

MÜLKİYET VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜKLERİ EKSENİNDE ANAYASAL EKONOMİK ÖZGÜRLÜKLERİN TARTIŞILMASI

Dr. Refik TİRYAKİ

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Uzmanı

•••

Aslında bugün size sunacağım konu, doktora tezimin çatısını oluşturan bir yaklaşımın açıklanmasından, “ekonomik özgürlük” yaklaşımının açıklanmasından ibarettir.

Ben 2002-2003 yılında bu teze ilişkin araştırmalara başladığımda Türk hukuk literatüründe “ekonomik özgürlük” kavramı kullanılan bir kavram değildi. Bir defa, literatürde ekonomi terimi ile “özgürlük” kavram birlikte anılmıyordu. Literatür ve uygulama konuya “ekonomik ve sosyal haklar” ikileminden bakmaktaydı. Dolayısıyla, “ekonomik özgürlük” tabiri teze başladığım dönemde radikal bir söylem bulunuyordu. Hatta bu tabiri nereden bulduğumu soranlar bile oldu. Ancak ben tezi bitirirken Türkiye’de ekonomik özgürlük kavramı az da olsa duyulur hâle gelmişti, çünkü, birazdan da bahsedeceğimiz, bir sivil toplum kuruluşu ekonomik özgürlüklerin ölçülmesi çerçevesinde faaliyetler yürütmekteydi.

Bu girizgahtan sonra müsadenizle sunum planından kısaca bahsedeyim. Kısaca, haddimi aşmadan, insan hakları literatüründen başlayarak ekonomik özgürlüklerin ortaya çıkışında nasıl bir gelişimin yaşandığından bahsedeceğim. Daha sonra, ekonomik özgürlük kavramı çerçevesinde bir literatür taraması ile konuya ilişkin iki yaklaşıma değineceğim. Bu çerçevede, benim de benimsediğim yaklaşım çerçevesinde ortaya çıkan özgürlüklerden ikisi üzerinde biraz ayrıntılı açıklamalara girişeceğim. Bu noktada Anayasanın ilgili hükümlerine ilişkin birtakım değerlendirmelere de yer vereceğim. En sonunda da, doktora tezim kapsamında konuya dair ulaştığım sonuçları açıklamaya çalışacağım. Konuyu rekabet boyutuna, sizin sorularınızla getirmeyi planlıyorum; kendim doğrudan rekabet konusuna girmeyeceğimi baştan belirtmek isterim.

Bilindiği üzere insan hakları konusunda çeşitli tanımlamalar yapılabilmektedir. Literatüre baktığınız zaman, -ister didaktik kitaplarda ister akademik makalelerde- birçok tanım bulmak olasıdır. Hatta o kadar ki, sadece

tanımları yazarak bir yüksek lisans tezinde yaklaşık 35-40 sayfa yazmak ve bazı tezler bakımından bir bölümü tamamlamak olasıdır. Bu durum konu üzerine çok düşünülmüş olmasını göstermek bakımından iyi olduğu kadar çok söylenmiş olmak bakımından da kötüdür. Açıkçası, tanımda dahi uzlaşının yakalanamaması nedeniyle gereğinden fazla söz söylendiğini düşünmekteyim.

İnsan hakları konusunda öncelikle özgürlük-hak ikileminden bahsetmek gerektiğini düşünüyorum. Özgürlük dediğiniz zaman aklınıza ne geliyorsa; aslında özgürlük odur, yani serbestçe hareket edebilmek, istediğinizi yapabilmek ve bu hususta özellikle bir kısıtlamaya tabi tutulamamaktır. Eğer siyasal alanda ya da hukuksal alanda bir özgürlükten bahsediyorsak, o halde, özellikle siyasi otorite tarafından keyfi olarak engellenmemenin ya da keyfi olarak kısıtlanmamanın da tanıma eklenmesinin gerekli olduğunu düşünüyorum.

Peki, hak nedir o halde? Tanıma gelmeden önce şunu belirtmek isterim. Özgürlük, hak yokken de, hukuk yokken de vardı; çünkü özgürlük, antropocentric (insan merkezli) bir kavramdır. İnsandan başka hiçbir canlı için özgürlük kavramı kullanılmaz, özgürlük kavramı sadece insan için vardır. Ancak hak, literatürü taradığınızda göreceğiniz üzere, günümüzde başka varlıklar için de tanımlanmıştır, yani insan dışındaki varlıkların da hakları vardır. Dolayısıyla hak, bir toplumsallaşmanın ürünüdür, bir araya gelmenin ürünüdür, bir sistem kurmanın ürünüdür; bu sistem ekonomik, toplumsal ya da hukuki olabilir. Burada artık insan topluluklarının gelişiminin bir aşaması olarak hukuktan bahsettiğimize göre, hak dediğimiz kavramı hukuki haklar olarak algılamak gerektiğini düşünüyorum, belki ahlâki haklar olarak algılamak da önerilebilir ki bu durumda bile hak, yine bir toplumsallığın ürünüdür. Dolayısıyla hakkın, özgürlüğün usûli bir güvencesi ya da özgürlüğü sağlamak için hukuk metinleriyle kişiye tanınan birtakım yetkiler olduğunu düşünüyorum.

Şimdi bu tanımlarla geldiğimiz nokta itibarıyla baktığımız zaman ilk olarak hangisinin insan merkezli yani diğerine göre daha üstün, daha insanı esas değer, temel değer kabul eden kavram olduğuna bakmak gerekir. Bana kalırsa bu nitelemeyi özgürlük hak ediyor. Dolayısıyla özgürlük, antropocentric (insan merkezli) bir kavram. Ne anlamda antropocentric? Kavramın insan merkezli olması, “insanın doğasından” ya da “insanın ahlâki doğasından” kaynaklanması anlamına geliyor. Özgürlük dediğimiz şey, insanın ahlâki doğasından kaynaklandığı için var.

Özgürlükle ilgili olarak şu hususa da değinmek gerekir sanırım; negatif özgürlük- pozitif özgürlük ikilemi. Negatif özgürlük sınırlandırılmamış olmak şeklinde tanımlanmaktadır. Burada daha çok dışsal sınırlanmışlığa vurgu yapılır. Bu anlamda negatif özgürlük taraftarları, insanı yapabilir kılmak, yani yeti sahibi

kılmakla ilgilenmez, dışsal sınırların ilga edilmesi, engellenmesi sorununa odaklanır. Pozitif özgürlük ise genel olarak içsel sınırlanmışlığın da ortadan kaldırılması olarak bilinir. Bu yaklaşımı benimseyenler insanı yeti sahibi kılmakla da ilgilenirler. Dolayısıyla, sınırlanmışlığın ötesinde, sınırlanmıyor olsanız bile, yapamıyor olma durumunu, bir yeti sahibi kılınmak için ilave, ekstra katılmasından bahsedilmektedir ve bu nedenle bir müdahaleye ihtiyaç duyulur, katkı sunacak kişiye ihtiyaç duyulur ki bu da genelde devlet olarak belirir.

Bu çerçevede baktığımızda insan hakları anlayışının ekonomik yaşama etkisi ekonomiyi farklı biçimlendirmektedir, yani özgürlük yaklaşımınız ve ona bağlı olarak da insan hakları yaklaşımınız bireylerin ekonomik faaliyetlerinin hukuk düzeniyle ilişkisini farklı şekillerde biçimlendirmektedir. Bu ne demek? Bakınız bireyin özgürlükleri olarak ekonomik özgürlükler negatif özgürlükler arasında ya da pozitif haklar arasında sıralanabilir. Bu durumda bireyin özgürlüklerini temel alan sistemlerde, dolayısıyla, bireyi temel alan sistemlerle, bireyi bir adım ileriye götürmek babında başka aktörleri temel alan ya da başkalarını refere eden sistem ayrılmaktadır. İşte onlardan, özgürlük literatürü içerisinde ilkine, “bireyi önceleyen sistemler”, ikincisine de “devleti önceleyen sistemler” demeyi uygun bulduğumu söylemem gerekiyor.

Doktriner olarak bu şekilde özetlenebilecek yaklaşımların tarihte nasıl gerçekleştiğine de bakmak gerekir. Literatürde birileri bir şeyler yazmış; bunları kabul ederseniz ya da etmezsiniz. Peki, bu anlayışlar gerçekte nasıl oluşmuş, yani dünya bunları nasıl yaşamış; buraya da bakmak gerekiyor. Çünkü sadece literatür ya da düşünce üzerinden yapılacak bir tartışmanın da eksik kalacağını düşünüyorum. Bu anlamda da, insan hakları mücadelesinin anlaşılması için insan hakları gelişiminin temelini oluşturan üç ekol ülkeye, üç hukuk düzenine ya da siyasal düzene bakmanın doğru olacağını düşünüyorum. Bunları sanırım Amerikan, Fransız ve İngiliz gelişimleri olarak sıralamak mümkündür.

Bugün, genel olarak, insan hakları mücadelesinin İngiltere’de 1210’larda iktidarın sınırlandırılması mücadelesini temel alan bir süreçle başladığını hepimiz biliyoruz. Tabii ki tek başına İngiliz gelişimi sonucunda ortaya çıkan belgelerde tanınan haklar, insan hakları patrimuanını oluşturmuyor; bu patrimuanı oluşumunda Fransız ve Amerikan belgelerinin katkıları da var. Dolayısıyla, bunların her üçüne de bakmak gerekiyor. Bunların üçüne bir yaklaşım olarak bakıldığında karşınıza şu sonuç çıkıyor. Özellikle İngiliz hak belgeleri faydacı (pratik) belgeler, yani kendi sorunlarını çözmek için bir mücadele sonucunda ortaya çıkmış belgeler. İster 1210 Magna Carta olsun, ister 1600’lü yıllardaki Haklar Dilekçesi olsun, isterse daha sonraki Habeas Corpus olsun, hepsinde, o günün yaşanan sorunlarını çözmeye yönelik, pratik sorunları çözen faydacı bir

yaklaşım söz konusu; ama Amerikan ve Fransız belgelerinde böyle bir şey yok. Amerikalılar daha Amerika Kıtası'na çıkmadan gemilerinde özgürlük beyannameleri ilan ediyorlar. Mayflower Beyannamesi bunların en önemlileri, belki de en çok bilineni. “Mayflower”, bir göçmen gemisinin adı. İngiltere'den yola çıkıyorlar, Amerika'ya varmadan, nasıl bir koloni kuracaklarını, kolonideki bireylerin hangi özgürlüklere sahip olacaklarını daha gemideyken, nasıl bir somut sonuca yöneleceğini daha bilmeden ilan ediyorlar. Dolayısıyla, böyle baktığımız zaman, bir yaklaşım farkı olduğu ortaya çıkıyor. Yaklaşımları ne kadar farklı olursa olsun her üç kültüründe ya da her üç birikiminde şöyle bir sonucu var: İşin sonunda, kişi güvenliği, kişi özgürlüğü ve mülkiyet hakları tartışılmaz bir şekilde, bireylerin talebi düzeyinden norm düzeyine taşınmış, hukuk düzeninin bir parçası hâline getirilmiştir.

Şimdi bazı özgürlüklerin norm düzeyine taşındığını söyledik. Peki norm öncesi taleplerden norm aşamasına geçiş nasıl olmuş? Aslında, her zaman kendi aramızda konuştuğumuz gibi, olayın özü “Hak verilmez, hak alınır” şeklinde gerçekleşiyor. Yani, her hak belgesi bir mücadelenin sonucudur. Hiçbir hak belgesi kendiliğinden ortaya çıkmamıştır. Bu mücadele kapsamında devrimler, isyanlar olmuştur ve bu şekilde insan hakları mücadelesi talep düzeyinden (yani norm öncesi aşamadan) norm aşamasına geçişi yaşamıştır. Norm öncesinden norm aşamasına geçişin özelliği “talebin hukuksal geçerlilik gücü kazanmış olmasıdır”.

Burası sanırım ekonomik özgürlüklere geçiş için iyi bir nokta. Ekonomik özgürlük dediğimiz şey bu süreçte nasıl ortaya çıkmıştır? Şunu biliyoruz ki; birinci kuşak insan hakları belgeleri dediğimiz, az önce andığım İngiliz, Fransız ve Amerikan belgelerinde daha çok kişinin hak ve özgürlükleri sayılmış ve bu kişinin hak ve özgürlükleri birey temelli hak ve özgürlükler, yani insanın ahlâki doğasına yaslanan hak ve özgürlükler olarak sayılmıştır. Bunların neler olduğuna bakmak için de, ekonomik özgürlükler için bir literatür taraması yapma gereği duydum.

Ekonomik özgürlükler için bir literatür taraması yaptığınızda karşınıza ne çıkıyor? Bir defa, ekonomik özgürlük kavramını kabul edenler var, kabul etmeyenler var. Tıpkı yeni dönemde bizim ülkemizde olduğu gibi. Bundan 10 yıl önce Türkiye'de kimse ekonomik özgürlük kavramını kabul etmiyordu, ekonomik ve sosyal haklardan bahsediliyordu; ama Amerika'da, bundan 30-40 yıl önce de ya da 100 yıl önce de, ekonomik özgürlük denilen kavramdan herkes bahsediyordu, ama kabul etmeyenler de vardı. Bunların en önemlilerinden ve dünyada ekonomik özgürlük literatürü bakımından da bayağı önemli bir kişi olarak Daintith'in sıralamasında şöyle bir şey var: Öncelikle belirtelim ki yazar ekonomik özgürlük tabirini kabul etmiyor, “*ekonomik özgürlük diye bir şey yok, ekonomik ve sosyal haklar var*” diyor; ekonomiyle ilişkili haklar bakımından ya

da ekonomik hukuk düzeniyle ekonomi arasındaki ilişkiye birey bakımından baktığınızda, uluslararası alanda ikinci kuşak haklar olarak kabul edilen haklardan bahsetmemiz gerektiğini söylüyor. Amerikalıların iki yazarı (özellikle Siegan), mülkiyet ve sözleşme hakkının yanında, bir üçüncü kategori olarak ekonomik özgürlükleri belirliyor ve bunların içerisinde saydığı birtakım özgürlükler var. Siegan, ekonomik özgürlükler içinde; kişinin başkalarıyla birlikte veya tek başına ticaret yapabilmesi, meslek veya işini seçebilmesi ya da serbestçe ticari gelişim başlatabilmesi, kurması, işletmesi veya serbestçe mal ve hizmet üretme ve dağıtma hakkına sahip olabildiğini ekonomik özgürlükler olarak sıralıyor. İkincisi ve daha çok tanınan Milton Friedman'ın da ekonomik özgürlükler için sıraladığı özgürlükler arasında; mülkiyet hakkı ve özellikle de özel mülkiyetin korunması, üretim araçlarının mülkiyetinin özel olması, ticaret, rekabet ve teşebbüs özgürlüğü olmak üzere üçlü bir özgürlük sayımı mevcut. Aslında, rekabeti özgürlükler arasında sayan tek yazar da Milton Friedman.

Yine Norveç'ten bir yazar Berggren, bir tanım yapma gereği duyuyor ancak Berggren'in tanımının Daintith'in vurgularına yakın olduğunu söylemek gerekir. Böylelikle aslında günümüz karma ekonomik anlayışına yakın bir sonucun ortaya çıktığını da söylemek gerekir. Berggren, ekonomik özgürlükleri *“(eğer öyleyse bile) sözleşme ve özel mülkiyet hakkını destekleyen ancak regülasyon, kamu mülkiyeti ve vergiler aracılığıyla sınırlı da olsa ekonomiye müdahaleye imkan tanıyan ve istikrarlı, öngörülebilir hukuk kuralları içerisinde serbest sözleşme ilişkisine girmeyi mümkün kıldığı çitayı ortaya koymaya yarayan bileşik(kompoze) bir kavram”* şeklinde tanımlıyor.

Schwartz ve Donnelly ise, ekonomik özgürlükleri, devlete edim yükümlülüğü getiren haklar ile ekonomik ve sosyal haklar kategorisi içinde sayılan haklar olarak kabul ediyorlar.

Türkiye literatürü bakımından bakıldığında ise, dediğim gibi, bu konuda çok fazla bir şey olmadığını söylemek mümkün. Tanör bunlar için, *“içerik ve konuları itibarıyla ekonomiye ilişkin haklar”* diyor. Savcı ise, *“kişi lehine belli bir iktisadi formu gerçekleştirecek haklar”* ya da gerçekleştirmek üzere verilecek hakları kast ediyor ama bir sayma söz konusu değil. Yeni dönemde, 2000'li yıllardan sonra yazılan kitapların bir tanesinde Uygun, *mülkiyet hakkını ve çalışma hakkını ekonomik özgürlükler* arasında sayıyor.

Liberal görüşleriyle tanınan Vural Fuat Savaş ise, *mülkiyet, sözleşme ve özel teşebbüse ilaveten, çok garip bir şekilde, işçi ve işveren ilişkileriyle ilgili hakları da ekonomik özgürlükler* arasında sayıyor.

Burada son olarak, tabir yerindeyse, iki akımdan bahsetmek gerekir; İlki 1980'li yılların sonunda Kanada'da Fraser Enstitüsünde başlatılan ekonomik

özgürlüklerin ölçülmesi yaklaşımı. İkincisi ise Venedik Komisyonunun konuya yaklaşımı.

Öncelikle söyleyeyim ki ekonomik özgürlüklerin ölçülmesi, metodolojisine çok hakim değilim ama, yaklaşımı bir takım soru dizilerine verilen cevapların ülkeler arasında sıralamaya dayalı bir liste halinde organize edilmesi esasına dayanıyor, yani niceliksel (quantitatif) değil niteliksel (qualitatif) bir ölçüm. Soru dizilerinde değişikliğe gidildiği de vaki ayrıca. Ekonomik özgürlüklerin ölçülmesi bakımından şu anda kabul edilen yaklaşımda; (i) *bireysel tercih*, (ii) *piyasa koşullarında gönüllü mübadele*, (iii) *piyasaya giriş ve rekabet özgürlüğü* ile (iv) *kişilerin özel mülkiyetinin başkalarının tecavüzünden korunması* şeklinde dört tane temel koşul olduğunu söylemek mümkün.

İkinci akım ise, ülkemizde son zamanlarda bilinirliği görünür düzeyde artan Venedik Komisyonunun yaklaşımı. Bütünüyle Anayasa hukukçularından oluşan ve Avrupa Konseyi için bir çeşit Akil Adamlar Heyeti olan danışma organının çalışmaları sırasında da önemli bir rapor ortaya çıktığını görüyoruz. Komisyon doğrudan ekonomik özgürlüklere dair rapor hazırlamıyor. 1990'lı yıllarda yürütülen Doğu Avrupa anayasalarının hazırlık sürecinde piyasa ekonomisinin çerçevesini oluşturacak anayasal hükümler konusunda yaptığı çalışmada, mülkiyet hakkı, sanayi ve ticaret özgürlüğü, sözleşme hürriyeti, toplanma ile dernek kurma hürriyeti ve kanun önünde eşitlik ilkelerini piyasa ekonomisinin kurulması bakımından ayrılmaz ve de vazgeçilmez unsurlar olarak tespit ediyor. Bildiğim kadarıyla Doğu Avrupa anayasalarının hemen hemen tümünde bu haklara kutsal ve dokunulmaz haklar arasında yer veriliyor, hatta öylesine ki, yanılmıyorsam Romanya Anayasasında, bu konulara ilişkin uluslararası sözleşmeler Anayasadan bile öncelikle uygulanıyorlar, yani bazılarında eşit düzeyde, anayasa düzeyinde, bazılarında ise anayasadan bile üstün düzeyde uygulanıyorlar.

Bütün bu literatür taramasından sonra, ekonomik özgürlüklere yaklaşım bakımından karşımıza ne çıkıyor? Ekonomiyle ilişkisi bağlamında bireyi koruyan talepleri ekonomik özgürlük olarak kabul eden bir Amerikan yaklaşımı var. Hatta, Amerikan yaklaşımı öylesine devasa bir literatür oluşturmuş durumda ki, mülkiyet hakkı artık ekonomik özgürlük olmanın da ötesine geçmiş durumda, yani mülkiyet hakkını ekonomik özgürlüğün üzerinde koruyorlar. Ekonomik özgürlük kavramı kadar geniş ya da ondan daha geniş bir mülkiyet hakları iktisadi, mülkiyet hakları hukuku şeklinde oluşturdukları, mülkiyet hakkı temeline dayanan bir anayasal sistematikleri olduğu ortaya çıkıyor.

İkinci olarak da, bazı yazarların atıf yaptığı, uluslararası hak belgeleri yaklaşımı var. Uluslararası hak belgeleri yaklaşımında da özellikle 1946 yılında

Birleşmiş Milletler tarafından ilan edilen Sivil ve Siyasal Özgürlüklerin İlanına İlişkin Sözleşme ve Ekonomik ve Sosyal Haklara İlişkin Sözleşmenin ilanı sırasında yaşanan tartışmalar önemsleniyor.

Artık sanırım bu noktada mülkiyet ve sözleşme özgürlüklerine gelebiliriz.

“Mülkiyet” kavramıyla başlayalım istiyorum. Mülkiyet, özellikle 1980’li yıllardan sonra artık ekonomik mülkiyet ve hukuksal mülkiyet olarak ayrılmış durumda. Ekonomik mülkiyetin, Alchian tarafından yapılan bir tanımı var. “*Ekonomik bir malın kullanımının sosyal ve yasal bir çerçevede seçilme hakkı*” şeklindeki tanım Türkçeye Fuat Oğuz tarafından aktarılmış durumda. Hukuki olarak mülkiyet ise “*bir şey üzerinde bir hak olarak oluşturulmuş ve ileri sürülebilir meşru iddia*” olarak tanımlanıyor.

Bu tanımlar da dikkate alındığında mülkiyet’in, *bir kişiyle bir şey arasında kurulan bir ilişki olarak, hukuk sisteminin dışında bir olgu* hâline geldiğini tespit etmek gerekiyor. Mülkiyet dediğiniz şey aslında hukuk düzeni tarafından öngörülüyor, mülkiyeti hukuk düzeni oluşturmuyor, iktisadi ya da siyasal düzlemde oluşuyor. Bu iktisadi yada siyasal sisteme uygun hukuk düzeni tarafından “*hak olarak hukuk düzenine taşıyor*”. Dolayısıyla da, ekonomik olarak mülkiyet, kişiyle şey arasında bir değer zinciri olduğuna göre, bir ilişkiler zinciri olarak da karşımıza çıkabiliyor. Kişinin, ekonomik değeri olan herhangi bir şey üzerindeki sahiplik iddiası ya da ondan yararlanma iddiası, seçme iddiası bir şekilde birden çok ilişkiyi bir araya getiriyor. Sahiplenme, onu kendi varlığı altında tutma, kendi egemenliği altında tutma ve bundan yararlanma şeklinde ve üçüncü kişilere karşı koruma şeklinde bir ilişkiler zincirinin sonucu olarak ancak ekonomik düzeyde ortaya çıkıyor ve hukuk düzenine hak olarak taşıyor.

Ekonomik mülkiyet anlayışı, bu anlamda, kişiyle değer arasında bir ilişki olarak kurgulandığını ve kurulan bu ilişkinin de fiilen tesis edilerek sürdürülebilir kılındığını göstermek bakımından önemli.

Bizim Anayasamızın 35’inci maddesinde tanınan mülkiyet hakkı bakımından konuya eğildiğimizde mülkiyetin dar ve geniş olmak üzere iki anlamı olduğunu tespit etmek gerekiyor. Dar anlamda mülkiyet, sahiplik haklarının keyfi müdahaleden masum tutulmasını garanti eden bir kurum (institution) geniş anlamda mülkiyet ise bireyin makul bir yaşam sürdürmesine katkıda bulunan bir kurum (institution) olarak tanımlanabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bakımından mülkiyet yaklaşımını, literatüre taşıyan Çoban özel mülkiyet ile anayasal mülkiyet’in ayrıştırılması gerektiğini savunuyor. Bana göre de özel mülkiyet ile anayasal mülkiyet’in ayrılması, yani mülkiyetin özel hukuku ilgilendiren tanımı ile özel hukuktan daha geniş bağlamda kamu hukukunu da ilgilendiren tanımının ayrılması gerekiyor. Bu anlamda ilk tanım, yani sahiplik

haklarının keyfi müdahalelerden masum tutulması özel mülkiyet olarak tanımlanabilir. Anayasal mülkiyet ise belli bir kişinin tüm mameleki hakları olarak tanımlanabilir.

Mülkiyet hakkının bu anlamının özellikle işleyen bir serbest piyasa ekonomisinin temeli ve bireye sağladığı özel alan eliyle onu devlet karşısında güvenceli bir konuma getiren sivil demokratik yapının temel taşı niteliğinin dikkate alınması gerekmektedir.

Bütün bunları göz önüne alıp birlikte düşündüğümüzde, *geçerli bir ekonomik sistemde, hukuk düzeni açısından ekonomik değer ifade eden her türlü şey üzerinde iddia edilen haklara mülkiyet hakları* adını vermemizin mümkün olacağını düşünüyorum. Türkiye’de hukukun söyleyicisi ya da siyasi veya hukuki sistem içerisindeki yeri hukuku söylemek olan Anayasa Mahkemesi ne yazık ki, uzun yıllardan beri sürdürdüğü içtihadında böyle bir tanıma yaklaşmıyor. Bu anlamda, Anayasa Mahkemesinin mülkiyet tanımının, yani “*bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme*” (usus, fructus ve abusus) şeklindeki sayımı ile Roma hukuku mülkiyet anlayışını benimsendiğini görüyoruz. Anayasa Mahkemesinin benim bulabildiğim sadece bir kararında yer verilen “*Günümüzde mülkiyet hakkı, Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve hukuksal yaşantısı içinde kamu ve özel hukuk karakterlerini kendinde toplayan özel nitelikte aynı hak olarak kabul edilmektedir*” ifadesi mülkiyet hakkını anayasal mülkiyet hakkı şeklinde yorumlanmasına doğru bir yönelimini gösteren çok cılız bir ifade olduğunu söylemek gerekir. Açıkçası, gerekçe ne kadar bilinçli yazıldı, orasını söylemek çok mümkün değil ama ifade, mülkiyet hakkının Türk hukukunda, toplumunda, sosyal, ekonomik ve hukuksal yaşantısında, kamu ve özel hukuk karakterini kendisinde toplayan özel nitelikli bir aynı hak olduğunu kabul ediyor. Danıştay içtihadında ise mülkiyet hakları hala özel mülkiyet hakkı olarak benimseniyor ve Medeni Kanun kapsamında tanımlanıyor. Anayasa Mahkemesi hâlâ baskın olarak mülkiyet hakkını özel mülkiyet hakkı olarak tanımlıyor, yani yukarıdaki ilk verdiği tanımdaki gibi, Roma hukukundan menşeli bir tanım kullanıyor. Mahkemenin bir kararında böyle cılız bir ifadeyle de olsa mülkiyeti kamu hukuku karakterini de içeren, yetkileri içeren, nevi şahsına münhasır bir aynı hak olarak tanımlamak şeklindeki bir yönelime girmiş olmasını, açıkçası gerekçenin de bu anlamda bilinçli yazılmış olmasını umuyorum. Ama, bunu destekleyen bir karar ne yazık ki henüz çıkmadı; yani bu kararın yönünde çıkan ikinci bir gerekçeye an azından ben henüz ulaşamadım.

Müsaadenizle, bütün bunlardan sonra şimdi Anayasanın 35’inci maddesine değinmek istiyorum. Anayasanın 35’inci maddesi şöyle diyor: “*Herkes,*

mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.” Anayasanın bu maddesinde, hakkın süjesinin, yani hakka sahip kılınan kişinin kim olduğuna ilişkin önce bir belirleme yapmak lazım. Aslında, buradaki “herkes” tabiri herkesi doğrudan kapsıyor. Ne demek “herkes?” Hukuk dilinde “herkes” tabiri, yabancı olsun, vatandaş olsun ya da vatansızlar olsun (Birleşmiş Milletler sözleşmesine göre), herkesin bu hakka sahip kılınacağı anlamına geliyor. Mamafih yasalar çerçevesinde bu çok da mümkün görünmüyor. Mülkiyet hakkı bakımından, özellikle gayrimenkul mülkiyeti bakımından yabancıların mülkiyet hakkı biraz sınırlı ve sorunlu. Vatansızların mülkiyet hakkı ise tam bir muamma.

Hükme göre hakkın süjesi birey’dir dedik. Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkının o “herkes” tabirinin içerisine bir de devleti oturtuyor. Anayasa Mahkemesinin devleti oturttuğu kararları öylesine çok ki, Anayasa Mahkemesi neredeyse kendisini, devlet mülkiyetini kutsal düzeyde koruma işlevi üstlenmiş bir Kurum olarak görüyor. Halbuki mülkiyet hakkı, bütün tarihsel geçmişi olarak baktığınızda, bireyi devlet karşısında korumaya yönelik, bireyin haklarını ya da varlığını korumaya yönelik bir hak. Zannediyorum bir İngiliz Başbakanı olacak, şunu söylemişti: “*Damı akan, üstünde farelerin cirit attığı ya da her tarafından rüzgârın girdiği, fakirlikten, pislikten ve kokudan geçilmeyen bir fakir köylünün o kulübesine sadece İngiltere kralı ve onun ordusu giremez.*” Mülkiyet hakkı; özellikle İngiliz belgelerinde, o pratik yaklaşımdan, bireyi, geriye kalan her şeye karşı, tüm siyasal iktidara karşı koruyan bir hak olarak ortaya çıkmış durumda. Ne yazık ki bizde, birey hakkını korumaktan çok kamu hakkının korunması olarak görülüyor.

Aslında, AYM’nin bu tercihi çok da anlamsız görülmeyebilir; şöyle ki, Anayasa Mahkemesinin bireyi esas almasından mantık eğer, özerk iradenin esas alınması olarak kabul edilecek olursa, devletin özerk iradesiyle mülkiyet edinmesi durumunda bu kabul edilebilir, ama onun dışında, özerk iradenin korunması dışında, devlet mülkiyetinin mülkiyet hakkı kapsamında korunmasının, hem insan haklarının gelişimi, hem de mülkiyet hakkının özgürlük fenomeni içerisindeki yeri bakımından pek bir anlamı yoktur diye düşünüyorum.

Mülkiyet hakkının fonksiyonları olarak baktığınızda birçok fonksiyon sayılabilir ama, mülkiyet hakkının temel fonksiyonu aslında, az önce söylediğim, devlet karşısında ya da tüm kamusal güç, yetki kullanan otoriteler karşısında bireyi koruma fonksiyonudur. Öyleyse, devletin de, mülkiyet hakkının bu fonksiyonu çerçevesindeki görevi, karışmama ve müdahale etmeme yükümlülüğüdür; yani kendisinden, mülkiyet hakkı bakımından, karışmaması dışında bir ihsan beklenmiyor.

Burada bir parantez açıp söylemek gerekirse, en azından bana göre, sosyal devletle sosyalist devlet arasında hiçbir ilgi, alaka yoktur. Sosyal devlet tamamen, liberal devletin bir savunma mekânizması olarak ortaya çıkmış bir merhalesidir, bir ileri aşamasıdır. Daha önce de konuşulmuştu, bilinecektir; hukuk bir gölge gibidir, arkadan gelir, toplumsal yaşam, ekonomik yaşam her zaman bir adım önde gider. O sosyal devlet aşaması aslında, Birinci Dünya Savaşından sonra yaşanan Keynezyen iktisat politikalarının hukuk düzeyine yansımalarıdır; bunu kamu hizmeti ekolü içerisinde ya da kamu hizmeti yaklaşımı içerisinde de görürsünüz, sosyal devlet uygulaması olarak yasalara geçirilmiş uygulamaların iktisatla bağlantısı bakımından incelendiğinde de bu durum rahatlıkla görülür.

Bu anlamda koruma fonksiyonuna geri dönelim. Koruma fonksiyonlarının sosyal fonksiyonları var dedik. Hukuk düzenlerinde, sosyal devletle beraber hakların sosyalleşmesi şeklinde bir eğilim, yani birey haklarının sosyalleşmesi şeklinde bir eğilim sonucunda, özellikle İkinci Dünya Savaşı döneminde yapılan anayasalarda, mülkiyet hakkının bir sosyal fonksiyonu olduğu ilkesi kabul edilmiş durumda. Alman, Fransız, İtalyan anayasalarında, hatta, 1987 yılında yapılan İspanyol Anayasasında bile bu sosyal fonksiyonlara bir şekilde yer verilmiş durumda.

Sosyal fonksiyonlar nelerdir? Kanun koyucunun, özel mülkiyetten mahrum edilebilme durumlarının artması ve kamu gücünün ekonomik ve sosyal ilişkilere müdahalesinin artması bağlamında hakkın ne şekilde kullanılacağına ilişkin belirlemeler yapması ya da yapabilmesi olarak sosyal fonksiyonları görüyoruz.

Özellikle iki numaralı fonksiyonun bizim Anayasamıza bir yansıması var. Anayasa maddesi sosyal fonksiyonu norma “Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz” ifadeleriyle yansıtıyor. İşte bütün sorun da burada ortaya çıkıyor, yani sosyal fonksiyon bakımından meselenin yumuşak karnı burası.

Anayasa diyor ki, “*mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*”, toplum yararına aykırı kullanılmama ya da kullanmama. Literatüre ve Anayasa Mahkemesinin literatürü izleyerek verdiği kararlara baktığınız zaman, mülkiyet hakkının toplum yararına uygun kullanılacağı sonucuna erişildiği görülüyor. Halbuki toplum yararına uygun kullanma ile toplum yararına aykırı kullanmama arasında çok önemli bir nüans var. Ancak Anayasa Mahkemesinin toplum yararına uygun kullanma dışındaki kullanmaların mülkiyet hakkına aykırı olduğuna yönelik de birçok kararı var. Dolayısıyla, burada şunu söylemek gerekiyor: Mülkiyet hakkının sosyal fonksiyonu mu yüceltiliyor, yoksa bu aslında böyle mi? Bizce bu böyle değil. Bunun böyle

olmadığını, az önce kısaca özetlemeye çalıştığım mülkiyet hakkının tarihsel gelişimine baktığınız zaman açıkça ortaya çıkıyor. Mülkiyet hakkının esas fonksiyonu, özel mülkiyeti devlete karşı koruma fonksiyonu, yoksa, devlete veya kamuya yönelik olarak, toplumun yararına ya da devletin yararına uygun kullanma fonksiyonu değil. Bu anlamda özellikle Türk literatüründe bunu savunan bir çok yazar var; bilebildiğim kadarıyla hâlâ da görüşlerini değiştirmemiş durumdalar. Anayasa Mahkemesi de kararlarında aynı doğrultuda devam ediyor; toplum yararına uygun kullanılma olarak anlıyor ki, bunu ben, mülkiyet hakkının sosyal fonksiyonunun yüceltilmesi olarak görüyorum. Anayasa Mahkemesi, günümüzde hukukun geldiği noktada, özgürlüklerin geldiği noktada, umarım en kısa sürede bu içtihadından döner. Bu içtihadından dönmesi için birçok gerekçe var; yeri geldikçe somut olaylarda üzerinde durulabilir.

Bir de, mülkiyet hakkını kısıtlayan hükümler var. Mülkiyet hakkını kısıtlayan hükümlere Anayasada yer verilmiş. Ben bunların hepsine tek tek değinmeyeceğim ama bu hükümler içerisinde önemli bulunan birtakım kavramlar var. Mesela kıyılardan yararlanmanın mülkiyet hakkını kısıtladığı kesin, çünkü kıyıların özel mülkiyete geçmesi Anayasayla yasaklanmış durumda. İşte burada, kıyılara ilişkin özel mülkiyeti yasaklarken kullandığı bir tabir var (başka yerlerde de kullanıyor): “Devletin hüküm ve tasarruf altında olmak.” “Devletin hüküm ve tasarruf altında olmak” ne demek? “Devletin hüküm ve tasarruf altında olmak” o kadar geniş bir kavram ki, her şeyi buraya atabilirsiniz. Bu anlamda da baktığınız zaman; aslında, sizin özgürlüklerinizin değerinin niteliksel olarak ne kadar zayıf olduğu, sizin özgürlük normlarınızın yine kendi anayasanızdaki başka birtakım normlarla niteliksel olarak, -niceliksel değil- ne kadar kolaylıkla kısıtlanabildiği yönünde bir yaklaşım ortaya çıkıyor, aynı, kamu yararının belirsiz olması ya da mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılamayacağı ilkesinin belirsiz olması gibi. Toplum yararı ne demek? Her şey ama her şey toplum yararı olabilir. Dolayısıyla, o zaman mülkiyet hakkınızı nasıl kullanacaksınız, toplumu mu düşüneceksiniz, kendi çıkarlarınızı mı düşüneceksiniz; burada da aynı şey geçerli, kıyılar için devletin hüküm ve tasarrufunda olmak. Anayasa Mahkemesi kararlarından seçebildiğim kadarıyla; Mahkemenin bu konuda iki tanımı var. Bunların sonuçları ise mülkiyete kapalı olma, haczedilememe, kamulaştırılmama ve zaman aşımı yoluyla iktisap edilememe şeklinde karşımıza çıkıyor. Yine, Anayasada mülkiyet hakkını normatif olarak sınırlayan toprak mülkiyeti var. Bir de kamulaştırma sorunu var.

Bu kamulaştırma meselesi aslında gerçekten çok önemli bir mesele; mülkiyet hakkının doğduğu günden beri var. Bizim hukuk patrimuanımıza yansısı yönü itibarıyla mülkiyet hakkıyla ilgili en önemli belge Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi; orada hayat, hürriyet ve mülkiyet kutsal birer hak

olarak kabul edilmiş durumda. Hemen arkasından, Fransız bildirgesinin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Code Napoleon diğer bir ifadeyle Napolyon tarafından çıkarılmış olan Medeni Kanun -ki Code Napoleon'un temel amacının, kutsal mülkiyet hakkının korunması olduğu söylenir- kutsal mülkiyet hakkını korumak üzere liberal bir kanun olarak çıkarılmıştır. Ancak kamulaştırma o tarihten beri var. Var ama kamulaştırmanın unsurlarının değişmiş olduğunu söylemek gerekiyor. İlk kabul edilen unsur, kamu yararının zorunlu kıldığı hâller; 1804'le beraber ikinci kabul edilen unsur ise kamu yararının gerektirdiği hâller. Kamu yararının gerektirdiği hâller kavramıyla birlikte beraber kamulaştırmanın alanının gittikçe mülkiyet hakkı aleyhine genişlediği görülüyor.

Bana göre, kamulaştırmayla ilgili bizim Anayasamız bakımından tartışılması gereken en önemli mesele -başka birçok şey konuşulabilir tabii- kamulaştırmada gerçek değer mi ödeneceği, adil değer mi ödeneceği ilkesi. Mesela bizim Anayasamıza bugün, 2001 değişiklikleriyle, gerçek değer ödeneceğine ilişkin hüküm ihtiva ediyor, 2001'den önce yoktu. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında gerçek değeri, çeşitli kararlarında adil değeri kabul etmişti, 1961 Anayasası döneminde çoğunlukla adil değer ödeneceğini kabul etmişti. Nedeni de şu: İkinci Dünya Savaşı anayasalarında, özellikle Alman, Fransız ve İtalyan anayasalarında adil değer ödeneceğine ilişkin hükümler var, orada düzenleme tamamıyla bu yönde. Gerekçesi de çok basit; sosyal devlet ilkesiyle birlikte, bugünkü Avrupa'nın sanayileşmesinin arkasında yatan geniş millileştirme hareketleri. İşte o geniş millileştirme hareketlerinde bedeli ödeyebilmek için, gerçek değer değil de, adil değer ödenmesi gerektiği yaklaşımı kabul edilmiş. Bizde ise geniş millileştirme hareketleri yaşanmadığından mı yoksa kavramın değeri anlaşıldığından mı bilinmez gerçek değer ödeneği ilkesi benimsendi.

Son olarak vergilendirmeye ilgili bir hususa işaret etmek istiyorum. Burada da, adil vergi ilkesiyle eşit vergi ilkesi gerilimi var, bu gerilimden bahsetmek gerekiyor.

Liberalist ya da liberal felsefeye göre herkes kendi eylemlerinin sonuçlarına katlanır; çok çalışırsanız çok kazanırsınız, az çalışırsanız az kazanırsınız. Dolayısıyla, iki kişi arasındaki farkı oluşturan şey doğrudan bireylerin kendileridir. Bu çerçevede de, çok çalışandan, çok kazanan daha çok vergi almak, bireyi cezalandırmaktır. Dolayısıyla da, adil vergi ilkesi değil, eşit vergi ilkesinin uygulanması gerektiği söylenir. Özellikle sosyal devletle birlikte, toplumun geliri az kesimlerine toplam gelirden pay yaratabilmek, hizmet oluşturabilmek amacıyla, çok kazanan çok, az kazanan az vergi alınması yönünde bir ilke olarak adil vergilendirme ilkesi benimsendiğini biliyoruz. Bizim Anayasamızda da adil vergilendirme ilkesi kabul edilmiş durumda. Bu çerçevede

aslında, ister adil vergilendirme ilkesini kabul edin, ister eşit vergilendirme ilkesini kabul edin, doğrudan doğruya mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusu. Sorun bunun boyutunun ne olacağı noktasında. Mülkiyet hakkının korunabilmesi için, ödeyeceğiniz vergi ya da kazanç beklentiniz üzerinde de mülkiyet hakkınız olduğuna göre, mülkiyet hakkının asgari düzeyde ihlali için adil vergi ilkesi yerine eşit vergi ilkesinin uygulanması tercih edilmelidir. Tabii burada Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesine ilişkin içtihadı devreye giriyor. Orada kurulan ve nispi eşitliği öne alan içtihat yani eşitler arasında eşitliği benimseyen, “farklılar arasında farklılık olabilir” içtihadı Anayasa Mahkemesinin o gerilimi aştığı şeklinde yorumlanıyor. Ancak bu değerlendirmenin Anayasa Mahkemesi kararına dayanmadığını, Anayasa Mahkemesinin, vergilendirmeye mülkiyet hakkı arasında ilişki kuran son otuz yıl içinde hiçbir kararına ulaşamadığını söylemekle yetineceğim. Mülkiyet hakkıyla ilgili olarak bu kadarıyla yetinmek istiyorum.

Sözleşme özgürlüğü konusuna gelince; Sözleşme ülkemizde kamu hukuku bakımından çok az işlenmiş bir konu. 2001 yılı Anayasa değişiklikleri sonrasında belli açılardan çok da popüler olmuş durumda –ki birazdan kısaca değineceğiz– Türk literatürü açısından çok da fazla bir şey bulmak çok mümkün değil. Sözleşme özgürlüğüne kamu hukuku ilişkisi bakımından kendimce bir tanım önermekteyim. *Sözleşme yapıp yapmamak da dahil, taraflarca istenen bir sonuca ulaşmak için, yine onlar tarafından istendiği şekilde irade beyanıyla uyuşmalarının engellenmemesi* sözleşme özgürlüğü olarak benimsenebilir. Dikkat ederseniz tanım şekil vb. özel hukukça önemsenen unsurları dışarıda bırakıp sözleşmenin özerk bireyden kaynaklandığı ya da özerk birey ilkesinin hukuk düzenindeki başka bir tezahürü olduğu sonucuna odaklanıyor.

Sözleşme özgürlüğünün en temel kaynaklarından birisi, tabii hukuktan gelen ahde vefa ilkesi. Bana göre sözleşme özgürlüğü; talep sahiplerinin belli bir dönemdeki iktisadi liberalizm tercihlerinin sonucudur. Bunu şöylece açıklayabileceğimizi düşünüyorum. Bilindiği üzere sözleşme özgürlüğü 18’inci yüzyılın ortalarında mülkiyet hakkıyla beraber gündeme gelmiştir. Ve yine hatırlatmak gerekir ki sözleşme özgürlüğü insan hakları literatürüne kişi hakları arasında, yani birinci kuşak özgürlük mücadelesi çerçevesinde ortaya çıkan haklar arasında girmiştir. Şimdi belirlemek gerekir ki birinci kuşak haklardan siyasal talepler sonucunda kişi hakları, ekonomik talepler sonucunda da, mülkiyet ve sözleşme özgürlüğü ortaya çıkmış durumda. Yani siyasal liberalizm talebinin sonucu kişi özgürlükleri, iktisadi liberalizm talebinin sonucu da iktisadi özgürlüklerdir.

Baktığınız zaman zaten literatürde birçok yazar sözleşme özgürlüğünü mülkiyet hakkının bir parçası ya da ondan doğan bir kavram olarak görürler.

Sözleşme özgürlüğüyle, iktisadi liberalizm talep eden özerk birey arasındaki ilişkinin sonuçları neler olmuştur? Benim araştırmalarım çerçevesinde bulabildiğim iki temel sonucu var. Birincisi şu; sözleşme özgürlüğünün, bugünkü özel hukukun temel kavramı hâline gelmiş olması. İkinci sonucu ise yine, sözleşme özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde özerk birey ilkesinin anahtar kavram olarak kabul edilmesidir.

Az önce söylemiştim; sözleşme özgürlüğünün temel unsurlarından bir diğeri olan Pacta Sunt Servanda (ahde vefa) ilkesi, tabii hukuk ilkesi olarak karşımıza çıkıyor. Bu çerçevede sözleşme özgürlüğü tabii hukukun bir sonucu olarak da benimsenebilir.

Sözleşme özgürlüğünün, Anayasanın 48'inci maddesindeki yapısına gelince. Bu konuda belki teorik olarak bir şeyler söylemek gerekir ancak norm yapısına ilişkin teorik unsurlar üzerinde durmak istemiyorum. Zira bu çok saf hukuksal bir tartışma içerisine girmeyi ve içeriksel güvencenin ne olduğu konusunda ayrıntılara değinmeyi gerektirir. Müsaade ederseniz bu hususu geçmek istiyorum ama soru gelecek olursa açıklamaktan da memnuniyet duyarım.

Sözleşme özgürlüğünün süjesine bakalım. Yani sözleşme özgürlüğü kim için tanınmıştır? Anayasanın ilgili maddesine bakıyoruz; herkes, yani temelde bireyler için tanınmıştır ama devlet için de olacağını kabul etmek mümkün. Ne zamana kadar? Ancak, oradaki devlet dediğimiz kurum özerk irade ilkesiyle hareket ediyorsa, böyle bir şey söz konusuysa. Böyle bir şey ne kadar söz konusu olabilir; orası tartışılabilir.

Sözleşme özgürlüğünün ilgili maddesini (48'inci madde) kendi başına okuduğunuz zaman şöyle bir tanım çıkıyor: Herkes dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahiptir. Bu anlamda sözleşme özgürlüğünün, bu ifadenin, iki anlamı olduğu sonucuna ulaşırız: Birisi olumlu anlamı, birisi olumsuz anlamı. Olumlu anlamı şu: Herkes istediği alanda ve istediği konuda sözleşme yapmak konusunda serbesttir; buna kimse karışmamalı, herkes bunu yapabilmelidir. Peki olumsuz anlamı ne? Herkesin ya da kimsenin, istemediği alanlarda ya da konularda sözleşme yapmak istememesi hâlinde sözleşme yapmamayı seçebilmesi ya da sözleşme yapmaktan uzak durabilmesi ve bu durumda bir zorlama, bir baskı ya da müeyyide ile karşılaşmamasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin tam da bu konuda kararı var.

Bir Katılımcı- “Sözleşme yap” diye baskı yapar.

Dr. Refik TİRYAKİ- “Sözleşme yap” diye baskı yapması ya da bu konuda sözleşme yapma zorunluluğu vardır şeklinde bir sözleşmeye zorlama durumu söz konusu. Yine buradan kamudan, yani devlet idaresinden, devlet

otoritesinden bahsediyoruz, yoksa kişilerden değil. Ama, doğrusunu söylemek gerekirse son yıllarda şöyle bir durum var: Temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanındaki etkisi, yani bireyler arası ilişkilerdeki etkisi şeklinde de bir tartışma var; burada da uygulanabileceği yönünde görüşler var. Ben de, sınırlı ölçüde de olsa, temel hak ve özgürlüklerin koruma fonksiyonu bakımından bireylerarası ilişkiler için de geçerli olacağını, herhangi bir zorlama ya da sınırlama söz konusuysa ya da bir şekilde böyle bir yöne gidiş varsa, burada temel hak ve özgürlüklerin koruma fonksiyonundan yararlanılabileceğini düşünüyorum. O ayrı bir tartışmanın konusu, açıkçası buraya almak istemedim.

Özgürlüklerin sınırlandırılması bağlamında sözleşme özgürlüğü, Anayasanın 48'inci maddesinde düzenlenmiş. Bizim Anayasamız 1982 yılında yazıldığında, daha doğrusu, ta 1971 yılından itibaren genel sınırlama sebepleri içerir. 1961 Anayasası döneminde, 1971'de yapılan değişiklikle genel sınırlama sebepleri gelmiş midir gelmemiş midir tartışmalıdır ancak Anayasa Mahkemesinin uygulamalarını esas alacak olursanız, -Türkiye'de hukuku söyleyen yargı organı olarak, Anayasanın ne olduğunu söyleme ve ne anlama geldiğini söyleme işlevi de Anayasa Mahkemesindedir- Anayasa Mahkemesi, genel sınırlama sebeplerinin var olduğunu söyler. Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, beş tane genel sınırlama sebebi öngörüldüğünü söyler. Dolayısıyla, 1971'den beri bir genel sınırlama düşüncesi var, yani hukuk düşüncesinde yer etmiş, özgürlüklerin genel sebeplerle sınırlandırılması mantığı var. Dolayısıyla, 2001 öncesinde, 1982 Anayasasının ilk şeklinde de böyle bir durum söz konusuydu, genel sınırlama sebepleri vardı. Türkiye 2001 yılında bir reform yaptı ve genel sınırlama sebeplerini 13'üncü maddeden çıkardı. Bunu çıkarırken, birtakım maddelere de, o özgürlüğün özüne ya da bünyesine uyan birtakım sınırlar nakşedildi, ama bazıları unutuldu; seyahat hürriyeti ve sözleşme özgürlüğü bunların en önemli iki tanesi. Başkalarında da var ama, özellikle seyahatte ve sözleşme özgürlüğünde bariz bir şekilde ortaya çıkıyor.

Anayasanın ilgili maddesinde özel sınırlama sebebi var mı? Peşin bir cevap belki ama bence yok. Belki zorlama yoluyla, Anayasanın 48'inci maddesinin 2'nci fıkrasındaki iki ifadeyi sözleşme özgürlüğüne sınırlama olarak almak mümkün olabilir. Onlara da bakalım ama onlar dışında, sözleşme özgürlüğü için açıkça öngörülmüş bir sınırlama ya da özel sınırlama sebebi getirilmiş değil.

Şimdi maddeyi de bulup hemen okuyalım. Orada iki tane olabileceğini tartışabiliriz, o mümkün.

Bir Katılımcı- *“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.”

Dr. Refik TİRYAKİ- Cümleyi, müsaade ederseniz, bir de ben tekrarlayayım, yanlış olursa düzeltiniz lütfen.

“Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” Dikkat ederseniz, tekrarladığımız 2’nci fıkra tamamen özel teşebbüs özgürlüğüne ayrılmış bir hüküm.

Literatürde bazı yazarlar, özel teşebbüs özgürlüğünün sözleşme özgürlüğünden ayrılmadığını, ayrılmadığını, bunların birbirleriyle iç içe geçtiğini söylüyorlar ve bunu kabul ederek, burada özel teşebbüs özgürlüğü için getirilmiş olan sınırlama sebeplerini sözleşme özgürlüğü için de geçerli kabul ediyorlar. Halbuki, özel teşebbüs özgürlüğü bizim anayasal sistemimizin ta en başından beri, 1924’ten beri ayrı bir özgürlük olarak düzenlenmiş durumda. Hatta 1876 Anayasasında, daha Osmanlı anayasacılığı döneminde serbest ticaret özgürlüğü olarak, teşebbüs özgürlüğü olarak düzenleme var; özel girişim özgürlüğü olarak yok ama, ticaret özgürlüğü olarak, ticarethane kurma özgürlüğü olarak hem 1876’da var, hem 1924’te var, hem de bugünkü şekliyle 1961 Anayasasında var. Dolayısıyla, buradakileri özel sınırlama sebebi olarak sözleşme özgürlüğü için geçerli kılmanın mümkün olmadığını düşünüyorum.

Peki, hiç mi kısıtlanamaz, ne yapacağız, her türlü sözleşme serbest midir, tümünden mi serbesti tanınmıştır, hiçbir sınırlamamı mı yoktur? Tabii ki böyle değil, çünkü insan hayatının bizatihi kendisi öyle değil. İnsan hayatı dahi kendi içerisinde birtakım kısıtlılıklar taşıyor. İnsan dediğiniz zaman, nasıl birtakım kısıtlılıkları varsa, sözleşme dediğiniz zaman da, sözleşme özgürlüğü dediğiniz zaman da, onun kendi içinde kısıtlılıkları vardır, olmalıdır. İşte biz buna, sözleşme özgürlüğünün anlamı ya da kapsamı bakımından, uygulanışını öngörmesi açısından *nesnel sınırlılık* anlayışı diyoruz. Sözleşme özgürlüğü ancak, sözleşme özgürlüğü olarak anlaşılacak alanlarda söz konusudur, ancak o hakkın kapsamına giren konular için söz konusudur.

Bir de, en çok gündeme gelen, Alman literatüründen ülkemize aktarılan, pratik uyuşum ilkesi var; o da şu:

Sözleşme özgürlüğüne hiçbir sınır öngörülmedi. Tamam. Peki, sözleşme özgürlüğüyle elde etmek istediğiniz sonuçlara ilişkin ya da sözleşme özgürlüğüyle bir sonuç elde etmek isterken kullandığınız yöntemle ilişkin anayasanın başka hükümlerinde bir sınırlama varsa, özellikle de sonuca ilişkin bir sınırlama varsa,

işte burada, pratik uyuşum ilkesi dediğimiz ilke devreye giriyor. İki anayasa hükmü arasında belli açılardan çelişkiler varsa, anayasa hükümlerini, birbirlerini lağvedecek şekilde yorumlayarak uygulamak mümkün değildir, bunların ikisi arasında uyuşumu sağlayacak şekilde yorumlayarak uygulanmalarını sağlamak mümkündür; işte buna da anayasa hukuku literatüründe, en basit tabirle, pratik uyuşum ilkesi diyoruz.

Bir de üçüncü bir kısıtlılık, *hakkın kötüye kullanılamaması* ya da hakkın kötüye kullanılması durumu söz konusu. Sözleşme özgürlüğünü, olağan yaşam içerisinde sözleşme özgürlüğü olarak algılanabilecek şekilde kullanabilirsiniz, hakkın kötüye kullanılması biçiminde kullanamazsınız. Hakkın kötüye kullanılması biçiminde ne demek? İşte bu, her somut olayda karşınıza çıkan, hukuk uygulamasıyla bilindik hakkın kötüye kullanılması durumu değildir, çünkü o nesnel sınırlılık ilkesi içinde erimiş kabul edilir. Burada somut konu olmadan hakkın kötüye kullanılması belirlenmiştir Anayasanın 14'üncü maddesinde hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek hâller sayılmış, hakkın hangi amaçlar için kullanıldığında kötüye kullanıldığı ortaya konulmuştur. Burada hakkın kötüye kullanılması sayılan amaçlara ulaşmak için sözleşme özgürlüğü kullanılamaz demektir.

Bunlara rağmen sözleşme özgürlüğünün bir kısıtı var mıdır? Yok, öngörülmemiş. Peki, Anayasa koyucu unutkanlık gösterir mi? Bizim Anayasa hukuku teorisine göre *Anayasa koyucu unutkanlık göstermez, abesle de iştiğal etmez*. Eğer Anayasa koyucu bir şeyi yapmışsa ya da yapmamışsa, bunun bir anlamı vardır; hele de, özgürlük alanından bahsediyorsak, burada sınırlama aramaya gerek yoktur. Bilirsiniz psikolojide, “*öğrenilmiş çaresizlikler*” diye bir kavram vardır, bana göre bizim hukuk düşüncemiz bu anlamda öğrenilmiş çaresizlik içerisinde. Bence, genel sınırlama sebeplerini o kadar benimsemişiz ki, sözleşme özgürlüğü bakımından, artık o sebepler olmadan düşünemez hâle gelmiş durumdayız. Sözleşme özgürlüğüne özel kısıt arama gayesinin buradan kaynaklandığını düşünüyorum.

Bence, Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihadını derhâl değiştirmesi ve nesnel sınırlılık, pratik uyuşum ve hakkın kötüye kullanılması durumları dışında, sözleşme özgürlüğüne getirilmiş olan her türlü yasal kısıda, -bu durum ahlâki yapımızı, toplumsal yapımızı zedeleyecek bile olsa- bir an evvel son vermesi gerekir ki, ilgilileri harekete geçebilsin.

Bu konuda şunu anmak isterim ki Anayasa Mahkemesi sempozyumlarının bir tanesinde bir akademisyenle Mahkemenin o dönemki üyelerinin birisi arasında yapılan bir konuşmada konuyu açıklamak bakımından düşündürücüdür. Akademisyen şu mealde konuşuyor: “Bırakın, -affedersiniz- bu pisliği yapanlar

temizlesin, siz kendinizi, bu pisliği temizlemek zorunda addetmeyin.” Mahkeme üyesi de diyor ki, “ne yapalım, bir çare yok, bugün itibarıyla ortadaki soruna bir çözüm bulmak zorundayız.”

Aslında ortada bir sorun yok, sadece, sorun varmış gibi davranıyoruz; bence sorun o.

Bu anlamda söylemek zoruna olduğum şu husus var: Uygulayıcıların haklı birtakım yerindelik kaygıları olabilir, ama haklı birtakım yerindelik kaygıları Anayasa koyucunun bilinçli tercihini ortadan kaldırmamalı ya da özensizliğinin ya da vurdumduymazlığının bedelini özgürlüklere ödetmemelidir.

İki temel meseleyle sona gelmek istiyorum ki birisi kira konusu, diğeri de 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun Geçici 4 ve 8’inci maddelerine ilişkin AYM içtihadı. Ancak önce kısa birkaç şey daha söylemek isterim.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarını taradığınız zaman sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlar arasında sözleşmelere üst sınır ve alt sınır tayinini de görürsünüz. “Alt sınır tayini”, özellikle kamu emlakinin kiralanması konusunda, kira sözleşmelerinin güncelliğini kaybetmesi sonucunda çıkarılan kanunların sözleşme özgürlüğünü ihlal etmediği, “üst sınır tayini” de kira sözleşmeleriyle ilgili olarak, sözleşmelere getirecek üst sınırdaki belli bir artış oranını geçmemesi şeklindedir.

Sözleşme yapılabilecek kişilerin kısıtlanması, yani bireyin belli bir alanda seçme serbestisinin kısıtlanarak sadece belli bir kategoriye ya da belli bir gruba mahkûm edilmesi ya da belli bir gruba iktifa etmek zorunda bırakılması. Bu durum bazı kanunlarda özellikle bazı mesleklerin yapılmasına ilişkin belli bir alan tahsisi bağlamında karşımıza çıkıyor, örneğin muhasebeciler ya da yeminli mali müşavirlere yaptırılması zorunlu işler gibi.

Bir de, sözleşmelerin kanunla sona erdirilmesi meselesi var; en önemli konulardan bir tanesi bu. Anayasa Mahkemesinin; sözleşmelerin kanunla sona erdirilmesi meselesinde, kira konusunda ve Elektrik Piyasası Kanununun 4 ve 8’inci maddeleri konusunda güncel ve önemli iki içtihadı var. Müsaade ederseniz burayı aynen okumak istiyorum, çünkü bunları bir anlamda da Anayasa Mahkemesinin diliyle anmak, diliyle anlatmak daha doğru olabilir. Kira konusunda; *“ tarafların kendi özgür iradeleriyle yapmış oldukları kira sözleşmeleri, tarafların iradeleri bir kenara bırakılarak yasayla, bu kanun hükmüyle sona erdirilmiş olmaktadır, sürelerinin tamamlanmalarını beklemeden kira sözleşmelerini sona erdirip tarafları yeni sözleşme yapmaya zorlamak, sözleşme özgürlüğü ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacaktır”* diyor. Burada söylediği şey şu: *“İki özerk irade bir araya geldi ve belli bir sürede uyuştıysa, sen kanunla buna dışarıdan müdahale edemezsin, bunu sona*

erdiremezsin”; Elektrik Piyasası Kanununa ilişkin de söylediği şeylerden bir tanesi de bu. Diyor ki; “Anayasanın 48’inci maddesi şu hükmü içermektedir, buna göre, taraflar özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebilirler, bu sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebilir, 48’inci maddede koruma altına alınan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında, sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir (doğru bir tespit), dava konusu kural ile geçici 4’üncü madde ve geçici 8’inci maddeler (hatırlanıyor mu bilmiyorum), elektrik piyasası reformu çerçevesinde, mevcut sözleşme olarak anılan, belli bir dönemde bazı işlemleri tamam (sözleşmeleri yapılmış), ama bazı gerekleri yerine getirilmemiş iki tip (4 için ayrı, 8 için ayrı), iki kategori sözleşmenin, kanunla belli bir döneme kadar süre verildikten sonra, bu süreye kadar şunlar yapılmazsa sona erer” denilmesinden ibaretti. Burada diyor ki; “dışarıdan müdahale yasağını da içerir, dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmakta, oysa sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyuşmazlıkların çözümü, sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hâllerde genel hukuk kurallarına bağlıdır (doğru, o sözleşmelerin hepsinde, sözleşmenin nasıl sona erdirileceğine ilişkin hükümler var), öte yandan, bir hukuk devletinde, hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de, sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar, bu nedenlerle, sözleşme özgürlüğü, mevcut sözleşmelerin yasayla sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasanın 2 ve 48’inci maddelerine aykırı.”

Böyle mi gerçekten? Bu yoldan giderseniz -yaklaşım bakımından doğru değil çünkü- bugün, piyasa dediğimiz, doğrudan elektrik piyasasına ilişkin, elektrik sektöründeki faaliyetlere ilişkin Anayasa Mahkemesinin, “bunlar kamu hizmetidir” diye müteaddit kararları var. Kamu hizmeti olan alanlarda, kamu hizmeti yüklenen özel kişilerin, sözleşme yapmış olsalar bile, sözleşmeye dışarıdan müdahale yapılabileceğine ilişkin yine Anayasa Mahkemesinin içtihatları da var, o da doğru. Ama burada hiçbir şekilde kamu hizmeti incelemesine girmeksizin, sadece sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkesiyle, -2’nci maddeden mülhem, hukuk devletinin bir unsuru olarak ahde vefa, sözleşme özgürlüğünün bir parçası olarak değil- sadece bu noktadan bakarak iptal ediyor. Doğru mu? Sözleşme özgürlüğü bakımından sonucu doğru, çünkü burada Anayasanın 47’nci maddesinin farklı yorumlanması gerekiyor. 1999 değişikliğiyle gelen Anayasanın 47’nci maddesinin 4’üncü fıkrasında şu var: “Devlet ya da kamu tüzel kişileri, bazı altyapı yatırım ve hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleriyle gördürebilir.” Yani, 47’nci maddenin 4’üncü fıkrası, özel hukuk sözleşmeleriyle bazı altyapı yatırım ve hizmetlerinin yapılabileceğine ilişkin hüküm.

47'nci maddenin 4'üncü fıkrasında söylenen şeyler ne? Bütün doktrine bakarsanız, Anayasanın 47'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında bahsedilen, kamu tüzel kişileri tarafından görülmekte olan altyapı yatırım ve hizmetleri, bunlar kamu hizmetleri. Acaba öyle mi? Eğer bunlar kamu hizmetleriyse, Anayasa Mahkemesinin Geçici 4 ve 8'inci maddelere ilişkin söylediği şeyler doğru değil, eğer bunlar kamu hizmeti değilse, - nitekim Elektrik Piyasası Kanununun 1'inci maddesine baktığınız zaman bu kanuna tabi faaliyetlerin özel hukuk hükümlerine göre yürütüleceğini söylüyor. Dolayısıyla “kamu hizmetini yasa koyucu belirler” ilkesini kabul ediyorsak “artık bu kanundaki altyapı yatırım ve hizmetleri kamu hizmeti değildir” demek istiyor yasa koyucu. O zaman da, anayasal kamu hizmeti anlayışına gitmeniz gerekiyor. Anayasada elektrik faaliyetlerinin kamu hizmeti olmasını öngören hükümler var mı? Yok. Anayasa Mahkemesi içtihadı, elektriğin sadece bir kamu hizmeti olduğunu söylerken, her defasında, “bu, toplumsal olarak, yaşamsal olarak çok önemli bir faaliyettir, bu nedenle bir kamu hizmetidir” diyor. “Bu kamu hizmeti” dediği için de, burada söylediği şey, kamu hizmeti incelemesi yapmaksızın, geçici 4 ve 8'inci maddelere ilişkin yaptığı yorum yanlış hâle geliyor. Ama, sözleşme özgürlüğü bakımından sonucu doğru.

Gerçekte Anayasanın 47'nci maddesi 4'üncü fıkrası nasıl anlaşılmalı? Bana göre, yukarıda da bir ölçüde değindim, nasıl sosyal devlet ilkesinin gelişimiyle birlikte sosyal devlet ilkesinin anayasalara yansımaları ve bazı ilave değişiklikler olduysa günümüzde de tersi yönde bir değişim söz konusu. Keynezyen iktisat teorisinin yerini neoklasik iktisat teorisine terk etmesi ve bu dönüşümün bir parçası olarak sosyal devlet ilkesinin gerileyerek yerini yavaş yavaş refah devleti ilkesine terk etmesiyle birlikte, bazı kamu hizmetlerinin de tekrar kamu hizmeti olmaktan çıkmaya başlaması lazım. 47'nci maddenin 4'üncü fıkrasının da bu doğrultuda anlaşılması gerekir. Bazı “altyapı yatırım ve hizmetleri” ki bunlar önceden beri gelen bazı kamu hizmetleridir ki bunların söz konusu dönüşümün bir parçası olarak anayasa ve yasa koyucu tarafından kamu hizmeti olarak algılanmayıp özel hukuk sözleşmeleriyle görülebilir adı altyapı yatırım ve hizmetleri hâline getirilmesi gerekiyor. Tabii, bu değişimin başka gerekçeleri de var ama konuyu daha fazla uzatmak istemiyorum.

Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin Anayasa Mahkemesinin, Telsiz ve Telgraf Kanunundaki değişikliğe binaen Telekomünikasyon Kurumunun uygulamalarıyla ilgili, ara bağlantı sözleşmesi yapma zorunluluğu öngörülmesi konusunda önemli bir kararı var. Kanunda öngörülen ara bağlantı sözleşmesi yapma zorunluluğunun sözleşme özgürlüğüne aykırı olmadığını söylüyor.

Bu hususu da anmış olarak müsaadenizle sonuca gelmek istiyorum. Anayasamız, ekonomik özgürlüklerin hukuksal rejimi bakımından çağdaşlarından geri bir Anayasa değildir. Ekonomik özgürlükler bakımından baktığınızda, bugün

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıyla Avrupa'daki anayasalar arasında normatif yapı bakımından bir gerilik söz konusu değildir. Bu anlamda, ekonomik özgürlük literatüründe bahsettiğimiz Daintith'in sınıflandırması var, o sınıflandırma çerçevesinde bizim Anayasamız 3 veya 4'üncü klasifikasyona girerken, bazı çok meşhur Avrupa anayasaları 5 ve 6'ncı klasifikasyonda bile kalabiliyorlar. Bu hususun bilinerek uygulamanın yeniden düşünülmesi ve özellikle açıklıkla tartışılması gerektiğini düşünüyorum.

Genel sınırlama sebeplerinin, hukuk düşüncesinin sınırlamasına daha fazla izin verilmemesi gerektiğini, bu *çaresizlikten* bir an evvel bir şekilde kurtulmamız gerektiğini düşünüyorum.

Son olarak da, Anayasa Mahkemesinin kamu mülkiyetini kutsallaştırma yaklaşımına son vermesi, yargısal aktivizm gösterecekse özgürlük ekseninde göstermesi gerektiğini ve hakkın sosyal fonksiyonunu yüceltmekten vazgeçmesi gerektiğini düşünüyorum.