

**BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNDE OTOMATİK KATILIM  
MODELİNİN İRADE ÖZERKLİĞİ ve SÖZLEŞME HÜRRİYETİ AÇISINDAN  
DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>1</sup>**

Mustafa Tugay<sup>2</sup>

**ÖZET**

*Gönüllülük esasına dayalı olarak başlayan Bireysel Emeklilik Sistemine, bireylerin tasarruf oranlarının yükseltilmesi ve aktif çalışma dönemindeki gelir düzeylerinin korunması amacıyla 1 Ocak 2017 tarihinden itibaren otomatik katılım modeli eklenmiştir. Buna göre, artık 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Kanununun otomatik katılım kuralları uyarınca işverenlere çalışanlarını otomatik katılım sistemine dâhil etme yükümlüğü getirilmiştir. Otomatik katılım sisteminde emeklilik sözleşmesi, çalışan ad ve hesabına, işveren tarafından düzenlenmektedir. Bu sözleşmenin düzenlenmesi sırasında, emeklilik sözleşmesi isteyip istemediği veya hangi şirketle sözleşme yapılacağı konusunda çalışanın irade beyanına ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu çalışmada otomatik katılım sözleşmelerinin hukuki durumu, özel hukuktaki irade özerkliği ve sözleşme hürriyeti ışığında incelenecektir.*

***Anahtar Kelimeler:** Bireysel Emeklilik Sistemi, Gönüllü Katılım, Otomatik Katılım Sistemi, İrade Özerkliği, Sözleşme Hürriyeti*

**AN ASSESSMENT OF THE AUTOMATIC ENROLLMENT MODEL IN THE  
INDIVIDUAL PENSION SYSTEM, IN VIEW OF PRIVATE AUTONOMY  
AND FREEDOM OF CONTRACT**

**ABSTRACT**

*On January 1st, 2017, the Individual Pension System, which began on a voluntary basis, saw the addition of the Automatic Enrollment System, the purpose of which was to increase the savings ratios for individuals, and to preserve their income levels during their period of active working. Referring to the automatic participation of Individual Pension Savings and Investment*

---

<sup>1</sup> Makale Gönderim Tarihi: 20.09.2018 Makale Kabul Tarihi: 02.11.2018

<sup>2</sup> İzmir Barosuna Kayıtlı Avukat, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi

*System Law No. 4632, employers are obliged to put their employees in an Automatic Enrollment System (AES). In the Automatic Enrollment System, the pension contract is issued by the employer in the employee's name and account. During the preparation of this contract, there is no need to get a statement from the employee that they wish to sign the pension contract, or which company they wish to sign it with. In this study, the legal status of the Automatic Enrollment System will be examined in the light of private autonomy and freedom of contract.*

**Keywords:** *Individual Pension System, Voluntary Participation, Automatic Enrollment System, Private Autonomy, Freedom of Contract*

### KISALTMALAR

BETYSK	: Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu
BESHY	: Bireysel emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
SSGSSK	: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu

## I. BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİ ve ÖZELLİKLERİ

### A. BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNİN DOĞUŞUNU HAZIRLAYAN NEDENLER

Türk sosyal güvenlik sisteminin finansman ve aktüeryal dengesini bozan çok sayıda müdahale sonucu sosyal sigorta kurumları 1970'li yıllardan itibaren açık vermeye başlamıştır. 1950 yılında, SSK kapsamında kadın ve erkeklerin 60 yaşında emekli olmasını düzenleyen hüküm 1969 ve 1976 yıllarında değiştirilerek önce emekli olma yaşı düşürülmüş, sonra yaş şartı aranmaksızın kadınların 20, erkeklerin 25 yıl sigortalılık süresi ve 5000 gün prim ödeyerek yaşlılık aylığı almalarına imkân verilmiştir. Hatta ileri yaştaki sigortalıların 15 yılda 3600 gün prim ödeyerek emekli olmalarının yolu açılmıştır. Teşvik edilen erken emeklilik dolayısıyla SSK'nın aktif/pasif sigortalı dengesi hızla bozulmuştur. Prim karşılığı olmayan ödemelerin artışı; sosyal güvenlik fonlarının düşük getirili alanlara yatırılması dolayısıyla ortaya çıkan reel gelir kayıpları; prim tahsilat oranlarının düşüklüğü ve biriken prim alacakları; kayıt dışı

çalışmanın yaygınlığı, özellikle seçim dönemlerinde aylıkların sigortacılık ilkeleri dışında artırılması ve sıklıkla çıkarılan hizmet borçlanması uygulamaları SSK'nın gelir-gider dengesini bozmuştur. Diğer iki sosyal sigorta kurumu, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı için de durum farklı değildir ve benzer sebeplerle her iki sosyal sigorta kurumunun da finansman dengesini bozmuştur<sup>3</sup>.

1990'lı yılların başından itibaren sosyal güvenlik sistemi ile doğrudan ilgili taraflar, çeşitli meslek kuruluşları, işçi ve işveren sendikaları, akademisyenler, siyasi partiler ve hükümetler Türk sosyal güvenlik sisteminin kriz içine düştüğü ve mutlaka yeniden yapılandırma çalışmalarının başlaması gerektiği konusunda görüş birliği içinde olmuşlardır. Hükümet seviyesinde sosyal güvenlik sisteminin yeniden yapılandırılmasına yönelik ilk kapsamlı çalışma ILO uzmanlarına hazırlatılan sosyal güvenlik reform raporu olmuştur. 1995 tarihinde sunulan raporda Türk sosyal güvenlik sisteminin yeniden yapılandırılması ile ilgili olarak 4 ayrı seçenek önerilmiş ve her bir modelin uygulamada ortaya çıkaracağı avantaj ve dezavantajlar belirtilmiştir. Kamuoyunda yapılan tartışmalar sonucunda ILO raporunda önerilen iki aylık sosyal güvenlik sistemi oluşturmaya yönelik seçenek daha uygulanabilir bulunmuştur. Buna göre, mevcut sosyal sigorta kurumları SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı'nın ılımlı bir dağıtım esasına göre çalışan birinci ayak sosyal güvenlik kurumları olarak varlıklarını devam ettirmesi, bunlara ilave olarak gönüllülük esasına dayanan ikinci ayak sosyal güvenlik kurumlarının devreye sokulması öngörülmüştür<sup>4</sup>.

28.3.2001 tarih ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu (**BETYSK**), sosyal güvenlik reform sürecinin ikinci aşamasını tamamlayıcı nitelikte bir düzenleme olarak ifade edilebilir. 27. Maddesinde, “*Kanun'un yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe gireceğinin*” belirtilmesi nedeniyle, yasa 7 Nisan 2001 tarih ve 24366 sayılı Resmi Gazetede yayımlandıktan 6 ay sonra, 7 Ekim 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak sistem, gerekli kurumsal, organizasyonel ve bilgi işlem alt yapısının oluşumu ile mevzuatın tamamlanarak ilk emeklilik planlarının onaylanmasıyla birlikte 27 Ekim 2003 tarihinde fiilen yürürlüğe girmiştir. 4632 sayılı Kanunla yürürlüğe konulan sistem, ülkemiz sosyal güvenlik

<sup>3</sup> **Alper, Yusuf:** Sosyal Güvenlik Reformu ve Beklentiler, Sosyal Güvenlik Dergisi, Haziran, 2011, Cilt 1, Sayı 1, s. 12-13 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/282884> Erişim Tarihi: 5.9.2018)

<sup>4</sup> **Alper, Yusuf /İmrohoroğlu, Selahattin/Sayan, Serdar:** Türk Emeklilik Sisteminde Reform, Türk Sanayici ve İşadamları Derneği, Yayın No: TÜSİAD-T/2004-11/382, İstanbul, Kasım, 2004, s. 67, 68

sistemine, bireysel tasarrufa ve özel sigorta tekniğine dayalı, emeklilik fon sistemini dâhil etmektedir<sup>5</sup>.

## **B. BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNİN TANIMI, AMACI ve İLGİLİ MEVZUAT**

### **1. Tanım ve Amaç**

Bireysel Emeklilik Sistemi, bireylerin emeklilik dönemlerinde, kendi birikimleri oranında ek bir gelir sağlamaya yönelik, Hazine Müsteşarlığı, Sermaye Piyasası Kurulu ve Emeklilik Gözetim Merkezi tarafından gözetim ve denetim altında tutulan ve özel emeklilik şirketleri tarafından faaliyetleri sürdürülen, gönüllü katılıma dayalı, kamu sosyal güvenlik sistemlerini tamamlayıcı bir emeklilik sistemidir<sup>6</sup>.

4632 sayılı Kanunu'nun 1. maddesine göre bireysel emeklilik sisteminin amacı, bireylerin ileriki yaşlarında kullanmaları amacıyla güvenli bir tasarruf yapılmasına imkân sağlamak; bu tasarrufları yönlendirmek, düzenlemek ve teşvik etmektir. Dolayısıyla sistem, kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek gelir sağlayarak refah düzeylerinin yükseltilmesini, ekonomiye uzun vadeli kaynak yaratarak istihdamın artırılmasını ve ekonomik kalkınmaya katkıda bulunulmasını teşvik etmektedir.

### **2. Mevzuat**

#### **a) Temel Mevzuat**

4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun (**BETYSK**) yürürlüğe girmesini takiben, sistemin idari ve hukuki alt yapısının tamamlanması amacıyla bir dizi yönetmelik çıkarılmıştır. Bunlar arasında; 31 Ekim 2001 tarihli "Bireysel Emeklilik Danışma Kurulunun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik", 28 Şubat 2002 tarihli "Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik", 13 Mart 2013 tarihli "Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik" ve "Emeklilik Şirketleri Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik" sayılabilir. Bu çalışmaların tamamlanmasından sonra 27 Ekim 2003 tarihinde, T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nca emeklilik faaliyeti konusunda ruhsat verilen 11 şirket fiilen faaliyete geçmiş ve ilk bireysel

---

<sup>5</sup> Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza /Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016, s. 787

<sup>6</sup> Yaslıdağ, Beyhan: Sigortacılık, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 147

emeklilik sözleşmesi bu tarihte düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Böylelikle, İLO raporunda öngörüldüğü gibi, birinci ayak sosyal güvenlik kurumları varlıklarını devam ettirirken, bunlara ilave olarak gönüllülük esasına dayanan ikinci ayak sosyal güvenlik kurumlarının devreye sokulması yolunda ilk adım atılmıştır.

Bireysel Emeklilik Sistemini yürürlüğe sokan ve kurucu niteliğindeki 28.3.2001 tarih ve 4632 sayılı Kanunu takiben, Bireysel Emeklilik Sistemini ilgilendiren 6 kanun yürürlüğe girmiştir. Bunlardan özellikle ikisi sistemde köklü değişiklik ya da yenilik sağlayan 6327 ve 6740 sayılı kanunlardır.

Uygulamada köklü bir değişiklik sağlayan ilk mevzuat değişikliği, Bireysel Emeklilik Sisteminde sağlanan devlet desteğinin usulünü değiştiren 6327 sayılı kanundur. Bireysel Emeklilik Sisteminin başlangıcından, 6327 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan dönemde, bireysel emeklilik sistemi vergi avantajı yoluyla desteklenmekteyken, söz konusu kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte vergi avantajı yoluyla teşvik uygulamasına son verilmiş ve 1.1.2013 tarihinden itibaren doğrudan parasal devlet desteği modeline geçilmiştir. Uygulamada değişiklik yapan diğer yasal düzenleme ise bu makaleye konu olan “Bireysel Emeklilikte Otomatik Katılım” modelini ihdas eden 6740 sayılı kanundur.

Söz konusu kanunlar dışında, Bireysel Emeklilik Uygulamasının esaslarını belirleyen en temel mevzuat niteliğindeki, “**Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkındaki Yönetmelik**” (**BESHY**) de, “Otomatik Katılım” uygulamasına ilişkin hükümleri de içerecek şekilde, son değişiklikleriyle 9 Kasım 2012 tarih ve 28462 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

#### **b) Otomatik Katılım Mevzuatı**

BETYSK’na, 10.8.2016 tarih ve 6740 sayılı kanunun 1. maddesiyle eklenen, Ek 2. maddede, “*Çalışanların Otomatik Olarak Bir Emeklilik Planına Dâhil Edilmesi*” hükme bağlanmıştır.

Cayma hakkı içermekle birlikte, işverenlerin, çalışanların rızalarını almaya gerek olmaksızın, onları Bireysel Emeklilik Sistemine doğrudan dâhil etmesini hükme bağlayan kanun değişikliği yanında, BESHY’in, 22/B ila 22/Ö maddelerinde uygulamanın esasları belirtilmiştir. Bu konudaki diğer bir yönetmelik 29936 sayılı ve 2.1.2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve işletmelerin çalışan sayısı esas alınarak sisteme dâhil edilecekleri

---

<sup>7</sup> Anadolu Hayat Emeklilik A.Ş., Tarihçe, (<https://www.anadoluhayat.com.tr/hakkimizda/tarihce>, Erişim Tarihi: 13.9.2018)

tarihleri gösteren “Çalışanların İşverenleri Aracılığıyla Otomatik Olarak Emeklilik Planına Dahil Edilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”tir.

BETYSK’un Ek 2. maddesinde, “45 doldurmamış olanlardan SSGSSK’un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre çalışanlar ile 506 sayılı SSK’nun geçici 20. maddesindeki sandıkların iştirakçisi olarak çalışanlar, işverenin bu Kanun hükümlerine göre düzenlediği bir emeklilik sözleşmesiyle emeklilik planına dâhil edilir.” denilmektedir.

Bakanlar Kurulunun 2017/9721 sayılı kararıyla 29936 sayılı ve 2.1.2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “Çalışanların İşverenleri Aracılığıyla Otomatik Olarak Emeklilik Planına Dâhil Edilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” uyarınca, işletmelerin sisteme dâhil edilme tarihleri kademeli olarak ve çalışan sayısına göre belirlenmiştir. Buna göre, a) Çalışan sayısı 1.000 ve üzerinde olan bir işverene bağlı olarak çalışanlar 1.1.2017 tarihinden itibaren; b) Çalışan sayısı 250 ve üzerinde ancak 1.000’in altında olan bir işverene bağlı olarak çalışanlar 1.4.2017 tarihinden itibaren, c) Çalışan sayısı 100 ve üzerinde ancak 250’den az olan bir işverene bağlı olarak çalışanlar 1.7.2017 tarihinden itibaren, ç) Çalışan sayısı 50 ve üzerinde ancak 100’den az olan bir işverene bağlı olarak çalışanlar 1.1.2018 tarihinden itibaren, d) Çalışan sayısı 10 ve üzerinde ancak 50’den az olan bir işverene bağlı olarak çalışanlar 1.7.2018 tarihinden itibaren sisteme dâhil edilecektir.

### **C. BİREYSEL EMEKLİLİK SİSTEMİNE KATILIMI SAĞLAYAN HUKUKİ İŞLEM: “EMEKLİLİK SÖZLEŞMESİ”**

#### **1. Genel Olarak**

Emeklilik sözleşmesi, bireylerin emeklilik sistemine katılmasını sağlayan hukuki işlemdir. BETYSK’nun 4. maddesinde “Emeklilik Sözleşmesi” şu şekilde tanımlanmıştır: “Sisteme katılmak için şirket ile emeklilik sözleşmesi akdedilir. Emeklilik sözleşmesi; şirket nezdinde bireysel emeklilik hesabı açılması, hesaba katkı payı ödenmesi, ödenen katkı paylarının tercih edilen fonlarda yatırıma yönlendirilmesi ve hesapta biriken paraların hak sahiplerine ödenmesine ilişkin esas ve usuller ile tarafların bu kapsamdaki diğer hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşmedir.” Aynı maddeye göre: “Bireysel emeklilik sistemine fiil ehliyetine sahip kişiler katılabilir.” Bireysel Emeklilik Sözleşmesi, BETYSK’nun 4. maddesine göre bireysel olarak yapılabileceği gibi, grup halinde de yapılabilir. Maddeye göre: “Emeklilik sözleşmesi, katılımcı ile bireysel emeklilik sözleşmesi şeklinde veyahut bir istihdam ilişkisine dayalı olarak veya katılımcı adına bir kuruluş ile grup emeklilik sözleşmesi şeklinde yapılabilir.” Maddede

aynı zamanda Emeklilik sözleşmesine ve emeklilik sözleşmesinde bulunacak hususlara ilişkin esas ve usullerin Hazine Müsteşarlığı tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

## 2. Sözleşme Türleri

9.11.2012 tarih ve 28462 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmeliğin 4/1. maddesine göre, emeklilik sözleşmesi bireysel veya grup emeklilik sözleşmesi olarak yapılabilir. Yönetmeliğin aynı maddesine göre Bireysel Emeklilik Sözleşmeleri, 4 ana gruba ayrılmaktadır. Bunlar; **Bireysel Emeklilik Sözleşmeleri** (m. 4/2); **Gruba Bağlı Emeklilik Sözleşmeleri** (m. 4/3); **İşveren Grup Emeklilik Sözleşmeleri** (m. 4/4) ve **Gelir Emeklilik Sözleşmeleri**’dir. (m. 4/6)

Yönetmelikte yapılan bu tasnifte kullanılan ana kriter, sözleşmenin taraflarının kim olduğu ve katılımcı adına emeklilik hesabına ödenen katkı payının kimin tarafından üstlenildiğidir. Sırasıyla göz atılacak olursa, BESHY’ın 4/2. maddesine göre: **Bireysel Emeklilik Sözleşmesi**, *“bireysel emeklilik planına bağlı olarak düzenlenen ve şirket ile katılımcının taraf olarak yer aldığı emeklilik sözleşmesidir.”* Dolayısıyla bireysel sözleşmede, gerek sözleşmenin tarafı ve gerekse katılım payı ödeyen, sisteme katılan bireyin kendisidir. Bunun tam karşısı ise, BESHY’ın 4. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen **“İşveren Grup Emeklilik Sözleşmesi”**dir. Burada, *“bir istihdam ilişkisine dayalı olarak bir işveren ile emeklilik şirketi arasında imzalanan ve katılımcı adına işveren tarafından katkı payı ödenen bir emeklilik sözleşmesi”* söz konusudur. Yani hem sözleşmeyi imzalayan hem de katkı paylarını ödeyen taraf, işçi (katılımcı) adına işverendir. BESHY’ın 17. maddesinin 1 ve 2. fıkrasına göre de: *“İşveren tarafından, bir işveren grup emeklilik sözleşmesine dayanarak katılımcıların ad ve hesabına ödenen katkı payları ile bunların getirileri, işveren grup emeklilik sözleşmesine bağlı olarak açılan katılımcılara ait bireysel emeklilik hesaplarında takip edilir. Ayrıca işveren grup emeklilik sözleşmesine yalnızca işveren sıfatıyla katkı payı ödemesi yapılabilir.”*

Üçüncü grup sözleşme türü, **Gruba Bağlı Emeklilik Sözleşmeleri**’dir. Gruba bağlı emeklilik sözleşmeleri, BESHY’ın 4/3. maddesinde, üç farklı kategoride değerlendirilmiştir. Bunlar fıkranın a) bendinde düzenlenen *“Otomatik Katılım Yoluyla Düzenlenen Grup Emeklilik Sözleşmeleri”*; b) bendinde düzenlenen *“Bir grup emeklilik planına bağlı olarak düzenlenen ve şirket ile katılımcının taraf olarak yer aldığı emeklilik sözleşmeleri”* ve c) bendinde düzenlenen *“Katılımcılardan bizzat veya yetkili organları vasıtasıyla onay alan sponsorun katılımcılar adına katkı payı ödediği veya katkı payının ödenmesine aracılık ettiği ve katılımcılar adına sponsor ile şirketin taraf olarak yer aldığı gruba bağlı bireysel emeklilik sözleşmeleri”*dir.

Emeklilik sözleşmelerinin son tipi ise, BESHY'in 4/6 maddesinde düzenlenen “*Gelir Sözleşmeleri*”dir. Gelir sözleşmeleri, emeklilik sözleşmenin içerdiği emeklilik planıyla ilgili koşullar (yaş ve süre) tamamlandığında, birikimin katılımcıya geri ödenmesini düzenleyen sözleşmelerdir.

Konumuzla ilgisi nedeniyle çalışmamızda sadece “Otomatik Katılım Yoluyla Düzenlenen Grup Emeklilik Sözleşmeleri” incelenecektir.

### **3. Otomatik Katılım Yoluyla Düzenlenen Grup Emeklilik Sözleşmeleri**

İşveren Grup Emeklilik Sözleşmesine benzemekle birlikte, “**Gruba Bağlı Emeklilik Sözleşmeleri**” bazı farklılıklar göstermektedir. Bunları, İşveren Grup Emeklilik Sözleşmesinden ayıran en önemli fark, Gruba Bağlı Emeklilik Sözleşmelerinde, katkı payının bizzat çalışan tarafından ödenmesidir. Yani burada bir işveren katkısı söz konusu değildir.

Üç ayrı maddede hükme bağlanan “Gruba Bağlı Emeklilik Sözleşmeleri”nin ilki, inceleme konumuzu teşkil eden ve BESHY'in 4 maddesinin 3. fıkrasının a) bendinde düzenlenen “**Otomatik Katılım Yoluyla Düzenlenen Grup Emeklilik Sözleşmeleri**”dir. BETYSK'na, 10.8.2016 tarih ve 6740 sayılı Kanununun 1. maddesiyle eklenen, Ek 2. maddede hükme bağlanan, “Çalışanların Otomatik Olarak Bir Emeklilik Planına Dâhil Edilmesi” suretiyle açılan bireysel emeklilik hesaplarına ilişkin sözleşmeler, bu kapsamda değerlendirilmektedir.

### **4. Otomatik Katılım Yoluyla Düzenlenen Sözleşmelere İlişkin Yasal Hükümler**

BESHY'in, “*Çalışanların İşverenleri Aracılığıyla Kanununun 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. Maddede çalışanın taraf olduğu bireysel emeklilik sözleşmesinin işveren tarafından akdedileceği hükme bağlanırken, 22/J maddesinde de, “*Müsteşarlıkça belirlenecek usul ve esaslara göre sunulan emeklilik planlarının, yalnızca işverenlerce değiştirilebileceği*” vurgulanmıştır.

Dolayısıyla çalışan, bireysel emeklilik sistemine girişi sırasında kendisi bir sözleşme imzalamamakta; sözleşmenin kurulması sırasında açık veya örtülü olarak bir irade beyanında bulunmamaktadır. Buna ek olarak, çalışanın sözleşmenin esaslı teknik unsurlarını içeren “Emeklilik Planı”nı sonradan değiştirme hakkı da bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanundaki tanımıyla “otomatik katılım”, ancak fiili durum itibarıyla “zorunlu katılım” yoluyla düzenlenen Bireysel Emeklilik Sözleşmesinin hukuki durumu Borçlar Kanununun 1. maddesi karşısında



tartışmalı bir durum yaratmaktadır. Zira, ilgili maddede: “*sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.*” denilmektedir. Oysa yukarıda değinildiği gibi, sözleşmenin tarafı olan çalışanın kendisi için hukuki sonuç doğuran sözleşmeyi kurmaya yönelik olarak, açık veya örtülü ve karşı tarafla uyumlu bir irade beyanı yoktur.

Sözleşmenin kurulması açısından, işverenin, hüküm ve sonuçlarını çalışanın hukuk alanında doğurmak üzere onun ad ve hesabına hukuki işlem (sözleşme) yapma yetkisi, Türk Borçlar Kanunu’nda hükme bağlanan “Temsil” ilişkisi ile açıklanabilir. Ancak burada söz konusu olan, hukuksal bir işlemde doğan irade temsil değil, TBK m. 41’de belirtilen şekilde, içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlerle sınırlı, kamu hukukundan doğan, kanuni temsil yetkisidir.

Yine ilgili yönetmeliğin 22/C maddesine göre, çalışanın dâhil edileceği emeklilik planı için sözleşme yapılacak Emeklilik Şirketi seçimi de işverence yapılır. İşveren, işyerindeki çalışanlarını farklı emeklilik planlarına dâhil edebilir. Çalışanın şirket seçimi konusunda bir seçim ya da tercih hakkı söz konusu değildir. Yine aynı şekilde işyeri değişikliği ve hizmet akdi sonlanması durumları dışında emeklilik şirketleri arasında aktarım talebi yalnızca işverenlerce yapılabilir (BESHY m. 22/M-1).

İşveren, ilgili döneme ait ödeme gününe kadar bireysel emeklilik hesabı açılmasına dair yatırım tercihine ilişkin bilgiler dâhil tüm bilgileri eksiksiz iletmekle yükümlüdür. Emeklilik şirketi iletilen bilgilere istinaden bireysel emeklilik hesabı açar. Böylelikle çalışan, 7. madde hükümleri kapsamında plana dâhil edilmiş olur (BESHY m. 22/B-3).

Çalışanın ücretinden kesilmesine rağmen şirkete aktarılmayan veya eksik aktarılan katkı payının ve varsa getirilerinin takip ve tahsilini Emeklilik Gözetim Merkezi yapar. Bu surette yapılan tahsilatlar çalışanın hesabına aktarılır ve bu BESHY’in 9. maddesi hükümleri çerçevesinde şirket tarafından yatırıma yönlendirilir (BESHY m. 22/Ç).

Çalışanın Bireysel Emeklilik Sistemine dâhil edilmesine ilişkin olarak Yönetmelikte yer alan dikkat çekici hükümlerden birisi de, rızası aranmaksızın, çalışan bilgilerinin işverence paylaşılabilmesine imkân sağlanmasıdır. Yönetmeliğin söz konusu 22/D-2 maddesi şu şekildedir: “*Bu madde kapsamında çalışana ait kişisel veriler, veri sahibinin açık rızasının alınmasına gerek olmaksızın şirketle paylaşılabilir ve veri paylaşımı, kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmez.*”

## II. OTOMATİK KATILIM SÖZLEŞMELERİNİN, İRADE ÖZERKLİĞİ ve SÖZLEŞME HÜRRİYETİ AÇISINDAN DİKKAT ÇEKEN ÖZELLİKLERİ

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, 4632 Sayılı Kanunun Ek 2. maddesinde düzenlenen “çalışanların otomatik olarak bir emeklilik planına dâhil edilmesi” hükmü ve konu hakkındaki yönetmelik hükümleri incelendiğinde, sözleşme hukuku açısından aşağıdaki özellikler göze çarpmaktadır:

1. Kanun gereği, işverenlere yüklenen bir yükümlülük olarak, çalışanların ücret veya maaşlarından belli bir oranda yapılacak kesintinin, özel emeklilik şirketine aktarılması esasına dayanan Otomatik Katılım Sisteminde, gerek sisteme katılım, gerek emeklilik hesabının açılacağı şirketin seçimi ve gerekse sözleşme koşulları konusunda çalışanın serbest iradesine başvurulmamaktadır. Sözleşme yapılacak emeklilik şirketini seçme ve sözleşme koşullarını müzakere ederek emeklilik planı hakkında karar verme yetkisi işverene verilmiştir. Çalışan sadece cayma süresi sonundan sonra fon dağılımına karar verme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla çalışanın fiilen taraf olduğu ve onun hukuk sahasında sonuçlarını doğuracak olan sözleşmede çalışanın kendi kurucu irade beyanı yoktur.
2. Mevzuat hükümlerine göre, otomatik olarak Bireysel Emeklilik Sistemine katılım için düzenlenen sözleşme özel hukuk kurallarına tabidir. Özel hukuk tüzel kişisi olan emeklilik şirketleri ile bağitlanan bu sözleşme, tamamen çalışanın hukuk sahasında sonuçlarını doğuracaktır.
3. Çalışan cayma süresi içinde (veya sonra) ayrılrsa bile, sistemden tamamen kopma şansına sahip değildir. Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkındaki Yönetmeliğe (m. 22/N-3) göre: sistemden ayrılma işlemi gerçekleştiren çalışanlar, Müsteşarlığın belirleyeceği esaslar dâhilinde 2 yılda bir tekrar otomatik olarak sisteme dâhil edilebilirler. Müsteşarlık bu süreyi 1 yıla kadar azaltmaya ve 3 yıla kadar artırmaya yetkilidir. Yönetmelikte yer alan bu hüküm kanunda bulunmamaktadır.
4. Çalışanın zorunlu olarak katıldığı “Bireysel Emeklilik Sistemi”nde kendi katkı paylarıyla oluşturduğu birikim karşılığında (emeklilik için yasal koşullar oluştuğunda) emeklilik şirketinin üstlendiği edim tutarı belirsizdir. Topluca veya maaş olarak geri alabileceği miktar, emeklilik şirketi ile portföy yönetim şirketinin becerisine bağlıdır. Salt bir olasılık olsa bile, süre sonu birikiminin, işçinin kendi ödediği anaparanın altına düşme riski mevcuttur. Emeklilik şirketi, cayma süresince ödenen katkı paylarının değer

kaybetmemesini sağlayacak şekilde fon yönetiminden sorumludur. Ancak, bunun dışında söz konusu riski karşılamak üzere mevzuatta bir düzenleme olmadığı gibi, devlet garantisi de bulunmamaktadır.

5. Üçüncü bir kişinin hukuk sahasında sonuç doğuran bir hukuki işlemi, yani sözleşmeyi taraf olmadığı halde bağıtlayan; sözleşme öncesi müzakereleri gerçekleştiren, şartları hakkında karar veren ve sözleşmenin bağıtlanması için kurucu irade beyanında bulunan işverenin, sözleşmenin sonuçları ile ilgili hiçbir yükümlülük ve sorumluluğu bulunmamaktadır.
6. Diğer taraftan (sadece bir olasılık olsa da) çalışanların ücretlerinden kestiği katkı paylarını emeklilik şirketine aktarmayarak, kendi çıkarına kullanan ve daha sonra ödeme güçlüğüne düşen veya kayıplara karışan işveren hakkında kimin ve hangi yolla takipte bulunacağı mevzuatta yer almamaktadır. İşçinin zorunlu olarak katıldığı sistemde bu şekilde oluşan ve tahsili imkânsızlaşan alacağı hakkında herhangi bir devlet garantisi de bulunmamaktadır.

### III. İRADE ÖZERKLİĞİ VE SÖZLEŞME HÜRRİYETİ KAVRAMLARI

#### A. İRADE ÖZERKLİĞİ (veya ÖZGÜRLÜĞÜ)

Felsefi bir görüş olan irade özgürlüğü, kişilerin her alanda özgürleştirilmesini ilke edinmiş ekonomik ve politik bir doktrindir. Bu doktrinin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda atılmış ve toplumsal etkisini 1789'da gerçekleşen Fransız İhtilali'nde göstermiştir<sup>8</sup>. Felsefenin konusu olarak irade özgürlüğü, insanın iç özgürlüğünü betimler. Bu itibarla, özgürlük, iç ve dış özgürlük olarak iki ayrı açıdan incelenebilir. Dış özgürlük dış zorlamadan kurtulmuş olmayı, eylem ve davranışlarda herhangi bir dış zorlama ile karşılaşmamayı ifade etmektedir. Buna göre dış özgürlük bir davranış ve eylem özgürlüğüdür. Diğer bir anlatımla, bu özgürlük toplumsal yaşamda insanın seçmiş olduğu hedefler doğrultusunda ya da kendi görüş ve düşüncesine göre diğer insanlardan gelebilecek hiçbir engel ve saldırıya uğramaksızın, serbestçe hareket edebilmesi demektir. Bunu sağlayanın da hukuk olduğu açıktır. İç özgürlük ise iradi kararların gerçekleştirilmesi ile ilgili değil bizzat bu kararların meydana gelmesi ile ilgilidir. İradenin meydana gelmesinde etkili dürtülere uymak zorunda olmayan, bunlar karşısında şöyle ya da böyle karar vermek gücünde olan kimse bu anlamda özgürdür. Buna göre irade özgürlüğü, insan

---

<sup>8</sup> **Şenol, H. Kübra Ercoşkun:** Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, Ocak, 2016, s. 710 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/292465> Erişim Tarihi: 3.9.2018)

iradesinin belirlenmediği (şartlanmadığı), nedensellik bağlantısı içerisinde zorunlu bir biçimde oluşmadığı, aksine bizzat kendi kendini belirlediğini ifade eder<sup>9</sup>.

Özel hukuk açısından ele alındığında, irade özgürlüğü, bireyin kendi yaşam ilişkilerini her türlü idari, dini ve politik otoriteden bağımsız olarak özgürce düzenleyebileceğini ifade eden bir kavramdır. Buna göre liberal bir sosyal ve ekonomik düşünceyi esas alan hukuk düzeni, bireye kendi özel hukuki işlemleri açısından, devletin müdahil olmadığı bir özgür saha sağlamaktadır. Sonuç olarak, modern özel hukuk düzenlerinin vazgeçilmez unsurlarından olan irade özerkliği ilkesi esas olarak, bireyin özel ilişkilerini kendi özgür irade ve arzularına göre düzenleyebilmesini ifade etmektedir<sup>10</sup>.

Hukuk sistemimizin, bireylerin irade özgürlüğünü esas alan bir temel üzerine oturduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Nitekim Anayasamızın 12/1. maddesinde, “*Herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu*” belirtilmiş, 13/1. maddesinde de, bu hak ve hürriyetlerin, “*özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği*” hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan bu sınırlamaların “*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı*” aynı maddenin ikinci fıkrasında vurgulanmıştır. Anayasanın 17/1. ve 19/1. maddelerinde de, “*kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı*” ile “*kişi hürriyeti ve güvenliği*” teminat altına alınmıştır. Bu bağlamda, Anayasanın 35. maddesinde düzenlenen “*Mülkiyet ve Miras Hakkı*” ile 48. maddesinde düzenlenen “*Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti*” bireylerin irade özgürlüğünü doğrudan ilgilendiren ve güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerdir<sup>11</sup>.

## II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

İrade özgürlüğünü esas alan ve kişilerin her alanda özgürleştirilmesini ilke edinmiş ekonomik ve politik doktrine dayalı bir hukuk düzeninde kişilerin maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirmelerinin en önemli araçlarından birinin sözleşmeler olduğu açıktır. İrade özgürlüğünün borçlar hukuku alanına yansıma şekli de sözleşme özgürlüğüdür. Bu ilke

<sup>9</sup> Aral, Vecdi: Hukukta İrade Özgürlüğü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2011, Cilt 48, Sayı 1-4, s. 249, 250 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95938> Erişim Tarihi: 3.9.2018)

<sup>10</sup> Artunç Çiçek, Ersoy: Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Yıl 2008, Cilt 40, Sayı 57, s. 295 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/7000> Erişim Tarihi: 3.9.2018)

<sup>11</sup> Şenol, s. 710

sayesinde kişilerin borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleyebilmeleri temel bir kural olarak kabul edilir<sup>12</sup>.

Kaynağını bir yandan tabii hukuk doktrininde, diğer yandan ekonomik liberalizmde bulan sözleşme serbestisi bireysel özgürlüğün egemen olduğu bir toplum düzenini varsaymaktadır. Bu toplum düzeninde, kişiler malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edebilmekte, bunun sonucu olarak da başka kişilerle çeşitli alanlarda sözleşme yapabilmektedirler. Bu ilişkiler kurulurken tarafların görüşmeler yolu ile her iki taraf için de adil ve uygun sayılabilecek bir çözümde mutabık kalmaları asıl sayılmakta ve böylece şekli anlamda sözleşme özgürlüğünün, aynı zamanda maddi anlamda sözleşme adaletinin garantisi olduğu varsayılmaktadır<sup>13</sup>.

İrade özerkliğinin bir sonucu olan ve anayasal koruma altında olan özel hukuktaki sözleşme özgürlüğü, genellikle şu dört ayrı başlık altında toplanmaktadır<sup>14</sup>:

- a) Herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü
- b) Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü
- c) İstenilen tip ve içerikte bir sözleşme yapma özgürlüğü
- d) Kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, modern hukuk düzenlerinde 19. yüzyıldan bu yana kabul gören temel bir ilkedir. Bireyler arası ilişkilerin düzenlenmesinde önemli bir hukuki araç olan sözleşmenin, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun serbest iradeleri sonucu bağitlanması beklense de, toplumsal ilişkilerin geçirdiği hızlı sosyal ve ekonomik değişimler, bu ilkenin tanıdığı olanakların, ekonomik ve sosyal açıdan güçlü kişilerce kötüye kullanılmasına neden olmuştur<sup>15</sup>.

### III.SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

#### 1. Genel Olarak

Özellikle 20. yüzyıl ortalarından itibaren, kurulacak sözleşmenin taraflarının müzakere gücü açısından eşit olmaması, piyasa durumu hakkındaki bilgileri, iş tecrübeleri, yetenekleri ve

---

<sup>12</sup> Şenol, s. 711

<sup>13</sup> Kocaayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, s. 504

<sup>14</sup> Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 17

<sup>15</sup> Küçükyağcı, Arzu: Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004, Cilt 53, Sayı 4, s. 101 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/276/2498.pdf>, Erişim Tarihi: 3.9.2018)

sosyoekonomik güçleri arasındaki farklılıklar, sözleşme adaletini sağlamak üzere güçsüz olan tarafların güçlü olanlara karşı korunması gereğini doğurmuştur. İşte, bireyin özel hukuk sahasında tamamen kendi irade özerkliğine bırakılmış sözleşmelerin bağitlanmasında ortaya çıkan ve gerek dürüstlük kuralından kaynaklanan ve gerekse özel bir hükme dayanan kısıtlamalar ile giderek güçlenen sosyal devlet ilkesi, sözleşme ilkesi özgürlüğünün yeniden ele alınarak değerlendirilmesini gerektirmiş ve bu dönemde sözleşme özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirilmiştir<sup>16</sup>.

Çalışanların, kendilerinin bu yolda bir sözleşme yapma iradesi olmaksızın Bireysel Emeklilik Sistemine otomatik katılımının sağlanması ve bu süreçte sözleşmenin karşı tarafını ve içeriğini özgürce belirleme imkânlarının olmaması nedeniyle, aşağıda sadece “Herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü” ve “Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü” ile bunların sınırları irdelenecektir.

## 2. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme özgürlüğü, her şeyden önce sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü ifade etmektedir. Buna göre, kişi dilediği biriyle dilediği sözleşmeyi yapabileceği gibi, herhangi bir sözleşmeyi yapmaya da zorlanamaz. TBK’da bu husus açıkça ifade edilmese de, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü söz konusu olmaksızın anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir. Genel olarak bakıldığında kural olarak kimse sözleşme yapmak zorunda değildir. Ancak, bu kuralın dürüstlük kuralından, kanundan ya da anlaşmadan doğan istisnaları vardır<sup>17</sup>. İstisnai ve sınırlı sayıdaki sözleşme yapma zorunluluğunun üç temel dayanağı bulunmaktadır:

İlk olarak “**Dürüstlük Kuralından Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğundan**” söz etmek mümkündür. Bu hale, bazı mal ve hizmetlerin üretiminde tekel konumunda bulunan (elektrik, su, doğalgaz gibi) hizmet sunucularının sözleşme yapma zorunluluğunun olması<sup>18</sup> ve otel, lokanta, sinema gibi umuma açık yerlerin haklı bir sebep bulunmadıkça sözleşme yapma zorunluluğu<sup>19</sup> örnek verilebilir.

<sup>16</sup> Kocaayusufpaşaoğlu, s. 504

<sup>17</sup> Kılıçoğlu, Ahmet, M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 73

<sup>18</sup> Kılıçoğlu, s. 74

<sup>19</sup> Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 196

İstisnai ve sınırlı sayıdaki sözleşme yapma zorunluluğunun ikinci dayanağı, “**Kanundan Kaynaklanan Nedenlerle Sözleşme Yapma Zorunluluğu**”dur. Bu konudaki en belirgin örnekler ise şunlardır;

- Tüketicinin korunması Hakkındaki Kanunun 6/1 maddesi uyarınca satıcının, “vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınmaması” ve Borçlar Kanununun aynı içerikteki 8/2. maddesinde yer alan sözleşme yapma zorunluluğu<sup>20</sup>
- MK m. 732’ye göre kanundan doğan önalım (şufa) hakkı<sup>21</sup>
- 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karar yasağı ile hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle bazı durumlarda teşebbüsler için sözleşme yapma zorunluluğu<sup>22</sup>

Sözleşme yapma zorunluluğunun üçüncü dayanağı olan, “**Anlaşmadan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu**”na da TBK m. 29’a göre: “bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşme yapma” hükmü (satış vaadi sözleşmesi veya şufa, vefa ve iştirak hakları)<sup>23</sup> örnek gösterilebilir.

### 3. Sözleşme Yapma Zorunluluğu

#### a) Tanımı

Sözleşme kurma zorunluluğuna ilişkin farklı tanımlar yapılabilir. Örneğin bir tanımlamaya göre, sözleşme kurma zorunluluğu “*bir kişinin talep etmesi halinde piyasada hakim durumda bulunan kişinin istenen sözleşmeyi kurması yükümlülüğünü*” ifade eder. Sözleşmenin kurulması talebinde bulunan kişi hak sahibi konumunda iken, bu talebin muhatabı yükümlü konumundadır. Diğer bir tanıma göre “*sözleşme kurma zorunluluğu hukuk düzeninde yer alan bir norm nedeniyle hukuk süjesinin irade beyanı olmaksızın diğer sözleşme tarafının yararına veya bu sözleşmeye taraf olmayan biri tarafından belirlenen muhteva ile bir sözleşme kurma yükümlülüğüdür*”. Sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu hallerde, ya yükümlü kendisi

<sup>20</sup> Oğuzman/Öz, s. 195

<sup>21</sup> Kılıçoğlu, s. 74

<sup>22</sup> Şenol, s. 714

<sup>23</sup> Kılıçoğlu, s. 75

ile kurulmak istenen bir sözleşmeyi reddedememekte, ya da sözleşmenin muhtevasını dilediği gibi düzenleyememektedir<sup>24</sup>.

#### **b) Sözleşme Yapma Zorunluluğunu Doğuran Sebepler ve Unsurları**

Tam irade serbestisinden, sözleşme kurma zorunluluğuna doğru evrilen ve kapsamı genişleyerek benimsenen hukuki anlayışın temel nedeni sözleşme anlayışının hızla gelişmesidir. 19. yüzyıldan 20. yüzyıla geçişte taraf pozisyonları, yeniden şekillenen sosyal, ekonomik ve politik gelişmelere uygun olarak değişmiş; irade oluşumu ve sözleşmenin kuruluşu gibi olgular kişiler üstü bir düzlemde tanımlanmaya başlanmıştır. Ticari kuruluşlar ile işçi ve tüketiciyi temsil eden kuruluşların ekonomik ve sosyal yapının bütünü içinde üstlendikleri roller ve ağırlıkları, bağımsız ve korumasız bireyin hukuk öznesi olarak sözleşme ilişkilerindeki pozisyonunu yeniden belirlemiştir. Ayrıca gelişen ve zenginleşen ekonomik yaşamın, sözleşme ilişkilerine dâhil ettiği çerçeve anlaşmaları ve genel işlem şartları gibi metinler, kişiye özgü hukuki irade beyanının yapısı ve niteliğinde değişikliklere yol açmıştır<sup>25</sup>.

Tüm bu gelişmeler bir arada değerlendirildiğinde, sözleşme kurma zorunluluğunu doğuran en önemli nedenin, serbest piyasa ekonomisinde, bir tarafın gücünü kötüye kullanarak, kendi menfaatleri için yaptığı hakkaniyete aykırı davranışın zararlı etkilerini önlemek olduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışında eşit durumda bulunan tüketiciler arasında ayırım yapılmaması, kişilerin yaşamsal ihtiyaçlarını temin edebilmeleri ve ekonomik özgürlüğün korunması gibi sebepler sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmesi düşüncesini ortaya çıkaran diğer nedenlerdir<sup>26</sup>.

Sözleşme kurma zorunluluğu doğuran haller incelendiğinde, bunların genel olarak şu dört unsur barındırdığı görülmektedir: a) Sözleşmeyi kurmak isteyen tarafın hak sahibi olması, b) Kendisiyle sözleşme kurulmak istenen tarafın hâkim durumda olması, c) Hak Sahibinin Talebi, d) Sözleşme Kurma Talebinin Kabul Edilmemesinin Hukuka Aykırı Olması<sup>27</sup>.

#### **4. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü ve Sınırları**

Sözleşme özgürlüğünün ikinci görünüş şekli, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüdür. Buna göre, hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda değildir

---

<sup>24</sup> **Ayrancı, Hasan:** Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 231 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/281/2554.pdf>, Erişim Tarihi: 5.9.2018)

<sup>25</sup> **Ayrancı,** s. 232

<sup>26</sup> **Ayrancı,** s. 233

<sup>27</sup> **Ayrancı,** s. 242



ve kişi, sözleşme yapmak istediği kişiyi serbestçe tayin etme hakkına sahiptir. Bu husus da TBK’da açıkça düzenlemiş olmasa da, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü olmaksızın sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle “Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü”nün, “Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü” ile aynı çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Sözleşme yapmama özgürlüğünün kısıtlandığı hallerde, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün de kısıtlanmış olduğu söylenebilir. Zira Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanununda, idarenin ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapmak zorunda olduğu açıkça belirtildiği gibi, tekel durumundaki işletmeler de şartlara uygun bir biçimde kendisine öneride bulunan herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar.

#### IV. ÖZEL HUKUK AÇISINDAN, OTOMATİK KATILIM SÖZLEŞMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. OTOMATİK KATILIM SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ ve İŞVERENİN SÖZLEŞME DÜZENLEME YETKİSİNİN HUKUKİ DAYANAĞI

Yukarıda değinildiği gibi, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu’na, 6740 sayılı kanunun 1. maddesiyle eklenen, Ek 2. maddede, “Çalışanların Otomatik Olarak Bir Emeklilik Planına Dâhil Edilmesi” hükmüne bağlanmıştır. Söz konusu maddede “*kırk beş yaşını doldurmamış olanlardan; SSGSSK’nun 4/1. maddesinin (a) ve (c) bentlerine göre çalışmaya başlayanlar, işverenin bu Kanun hükümlerine göre düzenlediği bir emeklilik sözleşmesiyle emeklilik planına dâhil edilir. İşveren, çalışanını ancak otomatik katılım için emeklilik planı düzenleme konusunda Müsteşarlıkça uygun görülen şirketlerden birinin sunacağı emeklilik planına dâhil edebilir*” denilmektedir. Konunun ayrıntılarını düzenleyen ve son değişiklikleriyle 9 Kasım 2012 tarih ve 28462 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik’in, 22/B ve 22/C maddelerinde, “*çalışanların, işverenin akdetmiş olduğu bireysel emeklilik sözleşmesi kapsamında, emeklilik planına dâhil edileceği*” ve “*sözleşme yapılacak şirketi işverenin belirleyeceği*” ifade edilmektedir.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, kanundan doğan bir zorunluluk gereği, işveren, gerçek bir kişi olan çalışan ad ve hesabına; onun hukuk alanında hüküm doğurmak üzere, koşullarını yine kendisinin belirleyeceği, özel hukuk tüzel kişisi olan emeklilik şirketlerinden biri ile “emeklilik sözleşmesi” düzenleyecektir. Söz konusu sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen ve her iki tarafın özel hukuk alanında sonuçlarını doğuran bir sözleşmedir. Sözleşme, çalışan ad ve hesabına hüküm ve sonuçlarını doğuracak olmakla birlikte, sözleşmeyi akdedenler, bir

tarafıta işveren ve diğere tarafıta emeklilik şirketidir. Sözleşmenin kurulması sırasında veya öncesinde çalışanın bu konuda bir irade beyanı bulunmamaktadır. Yani Borçlar Kanununun 1. maddesinde, sözleşmenin kurulması için aranan kurucu unsur olan, “karşılıklı ve uygun irade beyanı” çalışan açısından eksik kalmaktadır.

Kural olarak borç ilişkileri, sadece borcun taraflarını ilgilendiren ilişkilerdir. Borç ilişkilerinin ve sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereği, bu ilişkiden doğan hak ve borçların, taraf olanlar dışında, üçüncü kişileri etkilememesi gerekir. Borç ilişkisinin üçüncü kişilere de etkili olmasını sağlayan, kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanan istisnalar da mevcuttur. Kanundan doğan istisnanın örneği olarak; TMK m.194’de yer alan “aile konutuyla ilgili kira sözleşmeleri” ve TMK m. 1009 hükmü gereği “tapuya şerh edilen kira sözleşmeleri” verilebilir. Borç ilişkilerinin yani sözleşmelerin nisbiliği kuralına, tarafların iradeleri ile bir istisna getirilmesinin örneği ise TBK m. 129’da ifade bulan “*kendi adına sözleşme yapan kişinin, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurması*” halidir. Bu durumda sözleşme yapan kişi, “*edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir.*”<sup>28</sup> Üçüncü kişi yararına sözleşmede, yine, alacaklı ve borçlu olmak üzere iki taraf vardır. Ancak, alacaklı, ifanın kendisine değil de, bir başka üçüncü kişiye yapılmasını istemektedir. Yani, taraflardan birinin, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü bir kişiye edada bulunmayı taahhüt etmesi halinde, üçüncü kişi yararına sözleşmeden bahsedilir. Üçüncü kişi yararına sözleşme, satım, kira, bağış sözleşmesi gibi bağımsız bir sözleşme tipi olmayıp, asıl sözleşme tarafları dışında bir kişiye edimin yerine getirilmesinin üstlenildiği durumların tümünü içeren genel bir kavramdır<sup>29</sup>.

Çalışanın bu yönde bir irade beyanı olmaksızın ve sadece onun hukuk sahasında hukuki sonuç doğurmak üzere, işverenleri tarafından, çalışan ad ve hesabına bir emeklilik şirketi ile düzenlenen emeklilik sözleşmesini, yukarıda belirtilen üçüncü kişiler üzerine etkili sözleşmeler veya üçüncü kişi yararına sözleşmeler kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Zira her iki halde de, sözleşmenin asli edim yükümlülükleri, sözleşme kurulması konusunda kurucu irade beyanında bulunarak sözleşmeyi akdeden taraflardır. Ancak kanun hükmü veya sözleşme gereği, gerekli şartlar oluştuğunda sözleşme ya üçüncü bir kişi üzerinde de etki doğurmakta, ya da üçüncü bir kişi edim yükümlülüğünün ifasını talep hakkına sahip olmaktadır.

<sup>28</sup> **Kılıçoğlu, Yılmaz Kumru:** Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 1761 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/372513>, Erişim Tarihi: 2.9.2018)

<sup>29</sup> **Kılıçoğlu/Yılmaz,** s. 1762

Oysa çalışanın otomatik katılım yoluyla bireysel emeklilik sistemine dâhil edilmesini sağlayan emeklilik sözleşmesinin kurulması yönünde emeklilik şirketi ile karşılıklı irade beyanında bulunan işverenin bu sözleşme nedeniyle edimler açısından herhangi bir hak ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim işveren sözleşme düzenlenecek emeklilik şirketini seçme [BESHY m. 22/C(1)], onunla sözleşme imzalama [BESHY m. 22/B(1)], sözleşme kapsamında emeklilik planını belirleme [BESHY m. 22/B(1)] ve emeklilik planını değiştirme [BESHY m. 22/J(2)] konularında, çalışanın onayına başvurmaksızın tek başına yetkilidir. Buna karşın, sözleşmeden doğan haklar kural olarak ancak katılımcı (çalışan) tarafından kullanılabilir. Bu genel kurala karşın sözleşmelerde, sistemden ayrılma ve emeklilik hakkı hariç diğer hakların katılımcı ad ve hesabına katkı payı ödeyen işveren tarafından kullanılması da kararlaştırılabilir. [BESHY m. 13/1]

Görüldüğü gibi, emeklilik sözleşmesinin düzenlenmesi konusunda kurucu irade beyanında bulunan işveren, sözleşmede taraf olarak değil, sözleşmenin tarafı olan çalışan adına beyanda bulunan bir temsilci gibi hareket etmektedir. Ancak iradi temsilde temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına bir sözleşme veya hukuki işlem yapabilmesi için, başkası adına hareket iradesi yanında ayrıca temsil yetkisine sahip olması gerekir. Niteliği itibariyle bir düzenleme (yönetme) hakkı olan temsil yetkisi, temsil olunanın temsilciye varması gereken bir irade beyanına dayanan tek taraflı bir hukuki işlem ile verilir. Temsil yetkisi, temsil olunanın temsilciye, kendisini üçüncü kişiler karşısında temsile yetkili olduğunu bildiren bir irade beyanıdır<sup>30</sup>. Ancak çalışanın bireysel emeklilik sistemine otomatik katılımını sağlayan sözleşmenin düzenlenmesi sırasında onun ad ve hesabına hareket eden işverenin, çalışan tarafından bu konuda yetkilendirilmesini sağlayan bir irade beyanı mevcut değildir. Yani buradaki temsil ilişkisi, temsil olunanın temsilciye varması gereken bir irade beyanına dayanan tek taraflı bir hukuki işlemden kaynaklanmaktadır. Bu durumda temsil olunanın yani çalışanın iradesine dayanan değil, kaynağını kanun hükmünden alan bir kanuni temsilden bahsetmek gerekir. Nitekim TBK m. 41 uyarınca, “Başkası adına ve hesabına temsil kamu hukukundan doğmuşsa, temsil yetkisinin içeriği ve derecesi bu konudaki yasal hükümlere göre belirlenir.” Sonuç olarak, çalışan adına bireysel emeklilik sözleşmesini akdeden işverenin, yetkisinin içeriği ve derecesi 4632 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelikte belirlenen bir kanuni temsile dayanmaktadır.

---

<sup>30</sup> Eren, s. 434-435

## B. OTOMATİK KATILIM SÖZLEŞMESİ ile ÖZEL HUKUKTA SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞUNUN İLİŞKİSİ

4632 sayılı Kanununun 1. maddesinde, Bireysel Emeklilik Sistemi, “gönüllü katılıma dayalı” kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesini sağlayan bir model olarak tanımlanmıştır. 2001 tarihinde yasal olarak yürürlüğe giren, ancak organizasyonel alt yapının tamamlanmasını takiben ancak 27 Ekim 2003 tarihinde fiilen uygulanmasına başlanılan sistem, 31.12.2016 tarihine kadar yasadaki tanımına uygun olarak tamamen “gönüllü katılım” modeline uygun olarak sürdürülmüştür. Ancak sistemin arzulanan düzeyde kabul görmemesi ya da yaygınlık kazanamaması nedeniyle BETYSK’na, 10.8.2016 tarih ve 6740 sayılı kanununun 1. maddesiyle eklenen, Ek 2. maddede, “Çalışanların Otomatik Olarak Bir Emeklilik Planına Dâhil Edilmesi” hükme bağlanmıştır. Yukarıda değinildiği gibi, ilgili kanun ve yönetmelik hükümlerinde, mevzuatta belirlenmiş kamu ve özel sektör çalışanlarının, işverenleri vasıtasıyla bireysel emeklilik sistemine katılması hükme bağlanmıştır.

Bireysel emeklilik sisteminin yürürlüğe girdiği 2003 yılından 2016 yılı sonuna kadar, yani katılımın tamamen gönüllü olduğu 13 yılı aşkın dönemde, katılımcı sayısı 6,6 milyon düzeyinde oluşurken, otomatik katılım uygulamasının başladığı 2017 yılında (bir yıl içinde) bunun yarısı kadar katılımcı, yani 3,4 milyon kişi otomatik olarak sisteme dâhil olmuştur. Dolayısıyla 13 yılda 6,6 milyon kişi olan katılımcı sayısı, sadece bir yıl içinde 10,3 milyon rakamına ulaşmıştır. 2017 yılında sisteme gönüllü katılan kişi sayısı ise sadece 300 bin kişi civarındadır. Yani gönüllü katılımcılarda oransal olarak sadece % 4,4’lük bir artış söz konusu iken, daha ilk yıl sonunda otomatik (bir başka deyişle zorunlu) katılımcıların sistem içindeki payı sıfırdan % 33’e ulaşmıştır<sup>31</sup>. Katılımcı sayılarındaki seyir izlendiğinde, sistemin esasen gönüllü katılım modelinden, zorunlu katılım modeline doğru evrildiği gözlenmekle birlikte, Kanununun 1. maddesindeki sistemin “gönüllü katılıma dayalı” olduğu şeklindeki tanımlama varlığını korumaktadır.

<sup>31</sup> Emeklilik Gözetim Merkezi, Şirket Bazında BES Temel Göstergeleri ( 31.12.2016 - 29.12.2017 ) ve Şirket Bazında Otomatik Katılım Temel Göstergeleri ( 29.12.2017 ) ([http://web2.egm.org.tr/webegm2/chart/besgosterge/wg\\_sirketview\\_tablolu.asp?raportar1=31.12.2016&raportar2=29.12.2017&sirketlist=26,52,95,24,25,29,23,36,34,32,42,22,45,58,33,69,82,94,100&raportip=10&yayin=W](http://web2.egm.org.tr/webegm2/chart/besgosterge/wg_sirketview_tablolu.asp?raportar1=31.12.2016&raportar2=29.12.2017&sirketlist=26,52,95,24,25,29,23,36,34,32,42,22,45,58,33,69,82,94,100&raportip=10&yayin=W)) ve ([http://web2.egm.org.tr/webegm2/chart/besgosterge/wg\\_sirketview\\_oto\\_tablolu.asp?raportar1=29.12.2017&raportar2=29.12.2017&sirketlist=26,52,95,24,25,29,23,36,34,32,42,22,45,58,33,69,82,94,100&raportip=25&yayin=T](http://web2.egm.org.tr/webegm2/chart/besgosterge/wg_sirketview_oto_tablolu.asp?raportar1=29.12.2017&raportar2=29.12.2017&sirketlist=26,52,95,24,25,29,23,36,34,32,42,22,45,58,33,69,82,94,100&raportip=25&yayin=T)) Erişim Tarihi 15.9.2018)

1.1.2017 tarihinden geçerli olarak uygulanmasına başlanan otomatik katılımın en önemli özelliği, çalışanların, bu konuda iradesine başvurulmaksızın, işverenleri aracılığı ile bireysel emeklilik sistemine dâhil edilmesidir. Çalışanın, sisteme otomatik olarak katılımın sağlanması sırasında, mevzuat hükümleri gereği, bu maksatla sözleşme akdedilecek emeklilik şirketi işveren tarafından belirlenmekte ve çalışan ad ve hesabına yapılacak olan sözleşme yine işverenin irade beyanı ile kurulmaktadır.

Daha önce belirtildiği gibi, çalışanın hukuk sahasında sonuçlarını doğuracak olan emeklilik sözleşmesinin karşı tarafı, bir özel hukuk tüzel kişisi olan emeklilik şirkettir. Dolayısıyla özel hukukun temelini teşkil eden, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkesine 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.

Bu bağlamda, çalışan açısından, işvereni aracılığı ile “bireysel emeklilik sözleşmesi yapma zorunluluğu”nun önceki bölümde incelediğimiz özel hukuktaki sözleşme yapma zorunluluğu doğuran durumlarla karşılaştırılmasında yarar bulunmaktadır. İlgili bölümde belirtildiği gibi, özel hukukta sözleşme yapma zorunluluğu, dürüstlük kuralından, kanundan veya sözleşmeden doğabilir.

Esasen tarafların daha önce karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklayıp üzerinde uzlaştıkları serbest iradelerine dayandığı için (satış vaadi sözleşmesi veya şufa, vefa ve iştirah hakları gibi) “Anlaşmadan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Zorunluluğu” durumunda, sözleşme özgürlüğünün doğrudan ve tam olarak sınırlandırılmışı söylemek mümkün değildir. “Dürüstlük kuralı” ve “kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu” durumlarının ise çok belirgin ortak noktaları bulunmaktadır.

Daha önce belirtildiği gibi, tam irade serbestisinden, sözleşme kurma zorunluluğuna doğru evrilen ve kapsamı genişleyerek benimsenen hukuki anlayışının temel nedeni sözleşme anlayışının hızla gelişmesidir. Yeniden şekillenen sosyal, ekonomik ve politik gelişmelere uygun olarak, toplum katmanları arasındaki menfaat dengelerini yeniden düzenleme gereği doğmuş; irade oluşumu ve sözleşmenin kuruluşu gibi olgular kişiler üstü bir düzlemde tanımlanmaya başlanmıştır. Dolayısıyla işçi ve tüketiciyi temsil eden kuruluşların ekonomik ve sosyal yapının bütünü içinde üstlendikleri roller ve ağırlıkları, bağımsız ve korumasız bireyin hukuk öznesi olarak sözleşme ilişkilerindeki pozisyonunu yeniden belirlemiştir. Özel hukukta

temel ilke sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte, sözleşme yapma zorunluluğu doğuran durumlar incelendiğinde, tümündeki ortak paydanın:

**“kendisiyle sözleşme kurulmak istenen hakim 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”**

anlaşılmaktadır<sup>32</sup>. Bu düşünceden hareketle sözleşme kurma zorunluluğu doğuran durumların şu dört unsuru barındırdığı söylenebilir: a) Sözleşmeyi kurmak isteyen tarafın hak sahibi olması, b) Kendisiyle sözleşme kurulmak istenen tarafın hâkim durumda olması, c) Hak Sahibinin Talebi, d) Sözleşme Kurma Talebinin Kabul Edilmemesinin Hukuka Aykırı Olması<sup>33</sup>.

Ancak Bireysel Emeklilik Sisteminde, otomatik katılım sağlanmasına yönelik olarak düzenlenen “emeklilik sözleşmesi”, yukarıdaki açıklanan sözleşme yapma zorunluluğu halleri ile hiçbir noktada örtüşmemektedir. Zira, burada sözleşmenin zayıf tarafı ücretli çalışan, güçlü tarafı ise bir özel hukuk tüzel kişisi olan emeklilik şirkettir. Çalışanın, hâkim durumdaki emeklilik şirketi ile emeklilik sözleşmesi kurmak gibi bir talebi söz konusu olmadığı gibi, talebi olsa dahi bu talebin reddi gibi bir durum söz konusu değildir. Tam tersine, ücretli bir çalışan, kendi ihtiyaçlarına göre dengelemek zorunda olduğu kısıtlı bütçesinin aktifinden (kanunda belirlenmiş) bir kısmını, bu yolda bir iradesi yokken, kanun hükmü ile bir özel hukuk tüzel kişisine (birikim amaçlı) devretmek zorunda kalmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan hareketle, çalışanın bireysel emeklilik sistemine otomatik katılımını sağlayan ve işvereni aracılığı ile düzenlenen “emeklilik sözleşmesi”nin, temel ilke olarak irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünün esas alındığı özel hukuk sistemimizdeki, sözleşme yapma zorunluluğu doğuran hallerden biri ile ilişkilendirilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla, çalışanın “sözleşme yapıp yapmama” özgürlüğü ile “sözleşmenin karşı tarafını belirleme” özgürlüğü, otomatik katılım sisteminde haklı bir neden yokken sınırlanmış olmaktadır.

Sözleşme özgürlüğü, Anayasamızda teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerden biri olduğuna göre, bunun hangi durum ve şartlarda sınırlandırılabilceği ayrıca incelenmelidir.

---

<sup>32</sup> Ayrancı, s. 233

<sup>33</sup> Ayrancı, s. 242

## V. ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN OTOMATİK KATILIM SÖZLEŞMESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda değinildiği gibi, irade özgürlüğünü esas alan bir temel üzerine oturan hukuk sistemimizde, bireylerin temel hak ve özgürlükleri Anayasamızın ikinci kısmındaki, 12 ila 74. maddelerinde tanımlanmış ve bunların sınırları gösterilmiştir. Anayasamızın 12. maddesinde, *“herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu”* vurgulanırken, bu temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı 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.”*

Anayasamızda teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerden biri de sözleşme özgürlüğüdür. Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti kenar başlığını taşıyan anayasanın 48. maddesinde, *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir”* denilerek, sözleşme yapıp yapmama veya sözleşmenin karşı tarafını, konusunu belirleme gibi konularda bireyin iradesinin esas olduğu, temel ilke olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasamızın 13. Maddesinde *“temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılacağı”* ifade edilmiştir. Sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. Madde ele alındığında, sözleşme özgürlüğü açısından sınırlandırma nedeni sayılabilecek bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Nitekim 48. maddenin 2. fıkrasında, sadece özel teşebbüsleri ilgilendiren bir hüküm ile *“Devletin, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı”* ifade edilmektedir.

Anayasanın 48. maddesinde özel bir sınırlama nedeninin olmaması, kuşkusuz, sınırsız bir özgürlükle, her konuda, her amaçla sözleşme yapılacağı anlamına gelmemektedir. Sınırsız ve mutlak bir özgürlük, hukuk sistematığı ve toplumsal düzen açısından mümkün olmayacağı için, hukukun genel kaideleri içinde zaten var olan ilkeler nedeniyle, hukuk tekniği bakımından bunların anayasada belirtilmesi gereksiz bir detaydır. Hakkın kötüye kullanımı, ehliyetsizlik, muvazaa gibi nedenler yanında, TBK'nun 27. maddesinde (özgür irade ile akdedilse de) sözleşmeleri hükümsüz kılacak nedenler belirtilmiştir. Burada hükümsüzlüğe yol açan sınırlar, temel hakkın normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda geçerli olan ve temel hakların nasıl

sınırlanacağı değil, bir temel hakkın “geçerlilik içeriği”nin nereye kadar uzandığının tespit edilmesini sağlayan nesnel sınırlardır. Örneğin dilekçe hakkının, nesnel sınırlılığı gereği, hakaret veya tehdit taşıyan dilekçelere izin vermesi mümkün değildir. Çünkü dilekçenin nesnel içeriğinin hakaret veya tehdit olmadan da formüle edilebilmesi mümkündür. Bunlar aynı zamanda, temel hakların koruduğu alana dışarıdan getirilmiş olmayan, hakkın kendinde mündemiç (içkin) sınırlardır. Temel hak burada sınırlanmamakta, zaten sınırlı bir şekilde doğmaktadır. Anayasal sınırlar, ancak Anayasada yer aldıkları temel hak ve hürriyet için geçerliken, içkin sınırlar, belli bir temel hak ve hürriyet için değil, hak ve hürriyetlerin tamamı için geçerli olan sınırlardır. Bu nedenle, burada anlatılmak istenen içkin sınırları, “genel anayasal sınırlar” olarak tanımlamak gerekir<sup>34</sup>.

Konumuz açısından değerlendirildiğinde, sözleşme hürriyeti bakımından nesnel ve içkin sınırlar içinde kalmak üzere, otomatik katılım yoluyla çalışan ad ve hesabına işveren tarafından akdedilen, ancak bireyin kendi özerk iradesi ile karar vermediği bir emeklilik sözleşmesinin, anayasada bir temel hak ve özgürlük olan sözleşme hürriyetini ihlal edip etmediği, incelenmesi gereken konudur.

Yukarıda değinildiği gibi, olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, Anayasamızın 13. maddesinde düzenlemiştir. 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunuyla değiştirilen yeni şekline göre, “*temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir.*” Dolayısıyla 2001 tarihinden sonra bir temel hak ve hürriyet, Anayasanın o temel hak ve hürriyet ile ilgili maddesinde sayılmayan bir sebep ile sınırlandırılmaz. 2001 Anayasa değişikliği öncesinde, sınırlama sebebi öngörülme-yen temel hak ve hürriyetlerin de sınırlandırılması mümkündür. Zira Anayasanın 13. maddesinin eski şekline göre temel hak ve hürriyetler sadece ilgili maddede sayılan “özel sınırlama sebepleri”ne dayanılarak değil, 13. maddede sayılan “kamu düzeni”, “kamu yararı” ve “genel sağlık” gibi “genel sınırlama sebepleri”ne dayanılarak sınırlandırılması mümkündür. Bu açıdan, “otomatik katılım yoluyla çalışanın iradesine başvurulmaksızın işvereni tarafından onun ad ve hesabına emeklilik sözleşmesi düzenlenmesi” yoluyla çalışanın sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasında “kamu yararı” bulunması nedeniyle, bu sınırlamanın Anayasaya uygun olduğunu ileri sürmek mümkün olmayacaktır. Zira 2001’den önce genel bir sınırlama sebebi

<sup>34</sup> Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 222



olan “kamu yararı” sebebi, 2001’den sonra sadece, 35, 39, 43, 46 ve 47. maddelerde geçmektedir<sup>35</sup>.

Anayasanın 48. maddesinde, “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*” denilmiş, ancak maddede sözleşme hürriyetinin sınırlandırılabilmesine yönelik olarak (13. maddede sınırlama için şart koşulan) özel bir sınırlama nedenine ayrıca yer verilmemiştir. İçtihat ve bilimsel görüşler incelendiğinde de, 48. maddede, sözleşme hürriyeti konusunda özel bir sınırlama nedeni olmadığı anlaşılmaktadır<sup>36</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin yayınları<sup>37</sup> ve içtihatlarında da<sup>38</sup> bu husus teyit edilmektedir.

48. maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve bu madde içeriğindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırları için önem arz eden hüküm ise şöyledir: “*Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*”. Bu hükmün, Anayasa Mahkemesi’nin konumuz ile ilgili aşağıdaki kararında olduğu gibi, bireylerin sözleşme hürriyetinin, (13. maddenin koyduğu kurala uygun olarak) sınırlandırılmasına olanak sağlayan bir neden olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde ayrıca durmak ve konuyu bu eksen üzerinde değerlendirilerek sonuca varmak gerekecektir.

#### IV. ANAYASA MAHKEMESİNDE AÇILAN İPTAL DAVASI VE SONUCU

Bir grup milletvekili, 10.8.2016 tarihli ve 6740 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle 28.3.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu’na eklenen Ek 2. maddenin iptali amacıyla, 2016/179 esas sayılı altında Anayasa Mahkemesinde dava açmıştır. Dilekçede temel hak ve özgürlüklerden olan **sözleşme özgürlüğünün** (ve ayrıca eşitlik<sup>39</sup>,

<sup>35</sup> **Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011, s. 126-127 (2011).

<sup>36</sup> **Bozkurt, Tamer:** Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle “Sözleşme Hürriyeti” Açısından Durum, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi Sayı 2008/9, s. 145 (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2008-1/21.pdf> Erişim Tarihi: 2.9.2018)

<sup>37</sup> **Arslan, Zühtü:** Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, C.19, 2002, s.142 ([http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/arslan.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/arslan.pdf), Erişim Tarihi: 15.9.2018)

<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2013/57; K. 2013/162; T. 26.12.2013, (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141212-13.pdf> Erişim Tarihi: 15.9.2018)

<sup>39</sup> Dava dilekçesinde, Anayasanın 10. maddesinde yer alan “kanun önünde eşitlik ilkesi”ne aykırılık iddiası; “5510 Sayılı Kanuna Göre Zorunlu 4/b (Bağ-Kur) Kapsamında Sigortalı Sayılanların, 4632 sayılı kanunun Ek 2. maddesinin kapsamına alınmamış olması” nedeniyle ileri sürülmüştür.

mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliğinin korunması<sup>40</sup>” gibi temel hak ve özgürlüklerin) ihlal edildiği iddiasıyla, yasanın Ek 2. maddesinin, Anayasanın 2, 7, 10, 13, 20, 35, 48, 60 ve 90. maddelerine aykırılığı nedeniyle, iptali istenmiştir<sup>41</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 28.12.2017 tarih ve 2017/176 sayılı kararında<sup>42</sup>, özellikle Anayasadaki sözleşme özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası karşısında:

“Anayasa’nın 13. maddesinde ‘*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*’ denilmektedir. Anayasa’nın 48. maddesinin birinci fıkrasında ‘*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*’ denilmek suretiyle, 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.”

denilerek, iptal talebi reddetmiştir. Yüksek mahkemece, ret gerekçesinde 2, 7, 10, 13, 48 ve 20. maddeler ile ilgili geniş bir mütalaaya yer verilirken, anayasanın 35. ve 60. maddeleri nedeniyle iptal talepleri konusunda yeterli açıklamada bulunulmamıştır.

## V. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, sözleşme hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle, 4632 sayılı kanunun Ek 2. maddesinde yer alan bireysel emeklilik sistemine otomatik katılımın iptal istemini reddederken, 48. maddenin 2. fıkrası hükmüne dayanmıştır. Yüksek mahkeme, gerekçesinde “*devlete, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirleri alma görevinin verildiği, buna göre millî*

<sup>40</sup>Dava dilekçesinde, Anayasanın 20. maddesine aykırılık iddiası, Ek 2. maddenin 5. fıkrasında yer alan şu hüküm nedeniyle söz konusu olmuştur: “Emeklilik gözetim merkezi ile bu maddeye göre yetkilendirilecek kuruluş, söz konusu verileri şirketler ile paylaşabilir. Bu verilerden kişisel nitelikte olanlar, veri sahibinin açık rızasının alınmasına gerek olmaksızın ilgili kuruluşlar arasında paylaşılabilir ve veri paylaşımı, kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmez.”

<sup>41</sup>[http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava\\_Dilekcesi/2017-176.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Dava_Dilekcesi/2017-176.pdf) , Erişim Tarihi: 15.9.2018

<sup>42</sup><http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/02/20180208-11.pdf> , Erişim Tarihi: 15.9.2018

*ekonominin gerekleri ve sosyal amaç kapsamında alınacak tedbirler nedeniyle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının mümkün olduğu*” ifade edilmiştir.

Doktrin ve içtihatla Anayasanın 48. maddesinde, sözleşme hürriyeti açısından herhangi bir sınırlama yer almadığı ileri sürülürken, Anayasa Mahkemesinin aynı maddenin 2. fıkrasındaki özel teşebbüsler ile ilgili hükmü, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına imkân verecek şekilde yorumlaması karşısında, uygun çıkarsamada bulunabilmek için hukuk metodolojisinde genel kabul görmüş olan, lafzi, gai (amaçsal) ve sistematik yorum yöntemlerine başvurmakta yarar bulunmaktadır.

Lafzi yorum yapılırken kelimelerin manasını, dolayısıyla tasvir edilen durumu yine dil vasıtasıyla ortaya koyma yöntemine yorum (metin=anlam) bilim (hermeneutik) denilmektedir<sup>43</sup>. Bu yorum yönteminde öncelikle genel kelimeler ve teknik kavramların çözümlenmesini takiben imla kuralları yardımıyla cümleler anlamlandırılır. 48. Maddenin ikinci fıkrasında “*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*” denilmektedir. Lafzi yorum açısından ele alındığında bunun bireylerin sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili olmadığı ve sadece özel teşebbüsleri ilgilendirecek bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Zira maddenin, “herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir” şeklindeki ilk fıkrası “herkes” ifadesiyle tüm bireyleri kapsarken, “teşebbüs” kelimesi ile ikinci fıkranın sadece iş hayatında girişimci olarak faaliyette bulunan bireyleri ilgilendirdiği ortadadır. Diğer taraftan, devlete özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak “tedbir alma” görevinin verilmiş olmasının:

- Bir taraftan özel teşebbüslerin gelişmesi ve onların faaliyetlerinin gerektiğinde sosyal amaçlar ve milli menfaatler doğrultusunda güçlendirilmesi konusunda,
- Diğer taraftan gerektiğinde aynı saikle yine özel teşebbüslerin sözleşme özgürlüklerinin sınırlandırılması konusunda

devlete yönelik bir yükümlülük olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, burada kelime anlamı itibarıyla olsa olsa, özel teşebbüslerin sözleşme hürriyetlerinin belli koşullarda sınırlandırılmasını sağlayacak tedbirler alınabileceği anlamı çıkartılabilir. Söz konusu cümleden, özel teşebbüslerin yararına diğer bireylerin sözleşme hürriyetlerinin sınırlandırılabilmesi sonucuna varılması mümkün görünmemektedir. Nitekim Gözler bu

<sup>43</sup> Sözer, Ali Nazım: Hukukta Yöntembilim, Beta Yayınları, İzmir, 2013, s. 40

hüküm ile ilgili olarak verdiği bir örnekte, “*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 13'üncü maddesinde öngörülen şartlar dâhilinde yapılabilir.*” demektedir<sup>44</sup>. Arslan da, “esasen Anayasanın 48. maddesinde, sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik bir düzenleme olmadığı” belirttikten sonra, söz konusu “*ikinci fıkra geniş yorumlanmazsa kamu yararına ve milli güvenliğe aykırı sözleşmelerin, anayasaya aykırılığı sorununun çıkabileceği*” görüşündedir<sup>45</sup>. Sonuç olarak, lafzi yorum açısından söz konusu 2. fıkra bireylerin sözleşme özgürlüğünü doğrudan ilgilendirmemekte, özel teşebbüslerin faaliyetlerinin sınırlarının milli güvenlik ve kamu yararı çerçevesinde düzenlenmesine olanak vermektedir.

Amaca uygunluk yorumunda, hüküm (burada 48. Madde) anlamlandırılırken metin aşılarak, normun amacı ve dayandığı temel ilkeler esas alınarak hukuka ulaşılması gerekir. Bununla ilgili münferit incelemede amacın araştırılması yasada var olan menfaatin bulunması işlemidir. Kollektif incelemede ise kuralların izole olarak değil, birbirleriyle ilişki kurularak, bütün içinde değerlendirilmesi gerekir. Amacın, hükümlerin lafzından ziyade onların gerisinde, yasanın bütününde ve ayrıca tüm hukuk düzeni içinde aranması gerekir. Gai yorumun bu aşaması, aynı zamanda sistematik yorum niteliğini taşımaktadır<sup>46</sup>.

4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 1. Maddesinde, kanunun amacı, “*kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi...*” olarak ifade edilmiştir. Aynı kanuna “otomatik katılım” düzenlemesini ekleyen 10.8.2016 tarih ve 6740 sayılı kanun tasarısının gerekçesinde de, “*Otomatik katılım uygulaması ile yurtiçi tasarruf oranının artırılması ve çalışanların çalışma döneminde sahip oldukları refah seviyesinin emeklilik döneminde de korunması için emekliliğe yönelik olarak tasarruf etmeye özendirilmesi amaçlanmaktadır.*” denilmektedir. Görülüyor ki, gerek ana kanunun, gerekse bunda otomatik katılım yönünde değişiklik yapan kanunun asli amacının, bireyleri birikime yönlendirerek, sosyal güvenlik sistemini güçlendirme şeklinde “*kamu yararı*” olduğu açıktır. Dolayısıyla, otomatik katılım modelinde, genel bir kamu yararı gözetilerek, devletin gözetimi altında, bu konuda lisans sahibi emeklilik şirketleri nezdinde

<sup>44</sup> **Gözler, Kemal:** İdare Hukukuna Giriş, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012, s. 234

<sup>45</sup> **Arslan,** s.142

<sup>46</sup> **Sözer,** s. 77-80

birikim oluşturulması amacıyla ve sosyal bir tedbir olarak bireylerin sözleşme hürriyetlerinin kısıtlandığı ve bu tedbirin birer özel teşebbüs olan bireysel emeklilik şirketlerince hayata geçirildiği görülmektedir.

Ancak ne var ki, 48. maddenin “münferiden amaca uygunluk” yorumu ışığında incelenmesinde ortaya çıkan “kamu yararı” şeklinde, makul ve meşru görünen sınırlandırma sebebini, anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma sebep ve koşulları açısından yeterli görmek mümkün değildir. Zira yukarıda belirtildiği gibi, 2001 yılında Anayasamızın 13. maddesinde yapılan değişikliklerden önce, “kamu yararı” temel hak ve özgürlükler için genel bir sınırlama sebebi olarak kabul edilirken, 2001 yılındaki değişiklikler ile sadece kamu yararı genel bir sınırlama sebebi olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla, sadece 48. maddeye dayanılarak yapılacak bir münferit amaçsal yorum, otomatik katılım yoluyla bireylerin sözleşme hürriyetinin kısıtlanabilmesine olanak sağlamayacaktır. Ancak 48. Maddeyi izole etmeden, sistematik yorum yöntemine de başvurarak, diğer temel hak ve özgürlüklerle ilişkilendirerek ele aldığımızda Anayasanın bütünlüğü içinde bir değerlendirme yapmak mümkün olacaktır.

Anayasanın ikinci kısmında yer alan “Temel Haklar ve Ödevler” kendi içinde 4 bölüme ayrılmıştır. Bunlardan ilki, yani Birinci Bölüm “Genel Hükümler” başlığını taşıırken, İkinci Bölüm “Kişinin Hakları ve Ödevleri”, Üçüncü Bölüm “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler”, Dördüncü Bölüm ise “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlığını taşımaktadır. Bireylerin çalışma ve sözleşme hürriyetlerini güvence altına alan 48. madde, Üçüncü Bölümde “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” kapsamında yer almaktadır. Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında güvence altına alınan diğer bir temel hak, 60. maddenin kenar başlığında ifade bulan “*Sosyal Güvenlik Hakkı*”dır. Anayasanın 60. maddesine göre “*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.*” Her iki madde birlikte değerlendirildiğine şu şekilde bir çıkarsama yapılabilir: *Gerek 48. madde ve gerekse 60. madde bireylerin sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerini düzenlemektedir. 60. maddede, devlete “sosyal güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak” konusunda görev yüklenirken, 48. maddede de, aynı şekilde “özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma” görevi verilmiştir. Bireysel Emeklilik Kanununun temel amaçlarından biri, “kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi...” olduğuna göre, her iki hüküm birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, 48. maddede ifade bulan “özel teşebbüslerle ilgili*

tedbir alma” hükmünün, 60. maddeye atfen, “*sosyal güvenlik hakkını güçlendirme çerçevesinde, özel teşebbüsler aracılığı ile bireysel emeklilik sistemi içinde otomatik katılım modeli oluşturma*” amacıyla bağdaştığı ileri sürülebilir. Böylelikle 48. maddenin ikinci fıkrasındaki hükmü, devletin aldığı sosyal güvenlik tedbirleri kapsamında, özel teşebbüsler aracılığı ile yapılan düzenleme nedeniyle, bireylerin sözleşme hürriyetlerinin kısıtlanabileceği düşünülebilir.

Ancak bu oldukça genişletici ve kısmen zorlayıcı bir yorum olarak da değerlendirilebilir. Zira, “sosyal dayanışmayı dışlayan bir model olarak Bireysel Emekliliğin, aslında kamusal sosyal güvenliği tamamlayıcı bir özellik taşımadığını<sup>47</sup>; devletin neoliberal politikalar sonucu, bireysel emeklilik yoluyla sosyal güvenlik hizmetlerini özelleştirerek, bu görevinden yavaş yavaş uzaklaştığını<sup>48</sup> ve yaslanılan kuram ve ideolojinin doğal bir sonucu olarak, sistemin ekonomik amaçlarının, sosyal amaçların önüne geçtiğini<sup>49</sup>” ifade eden görüşler de mevcuttur.

Bir üst paragraftaki eleştiriler göz ardı edilerek, devletin aldığı sosyal güvenlik tedbirleri kapsamında, özel teşebbüsler aracılığı ile yapılan düzenleme nedeniyle, bireylerin sözleşme hürriyetlerinin kısıtlanmasında anayasal bir engel olmadığı görüşü benimsendiğinde, Anayasanın 13. maddesi gereği yeni bir değerlendirme yapılarak, nihai sonuca ulaşmak gerekecektir. Çünkü Anayasanın 13. maddesinde, sadece “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” denilmekle yetinilmemiştir. Ayrıca, sınırlama için anayasanın ilgili maddesinde bu konuda bir sebep bulunsa ve sınırlama için bir kanuna dayanılsa bile, ikinci cümlede sınırlamanın, “*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı*” şart koşulmuştur.

Bu durumda, yorum yöntemleri yardımıyla yaptığımız değerlendirme sonucu, Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan sözleşme hürriyetinin, aynı maddenin 2. fıkrasındaki özel teşebbüslerle ilgili hükmün, 60. maddedeki “sosyal güvenlik hakkı” ile ilişkilendirilmek

<sup>47</sup> Çelik, Aziz: Zorunlu Bireysel Emeklilik Sistemi: Sosyal Sigorta Değil Riske Dayalı Bir Tasarruf Macerası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 345, Ankara, 24.2.2017, s. 55, 56 (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/606.pdf> Erişim Tarihi: 10.9.2018)

<sup>48</sup> Çımrın, Füsün /Durdu, Zafer: Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sisteminin Dönüşümü ve Bireysel Emeklilik Sistemi, Hak-İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt: 4, Yıl: 4, Sayı: 8 (2015/1), s. 60 (<http://dergipark.gov.tr/hakisderg/issue/7582/99531> Erişim Tarihi 5.9.2018)

<sup>49</sup> Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 791

suretiyle, sınırlandırılabilirliği bir veri olarak kabul edildiğinde, 13. maddenin 2. cümlesindeki koşulların da yerine gelip gelmeyeceği incelenmelidir.

Buraya kadar çeşitli yorum yöntemlerine göre yaptığımız değerlendirmeler sonucunda, sözleşme hürriyetinin özüne dokunulmadan ve kanunla sınırlandırıldığını ve yine yaptığımız lafzi ve amaçsal yorum neticesinde bunun Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine aykırı olmadığını veri olarak kabul edebiliriz. Burada özellikle üzerinde durulması gereken, sınırlamanın “ölçülülük” ilkesine aykırı olup olmadığıdır.

**Ölçülülük ilkesi**, temel bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasında başvuru aracının, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, “**elverişlilik**”, “**gereklilik**” ve “**oranlılık**” şeklinde üç alt ilkeye ayrılmaktadır. **Elverişlilik ilkesi**, sınırlamada başvuru aracının, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder. Bunun içinse, sınırlamada başvuru tedbirin ulaşılmak istenen sonuca bir katkıda bulunması gerekir. Daha başlangıçta öngörülen tedbirin hedeflenen amacın gerçekleşmesine bir katkıda bulunmayacağı anlaşılıyorsa, düzenlemenin elverişlilik ilkesine, dolayısıyla da ölçülülük ilkesine, nihai olarak da Anayasanın 13'üncü maddesine aykırı olacağı söylenebilir. **Gereklilik ilkesi**, sınırlama amacını gerçekleştirmek için en yumuşak aracın, yani temel hak ve hürriyeti en az sınırlayan aracın seçilmesini gerektirir. Buna göre, temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli aynı derecede etkili tedbirler varsa, bu tedbirlerin en yumuşağı, temel hak ve hürriyetleri en az sınırlayan tercih edilmelidir. **Oranlılık ilkesine** göre ise, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru araç ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır<sup>50</sup>.

Çalışanların, işverenleri aracılığı ile bireysel emeklilik sistemine otomatik olarak katılımını sağlamak üzere onlar ad ve hesabına işverenleri tarafından bir emeklilik şirketi ile emeklilik sözleşmesi düzenlemesinin, çalışanların sözleşme hürriyetini ihlal edip etmediği konusunda, ölçülülük ilkesi açısından şu değerlendirmeler yapılabilir. Anayasanın 13. maddesinin ilk cümlesindeki şart açısından, devletin sosyal güvenlik tedbirleri kapsamında, özel teşebbüsler aracılığı ile düzenleme yaparak, bireylerin sözleşme hürriyetlerini kısıtlamasının, uygun bir sebebe dayanılarak ve kanunla yapıldığı varsayımını takiben öncelikle Bireysel Emeklilik Sisteminin elverişli ve gerekli bir sosyal güvenlik tedbiri olup olmadığına

<sup>50</sup> Gözler, (2011), s. 133

karar verilmelidir. Doğum oranlarındaki hızlı azalma, ortalama ömrün giderek uzaması, prim tahsilatındaki güçlükler ve kayıt dışı ekonomi gibi demografik ve ekonomik faktörlerin, kamu sosyal güvenlik sisteminin mali yapısını olumsuz etkilediği bir gerçektir. Giderek daha fazla finansal açık veren Sosyal Güvenlik Kurumunun, yurttaşların emeklilik döneminde sağladığı emeklilik maaşlarının yeni yöntemlerle desteklenmesi gerektiği konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bir taraftan prim oranları aynı kalırken, diğer taraftan ortalama ömrün uzaması nedeniyle hem çalışan genç nüfusun primleriyle maaşı karşılanan emekli sayısı artmakta ve hem de maaş ödeme süresi uzamaktadır. Bu nedenle otomatik katılım yoluyla bireysel emeklilik sistemine katılımın, çalışanların emeklilik döneminde refah düzeyini koruyabilmek ve sosyal güvenlik sistemine destek sağlamak açısından **elverişli bir araç** olduğu söylenebilir.

Ancak, sosyal güvenlik sisteminin bütünü bakımından, otomatik katılımın, temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için **en gerekli tedbir olduğunu söylemek güçtür**. 4632 sayılı kanunun 1. maddesinde de belirtildiği gibi, ana amaç, *“kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi...”* olduğuna göre, bu amacı gerçekleştirmek için başkaca tedbir olmaması gerekir. Oysa bu amacın gerçekleşmesi için, öncelikle sosyal güvenlik prim oranlarının gözden geçirilmesi, prim tahsilatındaki kayıpların önlenmesi, kayıt dışı işçi çalıştırma girişimlerinin engellenmesi gibi çok daha gerekli tedbirlere başvurulabileceğini söylemek de mümkündür. Kaldı ki, otomatik katılım modelinin 45 yaş altı kişiler için öngörülmesi, SSGSSK 4/1(b) kapsamındaki çalışanları kapsamaması nedeniyle ülkedeki sosyal güvenlik sisteminin bütünü açısından genellik arz eden bir tedbir olmadığı da ortadadır. Dolayısıyla, temel hak ve hürriyetleri en az sınırlayan başkaca etkili tedbirler varken, kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, otomatik katılım modelinin en gerekli tedbir olduğunu söylemek tartışmalıdır.

Diğer taraftan sosyal güvenliği sağlama görevi Anayasamızda devlete yüklenmiş bir görev iken;

- Otomatik katılım modelinin, kural olarak çalışanların katkı paylarına dayanan bir sistem olması,
- Devletin oransal küçük bir katkısına karşın, işveren katkısının hiç bulunmaması,



- Çalışanın kendi katkı paylarıyla oluşturduğu birikim karşılığında (emeklilik için yasal koşullar oluştuğunda) emeklilik şirketinin üstlendiği edim tutarın belirsiz olması; topluca veya maaş olarak geri alabileceği miktarın, emeklilik şirketi ile portföy yönetim şirketinin becerisine bağlı olması,
- Salt bir olasılık olsa bile, süre sonu birikiminin, işçinin kendi ödediği anaparanın altına düşme riski ve birikimin reel değerinin kamu emeklilik maaşına destek olacak düzeyde oluşacağı konusunda devlet garantisinin de bulunmaması

sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen “kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olma” amacı ile sınırlandırmada başvuru olan araç arasında **oranlılık bulunmadığı** izlenimi vermektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, çalışanların işverenleri aracılığı ile bireysel emeklilik sistemine katılımının, Anayasanın ilgili hükümleri dikkate alındığında, devletin sosyal güvenlik önlemleri kapsamında ve tedbir alma yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilerek, kural olarak çalışanların sözleşme hürriyetlerinin anayasaya uygun olarak kısıtlanabileceği görüşüne ulaşılmıştır. Ancak bu sonuca ulaşılırken, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde belirtildiği gibi, 48. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemenin, otomatik katılım yoluyla sözleşme hürriyetinin kısıtlanması için tek başına yeterli olmadığı, bu fıkranın ancak 60. madde ile birlikte değerlendirilerek, genişletici bir yorum ile bu sonuca varılabileceği kanaatine varılmıştır.

Bununla birlikte;

- Öncelikle sosyal güvenlik sisteminin ıslahı için (prim oranlarının gözden geçirilmesi, prim tahsilatında kayba neden olunmaması, kayıt dışılığın önlenmesi gibi) diğer gerekli sosyal güvenlik sistemini güçlendirici genel ve zorunlu tedbirlere başvurulması,
- Otomatik katılımı işveren katkısının sağlanması
- Otomatik katılım sisteminde çalışanların düzenli olarak ödediği katkı payları karşısında, emeklilik şirketlerinin süre sonunda, anaparanın altına düşmeyecek ve hatta enflasyon karşısında erimeyecek reel bir edim taahhüdünün olması ve bunun devlet garantisi ile desteklenmesi
- Gerekirse iş kolu düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmeleri veya işyerinde yapılacak oylamalarla çalışanların iradesine başvurulması

gibi tedbirlerle, varılmak istenen amacın desteklenmesi gerekir. Zira devlete yüklenmiş pozitif bir görev olan “sosyal güvenlik” sisteminin asli amacının “yurttaşlara güvenli bir gelecek sağlamak” olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunun tamamlayıcısı bir tedbir olarak öngörülen otomatik katılımın, bireylere emeklilik dönemi için düzenli ve kararlı birikim oluşturma imkânı sağlamak yanında, bu yolla oluşan birikimlerin emekli maaşlarını destekleyici düzeyde yeterli ve güvenli olması gerekir. Bir başka deyişle (devlet katkısı dışında) sadece çalışanın kendi birikimlerinden oluşan, işveren katkısı ile desteklenmeyen, emeklilik dönemi için taahhüt ve garanti edilen bir edim içermeyen sistemin, kamu emeklilik sistemini destekleyen bir sosyal güvenlik tedbirinden çok, emeklilikte bireysel birikimi teşvik amacına yönelik, devlet destekli zorunlu bir tasarruf model olduğu düşünülebilir. Sonuç olarak yukarıda belirtilen unsurlarla desteklenmemesi halinde, otomatik katılım nedeniyle sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasında gereklilik ve oranlılık unsurları açısından ölçülülük ilkesinin ihlal edilmiş olacağı, bu nedenle sistemin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği sonucuna varmak kaçınılmaz olmaktadır.

## VI. SONUÇ

4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, gerekli kurumsal alt yapının oluşumu ve ilk emeklilik ilk planlarının onaylanmasıyla birlikte 27 Ekim 2003 tarihinde fiilen uygulanmaya başlanmıştır. 4632 sayılı Kanunla yürürlüğe konulan sistem, ülkemiz sosyal güvenlik sistemine, bireysel tasarrufa ve özel sigorta tekniğine dayalı, emeklilik fon sistemini dâhil etmiştir. 31.12.2016 tarihine kadar, yasadaki tanımına uygun olarak tamamen “gönüllü katılım” modeline uygun olarak sürdürülen sistemin arzulanan düzeyde yaygınlık kazanamaması nedeniyle BETYSK’na, 10.8.2016 tarih ve 6740 sayılı kanunun 1. maddesiyle eklenen, Ek 2. maddede, “Çalışanların Otomatik Olarak Bir Emeklilik Planına Dâhil Edilmesi” hükme bağlanmıştır. Bu değişiklik ile mevzuatta belirlenmiş kamu ve özel sektör çalışanlarının, işverenleri vasıtasıyla bireysel emeklilik sistemine katılması öngörülmüştür.

Ek 2. maddede düzenlenen “çalışanların otomatik olarak bir emeklilik planına dâhil edilmesi” hükmü ve yönetmelik hükümlere göre, çalışanların ücret veya maaşlarından belli bir oranda yapılacak kesintinin, özel emeklilik şirketine aktarılması esasına dayanan sisteminde, çalışanın sisteme katılım, emeklilik hesabının açılacağı şirketin seçimi ve sözleşme koşulları konusunda onayına ihtiyaç duyulmamaktadır. Sisteme katılımı sağlanan çalışan için hukuki sonuçlar doğuran sözleşmenin kurucu unsuru olan irade beyanı, çalışan tarafından değil, bağlı olduğu işveren ile özel emeklilik şirketi tarafından ortaya konulmaktadır. Dolayısıyla çalışanın

fiilen taraf olduğu ve onun hukuk sahasında sonuçlarını doğuracak olan özel hukuk kurallarına tabi bu sözleşmede çalışanın kendi kurucu irade beyanı bulunmamaktadır.

Çalışanın hukuk sahasında sonuçlarını doğuracak olan emeklilik sözleşmesinin karşı tarafı, bir özel hukuk tüzel kişisi olan emeklilik şirkettir. Dolayısıyla özel hukukun temelini teşkil eden, irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü ilkesine karşın, çalışan ne “sözleşme yapma yapmama” konusunda, ne de “sözleşmenin karşı tarafını belirleme” konusunda özgürdür. Burada çalışan açısından, kanundan doğan bir “sözleşme yapma zorunluluğu” söz konusudur. Ancak, bu zorunluluğun özel hukuktaki sözleşme yapma zorunluluğu doğuran durumlarla karıştırılmaması gerekir. Özel hukukta sözleşme yapma zorunluluğu, dürüstlük kuralından, kanundan veya sözleşmeden doğabilir. Özel hukukta temel ilke sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte, sözleşme yapma zorunluluğu doğuran durumlar incelendiğinde, tümündeki ortak paydanın, “kendisiyle sözleşme kurulmak istenen hakim 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” anlaşılmaktadır. Ancak bireysel emeklilik sistemindeki otomatik katılım modeli sözleşme yapma zorunluluğu doğuran haller ile hiçbir noktada örtüşmemektedir. Zira burada sözleşmenin zayıf tarafı ücretli çalışan, güçlü tarafı ise bir özel hukuk tüzel kişisi olan emeklilik şirkettir. Çalışanın, hâkim durumdaki emeklilik şirketi ile emeklilik sözleşmesi kurmak gibi bir talebi söz konusu olmadığı gibi, talebi olsa dahi bu talebin reddi gibi bir durum söz konusu değildir. Tam tersine, ücretli bir çalışan, kendi ihtiyaçlarına göre dengelemek zorunda olduğu kısıtlı bütçesinin aktifinden (kanunda belirlenmiş) bir kısmını, bu yolda bir iradesi yokken, kanun hükmü ile bir özel hukuk tüzel kişisine (birikim amaçlı) devretmek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla çalışan ad ve hesabına işvereni aracılığı ile düzenlenen “emeklilik sözleşmesi”nin, temel ilke olarak irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünün esas alındığı özel hukuk sistemimizdeki, sözleşme yapma zorunluluğu doğuran hallerden biri ile ilişkilendirilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. **Sonuç olarak, bu yolla çalışanın “sözleşme yapma yapmama” özgürlüğü ile “sözleşmenin karşı tarafını belirleme” özgürlüğü, otomatik katılım sisteminde haklı bir neden yokken sınırlandırılmış olmaktadır.**

İrade özgürlüğünü esas alan bir temel üzerine oturan hukuk sistemimizde, bireylerin temel hak ve özgürlükleri Anayasamızın ikinci kısmındaki, 12 ila 74. maddelerinde tanımlanmış ve bunların sınırları gösterilmiştir. Anayasamızın 12. maddesinde, “*herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu*” vurgulanırken, bu temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılabilceği 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.*” Dolayısıyla bir temel hak veya hürriyetin, Anayasanın o temel hak ve hürriyet ile ilgili maddesinde sayılmayan bir sebep ile sınırlandırılması mümkün değildir. Anayasamızda teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklerden biri de sözleşme özgürlüğüdür. Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti kenar başlığını taşıyan anayasanın 48. maddesinde, “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*” denilerek, sözleşme yapıp yapmama veya sözleşmenin karşı tarafını ya da konusunu belirleme gibi konularda bireyin iradesinin esas olduğu, temel ilke olarak kabul edilmiştir. Diğer taraftan aynı maddede sözleşme hürriyetinin sınırlandırılabilmesine yönelik olarak, özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. İçtihat ve bilimsel görüşler incelendiğinde de, 48. maddede, sözleşme hürriyeti konusunda özel bir sınırlama nedeni olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin yayınları ve içtihatlarında da bu husus teyit edilmektedir.

2001 Anayasa değişikliği öncesinde, sınırlama sebebi öngörülme-yen temel hak ve hürriyetlerin de “kamu düzeni”, “kamu yararı” ve “genel sağlık” gibi “genel sınırlama sebepleri”ne dayanılarak sınırlandırılması mümkündür. Ancak Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, artık sadece “kamu yararı” bulunması temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sebebi olmaktan çıkmıştır.

Anayasanın 48. maddesinde özel bir sınırlama nedeninin olmaması, kuşkusuz, sınırsız bir özgürlükle, her konuda, her amaçla sözleşme yapılabileceği anlamına gelmemektedir. Hakkın kötüye kullanımı, ehliyetsizlik, muvazaa gibi nedenler yanında, TBK’nun 27. maddesinde (özgür irade ile akdedilse de) sözleşmeleri hükümsüz kılacak nedenler belirtilmiştir. Burada hükümsüzlüğe yol açan sınırlar, temel hakkın normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda geçerli olan ve temel hakkın “geçerlilik muhtevası”nın nereye kadar uzandığının tespit edilmesini sağlayan nesnel sınırlardır. Bu noktada sözleşme hürriyeti bakımından nesnel ve içkin sınırlar içinde kalmak üzere, otomatik katılım yoluyla çalışan ad ve hesabına işveren tarafından akdedilen, ancak bireyin kendi özerk iradesi ile karar vermediği bir emeklilik sözleşmesinin, anayasada bir temel hak ve özgürlük olan sözleşme hürriyetini ihlal edip etmediği önem arz etmektedir.

Bir grup milletvekili tarafından 4632 sayılı BETYSK'nun ek 2. maddesinin iptali amacıyla, Anayasa Mahkemesinde açılan dava, yüksek mahkeme tarafından, “48. maddede 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” denilerek, iptal talebi reddedilmiştir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi red kararında, 48. maddenin “Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” şeklindeki 2. fıkrasına dayansa da, bu hükmün bireylerin sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasını değil, sadece özel teşebbüsleri ilgilendirecek bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Zira maddenin, “herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir” şeklindeki ilk fıkrası “herkes” ifadesiyle tüm bireyleri kapsarken, “teşebbüs” kelimesi ile ikinci fıkranın sadece iş hayatında girişimci olarak faaliyette bulunan bireyleri ilgilendirdiği ortadadır. Diğer taraftan, özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak “tedbir alma” görevinin devlete yüklenmiş bir görev olduğu ortadadır. Dolayısıyla burada lafzi yorum itibarıyla özel teşebbüslerin sözleşme hürriyetlerinin belli koşullarda sınırlandırılmasını sağlayacak tedbirler alınabileceği anlaşılırken, özel teşebbüslerin yararına diğer bireylerin sözleşme hürriyetlerinin sınırlandırılabilmesi anlamını çıkarmak mümkün görünmemektedir.

Lafzi yorumu takiben yapılacak amaca uygunluk yorumunda, 48. madde hükmü anlamlandırılırken normun amacı ve dayandığı temel ilkeler esas alınarak, kuralların izole edilmeden, birbirleriyle ilişki kurularak, bir bütün içinde değerlendirilmesi gerekir. Gai yorumun bu aşaması, aynı zamanda sistematik yorum niteliğini taşımaktadır. Bu açıdan 48. madde gibi, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığı altında güvence altına alınan diğer bir temel hakkın, 60. maddenin kenar başlığında ifade bulan “Sosyal Güvenlik Hakkı” olduğu görülecektir. Anayasanın 60. maddesine göre: “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” Gerek 48. madde ve gerekse 60. madde bireylerin sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerini düzenlemektedir. 60. maddede, devlete “sosyal güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri almak ve teşkilatı kurmak” konusunda görev yüklenirken, 48. maddede de, aynı şekilde “özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma” görevi verilmiştir. Bireysel Emeklilik Kanununun temel

amaçlarından biri, “*kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi...*” olduğuna göre, her iki hüküm birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, 48. maddede ifade bulan “*özel teşebbüslerle ilgili tedbir alma*” hükmünün, 60. maddeye atfen, “*sosyal güvenlik hakkını güçlendirme çerçevesinde, özel teşebbüsler aracılığı ile bireysel emeklilik sistemi içinde otomatik katılım modeli oluşturma*” amacıyla bağdaştırıldığı ileri sürülebilir. Böylelikle 48. maddenin ikinci fıkrasındaki hükme dayanılarak, devletin aldığı sosyal güvenlik tedbirleri kapsamında, özel teşebbüsler aracılığı ile yapılan düzenleme nedeniyle, bireylerin sözleşme hürriyetlerinin kısıtlanabileceği düşünülebilir.

Ancak bu oldukça genişletici ve kısmen zorlayıcı bir yorum olarak da değerlendirilebilir. Zira, “*sosyal dayanışmayı dışlayan bir model olarak Bireysel Emekliliğin, aslında kamusal sosyal güvenliği tamamlayıcı bir özellik taşımadığını; devletin neoliberal politikalar sonucu, bireysel emeklilik yoluyla sosyal güvenlik hizmetlerini özelleştirerek, bu görevinden yavaş yavaş uzaklaştığını ve yaslanılan kuram ve ideolojinin doğal bir sonucu olarak, sistemin ekonomik amaçlarının, sosyal amaçların önüne geçtiğini*” ifade eden görüşler de mevcuttur.

Bir üst paragraftaki eleştiriler göz ardı edilerek, devletin aldığı sosyal güvenlik tedbirleri kapsamında, özel teşebbüsler aracılığı ile yapılan düzenleme nedeniyle, bireylerin sözleşme hürriyetlerinin kısıtlanmasında anayasal bir engel olmadığı görüşü benimsendiğinde, Anayasanın 13. maddesi gereği yeni bir değerlendirme yapılarak, nihai sonuca ulaşmak gerekecektir. Çünkü Anayasanın 13. maddesinde, sadece “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*” denilmekle yetinilmemiştir. Ayrıca, sınırlama için anayasanın ilgili maddesinde bu konuda bir sebep bulunsa ve sınırlama için bir kanuna dayanılsa bile, ikinci cümlede sınırlamanın, “*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı*” şart koşulmuştur. Amaçsal yorum ile ulaştığımız varsayım sonucu, sözleşme hürriyetinin özüne dokunulmadan ve kanunla sınırlandığını ve yine yaptığımız lafzi ve amaçsal yorum neticesinde bunun Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine aykırı olmadığını veri olarak kabul edebiliriz. Ancak burada özellikle üzerinde durulması gereken, sınırlamanın “ölçülülük” ilkesine aykırı olup olmadığıdır.

Ölçülülük ilkesi, temel bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasında başvuru olan aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından

gerekli olmasını ve araçla amacın ölçsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve oranlılık şeklinde üç alt ilkeye ayrılmaktadır.

Otomatik katılım yoluyla bireysel emeklilik sistemine katılımın, çalışanların emeklilik döneminde refah düzeyini koruyabilmek ve sosyal güvenlik sistemine destek sağlamak açısından elverişli bir araç olduğu muhakkaktır. Ancak, sosyal güvenlik sisteminin bütünü açısından bunun temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için en gerekli tedbir olduğunu söylemek güçtür. 4632 sayılı Kanunun 1. maddesinde de belirtildiği gibi, ana amaç, *“kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, bireylerin emekliliğe yönelik tasarruflarının yatırıma yönlendirilmesi ile emeklilik döneminde ek bir gelir sağlanarak refah düzeylerinin yükseltilmesi...”* olduğuna göre, bu amacı gerçekleştirmek için alınabilecek başkaca tedbir olmaması gerekir. Oysa bu amacın gerçekleşmesi için, öncelikle sosyal güvenlik prim oranlarının gözden geçirilmesi, prim tahsilatındaki kayıpların önlenmesi, kayıt dışı işçi çalıştırma girişimlerinin engellenmesi gibi, sosyal güvenlik sisteminin ıslahı açısından çok daha gerekli tedbirlere başvurulabileceğini söylemek de mümkündür. Kaldı ki, otomatik katılım modelinin 45 yaş altı kişiler için öngörülmesi ve SSGSSK 4/1(b) kapsamındaki çalışanları kapsamaması nedeniyle ülkedeki sosyal güvenlik sisteminin bütünü açısından genellik arz eden bir tedbir olmadığı da ortadadır. Dolayısıyla, temel hak ve hürriyetleri en az sınırlayan başkaca etkili tedbirler varken, kamu sosyal güvenlik sisteminin tamamlayıcısı olarak, otomatik katılım modelinin en gerekli tedbir olacağını söylemek tartışmalıdır. Diğer taraftan, sosyal güvenliği sağlama görevi Anayasamızda devlete yüklenmiş bir yükümlülük iken, otomatik katılımın esas olarak, çalışanların katkı paylarına dayanan bir sistem olması, devletin oransal olarak küçük bir katkısına karşın, işveren katkısının hiç bulunmaması, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasıyla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırmada başvuru araç arasında oranlılık bulunmadığı izlenimi vermektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, çalışanların işverenleri aracılığı ile bireysel emeklilik sistemine katılımının, Anayasanın ilgili hükümleri dikkate alındığında, devletin sosyal güvenlik önlemleri kapsamında ve tedbir alma yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilerek, kural olarak çalışanların sözleşme hürriyetlerinin anayasaya uygun olarak kısıtlanabileceği görüşüne ulaşılmıştır. Ancak bu sonuca ulaşılırken, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde belirtildiği gibi, 48. maddenin 2. fıkrasındaki düzenlemenin, otomatik katılım yoluyla sözleşme hürriyetinin kısıtlanması için tek başına yeterli olmadığı, bu fıkranın ancak 60. madde ile

birlikte değerlendirilerek, genişletici bir yorum ile bu sonuca varılabileceği kanaatine varılmıştır.

Bununla birlikte;

- Öncelikle sosyal güvenlik sisteminin ıslahı için (prim oranlarının gözden geçirilmesi, prim tahsilatında kayba neden olunmaması, kayıt dışılığın önlenmesi gibi) diğer gerekli sosyal güvenlik sistemini güçlendirici genel ve zorunlu tedbirlere başvurulması,
- Otomatik katılımda işveren katkısının sağlanması
- Otomatik katılım sisteminde çalışanların düzenli olarak ödediği katkı payları karşısında, emeklilik şirketlerinin süre sonunda, anaparanın altına düşmeyecek ve hatta enflasyon karşısında erimeyecek reel bir edim taahhüdünün olması ve bunun devlet garantisi ile desteklenmesi
- Gerekirse iş kolu düzeyinde yapılan toplu iş sözleşmeleri veya işyerinde yapılacak oylamalarla çalışanların iradesine başvurulması

gibi tedbirlerle, varılmak istenen amacın desteklenmesi gerekir. Zira devlete yüklenmiş pozitif bir görev olan “sosyal güvenlik” sisteminin asli amacının “yurttaşlara güvenli bir gelecek sağlamak” olduğuna kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunun tamamlayıcısı bir tedbir olarak öngörülen otomatik katılımın, bireylere emeklilik dönemi için düzenli ve kararlı birikim oluşturma imkânı sağlamak yanında, bu yolla oluşan birikimlerin emekli maaşlarını destekleyici düzeyde yeterli ve güvenli olması gerekir. Bir başka deyişle, (devlet katkısı dışında) sadece çalışanın kendi birikimlerinden oluşan, işveren katkısı ile desteklenmeyen, emeklilik dönemi için taahhüt ve garanti edilen bir edim içermeyen sistemin, kamu emeklilik sistemini destekleyen bir sosyal güvenlik tedbirinden çok, emeklilik için bireysel birikimi teşvik eden, devlet destekli zorunlu bir tasarruf model olduğu düşünülebilir. Sonuç olarak yukarıda belirtilen unsurlarla desteklenmemesi halinde, otomatik katılım nedeniyle sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasında gereklilik ve oranlılık unsurları açısından ölçülülük ilkesinin ihlal edilmiş olacağı, bu nedenle sistemin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği sonucuna varmak kaçınılmaz olmaktadır.



## KAYNAKÇA

**Alper, Yusuf:** Sosyal Güvenlik Reformu ve Beklentiler, Sosyal Güvenlik Dergisi, Haziran 2011, Cilt 1, Sayı 1, ss. 7 – 47 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/282884> Erişim Tarihi: 5.9.2018)

**Alper, Yusuf/ İmrohoroğlu, Selahattin/Sayan, Serdar:** Türk Emeklilik Sisteminde Reform, Türk Sanayici ve İşadamları Derneği, Yayın No: TÜSİAD-T/2004-11/382, İstanbul, Kasım, 2004

Anadolu Hayat Emeklilik A.Ş., Tarihçe (<https://www.anadoluhayat.com.tr/hakkimizda/tarihce> Erişim Tarihi 2.9.2018)

**Aral, Vecdi:** Hukukta İrade Özgürlüğü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2011, Cilt 48, Sayı 1-4, ss. 249 – 282 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95938> Erişim Tarihi: 3.9.2018)

**Arslan, Zühtü:** Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, 19. Cilt (2002), ss. 139-155 ([http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa\\_yargisi/anyarg19/arslan.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/arslan.pdf), Erişim Tarihi: 2.9.2018)

**Artunç, Çiçek Ersoy:** Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Yıl 2008, Cilt 40, Sayı 57, ss. 295 – 320 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/7000> Erişim Tarihi: 3.9.2018)

**Ayrancı, Hasan:** Sözleşme Kurma Zorunluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, ss. 229-252 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/281/2554.pdf>, Erişim Tarihi: 5.9.2018)

**Bozkurt, Tamer:** Haklarında Özel Bir Sınırlama Nedeni Öngörülmemiş Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle “Sözleşme Hürriyeti” Açısından Durumu, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi Sayı 2008/9, ss. 144 -153 (<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2008-1/21.pdf>, Erişim Tarihi: 2.9.2018)

**Çelik, Aziz:** Zorunlu Bireysel Emeklilik Sistemi: Sosyal Sigorta Değil Riske Dayalı Bir Tasarruf Macerası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 345, Ankara, 24.2.2017, ss. 53-70 (<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/606.pdf> Erişim Tarihi: 10.9.2018)

**Çımrın, Füsün /Durdu, Zafer:** Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sisteminin Dönüşümü ve Bireysel Emeklilik Sistemi, Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt: 4, Yıl: 4, Sayı: 8 (2015/1), ss. 60-75 (<http://dergipark.gov.tr/hakisderg/issue/7582/99531> Erişim Tarihi 5.9.2018)

**Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

**Gözler, Kemal:** İdare Hukukuna Giriş, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2012

**Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2011 (2011).

**Gözler, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000

**Güzel, Ali /Okur, Ali Rıza /Caniklioğlu, Nurşen:** Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2016

**Kılıçoğlu, Ahmet, M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010

**Kılıçoğlu, Yılmaz Kumru:** Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, ss. 1759 – 1773 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/372513>, Erişim Tarihi: 2.9.2018)

**Kocaayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014

**Küçükyalçın, Arzu:** Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004, Cilt 53, Sayı 4, ss. 101 – 124 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/276/2498.pdf>, Erişim Tarihi: 3.9.2018)

**Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011

**Sözer, Ali Nazım:** Hukukta Yöntembilim, Beta Yayınları, İzmir, 2013

**Şenol, H. Kübra Ercoşkun:** Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 74, Sayı 2, Ocak 2016, ss. 709 – 737 (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/292465> Erişim Tarihi: 3.9.2018)

**Yaslıdağ, Beyhan:** Sigortacılık, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017