

ISSN: 2148-5445

Yıl: 5 • Sayı: 9 • Temmuz • 2018

YAZICI dergisi



Sayı: 9 • Temmuz 2018

Yerel Süreli • 6 ayda bir yayınlanır.

İmtiyaz Sahibi

Yazıcı Dergisi Adına
Murat YAZICI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Güryay BİNGÖL

Hazırlık & Baskı

Uzerler Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
Turan Güneş Bulvarı No 22/17-8 Çankaya-Ankara
Tel: +90312 441 9015

Basım Tarihi ve Yeri

Aralık 2018 - Ankara

Adresi

Zorlu Center Teras Evler 046 Levazım Beşiktaş 34340 İSTANBUL
Tel: +90212 361 3401
www.yazicio.com

ISSN

2148-5445

Yazıcı Dergisi

Tüm hakları saklıdır. **Yazıcı Dergisi**'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre **Yazıcı Dergisi**'nin yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayınlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir; **Yazıcı Dergisi**'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

İçindekiler

5 *Elif KARAGÖZOĞLU*
Başlarken

7 *Mesut HALICIOĞLU*
Kişisel Veri Kavramı, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Kişisel Verilerin Korunmasının Fonksiyonu ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Normatif Temelleri

20 *Esra TUNÇAY*
Influence of the EU's 'Right to be Forgotten' in the Non-European Countries

31 *Ayşe YAZICI ADANIR*
Remedies For Breach in Construction Contracts Under Turkish Law

37 *Şener ÖZKAN*
Ekonomik Nedenlerle İşçinin Ücretinde İndirim Yapılması

45 *Elif KARAGÖZOĞLU*
Türk Hukukunda İş Sözleşmeleri ve Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri'nin Sona Ermesi

54 *Hakan EMEL*
(Stajyerlerimizden)
Türk Borçlar Kanunu'nun 584. Maddesi Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Rızası

Başlarken



Elif KARAGÖZOĞLU

2017 yılı Aralık ayında çıkarttığımız önceki sayımızda, sizlerle Yazıcı Avukatlık Ortaklığı'nın kurulmasına dair kararımızı paylaşmış, bundan böyle Yazıcı Avukatlık Ortaklığı olarak faaliyetlerimize devam edeceğimizi duyurmuştuk.

2018 yılı Ocak ayının ilk günlerinde Yazıcı Avukatlık Ortaklığı'nın kuruluş işlemleri tamamlandı ve bizler artık yeni yapımız ile müvekkillerimize hizmet vermeye başladık. Yazıcı Avukatlık Ortaklığı olarak ürün ve hizmet kalitemizi her geçen gün daha da arttırarak müvekkillerimizin; çalışma ortamımız ve çalışma koşullarımız ile Yazıcı Avukatlık Ortaklığı ekibinin; bilgi birikimi paylaşımlarımız ile hizmet sunduğumuz sektörlerin; sosyal sorumluluk bilincimiz ve yasalara uyumumuz ile toplumun ihtiyaç ve beklentilerini karşılamak ve bunları her geçen gün biraz daha geliştirip, daha da ileri götürmeyi amaçlıyoruz.

Yazıcı Avukatlık Ortaklığı olarak bu sayımızda olabildiğince güncel konulara değinmek istedik. Bu sayımızda; son günlerde sıkça adını duyduğumuz, Yazıcı Avukatlık Ortaklığı olarak eğitim ve uyum

projeleri yürütmekte olduğumuz Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, bu kanunda geçen kişisel veri, kişisel verinin işlenmesi ve korunması ile Kişisel Verilerin Korunması Kanununda yer alan mükellefiyetlerin yerine getirilmemesi halinde uygulanabilecek yaptırımlar hakkında bilgileri sizlerle paylaştık.

Kişisel Verilerin Korunması Kanununu incelerken, “Unutulma Hakkına” değinmemenin eksiklik olacağını düşündük. Bu nedenle Unutulma Hakkının ülkemiz hukukuna nasıl girdiğini ve ülkemiz hukukunda ne şekilde düzenlendiğini, Avrupa Birliği ve Amerika’daki uygulama ile karşılaştırmak suretiyle sizlerle paylaştık.

Ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik şartlardaki kötüye gidişin, ticari hayatta işçi ve işveren arasındaki ilişkiye yansıyabileceği düşüncesiyle; İş Hukukunda iş akitlerinin feshi ile işçinin ücretinde indirim yapılması konularını irdelemeye çalıştık.

Ticari ve günlük hayatta sık sık karşımıza çıkan kefalette eşin rızasının ne anlama geldiğini ve Türk Borçlar Hukukunda inşaat sözleşmelerinde borçlunun borcunu yerine getirmemesinin yaptırımlarını sizlerle paylaştık.

Keyifle okumanız dileğiyle...

KİŞİSEL VERİ KAVRAMI, KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI, KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASININ FONKSİYONU VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKININ NORMATİF TEMELLERİ



Mesut HALICIOĞLU

A. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel verilerin korunmasının temelini, bu ifadenin en önemli ögesi olan kişisel veri kavramı ve bu kavramın tanımı oluşturur. Kişisel veri kavramı, Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Sözleşmesi, OECD'nin 2013 tarihli Tavsiye Kararı, Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Direktifi ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu gibi veri koruma alanına yönelik uluslararası ve ulusal metinlerde tanımlanmış olup bu metinler incelendiğinde, kişisel verinin anlamı bakımından benzer bir tanımlamaya yer verildiği görülmektedir. Buna göre, en sade haliyle, kişisel veri, kimliği belirli ya da belirlenebilir nitelikteki kişiye ilişkin her türlü bilgidir.¹

Tanıma ilişkin ayrıntılı bir inceleme yapıldığında, *kişinin kimliğinin belirli veya belirlenebilir nitelikte olması kavramı* ve *kişiye ilişkin bilgiler kavramı* incelenmesi gereken hususlardır. Bu bağlamda, bir kişi içinde bulunduğu insan grubunun diğer üyelerinden ayırt edilebiliyorsa, bu kişinin kimliği belirlidir.² Kimliği henüz belirlenmemiş olmakla birlikte, makul bir çaba neticesinde tespitinin mümkün olduğu durumlarda, bu kişinin kimliğinin belirlenebilir olduğu kabul edilir.³ Bir kişinin kimliğinin belirli veya belirlenebilir nitelikte olmasının yanı sıra bir kişinin hangi bilgilerinin kişisel veri olarak kabul edileceği de önemlidir. Bu doğrultuda, bir kimsenin kimliğine, etnik kökenine, fiziki özelliklerine, sağlık, öğrenim,

1) Aksoy, Kişisel Veri, 19.

2) Article 29 WP, concept of personal data, 12, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf, (E.T. : 22.03.2017).

3) Article 29 WP, concept of personal data, 12, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf, (E.T. : 22.03.2017).

iş durumuna, bireysel veya aile içi yaşantısına, yerleşim yerine ilişkin bilgiler ile başkaları ile gerçekleştirdiği haberleşmeler, kredi kartı bilgileri, kişisel düşünce ve inancı, siyasi veya sendikal faaliyetlerine ilişkin bilgileri, seyahat bilgileri, mahkûmiyet durumu ve hatta IP adresi dahi⁴ kişisel veri olarak kabul edilir.⁵ Kişinin özel hayatına yönelik bu bilgilerin yanı sıra kişinin ekonomik ya da mesleki yaşama ilişkin bilgilerin de kişisel veri kavramına dâhil olduğu kabul edilmektedir.⁶

Tüm bu hususlar ışığında, kişisel veri, kişilerin isimleri, adresleri, telefon numaraları, hastalıkları, banka hesap numaraları, kredi kartları, şifreleri, mali kayıtları, aldığı cezalar, arkadaşları, akrabaları gibi özel hayatlarına ilişkin bilgileri ve ekonomik ve mesleki yaşama ilişkin maaş, meslek, özgeçmiş gibi bilgileri olmak üzere belirli veya belirlenebilir bir kişiyle ilgili tüm bilgiler olarak tanımlanabilir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda, bazı kişisel verilere özel bir önem atfedilmiş ve Kanun'da 'ilgili kişi' olarak tanımlanan kişisel veri sahibini ayrımcılık riski ile karşı karşıya bırakabilecek ilgili kişinin etnik köken, ırk, cinsel hayat, siyasi düşünce, din ve mezhep, sağlık, felsefi inanç, dernek üyeliği, güvenlik, özel aile bilgileri, ceza ve mahkumiyet, biyo-

metrik veri ve diğer inançlara dair bilgileri, 'özel nitelikli kişisel veri' olarak kabul edilmiştir. Aşağıda ayrıntılı şekilde ifade edileceği üzere, özel nitelikli kişisel veriler ile ilgili olarak yapılan düzenlemeler, bu türdeki veriler için çok daha yüksek düzey işleme ve koruma önlemleri getirmiş bulunmaktadır.

B. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Kişisel Verilerin Korunmasının Fonksiyonu

Kişisel veriler, günümüzde hem özel hayatta hem iş dünyasında yaygın olarak kaydedilmekte, başkalarına transfer edilmekte ve özellikle bilgisayar ve internet aracılığıyla paylaşılmaktadır. Paylaşımın yapıldığı araçların kullanımının sıklığı ve verilerin kişisel verinin sahibi olan kişilerin izni olmaksızın paylaşılması, kişisel verinin sahibi olan kişilerin özellikle özel hayatın gizliliği hakkına⁷ ve karar verme özgürlüğüne⁸ önemli ölçüde zarar vermektedir.

Bu durumun önlenmesi amacıyla kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı doğmuş ve kişisel verilerin korunması hakkı ortaya çıkmıştır. Kişisel verilerin korunması hakkı, bireye ait kişisel verilerin sınırlanmaksızın işlenmesinin başka bir ifadeyle

4) KVKK, Soru Cevaplar, 18.

5) Aksoy, Kişisel Veri, 39; Uncular, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 2.

6) Kuner, Data Protection Law, 92.

7) Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 23.

8) Uncular, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 28.

le kişisel verilerin sınırsız bir şekilde toplanmasının, kullanılmasının, devredilmesinin, saklanmasının yaratacağı tehlikelere karşı bireyi korumayı hedefleyen ve verilerin nasıl kullanılacağı hakkında bireyin karar verme özgürlüğünü garanti altına alan haktır.⁹

Bu hak, gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuatta irdelenmiş olan ve diğer temel haklardan ayrı olarak tanımlanmış bir temel haktır. Örnek vermek gerekirse, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda kişisel verilerin korunması hakkı, Şart'ın 8. maddesinde ayrıca düzenlenmiş ve bu maddede her bireyin kişisel verilerin korunması hakkına sahip olduğu ortaya konulmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkının, Avrupa Birliği Temel Hak Şartı'nda bir temel hak olarak düzenlenmesi yaklaşımı Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı direktifinin hazırlanışında da egemen olan görüş olmuştur.¹⁰

Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra ulusal mevzuatta da kişisel verilerin korunması hakkı ayrıca bir hak olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Türk Anayasası m. 20/3'de, kişisel verilerin korunması hakkı: "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel*

sel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." şeklinde düzenlenmiştir. Kişisel verilerin korunması hakkı ayrıca 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'da ayrıca ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında da irdelenmiş olup yüksek mahkemelerin emsal niteliğindeki kararlarında kişisel verilerin korunmasının kişiler açısından öneminin altı çizilmektedir. Öyle ki, Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 2013/122 E. 2014/74 K. ve 09.04.2014 tarihli kararında: "*Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönün-*

9) Okur, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 369-370.

10) Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 38.

deki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır.” ifadesi hükme bağlanmış ve kişisel verilerin korunmasının önemi ifade edilmiştir. Aynı yönde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/4-56 E. 2015/1679 K. ve 17.06.2015 tarihli kararında¹¹: “*Kişisel verilerin korunması, çağımızda, insan hakları kavramı ve korunması bilincinin gittikçe gelişmesine paralel olarak önemini artırmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının temel amacı, bireyin özel yaşamının gizliliğinin güvence altına alınması yoluyla kişiyi korumaktır. Bilgi toplumunda giderek oldukça önemli bir konu haline gelen kişisel verilerin korunması hakkı, bireyin, demokratik bir hukuk devletinde özgür iradesiyle kendi yaşamını bizzat düzenleyebilmesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi, kişiliğinin korunması ve özgür bireylerden oluşan bir toplum düzeninin oluşturulması, ancak bireyin kişisel verilerine ilişkin hakkının korunmasıyla mümkündür.*” ifadesiyle yine kişisel verilerin korunmasının, bireylerin korunması ve özgürce hayatlarını düzenleyebilmeleri için büyük önem arz ettiği belirtilmiştir.

Kişisel verilerin korunmasının fonksiyonunun anlaşılabilmesi ve bu korumanın sınırlarının çizilebilmesi bakımından kişisel ve-

rilerin korunması hakkının tarihsel gelişimi önemli bir rol oynamaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkının tarihsel gelişimi incelendiğinde, bu hakkın özel hayatın gizliliği hakkı ile doğrudan bir ilişkisi ve hiçbir zaman kopmayacak bir bağı olduğu görülmektedir.¹² Öyle ki, özel hayatın gizliliğinin sağlanması bakımından kişisel verilerin korunması olmazsa olmaz niteliktedir.¹³ Tarihsel gelişim içinde, kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkından ayrılarak, ayrıca düzenlenen bir hak halini almış ve devletlerin ve uluslararası toplumun ilgili yasal metinlerinde yerini almıştır. Bu bağlamda, veri koruma hukukunun ve kişisel verilerin korunmasının temel amacı verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini önlemek ve bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bütün işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktır.¹⁴ Bu hak ile korunan değer kişisel verinin sahibi olan bireyler olup¹⁵ bu koruma doğrultusunda, kişiler, kişisel verilerinin işlenmesinden dolayı ortaya çıkabilecek zararlara karşı koruma altına alınmaktadırlar.

Kişisel verilerin korunması hakkının içeriği ve kapsamı, genel olarak kişilere ait bilgilerin korunması amacını taşısa da, bu hakkın veri işleme faaliyetlerinin tümünden engellenmesi gibi toptan yasaklayıcı bir amaç gütmeyeceği de aşikârdır.¹⁶ Avrupa Birliği Temel Haklar

11) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.06.2015 tarih ve E. 2014/4-56 K. 2015/1679 sayılı karar

(www.kazancı.com.tr) (E.T. : 21.03.2017).

12) Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 37.

13) Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 25.

14) Uncular, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 47; Okur, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 369.

15) Şimşek, Kişisel Verilerin Korunması, 95; Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 37.

16) Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 37.

Şartı'nın 52/1. maddesinde bu hakka kısıtlama getirilebileceği ifade edilmiştir. Ve fakat, bir kısıtlamanın söz konusu olması için her türlü sınırlama gibi bu sınırlama da kanun tarafından öngörülmeli, hakkın özüne saygı gösterilmeli ve sınırlandırma ölçülülük ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Öyle ki, getirilmek istenen sınırlamalar, eğer gerçekten gerekliyse ve kamu menfaatinin amaçlarını karşılıyor ya da diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ihtiyacına cevap veriyorsa, bu sınırlamalar hukuka uygun olacak ve uygulamaya konulabilecektir.¹⁷

II. KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI HAKKININ NORMATİF TEMELLERİ

A. Anayasa

Kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlığı altında ve özel hayatın gizliliği hakkı ile düzenlenmiş bulunmaktadır. 12.09.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile "Özel Hayatın Gizliliği" bölümüne eklenen fıkra ile birlikte kişisel verilerin korunması hakkı Anayasa ile güvence altına alınan bir hak kimliğine bürünmüştür. Bu düzenlemeye göre; "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya*

silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir".

Anayasa'da yer alan bu düzenleme, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun temelini oluşturması ve Kanun'un yürürlüğe girmesi ve hazırlanmasında kanuni gerekçe olması bakımından büyük önem arz etmektedir.

B. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Kanundaki Önemli Kavram ve Düzenlemeler

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 07 Nisan 2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Kanun'un bazı maddelerinin 07 Ekim 2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesiyle birlikte Kanun bu tarihte tüm maddeleri ile uygulanmaya başlanmıştır. Kanunun Geçici 1. Maddesi ile Kanun'un yayımı tarihinden önce işlenmiş olan kişisel verilerin, yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde Kanun hükümlerine uygun hâle getirileceği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, Kanun'un öngörmüş olduğu iki yıllık geçiş süresi, yalnızca yürürlük tarihi olan 7 Nisan 2016 tarihinden evvel elde edilen kişisel verilerin KVKK uyarınca getirilen yükümlülüklerle uyumlu hale getirilmesi için öngörülmüş olup 7 Nisan 2016 sonrası işlenen kişisel veriler için Geçici 1. Madde uygu-

17) ABAD,C 92/09 ve C 93/09, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0092> (E.T. : 21.03.2017). ; Gürsel, İçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 39.

lama alanı bulmamış ve veri sorumlularının 7 Nisan 2016 tarihinden sonra işledikleri kişisel veriler ile ilgili sorumlulukları başlamıştır.

7 Nisan 2018 tarihi itibarıyla ise Kanun kapsamında veri sorumlusu olarak kabul edilen tüm kişiler, işlemiş oldukları tüm kişisel veriler ile ilgili olarak Kanun'daki kural ve yükümlülükler uyma zorunluluğu doğmuştur. Devrim niteliğindeki bu kanun, Türkiye'de daha evvel Anayasa hükmü ve bazı diğer kanunlarda bulunan hükümler ile korunan kişisel verilere ve korunmalarına dair tüm hususları açıklığa kavuşturmuş olup, Avrupa Birliği standartlarına uyum sağlayabilmek adına da bu Kanun ile önemli bir adım atılmıştır.

1. Kanunun Amacı ve Kapsamı

Kişisel verilerin sınırsız biçimde ve gelişigüzel toplanması, yetkisiz kişilerin erişimine açılması, ifşası veya amaç dışı ya da kötüye kullanımını sonucu kişisel hakların ihlal edilmesinin Kanun ile önüne geçmek amaçlanmıştır¹⁸ olup Kanun'un hazırlık aşamasında, 108 sayılı Sözleşme ve Avrupa Birliği'nin 95/46/EC Sayılı Direktifi'nden yararlanılmıştır.

Bu temel amaca ek olarak, Kanun'un 1. Maddesinde ifade edildiği üzere, Kanun'un bir amacı da kişisel verilerin işleme şartlarını, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlü-

lükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir. Kanunun gerekçesinde, kişinin mahremiyet hakkı ile bilgi güvenliği hakkının korunması da bu kapsamda değerlendirilmekte olup ayrıca, kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasların da düzenlenmesi Kanunun amaçları arasında yer almaktadır.¹⁹

Kanunun kapsamı da Kanunun 2. Maddesinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, Kanun, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin (kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemi) parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacaktır. Kapsam maddesi ile ilgili olarak, özel sektör ile kamu sektörü bakımından bir ayırım yapılmamış olup, öngörülen usul ve esasların her iki sektörde de uygulanması benimsenmiş ve hatta Kişisel Verilerin Korunması Kurulu tarafından yayınlanan rehberlerde yurtdışında yerleşik olmakla birlikte Türkiye'de faaliyet gösteren veri sorumluları hakkında da Kanun hükümleri uygulanacağı ifade edilmiştir.²⁰

2. Kişisel Verinin İşlenmesi ve Rıza Kavramları

Kanunun içeriği incelendiğinde, veri işleme ve rıza kavramlarının sıklıkla kullanıldığı ve Kanunun bu kavramlara büyük önem atfetti-

18) KVKK, Soru Cevaplar, 12.

19) KVKK, Soru Cevaplar, 15.

20) KVKK, Soru Cevaplar, 16.

ği görülmektedir. Nitekim veri işleme ve rıza kavramları, kişisel verilerin korunması mevzuatı bakımından temel nitelikte kavramlardır.

“**Kişisel verinin işlenmesi**”, Kanunun 3. Maddesinde tanımlanmış olup, verilerin işlenmesi, kişisel verilerin tamamen veya kısmen, otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade etmektedir.

Kanunun 5. maddesinde kişisel verilerin hangi hallerde hukuka uygun olarak işlenebileceğine ilişkin veri işleme şartları düzenlenmiştir. Bu doğrultuda kişisel veriler Kanunda tahdidi olarak sayılan istisnai haller saklı kalmak üzere, yalnızca kişinin açık rızası alınarak işlenebilmektedir. Bu doğrultuda, “**açık rıza**”; belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza olarak tanımlanabilir.²¹ Açık rıza kavramında, kişinin verilerinin işlenmesine ilişkin olarak açık onay vermesinden önce, veri sorumlusu kişi, verilerin işleme nedenleri ve amaçları ve veri işleme prosedürü ile ilgili olarak kişiyi gereği gibi aydınlatmalı, bilgilendirmeli ve il-

gili kişi buna göre özgür iradesi ile ve yalnızca belirli bir konu ve amaç için kişisel verisinin işlenmesine açık rızasını vererek müsaade etmelidir.²² Açık rızanın yazılı şekilde alınması şart olmamakla birlikte, ispat kolaylığı bakımından açık rızanın yazılı şekilde alınması yolunun tercih edilmesi mümkündür.²³ Bu bağlamda, “**şemsiye rıza**” olarak ifade edilen, belirli amaçlar için alınmamış genel rızaların Kanun bakımından bir geçerliliği bulunmamaktadır.²⁴

Açık rıza kavramı değerlendirilirken, yukarıda tanımlaması yapılan özel nitelikli kişisel verilerin ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Öyle ki, Kanun, bu verilere, bu veriler ile ilgili ayrımcılık riski bulunmasından dolayı özel bir önem atfetmiş ve bu verilerin işlenmesi bakımından özel şartlar öngörmüştür. Kanunun 6. Maddesine göre, ilgili kişinin açık rızası bulunmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yasaklanmıştır. Özel nitelikli kişisel veriler işlenirken Kanunun 5. Maddesindeki istisnai haller uygulanmayacaksa da Kanunun 6. maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi bakımından ayrı istisnai koşullar düzenlenmektedir. Buna göre, sağlık ve cinsel hayat dışındaki özel nitelikli kişisel veriler, kanunlarda açıkça öngörülmüş olması halinde işlenebilecek iken sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin yalnızca kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmet-

21) Handbook on European Data Protection Law, 55.

22) Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 198-199.

23) Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 195.

24) KVKK, Soru Cevaplar, 25.

lerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenmesi halinde ilgili kişinin açık rızası aranmayacaktır. Özel nitelikli kişisel veriler, belirtildiği üzere, yüksek korumaya tabi tutulmuş veriler olup bu bağlamda, veri sorumluları, bu verilerin işlenmesinde ayrıca Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen gerekli önlemleri de alacaktır.

Kanun kapsamında, verilerin işlenme şartları dışında, Kanun, veri işleme faaliyetinin belirli ilkelere tabi olacağına yönelik düzenlemeler de içermektedir. Bu doğrultuda, kişisel veriler işlenirken, her zaman için hukuka ve dürüstlük kurallarına uyulmalı, veriler doğru ve gerektiğinde güncel olmalı, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmeli, veriler işlendikleri amaç ile bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalı ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelidir.

Veri sorumlusu, gerekçesini açıklayamadığı hiç bir kişisel veriyi kayıtlarında bulundurmamalı ve bu gerekçe hukuka uygunluk nedenlerinden birini içermelidir. Başka bir deyişle, gereklilik ve orantılılık prensibini ön planda tutan Kanun, yalnızca belirli bir amaç için gerektiği kadar kişisel verinin toplanmasını ve işlenmesini istemekte ve bundan fazlasını yasaklamaktadır.

3. Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Kavramları

Kanunda düzenlenen bir diğer önemli kavram ise, veri sorumlusu kavramıdır. KVKK m. 3(1) düzenlemesi kapsamında, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi, veri sorumlusu olacaktır. Veri sorumlusu tüzel kişinin kendisi olup tüzel kişiliğin içerisinde veri işleme faaliyetlerinden sorumlu olan gerçek kişiler Kanunun uygulanması bakımından veri sorumlusu olarak sayılmazlar. Veri sorumlusunun tüzel kişi olması halinde, veri sorumlusu yükümlülüğü ilgili tüzel kişilik üzerinde doğacaktır. Bu yükümlülük tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili organlar veya kişiler eliyle yerine getirilecektir. Tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili olan organ veya kişiler tüzel kişilik içerisinde tüzel kişiliğin sahip olduğu veri sorumlusu yükümlülüklerini yerine getirmek üzere kişi veya kişileri görevlendirebilirler. Bu görevlendirme tüzel kişiliğin veri sorumlusu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz ve ilgili gerçek kişileri de veri sorumlusu yapmaz.²⁵ Veri sorumlularına ilişkin bir tartışma konusu da grup şirketi ve bağlı ortakların bulunduğu durumlarda kimin veri sorumlusu olarak değerlendirileceği hususudur. Bu konuda, Kurul yayınladığı rehberler ile konuya açıklık getirmiş olup bir gruptaki her şirket, kişisel verilerin işleme amaçlarını kendisinin belirlediği ve veri kayıt sisteminin tutulmasından kendisinin sorumlu olduğu

25) Article 29 WP, concepts of controller and processor, 16.

<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>, (E.T. : 22.03.2017).; Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 134.

hallerde Kanun gereğince “veri sorumlusu” sıfatına sahip olacaktır.²⁶

Mamafih, şirketin veri işleme sıfatına haiz olması özellikle kişisel verilerin korunması hakkına bağlı olarak ortaya çıkabilecek medeni hukuk ve ceza hukuku kapsamındaki sorumluluklar bakımından bu sorumluluğun yöneltmesi sorununu ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, bir şirketin yönetim kurulu üyelerinden birinin işçileri kamerayla gizlice izlemesi halinde, yönetim kurulu üyelerinin onayını almayan bu yönetim kurulu üyesi medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından sorumlu sayılacaksa da bu durum şirketin veri sorumlusu olduğu sonucunu etkilemeyecektir.²⁷

Veri işleyen kavramı ise veri sorumlusu adına verileri işleyen gerçek veya tüzel kişilerdir. Veri işleyen organizasyonun dışındaki kişi olup bu kişiler, veri sorumlusunun kişisel veri işlemek üzere yetkilendirdiği ayrı bir gerçek veya tüzel kişi de olabilir. Bu kavramların daha iyi anlaşılabilmesi için günlük hayatımızdan örnek vermek gerekirse; bir kuruluşun topladığı kişisel verilerin saklanması için bir bulut hizmeti sağlayıcısıyla sözleşme yapması durumunda, bulut hizmeti sağlayıcısı veri işleyen statüsündedir. Zira taraflar arasındaki sözleşme gereği bulut hizmeti sağlayıcısının verileri kendi amaçları için kullanması mümkün olmadığı gibi, kendisi veri de toplamamaktadır. Tek faaliyeti veri sorumlusu kuruluştan gelen kişisel verileri yine kuruluşun talimatlarına uygun olarak saklamaktır.

Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrası uyarınca veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır. Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrası uyarınca da veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, söz konusu tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müştereken sorumludur. Kanunda, kişisel veri işleme faaliyetlerine ilişkin hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesinde veri sorumlusunun yükümlü olduğu bir sorumluluk rejimi benimsenmiştir. Öyle ki, Kanundaki tanımlamalar dikkate alındığında, veri işleyen veri sorumlusunun talimatlarını yerine getirdiği açıktır. Kanunda gerek aydınlatma yükümlülüğü gerekse veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler de veri sorumlusu üzerinden tanımlanmış olup veri sahibi olan ilgili kişinin, haklarını veri sorumlusuna karşı ileri sürüleceği düzenlenmiştir.²⁸

4. Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Veri Sahibinin Hakları ve Yükümlülüklerin İhlali Halinde Uygulanacak Yaptırımlar

Kanun düzenlemeleri incelenirken, irdelenmesi gereken bir diğer önemli konu ise veri sorumlularının yükümlülükleri ve veri sahibinin haklarıdır.

26) KVKK, Soru Cevaplar, 64.

27) Article 29 WP, concepts of controller and processor, 17,

<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>, (E.T. : 22.03.2017);

Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 181.

28) KVKK, Soru Cevaplar, 31.

Veri sorumlusunun yükümlülükleri Kanun'da sayılmış olup bu yükümlülüklerin ihlali ise ağır yaptırımlara bağlanmıştır. Bu doğrultuda, veri sorumlusu, kişisel verileri Kanunun 5. maddesinde yer alan düzenlemelere uygun olarak işleyecek; özel nitelikli kişisel veriler bakımından Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenecek yeterli önlemleri alacak ve bu verileri Kanunun 6. maddesinde yer alan düzenlemelere uygun olarak işleyecek; Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel verileri resen veya ilgili kişinin talebi üzerine silecek, yok edecek veya anonim hâle getirecek; kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılmasında Kanunun 8. ve 9. maddelerinde yer alan düzenlemelere uygun olarak hareket edecek; Kanunun 10. maddesine uygun olarak veri sahiplerini aydınlatacak; Kanunun 12. maddesine uygun olarak veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbiri alacak; veri sahiplerinin kendilerine yönelttiği başvuruları Kanunun 13. maddesine uygun olarak cevaplayacak ve bu konuda gerekli işlemleri yapacak ve Kanunun 16. maddesi gereğince veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğünü yerine getirecektir.

Veri sorumlularının bu yükümlülükleri karşısında, veri sahibi ilgili kişilerin ise bazı hakları vardır. Bu haklar da Kanunda sayılmış olup buna göre; herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun

kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, şartlar oluştuğu takdirde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme ve kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir.

Kanunun en önemli özelliklerinden biri ise, ihlal başına öngörülmüş olan ağır yaptırımlardır. Öyle ki, veri sorumluları için yukarıda ayrıntısıyla ifade edilen yükümlüklerin ihlali halinde veri sorumluları veya veri işleyenler gerçekten ağır ve caydırıcı müeyyideler ile yüzleşmek zorunda kalacaklardır. Örneğin, Kurul tarafından yakın tarihte aktive edilmesi beklenen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenler veya kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri almayanlar, ihlal başına 15.000 TL ile 1.000.000 TL arasında değişebilen idari para cezası ile karşılaşabilecektir. Yine, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen veri sorumlularına, 5.000 TL ile 100.000 TL arasında Kurul tarafından belirlenecek olan idari para cezası kesilebilecektir.

Kanunda idari para cezalarının yanı sıra, veri sorumluları için Kanunda tazminat sorumluluğu ve cezai sorumluluk da öngörülmüş bulunmaktadır. Bu bağlamda, veri sahibi, kişisel verilerinin kanuna aykırı olarak işlenmesi

sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini genel tazminat hükümlerine göre talep etme hakkına sahip olup Türk Medeni Kanunu'nda 24 ve 25. madde düzenlemeleri kapsamında kişilik hakları zedelenen veri sahibi, TMK m.24-25 hükümleri ışığında işveren tarafından kişilik haklarına yöneltilen saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini mahkemeler aracılığıyla talep edebilir. Yine, veri sahibi Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince kişisel verilerinin ihlali nedeniyle uğramış olduğu maddi zarara ve Türk Borçlar Kanunu m.58/1 uyarınca ise manevi zarara ilişkin talepte bulunabilecektir.

Kişisel verilerin, veri sorumlusu tarafından hukuka aykırı kullanımının, hukuki yaptırımlarının yanında cezai sonuçları da bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesi ve devam maddelerinde getirilen düzenlemeler ile veri sahibinin kişisel verilerinin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi suç olarak düzenlenmiş ve cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu çerçevede haberleşmenin gizliliğinin ihlali (TCK.m.132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK.m.133), özel hayatın gizliliğinin ihlal (TCK.m.134), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK.m.135), verileri yok etmeme (TCK.m.137) suçları için muhtelif sürelerde hapis cezası yaptırımı düzenlenerek, işçinin kişisel verilerinin korunması amaçlanmaktadır. Tüzel kişi veri sorumluları ve veri işleyenler bakımından, ilgili cezai sorumluluk yönetim kurulu üyelerine ait olacaktır.

5. *Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve Kişisel Verilerin Korunması Kurulu*

Kanunun 19. Maddesine göre, Kanunda verilen görevleri yerine getirmek üzere, idari ve mali özerkliğe sahip ve kamu tüzel kişiliğini haiz Kişisel Verileri Koruma Kurumu 7 Nisan 2016 tarihi itibarıyla kurulmuş bulunmaktadır. Kurum Başbakanlıkla ilişkili bir idari otorite olarak çalışmakta olup kurum, Kurul ve Başkanlıktan oluşmaktadır. Kurumun karar organı Kurul olup bu kurul Kişisel Verilerin Korunması Kurulu olarak isimlendirilmektedir. Kurul, 15 Aralık 2016 tarihinde, son iki üyenin Cumhurbaşkanı tarafından atanması ile, çalışmalarına başlamış olup, 2017 yılından beri düzenlediği çeşitli karar ve yönetmelikleri www.kvkk.gov.tr adresinde yayınlamaktadır.

Kurulun görevleri Kanunda düzenlenmiş olup Kurulun en önemli görevlerinin, veri sorumlularına yapılan başvuruların reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hâllerinde kendisine yapılan şikâyetleri incelemek, şikâyet üzerine veya resen harekete geçmek suretiyle tespit ettiği hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vermek; benzer ihlallerin yaygın olarak gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi hâlinde ilke kararları almak; telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık olması hâlinde, veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar vermek; Veri Sorumluları Sicilinin gözetimini yapmak; gerekmesi durumunda Veri Sorumluları Siciline kayıt zo-

runluluğuna istisnalar getirmek olarak ifade edilebilir.

6. Veri Sorumluları Sicili ve Sicile Kayıt Yükümlülüğü

Kanunun 16. maddesi gereğince Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun gözetiminde, Bakanlık tarafından kamuya açık olarak "Veri Sorumluları Sicili" tutulur. Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır.

Veri Sorumluları Siciline kayıt başvurusu yapılırken, veri sorumluları ilgili sicile, veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerini; kişisel verilerin hangi amaçla işleneceğini; veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri hakkındaki açıklamaları; kişisel verilerin aktarılacağı alıcı veya alıcı gruplarını; yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler ile ilgili bilgileri; kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirleri ve kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreleri bildirmekle yükümlü olacaktır. Bu yükümlülüğün ihlali halinde ise, Kanunda ayrı bir yaptırım düzenlenmiş olup buna göre, Veri Sorumluları Siciline kaydolma yükümlülüğünü ihlal eden veri sorumluları hakkında 20.000 TL ile 1.000.000 TL arasında Kurul'un belirleyeceği bir bedel üzerinden idari para cezası uygulanacaktır.

Son olarak, Kanun'da, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebileceği de düzenlenmiş olup ilgili muafiyet listesi de Kurul

tarafından 2 Nisan 2018 tarihinde yayınlanmış bulunmaktadır. Buna göre; herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla yalnızca otomatik olmayan yollarla kişisel veri işleyenler; noterler; dernekler, vakıflar ve sendikalardan yalnızca ilgili mevzuat ve amaçlarına uygun, faaliyet alanlarıyla sınırlı ve sadece kendi çalışanlarına, üyelerine, mensuplarına ve bağışçalarına yönelik kişisel veri işleyenler; siyasi partiler; avukatlar ve Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler, Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünden istisna tutulmuş bulunmaktadır.

III. SONUÇ

Teknolojik gelişmelerin, özellikle son otuz yıl içinde büyük bir ivme kazanması, veri koruma hukukunun da gelişimini tetiklemiştir. Veri koruma hukukunun ve bu anlamda kişisel verilerin korunmasının temel amacı, verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesini önlemek ve bu veriler üzerinde gerçekleştirilen bütün işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktır. Kişinin bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkumiyet durumu gibi kişisel bilgilerinin korunması ve hukuka uygun olarak işlenmesi, veri koruma hukukunun alanına girmekte ve kişilerin temel haklarının korunması açısından büyük önem arz etmektedir.

Dünyada veri koruması alanındaki gelişmeleri takiben, Türkiye'de uygulamaya giren Kişisel Verilerin Korunması Kanunu özellikle 7 Nisan 2018 tarihinden itibaren büyük yankı uyandırmış ve son dönemde toplumun dikkatini çeken bir Kanun olarak karşımıza çıkmıştır. Günümüzde veri sorumluları, KVKK kapsamında getirilen yükümlülüklerle uyum

sağlayabilmek için çalışmalar yapmakta ve geç de olsa, bünyelerinde uyum süreci başlatmış bulunmaktadır. Bu sayede, veri sorumluları ve işleyenler, üstlendikleri hukuki ve cezai sorumluluğun farkına varmakta ve yükümlülüklerini yerine getirmektedir. Aynı şekilde ilgili kişiler de, KVKK tarafından kendilerine tanınan hakların ve çeşitli başvuru yollarının farkında olmalı ve bilinçlenmelidir.

Kaynakça

Basılı Kaynaklar

- **AKSOY**, Hüseyin Can: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- **GÜRSEL**, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, B. 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- **KUNER**, Christopher: European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation, B. 2, Oxford University Press, United Kingdom, 2007.
- **KÜZECİ**, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, B. 1, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010.
- **OKUR**, Zeki: İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme, B. 1, Legal Yayınları, İstanbul, 2011.
- **OKUR**, Zeki: Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, 368-408.
- **ŞİMŞEK**, Oğuz: Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, B. 1, İstanbul, 2008.
- **UNCULAR**, Selen: İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, B. 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- **VARELA**, Alberto Arufe: Spain, Employment Privacy Law in the European Union: Human Resources and Sensitive Data, Intersentia Publishers, Belgium, 2003.
Atf Şekli: Varela, Human Resources and Sensitive Data, ...

Elektronik Kaynaklar

- Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”, 00264/10/EN WP 169, 16.02.2010, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_en.pdf, (E.T. : 22.03.2017).
- Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, 01248/07/EN WP 136, 20.06.2007, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf, (E.T. : 22.03.2017).
- Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, 5062/01/EN WP 48, 13.09.2001, <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2001/wp48en.pdf>, (E.T.: 22.03.2017).
- Kişisel Verilerin Koruma Kurumu, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Uygulanmasına Yönelik Soru Cevaplar.

Kararlar

- Avrupa Adalet Divanı'nın, 09.11.2010 tarihli ve C 92/09 ve C 93/09 sayılı kararı, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CJ0092> (E.T. : 21.03.2017)



Esra TUNÇAY

Influence of the EU's 'Right to be Forgotten' in the Non-European Countries

In 2014, Court of Justice of the European Union ("CJEU") established the 'right to be forgotten' in its Google Spain¹ decision. This decision rendered by the highest court of the EU; the Grand Chamber of the CJEU, put the 'right to be forgotten' into practice, before its enactment in the General Data Protection Regulation ("GDPR"). The Grand Chamber relied on Article 12 of the Directive 95/46/EC which regulates the 'right to access', yet the wording 'right to be forgotten' was used in the decision. Upon this turning point in the field of data protection and privacy law; 'right to be forgotten' has been introduced in Article 17 of the GDPR, which entered into force in May 25, 2018.

This article will endeavor to give an answer to the question of, to what extent has the cre-

ation of a 'right to be forgotten' in the EU had a 'beneficial' influence on the development of privacy and freedom of expression rights in similar circumstances in the non-European countries? Which one of the confronted rights, namely right to privacy versus freedom of expression, should be promoted compared to the other one?

In today's highly digitalized world where social media and Internet is deemed sufficient for 'profiling' a real living person; the 'beneficial' result should be deemed as promoting the private life of individuals. So; to what extent CJEU's Google Spain decision has helped to promote the privacy rights of data subjects facing the eased dissemination of information through the use of Internet, in the non-European countries?

1) Case C-131/12.

Emergence of the Right to be Forgotten

In March 2010, Spanish national Costeja González brought a complaint before the country's Data Protection Agency against La Vanguardia newspaper, Google Spain, and Google Inc. González wanted the newspaper to remove or alter the record of his 1998 attachment and garnishment proceedings so that the information would no longer be available through Internet search engines. He also requested Google Inc. or its subsidiary, Google Spain, to remove or conceal the data. González argued that the proceedings had been fully resolved for several years and therefore they should no longer appear online. The Agency dismissed the complaint against the newspaper on the ground that the publication was legally justified pursuant to a government order. It, however, upheld the complaint against Google, finding that Internet search engines are also subject to data protection laws and must take necessary steps to protect personal information.

On appeal, the National High Court of Spain stayed the proceedings and presented a number of questions to the European Court of Justice concerning the applicability of the EU Directive 95/46 (protection of personal data) to the Internet search engines. The Court ruled that a search engine is regarded as a "controller" with respect to "processing" of personal data through its act of locating, indexing, storing, and disseminating such information. Additionally, it held that in order to guarantee the rights of privacy and the protection of

personal data, operators of search engines can be required to remove personal information published by third party websites. However, the data subject's right to make that request must be balanced against the interest of the general public to access his or her personal information.

Turkey approach

In Turkey's legislation history, one can often see the impacts of EU legislation. In 1995, following the Directive 95/46/EC's entry into force in the EU, a committee was established in Turkey in order to prepare a legislation coherent with the Directive. Yet; the efforts ongoing for many years in order to introduce such a law failed due to political instabilities and bureaucratic problems. Meanwhile in 2010; Turkish Constitution was amended and a provision was added to Article 20 which regulates the right to privacy. The added clause recognized the data subjects' rights and control over their data together with the 'right to erasure'. This right to erasure may be deemed as the basis of the 'right to be forgotten' in Turkey. Yet; the legislation which was needed in order to implement these rights recognized in the Constitution in practice didn't become law until 2016. Finally; during the course of intense negotiations between Turkey and the EU about Turkey's membership to the Union, the process was accelerated in 2015 and the Law on Protection of Personal Data passed from the Assembly in April 2016. According to its Article 7; the personal data shall be erased, destroyed or anonymized upon the data subject's request or *ex officio*, if the pro-

cessing of the personal data is no longer necessary, even though it's lawful.

More importantly; in 2015, the Highest National Court in Turkey –Supreme Court Assembly of Civil Chambers- recognized the ‘right to be forgotten’ by referring to CJEU’s Google Spain decision, even prior to the enactment of the Law on Protection of Personal Data. This meant that the ‘right to be forgotten’ had a field of application in practice. However; this decision has to be scrutinized carefully in order to comprehend the approach of the Court.

The case was about a victim of sexual abuse whose name was fully cited without her consent and without any anonymization or codification in a criminal law book while exemplifying the relevant criminal suit. The plaintiff asked for the aforementioned book to be withdrawn from the market and also claimed non-pecuniary damages because of the stress caused due to the recurring of the incident by the citation of her name in the book. At the first trial; the Court upheld the plaintiff’s claim on the ground that the full citation of the plaintiff’s name violated her personal rights and her reputation got damaged. Upon appeal; the higher court reversed the judgement by stating that the book was a scientific work and the decisions rendered by the Supreme Court -concerning the decision regarding the sexual abuse case- are public. Hence; this wouldn’t constitute a violation of her personal rights but would fall into the category of freedom of expression. Following the

appropriate procedural stages, the case was eventually before the highest court: Supreme Court Assembly of Civil Chambers.

First of all; the Court identified the dispute as the confrontation of the ‘right to be forgotten’, protection of personal data, personal rights and the freedom of science and art; emphasizing that a fair balance should be redressed in between the two notions.² Secondly; the Court determined that the name of the plaintiff would constitute ‘personal data’ as per the definition provided in the Article 2(a) of Directive 95/46/EC and highlighted the importance of the protection of personal data throughout its decision. Subsequently; the definition of the ‘right to be forgotten’ was provided as follows: *‘The right to be forgotten may be expressed as the demand for getting forgotten of unfavourable past events appearing in the digital memory after a period of time, deletion of the personal data which the data subject wishes others not to know and prevention of their dissemination, as long as there is no any overriding public interest.’* The Court also referred to CJEU’s Google Spain decision and to the balancing test in regard to public interest and stated there was no any exceptional or overriding public interest -like the data subject’s being an important figure in the public or the public’s special interest in the data- in that specific case. Most importantly; the Court extended the scope of application of the ‘right to be forgotten’ and indicated that although the right in question is provided for digital data as per its definitions; it should be accepted and applied not only for

2) Decision no. 2015/1679 of the Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers (2015).

the data in the digital media but also for the data which public can easily access to; considering the characteristics of this right and its relationship with the human rights.³ Thus; it was decided in favour of the plaintiff on the grounds that the full citation of her name without any codification in the book violated her 'right to be forgotten' and accordingly; her right to privacy.

Here; the Court's decision is to be examined with great attention from two aspects: First; although the findings that a person's name constitutes 'personal data' and its publication without consent would violate the her privacy right and right to protection of personal data are true; this case has no relation with the 'right to be forgotten', since the personal data in question is not appearing in the digital media but in a physical law book.⁴ In other words, this is an 'off-line' case. The interpretation of the Court which extends the scope of the 'right to be forgotten' to the easily accessible personal data in anywhere and not only in the digital media, is not compatible with the purpose of the 'right to be forgotten'. Actually; Article 17 of the GDPR doesn't make any distinction between 'online' and 'off-line' conditions with regard to the 'right to be forgotten'. Yet; until now, it's seen from the case-law that the scope of this right have only consisted of data which are accessible through the internet. CJEU also, in its Google Spain decision

established this right in the context of internet, by holding search engines liable as data controllers. Therefore; it wouldn't be wrong to say that Google Spain decision has no direct bearing on the processing of personal data in the off-line context. Furthermore; the Advocate General also stated that it is the *internet's* power of magnifying and facilitating the dissemination of information which is at the heart of the Google Spain case⁵. As one can see; the speciality of this right comes from the distinctive character of the internet, such that there is no any time or space limitation together with an indefinite search and memory capacity. This is exactly why the control over one's personal data becomes more significant since '*every piece of information can be remembered until eternity in this 'global village'*⁶. Digital contents are only one-click away from everyone all around the world and universal access to information is possible. Thus; the emergence and the characteristic of the 'right to be forgotten' is linked with today's digitalized world and available technology. With this right; strengthening individuals' rights in an *online* environment is intended⁷. Viviane Reding, the Vice-President of EU Commission and EU Justice Commissioner at that time, stated in her speech in 2012 that the 'right to be forgotten' will be built on already existing rules to better cope with privacy risks *online*^{5,8}.

3) Ibid.

4) Yavuz, 98.

5) Opinion of the Advocate General in Case C-131/12, para 28.

6) Ausloos, 2.

7) Bird&Bird, 28.

8) Speech/12/26 of Viviane Reding.

As to the second critical point; it's understood from the wording of the decision that the Court considers the violation of the 'right to be forgotten' as a type of violation of right to privacy⁹. However; since the 'right to be forgotten' is about the data subjects' control over their personal data, it might not be related to the privacy sphere in each instance. One should keep in mind that the broadness of 'data protection' is much wider than 'privacy'. Private life does not necessarily include all information on identified or identifiable people. Even if it's hard to notice; there might be some behaviors of data processing which falls under the scope of right to data protection but not privacy. Unlike data protection, assessment of 'privacy' interest in a specific situation is context-dependent¹⁰. For instance; an individual's name might not always include a privacy interest. The General Court highlighted that merely because a document contains personal data doesn't mean that the privacy or integrity of the persons concerned is affected¹¹. To make it more clear; European Court of Human Rights stresses that an additional element of privacy is required in order for personal data to be included in the scope of private life¹². So; although their scope overlaps many times, right to privacy and right to data protection are distinct rights, as outlined in the Charter of Fundamental Rights which has become binding with the Lisbon Treaty. That's why the decision of the Turkish Su-

preme Court shouldn't be interpreted in a way ignoring the differences between the violation of privacy rights and data protection.

Even though the Supreme Court rendered an appropriate decision on the merits -in the sense that the uncensored citation of the plaintiff's name in a text violates her privacy right and right to data protection-, the justification regarding the violation of her 'right to be forgotten' is errored by reason of the extension of the right's scope to the detriment of its characteristic related to digitalization¹³.

Nonetheless; we have to acknowledge that it's a promising improvement for Turkish law that the Highest National Court recognized the 'right to be forgotten' and also emphasized the need for a balancing test, by making references to Directive 95/46/EC and CJEU's Google Spain decision. Yet; it has to be interpreted carefully and the courts should draw a clear line in order to guide the future case-law about the application of the 'right to be forgotten'.

It should also be noted that in 2016, the Supreme Court defined the 'right to be forgotten' as one of the universal human rights in a case regarding state surveillance over citizens. In 2017, the Supreme Court defined the right to be forgotten as *a consequence of the state's positive obligation in order to provide an opportunity for the citizens to improve their mo-*

9) Sumer.

10) Lynskey, 584.

11) Case C-28/08 P, para 123.

12) Kokott and Sobotta, 224.

13) Yavuz, 99.

rale and set clearer guidance by stating that an examination of the claims on right to be forgotten has to be made within the framework of Article 17/1 of the Constitution also by taking into consideration the relationship between the news on the Internet and the personal data and also by putting an emphasis on the balancing test¹⁴.

There are also numerous decisions of Turkish Constitutional Court about the right to be forgotten. For instance; on March 15, 2018, the Constitutional Court rendered a decision on a claim regarding the violation of the right to protect the reputation and honor due to the rejection of request to ban the access to the content of some news taking place in Internet news archive which are listed in the search engine based on a name search. It is decided that the identity of the applicant will be kept confidential yet the application itself is not acceptable since all remedies have not been exhausted¹⁵. All the Constitutional Court decisions, including this one, applies a balancing test between the freedom of expression, right of public to access information and protection of one's moral integrity.

Thus; we can conclude that the creation of the 'right to be forgotten' in the EU with CJEU's Google Spain decision had a 'beneficial' influence in terms of promoting the privacy and data protection rights in Turkey. It is believed that the application of the right to be forgotten will be settled more precisely upon further decisions of the Supreme Court.

The US Approach

The 'right to be forgotten' is closely related with many fundamental human rights such as right to data protection, right to privacy and freedom of expression. The approaches of countries towards these rights are also determinant in their approach towards the 'right to be forgotten'. US and Europe have adopted totally different attitudes on the issue. That is to say; EU takes privacy rights very seriously whereas in the US; freedom of speech and expression are placed among the highest national principles. This difference in the two Western cultures stems from their historical experiences.

It should be kept in mind that the acceptance and application of the 'right to be forgotten' is of particular importance for the US since most of the multinational technology companies like Google, Facebook, Twitter are US based. Problems caused by the jurisdiction and territoriality issues exist, as these companies also operate in Europe and decisions rendered by the EU courts regarding the 'right to be forgotten' involves those companies.

Freedom of expression is incorporated in the First Amendment of the US Constitution. That's why; the 'right to be forgotten' is considered to challenge the First Amendment in the US and a wide range of scholars, industry leaders and politicians reacted to the CJEU's ruling, by noting issues surrounding free speech, public's right to information and potential administrative burdens¹⁶. Some non-

14) Decision no. 2017/5325 of the Penal Chamber no. 19 of Turkish Supreme Court (2017).

15) Application no. 2014/19685 of the Turkish Constitutional Court (2018).

16) Antani, 1179.

profit organizations that advocates for digital rights criticize the ‘right to be forgotten’ by asserting that adoption of such a right would result in a self-selected version of a person’s history, and also damage the integrity of search engines¹⁷. There are also criticisms that such a system would transform third parties like Google into a ‘censor-in-chief’ for the EU, rather than a neutral platform since the burden will be put on them about proving that there is a journalistic, artistic or literary exception¹⁸ and also transform into an amateur decision-maker prevailing power over content decisions¹⁹.

As to the case-law on the issue; US federal court decisions have held that search engine results and the selection of what it includes or not are protected under the First Amendment²⁰. For instance; US District Court of Western Oklahoma rendered that Google’s rankings of webpages are ‘*subjective results that constitute constitutionally protected opinions*’ and thereby can enjoy full constitutional protection²¹. Likewise, in *Langdon v Google, Inc.*, it was found that free speech would encompass search results²². Shortly before the CJEU’s Google Spain decision, New York District Court reinforced this approach in a more recent case²³. The attitude is unchanged

where search engine results are comprised of ‘personal data’ in a European context²⁴. So; the First Amendment jurisprudence regarding the issue of search engine results shows that the US courts are not prone to impose restrictions on search results to protect the privacy rights of individuals, with the reasoning of ‘*the creation and dissemination of information are speech within the meaning of the First Amendment. Facts, after all, are the beginning point for much of the speech that is most essential to advance human knowledge and to conduct human affairs*’²⁵. It’s obvious that US courts view search engine results within the framework of free speech and free press, protected under the Constitution. It’s believed that all speech should be protected at the same level, and this opens the way for free access to information, which search results provide to internet users.

On the other hand; there is also appreciable support for the recognition of the ‘right to be forgotten’ in the US. Some critics argue that this right should be adopted –even if in a narrower scale- since a balance test is available which allows for weighing the freedom of expression and the right to privacy as indicated by CJEU and that US law should do better to protect privacy, considering that Google makes money on private information of peo-

17) Rufer.

18) Rosen, 92.

19) Byrum, 108.

20) McCarthy, 366.

21) Search King, Inc. v Google Technology (2003).

22) Langdon v Google, Inc. (2007).

23) Jian Zhang v Baidu.com Inc. (2014).

24) McCarthy, 367

25) Sorrell v IMS Health Inc. (2011).

ple²⁶. The matter was high on agenda of the US; numerous articles were published on the issue in magazines and newspapers questioning if such a right would be acceptable in the US facing the ubiquitous browsing and social media behavior²⁷. Privacy activists pressed for similar standards to be applied in the US. In 2015; as an important indication of the growing support for the ‘right to be forgotten’, Consumer Watchdog -a well-known non-profit organization in the US and also a long-time Google critic- had filed a letter to the Federal Trade Commission (“FTC”) stating that Google should offer the ‘right to be forgotten’ in the US and failure to do so constitutes ‘*unfair and deceptive business practice along with violation of Section 5 of the FTC Act*’²⁸. The letter also defended that the ‘right to be forgotten’ wouldn’t confront the First Amendment because the content is not essentially removed from the web and only the link is removed from Google search results.

As another aspect; academics also argue that the current position against the ‘right to be forgotten’ is not square with the fact that US’s being the “*land of opportunity*” in the sense that people from all over the world migrate to US for new beginnings, and ‘*permitting digital labels that permanently attach to individuals will strip second chances from the US national identity and create significant injustices and/or inequalities for certain users*’²⁹.

Under the circumstances, how likely is US law to promote privacy by recognizing such a right? While the US doesn’t include privacy in its Constitution, it has several privacy laws both in federal and state levels –still limited by the First Amendment-. For example; Defamation Law existing at state level allows for actions if there’s a publication of a false or defamatory statement, harming the plaintiff’s reputation. Of course; the ‘false statement’ requirement gives rise to a major difference from European ‘right to be forgotten’ since it excludes the truthful but ‘outdated’ or ‘irrelevant’ information. Additionally; legal forgiveness is acknowledged in some legal contexts other than online environment. If certain requirements are met, the US law allows for ‘second chances’ by virtue of some regulations. Such ‘legal forgiveness’ notion is parallel with the underlying values of the ‘right to be forgotten’, since both of them incorporates individuals’ rehabilitation and the second chances to make new beginnings.

It should also be noted that a few earlier cases highlighted the notion of rehabilitation of individuals and allowed for some privacy claims. For example; in *US Department of Justice v. Reporters Committee for the Freedom of the Press*; the Supreme Court held that there may be a privacy interest in ‘*keeping personal facts away from the public eye*’³⁰. Additionally; even though the decision is not valid anymore,

26) Posner.

27) Venables.

28) Letter of Consumer Watchdog.

29) Ambrose, Friess, Matre, 115.

30) Antani, 1184.

the *Melvin v. Read* case suggests that the ‘right to be forgotten’ is not a completely unfamiliar concept in the US, since the Court had found that the unnecessary use of the plaintiff’s real name inhibited her right to obtain rehabilitation³¹ -similar to the justification of the Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers in its above referred decision-.

Undeniably; data protection developments in the EU, since the times before the recognition of the ‘right to be forgotten’ pushed the world and especially the US to take actions and incited US regulators to communicate with EU authorities to some extent³². Consequently; although there are different views on the issue, a ‘convergence’ seems quite inevitable for the US due to the pressure from non-profit organizations, privacy activists, American citizens, some academics and the EU.

Conclusion

Creation of the ‘right to be forgotten’ in the EU with CJEU’s Google Spain decision had repercussions all around the world. The given examples in this contribution represents two opposite attitudes. Turkish Law incorporates both freedom of expression and ‘right to be forgotten’ in its Constitution. Besides; the Highest National Court’s decision showed that the ‘right to be forgotten’ is also applied in practice. Despite further guidance is needed in order to create a case law on the issue,

at any rate; the ‘right to be forgotten’ had certainly a beneficial influence with the meaning of promotion of privacy rights in Turkey.

As to the US; the differences between the EU and US cultures arise from the elements of each system which has evolved in the past. EU; in the European Convention on Human Rights recognizes both the right to privacy and freedom of expression whereas in the US; only the freedom of expression is protected in the First Amendment. Yet; in this globalized digitalization era, issues arising from data sharing and the difficulties of different jurisdictions become more and more complicated and significant³³. That’s why; some kind of ‘interoperability’ and ‘reconciliation’ is highly needed in order to maintain the privacy of the internet users in the global level, where the boundaries fade because of the limitlessness of the Internet. The above-mentioned developments point out that US will have to conform with this notion of ‘right to be forgotten’ to some extent. It’s undeniable that at least; the creation of ‘right to be forgotten’ in the EU have led to discussions about the adoption of such a right in the US; in a country where privacy is only protected in rare circumstances and strict scrutiny is applied by the courts.

Bibliography

Ambrose, M.L., Friess, N. and Van Matre, J., ‘Seeking Digital Redemption: The Future

31) Bennett, 170.

32) Bennett, 177.

33) Richards and Hughes, 198.

- of Forgiveness in the Internet Age', (2012) 29(1) Santa Clara High Technology Law Journal 99.
- Antani, R., 'The Resistance Of Memory: Could The European Union's Right To Be Forgotten Exist In The United States?' (2015) 30(4) Berkeley Technology Law Journal Law 1173.
- Ausloos, J., 'The 'Right to be Forgotten' - Worth Remembering?' (2012) 28(2) Computer Law & Security Report 143.
- Bennett, S., 'The "Right to Be Forgotten": Reconciling EU and US Perspectives' (2012) 30(1) Berkeley Journal of International Law 160.
- Bird & Bird, 'Guide to the General Data Protection Regulation' (2017) 1. < <https://www.twobirds.com/~media/pdfs/gdpr-pdfs/bird--bird--guide-to-the-general-data-protection-regulation.pdf?la=en> >
- Byrum, K., 'The European right to be forgotten: A challenge to the United States Constitution's First Amendment and to professional public relations ethics' (2016) 43(1) Public Relations Review 102.
- Consumer Watchdog, Letter to FTC: Complaint Regarding Google's Failure To Offer 'Right To Be Forgotten' In The U.S (2015)
- Decision no. 2017/5325 of the Penal Chamber no. 19 of Turkish Supreme Court (2017).
- Decision of the Turkish Constitutional Court dated 15.03.2018 for application no. 2014/19685 (2018).
- Decision of the Turkish Supreme Court Assembly of Civil Chambers no. 2015/1679 (2015).
- Jian Zhang v Baidu.com Inc.*, No. 11 Civ. 3388 (Jmf). United States District Court, S.D. New York (2014).
- Judgement of 13 May 2014, *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, Case C-131/12, EU:C:2014:317.
- Judgement of 29 June 2010, *European Commission v The Bavarian Lager Co. Ltd.*, Case C-28/08 P., EU:C:2010:378.
- Kokott, J. and Sobotta, C., 'The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR', (2013) 3(4) International Data Privacy Law 222.
- Langdon v Google, Inc.* 474 Federal Supplement 2d 622, 629–30 United States District Court of Delaware (2007).
- Lynskey, O., 'Deconstructing Data Protection: The "Added-Value" Of A Right To Data Protection In The EU Legal Order', (2014) 63(03) International and Comparative Law Quarterly 569.
- McCarthy, H., 'All The World's A Stage: The European Right To Be Forgotten Revisited From A US Perspective' (2016) 11 Journal of Intellectual Property Law & Practice 360.
- Melvin v. Reid*, 112 California Appellate Court 285 (1931).
- Opinion of Advocate General Jääskinen on *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* Case C-131/12 2013.

Posner, E., 'We All Have the Right to be Forgotten' (*Slate.com*, 2014) < http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2014/05/the_european_right_to_be_forgotten_is_just_what_the_internet_needs.html> accessed 8 April 2017.

Reding, V., 'The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age' (22 January 2012) < http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm > accessed 12 April 2017.

Richards, N. M. and Hughes, K. 'The Atlantic Divide on Privacy and Speech' in: Andrew T Kenyon (ed.), *Comparative Defamation and Privacy Law* (Cambridge Press, 2015) 164.

Rosen, J., 'Right to be Forgotten' (2012) 64 *Stanford Law Review* 88.

Rufer, A., 'The Creeping "Right to be Forgotten"' (2015) 39(1), *News Media & the Law*.
Search King, Inc. v Google Technology, Inc. No.

Civ-02-1457-M, Western District Court of Oklahoma (2003).

Sorrell v IMS Health Inc., 131 Supreme Court of United States 2653 (2011).

Sumer, O., 'Decision of Right to be Forgotten Rendered by the Supreme Court Assembly of Civil Chambers' (2016) <<https://tr.linkedin.com/pulse/yarg%C4%B1tay-hukuk-genel-kurulundan-unutulma-hakk%C4%B1-karar%C4%B1-m-onur-sumer>> accessed 26 March 2017.

Turkish Law on Protection of Personal Data no. 6698 2016.

US Federal Trade Commission Staff Comments on the European Commission's November 2010 Communication on Personal Data Protection in the European Union (2011).

Venables, M. 'The EU's 'Right To Be Forgotten': What Data Protections Are We Missing in the US?' (2013) *Forbes Magazine*.

Yavuz, C., *Right to be Forgotten* (1st ed. Seekin Yayincilik, 2016).

REMEDIES FOR BREACH IN CONSTRUCTION CONTRACTS UNDER TURKISH LAW



Ayşe YAZICI ADANIR

The purpose of this note is to provide a general framework of remedies for contractual breaches under Turkish law from the perspective of construction contracts for large projects, a surprisingly complex area of the Turkish law of obligations.

I) The Statutory Framework of Remedies for Breach of Contract

Turkish code of obligations has been re-enacted in July 2012 as Turkish Code of Obligations Law No. 6098 (the “New Code of Obligations”). The previous code was Code of Obligations Law No. 818 (the “Old Code of Obligations”).¹

Article 112 of the New Code of Obligations (Article 96 of the Old Code of Obligations) sets forth the overarching principle of liability of a defaulting party in any contract by providing that if an obligor does not duly perform his obligations or does not perform at all, unless the obligor can prove that it has no fault in this situation, the obligor is liable to compensate the obligee’s losses arising from such deficient performance or non-performance.

Article 113 of the New Code of Obligations (Article 97 of the Old Code of Obligations) provides that in relation to obligations to do or not to do something, if an obligation to do something has not been performed, the obligee may seek leave (from court) to have

1) Article 1 of the Law numbered 6101 on the Effectiveness and Implementation the Code of Obligations provides: “As a principle, the code that is in effect at the time of an act or a transaction will apply to the acts and transaction that occurred before the effectiveness of the [New] Code of Obligations, to whether they are legally binding and their consequences. However, defaults, terminations or liquidations that occur after the effectiveness of the [New] Code of Obligations will be subject to the [New] Code of Obligations”. It is worth bearing in mind that some Court of Appeals decisions have incorrectly applied the New Code of Obligations to liquidations and defaults that have occurred before the New Code of Obligations. (Court of Appeals 3rd Civil Chamber, E. 2014/2569, K. 2014/6532 T. 29.4.2014; Court of Appeals 6th Civil Chamber E. 2013/691, K. 2013/3827, T. 5.3.2013

someone else perform the obligation at the non-performing obligor's expense.

Article 473 of the New Code of Obligations (Article 358 of the Old Code of Obligations) is specific to construction contracts. Its second paragraph provides that if during construction it becomes clear that the construction will be defective or non-compliant with the contract because of the contractor's default (by "fault" (*kusur*) and not mere negligence (*ihmal*)), the employer may give the contractor a reasonable period to cure the defect or non-compliance and notify that otherwise it will correct the defect or breach itself or retain a third party to do the same at the contractor's expense. Article 473 effectively removes the requirement under Article 113 to seek court's permission to have the defective work remedied by a third party.²

The first paragraph Article 473 of the New Code of Obligations (Article 358 of the Old Code of Obligations) provides that if, in a construction contract, the contractor does not start the work on time or delays the work in breach of the contract or, absent any fault of the employer, it becomes clear that the contractor will not be able to complete the works at the agreed time due to its delays, the employer may rescind from the contract without waiting for the necessary deadlines. This provision's counterpart in the Old Code of Obligations (Article 358 of the Old Code of Obligations) provided that the employer can "terminate" in this case but it had later been clarified in the legal jurisprudence and Court

of Appeals decisions that the "termination" referred to therein should be understood to mean "rescission"³ and therefore only lead to negative damages⁴ (see below for an explanations of these concepts).

Article 136 of the New Code of Obligations (Article 117 of the Old Code of Obligations), which governs impossibility (theoretically, an excuse to performance under contract), provides in its first paragraph that if the performance of an obligation becomes impossible for reasons that cannot be attributed to the obligor, the obligation expires. This provision is used as the basis of the doctrine of impossibility of performance without fault, explained below.

II) Ways of Ending a Contract and Their Consequences

A) The Available Options

Articles 125 of the New Code of Obligations (the substance of which was covered in Articles 106 and 108 of the Old Code of Obligations) sets forth the remedies available to a non-defaulting party, at its choosing (*seçimlik haklar*), and provides that a non-defaulting party has three choices when the other party defaults under a contract:

- (i) if the defaulting obligor has not performed his obligation within the cure period provided or there is no need for such a cure period, the obligee may seek (delayed) performance of the obligation and related delay damages;

3) In the new version of this provision in the New Code of Obligations, Article 473, which does not substantially change the provision but merely modernize its wording, the "the right to terminate" wording has been replaced with "a right to rescind" the contract. This is because a termination under Article 358 can only result in negative damages.

4) Court of Appeals 15th Civil Chamber, 14.5.2012 E. 2011/6559 K. 2012/3377.

- (ii) the obligee, upon promptly stating that it is giving up its right under the prior option, may
- (a) seek compensation of its damages arising out of the non-performance of the obligation, or
 - (b) rescind the contract.

Overall, the purpose of this scheme is to give the non-defaulting party the right to choose between actual performance and delay damages⁵ ((i) above), non-performance and positive damages (*müspet zarar*) ((ii)(a) above) or non-performance and negative damages (*menfi zarar*) ((ii)(b) above). In the first and second options the contract remains effective whereas in the third option, it ends.

As explained further below, a fourth option has developed over time for ending a contract *and* seeking positive damages. In the case of instantaneous contracts, this is through the doctrine of impossibility without fault or through the Court of Appeal's substantial completion exception for construction contracts and in the case of continuous contracts, this is through Article 126 of the New Code of Obligations.

B) Termination, Rescission and the Resulting Damages

1) Main Rules

Under Turkish law, positive damages are damages that bring the non-defaulting party to the position it would have been in had the contract been properly performed (and are therefore akin to expectation damages in common law systems). The compensation that can be

sought in the first and second options in Section II (A) above (*i.e.*, prongs (i) and (ii)(a)) are kinds of positive damages. The underlying premise is that in these first and second options, the non-defaulting party maintains that the contract is in effect and within this contractual realm, requires the defaulting party to make it whole under the contract either by actually complying with the contract and covering any damages for delayed compliance, or by covering the damages of having the contract performed some other way.

In the third option above in Section II (A) (*i.e.*, prong (ii)(b)), rescinding the contract, the parties are mutually relieved from their obligations to perform under the contract and can seek a return of their previously performed obligations, and, unless the defaulting obligor can show it was not liable for the default, the obligee can seek damages arising from the ineffectiveness of the contract⁶ (*i.e.*, put the non-defaulting party in the same position as if the contract had never been formed; akin to reliance damages in common law systems).

The third option of “rescinding the contract” (*rücu, dönme*) is different from the common-law concept of rescission in that it is a statutory remedy provided to the non-defaulting party to use at its discretion (rather than an equitable relief granted by the court). Its consequences are slightly different than common-law rescission as well. While, similar to common law rescission, Turkish law rescission means an unwinding of the contract that aims to bring the parties to the positions in which they were before the contract (*the status quo*

5) Such performance plus delay damages is deemed to be a kind of positive damage.

6) Article 108 of the Old Code of Obligations, Article 125 of the New Code of Obligations.

ante)⁷ and to not hold them liable under the contract anymore, the consequences of Turkish law rescission can go one step ahead of classic reliance damages.⁸

Negative damages that are awarded in case of “rescission” under Turkish law go one step ahead of classic reliance damages because, in case of construction contracts, as a result of a series of Court of Appeals decisions, in addition to reliance damages, negative damages cover “loss of opportunity” damages when awarded to an employer. Such loss of opportunity damages are defined as the price difference between the second best offer in the original tender concerning the construction and the winning offer in the re-tendering of the construction as a result of the non-performance in the first round.⁹

The Old Code of Obligations’ reference to this the option as “termination” in its Article 108 caused a lot of problems and led to a myriad of jurisprudence. One theory is that the confusion was the result of problematic translation from the Swiss code of obligations and scholarly articles had to clarify the meanings.¹⁰ In the New Code of Obligations, the word “termination” in the last option was therefore replaced with “rescission”, which had by then, gained traction in the jurisprudence and the

Court of Appeals decisions as the real meaning of “termination” in the previous provision.

2) Exceptions to the Main Rules

In fact, in case of construction contracts, a series of Court of Appeals decisions developed at the time of the Old Code of Obligations provided that when the third option (called “termination” in the Old Code of Obligations but by then universally understood and implemented as “rescission”) is chosen in case of a construction contract that has been substantially performed, the parties may still seek positive damages¹¹ because where a contractor has performed most of its obligations under a contract, as a consequence of the employer’s entitlement to negative damages, the contractor would be deprived of the profit it is entitled to for the completed parts of the works; which the Court of Appeals held would be unfair in case of substantially completed works.

The result was a Court of Appeals exception to the Old Code of Obligations provisions that where most of the work¹² (this was defined as 80% or more of the work) was completed under a construction contract but the contractor did not properly perform anymore, the

7) Which, under Turkish law, includes compensating them for loss of opportunity damages, based on the idea that had this contract not happened, the employer would have proceeded with the following offer and would not now be liable for the difference between that offer and the offer it received upon re-tendering the contract as explained in footnote 12 above.

8) I am therefore using the Turkish law negative and positive damages concepts in this note rather than the more international concepts of reliance and expectation damages.

9) Karataş, İzzet. Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Kurulması, Uygulanması, Sona Ermesinin Sonuçları. Ankara, Adalet Yayınevi, 2009. 529. Buz, Prof. Dr. Vedat. Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme. Ankara, Yetkin Kitabevi, 1998. 246.

10) Buz, Prof. Dr. Vedat. Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme. Ankara, Yetkin Kitabevi, 1998. 80.

11) Öz, Prof. Dr. Turgut. İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. 179. Court of Appeals General Council Decision 25.1.1984 E.19983/3 K. 1984/1; RG 18325 (27 February 1984)

12) Öz, Prof. Dr. Turgut. İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. 180.

landowner could seek “termination” (by then universally understood and implemented as “rescission”) within the meaning of Article 106 of the Old Code of Obligations but not be limited to negative damages (the “substantial-completion exception”). Further, there is room in the jurisprudence to argue that as the main concern of the substantial-completion exception is to compensate the contractor equitably for the work it has done (and the employer benefitted from) and that the 80% is merely a convenient marker; not necessarily an set threshold.¹³

A similar concept was incorporated in the New Code of Obligations as a new provision, Article 126, which provides that in contracts of a continuous nature in which parties have started performance, the non-defaulting party may seek performance and delay damages, or “terminate” (rather than “rescind”) the contract and seek damages for having to end the contract before performance under it was completed (*i.e.*, leading to positive damages). This is in contrast to the Old Code of Obligations, which, by its terms, only allowed for rescission and not termination (see explanation of Articles 106 and 108 of the Old Code of Obligations above, this is a void later filled by legal jurisprudence).

III) The Problem in Construction Contracts

A) Instantaneous Contract Categorization

As explained in Section II (B) (2) above, the New Code of Obligations has recognized the problem with the previous version, first, by

clarifying that the main provision (Articles 106 and 108 of the Old Code of Obligations), refers to “rescinding” not “terminating” in its third option and second, by providing that if the contract is of a continuous nature and performance has started, then the parties would not have to choose between the initial three options of (i) keeping the contract in effect and seeking actual performance and delay damages, (ii) keeping the contract in effect but seeking positive damages or (iii) ending the contract (by “rescinding”) and seeking negative damages (under Article 125 of the New Code of Obligations) but could also chose to (iv) end the contract (by “terminating”) and seek positive damages as well (under Article 126 of the New Code of Obligations).

However, this recognition does not extend to construction contracts because construction contracts are, in the majority’s view, not deemed contracts of a continuous nature (they are instead deemed to be the opposite of that, *i.e.*, “instantaneous contracts”). As much as construction contracts in large, complex projects span over many years and are made up of various continuous and one-time obligations, in the majority’s view, construction contracts are inherently viewed as bargains to eventually produce something whereby the final production is deemed the ultimate performance. Contracts that envisage a continuous, repetitive performance such as on-going provision of a service or the lease of a premise are classic examples for continuous contracts. So, by and large, Article 126 of the New Code of Obligations is not deemed to apply to construction contracts.

That leaves rescission, as set forth in the third prong of Article 125 of the New Code

13) Court of Appeals General Council Decision 25.1.1984 E.19983/3 K. 1984/1; RG 18325 (27 February 1984).

of Obligations, as the only way of ending a construction contract stipulated under the relevant provision of the Code of Obligations. As explained above in Section (II) (B) (1), this third prong leads to negative damages only (unless the substantial-completion exception applies), which is odd, as normally the non-breaching party would be expected to be entitled to seek negative or positive damages, at its choosing.

B) Impossibility without Fault Jurisprudence

Another way of seeking positive damages in a construction project while at the same time ending the contract was therefore developed under the legal theory of “impossibility to perform without fault” (*kusursuz ifa imkansızlığı*) based on Article 136 of the New Code of Obligations (Article 117 of the Old Code of Obligations), described in Section (I) above.

This theory provides that positive damages should be awarded to the non-breaching party when the breaching party effectively abandons the performance of the contract for one reason or another (i.e., the contract becomes impossible to be performed absent any fault on the non-breaching party’s part and due to the other party’s breach) and relieves the non-breaching party from any further performance, thereby effectively ending the contract.¹⁴ This theory therefore resolves the problem of rescission (and consequent nega-

tive damages) being the only way of ending the contract in instantaneous contracts such as construction contracts.

The fact that this issue is resolved under an impossibility theory, which is in essence an excuse to performance rather than a method of termination, complicates an area of law that should be robust given its importance in practice. The connection in the jurisprudence that this kind of impossibility gives rise to positive damages is made through references to a holistic reading of the New Code of Obligations¹⁵ and Court of Appeals decisions¹⁶ and is not stated specifically under the Old or New Code of Obligations.

IV) Conclusion

On the whole, termination and its remedies, building blocks of contract law, are complicated in Turkish legal theory, especially in the field of construction contracts. There remains a need for publications that explain the matter concisely to non-lawyers, for it is as critical a business issue as it is a legal one.

A re-evaluation of the long-held majority view that construction contracts are instantaneous contracts to which Article 126 of the New Code of Obligations would not apply would also be welcome in light of the practicalities of large, complex construction projects that are frequently undertaken under Turkish law. Finally, this complexity in the legal background renders the drafting of the contracts and termination provisions critical.

14) Öz, Prof. Dr. Turgut. İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013. 225.

15) Id.

16) Court of Appeals 13th Civil Chamber, 06.12.1985 E. 5334 K. 7531.

EKONOMİK NEDENLERLE İŞÇİNİN ÜCRETİNDE İNDİRİM YAPILMASI



Şener ÖZKAN

Giriş

İş Kanununun 8. Maddesinde iş sözleşmesi, “*bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme* olarak tanımlanmıştır. Benzer bir tanıma hizmet sözleşmesi başlığı altında Borçlar Kanununun 393. maddesinde de yer verilmiştir.

Her iki yasal düzenlemede de iş sözleşmelerinin esaslı ve zorunlu unsurlarından biri ücret olarak düzenlenmiştir. İşçi ile işveren arasındaki ilişkide işçinin bir işveren yanında çalışma isteği duymasına neden olacak en önemli güdülerden birinin ücret olduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

Ücret, iş sözleşmesinin zorunlu unsuru olmakla birlikte, bunun mutlaka açık şekilde gösterilmiş olması gerekmez, yapılan iş için bir ücret ödenmesinin gerekli ve olağan görüldüğü hallerde kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırıldığı kabul edilir¹.

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde ya da ücretin dövizle tespit edildiği hallerde devlasyonla birlikte ücrette indirim ya da ücrette indirim sonucu doğuracak ücretin bir kura sabitlenerek Türk Lirasına çevrilmesine yönelik işveren talepleri uygulamada sık sık karşılaşılan bir durumdur. Bu çalışmamızda iş sözleşmesinin esaslı ve zorunlu unsurunu oluşturan ücretin ekonomik ve feshin son çare olması ilkesi kapsamında indirilmesi ya da indirilmesi sonucunu doğuracak uygula-

1) Süzek, Sarper, s. 190

malara ve bunların hukuki durumları ile sonuçları irdelenecektir.

1- Ücret ve Ücrette Yapılacak İndirimin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Teşkil Etmesi

İş hukukunda genel kural sözleşme serbestisidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler.

İş Kanunu'nda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmış olup, işçi ve işveren bu tutarı birlikte serbestçe belirleyebilecektir. İş Kanununun 62. Maddesinde işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamayacağı, yine İş Kanununun 22. Maddesinde çalışma koşullarında işçi aleyhine işveren tarafından tek taraflı değişiklik yapılamayacağı düzenlenmiştir.

İş Kanununun 62. Maddesinde yer verilen işçinin ücretinde her ne sebeple olursa olsun indirim yapılamayacağı yönündeki düzenleme işverenin tek taraflı indirim yapamaması ile ilgilidir. Taraflar karşılıklı anlaşarak ileriye dönük olacak şekilde ücrette indirim yapabilirler.

Ücrette değişiklik (indirim) yapılması çalışma şartlarında esaslı değişik mahiyetindedir ve çalışanın yazılı onayının alınması gerekmektedir. İş Kanununun 22. maddesinde yer alan

“işveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedenle dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir” şeklindeki düzenleme, çalışma koşullarındaki değişikliğin dayanağını oluşturur.

İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileri arasında yer almakta olup, işçinin ücretinde yapılacak indirim teklifinin yukarıda da belirtildiği üzere İş Kanununun 22. Maddesi şartlarına uygun yapılması gerekmektedir.

Buna göre;

- Çalışma koşullarında değişiklik konusunda işçinin rızasının yazılı alınması yasa gereğidir. Aynı zamanda işverence değişiklik teklifinin de yazılı olarak yapılması gerekir. İşçi çalışma koşullarında yapılmak istenen değişikliği usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olur.

- Yapılan değişiklik önerisi, altı işgünü içinde işçi tarafından yazılı olarak kabul edilmediği sürece işçiyi bağlamayacaktır.

Yapılan öneriyi kabul etmeyen çalışan ücretinde (çalışma koşullarında) esaslı değişikliği kabul etmez ancak işyerinde çalışmaya devam ederse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır.

Yapılan önerinin çalışan tarafından kabul edilmemesi durumunda işveren, çalışma koşullarında değişikliğin (ücrette indirim teklifinin) geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile çalışanın sözleşmesini feshedebilir.

2- Ekonomik Nedenler ve Feshin Son Çare Olması İlkesi Kapsamında Ücrette İndirim Yapılması Konusunda Uygulanacak Yöntem

Yukarıda verilen genel açıklamalar çerçevesinde işletmesel ya da ekonomik nedenlerle personellerine ücretlerinde indirim yapmak isteyen işverenin bu yöndeki teklifi ile ilgili olarak yapılması gereken hususlar aşağıda başlıklar halinde belirtilmiştir.

- Yargıtay kararlarına göre değişiklik ancak çalışma şartlarının değiştirilmesi için uygun ve daha hafif çare olarak gerekli ve takip edilen amaca göre orantılı ise (ultima-ratio) gündeme gelebilir. Çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca

ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmaması gerekir. İşveren ayrıca, mümkünse, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin daha makul bir teklifte bulunmalıdır. İşçiyeye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır.

Bu kapsamda yukarıda belirtilen şartların varlığının kabulü halinde; ücretlerde indirim yapılmasının ekonomik nedenlere dayanması halinde işveren tarafından çalışanlarına yapılacak ücrette indirimle ilişkin teklifin şirketin ekonomik durumu ve bununla bağlantılı olarak şirketin içinde bulunduğu zorunluluk hali nedeniyle çalışanlara teklif edilmelidir. Bu ekonomik zorunluluk halinin kısa süreli olmaması (ve veya önümüzdeki dönemde bir düzelme ihtimalinin olmaması) bu durumun gerçek ve teklifin samimi olması gerekmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki; ekonomik zorunluluk durumu kabulü özellikle zarar etmeyen şirketlerde göreceli olabilecektir.

- Yargıtay ekonomik nedene dayalı olarak yapılan fesihler sonrasında açılan davalarda işçiler üzerinden alınan tedbirleri en kolay çözüm olarak görmekte, işverenin işletme ile ilgili olarak aldığı diğer tedbirleri de görmek istemektedir. Bu nedenle ücret indirimi ile ilgili olarak işveren tarafından alınacak yönetim kararında (işletmesel kararda) ücretlerde indirimin neden teklif edilmek durumun-

da kalındığının açık şekilde belirtilmesi ve yine mümkünse ekonomik nedenler kapsamında işveren tarafından bugüne kadar alınmış tedbirler veya ücretlerde yapılacak indirimle ilişkin teklifle birlikte alınacak diğer tedbirlere de yer vermek, işverenin samimiyetinin ortaya konması için önemlidir. Yine alınacak bu kararın çalışanların iş akdinin feshinden önce son çare olması kapsamında alınan bir karar ve tedbir olduğu hususunun da belirtilmesi faydalı olacaktır.

- Alınan yönetim kararı sonrasında çalışanlara sunulacak ücretlerinde indirim yapılmasına ilişkin iş sözleşmesindeki değişiklik teklifinin yine yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Bu yazılı metinde işverenin içinde bulunduğu durum, neden ücret indirimine ihtiyaç duyulduğu, bu indirim ile neyin amaçlandığı (feshin önüne geçmek ve diğer nedenler), yapılacak indirim sonrasında ücretin ne olacağını açık şekilde belirtilmesi gerekmektedir.
- Çalışanlara yazılı olarak yapılacak olan bu teklifte teklifin altı iş günü içinde cevap vermeleri gerektiği hususu belirtilmelidir.
- Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus İş Kanununun 5. Maddesinde karşılığı olan işverenin çalışanlara eşit davranma borcudur. Buna göre ücrette indirim teklifinin çalışanlar arasında ayırım oluşturacak şekilde yapılmaması gerekir. Bu teklifin tüm personellere yapılması ya da bir gruba yapılacak olması durumunda

bunun nedeninin doğru şekilde açıklanması ya da aynı grupta bulunan çalışanlara farklı tekliflerde bulunulmaması hususları dikkat edilmesi gereken en önemli konulardan biri olmalıdır.

3- İşveren Tarafından Yapılacak Teklifin Sonuçları Hakkında

İşçi Tarafından Ücrette Yapılacak İndirimin Kabul Edilmesi Halinde

İşçi tarafından kendisine yapılan yazılı bildiri takiben 6 iş günlük süre içinde yazılı olarak ücrette indirimin kabul edilmesi halinde bu kabul ileriye dönük hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Çalışanın yazılı muvafakatinin alınmış olması nedeniyle bu tarihten sonra alınan muvafakat iş sözleşmesinde değişiklik yapıldığı anlamına gelecek olup, bundan böyle çalışanın ücreti kendisinin yazılı olarak kabul ettiği ücret olacaktır.

İşçi Tarafından Kabul Edilen Ücrette İndirimin Daha Sonra Geçersizliğinin İddia Edilip Edemeyeceği Hususunda

İşçi tarafından kabul edilen ücrette indirimin daha sonra geçersizliği farklı ihtimaller dâhilinde ileri sürülebilecektir.

Uygulamada İş Kanununun 22. Maddesinde yer verilen prosedüre uyulmadan işçi ve işverenin zeyilname yolu ile iş sözleşmesinde değişiklik yaparak ya da işçiden alınan bir muvafakat ile ücrette indirim yapıldığı hallere sık sık rastlanmaktadır.

Bu durumda işçi tarafından İş Kanunu'nun 22. Maddesinde belirtilen sürecin işletilmemesi nedeniyle, ücrette yapılan indirimin geçersiz olduğu ileri sürülebilmektedir. Ancak bu durumda söz konusu belgelerde işçinin yazılı imzasının bulunması nedeniyle, işveren tarafından İş Kanununun 22. Maddesinde belirtilen işçiye bu teklifi değerlendirmesi için verilmesi gereken 6 iş günü süre gibi hususlar, işverence belgelendirilemese bile, bu değişikliğin tarafları bağladığı kabul edilmelidir. Zira; işçinin zeyilname imzalamış olması ya da muvafakatın varlığı halinde işveren tarafından işçiye çalışma şartlarında değişiklik yapılması hususunda teklifte bulunduğu ve işçinin bu teklifi yazılı olarak uygun bulduğunun karine olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

İşçi tarafından irade fesadına uğradığı iddiası ile ücretinde yapılan indirimin geçersiz olduğu yönünde bir iddia da bulunulabilmektedir.

Borçlar Kanununun 30 ve devamı maddelerinde irade bozukluğu halleri ve sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre irade fesadına uğradığı iddiasında bulunan işçi, bu iddiasını (Borçlar Kanununun 39. Maddesinde de açıklandığı üzere; değişiklik sözleşmesini yanıltma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda imzaladığını, yanıltma, aldatma veya korkutmayı öğrendiği ya da bunların etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde) ve yanıltma, aldatma veya korkutma ile imzaladığı sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmek durumundadır. Kuşkusuz yapılan bu bildirim sonrasında konun yargıya intikal etmesi halinde irade bozukluğu hallerinin ispat yükü çerçevesinde ortaya konması gerekecektir.

Ancak çalışanın ücretinde indirim yapılması sonrasında uzun süre işveren nezdinde çalışmaya devam etmesi, irade bozukluğu hallerinin ileri sürülmesini zorlaştıran bir hal olarak kabul edilebilecektir.

İşçi Tarafından Yazılı Olarak Ücrette İndirim Teklifinin Kabul Edilmemesi Durumunda

İşçi ücretinde (çalışma koşullarında) esaslı değişikliği kabul etmez ancak işyerinde çalışmaya devam ederse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor sayılır.

İşveren, çalışma koşullarında değişikliğin (ücrette indirim teklifinin) geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile çalışanın sözleşmesini feshedebilir.

Bu durumda işveren çalışana bildirim süresini kullanarak kıdem tazminatı ödemek sureti ile iş akdini sona erdirebileceği gibi, bildirim süresini beklemeden ihbar ve kıdem tazminatını ödeyerek iş akdini derhal sona erdirebilecektir.

4- Fesih Nedenlerinin Denetimi ve Açılabilir İşe İade Davası Hakkında

Ücretinde yapılacak indirimi kabul etmeyen ve iş akdi feshedilen çalışanlar tarafından fesih sonrasında ücrette indirim teklifinin ve dolayısıyla fesih gerekçelerinin gerçeğe uygun

olmadığı iddiası ile feshin geçersizliği ve işe iade talebi ile dava açabilir. Uygulamada da işveren tarafından yapılan fesihler sonrasında sık sık karşılaşılan dava işe iade davasıdır.

İşe iade davası açılması durumunda ücret indiriminin kabul edilmemesine dayanak fesih-te geçerli neden denetimi iki aşamalı olarak yapılacaktır.²

- İlk olarak, iş sözleşmesinin muhtevasında değişikliği gerekli kılan geçerli bir neden bulunmalıdır. Dolayısıyla, 4857 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde fesih için aranan geçerli nedenler, değişiklik feshinde de aynen bulunmalıdır. Bir başka anlatımla, değişiklik feshine gidebilmek için işletme gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedenin bulunması gereklidir.

Yargıtay kararlarında İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin fesihden önce fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltmak ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerini geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri başka işlerde çalıştırmak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihden kaçınma olanaklarını kullanması, kısaca feshe son çare olarak bakılması gerektiği fesih gerekçesinin içeriğine göre işyerinde

yeniden yapılanma yapılıp yapılmadığı, feshin son çare ilkesi yönünden, pozisyonuna uygun iş teklifi yapılıp yapılmadığı, tasarruf tedbirleri uygulanıp uygulanmadığı, ücretli, ücretsiz izin kullandırılıp kullandırılmadığı, fazla çalışma yapılıp yapılmadığı, **ücret indirimi uygulanıp uygulanmadığı**, esnek çalışma uygulanıp uygulanmadığı konularının araştırılması gerektiğini belirtmektedir³.

Yukarıda yer verilen kriterler özellikle Yargıtay'ın geçmişte çok sıkı şekilde incelediği konular olup, son dönemde az da olsa bu sıkı kriterleri esnettiği görülmektedir. Ancak kararlarda yer alan ücret indirimi uygulanıp, uygulanmadığı yönündeki kriter, feshin son çare olması ilkesi kapsamında işverenlerin personeline ücret indirimi teklifinde bulunabileceği ve bu teklifi kabul etmeyen çalışanların iş akitlerinin feshedilmesi sonrasında açacakları olası davada bu teklifin gerçek nedenlere dayanması ve (yukarıda açıklandığı üzere) feshin son çare ilkesine uygun olması halinde fesih gerekçesinin mahkeme tarafından kabul görebileceği sonucuna bizi ulaştırmaktadır⁴.

Bu kapsamda olası bir davada mahkeme işverenin ekonomik şartlarının ücrette indirim teklifini zorunlu kılıp kılmadığı-

2) Y. 9. Hukuk Dairesi; 2016/13853 E., 2016/11022 K.; Y. 9. Hukuk Dairesi 2007/24548 E, 2008/19209 K.

3) Y. 22. Hukuk Dairesi E. 2011/6790 K. 2012/12043.

4) Y. 22. Hukuk Dairesi E. 2016/23649, K. 2016/24324; Y. 9. Hukuk Dairesi E. 2014/37813, K. 2015/5915; Y. 22. Hukuk Dairesi E. 2011/3541, K. 2011/7500

ni, feshin son çare olması ilkesine uygun davranılıp davranılmadığını kontrol edecektir. Bu konuda ispat yükü işverende olacaktır, ücret indirimi ve şirketin durumunun bu kararın alınması zorunlu kıldığına, çalışma şartlarının değiştirilmesini gerektirmeyecek veya daha hafif çalışma şartlarının önerilmesini gerektirecek ve aynı amaca ulaşılmasını mümkün kılacak organizasyona yönelik veya teknik ya da ekonomik alana ilişkin başka bir tedbirin mevcut olmadığı, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin daha makul bir teklifte bulunma imkanının bulunmadığı hususlarının ispatlanması gerekecektir.

- İş sözleşmesinin değiştirilmesini gerektiren bir geçerli nedenin varlığının tespiti halinde, ikinci aşamada fiilen teklif edilen sözleşme değişikliğinin kanuna ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenip beklenemeyeceğinin, bir başka anlatımla, işçinin kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup, olmadığı denetimi yapılacaktır.

Ancak işverenin önerdiği değişiklik teklifinin feshin tek alternatifi olduğu, başka içerikte bir değişiklik önerisinin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılırsa, işçi tarafından teklifin kabul edilmesinin beklenebilir olup, olmadığına denetimi yapılmaz.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; teklif edilen ücret indiriminin tek alternatif olsa bile indirim oranı önem kazanacak-

tır. Teklif edilen ücret indirimi işçiden kabul etmesi beklenmeyecek büyüklükte ise mahkemeler tarafından feshin geçersiz olduğu sonucuna varabilecektir.

Yukarıda da açıklandığı üzere özellikle ekonomik kriz dönemlerinde ya da ücretin dövizle tespit edildiği hallerde devalüasyonla birlikte ücrette indirim ya da ücrette indirim sonucunu doğuracak ücretin bir kura sabitlenerek Türk Lirasına çevrilmesine yönelik işveren talepleri uygulamada sık sık karşılaşılan bir durumdur. İş Kanununun 62. Maddesinde işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamayacağı düzenlenmiş olsa da gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında İş Kanununun 22. Maddesi kapsamında taraflar karşılıklı anlaşarak ileriye dönük olacak şekilde ücrette indirim yapılabileceklerdir.

Kaynakça

Anlama, Adil, İşverene Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri (Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları), s.263 vd (http://www.sekeris.org.tr/dergi/multimedia/dergi/60_isverene_sozlesmede_tek_taraflı_degisiklik_yapma_yetkisi_veren_sozlesme_hukumleri.pdf -çevrimiçi 08.07.2018)

Alpagut, Gülsevil, Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Bankacılar Dergisi, Sayı 65,2008, s.95

Akın, Levent, İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı, s.2, (<http://>

www.ceis.org.tr/dergi/2013mart/kararin-
celemesi.pdf - çevrimiçi 13.07.2018)

Günay, Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2,
Genişletilmiş 3. Baskı 2009, s. 2261

Kandemir, Murat-**Yardımcıoğlu**, Didem, İş
Hukukunda Eşitlik İlkesi, s. 14, Dicle Üni-
versitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19,
No: 30-31, Yıl 2014

Süzek, Sarper, İş Hukuku” 3.Bası (Tıpkı Bası),
2006, s. 190

Yıldız, Gaye Burcu, Türk İş Hukukunda
Orantılılık İlkesi, [http://hukuk.deu.edu.
tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-
ishukuku/24-gayeburcuyildiz.pdf](http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-15-ozel/1-ishukuku/24-gayeburcuyildiz.pdf) -çevri-
miçi 10.07.2018)

TÜRK HUKUKUNDA İŞ SÖZLEŞMELERİ ve BELİRLİ VE BELİRSİZ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMELERİ'NİN SONA ERMESİ



Elif KARAGÖZOĞLU

Türk Hukukunda işçi ve işveren arasındaki ilişki, tarafların hak ve borçları, Borçlar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu altında düzenlenmektedir. Borçlar Kanununda hizmet akdi tanımlanmış olup, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan bir süre iş görmeyi, işverenin de ona ücret ödemeği taahhüt ettiği sözleşme hizmet akdidir. İş Kanunu'nda ise; iş sözleşmesi işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de ücret ödemeği üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Her iki kanun uyarınca hizmet akdi tanımları aynı unsurları taşımakta olup, neredeyse birbirinin aynıdır.

Ancak iş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamında çalışanların farklı olması ve her bir kanun altında çalışanlara farklı haklar tanınmış olması nedeniyle, her iki kanunda da hizmet akdi ve iş sözleşmesi tanımları yer almaktadır. Diğer taraftan, İş Kanunu, Borçlar Kanunu'na göre özel kanundur. Özel kanunlarda hüküm olmayan hallerde, genel kanundaki kuralların

uygulanacak olması nedeniyle, Borçlar Kanunu altında düzenlenen hizmet akdine ilişkin hükümler, İş Kanunu'nda hüküm olmayan hallerde uygulanabilmektedir.

Deniz ve hava taşıma işlerinde, 50'den az işçi çalışan tarım ve orman işletmelerinde, evlerde ve ev sanatlarının yapıldığı işlerde, ev hizmetlerinde, sporcular ve rehabilite edilenler hakkında, Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu kapsamında üç kişinin çalıştığı işyerlerinde, İş Kanunu uygulanmamaktadır. Sayılanlar dışında kalan bütün işyerlerinde ve bu işyerlerindeki tüm işveren, işveren vekili ve işçiler hakkında, faaliyet konularına bakılmaksızın İş Kanunu uygulanmaktadır.

İş Sözleşmelerinin Özellikleri

İş Sözleşmelerinin özellikleri İş Kanunu 8. Maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

- İş Sözleşmelerinin İş Kanununda aksi belirtilmedikçe özel şekle tabi olmadığı;

- Süresi 1 yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu;
- İşveren'in yazılı sözleşme yapılmayan ve sözleşme süresi 1 aydan fazla olan hallerde, işçiye özel ve genel çalışma koşullarını, çalışma süresini, temel ücreti, varsa ücret eklerini, ücret ödeme zamanını; süre belirli ise iş akdinin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları kuralları gösterir yazılı belge vermek zorunda olduğu belirtilmiştir.

İş Kanunu 9. Maddesinde ise; işçi ve işverenin İş Kanunu ile getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde iş sözleşmeleri düzenleyebileceği belirtilerek, iş sözleşmelerinin belirli veya belirsiz süreli, tam veya kısmi süreli veya deneme süreli olarak yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

İş Sözleşmesi Türleri

Belirli ve Belirsiz Süreli İş Sözleşmeleri

İş sözleşmesinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde, sözleşme belirsiz süreli sayılır.

Buna karşın belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesidir.¹ Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zin-

cirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir. Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar.²

Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin belirli süreli olmasından dolayı, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.

Tam Süreli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri

İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda, sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir. Kısmî süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmî süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tâbi tutulamaz.³ Ancak kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.

Deneme Süreli İş Sözleşmeleri

Taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulmuş ise; iş sözleşmesi deneme süreli olur. Deneme süresi en çok iki ay olabilir. Ancak deneme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir.

1) Yargıtay 9. HD 7.12.2005 2005/12625 E. 2005/38754 K. "Belirli süreli iş sözleşmesinden söz edilebilmesi için sözleşmenin açık veya örtülü olarak süreye bağlanması ve bunun için objektif nedenlerin varlığı gerekir."

2) Yargıtay 9. HD 3.2.2011 2009/45306 E. 2011/2363K.

3) Yargıtay 9. HD 13.6.2011 2011/24122 E. 2011/17738 K.

Deneme süresi içinde taraflar iş sözleşmesini bildirim süresine gerek olmaksızın ve tazminatsız feshedebilir. İş sözleşmesinin deneme süresi içinde feshi halinde, İşçinin çalıştığı günler için ücret ve diğer hakları kendisine ödenir.

İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi

İş Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri

Belirli süreli iş sözleşmeleri; işçi veya işverenin ölümü, ikale sözleşmesi imzalanması, iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından haklı sebeple feshi veya iş sözleşmesinde belirlenen sürenin sona ermesiyle sona erer. Buna karşın işçi veya işverenin ölümü, ikale sözleşmesi imzalanması, iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından haklı sebeple feshi hallerinde belirsiz süreli iş akitleri sona erer.

Belirli Sürenin Bitimi

İşçi ile işveren tarafından önceden belirlenmiş olan sürenin sona ermesi ile belirli süreli iş sözleşmeleri kendiliğinden sona erer.

İşçi veya İşverenin Ölümü

Borçlar Kanunu 440. maddesi uyarınca işçinin ölümü halinde iş akdi sona erer. Belirli ve belirsiz iş sözleşmeleri işçinin ölümüyle sona erer. Buna karşın, işverenin ölümü halinde, iş akdi işverenin kişiliğine bağlı olarak kurulmamış ise, belirli veya belirsiz süreli iş akdi devam eder.

İkale Sözleşmeleri

İkale anlaşmaları işçi ve işverenin müşterek mutabakatları ile belirli veya belirsiz süreli iş akdini sonlandırdıkları anlaşmalardır. İkale sözleşmeleri İş Kanunu altında düzenlenmemiş olup, Yargıtay kararları doğrultusunda iş hukukuna girmiştir.

İkale Sözleşmesi yapılmış olması halinde, işveren tarafından yapılan bir feshin olmaması nedeniyle, kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi gerekmez. Ancak Yargıtay bu hakkın İşverenler tarafından kötüye kullanılmasının önüne geçmek amacıyla; tarafların iş akdinin feshine müştereken karar vermiş olmalarını yeterli bulmamakta ve somut olaylarda işçiye ödenen ilave “**Makul Menfaati**”⁴ aramaktadır.

Makul Menfaat tanımı Yargıtay kararlarında mevcut değildir. Ancak işçinin kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı ile birlikte, bir kaç aylık maaşının ödenmiş olması halinde, Makul Menfaat şartının yerine getirilmiş olduğu kabul edilmektedir. Makul Menfaat’in belirlenmesi sırasında işçinin kıdemi dikkate alınması gerekmektedir. 8 yıl kıdemi olan bir personele bir aylık maaş ödemesi yapılması halinde, bunun Makul Menfaat kabul edilmeyeceğine dair Yargıtay kararları mevcuttur. Benzer olarak, 11 yıl kıdemi olan bir işçiye ikale ile sağlanması gereken menfaatin asgari 4 aylık ücret olması gerektiği yönünde Yargıtay kararları mevcuttur.⁵

4) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 14.1.2015, E. 2013/22-2014, E. 2015/12.

5) Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 6.2.2017, 2016/30639 E., 2017/1346 K.

İşveren tarafından ödenen tutarın yeterli olmadığını iddia eden işçinin, ikale sözleşmesinin geçersiz olduğunu iddia ederek işveren aleyhinde dava açmasına uygulamada rastlanmaktadır. Ancak böyle bir durumda işveren tarafından işçiye kıdem ve ihbar tazminatına ilave olarak, ek ödeme yapılmış olduğunun ispatlanması halinde, bu davanın işveren aleyhine sonuçlanma ihtimali zayıf olacaktır.

İş Akdinin Haklı Sebep Feshi

Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmeleri işçi ve işveren tarafından haklı sebeple feshedilebilir. Haklı sebepler; sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve zorlayıcı sebepler olarak İş Kanunu 24 ve 25. Maddesinde sayılmıştır.

Sağlık Sebepleri

İş akdinin feshine ilişkin olarak işçi yönünden haklı sebep teşkil eden sağlık sebepleri;

- İşin yapılmasının işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması,
- İşveren yahut bir başka işçisinin bulaşıcı hastalığa tutulması,

işçi açısından iş akdini feshetmek için haklı sebep oluşturur.

İşveren yönünden ise;

- İşçinin kendi kastı veya derli toplu olmayan yaşantısı nedeniyle doğacak bir hastalığa tutulması ve devamsızlığının ardarda 3 işgünü veya bir ayda 5 işgünü aşması,
- İşçinin tedavi edilemeyecek bir hastalığa

tutulduğunun Sağlık Kurulu raporu ile tespitini müteakip, hastalık durumunun işçinin ihbar süresini 6 hafta aşması halinde, işveren açısından iş akdinin feshi için haklı sebep oluşturur.

Belirtmek isteriz ki; iş akdinin askıda kaldığı sürelerde işverenin ücret ödeme borcu işlemez.

Ahlak ve İyiniyet Kuralları

Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller İş Kanunu'nda;

- Tarafların iş akdinin yapıldığı sırada birbirlerini yanıltması,
- Birbirlerinin veya aile bireylerinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi, şeref ve haysiyet kırıcı isnatlarda bulunması, cinsel tacizde bulunması ,
- Diğer tarafa veya ailesine sataşması,
- İşçi açısından işverenin kanuna aykırı bir davranışta bulunmaya işçiyi teşvik etmesi veya zorlaması veya ücretini iş sözleşmesine göre ödememesi,
- İşveren açısından ise; işçinin işverenin güvenini kötüye kullanması, meslek sırlarını ortaya atması, işe izinsiz veya mazeretsiz olarak gelmemesi, görevi olan işleri yapmaması olarak sayılabilir.

Zorlayıcı Sebepler

Zorlayıcı sebepler; işyerinde 1 haftadan fazla süre işçinin çalışmasını engelleyen zorlayıcı sebepler olarak sayılmış olup, bu haller hem işçiye, hem de işverene iş akdini haklı sebeple feshetme yetkisi tanır.

İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığının 17. maddede belirtilen bildirim süresini aşması da, işverene iş akdini feshetme hakkı tanır.

24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde feshedenlerin, diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.

İş akdinin haklı sebeple feshi halinde;

- Tarafların diğer tarafa önceden bildirimde bulunması gerekmemektedir.
- Bunun sonucu olarak bildirimde bulunulmadığı için, karşı tarafa ihbar tazminatı ödenmesi gerekmez.

İş akdinin işveren tarafından ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar nedeniyle feshedilmesi hali hariç olmak üzere, iş akdinin işveren tarafından haklı sebeple feshedildiği hallerde, işçi kıdem tazminatına hak kazanır.

İş Akdinin Geçerli Sebeple Feshi

Geçerli sebeple iş akdinin feshi sadece belirsiz süreli iş akitleri için söz konusu olur. 30 veya daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde, işyerindeki kıdemi 6 ay veya daha fazla olan

işçiler için uygulanır. Bu hükümler İş Kanunu 18-19-20 ve 21. maddesi altında düzenlenmiş olup, bunlara iş güvencesi hükümleri de denilmektedir. İşverenin aynı iş kolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısının belirlenmesinde, tüm işyerlerinde çalışan işçiler dikkate alınır. İşçinin 6 aylık kıdemini hesaplanmasında, işçinin işverenin değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin toplamı dikkate alınır.

İşçinin iş akdini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin işyerinin veya işin gerekliliklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe veya İş Kanunu 25. maddesi altında düzenlenen sebeplere dayanmak zorundadır.

İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkartma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında iş güvencesi hükümleri uygulanmaz.

İş Kanunu 25/2 maddesinde belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan nedenler dışında, davranışı veya verimi gibi nedenlerle akdi feshedilmek istenilen işçinin iş akdi, işçinin savunması alınmadan feshedilemez. İşçiye savunmasını vermek için yeterli süre verilip, verilmediği Yargıtay tarafından dikkate alınmaktadır. İşçiye fesih bildirim yazılı yapılmak ve bu fesih bildiriminde fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmek zorundadır. İş akdi feshedildikten sonra işçi tarafından açılan davalarda, fesih bildiriminde belirtilen dışında bir sebebe dayanılması mümkün değildir.

Sendika üyeliği veya sendika temsilciliği yapmak, kanundan veya sözleşmeden doğan haklarını kullanmak için işveren aleyhine adli idari yollara başvurmuş olmak ırk, renk, cinsiyet, hamilelik, doğum, din ve siyasi görüş farklılıkları, hastalık ve kaza nedeniyle İş Kanunu 25/I maddesinde belirtilen bekleme sürelerinde işe devamsızlık, iş akdinin feshi açısından geçerli neden oluşturmaz.

İşyerine ilişkin işletmesel kararlar, işçinin yeterliliği ve kötü performansı, işçinin davranışı, iş akdinin feshi için geçerli neden oluşturabilir.

İş Akdinin Feshinde Uygulanacak Prosedür

İş davalarının bir çoğu, İşveren tarafından iş akdinin feshinde uyulması gereken usule ilişkin kuralların işveren tarafından uygulanmaması nedeniyle, işveren aleyhine sonuçlanmaktadır.

İş akdinin İşveren tarafından feshinde, işçiye yapılacak fesih bildiriminin yazılı olması ve bu bildirimde fesih nedeninin açıkça belirtilmesi gereklidir. Belirsiz süreli iş akitleri yönünden İş Kanunu 24 veya 25 maddeleri hükümlerine göre bir fesih yapılmadığı takdirde, İş Kanunu 17. maddesi altında düzenlenen ihbar sürelerine uyulması zorunludur. Belirsiz süreli iş akdi ile çalışan işçinin iş akdi, işçinin yazılı savunması alınmaksızın işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. İş Akdinin İş Kanunu 25/II maddesine göre feshi halinde ise, işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur. İşçinin

savunmasının alınmasına ilişkin bu düzenlemeler, işyerinin bütününe yöneten işveren vekilleri ve yardımcıları ile işçiyi işe alma ve çıkarma yetkisine sahip işveren vekilleri hakkında uygulanmaz.

Belirsiz Süreli İş Akitlerinin Fesih Bildirimi İle Sona Erdirilmesi

İş akdinin İş Kanunu 24 ve 25. maddeleri dışındaki nedenlerle feshi halinde, iş akdini fesheden taraf, diğer tarafa bildirimde bulunmak zorundadır.

- İş altı aydan az sürmüş olan işçi/işveren için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,
- İş altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi/işveren için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,
- İş bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,
- İş üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra feshedilmiş sayılır.

Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir.

Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır. İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, İş Kanununda yer alan iş güvencesine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olmaz.

İş güvencesi kapsamı dışındaki işçiler yönünden, iş akitlerinin fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına uyulmaması da tazminat ödenmesini gerektirir.

İhbar tazminatının hesabında işçinin net maaşı ile işçiye ödenen sair para ve maddi menfaatler dikkate alınır.⁶

Bildirim süreleri içinde işveren, işçiye yeni bir iş bulması için gerekli olan iş arama iznini iş saatleri içinde ve ücret kesintisi yapmadan vermeye mecburdur. İş arama izninin süresi günde iki saatten az olamaz ve işçi isterse iş arama izin saatlerini birleştirerek toplu kullanılabilir. Ancak iş arama iznini toplu kullanmak isteyen işçi, bunu işten ayrılacağı günden evvelki günlere rastlatmak ve bu durumu işverene bildirmek zorundadır. İşveren yeni iş arama iznini vermez veya eksik kullanırsa o süreye ilişkin ücret işçiye ödenir. İşveren, iş arama izni esnasında işçiyi çalıştırır ise işçinin izin kullanarak bir çalışma karşılığı olmaksızın alacağı ücrete ilaveten, çalıştırdığı sürenin ücretini yüzde yüz zamlı öder.

Belirsiz Süreli İş Akitinin İşçi Tarafından Feshi

İş Kanunu altında işçi tarafından iş akitinin feshi, işveren tarafından yapılan fesih kadar detaylı olarak düzenlenmemiştir. İşçi ihbar

sürelerine uymak suretiyle iş akitini feshedebilir. Uygulamada ihbar süresine uymayan işçilerin, işverene ihbar tazminatı ödemeye mahkûm edilmiş olduğu Yargıtay kararları mevcuttur.⁷

İşçinin iş akitini, İş Kanunu 24. maddesine göre haklı sebeple ve eski İş Kanunu 14. maddesi uyarınca feshettiği hallerde, işçi kıdem tazminatı almaya hak kazanır.

İş Akitinin Feshinin Sonuçları

Belirsiz Süreli İş Akitlerinin Haklı veya Geçerli Sebep Olmaksızın Feshinin Sonuçları

Belirsiz süreli iş akitlerinin haklı veya geçerli sebep olmaksızın feshi halinde işçi işe iade davası açabilir ve/veya işçilik alacaklarını talep edebilir. İş Kanunu 20. maddesi uyarınca işçi fesih bildiriminde belirtilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı veya sebep bildirilmediği iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren 1 ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.

Ancak 12.10.2017 tarihinde kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Kanununda değişiklik yapılmış ve bireysel ve toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda arabulucuya başvurma zorunluluğu getirilmiştir. 1.1.2018 tarihinden başlayarak işçilik alacaklarını veya işe iadesini talep eden

6) Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, T. 20.4.2016, E. 2016/14341, K. 2016/8697.

7) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 8.4.1999 1999/5866E. ve 1999/6959 K.- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 19.03.2002 2002/1073 E. ve 2002/4395 K.-

işçi, iş akdinin feshini müteakip bir aylık süre içinde arabulucuya başvurmak zorunda olup, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşamaması halinde, son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde, işçinin iş mahkemesinde dava açması veya tarafların anlaşması halinde özel hakeme başvurusu gerekmektedir.

Feshin geçerli sebeple yapıldığını ispat yükü İşverene aittir. İşveren iş akdinin feshi esnasında işçiye bildirmiş olduğu fesih nedenleri ile bağlıdır ve bunları değiştiremez. İşçi feshin başka bir sebeple yapıldığını iddia ediyor ise, bunu ispatla yükümlüdür.

Mahkeme veya özel hakem iş akdinin haklı veya geçerli bir sebeple işveren tarafından feshedilip, edilmediğini ve işçiye haklarının ödenip, ödenmediğini kontrol eder.

İşyerinin bütününe idare eden işveren vekilleri veya yardımcıları ile işçiye işe alma ve işten çıkartma yetkisi olan işveren temsilcileri işe iade davası açamazlar.

Bu dava basit yargılama usulüne göre ve ivedilikle karara bağlanır. Mahkemeler (veya özel hakemler) tarafından verilen kararlar, İş Mahkemeleri Kanunu 8. Maddesi uyarınca temyiz edilemez.

Mahkeme (veya özel hakem) tarafından feshin geçersiz nedenle yapıldığına karar verilmesi veya geçerli sebep gösterilmediğine karar verilmesi halinde, işveren işçiye bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşveren işçinin mahkeme (veya özel hakem) kararının istinaf mahkemesinden geçerek kesinleşmesini müteakip 10 gün içinde yapması gereken

başvuru üzerine, işçiye eski ünvanı ile eski işini yapmak üzere 1 ay içinde işe başlatmaz ise; işçiye en az 4, en çok 8 aylık ücreti tutarında tazminat ödemesi gerekir. Ödenecek bu tazminat tutarı da mahkeme (veya özel hakem) kararında belirlenir. Ayrıca işçiye kararın istinaf mahkemesinden geçerek nihai hale getirilmesine kadar çalıştırılmadan geçen süre için en çok 4 aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları da ödenir. İşçi 10 günlük süre içinde işverene başvuruda bulunmaz ise; işverence yapılmış fesih geçerli sayılır ve işveren sadece geçerli feshin sonuçlarından sorumlu olur.

Mahkeme (özel hakem) kararı üzerine işveren tarafından işe başlatılmak istenen işçi, işe başlamayı kabul etmez ise; işveren tarafından mahkemece hükmedilen tazminatlar ödenmez.

Yargıtay kararları uyarınca işçiye ödenecek 4-8 aylık tazminatın hesabında işçinin kıdemi dikkate alınır. Takip ettiğimiz davalarda;

- 6 ay ile 5 yıl arasında kıdemi olan işçi için 4 aylık maaş,
- 2 yıl ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçi için 5 aylık maaş,
- 15 yıldan fazla kıdemi olan işçiler için 6 aylık maaş

tutarında tazminat ödeneceğine ilişkin Yargıtay kararları mevcuttur.

Belirli Süreli İş Akdinin Feshinin Sonuçları

Belirli süreli iş akdinin süresinden önce haklı sebep olmaksızın feshi halinde işçi; belirli sü-

renin sonuna kadar hak kazanması gereken ücreti talep edebilir. Ancak bu tutardan mahkeme tarafından işçinin sarfından tasarruf ettiği tutar düşülür (ulaşım ücretleri, yemek paraları, işçinin sonradan bulduğu işinde hak kazandığı ücret gibi).

İşçinin kasıtlı olarak iş aramaması halinde, işçinin yeni bir iş bulmak suretiyle elde edileceği makul gelir de, işçiye ödenmesi gereken tutardan mahsup edilir.

Belirli süreli iş akitlerinin, belirli sürenin geçmesiyle sona ermesi üzerine işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp, kazanmayacağı yönünde çelişkili görüşler mevcuttur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014 yılında verdiği bir kararda “İşçinin iş akitinin, iş akitinde kararlaştırılmış belirli sürenin bitiminde sona ermesi halinde, işçinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağına”⁸ hükmetmiştir. Ancak 2017 tarihli bir kararında “Belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesinden önce, taraflardan biri yenilememe iradesini ortaya koymuş ise, burada yenilemeyen tarafın iradesine göre kıdem tazminatına hak kazanılıp, kazanılamayacağı⁹ araştırılması gerektiğini belirtmiş ve “İşveren (iş akitini) yenilememe iradesini göstermiş ve haklı nedene dayanmıyor ise, bir yıllık kıdem koşulu gerçekleştiğinde, kıdem ödenmelidir” demek suretiyle, 2014 yılındaki görüşünü yumuşatmıştır.

Bu noktada belirli süreli iş akdi ile çalışan işçinin bir yıldan fazla çalışmış olması şartıyla, iş akitinin işveren tarafından İş Kanunu 25/

II dışındaki nedenlerle feshedilmesi halinde, işçiye kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini belirtmek isteriz. Bu nedenler işçinin ölümü, askerlik, evlilik, emeklilik, İş Kanunu 24. maddesi uyarınca işçi tarafından iş akitinin feshi veya İş Kanunu 25/I veya III uyarınca iş akitinin işveren tarafından feshi olabilir.

Buna karşın, belirli süreli iş akitini emeklilik, askerlik veya evlilik gibi sebeplerden birine dayanarak süresinden önce fesheden işçiden, işveren kötüniyet tazminatı isteyebilir. Zira; işçinin emekli olacağını veya askere gideceğini biliyor olduğundan hareketle, işçiden, işçinin bu süreyi de içeren belirli süreli iş akdi yapmaması beklenir.

Çalışma Belgesi Verilmesi:

İş Kanunu 28. Maddesine göre; işten ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren her türlü resim ve harçtan muaf bir belge verilir. Belgenin vaktinde verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veyahut işçiyi işe alan yeni işveren, eski işverenden tazminat isteyebilir.

Kaynakça

İş Hukuku Mollamahmutoğlu Astarlı Baysal
İş Kanunu Şerhi Doç. Dr. Cevdet İlhan Günay
İş Hukuku Prof Dr. Sarper Süzek

8) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.05.2014 2014/22-391 E. ve 2014/710 K.

9) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.2.2017 2015/22-922 E. ve 2017/316 K.



Hakan EMEL

Stajyerlerimizden...

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 584. MADDESİ UYARINCA KEFALET SÖZLEŞMELERİNDE EŞİN RIZASI

I. Giriş

Hukuk, ticaret ve ekonomi dünyasında büyük bir öneme sahip olan teminat sözleşmeleri, geniş anlamda bir kimsenin bir başka kişinin girdiği riski minimize etmek için başvurulan bir sözleşme olup, dar anlamda bir borcun ifa edilememesi riskinin üstlenildiği sözleşmeleri ifade etmektedir.

Dar anlamda ele alındığı takdirde, teminat sözleşmeleri aynı ("maddi" veya "nesnel" olarak da adlandırılmaktadır¹) ve şahsi ("kişisel") teminatlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanundaki tanımı ile "*kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı*

üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanan kefalet sözleşmeleri ise, bu anlamda, şahsi teminatlar içerisinde yer almakta olup, 6089 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 581 ila 603. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bunun yanı sıra belirtmek gerekir ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ("TMK") yürürlüğe girmesi ile birlikte, aile hukuku alanında da 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne ("Eski MK") kıyasen pek çok yenilik uygulamaya başlamıştır. Bu yeniliklerin bir kısmı da evliliğin eşler arasındaki hukuki işlem ehliyetine etkisi hususunda meydana gelmiş ve evli kişinin eşinden bağımsız olarak hukuki işlemler yapabilmesi kuralına istisnaen, aile konusu veya aile ekonomisi gibi aile bütünlüğünü

1) Farklı kullanım kaynaklarını görebilmek için bkz. **Özen, Burak:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2012, s.1-2; **Oğuz, Sefer:** 6098 Sayılı TBK m. 584/1'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler, Bankacılar Dergisi, Sayı 86, Eylül 2013, s. 68

ilgilendiren bir takım işlemlerde eşin rızasına başvurma zorunluluğu düzenlenmiştir.

İşte bu noktada, borçlar hukuku ile aile hukukunun kesiştiği “Eşin Rızası” başlıklı TBK m. 584 karşımıza çıkmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda (“Eski BK”) yer almayan bu düzenleme, ilk defa TBK’da düzenlenmiş olup kefalet sözleşmeleri için eşin rızasını geçerlilik şartı haline getirmiştir.

Kaynak hüküm olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun (“İBK”) 494. maddesinden² bir takım farklılıklar içererek hukuk sistemimize giren TBK m. 584, ticari hayatta karşılaşılan zorluklar nedeniyle tekrar görüşülmüş ve maddenin üçüncü fıkrasına 28.03.2013 tarihinde, 6455 sayılı kanunun 77. maddesi ile bir takım istisnalar eklenerek eşin rızasının arandığı işlemlerin kapsamı daraltılmıştır.

Bu bağlamda, aşağıda kefalet sözleşmelerinde eşin rızası kurumu genel anlamda irdelenecek olup; bu kuralın şartları, arandığı ve aranmadığı haller, kurala sonradan eklenen istisnalar ve sonuçları anlatılmaya çalışılacaktır.

II. Eşin Rızasının Hukuki Niteliği ve Verilme Şartları

Kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının işlendiği TBK’nın 584. maddesi şu şekildedir:

“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce

ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.

(Ek fıkra: 28/3/2013-6455/77 md.) Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”

Lafzına bakıldığı zaman görülmektedir ki, bu hüküm emredici niteliktedir. Kefil ve eşinin, bu haktan feragat etmesi ve/veya hükmün aksini kararlaştırmaları mümkün değildir. TBK’nın bu hükmü dolayısıyla, kefil evli ise, eşin rızası kefalet sözleşmeleri için bir geçerlilik şartıdır. Böylece, evlilik birliğinin korun-

2) Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht, Artikel 494

masının amaçlanmış olup, ailenin ekonomik geleceğinin hatır kefaletleri ile tehlike altına girmesi önlenmek istendiği öne sürülmektedir.³

Bu hususta, ilgili hükmün aileyi korumayı amaçlarken aslında sözleşme hürriyetini ve mülkiyet hakkını sınırlandırarak Anayasa'yı ihlal ettiği yönünde tartışmalar doğmuş ve bu durum Anayasa Mahkemesi'ne intikal etmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın bütün maddelerinin aynı değerde olduğunu, hiçbir maddeye öncelik tanınmadığını, ancak kimi zaman zorunlu olarak uygulanması gereken iki kuralın birbirinin sınırını oluşturması gerektiğini savunmuştur. Bu bağlamda, Anayasa'nın 41. Maddesi ile aileye getirilen bu korumanın, yine Anayasa'nın 35. Maddesinde belirtilen mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalara uygun düştüğü gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir.⁴ Anayasa Mahkemesi'nin isabetli olduğunu düşündüğümüz bu kararı dolayısıyla, TBK m. 584 hükmünün dayanağını Anayasa'nın 41. maddesinden aldığı görülebilmektedir.

Kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının alınması için öncelikle kefilin evli olması ve kefil olunurken evliliğin devam etmesi gerek-

tedir. Ancak TBK m. 584/1'e göre, mahkeme tarafından bir ayrılık kararı verilmesi veya ayrı yaşama hakkının doğması halinde rıza şartı aranmaz. Bu hususta TBK'nın 584. Maddesi, kaynak hüküm niteliğini taşıyan İBK m. 494'ten ayrılmaktadır. İBK'nın ilgili maddesi gereğince, rızanın aranmaması için hâkimin eşlerin ayrılığına karar vermiş olması yeterli iken, eşlerin ayrı yaşama hakkı bu hükümde yer almamaktadır. Böylece eşin rızasının aranmadığı hallerin kapsamı İsviçre Hukukuna göre TBK'da daha geniş tutulmuştur.

İsviçre'deki düzenlemeye göre ayrıca, ayrılığın hâkim kararına dayanmayıp fiili olması halinde, eşin rızasının alınması gerekliliği devam etmektedir. Bu husus Türk Hukukundaki düzenleme için de geçerlidir. Ancak, TBK m. 584'deki ayrıklık dolayısıyla doktrin, boşanma davası açılması sebebiyle, TMK m. 197 ve yeni Medeni Kanun sonrasında verilen Yargıtay kararları uyarınca⁵ ayrı yaşama hakkı olan eşlerin, hâkim kararı olmamasına rağmen eşlerinin rızasını almadan kefil olabileceklerini kabul etmektedir.⁶

Yine İBK m. 494'e göre, eşin rızası ile ilgili hüküm evlilik dışında tescil edilmiş hayat ortaklıkları için de uygulanacaktır.⁷ İBK m.

3) **Yalçındıran, Türker:** Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi, İÜHF, C. LXXIV, Sayı 1, 2016, s. 471; **Şeker, Muzaffer:** Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, Nisan 2017, s. 16; **Özen,** s. 174

4) Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013 T. 2013/57 E. 2013/162 K.

5) Yargıtay HGK, 05.06.2008 T. 2008/2-231 E. 2008/235 K.

6) **Reisoğlu, Seza:** Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 254; **Özen,** s.176.

7) 18.06.2004 tarihli, *Eşinsel Çiftlerin Tescil Edilmiş Hayat Ortaklıklarına Dair Federal Kanun (Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, PartG)* halk oylaması ile kabul edilmiş ve 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu doğrultuda, İBK'nın ilgili hükmünde de buna göre değişiklik yapılmış ve bahis konusu fıkra eklenerek 01.01.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe sokulmuştur.

494'ün son fıkrasında yer alan hüküm, Türk Hukukunda hayat ortaklıklarına yönelik bir düzenleme olmadığı için TBK'daki maddeye alınmamıştır. Bunun sonucu olarak Türk Hukukunda, eşinsel evlilik veya benzeri hayat ortaklıklarına yönelik hüküm olmasa da resmi nikâh dışındaki hiçbir birliktelikte (imam nikahı vb.) eşin rızasının aranmayacağı sonucu çıkmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar sonucunda görülmektedir ki, Türk kanun koyucu burada toplumun ve hukuk sisteminin yapısını göz önüne alarak, kaynak kanundaki hükümleri işlerken belirli seçimler yapmış ve bu değerlendirmelere göre TBK m. 584'deki hükmü oluşturmuştur.

TBK m. 584/1 uyarınca, eşin rızası kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç kurulması sırasında verilmelidir. Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra alınacak olan rıza burada bir etki taşımamakta olup, bu halde kefalet sözleşmesi geçersiz hale gelecektir. Böylece, kefalet sözleşmesinin hazırlanması aşamasında, son tahlilde kefilin iradesinin sözleşme üzerinde cisimleştiği anda, eşin rızasının var olması gerekmektedir. Eşin rızasının koşula bağlı olması da yeterli olup koşulun kefalet sözleşmesinin imzalanmasından sonra gerçekleşmesi, kefalet sözleşmesinin üzerinde herhangi bir geçersizlik yaratmayacaktır.

Eşin rızasını düzenleyen kanun hükmü üzerinde, doktrinde haklı olarak "rıza" kavramını yerine "izin" kavramının kullanılmasının daha doğru olacağı yönünde görüş birliği mevcuttur.⁸ Kanun maddesinde görülmektedir ki, eşin vereceği "icazet" bir etki yaratmamaktadır. Ancak, rızanın hem izni hem de icazeti kapsayan bir kavram olması sebebiyle kanunda hatalı bir terim kullanımı mevcuttur.

Eşin rızası, adi yazılı şekle tabidir. Bu noktada, rıza beyanının eş tarafından el yazısı ile belirtilmesi gerekli olmayıp, eşin kefalet belgesini imzalaması yeterlidir. Görülmektedir ki, kefile TBK m. 583 uyarınca sorumluluk sınırına, kefalet tarihine veya müteselsil kefil olma iradesine ilişkin açıklamalar için tanınan el yazısıyla beyanda bulunma zorunluluğu eşin rızası için aranmamaktadır. Bunun yanı sıra, doktrinde eşin rızasının (kefilin kefalet iradesinden farklı olarak⁹) 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca güvenli elektronik imza ile verilebileceği kabul edilmektedir.¹⁰

Eşin rızasının kefalet belgesinde yer alması zorunlu değildir. Farklı bir belgede yer alması mümkündür. Ancak, rızanın verilmesi için bir geçerlilik şartı olmasa da kefalet ilişkisinin özelliklerini bilerek rızanın verildiğini göstermek adına, eşin kefalet sözleşmesi ile ilgili önemli bilgileri de bu belgeye yansıtmasında fayda vardır.

8) İsmail Kırcı'nın eleştirisinden yola çıkarak bu eleştiride bulunan eserler için bkz. **Şıpka, Şükran**: Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları, MHB, Sayı 35, Cilt 1, 47-58; **Yalçındıran**, s. 481 **Özen**, s. 173, dipnot 409; **Şeker**, s. 68.

9) 5070 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kanunun özel şekil şartlarına tabi işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri için güvenli elektronik imzanın kullanılması mümkün değildir.

10) **Şeker**, s. 31, dipnot 99.

Rıza, somut ve belli kefalet ilişkilerine verilmelidir. Kural, rızanın her kefalet ilişkisi için ayrı ayrı verilmesi olup bunun altındaki saik ise, eşe her bir kefalet ilişkisinin beraberinde getireceği riski değerlendirme fırsatı tanımadır. Dolayısıyla, gelecekte yapılacak olan ve/veya belirsiz sayıdaki kefalet sözleşmelerine ilişkin rıza verilmesinin olanağı yoktur. Ancak, eşin koşullarını değerlendirebileceği nitelikteki birden fazla kefalet sözleşmesi için, örneğin cari hesap şeklinde çalışan kredi sözleşmelerine ilişkin düzenlenen kefalet ilişkilerinde, eşin bu kefalet ilişkisinin tümünü kapsayan bir rıza vermesi mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eşin rızasının kanunda belirtilen ve yukarıda bahsedilen şartları taşıyıp taşımadığı yönündeki ispat yükü alacaklıya aittir.

III. Eşin Rızasının Aranacağı ve Aranmayacağı Haller

Eşin rızasının aranması için öncelikli unsurun kefilin evli olması ve evliliği içerisinde TBK m. 584/1'de sayılan durumların bulunmaması gerektiği yukarıda açıklanmıştı. Eşler arasındaki mal rejimi açısından ise, mal rejiminin ne olduğunun, kefalet sözleşmesi için rızanın verilir verilmemesi hususunda bir etkisi bulunmamaktadır. Eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, evli kefilin eşinden rıza alması gerekmektedir.

Eşler ancak kendi adlarına yapacakları kefalet sözleşmelerinde eşin rızasına ihtiyaç duya-

caklardır. Eşler girdikleri kefalet ilişkilerinde kişisel olarak bir sorumluluk yüklenmiyor ve başkasının temsilcisi olarak hareket ediyorsa, o halde eşin rızasına ihtiyaç duyulmayacaktır. Bu durumda, örneğin tüzel kişinin organı olarak hareket eden ve kişisel bir sorumluluk üstlenmeyen kişi, düzenlenen kefalet ilişkisinde eşinin rızasına ihtiyaç duymayacaktır.

Ancak TBK m. 583/2 dolayısıyla, kefilin üçüncü bir kişiye kefalet sözleşmesi yapması için yetki vermesi halinde veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaaında bulunması halinde de, eşin rızası geçerlilik şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Kefalet ilişkisi için doğrudan temsil yetkisi veren veya kefalet sözleşmesi yapma vaaında bulunan kişinin eşinden rıza alınır ise, kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında tekrar eşin rızası istenmeyecektir.

Kefil olmak isteyen kişinin eşinin ehliyetizliği hususu eşin rızasının alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu durumda, yasal temsilcinin rızasının alınması doğru olacaktır. Eşin rızasının yasal temsilci tarafından verilmesine ilişkin olarak, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olup, olmadığı yönünde doktrinde bir tartışma mevcuttur.¹¹ Yasal temsilciler açısından kefalet sözleşmesi yapma yasağı, eşin rızasının verilmesi hususuna sirayet etmemektedir. Bunun nedeni ise, eşin rızasının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak değerlendirilmemesidir. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, aynı doğrultuda bir gerekçeyle eşin kefil olmak isteyen diğer eşe kendisini temsil yetkisini vermesini geçerli saymıştır.¹²

11) Özen, s. 175; Reisoğlu, s. 91.

12) Reisoğlu, s. 91 dipnot 255; BGE 68 II 144.

Bir kişinin kendi eşinin borcuna kefil olması halinde, kefaletin geçerliliği için eşin rızası gerekmektedir. Borçlu kimse, kendi eşinin de sorumluluk altına girmesini istemeyerek, bu ekstra risk dolayısıyla rıza vermekten kaçınabilir.¹³ Kefilin, kendi eşinin alacaklısı olduğu bir borca kefil olması halinde ise, rıza bir geçerlilik şartı olmaktan çıkmaktadır. Çünkü eşler kefalet sözleşmesinin taraflarını oluşturmakta olup kefalet ilişkisinin kurulması yönünde iradeye sahip olduklarından, bir de ayrıca rıza aranması anlamını kaybedecektir. Eşlerin müteselsil kefil olmaları halinde ise her iki eşin de rızası gerekmektedir.

TBK'nın 584. maddesinin 2. fıkrasında kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra eşin rızasının gerekli olduğu haller sayılmıştır. Bu açıdan, maddenin ilk fıkrası ile ikinci fıkrası arasında zamansal bir farklılık bulunmaktadır. İlk fıkradaki haller kefalet sözleşmesinin kurulması öncesinde, ikinci fıkrada sayılanlar ise kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra uygulama alanı bulur. Madde metnindeki cümle yapısı negatif olduğu için rızanın aranmadığı haller belirtilmek istense de, aslında ikinci fıkra hükmü bize kefalet sözleşmesinde yapılacak değişikliklerin hangilerinde eşin rızasının aranacağına işaret etmektedir. Bunlar; kefilin sorumlu olduğu miktarı artıran, adi kefaleti müteselsil kefaletle dönüştüren ve kefilin lehine olan teminatların önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler olup, sadece bu hallerde eşin rızası aranır. Bu üç halin ortak noktası kefilin sorumluluğunu artırma-

sıdır. Bu anlamda, lehe yapılan değişikliklerde veya kefilin sorumluluğunu artıran ancak kanunda sayılmayan değişikliklerde eşin rızası aranmaz.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu miktarı artıracak değişikliklerde eşin rızası gerekmektedir. Buna karşın, kefilin önceden eşinin rızası ile sorumlu olmayı kabul ettiği azami miktarın üstüne çıkmayan değişiklikler için eşin rızası aranmayacaktır. O halde, aslında hükmün anlatmak istediği, kefilin sorumluluğunu üstlendiği azami miktarın üstündeki değişiklikler için eşin rızasının aranacağıdır.

Esas borçlu ile adi kefil arasında bir teselsül kararlaştırılarak adi kefalet müteselsil kefaletle çevriliyor ise; burada eşin rızası gereklidir. Bunun yanı sıra, madde metninden anlaşılmasa dahi bu husus, adi birlikte kefiller arasında müteselsil kefaletin kararlaştırılmasını da kapsar. Kendi aralarında bölme def'inden vazgeçen bu kefiller, eşlerinin rızalarını almak durumundadır.

Kefilin lehine olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına neden olan değişiklikler için sadece kefilin değil, aynı zamanda eşin de rızası gerekmektedir. Bunun yanı sıra, amaç ailenin korunması olduğu için TBK m. 592/1 uyarınca, rüçhan haklarının kefilin aleyhine azaltılması halinde de rıza aranmalıdır.¹⁴ Burada güvencelerin kapsamına sadece aynı güvenceler girmez. Aynı zamanda kişisel güvenceler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Değişiklikler neticesinde meydana gelen

13) Özen, s. 177; Şeker, s.21.

14) Şeker, s.43.

özelliklerin önemli derecede olup, olmadığı her somut olayda ayrıca ele alınmalıdır. Ancak, objektif sebeplere bağlı olarak güvencelerin azalması (piyasa koşullarının değişmesi veya borçlu dışında borçtan sorumlu kişilerin ödeme gücünü kaybetmesi gibi) hallerinde TBK m. 584'ün ikinci fıkrası uygulama alanı bulamayacaktır.

Güvenceler açısından düşünülmesi gereken bir diğer konu da esas borçlunun değişmesi durumudur. Esas borçlunun değişmesi halinde eşin rızasının aranacağı açıktır. Bu hususta, ödeme gücü zayıf birisince borcun üstlenilmesi riskine karşı, kefile birlikte eşinin de söz hakkına sahip olması gerekmektedir.

Değişikliğe eşin rıza göstermemesi halinde kanunda bir sonuç öngörülme de, genel olarak kefalet sözleşmesi değil sorumlu olan miktarın artırılmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine yönelik yapılan değişiklik geçersiz olacak ve kefalet sözleşmesi önceki biçimiyle ayakta tutulacaktır. Ancak, kefilin lehine olan güvencelerin önemli ölçüde azaltılmasına yönelik değişikliklerde eğer eşin rızası alınmamışsa bunun yaptırımını, kefilin borçtan kurtulmasıdır.

IV. TBK 584. Maddesinin 3. Fıkrası İle Getirilen İstisnalar

TBK m. 584'ün yürürlüğe girmesi ile birlikte iş dünyası tarafından uygulanmasına yönelik eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Eleştiriler genellikle eşin rızası şartı dolayısıyla

ticari hayatın yavaşlayarak sekteye uğradığı, eşlerin makul bir sebep olmadan rıza vermeden kaçınmasının uygun olmadığı ve ailenin ekonomik varlığı korunmaya çalışılırken, aile içi huzursuzlukların artacağı görüşlerinde toplanmaktadır.¹⁵ Bu eleştiriler sonucunda maddenin uygulanmasında ortaya çıkan sıkıntılarının bir kısmı, 28.03.2013 tarihli 6455 Sayılı Kanun'un 77. maddesi ile TBK'nın 584. maddesine bir fıkra daha eklenerek giderilmeye çalışılmıştır.

Bu fıkraya ilişkin getirilen eleştirilerde ise, fıkroda sayılan kişilerin kefalet ilişkilerine daha çok giren kimseler olduğu, dolayısıyla hükmün bu anlamda uygulanmasının ve kapsamının daraltıldığına değinilmektedir. Böylece, kanun koyucunun ticari hayatın akışı ile aile hayatını koruma amaçları arasından ilki üzerinden seçim yaparak, hükmün amacının kısmen yitirilmesine neden olduğu ileri sürülmektedir.¹⁶

Kaynak hüküm olan İBK m. 494 ilk düzenlendiğinde de hükmün ikinci fıkrasına, ticari hayatın sekteye uğramaması adına ticaret siciline kayıtlı şirketlerin ortak ve yöneticilere yönelik eşin rızası kuralının istisnaları eklenmiş idi. Bu düzenleme daha sonra yeterli ve uygun görülmeyle, ailenin daha iyi korunması düşüncesiyle 01.12.2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

Buna göre, TBK m. 584'ün üçüncü fıkrasına göre eşin rızası kuralına getirilen istisnaya tabi işlemler şu şunlardır:

15) Yalçınduran, s. 466; Şeker, s.56.

16) Yalçınduran, s. 473.

- Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler,
- Mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler,
- 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ve
- Tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler.

Ticaret siciline kayıtlı bir ticari işletmenin sahibi olan gerçek kişi tacirin sadece işletmesi ile ilgili gireceği kefalet ilişkilerinde eşin rızası aranmaz. Öyle ki, ticaret siciline kayıtlı işletmeler olduğu için bu istisnadan yararlanabilmek için tacir olmak yetmez, aynı zamanda ticari işletmenin Tük Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 40. maddesine uygun olarak tescil de edilmesi gerekir.

TTK'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre tacir sayılanlar için de TBK m.584/3'deki istisna kapsamında ticari işletmeleri ile ilgili kefalet sözleşmelerinde eşin rızası aranmaz. Ancak, yine TTK m.12/2 uyarınca tacir sayılanlar bir ticari işletme kurup açtığını sirküler, gazete, radyo, televizyon

ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş fakat işletmeyi fiilen işletmeye başlamamış olduğu takdirde "tescil" şartı yerine gelmediği için, gireceği kefalet ilişkilerinde eşin rızasını almak durumundadır.¹⁷ Buna ek olarak, TTK m.12/3 hükmü uyarınca iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu kişiler için de kefalette eşin rızası şartı geçerlidir ve bu kişiler istisnadan yararlanamazlar.

Ticari işletmeler için eşin rızasının aranıp aranmamasındaki bir diğer ölçüt de kefaletin ticari işletme ile ilgili olup olmadığıdır. Kefalet ilişkisi işletme ile ilgiliyse rıza aranmaz. Aksi takdirde, tacir kişi eşin rızasını almak durumundadır. Kefaletin ticari işletme ile ilgili olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecek olup, uyumsuzluk halinde buna hâkim karar verecektir. Bunun yanı sıra, istisnadan yararlanmak için asıl borçlunun tacir olması gerekmez. Kefalet ilişkisinin, yukarıda bahsedilen ölçütleri taşıması istisnadan yararlanılması için yeterlidir.

Ticari şirketlerin ortak ve yöneticileri tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde de eşin rızası aranmamaktadır. Eşin rızasının aranıp, aranmayacağı hususundaki ölçüt burada da kefaletin ticari şirketle alakalı olup olmadığı yönündedir. Eğer kefalet ilişkisi şirket ile alakalı ise; rıza aranmayacaktır. Ancak, ticari şirketin ortak veya yöneticisi kendi şirketi için bu kefalet borcu altına girdiğinde eşin rızası aranmayacak iken, başka bir şirket veya gerçek kişinin borcu için kefil olmak ister ise rıza aranacaktır.

17) Şeker, s. 59.

İstisna fıkrasının lafzına bakıldığında anlaşılacağı üzere, ticari şirket ortak ve yöneticileri yönünden getirilen istisna adi şirket ortakları veya ticari şirketlerin payları üzerinde intifa hakkı sahiplerinin ya da denetçilerin vereceği kefaletlerde geçersizdir. Ancak, bir ticari işletmeyi işletmek için adi ortaklık kapsamında bir araya gelen ve ticari işletmeyi kendi adlarına ayrı, ayrı tescil eden gerçek kişiler için bu istisna hükmü uygulama alanı bulacak ve kefalet ilişkisinde eşin rızası aranmayacaktır.

Esnaf ve Sanatkârlar Sicili'ne kayıtlı esnaf ve sanatkârlar için de mesleki faaliyetleri ile ilgili olan kefalet ilişkilerinde eşin rızası aranmaktadır. Tacirler veya ticari şirket ortakları ve yöneticileri için getirilen kıstasa benzer olarak, esnaf ve sanatkârlar için de bu istisnanın uygulanabilmesi için kefaletin mesleki faaliyetleri ile ilgili olması gerekmektedir. Bir diğer kıstas ise, Esnaf ve Sanatkârlar Sicili'ne kayıtlı olmaktır. Bu sicile kayıtlı olmayan esnaf ve sanatkârların gireceği kefalet ilişkilerinde mesleki faaliyetleri ile ilgili olsa dahi, eşin rızası aranır.

27.12.2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için de eşin rızası aranmamaktadır. Tarımsal üretim, esnaf ve sanatkârların desteklenmesi gibi amaçlarla verilen krediler için getirilen bu istisna, yukarıda açıklanan istisnalardan farklı olarak belirli kıstaslara sahip işlemlere yönelik değil, direkt kanunda gösterilen kredi ilişkilerine getirilmiştir.

18) Şeker: A.g.e., s.61.

TBK m.584'ün üçüncü fıkrasında son olarak, tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlere ilişkin olarak, bu kredilerin daha rahat kullanılması amacıyla istisna getirilmiştir. Böylece tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilere verilecek kefaletlerde eşin rızası aranmayacaktır.

V. Sonuç

Kefalet hukuku içerisine, aile hukuku ile borçlar hukukunun kesişim noktası olarak ilk defa 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile giren eşin rızası kavramı, genel olarak eş üzerine yüklenen kefalet sorumluluğunun, ailenin ekonomik ve bütünsel geleceği üzerindeki riskini azaltmak veya en azından öngörülebilir olmasını sağlamak amacını taşımaktadır. Bu noktada en önemli konulardan birisi de, aile kurumunu korumaya çalışırken, ticari hayatın akışını da aksatmamak veya bu iki temel unsurdan birisi için seçim yapmak hususudur.

Bu amaçla, kaynak hüküm olan İBK m. 494 hükmü Türk Hukukuna geçirilirken, Türk toplum ve aile yapısı da göz önünde bulundurulmuş ve buna göre hüküm, üzerinde değişiklikler yapılarak TBK m. 584'teki üçüncü fıkranın eklenmemiş olduğu şekli almıştır. Böylece kefalet sözleşmelerine ait şekil ve diğer geçerlilik şartlarının yanı sıra, bir diğer

geçerlilik şartı olan eşin rızası kurumu ortaya çıkmıştır. Madde hükmüne göre, kefalet sözleşmesinden farklı olarak yukarıda anlatılan şekil şartlarını ve uygulama koşullarını haiz olan eşin rızası, duruma göre kefilin lehine olabilecek değişikliklerde veya rızanın aranmayacağı ailevi değişimlerde aranmayarak, kanun koyucu tarafından bilinçli bir denge politikası yürütülmüştür.

Ancak, ticari hayatta karşılaşılan zorluklar ve bunun sonucunda yükselen eleştiriler hüküm üzerinde tartışma yaratmış ve yukarıda açıklandığı üzere hükmün üçüncü fıkrasına belirli işlemler için istisnalar eklenerek, bu sakıncalar giderilmeye çalışılmıştır. Kanaatimizce, bu istisnaların eklenmesi isabetli olmamıştır. Çünkü, hükme eklenen son fıkrada yer alan istisnalara konu olan işlemler, kefalet ilişkisinin en yoğun olarak görüldüğü ve aile üzerinde en çok sakınca yaratacak alanlara isabet etmektedir. Bu durum sonucunda, hükmün ailenin korunmasına yönelik yarattığı uygulamanın kapsamı önemli derecede daralmış görünmektedir. Kanun koyucu bu noktada, ailenin korunması amacı ile ticari hayatın akışını hızlandırmak arasında bir seçim yapmış ve hükmün konuluş amacına ters olarak, ticari hayatın akışını devam ettirmekte karar kılmıştır. Fakat bu seçim sonucunda aile içi öngörülebilirlik ve kefalet sorumluluğunu değerlendirme imkânı son derece azalmış olup, sadece aile içi bütünlük değil eşin, çocukların ve hatta diğer yasal mirasçılarının ekonomik güvenliği de tehlike altına girmiştir.

Kaynakça

- Eren, F. (2017): Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Kitabevi.
- Oğuz, S. (2013): 6098 Sayılı TBK m. 584/T'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikler Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliği Üzerine Düşünceler, Bankacılar, 67-77.
- Özen, B. (2012): 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu *Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Reisoğlu, S. (2013): Türk Kefalet Hukuku, Ankara.
- Şeker, M. (2017): Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Şıpka, Ş: Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları, MHB, Cilt: 35, Sayı: 1, 47-58.
- Yalçınduran, T. (2016): Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın TBK'nın 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair TBK'da Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi, *İÜHF*, 461-486.

ZENCEFİL



ZENCEFİL PASTA VE KURABIYE LİMİTED ŞİRKETİ

FUAR SOKAK NO: 8/A ÇANKAYA-ANKARA