

# TİCARÎ HÜKÜMLER VE YENİ ANAYASADA YER ALMASI GEREKEN TİCARÎ HÜKÜMLERE İLİŞKİN BAZI ÖNERİLER\*

Yrd. Doç. Dr. Ozan CAN\*\*  
Yrd. Doç. Dr. H. Gökçe ZABUNOĞLU\*\*\*

---

\* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

\*\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

\*\*\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.



## Ö Z

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1(1). maddesinde, Ticaret Kanunu'ndaki hükümlerle bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümlerin, ticari hükümler olduğu ifade edilmiştir. TTK'deki düzenlemeler açısından herhangi bir tereddüt yaşanmaz iken, diğer kanunî düzenlemelerde ve bu arada Anayasada yer alan maddelerden hangilerinin ticari hüküm olduğunun tespiti önem taşımaktadır.

Anayasada yer alan birçok düzenleme TTK m.1(1) açısından ticari hükümdür. Anayasal düzenleme olması bakımından ticari hayatı doğrudan doğruya ilgilendirdiği göz önüne alındığında, anayasal ticari hükümlerin, çağdaş ticari yaşamın gereklerine yaraşır şekilde düzenlenmesi gerekir. Fakat bu yapılırken, sadece ticari işletmeler ekseninde değil, kamu yarar ve düzenini sağlayıcı, ticari yaşama katılan tüm tarafların menfaatlerini gözetici nitelikte düzenlemeler hedeflenmelidir. Ayrıca Anayasada yer alması gereken ticari hükümler, yalnızca günün koşullarını esas almamalı, yürürlükte olduğu sürece gereksinimlere yanıt verebilmelidir. Başka bir ifadeyle, Anayasadaki ticari hükümler, toplumsal ve ticari gelişmelerin önünü tıkamamalı, yürürlükte olduğu sürece değişen koşullara uyum sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Aksi takdirde dinamik bir alan olan ekonomik ve ticari sistemin geliştirilmesi sağlanamaz.

**Anahtar Sözcükler:** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, ticari hüküm, Anayasal ticari hükümler, 1982 Anayasası, yeni Anayasa.

## SUGGESTIONS CONCERNING THE COMMERCIAL CLAUSES REQUIRED TO BE INCLUDED WITHIN THE COMMERCIAL CLAUSES AND THE NEW CONSTITUTION

### ABSTRACT

*In clause 1(1) of the Turkish Commercial Code No 6102, the special clauses written in the other laws relevant with the activities and operations concerning a commercial enterprise in accordance with the provisions within the Commercial Code are commercial clauses. There is no doubt in terms of the amendments made in the Turkish Commercial Code, on the other hand it is important to determine the commercial clauses among the clauses within the Constitutional Law and other legal regulations.*

*Many regulations made within the constitutional law carry commercial clause characteristics in terms of Turkish Commercial Code Clause No 1(1). Since it is a constitutional regulation and when we take its direct effect on the commercial life into consideration, constitutional commercial clauses shall be regulated in accordance with the requirements of the contemporary commercial life. However while it has been done, not only on the axis of the commercial enterprises, the regulations shall be made protecting the benefits of all parties participating to the commercial life and shall provide public welfare and public order. In addition to this the commercial clauses to be included within the constitutional law shall not only include the conditions of today but also shall meet the requirements during its execution. In other words, the commercial clauses within the constitutional law shall not prevent the public and commercial developments and shall be in accordance with the changing conditions during its execution. Otherwise dynamic areas as economical and commercial system development shall not be obtained.*

**Keywords:** *Turkish Commercial Code No 6102, commercial clause, constitutional commercial clauses, Constitutional Law of the year 1982, New Constitutional Law.*

## I. GİRİŞ VE TİCARÎ HÜKÜM KAVRAMI

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1(1). maddesinde, Ticaret Kanunu'ndaki hükümlerle bir ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümlerin ticarî hükümler olduğu belirtilmiştir<sup>[1]</sup>. Bunun dışında, ticarî hüküm kavramı, aynı maddenin ikinci fıkrasında<sup>[2]</sup>, zamanaşımı<sup>[3]</sup> başlığını taşıyan 6. ve ticarî hükümlerle yasaklanmış işlemler ile mal ve hizmet tedarikinde geç ödemenin sonuçlarını<sup>[4]</sup> düzenleyen 1530. maddesin 1. fıkrasında düzenlenmiştir<sup>[5]</sup>.

TTK, ticarî hükümleri tanımlamamış ancak ticarî hükümlerin neler olduğunu ortaya koymuştur. Her ne kadar 1(1). maddeden yola çıkarak, ticarî hükümleri, TTK'deki hükümlerle, bir ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler şeklinde tanımlayabilir ise de bu tanım, ticarî hükümleri tam olarak açıklamaktan uzaktır. TTK dışındaki düzenlemelerde yer alan hükümlerden hangilerinin ticarî hüküm olduğunun belirlenmesi açısından ise tanımlama, önem taşımaktadır. Çünkü hâkim, ticarî işle ilgili bir uyuşmazlıkta, TTK m. 1 (2) uyarınca, öncelikle ticarî hükümleri uygulayacağından, TTK dışındaki kanunî düzenlemelerde yer alan hükümlerden hangisinin ticarî hüküm olduğunu tespit etmek zorundadır.

Kanun koyucu ticarî hükümleri belirlerken ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, TTK'deki tüm hükümler ticarî hüküm<sup>[6]</sup> iken, TTK dışındaki kanunlarda

- [1] 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesinde de “*Bu kanundaki hükümlerle, bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen her hangi bir müesseseyi ilgilendiren muamele, fiil ve işlere dair diğer kanunlarda yazılı hususî hükümler, ticarî hükümlerdir*” şeklinde düzenleme bulunmakta idi. Anılan Kanunda ticarî işletme, ticarethane, fabrika ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler şeklinde belirlendiğinden, bunları ilgilendiren muamele, fiil ve işlere ilişkin hükümlerin ticarî hüküm olarak kabul edilmekteydi. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ise, ticarethane, fabrika veya ticarî şekilde işletilen diğer müessese şeklinde bir ayırım yapmamış, ticarî işletmeyi tanımlamıştır. Ancak ticarî işletmenin her iki kanun açısından farklı bir özellik taşımadığı vurgulanmalıdır.
- [2] TTK Madde 1 (2): Mahkeme, hakkında ticarî bir hüküm bulunmayan ticarî işlerde, ticarî örf âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.
- [3] TTK Madde 6(1): Ticarî hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez.
- [4] TTK Madde 1530(1): Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticarî hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır.
- [5] Tespit edebildiğimiz kadarıyla, ticarî hüküm kavramı, mevzuatımızdaki iki yönetmelikte geçmektedir. 21.07.2011 tarih ve 28001 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretimine İlişkin Yönetmeliğin”, 5. bölümünün başlığı, ticarî hükümlerdir. Ayrıca 19.9.1996 tarih ve 27762 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan TCDD Alım Satım ve İhale Yönetmeliğinin, Alım Satım ve İhale Ön Hazırlığı başlığını taşıyan 10. maddesinde de ticarî hüküm terimi kullanılmıştır. Ancak bu düzenlemelerde ticarî hüküm kavramı tanımlanmamıştır.
- [6] Öğretide Karahan, TTK’de düzenlenen hükümleri, mutlak ticarî hükümler, diğer kanunlarda düzenlenen ticarî hükümleri ise nisbi ticarî hükümler olarak nitelendirmektedir

yer alan hükümlerin ticarî hüküm olarak değerlendirilebilmesi için bir ticarî işletmeyi ilgilendirmesi gerekmektedir.

TTK'nin 11(1). maddesinde, ticarî işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme şeklinde tanımlanmıştır. O halde, TTK dışında bir kanunda yer alıp da esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmeleri, yani ticarî işletmeleri, ilgilendiren hükümler ticarî hüküm sayılacaktır. Bütün bu açıklamalardan sonra ticarî hükümleri, ticarî işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın TTK'de yer alan hükümlerle, diğer kanunlarda yer alan ve esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan, faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmeleri ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin özel hükümler şeklinde tanımlayabiliriz.

Diğer taraftan, hangi fiil ve işlemlerin ticarî işletmeyi ilgilendirdiği hangilerinin ilgilendirmediğinin de ortaya konulması gerekmektedir. TTK'nin 1(1). maddesinde, "...bir ticarî işletmeyi ilgilendiren..." ibaresi geçmektedir. Bu ibare, bir işlem veya fiilin hangi koşullarda ticarî işletmeyi ilgilendireceği hususunda renksizdir. "*Bir ticarî işletmeyi ilgilendirme*" ibaresi, ticarî işi düzenleyen 3. maddede de aynen yer almaktadır. TTK m. 3(1)'de, "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticarî işlerdendir*" şeklinde düzenleme yer almaktadır. Her ne kadar öğretilde, "*ticarî işletmeyi ilgilendirme*" ibaresi, ticarî işi düzenleyen TTK m. 3(1) çerçevesinde ele alınıp incelenirse de, Poroy/Yasaman'ın anılan maddedeki "*ilgilendiren*" ibaresinin anlamı ile ilgili ileri sürdüğü "*normal ticarî hayat şartları altında objektif bir ölçüye göre ve bahis konusu ticarî işletme nevinden bir işletmenin fonksiyonu bakımından bir iş, doğrudan doğruya veya dolayısıyla işletme ile ilgili veya beraber getirdiği işlerden sayılabiliyorsa, o iş, tacir işletme ile ilgisi sebebiyle ticarî iştir*"<sup>[7]</sup> görüşünü, ticarî hükümlere de pekâlâ uygulayabiliriz. O halde, ister doğrudan doğruya ister dolaylı şekilde olsun, bir ticarî işletme ile bağlantısı bulunan hüküm, ticarî hüküm kabul edilmelidir.

Ayrıca, ticarî hükümlerin belirlendiği 1(1). maddede geçen "*diğer kanunlar*" ibaresini kanımızca, geniş yorumlamak gerekmektedir. Buradaki "*Kanun*" ifadesi yazılı hukuk kurallarını kapsayacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Bu bağlamda Anayasa, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, tebliğde yer alan ve bir ticarî işletmeyi ilgilendiren düzenleme de ticarî hüküm olarak

(ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHAN, S.: Ticarî İşletme Hukuku, B. 23, Konya 2012, s. 65).

[7] POROY, R./ YASAMAN, H.: Ticarî İşletme Hukuku, B. 14, İstanbul 2012, s. 78.

değerlendirilmelidir<sup>[8]</sup>. Keza ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan ve ticarî işletmeyi ilgilendiren hükümler dahi ticarî hüküm niteliği taşıyacaktır. Son olarak belirtmek isteriz ki, anılan maddede geçen “*özel hükümler*” ibaresi, “*ticarî işlere mahsus*” anlamında kabul edilmelidir<sup>[9]</sup>.

Anayasada yer alan düzenlemelerin de TTK m. 1(1) açısından ticarî hüküm olabileceği tespit edildikten sonra, şimdi 1982 Anayasasında yer alan ticarî hükümler incelenecektir.

## II. 1982 ANAYASASI'NDA YER ALAN TİCARİ HÜKÜMLER

Anayasalar, devlet ve onun temel organlarının (yasama, yürütme ve yargı) kuruluşunu, işleyişini ve devlet karşısında vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen metinlerdir<sup>[10]</sup>. Bu işlevinin yanında, devletin ekonomik ve ticarî sisteminin temeli de Anayasalar tarafından belirlenir<sup>[11]</sup>. Dolayısıyla, Anayasa, her hukuk kuralında olduğu gibi, ticarî hükümler açısından asıl kaynak niteliği taşımaktadır. Bu anlamda, Anayasadaki ticarî hükümleri, “*anayasal ticarî hükümler*” olarak nitelendirilebiliriz. 1982 Anayasası'nın 11. maddesinin 1. fıkrasına göre, Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır ve hiç kimse veya kurum Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanamaz. O halde, modern sistemi benimsemiş olan TTK'nin<sup>[12]</sup> temel kavramı olan ticarî işletmelerin kurulması ve işletilmesi, Anayasadan alınan yetki çerçevesinde mümkündür. Diğer taraftan Anayasadaki düzenlemeler, her ne kadar, bütün kanunların ve bunlarda yer alan ticarî olsun veya olmasın tüm hükümlerin üzerinde yer alsada, ticaret hukuku penceresinden bakıldığında, eğer bir Anayasa hükmü, ticarî işletmeyi ilgilendiriyorsa artık ticarî hüküm niteliği taşıyacaktır.

[8] Bu anlamda, ticarî hükümler kamu hukuku kanunlarında da yer alabilir [ÜLGEN, H. (TEOMAN, Ö. /HELVACI, M./KENDİGELEN, A./KAYA, A./NOMER ERTAN, N. F.)]: Ticarî İşletme Hukuku, B. 3, İstanbul 2009, s. 96, N. 300].

[9] POROY/ YASAMAN: s. 78.

[10] GÖZLER, K.: Hukuka Giriş, B. 9, Bursa 2012, s. 79.

[11] Her ne kadar 1982 Anayasası, devlete, sosyal ve ekonomik hayata belli amaçlarla müdahale etme yönünde çeşitli olanaklar sunsa da siyasal iktidara belli bir ekonomik sistem modelini zorlamamaktadır. Bu yönüyle Anayasamızın ekonomik politika modelleri karşısında, nispi yönden tarafsız olduğu belirtilmelidir (bkz. ÖZBUDUN, E.: “*Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika*”, Fazıl Sağlam'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 2006, s. 320; TAN, T.: Anayasal Ekonomik Düzen, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1990, C. 7, s. 165.).

[12] KARAYALÇIN, Y.: Ticaret Hukuku I, Giriş- Ticarî İşletme, B. 3, Ankara 1968, s. 71; ARKAN, S.: Ticarî İşletme Hukuku, B. 16, Ankara 2012., s. 5; AYHAN, R./ÖZDAMAR, M./ÇAĞLAR, H.: Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, B. 5, Ankara 2012, 53: BİLGİLİ, F./DEMİRKAPI, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, B. 2, Bursa 2012, s. 7.

Kavram yönünden baktığımızda, 1982 Anayasası'nda "ticarî hüküm" ibaresinin yer almadığını görmekteyiz. Ancak Anayasa'nın 4. Kısmın başlığı "malî ve ekonomik hükümler", bu kısmın ikinci bölümünün başlığı ise "ekonomik hükümler"dir<sup>[13]</sup>. "Ekonomik hükümler" ile ticarî hükümlerin kastedilip kastedilmediği belli değildir. "Ekonomik hükümler" başlığı altında 116. maddede, planlama, Ekonomik ve Sosyal Konsey; 167. maddede piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi; 168. maddede tabîî servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi; 169- 170. maddede ormanların korunması ve geliştirilmesi ile orman köylüsünün korunması; 171. maddede kooperatifçiliğin geliştirilmesi; 172 ve 173. maddede ise, tüketicilerin ve esnaf sanatkarların korunması hükme bağlanmıştır. Bunlardan planlama, piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi, tabîî servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi, kooperatifçiliğin geliştirilmesi, tüketicilerin korunmasına ilişkin hükümlerin ticarî işletmeyi ilgilendirmesi nedeniyle, ticarî hüküm olduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar ticarî işletmeyi ilgilendiren bu Anayasal hükümler, 1982 Anayasasında ekonomik hükümler başlığı altında düzenlense de, TTK m. 1 (1) açısından bunlar aynı zamanda ticarî hüküm olarak değerlendirilmelidir. O halde Anayasada yer alan ekonomik hükümlerle ticarî hükümler arasında şu bağlantı ortaya konabilir: Anayasanın ekonomik hükümler başlığı altında düzenlenmiş olan hususlardan bazıları ticarî hüküm iken, bunlardan bazıları, örneğin ormanların korunmasına ilişkin 169 ve 170. madde, ticarî hüküm niteliği taşımamaktadır. Ayrıca aşağıda ayrıntılarıyla değinileceği üzere, ekonomik hükümler kısmında yer alması da Anayasanın diğer bölüm ve kısımlarında düzenlenmiş olan bazı hükümler (örneğin, sosyal devlet ilkesini düzenleyen 2. madde, kişiliğin geliştirilmesi hakkını düzenleyen 17. madde gibi) ticarî hüküm olarak değerlendirilebilecektir.

1982 Anayasası'nda yer alan ticarî hükümler incelendiğinde, bazı hükümlerin ticarî işletmeleri doğrudan doğruya bazılarının ise dolaylı şekilde ilgilendirdiği görülmektedir. Bu yönüyle, doğrudan anayasal ticarî hükümler veya dolaylı anayasal ticarî hükümler ayrımı yapılabilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK'nin 1 (1). maddesinde geçen "ticarî işletmeyi ilgilendiren" ibaresindeki "ilgilendiren" sözcüğünü, normal ticarî hayat şartları altında, objektif bir ölçüye göre ve bahis konusu ticarî işlem nevinden bir işletmenin fonksiyonu bakımından bir iş doğrudan doğruya veya dolayısıyla işletme ile ilgili veya beraber getirdiği işler olarak sayıp, Anayasal hükümleri de bu çerçevede değerlendireceğiz. Dolayısıyla aşağıda, doğrudan veya dolaylı ayrımı yapmadan ticarî işletmeleri

[13] Anayasanın ekonomik hükümleri, ekonomik kamu hukuku başlığı altına inceleme konusu yapılmaktadır. Ekonomik kamu hukuku ticarî hükümleri de inceleme konusu yapmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TAN, T.: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2010.

ilgilendiren ticarî hükümleri ele alacağız. Ancak çalışmada ticarî işletmeleri doğrudan ilgilendiren hükümlere ayrıntılı şekilde değinilecek, dolaylı yoldan ilgilendiren Anayasa hükümlerinin ise isminin zikredilmesi ile yetinilecektir.

### 1. Kişiliğin Geliştirilmesi Hakkı

1982 Anayasası'nın 17/1. maddesine göre, herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Bu maddede belirtilmiş olan hak, kısaca kişiliğin geliştirilmesi hakkı olarak adlandırılmaktadır<sup>[14]</sup>. Kişiliğin geliştirilmesi hakkı yalnızca 17. maddede düzenlenmemiş, Anayasanın birçok yerinde bu hakka değinilmiştir. Anayasanın başlangıç kısmının 8. paragrafında, her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ifade edilmiştir. Dahası, negatif statü<sup>[15]</sup> haklarından kabul edilen kişiliğin geliştirilmesi hakkına yönelik olarak Anayasa, devlete görev yüklemiştir. Bu kapsamda, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddenin son cümlesinde, devletin, kişilerin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla görevli olduğu ifade edilmiştir.

Bu düzenlemelerin, ticarî işletmelerle ilgili, dolayısıyla, ticarî hüküm olup olmadığı hususunda tereddüt yaşanabilir. Fakat kişiliğin geliştirilmesi hakkı, tüm temel hakların kaynağı kabul edildiğinden<sup>[16]</sup>, ticarî işletme açmaya, teşebbüs kurmaya, bu çerçevede gelir elde etmeye, hukukî işlemler, özellikle sözleşmeler yapmaya izin veren diğer Anayasal hükümlerin temeli olan 17. madde, ticarî hüküm niteliğinde olduğu kabul edilebilir.

TTK'nin 11(1). maddesine göre, ticarî işletmeler gelir sağlamak amacıyla kurulur. Gelir sağlamak, kişilerin yaşamını devam ettirmesinin en önemli koşuludur. Bu çerçevede, ticarî işletmelerin kurulmalarını ve faaliyetlerinin yürütülmesini zorlaştıracak, dolayısıyla kişilik haklarının gelişmesini engelleyici nitelikteki ekonomik koşulları ortadan kaldırmaya yönelik olarak devlete görev

[14] Kişiliğin geliştirilmesi hakkına birçok Anayasada ve uluslararası metinlerde yer verilmiştir. Örneğin Federal Almanya Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında, "*başkalarının hakkını, Anayasal düzeni ve ahlaki hükümleri ihlâl etmediği sürece herkes kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir (Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt)* şeklinde hüküm sevk edilmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. GÖREN, Z.: "*Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması*", Anayasa Yargısı Dergisi, 1992, C. 92, s. 166 vd.). Yine, İtalyan, Rusya, Fransız Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de kişiliğin geliştirilmesi hakkına yer verilmiştir.

[15] Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınıflandırılması ve negatif statü haklarının tanımı için bkz. GÖZLER K.: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.2, Bursa, 2011, s. 507-516; hakların sınıflandırılmasına ilişkin tartışmalar için bkz. ZABUNOĞLU, H. G.; Türk Anayasal Sisteminde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları, Ankara, 2013, s. 10 vd.

[16] GÖREN: s. 175.

yükleyen 5. madde de, ticarî hüküm niteliği taşıyacaktır. Anayasa'nın 5. maddesine göre, Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve **sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya** çalışmaktır. Her ne kadar bu maddede “*ekonomik engeller*” ibaresi yer alsada bunu, “*ticarî engeller*” olarak da algılamak gerekir. Çünkü “*ekonomik engeller*”, “*ticarî engelleri*” de içine alan, üst bir kavramdır. O halde, bir ticarî işletmenin ekonomik ve ticarî varlığının devamına engel olacak nitelikte hükümler içeren kanunî düzenlemelere sınır getiren bu madde ticarî hüküm olarak kabul edilecektir. Diğer taraftan aşağıda da ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, özel teşebbüs kurmak, kurulan teşebbüsler aracılığıyla gelir elde etmek, kişilerin maddi varlığının gelişmesini sağlayan en önemli araçlardandır. Bu yönüyle, devlete, kişilerin maddi varlığının en önemli unsurlarından olan özel teşebbüs kurma özgürlüğünün gelişmesi için gerekli şartları hazırlama görevini yükleyen Anayasanın 5. maddesi, ticarî hüküm niteliği taşımaktadır.

## 2. Sosyal Devlet İlkesi

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Tıpkı kişiliğin geliştirilmesi hakkında olduğu gibi, ilk bakışta, sosyal devlet ilkesini düzenleyen bu maddenin ticarî hüküm olup olmadığına tereddüt yaşanabilir. Ancak kişiliğin geliştirilmesi hakkında olduğu gibi, devletin görevlerini düzenleyen 5. maddenin temeli de sosyal devlet ilkesidir. Nitekim 5. maddenin gerekçesinde, ferдин insan haysiyetine yakışır şekilde yaşamasını gerçekleştirmenin sosyal devletin bir gereği olduğu vurgulanmıştır<sup>[17]</sup>. Sosyal devlet, devletin sosyal barışı ve adaleti sağlamak için ekonomik ve sosyal hayata müdahalesini gerekli gören bir

[17] 1982 Anayasası m. 5'in gerekçesinde konu şu şekilde ifade edilmiştir: Devlet, ferдин hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferдин insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. Sosyal devlet bazılarının yanlış sandıkları veya kasten tahrif ettikleri gibi sosyalist devletle ilişkisi olmayan bir devlet anlayışdır. Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferдин hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlayan engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır. Ferдин hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir (bkz. [https://yeniAnayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli\\_1982\\_Anayasasi.pdf](https://yeniAnayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_Anayasasi.pdf)) (E.T.: 18.01. 2013).

anlayış<sup>[18]</sup> olarak kişilerin, sosyal ve ekonomik alanda insan haysiyetine yaraşır asgari bir hayat seviyesine kavuşmasını ve fırsat eşitliği ilkesi altında maddi ve manevi varlığını geliştirmesini ve devletin bu alanda yardımcı olmasını ifade eder<sup>[19]</sup>. Kısaca sosyal devlet, adil bir sosyal ve ekonomik düzen kurmayı amaç edinen devlettir<sup>[20]</sup>. Devletin ekonomik anlamda konumunu belirlemesi yanında, ticaret hukukuna, dolayısıyla ticaret hukukunun başat kavramı olan ticarî işletmelere de yön verdiği, onları çepeçevre sardığı için, sosyal devlet ilkesini düzenleyen Anayasanın 2. maddesi, ticarî hüküm niteliği taşır. Diğer taraftan, kişiliğin geliştirilmesi hakkını düzenleyen 5. madde ile sosyal devleti hükme bağlayan 2. madde birbiri ile bağlantılıdır. 5. madde ile ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama görevi devlete yüklenirken, bu görev, 2. maddedeki sosyal devlet ilkesi etrafında şekillenmektedir. Zira ekonomik özgürlüklerin tamamen serbest olduğu bir Anayasal rejimde dahi sosyal devlet ilkesi, bu özgürlükleri sınırlandırma işlevi görmektedir<sup>[21]</sup>. Her ne kadar Anayasanın 48. maddesine göre, özel teşebbüs kurmak, sözleşme akdetmek, çalışmak serbest olsa da bu hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi sosyal devlet ilkesi temelinde mümkündür. Özel teşebbüs kurmanın, en başta ticarî işletme kurmak özgürlüğünü içerdiği söylenebilir. Yine, teşebbüslerin kurulması ve faaliyetlerini yürütmesi sırasında akdedilecek sözleşmelerin ve yapılan çalışmaların, teşebbüs özgürlüğünün somut birer görüntüsü olduğu açıktır. Bu bağlamda, bir ticarî işletme çerçevesinde yapılan faaliyetlere ve sözleşmelere dahi bazı hallerde kamu yararı amacıyla sınırlandırmalar getirilmesi sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir. O halde özel teşebbüs kurma özgürlüğünü sınırlandırmanın temel gerekçelerinden olan sosyal devlet ilkesine ilişkin Anayasanın 2. maddesi<sup>[22]</sup>, ticarî hükümdür. Sonuç olarak, Anayasanın 17. maddesi çerçevesinde, sosyal devlet ilkesinin düzenlediği 2. madde, ticarî işletme faaliyetlerini sınırlandırma işlevi gördüğü için TTK'nin 1 (1). maddesi anlamında ticarî hüküm niteliği taşımaktadır.

### 3. Mülkiyet Hakkı

1982 Anayasası'nın 35. maddesinde, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği

[18] ÖZBUDUN, E., Türk Anayasa Hukuku, B. 12, Ankara 2011, s. 135.

[19] KARAYALÇIN: s. 33.

[20] GÖREN: s. 169.

[21] Nitekim Anayasa Mahkemesi, sosyal devletin ekonomik açıdan müdahaleci devlet olduğunu 20.11.2003 Tarih ve 2002/32 E. ve 2003/100 sayılı kararında açıkça vurgulamıştır (bkz. 11.8.2001 tarih ve 25550 sayılı Resmî Gazete).

[22] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKI, R.: Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008, s. 187 vd.

ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Türk Medeni Kanunu'na göre, bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir (TMK m. 683/f.2).

Türk özel hukukunu şekillendiren hükümlerden en önemlisi mülkiyet hakkının düzenlendiği 1982 Anayasası'nın 35. maddesidir. Bu hüküm, serbest piyasa ekonomisinin temeli olup<sup>[23]</sup>, özel mülkiyetin bulunduğu bir ekonomik sistemde mal ve hizmet değişimi, dolayısıyla bu değişimi sağlayan sözleşmeler ve en sonunda da teşebbüs özgürlüğü bulunur. Mülkiyet hakkının tanınmadığı bir hukuk sisteminde mal ve hizmet değişimi ve dolayısıyla, sözleşmeler ve gerçek ve tüzel kişilere ait teşebbüsler bulunamayacaktır. Çünkü ticarî işletmeler, tacirin malvarlığı içerisinde yer alan bir unsurdur<sup>[24]</sup>. Özel mülkiyetin bulunmadığı bir sistemde ticarî işletmenin mülkiyeti de tacire ait olmayacağından, ticarî işletme ile tacir arasında mülkiyet ilişkisine izin veren Anayasasının 35. maddesi ticarî hüküm niteliği taşımaktadır.

Öte yandan günümüzde, malikin kullanma ve yararlanma hakkı, başka bir deyişle, mülkiyet hakkı sınırsız ve mutlak değildir. Malik, sahip olduğu hakkı, kamu yararına aykırı olarak kullanamaz. Türk Medeni Kanunu m. 2/f.2'ye göre, hakkın kötüye kullanımı yasaktır. Dolayısıyla her hak gibi mülkiyet hakkı da dürüstlük kuralını ihlâl etmemeli ve kamu yararı çerçevesinde kullanılmalıdır<sup>[25]</sup>. Tacirin malvarlığı içinde yer alan ticarî işletmelerin ve işletme çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin de gerek kamu yararı gerek Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi temelinde sınırlandırılması mümkündür ve bu nedenle Anayasa'nın 35. maddesi, ticarî hüküm olarak kabul edilmelidir.

#### 4. Devletleştirme

1982 Anayasası'nın 47. maddesine göre, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebilir. Devletleştirme gerçek karşılığı üzerinden yapılır. Gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri kanunla düzenlenir.

Esasen, devletleştirme, mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Bu yönüyle, temel hak ve özgürlükler açısından sakınca doğurmaktadır. Devletleştirme klasik sosyal devletin araçlarından birisi olarak kabul edilmektedir<sup>[26]</sup>. Ancak

[23] TİRYAKİ: s. 68.

[24] ARKAN: s. 34.

[25] TUĞRUL, S.: Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırması, İstanbul 2004, s. 9.

[26] ÖZBUDUN: Anayasa Hukuku, s. 146. 1961 Anayasasında devletleştirmede on yılı aşmayacak biçimde eşit taksitler biçiminde ödeme kabul edilmişken 1982 Anayasası devletleştirmeyi ekonomik olarak zorlaştırmış ve taksitlendirilebilme imkânını kaldırmıştır.

her özel teşebbüs değil, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararı bulunduğu takdirde devletleştirilebilmektedir<sup>[27]</sup>. Dolayısıyla özel teşebbüslerden olan ticarî işletmelerin özel mülkiyetten kamu mülkiyetine geçişini sağlayan temel norm niteliğindeki Anayasa'nın 47. maddenin 1. fıkrası ticarî hüküm niteliği taşımaktadır.

## 5. Özelleştirme

Anayasanın 47. maddesinin 3 ve 4. fıkralarında özelleştirme düzenlenmiştir. Anayasanın ilk metninde yer almayan özelleştirme, 1999 yılında Anayasaya dâhil edilmiştir. Anılan hüküm uyarınca, Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir.

“Özelleştirme” kavramı “devletleştirme” kavramının karşıtı olup, Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özel kişilere naklini ifade etmektedir. Geniş anlamıyla özelleştirme, kamunun iktisadî faaliyetlerinin sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılmasına yönelik faaliyet olarak ifade edilmektedir<sup>[28]</sup>. Anayasa Mahkemesi ise özelleştirmeyi, kamuya ait hak ve varlıklarla para ile ölçülebilen kamu kaynaklarının, yerli veya yabancı özel kesime aktarılması şeklinde tanımlamıştır<sup>[29]</sup>. Ticaret hukuku açısından ise özelleştirme, kamuya ait olan bir işletme veya malvarlığının esnaf veya ticarî işletme mülkiyetine geçirilmesidir. Dolayısıyla herhangi bir kamu kaynağı bir ticarî işletme mülkiyetine geçtiği hallerde ticarî işletmeyi ilgilendiren bir işlem veya fiil söz konusu olmakta, böylece ticarî hüküm gündeme gelmektedir. Bu yönüyle özelleştirmeye izin veren Anayasanın 47. maddesinin 3 ve 4. fıkralarının TTK m. 1 (1) açısından ticarî hüküm olduğu açıktır.

[27] Anayasanın 47. maddesine dayanarak, 1984 yılında 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Kanun'un 2. maddesine göre, devletleştirilecek özel teşebbüsün yaptığı hizmet veya üretiminin ülke çapında kamu ihtiyacına hitap etmesi, bu hizmet veya üretimin, kontrol, rekabet, ikame veya başka yollardan sağlama imkânının bulunmaması, hizmet veya üretimin yavaşlatılması veya durdurulması halinde kamunun büyük zarar görmesi koşullarının bir arada bulunması halinde devletleştirme mümkün olabilecektir.

[28] TİRYAKİ: s. 292.

[29] AYMK, 19.6. 2002 Tarih ve 2001/33 E., 2002/56 K. sayılı karara (Kararın ayrıntısı için bkz. 17.11. 2006 tarih ve 26349 sayılı Resmi Gazete).

## 6. Sözleşme Özgürlüğü

1982 Anayasası'nın 48. maddesinin 1. fıkrasına göre, herkes, sözleşme hürriyetine sahiptir. Türk özel hukukuna egemen olan irade özerkliğinin<sup>[30]</sup> sözleşme hukukundaki en önemli yansıması, “sözleşme özgürlüğü” ilkesidir<sup>[31]</sup>. Kısaca sözleşme özgürlüğü, bireylere, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle, özel borç ilişkilerini serbestçe düzenleme yetkisi vermektedir<sup>[32]</sup>.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, mevzuatımızda tanımlanmamakla birlikte, kanun koyucu tarafından 1982 Anayasasının “Sosyal ve Ekonomik Haklar” kısmında temel bir Anayasal hak/norm olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de Anayasanın 48. maddesine göre, herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir. Bu hükme paralel olarak, yTBK m. 26'da (eBK m. 19/f.1), bir sözleşmenin içeriğinin, kanunun gösterdiği sınırlar çerçevesinde serbestçe belirlenebileceği belirtilmek suretiyle, sözleşme özgürlüğü hükme bağlanmıştır.

Sözleşme özgürlüğü 1982 Anayasasının sosyal ve ekonomik haklar kısmında düzenlense de bu özgürlüğün, aslında Anayasanın 17/I. maddesinde ifadesini bulan ve temel hak ve özgürlüklerden olan, kişiliğin geliştirilmesi hakkının bir yansıması olduğu ifade edilmektedir<sup>[33]</sup>. Kişilerin yaşamını ve maddi varlığını korumak açısından sözleşme yapma gerekliliğini ifade etmeye gerek yoktur. Dahası, manevi varlığın korunması için dahi sözleşmelerin yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla Anayasanın 17. maddesinde belirtilen ve “herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” cümlesiyle ifade edilen kişiliğin geliştirilmesi hakkı özel hukukun ve sözleşme hukukunun temel normudur.

Sözleşme özgürlüğü; genel olarak, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin şeklini ve içeriğini belirleme ile sözleşmeyi ortadan kaldırma

[30] İnsanın kendi kendini yönetme, kendi kaderini ve geleceğini bizzat belirleme ilkesine, irade özerkliği (Privatautonomie) denir. İrade özerkliği, kişilere, özel hukuk ilişkilerinde “kendi kendine kural koyma”, “kendi kanununu bizzat yapma” yetki ve gücünü verir. Kişiler, özel borç ilişkilerinde, kendi hukuk normunu koyarken daha çok sözleşmeleri kullanır. Bu yönüyle irade özerkliği, sözleşme hukukunun da temel ilkesi olarak kabul edilmektedir (Geniş bilgi için bkz. OFTINGER, K.: “Vertragsfreiheit”, FG zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, s. 316 vd.).

[31] Ancak 1982 Anayasası, irade özerkliğinden yola çıkarak sözleşme özgürlüğü yanında çalışma ve teşebbüs özgürlüğünü de düzenlemiştir (BATTAL, A.: “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I, Ankara 2001, s. 48).

[32] TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993, s. 362; TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-1, B. 6, İstanbul 2008, s. 9.

[33] Bu hususta bkz. BROX, H./WALKER, W. D.: Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl., München 2007, s. 27; FIKENTSCHER, W.: Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin-New York 1992, s. 77; AYRANCI, H.: “Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, AÜHFED 2003, C. 52, S. 3, s. 229.

veya değiştirme özgürlüğünü ifade eder<sup>[34]</sup>. Ancak sözleşme özgürlüğü sadece bunlarla sınırlı değildir. Herkes sözleşme özgürlüğü gereği, dilediği zamanda ve yerde sözleşme kurabilir.

Sözleşme özgürlüğünün kapsamı belirlendikten sonra, sözleşme özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 48. maddesinin ticarî hüküm olup olmadığı üzerinde de durmak gerekmektedir. Ticarî hükmü düzenleyen TTK'nin 1 (1). maddesinde geçen “işlemler” ibaresi ile kastedilenlerin kapsamına sözleşmelerin girdiği şüphesizdir. Çünkü bir ticarî işletmenin kurulmasından, işletmenin mal ve hizmet alımına, bu mal ve hizmetlerin tüketiciye sunulmasına kadar tüm işlemler sözleşmelerle gerçekleştirilir. Dolayısıyla bir ticarî işletmenin, faaliyeti çerçevesinde akdetmek istediği sözleşmelere izin veren 1982 Anayasası'nın 48. maddesi ticarî hükümdür.

### 7. Çalışma Özgürlüğü

Çalışma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün hükme bağlandığı 1982 Anayasasının 48. maddesinde düzenlenmiştir. Hükümün birinci fıkrasına göre, herkes dilediği alanda çalışma hürriyetine sahiptir.

Öğretide çalışma hakkına ikili bir anlam yüklenmektedir. Çalışma hakkının birinci yönü, kişilerin çalışacak bir işi olması anlamına gelirken, diğer yönü, herkesin çalışmaya hakkı olması, çalışmanın engellenmemesidir<sup>[35]</sup>. Çalışma hakkının bu ikinci yönü, kaynağını, bireyin kişiliğinde ve irade özerkliği ilkesinde bulur<sup>[36]</sup>. Bu nedenle bireylerin, çalışma hakkından tamamen feragat etmesi mümkün değildir<sup>[37]</sup>.

Anayasanın 48. maddesinin 1. fıkrasında, her ne kadar “*kisilerin dilediği alanda çalışması*” ibaresi geçse de çalışma özgürlüğü, kişinin istediği yerde ve alanda çalışıp çalışmaması, çalışılacaksa işi, işvereni, işyerini seçme ve işten ayrılma özgürlüğünü ifade eder<sup>[38]</sup>. Ayrıca kişilerin istemediği alanlarda

[34] OFTINGER: s.316; SCHNYDER, B.: Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss., Freiburg 1960, s. 72 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s. 362 vd.

[35] TİRYAKİ: s. 154.

[36] BATTAL: s. 48; TİRYAKİ: s. 154.

[37] TİRYAKİ: s. 154.

[38] BALKIR, Z. G.: “Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları, İnsan Hakları”, Korkut Tankuter (Ed.), İstanbul 2000, s. 237; ALGAN, B.: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara 2007, s. 261; TİRYAKİ: s. 155. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 6.1. 2011 tarih ve 2010/58 Esas ve 2011/8 sayılı kararında çalışma özgürlüğü herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eder. Birey bu özgürlüğünü kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alması olarak tanımlanabileceğini ifade etmiştir (kararın ayrıntısı için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110226-12.htm>).

ve konularda çalışmaya zorlanamaması da çalışma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir<sup>[39]</sup>.

Çalışma hakkının en önemli yansıması ticarî işletme açmakta kendisini gösterir. Ticarî işletmenin amacı, gelir sağlamayı hedef tutmaktır. Kişiler, devlet veya kamu tüzel kişiler bünyesinde çalışabileceği gibi, serbest meslek faaliyeti veya ticarî işletme kurarak gelir elde edebilir. Esasında ticarî işletme açmak ve işletmek, özel teşebbüs kurma özgürlüğü içinde değerlendirilse de sonuçta ticarî işletme işletmek, çalışmak, anlamına gelmektedir. Bir işletmede çalışma yapılmadan, yani faaliyet olmadan, ticarî işletmeden söz edilemez. Bu bağlamda ticarî işletme açmak ve işletmek, iç içe geçmiş olan çalışma ve özel teşebbüs kurma hakkının en önemli yansımasıdır. Sonuç olarak, çalışma özgürlüğü ve hakkına ilişkin Anayasanın 48/f.1 ile 49/f.1 düzenlemesi ticarî hüküm olarak kabul edilmelidir.

### 8. Özel Teşebbüs Kurma Özgürlüğü

Anayasanın 48. maddesinde, özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiştir. Özel teşebbüs kurma özgürlüğü, bireysel veya ortaklık biçiminde işletmeler kurma özgürlüğünü ifade eder<sup>[40]</sup>. Gerçekte özel teşebbüs kurma özgürlüğü, mülkiyet hakkının bir uzantısı niteliğinde kabul edilmektedir<sup>[41]</sup>. Çünkü mülkiyet hakkının tanındığı bir hukuk sisteminde özel teşebbüslerin kurulması ve faaliyette bulunması mümkündür. Keza teşebbüs kurma özgürlüğü, özel hukuktaki irade özgürlüğünün bir yansıması olarak da kabul edilmektedir<sup>[42]</sup>.

Özel teşebbüsler içerisinde en önemli yeri ticarî işletmeler oluşturmaktadır. Anayasanın 48. maddesinde yer verilen “teşebbüs” ibaresi, ticarî işletmeleri de içine alan üst bir kavramdır. “Teşebbüs”, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un 3. maddesinde “piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, teşebbüsleri, hemen hemen piyasadaki tüm işletmeleri kapsar nitelikte ele almıştır. Bu yönüyle, Anayasada ifade edilen teşebbüs kavramının ticarî işletmeleri de içine alacak şekilde 4054 sayılı Kanundaki anlamıyla kullanıldığı göze çarpmaktadır.

TTK açısından ise, gelir sağlamayı hedef tutan devamlı ve bağımsız faaliyetlerin yürütüldüğü tüm işletmeler ya ticarî işletme ya da esnaf işletmesi niteliğinde

[39] AKGÜNER, T.: Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri, İstanbul 1979, s. 39-40.

[40] TÜRK, H. S.: Bir Anayasa Taslağına Karşı Oy Yazısı, AÜHFD 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 10.

[41] ERDOĞAN, M.: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Ankara 2007, s. 190.

[42] BATTAL: s. 48.

olabilir. Anayasanın 48. maddesi bağlamında, ticarî hükümlerin varlık sebebi olan ticarî işletmeler, özel teşebbüs olarak kabul edilmelidir<sup>[43]</sup>. O halde ticarî işletmeyi ilgilendiren, bir bakıma ticarî işletmelerin kurulmasına, faaliyetine izin veren, Anayasanın 48. maddesinin, ticarî hüküm olduğu açıktır. Ayrıca şu belirtilmelidir ki, ticarî işletmelerin kurulmasına izin veren bu madde olmasaydı, TTK'deki hükümlerin de sevk edilmesine olanak bulunmazdı. Zira teşebbüs özgürlüğüne ilişkin Anayasa hükmü, diğer ticarî hükümlerin varlık sebebidir.

Diğer yönden 48. madde, sadece özel teşebbüs kurma hakkını tanınmamış, özel teşebbüslerin kurulması hususunda devlete de bazı görev yüklemiştir. 48. maddenin 2. fıkrasına göre, devlet, özel teşebbüslerin, milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacaktır. Örneğin, işletmelerin kredi imkânlarının geliştirilmesi için yasal düzenlemeler yapılabilir, teşvik verilebilir. Devletin bu tür tedbirleri alması Anayasal zorunluluktur. Dolayısıyla teşebbüs niteliğinde olan ticarî işletmelerin kurulması yanında bunların devamlılığının, milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınması amacıyla yapılan düzenlemelere dayanak oluşturan 48. maddenin 2. fıkrasının ticarî hüküm niteliğinde olacağı unutulmamalıdır.

## 9. Planlama

Anayasanın 166. maddesinde, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamanın, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmanın Devletin görevi olduğu, planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirlerin öngörüleceği; yatırımlarda toplum yararları ve gereklerinin gözetileceği; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınacağı ve kalkınma girişimlerinin, bu plana göre gerçekleştirileceği ifade edilmiştir.

Konu, Devletin görevleri çerçevesinde konu ele alındığında, ülkemizde, ticarî işletmelerin gerek kurulması gerek faaliyetlerinin yürütülmesinde planlamanın önemli bir rolü olduğu görülür. Zira devlet, ticarî veya sınaî alanlarda kurulacak ve desteklenecek ticarî işletmelere planlama çerçevesinde karar vermektedir. Örneğin, devlet, gelecekte nükleer enerji alanında özel sektörün de yatırım yapmasına ilişkin bir hedef belirlediğinde, bu doğrultuda gerekli yasal ve teknik altyapının oluşturulması sağlanacaktır. Bu yönüyle planlama, ticarî

[43] Bu anlamda, özel teşebbüs özgürlüğü mutlaka bir tüzel kişilik gerektirmemle birlikte bir ticarî işletmenin varlığını zorunlu kılmaktadır (TİRYAKİ: s. 164).

işletmelerin faaliyetlerini, geleceğini belirleyen bir işleve sahiptir. Dolayısıyla planlamaya ilişkin Anayasanın 166. maddesinin ticarî hüküm olduğu göz ardı edilmemelidir.

### 10. Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi

Anayasanın 167. maddesinde, devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceği, bunun yanında dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koyabileceği ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kurulu'na yetki verilebileceği ifade edilmiştir.

Piyasa, en genel anlamıyla, ticarî işletmelerin faaliyetlerinin yürütüldüğü ortamdır<sup>[44]</sup>. Rekabet açısından piyasalar, tam ve eksik rekabet piyasası olarak ayrımına tâbi tutulmaktadır.<sup>[45]</sup> Tam rekabetçi piyasaya giriş yani bu piyasada ticarî işletme faaliyetinde bulunma serbest iken, oligopol veya monopol niteliğindeki eksik rekabet piyasasında ticarî işletmelerin pazara girişi kolay değildir. Bu anlamda, piyasanın niteliği ticarî işletmelerin faaliyetlerini belirleyen en önemli etkenlerdendir. Devletin, ticarî işletmelerin faaliyette bulunduğu veya bulunmak istediği piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemesine ilişkin aldığı tedbirler, doğrudan doğruya ticarî işletmeleri ilgilendirmektedir. Diğer taraftan eksik rekabetçi piyasanın ürünü olan tekellerin de teşebbüs niteliğinde ticarî işletme olabileceği göz önüne alındığında, bu tür işletmelere yönelik kanunî düzenlemelerin dayanağı olan 167. maddenin ticarî hüküm niteliği taşıyacağı açıktır.

### 11. Tabii Servetlerin ve Kaynakların Aranması ve İşletilmesi

1982 Anayasası'nın 168. maddesinde, tabii servetler ve kaynakların hüküm ve tasarrufu, aranması ve işletilmesi hakkının devlete ait olduğu, Devletin bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebileceği, hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılmasının, kanunun açık iznine bağlı olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa, tabii servet ve kaynakların hüküm ve tasarruf hakkını devlete tanımak suretiyle, özel mülkiyeti yasaklamış ve bunlar üzerinde kamu mülkiyetini kurmuştur. Devlet arama ve işletme hakkını bizzat kullanabileceği

[44] Ekonomik anlamda ise piyasa, üretici ve tüketicinin karşı karşıya gelmesine olanak sağlayan bir oluşum şeklinde tanımlanmaktadır (bkz. DİNLER, Z.: İktisada Giriş, B. 8, Bursa 2002, s. 34).

[45] TÜRKAY, O.: Mikroiktisat Teorisi, C. 1, Ankara 1986, s. 155-156.

gibi, bu hakkı, belli süre için ticarî işletmelere de devredebilir. Ancak işletme hakkı devredilebilirken, özelleştirilme mümkün değildir. O halde tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesinin ticarî işletmeler aracılığıyla yapıldığı hallerde, doğrudan doğruya uygulanacak olan 168. maddenin ticarî hüküm olduğundan şüphe edilemez.

## 12. Kooperatifçiliğin Geliştirilmesi

Anayasanın 171. maddesinde, Devletin millî ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Kooperatifler, temel olarak, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 1. maddesinde, kooperatif, tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklar şeklinde tanımlanmıştır. Gerçekte kooperatifler, Türk Ticaret Kanunu'nun 124 (1). maddesine göre, bir ticaret şirketi çeşidi olarak sayılmıştır. TTK m. 1(1) gereğince, TTK'de düzenlenen hükümler ticarî hüküm olduğundan, 124. madde, ticarî hüküm niteliği taşımaktadır. Bu noktada, kooperatiflerin kurulmasına izin veren, yani bir bakıma TTK'nin 124(1). maddenin temeli olan 171. maddenin ticarî hüküm niteliğinde olduğu göz ardı edilemez. Diğer taraftan 171. madde, kooperatifleri değil, kooperatifçiliği esas aldığından, kooperatiflerin de çoğunun da ticarî işletme işlettiği göz önüne alındığında, bu hükmün, ticarî hüküm olarak niteliği daha da belirginleşecektir.

## 13. Tüketicilerin Korunması

Anayasanın 172. maddesinde, Devletin, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alacağı, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik edeceği hükme bağlanmıştır. Doğrudan doğruya tüketicinin korunmasını hedefleyen bu hükmün, ilk bakışta, ticarî işletmeleri ilgilendirmediği, dolayısıyla ticarî hüküm olmadığı savunulabilir. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde hükme bağlanan ve kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eden satıcı ile kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eden sağlayıcının işletmesi pekâlâ ticarî işletme niteliğinde olabilir. Dolayısıyla tüketicilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlerin ve koruyucu girişimlerin muhatabı olan tacirin faaliyeti de ticarî işletme faaliyeti

niteliğinde olacağından, ticarî işletmeleri ilgilendiren bu hükmün ticarî hüküm olduğu söylenmelidir.

#### 14. Anayasada Yer Alan Diğer Ticarî Hükümler

Yukarıda ayrıntılarıyla ifade edilen düzenlemeler dışında, sağlık işletmelerinin kuruluşuna izin veren 56. madde, toplu konut teşebbüslerini düzenleyen 57. madde, radyo ve televizyon istasyonlarının kuruluşu ve işletilmesini düzenleyen 133 maddenin 1. fıkrası, basın yayın işletmelerinin kurulmasına izin veren 28. madde, eğitim öğretim işletmelerinin kurulmasını düzenleyen 42. madde, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasının kolaylaştırılmasını düzenleyen 45. madde ve siyasi partilerin ticarî faaliyette bulunamayacaklarına yönelik 69/2. madde, ortada bir ticarî işletme faaliyeti bulunduğu noktada ticarî hüküm niteliği taşıyacaktır. Zira anılan düzenlemeler bir bakıma bu alanlarda ticarî işletme açılmasına izin veren yani ticarî işletmeler için kaynak norm niteliği taşımaktadır.

### III. YENİ ANAYASADA BULUNMASI GEREKEN TİCARİ HÜKÜMLER

1982 Anayasası'nda yer alan ticarî hükümlere yukarıda kısaca değinildi. Anayasalar, ticarî hayatın temel yapısını belirleyen hukukî metinlerdir. Çünkü anayasal ticarî hükümler, ticarî hükümlerin ana kaynağı olan Ticaret Kanunu'nu da etkilemekte, ona yön vermektedir. Bu nedenle, yeni Anayasada bulunması öngörülen ticarî hükümlerin hukukî açıdan yerinde düzenlemeler içermesi gerekmektedir. 1982 Anayasası ekonomik hak ve özgürlükler arasındaki ayrımı net olarak ortaya koymamış, hak ve özgürlüğü eş anlamlı olarak kullanıldığından uygulamada birçok sorun yaratmıştır<sup>[46]</sup>. Bu çerçevede ilk yapılması gereken, ekonomik haklar ve ekonomik özgürlükler arasındaki ayrımının net olarak ortaya konmasıdır<sup>[47]</sup>. Ekonomik haklar ferdi devletten alacaklı kılmakta iken, ekonomik özgürlükler, negatif anlamda tanımlanır ve devletin bu alana hiçbir müdahalede bulunmaması şart koşulur. 1982 Anayasası'nda bu ayrım gözetilmemiş, hak ve özgürlük kavramları teknik olarak yanlış kullanılmıştır<sup>[48]</sup>.

[46] Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. SAVAŞ, V. F.: "Yeni Anayasa İçin Ekonomik Anayasa Önerileri", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1994, C. 11, s. 216 vd.

[47] 1982 Anayasası ekonomik hak ve özgürlükler arasındaki ayrımı net olarak ortaya koymamış, hak ve özgürlüğü eş anlamlı olarak kullanılmıştır (SAVAŞ: s. 216).

[48] SAVAŞ: s. 216.

O halde Anayasa yapılırken hak ve özgürlük açısından yaklaşım belirli olmalı ve hak ve özgürlük ayrı ayrı düzenleme konusu yapılmalıdır<sup>[49]</sup>.

Anayasada yer verilmeyen bir hak ve özgürlüğe hiyerarşik açıdan daha alt düzenlemeler ile cevaz verilmesi mümkün olmayacağından, Anayasadaki hükümlerin çok dikkatle ve yerinde tespit edilmesi gerekir<sup>[50]</sup>. Bu bağlamda, aşağıda, ticaret hukuku bakış açısıyla, yeni Anayasada bulunması gereken ticarî hükümlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

## 1. Genel İlkeler

Her hukukî düzenleme gibi Anayasalar da yapılırken temel ilkelere hareket edilir. Yeni Anayasanın ticarî hükümler açısından temel ilkelerinin de belirlenmesi gerekir. İnceleme konumuz açısından ifade etmek gerekirse, ticarî hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin sağlanması yeni Anayasada gözetilmesi gereken en önemli ilke olmalıdır. Günümüzde devlet, bir taraftan hak ve özgürlüklerin koruyucusu iken, diğer taraftan bu hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak bir tehlike oluşturmaktadır<sup>[51]</sup>. Bu nedenle ticarî hak ve özgürlüklerde bu iki olgunun göz önünde bulundurulması ve bunlar arasında bir dengenin sağlanması gerekir. Aşağıda, yeni Anayasada yer alacak ticarî hükümler tespit edilirken gözetilmesi gereken ilkelere yönelik önerilerimiz sıralanmıştır.

1. Anayasalar sadece kabul edildiği dönemin bakış açısını yansıtmamalı, geleceğe yön veren metinler olmalıdır<sup>[52]</sup>. Bu bağlamda Anayasada yer alan ticarî hükümler, modern ticaret hukuku ilkelerini içerirken, yürürlükte kalacağı her dönemdeki ticarî gelişmelerini kucaklayacak hükümler barındırmalıdır.

[49] Buna karşın Savaş, yeni Anayasada ekonomik hakların yer almaması, bunların kanunla düzenlenmesinin uygun olacağını ileri sürmektedir (s. 218). Kanaatimizce yeni Anayasanın, çerçeve niteliğinde de olsa, hak ve özgürlükler açısından düzenleme yapması yerinde olur. Çünkü hak ve özgürlüklere devlet müdahalesinin sürekli gündemde olduğu ve tartışıldığı ülkemizde, kişi hak ve özgürlüklerine devlet müdahalesinin etkin şekilde önlenmesi bu şekilde daha kolay olacaktır. Anayasaların, devlet yetkilerini sınırlandıran temel metinler olduğu göz önüne alındığında, hak ve özgürlükler açısından ayrıntılı düzenlemelerin yapılması, Anayasa koyucunun konuya verdiği önemi vurgulaması açısından da yerinde olacaktır.

[50] Anayasada yer alması gereken ekonomik ve ticarî hak ve özgürlüklere ilişkin bir öneri için bkz. YERELİ, A. B.: “Yeni Türkiye Cumhuriyeti Anayasası İçin Bir Ekonomik Anayasa Önerisi”, (<http://yunus.hacettepe.edu.tr/~aby/Ekonomik%20Anayasa%20Onerisi.pdf>). (E.T. 18.01. 2013).

[51] ÇİMEN, A.: s. 26.

[52] Şen, bunu, değişikliğe uğratılmaksızın uzun süre uygulanacak istikrarlı bir anayasa olmalı şeklinde ifade etmektedir (bkz. ŞEN, E.: “Yeni Anayasa Önerisi”, s. 3). (<https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/prof-ersan-sen.pdf>) (E.T. 18.01. 2013).

2. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girdiği göz önüne alındığında, anılan kanunun genel ilke ve kurumları ile çelişmeyecek Anayasal hükümlerin belirlenmesi gerekir. Bu çerçevede, Anayasada yer alması düşünülen ticarî hükümler, ticaret hukukunun üzerinde yükseldiği hız, güven, şeffaflık, kurumsal yönetim, güçlü sermaye yapısı gibi ilkeleri kucaklayıcı hükümler olmalıdır<sup>[53]</sup>.
3. Yeni Anayasada yer alacak ticarî hükümler, sadece ticarî işletmelerin çıkarlarını değil, ticarî yaşama katılan tüm tarafların kolektif çıkarlarını gözetmelidir. Bu bağlamda ticarî işletmelerin gelir elde etme amacıyla hareket ettiği göz ardı edilmemeli ancak gelirin devamı için ticarî yaşamın diğer tarafındaki talep edenlerin, yani müşterilerin, tüketicilerin de korunmasındaki dengenin kurulması önem arz etmelidir.
4. Yeni Anayasada yer alacak ticarî hükümler, serbest piyasa ekonomisinin temelleri üzerinde yükselmeli, ancak bu işleyişi engelleyici nitelikteki ticarî işletme birleşmelerini, tekelleşmeyi önleyici; dolayısıyla tam rekabet piyasasını hedefleyici bir bakış açısını taşımalıdır.
5. Ticarî işletmelerin sadece yerel değil, dünya ölçeğinde mal ve hizmet üretmesini sağlamalarını temin eden ve onların dünya ticaretinde de önemli aktörler olmasını temin edecek ticarî hükümler hedeflenmelidir.
6. Yabancı ticarî işletmelerin de ülkedeki faaliyetine izin verilmeli ancak ekonominin milli olmadığı bir noktada ticarî faaliyetlerin de milli olmasının beklenemeyeceği göz önüne alındığında, dünya ölçeğinde faaliyette bulunan ticarî işletmeler karşısında yerel ticarî işletmelerin korunmasına özel bir önem verilmelidir. Bu anlamda millî ticarî hayatın ve millî ticarî işletmelerin korunması ve geliştirilmesini sağlayıcı ticarî hükümler mutlaka yeni Anayasada yer almalıdır.

## 2. Özgürlüklerin Sınırlandırılmasına İlişkin İlkeler

Anayasalarda özgürlüklerin sınırlandırılması önemli bir sorun teşkil etmektedir. Anayasalar, bir taraftan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini devlete karşı koruyup devlet yetkilerini, diğer taraftan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır. Çünkü sınırsız bir özgürlük yoktur. Bu nedenle Anayasa alanında, özgürlüklerin ve sınırlamaların sınırının ne olacağı, sürekli tartışma konusu yapılmaktadır<sup>[54]</sup>.

[53] Türk Ticaret Kanunu'nun üzerinde yükseldiği temel ilkeler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. "Türk Ticaret Kanunu'yla Dünya Ligine", <http://www.turmob.org.tr/> (E. Tarihi: 18.01. 2013).

[54] Bkz. ALGAN: s. 278.

Yeni Anayasa sürecinde bu konuda iki temel soruya yanıt bulunmalıdır: Bunlardan birincisi, Anayasada temel hak ve özgürlükleri kapsar nitelikte genel sınırlandırma nedenlerine ilişkin özel bir düzenleme olup olmayacağı, ikincisi ise, özel bir düzenleme olmayıp da her bir özgürlük için özel sınırlandırma sebebi öngörülecek ise, bunlar neler olmalıdır?

Bilindiği üzere, 1982 Anayasasının 13. maddesinde, 2001 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar, genel sınırlandırma sebepleri ayrıntılı şekilde yer almakta idi<sup>[55]</sup>. 2001 yılında Anayasa değişikliği yapılmış ve bu değişiklik temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda önemli sonuçlar doğurmuştur<sup>[56]</sup>. Anayasasının 13. maddesinde yapılan değişiklikten sonra temel hak ve hürriyetler, özerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasasının ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilecek, bu sınırlamalar, Anayasasının sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

Bu değişiklikten sonra oluşun hukukî durumu hakkında öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür: Bir görüşe göre, ilgili maddede herhangi bir sınırlandırma sebebi öngörülmeven özgürlükler, örneğin sözleşme özgürlüğü, artık değişiklikten sonra sınırlandırılmayacaktır<sup>[57]</sup>. Buna karşın bazı yazarlar, herhangi

[55] Anayasasının 13. maddesinin değişiklikten önceki hali şu şekilde kaleme alınmıştır: Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasasının ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasasının sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunlarla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.

[56] 2001 Anayasa değişikliğinin sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SAĞLAM, M.: “*Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınır Sorunu*”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Antalya 2002, s. 254; GÖZLER, K.: Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasasının 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, ABD, Yıl 2001/4, S. 59, s. 65 vd.; GÜRZUMAR, O. B.: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, s. 44 vd.; BOZKURT, T.: “*Haklarında Özel Bir Sınırlandırma Sebebi Öngörülmemiş*” Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle “*Sözleşme Hürriyeti*” Açısından Durum, ABD, Yıl 2008/69, S. 1, s. 134 vd.

[57] GÖZLER: Anayasa Değişikliği, s. 64-66. Yazar, bu çalışmasında Anayasa değişikliği ile birlikte oluşan bu hukukî durumu belirttiğinden sonra, sonuç kısmında demokratik hukuk düzenlerinde sınırsız özgürlüğün bulunmasının mümkün olmadığını, her hürriyetini, kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık ve diğer özgürlükler çatıştığı oranda sınırlanabileceğini belirtmektedir. Bkz. s. 67.

bir sınırlandırma sebebi sayılmasa dahi, her hakkın özünde bir sınırlandırma içerdiğinden bahisle, sınırlandırma sebeplerinin varlığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>[58]</sup>. Kanaatimizce de, her hakkın özünde bir sınırlandırma bulunmaktadır. Başkalarının özgürlüklerinin korunması, toplumsal barışın devamı için, anayasal belgelerde özgürlüklerin alanı da çizilmekte, hakların doğal sınırları gösterilmektedir. Dolayısıyla hakların kapsamı, başka bir deyişle hakların sınırlılığı, doğal olarak mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bu doğal sınırın bir sonucu olarak haklar düzenlenmekte ve istisnai olarak sınırlandırılmaktadır<sup>[59]</sup>. O halde, mademki Anayasa, hak ve özgürlüğü hükme bağlıyor, aynı zamanda sınırlandırmalar da özel olarak zikredilmelidir. Dolayısıyla, Anayasada düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların da mutlaka Anayasada hükme bağlanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması için çok önemlidir.

Bu belirtildikten sonra ikinci soru, her hak ve özgürlük için geçerli olan genel sınırlandırma sebeplerini içeren bir madde mi düzenlenmeli yoksa her maddede özel sınırlandırma sebepleri mi öngörülmalıdır?

İnsanın evrimsel süreci içerisinde bir arada yaşam gerçekliği karşısında hakkın vasfına göre hakların sınırlandırılması mecburiyeti ortaya çıkmıştır. Kısacası özgürlüklerin kural ancak sınırlamaların istisna olarak kabul edildiği bir sistemin gerçekleşmesi mecburi olmuştur<sup>[60]</sup>. Günümüzde hak ve özgürlüklerin asıl, sınırlandırmaların istisna olduğu kabul edilmektedir<sup>[61]</sup>. Dolayısıyla yeni Anayasada mümkün olduğu oranda sınırlandırma sebeplerinden kaçınılmalıdır. Özgürlükler bu sayede güvence altına alınabilir. Yeni Anayasada genel bir sınırlandırma sebebi yerine, o hak ve özgürlüğün zorunlu kıldığı sınırlandırmaların somut, adil, açık ve nesnel şekilde hükme bağlanması gerekir. Ancak hâlen yürürlükte bulunan 13. madde gibi, özel sınırlandırma sebeplerinin sınırına ilişkin bir hükmün de yer alması gerekir. Bu nedenle mevcut Anayasadaki 13. madde aynen muhafaza edilmeli, her bir özgürlük için ise ilgili maddede özel sınırlandırma sebebine yer verilmelidir.

### 3. Yeni Anayasada Yer Alması Gereken Ticarî Hükümlere İlişkin Önerilerimiz

#### a. Kişiliğin Geliştirilmesi Hakkına İlişkin Önerimiz

Ticarî işletmeler, serbest piyasa ekonomilerinde, maddi varlığın geliştirilmesinin en önemli araçlarından. Maddi varlığın geliştirilmesi açısından

[58] ÖZBUDUN: Anayasa Hukuku, s. 113.

[59] ZABUNOĞLU, s. 150.

[60] Ibid.

[61] GÖZLER: Hukuka Giriş, s. 320.

taşıdığı önem dikkate alındığında, ticarî işletme açmanın ve işletme faaliyetinin temel hak ve özgürlüklerden “*kişiliğin geliştirilmesi hakkı*” kapsamında ele alınması yerinde olacaktır. 1982 Anayasası’nın 17. maddesinde yer verilen “*maddî varlığını koruma ve geliştirme hakkı*” ifadesi bu yönüyle yeni Anayasada da aynen muhafaza edilmelidir. Maddî varlığın geliştirilmesinin, ekonomik ve ticarî faaliyetleri de kapsadığı nazara alındığında, hükmün mevcut halinin de yeterli olduğu belirtilmelidir. Fakat ekonomik ve ticarî faaliyetlere özel bir vurgu yapılmak istenirse, maddî varlığı koruma ibaresine, “*özellikle de ekonomik ve ticarî faaliyetlerin yürütülmesi suretiyle*” ifadesi eklenebilir.

Diğer taraftan bu madde ile bağlantılı olarak, tıpkı mevcut Anayasanın 5. maddesinde yer alan “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*” şeklinde devlete yükletilmiş olan göreve ilişkin maddenin Anayasada yer alması gerekir. Zira günümüzde, görünmez elin, her zaman ekonomik ve ticarî faaliyetlerin tam ve sağlıklı olarak işlenmesini temin edemediği ortaya çıkmıştır<sup>[62]</sup>. Bu yönüyle devlete, ekonomik ve ticarî engelleri kaldırma görevinin yükletilmesi önem taşımaktadır. Hükümde geçen, “*ekonomik engellerin kaldırılması*” ibaresi her ne kadar ticarî engeller olarak da algılanabilir ise de, ekonomik engellere nazaran daha dar kapsamlı olduğunu düşündüğümüz, “*ticarî engeller*” ibaresinin hükme dâhil edilmesi, ticarî işletmelere verilen önemi ortaya koyması bakımından yararlı olacaktır. Bu haliyle hükmün, “*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik, ticarî ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*” şeklinde kaleme alınması yerinde olacaktır.

### ***b. Sosyal Devlet İlkesine İlişkin Önerimiz***

Sosyal devlet ilkesi hem ticarî yaşamın süjeleri olan ticarî işletmeleri hem ticarî işletmelerden mal ve hizmet alan kimseleri koruyucu yönü olan,

[62] Nitekim geçtiğimiz yıllarda, ABD başta olmak üzere birçok ülkede, ekonominin görünür eli (!) devlet, finans, bankacılık gibi alanlarda büyük boyutlu devletleştirmeler yapmıştır (ayrıntılı bilgi için bkz. HİÇ, M.: Küresel Ekonomik Kriz ve Türkiye, İstanbul 2009, s. 6- 7, 19).

özgürlüklerin kötüyü kullanımından dolayı oluşan olumsuz durumları, karşılıklı menfaatler temelinde ve hakkaniyet ölçüsünde dengeleyen bir normdur. Bu haliyle 1982 Anayasası, sosyal devlet ilkesini değiştiremeyecek, hatta değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hükümler arasında dâhil ederek, bir bakıma, bu ilkeyi sıkı şekilde koruma altına almıştır. Tarihi süreç incelendiğinde, sosyal devlet ilkesi olmadan işleyen ticarî yaşamın bir süre sonra zararlı sonuçlar doğurduğu görülmüştür. Çoğu zaman, ticarî işletme faaliyetlerini sınırlandıran bir hüküm olarak karşımıza çıkan sosyal devlet ilkesi, diğer taraftan, ticarî işletmelerin yaşaması ve gelişmesi için gerekli bir ortamı sağlamaktadır<sup>[63]</sup>. Zira sosyal devlet ilkesi olmaz ise, bir süre sonra, ticarî işletme faaliyetleri kısıtlanmakta, bir bakıma, ticarî özgürlükler dahi kendi kendini yok edebilmektedir. Devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören<sup>[64]</sup> bir anlayış olarak ifade edilen sosyal devlet ilkesi sayesinde ticarî işletmeler varlıklarını sürdürebilmektedir. Aksi takdirde sosyal barışın ve sosyal adaletin bozulduğu noktada, ticarî işletmeler de özgürce faaliyette bulunamamakta, bir süre sonra, aslı amacı olan geliri elde edememekte ve faaliyetlerine son vermektedir. Dahası sosyal devlet ilkesinin, büyük ticarî işletmeler karşısında küçük işletmeleri de koruyucu yönü olduğu unutulmamalıdır. Bu yönüyle de zayıf ve küçük ölçekli ticarî işletmelerin korunmasını ve bu işletmelerin büyük işletmelerle rekabet edebilirliğini sağlayan bir norm olarak sosyal devlet ilkesini görmekteyiz.

Bu açıklamalar çerçevesinde, mutlak surette, Anayasada yer alması gereken maddelerden birisi sosyal devlet ilkesi olmalıdır. Günümüzde, gelişmiş birçok ülkenin ekonomik ve ticarî sistemlerinin karakteristik özelliği, sosyal devlet olmalarıdır. Nitekim gelişmiş ekonomiye sahip ülkelerin Anayasasında sosyal devlet ilkesi varlığını hâlâ korumaktadır<sup>[65]</sup>. Dahası, gerek dünyada gerek ülkemizde sosyal devlet ilkesinin öneminin giderek artacağı düşünülmektedir. Çünkü küreselleşme<sup>[66]</sup> ile birlikte oluşan ekonomik durum, dünya ekonomik tekellerine karşı, küçük, orta veya büyük ölçekli milli ticarî işletmelerin korunmasını gerekli kılmaktadır<sup>[67]</sup>. İşte, sosyal devlet ilkesi bu korumayı sağlayacak

[63] Nitekim sosyal devlet ilkesinin, bir yandan özgürlüklerde sınırlandırma işlevi görürken diğer taraftan hakkın norm alanını güçlendirdiği ifade edilmektedir (TİRYAKİ: s. 170).

[64] ÖZBUDUN: Anayasa Hukuku, s.135.

[65] Örneğin Alman, Fransız, Rusya gibi birçok devletin Anayasasında sosyal devlet ilkesine vurgu yapılmıştır.

[66] Küreselleşmenin sosyal devlet üzerindeki etkisi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. BULUT, N.: "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", AÜHFD, Yıl 2003, C. 52, S.2, s. 173 vd.

[67] Küreselleşmenin küçük işletmeler üzerindeki olumsuz etkileri hakkında ayrıntılı bir araştırma için bkz. PIÇAK, M. /BİLEN, A.: "Artan Süpermarket Rekabeti Karşısında Bakkalların Ekonomik ve Hukuki Durumları", T.C Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Kasım 2009, C.1, S.2, s. 25 vd. (Yazarlar, çalışmasınının 34. sayfasında , küçük ölçekli işletmeleri, piyasadaki tekel oluşturabilecek yapılanmalar karşısında

en önemli anayasal ticarî hükümlerden biri olacaktır. Aksi takdirde küçük ve orta ölçekli ticarî işletmeleri, dünya tekelleri karşısında koruyacak bir Anayasal norm bulunmayacaktır.

### *c. Mülkiyet Hakkına İlişkin Önerimiz*

Ticarî hükümlerden söz edebilmek için ticarî işletmeler ve bunlar üzerinde mülkiyet hakkı temel koşuldur. Bu yönüyle ticarî işletmeler üzerinde de söz konusu olan ve aynı zamanda ticarî hüküm niteliği taşıyan mülkiyet hakkının Anayasada mutlaka yer alması gerekir. Yine, mülkiyet hakkı, mevcut Anayasada olduğu gibi<sup>[68]</sup>, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek bir sistematikle kaleme alınmalıdır.

Bununla birlikte, artık yetki ve ödevler bütünü olarak algılanan mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla, kanunla ve hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağına ilişkin sınırlandırma hükmünün de yeni Anayasada bulunması gerekir. Ancak kamu yararı kavramının sınırlarının belirli olmamasına yönelik eleştirilerin<sup>[69]</sup> dikkate alınarak, sınırları belirli olan bir kamu yararı tanımı çerçevesinde düzenleme yapılması yerinde olur. Diğer taraftan yeni Anayasada “*toplum yararı*” ifadesine de aynı çerçevede yer verilmesi şarttır. Zira ticarî işletmeler üzerindeki mülkiyet hakkının dahi kamu ve toplum yararına aykırı şekilde kullanılmaması gerekir. Bu yönüyle hakkın kamu yararı amacıyla sınırlandırılmasının ancak kanunla yapılabileceğine ilişkin hüküm, ticarî işletmeler üzerindeki mülkiyet hakkının, idarenin keyfilikliğini önlemek açısından yerinde olduğu düşünülmektedir. Sonuç olarak mülkiyet hakkı ve bunun sınırlandırılmasına yönelik anayasal ticarî hükmün aynen korunmasında yarar görülmektedir.

korumak ve ezici rekabetlerini önlemek için Avrupa ve Amerika’da hukuksal düzenlemeler yapılarak, belirli büyüklüklerdeki marketlerin açılması hususunda sıkı önlemler getirildiğini, Türkiye’de ise binlerce sektör temsilcisini ilgilendiren 60-70 milyar doların üzerinde cirosu olan perakende sektörünü düzenleyen bir yasanın olmaması, küçük esnaf ve sanatkar açısından suüstümale açık bir piyasa ortamı yarattığını, küçük esnaf ve sanatkar kesimine yönelik haksız rekabeti önleyici ve varlıklarını koruyucu yasaların çıkarılmaması yüz binlerce kişinin kepenklerini kapatarak işsizler ordusuna katılmasına ve ileride önlenmesi güç toplumsal sorunların ortaya çıkmasına yol açacağını belirtmektedir).

[68] 1982 Anayasası’nın 91. maddesinin 1. fıkrasına göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez. Mülkiyet hakkı, 1982 Anayasası’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından, kanun hükmünde kararnameler ile bunlar hakkında düzenleme yapılamamaktadır.

[69] Bu hususta eleştiriler için bkz. ERDOĞAN, M.: Anayasal Demokrasi, B. 8, Ankara 2010, s. 99; TANÖR, B.: Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul 1969, s. 127 vd.

#### ***d. Sözleşme Özgürlüğüne İlişkin Önerimiz***

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bir ticarî işletmeyi ilgilendiren işlemler çoğu zaman sözleşmeler çerçevesinde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bir ticarî işletme faaliyeti çerçevesinde yapılan sözleşmeleri temel hak ve özgürlüklerden biri olarak sayan 1982 Anayasasının 48. maddesi yeni Anayasada da yer almalıdır. Ancak hâlen yürürlükte bulunan 1982 Anayasasının 48. maddesinde sözleşme ve çalışma özgürlüğü bir arada düzenlenmiş, girişim özgürlüğünü ise, sözleşme özgürlüğünden ayrı ele almıştır. Bu yönüyle düzenleme, sözleşme özgürlüğü ile teşebbüs özgürlüğü arasındaki ilişkiyi tam olarak vurgulamamakta, daha ziyade çalışmayı sözleşmeyle ilişkilendirmektedir<sup>[70]</sup>. Yeni Anayasada, sözleşme yapma özgürlüğü, sadece kişilerin dilediği alanda sözleşme yapması ile sınırlandırılmamalı, sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin şeklini ve içeriğini belirleme ile sözleşmeyi ortadan kaldırma veya değiştirme özgürlüğünü de içine alacak şekilde düzenlenmelidir. Anayasa metinlerinin kısa ve öz olmasının daha yerinde olacağı değerlendirildiğinde ise, hükmün, “herkes sözleşme özgürlüğüne sahiptir” şeklinde kaleme alınması halinde, sözleşme özgürlüğünün değişik anlamları Anayasal koruma altına alınacaktır. Dolayısıyla mevcut hükümde yer alan “dilediği alan” ibaresine de gerek yoktur. Kaldı ki hukukumuzda hiç kimsenin dilediği alanda sözleşme yapma hürriyetine sahip olmadığını belirtelim. Borçlar Kanunu’nun 27(1). maddesine göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Ayrıca yeni Anayasada sözleşme özgürlüğünün ayrı bir maddede yer alması, sözleşme özgürlüğünün temeli olan irade özerkliğine verilen önemin bir yansıması olması bakımından yerinde olacaktır. Bunun yanında sözleşme özgürlüğüne ilişkin özel bir sınırlandırma nedenleri de getirilmelidir. Anayasada yer alması gereken sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlandırma gerekçeleri ise, kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık, genel ahlak olmalıdır<sup>[71]</sup>. Bu sınırlandırma sebepleri, Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile de paralellik arz etmesi bakımından yerinde olacaktır.

#### ***e. Çalışma Özgürlüğüne İlişkin Önerimiz***

1982 Anayasası’nda çalışma özgürlüğü ve çalışma hakkı 48 ve 49. maddelerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Çalışma hakkı ile çalışma özgürlüğü aynı içerikte

[70] OĞUZ, F./KENT, B.: Anayasadaki Ekonomik ve Ticarî Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2011, s. 61 [(çalışmanın tam metni için bkz. <https://yeniAnayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-Anayasa-arastirmasi.pdf> : (E.T. 18.01.2013)].

[71] Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırma nedeni olarak, sadece kamu yararı ölçütünün getirilmesinin yerinde olacağı yönündeki görüş için bkz. BOZKURT: s. 141.

olmamakla birlikte<sup>[72]</sup>, bunlar bir madde çatısı altında birleştirilebilir. “Herkes, çalışma hakkına sahiptir. Çalışma hak ve ödevdir” şeklinde bir düzenleme daha yerinde olacaktır. Fakat hüküm kaleme alınırken, çalışma özgürlüğünün pozitif statü haklarından, çalışma hakkının ise, devlete görev yükleyen haklardan olduğu göz ardı edilmemelidir<sup>[73]</sup>. Çalışma ibaresi resmî, serbest meslek, bağımlı veya bağımsız nitelikteki tüm çalışma şekillerini kapsadığından, ticarî işletme faaliyeti çerçevesinde yapılan çalışmalar açısından, özel bir belirleme yapılmasına gerek yoktur. Buna ek olarak, Anayasa m. 49/f.2’de ifade edilen, “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” hükmünün de ticarî işletmeler açısından önemi bulunmaktadır. Her ne kadar anılan hüküm, öncelikle, işsiz kesimleri desteklemeye yönelik olsa da işsizliği önlemeye elverişli ekonomik ortamın yaratılması için gerekli tedbirlerin alınması, bir başka bakış açısıyla, ticarî işletme faaliyetlerinin desteklenmesini ve böylece gelişmesini sağlayıcı bir hükümdür. Çünkü ülkemizde en yoğun istihdam ticarî işletmeler bünyesinde yürütüldüğünden<sup>[74]</sup> ticarî işletme faaliyetlerinin geliştirilmesi, işsizlikle mücadele için de önemli bir işlev gerecektir.

Çalışma hak ve özgürlüğünün sınırlandırılması açısından, özel bir sınırlandırma sebebi getirilmek istendiği takdirde, bu sınırlandırmaların kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık, olarak belirtilmesinde yarar bulunmaktadır.

### **f. Özel Teşebbüs Kurma Özgürlüğüne İlişkin Önerimiz**

1982 Anayasası’nın çalışma ve sözleşme özgürlüğü başlığına taşıyan 48. maddesinde, “Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” şeklinde ifade edilen özel teşebbüs kurma özgürlüğüne, yeni Anayasada ayrı bir maddede yer verilmesi, konuya verilen önem bakımından yerinde olacaktır. Benzer düşüncelerle, sadece özel teşebbüs kurmaya değil, “işletilmeye” de vurgu yapılması yerinde olur. Bu bağlamda hükme yönelik önerimiz, “özel teşebbüslerin kurulması ve işletilmesi serbesttir” şeklindeki bir ifadedir.

Diğer taraftan, mevcut Anayasada bu hususta, devlete verilmiş olan görevi ifade eden, “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak

[72] OĞUZ/KENT: s. 61.

[73] TANÖR, B./YÜZBAŞIOĞLU, N.: 1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku, B. 2, İstanbul 2001, s. 177.

[74] Ülkemizde, Haziran 2012 tarihi itibarıyla, ticarî işletmeler bünyesinde çalışan sigortalı işçi sayısı, 12 milyona yaklaşmıştır [(araştırma sonuçları için bkz. <http://www.tekgida.org.tr/Oku/5260/Rakamlarla-Turkiyenin-Isci-Gercegi-2>) (E.T. 18.01. 2013)].

*tedbirleri alır*” hükmünün de aynen korunması gerekir<sup>[75]</sup>. Bu hüküm, ticarî işletmelerin sosyal amaçlara uygun faaliyet yürütmesi gerektiğini de hatırlatması bakımından önemlidir. Zira ticarî işletmeler gelir elde etme amacıyla kurulsada da içinde bulunduğu toplumdan kopuk, sadece kâr unsuru ile değil, sosyal sorumluluk üstlenmek suretiyle yürütülen faaliyetlerin toplum için daha yararlı olacağı düşünülmektedir. Bu bağlamda örneğin, özürülü (engelli) işçi çalıştırılması zorunluluğu özel teşebbüslerin faaliyetleri açısından sosyal amaçlarla örtüşen bir durumdur<sup>[76]</sup>. O halde uygulamada herhangi bir sorun yaratmayan, aksine, sosyal işlevi de vurgulayan hükmün yeni Anayasada yer alması uygun olacaktır.

### **g. Planlamaya İlişkin Önerimiz**

Planlama, ekonomiler açısından çok önemli bir yere sahiptir. Ticarî işletmelerin serbest piyasadaki öngörülerinin her zaman olumlu sonuçlar doğurmadığı, bazı durumlarda atıl kapasite oluşturduğu görülmektedir. Bu yüzden kaynakların etkin şekilde yatırıma dönüştürülmesinde, devletin, planlama ile katkıda bulunması amacıyla getirilmiş olan planlamaya ilişkin 166. maddenin yeni Anayasada da yer almasının gerektiğini düşünmekteyiz. Ekonomik ve sosyal amaçlara ulaşmak devletin görevi olduğu göz önüne alındığında, bu hedefe ulaşmada planlamanın önemli bir yer tuttuğu söylenebilir<sup>[77]</sup>.

Planlama ile kastedilen, serbest piyasa faaliyetlerinin ortadan kaldırılması değildir. Her ne kadar günümüzde sıkça, artık modern Anayasalarda bulunmasının gereksizliğine yönelik düşünceler ileri sürülse<sup>[78]</sup> de hâlâ, ekonomik gelişmesini tam olarak sağlayamamış ve ekonomisi dışa bağımlı bir özellik arz eden ülkemizde, planlamanın yapılması önem taşımaktadır. Bu nedenle planlama Anayasal hüküm olarak kendine yer bulmalıdır. Diğer taraftan üniter devletlerde planlamanın tek elden yürütülmesi ve koordinasyonu açısından hükmün muhafazası yerinde olacaktır. Ancak düzenleme yapılırken, planlamanın temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma aracı olarak kullanılmamasına dikkat edilmelidir. Diğer taraftan, planlamanın sadece ekonomik değil, sosyal

[75] “*Millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar*” ibaresinin belirsizliğinden bahisle hükmün yeni Anayasada yer almasının uygun olmayacağına yönelik görüş için bkz. SAVAŞ: s. 222.

[76] Nitekim Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın, özürülü ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğuna ilişkin kuralın, sosyal amaçları gözettiğini vurgulamıştır. bkz. AYMK., 19.6.2008, E.2006/101, K.2008/126. Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararının ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. BOZKURT, T.: “*Anayasa Mahkemesi’nin 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa’ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler*”, ABD, Yıl 2009, S. 2, s. 99 vd.

[77] Bu düşünceden hareketle 1960 yılında DPT kurulmuştur. DPT, 641 sayılı KHK ile Kalkınma Bakanlığı’na bağlanmıştır.

[78] OĞUZ/KENT: s. 80 vd.

ve kültürel kalkınmayı sağlama amacıyla kullanılması gerekir. Milli tasarruf ve bu tasarrufların üretime aktarılması bir bakıma ticarî işletmeler için de önem taşıyan bir noktadır. Milli tasarrufun planlı şekilde üretime aktarılması, ticarî işletmelerin faaliyetlerini güçlendirecek ve ekonomide ağırlık kazanmasını sağlayacaktır. Ticarî işletmeler açısından planlamanın bir diğer yararı da, gelir elde edilemeyecek alanlara yatırımın önüne geçilmesidir. Gelir sağlama amacı ile hareket eden ticarî işletmelerin, bu tür alanlardaki yatırımlarının olumsuz sonuçlanması riskine karşı, devletin planlama faaliyetlerinden yararlanılması isabetli olacaktır. Sonuç olarak mevcut Anayasadaki planlamaya ilişkin hükmün temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi en aza indirecek şekilde yeni Anayasaya da alınmasında yarar bulunmaktadır.

### ***f. Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesine İlişkin Önerimiz***

1982 Anayasasının “Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi” başlığını taşıyan 167. maddesi, günümüz serbest piyasa mekanizmasını ve bunun sağlıklı şekilde işlenmesini güvence altına alan bir yaklaşım sergilemektedir. Bu maddeye dayanarak çıkartılan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri de etkin bir rekabet düzenini temin etmek ve piyasadaki tekelleşmeyi önlemek amacıyla rekabeti sınırlandırıcı nitelikteki, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem, birleşme devralma ile hâkim durumun kötüye kullanımını yasaklamaktadır.

Piyasaların sağlıklı işlenmesi amacıyla gerekli tedbirlerin alınması günümüzde geçerli olan denetleyici devlet anlayışının bir yansımasıdır<sup>[79]</sup>. Tekelleşme sadece

[79] Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 23.12.2005 tarihli ve E.2004/68, K.2005/104 sayılı kararında konu ile ilgili şu ifadeler yer verilmiştir:

Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrasında “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler” denilmektedir. Bu hükümle, yalnız fiilen oluşacak tekelleşme ve kartelleşmenin değil, anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi Devlet'e verilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde şu açıklama yapılmıştır: “Tekelciliğin her türlüünün zararlarından fertleri ve toplumu korumak, toplumun huzuru ve refahı ile de ilgilidir...tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim hataları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirilecekleri kartellerde yasaklanmıştır”. Madde gerekçesinde, “tekelleşme” kavramı açıklanırken, yalnız tekelin değil, tekel benzeri gruplaşmaların da bu kapsamda görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca, tekelleşmenin önlenmesinin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekliliği vurgulanmış; bu görevin “sağlıklı bir toplum” ve “sağlıklı bir demokrasinin” vazgeçilmez koşulu olduğu açıklanmıştır. Buna göre, tekelciliğin her türlüünün zararından bireyleri ve toplumu korumak, “kişinin ve toplumun huzuru ve refahı” ile de ilgilidir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının “fiyat anlaşmaları”, “coğrafi bölge paylaşma” ve “benzeri suretle” gerçekleştirilecekleri kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri

ekonomi için değil<sup>[80]</sup>, demokrasiler için de büyük bir tehdit oluşturduğundan demokratik devletlerde etkin bir hukukî denetimin önemi göz ardı edilemez. Fakat ülkemizde, son zamanlarda, devlet tekelinden özel tekelere doğru kayışın yaşanması göz önüne alındığında<sup>[81]</sup>, Anayasanın 167. maddesinin, idare ve yargı organlarınınca amaca uygun yorumlanmadığı, bazen de çok dar yorumlandığı görülmektedir. Eğer aksi bir durum olsaydı, devlet tekellerinin özelleştirilmesi sürecinde yaşanan özel tekelleşme olgusunun ortaya çıkmaması gerekirdi. Kanaatimizce mevcut düzenleme ile de, özel tekel yaratacak nitelikteki özelleştirmeler önlenilecek iken, bunun tersi bir durum yaşanmaktadır. Dahası özelleştirmeler sonucunda oluşan özel tekeller, özelleştirmenin temel ilkelerine de aykırılık oluşturmaktadır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "İlkeler" başlığını taşıyan 2. maddesinin d bendinde, özelleştirme uygulamalarında oluşabilecek tekelci bir yapının olumsuz etkilerinin önlenmesinin esas alınacağı belirtilmiştir. Son dönemlerde yaşanan özelleştirmelerde bu ilkeye aykırı uygulamalar göze çarpmaktadır<sup>[82]</sup>. O halde, gerek Anayasanın 167. maddesi gerek 4046 sayılı yasaya rağmen, özelleştirmeler sonucunda oluşan özel tekelleşme karşısında, özel tekelleri önlemeye hizmet edecek açıklıkta bir Anayasal hükmün sevk edilmesi gerekmektedir. Bu noktada önerimiz, "devlet, tekelleşme yaratan her tür girişimleri önler, tekelci piyasaların serbest piyasaya dönüşmesini sağlayıcı tedbirleri alır" hükmünün yeni Anayasada yer alması gerekmektedir.

almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturmaya ve etkilemesi önlenmek istenmiştir.

- [80] Atiyas ve Oder, özellikle doğal tekellerin ekonomi için zararlarını şöyle sıralamaktadır: Özel şirketlerin temel hedefi kâr maksimizasyonudur, tekelci piyasa yapısı altında kâr maksimizasyonu toplumsal refah açısından olumlu sonuçlar vermez. Tekelci fiyatlar aşırı yüksek olur, dolayısıyla tahsisat etkinliğinden uzaktır. Ayrıca genelde tekellerin maliyet etkinliği ve dinamik etkinliği sağlamadıklarına da inanılır. Dolayısıyla doğal tekel özelliği olan sektörlerde özelleştirilen teşebbüslerin faaliyetlerinin kamu yararı gözetilecek biçimde gözetim ve denetim altında tutulması gerekir (bkz. ATIYAS, İ./ODER, B.: Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, İstanbul 2008, s. 33).
- [81] ATAAY, F.: Doğal Tekellerde Özelleştirme Sorunu, Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi, Yıl: 4, S. 16, Ekim-Aralık 2003, s. 34; SALMAN, B.: "Özelleştirmeden 1 Yıl Sonra Su Yüzüne Çıkan Gerçek: Kamu Tekelinden Özel Tekele", s. 12. ([http://www.emo.org.tr/ekler/e073d2cffa991f9\\_ek.pdf?dergi=457](http://www.emo.org.tr/ekler/e073d2cffa991f9_ek.pdf?dergi=457)). (E.T.: 18.01.2013).
- [82] Bunun sonuçları ile ilgili olarak Atiyas ve Oder, haklı olarak şu tespitite bulunmaktadır: "1990'lardaki özelleştirme çabalarının önemli bir özelliği kamu yararının veya ekonomik değimiyle toplumsal refahın rekabet boyutunun gözetilmemesi, tekel konumundaki kuruluşların özelleştirilmesinin yaratacağı rekabet sorunlarının göz ardı edilmesi olmuştur... Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin özellikle 3987 sayılı Yetki Kanunu'nu iptal eden kararının gerekçesinde ortaya koyduğu doğal tekellerin özelleştirilmesi halinde uyulması gereken koşulların ve devlete yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemlerinin belirlenmesi gerektiği vurgusu, bir temel ekonomi dersi niteliğindedir. Mahkeme burada açıkça telekomünikasyon, elektrik gibi doğal tekel durumunun mevcut olduğu sektörlerde özelleştirmenin bir düzenleyici çerçevede içinde yapılması gerektiğini söylemektedir" (bkz. s. 71).

Dolayısıyla önerdiğimiz doğrultuda bir değişiklikle, teknelci piyasaların serbest piyasaya dönüşmesi sağlanacak ve özel tekel yaratan özelleştirme ve birleşme-devralma işlemlerinin de önüne geçilmiş olacaktır. Hatta önerdiğimiz hüküm, devlete, teknelci piyasaların serbest piyasaya dönüşmesini sağlayıcı tedbirleri alma görevi yüklediğinden, devlet, mevcut teknelci piyasaların serbest piyasaya dönüşmesi için gerekli ekonomik, teknik ve hukukî alt yapıyı hazırlayacaktır.<sup>[83]</sup> Aksi takdirde ülkemiz, yakın gelecekte özel tekellerin hâkim olduğu bir piyasa sistemine dönüşecektir. Bu ise, bir süre sonra ekonomik sistemin serbest piyasa sisteminden tamamen sapmasına neden olacak, demokrasi dahi tehditle karşı karşıya kalacaktır.

Diğer taraftan, Anayasanın 167. maddesinde yer alan devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı; bunun yanında dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebileceği yönündeki hükmün de Anayasada aynen korunması gerekmektedir. Özellikle dış ticaretin ülke ekonomisinin yararını olmak üzere düzenlenmesine vurgu yapılması önemlidir.

### **g. Özelleştirme ve Devletleştirmeye İlişkin Önerimiz**

Özelleştirme lehinde ve aleyhindeki tartışmalara girmeksizin belirtmek isteriz ki, özelleştirmeye ilişkin bir hüküm yeni Anayasada yer alacak ise, mevcut hükmün aynen korunmasında yarar vardır. Fakat “*Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesine İlişkin Önerimiz*” başlığı altında zikrettiğimiz gerekçelerle, özelleştirmelerde, özel tekel yaratılmamasına yönelik olarak mutlaka yeni bir fıkra eklenmelidir<sup>[84]</sup>. Bu husustaki önerimiz ise, hükmün sonuna, “*Özel*

[83] Siyasi iktidara ekonomiye müdahale imkânı tanıdığından bahisle, 167. maddeye yönelik eleştiriler için bkz. SAVAŞ: s. 222. Yazar, makalesinde, “*piyasanın sağlıklı ve düzenli işlemlerini*” ibaresinin belirsizliğine dikkat çekerek, bu sözcükler yerine, “*serbest rekabeti sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır*” ibaresinin getirilmesini önermektedir. “*Piyasa*” yerine “*serbest rekabet ilkesini*” vurgulamak açısından önerinin yerinde olduğu ancak serbest piyasanın sağlıklı ve düzenli işlemlerini de özel olarak zikretmenin gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

[84] Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 07.05.2002 tarihli E.2000/17, K.2002/46 sayılı kararında, bu durum açıkça zikredilmişti. Kararda, “*Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Anayasanın 172 nci maddesi ile Devlete verilen tüketicileri koruma görevi ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Tekel konumundaki bir kuruluş önlem alınmadan özelleştirildiğinde, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Üstelik*

*tekel yaratıcı nitelikte özelleştirme, işletme hakkı devirleri gibi işlemler yapılamaz*” ibaresinin mutlaka eklenmesi gerekmektedir. Böylece, Türk Telekom, Otoyol, köprü, araç muayene istasyonları<sup>[85]</sup> gibi özelleştirme ve işletme hakkı devirleri sonucunda ortaya çıkan özel tekelleşmenin önüne geçilmiş olacaktır.

Devletleştirmeye ilişkin olarak da belirtmek isteriz ki, her ne kadar devletleştirme günümüzde çok istisnâ bir hâl almış olsa da buna ilişkin hükmün mutlaka Anayasada yer alması gerekmektedir. Zira mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması anlamına gelen devletleştirmenin Anayasal bir dayanağının bulunması gerekir. Aksi takdirde özel mülkiyet konusu olan ticarî işletmelere, keyfi olarak idarenin müdahalesine zemin hazırlanacaktır. Nihayet, mevcut hükmün yerinde olduğu, bu haliyle yeni Anayasada yer alması gerektiği düşünülmektedir.

### ***h. Tabii Servetlerin ve Kaynakların Aranması ve İşletilmesine İlişkin Önerimiz***

Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan tabii servet ve kaynakların devlet tarafından tam ve etkin bir şekilde işletilemediği gelinen süreçte ortaya çıkmıştır. Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki bu kaynakların işletme hakkını belirli süreliğine gerçek ve tüzel kişilere bırakması ticarî işletmelerin faaliyetinin genişlemesi, ticarî işletmelerin deneyimlerinden ve bilgisinden yararlanma açısından yerinde olacaktır. Böylece devletin mevcut imkânlarıyla etkin bir şekilde işletilemeyen kaynakların ekonomiye kazandırılması sağlanacak, ticarî işletmelerin faaliyet alanı genişleyecektir. Ancak bunların özel mülkiyetin geçişine izin verilmemelidir. Bu bağlamda, tabii servetler ve kaynakların hüküm ve tasarrufunun devlete ait olduğu açıkça vurgulanmalı ve devletin bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebileceği, hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine

---

*kamu tekelî konumundaki mal ve hizmet üretiminde Devlet'in doğrudan karışması olanağı varken, özel tekel durumunda bu olanak da söz konusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de bundan olumsuz etkilenecektir. Bu nedenle, özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasanın 5 inci maddesindeki Devlet'in "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" görevleri ile de doğrudan ilgilidir." denilerek Anayasanın 5 inci ve 172 nci maddeleri ile Devlete verilen görevlerin de, ancak tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenmesi yoluyla gerçekleştirilebileceği açıklanarak Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevinin önemi üzerinde durulmuş ve özelleştirmeye ilişkin yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunmasının zorunlu olduğu açık bir şekilde vurgulanmıştır.*

[85] Araç muayene istasyonlarının özelleştirilmesinin rekabet ve özel tekel yaratılması açısından doğurduğu sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAL, S.: "Araç Muayene Hizmetinin 'Özelleştirilmesi'", AÜHFD, 2008, C. 57, S. 2, s. 63 vd.

bağlı olduğu hükme bağlanmalıdır. Dolayısıyla hükmün aynen korunmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

### **1. Kooperatifçiliğin Geliştirilmesine İlişkin Önerimiz**

Her ne kadar, günümüzde, küreselleşme ile birlikte, gelişmekte olan ülkelerde kooperatifçilik geri plana itilse de<sup>[86]</sup> milli ekonomiler için kooperatiflerin yeri çok önemlidir. Kollektif dayanışmanın bir sonucu olarak ortaya çıkan kooperatifler gelişmiş ülke ekonomilerinde önemli bir paya sahiptir<sup>[87]</sup>. Dolayısıyla kooperatifçiliğe ilişkin hükmün Anayasal bir hüküm olarak yer almasında yarar vardır<sup>[88]</sup>. Diğer taraftan hükmün, mevcut kooperatiflerin korunmasını da kapsayacak bir şekilde kaleme alınması gerekir. Böylece kooperatiflerin ve kooperatifçiliğin devamı da sağlanabilir. Mevcut Anayasada, üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatiflere vurgu yapılmıştır. Ancak günümüzde kooperatifçiliğin, faaliyetleri açısından, üretim, tüketim, kredi, yapı ve diğer kooperatifler olarak ayrıma tâbi tutulduğu görülmektedir. Bu yönüyle sadece üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatiflere vurgu yapılması yerinde değildir. Faaliyetleri açısından tüm kooperatifleri kapsayıcı bir düzenlemenin yapılması gerekir. Bu çerçevede önerimiz, “*devlet, kooperatifçiliği teşvik eder, kooperatifleri korur ve onların gelişmesini sağlayıcı tedbirleri alır*” şeklinde bir hükmün yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

### **i. Tüketicilerin Korunmasına İlişkin Önerimiz**

1982 Anayasası'nın 171. maddesinde, Devletin, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alacağı, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik edeceği hükme bağlanmıştır. Bir ticarî işletmenin, dolayısıyla ticarî hükümler için tüketicinin varlığı yadsınamaz. Çünkü tüketicinin bulunmadığı bir noktada ticarî işletmeler de varlıklarını sürdürmez. O halde tüketicilerin korunması ticarî işletmelerin de korunmasında önemli bir rol oynamaktadır. Bu anlamda tüketicilerin korunmasına yönelik hükümler, ticarî işletmeler üzerinde de doğrudan etki doğurmaktadır. Devletin tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri, ticarî işletmelerin tüketicilere sundukları mal ve hizmette

[86] Küreselleşmenin kooperatifler özellikle de Türk kooperatifçiliğine etkisi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. SERİNİKLİ, N. /İNAN, İ. H.: “*Küreselleşme Sürecinde Tarım Kooperatifleri ve Küreselleşmenin Tarım Kooperatiflerine Etkisi*”, Tarım Ekonomisi Dergisi, 2011; 17 (1), s. 19 vd. ([http://journal.tarekoder.org/archive/2011/2011\\_01\\_03.pdf](http://journal.tarekoder.org/archive/2011/2011_01_03.pdf)). (E.T.18.01.2013).

[87] TURAN, N.: “*Kooperatif İşletmelerin Ekonomik ve Toplumsal Kalkınmayı Gerçekleştirmede Başarı Sağlamalarında Etkili Olan Faktörler ve Bu Faktörlerin Türk Kooperatif İşletmeciliği Açısından Ele Alınması*”, Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 84-85.

[88] Siyasi bir anlayışın ürünü ve ekonomik hayatın gerçekleri ile uyuşmayan 1982 Anayasası'nın kooperatifçiliğe ilişkin maddesine yönelik eleştiriler için bkz. OĞUZ/KENT: s. 31.

kaliteyi artırıcı bir etkiye bulunmaktadır. Bu ise uzun vadede ticarî işletmelerin faaliyetlerinin gelişmesini sağlayacaktır. Kendisini hukukî yönden güvende hissederek tüketicilerin ticarî işletmelerle ticaretinin artış göstereceği bir gerçektir. Nihayetinde tüketicilerin korunmasına ilişkin Anayasa hükmü ticarî hüküm olarak da Anayasada yer alması gereken önemli bir düzenlemedir.<sup>[89]</sup> Her ne kadar Anayasada yer alacak olan rekabetin korunmasına yönelik hükümler tüketiciyi korumaya yardımcı düzenlemeler olsa da bunlar yeterli değildir. Dolayısıyla tüketicilerin ancak rekabetin korunması yoluyla korunabileceğine yönelik düşünceler<sup>[90]</sup> tam olarak doğru değildir. Bazen rekabet tesis edilse veya serbest rekabet piyasası işlese dahi tüketicinin özel olarak korunması gerekebilir. Sonuç olarak sadece tüketiciler değil, ticarî işletmeler açısından da önemi bulunan hükmün Anayasada aynen yer almasında yarar vardır<sup>[91]</sup>.

#### ***j. Yeni Anayasada Yer Alması Gereken Diğer Ticarî Hükümler:***

Yukarıda ifade edilen düzenlemeler dışında ticarî işletme niteliğinde kabul edilebilen sağlık işletmelerinin kuruluşuna izin veren 56. madde, toplu konut teşebbüslerini düzenleyen 57. madde, siyasi partilerin ticarî faaliyette bulunamayacaklarına yönelik 69/2. madde, radyo ve televizyon istasyonlarının kuruluşu ve işletilmesini düzenleyen 133 maddenin 1. fıkrası, basın yayın işletmelerinin kurulmasına izin veren 28. madde, eğitim öğretim işletmelerinin kurulmasını düzenleyen 42. madde, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırılmasını düzenleyen 45. madde, bu alanlarda ticarî işletme kurulmasını sağlayıcı nitelikte ticarî hükümler olması bakımından Anayasada aynen korunması gerekir.

[89] Her ne kadar Anayasada yer alacak olan rekabetin korunmasına yönelik hükümler de tüketiciyi korumaya yardımcı düzenlemeler olsa da bunlar yeterli değildir. Dolayısıyla tüketicilerin ancak rekabetin korunması yoluyla korunabileceğine yönelik düşünceler tam olarak doğru değildir. Bazen rekabet korunsun veya serbest rekabet piyasası işlese dahi tüketicinin özel olarak korunması gerekebilir.

[90] OĞUZ/KENT: s. 75.

[91] Kanun önünde eşitlik ve toplumsal uzlaşma ilkelerine aykırı olduğundan bahisle tüketicinin korunmasına yönelik hükmün Anayasada yer almaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. SAVAŞ: s. 222.

## SONUÇ

**B**ir ticarî işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin olarak Anayasadaki hükümler TTK m. 1 (1) uyarınca, ticarî hükümlerdir. Bu anlamda, Anayasada yer alan ticarî hükümler, anayasal ticarî hükümler olarak adlandırılabilir. Anayasada yer alan birçok hüküm ticarî hüküm niteliğindedir. Örneğin, kişiliğin geliştirilmesi, sosyal devlet, mülkiyet hakkı, sözleşme ve çalışma özgürlüğü, özelleştirme ve devletleştirme, planlama, piyasaların düzenlenmesi, tüketicilerin korunması, kooperatifçiliğin geliştirilmesine ilişkin hükümler ticarî hükümlerdir.

Bu çalışmada öncelikle 1982 Anayasasında yer alan ticarî hükümler sıralanmış daha sonra yeni Anayasada bulunması gereken ticarî hükümlere ilişkin önerilerimiz sunulmuştur. Yeni Anayasada yer alacak ticarî hükümler, modern ticaret hukuku ilkelerini içerirken, yürürlükte kalacağı her dönemdeki ticarî gelişmeleri de kucaklayacak hükümleri barındırmalı, ticaret hukukunun üzerinde yükseldiği hız, güven, şeffaflık, kurumsal yönetim, güçlü sermaye yapısı ilkelerini kucaklayıcı hükümler olmalıdır. Bu hükümler sadece ticarî işletmelerin çıkarlarına değil, ticarî yaşama katılan tüm tarafların kolektif çıkarlarına hizmet etmeli, serbest piyasa ekonomisinin temelleri üzerinde ancak bu işleyişi engelleyici nitelikteki ticarî işletme birleşmelerini, tekelleşmeyi önleyici dolayısıyla tam rekabet piyasasını hedefleyici bir bakış açısını taşımalıdır. Ticarî işletmelerin sadece yerel bazda değil, dünya ölçeğinde mal ve hizmet üretmesini sağlamalarını temin eden ve onların dünya rekabet piyasasında da önemli aktörler olmasını temin edecek ticarî hükümler hedeflenmelidir. Ayrıca şu unutulmamalıdır ki, ekonominin milli olmadığı bir noktada ticarî faaliyetlerin de milli olmasının beklenemeyeceği göz önüne alındığında, dünya ölçeğinde faaliyette bulunan küresel ticarî işletmeler karşısında yerel ticarî işletmelerin korunmasına da önem verilmeli, milli ticarî hayatın ve milli ticarî işletmelerin korunması ve geliştirilmesini sağlayıcı ticarî hükümler mutlaka yeni Anayasada yer almalıdır.

Son olarak, yeni Anayasa oluşturulması sürecine katılan tüm parti gruplarının ilk ve tartışmasız şekilde kaleme aldıkları maddelerin, ekonomik ve ticarî hükümler olduğu yönünde basına yansıyan haberler, yeni Anayasada yer alacak ticarî hükümlerin, toplumun geniş kesimlerince kucaklanmasını sağlayacak olması bakımından sevindiricidir.

## KAYNAKÇA

- AKGÜNER, T.: Özel Girişim Özgürlüğü ve Yatırımları Teşvik Tedbirleri, İstanbul 1979.
- ALGAN, B.: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara 2007.
- ARKAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, B. 16, Ankara 2012.
- ATAAY, F.: Doğal Tekellerde Özelleştirme Sorunu, Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi, Yıl: 4, S. 16, Ekim-Aralık 2003.
- ATİYAS, İ./ODER, B.: Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuk ve Ekonomisi, İstanbul 2008.
- AYHAN, R./ÖZDAMAR, M./ÇAĞLAR, H.: Ticari İşletme Hukuku, Genel Esaslar, B. 5, Ankara 2012,
- AYRANCI, H.: "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", AÜHFD 2003, C. 52, S. 3, s. 229 vd.
- BALKIR, Z. G.: "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları, İnsan Hakları", Korkut Tankuter (Ed.), İstanbul 2000, s. 236 vd.
- BATTAL, A.: "Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları", Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I, Ankara 2001, s. 47 vd.
- BİLGİLİ, F./DEMİRKAPI, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, B. 2, Bursa 2012.
- BOZKURT, T.: "Haklarında Özel Bir Sınırlandırma Sebebi Öngörülmemiş" Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Sorunsalı: Özellikle "Sözleşme Hürriyeti" Açısından Durum, ABD, Yıl 2008/69, S. 1, s. 134 vd.
- BOZKURT, T.: "Anayasa Mahkemesi'nin 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma Zorunluluğunun Anayasa'ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler", ABD, Yıl 2009, S. 2, s. 98 vd.
- BROX, H./WALKER, W. D.: Allgemeines Schuldrecht, 31. Aufl., München 2007.
- BULUT, N.: "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", AÜHFD, Yıl 2003, C.52, S.2, s. 173 vd.
- ÇAL, S.: "Araç Muayene Hizmetinin 'Özelleştirilmesi'", AÜHFD, 2008, C. 57, S. 2, s. 63 vd.
- DİNLER, Z.: İktisada Giriş, B. 8, Bursa 2002.
- ERDOĞAN, M.: Anayasal Demokrasi, B. 8, Ankara 2010.
- ERDOĞAN, M.: İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Ankara 2007.
- FIKENTSCHER, W.: Schuldrecht, 8. Aufl., Berlin-New York 1992.
- GÖREN, Z.: "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", Anayasa Yargısı Dergisi, 1992, C. 92, s. 165 vd.
- GÖZLER, K.: Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", ABD, Yıl 2001/4, s. 53 vd. (Anılış: Anayasa Değişikliği).
- GÖZLER, K.: Hukuka Giriş, B. 9, Bursa 2012. (Anılış: Hukuka Giriş).
- GÖZLER K.: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. 2, Bursa, 2011. (Anılış Anayasa Hukuku).
- GÜRZUMAR, O. B.: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.
- HİÇ, M.: Küresel Ekonomik Kriz ve Türkiye, İstanbul 2009.
- KARAHAN, S.: Ticari İşletme Hukuku, B. 23, Konya 2012.
- KARAYALÇIN, Y.: Ticaret Hukuku I, Giriş- Ticari İşletme, B. 3, Ankara 1968.

- OFTINGER, K.: "Vertragsfreiheit", FG zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, s. 315 vd.
- OĞUZ, F./KENT, B.: Anayasadaki Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2011. [(çalışmanın tam metni için bkz. <https://yeniAnayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-Anayasa-arastirmasi.pdf> : (E.T. 18.01.2013)].
- ÖZBUDUN, E., Türk Anayasa Hukuku, B. 12, Ankara, 2011. (Anılış: Anayasa Hukuku).
- ÖZBUDUN, E.: "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika", Fazıl Sağlam'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 2006,
- PIÇAK, M. /BİLEN, A.: "Artan Süpermarket Rekabeti Karşısında Bakkalların Ekonomik ve Hukuki Durumları", T.C Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Kasım 2009, C.1, S.2, s. 25 vd.
- POROY, R./ YASAMAN, H.: Ticari İşletme Hukuku, B. 14, İstanbul 2012.
- SAĞLAM, M.: "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınır Sorunu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Antalya 2002, s. 233 vd.
- SALMAN, B.: "Özelleştirmeden 1 Yıl Sonra Su Yüzüne Çıkan Gerçek: Kamu Tekelinden Özel Tekele" ([http://www.emo.org.tr/ekler/e073d2cfa991f9\\_ek.pdf?dergi=457](http://www.emo.org.tr/ekler/e073d2cfa991f9_ek.pdf?dergi=457)) (E.T.: 18.01.2013).
- SCHNYDER, B.: Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss., Freiburg 1960.
- SAVAŞ, V. F.: "Yeni Anayasa İçin Ekonomik Anayasa Önerileri", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1994, C. 11, s. 215 vd.
- SERİNLİ, N. /İNAN, İ. H.: "Küreselleşme Sürecinde Tarım Kooperatifleri ve Küreselleşmenin Tarım Kooperatiflerine Etkisi", Tarım Ekonomisi Dergisi, 2011, s. 19 vd. (1), ([http://journal.tarekoder.org/archive/2011/2011\\_01\\_03.pdf](http://journal.tarekoder.org/archive/2011/2011_01_03.pdf)). (E.T.18.01.2013).
- ŞEN, E.: "Yeni Anayasa Önerisi". (<https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/prof-ersan-sen.pdf>) (E.T. 18.01.2013).
- TAN, T.: Anayasal Ekonomik Düzen, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1990, C. 7, s. 161 vd.
- TAN, T.: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, Ankara 2010.
- TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I-1, B. 6, İstanbul 2008.
- TANÖR, B./YÜZBAŞIOĞLU, N.: 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, B. 2, İstanbul 2001.
- TANÖR, B.: Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, İstanbul 1969.
- TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, İstanbul 1993.
- TİRYAKI, R.: Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008.
- TUĞRUL, S.: Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırması, İstanbul 2004.
- TURAN, N.: "Kooperatif İşletmelerin Ekonomik ve Toplumsal Kalkınmayı Gerçekleştirmede Başarı Sağlamalarında Etkili Olan Faktörler ve Bu Faktörlerin Türk Kooperatif İşletmeciliği Açısından Ele Alınması", Afyon Kocatepe Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 83 vd.
- TÜRK, H. S.: "Bir Anayasa Taslağına Karşı Oy Yazısı", AÜHFD 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 5 vd.
- TÜRKAY, O.: Mikroiktisat Teorisi, C. 1, Ankara 1986.

ÜLGEN, H. (TEOMAN, Ö. /HELVACI, M./KENDİGELEN, A./KAYA, A./NOMER ERTAN, N. F.)]: Ticari İşletme Hukuku, B. 3, İstanbul 2009.

YERELİ, A. B.:“Yeni Türkiye Cumhuriyeti Anayasası İçin Bir Ekonomik Anayasa Önerisi”, (<http://yunus.hacettepe.edu.tr/~aby/Ekonomik%20Anayasa%20Onerisi.pdf>). (E.T.18.01.2013).

ZABUNOĞLU, H. G.: Türk Anayasal Sisteminde Siyasal Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırları, Ankara 2013.

“Türk Ticaret Kanunu’yla Dünya Ligine”, <http://www.turmob.org.tr/> (E. Tarihi: 18.01. 2013).

<http://www.tekgida.org.tr/Oku/5260/Rakamlarla-Turkiyenin-Is-ci-Gercegi-2> (E.T.18.01. 2013].

[https://yeniAnayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli\\_1982\\_Anayasasi.pdf](https://yeniAnayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_Anayasasi.pdf) (E.T.: 18.01. 2013).