ESAM EKONOMİK VE SOSYAL ARAŞTIRMALAR DERGİSİ
Cilt: 2 Sayı: 1, Yıl: 2021, s. 30-49.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 28.12.2017 TARİH, 2017/176 SAYILI KARARI VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA OTOMATİK KATILIMLI BİREYSEL EMEKLİLİK SÖZLEŞMELERİ

Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU*
ORCID ID: 0000-0003-1490-4740

Öz: Devletçi ekonomi yapısının aksine bireysel olarak yatırım ve tasarrufun yaygınlaşması, toplumların refah seviyesiyle yakından ilgilidir. Belli refah seviyesine erişen ülkelerde bireyler artık devletin sağladığı imkânlardan bağımsız olarak bugün elde ettikleri kazanç ile geleceklerine yatırım yapma eğilimi gösterirler. Türkiye'de 2003 yılında başlayan bireysel emeklilik sistemine adım atma girişimleri toplumun büyük kesiminin henüz belli bir ekonomik seviyeye erişememiş olması sebebiyle umulduğu şekilde sonuçlanmamıştır. Henüz belli bir ekonomik seviyeye ulaşamamış bireyler elde ettikleri kazanç ile geleceğe yatırım yapmak bir yana günü kurtarma telaşında olduklarından kazançlarının bir kısmını bireysel emeklilik sistemine yatırmakta çekimser kaldılar. Bireysel emeklilik ile bireylerin geleceklerine yatırım yapma konusundaki bu tercihi dolayısıyla kanun koyucu sisteme otomatik katılımı öngören bir düzenleme yapmıştır. Ancak bu düzenleme taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin taraf iradesi olmaksızın kurulmasına yol açtığından, sözleşme özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Çalışmamızda bireysel emeklilik sistemine otomatik katılımı öngören kanun değişikliği ile bu değişiklik sonrasında öğretide tartışılan hususlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Emeklilik, Otomatik Katılımlı Bireysel Emeklilik, Sözleşme Özgürlüğü.

---

* Arş. Gör., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, scoskunsu@ybu.edu.tr

Araştırma Makalesi
Research Article

Geliş Tarihi: 15/08/2020
Kabul Tarihi: 10/02/2021

INDIVIDUAL PENSION CONTRACTS WITH AUTOMATIC PARTICIPATION IN THE CONTEXT OF CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION OF 28.12.2017, 2017/176 AND THE FREEDOM OF CONTRACT

Abstract: Contrary to the statist economy, the spread of individual investment and savings is closely related to the welfare level of the relevant society. In countries that have reached a certain level of welfare, individuals now tend to invest in their future with the earnings they earn today, regardless of the opportunities provided by the state. The private pension system began to take steps initiatives in Turkey in 2003, due to the large segment of society does not reach a certain economic level, it has not been concluded as hoped. Individuals, who have not yet reached a certain economic level, abstained from investing some of their earnings in the private pension system, as they were in a hurry to save the day, let alone invest in the future with their earnings. Due to this preference of individuals to invest in their future with private pension, the legislator has made a regulation that foresees automatic participation in the system. However, since this regulation causes the establishment of a contractual relationship between the parties without the will of the parties, it is an issue that should be evaluated in the context of freedom of contract. In our study, the amendment of the law envisaging automatic participation in the private pension system and the issues discussed in the doctrine after this change will be discussed.

Keywords: Individual Pension, Automatic Participation Pension, Freedom of Contract.

GİRİŞ

Bireysel emeklilik, kişilerin emeklilik dönemlerinde ekonomik refahlarını sağlayabilmeleri bakımından, çalışma dönemlerinde tasarruf yapmalarını sağlamak ve bu tasarruflarının ne yönde şekilleneceğine karar vermelerinde etkili olmak adına öngörülmüş bir yatırım ve tasarruf sistemidir. Önceleri gönüllülük esasına dayalı olarak kurgulanan bu sisteme 2017 yılında yapılan değişiklik ile otomatik (zorunlu) katılım da eklenmiştir. Otomatik katılımlı bireysel emeklilik denildiğinde, sözleşmesinin tarafı olan sigortalı veya sigorta ettirenin[1] sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesi olmaksızın kanun gereği sözleşmenin tarafı olacağı bir sistemden bahsedilmektedir.

[1] Türk Ticaret Kanunu uyarınca sigortalı ile sigorta ettiren her zaman aynı kişiler olmayacaktır.

Bireysel emeklilik sistemiyle, kişilerin çalışma dönemlerinde elde ettikleri kazançları harcama veya bu kazancın bir kısmını emeklilik dönemi için bireysel olarak tasarrufa ayırma yönünde irade sergilemelerine imkân tanınmıştır. Bireysel emeklilik Türk hukukunda 27 Ekim 2003 tarihinde uygulanmaya başlanmıştır. Ne var ki uygulama hedeflenen ve umulan rağbeti görmemiştir. Şüphesiz, bireylerin yatırım ve tasarrufa yönelmelerini engelleyen iktisadî ve sosyolojik pek çok sebep sayılabilir. Ancak çalışmamız bakımından konunun önem arz eden kısmı, bireylerin bireysel emeklilik yatırım ve tasarruf programına dahil olmakta istekli davranmamaları dolayısıyla otomatik katılımlı bireysel emekliliğin öngörülmesi ve bu hüküm kapsamında tarafı olunan sözleşmenin, sözleşme serbestisi bakımından değerlendirilmesidir.

Otomatik katılımlı bireysel emeklilik sisteminde, emeklilik sözleşmesinin taraflarından birisi 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu (BTYSK) m. 8 hükmü uyarınca kurulan emeklilik şirketidir.[2] Sözleşmenin diğer tarafı ise bir istihdam ilişkisi kapsamında çalışan kimsedir. Sözleşmenin diğer tarafı olan bu gerçek kişi BTYSK' nun *tanımlar* başlıklı 2. Maddesine göre göre *katılımcı* olarak anılır. Katılımcılar kamu çalışanı olabileceği gibi özel hukuk kişileri arasında yapılan bir iş sözleşmesi kapsamında çalışanlar da olabilecektir.

Otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmelerinin sözleşme serbestisi bakımından ele alınmasını gerektiren husus, katılımcıların sözleşmenin tarafı olmasına karşın sözleşmenin karşı tarafını, şeklini, içeriğini ve tipini belirlemek bakımından yetkisinin bulunmamasıdır. Yalnızca sözleşmeyi sona erdirmek bakımından yetkisi bulunan katılımcının sözleşme özgürlüğünün önemli ölçüde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı bu anlamda dikkate değerdir.

Çalışmamızda BTYSK uyarınca katılımcı sayılanların otomatik katılımlı bireysel emeklilik sisteminin tarafı olması halinin sözleşme özgürlüğü bakımından ele alınması amaçlanmıştır. Bu anlamda öngörülen bu sistem başta Anayasal ilkeler olmak üzere, mevzuatta yer alan ilgili diğer hükümler ile Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2017 tarih, 2017/ 176 sayılı kararı kapsamında değerlendirilecektir.

[2] 4632 sayılı Kanunun 8. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, hali hazırda hayat sigortası ve ferdi kaza sigortası faaliyeti yürüten sigorta şirketleri de bu kanunun gerektirdiği şartları sağlamaları halinde emeklilik şirketi olarak da faaliyet yürütebilecek ve bireysel emeklilik sözleşmelerinin tarafı olabilecektir.

1. BİREYSEL EMEKLİLİK TASARRUF VE YATIRIM SİSTEMİ

1. 1. Genel Olarak

Sigorta, esas olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 1401 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiş bir kurumdur. Sigorta sözleşmesi sigortacının, kişilerin bir zararın gerçekleşmesi riskine karşılık bu zararın tazmini bakımından önceden önlem almak veya bir kimsenin yaşam süresi veya yaşamlarında meydana gelebilecek belli olaylar dolayısıyla belli bir miktar para ödemeyi ya da edimde bulunmayı taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Sigortacının bu taahhüdü sigorta ettirenin sözleşme gereği ödeyeceği primler karşılığıdır. Dolayısıyla, sigorta ettirenin ödediği primler karşısında sigortacı da yükümlülük altına girmeyi kabul etmektedir. Sosyal sigorta ise sosyal devlet olmanın bir sonucu olarak, devlet kontrolüyle bireylerin çalışma dönemleri ile emeklilik, yaşlılık, malullük gibi durumlarda ödenmek üzere oluşturulan bir fon aracılıyla gelişen bir sistemdir. Bu fona özel veya kamu sektöründe çalışanlar maaşlarından yapılan düzenli kesintilerle katkı sağlamakta ve mevzuatın öngördüğü hallerde bu fondan yararlanmaktadırlar.

Emeklilik hali, çalışma hayatı süresinde ödenen primlerin karşılığında taahhüt edilen ödemelerin yapılmasını gerektiren hallerdendir. Sosyal sigortalar kapsamında içinde bulunulan emeklilik sistemi günümüz koşullarında gerek tasarruf ve yatırım amaçlı olarak gerekse çalışma hayatı sırasında edinilen yaşam standardının emeklilik sırasında da devam ettirilmesini sağlamak için yeterli görülmemektedir. Bu yüzden üçüncü basamak olarak kabul edilen bireysel emeklilik sistemi tüm dünyada yaygınlaşmaya başlamıştır. Böylece bireysel emeklilik sistemi sosyal sigortaların tamamlayıcısı olarak, 2003 yılında yürürlüğe giren BTYSK ile ülkemizde de hayatımıza girmiştir.

4632 sayılı Kanunun yanı sıra bireysel emeklilik konusunda uygulanan mevzuat içerisinde 28462 sayılı yönetmelik de yer almaktadır. Bu yönetmeliğin m. 4 hükmü uyarınca emeklilik sözleşmeleri; *bireysel emeklilik sözleşmeleri* (m. 4/ 2), *gruba bağlı emeklilik sözleşmeleri* (m. 4/ 3), *işveren grup emeklilik sözleşmeleri* (m. 4/ 4), *gelir emeklilik sözleşmeleri* (m. 4/ 6) şeklinde düzenlenmiştir.

Yönetmeliğin m. 4/ 2 hükmü uyarınca yapılan sözleşmede katılımcı, sözleşmenin tarafı olarak iradesiyle sözleşmeye katılmaktadır. Gruba bağlı emeklilik sözleşmesinde de katılımcı iradesi sözleşmede bulunurken, yönetmeliğin m. 4/ 4 hükmü uyarınca yapılan işveren grup emeklilik sözleşmelerinde, BTYSK m. 4 hükmünde de ifade edildiği üzere bir istihdam ilişkisine bağlı olarak işveren ve sigorta şirketi arasında imzalanan bir sözleşmeden bahsedilir.

1. 2. İhtiyarî Bireysel Emeklilik Sistemi

Bireysel emeklilik, emeklilik sistemlerinde birinci ayak olarak kabul edilen devlet kontrollü sosyal sigortanın yanında, kimi ülkelerde tamamlayıcı kimi ülkelerde ise alternatif emeklilik sistemi olarak karşımıza çıkar.[3] Ülkemizde sosyal sigorta kurumunun kontrolünde devam eden emeklilik sisteminin bir tamamlayıcısı olarak 2003 yılından itibaren bireysel emeklilik sistemi hayata geçmiştir.

Bireysel emeklilik sistemi ile kişilerin çalışma sürelerinde elde ettikleri kazancın bir kısmının tasarrufa ve yatırıma dönüştürülmesi amaçlanmakla birlikte kişilerin bu yöndeki eğilimleri artırılmak istenir. Bununla hedeflenen bir diğer husus, kişilerin emeklilik dönemlerinde ekonomik şartlarının iyileştirilmesidir kuşkusuz.[4] Bütün bunların yanı sıra bireysel emeklilik sistemi sayesinde oluşturulan fon ile istihdam için kaynak elde edilmiş olmaktadır.[5] Ne var ki yürürlüğe girdiği 2003 yılı itibariyle gönüllülük esasıyla katılımı öngören[6] bireysel emeklilik sistemi umulan rağbeti görmediğinden katılımcı sayısı hedeflenen seviyeye çıkmamıştır.[7] Sisteme 2013 yılında devlet katkısının getirilmesi[8] ve 2016 yılında çalışanların istihdam ilişkileri kapsamında sisteme otomatik olarak katılımının sağlanması değişiklikleri ile katılımcı sayısı beklenen seviyeye ulaşmak bakımından ivme kazanmıştır.

Bireysel emeklilik sistemine dair çalışmamız bakımından önem arz eden kısım 2016 yılında yapılan değişiklik, bu değişikliğin mahiyeti ve hukukî sonuçları olduğundan bu konulara değinmek gerekecektir.

1. 3. Otomatik Katılımlı Bireysel Emeklilik Sistemi

1. 3. 1. Genel Olarak

Bireysel emeklilik sistemini hayata geçiren 4632 sayılı Kanunda m. 1 hükmü ile bu sisteme katılımın gönüllülük esasına dayandığı öngörülür. Sosyal sigortalar ile sağlanan sosyal güvenlik olanaklarının tamamlayıcısı olarak bireylerin iradeleri

---

[3] Sudi Apak- K. Hagop Taşçıyan, "Türkiye' de Bireysel Emeklilik Sisteminin Gelişimi", *Ekonomi Bilimleri Dergisi*, 2/2, (2010), 123.

[4] Tugay, Mustafa. *Devlet Destekli Bireysel Emeklilik Programları* (Ankara: Seçkin, 2018), 259.

[5] Uğur Furkan Aşık, *Türkiye'de Otomatik Katılımın Bireysel Emeklilik Sistemine Etkisi Üzerine Bir Araştırma: Ordu İli Örneği*, (Trabzon: Avrasya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), 29; Tugay, *Bireysel Emeklilik Programları*, 259.

[6] BTYSK m. 1.

[7] Aşık, *Türkiye'de Otomatik Katılımın Bireysel Emeklilik Sistemine Etkisi,* 16; Tugay, *Bireysel Emeklilik Programları*, 91.

[8] Mustafa Tugay, "Bireysel Emeklilik Sisteminde Otomatik Katılım Modelinin İrade Özerkliği ve Sözleşme Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1/1(2019), 76.

doğrultusunda oluşturulan emeklilik sözleşmeleri bu kanun kapsamında taraflara birtakım yükümlülükler yüklemekte ve haklar tanımaktadır. Ancak 4632 sayılı Kanuna 6740 sayılı Kanunun 1. Maddesiyle eklenen ek 2. Madde ile bireysel emeklilik sistemine çalışanların otomatik katılımı hayata geçirilmiştir.

Katılımcılar bakımından Kanunun aradığı özelliklerden birisi 45 yaşın altında olmaktır. Kanun çalışanları yaş itibariyle bir ayrıma tabi tutmakla birlikte, kamu veya özel sektör çalışanı olarak bir ayrım öngörmemiştir.[9]

Otomatik katılımlı bireysel emeklilik sistemi işverenleri veya yetkili yöneticileri çalışanların sisteme dahil edilmesi konusunda ödevlendirir. İşveren veya yetkili yöneticiler tarafından sigorta şirketiyle yapılan sözleşme kapsamında, özel sektör çalışanının prime esas kazancı, kamu çalışanının ise emeklilik keseneğine esas kazancından %3'ü oranından kesinti yapılır.[10] Sisteme giriş ücreti ise alınmamaktadır. Sistem bu açıdan bakıldığında bireylerin yatırım ve tasarruflarını kolaylaştırıyor ve emeklilik dönemi için bir ek gelir sağlıyor oluşu sebebiyle cazip görünse de hukukî anlamda önemli sorunları içinde barındırmaktadır.

1. 3. 2. Otomatik Katılımlı Bireysel Emeklilik Sözleşmesinin Benzer Diğer Sigorta Sözleşmeleriyle Karşılaştırılması

Otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmesinin benzer diğer sigorta sözleşmeleriyle karşılaştırılması, çalışma konumuz olan Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2017 tarih, 2017/ 176 sayılı kararını değerlendirmek noktasında önemli bir adımdır. Nitekim bu değerlendirme, söz konusu sözleşme bakımından Anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğünün anayasaya aykırı bir sınırlandırmaya tabi olup olmadığı bakımından belirleyici olacaktır.

Sigorta ilişkisi ile sigortacı, sigorta ettiren tarafından ödenen primler karşılığında bir kimsenin parayla ölçülebilen bir menfaatinde meydana gelmesi muhtemel zararları tazmin etmeyi taahhüt eder. Bu, sigorta ilişkisinin kurulması temelindeki sebeplerden biri olmakla birlikte, bir sigorta ilişkisinin kurulması bakımından diğer bir sebep bir kimsenin hayat süresi dolayısıyla veya bu süre boyunca gerçekleşen birtakım olaylar sebebiyle para ödemeyi ya da başka bir edimde bulunmayı taahhüt etmesidir (TTK m.1401).

Sigorta sözleşmeleri bakımından kanun koyucu "sigorta ettiren" kavramını tercih etmektedir. Kanun koyucunun bu tercihi kanaatimizce bilinçli bir tercihtir. Zira

---

[9] Aşık, *Türkiye'de Otomatik Katılımın Bireysel Emeklilik Sistemine Etkisi,* 16; Tugay, *Bireysel Emeklilik Programları*, 25.

[10] Aşık, *Türkiye'de Otomatik Katılımın Bireysel Emeklilik Sistemine Etkisi,* 16; Tugay, *Bireysel Emeklilik Programları*, 25.

sigorta sözleşmesi kapsamında sigorta teminatından yararlanan kişi her zaman sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettiren olmayacaktır. Söz konusu sigorta teminatından yararlanan kişi kimi zaman üçüncü bir kişi olabilmektedir. Bu duruma, TTK m. 1431/ 4 hükmü ile m. 1426 hükmü ve özellikle başkası lehine sigortayı düzenleyen m. 1454 hükmü örnek verilebilecektir.

Bir özel hukuk sözleşmesi olan sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin lehine yapılabilmesi esasında, sözleşmenin nisbîliği ilkesine istisna getiren TBK m. 129 hükmü ile TTK m. 1454 hükmünden kaynaklanmaktadır. TBK m. 129 uyarınca kabul edilen bu sözleşme türü bakımından, yararlanan üçüncü kişi ancak sözleşme dolayısıyla kazanılan alacak hakkına sahip olabilecek veya yapılacak edimi kabul bakımından yetkilendirilebilecektir. Bundan başka, üçüncü kişinin söz konusu sözleşme dolayısıyla borçlandırılması mümkün değildir.[11]

Sigorta teminatından yararlanan, sigortalı olarak anılan kimse, sigorta sözleşmesinin tarafı olmamak ve sözleşme kapsamında sigorta ettiren için tarafların kararlaştırdığı yükümlülüklere katlanmak zorunda olmamak bakımından otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmesindeki çalışandan farklı bir konumdadır.

Öncelikle otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmesi bakımından çalışanın sisteme dahil olmasında hiçbir şekilde iradesine başvurulmamaktadır. Sözleşmenin taraflarından birisi olan sigorta şirketinin iradesi dışında, sözleşmenin tarafı olmayıp sözleşme dolayısıyla herhangi bir yükümlülük altına girmeyen işveren/yönetici ilgili emeklilik sözleşmesini kurmaktadırlar. *Çalışanların İşverenleri Aracılığıyla Kanunun Ek 2. maddesi Kapsamında Bireysel Emeklilik Sistemine Dâhil Edilmesi*" başlıklı 22/B maddesinde, "*işverenin akdetmiş olduğu bir gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmesi kapsamında, ilgili emeklilik planına dâhil edilir.*" denilmektedir.

Böylelikle çalışan, işverenin belirlediği bir şirket ile kurduğu bir bireysel emeklilik sözleşmesine, kendisinin herhangi bir şekilde irade beyanı olmaksızın taraf olmaktadır. Bunun yanı sıra, sözleşme konusu emeklilik planını bilahare değiştirme imkânı da olmayacaktır. Oysa söz konusu emeklilik planı iradesi olmaksızın tarafı olduğu emeklilik sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermektedir.[12]

Otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmesi, üçüncü kişi yararına yapılan sözleşmeler ile üçüncü kişi lehine sigorta sözleşmesine bir başkasının menfaatini sigorta

[11] Gediz Kocabaş, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/ 3 (Aralık 2016), 1799.

[12] Tugay, "Otomatik Katılım, 79.

teminatı altına almak için yapılmaları[13] bakımından benziyor olmakla birlikte özellikle üçüncü kişinin söz konusu sözleşme bakımından borçlandırılamayacağı kabulüyle örtüşmemektedir. Bu yüzden kanaatimizce, otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmelerini üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bunun yanı sıra otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmesi, gerek Anayasa'nın m. 48 hükmü ile tanınan sözleşme özgürlüğüne gerekse Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 1 ile sözleşmenin kurulması bakımından kurucu unsur olarak kabul edilen irade açıklaması şartına aykırılık teşkil etmektedir.[14]

Bu durumda sözleşme serbestisi bakımından 4632 sayılı Kanunun öngördüğü bu sistem oldukça eleştirilmektedir.[15] Bu eleştirilere katılmak veya karşı görüş bildirebilmek için, sözleşme serbestisinin görünüm şekilleri ve bireysel emeklilik sistemine otomatik katılım bakımından da değerlendirme yapılması gerekir.

2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA OTOMATİK KATILIMLI BİREYSEL EMEKLİLİK SÖZLEŞMELERİ

2. 1. Sözleşme Özgürlüğü ve Görünüm Şekilleri

Kişilerin kendi iradeleri ve sorumlulukları altında hukuki ilişkiler kurma ve bu ilişkileri düzenleme olanağı sağlayan irade özerkliğinin borçlar hukuku bakımından görünümü sözleşme özgürlüğüdür.[16] Başka bir deyişle sözleşme özgürlüğü, kişilerin kendi seçimleriyle hayatlarını şekillendirebilmeleri bakımından hukuki ilişki içerisine girmelerini sağlayan irade özerkliğinin bir görünümüdür.[17] Sözleşme özgürlüğü, kişilerin sözleşme yapıp yapmamak, sözleşmenin tarafını, içeriğini belirlemek gibi konularda kendi iradeleriyle[18] hareket edebilmelerini ifade eder.[19] Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, şeklini seçme,

---

[13] Hüseyin Ülgen, "Başkası Lehine Sigorta ve Bu Sigortada Sigortalı ve Sigorta Ettirenin Talep ve Dava Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/ 3 (Aralık 2016), 2828.

[14] Öyle ki Türk Borçlar Kanunu'nda özel hukuk kişileri arasında kurulmak istenen bir sözleşmenin kurucu unsuru olarak kabul edilen iradenin sözleşme taraflarınca açıklanması gerektiği açıkça ifade edilmektedir.

[15] Tugay, "Otomatik Katılım, 92.

[16] Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017), 1. Cilt/ 503.

[17] Nil Karabağ Bulut, *Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi* (On İki Levha, 2014), 3; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık* (Ankara: Turhan, 2007), 35.

[18] İradenin hukuki işlemin temel kurucu unsuru, varlık sebebi olduğu hakkında bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2017), 120, 124.

[19] Fahri Erdem Kaşak. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık* (Ankara: On İki Levha, 2018), 42.

içeriğini belirleme, tipini seçme ile değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması özgürlüğü şeklinde görünümlere sahiptir.[20]

Sözleşme özgürlüğü Anayasa ile öngörülmüş bir temel hak olarak karşımıza çıkar. Anayasa'nın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı 48. maddesi ile kişilere sözleşme özgürlüğü tanınmıştır. Bu madde hükmü, Anayasanın Temel Hak ve Ödevler başlıklı ikinci kısmı içerisinde düzenlendiğinden, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün bir temel hak olduğu konusunda şüphe yoktur.

Sözleşme özgürlüğünün sınırları bulunmaktadır. Bu sınırlar kamu hukuku kaynaklı veya özel hukuk kaynaklı olabilmektedir. Kamu hukuku kaynaklı sınırlar çoğu zaman *sözleşme yapma zorunluluğu* şeklinde görünürler.[21] Bu yaygın görünüşle birlikte, sözleşmenin tarafını belirleme konusunda da sınırlandırmanın söz konusu olduğu ifade edilmelidir.[22]

Sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkaran hallerin ortak noktası "*kendisiyle sözleşme kurulmak istenen hâkim tarafın dürüstlük kuralına, hakkaniyete ya da kanuna aykırı sözleşme kurmama iradesi nedeniyle zarar veya hak kaybına uğrayacak olan veya uğrama olasılığı olan tarafın haklı menfaatinin, hukuk düzenince korunma amacı olduğu*" karşımıza çıkar.[23] Bu anlamda sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkaran hallerin dört unsuru içerdiği ifade edilebilir:

- Sözleşmeyi kurmak isteyen tarafın hak sahibi olması,
- Kendisiyle sözleşme kurulmak istenen tarafın hâkim durumda olması,
- Hak sahibinin talebi,
- Sözleşme kurma talebinin kabul edilmemesinin hukuka aykırı olması.[24]

Sayılan bu özellikler dikkate alınarak bir değerlendirme yapıldığında, BTYSK m. 4 uyarınca yapılan otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmesinin, sözleşme

---

[20] Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku*, 1. Cilt/ 505; Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı*, 54 vd.; Kübra Ercoşkun Şenol, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27", *İÜHFM*, 74/ 2 (2016), 712 vd.

[21] Kaşak, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı*, s. 77. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (*Yargıtay*), 2003/ 740 (10.12.2003); Selim Kaneti**,** "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *İÜHFM*, 53/ 1-4(1990), 201 vd.

[22] Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *AÜHFD*, 52/ 3 (2003), 238.

[23] Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", 233.

[24] Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", 242 vd.

yapma zorunluluğunu ortaya çıkaran hallerle örtüşmediğini söylemek yanlış olmayacaktır.[25]

Daha önce ifade edildiği üzere, çalışanın hukuk sahasında sonuçlarını doğuracak olan emeklilik sözleşmesinin diğer tarafı, bir özel hukuk tüzel kişisi olan sigorta şirketidir. Dolayısıyla özel hukukun temelini oluşturan, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkesine[26] karşın, çalışan ne "bireysel emeklilik sözleşmesini yapıp yapmama" konusunda, ne de "sözleşmenin karşı tarafını belirleme" konusunda özgürdür. Burada çalışan açısından, kanundan doğan bir "sözleşme yapma zorunluluğu" söz konusudur.[27]

2. 2. Otomatik Katılımlı Bireysel Emeklilik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2017 tarih, 2017/ 176 sayılı Kararı Ekseninde Değerlendirilmesi

2. 2. 1. Sözleşme Özgürlüğünün Anayasal Görünümü Üzerine Değerlendirme

Kişilerin temel hak ve özgürlükleri Anayasanın ikinci kısmındaki, m.12 ile m. 74 hükümleri arasında tanımlanmış ve bunların sınırları belirtilmiştir. Anayasanın 12. maddesinde, "*herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu*" vurgulanırken, bu temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılabileceği 13. maddede şu şekilde hükme bağlanmıştır: "*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*." Böylelikle hükümde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için gereken şartlar açıkça ifade edilmiştir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması için gerçek anlamda güçlü sebeplerin varlığı aranmalıdır. Zira özgürlük kural, sınırlandırma ise istisnadır.[28] Bu anlamda, ilgili karara konu olan, 4632 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle sınırlandırılan sözleşme özgürlüğü bakımından haklı ve güçlü bir sınırlandırma sebebi olup olmadığını da değerlendirmek gerekir.

---

[25] Tugay, "Otomatik Katılım", 93.

[26] Öyle ki bu ilkeler, hukuki işlemin kurucu unsuru olan iradenin göz ardı edildiği, yok sayıldığı durumlarda söz konusu işlemin yokluğu görüşüne dahi zemin hazırlayacaktır. Ayrıca bkz: Ateş, *Genel Ahlaka Aykırılık*, 36.

[27] Tugay, "Otomatik Katılım", 92.

[28] Mustafa Erdoğan. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku (*Ankara: Orion, 2011), 156.

Anayasanın, çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünü düzenleyen m. 48 hükmü aynı zamanda devlete, tanınan bu hakkın korunması kapsamında bir yükümlülük yükler. Esas itibariyle m. 48 hükmünde hakka ilişkin bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve 2002/ 91 sayılı kararında[29] da çalışma ve sözleşme özgürlüğüne dair hükmün kendisinin bir sınırlandırma öngörmediği ancak yine Anayasa'nın başka bir hükmü ile uygulandıkları zaman hükümlerin birbirini sınırlandırmasının söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki doğrudan bir sınırlama öngörülmeyen temel hak ve özgürlükler bakımından genel anlamda; hakkın kötüye kullanılması, muvazaa, emredici hükümlere aykırılık gibi bir temel hakkın kullanım sahasının sınırını belirleyen sınırlamalardan bahsedilebilecektir.[30] Ancak bu sınırlandırmalar, temel hakkın normatif içeriği gereği bir sınırlandırma olarak nitelendirilemeyecektir. Nitekim bu sınırlamalar hakka dışarıdan getirilmiş bir sınırlama olmayıp, hak bu sınırlandırmayı içkindir.[31] Bu anlamda, bahsedilen durumda temel hakkın sonradan sınırlandırılmasından değil, hali hazırda sınırlı doğduğunu söylemek yerinde olacaktır.[32]

4632 sayılı Kanunun amaç başlıklı 1. maddesi ve otomatik katılıma ilişkin değişikliği yapan 6740 sayılı Kanunun gerekçesine bakıldığında, bu kanun hükümleri ile kamu yararının gözetildiğinin ifade edildiği görülmektedir.

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, ilgili temel hak ve hürriyete ilişkin madde hükmünde bir sınırlandırma bulunmasa dahi[33], Anayasa'nın m. 13 hükmü uyarınca, "kamu yararı", "kamu düzeni", "genel sağlık" gibi genel sınırlandırma sebepleriyle sınırlandırmak mümkündü.[34] Ancak değişiklik sonrasında "kamu yararı" sebebi yalnızca Anayasa'nın 35, 39, 43, 46 ve 47. Maddelerinde geçmektedir. Bu sebeple çalışma konumuz olan otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmelerinin,

---

[29] Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (AYM), 2002/ 91 (15.10.2002).

[30] Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku*, 1. Cilt/ 529 vd.

[31]Hasan Tahsin Fendoğlu**,** "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması", *AYD*, 19 (2002),121; Arda Atakan. "Friedrich Müller'in Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı Teorisi Üzerine Bir İnceleme", *MÜHF-HAD*, 16/3-4 (2010), 8.

[32] Tugay, "Otomatik Katılım", 94; Kemal Gözler. *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin, 2000), 222.

[33] 2001 değişikliği sonrası dönemde ancak ilgili temel hakka ilişkin maddede belirtilen özel sebeplerle o hakkın sınırlandırılabileceğine dair bkz. Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği", 127; Tamer Bozkurt "Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle Sözleşme Hürriyeti Açısından Durumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 66/1 (2008), 135; İsmet Giritli, "Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", *AYD*, C. 19 (2002), 90.

[34] Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği", 122- 123; bu değişikliğe dair öğretide yer alan görüşler için bkz. Bozkurt, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunsalı", 136; Akın Ünal**,** *Kelepçeleme Sözleşmeleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 56.

olası bir kamu yararı sebebiyle sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmak suretiyle meşru zemine oturtulması çabası kanaatimizce sonuçsuz kalacaktır.

2. 2. 2. Anayasa Mahkemesi, 28.12.2017 Tarih ve 2017/176 Sayılı Kararı Üzerine Değerlendirme

6740 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında 4632 sayılı Kanun'a eklenen Ek 2 maddesi ile çalışanların bireysel emeklilik sözleşmesinin doğrudan ve zorunlu olarak katılımlarının sağlandığından bahsedilmiştir. Tamamlayıcı özelliği ve bireylerin emeklilik dönemlerinde refah içinde yaşamalarını sağlaması amacından ziyade uzun vadeli fon oluşturma amacına hizmet eden bireysel emeklilik sisteminde umulan katılım elde edilemediğinden getirildiği düşünülen bu hüküm, bir grup milletvekili tarafından Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Soyut norm denetimi yoluyla ilgili hükümde yapılan değişikliğin iptali davasında Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu görüş dikkate değerdir.

Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2017 tarih ve 2017/176 sayılı kararına[35] konu başvuruda başvurucular, 6740 sayılı Kanun ile 4632 sayılı Kanun'a eklenen Ek 2 maddesi ile Anayasa m. 48 ile tanınan sözleşme özgürlüğünün ihlal edildiğini öne sürmektedirler. Anayasa mahkemesi bahsi geçen kararının 9. Paragrafında Anayasa'nın m. 48/ 2 hükmünden hareketle "*…sözleşme özgürlüğü güvenceye bağlanmış ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiş ancak devlete, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirleri alma görevi verilmiştir. Buna göre millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaç kapsamında alınacak tedbirler nedeniyle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması mümkündür.*" ifadesine yer vermiştir. Devamında ise m. 48/ 2'de belirtilen nedenlerin ilgili temel hakkın sınırlandırılması için yeterli olmadığı, bunun için Anayasa'nın m. 13 hükmü uyarınca hakkın özüne dokunmaksızın, *demokratik toplum düzeninin gerekleri* ve *ölçülülük* kıstaslarının da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararının 12. Paragrafında, anayasa ile tanınan bir temel hakkın sınırlandırılabilmesi bakımından gerekli olan "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" şartını "*…bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir.*" Şeklinde açıklamıştır. Mahkemenin bu açıklamasından hareketle, Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptali istenen düzenlemenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın giderilmesi için gerekli görülerek yapıldığı sonucuna varılmaktadır. Bu durumda şu sorunun sorulması gerekecektir: Bireysel emeklilik sistemine çalışanların istihdam ilişkileri dolayısıyla

---

[35] Resmî Gazete (RG), "Resmî Gazete Arşivi" (Erişim 08.08.2020). Ayrıca bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (AYM), "Norm Denetimi Kararları", (Erişim 08.08.2020).

otomatik olarak katılımının sağlanması toplumsal bir zorunluluktan mı kaynaklanmaktadır? Gerçekten çalışanların sosyal güvenlikleri ile sosyal güvenlik sistemindeki kaynak yetersizliğinin iyileştirilmesinin bu şekilde sağlamak için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç var mıdır?

Bir temel hakkın sınırlandırılmasında dikkate alınan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ölçütlerinin bir arada dikkate alınmasını gerektirir. Ki bir hakkın sınırlandırılması ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilirken bu ölçütlerin sıralı olarak dikkate alınması gerekir.[36] Bu anlamda öncelikle yapılmak istenen sınırlandırmanın, sınırlama ile elde edilmek istenen amaca[37] ulaşmak bakımından *elverişli* olması aranır.[38] 4632 sayılı Kanunda değişiklik yaparak bireysel emeklilik sistemine otomatik katılımı sağlayan 6740 sayılı Kanunun tasarı metninde yer alan genel gerekçeden hareketle, değişiklikle ulaşılmak istenen amacın sosyal güvenlik sistemindeki tasarrufun artırılmasını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Ortalama yaşam süresinin giderek uzaması dolayısıyla sosyal güvenlik sistemindeki kaynak yetersizliğinin giderek baş göstermesi ülkeleri kaynakların zenginleştirilmesi yolunda çareler aramaya itmiştir. İçine girilen bu kaynak arayışı sonucunda 4632 sayılı Kanunda değişiklik yaparak bireysel emeklilik sistemine otomatik katılımı sağlanmasının sosyal güvenlik sistemindeki kaynak arayışına çözüm üretmek bakımından elverişli bir araç olduğunu söylemek mümkündür.

Sınırlandırılmak istenen temel hakkın sınırlandırılması bakımından uygulanan yöntemin ölçülü kabul edilebilmesi için elverişli olmasının yanı sıra *gerekli* olması da beklenir. Zira yapılmak istenen sınırlandırmanın, sınırlandırma ile ulaşılması beklenen amaç bakımından gerekli ve zorunlu olup olmadığı önemlidir.[39] Bir temel hakka ilişkin sınırlandırmanın gerekli olup olmadığı, ilgili hakka ilişkin daha az sınırlandırıcı ve uygun başka bir müdahaleden söz edilip edilememesiyle ölçülür.[40]

Anayasa Mahkemesi ilgili kararının 10 ila 15. paragraflarında bir temel hakkın sınırlandırılabilmesi bakımından yapılması gereken inceleme ve bu inceleme sırasında dikkat edilecek ölçütlere yer vermiştir. Buna göre; bir temel hak ve özgürlük sınırlandırılırken hakkın özüne dokunmamak, ölçülü olmak ve demokratik toplum

---

[36] Philip, Kunig. "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi". Çev. Ahmet Çağrı Yıldız, Gökçen Doğan ve Burak Çelik. *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1 / 1 (Ekim 2019), 161.

[37] Bu amacın, ilgili temel hakkın sınırlandırılmasını haklı çıkaracak olup olmadığı, ölçülülük değerlendirmesinde kanun koyucunun amacının belirlenmesinin önemini ortaya koyuyor.

[38] Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri,* (İstanbul: Beta Basım Dağıtım, 2004), 95, 96.

[39] Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi,* (Ankara: Seçkin, 2002), 227.

[40] Kunig, "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi", 161.

düzeninin gereklerine uymak ölçütlerine uygunluk gerekir. Öyle ki bu mahkeme, ölçütlerden ilk ifade edilen, temel hak ve özgürlüğün özüne dokunulmaması gerekliliğinin sağlanmaması halinde diğer ölçütler aranmaksızın ilgili hak ve özgürlüğün ihlal edildiğinin kabulünü gerekli görmektedir. Kararın 13. paragrafında "*Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir."* Denilerek ölçülülük ölçütü de açıklanmıştır. Bu son ifadede "kamu yararı" anılmaktadır. Ancak daha önce de değinildiği üzere kamu yararı şeklindeki genel sınırlandırmalar 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği sonrasında temel hak ve hürriyetler bakımından yasaklanmıştır.

Bu durumda 4632 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle ulaşılmak istenen amacın sözleşme özgürlüğü veya başka bir temel hakkı daha az müdahale veya hiçbir hakka müdahale etmeksizin sağlanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ancak bu husus Anayasa Mahkemesinin bahsi geçen kararında değerlendirilmemiştir. Bu açıdan mahkemenin ilgili kanun hükmünün anayasaya aykırılığı bağlamındaki incelemesinin eksik ve yetersiz olduğunu söylemek gerekecektir. Kanaatimizce 4632 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirilebilmesi bakımından uygulanabilecek yöntemler ve alınabilecek başka tedbirler bulunabilecektir.[41]

Halihazırda bir sosyal güvenlik sistemi kapsamında kazancından emeklilik kesintisi yapılan çalışanların bireysel olarak bir hayat sigortası yaptırması makul ve mantıklı bir davranıştır. Zira yapılan emeklilik kesintilerinin bugünkü gelir durumunu emeklilik dönemi bakımından korumaya yeterli olmayacağı düşünülebilir. Ancak dikkat edilmelidir ki meselenin bu kısmında çalışanın iradesi ön plandadır. Başka bir ifadeyle, emeklilik dönemi gelir durumunu daha iyi hale getirmek bakımından bugünkü kazancından tasarruf edip etmemek çalışanın kendisinin karar vereceği bir husustur. Zira bu kararında diğer çalışanlardan bağımsız, kendi yaşam koşullarıyla ilgili farklı pek çok unsur etkili olacaktır.

Karar metninde yer alan, çalışma konumuzu ilgilendiren, Anayasa m. 48 hükmüne aykırılık iddialarına karşılık ifade edilen paragraflara dair incelemeler sonucunda mahkemenin iptal talebine konu hükmü Anayasanın 48 ve 60. maddelerini yorumlamak suretiyle ret kararını gerekçelendirdiği görünmektedir. Bu yüzden kanaatimizce, konunun yorum yöntemleri bakımından da değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi bağlamında Anayasanın m. 48 hükmü yorum yöntemleri bakımından değerlendirilebilir.

[41] Tugay, "Otomatik Katılım", 103.

Anayasa'nın m. 48/2 hükmü lafzi yorum bağlamında ele alınacak olursa, bu hükümden devletin yalnızca özel teşebbüsler hakkında sınırlayıcı birtakım önlemler alma yetkisinin saklı tutulduğu görülecektir. Hükmün ikinci fıkrasında belirtilen sınırlandırmanın, ilk fıkrada özel teşebbüsler bakımından tanınan özgürlüğe bir istisna getirmek bakımından öngörüldüğü tartışmasızdır.[42] Bu anlamda Anayasa mahkemesinin söz konusu kararında ifade ettiği gibi m. 48/ 2 hükmü ile iptal talebine konu olan kanun hükmünün birlikte değerlendirilmesi yerinde olmamıştır. Bu yüzden, burada kelime anlamı itibariyle ancak özel teşebbüslerin sözleşme hürriyetlerinin belli koşullarda sınırlandırılmasını sağlayacak tedbirler alınabileceğinden bahsedilebilir.

Öğretide Anayasanın m .48 hükmü ile ilgili olarak savunduğumuz doğrultuda ifade edilen görüşler bulunmaktadır. *Gözler*, söz konusu hükümle ilgili olarak, "*milli kamu hizmetleri ancak bir kanunla kurulabilir. Zira bir kamu hizmetinin kurulması, Anayasamızın 48'inci maddesinde güvence altına alınan özel teşebbüs hürriyetine getirilen bir sınırlandırma niteliğindedir. Dolayısıyla, bu sınırlama ancak Anayasamızın l3'üncü maddesinde öngörülen şartlar dâhilinde yapılabilir.*" Şeklinde görüş bildirmektedir.[43] Aynı yönde *Arslan* da Anayasanın m. 48 hükmünün sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı bir düzenleme olmadığını ifade eder.[44]

Yorum faaliyetine muhatap olacak normun yapısı uygulanacak yorum yönteminin tercihi ve doğru sonuca ulaşabilmek bakımından önemlidir.[45] Anayasal normlar ve özellikle temel haklara ilişkin normların yorumları bakımından lafzi yorumun tek başına yeterli olmayacağı, söz konusu normun sistematik yorum yöntemi bağlamında incelenmesinin elde edilecek sonucun sıhhati bakımından gerekli olduğu öğretide ifade edilmektedir.[46] Bu yüzden Anayasa mahkemesinin kararına konu m.48 hükmünün yorumlanmasında sistematik yorum yöntemine de başvurmak gerekecektir. Zira özellikle 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği sonrasında temel hakka ilişkin maddede sınırlandırma nedeni belirtilmeyen durumlar bakımından sistematik yorum daha çok önem kazanmıştır.[47]

Anayasa Mahkemesinin 2017/176 sayılı kararına konu somut olay bakımından hükmün dayanağını teşkil eden temel ilkeler ve hükmün amacı dikkate alınarak amaca

---

[42] Tugay, Otomatik Katılım, 98.

[43] Kemal Gözler. *İdare Hukukuna Giriş* (Bursa: Ekin, 2012), 234.

[44] Zühtü Arslan**.** "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Dergisi*, 19 (2002), 142.

[45] Bertil Emrah Oder. *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (İstanbul: Beta, 2010), 47.

[46] Oder, *Yorum Yöntemleri*, 47.

[47] Oder, *Yorum Yöntemleri*, 67.

uygunluk yorumu yapılabilecektir. Bu yol ile söz konusu hüküm anlamlandırılır. Amaç yalnızca lafzından yola çıkılarak değil, içinde bulunduğu hukuk düzeni de düşünülerek aranır. Böylelikle amaca uygunluk yorumunun bu aşamasında sistematik bir yorum metodu izlenmiş olur.[48]

Çalışanların, bireysel emeklilik sözleşmesinin işvereninin çalışanın ad ve hesabına yaptığı işlemle tarafı olması durumu, çalışanların sözleşme özgürlüğünün ihlaline sebep olup olmadığı konusunda ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirme yapılabilir. Bireylerin bugün elde ettikleri kazancın belirli bir kısmıyla yatırım ve tasarruf amacıyla birikim oluşturulması bu kişilerin emeklilik ve iş göremez dönemlerinde halihazırdaki imkânlarını devam ettirebilmeleri toplumsal refahın sağlanması bakımından makul bir yöntem olarak kabul edilebilir. Ne var ki ulaşılmak istenen bu amacın sağlanması bakımından otomatik katılımın, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırmayı gerektirecek kadar son çare olduğu yönündeki bu uygulama kabul edilebilir olmaktan uzaktır. Zira sosyal güvenlik sisteminin tamamı dikkate alınarak değerlendirildiği taktirde, otomatik katılım modeli dışında başkaca önlemlerin alınması da mümkündür.[49] Üstelik öngörülen otomatik katılımın 45 yaş altı çalışanlar için öngörülmesi ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 4/ 1, b hükmü kapsamındaki çalışanları kapsamaması da öngörülen bu sistemin uzun vadeli fon oluşturmak amacına daha çok yakın olduğu kanaatini güçlendirmekte ve toplumun tamamı için en gerekli tedbir olduğu tezini zayıflatmaktadır.

Mahkemenin iptal talebinin reddine ilişkin kararının 17. paragrafında, katılımcı adına sözleşmeyi imzalayan işverenin, sözleşme akdedeceği şirketi seçme özgürlüğünün olmasının, katılımcının sözleşme özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki görüşleri dayanaksız bıraktığı ifade edilmiştir. Ancak hukukî dayanaktan yoksun bu savunma kabul edilebilir değildir. Zira işveren söz konusu bireysel emeklilik sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte, katılımcı olan çalışanın bilgisi ve rızası olmaksızın hareket etmektedir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi 6740 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 4632 sayılı Kanunda yapılan değişikliğin Anayasanın m. 13 ve m. 48 hükümleri ile korunan sözleşme özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası karşısında özetle, sözleşme özgürlüğünün m. 48/1 ile tanınan çalışma ve sözleşme özgürlüğünün m. 48/2 hükmü bağlamında sınırlandırılabileceği ve bu sınırlandırmanın meşru olacağı yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur.

---

[48] Ali Nazım Sözer. *Hukukta Yöntembilim,* (İzmir: Beta, 2013), 77-80.

[49] Alınabilecek başkaca önlemler için bkz. Tugay, Otomatik Katılım, 103.

Açıklanan sebeplerle Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında gerekçe olarak ileri sürdüğü hususlara katılmak mümkün görünmemektedir.

SONUÇ

Sosyal sigortalar sistemimize 2003 yılı itibariyle getirilen bireysel emeklilik siteminde umulan ivmenin yakalanamaması ve sosyal güvenlik için ayrılan fonda ortalama yaşam süresinin de uzamasıyla oluşan yetersizlik dolayısıyla 4632 sayılı Kanuna eklenen madde ile çalışanların istihdam ilişkisi kapsamında otomatik olarak bireysel emeklilik sözleşmesi tarafı olması kabul edilmiştir.

Sosyal güvenlik sisteminin sürekliliği bakımından önemli ve gerekli olduğu kabul edilen emeklilik kesintilerinin yanı sıra ayrı bir sözleşme ilişkisi ile sistemdeki fon yetersizliği sorununun aşılmak istenmesi söz konusudur. Sosyal güvenlik sistemindeki fon yetersizliği aşılması gereken önemli bir sorun olarak görünmekle birlikte ülkemiz bakımından karşılaşılan her sorunda kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden tasarrufa gidilmesi bu gibi sorunların ancak geçici çözümü olabilecektir. Kalıcı çözümler üretmekten uzak olan bu tasarrufların ülkemizin hukuk güvenliği ve öngörülebilirliği bakımından ciddi zafiyetine yol açacağı düşünülmektedir.

Kişilerin sosyal güvenlik sistemine, çalışma dönemlerinde elde ettikleri kazançlarının yanı sıra ayrıca zorunlu olarak aynı fona başka ad altında katkı sağlamasını öngören otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmeleri; sözleşmenin tarafı olma iradelerinin bulunmaması, sözleşmenin içeriği ve sözleşme dolayısıyla tarafların edim yükümlülüklerinin nasıl ve ne ölçüde belirleneceği müzakerelerinde yer almaması dolayısıyla Anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğünün ölçüsüz bir şekilde sınırlandırıldığının göstergesidir. Hali hazırda sosyal güvenlik sistemine kanunların öngördüğü şekilde katkı sağlayan çalışanlar, elde ettikleri kazancın geri kalan kısmı ile tasarruf etme veya bu kazancı tüketip emeklilik ya da malullük dönemlerinde sosyal sigortalar tarafından sağlanan emeklilik maaşıyla yetinmeyi planlama, geleceklerini tayin konusunda özgürdürler. Bu özgürlüğün toplum yararına kısıtlanması gerektiği düşüncesi sigorta fonu yönetiminin hukuka uygun ve makul çözümler üretmekten kaçınıp kolay ve günü kurtaran önlemlere yönelmesi mahiyetindedir.

Kanaatimizce çalışanlar ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kimselerin sosyal güvenliği ile emeklilik veya malullük hallerinde yaşam standartlarının çalıştıkları dönemdekine benzer durumda olması amacı bireylerin kazançlarından iradeleri hilafına tasarrufa gitmelerine neden olmak için yeterli ve kabul edilebilir değildir.

Çalışma boyunca ilgili yasal düzenleme ve sözleşme özgürlüğü aktarılmış ve çalışma sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2017 Tarih ve 2017/176 Sayılı Kararı Anayasanın m. 13 ve m. 48 hükümleri bağlamında değerlendirilmiştir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yasal düzenleme ile Anayasa m. 48 ile tanınan sözleşme özgürlüğünün 4632 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile sınırlandırılması bakımından yaptığı ölçülülük değerlendirmesi gereklilik ve orantılılık kriterleri bakımından yetersiz kaldığı görünmektedir. Yapılan sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi bakımından aranan bu kriterlerin göz ardı edilmesi ve bu şekilde sınırlandırmanın Anayasaya aykırı olmadığının kabulüne ilişkin karara katılmak mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Apak, Sudi- Taşcıyan, K. Hagop. "Türkiye' de Bireysel Emeklilik Sisteminin Gelişimi". *Ekonomi Bilimleri Dergisi* 2/ 2 (2010), 123-129.

Arslan, Zühtü. "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler". *Anayasa Dergisi* 19 (2002), 139- 155.

Ateş Derya. *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*. Ankara: Turhan, 2007.

Ayrancı, Hasan. "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *AÜHFD* 52/ 3 (2003), 229-253.

Bozkurt, Tamer. "Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle "Sözleşme Hürriyeti" Açısından Durumu", *Ankara Barosu Dergisi* 66/ 1 (2008), 134- 142.

Doğan Yenisey, Kübra. *İş Hukukunun Emredici Yapısı*, İstanbul: Beta, 2014.

Ercoşkun Şenol, Kübra. "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27". *İÜHFM*, 74/ 2 (2016), 709- 737.

Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku,* Ankara: Orion, 2011.

Eren, Abdurrahman. *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri,* İstanbul: Beta Basım Dağıtım, 2004.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin, 2017.

Ergül, Ozan. "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, 1(2013), 433- 487.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması". *AYD* 19 (2002), 178- 214.

Giritli, İsmet. "Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması". *AYD* 19 (2002), 88- 103.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin, 2011.

Kaneti, Selim. "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri". *İÜHFM*, 53/ 1-4 (1990), 199- 211.

Karabağ Bulut, Nil. *Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*. İstanbul: On İki Levha, 2014.

Kaşak, F. Erdem. *Sözleşme Özgürlüğünün Sınır Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, Ankara: On İki Levha, 2018.

Kocabaş, Gediz. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/ 3 (Aralık 2016), 1797- 1822.

Kocayusufpaşaoğlu Necip vd. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017, 1. Cilt.

Kunig, Philip. "Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi". Çev. Ahmet Çağrı Yıldız, Gökcen Dogan ve Burak Çelik. Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 / 1 (Ekim 2019): 159-178.

Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi,* Ankara: Seçkin, 2002.

Oder, Bertil Emrah. *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri,* İstanbul: Beta, 2010.

Sağlam, Mehmet. "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", *AYD* 19 (2002), 233-266.

Tugay, Mustafa. "Bireysel Emeklilik Sisteminde Otomatik Katılım Modelinin İrade Özerkliği ve Sözleşme Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1/ 1(2019), 72- 113 ("Otomatik Katılım").

Tugay, Mustafa. *Devlet Destekli Bireysel Emeklilik Programları*, Ankara: Seçkin, 2018 (*Bireysel Emeklilik Programları*).

Ülgen, Hüseyin. "Başkası Lehine Sigorta ve Bu Sigortada Sigortalı ve Sigorta Ettirenin Talep ve Dava Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/ 3 (Aralık 2016), 2827- 2838.

Ünal, Akın. *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, Ankara: Adalet, 2. Baskı, 2017.