir¹⁶¹⁷.

Tarafların temel hak ve hürriyetlerine koruma getiren özel kuralların eksikliği durumunda ise yargı mercileri, hukuk boşluklarını Anayasa'ya uygun şekilde doldurmak ve özel hukukun çerçeve hükümlerini temel haklar ışığında yorumlamak sureti ile koruma yükümlülüğünü yerine getirebilecektir. Türk özel hukuku, özel kişilerden kaynaklanan ihlallerin önlenmesi ve taraflar arasındaki temel hak çatışmalarının dengelenmesi için yargı mercilerinin kullanabileceği çok sayıda koruyucu ilke ve kuralı ihtiva etmektedir. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK. m. 2), iyi niyet (TMK. m. 3), kişiliğin korunması (TMK m. 23 vd), ahlâka ve kamu düzenine aykırılık (TBK m. 27), aşırı yararlanma (TBK m. 28) ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verilmesi (TBK m. 49. f. 2) gibi soyut ve yoruma açık nitelikteki ilke ve kuralları bu kapsamda zikretmek mümkündür¹⁶¹⁸. Yargı mercileri, bu ilke ve kuralları Anayasa'ya uygun yorum tekniği ile tanımlayıp somutlaştırarak temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olmasını sağlayabilir.

Şüphesiz temel hak ve hürriyetlerin özel hukukun çerçeve hükümleri vasıtası ile korunması da belirli sınırlara tabidir. Bu hükümler, özel kişilerden kaynaklanan

¹⁶¹⁶ Kaneti, s. 19.

¹⁶¹⁷ Ergül, s. 452-453.

¹⁶¹⁸ Krş. Belling/İnce, s. 10-11.

her türlü ihlalleri önleyebilen; bütün temel hak çatışmalarının adil biçimde dengelenmesine olanak sağlayan sihirli formüller değildir. Uyuşmazlığın çözümünde rol oynayan kuralların açıkça temel hak ve hürriyetlere ilişkin Anayasa hükümlerine aykırı olduğu; bu nedenle Anayasa'ya uygun şekilde yorumlanmalarının mümkün olmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Ancak bu ihtimalde dahi uyuşmazlığa bakan mahkemeler, kanun hükümlerini ihmal edip doğrudan doğruya temel hak ve hürriyetlere ilişkin Anayasa hükümlerini uygulama yetkisini haiz değildir. Böyle bir durumda, ilgili mahkeme, Anayasa'nın 152'inci maddesi uyarınca somut norm denetimi yoluna başvurmalı ve Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar doğrultusunda davayı sonuçlandırmalıdır¹⁶¹⁹.

Özetle i) temel hak ve hürriyetleri özel hukuk kuralları ile somutlaştırmış bulunan; ii) temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk ilişkilerine sızmasına olanak tanıyan çerçeve hükümleri ihtiva eden; iii) Anayasa'ya aykırı özel hukuk kurallarının iptalini sağlayan mekanizmalara sahip olan Türk hukuk sisteminde doğrudan yatay etki modelinin benimsenmesine ihtiyaç yoktur.

D) TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ NEDENİ İLE SÖZLEŞME HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASI

1) Sözleşme Hukukunun Anayasallaşması

Sözleşme hukuku, temel hakların yatay etkisi ile ilgili sorunların gün yüzüne çıktığı alanların başında gelmektedir. Avrupa hukuk sisteminde kökleşmiş olan kamu hukuku-özel hukuk ayrımı nedeni ile uzunca bir dönem temel haklar ile sözleşme hukuku birbirinden oldukça uzak alanlar olarak değerlendirilmiştir. Ancak son dönemlerde, bu iki alanın karşılıklı etkileşim içinde olduğu kabul edilmektedir. Artık temel hakların işlevinin bireylerin kamu gücüne karşı korunması ile sınırlı olmadığı; sözleşmesel ilişkiler de dâhil olmak üzere, tüm özel hukuk ilişkilerinin temel

¹⁶¹⁹ Alman hukuku bakımından benzer yönde değerlendirme için bkz. Kumm, s. 357-358. Gören'e göre; bir özel hukuk kuralının temel hak ve hürriyetlere veya konuyu düzenleyen açık ve ayrıntılı bir Anayasa kuralına aykırı olması durumunda, davaya bakan mahkeme, doğrudan ilgili Anayasa kuralını uygulayarak uyuşmazlığı çözüme kavuşturma yetkisine sahiptir (Gören (2001), s. 32).

hakların etkisi altında olduğu ifade edilmektedir. Özel hukukun anayasallaşması sürecinin kaçınılmaz bir sonucu olarak sözleşme hukuku da anayasallaşmaktadır¹⁶²⁰.

Bilindiği üzere, sözleşme hukuku alanına hakîm olan en temel ilke, sözleşme hürriyeti ilkesidir. Bu ilke, tarafların kendi aralarındaki hukukî ilişkileri, devletin müdahalesi olmaksızın kendi uygun gördükleri şekilde düzenleyebilmelerine olanak tanır. Bu çerçevede tarafların sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşme içeriğini ve şeklini belirleme konularında tercih özgürlükleri bulunmaktadır. Ancak özel hukukun anayasallaşması sürecine koşturarak, temel hak ve hürriyetler sözleşme hukuku alanında gittikçe daha belirleyici bir rol oynamakta ve bu etki oranında sözleşme hürriyeti ilkesinin geçerlilik alanı da daralmaktadır. Zira sözleşme hürriyeti ilkesi, kişilerin Anayasa'ya ve temel hak ve hürriyetlere bağlılığını ortadan kaldırmamaktadır¹⁶²¹.

Sözleşme ilişkilerinde tarafların temel hak ve hürriyetlerini ileri sürebilmeleri, sözleşme hürriyeti ilkesi üzerinde sınırlandırıcı bir etki doğurmaktadır. Bu etkiyi, karşılaştırmalı hukukta da tartışılan çeşitli dava örnekleri üzerinden izah etmek mümkündür. Daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestileri, sözleşme hürriyetinin en temel görünüm şekilleri arasında yer alır. Acaba bir restoran sahibi, sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisini gerekçe göstererek cinsiyeti, dini inancı veya ırkı nedeni ile belli bir kişiye hizmet vermekten imtina edebilir mi¹⁶²²? Bir otel sahibinin, aynı gerekçeyi öne sürerek, eşcinsel bir çift ile konaklama sözleşmesi yapmayı reddetmesi

¹⁶²⁰ Cherednychenko (2004), s. 2.

¹⁶²¹ Yılmaz Coşkun, s. 100.

¹⁶²² Kanada Yüksek Mahkemesi, “*Christie v. The York Corporation*” kararında, Afrika kökenli bir Kanadalı olan Fred Christie'nin, siyahi olduğu için kendisine hizmet vermeyi reddeden restorana karşı açtığı davayı incelemiştir. Yüksek Mahkeme, tacirlerin toplumun herhangi bir üyesi ile dilediği şekilde sözleşme yapma özgürlüğü bulunduğunu; sözleşme yapıp yapmamaya hangi gerekçe ile karar verildiğinin önemli olmadığını ifade ederek davanın reddine karar vermiştir (Supreme Court of Canada, *Christie v. The York Corporation*, [1940] S.C.R. 139, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/8489/index.do>, E.T. 29.12.2023). Federal ve federe devletlerin yasama organları, bu tür kararlara tepki olarak bir dizi kanun çıkararak barınma, kamuya açık mal ve hizmetlerin temini, istihdam gibi bazı alanlarda ırk, cinsiyet ve yaş gibi sebepler ile kişiler arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamışlardır (Reichman, Amnon, “*Professional Status and the Freedom to Contract: Toward a Common Law Duty of Non-Discrimination*”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XIV, No. 1, January 2001, s. 79).

mümkün müdür¹⁶²³? Keza kişiler, taraf oldukları sözleşmeler ile belli temel hak ve hürriyetlerini kullanmaktan feragat etmiş veya bunları belli ölçüde sınırlandırmış da olabilirler. Örneğin kiracının dini inancını veya mezhebini değiştirmesi durumunda kira ilişkisinin sona ereceğini öngören bir sözleşme hükmü geçerli kabul edilebilir mi¹⁶²⁴? Bir çalışanın, taraf olduğu iş sözleşmesinde evlenmeyeceğine dair bir taahhüt üstlenmesi ihtimalinde, işveren bu taahhütün ihlalini gerekçe göstererek iş sözleşmesini feshedebilir mi¹⁶²⁵?

Yukarıda sıralanan örnekler, temel hakların yatay etkisine ilişkin sorunların sözleşme hukuku düzleminde de ortaya çıkabileceğini göstermektedir. Esasında bu örneklerin bütününde, bir tarafın sözleşme hürriyeti ile karşı tarafın ayrımcılığa uğramama hakkı, özel hayata saygı hakkı, din ve vicdan hürriyeti gibi çeşitli temel hak ve hürriyetleri arasında bir çatışma durumu mevzubahistir. Bu çatışmaların çözümünde, pratik uyum ilkesi uyarınca, hem sözleşme hürriyetinin hem de çatıştığı temel hak ve hürriyetlerin optimal düzeyde etkisini korumasını sağlayacak uzlaştırıcı bir formül oluşturulmaya çalışılmalıdır. Şüphesiz çatışabilecek hakları

¹⁶²³ Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi “*Bull and Bull v. Hall and Preddy*” kararında, eşcinsel bir çiftin, kendilerine oda vermeyi reddeden otel sahiplerine karşı açtığı davayı incelemiştir. Yüksek Mahkeme bu davada, otel sahiplerinin, cinsel yönelim nedeni ile ayrımcılık yapılmasını yasaklayan kuralları (The Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007) ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bkz. Supreme Court of the United Kingdom, *Bull and Bull v. Hall and Preddy*, [2013] UKSC 73, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2012-0065-judgment.pdf>, E.T. 29.12.2023.

¹⁶²⁴ Hollanda’da Arnhem Temyiz Mahkemesi’nin 1949 tarihli bir kararına konu olan olayda, Protestan Kilisesi’ne ait bir taşınmazı kiralayan kiracı, Kilise’nin hedefleri doğrultusunda çaba göstereceğini taahhüt etmiş; taraflar, bu taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda sözleşmenin feshedileceğini kararlaştırmışlardır. Kiracının dini inancını değiştirip Yehova Şahidi olması üzerine Kilise, kira sözleşmesini feshetmiştir. Mahkeme, söz konusu sözleşme hükmünün kiracının din hürriyetini ciddi ölçüde sınırlandırdığına, bu nedenle de kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olduğuna hükmetmiştir (NJ 1949/331: Hof Arnhem, 25-10-1948’dan aktaran Cherednychenko, Olha O., “*The Impact of Fundamental Rights on Dutch Private Law: Revolution or Evolution?*”, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, (Editörler Verica Trstenjak, Petra Weingerl), Springer International Publishing, Switzerland, 2016, s.s. 459-460).

¹⁶²⁵ Fransız Yargıtayı’nın 1978 tarihli bir kararına konu olan olayda, Saint Marta Katolik Okulu, boşanmış kişilerin yeniden evlenmeleri durumunda okulda öğretmenlik yapamayacağını öngören iş sözleşmesi hükmüne dayanarak bir öğretmenin görevine son vermiştir. Mahkeme; sözleşmenin yapılmasında öğretmenin dini inançlarının etkili olduğunu, söz konusu şartın tarafların uzlaşması ile sözleşmeye dâhil edildiğini ifade etmiş ve “*evliliğin çözülmezliği*” (*indissolubility of marriage*) ilkesine bağlı olan Saint Marta Katolik Okulu’nun, işletmenin şöhretini ve olağan işleyişini korumak üzere gerçekleştirdiği fesih işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir (Cour de Cassation, 1978 J.C.P. II 19009’dan aktaran Cummins, s. 728-729).

uyumlaştırma ve bu çatışmaları adil şekilde çözüme kavuşturan kuralları oluşturma görevi öncelikle yasama organına aittir. Ancak yasama organından sözleşme ilişkilerinde karşılaşılabilecek her türlü temel hak ihlali olasılığını öngörmesi ve bu olası ihlalleri önleyici özel kurallar oluşturmaları beklenemez. Uyuşmazlığa çözüm getiren özel kuralların eksikliği durumunda, yargı mercileri, bilhassa özel hukukun çerçeve hükümlerini¹⁶²⁶ yorumlamak sureti ile tarafların çatışan hakları arasında uygun bir denge kurmalıdır. Şüphesiz yasama ve yargı erklerinin gerçekleştirdiği bu dengeleme faaliyeti, sözleşme hürriyeti ilkesinin sınırlanması sonucunu da doğurabilmektedir. Gerçekten de bazı durumlarda, özel kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması gerekçesi ile belli kişiler için sözleşme kurma zorunluluğu öngörülebilmekte ve temel hak ve hürriyetleri ihlal eden sözleşmeler geçersiz kabul edilmektedir. Aşağıda öğretide ileri sürülen görüşler ve yargı kararları ışığında bu iki durum incelenmiştir.

2) Temel Hak ve Hürriyetlerin Sözleşme Yapma ve Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Serbestileri Üzerindeki Sınırlandırıcı Etkisi

Sözleşme hürriyeti ilkesi uyarınca kişiler, sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme konularında serbesttir. Kural olarak kişilerin, kendilerine yapılan sözleşme önerilerini herhangi bir sebep sunmak zorunda olmaksızın reddetme yetkisi bulunmaktadır. Ancak kişinin sözleşme yapmayı reddetmesinin başkalarının temel hak ve hürriyetlerinin ihlali anlamına gelebileceği durumlar da söz konusu olabilmektedir¹⁶²⁷.

Modern dünyada bireyler, toplumsal hayata katılmak ve insan onuruna yarışır bir hayat sürdürebilmek için sürekli sözleşme kurmaya ve sözleşme ilişkisi içinde kalmaya mahkûmdur¹⁶²⁸. Ekonomik ve ticari ilişkilerini oluştururken, sosyal hayatlarını şekillendirirken, hatta yeme, içme, barınma gibi fizyolojik ihtiyaçlarını karşılarken bireylerin kullandıkları en temel hukukî araç sözleşmelerdir. Bu nedenle,

¹⁶²⁶ Özel hukukun çerçeve hükümlerinin sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına dayanak teşkil edebileceği yönünde bkz. Gürzumar, s. 33-34.

¹⁶²⁷ Youngs, s. 500.

¹⁶²⁸ Demirsatan, Barış, **Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 22.

kendisine öneride bulunan kişilerin sözleşme yapmaktan kaçınması; kişinin yaşamını idame ettirebilmek için ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetlere erişememesi, mesleğini icra edememesi, sosyal yaşama dilediği şekilde katılamaması gibi temel hak ve hürriyetler ile yakından ilişkili çeşitli sorunlara yol açabilmektedir. Bu çerçevede, müzakere gücü yüksek tarafın sözleşme hürriyetini kötüye kullanması olasılığına karşı, hukuk düzeninin kişilerin temel hak ve hürriyetlerini koruyucu mekanizmaları ihtiva etmesi şarttır¹⁶²⁹. Bu mekanizmaların başında da sözleşme yapma zorunluluğu gelmektedir.

Sözleşme yapma zorunluluğu öncelikle kanun koyucunun bu yönde özel kurallar ihdas etmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Teşhir edilen malların satışından kaçınılamaması (4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6), baro başkanı tarafından görevlendirilen avukatın işi takip etme zorunluluğu (1136 Sayılı Avukatlık Kanunu m. 38; m. 42), belli şartların varlığı durumunda taşınmaz malikinin komşu taşınmaz lehine mecra (TMK m. 744), geçit (TMK m. 747) veya kaynak irtifakı (TMK m. 837) sağlama yükümlülüğü, Türk mevzuatında sözleşme yapma zorunluluğunun öngörüldüğü hâllere örnek gösterilebilir¹⁶³⁰. Ancak öğretide¹⁶³¹ ve yargı kararlarında¹⁶³², sözleşme yapma zorunluluğunun bu yönde açık bir kanun hükmünün bulunduğu hâller ile sınırlı olmadığı; özel hukukun genel

¹⁶²⁹ Benzer yönde bkz. Ayrancı, s. 232-233; Eren (2017), s. 317-318; Kaşak, s. 136; Demirsatan, s. 22.

¹⁶³⁰ Bkz. Ayrancı, s. 135-140; Oğuzman/Öz, s. 184-186; Eren (2017), s. 319; Kılıçoğlu, s. 79-81; Eroşkun Şenol, s. 712-717; Demirsatan, s. 112-152.

¹⁶³¹ Bkz. Ayrancı, s. 241-242; Çelik (2008), s. 78-102; Oğuzman/Öz, s. 185-186; Eren (2017), s. 319-320; Kaşak, s. 140-143; Demirsatan, s. 58-112. Genel norma dayalı sözleşme yapma zorunluluğunun kanunilik ilkesine aykırı olmadığı yönünde bkz. Gürzumar, s. 51-64.

¹⁶³² Yargıtay, özel hukukun genel normlarına dayalı olarak sözleşme yapma zorunluluğunun doğabileceğini kabul etmektedir: “*Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlâka, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur*” (Yargıtay 3’üncü Hukuk Dairesi, E. 2021/2302, K. 2022/3935, K.T. 21.04.2022, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2021-2302-k-2022-3935-t-21-4-2022>, E.T. 01.01.2024). İsviçre Federal Mahkemesi de açık bir kanun hükmü bulunmadığı durumlarda, belli şartlarda özel hukuka ilişkin genel ilkelerin yardımı ile de sözleşme yapma zorunluluğu doğabileceğini kabul etmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 518-519; Kaşak, s. 141-143.

normlarının da sözleşme yapma zorunluluğuna kaynaklık edebileceği ifade edilmektedir. Bu çerçevede sözleşme yapmaktan kaçınmanın ahlâka, kişilik haklarına, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği durumlarda, sözleşme yapma zorunluluğu doğabilmektedir. Bu zorunluluğa aykırı hareket eden kişilere karşı, sözleşmenin kurulmasını sağlayan aynen ifa davası açılabileceği gibi uğranılan zararın giderimi amacı ile tazminat davası da açılabilir¹⁶³³.

Genel norma dayalı sözleşme yapma zorunluluğu ancak somut olayın şartlarına göre sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın daha üstün bir hukukî değer ile haklılaştırılabildiği durumlarda söz konusu olur. Özel hukuk yargıcı, sözleşme yapma zorunluluğunun, anayasal statü taşıyan sözleşme hürriyetine ciddi bir müdahale teşkil ettiğini gözden kaçırmamalıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşme hürriyetine ancak anayasal statü taşıyan başka bir hukukî değerinin korunması gerekçesi ile sınırlama getirilebilir. Bu doğrultuda, genel norma dayalı sözleşme yapma zorunluluğunun doğabilmesi için öneri sahibinin anayasal açıdan korunmaya değer bir hukukî menfaatinin bulunması şarttır. Böyle bir menfaatin mevcut olduğu durumlarda, sözleşme hürriyeti ile çatıştığı anayasal değerlerin dengelenmesi sureti ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunup bulunmadığına karar verilir. Bu değerlendirme esnasında; öneri sahibinin ikame sözleşme yapma olanağına sahip olup olmadığı, sözleşmenin öneri sahibi açısından taşıdığı önem ve sözleşme yapmaktan kaçınan kişinin meşru bir menfaatinin bulunup bulunmadığı gibi hususlar önem taşıyacaktır.

Sözleşme önerisinin reddi neticesinde öneri sahibinin ekonomik ve mesleki faaliyetlerini sürdürme olanağının kalmadığı veya bu olanağın önemli ölçüde daraldığı durumlarda, genel norma dayalı sözleşme yapma zorunluluğunun doğduğu kabul edilmektedir¹⁶³⁴. Bu kapsamda öğretide tartışılan ve çeşitli yargı kararlarına da konu olan başlıca mesele, işletmeleri hakkında haksız eleştiriler yaptıkları gerekçesi

¹⁶³³ Kaşak, s. 143. Benzer yönde bkz. Oğuzman/Öz, s. 186-187; Eren (2017), s. 318-319. Sözleşme yapma zorunluluğundan doğan sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demirsatan, s. 189-220.

¹⁶³⁴ Bu konu hakkında bkz. Demirsatan, s. 105.

ile tiyatro, sinema, spor, yemek gibi alanlarda eleştirmenlik yapan kişiler ile sözleşme yapmaktan kaçınılması durumudur¹⁶³⁵. Örneğin bir futbol kulübü, sürekli kulüp aleyhine haberler yapan bir spor yazarına bilet satmayı reddederek onun stadyumda takımın maçını seyretmesini engelleyebilir mi? Bir restoran sahibi, daha önce yayımlanan bir yazı nedeni ile ticari itibarını zedelediğini düşündüğü bir yemek eleştirmenine hizmet sunmayı reddedebilir mi? Bu örneklerde futbol kulübünün ve restoran sahibinin sözleşme hürriyeti ile eleştirmenlerin mesleğini icra etme hürriyeti ve ifade hürriyeti karşı karşıya gelmektedir¹⁶³⁶. Çatışan temel haklar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığı için işletme sahiplerinin eleştirmenler ile sözleşme kurma zorunluluğu olup olmadığı sorusuna kategorik bir yanıt verilemez. Eleştirinin dozajı ve etkileri, aynı hizmetin başka bir işletmeden satın alınmasının mümkün olup olmadığı, sözleşme ile elde edilmek istenen edimin eleştirmenin mesleki faaliyeti içerisindeki rolü gibi unsurlar, sözleşme kurma zorunluluğuna ilişkin uyumsuzluğun çözümünde etkili olacaktır.

Sözleşme hürriyeti ile mesleğini icra etme ve ifade hürriyetleri arasındaki çatışma, Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararına da konu olmuştur. Tekel konumunda olan bir şirket, sosyal medya mecralarında şirket hakkında asılsız ve küçük düşürücü açıklamalar yaptıkları gerekçesi ile bazı çiftçiler ile üretim sözleşmesi yapmaktan kaçınmıştır. Çiftçiler ile davalı şirket arasında en son imzalanan sözleşmede de şirketin; usul ve prensiplere uymayan, şirket çalışanlarının onurlarını zedeleyici sözlü ya da fiili harekette bulunan üreticiler ile ileriki yıllarda sözleşme yapıp yapmamakta serbest olduğu şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bölge Adliye Mahkemesi tarafından onaylanan ilk derece mahkemesi kararında; davalı şirketin istediği kişi veya kişilerle sözleşme yapmakta özgür bulunduğu, bu özgürlüğü kullanırken hangi saik ile hareket ettiğinin öneminin bulunmadığı ifade edilmiş ve davalı şirketin davacılar ile sözleşme yapmaya zorlanmayacağına hükmedilmiştir. Yargıtay ise davacıların sosyal medya hesaplarında yaptıkları açıklamalara ilişkin olarak yürütülen soruşturmada kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiş olmasını ve

¹⁶³⁵ Alman ve İsviçre hukukunda konuya ilişkin verilen yargı kararları ve bu kararların değerlendirilmesi için bkz. Youngs, s. 501-502; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 514-520; Eren (2017), s. 323; Demirsatan, s. 105.

¹⁶³⁶ Bu yönde bkz. Dönmezkuş, s. 115.

davalı şirketin tekel konumunda bulunmasını göz önünde bulundurmuş; şirketin sözleşme yapmama yönündeki davranışının hakkın ve hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğu gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin verdiği kararı bozmuştur¹⁶³⁷.

Sözleşme yapma zorunluluğu sadece öneri sahibinin ekonomik ve mesleki menfaatlerinin olumsuz etkilendiği durumlar ile sınırlı değildir. Sözleşme önerisinin reddinin, öneri sahibinin toplumsal hayata katılma ve kişiliğini serbestçe geliştirme hakları üzerinde önemli düzeyde bir zarara yol açması durumunda da sözleşme yapma zorunluluğu doğabilmektedir. Bu çerçevede, kişinin yaşamsal faaliyetleri için zarurî olan edimlerin yanı sıra insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü edimin de sözleşme yapma zorunluluğu doğurmaya elverişli olduğu ifade edilmektedir¹⁶³⁸.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (1'inci Senato) 2018 yılında verdiği "*stadyum yasağı kararı*"¹⁶³⁹ bu konuya ilişkin oldukça aydınlatıcı tespitler içermektedir. Karara konu olayda, bir futbol kulübü, müsabaka sonrası bazı şiddet olaylarına karıştığı gerekçesi ile başvurucunun iki yıl süre ile ülke içindeki herhangi bir stadyuma girmesini yasaklamıştır. Bu olaya ilişkin yürütülen ceza soruşturması neticesinde başvuru hakkında herhangi bir dava açılmamış olmasına rağmen kulüp, başvurucunun savunmasını da almaksızın stadyum yasağının devam etmesine karar vermiştir. Stadyum yasağının kaldırılması talebi ile açmış olduğu davaların reddedilmesi üzerine başvuru, makul bir gerekçe bulunmaksızın salt şüpheyeye dayalı olarak stadyumlara girmesinin engellendiğini; futbolun toplumsal yaşam içindeki rolü ve halkın bu spora verdiği büyük önem göz önüne alındığında hakkında uygulanan tedbirin kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek anayasa şikâyetinde bulunmuştur.

¹⁶³⁷ Yargıtay 3'üncü Hukuk Dairesi, E. 2021/2302, K. 2022/3935, K.T. 21.04.2022, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2021-2302-k-2022-3935-t-21-4-2022>, E.T. 03.01.2024.

¹⁶³⁸ Demirsatan, s. 102-103.

¹⁶³⁹ BVerfG, 11.04.2018, 1 BvR 3080/09. Kararın Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yayımlanan İngilizce çevirisi için bkz. https://www.bverfg.de/e/rs20180411_1bvr308009en.html, E.T. 04.01.2024.

Federal Anayasa Mahkemesi öncelikle temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerindeki etkilerine ve çatışan hakların dengelenmesine dair yerleşik içtihadını hatırlatmıştır. Şikâyeteye konu olay, mülkiyet hakkının kapsamına ilişkin bir özel hukuk uyuşmazlığı olup temel hakların bu tür uyuşmazlıklar üzerinde ancak dolaylı bir etkisi bulunmaktadır. Temel haklar genel olarak özel kişiler için doğrudan yükümlülükler doğurmazlar. Temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilere nüfuz etmesi, özel hukuk mekanizmaları vasıtası ile olur. Hukuk kurallarını, bilhassa da özel hukukun genel hükümlerini ve kanunda açık olarak tanımlanmamış kavramları Anayasa'ya uygun şekilde yorumlamak sureti ile temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkiler üzerinde etki doğurmasını sağlamak yargı mercilerinin görevidir. Bu çerçevede, eşit haklara sahip tarafların çatışan özgürlükleri arasında uygun bir denge kurulması ve bir temel hak taşıyıcısına tanınan özgürlüğün karşı tarafın özgürlüğü ile uzlaştırılması gerekmektedir. Bu amaca ulaşılabilmesi ise çatışan temel hak konumları arasındaki etkileşimin doğru takdir edilmesi ve ilişkiye dâhil olan tüm tarafların temel haklarına mümkün olan en geniş ölçüde geçerlilik sağlanması ile mümkün olur.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; herkes, kendi tercihleri doğrultusunda, ne zaman, kiminle, hangi koşullar altında sözleşme yapacağını ve bu çerçevede mülkiyetini nasıl kullanacağını seçme serbestisine kural olarak sahiptir. Ancak bu serbestiyet mutlak nitelikte olmayıp hem özel hukuk hem de Anayasa hukuku kaynaklı çeşitli sınırlamalara tabidir. Şikâyeteye konu olayda, kulüpler tarafından uygulanan stadyum yasağı, kamuya arz edilmiş bir etkinlikten belli kişilerin dışlanması sonucunu doğurmakta ve muhataplarının toplumsal hayata katılma yeteneklerini önemli düzeyde etkilemektedir. Bu durumda, eşit muamele ilkesinin özel taraflar arasındaki ilişkiler üzerindeki dolaylı etkisi gündeme gelmektedir. Özel kişiler, bu tür etkinlikleri düzenlemeyi taahhüt etmek sureti ile aynı zamanda Anayasa hukuku kapsamında da özel bir hukukî sorumluluk üstlenmiş olmaktadır. Bu kişiler, kurum kurallarını uygulama hakkından kaynaklanan takdir yetkilerini,

herhangi bir maddi sebep bulunmaksızın belirli kişilerin bu tür etkinliklerden dışlanması amacı ile kullanamazlar¹⁶⁴⁰.

Üçüncü kişilerin eşit muamele görme hakkı da sözleşme yapma ve sözleşmenin karşı tarafını seçme hakları üzerinde sınırlandırıcı bir etki doğurabilmektedir. Şüphesiz sözleşmenin karşı tarafını seçme hakkı, aynı zamanda kişinin istemediği biri ile sözleşme yapmaya zorlanamaması anlamına gelir. Kişilerin kendilerine yapılan sözleşme önerilerini -herhangi bir makul bir sebep sunmak zorunda olmaksızın- reddetme yetkisi bulunmaktadır¹⁶⁴¹. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, özel hukuk kişilerini devlet organları ile aynı düzeyde bağlamaz. Devlet organlarının makul bir sebep bulunmaksızın aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunması yasaklanmışken; özel hukuk kişileri, kural olarak hukukî işlemlerinde nesnel davranma gibi bir yükümlülük altında değildir¹⁶⁴². Örneğin bir işverenin, işyerinde açık olan bir pozisyon için kendi çocuğunu veya bir yakınını istihdam etmesi ihtimalinde, üçüncü bir kişi bu pozisyon için daha uygun niteliklere sahip olmasını gerekçe göstererek ayrımcılığa uğradığını ileri süremez. Benzer şekilde, daha başarılı ve daha ucuz alternatifler mevcut olmasına rağmen sırf çalışanlarını daha yakışıklı bulduğu için saç kesimine belli bir kuaföre giden kadın, ayrımcılık yasağını ihlal etmiş sayılmaz¹⁶⁴³. Aksi yönde bir yorum, sözleşme hürriyeti ve irade özerkliği ilkelerini anlamsız kılar. Bu çerçevede, özel kişilerin hukukî ilişkilerini düzenlerken kural olarak eşitlik ilkesini gözetme yönünde doğrudan bir yükümlülüğü yoktur¹⁶⁴⁴.

Ancak Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birçok ulusal hukuk düzeninde, ayrımcılık karşıtı kurallar ile sözleşmenin karşı tarafını seçme hakkına önemli sınırlamalar getirilmiş; yatay ilişkilerde de belli sebeplere dayalı olarak ayrımcılık

¹⁶⁴⁰ Somut olayda Anayasa Mahkemesi, temel hakların özel hukuk ilişkisi üzerindeki etkisinin derece mahkemelerinin kararlarında yeterli düzeyde dikkate alındığını göz önünde bulundurarak anayasa şikâyetini reddetmiştir.

¹⁶⁴¹ Benzer yönde bkz. Collins (2013), s. 71.

¹⁶⁴² Benzer yönde bkz. Belling/İnce, s. 31.

¹⁶⁴³ Demirsatan, s. 146.

¹⁶⁴⁴ Kurulan her sözleşmenin potansiyel adayların sözleşme yapma olanağını ortadan kaldırdığı için bir anlamda farklı muamele teşkil ettiği yönünde bkz. Trebilcock, s. 188.

yapılması yasaklanmıştır¹⁶⁴⁵. Örneğin 4857 Sayılı İş Kanunu’nun “*eşit davranma ilkesi*” başlıklı 5’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında; işverenlerin, iş sözleşmesinin yapılmasında -biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça- cinsiyet veya gebelik nedeni ile ayrımcılık yapamayacakları öngörülmüştür. Keza 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*nefret ve ayrımcılık*” başlıklı 122’nci maddesine göre; “*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, bir kişinin işe alınmasını, bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”. Bu hükümlerin ayrımcılığa uğrayan kişiler lehine sözleşme yapma zorunluluğu doğurup doğurmadığı¹⁶⁴⁶ açık değilse de sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisini sınırlandırmış oldukları muhakkaktır.

Türk hukukunda yatay ilişkilerde ayrımcılığın önlenmesi konusunda en kapsamlı düzenlemeler, 06.04.2016 Tarih ve 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile getirilmiştir. Kanun’un 3’üncü maddesinde, herkesin hak ve hürriyetlerden eşit olarak yararlanacağı öngörülmüş; kişiler arasında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Kanun, kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerini de ayrımcılık yasağının muhatapları arasında saymıştır (m. 5). Ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlar ise eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetlerin sunulması (m. 5. f. 1); taşınır ve

¹⁶⁴⁵ Uluslararası hukukta ve Avrupa Birliği Hukuku’nda ayrımcılık karşıtı mevzuat hakkında bkz. Korkut, Levent, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2009, s. 13-29. Avrupa Birliği’ne üye ülkeler başta olmak üzere birçok ülkede, özel kişileri de yükümlülük altına sokan ayrımcılık karşıtı kanunlar çıkarılmıştır. Hindistan’da ise özel kişilerin belli sebeplere dayalı olarak ayrımcılık yapmaları doğrudan Anayasa ile yasaklanmıştır. Hindistan Anayasası’nın 15’inci maddesinin 2’nci fıkrasına göre hiçbir vatandaş; din, ırk, kast, cinsiyet ve doğum yeri sebebi ile mağazalara, halka açık restoran, otel, eğlence ve tatil merkezlerine erişim konusunda herhangi bir engellemeye veya kısıtlamaya tabi tutulamaz.

¹⁶⁴⁶ Nefret ve ayrımcılık suçunun sözleşme yapma zorunluluğu meydana getirmeye uygun olmadığı yönünde bkz. Demirsatan, s. 143-144.

taşınmaz malların satışı ve kiralınması (m. 5. f. 3); çalışanların işe alımı ve çalışma süreçleri (m. 6) olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü üzere 6701 Sayılı Kanun'un kapsamına giren hizmetleri sunan veya faaliyetleri yürüten kişilerin, kendilerine yöneltilen sözleşme önerilerini, öneride bulunan kişinin cinsiyeti, ırkı, rengi, dili, dini vb. sebeplere dayalı olarak reddetmeleri yasaklanmış durumdadır. Bu çerçevede; ev sahibinin, kiracı adayını sadece bekâr¹⁶⁴⁷ veya erkek¹⁶⁴⁸ olduğu için reddetmesi veya işverenin, işe alındığı yönünde kendisine bildirimde bulunulan bir aday, hamile olduğunu öğrendikten sonra işe almaktan vazgeçmesi¹⁶⁴⁹ ayrımcılık yasağını ihlal eder. Türkiye İnsan

¹⁶⁴⁷ TİHEK, B.N. 2022/110, K.N. 2023/229, K.T. 02.03.2023: “Sözleşme özgürlüğü Anayasa’nın 48’inci maddesinde teminat altına alınmış olup buna göre herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmama ya da sözleşmenin karşı tarafını seçebilme özgürlüğüdür. Bu kapsamda, hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda değildir ve kişi, sözleşme yapmak istediği kişiyi serbestçe tayin etme hakkına sahiptir. Sözleşme özgürlüğü Anayasa’da güvence altına alınmış olmakla birlikte kişilere sınırsız bir hareket alanı vermemekte, özellikle Anayasa’nın başlangıç metninde ve 10’uncu maddesinde yer bulan eşitlik ilkesi, AİHS’nin 14’üncü maddesi ve 6701 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı bu hakların kullanımında önemli bir sınırlama getirmektedir... Kurumumuza yapılan başvuruda; muhatap ilan sahibi, objektif bir gerekçe olmaksızın medeni hali nedeniyle söz konusu taşınmazı başvurana kiralamamış, gerekçe olarak bekâr bireylerin evli bireylere göre sorumsuz olabileceklerini ifade etmiştir. Ancak kalıp yargılara dayanan objektif ve makul olmayan bir algı ile yapılan bu muamele aynı durumdaki kişiler arasında farklılıklara yol açacaktır. İnternet sitesinde yayınlanan ilanlarda kişilerin medeni hali sebebiyle farklı muamele gösterilmesine aracılık eden muhatap ... Ş. tarafından medeni hal temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği değerlendirilmiştir”.

¹⁶⁴⁸ TİHEK, B.N. 2022/511, K.N. 2023/65, K.T. 24.01.2023: “(İ)lan metninde açık bir şekilde evin kadınlara kiraya verileceği ifade edilmiştir. Bu halde evin erkek kiracılara kiraya verilmemesinin gerekçesinin muhatap tarafından ortaya koyulmaması sebebiyle başvuran tarafından iddia edilen ve ilan metninde aranan şartların başvurana karşı yapılan muameledeki farklılığın meşru ve makul bir sebebinin olmadığına dair karine olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu haliyle mevcut ilan ve yazışma başvurana cinsiyeti nedeniyle farklı muamelede bulunulmasına sebebiyet vermektedir. Muhatabın başvuranın sırf erkek olması nedeniyle de evi kiraya vermemesi objektif bir temelden yoksun cinsiyet algısından kaynaklanan muamele farklılığı oluşturacaktır”.

¹⁶⁴⁹ TİHEK, B.N. 2023/456, K.N. 2023/773, K.T. 21.9.2023: “Somut olay bağlamında önem taşıyan bir diğer mesele sözleşme özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı arasındaki bağlantının ortaya konulmasıdır. Anayasa’nın 48’inci maddesiyle güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü, Borçlar Kanunu’nda da temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Sözleşme özgürlüğünün; sözleşme yapıp yapmama, sözleşme yapılacak kişiyi seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme ve değiştirme, sözleşmeye son verme gibi görünüşleri olduğu bilinmektedir. İşveren nezdinde, işin gerekleri itibarıyla kendisi için en verimli olacak, en nitelikli işçiyi seçmekte serbestse de bu serbesti ayırım yasakları söz konusu olduğunda sınırlanmaktadır. Sözleşme özgürlüğüne 4857 sayılı İş Kanunu ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile sınırlamalar getirilmektedir. 4857 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinin üçüncü fıkrası ile 6701 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinin üçüncü fıkrası göz önünde bulundurulduğunda bir işverenin, gebelik söz konusu olduğunda, hamile bir kadın üzerinde, objektif ve makul bir gerekçeye sahip olmayan ve meşru bir amaç gütmeyen olumsuz bir farklı muamelede bulunması ayrımcılık teşkil edeceğinden konunun ayrımcılık yasağı bağlamında incelenmeyi gerektirdiği açıktır”.

Hakları ve Eşitlik Kurumu, resen veya başvuru üzerine yaptığı inceleme neticesinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini tespit etmesi durumunda, sorumlular hakkında idari para cezasına hükmetmektedir.

6701 Sayılı Kanun, ayrımcılık temelleri ve ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alan bakımından oldukça geniş bir kapsama sahip olmakla birlikte, özel hukuk kişileri için genel bir eşit muamele yükümlülüğü meydana getirmemektedir. Eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 10'uncu maddesinin aksine, 6701 Sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde ayrımcılık temelleri “*sınırlı sayı*” (*numerus clausus*) esasına göre belirlenmiş olup kıyas yolu ile Kanun'da yer almayan yeni bir ayrımcılık temeli türetilemez¹⁶⁵⁰. Örneğin transseksüel birini oteline kabul etmeyen otel sahibinin eylemi, -“*cinsel yönelim*” maddede sayılan ayrımcılık türleri arasında yer almadığı için- 6701 Sayılı Kanun'un kapsamına girmez¹⁶⁵¹. Ayrıca 6701 Sayılı Kanun'da, ayrımcılık yasağının muhatabı olarak kabul edilen özel hukuk kişileri; işverenler ile tüketicilere çeşitli mal veya hizmetleri sunan kişilerden ibarettir. Tüketiciler ve iş başvurusu yapan kişiler, ayrımcılık yasağının muhatabı değildir. Bu çerçevede, bir konutu kiralamak üzere emlakçı ile anlaşılan kişinin, bir şekilde kiraya verenin mezhebini veya siyasi görüşünü öğrendikten sonra sözleşme imzalamaktan vazgeçmesi ihtimalinde¹⁶⁵², bu kişiye 6701 Sayılı Kanun çerçevesinde herhangi yaptırım uygulanamaz.

Sözleşme görüşmeleri aşamasında ayrımcılığa uğrayan kişi, maruz kaldığı muamele 6701 Sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalsa bile kişilik haklarının korunması, ahlâka aykırılık yasağı, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması

¹⁶⁵⁰ Türkmen, Ahmet, “6701 Sayılı Kanunda Yer Alan Ayrımcılık Yasağının Sözleşme Hukukuna Etkilerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 149-150, Y. 2017, s. 142-143; Dügmeçi, Fatih, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 319.

¹⁶⁵¹ TİHEK'in bu yönde bir kararı bulunduğuna ilişkin bkz. Dikmen, Kerem, “*Ulusal İnsan Hakları Mekanizmaları ve Başvuru Yöntemleri: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*”, 16.04.2021, <https://www.17mayis.org/images/publish/pdf/ulusal-insan-haklari-mekanizmalari-ve-basvuru-yontemleri-tihek-23-04-2021.pdf>, E.T. 08.01.2024.

¹⁶⁵² Benzer yönde örnekler için bkz. Collins (2013), s. 74-75; Belling/İnce, s. 31-32.

yasağı gibi özel hukuk ilke ve kurallarına dayanarak koruma talep edebilmektedir¹⁶⁵³. Ancak özel hukuk yargıcının, bu ilke ve kuralları, tarafların çatışan temel hakları arasında uygun bir denge oluşturacak şekilde somut uyuşmazlığa uygulaması gerekmektedir. Yukarıda zikredilen otel örneğinde, otel sahibinin mülkiyet hakkı ve sözleşme hürriyeti ile transseksüel bireyin eşit muamele görme hakkı arasında bir çatışma meydana gelmektedir. Bu ve benzeri çatışmaların çözümü açısından; talep edilen edim veya hizmetin, sözleşme kurmaktan kaçınan kişinin özel hayatı üzerindeki olası etkileri büyük önem taşımaktadır. Kişinin özel hayatını ilgilendiren edim veya hizmetler söz konusu olduğunda sözleşme hürriyeti kişiye daha güçlü bir güvence sağlamakta iken; kamunun geneline arz edilen edim ve hizmetler söz konusu olduğunda bu güvence zayıflamaktadır¹⁶⁵⁴. Bu çerçevede yukarıdaki otel örneğinde, kamunun geneline sunulan bir hizmet söz konusu olduğu için transseksüel bireyin eşit muamele görme hakkının otel sahibinin sözleşme hürriyeti karşısında ağır bastığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak yaşadığı evin bir odasını kiraya vermek isteyen ev sahibinin, odayı transseksüel bir bireye kiraya vermekten kaçınması örneğinde, kiracılık ilişkisinin ev sahibinin özel hayatı üzerindeki olası etkileri nedeni ile bu kez sözleşme hürriyetine üstünlük tanımak gerekecektir.

3) Temel Hak ve Hürriyetleri İhlal Eden Özel Hukuk İşlemlerinin Denetimi

Sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisi, sözleşme hürriyeti ilkesinin en temel unsurları arasında yer almaktadır. Bu doğrultuda taraflar; sözleşmenin konusunu, kapsamını ve koşullarını karşılıklı rıza esasına göre serbestçe belirlemektedirler. Öte yandan sözleşme ile üstlenilen edimler çoğu kez tarafların temel hak ve hürriyetleri üzerinde de etki doğurmaktadır. Hemen her sözleşme ilişkisinde, kişinin -kendi iradesi ile- temel hak ve hürriyetlerini belli ölçüde sınırlandırması durumu söz konusudur¹⁶⁵⁵. Örneğin bir çalışan, işvereni ile rekabet yasağı sözleşmesi imzalandığında çalışma hürriyetini sınırlandırmış olmaktadır. Ev

¹⁶⁵³ Krş. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 507-520; Türkmen, s. 137; Demirsatan, s. 146-147.

¹⁶⁵⁴ Barak, s. 38-39.

¹⁶⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 391; Ateş (2007-a), s. 239; Karabağ Bulut, s. 124.

sahibi, konutunu kiraya verdiğinde, elde edeceği kira bedeli karşılığında mülkünün kullanımını kiracıya bırakmakta ve bu surette mülkiyet hakkını sınırlandırmaktadır.

Esasında kişinin hukukî işlemler aracılığı ile temel hak ve hürriyetlerini ilgilendiren tasarruflarda bulunabilmesi kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkının önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Ancak kişisel özerkliğin aracı olan sözleşme hürriyeti, kişinin başkasının kontrolü altına girmesi veya hayatını serbestçe şekillendirme olanağının ortadan kalkması sonucunu doğuran taahhütlerin geçerliliğinin gerekçesi olamaz. Hukuk düzeni, sözleşme ilişkilerinde temel hak ve hürriyetlerden feragat edilmesine veya zayıflık, deneyimsizlik, bağımlı durumda olunması vb. etkenler altında bu hak ve hürriyetlerden ölçüsüz ödünler verilmesine müsaade edemez. “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” diyen Anayasa’nın 11’inci maddesi hükmü, devlete, temel hak ve hürriyetleri kullanma imkânını ortadan kaldıran veya bu imkânı aşırı ölçüde daraltan hukukî işlemlere karşı kişileri koruyucu kuralları oluşturma görevi yüklemektedir¹⁶⁵⁶.

Türk hukukunda, tarafların veya üçüncü kişilerin temel hak ve hürriyetlerini koruma amacı ile sözleşme hürriyetine sınırlama getiren çok sayıda yasal düzenleme mevcuttur. Örneğin 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun “*Sendika Özgürlüğünün Güvencesi*” başlıklı 25’inci maddesinde, işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı öngörülmüş; bu hususa aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olduğu hükmüne bağlanmıştır. Böylece işçinin iş sözleşmeleri ile sendikal haklarından vazgeçmeleri önlenmiş olmaktadır¹⁶⁵⁷. 6356 Sayılı Kanun’un 66’ıncı maddesinde de işçinin, grev

¹⁶⁵⁶ Temel hak ve hürriyetlerin vazgeçilmezliği ilkesinin anlamına ve işlevine ilişkin bkz. Gören, Zafer, “*Temel Hakların Varlığı ve Önemi*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 20, S. 41, Y. 2021, s. 756-760; Kingreen/Poscher, s. 119-121. Sözleşme hürriyeti ile temel hak ve hürriyetlerin vazgeçilmezliği ilkeleri arasındaki gerilimin çeşitli örnekler ışığında açıklanması için bkz. Smits, s. 19-21.

¹⁶⁵⁷ Alman hukukunda, yatay ilişkilerde sendikal hakların korunması konusu doğrudan Anayasa hükmü ile düzenlenmiştir. 1949 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 9’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasına göre; “*Çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için*

hakkından vazgeçmesine veya bu hakkını kısıtlamasına dair sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu ifade edilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu’nun azamî çalışma sürelerine (m. 41 vd), hafta tatili (m. 46) ile yıllık ücretli izin (m. 53) haklarına ilişkin emredici nitelik taşıyan hükümleri de çalışanların dinlenme haklarından feragat etmelerini önlemeyi amaçlamaktadır. Keza işçilerin rekabet yasağı sözleşmeleri ile çalışma hürriyetlerini ölçsüz şekilde sınırlandırmalarını önlemek için bu sözleşmelerin geçerliliğini belli şartlara bağlayan ve hâkime sözleşmelere müdahale yetkisi tanıyan Türk Borçlar Kanunu’nun 444 ila 447’nci maddesi hükümlerini de bu kapsamda zikretmek mümkündür.

Bu tür özel koruyucu hükümlerin mevcut olmadığı durumlarda, kişilerin taraf oldukları sözleşmeler ile temel hak ve hürriyetlerden feragat etmeleri veya bunları aşırı ölçüde sınırlandırmaları, özel hukukun çerçeve hükümlerine başvurulmak sureti ile önlenebilmektedir¹⁶⁵⁸. Sözleşme ilişkilerde tarafların temel hak ve hürriyetlerinin korunmasına hizmet eden çerçeve hükümlerin başında “*kişilik hakları*” gelmektedir. Türk Medeni Kanunu’nun 23’üncü maddesinin birinci fıkrasında kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği; ikinci fıkrasında kimsenin

sendika kurma hakkı herkes ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmalar batıldır ve bunlara yönelik önlem ve işlemler hukuka aykırıdır”. Bu hükmün yatay ilişkilerde doğrudan etkili olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Gören (2000-a), s. 76; Ergül, s. 443; Belling/İnce, s. 27; Kingreen/Poscher, s. 131.

¹⁶⁵⁸ Doğrudan yatay etki modelini benimseyen yazarlar, tarafların temel hak ve hürriyetlerini ihlal eden sözleşmelerin -özel hukukun çerçeve hükümlerinin aracılığına gerek olmaksızın- doğrudan Anayasa’ya aykırılık nedeni ile geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Sözcüsü Turan Güneş, 1961 Anayasası’nın 8’inci maddesi hakkında yapılan görüşmelerde bu görüşü beyan etmiştir: “*Meselâ, iki kişi arasında bir mukavele yapıldı, Anayasamızın koymuş olduğu bazı hakları ortadan kaldırıyor. Meselâ diyor ki; «Sen benim evime gece gündüz girip çıkacaksın, bu eve girip çıkmada senin için mesken masuniyeti mevzuubahis değildir», dese ve bundan dolayı bir hâdise çıksa, itiraz edilse, mukavelenin diğer unsurları da mevcudolsa, bu mukavele bâtil olur. Nasıl eskiden kanunlara aykırı mukaveleler bâtil idi ise, şimdi de Anayasaya aykırı mukaveleler, fertler arasında bu nevi akitler de bâtil olacaktır*” (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 41. Birleşim, s. 18). Anayasa Komisyonu Başkanvekili Emin Paksüt’ün açıklamaları da benzer doğrultudadır: “*Esasen hukuk sahasında mukavele serbestisi vardır. Ama bilfarz bir mukavelenin bir hükmü kanuna aykırı ise, âme intizamına aykırı ise, o kanun serbest mukavele hükmünü batıl sayıyor. Hattâ bazı ahvalde mukavele toptan ortadan kalkıyor. Binaenaleyh kanun hükümlerine nasıl fertler için riayet mecburi ise, bütün kanunlara kaynak hizmeti gören Anayasada mevcut hukuk kararları da fertler için riayeti mecburi sayılmalıdır, söylediğimiz bu*” (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 41. Birleşim, s. 26). Gören de Anayasa’ya aykırı olan özel sözleşmelerin Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulmasına gerek olmaksızın Anayasa’nın 11’inci maddesi uyarınca geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmektedir (Gören (2001), s. 31). Sendikal özgürlükleri ihlal eden sözleşmelere ilişkin olarak aynı yönde görüş için bkz. Tanör (1978), s. 263-264.

özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmayacağı ifade edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 27’inci maddesinde ise kişilik haklarına aykırı nitelik taşıyan sözleşmeler için kesin hükümsüzlük yaptırımı öngörülmüştür. Kişilik hakları, Anayasa ile özel hukukun temel kesişme noktalarından birisidir¹⁶⁵⁹. Kişilik haklarını oluşturan değerler, temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk alanındaki izdüşümleri mahiyetindedir. Kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümler ile sözleşme ilişkilerinde tarafların temel hak ve hürriyetleri güvence altına alınmış olmaktadır. Bu çerçevede, sözleşme taraflarından birini karşı tarafın tahakkümü altına sokan; onun kişisel gelişim hakkını ve ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıran yahut aşırı ölçüde daraltan sözleşmeler, kişilik haklarına aykırılık sebebi ile geçersiz kabul edilmektedir¹⁶⁶⁰.

Tarafların veya üçüncü kişilerin temel hak ve hürriyetlerini ihlal eden sözleşmelere karşı koruma sağlayan çerçeve hükümlerden bir diğeri de “*genel ahlâka aykırılık*” kavramıdır. Kişilerin maddî, manevî veya sosyal alanına dâhil özgürlüklerini genel ahlâka aykırı olarak sınırlandıran sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu’nun 27’inci maddesi uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmaktadır¹⁶⁶¹. Ayrıca dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kamu düzenine aykırılık ve aşırı yararlanma ölçütleri de temel hak ve hürriyetleri ihlal eden sözleşmeler karşısında kişilere güvence sağlayan özel hukukun çerçeve hükümleri arasında yer almaktadır.

Öte yandan özel hukuk yargıcı, sözleşme ilişkilerinde tarafların temel hak ve hürriyetlerini korumak için özel hukukun çerçeve hükümlerine başvururken sözleşme

¹⁶⁵⁹ Serozan (1997), s. 95.

¹⁶⁶⁰ Bkz. Kaşak, s. 124.

¹⁶⁶¹ Ateş (2007-a), s. 239. Yargıtay da birçok kararında genel ahlâka aykırılık ölçütünü kişisel ve ekonomik hürriyetlerin aşırı sınırlandırılması ile bağlantılandırmıştır: “*Kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilmez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlak ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik ve bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılamaz ve çöktürücü bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir*” (Yargıtay 11’inci Hukuk Dairesi, E. 2009/9624, K. 2011/2059, K.T. 01.03.2011, <https://www.lexpera.com.tr>, E. T. 18.02.2024). Aynı yönde bkz. Yargıtay 1’inci Hukuk Dairesi, E. 2006/11666, K. 2007/255, K.T. 18.01.2007, <https://www.lexpera.com.tr>, E. T. 18.02.2024.

hürriyetinin de bizâtihi bir temel hak ve hürriyet olduğunu göz ardı etmemelidir. Tarafların temel hak ve hürriyetlerini sınırlandıran her türlü sözleşmenin kişilik haklarına, genel ahlâka veya kamu düzenine aykırılık sebebi ile geçersiz kabul edilmesi, anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini anlamsız kılar. Daha önce de ifade edildiği üzere, kurulan her sözleşme ilişkisi, taraflara ait temel hak ve hürriyetlerin az çok sınırlanması sonucunu doğurur¹⁶⁶². Zaten kişilerin taraf oldukları sözleşmeler ile temel hak ve hürriyetleri üzerinde belli ölçülerde tasarruf edebilmeleri başlı başına bir özgürlük eylemi olduğu gibi¹⁶⁶³ sözleşme hürriyetinin de bir gereğidir. Bu noktada, kişinin taraf olduğu sözleşme ile ilgili temel hak ve hürriyeti kullanma olanağını bütün olarak veya büyük ölçüde yitirip yitirmediği hususu önem taşımaktadır. Yargıç, özel hukukun çerçeve hükümlerini somut uyuşmazlığa uygularken hem tarafların sözleşme hürriyetini hem de sözleşme ile sınırlandırılan temel hak ve hürriyetleri göz önünde bulundurma ve bunlar arasında uygun bir denge oluşturma yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran sözleşmelerin geçerliliği araştırılırken; sözleşmenin kurulduğu esnada tarafların irade özerkliğini zayıflatan herhangi bir unsurun mevcut olup olmadığı, sözleşmenin süresi, üstlenilen edimin tarafların kişisel, sosyal ve ekonomik yaşamı üzerindeki etkisi, sözleşmede temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlama ile orantılı bir karşı edim öngörülüp öngörülmediği gibi çok sayıda etkenin dikkate alınması gerekmektedir.

Temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran hukukî işlemlerin geçerliliği sorunu Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli bireysel başvuru kararlarına da konu olmuştur. Bilindiği üzere, bireysel başvuru ancak kamu gücü tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülen temel hak ve hürriyet ihlallerine karşı işletilebilecek bir hak arama yoludur¹⁶⁶⁴. Bu nedenle, devletin doğrudan müdahalesinin bulunmadığı; özel kişiler arasında akdedilen sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar kural olarak bireysel başvurunun konusu olamaz. Ancak özel sözleşmelerden kaynaklanan temel hak ve hürriyet ihlallerinde de kamu gücüne atfedilebilecek birtakım sorumluluklar

¹⁶⁶² Ateş (2007-a), s. 239.

¹⁶⁶³ Krş. Gören (2021), s. 757; Kingreen/Poscher, s. 120.

¹⁶⁶⁴ Açıl (2022), s. 160.

bulunabilmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, yasama organı, temel hak ve hürriyetlerin ihlali niteliği taşıyabilecek sözleşmelere karşı koruyucu kuralları oluşturma; yargı mercileri de mevcut özel hukuk kurallarını temel hak ve hürriyetlere uygun yorumlamak sureti ile bu tür sözleşmelere karşı kişilere güvence sağlama yükümlülüğü altındadır. Özel hukuk işlemleri ile temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişiler, devletin söz konusu pozitif yükümlülüklerini ihmal ettiğini gerekçe göstererek bireysel başvuru yoluna gidebilir.

Anayasa Mahkemesi, taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde bedelin uyarlanması konusuna ilişkin olarak verdiği “*Mustafa Karaca Başvurusu*”¹⁶⁶⁵ kararında, sözleşme ilişkilerinde temel hakların yatay etkisi hakkında önemli tespitlerde bulunmuştur. Bireysel başvuruya konu olayda, başvuru, maliki olduğu taşınmaz hissesini beş bin TL bedel karşılığında kardeşine satmayı taahhüt etmiştir. Vaat alacaklısı kardeş, aralarındaki taşınmaz satış vaadi sözleşmesine istinaden başvuru aleyhine tapu iptali ve tescil davası açmıştır. İlk derecesi mahkemesi, sözleşme ile kararlaştırılan satış bedelinin ödendiğinin ispatlanamadığı sonucuna ulaşarak bedeli, başvurucuya ödenmek üzere Mahkeme veznesine depo ettirmiş; ardından taşınmazın tapusunun davacı kardeş adına tesciline hükmetmiştir. Bu karar, temyiz ve karar düzeltme incelemesinin neticesinde kesinleşmiştir (§ 10-16).

Başvuru; taşınmazın, ilk derece mahkemesi tarafından tespit edilen gerçek bedelinin değil de sözleşme ile kararlaştırılan bedelin lehine depo ettirilmiş olması nedeni ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuru; sözleşmeden doğan edimin süresi içerisinde ifa edilmemiş olduğunu; bu nedenle sözleşme ile kararlaştırılan bedelin dikkate alınamayacağını; satış bedelinin Mahkeme tarafından tespit edilen harca esas değer üzerinden belirlenmesi gerektiğini savunmuştur (§ 38).

Anayasa Mahkemesi ilk olarak başvuruya konu uyumsuzluğun, taraflar arasında imzalanan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden kaynaklandığını tespit etmiş ve bu doğrultuda söz konusu başvurunun devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Devlet; mülkiyet hakkına yönelik özel kişilerden kaynaklanan müdahaleler karşısında etkili hukukî bir çerçeve oluşturma ve

¹⁶⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, *Mustafa Karaca Başvurusu*, B.N. 2014/11657, K.T. 22.06.2017.

söz konusu uyuşmazlıklarda etkili ve adil karar verilmesini temin etme yükümlülüğü altındadır. Mahkeme'ye göre; taraflar arasındaki özel hukuk uyuşmazlığının çözümünde başvurulacak kuralların yorumlanması ve uygulanması, bu konuda uzman olan derece mahkemelerinin görev ve yetkisi içerisindedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kapsamdaki görevi, derece mahkemeleri tarafından yapılan yargılama neticesinde başvurucunun temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti ile sınırlıdır (§ 49-50).

Anayasa Mahkemesi, sözleşme ile kararlaştırılan bedel ile taşınmazın gerçek değeri arasında dengesizlik bulunmasını sözleşmeye müdahale edilebilmesi için tek başına yeterli bir sebep olarak görmemiştir. Aşağıda aktarılan ve bazı bireysel başvuru kararlarında¹⁶⁶⁶ da tekrar edilen alıntıdan da görüleceği üzere Mahkeme, sözleşme ilişkilerine kamunun müdahalesi hususunda oldukça liberal bir yaklaşımı benimsemektedir:

“Özel borç ilişkilerindeki edimler kural olarak eşit konumda bulunan tarafların serbest iradeleriyle belirlenir. Sözleşmedeki edimlerin belirlenmesinde mutlak anlamda bir eşitlik ve adalet fikrinden hareket edilmiş olması gerekmez. Özerk bir varlık olarak birey kendi çıkarının ne olduğunu ve ne tür bir edimin kendi menfaatine sonuç doğuracağını en iyi bilebilecek konumdadır. Buna bağlı olarak bireyin yaptığı sözleşmenin hukuksal sonuçlarına katlanma sorumluluğu ve mecburiyeti bulunmaktadır. Bireylerin özgür iradeleriyle akdettikleri sözleşmelerin taraflara yüklediği edimler arasında dengesizlik bulunması da söz konusu olabilir. Ancak özerk bireyin serbest iradesiyle yüklendiği edimin taraflardan birine ölçüsüz bir külfet yüklemiş olması ve edimler arasında dengesizlik bulunması kural olarak devletin müdahalesini gerektirmemektedir. Kamu müdahalesi ancak hata, hile, zorlama gibi bireyin iradesini sakatlayan istisnai durumların varlığı koşuluyla haklı görülebilir. Bu gibi müstesna hâller haricinde kamunun özel hukuk sözleşmeleriyle yüklenen edimlere -adalet düşüncesiyle bile olsa-

¹⁶⁶⁶ Örnek bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, *Cahide Demir Başvurusu*, B.N. 2018/25663, K.T. 14.09.2021, § 39

müdahale, özerk bireyin devletin vesayeti altına sokulması anlamına gelir ki bu durum özgürlükçü demokratik hukuk devletiyle bağdaşmaz. Devletin özel borç ilişkilerindeki rolü üstün buyurma gücüne dayanarak sözleşmelerin ifasını sağlamaktan ibarettir. Dolayısıyla sözleşmeyle tayin edilen edimin dengesiz olduğu gerekçesi tek başına yargı organlarının o sözleşmenin hükümlerini ihmal ederek karar vermesini gerektirmez” (§ 54).

Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinde, vaat borçlusunun mülkiyeti devir borcunu rızaen yerine getirmemesi nedeni ile açılan tapu iptali ve tescil davalarında, satış bedelinin tespiti hususunda Yargıtay’ın yaklaşımı da sözleşme ile belirlenen bedele öncelik tanınması yönündedir. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre; sözleşmenin kurulduğu tarih ile dava tarihi arasında geçen sürenin uzun olmadığı durumlarda, sözleşme ile kararlaştırılan bedelin depo ettirilmesi yeterlidir. Ancak Yüksek Mahkeme, sözleşmenin kurulduğu tarih ile dava tarihi arasında uzun bir zaman aralığı bulunması ihtimalinde, sözleşme ile kararlaştırılan satış bedelinin aynen depo ettirilmesinin adalete aykırı sonuçlar doğurabileceğini kabul etmekte ve “dürüstlük ilkesi” uyarınca satış bedelinin dava tarihi itibarı ile güncellenerek ödenmesine hükmetmektedir (§ 55).

Anayasa Mahkemesi, somut uyuşmazlıkta sözleşmenin kurulma tarihi ile dava tarihi arasında geçen yaklaşık üç yıl iki aylık sürenin satış bedelinin güncellenmesini gerektirecek ölçüde uzun olup olmadığını takdir etme yetkisinin derece mahkemelerine ait olduğunu ifade etmiş ve başvuru hakkında açıkça dayanaktan yoksun olması nedeni ile kabul edilemezlik kararı vermiştir (§ 57, 60).

Anayasa Mahkemesi’nin “*Cahide Demir Başvurusu*”¹⁶⁶⁷ hakkında verdiği karar da sözleşme ilişkilerinde temel hakların yatay etkisi konusu bakımından önem taşımaktadır. Bu olayda başvuru, damadının (E.K.) kullandığı konut kredisine teminat olarak banka lehine ipotek vermiştir. Kredi borcunun tamamen ifa edilmesinin ardından başvuru, bankadan ipoteğin kaldırılmasını talep etmiştir. Ancak banka, E.K.’nın ticari ilişkisi sebebi ile bir şirket lehine düzenlediği iki adet

¹⁶⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, *Cahide Demir Başvurusu*, B.N. 2018/25663, K.T. 14.09.2021.

çeki ciro yolu ile devraldığını ve bu çeklerin tahsili için kesinleşmiş bir icra takibinin mevcut olduğunu ifade etmiş; söz konusu borcun da ipotek kapsamında olması nedeni ile ipoteğin kaldırılmayacağını başvurucuya bildirmiştir. Başvurucu, ipoteğin kaldırılması talebi ile açtığı davanın reddedilmesi üzerine mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmıştır (§ 10-19).

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun mülkiyet hakkına yönelik kamu mercileri tarafından doğrudan gerçekleştirilen bir müdahalenin söz konusu olmadığını; özel kişiler arasındaki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlığın devletin mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir (§ 28). Mahkeme'ye göre; kişinin mülkü üzerinde ipotek tesis edebilmesi, mülkiyet hakkının kapsamında olan bir kullanım biçimidir. Kişisel sorumluluk ilkesi uyarınca birey, kendi rızası ile yükümlendiği edimlerin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Kişinin ipotek sözleşmesi yapma yetkisine getirilen sınırlama, aynı zamanda kişinin mülkü üzerinde tasarrufta bulunma hakkının ve sözleşme hürriyetinin de sınırlanması anlamına gelmektedir. Bu çerçevede, devletin bu alana müdahalesinin sınırlı tutulması ve kural olarak erişilebilirlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini temin eden hukukî çerçeveyi oluşturmaktan ibaret olması gerekmektedir. Başvurucunun şikâyeti de üst sınır ipoteğine ilişkin hukukî çerçevenin yetersizliğine ve yargı mercilerinin bu hukukî çerçeveyi temel hak ve hürriyetlere aykırı şekilde uygulamalarına ilişkindir. Başvurucu, hukukî çerçevenin yetersizliği ve yargı mercilerinin hatalı yorumu neticesinde, ipotekle güvence altına alınan borcun kapsamının öngörülemez biçimde genişletilmesinden şikâyetçi olmuştur (§ 38-40).

Türk Medeni Kanunu'nun 851'inci maddesinde, alacağın miktarının belli olmaması hâlinde de taşınmaz rehni tesis edilebileceği ve bu durumda taşınmazın güvence altına alacağı üst sınırın taraflarca belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca Kanun'un 881'inci maddesinde, henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacağın da ipotek ile güvence altına alınabileceği belirtilmiştir. Dolayısı ile tarafların -ileride doğması muhtemel alacaklar da dâhil olmak üzere- birden fazla alacak için ipotek işlemi tesis edebilmeleri mümkündür. Somut uyuşmazlıkta da ipotek senedinde yer alan çelişkili ibareler nedeni ile hangi alacakların ipoteğin kapsamı içerisinde yer aldığı hususu

tartışma konusu olmuştur. Senedin ilk sayfasında borçlunun kullanmış olduğu veya kullanacağı kredilerden doğan borçların ipotek kapsamında olduğu belirtilmesine rağmen ikinci sayfasında ipoteğin borçlunun kullandığı kredilerin yanı sıra sair bankacılık ve borç işlemlerinden doğan borçlar ile herhangi bir şekilde bankaya karşı doğmuş borçları da içerdiği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; derece mahkemelerinin uyuşmazlığın esasını etkileyen bu çelişkiyi gidermeksizin hüküm tesis etmeleri nedeni ile başvuru makul olarak öngöremeyeceği ağır bir külfet ile karşılaşmıştır. Zira bankanın, E.K.'dan alacağı olan üçüncü kişilerin alacaklarını temellük etmesinin önünde herhangi bir hukukî engel bulunmamaktadır. Dahası ipotek ile güvence altına alınmış bir alacağın temellük edilmesi banka yönünden daha az risk taşıyacağı için borçlusunun E.K. olduğu alacakların temellük edilmesi banka yönünden ticari bakımdan tercih edilebilir olacaktır. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin yapmış olduğu yorum, E.K.'nın herhangi bir kişiye olan borcundan dolayı başvurusunun bankaya karşı sorumlu hâle gelebilmesi olasılığına kapı aralamıştır. Anayasa Mahkemesi; ipotek kapsamında kalan borcun başvuru tarafından makul olarak öngörülemez derecede genişletildiğini ve bu durumun ipotek alacaklısı ile ipotek borçlusunun menfaatleri arasında ciddi bir dengesizliğe yol açtığını belirterek mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiğine hükmetmiştir (§ 41-48).

Bu başlıkta son olarak “*Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu*”¹⁶⁶⁸ hakkında verilen kararın incelenmesi gerekmektedir. 1722 tarihinde kurulan ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yönetiminde olan bir vakfın vakfiyesinde, galle fazlasından yalnızca erkek evlatların yararlanabileceği; kız evlatların galle fazlasından yararlanabilmelerinin ise ancak aynı batından erkek evlat bulunmaması hâlinde mümkün olduğu ifade edilmiştir. Aynı batından yaşayan erkek evladın bulunması nedeni ile vakfın galle fazlasından pay alamayan başvurucular, kız evlatları galle fazlasından mahrum bırakan vakfiye hükmünün mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddiası ile bireysel başvuru yapmışlardır.

¹⁶⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, *Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu* [GK], B.N. 2018/14186, K.T. 20.10.2022.

Anayasa Mahkemesi ilk olarak, derece mahkemelerinin, başvuruçuların galle fazlasından yararlanma taleplerini ilgili vakfiye hükmünü gerekçe göstererek reddetmesinin cinsiyet temelinde farklı muamele teşkil ettiğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme; söz konusu farklı muamelenin, vakfedenin iradesine saygı gösterilmesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması şeklinde meşru bir amaca dayandığı ve nesnel ve haklı bir sebebinin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır (§ 86-87). Bu tespitin ardından farklı muamele ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı araştırılmıştır. Mahkeme'ye göre; somut olayda, vakfedenin iradesine saygı gösterilmesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacı, kız evlatlara galle fazlasından pay verilmemesini haklılaştıracak ölçüde yüksek bir kamu yararı taşımamaktadır. Zira eski vakıfların galle fazlalarının dağıtımı süregelen bir olgu olup bunlardan kime pay verileceğine hakkın doğduğu tarihte karar verilmektedir. Bu bakımdan, galle fazlasından pay verilmesine ilişkin uyuşmazlıklara tamamlanmış ve kesinleşmiş birer hukukî olgu olarak yaklaşılması mümkün değildir. Ayrıca cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı, toplumsal düzenin temelini oluşturan değerler arasında yer almakta olup cinsiyet temelli farklı muamele hususunda kamu makamlarının sahip olduğu takdir yetkisi oldukça dardır. Bu doğrultuda Mahkeme; vakfedenin iradesine saygı gösterilmesi ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacının, kız evlatlara galle fazlasından pay verilmemesi ile oluşan külfete tercih edilmesine imkân bulunmadığını ifade etmiş ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmetmiştir (§ 88-93).

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı hatalı bir ön kabule dayanmaktadır. Mahkeme, farklı muamele teşkil eden müdahalenin kamu mercileri tarafından gerçekleştirildiğini kabul etmiş ve bu doğrultuda başvuruyu, birey-devlet ilişkilerini ilgilendiren salt bir dikey etki uyuşmazlığı şeklinde karara bağlamıştır. Oysa somut olayda farklı muamele teşkil eden müdahalenin kaynağında, bir özel hukuk işlemi olan vakfiyenin bir hükmü yer almaktadır. Diğer bir ifade ile aynı batından erkek evlat bulunması nedeni ile kız evlatların galle fazlasından yararlanamaması, bizzat vakfedenin bu yöndeki irade beyanının bir sonucudur. Ne başvuruçular tarafından açılan davanın yargı mercileri tarafından reddedilmiş olması ne de söz konusu vakfın Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yönetimi altında olması,

ihlale sebebiyet veren müdahalenin kaynağında bir kamu gücü işlemi veya eylemi bulunduğunu göstermeye yeterlidir. Başvurucular tarafından açılan davanın reddedilmesinin sebebi, yargı mercilerinin, Osmanlı hukukuna göre geçerli olarak oluşturulan vakfiyede yer alan ve başvurucuların galle fazlasından pay almalarına engel teşkil eden hükmü uygulamış olmalarından ibaret olup doğrudan bu mercilerin gerçekleştirmiş olduğu bir farklı muameleden söz etme olanağı yoktur. Ayrıca mazbut vakıf statüsündeki söz konusu vakfin Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yönetimi altında olması da farklı muamele teşkil eden müdahalenin bizzat kamu mercileri tarafından gerçekleştirildiğini göstermez. 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu'na göre; mazbut vakıflar, mülga 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 Sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilen vakıfları ifade etmektedir (m. 3). Mazbut vakıfların yönetim ve temsil yetkisi Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ait olsa da bu vakıflar esasında özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir. Anayasa Mahkemesi'nin de kabul ettiği üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün sahip olduğu vesayet yetkisi, mazbut vakıfların hukukî statülerinde bir değişikliğe sebebiyet vermediği gibi vakıf mal varlığının kamu malı hâline dönüşmesi neticesini de doğurmamaktadır¹⁶⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin farklı muamele teşkil eden müdahalenin kaynağına dair yaptığı hatalı değerlendirme, ulaşılan sonucun doğruluğunu da şüpheli hâle getirmiştir. Zira müdahalenin kaynağının ne olduğu, somut olayda ihlali ileri sürülen temel hak ve hürriyet ile ilgili olarak devletin yükümlülüklerinin kapsamının tespiti açısından büyük önem taşımaktadır. Karşı oy yazısında da ifade edildiği üzere; devletin özel kişiler arasındaki ilişkilerden kaynaklanan ihlallere ilişkin yükümlülükleri ile doğrudan kamu makamları tarafından gerçekleştirilen müdahalelere ilişkin yükümlülükleri birbirinden farklıdır¹⁶⁷⁰. Özel kişilerin sebebiyet verdiği temel hak ve hürriyet sınırlamaları bakımından devlet; etkili bir hukukî çerçeve oluşturma ve oluşturulan bu hukukî çerçeve kapsamında özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda etkili ve adil karar verilmesini temin etme yükümlülüğü

¹⁶⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, *Emine Görgülü Başvurusu*, B.N. 2014/5871, K.T. 06.07.2017, § 42.

¹⁶⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, *Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu [GK]*, B.N. 2018/14186, K.T. 20.10.2022, Kadir Özkaya'nın Karşı Oy Yazısı, § 102.

altındadır¹⁶⁷¹. Bu yükümlülüğün gereğine uygun olarak yerine getirilmiş sayılabilmesi için uyumsuzluğun çözümünde her iki tarafın temel haklarının da dikkate alınması ve bu çatışan temel haklar arasında adil bir denge kurulması şarttır. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu bireysel başvuruyu, kamu mercileri ile özel hukuk kişileri arasındaki bir uyumsuzluk olarak ele almış; buna bağlı olarak da başvuru sahiplerinin ayrımcılığa uğramama hakkı ile farklı muamele teşkil eden vakfiye hükmünün geçerli kabul edilmesi neticesinde elde edilecek kamusal menfaatlerin tartımı yolu ile sonuca ulaşmıştır. Farklı muamele teşkil eden müdahalenin kaynağında bir özel hukuk işlemi olan vakfiye hükmü bulunduğu dikkate alındığında, Mahkeme'nin bu yaklaşımının hatalı olduğunu söylemek mümkündür¹⁶⁷². Kanaatimizce somut başvuruda, ayrımcılık yasağına yönelik müdahalenin orantılılığı denetlenirken terazinin diğer kefesine, vakfedenin örgütlenme ve irade hürriyeti ile vakfiye hükmünün geçersiz sayılması neticesinde galle fazlasından alacağı pay azalacak olan kişilerin mülkiyet haklarının da konulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararında ise vakfiye hükmünün geçersiz sayılmasının söz konusu hak ve hürriyetler üzerindeki sınırlandırıcı etkisine dair herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

Yargı mercilerinin temel hak ve hürriyetleri ihlal ettiği gerekçesi ile sözleşmenin geçersizliğine hükmettiği durumlarda, sözleşmenin geçerli kabul edilmesinde menfaati bulunan tarafın sözleşme hürriyetinin ihlali iddiası ile bireysel başvuru yapma yetkisinin bulunup bulunmadığı sorusuna da cevap aramak gerekmektedir. Anayasa'nın 148'inci maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, bireysel başvuru yoluna sadece Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortak güvencesi içerisinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddiası ile

¹⁶⁷¹ Birçok karar arasından bkz. Anayasa Mahkemesi, *Selahattin Turan Başvurusu*, B.N. 2014/11410, K.T. 22.06.2017, § 41

¹⁶⁷² Kadir Özkaya tarafından yazılan karşı oy yazısında da benzer bir değerlendirme yer almaktadır: "Somut başvurudaki uyumsuzluğun özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiden kaynaklanan bir uyumsuzluk olduğu, kamu makamlarının doğrudan bir müdahalesinin söz konusu olmadığı anlaşıldığına göre, kararda yer verilen "Vakfedenin iradesine saygı gösterilmesi amacının kız evlatlarına galle fazlasından pay verilmemesini haklılaştıracak ölçüde yüksek bir kamu yararı barındırmadığı değerlendirilmiştir." şeklindeki kamu yararına atıf yapan değerlendirmelerin isabetliliği tartışılır hale gelmektedir. Zira özel hukuk kişileri bir şart öngörürken kamu yararını gözetmek zorunda değildirler" (Anayasa Mahkemesi, *Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu [GK]*, B.N. 2018/14186, K.T. 20.10.2022, Kadir Özkaya'nın Karşı Oy Yazısı, § 108).

gidilebilir. Sözleşme hürriyeti, Anayasa'nın 48'inci maddesi ile güvence altına alınmış olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmediği için kural olarak bu hürriyetin ihlal edildiği gerekçesi ile bireysel başvuru yapılamaz. Anayasa Mahkemesi de sözleşme hürriyetinin ihlali iddiası ile yapılan bireysel başvurular hakkında konu bakımından yetkisizlik kararı vermektedir¹⁶⁷³:

“Anayasa'nın 148. maddesinin (3) numaralı fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir. Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyeti, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber, Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Açıklanan nedenlerle, başvuru konusu çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlaline yönelik iddiaların Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “konu bakımından yetkisizlik” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir”.

Ancak Mahkeme; Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortak koruma alanında olan bir başka temel hak ve hürriyet ile bağlantılı olması durumunda, çalışma ve sözleşme hürriyetinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin incelenmesine açık kapı bırakmıştır¹⁶⁷⁴. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin

¹⁶⁷³ Anayasa Mahkemesi, *Mustafa Alkanat Başvurusu*, B.N. 2014/4781, K.T. 22.06.2015, § 21-23

¹⁶⁷⁴ Bu yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, *Nesrin Kılıç Başvurusu*, B.N. 2013/772, K.T. 07.11.2013, § 42-43; Anayasa Mahkemesi, *Ö.Ç. Başvurusu*, B.N. 2013/9705, K.T. 30.03.2016, § 37; Anayasa Mahkemesi, *Sinan Aydın Aygün (2) Başvurusu*, B.N. 2014/922, K.T. 16.06.2016, § 46.

sözleşme hürriyetinin ihlali iddiası ile yapılan bireysel başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelemesi mümkündür. Tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi Anayasa Mahkemesi de özel ve aile hayatına saygı hakkını pek çok hukukî çıkarı bünyesinde barındıran geniş kapsamlı bir temel hak ve hürriyet olarak ele almaktadır. Mahkeme'ye göre; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının kapsamı içinde yer alan hukukî çıkarlar, Anayasa'nın farklı maddeleri ile koruma altına alınmış durumdadır. Anayasa'nın 17'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen kişinin “*maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*” da özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir¹⁶⁷⁵. Kanaatimizce kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile sözleşme hürriyeti arasında “*genel hüküm-özel hüküm*” ilişkisi mevcuttur. Bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkı, hukukî ilişkilerini devlet müdahalesi olmaksızın serbestçe şekillendirebilme imkânını da içerir. Sözleşme hürriyeti -1982 Anayasası'nda münferit bir temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmiş olmasına rağmen- esasında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede, sözleşme hürriyetinin -özel olarak anayasal güvence altına alınmamış olsa idi dahi- kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında korunabileceğini söylemek mümkündür. Bu çerçevede kanaatimizce sözleşme hürriyetinin ihlaline ilişkin şikâyetler, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında bireysel başvuru yolunda ileri sürülebilmelidir.

¹⁶⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, *Meltem Sukan Başvurusu*, B.N. 2013/9459, K.T. 21.04.2016, § 56.

SONUÇ

Sözleşme hürriyeti ilkesi, çağımızın özgürlükçü hukuk düzenlerinin ortak değerleri arasında yer almaktadır. Kişilerin hukukî ilişkilerini uygun gördükleri şekilde düzenlemelerine olanak tanıyan; onlara kendi normlarını oluşturma yetkisi veren bu ilke, kişisel özerklik idealine hizmet etmektedir. Bu nedenle -özel hukuk orijinli bir ilke olmasına rağmen- birçok ulusal hukuk düzeninde, sözleşme hürriyeti aynı zamanda bir anayasal hak olarak kabul edilmiş durumdadır.

Bununla birlikte, sözleşme hürriyetine anayasal statüsü tanınması, çoğu ülkede, bu ilkeye açık şekilde yer veren hukuk normları vasıtası ile değil; anayasal yorum yetkisine sahip olan organların yaratıcı içtihatları sonucu mümkün olmuştur. Birçok ülkede, yüksek yargı mercileri, anayasal düzeydeki bir hak, ilke veya değer ile ilişkilendirmek sureti ile sözleşme hürriyetini Anayasa'nın güvencesi kapsamına dâhil etmişlerdir. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu az sayıda ülkede ise sözleşme hürriyetine doğrudan Anayasa metninde yer verilmiştir. Türk hukukunda ilk kez 1924 Anayasası ile düzenlenen sözleşme hürriyeti, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'nda da temel hak ve hürriyetler arasında sayılmıştır.

1982 Anayasası'nda sözleşme hürriyetinin öznesi “herkes” olarak gösterilmiştir. Bu ibarenin -yabancılar da dâhil olmak üzere- gerçek kişileri ve özel hukuk tüzel kişilerini kapsadığı hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. “Herkes” ibaresi salt sözel yöntem ile yorumlandığında, kamu tüzel kişilerinin sözleşme hürriyetinin taşıyıcısı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sonuç, temel hak ve hürriyetlerin varlık nedeni ve işlevleri ile çelişmektedir. Temel hak ve hürriyetlerin, bireyin özgürlük alanını kamu gücünün haksız müdahalelerine karşı koruma ve bu suretle devlet iktidarını sınırlandırma amacı göz önüne alındığında, kamu gücü taşıyıcısı olan devletin aynı zamanda bir temel hak öznesi olarak kabulü olanaklı değildir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini ileri süremez. Bu sonuç, idarî sözleşmeler için geçerli olduğu gibi idarenin özel hukuka tabi olan sözleşmeleri bakımından da geçerlidir.

Anayasa'nın 48'inci maddesinde yer alan “*dilediği alanda*” ibaresi, sözleşme hürriyetinin güvence kapsamının mümkün olduğunca geniş tutulması gerektiğine

işaret etmektedir. Bu çerçevede yalnızca borçlar hukuku sözleşmeleri değil; aile hukuku, eşya hukuku, miras hukuku sözleşmeleri de dâhil olmak üzere, bütün özel hukuk sözleşmeleri anayasal sözleşme hürriyeti güvencesinin kapsamı içerisindedir. Anayasa'nın 48'inci maddesinde sözleşmeye taraf olan kişiler bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış olduğuna göre; idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmelerin de sözleşme hürriyetinin güvencesi kapsamına dâhil olduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir ifade ile idare ile sözleşme ilişkisine giren özel hukuk kişileri de söz konusu ilişki bağlamında anayasal sözleşme hürriyeti güvencesini ileri sürebilecektir. Bu çerçevede, idari sözleşmelerde kamu gücü ayrıcalıklarının sözleşmede veya kanunda öngörülmesi bile mevcut olduğu görüşü, anayasal sözleşme hürriyeti güvencesi ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca sözleşme hürriyeti, bireylerin hukukî ilişkilerini sözleşmeler yolu ile serbestçe düzenleyebilmeleri; hukukî sonuç doğurmak amacı ile yönelttikleri iradelerinin geçerli kabul edilmesi anlamına geldiğine göre; bu hürriyetin sağladığı güvencenin -niteliklerine uygun düştüğü ölçüde- tek taraflı hukukî işlemler ile karar türündeki hukukî işlemler için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Sözleşme hürriyeti, tarihin hiçbir döneminde mutlak statüde bir temel hak olarak görülmemiş; kamu düzeni, genel ahlak, kamu yararı gibi gerekçeler ile bu hürriyete sınırlama getirilebileceği kabul edilmiştir. Sosyal devlet anlayışının yerleşmesine ve devletin ekonomik hayata yönelik müdahalelerinin genişlemesine paralel olarak, kanun koyucunun sözleşme hürriyetine getirdiği sınırlamalar da giderek artmıştır. Bununla birlikte, sözleşme hürriyetine sınırlama getirilirken Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer verilen ilke ve esaslara riayet edilmesi şarttır.

Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın dayanağı mutlaka şekli anlamda bir kanun olmalıdır. Tüzük, yönetmelik, genelge, tebliğ gibi yürütmenin düzenleyici işlemleri ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirilemez. Yürütme organının, kanun ile sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalarının uygulanmasını sağlamak ve bu sınırlamaları somutlaştırmak üzere düzenleme yapması mümkünse de kanunda öngörülmeeyen yeni bir sınırlama getirmesi veya mevcut sınırlamaların kapsamını genişletmesi yasaktır. Keza sözleşme hürriyetine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile de sınırlama getirilemez. Bununla birlikte, Anayasa'nın 104'üncü maddesinin 17'nci

fıkrasında zımnen sosyal ve ekonomik hakların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği kabul edildiği için sözleşme hürriyetinin kullanım usullerini göstermek ve bireylerin bu hürriyetten daha kolay yararlanmalarına olanak tanımak üzere kararname çıkarılması mümkündür.

Sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın şekli anlamda kanuna dayanması mutlak bir zorunluluk olmakla birlikte, müdahalenin kanuniliğine hükmedilebilmesi açısından bu tek başına yeterli değildir. Ayrıca söz konusu kanunî düzenlemenin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması da gerekmektedir. Ancak sözleşme hürriyetine sınırlama getiren kanunda geçen soyut ve muğlak görünen kavramların, yargı içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile somutlaştırılarak belirli ve öngörülebilir hâle getirilmiş olması mümkündür. Bu çerçevede TBK m. 27’de yer alan “*ahlâk*”, “*kamu düzeni*” ve “*kişilik hakları*” terimleri; içeriği belirsiz, zamana ve mekâna göre anlamı değişebilen oldukça soyut kavramlar olmakla birlikte, anlamı ve içeriği yargı kararları ile somutlaştırılmış olduğu için bu kavramların kanun ile sınırlama şartını karşıladığını söylemek mümkündür.

Anayasa’nın 48’inci maddesinde sözleşme hürriyeti için herhangi bir özel sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Devlete “*özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma*” görevi yükleyen Anayasa’nın 48’inci maddesinin 2’nci fıkrası hükmünün sözleşme hürriyeti bakımından sınırlama sebebi işlevi gördüğünü kabul etmek de mümkün değildir. Ancak sözleşme hürriyeti hakkında herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemiş olması, bu hürriyetin hiçbir durumda sınırlandırılması mümkün olmayan, mutlak bir hak olduğu anlamı taşımaz. Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadına göre; sözleşme hürriyetinin birtakım nesnel ve anayasal sınırları bulunduğu gibi bu hürriyete, diğer temel hak ve hürriyetler ile anayasal değerlere dayanmak sureti ile sınırlama getirilmesi de mümkündür.

Öğretide genel ahlâka aykırı sözleşmeleri geçersiz sayan, aşırı yararlanma hâli için iptal edilebilirlik yaptırımını öngören, hâkim durumdaki teşebbüsler için

sözleşme yapma yasağı yahut sözleşme yapma zorunluluğu getiren kanun hükümlerinin sözleşme hürriyetine sınırlama getirmiş sayılamayacağı; zira söz konusu kullanım biçimlerinin zaten sözleşme hürriyetinin nesnel sınırları dışında kaldığı yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu çalışmada, nesnel sınırlar teorisinin, yargıcın kişisel değerlendirmelerine kapı aralayan, kötüye kullanılmaya elverişli bir teori olduğu; bu nedenle de açık ve üzerinde uzlaşmış durumlar haricinde bu teoriye başvurulmaması gerektiği savunulmuştur. Nesnel sınırlar teorisi, temel hak veya hürriyetin güvence kapsamını daha başlangıç aşamasında daraltmakta ve söz konusu hak veya hürriyetin nesnel koruma alanı ile özgül bağlantı içinde görülmeyen kullanım biçimleri bakımından sınırlama ölçütlerinin uygulanmasını olanaksız kılmaktadır. Bu çerçevede, temel hak veya hürriyetin norm alanının ilk aşamada geniş olarak ele alınıp müdahaleyi haklı gösteren unsurların sınırlama düzeyinde göz önünde bulundurulmasının daha güvenceli bir yöntem olacağı değerlendirilmiştir.

Anayasa koyucu, sözleşme hürriyetinin güvence kapsamını bazı Anayasa hükümleri ile daraltmıştır. Sözleşme hürriyetinin anayasal sınırlarına topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye dağıtılan toprakların başkalarına devredilmesi yasağı (Anayasa m. 44. f. 2) ile asgari ücret uygulamasını (Anayasa m. 55. f. 3) örnek göstermek mümkündür. Bu sınırlar doğrudan Anayasa ile öngörülmüş olduğu için bunları somutlaştıran kanun hükümlerinin sözleşme hürriyetine sınırlama getirdiğinden söz edilemeyecektir.

Sözleşme hürriyeti için Anayasa’da herhangi bir sınırlama kaydına yer verilmemiş olsa da bu hürriyetin diğer temel haklar ve anayasal değerler ile çatışması olasılığı her zaman mevcuttur. Kanun koyucu; başka bir temel hakkı gerçekleştirmek, Anayasa’nın kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanmak yahut anayasal bir emri yerine getirmek üzere çıkardığı bir düzenleme ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirebilir. Çatışma durumunda, sözleşme hürriyeti ile çatıştığı Anayasa hükmü arasında uygun bir denge kurulması gerekecek olup bu durum sözleşme hürriyetinin sınırlanması sonucunu doğurabilecektir. Ancak sözleşme hürriyeti hakkında herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmediği için bu hürriyete yönelik müdahalenin dayanağı mutlaka “*anayasal statü taşıyan bir hukukî değer*” olmak zorundadır. Bu hukukî değer, Anayasa’da düzenlenen başka bir temel hak ve

hürriyet olabileceği gibi devletin temel ilkeleri veya devlete görev yükleyen herhangi bir Anayasa hükmü de olabilecektir. Sözleşme hürriyetine yönelik müdahalenin dayanağının anayasal statüde bir hukuki değer olmadığı durumlarda ise “*meşru bir sebebe dayanmaması*” gerekçesi ile müdahalenin Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmedilmelidir.

Sözleşme hürriyetine anayasal statüde bir hukukî değeri koruma gerekçesi ile sınırlama getirildiği tespit edildikten sonra, bu iki anayasal değer arasında uygun bir denge kurulup kurulmadığı ve pratik uyuşumun sağlanıp sağlanmadığı denetlenmelidir. Anayasa Mahkemesi bu denetimi Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan “*ölçülülük ilkesi*”, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*öz güvencesi*” ölçütleri üzerinden gerçekleştirmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaları sebebe bağlılık ölçütü yönünden denetlediği bazı kararlarında çeşitli hatalı uygulamalar göze çarpmaktadır. Mahkeme bazı kararlarında, sebebe bağlılık ölçütü yönünden herhangi bir denetim gerçekleştirmeksizin doğrudan müdahalenin Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan diğer ölçütlere uygunluğunu incelemiştir. Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan şartlar kümülatif nitelikte olup anayasal anlamda meşru bir amacı bulunduğu tespit edilmeden müdahalenin Anayasa’ya uygun olduğuna hükmedilemez. Anayasa Mahkemesi’nin bir diğer hatalı tutumu, bazı kararlarında “*kamu yararı*”, “*kamu düzeni*”, “*milli güvenlik*” gibi çeşitli kavramları, sözleşme hürriyeti için birer sınırlama sebebi olarak kullanmış olmasıdır. 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasından sonra sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamalar için söz konusu kavramlara sınırlama sebebi olarak başvurma olanağı kalmamıştır. Mahkeme, bazı kararlarında ise dava konusu kural ile sözleşme hürriyetine sınırlama getirilmiş olduğu gerçeğini görmezden gelerek denetimini başka bir norm üzerinden gerçekleştirmiş; bu suretle müdahaleyi meşrulaştırıcı bir anayasal dayanak sunma külfetinden kurtulmuştur. Mahkeme’nin başka bir hatalı tutumu da denetimini sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın anayasal dayanağını tespit etmek ile sınırlandırmış olması; bu tespitin ardından çatışan anayasal değerler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını araştırmaksızın doğrudan müdahalenin Anayasa’ya uygun olduğuna hükmetmesidir.

2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmasından sonra kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğunu belirten Türk Borçlar Kanunu’nun 27’nci maddesi hükmünün Anayasa’ya uygunluğu tartışmalı hâle gelmiştir. Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin geçersizliğini öngören kural ile sözleşme hürriyetine doğrudan bir sınırlama getirilmemiştir. Bu kural sadece emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını düzenlemekte olup emredici nitelik taşıyan bir kuralın kendisinin sözleşme hürriyeti güvencesini ihlal edip etmediğı farklı bir meseledir. Kişilik haklarını oluşturan değerlerin temel hak ve hürriyetlerin özel hukuk alanındaki izdüşümleri oldukları dikkate alındığında, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğunu öngören kuralı, temel hak ve hürriyetlerin çatışmasından kaynaklanan bir sınırlama hâli olarak değerlendirmek mümkündür. Sözleşmelerin diğer geçersizlik sebepleri olan ahlâka aykırılık ve kamu düzenine aykırılık ölçütleri ise 2001 Anayasa değişiklikleri ile genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması neticesinde Anayasa’ya aykırı hâle gelmiştir. Zira kamu düzenine ve ahlâka aykırı bütün sözleşmelerin geçersiz kılınmasına dayanak teşkil edebilecek bir hüküm Anayasa’da mevcut değildir. Bu ölçütlerin Anayasa’ya aykırı bulunup iptal edilmesi ihtimalinde büyük bir hukukî boşluk hâli ile karşılaşılacağına şüphe yoktur. Kanaatimizce böyle bir sorunun önüne geçilebilmesi için Anayasa’nın 48’inci maddesine “*Kamu yararının gerektirdiğı durumlarda, bu hürriyetlere kanun ile sınırlama getirilebilir*” şeklinde yeni bir fıkra eklenmesi isabetli olacaktır.

Sözleşme hürriyeti, “*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlıklı üçüncü bölümde düzenlenmiş olmasına rağmen devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırını gösteren Anayasa’nın 65’inci maddesi hükmünün bu hürriyet bakımından uygulanma olanağı yoktur. Öğretide, devletin olumlu edimini gerektirmeyen temel hak ve hürriyetlerin -“*sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler*” başlıklı bölümde düzenlenmiş olsalar dahi- malî kaynakların yeterliliğı ölçütüne tabi olmadığı hususunda görüş birliğı bulunmaktadır. Sözleşme hürriyeti de devletin yüklendiğı edimin niteliğı bakımından negatif statü hakları arasında yer almaktadır. Bu bakımdan; devlet, malî kaynakların yetersizliğini gerekçe göstererek sözleşme hürriyetine ilişkin yükümlölüklerini yerine getirmekten kaçınamayacaktır.

Sözleşme ilişkilerinde tarafların temel hak ve hürriyetlerine dayalı olarak talepte bulunabilmeleri, sözleşme hürriyeti ilkesi üzerinde sınırlandırıcı bir etki doğurmaktadır. Zira özel hukuk ilişkilerinde, bir tarafın sözleşme hürriyeti ile karşı tarafın ayrımcılığa uğramama hakkı, özel hayata saygı hakkı, din ve vicdan hürriyeti gibi çeşitli temel hak ve hürriyetleri arasında bir çatışma durumu ortaya çıkabilmektedir. Bu çatışmaların çözümünde öncelikle hem sözleşme hürriyetinin hem de çatıştığı temel hak ve hürriyetlerin optimal düzeyde etkisini korumasını sağlayacak uzlaştırmacı bir formül oluşturulmaya çalışılmalıdır. Çatışabilecek hakları uyumlaştırma ve bu çatışmaları adil şekilde çözüme kavuşturan kuralları oluşturma görevi öncelikle yasama organına aittir. Yasama organının bu görevini ihmal etmesi durumunda, yargı mercileri, bilhassa özel hukukun çerçeve hükümlerini yorumlamak sureti ile tarafların çatışan hakları arasında uygun bir denge kurmalıdır. Bu dengeleme süreci sonunda, çatışan temel hak veya hürriyetin sözleşme hürriyeti karşısında ağır bastığı sonucuna ulaşıldığı takdirde, karşı taraf için sözleşme kurma zorunluluğu öngörülebilme veya söz konusu hak veya hürriyeti ihlal eden sözleşmeler geçersiz sayılabilmektedir. Yasama organının hukukî işlemlere karşı kişileri koruyucu kuralları oluşturmamış olması yahut yargı organlarının somut uyuşmazlıkta çatışan temel hak ve hürriyetlerin ağırlıklarını doğru tartamaması durumunda, özel hukuk işlemleri ile temel hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişiler Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluna gidebilecektir.

KAYNAKLAR

I) KİTAPLAR

70 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court-Landmark Decisions of the Federal Constitutional Court of Germany in the Area of Fundamental Rights, Çev. Donald P. Kommers, (Editörler Jürgen Bröhmer, Gisela Elsner, Clauspeter Hill, Marc Spitzkatz), The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, Ampang, 2019.

Acemoğlu, Daron/Robinson, James A., **Ulusların Düşüşü: Güç, Zenginlik ve Yoksulluğun Kökenleri**, (Çev. Faruk Rasim Velioğlu), Doğan Kitap, İstanbul, 2020.

Açıl, Murat, **Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Ağaoğulları, Mehmet Ali, **Kent Devletinden İmparatorluğa**, İmge Kitabevi, Ankara, 2004.

Ağaoğulları, Mehmet Ali/Köker, Levent, **İmparatorluktan Tanrı Devletine**, İmge Kitabevi, Ankara, 2017.

Ağaoğulları, Mehmet Ali/Zabcı, Filiz/Ergün, Reyda, **Kral-Devletten Ulus-Devlete**, İmge Kitabevi, Ankara, 2017.

Akad, Mehmet, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1984.

Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2015.

Akarsu, Bedia, **Felsefe Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1975.

Akbulut, Emre, **Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013. Akbulut (2013)

- Akbulut, Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016. Akbulut (2016)
- Akçabay, Fehmiye Ceren, **Statüden Sözleşmeye: Henry Maine'in Evrimci Hukuk Anlayışı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Akıllıoğlu, Tekin, **İnsan Hakları I: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1995.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, **Aile Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012. Akıntürk/Ateş Karaman (2012)
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, **Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Akkurt, Sinan Sami/Erdoğan, Kemal/Tokat, Hüseyin, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler-Özel Hükümler (Özel Borç İlişkileri)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Aksu Özkan, Raziye, **Aval Kurumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Akyol, Şener, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler I**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Alatlı, Alev, **Batıya Yön Veren Metinler IV: Moderniteye Doğru-Kaotik Modern Dünya (1800-1970)**, Kapadokya Üniversitesi Yayınları, Nevşehir, 2010.
- Aldıkaçtı, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.

- Alexy, Robert, **A Theory of Constitutional Rights**, (Çev. Julian Rivers), Oxford University Press, New York, 2010. Alexy (2010)
- Algan, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- Alper, Gizem, **Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi: Anlamı ve Kapsamı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Altaş, Hüseyin, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Analytical Synopsis 1998.**
- Analytical Synopsis 2001.**
- Anayasa Mahkemesi, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)**, (Hazırlayanlar Yunus Emre Yılmazoğlu, İsmail Emrah Perdecioğlu), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.
- Anayurt, Ömer, **2017 Anayasa Değişiklikleri ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019. Anayurt (2019)
- Anayurt, Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021. Anayurt (2021)
- Anayurt, Ömer, **Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998. Anayurt (1998)
- Anderson, Craig, **Roman Law Essentials**, Dundee University Press, Dundee, 2009.
- Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku: Birinci Kısım**, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara, 1954.

Arsal, Sadri Maksudi, **Umumî Hukuk Tarihi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1944.

Arsel, İlhan, **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları**, 1962.

Arslan Öncü, Gülay, **Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2019.

Aslan, Volkan, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ve Türkiye'de Devlet Başkanının Kararname Yetkisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

Ataay, Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi: Birinci Yarım**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1981. Ataay (1981-a)

Atamer, Yeşim M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001. Atamer (2001)

Atar, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Atasoy, Kemal, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Ateş, Derya, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007. Ateş (2007-a)

Ateş, Mustafa, **Rekabet Hukukuna Giriş**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Atiyah, Patrick S., **An Introduction to the Law of Contract**, Oxford University Press, London, 1975. Atiyah (1975)

Atiyah, Patrick S., **The Rise and Fall of Freedom of Contract**, Oxford University Press, New York, 2000. Atiyah (2000)

Ayan, Mehmet, **Medenî Hukuka Giriş**, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

- Aybay, Rona, **İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- Aydoğdu, Murat, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Barber, William J., **İktisadi Düşünce Tarihi**, (Çev. İhsan Durdu), Şûle Yayınları, İstanbul, 1999.
- Barın, Taylan, **Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020. Barın (2020)
- Barın, Taylan, **Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi: Ak Parti, CHP, MHP ve BDP'nin Anayasa Önerileri ile 1982 Anayasası ve Uzlaşma Komisyonu Taslağının Karşılaştırılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Barkan, Ömer Lütfi, **İktisat Tarihi Ders Notları: Kitap 2**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1957.
- Barry, Norman P., **Modern Siyaset Teorisi**, Liberte Yayınları, Ankara, 2018.
- Baysal, Başak, **Sözleşmenin Uyarlanması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. Baysal (2017)
- Beard, Charles Austin, **An Economic Interpretation of The Constitution of The United States**, The Macmillan Company, New York, 1935.
- Bentham, Jeremy, **A Manuel of Political Economy**, McMaster University Archive for the History of Economic Thought, 1843.
- Bentham, Jeremy, **Defence of Usury**, Payne and Foss, Pall-Mall, London, 1818.
- Berki, Şakir, **Roma Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1949. Berki (1949)

- Bilgin, Ahmet Burak, **Avrupa Birliği'nde İnsan Haklarının Gelişimi ve Korunması: Tüm Yönleriyle AB İnsan Hakları Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Bilir, Faruk, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Block, Marc, **Feodal Toplum**, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Opus Yayınları, Ankara, 1998.
- Boldeman, Lee, **The Cult of the Market: Economic Fundamentalism and its Discontents**, The Australian National University Press, Canberra, 2007.
- Boyar, Oya, **Anayasa ve Özel Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019. Boyar (2019)
- Bozkurt, Gülnihal, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1996. Bozkurt (1996)
- Butler, Eamonn, **Özgür Toplumun Temelleri**, (Çev. Hakan Şahin), Liberte Yayınları, Ankara, 2016.
- Can, Hacı, **Avrupa Birliği Hukuku**, Sürat Üniversite Yayınları, İstanbul, 2013.
- Can, Mertol, **Kıymetli Evrak Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.
- Can, Osman, **Kurucu İktidar**, Alfa Basım Yayım, İstanbul, 2013.
- Cansel, Erol/Özel, Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Cilt-1**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Cartabia, Marta/Lupo, Nicola, **The Constitution of Italy: A Contextual Analysis**, Bloomsbury Publishing Plc, Oxford, 2022.
- Cherednychenko, Olha, **Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions**,

- Utrecht University Institute for Legal Studies, Utrecht, 2007.
Cherednychenko (2007-a)
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül, **Feodalite ve Osmanlı Düzeni**, Çağ Üniversitesi Yayınları, Adana, 2000.
- Commission of the European Communities, **Communication from Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law-An Action Plan**, Brussels, 12.2.2003, COM (2003) 68 Final.
- Congressional Research Service, **The Consitution of the United States of America: Analysis and Interpretation-Centennial Edition**, (Editörler, Michael J. Garcia, Kate M. Manuel, Andrew Nolan, Meghan Totten), U.S. Government Publishing Office, Washington, 2016.
- Coşkun, Mücahit İsmail/Budak, Muhammed Alparaslan, **Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Kanuni İdare İlkesi ve Latin Amerika Başkanlık Kararnameleri ile Karşılaştırmalı İncelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Craig, Paul, **The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform**, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Çağlar, Bakır, **Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989. Çağlar (1989)
- Çavdar, Tefvik, **Türkiye'nin Demokrasi Tarihi: 1950'den Günümüze**, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.
- Çelebi, Oğuzhan, **Kefalet Sözleşmesi ve Eşin Rızası**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Çelik, Fatma, **Medeni Hukukta ve Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008. Çelik (2008)

- Çelik, Özlem, **Siyasi Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Çetin, Evra, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Dal, Kemal, **Türk Esas Teşkilat Hukuku**, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1984.
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 7, 128. Birleşim, 17 Ağustos 1982.
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 8, 130. Birleşim, 19 Ağustos 1982.
- Dante Alighieri, **İlahi Komedya**, (Çev. Rekin Teksoy), Oğlak Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Değerli, Yavuz Selim, **Anayasa Yargısında Ön-Denetim**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Demirsatan, Barış, **Türk Borçlar Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Di Marzo, Salvatore, **Roma Hukuku**, (Çev. Ziya Umur), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- Doğan, İlyas, **Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler**, Barış Platin Kitabevi, Ankara, 2009. Doğan (2009)
- Doğan, Mazlum, **Sözleşme Özgürlüğünün Emredici Hukuk Kuralları Çerçevesinde Sınırlandırılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021. Doğan (2021)
- Donnelly, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çev. Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut), Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

- Dönmezkuş, Dilara, **Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Duguit, Leon, **Kamu Hukuku Dersleri**, (Çev. Süheyp Derbil), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- Duignan, Brian, **The U.S. Constitution and Constitutional Law**, Britannica Educational Publishing, New York, 2013.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, **Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Durgun Arslan, Çisil, **Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yaptırımlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Durkheim, Emile, **Sosyoloji Dersleri**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006.
- Duverger, Maurice, **Siyaset Sosyolojisi**, (Çev. Şirin Tekeli), Varlık Yayınları, İstanbul, 2014.
- Düğmeci, Fatih, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Ely, James W., **The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights**, Oxford University Press, New York, 2008. Ely (2008)
- Erdem, Fazıl Hüsnü/Heper, Yusuf, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri (Madde Karşılaştırmalı)**, Seta Yayınları, Ankara, 2011.
- Erdoğan, Murat, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019. Erdoğan (2019)
- Erdoğan, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2014. Erdoğan (2014)
- Erdoğan, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.

- Erdoğan, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2015. Erdoğan (2015)
- Erdoğan, Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Eren, Abdurrahman, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004. Eren (2004)
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. Eren (2017)
- Ergün, Ömer, **Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Ertürk, Şükran, **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Esen, Bülent Nuri, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması: Bir İnceleme Özeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.
- Esen, Selin, **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Olağanüstü Hal Rejimi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008. Esen (2008)
- Esener, Turhan, **Borçlar Hukuku I: Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969. Esener (1969)
- European Union Agency for Fundamental Rights, **Freedom to Conduct a Business: Exploring the Dimensions of a Fundamental Right**, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.
- Ewing, K. D., “*Economic Rights*”, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, (Editörler Michel Rosenfeld, András Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Fallon, Richard H., **The Dynamic Constitution: An Introduction to American Constitutional Law**, Cambridge University Press, New York, 2004. Fallon (2004)

- Fertellioglu, Buğrahan, **Anayasal Dilin Semantiği Üzerine: Anayasanın Ruhü Kavramı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- Filmer, Robert, **Observations upon Aristotle's Politiques Touching Forms of Government**, içinde **Patriarcha and Other Political Works of Sir Robert Filmer**, (Editör Peter Laslett), Basil Blackwell, Oxford, 1949.
- Fleiner, Thomas/Misic, Alexander/Töpperwien, Nicole, **Swiss Constitutional Law**, Kluwer Law International, The Hague, 2005.
- Friedman, Lawrence, **A History of American Law**, Oxford University Press, New York, 2019. Friedman (2019)
- Friedman, Milton, **Kapitalizm ve Özgürlük**, (Çev. Doğan Erberk ve Nilgün Himmetoğlu), Eksi Kitaplar, Ankara, 2018. Friedman (2018)
- Gemalmaz, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017. Gemalmaz (2017)
- Gemalmaz, H. Burak, **Mülkiyet Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-6**, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015. Gemalmaz (2015)
- Gilmore, Grant, **The Death of Contract**, Ohio State University Press, Columbus, 1995.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- Gordley, James, **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**, Oxford University Press, New York, 2011.
- Gören, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015. Gören (2015)

- Gören, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000. Gören (2000)
- Göze, Ayferi, **Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013. Göze (2013)
- Göze, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015. Göze (2015)
- Gözler, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.
- Gözler, Kemal, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1999. Gözler (1999)
- Gözler, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012. Gözler (2012-a)
- Gözler, Kemal, **İdare Hukuku: Cilt I**, Ekin Yayınları, Bursa, 2009. Gözler (2009-a)
- Gözler, Kemal, **İdare Hukuku: Cilt II**, Ekin Yayınları, Bursa, 2009. Gözler (2009-b)
- Gözler, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017. Gözler (2017)
- Gözler, Kemal, **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000. Gözler (2000-b)
- Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Yayınları, Bursa, 2018. Gözler (2018)
- Göztepe, Ece, **Anayasa Şikayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998. Göztepe (1998)
- Gözübüyük, A. Şeref, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, **İdare Hukuku: Cilt 1 (Genel Esaslar)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- Green, Thomas Hill, **Liberal Legislation and Freedom of Contract: A Lecture**, Slatter & Rose, Oxford, 1881.
- Güçlü, Yaşar, **Mecelle-i Ahkâmı Adliyye**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Gülgeç, Yahya Berkol, **Lex Superior İlkesi: Hukukî Geçerliliği ve Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Gümüş, A. Tarık, **Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- Güriz, Adnan, **Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963.
- Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019.
- Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2009.
- Güriz, Adnan, **Kapitalist İdeoloji**, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2010. Güriz (2010)
- Gürzumar, Osman Berat, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Hakyemez, Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. Hakyemez (2009)
- Hamitoğulları, Beşir, **Çağdaş İktisadî Sistemler: Oluşum ve Değişim Aşamaları ile Strüktürel ve Doktrinal Bir Yaklaşım**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

- Harvey, David, **Neoliberalizmin Kısa Tarihi**, (Çev. Aylin Onacak), Sel Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Hâtemi, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle B.K. 65 Kuralı)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976. Hâtemi (1976)
- Hâtemî, Hüseyin, **Medenî Hukuk Tüzel Kişileri I: Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar**, Sulhi Garan Matbası, İstanbul, 1979.
- Haz. Başbakanlık, **İnsan Hakları Nedir? Temel Bilgiler ve Türkiye’de İnsan Hakları Alanında Yaşanan Gelişmeler**, (Editörler Ahmet Uzak, Mehmet Altuntaş), Başbakanlık Devlet Basımevi, Ankara, 2007.
- Hazar, Zeynep, **İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Heaton, Herbert, **Avrupa İktisat Tarihi: İlkçağdan Sanayi Devrimine**, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara, 1995.
- Heffernan, W.C., **Privacy and the American Constitution: New Rights Through Interpretation of an Old Text**, Palgrave Macmillan, Cham, 2016.
- Hesse, Konrad, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, C.F. Müller, Heidelberg, 1995.
- Heywood, Andrew, **Siyasî İdeolojiler**, (Çev. Özgür Tüfekçi, Hüsamettin İnaç, Şeyma Akın, Buğra Kalkan), Adres Yayınları, Ankara, 2015.
- Hobbes, Thomas, **Leviathan**, (Çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, Ankara, 2012.
- Hobhouse, Leonard, **Liberalizm**, (Çev. Mert Görkem Önses), Liberus Yayınları, İstanbul, 2019.
- Hogg, Martin, **Promises and Contract Law: Comparative Perspectives**, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

- Höfling, Wolfram, **Vertragsfreiheit: Eine grundrechtsdogmatische Studie**, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.
- Huberman, Leo, **Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla**, (Çev. Murat Belge), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019. Huberman (2019)
- Huberman, Leo, **Sosyalizmin Alfabeti**, (Çev. Alaattin Bilgi), Sol Yayınları, Ankara, 2016. Huberman (2016)
- Hurst, James Willard, **Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States**.
- Işıktaç, Yasemin, **Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- İnceoğlu, Sibel, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Türkiye ve Latin Modelleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. İnceoğlu (2017)
- İsbir, Kevser Begüm, **Kamu Tüzel Kişiliği**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Kabashi, Ditar, **Devlet Başkanlarının Düzenleme Yetkisi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Dayanışma Hakları**, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 1996. Kaboğlu (1996)
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989. Kaboğlu (1989)
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku 1: İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş**, İmge Kitabevi, Ankara, 2013. Kaboğlu (2013)
- Kaboğlu, İbrahim Özden, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, İstanbul, 2007. Kaboğlu (2007)
- Kaboğlu, İbrahim/Sales, Eric, **Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku**, (Çev. İrem Berksoy), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

- Kalabalık, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Kalkan, Arif, **Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Kamen, Deborah, **Status in Classical Athens**, Princeton University Press, Princeton, 2013.
- Kamilçelebi, Hatime, **Davranışsal İktisat**, IJOPEC Publication Limited, London, 2019.
- Kanadoğlu, O. Korkut, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- Kanuni Medenî Tali Komisyonu Layihası**, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1332.
- Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Karabağ Bulut, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Karadeniz Çelebican, Özcan, **Roma Hukuku: Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Karaman, Hayreddin, **Mukayeseli İslâm Hukuku 2: Borçlar Hukuku (Muâmelât)**, İz Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- Karatepe, Şükrü, **Türk Anayasa Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.
- Karayalçın, Yaşar, **Anayasa ve Hukuk Bakımından Türk Ekonomi Düzeni: Kamu Kesimi ve Özel Kesimde İktisadî İşletmeler**, Gim Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.
- Karayığit, Mustafa Tayyar, **Avrupa Birliği Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

- Kaşak, Fahri Erdem, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Kazgan, Gülten, **İktisadî Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2000.
- Kazgan, Gülten, **Tanzimat'tan 21. Yüzyıla Türkiye Ekonomisi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, **Temel Haklar: Anayasa Hukuku II**, (Editör/Çevirmen Ayşe Nuhoğlu), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm-Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukukî İşlem-Sözleşme**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Koehler, Benedikt, **İslam'ın Erken Dönemlerinde Kapitalizmin Doğuşu**, (Çev. İsmail Kurun), Liberte Yayınları, Ankara, 2016.
- Kommers, Donald P./Miller, Russell A., **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**, Duke University Press, Durham and London, 2012.
- Konuk, F. Zehra, **Lex Mercatoria: Ortaçağ Avrupası'nda Ticaret Hukukunun Gelişmesi**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2005.
- Korkut, Levent, **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2009.
- Koschaker, Paul, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, (Kitabı Yeniden Elden Geçiren: Kudret Ayiter), Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.

- Köküsarı, İsmail, **Anayasal Hakların Çatışması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Kütükçü, Doğan, **Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Le Goff, Jacques, **Ortaçağ Batı Uygarlığı**, (Çev. Hanife Güven ve Uğur Güven), Dokuz Eylül Yayınları, İzmir, 1999.
- Linz, Juan J./Stepan, Alfred, **Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America and Post-Communist Europe**, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1996.
- Locke, John, **Yönetim Üzerine İki İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme**, (Çev. Fahri Bakırcı), Ebabil Yayınları, Ankara, 2012.
- Mahmut Esat Efendi, **Tarih-i İlm-i Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Maine, Henry Sumner, **Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas**, Spottiswoode & Co., London, 1897.
- Mak, Chantal, **Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England**, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.
- Markesinis, Basil/Unberath, Hannes/Johnston, Angus, **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**, Hart Publishing, Portland, 2006.
- Marrapodi, Armando, **Freedom to Conduct Business and Abusive Refusal to Deal: Do Dominant Undertakings Enjoy Limited Contractual Freedom?**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lund University, Lund, 2018.
- Marx, Karl, **Kapital: Kapitalist Üretimin Eleştirel Bir Tahlili-Birinci Cilt**, (Çev. Alaattin Bilgi), Eriş Yayınları, 2003.

- Marx, Karl, **Yahudi Sorunu**, Sol Yayınları, Ankara, 1997.
- Marx, Karl/Engels, Friedrich, **Komünist Manifesto**, Alter Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Mazlum, Hamza, **Fransız Hukuku Işığında Temel Özgürlükler Hukuku**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi**, Devre 3, C. 2, İçtima Senesi 1, T. 6 Temmuz 1330 (1914).
- Metin, Yüksel, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008. Metin (2008)
- Metin, Yüksel, **Ölçülülük İlkesi: Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002. Metin (2002-a)
- Misic, Alexander/ Töpperwien, Nicole, **Constitutional Law in Switzerland**, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018.
- Müller, Friedrich, **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, (Çev. Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam), Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009. Müller (2009)
- Müller, Friedrich, **Die Positivität der Grundrechte**, Berlin, 1969. Müller (1969)
- Narter, Recep/Kaya, Semih Batur, **Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Nevins, Allan/Commager, Henry Steele, **ABD Tarihi**, (Çev. Halil İnalcık), Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2019.
- Nolan, Peter, **Capitalism and Freedom: The Contradictory Character of Globalisation**, Anthem Press, London, 2008.
- Nomer, Halûk N., **Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.

- Nozick, Robert, **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (Çev. Alişan Oktay), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- O'Brien, George, **An Essay on Mediaeval Economic Teaching**, Batoche Books, Kitchener, 2001.
- Oder, Bertil Emrah, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuk Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010. Oder (2010)
- Oğurlu, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi: Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, **Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2007.
- Oğuzoğlu, Cahit, **Roma Hukuku**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1952.
- Okandan, Recai Galip, **Umumî Hukuk Tarihi Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1951.
- Oppenoorth, Eric, **The Introduction of the 'Freedom of Contract': A Change in Social Direction of European Private Law?**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Universiteit van Amsterdam, Amsterdam, 2015.
- Öden, Merih, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

- Öney, Erden, **İktisadi Planlama**, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.
- Örs, Mehmet Nuri, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Emredici Hükümlere Aykırılık**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2004.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Özbilen, Arif Barış, **Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Özbudun, Ergun, **1924 Anayasası**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012. Özbudun (2012)
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018. Özbudun (2018)
- Özbudun, Ergun, **Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014. Özbudun (2014)
- Özel, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019. Özel (2019)
- Özkan, Mustafa, **Hız. Muhammed Fakir Miydi?**, Liberte Yayınları, Ankara, 2016.
- Özsunay, Ergun, **Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler: Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar**, Sulhi Garan Matbası, İstanbul, 1974.
- Öztoprak, Sezin, **İdari Sözleşmelerde Kamu Gücü Ayrıcalıkları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Öztürk, Fatih, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli Mi?**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

- Özyakışır, Özkan, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Pamuk, Şevket, **Türkiye'nin 200 Yıllık İktisadi Tarihi**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2012.
- Parry, David Hughes, **The Sanctity of Contracts in English Law**, Stevens&Sons Limited, London, 1959.
- Pasukanis, Evgeny B., **Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.
- Petersmann, Ernst-Ulrich, **Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law**, Taylor&Francis Group, New York, 1991.
- Pettit, Philip, **Republicanism: A Theory of Freedom of Government**, Oxford University Press, Oxford, 2002. Pettit (2002)
- Pirenne, Henri, **Ortaçağ Avrupa'sının Ekonomik ve Sosyal Tarihi**, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), İletişim Yayınları, İstanbul, 2009.
- Polinsky, A. Mitchell, **An Introduction to Law and Economics**, Little, Brown and Company, Boston, 1989.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları: 6728 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu İle**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Rado, Türkan, **Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- Rand, Ayn, **Bencilliğin Erdemi**, (Çev. Nejdett Kandemir), Plato Film Yayınları, İstanbul, 2013.
- Raz, Joseph, **The Morality of Freedom**, Clarendon Press, Oxford, 1988.

- Rossum, Ralph A./Tarr, G. Alan, **American Constitutional Law: Volume II-The Bill of Rights and Subsequent Amendments**, Routledge Taylor&Francis Group, New York, 2021.
- Rossum, Ralph A./Tarr, G. Alan, **American Constitutional Law: Volume I-The Structure of Government**, Routledge Taylor&Francis Group, New York, 2021.
- Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012. Sabuncu (2012)
- Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982. Sağlam (1982)
- Salihpaşaoğlu, Yaşar, **Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Sander, Oral, **Siyasi Tarih: İlkçağlardan 1918'e**, İmge Kitabevi, Ankara, 1994.
- Sanlı, Kerem Cem, **Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Sarı, H. Gürbüz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Savaş, Vural F., **Anayasal İktisat**, Avcıol Basım-Yayın, İstanbul, 1997. Savaş (1997)
- Savaş, Vural, **İktisatın Tarihi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2000. Savaş (2000)
- Schmitt, Carl, **Constitutional Theory**, (Çev. Jeffrey Seitzer), Duke University Press, Durham, 2008.
- Schwarz, Andreas B., **Borçlar Hukuku Dersleri: I. Cilt**, (Çev. Bülent Davran), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1948. Schwarz (1948)

- Serozan, Rona, **Hukukta Yöntem**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015. Serozan (2015)
- Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975. Serozan (1975)
- Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Seyhan, Begüm, **Anayasa Hukuku Açısından Konut Hakkı**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- Sheppard, Furman, **The Constitutional Text Book: A Practical and Familiar Exposition of the Constitution of the United**, Childs&Peterson, Philadelphia, 1885.
- Siegan, Bernard H., **Economic Liberties and the Constitution**, University of Chicago Press, Chicago, 1980. Siegan (1980)
- Smith, Adam, **Milletlerin Zenginliği**, (Çev. Haldun Derin), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2007.
- Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997. Soysal (1997)
- Soysal, Mümtaz, **Anayasaya Giriş**, İmge Kitabevi, Ankara, 2011. Soysal (2011)
- Söğütlü Erişgin, Özlem, **Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Söyler, Yasin, **Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

- Spencer, Herbert, **Justice: Part IV of the Principles of Ethics**, Williams and Norgate, London, 1891.
- Spencer, Herbert, **Social Statics**, D. Appleton & Company, New York, 1913.
- Story, Joseph, **Commentaries on Equity Jurisprudence, As Administered in England and America: Volume I**, Little, Brown and Company, Boston, 1870.
- Study Group on Social Justice in European Private Law, “*Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*”, **European Law Journal**, Vol. 10, No. 6, Y. 2004.
- Sullivan, E. Thomas/Massaro, Toni M., **The Arc of Due Process in American Constitutional Law**, Oxford University Press, New York, 2013.
- Sumar Albuja, Oscar, **The Rhetoric of Constitutional Reform in Latin America: An Empirical Assessment**, University of California, Berkeley, 2016.
- Sunay, Reyhan, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları**, Çizgi Kitabevi, Konya, 2013. Sunay (2013)
- Sümer, Halûk Hâdi, **Hukuka Giriş: Kavramlar&Kurumlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Szwed, Marcin, **Constitutional Protection of Freedom of Contract in the European Union, Poland and the United States and Its Potential Impact on the European Contract Law**, Central European University, Budapest, 2014.
- Şeker, Muzaffer, **Kefalette ve Avalde Eşin Rızası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Şenel, Alâeddin, **Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

- Şimşek, Oğuz, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1999.
- Şirin, Tolga, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015. Şirin (2015)
- Şirin, Tolga, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019. Şirin (2019)
- Şirin, Tolga, **Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013. Şirin (2013)
- Tahiroğlu, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2003. Tahiroğlu (2003)
- Tan, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015. Tan (2015)
- Tandoğan, Halûk, **Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması**, Ankara, 1977.
- Tanilli, Server, **Yüzyılların Gerçeği ve Mirası: Cilt II Ortaçağ-Feodal Dünya**, Adam Yayınları, İstanbul, 1998.
- Tanör, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978. Tanör (1978)
- Tanör, Bülent, **İki Anayasa: 1961-1982**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013. Tanör (2013)
- Tanör, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014. Tanör (2014)
- Tanör, Bülent, **Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, 1997.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

TDK, **Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü**, <https://sozluk.gov.tr>, E.T. 12.12.2022.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atillâ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 41. Birleşim, 10.04.1961.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 42. Birleşim, 11.04.1961.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 45. Birleşim, 14.4.1961.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, 58. Birleşim, 02.05.1961.

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancaktar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

The Digest of Justinian: Volume 2, (Editör Alan Watson), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.

Tınç, Mehmet Rifat, **Fransız Anayasa Hukuku: Tarihçe&Kurumlar**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Tigar, Michael E./Levy, Madeleine R., **Kapitalizmin Yükselişi ve Hukuk**, (Çev. Onur Karahanoğulları), Epos Yayınları, Ankara, 2016.

Tiryaki, Refik, **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Topçuoğlu, Hâmede, **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk): Cilt I**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969.

- Trebilcock, Michael J., **The Limits of Freedom of Contract**, Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- Tulukçu, Binnur, **İşverenin Hizmet Sözleşmesi Yapma Serbestisinin Sınırları**, Damla Ofset, Konya, 2000.
- Tuzcuoğlu, Tuğçe, **Avrupa Birliği Normları ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Işığında Genel İşlem Şartları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Türk, Ender, **1982 Anayasası'na Göre Kanun Hükmünde Kararnameler ve Yargısal Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013. Türk (2013)
- Türk, Mehmet Cemil, **Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının İptali**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019. Türk (2019)
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 2, 34. Birleşim, 30.3.1961 içinde.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 7, 120. Birleşim, 4 Ağustos 1982 içinde.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu, Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi**, C. 7, 118. Birleşim, 18 Ekim 1982 içinde.
- Tyler, Colin, **The Metaphysics of Self-realisation and Freedom: Part 1 of The Liberal Socialism of Thomas Hill Green**, Imprint Academic, Exeter, 2015.
- Ulusoy, Ali, **Telekomünikasyon Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Ulutan, Burhan, **İktisadî Doktrinler Tarihi**, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1978.
- Umur, Ziya, **Roma Hukuku: Tarihî Giriş-Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1974.

- Urofsky, Melvin I., **Supreme Decisions: Great Constitutional Cases and Their Impact**, Westview Press, Boulder.
- Uslu, Ferhat, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Uygun, Oktay, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992. Uygun (1992)
- Uygun, Oktay, **Devlet Teorisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015. Uygun (2015)
- Ünal, Akin, **Kelepçeleme Sözleşmeleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017. Ünal (2017)
- Vergara, Francisco, **Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik**, (Çev. Bülent Arıbaş), İletişim Yayınları, İstanbul, 2014.
- Veziroğlu, Cem, **Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Von Tuhr, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı: Birinci Cilt**, (Çev. Cevat Edege), Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.
- Vural, Hasan S., **Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Weber, Max, **Ekonomi ve Toplum: Cilt 2**, (Çev. Latif Boyacı), Yarın Yayınları, İstanbul, 2012. Weber (2012)
- Yayla, Atilla, **Liberalizm**, Liberte Yayınları, Ankara, 2015.
- Yelken, Hamit, **Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Yılmaz Coşkun, Sibel, **Anayasal Hakların Çatışması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Yolcu, Serkan, **Anayasa Hukukunda Karşı Oy**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Yolcu, Serkan, **Anayasa Yargısında Sosyal Hakların Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018. Yolcu (2018)

Yücel Dericiler, Özge, **Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993.

Zabunoğlu, Hamdi Gökçe, **Türk Anayasal Düzeninde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Zhao, Jun, “The Puzzle of “Freedom of Contract” in China’s Contract Law”, **ILSA Journal of International & Comparative Law**, Vol. 17, Issue 1, Y. 2010.

Zimmerman, Reinhard, **The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford University Press, New York, 1996.

II) MAKALELER VE KİTAP BÖLÜMLERİ

“The Constitutional Court of the Republic of Italy”, **XVIIth Congress of the Conference of European Constitutional Courts**, 28 Haziran- 1 Temmuz 2017, Batum, Gürcistan, https://www.confeuconstco.org/reports/rep-xvii/italy_EN.pdf, E.T. 13.04.2022.

Açıl, Murat, “2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 76, S. 2, Y. 2018. Açıl (2018-a)

Açıl, Murat, “İnsan Haklarının Ulusal Hukuk Düzeninde Korunması”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. Açıl (2022)

Adkins, Jason A., “Meet Me at the (West Coast) Hotel: The Lochner Era and the Demise of Roe v. Wade”, **Minnesota Law Review**, Vol. 90, Issue 2, Y. 2005.

- Akalın, Kürşat Haldun, “*Avrupa İktisat Tarihinde Hukuki İlişkiler Olarak Tüccar Zümresinin Yükselişi*”, **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası**, C. 66, S. 1, Y. 2016.
- Akıllıoğlu, Tekin, “*Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 9, S. 1-3, Y. 1988.
- Aksu, Mustafa, “*Lüth Kararı – BVerfGE 7, 198 Alman Federal Anayasa Mahkemesi 15. Ocak 1958 Tarihli Birinci Daire Kararı – 1 BvR 400/51 –*”, **Alman Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin Temel Kararlarının Tercümesi Projesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Akyılmaz, Gül, “*Osmanlı Devleti’nde Kadınların Mülkiyet Hakları ve Karşılaştıkları Hukuki Sorunlar*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Özel Sayı: Kadın ve Hukuk, Y. 2017.
- Albertsworth, E. F., “*From Contract to Status*”, **American Bar Association Journal**, Vol. 8, No. 1, Y. 1922.
- Alcalde Silva, Jaime/Goldenberg Serrano, Juan Luis, “*Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Chile: Price Control and the External Intervention of Contracts in Chilean Law*”, **Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts**, (Editörler Yeşim M. Atamer, Pascal Pichonnaz), Springer Nature, Cham, 2020.
- Alemparte, Benjamin, “*Towards a Theory of Neoliberal Constitutionalism: Addressing Chile’s First Constitution-Making Laboratory*”, **Global Constitutionalism**, Y. 2021.
- Alexander, Gregory S., “*The Limits of Freedom of Contract in the Age of Laissez-Faire Constitutionalism*”, **The Fall and Rise of Freedom of Contract**, (Editör F. H. Buckley), Duke University Press, Durham and London, 1999.
- Alexy, Robert, “*Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*”, **Ratio Juris**, Vol. 16, No. 2, Y. 2003.

- Alexy, Robert, “*The Construction of Constitutional Rights*”, **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Vol. 91, No. 3, Y. 2012.
- Altaş, Hüseyin, “*Kira Parası Artışlarının Sınırlanması*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 49, S. 1, Y. 2000.
- Altınar Yolcu, Fatma Zeynep, “*Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansıması*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 2, Y. 2018.
- Altıparmak, Kerem, “*Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 45, S. 1, Y. 1996.
- Anayurt, Ömer, “*1924 Anayasası’nda Temel Hak ve Hürriyetler*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Y. 2003. Anayurt (2003)
- Anayurt, Ömer, “*Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi*”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, Ankara, 2000. Anayurt (2000)
- Angelo, Anthony/Ellinger, Peter, “*Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States*”, **The Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, Vol. 14, No. 3, Y. 1992.
- Anonymus, “*The Contract Clause: Reawakened in the Age of Covid-19*”, **Harvard Law Review**, Vol. 136, Issue 8, Y. 2023.
- Arsebük, Esat, “*Kanun Karşısında Hukukun Rolü*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2-4, Y. 1946.
- Arslan, Zühtü, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler*”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002.
- Ataay, Aytekin, “*Bir İnkılâp Yapıtı Olarak Medenî Kanun*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 45, S. 1-4, Y. 1981.

- Atakan, Arda, “Friedrich Müller’in “Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı” Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 16, S. 3-4, Y. 2010.
- Atamer, Yeşim M., “Acentelerin Rekabet Etme Yasağı-Sözleşme Tarafları Arasında Güç Dengesinin Bulunmadığı Hallerde Meslek Seçme Özgürlüğünün Sözleşmesel Sınırlamalara Karşı Korunması: Alman Anayasa Mahkemesi'nin 7 Şubat 1990 Tarihli Kararı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 4, Y. 1997. Atamer (1997-a)
- Atamer, Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 63, S. 1-2, Y. 2005. Atamer (2005)
- Atamer, Yeşim M./Sanlı, Kerem Cem, “Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 26, S. 4, Y. 2010.
- Atamer, Yeşim, “Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti-Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi: Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19. 10. 1993 Tarihli Kararı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 3, Y. 1997. Atamer (1997-b)
- Ateş, Derya, “Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 72, Y. 2007. Ateş (2007-b)
- Aydın, Mehmet Âkif, “Mecelle'nin Hazırlanışı”, **Osmanlı Araştırmaları**, C. 9, S. 9, Y. 1989.
- Aydoğdu, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan: Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C. 8, Y. 2013.
- Ayrancı, Hasan, “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, Y. 2003.

- Azrak, A. Ülkü, “*İdarî Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, S. 3, Y. 1963.
- Azrak, Ülkü, “*Tanzimat’tan Sonra Resepsiyon*”, **Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi: Cilt 3**, İletişim Yayınları, 1985.
- Babler, Bablina, “*Metics*”, **Encyclopedia of Ancient Greece**, (Editör Nigel Wilson), Routledge, New York, 2006.
- Bağçeci Tacir, Hamide, “*Sosyal Devlet Kapsamında Çalışma Özgürlüğü ve Çalışma Hakkının Değerlendirilmesi*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 153, Y. 2019.
- Baldwin, John W., “*The Medieval Theories of the Just Price: Romanists, Canonists, and Theologians in the Twelfth and Thirteenth Centuries*”, **Transactions of the American Philosophical Society**, New Series, Vol. 49, No. 4, Y. 1959.
- Baraggia, Antonia, “*The “Unwritten” Constitution: Reflections on the Italian Experience*”, **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Vol. 21, No. 84, Y. 2021.
- Barak, Aharon, “*Constitutional Human Rights and Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, (Editörler Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Portland, 2001.
- Bardakoğlu, Ali, “*İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı*”, **Erciyes Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi**, S. 1, Y. 1983.
- Barkan, Ömer Lütfi, “*Türkiye’de Servaj Var mı İdi?*”, **Belleten**, C. XX, S. 78, Y. 1956.
- Barkhuysen, Tom/van Emmerik, Michiel, “*Constitutionalisation of Private Law: The European Convention on Human Rights Perspective*”,

- Constitutionalisation of Private Law**, (Editörler Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- Barnett, Randy E., “Does the Constitution Protect Economic Liberty?”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 35, No. 1, Y. 2012.
- Barnett, Randy E., “The Function of Several Property and Freedom of Contract”, **Social Philosophy and Policy**, Vol. 9, Issue 1, Y. 1992.
- Baron, Gesa, “Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?”, http://www.sisudoc.org/cisg/en/pdf/do_the_upicc_form_a_new_lex_mercatoria.gesa_baron_portrait.letter.pdf, E.T. 02.10.2020.
- Bartl, Marija/Leone, Candida, “Minimum Harmonisation after Alemo-Herron-The Janus Face of EU Fundamental Rights Review: European Court of Justice Third Chamber Judgment of 18 July 2013, Case C-426/11, Alemo-Herron v. Parkwood Leisure Ltd”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 11, Issue 1, Y. 2015.
- Battal, Ahmet, “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001. Battal (2001)
- Battal, Ahmet, “Tefecilik Suçu Bağlamında Ödünç Para Verme Sözleşmeleri”, **Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu: Cilt I**, 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, (Editörler İzzet Özgenç, Cumhur Şahin, Faruk Turhan), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Bayraktar, Tuğba, “İnsan Haklarının Uluslararası Hukuk Düzeninde Korunması”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Baysal, Başak, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 70, S. 1, Y. 2012.

- Beckmann, Philipp/Colombi Ciacchi, Aurelia/Ferreira, Nuno/Moulin-Doos, Claire/O’Callaghan, Patrick/Russo, Teresa/Turney, James, “Germany”, **Fundamental Rights and Private Law in the European Union-Volume I: A Comparative Overview**, (Editörler Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Giovanni Comandè), Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Belgesay, Mustafa Reşit, “*Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukuk*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 12, S. 2-3, Y. 1946.
- Belling, Detlev W./İnce, Nurten, “*Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*”, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 137, Y. 2014.
- Benson, Bruce, “Law Merchant”, **The Encyclopedia of Libertarianism**, (Editör Ronald Hamowy), Sage Publications, Los Angeles, 2008.
- Benson, Peter, “*Equality of Opportunity and Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, (Editörler Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Portland, 2001.
- Berki, Şakir, “*Romada Aile Hukuku*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, Y. 1957.
- Berlin, Isaiah, “*İki Özgürlük Kavramı*”, (Çev. Mustafa Erdoğan), **Liberal Düşünce**, C. 12, No. 45, Kış-Bahar 2007.
- Bernstein, David E., “*Freedom of Contract*”, **George Mason University Law and Economics Research Paper Series**, No. 08-51, Y. 2008.
- Beyoğlu, Cem Ümit/Çokkaş, Yakup, “*Türk Hukukunda Kamu Tüzel Kişilerinin Bireysel Başvuru Hakkı Sorunu*”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, Y. 2020.
- Bilgeç, Hakan, “*Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına İlişkin Anayasal İlkeler Işığında Zorunlu Sigortaların Belirlenmesi Usulünün Değerlendirilmesi*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 2, Y. 2021.

- Bilgen, Pertev, “*Kamu Hizmeti Hakkında*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 1980.
- Bilgen, Pertev, “*Sert Çekirdekli Temel Haklar*”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No. 8, Temmuz 1994.
- Blair, Margaret M./Pollman, Elizabeth, “*The Derivative Nature of Corporate Constitutional Rights*”, **William & Mary Law Review**, Vol. 56, Issue 5, Y. 2015.
- Boyar, Oya, “*Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör Sibel İnceoğlu), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013. Boyar (2013-b)
- Boyar, Oya, “*Mülkiyet Hakkı*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör Sibel İnceoğlu), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013. (2013-a)
- Boyar, Oya/Kama Işık, Sezen, “*Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, Y. 2019.
- Bozkurt, Gülnihal, “*Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 38, S. 1, Y. 1981.
- Bozkurt, Gülnihal, “*İslam Hukukunda Zimmilerin Hukuki Statüleri*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Y. 1987.
- Bozkurt, Tamer, “*Anayasa Mahkemesi’nin 4857 Sayılı İş Kanunu’ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa’ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 2, Bahar 2009. Bozkurt (2009)

- Bozkurt, Tamer, “*Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Sözleşme Hürriyeti Açısından Durum*”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, Y. 2008. Bozkurt (2008)
- Brkan, Maja, “*The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Cores*”, **European Constitutional Law Review**, Vol. 14, Issue 2, Y. 2018. Brkan (2018)
- Brkan, Maya, “*The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU’s Constitutional Reasoning*”, **German Law Journal**, Vol. 20, Issue 6, Y. 2019. Brkan (2019)
- Brüggemeier, Gert, “*Constitutionalisation of Private Law: The German Perspective*”, **Constitutionalisation of Private Law**, (Editörler Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- Bulut, Nihat, “*4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişikliği Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-4, Y. 2001.
- Can, Osman, “*Dolaylı Etki ve İyi Yönetişim Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler*”, **Anayasa Yargısı**, C. 35, S. 1, Y. 2018.
- Can, Osman/Şimşek Aktaş, Duygu, “*Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 23, S. 1, Y. 2017.
- Cartabia, Marta/Lamarque, Elisabetta, “*The General Aspects of Fundamental Rights*”, **Constitutional Law in Italy**, (Editörler Valeria Onida vd.), Wolters Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2021.

- Cherednychenko, Olha O., “*Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Many Faces of Freedom of Contract in the EU*”, **The Reach of Free Movement**, (Editörler Mads Andenas, Tarjei Bekkedal, Luca Pantaleo), Asser Press, The Hague, 2017. Cherednychenko (2017)
- Cherednychenko, Olha O., “*Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity?*”, **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 2, Y. 2007. Cherednychenko (2007-b)
- Cherednychenko, Olha O., “*Fundamental Rights, Contract Law and Transactional Justice*”, **European Review of Contract Law**, Vol. 17, Issue 2, Y. 2021. Cherednychenko (2021)
- Cherednychenko, Olha O., “*The Impact of Fundamental Rights on Dutch Private Law: Revolution or Evolution?*”, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, (Editörler Verica Trstenjak, Petra Weingerl), Springer International Publishing, Switzerland, 2016.
- Cherednychenko, Olha, “*The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?*”, **Electronic Journal of Comparative Law**, Vol. 8, No. 1, Y. 2004. Cherednychenko (2004)
- Cherednychenko, Olha, “*Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?*”, **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, Vol. 13, Issue 2, Y. 2006.
- Choudhry, Sujit, “*The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 2, No. 1, Y. 2004.
- Chrenkoff, Arthur, “*Freedom of Contract: A New Look at the History and Future of the Idea*”, **Australian Journal of Legal Philosophy**, Vol. 21, Y. 1996.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yayınları, Konya, 2011.
- Clarke, Philip H., “*Curbing the Abuse of a Dominant Position Through Unfair Contract Terms Legislation: Australian and UK Comparison*”, **The**

Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2017.

Coester-Waltjen, Dagmar, “*Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits-The Perspective of Law*”, **Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market**, (Editörler Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), Walter de Gruyter, Berlin, 2001. Coester-Waltjen (2001)

Coester-Waltjen, Dagmar, “*Discrimination in Private Law-New European Principles and the Freedom of Contract*”, **Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy**, (Editör Katya J. Ziegler), Hart Publishing, Portland, 2007.

Cohen, Morris R., “*The Basis of Contract*”, **Harvard Law Review**, Vol. 46, No. 4, Y. 1933.

Collins, Hugh, “*The Constitutionalization European Private Law as a Patch to Social Justice*”, **The Many Concepts of Social Justice in European Private Law**, Editörler (Hans W. Micklitz), Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011.

Collins, Hugh, “*The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*”, **University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series**, Paper No. 13/2011, Y. 2011. Collins (2011-a)

Collins, Hugh, “*The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner*”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 76, No. 2, Y. 2013. Collins (2013)

Colombi Ciacchi, Aurelia, “*Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*”, **European Review of Contract Law**, Vol. 6, Issue 3, Y. 2010. Colombi Ciacchi (2010)

Colombi Ciacchi, Aurelia, “*Social Rights, Human Dignity and European Contract Law*”, **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan

- Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008. Colombi Ciacchi (2008)
- Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001, **Official Journal of the European Communities**, L 82, 22.03.2001.
- Cummins, Richard J., “*Constitutional Protection of Civil Liberties in France*”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 33, No. 4, Y. 1985.
- Currier, Charles F. A., “*Constitutional and Organic Laws of France: Translated with an Historical Introduction*”, **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 3, Supplement 4, Y. 1893.
- Çağlar, Bakır, “*Anayasal Yargı Yerlerinin Kamu Hukukuna Katkısı-Bir Örnek Olay Araştırması: Fransız Anayasa Konseyi*”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. 1981. Çağlar (1981)
- Çakmak, Ufuk Ramazan, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8-14. Maddelerinde Düzenlenen Haklar ve Özgürlükler*”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Çal, Sedat, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı Bir Yaklaşım Önerisi*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, Y. 2010.
- Çalış, Halit, “*İslâm Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*”, **Dini Araştırmalar Dergisi**, C. 7, S. 19, Y. 2004.
- Çelik, Özlem/Bayraktar, Tuğba, “*Türkiye’de Uygulanan Hükümet Sistemleri*”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 16, Y. 2020.
- Çınar, Abdurrahim, “*İdari Sözleşme Ölçütleri*”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, Y. 2021.
- Dagan, Hanoch/Heller, Michael, “*Freedom of Contracts*”, **Columbia Law and Economics Working Paper**, No. 458.

- Daintith, Terence, “*The Constitutional Protection of Economic Rights*”, **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 2, Issue 1, Y. 2004.
- Dhooge, Lucien J., “*Human Rights For Transnational Corporations*”, **Journal of Transnational Law & Policy**, Vol. 16, No. 2, Y. 2007.
- Dikmen Caniklioğlu, Meltem, “*Liberal İktisatın Anayasa Tasarısına Bir Bakış ve Anayasacılık Açısından Bir Değerlendirme*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, Y. 2009.
- Dikmen, Kerem, “*Ulusal İnsan Hakları Mekanizmaları ve Başvuru Yöntemleri: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu*”, 16.04.2021, <https://www.17mayis.org/images/publish/pdf/ulusal-insan-haklari-mekanizmalari-ve-basvuru-yontemleri-tihk-23-04-2021.pdf>, E.T. 08.01.2024.
- Dinler, Veysel, “*Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı Açısından İdarenin Sorumluluğu*”, **Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2018.
- Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010, **Official Journal of the European Union**, L 95, 15.4.2010.
- Doğan, Bayram, “*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesi Bağlamında Değerlendirilmesi*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 3, Y. 2020.
- Doğan, Bayram/Geyik, Ali Fuat/Bozkurt, Emine Esra, “*Kanun Hükmünde Kararnameler ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılaştırılması*”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 20, S. 4, Y. 2021.
- Dörrenbächer, Simon, “*Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte-Teil 1: Begriff, Erscheinungsformen und verfassungsrechtliche Verortung*”, **Saarbrücker Rechtszeitschrift**, Ausgabe 1, 2021. Dörrenbächer (2021-a)

- Dörrenbächer, Simon, “*Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte-Teil 2: Die Neuausrichtung des verfassungsrechtlichen Verständnisses der Vertragsfreiheit durch die “Bürgschaftsentscheidung” des BVerfG*”, **Saarbrücker Rechtszeitschrift**, Ausgabe 2, 2021. Dörrenbächer (2021-b)
- Dündar Sezer, Tijen, “*1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları*”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 5, Y. 2014.
- Eberle, Edward J., “*Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law*”, **Utah Law Review**, Vol. 1997, No. 4.
- Edwards, Carolyn, “*Freedom of Contract and Fundamental Fairness for Individual Parties: The Tug of War Continues*”, **UMKC Law Review**, Vol. 77, No. 3, Y. 2009.
- Eisenberg, Melvin A., “*The Principle of Unconscionability*”, **Berkeley Program in Law and Economics**, Y. 2009.
- Ekinci, Ekrem Buğra, “*Hindistan’da Parya Olmak*”, <http://www.ekrembugraekinci.com>, E.T. 17.03.2020.
- Elbir, Halid Kemal, “*Fahiş Faiz Meselesi: Tarihte ve Türk Hukukunda*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 18, S. 3-4, Y. 1952. Elbir (1952)
- Elbir, Halid Kemal, “*İslâm Hukukunda Gabin*”, **İstanbul Yüksek İslâm Enstitüsü Dergisi**, S. 1, Y. 1963.
- Ellger, Reinhard, “*The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law*”, **Human Rights in Private Law**, (Editörler Daniel Friedmann, Daphne Barak-Erez), Hart Publishing, Portland, 2001.

- Ely, James W., “*Still in Exile? The Current Status of the Contract Clause*”, **Brigham-Kanner Property Rights Conference Journal**, Vol. 8, Y. 2019. Ely (2019)
- Ely, James W., “*The Protection of Contractual Rights: A Tale of Two Constitutional Provisions*”, **New York University Journal of Law & Liberty**, Vol. 1, No. 1, Y. 2005. Ely (2005)
- Ely, James W., “*Whatever Happened to the Contract Clause?*”, **Vanderbilt Law and Economics Research Paper**, No. 09-26, Y. 2009. Ely (2009)
- Engin, Murat, “*Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali Kaynakların Yeterliliği Sorunu*”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1.
- Engle, Eric, “*Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*”, **Hanse Law Review**, Vol. 5, No. 2, Y. 2009, s. 165.
- Epstein, Richard A., “*Toward a Revitalization of the Contract Clause*”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 51, No. 3, Y. 1984.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra, “*Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK M. 27*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 74, S. 2, Y. 2016.
- Erdoğan, Kemal, “*Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rödövens Sözleşmesi Arasındaki Ayırım*”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 1, Y. 2018.
- Erdoğan, Mustafa, “*Anayasa Mahkemesi Nasıl Karar Veriyor?*”, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Erdoğan, Mustafa, “*Çoğulculuk*”, **Liberal Düşünce**, C. 10, No. 38-39, Bahar-Yaz 2005.
- Erdoğan, Mustafa, “*Özelleştirme, Demokrasi ve Anayasa*”, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

- Erdoğan, Mustafa, “Yabancılar a Mülk Satılması ve Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa ve Özgürlük**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.
- Eren, Abdurrahman, “2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 3, Y. 2002. Eren (2002)
- Ergül, Ozan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, **Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan: Cilt-I**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013.
- Erman, Hasan, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 38, S. 1-4, Y. 1973.
- Errera, Roger, “The Right of Property and Freedom of Enterprise in French Constitutional Law”, **Property Rights and Free Enterprise: Constitution in Practice**, Institute of Law and Public Policy, XII International Forum on Constitutional Review, Saint Petersburg, 20-21.11.2009.
- Ersoy Artunç, Çiçek, “Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, C. 40, S. 57, Y. 2008.
- Eryiğit, Harun, “Tüzel Kişilerin Ticari Temsilci Olarak Atanıp Atanamayacağı Sorunu”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, Y. 2017.
- Esen, Bülent Nuri, “Fransa Cumhuriyeti Anayasası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1, Y. 1948.
- Esener, Turhan, “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1, Y. 1954.
- Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, **Official Journal of the European Union**, C 303, 14.12.2007.

- Ez-Zerka, Mustafa Ahmed, “İslâm Hukuku’nda Akitlerin Sınıflandırılması”, (Çev. Servet Armağan), **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 17, Y. 1988.
- Fallon, Richard H., “Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies”, **Columbia Law Review**, Vol. 93, No. 2, Y. 1993.
Fallon (1993)
- Fallon, Richard H., “Strict Judicial Scrutiny”, **UCLA Law Review**, Vol. 54, Y. 2007.
- Fastrich, Lorenz, “Human Rights and Private Law”, **Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy**, (Editör Katya J. Ziegler), Hart Publishing, Portland, 2007.
- Figueroa, Dante/Fernandois, Arturo, “Comparative Constitutional Protection of Contracts in the United States and Chile”, **International Legal Research Informer**, Summer 2012.
- Frieden, Jeffry, “The Modern Capitalist World Economy: A Historical Overview” **The Oxford Handbook of Capitalism** içinde, (Editör Dennis Mueller), Oxford University Press, New York, 2012.
- Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Protection of Fundamental Rights by Private Law: Hungary”, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, (Editörler Verica Trstenjak, Petra Weingerl), Springer International Publishing, Switzerland, 2016.
- Genoni, Gaetano Michele Walter, “Economic Freedom in Hong Kong, China and Switzerland”, **Seminar Comparative Constitutional Law: Switzerland-China-Hong Kong**, University of Zurich Faculty of Law, 5th Semester Bachelor, Zurich, 2008.
- Gomez, Fernando, “European Contract Law and Economic Welfare: A View from Law and Economics”, **Constitutional Values and European Contract**

Law, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008.

Gonzales Barrón, Gunther Hernán, “*The Freedom to Contract and the Contract in the Constitution of Peru of 1993*”, **More Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective**, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2019.

González De La Vega, Geraldina, “*Two Different Approaches in Constitutional Interpretation with Special Focus in Religious Freedom: A Comparative Study Between Germany and the United States*”, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Vol. 42, No. 122, Y. 2008.

Gordley, James, “*Contract, Property, and the Will: Civil Law and Common Law Tradition*”, **The State and Freedom of Contract**, (Editör Harry N. Scheiber), Standford University Press, Standford, 1998.

Gören, Zafer, “*Sosyal Devlet*”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2000. Gören (2000-b)

Gören, Zafer, “*Temel Hakların Düzenlenmesi ve Somutlaştırılması*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 19, S. 38, Y. 2020. Gören (2020)

Gören, Zafer, “*Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi: Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi*”, **Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001. Gören (2001)

Gören, Zafer, “*Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 12, Güz 2007/2. Gören (2007)

Gören, Zafer, “*Temel Hakların Varlığı ve Önemi*”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 20, S. 41, Y. 2021. Gören (2021)

- Gözler, Kemal, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002. Gözler (2002)
- Gözler, Kemal, “Genelge Devleti: Hukukta Şeklin Önemi Üzerine”, 14 Mayıs 2021, <https://www.anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm>, E.T. 14.03.2023.
- Gözler, Kemal, “Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir’in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri”, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı: Cilt I**, Atılım Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Gözler, Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 47, S. 4, Ağustos 1990.
- Gözler, Kemal, “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı” **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 47, S. 1, Ocak 1990.
- Gözler, Kemal, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 55, S. 3, Y. 2000. Gözler (2000-b)
- Gözler, Kemal, “Yorum İlkeleri”, **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012. Gözler (2012-b)
- Göztepe, Ece, “Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması**, (Hazırlayanlar Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz), Kamu Hukukçuları Platformu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017. Göztepe (2017)
- Granger, Marie-Pierre, “The Preamble(s) of the French Constitution: Content, Status, Uses and Amendment”, **Acta Juridica Hungarica**, Vol. 52, No. 1, Y. 2011.

- Graziadei, Michele, “*Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Italy*”, **Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts**, (Editörler Yeşim M. Atamer, Pascal Pichonnaz), Springer Nature, Cham, 2020.
- Grimm, Dieter, “*Kanada ve Alman Anayasa Hukukunda Ölçülülük*”, (Çev. Kemal Başol, Eyüp Kaan Demirkıran), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2019.
- Groussot, Xavier/Pétursson, Gunnar Thor/Pierce, Justin, “*Weak Right, Strong Court: The Freedom to Conduct Business and the EU Charter of Fundamental Rights*”, **Research Handbook on EU Law and Human Rights**, (Editörler Sionaidh Douglas-Scott, Nicholas Hatzis), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017.
- Grundmann, Stefan, “*European Contract Law(s) of What Colour?*”, **European Review of Contract Law**, Vol. 1, Issue 2, Y. 2005.
- Gutman, Kathlen, “*The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*”, **German Law Journal**, Vol. 20, Issue 6, Y. 2019.
- Gutmann, Thomas, “*Some Preliminary Remarks on a Liberal Theory of Contract*”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 76, No. 2, Y. 2013. Gutmann (2013-a)
- Gutmann, Thomas, “*Theories of Contract and the Concept of Autonomy*”, **Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics**, Münster 2013/55. Gutmann (2013-b)
- Guzmán Brito, Alejandro, “*El contrato y los Derechos Fundamentales*”, **Revista Actualidad Jurídica**, N° 32, Julio 2015.

- Gülmez, Mesut, “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Oturumunda Sunulan Bildiri*”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001. Gülmez (2001)
- Gülmez, Mesut, “*Türkiye’de Sosyal Haklar: Sosyal Şart Açısından Anayasa’da Sosyal Devlet ve Sosyal Haklardaki Uyumsuzluklar*”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Editör İbrahim Özden Kaboğlu), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012. Gülmez (2012)
- Güriz, Adnan, “*Kapitalizm ve Hukuk*”, **Anayasa Yargısı**, C. 10, Y. 1993.
- Güzel, Ali, “*3008 Sayılı İş Yasasının Önemi ve Başlıca Hükümleri*”, **Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi**, S. 35-36, Y. 1986.
- Hager, Johannes, “*Fundamental Rights in National (Namely German) Contract Law*”, **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008.
- Haimbaugh, George D., “*Was It France’s Marbury v. Madison?: Constitutional Council Condemns Attack on Liberty of Association Recent Enactment Thereby Annuled*”, **Ohio State Law Journal**, Vol. 35, Y. 1974.
- Hakçalı, Abdurrahman, “*İslam Hukuku Açısından Akit Serbestisi Prensibi*”, **Dini Araştırmalar Dergisi**, C. 5, S. 13, Y. 2002.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, S. 2, Y. 2002. Hakyemez (2002)
- Hamilton, Alexander, “*The Federalist No. 84*”, **The Federalist Papers**, Pocket Books, New York, 2004.
- Harrell, Rodney W. “*The Contract Clause of the Constitution and the Need for “Pass Any . . . Law” Rehabilitation in the Age of Delegation*”, **George Mason Law Review**, Vol. 22, No. 5, Y. 2015.

- Hatemi, Hüseyin, “BK. 19- 20 VE TBK. 27’nin Karşılaştırılması”, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 - 4 Haziran 2011)-Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- Helvacı, Mehmet/Aksu Özkan, Raziye, “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, Y. 2019.
- Hermalin, Benjamin E./Katz, Avery W./Craswell, Richard, “*The Law and Economics of Contracts*”, **Columbia Law & Economics Working Paper**, No. 296, Y. 2006.
- Herrman, Christoph/Perfumi, Chiara, “*France*”, **Fundamental Rights and Private Law in the European Union-Volume I: A Comparative Overview**, (Editörler Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Giovanni Comandè), Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Hesselink, Martijn W. “*The Justice Dimensions of the Relationship between Fundamental Rights and Private Law*”, **Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series**, No. 2015-08, Y. 2015.
- Hirsch, Ernst E., “*Devletçilik ve Ticaret Hukuku*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 45, S. 1-4, Y. 1981.
- Horwitz, Morton J., “*The Historical Foundations of Modern Contract Law*”, **Harvard Law Review**, Vol. 87, No. 5, Y. 1974.
- Hui, Huang, “*Application of the Economic Provisions in the Constitutional Law: Beginning from the Debate of the German Economic Constitution Law*”, **Peking University Transnational Law Review**, Vol. 4, Issue 1, Y. 2016.
- İmre, Zahir, “*Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 39, S. 1-4, Y. 1974.

İnceoğlu, Sibel, “*Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi*”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör Sibel İnceoğlu), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013. İnceoğlu (2013)

Julicher, Manon/Henriques, Marina/Amat Blai, Aina/Policastro, Pasquale, “*Protection of the EU Charter for Private Legal Entities and Public Authorities? The Personal Scope of Fundamental Rights within Europe Compared*”, **Utrecht Law Review**, Vol. 15, Issue 1, Y. 2019.

Kaboğlu, İbrahim Ö., “*Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları*”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Editör İbrahim Özden Kaboğlu), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Kaboğlu, İbrahim Özden, “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Oturumunda Sunulan Bildiri*”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001. Kaboğlu (2001)

Kağıtçıoğlu, Mutlu, “*Döviz Cinsinden veya Döviz Endeksli Sözleşme Yapma Özgürlüğünün Yürütmenin Düzenleyici İşlemleriyle Sınırlandırılması Sorunu*”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXIV, S. 3, Y. 2020.

Kahl, Wolfgang, “*Temel Haklar*”, (Çev. Hüseyin Özcan), **Anayasa Teorisi**, (Editörler Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter), Lale Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Kahn-Freund, Otto, “*A Note on Status and Contract in British Labour Law*”, **The Modern Law Review**, Vol. 30, No. 6, Y. 1967.

Kainen, James L., “*Historical Framework for Reviving Constitutional Protection for Property and Contract Rights*”, **Cornell Law Review**, Vol. 79, Issue 1, Y. 1993.

Kaiser, Christopher M., “*Take It or Leave It: Monsanto v. McFarling, Bowers v. Baystate Technologies, and the Federal Circuit's Formalistic Approach to*

- Contracts of Adhesion*”, **Chicago-Kent Law Review**, Vol. 80, Issue 1, Y. 2005.
- Kallek, Cengiz, “*İhtikâr*”, **TDV İslâm Ansiklopedisi: 21. Cilt**, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2000. Kallek (2000)
- Kallek, Cengiz, “*Narh*”, **TDV İslâm Ansiklopedisi: 32. Cilt**, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2006. Kallek (2006)
- Kaneti, Selim, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 53, S. 1-4, Y. 1990.
- Kara Kılıçarslan, Seda, “*Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü*”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 2, Y. 2015.
- Karagülmez, Ali, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar*”, **Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye**, (Editör İbrahim Özden Kaboğlu), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Kaşıkçı, Osman, “*Şart (Fürû-i Fıkıh)*”, **TDV İslâm Ansiklopedisi: 38. Cilt**, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2010.
- Kaulbach, Ann-Marie, “*Alman Medenî Kanunu’nda Tipe Bağlılık?*”, (Çev. Kerem Öz), **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 3, Y. 2014.
- Kay, Richard S., “*The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law*”, **European Human Rights Law Review**, Issue 5, Y. 2005.
- Keren, Hila, “*Undermining Justice: The Two Rises of Freedom of Contract and the Fall of Equity*”, **Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law**, Vol. 2, No. 1, Y. 2016.
- Kessler, Friedrich, “*Contracts of Adhesion: Some Thoughts about Freedom of Contract*”, **Columbia Law Review**, Vol. 43, No. 5, Y. 1943.

- Keynes, John Maynard, “*The End of Laissez-Faire*”, **Essays in Persuasion** içinde, Macmillan and Co., London, 1931.
- Kılıçaslan İsfen, Sibel, “*Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi*”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2011.
- Klatt, Matthias, “*Judicial Review and Institutional Balance: Comments on Dimitrios Kyritsis*”, **Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, Vol. 38, Y. 2019.
- Knapp, “*Les Principes du Nouveau Droit Civil*”, 9 **BULL. DR. TCHEC.** 6 (1951).
- Knowlton, Jerome C., “*Freedom of Contract*”, **Michigan Law Review**, Vol. 3, No. 8, Y. 1905.
- Kocaman, Arif B., “*Kefalet Hukukunda İrade Özgürlüğünün Sınırları*”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Cilt XXI**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2006.
- Koç, Nevzat, “*Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)*” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. 1981.
- Kolly, Gilbert, “*Türk Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve Ortak Medeni Kanun*”, **Anayasa Yargısı**, C. 28, S. 1, Y. 2012.
- Kommers, Donald P., “*German Constitutionalism: A Prolegomenon*”, **Emory Law Journal**, Vol. 40, Y. 1991.
- Konan, Belkıs, “*Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 64, S. 1, Y. 2015.
- Kontacı, A. Ersoy, “*Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 66, S. 2, Y. 2017.

- Koyuncu, Nuran/Yılmaz, Yasin, “XIX. Yüzyılda İktisadi Liberalizm Akımının Osmanlı Ticaret Kanunnamesi’nin Kabulüne Etkisi”, **Adalet Dergisi (Türk Hukuk Tarihi Özel Sayısı)**, S. 62-63, Y. 2019.
- Krannich, Jess M., “The Corporate “Person”: A New Analytical Approach to a Flawed Method of Constitutional Interpretation”, **Loyola University Chicago Law Journal**, Vol. 37, Issue 1, Y. 2005.
- Kumm, Mattias, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, **German Law Journal**, Vol. 7, No. 4, Y. 2006.
- Kunig, Philip, “Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, (Çev. Burak Çelik, Gökçen Doğan, Ahmet Çağrı Yıldız), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2019.
- Küçük, Adnan/Doğan, Bayram, “Türkiye’de 2017 Anayasa Değişikliği Kapsamında Yürütmenin Asli Düzenleme Yetkisi Ve Mahfuz Düzenleme Alanı”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, Y. 2019.
- Küçük, Eşref, “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 56, S. 4, Y. 2007.
- Küçükgüngör, Erkan/Emiroğlu, Haluk, “Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 1, Y. 2004.
- Küçükyalçın, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 4, Y. 2004.
- Kütükoğlu, Mübahat S., “Narh: Osmanlılar’da”, **TDV İslâm Ansiklopedisi: 32. Cilt**, TDV İslâm Araştırmaları Merkezi, İstanbul, 2006.

- Leible, Stefan, “*Fundamental Freedoms and European Contract Law*”, **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008.
- Leigh, Ian, “*Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?*”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 48, No. 1, Y. 1999.
- Lenaerts, Annekatrien, “*The Role of the General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights in the Enforcement of Human Rights in Contract Law: A Belgian Law Perspective*”, **The Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective**, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2017.
- Lenzerini, Federico, “*Practice and Ontology of Implied Human Rights in International Law*”, **Intercultural Human Rights Law Review**, Vol. 15, Y. 2020.
- Lobingier, Charles Sumner, “*Napoleon and His Code*”, **Harvard Law Review**, Vol. 32, No. 2, Y. 1918.
- Lurger, Brigitta, “*The “Social” Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness*”, **Towards a European Civil Code**, (Editörler Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar du Perron, Muriel Veldman), Kluwer Law International, Nijmegen, 2004.
- MacQueen, Hector L., “*Delict, Contract, and the Bill of Rights: A Perspective from the United Kingdom*”, **South African Law Journal**, Vol. 121, Y. 2004.
- Madison, James, “*Property*”, **National Gazette**, 29 Mart 1792, https://thf_media.s3.amazonaws.com/CP/FP_PS02w.pdf, E.T. 31.01.2022.
- Mak, Chantal/Sanches Galera, Maria Dolores/Wünsch, Sabine/Jorge Ramos, Filipa/Kraus, Carolin, “*Italy*”, **Fundamental Rights and Private Law in the European Union-Volume I: A Comparative Overview**, (Editörler

- Gert Brügge-meier, Aurelia Colombi Ciacchi, Giovanni Comandè), Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Maloney, Robert P., “*The Teaching of the Fathers on Usury: An Historical Study on the Development of Christian Thinking*”, **Vigiliae Christianae**, Vol. 27, No. 4, Y. 1973.
- Marauhn, Thilo/Ruppel, Nadine, “*Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse’s Notion of “Praktische Konkordanz” and the German Federal Constitutional Court*”, **Conflicts Between Fundamental Rights**, (Editör Eva Brems), Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008.
- Marella, Maria Rosaria, “*The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*”, **European Review of Contract Law**, Vol. 2, Issue, 2, Y. 2006.
- Marmor, Andrei, “*Hukuk Devleti ve Sınırları*”, (Çev. Sevdâ Gültekin Göktolga), **Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal**, (Editörler Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan, Adnan Küçük), Adres Yayınları, Ankara, 2008.
- Martinez-Zorrilla, David, “*The Structure of Conflicts of Fundamental Legal Rights*”, **Law and Philosophy**, Vol. 30, No. 6, Y. 2011.
- Mayer, David N., “*Substantive Due Process Rediscovered: The Rise and Fall of Liberty of Contracts*”, **Mercer Law Review**, Vol. 60, Y. 2009. Mayer (2009-a)
- Mayer, David N., “*The Myth of “Laissez-Faire Constitutionalism”: Liberty of Contract During the Lochner Era*”, **Hastings Constitutional Law Quarterly**, Vol. 36, Issue 2, Y. 2009. Mayer (2009-b)
- McCall, Brian M., “*Demystifying Unconscionability: A Historical and Empirical Analysis*”, **Villanova Law Review**, Vol. 65, Issue 4, Y. 2020.
- McCurdy, Charles W., “*The Liberty of Contract Regime in American Law*”, **The State and Freedom of Contract**, (Editör Harry N. Scheiber), Stanford University Press, Stanford, 1998.

- McGinnis, John O., “A New Agenda for International Human Rights: Economic Freedom”, **Catholic University Law Review**, Vol. 48, Issue 4, Y. 1999.
- Meng, Zhaohua, “Party Autonomy, Private Autonomy, and Freedom of Contract”, **Canadian Social Science**, Vol. 10, No. 6, Y. 2014.
- Messineo, Francesco, “*Batı Avrupa Memleketleri Hukukunda Akit Mefhumunun XX. Asırdaki Tekâmülü*”, (Çev. Halûk Tandoğan), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1, Y. 1960.
- Mesut Serdar Çekin, “*Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Kefalet Kararı: Gelir ve Varlıktan Yoksun Aile Mensuplarının Kefil Olduğu Sözleşmelerin İçerik Denetimi Üzerine*”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, Y. 2019.
- Metin, Yüksel, “*Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 57, S. 4, Y. 2002.
- Metin, Yüksel, “*Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?*”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, Y. 2017. Metin (2017)
- Micklitz, Hans-W., “*On the Intellectual History of Freedom of Contract and Regulation*”, **Penn State Journal of Law & International Affairs**, Vol. 4, No. 1, Y. 2015.
- Miller, Geoffrey P., “*Choice of Law as a Precommitment Device*”, **The Fall and Rise of Freedom of Contract**, (Editör F. H. Buckley), Duke University Press, Durham and London, 1999.
- Mirakhor, Abbas, “*The Muslim Scholars and the History of Economics: A Need For Consideration*”, **The American Journal of Islamic Social Sciences**, Vol. 4, No. 2, Y. 1987.

- Mirow, M.C., “*The Power of Codification in Latin America: Simón Bolívar and the Code Napoléon*”, **Tulane Journal of International & Comparative Law**, Vol. 8, Y. 2000.
- Momberg, Rodrigo, “*The Process of Harmonisation of Private Law in Latin America: An Overview*”, **The Future of Contract Law: Principles of Latin American Contract Law**, (Editörler Rodrigo Momberg, Stefan Vogenauer), Hart Publishing, Portland, 2017.
- Moser, Peter, “*Constitutional Protection of Economic Rights: The Swiss and U.S. Experience in Comparison*”, **Constitutional Political Economy**, Vol. 5, No. 1, Y. 1994.
- Mumcu, Uğur, “*24 Ocak Anayasası*”, **Cumhuriyet**, 1 Ağustos 1982.
- Musy, Alberto M./Monti, Alberto, “*Contract Law*”, **Introduction to Italian Law**, (Editörler Jeffrey S. Lena, Ugo Mattei), Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- Müller, Felix, “*Hukukun Ekonomik Teorisi*”, (Çev. Ahmet M. Güneş), **Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi**, C. 1, S. 3, Y. 2011.
- Navarretta, Emanuela/ Bargellis, Elena, “*The Influence of Human Rights and Basic Rights in Italian Private Law: Strategies of ‘Constitutionalisation’ in the Courts Practice*”, **The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law**, (Editörler Verica Trstenjak, Petra Weingerl), Springer International Publishing, Switzerland, 2016.
- Neumann, Teodoro Ribera, “*Constitutional Basis of the Economic Public Order in Chile*”, **Union of Jurist of Romania Law Review**, Vol. 1, Issue 2, Y. 2011.
- North, Douglass C./Thomas, Robert Paul, “*The Rise and Fall of the Manorial System: A Theoretical Model*”, **The Journal of Economic History**, Vol. 31, No. 4, Y. 1971.

O'Brien, Philip, "The New Leviathan: The Chicago School and the Chilean Regime 1973-80", **IDS Bulletin**, Vol. 13, No. 1, Y. 1981.

Oder, Bertil Emrah, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları-2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler", **Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2012. Oder (2012)

Oder, Bertil Emrah, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular, Teloslar ve Uluslararası Hukuka Açıklık", **Anayasa Yargısı**, C. 30, S. 1, Y. 2013.

Oder, Bertil Emrah, "Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008/1. Oder (2008)

Odyakmaz, Zehra, "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 2, Y. 1998.

Oğuz, Cemal, "Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/12 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1998/1.

Oktay, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 1-2, Y. 1996.

Okumuş, Ejder, **Türkiye'nin Laikleşme Serüveninde Tanzimat**, İnsan Yayınları, İstanbul, 1999.

Oliveira, Nuno Manuel Pinto/MacCrorie, Benedita, "Anti-discrimination Rules in European Contract Law", **Constitutional Values and European Contract Law**, (Editör Stefan Grundmann), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2008.

- Oliver, Peter, “What Purpose Does Article 16 of the Charter Serve?”, **General Principles of EU Law and European Private Law**, (Editörler Ulf Bernitz, Xavier Groussot, Felix Schulyok), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013.
- Onar, Sıddık Sami, “Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukukunun Bir Kısımının Codification’u: Mecelle”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 20, S. 1-4, Y. 1955.
- Onufrio, Maria Vittoria, “The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian Systems: Is Horizontal Indirect Effect Like Direct Effect?”, **InDret**, Vol. 4, Y. 2007.
- Oral, Tuğçe, “Tüketici Sözleşmelerinin Uygulama Alanı ve Ticari ve Adi Sözleşmelerden Ayrılması”, **Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan: Cilt-II**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013.
- Orth, John V., “Contract and the Common Law”, **The State and Freedom of Contract**, (Editör Harry N. Scheiber), Stanford University Press, Stanford, 1998.
- Öktem Songu, Sezgi, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı: Polat SOYER'e Armağan, Y. 2013.
- Ölmez, Cansu Büşra, “Hak ve Özgürlüklerin Düzenlenmesi ve Sınırlanması”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Örücü, Esin, “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 3-4, Y. 1975.
- Özdemir, Semih Sırrı, “Ticari Sözleşmelerin Yabancı Dilde Hazırlanmasına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 2, Y. 2020.

- Özdemir, Yücel, “*Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Öze Dokunma Yasası*”, **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, Y. 2017. Özdemir (2017)
- Özel, Çağlar/Özcan Büyüktanır, Burcu G./Özel, Fatma, “*Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler*”, **Journal of Yaşar University**, Vol. 8, Özel Sayı: Rrof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Y. 2013.
- Özel, Kadir Can, “*İdari Sözleşmelerin Ölçütleri Üzerine Bir Değerlendirme*”, **Ombudsman Akademik**, S. 12, Y. 2020. Özel (2020)
- Özenç, Berke, “*Yüksek Mahkeme'nin Eşcinsel Evlilik Kararı Işığında Eşitlik, Demokrasi ve Yargısal Denetim*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 73, No. 2, Y. 2018.
- Özkan, Ahmet Fatih, “*Anonim Şirketlerin Sözleşmeli Avukat Bulundurma Zorunluluğu*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 9, S. 33, Ocak 2018.
- Öztürk, Nazım, “*Piyasa Başarısızlıkları*”, **Öneri Dergisi**, C. 6, S. 21, Ocak 2004.
- Pakalın, Mehmet Zeki, **Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü II**, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul, 1993.
- Parry, J.P., “*Kast*”, **Sosyal Bilimler Ansiklopedisi: Birinci Kitap**, (Çev. Osman Metin), Adres Yayınları, Ankara, 2016.
- Patti, Francesco Paolo, “*Penalty Clauses in Italian Law*”, **European Review of Private Law**, Vol. 23, No. 1, Y. 2015.
- Paul, Ellen Frankel, “*Freedom of Contract and the “Political Economy” of Lochner v. New York*”, **New York University Journal of Law & Liberty**, Vol. 1, No. 1, Y. 2005.
- Paulus, Andreas L., “*Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Bakış Açısından Anayasanın Yorumlanması*”, **Anayasa Yargısı**, C. 30, Y. 2013.

- Pettit, Mark, Freedom, “*Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall*”, **Boston University Law Review**, Vol. 79, No. 2, Y. 1999. Pettit (1999)
- Pillow, Michael, “*Liberty over Death: Seeking Due Process Dimensions for Freedom of Contract*”, **Florida A & M University Law Review**, Vol. 8, No. 1, Y. 2012.
- Pino, Giorgio, “*The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights*”, **The Harmonization of European Private Law**, (Editörler Mark Van Hoecke, François Ost), Hart Publishing, Oxford, 2000.
- Poroy, Mehmet Akif, “*Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük: İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği*”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 3, Y. 2006.
- Prassl, Jeremias, “*Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case C-426/11 Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd*”, **Industrial Law Journal**, Vol. 42, Issue 4, Y. 2013.
- Price, Jonathan, “*‘God Created Man ἀνθρώπου’: Grotius’s Theological Anthropology and Modern Contract Doctrine*”, **Agency and Causal Explanation in Economics**, (Editörler Peter Róna, László Zsolnai), Springer International Publishing, Cham, 2020.
- Probst, Thomas, “*Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Switzerland-The Control of Standard Contract Terms: The Swiss Approach*”, **Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts**, (Editörler Yeşim M. Atamer, Pascal Pichonnaz), Springer Nature, Cham, 2020.
- Putman, Emmanuel, “*The horizontal Application Theory and Its Influence on the Freedom of Contract: A French Point of View*”, **Law, Democracy & Development**, Vol. 2, Issue 2, Y. 1997.

- Quaranta, Alfonso, “*İtalyan Anayasası’nda Temel Hakların Korunması*”, **Anayasa Yargısı**, C. 28, S. 1, Y. 2012.
- Rabushka, Alvin, “*Preliminary Definition of Economic Freedom*”, **Economic Freedom: Toward a Theory of Measurement**, (Editör Walter E. Block), The Fraser Institute, Vancouver, 1991.
- Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004, **Official Journal of the European Union**, L 46, 17.02.2004.
- Rehbinder, Manfred, “*Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması: Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne*”, (Çev. Ömer Teoman), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, S. 1-4, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Y. 1976. Rehbinder (1976)
- Rehbinder, Manfred, “*Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri: Statü-Sözleşme-Rol*”, (Çev. Hikmet Sami Türk), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, S. 1, Y. 1969. Rehbinder (1969)
- Reichman, Amnon, “*Professional Status and the Freedom to Contract: Toward a Common Law Duty of Non-Discrimination*”, **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, Vol. XIV, No. 1, January 2001.
- Reisenhuber, Karl, “*Party Autonomy and Information in the Sales Directive*”, **Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market**, (Editörler Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill), Walter de Gruyter, Berlin, 2001.
- Rivero, Jean, “*The Constitutional Protection of Human Rights in French Law*”, **Irish Jurist**, Vol. 12, No. 1, Y. 1977.
- Rodriquez, Simona, “*Self-Regulation as a Regulatory Strategy: The Italian Legal Framework*”, **Utrecht Law Review**, Vol. 3, Issue 2, Y. 2007.

- Rowan, Charles, “*The Yellow Dog Contract*”, **Marquette Law Review**, Vol. 15, Issue 2, Y. 1931.
- Rödl, Florian, “*Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)*”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 76, No. 2, Y. 2013.
- Ruhi, M. Emin, “*Gayrimenkul Kiralarının Sınırlandırılması Hakkındaki 4531 Sayılı Yasaya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1-2, Y. 2003.
- Rumpf, Christian, “*Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği*”, **Anayasa Yargısı**, C. 10, Y. 1993.
- Rutgers, Jacobien W., “*The European Economic Constitution, Freedom of Contract and the DCFR*”, **European Review of Contract Law**, Vol. 5, Issue 2, Y. 2009.
- Rüssli, Markus, “*Constitutional Protection of Economic Liberties in Switzerland and the United States*”, **Tulane European and Civil Law Forum**, Vol. 18, Y. 2003.
- Sabuncu, M. Yavuz, “*Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine*”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 7-8, Y. 1985/1986.
- Sağlam, Fazıl, “*1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar*”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988. Sağlam (1988)
- Sağlam, Fazıl, “*2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları*”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002. Sağlam (2002-a)
- Sağlam, Fazıl, “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin BM’de Kabulünün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar*”, **İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60. Yılında İnsan Hakları: Hepimiz İçin Onur ve Adalet**, (Editör İoanna

Kuçuradi), T.C. Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi Unesco Felsefe ve İnsan Hakları Merkezi, İstanbul, 2017. Sağlam (2017)

Sağlam, Fazıl, “*Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları: Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar*”, **Anayasa Yargısı**, C. 1, Y. 1984. Sağlam (1984)

Sağlam, Fazıl, “*Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi*”, **Anayasa. Yargısı**, C. 13, Y. 1996.

Sağlam, Fazıl, “*Friedrich Müller Öğretisinin Türk Anayasa Hukuku Öğretisi Üzerindeki Etkisi*”, Müller, Friedrich, **Anayasa Hukukunda Çalışma Yöntemleri**, (Çev. Bertil Emrah Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can, Fazıl Sağlam), Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009. Sağlam (2009)

Sağlam, Mehmet, “*Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırı Sorunu*”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, Y. 2002. Sağlam (2002-b)

Saleh, Nabil, “*Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?*”, **Arab Law Quarterly**, Vol. 16, No. 4, Y. 2001.

Salihpaşaoğlu, Yaşar, “*Anayasa Mahkemesinin Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Yasağına Yaklaşımı: Çelişen İki Yöntem ve Gerekçe*”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 4, Y. 2019.

Salihpaşaoğlu, Yaşar, “*Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 3, Y. 2013.

- Savaş, Vural Fuat, “*Ekonomik Düzen ve Anayasa*”, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Ekonomik Düzen ve Anayasa Oturumunda Sunulan Bildiri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2001. Savaş (2001)
- Savaş, Vural, “*Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği*”, **Anayasa Yargısı**, C. 6, Y. 1989. Savaş (1989)
- Sayhan, İsmet, “*Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık*”, **Rekabet Dergisi**, S. 17, Y. 2004.
- Schlink, Bernhard, “*Anayasa Hukukunda Ölçülülük: Neden Burası Hariç Her Yer*”, (Çev. Lütfullah Yasin Akbulut, Eyüp Kaan Demirkıran), **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, Y. 2019.
- Schmidt, Katharina Isabel, “*Henry Maine's Modern Law: From Status to Contract and Back Again?*”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 65, No. 1, Y. 2017.
- Schönenberger, Walter, “*Devletler Hususî Hukukunda Âkit Taraflarca Yetkili Kanunun Seçimi*”, (Çev. Erdoğan Göğer), **Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.
- Schütte, Béatrice, “*The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms*”, **The Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective**, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2017.
- Schwarz, Andreas B., “*Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri*”, **Adliye Dergisi**, Y. 35, S. 2, Şubat 1944.
- Selçuk, İlhan, “*Önsöz*”, **İşbitiren Ekonomi: Liberalizm, Devlet Müdahalesi ve 24 Ocak**, Bilim ve Sanat Yayınları, İstanbul, 1986.

- Sencer, Muzaffer, “*Hak ve Özgürlük Kavramı*”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 14, Y. 1992.
- Serozan, Rona, “*Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları*”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 6, Y. 1970.
- Serozan, Rona, “*Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*”, **Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013. Serozan (2013)
- Serozan, Rona, “*Kişilik Hakkının Korunması İle İlgili Bazı Düşünceler*”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 11, S. 14, Y. 1977. Serozan (1977)
- Serozan, Rona/Başıoğlu, Başak/Kapancı, Berk, “*Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi*”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, Y. 2016.
- Seube, Jean-Baptiste, “*The Influence of Constitutional Law on French Contract Law: The Development of the Control of Proportionality in Case of an Infringement of a Fundamental Right by Contract*”, **The Constitutional Dimensions of Contract Law: A Comparative Perspective**, (Editörler Luca Siliquini-Cinelli, Andrew Hutchison), Springer, Cham, 2017.
- Sever, Dilşad Çiğdem, “*Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da "Parthenogenesis" Olmak*”, **Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi**, Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı, (Editörler Oktay Uygun, Egemen Esen), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Sevinç, Murat, “*Amerikan Yüce Mahkemesi*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 51, S. 1, Y. 1996.

- Sezer, Ahmet Necdet, “37. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması”, **Anayasa Mahkemesi Başkanlarının Kuruluş Yıldönümü Konuşmaları: 1984-2002**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022.
- Sezer, Yasin, “İdarenin Sözleşmelerde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, Y. 2004.
- Sezgin Huysal, Ayşegül, “TBK Madde 603’ün Avale Uygulanabilirliği”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2, Y. 2017.
- Sezginer, Murat, “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Bileşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 27, S. 1-2, Y. 2013.
- Shavell, Steven, “Economic Analysis of Contract Law”, **NBER Working Paper**, No. 9696, May 2003.
- Shuchman, Philip, “Aristotle’s Conception of Contract”, **Journal of the History of Ideas**, Vol. 23, No. 2, Y. 1962.
- Siegan, Bernard H., “Economic Liberties and the Constitution: Protection at the State Level”, **Cato Journal**, Vol. 4, No. 3, Y. 1985. Siegan (1985)
- Siegan, Bernard H., “Protecting Economic Liberties”, **Chapman Law Review**, Vol. 6, Issue 1, Y. 2003. Siegan (2003)
- Simhony, Avital, “Positive Freedom and Freedom of Contract: Fairness, Faring Well, and Freedom”, **Positive Freedom: Past, Present, and Future**, (Editör John Christman), Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- Sirmen, Lale, “Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku”, **Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.

- Smits, Jan, “*Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View*”, **Constitutionalisation of Private Law**, (Editörler Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenberg), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- Snijders, Henricus J., “*Privacy of Contract*”, **Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy**, (Editör Katya J. Ziegler), Hart Publishing, Portland, 2007.
- Soysal, Mümtaz, “*Kalkınma ve Hukuk*”, **Yön**, Y. 1, S. 5, 17 Ocak 1962.
- Soysal, Mümtaz, “*Sosyalizmin Sınırları*”, **Yön**, Y. 1, S. 7, 31 Ocak 1962.
- Spencer, Herbert, “*Six Essays on Government, Society, and Freedom*”, **The Man Versus the State** içinde, **Liberty Classics**, Indianapolis, 1981.
- Sprankling, John G., “*The Global Right to Property*”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 52, Issue 2, Y. 2014.
- Sumar Albuja, Oscar/Zúñiga Medina, Thalía Lily, “*Constitutional Public Policy Making in Context: The Peruvian Experience*”, **Revista Facultad de Jurisprudencia**, No. 9, Y. 2021.
- Sumner, William Graham, “*The Challenge of Facts*”, **The Challenge of Facts and Other Essays**, (Editör Albert Galloway Keller), Yale University Press, New Haven, 1914.
- Sunay, Reyhan, “*Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, Y. 2000. Sunay (2000)
- Sunay, Reyhan, “*İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, Y. 2015. Sunay (2015)
- Sunstein, Cass R., “*Lochner's Legacy*”, **Columbia Law Review**, Vol. 87, No. 5, Y. 1987.

- Şahin, Çağatay, “*Sosyal Darwinizm, Nazizm ve Hukuk İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme*”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, Y. 2017.
- Şen Doğramacı, Hayriye, “*Türk Borçlar Kanunu’nun 356. Maddesinin Değerlendirilmesi: Sözleşme Adaleti mi? Sözleşme Özgürlüğü mü?*”, **Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan: Cilt-II**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013.
- Şıpka, Şükran, “*Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları*”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 35, S. 1, Y. 2015.
- Şirin, Tolga, “*İhmal Yoluyla Anayasaya Aykırılık: Kemal Gözler’in Yazısı Vesilesiyle Bir Değerlendirme*”, 26.09.2022, https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri, E.T. 16.12.2023.
- Tabakoğlu, Ahmet, “*Osmanlı Ekonomisinde Fiyat Denetimi*”, **İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası**, C. 43, S. 1-4, Prof. Dr. S. F. Ülgener’e Armağan, Y. 1987.
- Tahiroğlu, Bülent, “*Tanzimat’tan Sonra Kanunlaştırma Hareketleri*”, **Tanzimat’tan Cumhuriyet’e Türkiye Ansiklopedisi: Cilt 3**, İletişim Yayınları, 1985. Tahiroğlu (1985)
- Tan, Turgut, “*Anayasal Ekonomik Düzen*”, **Anayasa Yargısı**, C. 7, Y. 1990.
- Tan, Turgut, “*İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler*”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C. 50, S. 3, Y. 1995.
- Tan, Turgut, “*Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi*”, **Yıldırım Uler’e Armağan**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014. Tan (2014)
- Tandoğan, Halûk, “*Türk Hukukunda Kira Bedelinin Sınırlanması ve Tespiti*”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 4, Y. 1968. Tandoğan (1968)
- Taşkın, Alim, “*Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 42, S. 1-4, Y. 1991.

- Tekinsoy, M. Ayhan, “*İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, S. 2, Y. 2006.
- Tepekaya, Rabia, “*Kavramsal Çerçeve*”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Editörler Tuğba Bayraktar, Ufuk Ramazan Çakmak), Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- The Editors of Encyclopaedia Britannica, “*New Deal*”, **Encyclopædia Britannica**, <https://www.britannica.com/event/New-Deal>, E.T. 19.02.2021.
- The Editors of Encyclopaedia Britannica, “*Napoleonic Code*”, **Encyclopædia Britannica**, <https://www.britannica.com/topic/Napoleonic-Code>, E.T. 11.10.2020.
- The Editors of Encyclopaedia Britannica, “*Noble Savage*”, **Encyclopædia Britannica**, <https://www.britannica.com/art/noble-savage>, E.T. 31.10.2022.
- The Editors of Encyclopaedia Britannica, “*Yellow-Dog Contract*”, **Encyclopædia Britannica**, <https://www.britannica.com/topic/yellow-dog-contract>, E.T. 22.10.2020.
- Tridimas, Takis/Gentile, Giulia, “*The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*”, **German Law Journal**, Vol. 20, Issue 6, Y. 2019.
- Turan, Fatih M., “*İslam Hukuku Açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması*”, **Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 43, Y. 2015.
- Turhan, Mehmet, “*Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*”, **Anayasa Yargısı**, C. 8, Y. 1991.
- Tülen, Hikmet, “*3.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-4, Y. 2001.
- Türk, Hikmet Sami, “*Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun Üzerinde Açıklamalar*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 36, S. 1, Y. 1979. Türk (1979)

- Türkmen, Ahmet, “6701 Sayılı Kanunda Yer Alan Ayrımcılık Yasağının Sözleşme Hukukuna Etkilerine İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 149-150, Y. 2017.
- Uprimny, Rodrigo, “*Latin Amerika’da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar*”, (Çev. Emine Karacaoğlu), **Küresel Bakış: Çeviri Hukuk Dergisi**, Y. 2, S. 5, Nisan 2012.
- Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye Kanun-ı Muvakkati’nin 64’üncü Maddesini Muaddil Kanun-ı Muvakkat, **Düstur**, Tertip 2, C. 6.
- Uygun, Oktay, “1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Sınırları”, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013. Uygun (2013)
- Uygun, Oktay, “*Kanada Yüksek Mahkemesi Kararlarında Ölçülülük İlkesi*”, **Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Ünal, Akın, “*Rekabet Hukukunun Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğüne Müdahalesi*”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII**, 17-18 Nisan 2009-Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, 2009. Ünal (2009)
- Van der Schyff, Gerhard, “*Cutting to The Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective*”, **Conflicts Between Fundamental Rights**, (Editör Eva Brems), Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2008.
- Vasak, Karel, “*A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*”, **The Unesco Courier**, November 1997.

- Vincent, John Martin/Vincent, Ada S., “*Kingdom of Belgium: Translated and Supplied with An Introduction and Notes*”, **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 7, Supplement 11, Y. 1896.
- Voermans, Wim, “*Applicability of Fundamental Rights in Private Law: What is the Legislature to Do?-An Intermezzo from a Constitutional Point of View*”, **Constitutionalisation of Private Law**, (Editörler Tom Barkhuysen, Siewert D. Lindenbergh), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- Wagner, Wencelas J., “*The Law of Contracts in Communist Countries (Russia, Bulgaria, Czechoslovakia and Hungary)*”, **Saint Louis University Law Journal**, Vol. 7, No. 4, Y. 1963.
- Waline, Marcel, “*İdari Mukaveleler*”, (Çev. Hamide Uzbank), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 4, Y. 1944.
- Weber, David P., “*Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition*”, **Yale Human Rights and Development Law Journal**, Vol. 16, Issue 1, Y. 2013. Weber (2013)
- Whatmore, Richard, “*Adam Smith's Role in the French Revolution*”, **Past & Present**, Vol. 175, Issue 1, Y. 2002.
- White, Thomas Raeburn, “*Constitutional Protection of Liberty of Contract: Does it Still Exist*”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 83, Issue 4, Y. 1935.
- Wiecek, William M., “*Laissez-Faire Constitutionalism*”, **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**, (Editörler Kermit L. Hall, James W. Ely, Joel B. Grossman), Oxford University Press, New York, 2005.
- Wilhelm, Friedrich/Robinson, James Harvey, “*Constitution of the Kingdom of Prussia: Translated and Supplied with An Introduction and Notes*”, **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 5, Supplement 8, Y. 1894.

- Williamson, John, “Democracy and the Washington Consensus”, **World Development**, Vol. 21, No. 8, Y. 1993.
- Wilson, Nicholas S., “Freedom of Contract and Adhesion Contracts”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 14, No. 1, Y. 1965.
- Yasin, Melikşah, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, C. 36, S. 1, Y. 2019.
- Yeğen, Oya, “Şili’de Yeni Anayasa Sözü: 1980 Anayasası ve Temel Sorunları”, <https://anayasagundemi.com/2019/11/19/forum-dr-oya-yegen-silide-yeni-anayasa-sozu-1980-anayasasi-ve-temel-sorunlari/>, E.T. 18.01.2022.
- Yeniocak, Umut, “Dövizle Sözleşme Kurma Yasağı ve Yasağa Aykırılığın Yaptırımı”, **Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar Çerçevesinde Döviz ile Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması**, (Editör Murat Topuz), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Yenisey, Feridun, “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme”, **Anayasa ve Uyum Yasaları (13-14 Aralık 2002): Açık Oturum Tutanakları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003.
- Yıldırım, Engin, “Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden: Şirketlerin, İnsan Hakları Olabilir mi?”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 2017/2, Y. 2. Yıldırım (2017)
- Yıldırım, Turan, “İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı”, **Anayasa Yargısı**, C. 36, S. 1, Y. 2019.
- Yıldız, Gaye Burcu, “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, Özel Sayı: Polat Soyer’e Armağan, Y. 2013.
- Yılmaz, Zülfiye, “Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 72, S. 1, Y. 2014.

Youngs, Raymond, “Constitutional Limitations on Freedom of Contract: What Can the Germans Teach Us”, **Anglo-American Law Review**, Vol. 29, No. 4, Y. 2000.

Younkins, Edward W., “Contract as a Shortcut to Progress”, **Le Québécois Libre**, No. 109, 14.09.2002, <http://www.quebecoislibre.org/020914-2.htm>, E.T. 26.12.2022.

Yurtcanlı, Seda, “Fransız Çevre Şartı’na Bir Bakış”, **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No. 47, Y. 2012.

Zumbansen, Peer, “Public Values, Private Contracts and the Colliding Worlds of Family and Market: German Federal Constitutional Court, ‘Marital Agreement’ Decisions of 6 February 2001 and 29 March 2001”, **Feminist Legal Studies**, Vol. 11, Issue 1, Y. 2003.

III) YARGI KARARLARI

A) TÜRK YARGI KARARLARI

1) Anayasa Mahkemesi Kararları

a) Norm Denetimi Kararları

Anayasa Mahkemesi, E. 1962/208, K. 1963/1, K.T. 04.01.1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 1, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1964.

Anayasa Mahkemesi, E. 1962/280, K. 1963/51, K.T. 06.03.1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 1, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1964.

Anayasa Mahkemesi, E. 1962/286, K. 1963/53, K.T. 07.03.1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi** S. 1, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1964.

Anayasa Mahkemesi, E. 1963/3, K. 1963/67, K.T. 26.03.1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi** S. 1, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1964.

- Anayasa Mahkemesi, E. 1963/16, K. 1963/83, K.T. 08.04.1963, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 1, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1964.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1963/101, K. 1964/49, K.T. 16.06.1964, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 2, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1971.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1963/138, K. 1964/71, K.T. 11.12.1964, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 2, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1971.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1963/127, K. 1965/47, K.T. 14.09.1965, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 3, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1971.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1966/21, K. 1968/26, K.T. 19.06.1968, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 7, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1967/47, K. 1969/9, K.T. 30.01.1969, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 7, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1969/35, K. 1969/70, K.T. 04.12.1969, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 7, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1969/56, K. 1970/4, K.T. 20.01.1971, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 8, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1969/31, K. 1971/3, K.T. 12.01.1971, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 9, Ankara Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1972.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1971/22, K. 1971/54, K.T. 10.06.1971, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 9, Ankara Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1972.

- Anayasa Mahkemesi, E. 1973/2, K. 1973/14, K.T. 22.03.1973, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 11, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1974.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1973/38, K. 1975/23, K.T. 25.02.1975, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 13, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1976.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1976/27, K. 1976/51, K.T. 22.11.1976, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 14, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1977.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1979/1, K. 1979/30, K.T. 21.06.1979, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 17, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 1980.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 03.01.1984, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 20, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1985.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1984/4, K. 1984/9, K.T. 20.09.1984, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 20, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1985.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.06.1985, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 21, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1986.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1985/2, K. 1985/16, K.T. 27.08.1985, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 21, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1986.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1985/16, K. 1986/5, K.T. 04.03.1986, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 22, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1987.

- Anayasa Mahkemesi, E. 1985/9, K. 1986/14, K.T. 26.06.1986, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 22, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1987.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1986/3, K. 1986/15, K.T. 03.07.1986, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 22, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1987.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 06.10.1986, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 22, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1987.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1986/18, K. 1986/24, K.T. 09.10.1986, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 22, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1987.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1986/12, K. 1987/4, K.T. 11.02.1987, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 23, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1989.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1988/19, K. 1988/33, K.T. 26.10.1988, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 24, Gazi Üniversitesi Basın-Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara, 1989, s. 451.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 07.03.1989, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 25, Takav Matbaacılık Yayıncılık A.Ş., Ankara, 2001.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1988/50, K. 1989/27, K.T. 23.06.1989, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 25, Takav Matbaacılık Yayıncılık A.Ş., Ankara, 2001.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1990/4, K. 1990/6, K.T. 12.04.1990, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 26, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2001.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1989/23, K. 1990/26, K.T. 25.10.1990, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 26, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2001.

- Anayasa Mahkemesi, E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.01.1991, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 27, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1993.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1990/27, K. 1991/2, K.T. 17.01.1991, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 27, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1993.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1992/36, K. 1993/4, K.T. 20.01.1993, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 29, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 1994.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 07.07.1994, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 30, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1995.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1994/44, K. 1994/56, K.T. 18.07.1994, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 32, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 1997.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1996/1, K. 1996/18, K.T. 11.06.1996, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 33, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1998.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1996/66, K. 1997/7, K.T. 31.01.1997, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 33, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1998.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1998/10, K. 1998/18, K.T. 20.05.1998, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 34, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 1999.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1997/37, K. 1997/69, K.T. 27.11.1997, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 35, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2000.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1997/59, K. 1998/71, K.T. 18.11.1988, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 35, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2000.

- Anayasa Mahkemesi, E. 1997/27, K. 1998/43, K.T. 30.06.1998, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 35, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2000.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1998/25, K. 1998/56, K.T. 29.09.1998, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 35, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2000.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1999/21, K. 1999/17, K.T. 12.05.1999, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 35, C. 2, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2000.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1999/47, K. 1999/46, K.T. 28.12.1999, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 36, C. 2, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2001.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/303, K. 2001/333, K.T. 19.07.2001, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 37, C. 1, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2002.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2000/26, K. 2000/48, K.T. 16.11.2000, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 38, C. 1, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2000/77, K. 2000/49, K.T. 21.11.2000, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 38, C. 1, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/293, K. 2002/28, K.T. 13.02.2002, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 38, C. 2, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/389, K. 2002/29, K.T. 13.02.2002, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 38, C. 2, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2000/48, K. 2002/36, K.T. 20.03.2002, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 38, C. 2, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/5, K. 2002/42, K.T. 28.03.2002, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 38, C. 2, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2003.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1996/70, K. 1997/53, K.T. 05.06.1997, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 39, C. 1, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2004.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/309, K. 2002/91, K.T. 15.10.2002, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 39, C. 1, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2004.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/351, K. 2003/10, K.T. 11.03.2003, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 39, C. 1, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2004.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2002/43, K. 2003/103, K.T. 24.12.2003, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 40, C. 1, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2005.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/143, K. 2004/11, K.T. 10.02.2004, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 40, C. 2, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2005.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2003/70, K. 2005/14, K.T. 14.03.2005, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 41, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2006.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2003/7, K. 2005/71, K.T. 18.10.2005, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 42, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2007.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2000/8, K. 2003/104, K.T. 26.12.2003, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 44, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2003/66, K. 2005/72, K.T. 19.10.2005, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 44, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2008.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2006/61, K. 2007/91, K.T. 30.11.2007, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 45, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2009.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2005/128, K. 2008/54, K.T. 07.02.2008, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 45, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2009.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2005/5, K. 2008/93, K.T. 17.04.2008, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 45, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2009.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2006/101, K. 2008/126, K.T. 19.06.2008, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 45, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2009.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2004/87, K. 2009/5, K.T. 08.01.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 46, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2010.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2005/165, K. 2009/4, K.T. 08.01.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 46, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2010.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2006/65, K. 2009/114, K.T. 23.07.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 46, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2010.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2008/73, K. 2009/120, K.T. 01.10.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 47, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2011.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2009/67, K. 2009/119, K.T. 01.10.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 47, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2011.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2007/68, K. 2010/2, K.T. 14.01.2010, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 47, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2011.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2007/33, K. 2010/48, K.T. 24.03.2010, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 47, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2011.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2004/85, K. 2009/69, K.T. 02.06.2009, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 48, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2008/22, K. 2010/82, K.T. 17.06.2010, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 48, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2008/22, K. 2010/82, K.T. 17.06.2010, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 48, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2009/11, K. 2011/93, K.T. 09.06.2011, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 48, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2012.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2010/10, K. 2011/110, K.T. 30.06.2011, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 49, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2010/77, K. 2011/163, K.T. 08.12.2011, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 49, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2010/79, K. 2012/9, K.T. 19.01.2012, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 49, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2013.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2011/59, K. 2012/34, K.T. 01.03.2012, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2012/20, K. 2012/132, K.T. 27.09.2012, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2012/40, K. 2012/158, K.T. 18.10.2012, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2010/83, K. 2012/169, K.T. 01.11.2012, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2011/150, K. 2013/30, K.T. 12.02.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, Y. 2013.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2011/63, K. 2013/28, K.T. 14.02.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2012/116, K. 2013/32, K.T. 28.02.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/22, K. 2013/73, K.T. 06.06.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/39, K. 2013/65, K.T. 22.05.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 50, C. 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2011/42, K. 2013/60, K.T. 09.05.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 51, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2012/75, K. 2013/88, K.T. 10.07.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 51, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/72, K. 2013/126, K.T. 31.10.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 51, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/18, K. 2013/132, K.T. 14.11.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 51, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, K.T. 26.12.2013, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 51, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2016.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/1, K. 2014/161, K.T. 22.10.2014, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2014/133, K. 2014/165, K.T. 30.10.2014, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/95, K. 2014/176, K.T. 13.11.2014, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/84, K. 2014/183, K.T. 04.12.2014, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2014/90, K. 2014/180, K.T. 04.12.2014, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2014/112, K. 2014/203, K.T. 25.12.2014, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 4, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2014/108, K. 2015/8, K.T. 14.01.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 4, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2015/28, K. 2015/42, K.T. 22.04.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 5, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 2961.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2015/34, K. 2015/48, K.T. 13.05.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 5, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2014/88, K. 2015/68, K.T. 13.07.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 6, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2014/126, K. 2015/86, K.T. 08.10.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 52, C. 6, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2014/87, K. 2015/112, K.T. 08.12.2015, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 53, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2015/96, K. 2016/9, K.T. 12.02.2016, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 53, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2015/102, K. 2016/151, K.T. 07.09.2016, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 53, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2015/41, K. 2017/98, K.T. 04.05.2017, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 54, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2018.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2016/154, K. 2017/106, K.T. 31.05.2017, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 54, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2018.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2016/192, K. 2017/160, K.T. 29.11.2017, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2016/179, K. 2017/176, K.T. 28.12.2017, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2016/150, K. 2017/179, K.T. 28.12.2017, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/69, K. 2018/47, K.T. 31.05.2018, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2016/141, K. 2018/27, K.T. 28.02.2018, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/9, K. 2018/84, K.T. 11.07.2018, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2017/178, K. 2018/82, K.T. 11.07.2018, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 55, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2017/154, K. 2019/18, K.T. 10.04.2018, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 56, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/108, K. 2019/5, K.T. 13.02.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 56, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2016/205, K. 2019/63, K.T. 24.07.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 56, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/90, K. 2019/85, K.T. 14.11.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/89, K. 2019/84, K.T. 14.11.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/50, K. 2019/96, K.T. 15.12.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.

- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/74, K. 2019/92, K.T. 24.12.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/108, K. 2019/101, K.T. 25.12.2019, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/91, K. 2020/10, K.T. 19.02.2020, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/104, K. 2020/39, K.T. 16.07.2020, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/40, K. 2020/40, K.T. 17.07.2020, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2020/12, K. 2020/46, K.T. 10.09.2020, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/21, K. 2020/51, K.T. 24.09.2020, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 57, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2021.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2020/15, K. 2020/78, K.T. 24.12.2020, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 58, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2017/21, K. 2020/77, K.T. 24.12.2020, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 58, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2022.

Anayasa Mahkemesi, E. 2018/81, K. 2021/45, K.T. 24.06.2021, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 59, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2023.

Anayasa Mahkemesi, E. 2019/110, K. 2021/85, K.T. 11.11.2021, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 59, C. 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2023.

Anayasa Mahkemesi, E. 2021/128, K. 2022/68, K.T. 04.08.2022, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 59, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2023.

Anayasa Mahkemesi, E. 2022/22, K. 2022/92, K.T. 20.07.2022, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 59, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2023.

Anayasa Mahkemesi, E. 2022/61, K. 2022/101, K.T. 08.09.2022, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 59, C. 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2023.

Anayasa Mahkemesi, E. 2018/78, K. 2022/114, K.T. 13.10.2022, **2 Mart 2023 Tarihli ve 32120 Sayılı Resmî Gazete.**

Anayasa Mahkemesi, E. 2018/123, K. 2022/138, K.T. 09.11.2022, **05 Nisan 2023 Tarihli ve 32154 Sayılı Resmî Gazete.**

Anayasa Mahkemesi, E. 2020/47, K. 2023/36, K.T. 22.02.2023, **4 Temmuz 2023 Tarihli ve 32238 Sayılı Resmî Gazete.**

Anayasa Mahkemesi, E. 2023/32, K. 2023/138, K.T. 26.07.2023, **13 Ekim 2023 Tarihli ve 32338 Sayılı Resmî Gazete.**

b) Bireysel Başvuru Kararları

Anayasa Mahkemesi, *Büğdüz Köyü Muhtarlığı Başvurusu*, B.N. 2012/22, K.T. 25.12.2012.

Anayasa Mahkemesi, *Ballıdere Belediye Başkanlığı Başvurusu*, B.N. 2012/1327, K.T. 12.02.2013.

Anayasa Mahkemesi, *Nesrin Kılıç Başvurusu*, B.N. 2013/772, K.T. 07.11.2013.

Anayasa Mahkemesi, *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Başvurusu*, B.N. 2013/1430, K.T. 21.11.2013.

Anayasa Mahkemesi, *Tuğba Arslan Başvurusu*, B.N. 2014/256, K.T. 25. 06. 2014.

Anayasa Mahkemesi, *Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu*, B.N. 2012/1035, K.T. 17.07.2014.

Anayasa Mahkemesi, *Adalet Mehtap Buluryer Başvurusu*, B. N. 2013/5447, K.T. 16.10.2014.

Anayasa Mahkemesi, *Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu [GK]*, B.N. 2014/6192, K.T. 12.11.2014.

Anayasa Mahkemesi, *Ayşe Başçı ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2013/5367, K.T. 25.02.2015.

Anayasa Mahkemesi, *Mustafa Alkanat Başvurusu*, B.N. 2014/4781, K.T. 22.06.2015.

Anayasa Mahkemesi, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, B.N. 2013/1789, K.T. 11.11.2015.

Anayasa Mahkemesi, *Ömür Kara ve Onursal Özbek Başvurusu*, B.N. 2013/4825, K.T. 24.03.2016.

Anayasa Mahkemesi, *Ö.Ç. Başvurusu*, B.N. 2013/9705, K.T. 30.03.2016.

Anayasa Mahkemesi, *Ahmet İsmail Onat Başvurusu*, B.N. 2013/6714, K.T. 21.04.2016.

Anayasa Mahkemesi, *Meltem Sukan Başvurusu*, B.N. 2013/9459, K.T. 21.04.2016.

Anayasa Mahkemesi, *Sinan Aydın Aygün (2) Başvurusu*, B.N. 2014/922, K.T. 16.06.2016.

Anayasa Mahkemesi, *Melahat Karkin Başvurusu [GK]*, B.N. 2014/17751, K.T. 13.10.2016.

Anayasa Mahkemesi, *Mustafa Karaca Başvurusu*, B.N. 2014/11657, K.T. 22.06.2017.

Anayasa Mahkemesi, *Selahattin Turan Başvurusu*, B.N. 2014/11410, K.T. 22.06.2017.

Anayasa Mahkemesi, *Emine Görgülü Başvurusu*, B.N. 2014/5871, K.T. 06.07.2017.

Anayasa Mahkemesi, *Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusu*, B.N. 2014/12321, K.T. 20.07.2017.

Anayasa Mahkemesi, *Yusuf Dilekçi Başvurusu*, B.N. 2014/12026, K.T. 21.09.2017.

Anayasa Mahkemesi, *Kamil İnce Başvurusu*, B.N. 2014/1167, K.T. 25.10.2017.

Anayasa Mahkemesi, *Birgöl Pişkin ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2014/2085, K.T. 26.10.2017.

Anayasa Mahkemesi, *Tuna Ayçiçek Başvurusu*, B. N. 2014/6526, K.T. 24.01.2018.

Anayasa Mahkemesi, *Ankara Barosu Başkanlığı Başvurusu*, B.N. 2015/17941, K.T. 07.03.2018.

Anayasa Mahkemesi, *Nobel İlaç Pazarlama ve Sanayii Ltd. Şti. Başvurusu*, B.N. 2016/4887, K.T. 03.07.2019.

Anayasa Mahkemesi, *İbrahim Acar Başvurusu*, B.N. 2016/3140, K.T. 07.11.2019.

Anayasa Mahkemesi, *Cahide Demir Başvurusu*, B.N. 2018/25663, K.T. 14.09.2021.

Anayasa Mahkemesi, *Emine Demir ve Diğerleri Başvurusu*, B.N. 2019/16805, K.T. 25.05.2022.

Anayasa Mahkemesi, *Osman Akgöl Başvurusu*, B.N. 2019/4912, K.T. 21.09.2022.

Anayasa Mahkemesi, *Ayşe Tezel ve Diğerleri Başvurusu [GK]*, B.N. 2018/14186, K.T. 20.10.2022.

Anayasa Mahkemesi, *Halit Aksu Başvurusu*, B.N. 2019/13790, K.T. 16.11.2022.

Anayasa Mahkemesi, *Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. Başvurusu (4)*, B.N. 2017/36186, K.T. 28.12.2022.

Anayasa Mahkemesi, *İdil Alakuş Dere Başvurusu*, B.N. 2019/38252, K.T. 11.01.2023.

Anayasa Mahkemesi, *Atilla Olçum Başvurusu*, B.N. 2018/4441, K.T. 01.03.2023.

Anayasa Mahkemesi, *Ömer Özcan Başvurusu [GK]*, B. N. 2019/24047, K.T. 23.03.2023.

Anayasa Mahkemesi, *Şenol Özdemir Başvurusu*, B. N. 2018/14133, K.T. 11.05.2023.

Anayasa Mahkemesi, *Mehmet Balaban Başvurusu*, B.N. 2020/7697, K.T. 20.06.2023.

Anayasa Mahkemesi, *Yunus Yıldırım ve Diğerleri Başvurusu*, B. N. 2018/35325, K.T. 12.07.2023.

Anayasa Mahkemesi, *Emine Yaşar Kaya ve Melike Gök Başvurusu*, B.N. 2020/32802, K.T.19.07.2023.

2) Yargıtay Kararları

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 1986/5, K. 1988/1, K.T. 22.01.1988.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2017/4, K. 2018/5, K.T. 20.04.2018.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1964/2, K. 1964/4, K.T. 18.11.1964.

Yargıtay İtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1966/19, K. 1966/10, K.T. 21.11.1966.

Yargıtay 1'inci Hukuk Dairesi, E. 2006/11666, K. 2007/255, K.T. 18.01.2007.

Yargıtay 3'üncü Hukuk Dairesi, E. 2008/5324, K. 2008/5974, K.T. 07.04.2008.

Yargıtay 3'üncü Hukuk Dairesi, E. 2014/13539, K. 2014/16751, K.T. 18.12.2014.

Yargıtay 3'üncü Hukuk Dairesi, E. 2021/2302, K. 2022/3935, K.T. 21.04.2022.

Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi, E. 1973/2094, K. 1974/2496, K.T. 14.05.1974.

Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi, E. 1977/13113, K. 1978/12134, K.T. 26.10.1978.

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, E. 2009/9624, K. 2011/2059, K.T. 01.03.2011.

Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi, E. 2013/204, K. 2013/1438, K.T. 23.01.2013.

Yargıtay 13'üncü Hukuk Dairesi, E. 1996/1734, K. 1996/2495, K.T. 18.03.1996.

Yargıtay 13'üncü Hukuk Dairesi, E. 2013/9060, K. 2013/15970, K.T. 12.06.2013.

3) Danıştay Kararları

Danıştay 8'inci Dairesi, E. 2016/12066, K. 2018/2322, K.T. 24.04.2018.

Danıştay 10'uncu Dairesi, E. 2010/1399, K. 2014/3366, K.T. 26.5.2014.

Danıştay 13'üncü Dairesi, E. 2012/2609, K. 2017/459, K.T. 27.02.2017.

Danıştay 15'inci Dairesi, E. 2016/6785, K. 2018/3262, K.T. 03.04.2018.

4) Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları

TİHEK, B.N. 2022/511, K.N. 2023/65, K.T. 24.01.2023.

TİHEK, B.N. 2022/110, K.N. 2023/229, K.T. 02.03.2023.

TİHEK, B.N. 2023/456, K.N. 2023/773, K.T. 21.9.2023.

5) Rekabet Kurulu Kararı

Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı 2020-3-018, Karar Sayısı 20-57/798-355,
Karar Tarihi 30.12.2020.

B) YABANCI YARGI KARARLARI

1) Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfG, 05.08.1994, 1 BvR 1402/89.

BVerfG, 11.04.2018, 1 BvR 3080/09.

BVerfG, 18.07.2019, 1 BvL 1/18, 1 BvR 1595/18, 1 BvL 4/18.

BVerfG, 29.03.2001, 1 BvR 1766/92.

BVerfGE 4, 7.

BVerfGE 6, 32.

BVerfGE, 6, 41.

BVerfGE 7, 198.

BVerfGE 8, 274.

BVerfGE 28, 243.

BVerfGE 34, 238.

BVerfGE, 39, 1.

BVerfGE 78, 38.

BVerfGE 81, 242.

BVerfGE 89, 214.

BVerfGE 93, 1.

BVerfGE 103, 89.

BVerfGE 126, 286.

BVerfGE 134, 204.

BVerfGE 149, 126.

2) Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararları

Fletcher v. Peck, 10 U.S. 87 (1810).

Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S. 518 (1819).

Ogden v. Saunders, 25 U.S. 213 (1827).

Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U.S. 243 (1833).

Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co., 118 U.S. 394 (1886).

Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S. 578 (1897).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

Manigault v. Springs, 199 U.S. 473 (1905).

Adair v. United States, 208 U.S. 161 (1908).

Coppage v. Kansas, 236 U.S. 1 (1915).

Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525 (1923).

Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934).

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938).

Ferguson v. Skrupa, 372 U.S. 726 (1963).

Board of Regents of State Colleges v. Roth, 408 U.S. 564 (1972).

Allied Structural Steel Co. v. Spannaus, 438 U.S. 234 (1978).

First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co., 449 U.S. 456 (1981).

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

McDonald v. Chicago, 561 U.S. 742 (2010).

Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S. 682 (2014).

3) Fransız Anayasa Konseyi Kararları

Conseil Constitutionnel, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

Conseil Constitutionnel, Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994.

Conseil Constitutionnel, Décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997.

Conseil Constitutionnel, Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998.

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000.

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001.

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013.

Conseil Constitutionnel, Décision n° 2018-761 QPC du 1er février 2019.

4) Diğer Yabancı Yargı Kararları

11'inci Federal Temyiz Mahkemesi, 11th Cir., United States v. Alabama, No. 11-14532&11-14674, 20.08.2012.

Arnhem Temyiz Mahkemesi, NJ 1949/331: Hof Arnhem, 25-10-1948.

Atina Asliye Hukuk Mahkemesi, 7241/1999, NoV 2000, 1146.

Cour de Cassation, 1978 J.C.P. II 19009.

Court of Appeal, Printing and Numerical Registering Company v. Sampson (1875)
LR 19 Eq 462.

Illinois Yüksek Mahkemesi, *Ritchie v. People*, 155 Ill. 98 (1895).

İsviçre Yüksek Mahkemesi, ATF 129 III 276, c. 3.1.

İsviçre Yüksek Mahkemesi, ATF 129/2003 III, s. 35.

İtalyan Anayasa Mahkemesi/Corte Costituzionale, 02.04.2014, No. 77.

Kuzey Karolina Yüksek Mahkemesi, *Batten v. Faulk*, 49 N.C. 233 (N.C. 1856).

Peru Anayasa Mahkemesi/Tribunal Constitucional del Perú, STC No. 0008-2003-AI/TC.

Slovenya Anayasa Mahkemesi, U-I-202/93-17, 06.10.1994.

Supreme Court of Canada, *Christie v. The York Corporation*, [1940] S.C.R. 139.

Supreme Court of the United Kingdom, *Bull and Bull v. Hall and Preddy*, [2013] UKSC 73.

Şili Anayasa Mahkemesi/Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 352-2002.

C) AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, B.N. 5493/72, K.T. 07.12.1976.

AİHM, *Tyrer/Birleşik Krallık*, B.N. 5856/72, K.T. 25.04.1978.

AİHM, *Marckx/Belçika*, B.N. 6833/74, K.T. 13.07.1979.

AİHM, *Johnston ve Diğerleri/İrlanda*, B.N. 9697/82, K.T. 18.12.1986.

AİHM, *Mellacher ve Diğerleri/Avusturya*, B.N. 10522/83, 11011/84, 11070/84, K.T. 19.12.1989.

AİHK, *Zammit ve Diğerleri/Malta* (Kabul Edilebilirlik Kararı), B.N. 16756/90, K.T. 24.04.1990.

AİHM, *Niemietz/Almanya*, B.N. 13710/88, K.T. 16.12.1992.

AİHM, *Papamichalopoulos ve Diğerleri/Yunanistan*, B.N. 14556/89, K.T. 24.07.1993.

AİHM, *The Holy Monasteries/Yunanistan*, B.N. 13984/88, K.T. 09.12.1994.

AİHM, *Scollo/İtalya*, B.N. 19133/91, K.T. 28.09.1995.

AİHM, *Immobiliare Saffi/İtalya*, B.N. 22774/93, K.T. 28.07.1999.

AİHM, *Brumărescu/Romanya*, B.N. 28342/95, K.T. 28.10.1999.

AİHM, *Pretty/Birleşik Krallık*, B.N. 2346/02, K.T. 29.04.2002.

AİHM, *Spath Holme Ltd/Birleşik Krallık* (Kabul Edilebilirlik Kararı), B.N. 78031/01, K.T. 14.05.2002.

AİHM, *Stretch/Birleşik Krallık*, B.N. 44277/98, K.T. 24.07.2003.

AİHM, *Van Kück/Almanya*, B.N. 35968/97, K.T. 12.09.2003.

AİHM, *Radio France ve Diğerleri/Fransa*, B.N. 53984/00, K.T. 23.09.2003.

AİHM, *Pla ve Puncernau/Andorra*, B.N. 69498/01, K.T. 13.07.2004.

AİHM (Büyük Daire), *Hutten-Czapska/Polonya*, B.N. 35014/97, K.T. 19.07.2006.

AİHM, *Fleri Soler ve Camilleri/Malta*, B.N. 35349/05, K.T. 26.09.2006.

AİHM, *Ghigo/Malta*, B.N. 31122/05, K.T. 26.09.2006.

AİHM, *Hirschhorn/Romanya*, B.N. 29294/02, K.T. 26.07.2007.

AİHM, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye*, B.N. 40998/98, K.T. 13.12.2007.

AİHM, *Marper/Birleşik Krallık*, B.N. 30562/04, 30566/04, K.T. 04.12.2008.

AİHM, *Döşemealtı Belediyesi/Türkiye*, B.N. 50108/06, K.T. 23.03.2010.

AİHM, *Haas/İsviçre*, B.N. 31322/07, K.T. 20.06.2011.

AİHM, *Koch/Almanya*, B.N. 497/09, K.T. 19.07.2012.

AİHM, *Bursa Barosu Başkanlığı ve Diğerleri/Türkiye*, B.N. 25680/05, K.T. 19.06.2018.

AİHM, *Könyv-Tár Kft ve Diğerleri/Macaristan*, B.N. 21623/13, K.T. 18.03.2019.

AİHM, *İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi/Türkiye*, B.N. 40355/14, K.T. 28.01.2020.

D) AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI

ABAD, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities*, C-4/73, 14.05.1974.

ABAD, *Sukkerfabrikken Nykøbing Limiteret v. Ministry of Agriculture*, C-151/78, 16.01.1979.

ABAD, *Jean Neu and Others v. Secrétaire d'Etat à l'Agriculture et à la Viticulture*, C-90/90, 10.07.1991.

ABAD, *Spain v. Commission*, C-240/97, 05.10.1999.

ABAD, *Sky Österreich GmbH v. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, 22.01.2013.

ABAD, *Denise McDonagh v. Ryanair Ltd*, C-12/11, 31.01.2013.

ABAD, *Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*, C-426/11, 18.07.2013.

ABAD, *Spika and Others v. Žuvininkystės Tarnyba Prie Lietuvos Respublikos Žemės Ūkio Ministerijos*, C-540/16, 12.07.2018.

ABAD, *Thelen Technopark Berlin GmbH v. MN*, C-261/20, 18.01.2022.

IV) İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.anayasa.gen.tr>

<https://www.anayasagundemi.com>

<https://www.britannica.com>
<https://www.bundesverfassungsgericht.de>
<https://www.bverfg.de>
<https://www.casetext.com>
<https://www.cite.case.law>
<https://www.confeuconstco.org>
<https://www.conseil-constitutionnel.fr>
<https://www.escholarship.org>
<https://www.govinfo.gov>
<https://www.heritage.org>
<https://www.historyofeconomicthought.mcmaster.ca>
<https://www.hukukbook.com>
<https://www.hukukturk.com>
<https://www.icisleri.gov.tr>
<https://www.ilo.org>
<https://www.ivr.uzh.ch>
<https://www.kazanci.com.tr>
<https://www.law.justia.com>
<https://www.lexpera.com.tr>
<http://www.libr.sejm.gov.pl>
<https://www.napoleon-series.org>
<https://www.napoleon-series.org>
<https://www.ncsl.org>
<https://www.nisanyansozluk.com>
<https://www.oas.org>

<https://www.scc-csc.lexum.com>

<http://www.sisudoc.org>

<https://www.sozluk.gov.tr>

<https://www.supreme.justia.com>

<https://www.supremecourt.uk>

<https://www.tccb.gov.tr>

<https://www.ticaret.gov.tr>

<https://www.tolgasirin.com>

<http://www.us-rs.si>

<https://www.vietanlaw.com>