

ISSN 2146 – 7129



Cilt: 8, Sayı 1, Yıl 2018, ISPARTA

Vol: 8, No 1, Year 2018, ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Haluk SONGUR

Baş Editör / Editor

Prof. Dr. Haluk SONGUR

Editör Yardımcıları / Co- Editors

Prof. Dr. Yüksel METİN

Doç. Dr. Fahrettin Önder

Yrd. Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER

Yayın Yardımcıları / Editorial Assistants

Arş. Gör. Burak ERECE

Arş. Gör. Didem ERDOĞAN

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU

Arş. Gör. Özgenur YİĞİT

Arş. Gör. Veli ÇİÇEKKAYA

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof.Dr. Haluk SONGUR	Arş.Gör. Esra DURSUN
Prof.Dr. Faruk TURHAN	Arş.Gör. Fatma SIRTAKAYA
Prof.Dr. Yüksel METİN	Arş.Gör. Fırat KESKİN
Doç.Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Arş.Gör. Gamze KIRLIOĞLU
Dr. Öğretim Üyesi Vahdettin AYDIN	Arş.Gör. Gökçe TUNÇ
Dr. Öğretim Üyesi Süleyman DOST	Arş.Gör. Güler Berna ŞENTÜRK
Dr. Öğretim Üyesi Burcu ÖZKUL	Arş.Gör. Hikmet TOKGÖZ
Dr. Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU	Arş.Gör. İsmail AKBAŞ
Dr. Öğretim Üyesi Meltem NELİCİĞER	Arş.Gör. Merve AKKAYA
Dr. Öğretim Üyesi Mücahit AYDIN	Arş.Gör. Mustafa Can ERMİŞ
Öğr. Gör. Dr. Muhammed Emre TULAY	Arş.Gör. Neslihan DEMİRKOL
Arş.Gör. Dr. Selim CİĞER	Arş.Gör. Numan TEKELİOĞLU
Arş.Gör. Aylin ÇIRAKÇI	Arş.Gör. Ömer ÇON
Arş.Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş.Gör. Ömer YILDIRIM
Arş.Gör. Betül AZAKLI ARSLAN	Arş.Gör. Özgenur YİĞİT
Arş.Gör. Burak ERECE	Arş.Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN
Arş.Gör. Damla GÜNDOĞDU	Arş.Gör. Şulenur GÖZTEPE
Arş.Gör. Didem ERDOĞAN	Arş.Gör. Veli ÇİÇEKKAYA
Arş.Gör. Efe BİLKE	Arş.Gör. Zehra KORKMAZ
Arş.Gör. Esin YÜĞRÜK	Arş.Gör. Zühre ELVAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayınlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

S.D.Ü. Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

e-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu

Prof.Dr. Adem SÖZÜER
Prof.Dr.Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.
Prof.Dr. Arslan KAYA
Prof.Dr. Aydın GÜLAN
Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof.Dr. Cumhur ŞAHİN
Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Prof.Dr. Ethem ATAY
Prof.Dr. Feridun YENİSEY
Prof.Dr. Güzin ÜÇİŞİK
Prof.Dr. Hakan HAKERİ
Prof.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
Prof.Dr. Hasan TUNÇ
Prof.Dr. İlyas DOĞAN
Prof.Dr. İsmail KAYAR
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof.Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU
Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
Prof.Dr. Mustafa KOÇAK
Dr. Silvia TELLENBACH
Prof.Dr. Süha TANRIVER
Prof.Dr. Timur DEMİRBAŞ
Prof.Dr. Turan YILDIRIM
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR
Prof.Dr. Yener ÜNVER
Prof.Dr. Yavuz ATAR
Prof.Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof.Dr. Mehmet ALTUNKAYA
Prof.Dr. Helene LAMBERT
Dr.Lisa MARDIKIAN

Advisory Board

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Max - Planck - Institut /Almanya
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Max - Planck - Institut /Almanya
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
University of Westminster
University of Portsmouth

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.

3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayımlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.

Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı

1- ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.

2- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.

3- Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.2 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, **hukuk@sdu.edu.tr** adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

4- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

5- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.

6- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekiyorsa kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007), s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, "5651 Sayılı Kanuna Göstinen Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (internet linki, 23.02.2011)

(4) Yargıtay kararları

Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler

ESER, Albin, "Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri", Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslar arası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer okuyucularımız,

“Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi” 2018 yılının ilk sayısı ile karşınızda...

Fakültemiz hukuk alanındaki yayınlara katkıda bulunmak amacıyla 2011 yılında yoğun ve titiz çalışmalar sonucunda bu dergiyi çıkarmaya başlamıştır. Değerli yazarlarımızın Türkçe veya İngilizce dillerinde yazmış olduğu makalelerine ve diğer dillerden yaptığı tercümelerine yer verdiğimiz dergimiz haziran ve aralık aylarında yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Kör hakemlik sistemi uygulanarak makaleler akademik ölçütlere uygunluk açısından bağımsız olarak tarafsız hakemlerce değerlendirilmektedir. Dergimizin henüz bir veri tabanında taranmadığı halde bizlere makale ve tercüme ile katkıda bulunan tüm yazarlarımıza teşekkür etmek istiyorum. Bu vesile ile dergimizin Tübitak Ulakbim tarafından değerlendirme sürecinde olduğunu bildirmek istiyorum.

Dergimizin bu sayısına Araştırma Görevlisi Numan Tekelioğlu tarafından hazırlanan “Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği” adlı makale ile başlamaktayız. Hemen ardından Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman Kavasoglu ve Araştırma Görevlisi Ömer Çon tarafından hazırlanan Prof. Dr. iur. Daniel Staehelin’e ait “İsviçre İcra İflas Hukukunda Aciz Hukukuna İlişkin Yeniliklere İlişkin Değerlendirme” ve Dr. iur. Eva Bachofner’e ait “İsviçre Usul Hukukuna Genel Bir Bakış” çevirileri sizlerin istifadesine sunulmuştur.

Gönderdiğimiz makaleleri titizlikle inceleyen, kıymetli fikirlerini bizlerle paylaşan hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün hocalarımıza teşekkürü bir borç biliriz.

Yayın aşamasında çalışmalarımızda bizlere destek olan tüm ekibimize teşekkür ediyor, bu çalışmamızın bilim ve akademik dünyaya sunduğumuz konular üzerinden bir tartışma zemini açması, yeni çalışmalara uç vermesi ve bir nebze de olsa katkı yapmasını temenni ediyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Prof. Dr. Haluk Songur

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörü

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALE

REKLAMIN VE REKLAM SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arş.Gör.Numan TEKELİOĞLU.....1-34

ÇEVİRİLER

“İSVİÇRE İCRA İFLAS HUKUKUNDA ACİZ HUKUKUNDA YAPILAN YENİLİKLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER” Prof.Dr.iur.Daniel STAEHELIN,

Dr.Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU/Arş.Gör.Ömer ÇON....35-48

“İSVİÇRE USUL HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ” Dr.iur.Eva BACHOFNER,

Dr.Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU/Arş.Gör.Ömer ÇON....49-58

CONTENTS

PEER-REVIEWED ARTICLES

LEGAL NATURE OF ADVERTISING AND ADVERTISING CONTRACTS

Res.Assistant Numan TEKELİOĞLU..... 1-34

TRANSLATIONS

“OVERVIEW OF THE NEW RESTRUCTING SYSTEM IN SWISS BANKRUPTCY LAW”

Prof.Dr.iur.Daniel STAEHELIN,

Asst.Prof.Dr.Abdurrahman KAVASOĞLU/ Res.Assistant Ömer ÇON...35-48

“OVERVIEW OF THE SWISS CODE OF CIVIL PROCEDURE” Dr.iur.Eva BACHOFNER,

Asst.Prof.Dr.Abdurrahman KAVASOĞLU/ Res.Assistant Ömer ÇON...49-58

HAKEMLİ MAKALE/ PEER REVIEWED ARTICLE

REKLAMIN VE REKLAM SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ*

Legal Nature of Advertising and Advertising Contracts

Ar. Gör. Numan TEKELİOĞLU**

ÖZET

Bugünün pazarlama dünyasının en önemli enstrümanlarından birisi reklamdır. Ürün veya hizmetlerin tanıtımı, ona bilinirlik kazandırılması reklamların bilinen fonksiyonudur. Görsel, yazılı veya işitsel medyadan, elektronik posta ya da sms gibi çeşitli yollarla ulaştırılan ve çoğu zaman irademiz dışında karşılaştığımız reklamlar, bu masum fonksiyonu dışında hedef kitle için bir ürün veya hizmete ihtiyaç yaratmak; onun eğilimlerini, görüş ve tutumunu değiştirmek gibi tehlikeli etkilere sahiptir. İşte bu sebeple, tüketicilerin hukuka aykırı reklamlara maruz kalmalarının engellenmesi, tüketici hukukunun önemli bir meselesi haline gelmiştir. Ancak bunun için, reklamın ve reklam sözleşmelerinin hukuki niteliğinin irdelenmesi önem arz etmektedir. Bu çalışmada, öncelikle reklamın çeşitli hukuk dallarındaki yeri ele alınmıştır. Daha sonra ise, reklam sözleşmelerinin hukuki niteliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Reklam, Reklam Sözleşmesi, Hukuki Nitelik, Tüketici.*

* Bu makale "Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar" adlı yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

ABSTRACT

One of the most important instruments in today's marketing world is advertising. Introducing the product or services, familiarity with it is the known function of advertisements. To create a need for a product or service for a target audience other than this innocent function, ads that are delivered in a variety of ways, such as visual, written, or audible media, electronic mail or sms, it has dangerous effects such as changing its tendencies, views and attitudes. For this reason, preventing consumers from being exposed to illegal advertisements has become an important issue of consumer law. However, for this, it is important to examine the legal nature of advertising and advertising contracts. In this study, first of all, the place of advertising in various legal branches is taken up. Later on, the legal nature of advertising contracts was emphasized.

Key Words: *Advertisement, Advertisement Contract, Legal Nature, Consumer.*

GİRİŞ

Günümüz toplumlarının giderek bir “tüketim toplumu” haline gelmesiyle birlikte, tüketici kavramı ve buna bağlı olarak tüketicilerin ulaşabilecekleri mal ve hizmet çeşitliliğindeki artış büyük önem kazanmış durumdadır. Tüketiciler artık piyasadaki çeşitliliği oldukça detaylı biçimde araştırmakta, kendileri için en avantajlı mal veya hizmete ulaşmaya çalışmaktadırlar. Tüketicilerin bu denli mal ve hizmet çeşitliliği arayışında olması, hiç şüphesiz ki bütün sektörler açısından yoğun bir rekabet ortamını beraberinde getirmiştir. Bu rekabet ortamı içerisinde bulunan firmalar ve işletmeler de, ürünlerini cazip kılabilmek ve tüketicinin ilgisini çekebilmek amacıyla çeşitli pazarlama tekniklerine başvurmaktadırlar. Söz konusu pazarlama tekniklerinin en etkilisi ise reklamlardır. Çalışmada öncelikle reklamın çeşitli hukuk disiplinlerindeki niteliği üzerinde durulmuş, daha sonra da reklam sözleşmelerinin hukuki niteliği ele alınmıştır.

I. REKLAMIN TANIMI

Reklam esas olarak mal ve hizmetlerin tanıtımını amaçlayan bir iletişim faaliyetidir¹. Reklam sayesinde üreticiler kendi ürünlerini tüketicilere tanıtabilmekte ve tüketicileri bilgilendirerek doğru tercih yapmalarına yardımcı olmaktadır². Böylelikle reklam, serbest piyasa ekonomilerinde üretici ile tüketici arasında bağlantı kurarak adeta bir köprü vazifesi görmektedir³. Mevzuatımızda farklı metinlerde değişik reklam tanımlarına yer verildiği görülmektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 61/1’de ticari reklamın tanımı için ; “Ticari

¹ TEKELİOĞLU, Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s.10; İNAL, Emrehan/BAYSAL, Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2008, s.8; YAŞAR, Ali, Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği, On İki Levha Yayınları,1. Baskı, İstanbul 2011, s.5.

² PINAR, Hamdi, Reklam Hukukunun Esasları, Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, s. 515.

³ KAYA, Arslan, Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s.459.

reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır” ifadesine yer verilmiştir. Aynı tanım, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan⁴ “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği”⁵ m. 4’te ve “Reklam Kurulu Yönetmeliği”⁶ m.3’te de yer almaktadır. Bu açıdan 6502 sayılı TKHK, Ticari Reklam Yönetmeliği ve Reklam Kurulu Yönetmeliği arasında ticari reklam tanımı yönünden yeknesaklık sağlandığı söylenebilir.

Reklama dair bir diğer tanım, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (RATEK)’un 3. Maddesinin (ş) bendinde yer almaktadır: Buna göre; “Radyo ve televizyon reklamı: Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek veya tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını ifade eder”. Söz konusu bu tanıma Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Tarafından çıkarılan Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4. Maddesinin (u) bendinde de değiştirilmeksizin yer verilmiştir. 2954 sayılı TRT Kanunu m.26 gereği çıkartılan TRT Reklam Yönetmeliğinde ise reklam: “Bir ürünün, hizmetin, faaliyetin, kurumsal kimliğin sesli, görüntülü veya yazılı olarak tanıtımı” (m.3-f) şeklinde tanımlanmıştır.

195 Sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun’un “Hususi İlan ve Reklamlar” başlıklı ikinci kısmında “Satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini amacıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar, reklam sayılır (m.40/2)” denmektedir. Söz konusu bu tanım, madde metninden anlaşılacağı

⁴ RG: 10.01.2015/29232.

⁵ Bundan sonra kısaca “Ticari Reklam Yönetmeliği” olarak ifade edilecektir.

⁶ RG: 03.07.2014/29049.

üzere yazılı basında yer alan reklamlar için düzenlenmekle birlikte, iletişim teknolojileri alanındaki gelişmeler göz önüne alındığında günümüz açısından oldukça yetersiz bir tanımdır⁷.

Reklama dair mevzuatta farklı düzenlemeler mevcut olmakla birlikte reklamın hukuki niteliğine dair bir düzenleme yoktur. Reklamın hukuki niteliğinin belirlenmesi, reklama dair ortaya çıkacak sorunlarda TKHK ve RATEK dışında başkaca hükümlere başvurulabilmesi açısından önem taşımaktadır⁸.

II. REKLAMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Reklam; tüketici hukuku, borçlar hukuku, rekabet hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi farklı hukuk dallarının ilgi alanlarına girmektedir. Bu itibarla, reklamın hukuki niteliğini belirlerken söz konusu hukuk dallarına göre bir ayrıma gidilmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır.

B. Borçlar Hukuku Açısından Reklam

1. Reklamın “ Öneri ” Olarak Değerlendirilmesi

Reklam esasen bir mal veya hizmetin tüketicilere tanıtılması ve bu suretle satışının sağlanması amacıyla taşınmaktadır⁹. Dolayısıyla reklam, tanıtılan mal veya hizmete ihtiyaç duyan tüketici ile o mal veya hizmetin reklamını yapan kişi arasında bir sözleşme kurulmasını sağlar. Bu çerçevede reklamın hukuki niteliği itibariyle bir öneri olduğu hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁷ İÇÖZ, Derya, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

⁸ ERTEN, Nusrettin, Türk Hukukunda Reklam ve Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998, s.43.

⁹ GÖLE, Celal, Türk Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s.43; OKAN, Neval, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2011, s.40.

Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları suretiyle kurulur(TBK m.1/1)¹⁰. Dolayısıyla bir sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun iki irade açıklamasının bulunması gerekmektedir. İşte bu iki irade açıklamasından zaman itibarıyla önce yapılabilecek olan “öneri” denmektedir¹¹. Ancak bir irade beyanının öneri olarak kabul edilebilmesi için, kurulmak istenen sözleşmeye ilişkin bütün esaslı noktaları içeriyor olması gerekir¹². Başka bir deyişle, karşı tarafın “kabul” beyanıyla birlikte sözleşmenin kurulabilmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca önerinin bir sözleşme ile bağlanma iradesini taşıması gerekir. TBK’na göre “Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz”(m.8/1).

Bu açıklamalardan hareketle, eğer bir reklamda sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli tüm esaslı noktalar mevcutsa ve karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşme kurulabilecektse, söz konusu bu reklamın öneri olarak kabulü mümkündür¹³. Örneğin televizyonlarda rastlanan “hemen arayın beş kavanoz petek balı sadece 100 TL’ye adresinize teslim edelim” şeklindeki doğrudan satış reklamları öneri niteliğindedir. Bunun dışında, giderek yaygınlaşan bir satış yöntemi olan internet üzerinden satışlarda, ürünlerin fiyatları da dâhil bütün özellikleri web sitelerinde belirtilmekte ve tüketiciler “satın al” butonuna basıp birkaç basit işlemi gerçekleştirdikten sonra

¹⁰ YILDIRIM, Abdulkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2016, s.62; NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s.28

¹¹ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 12.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.51; YILDIRIM, s.62.

¹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.180; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.30.

¹³ ÖZKAN, Özgül, “Tüketici Hukuku Bakımından Ticari Reklamlar ve Tabii Olduğu Hükümler”, Ankara Barosu Dergisi, C.54, S.4, Y.1997, s. 7.

ürünü satın alabilmektedirler. Dolayısıyla internet üzerinden yapılan bu tarz reklamların da öneri olarak kabulü kanaatimizce mümkündür¹⁴.

Önerinin belirli bir kişiye yöneltilmiş olması şart değildir. Genele yönelik öneri yapılması da mümkündür¹⁵. Zira TBK’da , “Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır”(m.8/2) denmektedir. Dolayısıyla reklamın çoğunlukla kitlelere hitap etme özelliği, önerinin genele yönelik olabilme özelliği ile örtüşmektedir.

2. Reklamın “Öneriye Davet” Olarak Değerlendirilmesi

Sözleşme kurmaya ilişkin beyan, sözleşmenin esaslı unsurlarını içermiyorsa veya içerse bile bu sözleşme ile bağlanma iradesi olmadan yapılmışsa, bu durumda söz konusu beyan öneri değil, öneriye davet niteliğindedir¹⁶. Öneriye davet, muhatabın öneride bulunmasını sağlamak amacıyla yapılan fakat bağlayıcı olmayan bir sözleşme yapma çağrısıdır.

Reklam açısından bakıldığında, sözleşmenin kurulması için gereken esaslı unsurlar mevcut değilse veya mevcut olmakla birlikte bağlanma iradesi yoksa söz konusu reklamın öneriye davet olduğunu söylemek mümkündür. Öğretide bazı yazarlar, reklamın esasen öneriye davet niteliğinde olduğunu kabul etmektedirler¹⁷. ASLAN’a göre genellikle reklamlarda aşırı abartmalara yer verilmesi, reklamı yapanın genellikle satıcı değil, üretici veya genel dağıtıcı olması, yani sözleşmenin doğrudan

¹⁴ Aynı Yönde; RÜZGAR, Eser, Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2013, s.7.

¹⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.51.

¹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.182.

¹⁷ ASLAN, İ.Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın, 5.Baskı, Bursa, 2014, s.125; BAYKAN, Renan, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, 2.Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 2005, s.166; BOZBEL, Savaş, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2006, s.33; GÖLE, s.45.

doğruya tarafını teşkil edecek kişi olmaması sebebiyle reklam öneriden çok öneriye davet niteliğindedir¹⁸. BOZBEL, reklamda sözleşme için lüzumlu olan esaslardan biri veya birkaçının çoğunlukla bulunmadığını, reklam yapan üretici ya da satıcının müşterilerini genelde bir icapta bulunmaya veya görüşmeye çağırdığını ifade etmektedir¹⁹. GÖLE ise, genel olarak reklamda sözleşmenin akdedilebilmesi için gerekli tüm unsurların bulunmasının zor olduğunu, ayrıca reklamın hukuki niteliğinin icaba davet olarak nitelendirilmesinin, tarife, fiyat listesi ve bunlara benzer hususların muhtemel alıcılara gönderilmesini icaba davet kabul eden kanun koyucunun sistemine uygun düşeceğini ileri sürmektedir²⁰. Bu hususta daha farklı bir görüş ileri süren ADAK ise, reklamın esas olarak icap ya da icaba davet olarak kabul edilemeyeceğini, zira reklamın zaman yönünden icap ve icaba davetten önce yapıldığını belirtmektedir²¹.

Uygulamada reklamların büyük bir kısmı, bir sözleşme yapmak için gereken esaslardan taşımamaktadır. Reklamlar genellikle hedef kitlenin dikkatini çekerek onların bir öneride bulunmasını sağlamaya yönelik tanıtımlardır. Bu açıdan bakıldığında reklamların çoğunluğunun öneriye davet niteliğinde olduğunu düşünmek yanlış olmaz. Ancak kanaatimizce, reklamın hukuki niteliğini öneri ya da öneriye davet olarak kesin bir biçimde belirtmek mümkün değildir. Her reklam, içerdiği beyanın niteliğine ve taşıdığı iradenin özelliğine göre değerlendirilmelidir.

¹⁸ ASLAN, s.125

¹⁹ BOZBEL, s.33

²⁰ GÖLE, s.45. 818 sayılı Borçlar Kanununda "Tarife ve cari fiyat irsali icap teşkil etmez"(m.7/2) hükmü mevcuttu. Ancak 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda bunun tam tersi olarak tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılacağı düzenlenmiştir(m.8/2).

²¹ ADAK, **Ağah**, "Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet", Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, s.362.

3. Reklamın “İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme” veya “Piyango” Olarak Değerlendirilmesi

818 sayılı BK'da “ilan yoluyla vaat” olarak ifade dilen kurum, 6098 sayılı TBK'da “ilan yoluyla ödül sözü verme” olarak ifade edilmektedir. Buna göre, bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül vereceğini ilan yoluyla duyuran kimse, sözünü yerine getirmekle yükümlüdür (TBK m.9/1). Öğretide bir görüş, ilan yoluyla ödül sözü vermenin esasen genele yapılmış bir öneri olduğunu savunmaktadır²². Buna karşın ağırlıklı olarak savunulan görüş, ilan yoluyla ödül sözü vermenin tek taraflı bir hukuki işlem olduğu yönündedir²³.

Reklam açısından bakıldığında, ilan yoluyla ödül sözü vermenin tek taraflı bir hukuki işlem olarak kabulü halinde reklamın ilan yoluyla ödül sözü verme şeklinde olması mümkündür. Öğretide de reklamın ilan yoluyla vaat şeklinde olabileceği ifade edilmiştir²⁴. Ancak kanaatimizce reklam hukuki niteliği itibariyle ilan yoluyla ödül sözü verme olarak nitelendirilemez. Zira ilan yoluyla ödül sözü verme, esasen bir tür öneridir. Belirli bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında bir ödül vaadinde bulunan kimse genele yönelik bir öneride bulunur. Ödül sözü veren tarafından istenen sonucu gerçekleştiren kişi ise kabul beyanında bulunmuş olur ve böylelikle ödül sözü veren açısından söz verdiği ödülü diğer tarafa verme yükümlülüğü doğar. Dolayısıyla reklamın içeriğinde ödül sözü verilmiş olması durumunda, hukuki nitelik açısından bir tür öneri olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Söz gelimi öğretide verilen bir örnekte, “*yeni üretilen bir diş macununa en uygun ve orijinal markayı bulana on bin TL ödül verilecektir*”²⁵ şeklindeki

²² OĞUZMAN/ÖZ, s.210.

²³ TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul, 1993, s.468; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.259.

²⁴ ERTEN, s. 46; GÖLE, s.45; YAŞAR, s.32.

²⁵ DİŞBUDAK, Aylin, Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, s.19; ERTEN, s.46; GÖLE, s.45.

bir reklamın ilan yoluyla vaat niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Hâlbuki bu örnekte reklam ilan yoluyla vaat niteliğinde değildir. Diş macunu üreticisinin vaadinin reklamı yapılmaktadır. Üretici reklam aracılığıyla genele yönelik bir öneri yapmakta ve ilgilenenlerin istenen sonucu gerçekleştirdikleri takdirde on bin TL ödül kazanacaklarını belirtmektedir.

Öte yandan reklamın TBK m.606'da düzenlenen piyango şeklinde de olabileceği ifade edilmektedir²⁶. Bilindiği üzere, adet ve miktarı önceden belirlenmiş ve kanunen yetkili makamların izni çerçevesinde yapılan şans ve talih oyunları "piyango" olarak adlandırılmaktadır²⁷. Düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmemiş olan piyangolardan doğan alacaklar hakkında dava açılması ve takip yapılması mümkün değildir(TBK m.606/1)²⁸.

Kanaatimizce reklam, piyango olarak da nitelendirilemez. Zira piyango, sonucu talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerden biridir²⁹. Reklam yoluyla bir piyango tanıtımının yapılması mümkündür. Ancak bu durum, böyle bir reklamın hukuken piyango olarak nitelendirilmesini sağlamaz. Söz gelimi öğretilerde verilen bir örnekte, *"her okuyucuya bir kura numarası verilerek ve noter huzurunda yapılacak çekilişle kazanan numara sahibine "Murat" marka bir otomobil verilecektir"* şeklindeki bir reklamın piyango niteliğinde olduğu ifade edilmektedir³⁰. Ancak kanaatimizce böyle bir reklamda, reklamın kendisi bir piyango niteliğinde değildir. Zaten var olan bir piyango tanıtımının ilanı niteliğindedir.

²⁶ DİŞBUDAK, s.19; ERTEN, s.46; GÖLE, s.45.

²⁷ BAYKAL, Murat, "Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Bakımından Gazete Promosyonları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.2, S.2, 1996, s.172.

²⁸ TÜZÜNER, Özlem, "Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Feranda Düşünceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.1, S.4, 2013, s.247.

²⁹ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, 10.Bası, İstanbul, 2014, s.1490.

³⁰ GÖLE, s.45.

4. Reklam ve “Culpa in Contrahendo” İlişkisi

Reklam ile “culpa in contrahendo” kavramı arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Culpa in contrahendo, “sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurdan doğan sorumluluk” anlamına gelen Latince bir hukuki terimdir³¹. Culpa in Contrahendo, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasında dürüstlük kuralı çerçevesinde bir güven ilişkisi oluştuğu ve bu güven ilişkisine aykırı davranan tarafın bundan sorumlu olması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır³². Zira sözleşme birden bire ortaya çıkmayıp, belirli bir süreç içerisinde tamamlanan bir hukuki işlemdir³³. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada tarafların birbirlerine karşı özen gösterme yükümlülükleri doğmaktadır³⁴. İşte bu yükümlülüğü ihlal eden tarafın, bundan doğan zararları tazmin etmesi gerekmektedir³⁵.

Culpa in Contrahendo sorumluluğu, Kanunda açıkça düzenlenmiş bir sorumluluk türü değildir³⁶. Ancak yine de hem TBK’da hem de TKHK’da yer alan bazı hükümler açısından, culpa in contrahendo’nun etkisinin olduğu söylenebilir. Örneğin 6502 sayılı TKHK’da, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları “haksız şart” olarak tanımlanmış(m.5/1) ve bu şekilde sözleşmeye dâhil edilen haksız şartların kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir(m.6/1). İşte söz konusu bu

³¹ BAYGIN, Cem, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 2000, s.346. Culpa in Contrahendo kavramına dair çeşitli tanımlar için bkz. GEZDER, Ümit, Türk-İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta, 1.Baskı, 2009, s.12 vd.

³² BULUT, Uğur, “Sözleşme Görüşmelerinden doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Ankara Barosu Dergisi, C.2, S.2, 2012, s.328.

³³ YALMAN, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.37.

³⁴ YALMAN, s.37.

³⁵ GEZDER, s.13; YALMAN, s.37.

³⁶ DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Yetkin Yayınları,1.Bası, Ankara, 2009, s.53; GEZDER, s.20; YALMAN, s.133.

hükümlerde, sözleşme görüşmeleri sırasında müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen şartların kesin hükümsüz olarak kabul edilmesi, kanaatimizce culpa in contrahendo sorumluluğunun etkisine bir işarettir. Zira tüketiciyle yapılan sözleşme görüşmeleri sırasında bazı sözleşme şartlarının hiç müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilmesi ve bu şekilde tüketicinin aleyhine bir durum oluşturulması özen gösterme yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmektedir.

Reklam, sözleşmenin kuruluşundan önceki bir aşamada gerçekleştiğinden, reklamın yapılması ile kişiler arasında sözleşme öncesi müzakere aşaması başlar³⁷. Dolayısıyla reklamın yapılmasıyla birlikte culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tarafların birbirlerine dürüst davranma yükümlülükleri de doğmuş olur. Taraflar sözleşmenin yapılması ve şartlarının belirlenmesi hususunda birbirlerini aldatmamak, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli bilgileri karşı tarafa vermek ve karşı tarafın kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme konusunda özen göstermek durumundadırlar. Reklamlar açısından bu durum 6502 sayılı TKHK'da yer alan "Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamaz"(m.61/3) hükmünde anlamını bulmaktadır. Dolayısıyla reklam aracılığı ile tüketicilerle ilişki kurulurken, dürüstlük kuralı ve Culpa in Contrahendo sorumluluğu göz önüne alınarak, tüketicinin aldatılmasını, yanıltılmasını veya zarar görmesini önleyici tedbirlerin alınması gerekmektedir.

5. Reklamın "Haksız Fiil" Teşkil Etmesi

Hukukumuzda borcun kaynaklarından biri "haksız fiil"dir³⁸. Zira bir kişinin başka bir kişiye kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille zarar vermesi durumunda, bu kişiler arasında haksız fiile dayanan bir borç ilişkisi doğmuş olur. Reklamın da

³⁷ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.3, 2004, s.69.

³⁸ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 12.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.1.

niteliği itibariyle haksız fiil teşkil etmesi mümkündür³⁹. Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı, istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü nitelikte reklamlar dolayısıyla tüketicinin bir zarara uğraması durumunda reklam haksız fiil teşkil eder ve bu çerçevede TBK m.49 vd. hükümlerinin uygulanması gündeme gelir. Bu durumda failin kim olduğunun belirlenmesi ise olayın özelliğine göre yapılacaktır. Duruma göre, haksız fiil teşkil eden reklamın yapılmasında kusuru bulunan reklam veren, reklam verenin müstahdemi, reklam ajansı veya bir üçüncü kişinin fail olarak nitelendirilmesi mümkündür⁴⁰.

Öte yandan reklamın rakipler açısından “haksız rekabet” teşkil etmesi mümkündür. Zira 6098 sayılı TBK’da, gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişinin, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebileceği hükmü getirilmiştir(m.57/1)⁴¹. Dolayısıyla gerçek olmayan veya dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bir reklam sebebiyle zarara uğrayan kişi, bu hüküm çerçevesinde haksız rekabet teşkil eden davranışa son verilmesini(söz gelimi reklamın kaldırılmasını) ve kusur varsa zararının giderilmesini talep edebilecektir.

Ancak burada ticari işler açısından bir ayrıma gitmek gerekmektedir. Zira TBK m.57/2’de, “Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır” ifadesi yer almaktadır. Bu sebeple, reklamın haksız rekabet teşkil etmesi halinde, eğer bir ticari iş söz konusu ise TBK m.57 değil, 6102 sayılı TTK m.54 vd. hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

³⁹ İMRAK, İsmet, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009, s.22.

⁴⁰ YAŞAR, s.40.

⁴¹ AKARTEPE, Alpaslan, “Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S.1-2, 2012, s.178.

C. Ticaret Hukuku Açısından Reklam

1. Genel Olarak

Rekabet, günümüz ticari hayatının vazgeçilmez unsurlarından biridir. Liberal ekonomik sistemi kabul eden ülkelere bakıldığında, ticari hayatın serbest rekabet ortamına dayandırılması hususunun anayasal bir ilke olarak kabul edildiği görülmektedir⁴². Söz konusu bu durum ülkemiz açısından da geçerlidir. Rekabet anayasal bir ilke olmanın da ötesinde, aynı zamanda bir hak⁴³. Rekabet etme hakkının sınırlarının aşılması ve amacının dışına çıkması durumunda ise “haksız rekabet” kavramı işlerlik kazanacaktır⁴⁴.

Haksız rekabet, kişilerin rekabet etme hakkını dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanmasını sağlamak amacını taşımaktadır. Söz konusu bu durum, 6102 sayılı TTK’da yer alan “Haksız rekabete ilişkin bu kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır”(m.54/1) hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Bu hükümden çıkan bir diğer sonuç ise, haksız rekabete ilişkin kuralların, amaç itibarıyla yalnızca rakipleri değil, “bütün katılanlar” demek suretiyle tüketicilerin ve kamunun menfaatlerini de kapsadığıdır⁴⁵. Dolayısıyla TTK’da yer alan haksız rekabete dair

⁴² TEOMAN, Ömer, “Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2009, s.57.

⁴³ BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Dora Yayınları, 5.Baskı, Bursa, 2014, s.229; YAŞAR, a.g.e, s.40.

⁴⁴ KENAROĞLU, Soner, Haksız Rekabet Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.76.

⁴⁵ ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 24. Baskı, Ankara, 2017, s.307; SOYDEMİR, Güzide, İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Şubat 2015, s.32; TOPÇUOĞLU, Metin/ÖZKUL, Burcu, “Rekabet Hukuku Özellikle Haksız Rekabet Açısından Helal Gıda Sertifikası”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4,S.1,2014, s.7.

kuralların yalnızca rakipler arasındaki ilişkilere özgülenmeyip, tüketici odaklı bir haksız rekabet düzenlemesi yapıldığını belirtmek mümkündür⁴⁶.

Reklamlar açısından bakıldığında ise, rekabet etme hakkının kullanımında reklamların büyük rolü vardır. Zira reklamlar, günümüz teknolojisinin de yardımıyla, geniş kitleleri etki alanına alma ve onları yönlendirme özelliğine sahiptir. Dolayısıyla reklam, rakiplerine karşı üstünlük sağlamak isteyen firmalar açısından rekabetin önemli bir parçası haline gelmiştir. Bu çerçevede düşünüldüğünde, reklam yoluyla haksız rekabetin uygulamada sıklıkla ve yaygın olarak karşılaşılan bir durum olduğu ortadadır. Özellikle de tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı, istismar edici nitelikteki reklamlar ile karşılaştırmalı reklamların çoğunlukla haksız rekabete konu olan reklamlar olduğu söylenebilir.

2. Reklam İle Haksız Rekabete Sebep Olunması

6762 sayılı TTK'da doğrudan reklam yoluyla haksız rekabeti düzenleyen bir hüküm mevcut değildi⁴⁷. Kanunun 56. maddesinde aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırın sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalinin haksız rekabet olduğu belirtildikten sonra, 57. maddede hüsnüniyet kaidelerine aykırın hareketler örnek olarak sayılmıştı. Ancak yine de, 6762 sayılı TTK m.57'de düzenlenen haksız rekabet hallerinin reklamlar yoluyla da gerçekleştirilebileceği öğretide kabul edilmekteydi⁴⁸.

6102 sayılı TTK'da ise, reklam yoluyla haksız rekabet yapılması açıkça düzenlenmiştir. Bu çerçevede m.55/1'de, haksız rekabet halleri mülga Kanunda

⁴⁶ YÜRÜK, Ayşe Tülin, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı, C.13, Eylül 2013, s. 49.

⁴⁷ TEOMAN, s.59.

⁴⁸ TEOMAN, s.60.

olduğu gibi örnekleme yoluyla belirtilmiş, ancak daha da genişletilmiştir⁴⁹. İlk olarak da “Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar”ın haksız rekabet teşkil ettiği ifade edilmiştir(m.55/1-a). Esasen TTK m.55/1-a’da “Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar” başlığı altında düzenlenen haksız rekabet hallerinin çoğunluğunun reklamlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi kanaatimizce mümkündür.

Örneğin, maddede geçen “Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek(m.55/1/a-1)” şeklindeki haksız rekabet hali reklam yoluyla gerçekleştirilebilir. Yine bir sonraki bentte yer alan “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak (m.55/1/a-2)” şeklinde ifade edilen haksız rekabet hali ise aldatıcı reklamları akla getirmektedir⁵⁰.

Ayrıca, “ Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek(m.55/1/a-5)” şeklindeki haksız rekabet hali, doğrudan karşılaştırmalı reklamı işaret etmektedir⁵¹. Karşılaştırmalı reklam, kural olarak hukuka aykırı değildir. Ancak karşılaştırmalı reklamın gerçeğe aykırı, yanıltıcı veya rakibi gereksiz yere kötüleyici nitelikte olması halinde haksız rekabet oluşturacağı hüküm altına alınmıştır.

⁴⁹ AYHAN, Rıza, “Ticari İş-Ticari İşletme- Tacir- Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.3-4, 2012, S.48; TOPÇUOĞLU/ÖZKUL, s.10.

⁵⁰ YILMAZ, Mehmet, “Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması İle Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.4, 2006, s.1503.

⁵¹ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.234; PINAR, Hamdi, “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012, s.148.

Maddede yer alan bir diğer bentte “seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltılmak(m.55/1-a-6)” da bir haksız rekabet hali olarak hüküm altına alınmıştır. Hükümde yer alan “seçilmiş bazı mallar” ifadesi, İsviçre öğretisinde “göstermelik(mostra) mal” olarak ifade edilen kavramın karşılığıdır⁵². Bu tür haksız rekabette, göstermelik olarak seçilen bir kısım mallar, tedarik fiyatının altında satışa sunulularak tüketici tabiri caizse “avlanmakta” ve bu yolla başka malların daha yüksek fiyata satılması sağlanmaktadır.

Öte yandan, TTK m.55/1-a’da “Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar” başlığı altında düzenlenen (10) ve (11) numaralı alt bentlerde geçen “kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek” şeklindeki haksız rekabet halinde yer alan “ilan” ifadesi kanaatimizce reklamları da kapsamaktadır. Dolayısıyla söz konusu bentlerde geçen fiillerin reklamlar yoluyla gerçekleştirilmesi halinde de haksız rekabet oluşacağı kabul edilmelidir⁵³.

D. Fikri Mülkiyet Hukuku Açısından Reklam

1. Genel Olarak

Reklamın ilgili olduğu birçok hukuk dalı vardır. Bunlardan biri de hiç şüphesiz fikri mülkiyet hukukudur. Zira günümüzde reklamların büyük çoğunluğu fikri bir çabanın sonucunda ortaya çıkmaktadır. Farklı mecralarda yayınlanan reklamların pek çoğu bazen bir müzik eseri, bazen bir film, bazen bir grafik veya bunların hepsini içinde barındıran çok unsurlu karmaşık bir yapıda karşımıza

⁵² Bkz. 6102 sayılı kanun m.55/1/a-6 gerekçesi.

⁵³ Aynı yönde TAMER, Ahmet, Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2011, s.119.

çıkılmaktadır⁵⁴. Söz konusu bu durum, reklamın fikri hukuk açısından “eser” olarak kabul edilerek, bu çerçevede 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) hükümleri kapsamında korunup korunamayacağı sorununun gündeme getirmektedir.

Öte yandan, günümüzde reklamların büyük çoğunluğu bu alanda uzmanlaşmış reklam ajansları tarafından yapılmaktadır. Bir reklamın yapılması sürecinde yönetmen, müzisyen, grafiker, oyuncu, fotoğrafçı gibi pek çok kişi yer almaktadır. Hal böyle olunca, reklamın “eser” olarak nitelendirilmesi halinde, eser sahibinin kim olduğu sorunu da gündeme gelmektedir⁵⁵.

2. Reklamın “Eser” Niteliği

FSEK’e göre eser, “Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlanmıştır (m.1/B). Bir fikir ve sanat eserinin FSEK kapsamında “eser” olarak kabul edilip korunabilmesi için bazı şartları taşıyor olması gerekmektedir⁵⁶.

Bu şartlar şunlardır:

- 1-) Eser, her şeyden önce fikri bir çabanın ürünü olmalıdır.
- 2-) Eser, sahibinin hususiyetini(özelliğini) taşımalıdır⁵⁷.
- 3-) Eser, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olmalıdır⁵⁸.
- 4-) Eser, FSEK’de düzenlenen eser türlerinden birine girmelidir⁵⁹.

⁵⁴ KAYA, Arslan, “Reklamın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2009, s.182.

⁵⁵ KAYA, s.183.

⁵⁶ MUŞLU, Deniz, “Fikir ve Sanat Eserleri Düzenlemelerinde Eser Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.1, 2007, s.100.

⁵⁷ KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara, 2015, s.39; TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5.Baskı, İstanbul, 2012, s.103.

⁵⁸ TEKİNALP, s.103. Bunun anlamı, fikir ve sanat eserinin doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir biçimde başkaları tarafından algılanabilir olmasıdır. Bkz. KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, s.43.

⁵⁹ TEKİNALP, s.103.

Reklamların söz konusu bu unsurları içermesi halinde FSEK m.1 çerçevesinde “eser” olarak kabul edilmesi mümkündür⁶⁰. Ancak reklamı eser olarak nitelendirirken, FSEK’de düzenlenen “ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri” türlerinden birine dâhil etmek gerekmektedir. Zira Kanundaki ana eser türleri örnek kabilinden değil sınırlı olarak sayılmıştır⁶¹. Ancak bu durum, karmaşık bir yapıya sahip olan reklamın hangi türe dâhil edileceği noktasında soru işaretleri oluşturmaktadır. Reklamın farklı kategorilere ait birden fazla eserin bir araya gelmesiyle oluşması mümkündür. Söz gelimi bir reklamda hem musiki eseri olarak kabul edilecek bir beste, hem de sinema eseri olarak kabul edilecek bir film veya edebiyat eseri olarak kabul edilecek bir şiir bulunabilir. Bu sebeple, kanaatimizce reklamın başlı başına ayrı bir kategori olarak Kanunda yer alması ve düzenlenmesi gerekmektedir⁶².

Meseleye eser sahipliği yönünden bakılacak olursa, FSEK m.9/1’de, birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her birinin vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılacağı hükmü yer almaktadır. Öğretide bu durum “müşterek eser sahipliği” olarak ifade edilmektedir⁶³. Bu durumda reklam birden fazla eserin birleşmesiyle oluşmuşsa ve bunların birbirinden ayrılması mümkünse, her bir eseri oluşturan kişi o eserin sahibi olarak kabul edilecektir.

Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi durumunda ise “iştirak halinde eser sahipliği” söz konusudur⁶⁴. Bu durumda eser sahiplerinin eserin hangi kısmı üzerinde hak sahibi oldukları belli

⁶⁰ TEKİNALP, s.112.

⁶¹ TURAN, Selcen, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2012, s.31.

⁶² Aynı yönde KAYA, s.187.

⁶³ ATEŞ, Mustafa, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.189; ATASOY, Evrim, “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbirleri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları”, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, C.2, S.2, 2013, s.30.

⁶⁴ ATEŞ, s.189; ATASOY, s.30.

değildir. Reklamın da iştirak halinde eser sahipliği şeklinde oluşturulması mümkündür. Ancak bu durumda eser sahipliğine bağlı hakların kullanılması, müşterek eser sahipliğinden farklı olacaktır. Zira FSEK m.10/4 hükmüne göre “birden fazla kimsenin iştiraki ile vücuda getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa bir sözleşmede veya hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasada aksi öngörülmediği takdirde birlikte eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır”. Bu hüküm gereğince reklam açısından, iştirak halinde eser sahipliğinde reklam ajanslarının eser üzerindeki hakları kullanmaya yetkili olduğu söylenebilir.

III. REKLAM SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Ürettiği/pazarladığı mal veya hizmetin ya da bir ticari düşüncenin reklam aracılığıyla tanıtımını yapmak isteyen kişiler, ya reklamı kendileri hazırlayacak ya da bir reklam ajansına hazırlatacaklardır. Günümüzde reklamları hazırlama işi çoğunlukla profesyonel reklam ajansları tarafından yapılmaktadır. Reklam ajansı tarafından reklamın hazırlanabilmesi için de elbette reklam veren ile reklam ajansı arasında bir sözleşme yapılması gerekmektedir. Reklamın hazırlanması işinin tamamlanmasından sonra da hazırlanan reklamın bir mecra kuruluşunda yayınlanması için ayrı bir sözleşmeye daha ihtiyaç vardır.

B. Reklamın Hazırlanması İçin Yapılan Sözleşme

Reklamın hazırlanması için yapılan sözleşme, reklam ajansının bir ücret karşılığında reklam veren tarafından talep edilen reklam ürününü hazırlamayı taahhüt ettiği sözleşmedir. Reklam ajansının asli edimi bir mal, hizmet veya ticari düşüncenin tanıtımını sağlayacak reklam ürününü oluşturmaktır⁶⁵. Söz konusu bu reklam ürünü bir film, broşür, afiş, müzik eseri, grafik, fotoğraf vb. olabileceği gibi

⁶⁵ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, “Reklam Yapımına ve Yayımına İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2009, s.110.

birçok materyalin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş bir ürün de olabilir. Reklam ajansının reklam verene yalnızca bir reklam ürünü değil, daha geniş kapsamlı olarak bir “reklam kampanyası” hazırlaması da kararlaştırılabilir⁶⁶.

Öğretide bazı yazarlar reklamın hazırlanmasına ilişkin reklam veren ile reklam ajansı arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği itibariyle bir eser (istisna) sözleşmesi olduğunu belirtmektedir⁶⁷. TBK m.470'e göre “eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Sözleşmenin temel unsurunu oluşturan “eser” kavramı ise öğretilerde tartışmalıdır⁶⁸. Bir görüş, yalnızca maddi varlıkların eser olarak kabul ederken diğer görüş hem maddi hem de manevi varlıkların eser kavramına dâhil olduğunu ileri sürmektedir⁶⁹. Birinci görüşün savunulması halinde, reklamın eser olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira reklam, maddi bir varlık, bir cisim şeklinde ortaya çıkmamaktadır. Bu durumda, maddi eser görüşü çerçevesinde reklam gibi emek ürünü içeren sözleşmelerin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği ifade edilmektedir⁷⁰.

Öğretide çoğunlukla kabul gören ikinci görüş çerçevesinde düşünüldüğünde ise, reklamın eser olarak kabul edilmesi mümkün olacaktır. Zira maddi ve manevi eser görüşüne göre, insan emeğinin ürünü olarak ortaya çıkan, bir bütünlük arz eden ve ekonomik değeri bulunan her türlü hukuki varlık, maddi nitelikte olmasa bile eser

⁶⁶ ERTEN, s.31.

⁶⁷ ERTEN, s.34; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.988; İÇÖZ, s.37; ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.455.

⁶⁸ AKKURT, Sinan Sami, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, 2010, s.34; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.584.

⁶⁹ EREN, s.584.

⁷⁰ EREN, s.584; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.6.

sayılır⁷¹. Reklam da insan emeğinin ürünü olarak ortaya çıkmaktadır, ekonomik anlamda değeri vardır ve hedef kitleyi etkileme amacıyla olduğundan, bir bütünlük arz ettiği de muhakkaktır. Eser kavramı açısından temel nokta, yüklenicinin bir sonuç ortaya koymayı taahhüt etmesidir. Söz konusu bu sonuç bir inşaatın yapılması örneğindeki gibi maddi veya bir sanatçının beste yapması örneğindeki gibi manevi nitelikte olabilir.

Yargıtay kararlarında, maddi nitelikte olmayan edimlerin de eser sözleşmesi çerçevesinde değerlendirildiği görülmektedir⁷². Söz gelimi düğünde fotoğraf ve video çekilmesi⁷³; mimari, elektrik, kalorifer ve tadilat projelerinin çizilmesi⁷⁴; oyunculuk faaliyeti için sözleşme yapılması⁷⁵; mağazanın açılış organizasyonunun üstlenilmesi⁷⁶ gibi maddi nitelikte olmayan faaliyetlerin eser sözleşmesinin konusunu oluşturacağı ifade edilmektedir. Yakın tarihli bir kararda ise Yargıtay, yerel bir gazete ile bir şirket arasında reklam ve teşekkür yazılarının yazılması ve yayınlanması için yapılan sözleşmeyi bir eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir⁷⁷.

Öğretide farklı bir görüş, reklam yapımına ilişkin sözleşmenin yapısı gereği eser veya vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, bu sebeple söz konusu bu sözleşmelerin “isimsiz sözleşme” olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁸. Bu görüşe göre, reklamın hazırlanmasına ilişkin sözleşme, eser veya vekâlet sözleşmelerinden farklı özellikler içermektedir⁷⁹. Örneğin, reklamın fikri hukuk anlamında eser özelliği olduğundan, reklam üzerindeki tasarruf yetkisi münhasıran reklam verene ait değildir⁸⁰. Hatta evvelce değinildiği üzere, iştirak

⁷¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.456.

⁷² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.456.

⁷³ Yargıtay 3. HD, 2014/5462 E, 2014/12813 K. (Sinerji Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁴ Yargıtay 15. HD, 2011/3837 E, 2012/3597 K. (Sinerji Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/15-214 E, 2010/236 K. (Sinerji Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁶ Yargıtay 15. HD, 2010/6208 E, 2012/296 K. (Sinerji Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁷ Yargıtay 15. HD, 2013/4321 E, 2013/5102 K. (Sinerji Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası)

⁷⁸ OKTAY-ÖZDEMİR, s.118.

⁷⁹ OKTAY-ÖZDEMİR, s.113.

⁸⁰ OKTAY-ÖZDEMİR, s.113.

halinde eser sahipliğinin bulunduğu durumlarda, FSEK m.10/4 hükmü doğrultusunda reklam ajansları eser üzerindeki hakları kullanmaya yetkilidir. Ancak eser sözleşmesinde, yüklenicinin tamamlanan eseri iş sahibine teslim etmesiyle birlikte eser üzerindeki tasarruf yetkisi iş sahibine, yani reklam örneğinde reklam verene ait olur. Söz konusu bu durum ise, reklamın yapısına uygun değildir.

Benzer bir durum vekâlet sözleşmesi açısından da söylenebilir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin gördüğü iş vekâlet verene aittir ve dolayısıyla da tasarruf yetkisi vekâlet verendedir. Ayrıca vekâlet sözleşmesinde vekâlet verenle vekil arasında bir güven ilişkisi hâkim olduğundan tarafların kişilikleri ön plandadır⁸¹. Reklam sözleşmesinde ise reklam verenle reklam ajansının kişilikleri değil, ortaya koyulacak iş, yani reklam ürünü önemlidir⁸². Dolayısıyla reklam verenle reklam ajansı arasındaki sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de isabetli değildir.

Öte yandan reklam ajansının reklam ürününü hazırlama dışında, reklamın yayınlanmasını sağlama borcunu da üstlenmesi mümkündür. Reklamın yayınlanması sağlama ise iki şekilde mümkün olabilir. İlk olarak, reklam ajansı reklamın yayınlanmasına ilişkin reklam verenle mecra kuruluşu arasında yalnızca bir aracılık faaliyetinde bulunabilir. Bu durumda TBK m.520-525'te düzenlenen "simsarlık sözleşmesi" hükümleri gündeme gelecektir. Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir(TBK m.520/1). Üzerinde durduğumuz ihtimalde de, reklam ajansı, reklam verenle mecra kuruluşu arasında reklamın yayınlanmasına ilişkin bir sözleşmenin kurulmasına aracılık etmeyi üstlenmektedir.

İkinci olarak ise reklam ajansı aracılık faaliyetinin de ötesinde hem reklam ürününün hazırlanması hem de yayınlanması işini üstlenebilir. Uygulamada da

⁸¹ EREN, s.701.

⁸² OKTAY-ÖZDEMİR, s.117.

reklam ürününü hazırlayan reklam ajansları, aynı zamanda hazırlanan bu reklam ürününün çeşitli mecralarda yayımlanması işini de üstlenmektedirler⁸³. Bu durumda, reklam ajansı reklam ürününün hazırlanması işinden sonra, hazırlanan bu reklam ürününün istenen mecralarda yayımlanması için ilgili mecra kuruluşlarıyla sözleşme yapma yükümlülüğü altına girmektedir.

Reklam ajansı ile mecra kuruluşu arasında, reklam ürününün yayımlanmasına ilişkin yapılan sözleşme ise “üçüncü kişi yararına sözleşme” olarak nitelendirilebilir⁸⁴. Zira bilindiği üzere borç ilişkilerinde ifayı talep yetkisi kural olarak alacaklıya ait olmakla birlikte, sözleşmede ifayı talep yetkisinin sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye bırakılmış olması mümkündür⁸⁵. Yani üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşme alacaklı ile borçlu arasında kurulmakta ancak alacaklı ifanın üçüncü kişiye yapılmasını istemektedir. Başka bir deyişle, sözleşmenin tarafı olmayan bir kimse yararına bir edim kararlaştırılmaktadır⁸⁶. Eğer üçüncü kişi, ifayı bizzat talep etme yetkisine sahipse “tam üçüncü kişi yararına sözleşme”, ifayı bizzat talep etme yetkisine sahip değilse “eksik üçüncü kişi yararına sözleşme” vardır⁸⁷. Reklam ajansı ile mecra kuruluşu arasında yapılan sözleşmede de, konusu reklam ürününün yayımlanmasına ilişkin olarak yapılan bir sözleşme vardır. Reklam veren bu sözleşmenin tarafı değildir ancak edimin ifasında menfaati olan kişiyi teşkil etmektedir. Kısacası, reklam ajansı ile mecra kuruluşu arasındaki sözleşmede reklam veren yararına bir edim yükümlülüğü söz konusu ise, üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkin hükmün (TBK m.129) uygulanması gündeme gelebilecektir.

C. Reklamın Yayınlanması İçin Yapılan Sözleşme

Reklam ürününün hazırlanmasından sonra, reklamın tüketicilere ulaştırılması amacıyla çeşitli mecralarda yayınlanması gerekmektedir. Bunun için de,

⁸³ OKTAY-ÖZDEMİR, s.107.

⁸⁴ OKTAY-ÖZDEMİR, s.108.

⁸⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 21. Baskı, Ankara, 2017, s.578.

⁸⁶ AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1976, s.10.

⁸⁷ AKYOL, s.11; KILIÇOĞLU, s.582.

reklam veren veya reklam ajansı ile mecra kuruluşu arasında reklamın yayınlanmasına ilişkin bir sözleşme yapılması gündeme gelecektir.

Reklamın yayınlanmasına ilişkin sözleşmede taraf ilişkileri farklı şekillerde tezahür edebilir. Sözleşmenin bir tarafında daima bir mecra kuruluşu yer alırken, diğer tarafta reklam veren veya reklam ajansının bulunması mümkündür. Bu durum, reklamın hazırlanması aşamasında reklam verenle reklam ajansı arasında yapılacak sözleşmenin içeriğine bağlı olarak değişecektir. Reklam verenin yalnızca reklam ürününün hazırlanması işini reklam verene bırakması durumunda, reklamın yayınlanması için bizzat kendisi mecra kuruluşu ile sözleşme yapacaktır. Ancak reklam veren, reklam ajansı ile yaptığı sözleşmede reklamın yayınlanması işini de reklam ajansına bırakmışsa bu durumda reklamın yayınlanması için yapılan sözleşmenin tarafı reklam ajansı olacaktır. Yani sözleşme ilişkisinin tarafları belirlenirken, taraflara yüklenen edimler göz önünde tutulacaktır.

Öğretide bazı yazarlar, reklamın yayınlanmasına ilişkin sözleşmeleri de eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir⁸⁸. Bu durumda reklamın yayınlanmasına ilişkin sözleşmeye TBK m.470 vd. hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir. Buna karşılık, reklamın hazırlanmasına ilişkin sözleşmede olduğu gibi, yayınlanmasına ilişkin sözleşmenin de “*sui generis*” sözleşme olduğunu savunan görüşe göre, reklamın yayınlanmasına ilişkin sözleşmelere doğrudan eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayıp, niteliğine uygun düşen bazı hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması mümkündür⁸⁹.

Öğretide farklı bir görüş ise, maddi varlığı bulunan reklam araçları açısından Kat Mülkiyeti Kanunu m.45 hükmünden yola çıkılarak, reklamın yayınlanmasına ilişkin sözleşmelerin kira sözleşmesi olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir⁹⁰. Bu görüşe göre, bir binanın reklam yerleştirilmesi uygun olan bölümlerinin bu

⁸⁸ İNAL/BAYSAL, s.123; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.988.

⁸⁹ OKTAY-ÖZDEMİR, s.121.

⁹⁰ ERTEEN, s.43.

amaçla kiralınması veya billboardlar ve toplu taşıma araçlarının dış yüzeylerine reklam yerleştirilmesi durumunda kira sözleşmesinden bahsetmek gerekmektedir⁹¹. Aynı şekilde maddi varlığı bulunmayan reklam araçları açısından da kira sözleşmesinin varlığı veya kıyas yoluyla uygulanması gerektiği görüşü ifade edilmiştir⁹².

Kanaatimizce bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira reklamın yayınlanmasına ilişkin sözleşmeye kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, sözleşmenin mahiyetine uygun düşmemektedir. Reklamın yayınlanmasına ilişkin sözleşmelerde mecra kuruluşunun temel borcu, reklamın sözleşmede belirlenen zaman dilimlerinde yayınlanmasını sağlamaktır. Ancak söz gelimi bir binanın dış cephesinin reklam amacıyla kiralınması durumunda, ortada elbette bir kira sözleşmesi bulunmakla birlikte, kiralayan kişi veya kişiler reklamın oraya yerleştirilmesi işinden genelde sorumlu değildir. Aynı şekilde, bir toplu taşıma aracını reklam amaçlı kiralayan belediye de, reklamın toplu taşıma aracına yerleştirilmesi işini üstlenmemektedir. Uygulamada genellikle, billboard veya toplu taşıma aracı gibi mecralar reklam ajansları tarafından önceden kiralınmakta ve daha sonra reklam vermek isteyenlerin reklamları bu mecralarda yine ajans tarafından yayınlanmaktadır. Bu durumda, reklamın yayınlanacağı mecra'nın kiralınmasına ilişkin sözleşmenin, reklam yayın sözleşmesinden ayrı tutulması gerekmektedir.

Radyo ve televizyonlar açısından ise, ilgili mecraların belirli zaman aralıklarında reklam amaçlı olarak başkalarına tahsis edilmesi kira sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Zira reklam ürününün sözleşme gereği radyo veya televizyon kanalında belirli zaman dilimlerinde yayımlanması işi, doğrudan reklam yayın sözleşmesinin karakteristik özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, sözleşmenin kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi, sözleşmenin yapısına uygun düşmeyecektir. Reklam veren veya reklam ajansı, belirli bir ücret karşılığında mecra

⁹¹ ERTEN, s.43.

⁹² ERTEN, s.43.

kuruluşuyla anlaşacak ve mecra kuruluşu da reklamı sözleşmede belirlenen zaman dilimlerinde yayınlayacaktır.

Son olarak, reklamın yayınlanması için yapılan sözleşmenin, TBK m.487-501 arasında düzenlenen yayım sözleşmesi niteliğinde olup olamayacağı düşünülebilir. Zira TBK m.487 hükmüne göre, “*Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir*”. Burada yer alan tanımda geçen “fikir ve sanat eseri” ifadesinden yola çıkılarak, reklam ürününün bir fikir ve sanat eseri sayıldığı takdirde yayım sözleşmesinin konusuna girebileceği akla gelmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, yayım sözleşmesinin tanımında geçen “fikir ve sanat eseri” ifadesi öğretide eleştirilmekte, bunun yerine “bilimsel ve edebi eser” denilmesinin daha doğru olacağı belirtilmektedir⁹³. Zira her fikir ve sanat eserinin yayım sözleşmesinin konusuna girmesi söz konusu değildir. Yayım sözleşmesine konu olabilecek eserlerin, bilimsel ve edebi eser niteliğinde olması gerekmektedir⁹⁴. Dolayısıyla reklamın yayınlanmasına ilişkin sözleşme, bir yayım sözleşmesi niteliğinde değildir.

SONUÇ

Reklamlar ticari hayatın vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmiş durumdadır. Mal veya hizmetlerini tüketicilere tanıtmak ve onların dikkatlerinin çekerek satışlarını yükseltmek isteyen firmalar, pek çok farklı mecrada yer alan reklamlarla bu amaca ulaşmaya çalışmaktadırlar.

Reklamın hukuki niteliği açısından, tereddütsüz olarak doğrudan bir nitelendirme yapmak mümkün değildir. Zira reklam, borçlar hukuku, ticaret hukuku, tüketici hukuku ve fikri mülkiyet hukuku gibi farklı hukuk alanlarının inceleme konusuna girmektedir. Bu sebeple, reklamın hukuki niteliği konusu

⁹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1120; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.573.

⁹⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.1120; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.573.

gündeme geldiğinde hangi hukuk alanı açısından ele alınmak isteniyorsa, o çerçevede bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Reklam sözleşmeleri kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar reklamın hazırlanması için yapılan sözleşme ile reklamın yayınlanması için yapılan sözleşmedir. Her iki sözleşmenin hukuki niteliği bakımından iki temel görüşün var olduğu söylenebilir. Öğretideki hâkim görüş, manevi eser görüşünün günümüzde geçerlilik kazanmasıyla bağlantılı olarak, reklam sözleşmelerini eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Yargıtay da bu görüşü desteklemektedir. Buna karşılık azınlıkta kalan yeni bir görüş ise, reklam sözleşmelerinin kendine özgü yapısı olan isimsiz bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir.

Kanaatimizce eser sözleşmesi görüşüne üstünlük tanımak gerekir. Zira eser sözleşmesinin temel ayırt edici özelliği, edim sonucunun taahhüt edilmesidir. Yani burada esas olan, bir sonuç ortaya koymaktır. Reklam sözleşmesinde de reklam ürününün veya reklam ürünüyle birlikte reklamın yayınlanmasının üstlenilmesi söz konusudur. Dolayısıyla reklam sözleşmelerinde eser sözleşmesine dair kuralların uygulanması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

ADAK, Agâh, “Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Mart 1975, S.4, ss.351-367.

AKARTEPE, Alpaslan, “Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S.1-2, 2012, ss.159-190.

AKKURT, Sinan Sami, “Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, 2010, ss.13-64.

AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 24.Baskı, Ankara, 2017.

ASLAN, İ.Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın, 5.Baskı, Bursa, 2014.

ATASOY, Evrim, “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbirleri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları”, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, C.2, S.2, 2013, ss.29-56.

ATEŞ, Mustafa, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

AYHAN, Rıza, “Ticari İş-Ticari İşletme- Tacir- Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, S.3-4, 2012, ss.31-53.

BAYGIN, Cem, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 2000, ss.345-377.

BAYKAL, Murat, “Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Bakımından Gazete Promosyonları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.2, S.2, 1996, ss.168-202.

BAYKAN, Renan, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, 2.Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 2005.

BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Dora Yayınları, 5.Baskı, Bursa, 2014.

BOZBEL, Savaş, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2006.

BULUT, Uğur, “Sözleşme Görüşmelerinden doğan Sorumlulukta Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, Ankara Barosu Dergisi, C.2, S.2, 2012, ss.321-346.

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Yetkin Yayınları, 1.Bası, Ankara, 2009.

DİŞBUDAK, Aylin, Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ERTEN, Nusrettin, Türk Hukukunda Reklam ve Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998.

GEZDER, Ümit, Türk-İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Beta Basım Yayın, 1.Baskı, Ankara, 2009.

GÖLE, Celal, Türk Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

İMRAK, İsmet, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2009.

İÇÖZ, Derya, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

İNAL, Emrehan/BAYSAL, Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2008.

KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara, 2015.

KAYA, Arslan, “Reklamın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2009, ss.179-193.

KAYA, Arslan, “Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, ss.459-477.

KENAROĞLU, Soner, Haksız Rekabet Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 21. Baskı, Ankara, 2017.

KOCAYUSUPFAŞAĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPAÇI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

MUŞLU, Deniz, “Fikir ve Sanat Eserleri Düzenlemelerinde Eser Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.1, 2007, ss.95-104.

NOMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 12.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

OKAN, Neval, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2011.

OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, “Reklam Yapımına ve Yayımına İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2009, ss.105-125.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.54, S.3, 2004, ss.61-90.

ÖZKAN, Özgül, “Tüketici Hukuku Bakımından Ticari Reklamlar ve Tabi Olduğu Hükümler”, Ankara Barosu Dergisi, C.54, S.4, Y.1997, ss.3-43.

PINAR, Hamdi, “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012, ss.129-156.

PINAR, Hamdi, Reklam Hukukunun Esasları, Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2008, ss.514-544.

RÜZGAR, Eser, Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2013.

SOYDEMİR, Güzide, İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Şubat 2015.

TAMER, Ahmet, Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, 2011, s.119.

TEKELİOĞLU, Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5.Baskı, İstanbul, 2012.

TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul, 1993.

TEOMAN, Ömer, “Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2009, ss.57-71.

TOPÇUOĞLU, Metin/ÖZKUL, Burcu, “Rekabet Hukuku Özellikle Haksız Rekabet Açısından Helal Gıda Sertifikası”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4,S.1,2014, ss.1-27.

TURAN, Selcen, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, 2012.

TÜZÜNER, Özlem, “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Feranda Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C.1, S.4, 2013, ss.245-272.

YALMAN, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

YAŞAR, Ali, Televizyon Reklamlarının Hukuki Niteliği ve Televizyon Reklamları Üzerinde Hak Sahipliği, On İki Levha Yayınları,1. Baskı, İstanbul,2011.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, 10.Bası, İstanbul, 2014.

YILDIRIM, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2016.

YILMAZ, Mehmet, “Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması İle Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.4, 2006, ss.1479-1536.

YÜRÜK, Ayşe Tülin, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Konusunda Bazı Görüşler”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı, C.13, Eylül 2013, ss.45-52.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013

MAKALE ÇEVİRİSİ

İSVİÇRE İCRA İFLAS HUKUKUNDA ACİZ HUKUKUNDA YAPILAN YENİLİKLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

*Überblick über das neue Sanierungsrecht im schweizerischen Schuldbetreibungs und
Konkursrecht*

Prof. Dr. iur. Daniel STAEHELIN*

Çevirenler: Dr.Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU**

Arş. Gör. Ömer ÇON***

ÖZET

1 Ocak 2014 tarihinde İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda özellikle aciz hukukuna ilişkin değişiklikler göze çarpmaktadır. Aciz hukukunda batık şirketlerin yeniden ekonomik hayata kazandırılması için alınacak önlemler, buna karşılık kurtarılması mümkün olmayan şirketlere karşı zararın enaza indirilmesi önem arz etmektedir. Aciz hukukunun bu temel amaçları arasında kurulmak istenen denge, tüm dünyada olduğu gibi İsviçre'de de İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Aciz hukukuna ilişkin çözüm arayışları ise kendini konkordato sürecinin tadil edilerek yeniden etkin hale getirilmesi şeklinde kendini göstermiştir.

Anahtar kelimeler: Konkordato, Aciz hukuku, denge, borca batıklık, reform

* Avukat-Noter, Kellerhals-Carrard, Basel.

İsviçre İcra İflas Kanunu Bilim Komisyonu Üyesi.

Basel Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

*** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

I. KANUNLAŞMA SÜRECİ

Konkordato (mühletli ve kararı), temel ilkeleri Roma Hukuku'na değin uzanmış eski bir İflas (Aciz) Hukuku müessesisidir. Süreç bir konkordato mühletliyle başlar. Sürecin amacı konkordato kararının (sözleşmesinin kabul edilmesidir) sağlanmasıdır. Konkordato bir ayırım yapılarak (adi konkordato ve tenzilat konkordatosu) şöyle açıklanabilir ki, borçlunun durumunun düzeltilmesi için alacaklıların alacaklarının bir kısmından fedakarlık etmesi veya likiditesinin (malvarlığının) bir kısmının tahsisi suretinde tasfiye edilmesi sözleşmesidir.

1 Ocak 2014'te yürürlüğe giren 21 Haziran 2013 tarihli İsviçre İcra İflas Hukuku (SchKG)'nda şirketlerin iyileştirilmesi hakkındaki değişikliklerinin tetikleyicisi, 2 Ekim 2001 Swissair olayıdır. (Swissair'a ilişkin konkordato süreci) konkordato mühletli talebinin ilanıyla başladı. O günden sonra tüm tedarikçiler para kaybetmekten korktular ve özellikle yakıt sevkiyatlarında peşin talep ettiler. Bu durum, artık karşılanamayan likidite gerekliliklerinde güçlü bir artışa neden oldu. Sadece İsviçre hükümetinin 450 milyon Frank acil kredisi ile 5 Ekim'de yeniden uçuşlara başlanabildi. Seferlerinin daha sonra İsviçre olarak değiştirilen Crossair'e aktarılması için, İsviçre hükümetinden 1 milyar Frank geri ödemesiz (tahsil edilemeyen bir para) kredi daha talep edildi. Bunu takiben, çok sayıda parlamenter İsviçre iflas yasasının gözden geçirilmesi ihtiyacının açıklığa kavuşturulması çağrısında bulundu.

Federal Meclis daha sonra, iflas yasasının reform ihtiyacını açıklığa kavuşturma görevi yapan bir uzman grubu kurdu. Reform ihtiyacının açıklığa kavuşturulması için bir komisyon oluşturuldu. Raporu Mart 2005'te gönderdikten sonra Federal Meclis, uzmanları çalışmalarını sürdürmeye ve çerçeve bir taslak önerileri de dahil olmak üzere bir ön taslak hazırlamaya görevlendirdi. Taslak, Haziran 2008'de açıklandı, Müzakerelerde olumlu bir şekilde karşılandı, bazı ayrıntılarda eleştiriler olsa da tek tek maddelere yönelik eleştiriler yapıldı. 8 Eylül 2010 tarihli mesajıyla Federal Meclis (Alt Komisyon), uzman grubun hazırladığı ön taslağa büyük ölçüde -mükemmelleştirilerek- karşılık gelen bir Tasarıyı Meclise

sundu. Meclisteki müzakerelerde (Tasarı) ilk başta kabul edilmedi. Olumsuz çoğunluk, kutsal olmayan bir ittifakın (Unheilige Allianz) sonucu ortaya çıktı; zira sol partiler işçi haklarının aşırı derecede sınırlandırıldığını, sağ partilerden biri ise, daha kolay bir borç hafifletmenin alacaklıların haklarını zayıflatacağına inandığını belirtiyordu. Bakanlar Kurulu (Ständerat) açıkça lehte oy kullandıktan sonra Ulusal Konsey (Nationalrat), ikinci turda olumsuz yöndeki kararını değiştirdi. 21 Haziran 2013'te yapılan son oylamada Federal Konseyin taslağı kabul edildi.

II. TASARININ HEDEFİ

İsviçre'deki ticari yeniden yapılandırma alacaklıların haklarının sıkı bir şekilde yapılandırılması ve genellikle bir kurtarma yani iflas ile karşılaşan şirketin işletmesinin devredildiği (paravan şirket değil! Auffangesellschaften) (Almanya'da yeniden yapılandırmanın aktarılması) şirket ile gerçekleştirilir. Yatırımcıların yeni sermayesi ile iflas etmeden önce yeni bir şirket kurulmuştur ve bu şirket, varlıklarını kaybeden şirketin pasiflerini değil de varlıklarını (ve dolayısıyla işletmeyi) devralacaktır. Bundan sonra, iflas masasında sadece aktiflerini (Kaufpreis) ve borçlar kalacak şekilde iflas açıl(ması sağlan)ır. Bu aşağı yukarı, işin Crossair/Swiss'e devredildiği Swissair olayında da gerçekleştirildi. Bu çözümün dezavantajı, tüm aktifleri satın almak ve ödemeye istekli olan yeni bir yatırımcının bulunması zorunluluğudur. Bu varlıkların devir işlemleri - özellikle uluslararası koşullarda - masraflı ve dar bir süreçte mümkün olmaktadır. Malvarlığının devri, şirket kurtarma tedbirlerinden sonra başlatılmasından önce gerçekleşirse, devralanın çok düşük fiyatlara şirketin malvarlığını devraldığı iddiasıyla alacaklılara zarar verme amacıyla açılacak tasarrufun iptali davasından da korkulur. Son olarak, iflas haricinde bir devir söz konusu olduğunda, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 333. maddesi uyarınca tüm hizmet sözleşmeleri devralana geçeceğinden sürecin ekonomik olarak yeniden canlandırılması zorlaşır.

Yeni yasanın amacı, bu sebeple, dar bir zamanda tamamlanması gereken tenzilat (Dividendenvergleich) (Madde 314 SchKG'ye göre adi konkordato sözleşmesi) sürecini daha cazip hale getirmektir. Bu yol, batık şirketlerin iyileştirilmesi bakımından diğer birçok ülke tarafından da benimsenmiş Amerikan Hukuku'ndaki (Chapter 11) düzenlemeye de uygundur. Bu durumda, alacaklıların çoğunluğu borçluyla hukuki durumları yeniden tasarlanacağını kabul edecektir (hak taleplerinin feragat edilmesi, mevcut sözleşmelerin feshi, vb.). Bu anlaşma daha sonra mahkeme tarafından konkordato tasdik edildiğinde konkordatoya onay vermesede dahi bütün alacaklıları bağlar.

Bununla birlikte bilim komisyonu alacaklılara zarar verecek bir iyileştirmenin sınırsız olarak desteklenemeyeceğini farkındaydı. Çünkü kolayca alacaklılarından vazgeçmek veya indirim gitmek zorunda bırakılabilecek alacaklıların daha fazla krediye sağlamayacaklardı. Diğer yandan (borca batık) şirketlerin tasfiyesi, verimsiz piyasa katılımcılarının pazardan kaldırılması şeklinde ekonomik açıdan önemli bir rol oynamaktadır.

Kültür, İsviçre'de başarılı bir temettü karşılaştırmasının/ dağıtım (Dividendenvergleich) önünde en önemli engeldir. Ayrıcalıklı alacaklılar (süper-privileg) (Madde 310 para. 2 SchKG) varsa konkordato komiseri kabul etse dahi tedarikçiler ve bankalar anlaşmaya yanaşmamaktadır. Bu nedenle, iyileştirme süreci genellikle çok geç başlatılmaktadır. Örnek olarak Amerika'da durum farklıdır. Zira Chapter 11'e göre koruma altında olan şirketlerle olağan şekilde ticari ilişkiler devam ettirilmektedir.

İcra İflas Kanunu reformu sürecinde Parlamento yeniden yapılandırma sürecini İcra İflas Kanunu dışında da desteklemiştir. Bundan anlaşılabilir şudur ki, 2017 yılından bu yana Borçlar Kanunu'nda , altı ay içinde şirketin acze düşeceğine (ödeme vasıtalarından yoksunluk) dair endişelerin sözkonusu olması durumunda, Yönetim Kuruluna tasfiye planı (likidite planı) hazırlama yükümlülüğü getirilmesine dair kanun tasarısı meclis gündeminde bulunmaktadır. Yani yönetim kurulu, şirketi korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

III. REDDEDİLMİŞ DEĞİŞİKLİKLER (VERVORFENE ANDERUNGEN)

Komisyon -İsviçre Borçlar Kanunu m. 725a'da düzenlenen- iflasın ertelenmesi kurumunun kaldırılmasını ve her vakti bakımından ancak bu şekilde ilanın önüne geçilebileceği gerekçesiyle -Aciz Hukuku bakımından- yalnızca konkordato kurumuna yer verilmesi gerektiği teklifte yer almıştır¹. Meclis bu teklifi kabul etmemiş ve iflasın ertelenmesi kurumu İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almaya devam etmiştir. Ayrıca, Meclis, Borçlar Kanunu'nda şirketlerin erken iyileştirmeye (ein frühes Restrukturierungsverfahren) ilişkin yeni bir yasama süreci (Bundesblatt 2017, S. 719 ff.) 2017'den beri gündemdedir². Burada herşeyden önce yönetim kurulunun yaklaşan aciz ihtimaline karşı bir nakit akış planı ve önleyici tedbirleri alma yükümlülüğü öngörülmektedir³. İflasın ertelenmesi bu prosedürle etkisiz hale getirilecektir/ kaldırılacaktır⁴.

- Belirli şartlar altında holding (konzern) iflaslarında aktif pasiflerin bir havuza atılması talebi bir taslak olarak gündeme getirilmişse de maddi hukuka da aykırı olduğu için kabul edilmemiştir.

- Bilim Komisyonunun sosyal sigorta kurumlarının imtiyazlarını silmeye yönelik teklifi, Federal Meclis tarafından kabul edilmedi.

- Kurtarmayı engelleyebileceği gerekçesiyle, şirket işyerleri üzerinde (ve mülkün topluluğunun) kiralanın hapis hakkının kaldırılması önerisi

¹ Die Expertengruppe hat vorgeschlagen, den in Art. 725a Obligationenrecht (OR) geregelten Konkursaufschub aufzuheben, und nur noch das Nachlassverfahren zur Verfügung zu stellen, das jedoch nicht mehr in allen Fällen publiziert werden müsste.

² Darüber hinaus hat das Parlament ein neues Gesetzgebungsverfahren initiiert, mit welchem ein frühes Restrukturierungsverfahren im Obligationenrecht vorgeschrieben werden sollte.

³ Hierbei geht es vor allem um die Pflicht des Verwaltungsrates, einen Liquiditätsplan zu erstellen und bei drohender Zahlungsunfähigkeit frühzeitig Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsunfähigkeit zu ergreifen.

⁴ Der Konkursaufschub soll gemäss diesem neuen Vorschlag nun doch aufgehoben werden!

reddedilmiştir. Kurtarma giderleri sürecin temeli olduğu için aynen muhafaza edilmiştir. Yani, kurtarma sürecinde ödenmesi gereken masrafları ödeyen fakat imtiyazsız kalan alacaklı kim olacak sorunu halen Kanun'da düzenlenmemiştir.

- Daha önce sözleşmeye hüküm/kayıt konularak aciz durumuna ilişkin yapılan düzenlemeler ve devamında sözleşmenin -aciz- gerekçesiyle sona erdirilmesi ve bu nedenle ortaya çıkacak yan edimler geçerli olmayacaktır.

- Amerikan Hukukunda alacaklıların farklı gruplara ayrılması ve bu grupların Konkordato sözleşmesini ayrı ayrı oylayabilmelerine ilişkin uygulama İsviçre Hukukunda yer almamaktadır . Yani eşit işlem ilkesine benzer şekildeki uygulamadan vazgeçilmemiştir.

IV. BUGÜNE KADAR GEÇERLİ OLAN HUKUK (ESKİ İCRA İFLAS KANUNU'NDAN BERİ AYNEN KORUNAN DÜZENLEMELER)

Aşağıda anlatıldığı gibi İcra İflas Kanunu'nda yapılan değişiklikler temelde (vade ve tenzilat konkordatosunda) konkordato mühletine ve konkordato sözleşmesine ilişkin olsa da; bu konulara ilişkin de eski kanun döneminden kalan düzenlemeler yeni Kanun'da da yerini korumuştur:

- Kanunda konkordatoya ilişkin sistematik, halen önce konkordato mühleti talebi sonra da adi veya tenzilat/vade konkordatosunda işletmenin tesiatının devri şeklinde devam etmektedir . Konkordato talebinin halen iflase tabi olan veya olmayan şahıslar tarafından talebi mümkündür⁵.

- İlk olarak, borçlu veya alacaklı (293 SchKG) tarafından verilen bir dilekçe ile konkordato mühleti talebinde bulunulabilir.

- Bunu, (her zaman) önce geçici ve belirli, sonra kesin bir erteleme izler.

- Konkordato mühleti sırasında ipotekli alacakların paraya çevrilmesi yolu ile takip mümkün, buna karşın taşınmazların paraya çevrilmesi mümkün değildir ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 1 SchKG = 297 Abs. 2 Ziff. 2 aSchKG).

⁵ BSK SchKG-VOLLMAR, Art. 293 N 15.

- Konkordato mühleti verilmesi kararı ile, konkordato sözleşmesi aksini öngörmediği sürece, bir ipotek ile temin edilmemiş her türlü alacağına faiz işlemesi durdurulur (297 (7). SchKG = 297 (3) aSchKG t-SchKG 289).

- Konkordato taslağıyla teklif edilen konkordato komiseri, borçlunun işlemlerini konkordato mahkemesinin gözetiminde görev yapar. (Madde 295 (2) (b) SchKG = 295 (2) a SchKG).

- Konkordato komiseri borçlunun mevcudunun bir defterini (envanterini) yapar (SchKG m. 299- İİK m. 291) ve alacaklarını bildirmek üzere alacaklıları davet eder (SchKG m. 300- İİK m. 292). Alacaklıların bu davetin hıafına hareket etmeleri halinde konkordato müzakerelerine katılmaları mümkün değildir.

- Böylece konkordato komiseri, alacaklılara konkordato teklifini müzakere etmek için alacaklılar toplantısı davetini yapar (SchKG m. 301).

- Mahkeme tarafından karar alınmaya kadar alacaklıların salt çoğunluğu veya toplam alacaklıların 2/3'ünü oluşturan veya toplam alacak miktarının 3/4'ünü oluşturan alacaklıların 1/4'ünün konkordato sözleşmesini kabul etmesi gerekmektedir.

- Mahkemenin konkordato kararından önce, konkordatonun alacak miktarının en az üçte ikisini temsil eden veya alacaklıların dörtte birini fakat en az alacakların dörtte üçünü temsil eden bir çoğunlukla kabul edilmesi gerekir (SchKG m. 305/1).

- Konkordatonun imtiyazlı alacakları tamamen karşılamak üzere gerekli güvenceyi sağlaması gerekmektedir (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

- Konkordato Mahkemesi (Türk hukukunda icra mahkemesi), ihtilafı alacakların ne oranda kabul edilip edilmediğine karar verir (Madde 305 (3) SchKG).

- Ayrıca, teklif edilen meblağın borçlunun imkanları ile orantılı olması gerekir (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG- İİK m. 298/1-1).

- Konkordato mahkemesi olumsuz oy kullanan alacaklılar için de geçerli olacak şekilde konkordatoyu onaylar. -Yani mahkeme olumsuz oy kullanacakları da kapsyacağını hükümde açıkça belirtmelidir.- (Art. 310 Abs. 1 SchKG- İİK m. 303/1).

- Konkordato alacakları öyle alacaklardır ki konkordato mühleti verilmesinden önce veya konkordato süresince komiserce onay verilmemiş alacaklardır.

- Tasdik edilen konkordato, alacakları mühlet kararından önce veya komiserin onayı olmaksızın konkordatonun tasdikine kadar doğmuş bütün alacaklar için mecburidir. Rehinli alacaklıların rehin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları müstesnadır (Art. 310 Abs. 1 SchKG İİK m. 303/1). Mühlet içinde komiserin onayıyla akdedilmiş borçlar, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda yahut sonraki bir iflasta masa borcu sayılır (Art. 310 Abs. 2 SchKG İİK m. 303/2).

- Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı, daha sonra müteselsil borçlu, garantör ve kefillere karşı tüm haklarını saklı tutar (Madde 303 (1) SchKG- İİK m. 295). Konkordatoya muvafakat etmiş alacaklı müteselsil borçlu, garantör ve kefillere karşı ancak ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve onlara toplanmanın günü ve yerini en az on gün evvel haber vermek şartıyla yukarıda belirtilen hükümden istifade edebilir (Art. 303 Abs. 2 SchKG- İİK m. 296/2). Alacaklı müracaat hakkına halel gelmeksizin bu kimselere (yukarıda belirtilen kefil vs.) konkordato müzakeresine iştirak etmek yetkisini verebilir ve onların kararını kabul taahhüdünde bulunabilir (Art. 303 Abs. 3 SchKG- İİK m. 296/3).

- Bazı alacaklıların alacaklarının konkordato sözleşmesinde kendisi için belirlenen orandan daha yüksek bir oranı alabilme olasılığı vardır. Tamamen tatmin edileceği konkordato sözleşmesinde yer alan alacaklıların oy hakkı bulunmamaktadır.

V. İSVİÇRE İCRA İFLAS KANUNUNDA YENİLİKLER

İsviçre İcra İflas Kanunu'ndaki değişiklik içeriği aşağıdaki gibidir:

- Holdinglerin iflasları ile ilgili organlar ve mahkemeler arasında bir koordinasyon yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca, ilgili mahkemeler ve icra mahkemeleri (denetleyici makamlar), karşılıklı mutabakat ile, tüm yargılamalar için tek bir yer yönünden yetkisini (einheitliche Zuständigkeit) belirleyebilirler (madde 4a İİK).

- İflasın açılmasından itibaren devam eden borç ilişkilerinden doğan haklar iflas alacağı olarak belirlenebilir. İflasın açılmasından itibaren bir sonraki olası feshe kadar veya sözleşmenin sonunda iflas takibi şeklinde ileri sürülebilir. Alacaklı, bu süre içerisinde ulaşabileceği tüm menfaatleri öngörmek (hesap etmek) zorundadır. İflas masası iflasın açılmasından sonra ortaya çıkan/ devam eden borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükleri kendi alacağını da ileri sürerek masa borcu olarak kabul eder (madde 211a SchKG). Karşı talepler masa borcu olmaksızın devam eden borç ilişkisinde kısmi belirli bir yükümlülük/borç ilişkisi olabilir. Borçlu borç ilişkisini devam ettirme hakkını saklı tutabilir.

- Konkordato mahkemesi veya alacaklılar komitesi tarafından onaylanan konkordato süresinde gerçekleşmiş hukuki işlemler alacaklılara zarar vermek için açılan iptal davasına konu olmaz (Madde 285 (3) SchKG) .

- Konkordato süresince konkordato sözleşmesinin tâdili artık teklif edilemez ise de ek olarak malvarlığına, kazançları gösterir belgelere ek olarak, geçici bir yeniden yapılandırma planı ve bir likidite (nakit akışı) planı (Madde 293 (a) SchKG) eklenebilir.

- Her ihtimalde, prosedür maksimum dört ay olarak alacaklılar dinlenmeksizin geçici bir konkordato süresi ile başlar (Art. 293a SchKG).

- Geçici ertelemede konkordato komiserinin atanmasından feragat edilebilir (madde 293b paragraf 2 SchKG, "debtor in possession"⁶ⁿ kavramı).

- 3. Kişilerin haklarının korunması ve başvuru üzerine geçici konkordato süresinin sonuna kadar gerekçelendirmek şartıyla geçici konkordato süresinin ilanından vazgeçilebilir. Bu durumda konkordato komiseri tayini zorunludur. (Madde 293c (2) SchKG).

- Geçici konkordato mühletinin onaylanması ve geçici komiserin atanmasına itiraz edilemez (Md. 293d SchKG).

- Geçici konkordato mühletinin sona ermesi konkordato süresi verirken, re'sen dikkate alınır (Md. 294 SchKG).

- Mahkemenin konkordato komiserini kontrol eden bir alacaklılar kurulu ataması mümkündür (Madde 295a SchKG- Taslak İİK m. 290).

- Konkordato mahkemesi yerine, alacaklılar komitesi malvarlığının bir kısmı üzerinde borçlandını ve tasarruf işlemi yapmaya yetkilidir (Madde 295a SchKG- Taslak İİK m. 290).

- Komiser, kesin konkordato mühleti 12 aydan uzun kabul edilmişse (Madde 295b para. 2 SchKG), nihai ertelemenin onaylanmasından bu yana dokuzuncu ayın sonundan önce gerçekleşmesi gereken alacaklıların toplanması için görevlidir.

- Borçlu ve alacaklıların komiser aleyhine sadece şahsına değil sorumluluk davası açmaları mümkün olduğu gibi, bilakis Usul Kanunu'na göre kesin konkordato süresine karşı kanun yoluna başvurabilmeleri de mümkündür. Kantonal üst mahkemeye kanun yolu başvurusu konkordato mehilinin etkisini durdurmaz (Madde 295c SchKG).

- Mahkemece verilen kesin mühletin ilanı zorunludur (296 Art. SchKG).

⁶ debtor in possession= yedi emin borçlu (Rüetschi, David; Çev. Akil, Cenk; İyileştirme Hukukunun Gözden Geçirilmesi Üzerine, AÜHFD 61(4) 2012: 1507-1516)

- Şirketin iyileşmesi borç yeniden yapılandırma sözleşmesi olmaksızın erteleme süresinin bitiminden önce başarılı olursa, mahkeme ertelemeyi iptal etmelidir (Md. 296a SchKG). Bu durumda erteleme dönemi için faiz ödenmelidir.

- Mahkeme konkordatonun her aşamasında kendiliğinden kurtarma yada onaylanması mümkün değilse borçlunun iflasına karar verebilir (madde 293a (3), 294 (3), 296b SchKG). Bu aynı zamanda iflasa tabi olmayan borçlular için de geçerlidir (309. maddesinin ifadesine bakınız).

- Kesin mühlet içerisinde borçluya karşı -yeni- imtiyazlı alacaklar da dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacak ve evvelce başlamış takipler de duracaktır. Mühlet sırasında rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınmaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Geçici erteleme ilan edilmediği sürece, icra takibi başlatılabilir, ancak devam edilemez. Borçlunun geçici konkordatoyu icra dairesine bildirmesi ile devam eden icra takibi engellenir.

- Geçici mühlet sürecinde ilan edilmemiş olsa bile konkordato alacaklıları için ihtiyati haciz ve diğer geçici hukuki koruma tedbirleri 297 Art. SchKG'ye göre artık mümkün değildir (Art. 297 Abs. 3 SchKG). Bu hüküm henüz ilan edilmemiş geçici mühlet için de geçerlidir (vgl. Art. 293c Abs. 2 SchKG).

- Konkordato mühletinin onaylanmasından sonra başvurulmuş yada bildirilmiş vadeli alacağın temlikinin bir etkisi yoktur. Bu ilke daha önceki dönemde zaten geçerli olmakla birlikte, şimdi kanunda bir istisna olarak düzenlenmiştir (Madde 297 (4) SchKG).

- Gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında konkordato talebi, konkordatoya tabi alacaklara ilişkin medeni usul yargılamasına ve idari yargılamaya ilişkin davaları durdurur (Art. 297 Abs. 5 SchKG).

- SchKG m. 213-214 (İİK m. 200-201) uyarınca iflas hukukunda takasa ilişkin kısıtlamalar konkordatonun ilanından değil konkordatonun tasdikinden itibaren geçerlidir (Madde 297 (8) SchKG).

- Komiser, mevzuu para olmayan alacakların (ör. Ayni ifa içerikli) para alacağına çevirir (Madde 297 (9) SchKG). Paraya dönüştürülen borç, masa borcu (Masseforderung) değil konkordato alacağıdır.

-Eğer kurtulma amacını engellemeyecekse borçlu, her zaman süre belirterek, karşı tarafın onayıyla devameden borç ilişkisini konkordato komiserinin onayıyla sona erdirebilir. (Madde 297a SchKG). İş sözleşmesine uygulanacak özel hükümler (SchKG fine m. 297a) saklı kalmak kaydıyla konkordato mehli, sözleşmeyi sona erdirecek olağanüstü hallerden değildir.

- Böylece borçlunun, komiserin onayıyla konkordato mühleti süresince sözleşmeye uygun olarak karşı tarafın taleplerinin masa borcu olmasını kabul edebilir (Madde 310 (2) SchKG).

- Adi konkordato sürecinde paysahiplerinin şirketin iyileştirilmesi sürecine makul bir katkı sağlaması gerekmektedir (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Bu, önceki yasanın ciddi bir sistem hatasını düzeltir. Prensipite şirket alacaklılarına göre önceliklidir. Şirketin borçları ödenecekse şirketin sermayesi azaltılmasa da alacaklılara ödeme şirkete kayıtlı alacaklıların ödenmesi (Madde 734 OR) veya garantiye alınması durumunda ve şirketin tasfiyesinde tasfiye bakiyesinin hissedarlara ödenmesi sözkonusu olabilir. Alacaklılar alacaklarının bir konkordato sözleşmesinde yer almasından feragat ettikleri takdirde, temel prensiplere aykırı olarak hissedarların hisseleri değer kazanmış olacaktır. Zira şirket borca batık olduğu için, hissedarların talepleri artık bir hiç kıymetinde olacak ve sifıra indirilecektir. Bununla birlikte şirket hala hissedarlar tarafından yürütüldüğünden hiçbir şekilde konkordato süresi istememe tehlikesi ortaya çıkacağından konkordato mühletince şirketin idaresinin alacaklılara devrini kanun da öngörmüyor. Alacaklılar aynı

zamanda bir konkordato mehili talep edebileceklerse de (Madde 293 (b) SCA), böyle bir vakıa görmedim.

- Tenzilat konkordatosu, tamamen veya kısmen ortaklardan borçlu şirkete (borç sermaye değiş tokuşundan) veya borçlu şirketin tesisatını devralan şirkette oluşur (SchKG'nin 314. Maddesi, 318. Maddesi). Böylelikle, borçlu şirket bir yavru şirket kurarak şirketi serbest aktifler ile aynı sermaye olma amacıyla ödeyebilir. Bununla beraber, bu yavru şirket üzerine konkordato sözleşmesiyle giren alacaklılar vazgeçtiği alacak miktarınca yavru şirkete ortak olurlar (hisse alırlar) (Md. 318 para. 1bis SchKG).

- Tenzilat konkordatosunda Üçüncü derece (türk hukuku bakımından dördüncü derecedeki imtiyazlı olmayan tüm) alacaklılar teminatlandırılmaz. Teminat yalnızca imtiyazlı alacakları ve masa borçlarını karşılaması gereklidir (Madde 306 (1) No. 2 SchKG).

- Konkordato sözleşmesine ilişkin mahkeme kararı İsviçre Usul Kanunu'na göre Beschwerde yolu ile iptal edilebilir. Kanun yoluna mahkemesinin vereceği kararlar konkordatonun durdurulması mümkündür (Madde 307 SchKG).

- Mahkeme konkordato talebinin reddi veya onaylanmaması yahut mühleti kaldırırsa kendiliğinden talep edenin iflasına karar verir (SchKG m. 309).

VI. İŞ HUKUKUNA İLİŞKİN YENİLİKLER

Aciz sürecinde toplu devir ile hizmet sözleşmelerinin geçişine dair yeni düzenleme, oldukça fazla tartışmayı da yanında getirdi. Değişikliğe göre, aciz sürecinde (Konkordato mühleti, iflas veya Malvarlığının terki suretiyle konkordato) şirket devri sözkonusu olduğunda hizmet sözleşmelerinin devri işçilerin reddetmemesi ve devralanın onayıyla mümkün olacaktır (Md. 333b OR). Böylece, hizmet sözleşmelerini devralmadan şirketin devredilmesi aciz sürecinde mümkün hale gelmiştir. Eğer işletme normalde 250 işçiyle çalışıyorsa bunun 30 işçisini çıkartabilir (Art. 335i OR). Sadece müzakere etmekle yükümlü olmakla

kalmayıp, aynı zamanda bir hakem heyetinin (Madde 335j OR) belirlediği sosyal plan üzerinde uzlaşma yükümlülüğü de vardır. Bu aciz halinin öncelikli istisnalarındandır. Sosyal planlamaya ilişkin hükümler iflas veya mehil verilmesine rağmen konkordato sözleşmesi yapılamaması (karş. Art. 296a SchKG) nedeniyle tasdik edilmemiş konkordato (Art. 335k OR) sürecinde gerçekleşen toplu işten çıkarmalar için geçerli değildir.

VII. DEĞİŞİKLİKLERİN UYGULAMAYA ETKİSİ

İsviçre İcra İflas Kanunu'nun 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe girmesinden bu yana, konkordato başvurularında çok olmasa da bir artış kaydedilmiştir. Bununla birlikte, genel olarak, konkordato uygulamasının sayısı iflasa kıyasla çok düşük kalmaktadır. Konkordatoya başvuruda önemli bir artışın gözlemlenememesi, ekonomik seyrin iyi olmasından kaynaklandığı belirtilebilir. Ayrıca Yeni Kanun'un hala bir deneme sürecinde olduğu belirtilmelidir. Son olarak, Federal Meclis'in 8 Mart 2018 tarihinde gerçek kişilerin aczi ve iyileştirilmesine ilişkin bir rapor yayınladığı belirtilmelidir. Bu aslında borçtan kurtarma prosedürünün özel bir türüdür. Tamamen farklı bir konudur.

MAKALE ÇEVİRİSİ

İSVİÇRE USUL HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ

Überblick über die Schweizerische Zivilprozessordnung

Dr.iur.Eva BACHOFNER*

Çevirenler: Dr.Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU**

Arş. Gör. Ömer ÇON***

ÖZET

İsviçre Medeni Usul Hukuku uygulaması, temel olarak Türk Medeni Usul Hukuku'na kaynak teşkil etmektedir. İsviçre Usul Kanunu her bir kantonun kendine özgü uygulama farklılıklarından oluşan problemlerin giderilmesi amacıyla 1 Ocak 2011 yılında yürürlüğe girmiştir. Karşılaştırmalı hukuk bakımından aynı yıl yürürlüğe giren Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından önemli farklar, müddeabihin değerine göre belirlenen görev, kantonal kanun yolları ve birçok uyumsuzluğun zorunlu arabuluculuğa konu olması şeklinde belirtilebilir.

Anahtar kelimeler: İsviçre Medeni Usul Hukuku, Karşılaştırmalı hukuk, görev, Müddeabih, zorunlu arabuluculuk, kanun yolları.

* Avukat, Basel Stadt Hukuk Mahkemesi.

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

*** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

I. GİRİŞ

İsviçre yaklaşık 8,5 milyon nüfuslu küçük büyük 26 Kanton'dan oluşan bir ülkedir. En kalabalık Kanton olan Zürih'in nüfusu yaklaşık 1,5 milyon en küçük Kanton Appenzell Innerhoden'in nüfusu ise yaklaşık 16.000'dir.

Ben Basel-Stadt Kantonu hukuk mahkemesinde çalışıyorum. Bu Kanton'un nüfusu yaklaşık 200.000. Çalıştığım mahkeme Kanton'da Usul Hukuku'na tabi uyuşmazlıklara ilişkin görevli ilk derece mahkemesidir. Mahkemenin yıllık iş yükü yaklaşık 4000 dosyadır. Bunların büyük bir kısmını icra hukukundan ve aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar oluştururken örneğin iş hukuku, kira hukuku, ticari uyuşmazlıklar, sorumluluk hukukuna (haksız fiil vs.) dair uyuşmazlıklar da görülmektedir.

2010 yılına kadar her Kanton'un kendi Usul Kanunu yürürlükteydi. Bu Usul Kanun'ları (ch ZPO) birbirlerinden oldukça farklıydı. Nöşatal Kantonu'nun eski Usul Kanunu 1927 tarihli Türk Usul Kanunu'na da kaynak olmuştu.

2011 yılında Türkiye'de yeni bir Usul Kanunu yürürlüğe girdi.

Aynı şekilde tüm Kanton Usul Kanun'larını yürürlükten kaldıran ve İsviçre çapında geçerli olacak yeni bir Usul Kanunu yürürlüğe girdi.

Fakat diğer kanunlar Kantonlara göre farklılaşmaktadır. Bu farklılığa mahkemelerin organizasyonu ve yargılama giderleri ve avukatlık asgari ücret tarifesine ilişkin kanunlar örnek verilebilir.

Aynı yargılamanın bir Kanton'da tek hakimle diğer Kanton'da üç hakimle (yani üç hakimli toplu mahkemede) ya da beş hakimle (beş hakimli toplu mahkemede) yürütülmesi mümkündür. Mahkemelerin farklı kantonlarda farklı isimlerle adlandırıldığı da görülmektedir. Her Kanton kendisi kendi yargı çevresinde bir ticaret mahkemesinin olup olmayacağına karar verebilmektedir. Aynı uyuşmazlık nedeniyle hükmedilecek yargılama giderlerinin de kantondan kantona değiştiği belirtilebilir.

II. DERECÂT

İsviçre Usul Kanunu mahkemedeki dava çözümünden önce bir ön süreç öngörmüştür. Kural olarak süreç -arabuluculuk benzeri idari bir süreç olan Schlichtungs- dairesinde başlar. Burada bir arabulucu uyuşmazlığın mahkemeye götürülmesinden önce bir kere daha tarafları bir araya getirerek çözüm bulmaya çalışır.

Gerçi schlichtungs sürecinde uyuşmazlığın derdest olduğu belirtilmelidir.

Schlichtungs sürecinin amacı, arabuluculuk dairesinin yardımıyla tarafların sulh olabilmelerinin ve ihtilafın sona erdirilmesinin sağlanmasıdır.

Konusu 2000 Frank'ın altında olan uyuşmazlıklar için Schlichter da karar verebilmesi mümkün olmakla birlikte zorunlu değildir.

Konusu 5000 Frankın altında olan uyuşmazlıklar için Schlichter'in bir karar önerebilmesi mümkündür. Bu karar, tarafların kabul etmedikleri takdirde 20 gün içinde reddedebilecekleri niteliktedir. Taraflardan biri kararı reddederse, karar kendiliğinden düşmektedir.

Anlaşmaya varılamaması veya karar önerisinin reddedilmesi, dava için bir dava şartı niteliğindedir. Anlaşmaya varılmadığı veya karar önerisinin reddedildiğine dair belgenin dava açıldıktan sonra üç ay içerisinde dava dosyasına girmesi gerekmektedir.

Kural olarak kanton mahkemeleri iki derecelidir.

İlk derece mahkemesinin kararına karşı ikinci derece mahkemesine (üst derece) Berufung veya Beschwerde'ye başvurulması mümkündür.

Üst derece mahkemesi kararlarına karşı Bundest Gericht (İsviçre Federal Mahkemesi'ne) başvurulabilir. İsviçre Federal Mahkemesi İsviçre'de en üst derece mahkemesidir.

İsviçre Federal Mahkemesi'ndeki yargılama ayrı bir kanun Federal Mahkeme Kanunu'na („*Bundesgerichtsgesetz*“ BGG) göre yapılmaktadır.

III. İSVİÇRE USUL KANUNU İÇERİĞİ

İsviçre Usul Kanunu ch-ZPO'nun içeriğine daha yakından bakalım.

İsviçre Usul Kanunu'nda görev konusunun yalnızca bir kısmının düzenlendiği belirtilmelidir. Kantonlar örneğin özel bir ticaret mahkemesinin, iş mahkemesinin veya kira mahkemesinin ve bu mahkemelere dair para sınırlarına mahkemelerin kaç hakimli olacağına kendileri karar veririler.

İsviçre Usul Kanunu, yetkiyi düzenlemiştir. Genel (asliye) yetkili hukuk mahkemesi davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Fakat uyuşmazlığın türüne göre seçimlik veya genel kuraldan farklı yetkinin de öngörülmesi mümkündür. Sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda sözleşmenin ifa yeri, haksız fiile ilişkin uyuşmazlıklarda işlemin veya etkisinin gerçekleştiği yer veya miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar bakımından ölenin son yerleşim yerinin yetkisi örnek verilebilir.

Yetki sözleşmesi gerçek kişi ve tacirler arasında mümkündür. Yetki sözleşmesinin örneğin genel işlem şartı olarak sözleşmede öngörülmesi mümkündür. Fakat kesin yetki halleri istisna olup yetki sözleşmesine konu edilemeyecektir. Ve zayıfın korunmasına ilişkin kısmi kesin yetki halinde (birden fazla kesin yetkili mahkeme): tüketici, kira veya iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar sözkonusuysa yetki sözleşmesi zayıfın menfaatine aykırı olması halinde geçersiz olacaktır.

İsviçre Usul Kanunu yargı görevlilerinin şartları dahilinde yasaklılığı ve reddini de düzenlemiştir.

Yargılamaya hakim olan ilkeler şöyle tespit edilebilir: Bütün ilgililer dürüstlük kurallarına uygun davranmak zorundadır. Taraflar hukuki dinlenilme hakkına sahiptir. Kural olarak aile hukukundan kaynaklanan istisnalar saklı kalmak

kaydıyla usuli işlemler alenidir. Kural olarak vakıaları ve delillerin getirilmesi yükümlülüğü taraflara aittir. Özel durumlarda (örneğin çocuğun yararı söz konusuysa) mahkemenin resen tahkikatı mümkündür. Maddi veya hukuki açıdan belirsizlik veya çelişki olması durumunda mahkemenin davayı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Hakim hukuku re'sen uygulayacaktır. Yani hukuki konularda bilirkişiye İsviçre Hukuku'nda başvurulamayacaktır. Yine mahkemenin silahların eşitliği ilkesine dikkat etmesi gerekmektedir.

Derdestlik, schlichtungs başvurusuyla – eğer schlichtungs zorunluluğuna tabi değilse- davanın açılmasıyla sözkonusu olur. Davanın açıldığı an talebin yapıldığı veya postaya verildiği andır. Yani mahkemeye ulaştığı an değildir.

Yanlış (görevsiz veya yetkisiz) mahkemede dava açılması durumunda tarafın doğru mahkemeye başvurabilmesi için bir aylık süresi vardır. Bu süre içerisinde görevli veya yetkili mahkemeye başvurulması kaydıyla dava halen derdesttir.

İsviçre'de avukatla temsil zorunluluğu yoktur. Herkes kendi davasını kendi takip edebileceği gibi bir temsilcinin (bekannten!) de takip etmesi mümkündür. Para karşılığında temsilci yalnızca avukat olabilir.

İsviçre Usul Kanunu'nda farklı dava çeşitleri bulunmaktadır: İnşai dava, belirsiz alacak davası, kısmi dava eda davası, tespit davası ve grup davası. Yeni Türk Hukuk Muhakemleri Kanunu'nda bu konuda bir farklılık olmadığını biliyorum.

Dava konusu değerinin nasıl hesaplanacağına dair yönergeler bulunmaktadır.

Yargılama giderlerinin yüksekliği kantonal düzenlemelere tabi olduğu için farklılık oluşturmaktadır. İsviçre Usul Kanunu, davacının yargılamanın başında yargılama giderlerini avans olarak ödenmesi gerektiğini öngörmektedir. Bu avans yargılama sürecindeki tüm giderleri kapsadığında yüksek olması mümkündür. Avans olarak yargılama giderlerinin ödenmesi dava şartıdır.

Bazı durumlarda davacının davasının olası zararlarını teminatlandırma yükümlülüğü de sözkonusu olabilir.

Fakat bazı yargılamaların yargılama giderlerine tabi olmadığı belirtilmelidir. Özellikle konusu 30 000 Frank'ın altında olan iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar için yargılama gideri sözkonusu değildir.

Gereken yargılama giderlerini finanse edemeyecek kadar kötü durumda olanlar için adli yardım sözkonusudur. Bunun anşamı devletin taraf üzerine yükletilecek yargılama giderleri ve avukatlık ücretini finanse etmesidir. Eğer sözkonusu tarafın durumu sonradan finansal olarak -10 yıl içerisinde- iyileşirse, o zaman devlet bu maliyetleri ilgili taraftan talep edebilir.

Tüm beyanların (Eingaben) mahkemeye kağıt üzerinde sunulması gerekir. Bazı durumlarda tutanağa geçirilmek kaydıyla sözlü olması da mümkündür. Ayrıca elektronik imza ile imzalı mail ile de mümkündür. Bu oldukça karmaşık olup nadiren sözkonusu olur. Mahkemeye normal mail veya faksla yapılan başvurular yapılmamış sayılır.

İsviçre Usul Kanunu içinde de tebligat düzenlenmiştir. Mahkemenin yaptığı işlemler, davetiyeler ve mahkeme kararları daima gönderinin takip edilebileceği (belgelendirilebileceği) şekilde yapılır. Davalı yapılan ilk işlem hakkında bilgilendirilmelidir ve o andan itibaren kendisine karşı yürütülen tahkikattan haberdar olsun. Taraf tebligatı almaktan imtina etse dahi tebligat yani bilgilendirme yapılmış olacaktır. Tarafın giyabına yapılan işlemde haberdar edilmediğine dair muhalefet etmemişse yargılama devam edecektir.

Genel olarak süreler İsviçre Usul Kanunu 142 ila 149 maddeleri arasında düzenlenmiştir (örneğin, dava açmak için öngörölmüş üç aylık veya kanun yollarına ilişkin 10 veya 30 günlük süreler). Kural olarak mahkemenin de takdiri bir süre belirlemesi mümkündür. Bu süre belirlenirken yargılamanın ivediliği de hesaba katılmalıdır. İki hafta Paskalya, dört hafta yazın ve yıl başında da iki hafta olmak üzere Senede üç kere adli tatil vardır.

İsviçre Usul Kanunu'nun büyük bir kısmı ispat ve delilleri düzenler. Kanun'da delil olarak tanık, sened, tanık, bilirkişi, mütalaa, soru yöneltme, isticvap (Aussage der Parteien unter Strafandrohung bei falscher Aussage) kurumları düzenlenmiştir. İspat bakımından senet delili ön plandadır. Bununla birlikte genel prensip delil serbestisidir. Seri (summarische) yargılama usulünde bazı delil kısıtlamaları sözkonsuudur. Fakat daima mahkeme delileri serbestçe takdir eder.

IV. YARGILAMA TÜRLERİ

İsviçre Usul Kanunu'na göre ilk derece yargılaması üç türdür: genel (ordentliche yazılı) yargılama usulü, basit yargılama usulü, seri yargılama usulü ve aile hukukundan boşanma velayet ve çocuğun haklarına ilişkin özel yargılama hükümleri de yer almaktadır.

A. Genel Yargılama Usulü

Asıl yargılama usulü (olan yazılı) yargılama usulü ilgili uzlaşma dairesi tarafından anlaşmaya teşvik (Schlichtungsversuch) ile başlar. Anlaşma sağlanamazsa ardından davaya izin verilecektir. Davacı üç ay içerisinde davasını açabilir. Kanunda dava dilekçesinin içeriği düzenlenmiştir. Mahkeme daha sonra vereceği takdiri bir sürede davalıyı cevap vermeye davet eder. Çoğu zaman dava ve cevap dilekçelerini ikinci cevap dilekçeleri takip eder. Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olduğu gibi taraflar (yazılı veya sözlü olarak) ikinci cevap dilekçelerinde iddialarını ve savunmalarını genişletebilir (yeni vakıalar ve) yeni delil getirebilirler. İsviçre Usul Kanunu yeni iddia ile eski iddia arasında maddi bir bağlantı (sachlichen Zusammenhang) olması ve aynı yargılama türüne tabi olmaları kaydıyla iddiayı genişletme konusunda oldukça cömerttir.

Mahkeme tarafları her zaman ön inceleme duruşmasına (tensip tutanağı düzenlenmesi!) –bilgi almak için- çağırabilir. Ön inceleme duruşmasında taraflar uzlaşmaya teşvik edilir. Yargılama -tahkikat- duruşmalarla devam edecektir. Her iki

taraf da –bu süreçte- iddialarını açıklayabilir ve delillendirebilirler. Sürece müteakip mahkeme bir karar verecektir.

Yazılı yargılama usulü, 30.000 CHF'den (125.000 TL) fazla miktarda uyuşmazlıklar için sözkonusudur. Ancak miktar şartı manevi tazminat içerikli (özellikle şahısvarlığına ilişkin) uyuşmazlıklar için geçerli değildir. (Yazılı yargılama usulü) daima dilekçeler teatisi ve -bir- tahkikat duruşmasından ibarettir. Bazen ek beyan dilekçeleri ve müzekkere yazılması da sözkonusu olabilir. Normal prosedür çoğu zaman yazılı olarak yürütülür. -Yazılı- yargılama yaklaşık 1 buçuk ila 3 yıl bazen daha da uzun sürer.

B. Basit Yargılama Usulü

Basit yargılama usulü de uzlaşma (Schlichtungsversuch) ile başlar. Eğer herhangi bir anlaşmaya varılamazsa, davacı üç ay içinde bir dava açabilir. Dava, bir dilekçeyle açılır fakat bu dilekçenin ayrıntılı olmasına gerek yok. Basit yargılama usulünde sözlü usuli işlemlerin yoğunluğu daha fazladır. Mahkeme tarafları davet eder. Her iki taraf Taraflar duruşmada sözlü olarak iddialarını ve savunmalarını yapabilir. Mahkemenin maddi hakikata ulaşmak için davayı aydınlatma yükümlülüğü basit yargılama usulünde daha fazladır. Bu nedenle basit yargılama usulü yazılı yargılama usulüne göre daha halk dostu ve daha hızlıdır.

Basit yargılama usulü 30.000 CHF (125.000 TL) değerinin altında kalan uyuşmazlıklarla ilgili ve bazı özellikle belirlenmiş uyuşmazlıklar için sözkonusudur örneğin, kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar.

C. Seri (Özet) Yargılama Usulü

Seri yargılama usulü Usul Kanunu'na göre en hızlı yargılama usulüdür. Uzlaştırma (Schlichtungsverfahren) bu yargılama türünde atlanmıştır. Talep ile birlikte dosya mahkemede derdest olur. Talebin tutanağa geçirilerek yani yazılı olarak doğrulanması gerekir. Mahkeme yargılamanın -usulü işlemlerin- yazılı olarak sürdürülüp sürdürülmeyeceğine karar verir. Yazılı olmasına karar verirse davalıya

cevap için kısa bir süre verir. Yada cevaplarını sözlü olarak sunabileceği bir imkan tanır. Burada tabii ki tarafların hukuki dinlenme hakları gözönünde bulundurulmalıdır. Seri yargılama usulü adli tatile tâbi olmayıp süreler çok kısadır.

Usul Kanunu'nda, seri yargılama usulüne tabi uyuşmazlıkları içeren uzun bir katalog yer almaktadır. Seri yargılama usulü geçici hukuki koruma tedbir talepleri için de geçerlidir. Bununla birlikte vakianın aydınlatılmasında hukuki yarar var ise:

Davacının iddiasını açıkça kanıtlayabilmesi ve hukuki belirsizlik olmaması durumunda, yani hem gerçekler hem de hukuki durum kesin olarak açıksa, bu durumda herhangi bir iddia seri yargılamada ileri sürülebilir. Aile hukuku anlaşmazlıkları (boşanmalar, vs.) hariçtir.

V. KARAR

Nihai kararlar hüküm fıkrası ile yazılı gerekçe olmaksızın açıklanabilir. Tarafların talebi üzerine on gün içerisinde gerekçeli karar tebliğ edilir.

Yalnızca mahkemelerin gerekçeli kararları ikinci derece mahkemesinde Beschwerde veya Berufung ile kaldırılabilir.

VI. KANUN YOLLARI

İlk derece mahkemelerinin verdiği uyuşmazlık konusu 10000 Frank'ın üzerinde olan veya şahıs varlığına ilişkin her karar Berufung kanun yoluna tabidir. 10.000 Frank'ın altındaki uyuşmazlıklar ise şikayete (Beschwerde) konu olur.

Her iki durumda da, ikinci derece mahkemesinde kanunun yanlış uygulanması ve maddi vakıaların yanlış (veya açıkça yanlış) tanımlanmasına dair inceleme sözkonusudur.

Her iki kanun yolu denetimi bakımından en önemli fark icrayı durdurmasında ortaya çıkar. Kural olarak kendiliğinden icranın durdurulması yalnızca İstinafta sözkonusudur. Kural olarak yalnızca istinaf icranın durdurulmasını ve hükmün kesinleşmesini önler.

Şikayete konu kararların icrasının durdurulması için üst (ikinci) derece mahkemesinin kararı gerekir.

VII. İLAMLARIN İCRASI YALNIZCA KONUSU PARADAN BAŞKA OLAN ALACAKLARA İLİŞKİNDİR

Usul Kanunu konusu paradan başka olmak kaydıyla ilamların icrasını da düzenlemiştir. Örneğın bir eşyanın iadesi veya men kararlarına ilişkin. Para alacaklarının icrası SchKG (İcra İflas Kanunu)'nda yer almaktadır.