Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX ve ICI Journals Master List veri tabanında taranan, HEINONLINE veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT UNIVERSITY FACULTY OF LAW

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
Journal of Commercial and Intellectual Property Law

MAKALE ÇAĞRISI
CALL FOR PAPERS

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet hukukuna dair herhangi bir konuda,

- Makale,
- Çeviri,
- Karar Tahlili,
- Kitap Değerlendirmeleri ve
- Diğer Akademik Çalışmalarınızı

bekliyoruz.

We invite you to submit your

- Articles,
- Translations,
- Case Reviews,
- Book Reviews and
- Other Academic Works

related to commercial and intellectual property law.

Web Sitesi / *Website* : aybu.edu.tr/hukuk/tfm

Makale gönderim / *Article submission* : dergipark.org.tr/tfm

İletişim / *Contact:* tfm@ybu.edu.tr

**TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizininde ve ASOS INDEX'te taranan,
HEINONLINE Veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.**

Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, cited in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS INDEX, also included in HEINONLINE database.

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi

Journal of Commercial and Intellectual Property Law

AYBÜ

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)

Journal of Commercial and Intellectual Property Law

Sahibi/*Owner*
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/*Managing Editor*
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/*Editors*

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi, Almanca Dil Editörü)
Öğr. Gör. Dr. Bahriye BAŞARAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Ar. Gör. Dr. Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi, İngilizce Dil Editörü)

Editör Yardımcıları/ *Assistant Editors*

Öğr. Gör. Dr. Ceren CERİT DİNDAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Arş. Gör. Şule IŞIN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu/ *Editorial Board*

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Rauf KARASU (Hacettepe Üniversitesi)
Doç. Dr. Cahit SULUK (İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (Uludağ Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACIÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX ve ICI Journals Master List veri tabanında taranan,
HEINONLINE veri tabanı üzerinden erişilebilen uluslararası ve hakemli bir dergidir.
Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, indexed in
TÜBİTAK ULAKBİM TR Index, ASOS Index and ICI Journals Master List, also included in HEINONLINE database.

Yayın Tarihi/*Date of Publication:* Aralık/*December* 2020
Yayın Türü/*Publication Type:* Yaygın Süreli Yayın/*Widespread Periodical*
İletişim Bilgileri/*Contact Information:* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitler Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik-Keçiören/ANKARA
Tel: +90 312 906 21 84
Belge Geçer/*Fax :* +90 312 906 29 62
Elektronik Ağ/*Website:* http//www.ybu.edu.tr/hukuk
E-posta/*E-mail:* tfm@ybu.edu.tr
Makale Gönderim ve Yazım Kuralları/*Article Submission and Author Guidelines:* http//www.dergipark.gov.tr/tfm
Baskı/*Printing:* www.pozitifmatbaa.com

Amaç: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), ticaret ve fikri mülkiyet hukuku alanları ile bunlarla bağlantılı bilimsel çalışmaları desteklemeyi ve bu suretle ekonomik ve sosyal gelişmeye katkı yapmayı amaçlamaktadır.

Mission: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) aims at promoting commercial and intellectual property law along with all academic works in these fields and thereby at contributing to economic and social development*

Kapsam: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret, Fikri Mülkiyet, Sermaye Piyasası, Banka ve Rekabet Hukuku alanlarıyla ilgili bilimsel nitelikteki her türlü makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalara yer vermektedir.

Scope: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) presents articles, translations, case reviews and other academic works related to commercial, intellectual property, capital markets, banking and competition law.*

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin yazım kuralları, etik ilkeleri ve yayın politikası için derginin resmî sitesini, www.*dergipark.org.tr/tfm* adresinden ziyaret ediniz.

For the publication guideline, ethical principles and publishing policy of the Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM), please visit the official website, at www.dergipark.org.tr/tfm

DANIŞMANLAR KURULU/*ADVISORY BOARD* *

Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	Akdeniz Üniversitesi/*University,* Antalya-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Altınbaş Üniversitesi/*University*, İstanbul-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE	ASBÜ/*Social Sciences University of Ankara*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Arzu OĞUZ	Ankara Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Feyzan ŞEHİRALİ ÇELİK	Ankara Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Aynur YONGALIK	Atılım Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON	Bilgi Üniversitesi/*University*, İstanbul-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Mertol CAN	Çankaya Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Ömer KORKUT	Çukurova Üniversitesi/*University*, Adana-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Jan LIEDER	Albert-Ludwigs *University* of Freiburg, Almanya/*Germany*
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ	İ. D. Bilkent Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Çağlar MANAVGAT	İ. D. Bilkent Üniversitesi/*University*, Ankara-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ	İbn Haldun Üniversitesi/*University*, İstanbul-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi/*University,* İstanbul-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi/*University*, Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Aslan KAYA	İstanbul Üniversitesi/*University,* İstanbul-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	İstanbul Aydın Üniversitesi/*University,* İstanbul-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Güzin ÜÇIŞIK	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi/*University,* Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD	*University of Köln*, Köln-Almanya/*Germany* (Em.)
Prof. Dr. Christoph ANN	*Technical University of Munich*/*Almanya*/*Germany*
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	Özyeğin Üniversitesi/*University,* İstanbul-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS	*University of Regensburg*, Almanya/*Germany*
Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi/*University*, Isparta-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Christoph Van der ELST	*Tilburg University*, Tilburg-Hollanda/*Netherlands*
Prof. Dr. Halit AKER	Uludağ Üniversitesi/*University,* Bursa-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Farid Sufian BIN SHUAIB	Uluslararası Malezya İslam Üni./*IIUM*, Kuala Lumpur / Malezya/*Malaysia*
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	Yaşar Üniversitesi/*University*, İzmir-Türkiye/*Turkey*
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	Yeditepe Üniversitesi/*University,* İstanbul-Türkiye/*Turkey*

* Üniversite adına göre sıralı/*Sorted by the name of university*

EDİTÖRDEN

Kıymetli Okuyucular,

TFM'nin 12. sayısını sizlere ulaştırmanın mutluluğu içindeyiz. Bu sayımızda yine ticaret ve fikri mülkiyet hukuku alanlarında çalışmalar yer almaktadır. Ticaret hukuku alanında; anonim şirketler ve sigorta; fikri mülkiyet hukuku alanında ise marka, patent ve coğrafi işaretler üzerine çeşitli araştırma makaleleri bulacaksınız. Ticaret hukuku çalışmaları arasında, hukukumuz açısından İsviçre hukukundaki yönetim kurulu sekreteri bağlamında önerilere odaklanan, azınlık pay sahiplerinin haklarının korunmasını inceleyen ve sigortacının aydınlatma yükümü ve buna aykırılıkların sonuçlarını ele alan çalışmalar yer almaktadır. Fikri mülkiyet hukuku çalışmaları arasında ise; ISS'de geliştirilen buluşlara uygulanacak hukuku konu alan, savunma markalarını inceleyen ve coğrafi işaretlerin AB ve Türk Hukuku açısından tescil şartlarını ele alan çalışmalar yer almaktadır. Bu sayımızda yer verdiğimiz bir diğer çalışma ise bir kitap incelemesidir.

İlk sayımızda da ifade ettiğimiz üzere, TFM'nin adında yer alan "ticaret" ibaresini sadece ticaret hukukunu ifade edecek şekilde dar anlamda kullanmadığımızı, bununla geniş anlamda ticari hayata ilişkin daha kapsamlı hukuki konuları kastettiğimizi belirtmek isteriz. Bu nedenle, ülkemizde her ne kadar farklı anabilim dalları şeklinde yapılandırılmış olsa da, özel veya kamu hukuku alanlarına temas eden daha geniş spektrumlu çalışmalara yer vermek istiyoruz. Zira günümüzde örneğin şirketler hukuku ile kişi hak ve özgürlüğü kavramlarının daha çok bir arada anılmaya başladığını görüyoruz. Bu nedenle ticaret hukuku konularının anayasa, idare ve vergi hukuku gibi alanlarla ilişkisine odaklanan çalışmalara yer vermek istiyoruz. Benzer bir durum, Anglosakson ve İslam Hukuku gibi diğer hukuk sistemleri ile mukayeseli ele alan çalışmalar bakımından da söz konusudur. Bu tür çalışmaların literatüre zenginlik katacağını ve uygulamaya ışık tutacağını düşünüyoruz.

Ülkemizdeki diğer birçok akademik hukuk dergisi gibi TFM'de de yayın çeşitliliğinin yeterli seviyede olmadığının farkındayız. Bu konuda özellikle karar tahlilleri ile ilkine bu sayıda yer verdiğimiz kitap tahlillerini belirtmemiz mümkündür. Bu vesile ile, yapacağınız kitap ve karar tahlillerine TFM'de yer vermek istediğimizi belirtmek istiyoruz. Önerdiğimiz kitap ve karar tahlili şablonlarını Dergipark sayfalarımızda sizlerle paylaşacağız.

Bu sayımızla birlikte TFM 6. yılını da doldurmuş oluyor. Dergimizin hem ülkemiz hem de uluslararası alanda tanınırlık seviyesinin yükselmesi ve çalışmalarınızın daha nitelikli mecralarda takip edilebilmesi için özel bir çaba içindeyiz. Bu vesile ile, dergimizin bu sayıdan itibaren ICI veri tabanında da taranmaya başladığı bilgisini de sizlerle paylaşmak istiyoruz.

İyi okumalar dileriz!

TFM Yayın Kurulu

EDITORIAL

Dear Readers,

It is our pleasure to bring you the 12th issue of the TFM to you. This issue includes studies in the fields of commercial and intellectual property law as usual. You will find various research articles on joint stock companies and insurance in the field of commercial law, and in the field of intellectual property law, on the trademarks, patents and geographical indications. Commercial law studies include researches that focus on recommendations in the context of the secretary of the board of directors in Swiss Law from the point of view of our law, examine the protection of the rights of minority shareholders, and address the insurer's burden of clarification and the consequences of violations. Among the intellectual property law studies, there are studies on the law to be applied to the inventions developed in ISS, examining defense brands and dealing with the registration conditions of geographical signs in terms of EU and Turkish Law. Another study we include in this issue is a book review.

As we mentioned in our first issue, we would like to point out that we do not use the term 'commercial', as in the name of the TFM, in a narrow sense to refer only to commercial law, but by this we mean broader legal issues related to commercial life. For this reason, we want to include broader spectrum of studies that deal with private or public law, although they are structured as different departments in our country. Because we see that today, for example, the concept of corporate law and the concept of individual rights and freedoms are being mentioned together. Therefore, we want to include studies that focus on the relationship of commercial law issues with areas such as constitution, administrative and tax law. A similar situation exists in respect to studies that deal with other legal systems such as Anglo-Saxon and Islamic Law. We think that such studies will enrich the literature and shed light on the practice.

Like many other academic law journals in our country, we are aware that the TFM is not at a level with sufficient publication diversity. In this regard, especially analyses regarding court decisions and a book review that the first of which we have included in this issue must be mentioned. On this occasion, we would like to state that we would like to include your analyses and reviews regarding court decisions and books in the TFM. We will share the book and decision analysis templates that we recommend on our Dergipark account.

With this issue, the TFM has completed its 6th year. We are making a special effort to increase the level of recognition of our journal both in our country and in the international arena and to introduce your work in more qualified channels. On this occasion, we would like to share with you that our journal has started to be indexed in ICI database as of this issue.

Have a nice reading!

TFM Editorial Board

İÇİNDEKİLER/*CONTENTS*

MAKALELER/*ARTICLES*

SAVUNMA MARKASI
DEFENSIVE TRADEMARK
DR. ÖĞR. ÜYESİ HEDİYE BAHAR SAYIN.....211

ULUSLARARASI UZAY İSTASYONUNA İLİŞKİN ANLAŞMADA PATENT HUKUKU ALANINDAKİ KANUNLAR İHTİLAFI KURALI
THE RULE OF CONFLICTS OF LAW REGARDING PATENT LAW IN THE INTERNATIONAL SPACE STATION AGREEMENT
DR. TUĞRUL ÇAKIR.....239

İSVİÇRE ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA YÖNETİM KURULU SEKRETERİ VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BİR ÖNERİ
THE BOARD SECRETARY UNDER SWISS CORPORATE LAW AND A PROPOSAL FOR TURKISH LAW
DR. ÖĞR. ÜYESİ EMRE KALENDER.....253

DISCUSSION SURROUNDING THE PRINCIPLE OF MINORITY SHAREHOLDER PROTECTION
AZINLIK PAY SAHİPLERİNİN KORUNMASI İLKESİNE YÖNELİK TARTIŞMALAR
ÖĞR. GÖR. DR. MELTEM KARATEPE KAYA.....265

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK HUKUKUNDA MENŞE ADININ VE MAHREÇ İŞARETİNİN TESCİL EDİLEBİLME ŞARTLARI
THE REGISTRATION REQUIREMENTS FOR THE DESIGNATIONS OF ORIGIN AND THE GEOGRAPHICAL INDICATIONS IN THE EUROPEAN UNION AND TURKISH LAW
DR. ÖĞR. ÜYESİ SALİH POLATER.....283

BONODA LEHTARIN DÜZENLEYEN LEHİNE AVAL VERİP VEREMEYECEĞİ HUSUSUNDA BİR DEĞERLENDİRME
AN ASSESSMENT OF WHETHER THE BENEFICIARY OF THE PROMISSORY NOTE CAN GIVE AVAL IN FAVOR OF THE DRAWER
DR. ÖĞR. ÜYESİ EBRU TÜZEMEN ATİK.....311

KİTAP ANALİZİ/*BOOK REVIEW*

YAŞAR, TUĞÇE NİMET: ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA "UYUM" (COMPLIANCE), ON İKİ LEVHA YAYINCILIK, İSTANBUL, EYLÜL 2020
YAŞAR, TUĞÇE NİMET: COMPLIANCE IN JOINT STOCK COMPANY LAW, ON IKI LEVHA YAYINCILIK, ISTANBUL, SEPTEMBER 2020
PROF. DR. HAYRİ BOZGEYİK 331

KARAR İNCELEMESİ/*CASE REVIEW*

KARAR İNCELEMESİ: SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜĞE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI
CASE REVIEW: INFROMATION DUTY OF INSURER AND THE CONSEQUENCES OF BREACH OF THIS DUTY
DR. ÖĞR. ÜYESİ RAMAZAN DURGUT & ARŞ. GÖR. ERKAM HAŞİM BULUT 337

Makaleler

Articles

SAVUNMA MARKASI[*]

DEFENSIVE TRADEMARK

Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN[**]

ÖZ

Marka bir teşebbüsün mallarını ve/veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan işarettir. Markanın çeşitli açılardan sınıflara ayrılması mümkündür. Tescil amacına göre marka türlerinden biri de savunma markasıdır. Savunma markası, asıl markanın korunması amacına yönelik olan ve onun gelişimini garanti altına alan markadır. Bu tür markalar, kullanma amacıyla değil, asıl markayı diğer markalardan korumak amacıyla sicile tescil edilir. Savunma markası, marka sahibinin diğer markalarını savunmak için kullandığı bir araçtır ve markanın ana işlevi olan ayırt edici işaret olma fonksiyonunu yerine getirmez. Marka bir malvarlığı değeri oluşturduğu için markanın korunması önem taşır. Tescilli marka, sahibine, ilgili işaret üzerinde tekel ve koruma hakkı sağlar. Savunma markası bu hakkın genişletilmesine sebep olur. Savunma markası, markayı kullanma zorunluluğunu ihlal etmesi ve kötüniyetli tescil örneği oluşturması sebebiyle marka hakkının kötüye kullanılması hallerinden biridir.

Anahtar Kelimeler: *Marka, Savunma Markası, Kötüye Kullanma.*

ABSTRACT

A trademark is a sign capable of distinguishing goods and/or services of an enterprise from those of another enterprise. It is possible to classify a trademark from various aspects. According to their registration purposes, a type of them is defensive trademark. A defensive trademark is a trademark serving trademark protection purposes and guaranteeing its development. Such trademarks are registered not to use them, but to protect the original one from other trademarks. A defensive trademark is a tool used for defending the other trademarks of the trademark holder and it does not function as a distinguishing sign, which is the primary function of the trademark. Trademark protection is important because the trademark constitutes an asset value. The registered trademark provides its holder with the monopoly and protection rights on the relevant sign. Defensive trademark, on the other hand, induce the expansion of these rights. A defensive trademark is one of the circumstances of trademark rights abuse because it violates the obligation to use the trademark and constitutes an example of malicious registration.

Keywords: *Trademark, Defensive Trademark, Abuse.*

[*] (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 04.08.2020 / Kabul Tarihi: 11.11.2020).

[**] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (hediyeb@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5175-8987).

I. GİRİŞ

Marka bir teşebbüsün mallarını ve/veya hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan işarettir. Sınai Mülkiyet Kanunu1 (SMK) madde 4'e göre; "marka ancak bir teşebbüsün2 mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesinin sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, sesler ve malların ve ambalajlarının biçimi olmak üzere her türlü işaretten oluşabilir". İşaret temelinde yapılan bu tanım, ortak ve garanti markaları dahil ticaret markaları ve hizmet markalarını da içerir. Ayrıca marka kavramı, sicile tescilli markalar ile kullanım suretiyle ayırt edicilik kazanmış markaları ve tanınmış markaları da kapsar3.

Markanın tanımından yola çıkarak bir markanın varlığından söz edilebilmesi için bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt eden ve koruma konusunu açık ve kesin olarak anlaşılacak şekilde sicilde gösteren bir işaretin bulunması gerekir[4]. Ayırt edicilik, marka olarak kabul ve tescilin işlevsel ve yasal (SMK m. 4, 5/1-c) unsurunu oluşturur. Bu unsur, Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) tarafından resen veya itiraz üzerine incelenir. SMK m. 4'te marka olarak tescil edilebilecek işaretler sınırlı sayıda sayılmamış, "*korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir*" ibaresi ile duyu organlarından en az birine hitap eden işaretlerin de tescil edilebilirlik şartları varsa marka olabilmesine imkân tanınmıştır.

Marka, belirli mal ve hizmetleri anonimlikten koruyarak, ferdileştirilmesini sağlamaktadır. Tüketiciler de bu sayede teşebbüslerin mal ve hizmetlerini birbirinden ayırd edebilmektedir. Bu bağlamda marka; ticari yaşamda ayırd edicilik, mal ve hizmetlerin kaynağını gösterme, reklam ve garanti fonksiyonu gibi önemli fonksiyonlar üstlenir[5]. Markanın işlevine göre (ticaret, hizmet markası), sahibine göre (ferdi marka, ortak marka, vekil markası) tanınmışlık düzeyine göre (alelade marka, tanınmış marka), tescil amacına göre (savunma markası, ihtiyat markası) şeklinde çeşitli sınıflara ayrılması mümkündür[6].

Bir malvarlığı değeri oluşturduğu için markanın korunması önem taşır. Tescilli marka, sahibine, ilgili işaret üzerinde tekel ve koruma hakkı sağlar. Markaya tanınan bu tekel hakkı temelde rekabetin[7] sınırlandırılmasında rol oynar. Markanın sağladığı hukuki korumanın hukuki düzlemde meşru sayılmasının sebebi, markanın ekonomi ve hukuk düzeni açısından pek çok yarar içermesidir[8]. Markanın sağladığı tekel niteliğindeki hak ve yetkiler

---

1 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG. Sayısı: 29944, RG Tarihi: 10.01.2017.

2 Teşebbüs kavramı, ticari işletmeden daha geniş bir kavramdır. Marka tescil ve kullanımı için ticari işletmenin varlığı zorunlu değildir. **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 11. Ayrıca bkz. **Ülgen**, Hüseyin/ **Helvacı**, Mehmet/ **Kaya**, Aslan/ **Nomer Ertan**, N. Füsun (2019) Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 452; Sınai Mülkiyet Kanunu'nda "teşebbüs" ve "işletme" kavramları aynı anlamda kullanıldığı hususunda bkz. Uzunallı, s. 20. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'de "teşebbüs" yerine "işletme" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı hususunda bkz. **Arkan**, s. 36.

3 **Çağlar**, Marka Hukuku, s. 11.

4 **Bozer**, Ali/ **Göle**, Celal (2018) Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 245; **Uzunallı**, s. 20.

5 **Suluk,** Cahit/ **Karasu,** Rauf/ **Nal,** Temel (2019) Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 159 vd.

6 **Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, s. 18 vd.; **Karaca**, Osman Umut (2018) Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları (2. Baskı) Ankara, Lykeion Yayınları, s. 17 vd.; **Tekinalp**, s. 369 vd.; **Ülgen**/ **Helvacı**/ **Kaya** / **Nomer Ertan**, s. 464.

7 Marka hukuku, marka sahibinin sübjektif hakkının, haksız rekabet hukuku ise dürüstlük ilkesine aykırı ticari yöntem ve uygulamalar karşında emek ilkesi uyarınca birikim, yatırımın ve işletmesel çabanın korunmasını hedef alır. **Tekinalp**, s. 37.

8 **Kaya**, Arslan (2017) "Kullanmama Sebebi İle Markanın İptali Kararının Etkisi Ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine" Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, XII Levha Yayınları, s. 375.

herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardır. Ancak bu haklar, sınırsız da değildir. Her hak gibi marka sahibinin markanın sağladığı hukuki korumayı kötüye kullanması mümkündür. Bu sebeple; marka sahibi, rakipler ve toplum çıkarları dikkate alınarak markanın sağladığı haklara bazı sınırlamalar getirilmiştir[9]. Tam da bu nokta çalışmanın "Savunma Markası"nı konu edinmesine sebep olmuştur. Savunma markası, marka sahibinin asıl/ana markasını diğer markalardan korumak amacıyla sicile tescil ettirdiği markadır. Bu bağlamda, marka sahibi, savunma markasını, kendi teşebbüsün mallarını ve/veya hizmetlerini başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamak amacıyla tescil ettirmemektedir. Marka sahibinin amacı, asıl/ana markasını korumaktır. Dolayısıyla, savunma markasını marka hukuku açısından değerlendirmek gerekir. Çalışmada öncelikle savunma markası kavramı ve unsurları tanımlanarak, savunma markasının benzer markalardan ayırt edilmesinin ardından, savunma markası kavramı kötüniyetli tescil ve markayı kullanma zorunluluğu açısından inceleme altına alınacaktır. Bu inceleme, yabancı hukuk sistemleri özellikle Alman Hukuku ile karşılaştırmalı şekilde gerçekleştirilmeye çalışılacaktır.

II. SAVUNMA MARKASI KAVRAMI VE UNSURLARI

Savunma markası, asıl markanın korunması amacına yönelik tescil edilen, asıl markanın gelişimini garanti altına alan markadır[10]. Doktrinde "savunma markası" kavramı yerine "koruyucu", "engelleyici" marka kavramına da rastlanır.

Bazı yazarlar; koruyucu markaları, "tescilli bir markanın koruma alanını genişletip geliştirmek, markanın taklidini kullanacak olası kimseleri markadan uzak tutmak için tescil ettirilen, asıl markadan ayırt edilemeyecek veya karıştırılma ihtimali yaratacak kadar benzer ancak asıl marka sahibi tarafından kullanılmayan markalardır" şeklinde tanımlar[11]. Bazı yazarlara göre ise tescilli ve halihazırda kullanılmakta olan bir markanın, aynısının farklı mallarda veya hizmetlerde tescil edilmesi veya markanın çeşitli varyasyonlarının tescil edilmesi suretiyle, esas markaya gerek işaret gerek ise kapsam olarak yaklaşma teşebbüslerini engelleyerek, esas markanın korunması amacını taşıyan marka "engelleyici marka"dır[12]. Bazı yazarlara göre ise asıl markanın korunması amacına yönelik olan gerçekte kullanma maksadı ile tescil edilmeyen markalar savunma markalarıdır[13]. Savunma, engelleme veya korucuyu marka tanımlarında ortak ve öne çıkan unsurlar bize açıklanmaya çalışılan kavramın aynı olduğunu gösterir. Bu bağlamda "savunma markası, tescilli ana/asıl markanın benzerlerinin aynı veya farklı mal veya hizmetlerde tescil edilmesi suretiyle, savunulmaya/korunmaya çalışılan markanın başkaca teşebbüslerce aynı veya benzerlerinin tescil edilmesinin önlenmesinin amaçlandığı fakat gerçekte kullanma amacının bulunmadığı marka" olarak tanımlanabilir. Söz konusu marka, sicile asıl/ana markanın savunulması amacı ile tescil edildiği ve yabancı hukuk sistemlerinde bahse konu markayı ifade etmek için "defensive trademark" "Defensivmarken" kavramlarının kullanıldığı dikkate alınarak, bu çalışmada "savunma markası" kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

Yukarıda yer verilen tanımlardan, savunma markasının ayırt edici unsurları şu şekilde tespit edilebilir: Marka sahibinde markayı kullanma irade-

[9] **Meran**, Necati (2015) Marka Hakları ve Korunması, Ankara, Seçkin Kitapevi, s. 165.

[10] **Fezer**, Karl-Heinz (2009) Markenrecht, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, MarkenG § 3 Rn. 34.

[11] **Çolak**, Marka Hukuku, s. 22; **Yaman**, Özlem (2019) "Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi" (Yüksek Lisans) Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 15; **Özkök**, Başak (2015) Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 43.

[12] **Kaya,** Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 53; **Karaca**, s. 22.

[13] **Bilgili**, s. 140.

sinin olmaması, markanın asıl markanın savunulması amacıyla tescili, asıl markaya benzer işaretlerin, hemen hemen tüm mal veya hizmet sınıflarında tescili[14].

Bu unsurlardan ilki, marka sahibinin markayı kullanma iradesinin olmamasıdır. Savunma markası, markayı kullanma amacıyla değil, asıl markayı diğer markalardan korumak amacıyla sicile tescil edilir. Böyle bir tescil, asıl marka karşısında ortaya çıkabilecek benzer markalara karşı asıl markanın koruma alanını genişletir. Bu markanın amacı; asıl markayı korumak ve asıl marka üzerinde rakiplerin olası eylem ve işlemlerini engellemektir[15]. Savunma markası, marka sahibinin tescilli markanın sağladığı yasal korumanın uygulama boyutunda tam olarak güvenceye alınmasını sağlar[16]. Amaç; asıl markanın korunması, savunulması olduğu için, marka siciline tedbir amaçlı tescil edilen savunma markasında, marka sahibinin markayı kullanma amacı bulunmaz[17]. Marka sahibinin amacı asıl/ana markasını kullanmaktır.

Bir diğer unsur, markanın asıl markanın savunulması amacıyla tescilidir. Marka sahibi, markayı piyasada işletmesinin ürünlerinin ayırt edici işareti olarak kullanmayı amaçlamaz. Savunma markasının amacı; tescil edilen, kullanılan asıl markayı diğer marka sahiplerinin markalarından korumaktır. Diğer bir anlatımla; savunma markası, marka sahibinin asıl markasını savunmak için kullandığı bir araçtır. Bu marka, markanın ana işlevi olan "ayırt edici işaret olma" fonksiyonunu yerine getirmez[18]. Savunma markası oluşturulmasının temelinde asıl markanın karıştırılmaya neden olabilecek benzerinin veya aynısının, aynı veya farklı mal veya hizmetlerde üçüncü kişiler lehine tescil edilmesine ya da bu kişilerce fiilen kullanılmasına engel olmaktır[19].

Son unsur ise asıl markaya benzer işaretlerin, hemen hemen tüm mal veya hizmet sınıfları için tescildir. Savunma markası oluşturulurken markanın tüm kombinasyonları aynı veya farklı mal ve hizmetlerde tescil edilmeye çalışılır. Bu sebeple, savunma markası yaratılırken markanın oldukça geniş ürün/hizmet yelpazesinde veya markayı oluşturan işaretin fazla sayıda kombinasyonlarının tescil edilmesine çalışılır[20]. Kanunun sağladığı imkanlardan yararlanarak markasını güvene almak isteyen marka sahibi, asıl markası ile karıştırılma ihtimali bulunan tüm işaretleri tescil ettirir. Böylece gerçekte az sayıda markayı kullanan marka sahibi, çok sayıda savunma markasını tescilini gerçekleştirir. Bu sayede, markanın sağladığı hakların kullanımının genişletilmesini sağlar[21].

Savunma markası markayı taklit etmek isteyen rakipleri markadan uzak tutmayı hedeflediğinden, asıl marka ile karıştırılması mümkün işaretler savunma markası olarak tescil edilir. Bu bağlamda, marka bir sözcükten oluşuyor ise sözcüğün ilk harfi veya önemli harfleri veya heceleri değiştirilerek ya da şeklin çok benzerlerine yer verilerek belirlenen markalar oluşturulur. "PAPATYA" markası için

14 **Lange**, Rn. 1157-1159.

15 **Arslan**, Özge (2019) Marka Hakkının Sona Ermesi, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 82; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 141; **İmirlioğlu**, Dilek (2018) Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi (2. Baskı) Ankara, Adalet Yayınevi, s. 233; **Lerach**, Mark (2009) Defensivmarken für Veranstaltungsbezeichnungen Eine Fallgruppe bösgläubiger Markenanmeldung gem. § 8 II Nr. 10 MarkenG?, GRUR 2009/2, s. 109; **Özkök**, s. 43; **Ülgen**/ **Helvacı**/ **Kaya** / **Nomer Ertan**, s. 463; **Yaman**, s. 15.

16 **Bozgeyik**, Hayri (2010) "Tescilli Markanın Kullanılması Ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C: I, Ankara, Turhan Kitapevi, s. 460.

17 **Lange**, Paul (2012) Marken-und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, C.H. Beck, München, Rn. 1157; **Özkök**, s. 47; Savunma markalarında markayı kullanma niyeti tescilde veya gelecekte mevcut olmadığından ihtiyat markalarına nazaran kanuna aykırılık teşkil ederler. **Bilgili**, s. 140.

18 **Fezer**, MarkenG § 3 Rn. 37; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 143.

19 **Bozgeyik**, s. 460; **Çolak**, Marka Hukuku, s. 22; **Yasaman**, Hamdi/**Altay**, Sıtkı Anlam/ **Ayoğlu**, Tolga/ **Yusufoğlu**, Fulurya/ **Yüksel**, Sinan (2004) Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi C. I, II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 642.

20 **Bozgeyik**, s. 460; Çolak, Marka Hukuku, s. 22; **Yasaman**, Hamdi/**Altay**, Sıtkı Anlam/ **Ayoğlu**, Tolga/ **Yusufoğlu**, Fulurya/ **Yüksel**, Sinan (2004) Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi C. I, II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 642.

21 **Fezer**, MarkenG § 3 Rn. 39.

"RAPATYA" "PARATYA" "PAPATYAM" gibi kullanım biçimleri savunma markasına örnektir[22].

Bu marka, şeklen asıl markaya kıyasla tamamlayıcı unsurlar bakımından farklılık gösteren, tescil amacı asıl markaya yönelik karıştırılma ihtimalini azaltmak olan markadır[23]. Örneğin, asıl marka olan "üç çizgi+Adidas" markasının yanında iki ve dört çizginin tescil edilmesi halinde son iki tescil savunma amaçlı kabul edilir[24].

Savunma markaları marka sınıfları içinde gerçek anlamda bir sınıf oluşturmaz. Bir markanın gerçek anlamda işlevini yerine getirmesi için kullanılması gerekir. Örneğin; Aspirin, Cosprin, Disprin, vs. savunma markanın işlevini yerine getirebilmesi için yeteri kadar kullanılması gerekmektedir. Aksi halde hükümsüzlük davası ile karşılaşılır[25].

A. SAVUNMA MARKASININ GEÇERLİLİĞİ

Savunma markasının en belirgin özelliği markayı tescil ettiren kişide markayı kullanma iradesinin bulunmayışıdır. Bu noktada, markayı kullanma niyeti/iradesi bağlamında, marka tescilinde marka hakkının kazanılma anı ve şartlarının genel olarak değerlendirilmesi gerekir:

Türk hukukunda, SMK'nun sağladığı korumadan yararlanabilmek için markanın tescil edilmesi şarttır[26]. Tescil edilmeyen marka TTK m. 54 vd.'ndaki haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Bu bağlamda, marka üzerindeki hak, marka olması mümkün bir işaretin seçilmesi, kamusal alanda ayrılması ve markanın markasal kullanıma konu edilmesi yoluyla ortaya çıkar. Tescil, SMK korumasından yararlanmak için gereklidir[27].

Marka tescil başvurusu, Marka Tescil Başvuru Formu'nun elektronik ortamda doldurulması yoluyla TÜRKPATENT'e yapılır. Marka başvurusunda, SMK m. 11[28] ve Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (SMKY) m. 5'de[29] düzenlenen bilgilerin yer alması gerekir. TÜRKPATENT, başvuruyu hak sahipliği ve şekli açısından inceler[30]. Marka başvurusu usulüne uygun yapılmışsa, başvuruda mutlak red sebepleri söz konusu değilse ve marka yayın sürecinde markaya itirazda bulunulmamış veya itiraz reddedilmiş ise marka "Marka Sicili"ne tescil edilir. Bu kapsamda, marka tescil sürecinde, tescil

---

22 **Çolak**, Marka Hukuku, s. 22.

23 **Karayalçın**, Yaşar (1968) Ticaret Hukuku I Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, s. 416.

24 **Ülgen**/ **Helvacı**/ **Kaya** / **Nomer Ertan**, s. 463.

25 **Tekinalp**, s. 370; **Yaman**, s. 15.

26 SMK m. 7/1'e göre, marka tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak markayı tescil ettirmeden kullanıma dayalı marka hakkı elde edilmesi de mümkündür. Önceki kullanımdan kaynaklanan hak sahipliği aynı veya benzer işaretlerin başkası adına tescil edilmesine engel olur (SMK m. 6/3). Ayrıca tanınmış marka sahibi, Türkiye'de markasını tescil ettirmemiş olsa bile markanın aynı veya benzerinin tesciline engel olabilir (SMK m. 6/4).

27 **Memişoğlu**, Sami Özgür (2019) Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 108.

28 SMKY (RG 24.04.2017, S: 30047) *"Madde 11- (1) Marka başvurusu; a) Başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri içeren başvuru formunu, b) Marka örneğini, c) Başvuruya konu mal veya hizmetlerin listesini, ç) Başvuru ücretinin ödendiğini gösterir bilgiyi, d) Başvuru, ortak marka veya garanti markası için yapılmışsa 32 nci madde kapsamında düzenlenmiş teknik şartnameyi, e) Rüçhan hakkı talebi varsa rüçhan hakkı talep ücretinin ödendiğini gösterir bilgiyi, f) Marka örneğinde Latin alfabesi dışında harf veya harfler kullanılmışsa bunların Latin alfabesindeki karşılığını, kapsar."*

29 24/05/2020 tarih 30047 sayılı RG yayınlanan SMKY "Madde 5- (2) *Başvuru formunda aşağıdaki bilgilerin yer alması zorunludur: a) Başvuru sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgileri. b) Başvuru vekil aracılığıyla yapılıyorsa vekilin kimlik ve iletişim bilgileri. c) Varsa rüçhan hakkı talebine ilişkin bilgiler. ç) Kanunun 4 üncü ve bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinde belirtilen şartları taşıyan marka örneği. d) Marka örneğinde Latin alfabesi dışında harf veya harfler kullanılmış ise bunların Latin alfabesindeki karşılığı. e) Marka başvurusuna konu malların veya hizmetlerin Nis Anlaşmasına göre sınıf numaraları ve bu numaralara uygun olarak düzenlenmiş listesi. f) Yetkili kişi veya kişilerce atılmış imza. g) Başvuru ücretinin, başvuru kapsamında birden fazla mal veya hizmet sınıfı varsa bu ilave sınıfların ücretinin ve varsa rüçhan hakkı talebine ilişkin ücretin ödendiğini gösterir bilgi. ğ) Varsa muvafakatnameye ilişkin bilgiler. h) Varsa ortak temsilciye ilişkin bilgiler. ı) Varsa ilave sayfa sayısı ve eklere ilişkin bilgiler".*

30 Şekli inceleme, SMKY md. 4'e göre başvuru sahibi, SMKY m. 5'e göre dilekçede yer alması gereken bilgiler ile SMKY m. 11'de yer alan şartların yerine getirilip getirilmediği ayrıca bu madde ve SMKY md. 6 sayılan belgelerin ibraz edilip edilmediği, tüm belgelerin SMKY'de öngörülen hususları kapsayıp kapsamadığı konularına ilişkindir (SMKY m. 8/1).

başvurusunun herhangi bir aşamasında başvuru sahibinin markayı kullanma niyetine dair bir beyan veya ispat şartı aranmamaktadır[31]. Aslında sübjektif şartın tespiti ve ispatı da tescil aşamasında oldukça zordur. Belki ispat ve tespitteki söz konusu zorluk, subjektif şartın aranmamasının temel sebebi olarak değerlendirilebilir.

Bir markanın sicile tescilinde marka sahibinin markayı kullanma iradesinin bulunması gerekmez. Bu bağlamda, marka sahibinin savunma markasını tescil ettirmesi ile markanın geçerli bir şekilde oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada doktrinde farklı görüşler mevcuttur: Bazı yazarlara göre, 556 sayılı KHK döneminde bu markaların tescil edilmiş ve halihazırda kullanılmakta olan markanın koruma kapsamını genişletmeyi hedeflemesi sebebi ile markanın fiilen korunmasına gerek bulunmamaktadır. Markanın tescil tarihinden itibaren beş yıllık süre zarfında kullanılmaması halinde iptal düzenlemesi içeren 556 sayılı KHK m. 14 bağlamında savunma markasının tesciline izin verilmez. Ayrıca marka mevzuatı ile getirilen sınıflama sistemi, asıl markanın benzer markalarla karıştırılma tehlikesini azaltmak için savunma markasına başvurma ihtiyacını azaltır[32]. Söz konusu markayı tescil talebinde bulunanın marka ticareti yapmak veya markayı tescil ettirdiği mallarla ilgili olmayan başkaca mallarda kullanma amacını taşıdığının anlaşılması üzerine, marka tescil talebinin reddedilmesi gerekir. Ancak bu yetki söz konusu amaçların çok açık olduğu hallerde kullanılmalıdır[33].

Doktrindeki başka bir görüşe göre, marka tescil başvurusunda başvuran bilerek hukuka aykırı hareket ediyor, talebinin hukuka aykırı olduğunu biliyor ise ortada kötüniyetli tescil söz konusudur. Bu tescil, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılmasının özel görünümü değildir. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılmasının objektif sınırını oluşturduğundan; bu tescil, TMK m. 3'de düzenlenen iyiniyet ile ilgilidir. Bu noktada, marka hukuku anlamında kötüniyet sonradan geçerlilik kazandırılamayan bir işlem yaratır[34].

Doktrinde bir diğer görüşe göre ise, markanın tescili aşamasında marka sahibinin hangi amaçla markayı tescil ettirdiğinin tespit edilmesi mümkün olmadığından, beş yıllık hoşgörü süresi zarfından savunma markasına tam koruma sağlanması, beş yıllık sürenin tamamlanmasından sonra markanın kullanılmadığının tespit edilmesi halinde korumanın kaldırılması gerekir[35]. Ayrıca kötüniyetli tescil sebebi ile markanın hükümsüzlüğü yoluna başvurulması da mümkündür[36].

Savunma markasında marka sahibinin ticari faaliyetlerinde kullandığı tescilli bir markası söz konusudur. Bu bağlamda, marka sahibinin bir işletmesi de mevcuttur. Ancak marka tescili için bir işletmenin varlığı zorunlu değildir. Bir gerçek veya

---

31 **Dirikkan**, Hanife (1998) "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti" Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 227 vd. ; **Yaşıyan**, Elif (2015) Marka Hukukunda Kötüniyet Kavramı Ve Kötüniyet Kavramının Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi (Uzmanlık Alan Tezi), Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, s. 46 vd.

32 **Arkan**, C. I, s. 59 ve dpn. 20. Yazara göre, marka mevzuatı ile birlikte uygulanan sınıflandırma sistemi sayesinde karışıklığa sebep olacak savunma markası tesciline gerek kalmamıştır. Çünkü marka sahibine markanın aynısı veya benzerinin özdeş mal veya hizmetlerde kullanılmasına engel olma olanağı tanınmıştır. Bu sistemde belirli bir grup içindeki kullanım tescilli marka açısından markanın kullanıldığını göstermekte ve markanın iptalini engellemektedir. Ancak farklı bir görüşe göre, markanın kayıtlı olduğu sınıfta sadece bir ürün/hizmet için kullanımı o sınıftaki diğer ürünler bakımından kullanım yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelmez. **Çolak**, Marka Hukuku, s. 956. Dolayısıyla savunma markalarına olan ihtiyaç azalmış değildir. **Bozgeyik**, s. 460; **Özkök**, s. 46.

33 **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 231; **Karayalçın**, s. 413 ve 415.

34 **Balık**, İfakat (2018) "6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili" BATİDER, C: 34, S. 2, s. 452; **Memiş**, Tekin, (2009) "Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar": Memiş, Tekin (Editör), Fikri Mülkiyet Yıllığı, İstanbul, XII Levha Yayınları, s. 416 vd.; Balık, s. 452.

35 **Dirikkan**, s. 230 dn. 39; **Özarmağan**, s. 65; **Sert**, Selin (2007) Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 58.

36 **Tekinalp**, s. 459; **Ülgen**/ **Helvacı**/ **Kaya** / **Nomer Ertan**, s. 463.

tüzel kişi, bir teşebbüse bağlı olmaksızın marka tescilini gerçekleştirebilir[37]. Bu durum, marka üzerindeki hakkın devri, lisans sözleşmesine konu olması ve markanın işletmeden bağımsız olarak ekonomik açıdan değerlendirilmesinin mümkün olmasıyla uyumludur. Ayrıca tescilli bir marka sahibi olmak için markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili işletmenin varlığı zorunlu değildir. Bu bağlamda, tescilden kaynaklanan marka hakkı, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerle ilgili faaliyetlerin sürdürüldüğü bir işletme ve marka kullanma niyetinden bağımsız olarak doğar. Üstelik tescil başvurusunda bulunan, markayı bizzat kullanmaksızın onu devretmek, lisans vermek niyetiyle marka tescil başvurusunda bulunabilir. Böyle bir niyet, tescil başvurusunda bulunanı kötüniyetli yapmaz[38]. Dolayısıyla, marka tescilinde bulunan kişinin markaya ilişkin niyetinin/saîkinin tespit edilmesi zor olduğu gibi, tespit yapılsa bile, bu tespit her zaman doğru sonuca işaret etmeyebilir.

Hukukumuzda marka tescili sırasında başvuruda bulunanın markayı kullanma niyetine dair herhangi bir ispat yükümlülüğü söz konusu değildir. Kullanma niyetinin bulunmadığı ancak markanın uzun süre kullanılmaması halinde tespit edilebilir. Dolayısıyla, tescil sırasında markanın tescil edilme amacının tespitinin imkansızlığı dikkate alındığında savunma markalarının (markanın koruma alanına giren faaliyetlerde bulunan iyiniyetli üçüncü kişileri baskı altında tutmak, onları finansal olarak yıpratmak, tescil engeli oluşturmak niyeti açık bir şekilde söz konusu değil ise) hoşgörü süresi boyunca marka korumasından yararlanması gerekir. Yukarıda arz edilen görüşler bağlamında, marka tescilinde markayı kullanma iradesindeki eksikliğin marka tescilinin kurucu unsurlarından olmadığı göz önüne alındığında, tescil prosedürünü SMK ve SMKY kapsamında tamamlamış olan bir marka, sahibine hukuken geçerli bir marka koruması sağlar. SMK'da markanın derhal kullanım zorunluluğuna ilişkin bir düzenlenme de olmadığından, savunma markası sicilden silinene kadarki süreçte hukuken geçerli bir marka olarak kabul edilmelidir.

B. BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE SAVUNMA MARKASI

Alman Hukuku'nda savunma markasına[39] (Defensivmarken) ilişkin gelişimi ikiye ayırarak incelemek gerekir. Emtia İşaretleri Kanunu (*Warenzeichengesetz*-WZG) döneminde savunma markaları hukuken geçerli olarak kabul edilmiştir. Ancak Dreitannen[40] kararında Alman Federal Mahkemesi *(Bundesgerichtshof-BGH)* henüz piyasada tam kabul gör-

[37] Tekinalp, s. 369 ve 386. SMK m. 3 uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının SMK ile sağlanan korumadan yararlanması için ticari faaliyette bulunmasına gerek yoktur. Türkiye Cumhuriyeti içinde yerleşim yeri olanlar veya sınai ya da ticari faaliyette bulunanlar da bu korumadan yararlanırlar (SMK m. 3/1, b). Paris Anlaşması ile kurulmuş olan Birliğe üye ülkelerin vatandaşları ve o ülkelerde ciddi, işler durumda bir ticari veya sınai müessesesi veya yerleşim yeri olan kişiler de korumaya dahildir (SMK m. 3/1, c). Sınai veya ticari faaliyetin varlığı sadece SMK m. 3/1, b ve c açısından aranır.

[38] **Dirikkan**, s. 227-229 vd.

[39] Alman Hukuku'nda markanın tescilden sonra hiç kullanılmaması durumuna ilişkin görüşler şöyle özetlenebilir: Bir görüşe göre, tescile rağmen markanın kullanılmaması sebebiyle hak hiç doğmamış sayılır. Bu görüş, marka sahibine marka kullanımına yönelik işletme hazırlıkları yapma konusunda zaman tanımamaktadır. Bir başka görüşe göre ise, tescilli markayı kullanma zorunluluğu vardır. Tescil ancak kullanma niyeti ve bunu takip eden kullanım varsa hakkın doğumunu ve korunmasını sağlar. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 232.

[40] Alman Federal Mahkemesi söz konusu kararı ile konuya ilişkin önceki kararlarından tamamen farklı şekilde, savunma markasının ancak özel durumların varlığı halinde korunabileceğine hükmetmiştir. Savunma markalarının korunabilmesi için ihlal amacı taşıyan marka ile savunma markası arasında karıştırılma tehlikesinin bulunması; savunma markası ile ihlal edici marka arasında ortak yönlerin ve benzerliklerin olması ve asıl markanın ek korunmaya ihtiyaç duyması gerekir. Korunacak marka, bununla beraber karıştırılma ihtimali olan marka, asıl markanın benzerlik alanında yer alıyorsa, asıl markanın ek koruma ihtiyacından söz edilmez. Benzerlik alanı çerçevesi kesin şekilde sınırlandırılmıştır. Bu çerçeve, asıl markanın tescilli olmadan elde edebileceği kurumadan daha fazlasını sağlamaz. Savunma markasını, hakkın kötüye kullanılması açısından değerlendiren Mahkeme, asıl markanın mevcut ve normal koruma sınırını aşan ve başka markaların engellenmesi amacını taşıyan markaların şekli marka hakkının kötüye kullanılması teşkil edeceğine karar vermiştir (BGHZ, 29.03.1960, 32, 133 ff.). **Fezer**, § 3 Rn. 41 vd.

memiş asıl markaya bağlı savunma markasına zayıf bir koruma sağlamış, ardından piyasada kendisini normal derecede kabul ettiren asıl markalara ilişkin savunma markalarına hukuki koruma sağlamamıştır. WZG döneminde, marka kullanma zorunluluğunun getirilmesi üzerine savunma markaları başvuru üzerine hükümsüz sayılmıştır. Alman Markalar Kanunu (*Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen*-MarkenG) döneminde ise savunma markalarının tescili engellenmiştir. Marka sahibinin kullanma iradesindeki eksiklik MarkenG m. 3/1'e aykırı olduğu için bu tür markaların tescili mümkün değildir. Savunma markaları, savunma amaçlı tescil edildikleri için aslında tescil edilmelerine dayanak teşkil eden haklı bir sebep yoktur. Bu dönemde de savunma markaları ayırt edicilik sağlamadıkları ve kullanma amacı gütmedikleri için beş yıllık hoşgörü süresi içinde dahi MarkenG m. 50/1 gereği hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Ayrıca beş yıllık sürenin geçmesi, sona erme sebebi olarak kabul edilir (MarkenG m. 49)[41].

İsviçre Hukuku'nda ise mahkeme kararları ve doktrin tarafından savunma markaları, gerçekte kullanım amacı taşımamaları, sicili gereksiz yere işgal etmeleri ve haksız surette marka korumasından yararlandıkları için hükümsüz kabul edilmektedir. İlgililer, mahkemeye başvuruda bulunarak savunma markasının söz konusu niteliğini ispat etmek kaydı ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep edebilir[42].

Fransız Hukuku'nda marka korumasının bu şekilde genişletilmesi markanın kullanma zorunluluğu bağlamında değerlendirilir ve tescil sırasında marka sahibinin tescil amacının tespitindeki güçlük göz önüne alınarak hoşgörü süresinin sonunda halen kullanılmayan markaların sicilden silinmesi yoluna başvurulur[43].

İtalyan Hukuku'nda ise İtalyan Marka Kanunu m. 24'te (*Codice della proprietà industriale*) yer alan düzenleme ilgi çekicidir. Düzenlemeye göre, markasını kullanmayan marka sahibinin, aynı zamanda bir veya daha fazla başkaca benzer markanın da sahibi olması durumunda, bu markalardan en az bir tanesi aynı mal veya hizmetin işareti olarak kullanılıyor ise kullanılmayan marka da, marka korumasından yararlanır. Daha açık ifade ile savunma markaları açısından markanın beş yıl kullanılmaması durumuna ilişkin bir istisna söz konusudur. Topluluk Markası Tüzüğü (*Council Regulation (EC) on the Community Trade Mark*) m. 43/2'e göre, marka sahibinin haklı sebeplerle kullanılmayan topluluk markasının korunmasını talep etmesi için savunma markasının İtalyan Hukuku'nda korunduğu itirazında bulunması gerekir. İtalyan Hukuku'ndaki bu kabul, Avrupa Birliği Hukuku'nda onay görmemektedir. Böyle bir markanın tescili -özellikle ticari amaçlı koruma fonksiyonlu marka kullanımı- doğru olmayıp, topluluk markasında markaya ilişkin düzenlemeler ile bağdaşmamaktadır. Ülkesel nitelikli savunma amaçlı marka tescilleri Avrupa Birliği Hukukunda dikkate alınmaz[44]. Bu kapsamda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın bazı kararları da mevcuttur. Divan, daha çok "seri marka" kavramı üzerinde durduğu kararında; savunma markası olgusunun, 40/94 sayılı Tüzük ile uyumsuz olduğuna, bir topluluk markası tescil başvurusuna itiraz eden ulusal tescil sahibinin, 40/94 sayılı Tüzük m. 43/2 – 3[45] uyarınca, üzerine

41 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 141 vd.

42 **Yasaman/Yüksel**, s. 643.

43 **Yasaman/Yüksel**, s. 643.

44 **Lerach**, s. 109.

45 **20 Aralık 1993 tarih ve 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü (EC)** Madde 43 Muhalefetin İncelenmesi- 2. Başvuru sahibinin talep etmesi halinde, muhalefet bildiriminde bulunan daha önceki bir Topluluk ticari markasının sahibi, Topluluk ticari marka başvurusunun yayın tarihinden önceki beş yıllık süre boyunca, önceki Topluluk ticari markasının Toplulukta, kayıtlı olduğu ve muhalefetinin gerekçesi olarak belirttiği mal veya hizmetlerle bağlantılı olarak gerçek kullanıma sokulmuşsa veya daha önceki Topluluk ticari markasının, kullanılmaması için uygun nedenler varsa o tarihte beş yıldan az olmamak üzere tescil edilmiştir. Bu hususta kanıt bulunmaması halinde itiraz reddedilecektir. Daha önceki Topluluk ticari markası, tescil edildiği mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı ile ilgili olarak kullanılmışsa, itirazın incelenmesi amacıyla, mal veya hizmetlerin sadece o kısmına ilişkin kayıtlı kabul edilecektir. 3. Paragraf 2, önceki ulusal ticari markanın Topluluk içinde kul-

düşen ispat yükünden kurtulmak için, sadece ticari olarak kullanılan bir markayı korumak (savunmak) amacıyla yapılan tescile izin veren ulusal bir düzenlemeye dayanamayacağına karar vermiştir[46].

Avrupa Birliği Adalet Divanı, başkaca ürünlerin yanı sıra, protein bazlı ürünler için tescilli "Protiplus, Proti, Proti Power" markalarının ulusal ticari marka sahibi, gıda takviyeleri, vitamin preparatları ve diyetetik gıda maddelerinde tescilli "Protifit" markasının iptal edilmesi ve markanın kullanımının yasaklanmasını talebiyle açılan davada ise şu şekilde hüküm kurmuştur: "89/104 sayılı Tüzük 10/2, a maddesinin[47], onu iç hukuka aktarmayı amaçlayan ulusal hükmün yorumlanmasına izin vermeyecek şekilde ele alınması gerekir. Bu bağlamda, 89/104 sayılı Tüzük 10/2, a maddesi, kullanıldığı biçimde tescil edilmiş ticari markanın korumasını güvence altına almak veya genişletmek amacıyla "savunma amaçlı" ticari markaya uygulanmaz."[48]. Daha açık bir ifade ile Divan, markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyen unsurlarla farklı bir biçimde kullanılmasının, markanın kullanılması şeklindeki kabulün, savunma markalarına uygulanamayacağını hükme bağlamıştır.

lanılmak üzere korunduğu Üye Devletteki kullanımın yerine, Madde 8 (2) (a) 'da atıfta bulunulan önceki ulusal ticari markalara uygulanacaktır.

46 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Defensivmarke&docid=62798&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=17591116#ctx1 > s.e.t. 07.10.2020 Avrupa Birliği Adalet Divanı 13.09.2007 tarih C-234/06 P kararı.

47 21 Aralık 1988 tarih ve *89/104* / sayılı EEC Birinci Konsey Direktifi Madde 10 Ticari markaların kullanımı-1. Tescil prosedürünün tamamlanma tarihini takip eden beş yıllık bir süre içinde, mal sahibi, tescil edildiği mal veya hizmetlerle bağlantılı olarak ticari markayı Üye Devlette gerçek kullanıma koymamışsa veya bu tür bir kullanım beş yıllık kesintisiz bir süre boyunca askıya alınmışsa, ticari marka, kullanılmama için uygun nedenler olmadıkça, bu Direktifte öngörülen yaptırımlara tabi olacaktır. 2. Aşağıdakiler de 1. paragrafın anlamı dahilinde kullanım teşkil edecektir: (a) Markanın tescil edildiği biçimdeki markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyen unsurlar bakımından farklı bir biçimde kullanılması…

48 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=128901&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1> s.e.t. 07.10.2020 Avrupa Birliği Adalet Divanı 25.10.2012 tarih C-533/11 kararı.

III. SAVUNMA MARKASININ BENZER KAVRAMLARLA İLİŞKİSİ

A. SERİ MARKA

Seri marka; marka sahibinin önceki marka veya markaları ile bağlantılı olduğu imajını veren bir marka oluşturmasıdır. Bu markada tescilli markanın kök unsuru korunmakta, bu kök unsurun yanına yeni başka unsurlar eklenmektedir. Böylece markalar dizisi oluşturulur[49]. Seri marka kavramı özellikle telekomünikasyon, teknoloji, gıda, kozmetik sektörlerinde görülen bir uygulamadır. İşletmeler kendilerine ait çeşitli mal ve hizmetler için aynı kök unsuru içeren markalar hazırlayarak, bir nevi marka ailesi oluştururlar[50]. Seri markanın söz konusu olabilmesi için aynı ortak unsura sahip yeterli sayıda markanın piyasada kullanılıyor olması gerekir. Bu sebeple marka sahibinin tescil başvurusundan itibaren kullanmayı amaçlamadığı sadece asıl markayı koruyabilmek için onun çeşitli varyasyonlarını tescil ettirdiği savunma markaları aynı ortak unsuru taşısalar bile seri marka olarak kabul edilemezler[51].

B. İHTİYAT MARKASI

İhtiyat markaları gelecekte kullanılmak üzere tescil edilen markalardır. Savunma markaları tescil anında veya gelecekte kullanılma amacı taşımama noktasında ihtiyat markalarından ayrılır[52].

İhtiyat markasında, marka sahibi öncelikle başkaları tarafından ileride tescil edilme riski bulunan bir işareti tescil ettirerek kendini güvence altına alır. Marka sahibi, ileride ticari faaliyetini genişlet-

49 **Yıldız**, Burçak (2018) "Mükerrer Markanın Seri Markasının Tescili -SMK M. 5.1.Ç Ve 6.1 Hükümlerine Yargıtay Kararları İle Getirilen İstisna" BATİDER, C. 34, S. 4, s. 94.

50 Örneğin "i-" kök unsurunu içeren "iPhone", "iPod", "iPAd" ve "iMac" markalarında olduğu gibi. **Karaaslan**, Pelin (2016) "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Uygulamalarında 'Seri Markalar', Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, C. 12, S. 48, s. 1132.

51 Marka sahibinin tescil anında değil de sonraki bir zamanda kullanmayı planladığı ihtiyat markaları (*Vorratsmarken*) marka serisi oluşturmaz. **Karaaslan**, s. 1141.

52 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 140

mesi haline binaen markayı kendi nezdinde hazır tutar. İhtiyat markasının markanın sağladığı hakların kötüye kullanılmasına hizmet etme potansiyeli yüksektir. Öncelikle çok sayıda ihtiyat markası tescili, marka sicilinin fonksiyonunu yerine getirememesine sebep olur. Kanunun vermiş olduğu yetki aşılarak çok sayıda ve korunması gereken haklı bir menfaat olmadan marka tescili halinde ihtiyat markasının kötüniyetli tescilinin söz konusu olduğu söylenebilir[53].

Savunma markasında marka sahibinin tescil anında markayı kullanma iradesine sahip olup olmadığının belirlenmesinde olduğu gibi ihtiyat markasında da marka sahibinin markayı gelecekte kullanma iradesinin tespitinde güçlük vardır. Bu noktada aslında ortada bir marka varsa ve engelleme amaçlı marka tescilinde ihtiyat markası yerine savunma markasından da söz edilebilir. Yani savunma markası ile ihtiyat markası arasındaki çizgi oldukça incedir.

C. ENGELLEME MARKASI

Markanın kullanılmasının engellenmesi veya durdurulması amacını taşıyan markalar engelleme (*sperre durch Markenwerb*)[54] markalarıdır. Başvuru sahibi başkası tarafından kullanılan markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini tescil ettirerek sırf belli bir kişinin piyasaya girmesini önleme amacı taşır. Bu markalarda başkasının kullandığı markanın[55] aynısını veya benzerini söz konusu durumu bilerek[56] ve haklı bir sebep olmaksızın[57] tescil edilmesi öncelikle hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eder[58]. Bir markanın rakiplerini haksız yoldan[59] engelleme amacıyla tescil edildiği tespit ediliyorsa ortada kötüniyetli tescilin söz konusu olduğu da söylenebilir. Bu bağlamda, marka amacını ve işlevini yerine getirmesi için değil, aksine haksız rekabet amacıyla tescil ediliyor ise kötüniyetli tescil oluşur. Markanın hangi amaçla tescil ettirildiğinin, tescilde ahlaka aykırı bir amacın güdülüp güdülmediğinin, kötüniyetli tescilin söz konusu olup olmadığının her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Engelleme markasında önemli olan engelleme niyetidir. Aslında seri marka ve savunma markası da genel olarak engelleme amacı taşıyan markalardandır[60]. Seri marka ve savunma markasında, marka sahibi başkasında ait olmayan bir marka tescil ederek yasal korumayı genişletmeye çalışırken, engelleme markasında başkasına ait markanın tescili söz konusudur. Engelleme markasının spekülasyon markasından farkı ise menfaat temini noktasındadır. Spekülasyon markasında marka sahibinin amacı; markasını üçüncü kişilere devrederek veya lisans vererek maddi menfaat elde etmek iken, engelleme markasında marka sahibinin amacı rakiplerinin söz konusu markayı kullanmasını engelleyerek piyasada tek olmaktır[61].

---

53 **Balık**, s. 458 vd.; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 144 vd.

54 Bu kavram ve markanın çok sayıda kötüye kullanma hallerini içine alan tanımı MarkenG. m. 8/II ve § 50/I kapsamında yer alır.

55 Engelleme markasından bahsetmek için tescil başvurusu yapılan marka üzerinde bir başkasının hukuken korunan yararı bulunmalıdır. Ancak marka hakkının kullanılması ve buna istinaden hak sahipliği elde etmiş olması gerekir. **Şenocak**, Kemal/**Yarayan**, Ali (2015) "Kötüniyetli Marka Tescili", *Terazi Hukuk Dergisi,* C: 10, S: 111, s. 102; Aksi görüş için bkz. **Yaşıyan**, s. 66

56 Başvuru sahibinin tescil ettirmek istediği markanın bir başkası tarafından kullanıldığını bilmesi veya bilmesi gereken hallerde kötü niyetten bahsedilir. Ancak bilme unsurun tespitinde ağır şartlar aranmamalıdır. Eğer başvuruda bulunan tacir ise basiretli iş adamı gibi hareket yükümlülüğü bağlamında objektif özen kriteri işletilmelidir. **Karasu**, s. 10; **Şenocak/Yarayan**, s. 103.

57 Engelleme markasından söz etmek için, marka tescil talebinde haklı sebebin olmaması gerekir. Eğer başvuru sahibi tescilden önce söz konusu işareti kullanarak hak elde etmişse veya müşteri çevresi açısından markanın kaynak gösterme fonksiyonu gerçekleşmişse tescilde engelleme amacından bahsedilemez. **Şenocak/Yarayan**, s. 103.

58 **Balık**, s. 463; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 122 vd.; **Karasu**, 18 vd.; **Şenocak/Yarayan**, s. 103.

59 Engelleme markasında, markanın rekabet savaşlarında, rakipleri engelleme aracı olarak kullanmasının, marka tescilinin tek amacı olması zorunluluğu yoktur. Engelleme amacının, başvurunun önemli unsurlarında biri olması yeterlidir. **Karasu**, s. 21 vd.

60 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 124 vd.; **Karasu**, s. 18 vd.

61 **Karasu**, s. 19.

Engelleme ve savunma markalarının ortak noktası, markanın, markanın sağladığı hukuki koruma dışında özellikle rekabeti haksız surette sınırlama amacıyla tescil edilmedir. Başvuranın tescilde markayı rekabet savaşında rekabeti engelleme amacıyla araç olarak kullanması rekabete aykırı davranış teşkil eder. Engelleme markasında tescil edilen markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılacağı düşünülür. Bu başvuru planlanan kullanımı engellemeyi veya zorlaştırmayı amaçlar[62].

D. SPEKÜLASYON MARKASI

Marka tescilinin başkalarına şantaj ve baskı amacı taşıdığı markalar, spekülasyon markalardır. Bu markalarda, marka sahibi markayı kullanma amacı taşımaz; marka ticareti yapma amacı taşır. Spekülasyon markalarının oluşmasında, marka tescili için herhangi bir işletmenin bulunması zorunluluğunun olmaması rol oynar[63]. Şart olmamakla birlikte genellikle işletme sahibi olmayan kişiler, Türkiye'de veya herhangi bir ülkede kullanılmayan işaretleri, işaretin yakın zamanda birileri tarafından kullanılacağını düşünerek marka olarak tescil ettirir. Daha açık ifade ile spekülasyon markaları, başkaları tarafından kullanılmayan işaretlerden oluşur. Marka sahibi, markayı üçüncü kişiye devretmek, lisans vermek, iltibas halinde men ve tazminat davası açmak amacıyla markayı baskı ve şantaj aracı olarak kullanır[64]. Bir markanın spekülasyon amaçlı tescil ettirildiğini ispat etmek oldukça zordur. Bu noktada, marka sahibinin işletme işletmemesi, çok sayıda markanın tesadüfi şekilde çeşitli mal ve hizmetler için tescili, marka sahibinin saldırgan davranışları ve açıklamaları bu marka türünün tespitinde yol gösterici olabilir[65]. Markayı kullanma niyetiyle tescil ettirip ardından kullanmayıp markanın devredilmesinin veya markanın lisans verilerek menfaat elde edilmesinin hukuka aykırılık olmadığının da ayrıca belirtilmesi gerekir. Spekülasyon markası, marka sahibinin kullanma amacı taşımayıp marka hakkını amacı dışında kullanıp menfaat temin etmesi sebebiyle savunma markasına benzer.

E. TUZAK MARKA

Tuzak markada marka başvurusunda bulunan, markayı, kendisine doğrudan veya lisans sözleşmesi akdederek dolaylı şekilde para ödemesi için baskı aracı olarak kullanır. Marka sahibi, tescille elde ettiği markaya ilişkin haklarını engelleyici etkili bir baskı aracı olarak kullanmayı hedefler. Bu bağlamda tuzak markalar aynı zamanda engelleme markası olarak da işlev görürler. Tuzak markada marka sahibi, iyi veya kötüniyetli birinin (kurban) aynı marka veya karıştırılabilecek düzeydeki marka tescil başvurusuna kadar bekler. Tescil ettirdiği çok çeşitli ve sık sık değişen ürün türleri kapsamında elde ettiği tekel hakkı çerçevesinde markanın başkaları tarafından kullanılmasını engeller, tescil talebinde bulunanlar üzerinde baskı kurar ve bu sayede kazanç elde eder[66]. Bu noktada, tuzak markalar markanın markasal kullanımı amacı taşımaması sebebiyle savunma markalarına benzer. Bu bağlamda da savunma markaları gibi tuzak markanın kötü niyetli tesciline örnektir.

F. TRANSFER MARKA (MERCHANDISING MARKA)

Transfer markası ile bir sektörde tanınmışlığı yüksek bir marka başka sektörde kullanılarak, markanın kalite gösterme fonksiyonunun başka sektör-

---

62 **Lerach**, s. 108.

63 Tuzak markalar genellikle ticari faaliyetle uğraşmayan marka tasarımcısı, öğrenci vb. kişilerce kullanılır. Marka hukukuna hâkim olan markanın işletmeden bağımsızlığı prensibi gereği marka sabi olmak için işletme sahibi olmaya gerek yoktur. Bu bağlamda, işletmesi bulunmayan kişilerin marka tescilleri bir markanın tuzak marka olduğunun tek başına göstergesi değildir. **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 130; Benzer şekilde bkz. **Karasu**, s. 15.

64 **Karasu**, Rauf (2008) "Spekülasyon ve Engelleme Markaları", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C. 8, S. 3, s. 12; **Şenocak/Yarayan**, s. 104; **Balık**, s. 459 vd.; **Yaşıyan**, s. 66.

65 **Balık**, s. 460; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 135.

66 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 128 vd.; **Balık**, s. 461 vd.

lerde zahmetsizce elde edilmesi sağlanır[67]. Transfer markasında, öncelikli kullanımda bulunan bir markanın itibar ve imajından bu markayı başka tür mallarda kullanmak suretiyle yararlanılır. Bu sebeple, markayı öteden beri kendi mallarında kullanmakta olan öncelikli hak sahibi bundan zarar görür[68]. Böyle bir markanın tescili, mevcut bir markanın ünü/ imajının başka ürünlerde kullanılması için transfer edilmesi amacıyla yapılır. Önceki marka sahibinin markayı kullanımı başka malların kullanımının ardına gizlenir[69]. Markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerde elde ettiği itibarın veya reklam gücünün, başka mal ve hizmetlerde zahmetsizce kullanılmasına yönelik olması dolayısıyla transfer markası kötüniyetli tescil örneği teşkil eder[70]. Örneğin, spor markası olan "Adidas"ın, kozmetik veya süs eşyası markası olarak kullanılması gündeme gelmektedir. Bu alanda imaj transferi, ürün korsanlığına dahi ulaşabilmektedir[71].

Bu marka türünde marka sahibi ile markanın kullanıldığı ürünü üreten/pazarlayan kişi farklıdır. Söz konusu markalar; markanın kaynak gösterme, ayırt etme fonksiyonlarını yerine getirmesini mümkün kılmaması sebebiyle tartışma konusu olmuştur. Bu bağlamda, fonksiyonlarını yerine getirmeyen marka kullanılmış olsa dahi kullanma zorunluluğunu sağlayamaz. Bu markalar aslında lisanlı ürünler ile lisansız ürünlerin ayrılmasında, markayı kullanan teşebbüsün ürünlerini ayırt etmeyi sağladığından SMK m. 9 hükmü bağlamında kullanma zorunluluğunu yerine getirir[72]. Dolayısıyla söz konusu marka, savunma markasından bu anlamda farklılık arz eder.

IV. SAVUNMA MARKASININ İHLAL ETTİĞİ DÜZENLEMELER

Marka tescil başvurusunda SMK ve SMKY kapsamında gerekli şartlar yerine getirildiğinde tescil işlemi gerçekleştirilir. Başvuru sahibinin tescil talebinden, markayı kullanma niyeti olmadan kötüniyetle hareket ettiğinin tespit edilmesi zordur. Kötüniyetli marka başvurularını engellemek ve markanın asli amacına hizmet etmesini sağlamak için pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de kötüniyetli tescil ve markayı kullanma zorunluluğu düzenlemelerine yer verilmiştir.

A. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI VE KÖTÜNİYETLİ TESCİL

1. Genel Olarak Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Hakkın kötüye kullanılmasını incelemeye geçmeden önce dürüstlük kuralından bahsetmekte yarar vardır. TMK m. 2/1'e göre, "*herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır*". Dürüstlük kuralı; toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekalı kişilerin ahlak, doğruluk ve karşılıklı güven esaslarına uyan sürekli davranışları sonucu oluşan ve toplum tarafından da toplumsal menfaatlere uygun olması nedeniyle benimsenen kurallardır[73].

Dürüstlük kuralı bazen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile birlikte uygulanır, bazen de dürüstlük kuralının belirleyiciliği bir hakkın kullanılmasına gerek olmaksızın ortaya çıkar. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılmasının temelini oluşturur. TMK m. 2/2 gereği, "*bir hakkın açıkça*

---

67 **Karaca**, s. 61; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 136 vd.; **Yaşıyan**, s. 70 vd.; **Sert**, Selin (2007) "Mechandising Marka" Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 1164 vd.

68 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 136. Alman Hukukunda transfer markasının söz konusu olduğu hallerde marka sahibi markasının kötüye kullanımına karşı benzerlik alanı dışında sadece UWG m. 1'e göre korunur. **Wiedmann**, Elke (2002) Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht (Dissertation) Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, s. 188.

69 **Wiedmann**, s. 188.

70 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s.137.

71 **Wiedmann**, s. 188; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s.137.

72 **Karaca**, s. s. 61.

73 **Köprülü**, Bülent (1984) Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul, Acar Matbaacılık, s. 35 vd.; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 31 vd.; **Dural**, Mustafa/ **Sarı**, Suat (2019) Türk Özel Hukuku C. I, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 244.

kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". Hak, dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılır ise hakkın varlığından bahsedilir. Ancak hakkın sahibine tanıdığı yetkilerin dışına çıkılarak kullanılması halinde, hakkın kullanıldığı görüntüsü altında haksız bir davranış gerçekleştirilmiş olur; bu davranış ise hukuk düzenince korunmaz[74] [75]. Hakkın kötüye kullanılmasından söz etmek için hukuken geçerli şekilde kazanılan bir hakkın varlığı, hakkın amacına aykırı kullanılması ve hakkın kullanımında menfaatin olmaması gerekir. Kullanan için yararı olmayan kullanım, çelişkili davranışlar, dikkatsizce kullanma, haksız yere hak kazanma hallerinde hakkın amaca aykırı kullanımlarından bahsedilir[76]. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması hali, her somut olayda olayın özellikleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir[77].

2. Kötüniyet Kavramı

Hukukumuzda kötüniyet kavramının tanımı mevcut değildir. Kötüniyeti açıklamak için onun zıt ve tamamlayan kavramı olan "iyiniyet" kavramına başvurulabilir. TMK m. 3'e göre, "*Kanunun iyiniyete sonuç bağladığı hallerde asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*". Özel hukuka yön veren bir ilke olan iyiniyet, bir hakkın kazanılmasına veya hukuki durumun meydana gelmesine ait bir engeli bilmeme ve bilebilecek durumda da olmama durumudur. Hukukumuzda iyiniyet kural olarak korunmaz. Koruma ancak kanunun ona sonuç bağladığı hallerde söz konusu olur[78].

Kötüniyet, bir hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğması yönünden mevcut bir engeli, eksikliği veya benzeri bir durumu bilmek veya halin gerektirdiği özen gösterildiğinde bilecek durumda olmaktır[79]. Başka bir ifade ile kötüniyet, dürüst davranış standardından sapan, haksız davranış şeklidir. Ticari yaşamda kötüniyet ise ticari yaşamdaki dürüst davranış standardından sapan haksız, dürüst olmayan davranış şekli olarak tanımlanabilir[80]. Marka hukukunda kötüniyet ise marka olarak tescili talep edilen işaret, işletmesel kaynağa işaret etme aracı olarak kullanılmak yerine marka hakkının sağladığı tekelin üçüncü kişileri marka hukuku açısından haklı görülmeyecek şekilde engelleme amacıyla kullanılmak istendiğinde, söz konusu olur[81]. Ayrıca, marka hukukunda kötüniyet, markayı kullanma amacı olmaksızın sadece markayı

74 **Dural/ Sarı**, s. 256.

75 Bir hakkın hangi hallerde kötüye kullanıldığının temelini açıklayan çeşitli görüşler vardır. Subjektif görüşe göre, bir hakkın mutlak surette başkasına zarar verme amacıyla kullanılması halinde, hakkın kötüye kullanımı söz konusudur. Objektif görüşe göre, hak sahibi başkasına zarar verme maksadı yanında genellikle başka maksatlarla da hareket etmelidir. Bu görüşün somutlaşmasında hakkın yasal bir menfaat temini için kullanılıp kullanılmadığı, hakkın yasal ve ekonomik amaca uygun kullanımı veya hakkın ahlak kurallarına aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı ölçüt olmalıdır. Genel olarak bu görüşte, hakkın kötüye kullanımında dürüstlük kuralının esas alındığı görülür. Karma görüşe göre ise hakkın kötüye kullanılması için hakkın yalnızca başkalarına zarar verme amacıyla kullanılması yeterli olmayıp ayrıca hakkın bu amaçtan başka amaçlarla kullanılma imkânının olmadığı tespit edilmelidir. TMK m. 2/2 bağlamında görüşleri incelediğimizde, objektif görüşün TMK m. 2/2'ye hâkim olduğu söylenebilir. Hüküm, hakkın açıkça kötüye kullanılmasını engellemektedir. Bu bağlamda, başkasına zarar verme kastı yanında dışsal ve objektif olgularla hakkın kötüye kullanılmasının tespitinde rol oynar. **Bilgili**, Kötüye Kullanma, 33 vd.

76 **Akyol**, Şener (2006) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 10; **Antalya**, Gökhan/Topuz, Murat (2019) Medeni Hukuk C. I, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 497.

77 **Dural/ Sarı**, s. 257. Dürüstlük kuralı değerlendirme kuralı niteliğinde olup muhatabı hak sahibi iken, hakkın kötüye kullanılması yasağı değiştirici nitelikte kural olup yasağın muhatabı hukuku uygulayan hakimdir. **Antalya**, s. 507. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması emredici hükümler olup, aksine sözleşme yapılamaz. Hâkim, TMK md. 2'ye uygunluk denetimini re'sen yapar. **Akyol,** s. 10; **Köprülü**, s. 138.

78 İyiniyetli olmayan kişinin kötüniyetli olması gerekmediği gibi, kişi kötüniyetli olmayabilir ama iyiniyetli olması da gerekli değildir. **Antalya/Topuz**, s. 453.

79 **Dural/ Sarı**, s. 235.

80 **Şenocak/Yarayan,** s. 100. İlgilinin kendisinden beklenen özeni göstermemesi, fiili kötüniyet karinesini meydana getirir. Ancak kişi özen göstermemesine rağmen iyiniyetli olduğunu ispat edebilir. Özen göstermeme kötüniyet karinesi oluşturur fakat doğrudan kötüniyetin varlığına kesin delil teşkil etmez. **Köprülü**, s. 162 vd.

81 **Şenocak/Yarayan,** s. 100.

yedekte tutma, marka ticareti yapma veya şantaj amacına da işaret eder[82]. Bu bağlamda, savunma markası, işletmesel kaynağa işaret etme aracı olarak kullanılmak yerine marka hakkının sağladığı tekelin üçüncü kişileri marka hukuku açısından haklı görülmeyecek şekilde engelleme ve mevcut markayı koruma amacıyla kullanılmak istendiğinden, kötüniyet örneği oluşturur.

a. Marka Hakkının Kötüye Kullanılması

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel ilke olduğundan hukukun diğer alanlarında ve bu bağlamda marka hakkının kötüye kullanılmasında da uygulama alanı bulur. Markanın yasal olmayan amaçlar için veya markadan beklenen sosyal ve ekonomik amaca aykırı kullanılması başka bir ifade ile TMK m. 2/2'de yer alan dürüstlük kuralına aykırı kullanımı marka hakkının kötüye kullanılmasıdır. Marka hakkının dürüst kullanımı esastır. Tescilli markanın sahibine sağlamış olduğu koruma sınırını aşan tekelcilik, dürüst kullanım ilkesine aykırıdır[83]. Bu bağlamda, savunma markası, marka korumasından kanun öngörmediği şekilde yararlanmayı hedef aldığından daha açık bir ifade ile markaya ilişkin düzenlemelerin koruma sınırını aşar şekilde yararlanmayı amaçladığından dürüst kullanım ilkesine aykırılık teşkil eder.

b. Kötü Niyetli Marka Tescil Başvurusu
i. Genel Olarak

Kötüniyetli marka tescili[84], marka hakkının kötüye kullanılması olgusunun marka tesciline yansıyan boyutudur[85]. Daha açık bir ifade ile kötüniyetli tescil, başvuru sahibinin başvuru aşamasında kötüniyetle hareket etmesiyle sınırlı bir durumdur[86]. Eğer tescil başvurusunda, marka, işletmesel kaynağı gösterme aracı olarak kullanılmak istenmiyor, markanın sağladığı tekel hakkından yararlanılarak üçüncü kişi marka hukuku açısından haklı görülmeyecek şekilde engellenmek isteniyorsa, başvuru sahibi kötüniyetli kabul edilir[87]. Marka sahibinin markasını tescil ederken markanın kullanılış amacı ve fonksiyonlarına aykırı şekilde iyiniyetli kişileri baskı altına alma, şantaj yapma veya engelleme amacı gütmesi halinde de kötüniyetli tescil söz konusu olur[88]. Markanın kötüniyetli kullanımında ise, başvuru sahibinin tescil aşamasında kötüniyeti kural olarak söz konusu değildir. Bu durumda, dürüst şekilde markasını tescil ettiren bir kişinin, tescilin ardından, işlev ve amacına aykırı şekilde markayı kullanımı mevcuttur[89].

Marka tescilinde, kötüniyetle tescil talebinde bulunan, hak sahibi olmadığını bilmesine karşın dürüstlük kuralını ihlal ederek, tescil başvurusunda bulunur. Tescil sırasında dürüstlük kuralını ihlal eden başvuru sahibi, markanın aynısı veya benzerinin başkası tarafından kullanıldığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, tescil talebinde bulunanın kötüniyetinden söz edilebilir[90]. Savunma markasında da, marka tescil başvurusunda bulunanın, markanın sağladığı tekel hakkını kötüye kullanılarak, üçüncü kişileri markayı kullanmada engellenmeye çalışılması markanın kötüniyetli tesciline örnek teşkil eder.

Kanun koyucu, marka sahibi olmayı işletme faaliyeti yürütme veya işletmeye sahip olma şartına

82 **Dirikkan**, Tanınmış Marka, s. 254, dpn. 247; **Balık**, s. 450.

83 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 39 vd.

84 **Arkan**, C. II, s. 158. Bilgili'ye göre, öngörülen amaca ve kendisinden beklenen iktisadi işleve aykırı amaçlarla yapılan tescil kötüniyetli tescildir. Bu tescilin dürüstlük kuralına aykırı pek çok şekli söz konusudur. **Bilgili**, Kötüniyetli Tescil, s. 27 vd.; **Can**, s. 49.

85 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 40.

86 **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 249; **Balık**, s. 470.

87 **Tekinalp**, s. 486; **Şenocak/Yarayan**, s. 100; **Ülgen/ Helvacı/ Kaya / Nomer Ertan**, s. 493.

88 **Karasu**, s. 12; **Tekinalp**, s. 366.

89 **Paslı**, Ali (2014) Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına Etkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 529; **Bilgili**, Kötüye Kullanma, s. 249.

90 **Can**, Ozan (2015) "Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvurusu ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler", TFM, S. 1, s. 49.

bağlamayarak, markayı işletmeden bağımsız bir mal varlığı olarak kabul eder. Markanın işletmeden bağımsız bir mal varlığı olduğu kabul edilmesine bağlı olarak, marka başvurusunda işletme sahibi olma zorunluluğu bulunmasa dahi tescil başvurusunda bulunanın bir işletmeye sahip olup olmaması, iyiniyetin tespiti bakımından dikkate alınabilecek bir unsurdur[91]. Savunma markasında, marka sahibinin halihazırda kullandığı bir markası mevcut olduğundan, genellikle marka tescil talebinde bulunanın bu markaya bağlı bir işletmesinin varlığı söz konusu olur. Ancak marka sahibinin pek çok markayı belli bir marka etrafında tescil etmesi her zaman kötüniyet göstergesi olmayabilir. Bu durumda marka sahibinin davranışları, amaçları ve yasanın sağladığı hoşgörü süreleri dikkate alınmalıdır[92].

Kötüniyetli tescile ilişkin düzenlemeler temelde markanın işletmeye bağlılığı kuralının kaldırılması sonucu ortaya çıkması muhtemel sakıncalardan sicil sistemini koruma amacı taşır. Çok sayıda işaretin bir işletmenin varlığına gerek dahi duyulmadan tescili, markanın baskı ve şantaj amacıyla kullanılmasına zemin hazırlar. Dolayısıyla marka ticareti amaçlı tesciller engellenmeye çalışılır[93]. Savunma markasında, marka ticareti değil, tescilli markanın kanunun sağladığı yollardan korunması amacıyla tescil söz konusudur.

Kötüniyetin çok açık ve ağır olması hali dışında, bu durumun varlığının sicile başvuru aşamasında anlaşılması ve bu konuda itiraz üzerine kapsamlı bir incelemenin yapılması oldukça zordur. Kötüniyetli tescile ilişkin emareler daha çok tescilden sonraki aşamalarda kendini gösterir[94]. Savunma markasında, marka sahibinin markasını tescilden sonra uzun süre kullanmaması bu sürece örnektir. Dolayısıyla, markayı tescil amacı, başvuru sahibinin zihni durumu ile alakalıdır. Başvuru sahibinin bir markayı tescil ettirirken mevcut olan düşüncelerinin objektif emareler üzerinden ortaya konması gerekir. Somut olayın özellikleri, tescil edilen ve kaynak alınan markanın durumu, sahip olduğu hukuki korumanın kapsamı değerlendirmede önem arz eder. Tescil başvurusunun ve tescilin kötüniyetli olduğunu iddia eden bunu ispatla yükümlüdür[95]

Kötüniyet tescil anında mevcut olmasına rağmen sonradan ortadan kalkıp kalkmayacağı hususu ise tartışmalıdır. Bir kez kötüniyetle elde edilen tescilin, bu özelliğinin sonradan değişip değişmeyeceği kötüniyetin bir süre sonra değişme olasılığı somut olayın şartları içinde değerlendirilmelidir[96]. Örneğin, savunma markası ilerleyen zamanda marka sahibinin duyduğu ihtiyaç üzerine sahibince veya onun izni ile üçüncü kişilerce kullanılmaya başlanabilir. Söz konusu durumda marka gerçek fonksiyonunu gerçekleştirebilir.

ii. Kötüniyetli Marka Tescil Başvurusunun Hukuki Sonuçları

Kötüniyetli tescil, hakkın kazanılması sırasında, marka hakkının sağladığı yetkileri kullanmanın dışında hukuka aykırı herhangi bir amaçla tescil talebinde bulunulmasıdır[97]. SMK m. 6/9'da kötüniyetli tescil nispî red nedenleri arasında[98] sayılarak kötüniyetle yapılan marka başvurularının

---

91 **Karasu**, s. 15 vd.

92 **Güneş**, İlhami (2018) 6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu Işığı İle Uygulamalı Marka Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 395.

93 **Balık**, s. 456 vd.

94 **Bilgili**, Fatih (2007) "Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz", TBB Dergisi, S. 70, s. 38.

95 **Ülgen/ Helvacı/ Kaya / Nomer Ertan**, s. 491.

96 **Güneş**, s. 399.

97 **Balık**, İfakat (2018) "6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili" BATİDER, C: 34, S. 2, s. 450.

98 Nispî red sebepleri hak sahibinin kişisel menfaatleri gözetilerek belirlenir. Mutlak red sebeplerinin belirlenmesinde ise kamusal menfaat ön plandadır. Bu noktada kötüniyetli tescilin iki menfaate uzanan boyutu bulunur. Kötü niyetli tescilin sicilin fonksiyonunu gereği gibi yapması isteniyor ise bu tescilin mutlak red sebebi olarak düzenlenmesi gerekir. Ancak kötüniyetli tescilin marka hakkının engelleme, haksız yararlanma amaçlı kullanılmaması isteniyor ise (burada kişisel menfaatler söz konusu olduğu için) nispî red nedeni olarak düzenlenmesi uygun olur. **Balık**, s. 457; **Şenocak/Yarayan**, s. 104.

itiraz üzerine reddedileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, SMK m. 25/1'de mutlak ve nispî red nedenlerine atıfla hükümsüzlük nedenleri sayılarak, kötüniyetli tescil aynı zamanda hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmiştir[99]. SMK m. 27/1 gereği hükümsüzlük kararları, marka başvuru tarihinden itibaren etkili olur. Buna bağlı olarak, tescil hiç gerçekleşmemiş ve marka koruması hiç sağlanmamış gibi bir sonuç doğar. Aslında kötüniyetli tescil başvurusuna itiraz hakkı; TMK m. 2'de öngörülen hakkın kötüye kullanılması kurumunun özel bir görünümü olup; marka hakkının sağladığı tekelci korumanın hak sahibi tarafından kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağının tespitinden ibarettir[100]. Temel bir hukuk ilkesi olan dürüst davranma, markanın tescil edilmesinde de genel bir sınır teşkil etmektedir. Bu doğrultuda; hukuki düzenlemelerde kötüniyetli tescil başvurusu itiraz nedeni, kötüniyetli tescil ise hükümsüzlük nedeni olarak yer alır[101].

B. MARKAYI KULLANMA ZORUNLULUĞU

1. Genel Olarak Markayı Kullanma Zorunluluğu

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, markanın kullanımı ve tescili isteğe bağlıdır. Daha açık bir ifade ile marka sahibinin mal ve hizmetlerini bir marka altında sunması ve markayı kullanması durumunda markayı tescil ettirme yükümlülüğü söz konusu değildir[102]. Hakların kullanılması kural olarak ihtiyari olduğundan, marka sahibi markayı tescil ettirmekle onu kullanma zorunluluğu altına girmez[103]. Markadan beklenen ayırt edicilik fonksiyonunun ve markanın tescil edilmesi halinde tescil kapsamında korunması için markanın kullanılması gerekir[104]. Ayrıca, marka hakkının kazanılması sırasında markayı kullanma niyeti aranmaz. Tescille başlayan hak ve koruma, kural olarak markanın kullanılmasına bağlı olarak devam eder. Bu noktada markanın "markasal kullanımı" kavramı karşımıza çıkar. Bir işletmenin mal ve hizmetlerinin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesi için ticaret alanında markanın amacına yönelik, sürekli ciddi[105] ve aktif eylemlerle markanın kullanılması "markasal kullanım" olarak kabul edilir[106].

---

99 556 sayılı KHK döneminde kötüniyetli tescilin hangi red sebebi kapsamında yer aldığı ve hükümsüzlük sebebi oluşturup oluşturmadığı tartışmaları SMK ile sona ermiştir. 556 sayılı KHK döneminde kötüniyetli tescilin Türk Patent Enstitüsünce (TPE) resen araştırılmasına engel bulunmadığı yönünde bkz. **Tekinalp**, s. 427. TPE tarafından hazırlanan marka inceleme kılavuzlarında kötüniyetli tescil nispî red sebebi kabul edilmiştir. TPE, Marka İnceleme Klavuzu, 2015, s. 156; Aynı dönemde kötüniyetli tescilin mutlak red sebepleri arasında sayılmaması sebebi ile TPE'ce resen araştırılmayacağı yönünde bkz. **Bilgili**, Kötüniyetli Tescil, s. 27 vd.; **Karasu**, s. 36. HGK kararında ise "*556 sayılı KHK'nin 35/1. maddesi uyarınca tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açılabilmesi de KHK'nin amacına uygundur. Çünkü, KHK'nin 35/1. ve 42/1- (a) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen, MK.nun 2. maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir*" ifadeleri ile kötüniyetli tescilin genel ilke ve hüküm olan TMK m. 2 karşısında korunmayacağı vurgulanarak, kötüniyetli tescil hem red hem hükümsüzlük nedeni olarak kabul edilmiştir. HGK 16.07.2008 2008/11-501E ve 2008/507K. (www.kazanci.com.tr. Erişim Tarihi: 02.07.2020).

100 **Ülgen/ Helvacı/ Kaya / Nomer Ertan**, s. 491.

101 **Akgün**, Aliye (2017) "Kötüniyetli Marka Tesciline İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Değerlendirme" D.E.Ü Hukuku Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C: 19, S. Özel, s. 2203.

102 **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 224; **Ülgen/ Helvacı/ Kaya / Nomer Ertan**, s. 469.

103 **Bozgeyik**, Markanın Kullanılması, s. 462.

104 **Pekdinçer**, Tamer R./**Çoşğun**, Gizem (2019) "Markanın Kullanılmaması Sebebiyle İptaline İlişkin Güncel Sorunların Değerlendirilmesi", İKÜHD, C, 18, S. 1, s. 140; **Bozgeyik**, Markanın Kullanılması, s. 462.

105 Ciddi kullanım, markanın işlevlerine uygun ve menfaat elde edecek şekilde daha açık bir ifade ile markanın malın veya hizmetin piyasada tanınmasını ve diğer işletmelerin mal/hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayacak tarzda ve yoğunlukta, piyasaya hitap edecek şekilde kullanılmasıdır. **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 242. Markanın elde kalmasını temin etmek, markanın hükümsüz kılınmasını engellemek ve göz boyamak amacı taşımaması, suni ve gerçek dışı olmaması halinde ciddi kullanımdan söz edilebilir. **Bozgeyik**, Markanın Kullanılmaması, s. 470.

106 **Tekinalp**, s. 459. Arkan, markasal kullanımı, işareti taşıyan mal veya hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesinin alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılan kullanımı markasal kullanım olarak tanımlar. **Arkan**, Sabih (2000) "Mar-

SMK'da[107] markayı kullanma zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme mevcuttur[108]. SMK m. 9/1'e göre, markanın tescil edildiği mal ve hizmet sınıfı esas alınarak Türkiye'de ciddi şekilde kullanılması gerekir. Bu şekilde haklı sebep olmadan kullanılmayan veya kullanımına ara verilen markalar iptal edilir. SMK m. 9/2'de, markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden[109] farklı unsurlarla kullanılması[110], sadece ihracat amacıyla mal ve ürün ambalajlarında kullanılması ve marka sahibinin izni ile üçüncü kişi tarafından kullanılması, markanın kullanılması olarak kabul edilmektedir.

SMK m. 26'da markanın iptal sebepleri dört başlıkta toplanarak, tescilli markanın beş yıl boyunca haklı sebep olmadan kullanılmaması iptal sebebi olarak düzenlenmiştir[111]. Haklı sebeplerin[112] söz konusunu olduğu hallerde, markanın beş yılı aşkın bir süre kesintisiz olarak kullanılmaması, iptal kararı verilmesine engel olur. Kullanılmayan markanın iptal yaptırımına tabi tutularak sicilden silinmesi sayesinde üçüncü kişiler söz konusu markayı kendi adlarına tescil olanağına kavuşur; kullanılmayan markalardan temizlenen sicil ise fonksiyonunu gereği gibi yerine getirebilir[113].

Kullanılmama sebebi ile markanın iptali halinde iptal kararının etkisini hangi andan itibaren göstereceği konusunda 556 sayılı KHK zamanında çeşitli görüşler vardı. Bir görüşe göre, iptal kararı etkisini geçmişe yönelik olarak gösterir ve iptal sebebinin ortaya çıktığı ana kadar geriye yürür. Dolayısıyla karar beş yıllık sürenin dolduğu tarihe kadar etki eder[114]. Bir başka görüşe göre, iptal kararı etkisini iptal davası başvurusundan itibaren gösterir[115]. SMK m. 27/2'ye göre ise markanın iptali halinde karar, iptal talebinin TÜRKPATENT'e sunulduğu tarihten itibaren etkilidir. Ancak talep üzerine iptal hallerinin daha önceki bir tarihte doğmuş olması halinde iptal kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına karar verilebilir. İptal kararı ancak iptal sebebinin ortaya çıktığı ana kadar geriye yürüdüğünden, markanın kullanılmadığı ilk beş yıl bakımından SMK m. 27/3'te

ka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Kullanılması Zorunluluğu" BATİDER, C: 20, S. 3, s. 5 dpn. 1. Bektaş, markayı kullanma kavramı başlığı altında markanın işleve uygun kullanılması, kullanma niteliğinin ciddi biçimde olası gerektiğine işaret eder. **Bektaş**, İbrahim (2018) "Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmam Nedeniyle İptali-AB Adalet Divanı'nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C: 17, S. 2, s. 225 vd.

107 556 sayılı KHK'da markayı kullanma zorunluluğu açık şekilde düzenlenmemişti. KHK m. 42/1, c'de markanın kullanılmaması hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmişti. Anayasa Mahkemesi hükümdeki yaptırımının hükümsüzlük olması ve hükümsüzlük kararının geçmişe etkili sonuç doğurması sebebiyle mülkiyet hakkına müdahale kabul ederek hükmü iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi 09.04.2014 tarih, 2015/147E 2014/75K sayılı kararı). 556 sayılı KHK m. 14'de yer alan markanın kullanılmama sebebiyle iptaline ilişkin düzenleme ise Anayasa Mahkemesi 14.12.2016 tarih 2016/148E ve 2016/189K sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

108 **Çağlar**, Markayı Kullanmama, s. 12. Aksi görüş için bkz. **Karaca**, s. 27.

109 Tescilli markanın tescil dolayısıyla elde ettiği korumadan yararlanması için tescil edildiği şekilde kullanması gerekir. Aksi halde markadan doğan hakkın kapsam dışında kullanılması ve belirli süre kullanılmamaya bağlı iptal yaptırımını gündeme getirir. Bu kuralın katı şekilde uygulanmasının hakkaniyetli olmayacağı göz önünde bulundurularak markanın ayırt edici karakteri değiştirilmemek kaydı ile farklı unsurlarla kullanılması da markanın kullanılması olarak kabul edilmektedir. **Çağlar**, Hayrettin (2007) "Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması", Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C: 7, S. 2, s. 11 vd.; **İmirlioğlu**, s. 235 vd.

110 Markanın farklı unsurlarla kullanılmasına imkân tanınması, marka sahibine piyasa koşullarına ve zamanın gerekliliklerine uyum sağlama olanağı sağlar. **Bektaş**, s. 241.

111 SMK m. 192 uyarınca, iptal kararları Türk Patent ve Marka Kurumunca verilir. Bu hüküm, SMK'nın yayımı tarihinden itibaren yedi yıl sonra (10.01.2024) yürürlüğe girecektir. Süre dolana kadar iptal yetkisi mahkemeler tarafından kullanılacaktır.

112 Haklı sebep marka sahibinin kusurlu davranışlarından kaynaklanmayan, ilgili süre zarfında markanın kullanılmasını imkânsız kılan fiili, hukuki her türlü engeldir. **İmirlioğlu**, s. 239. Marka sahibinin önleyebileceği, etkisini giderebileceği durumlar haklı sebep olarak değerlendirilmez. Haklı sebepler öncelikle marka sahibinin iradesi dışında kalan doğal afet, savaş, ambargo vb. uzun süreli engellerdir. **Bektaş**, s. 239.

113 **Bozgeyik**, s. 457; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 223; **Balık**, s. 469; **Sert,** s. 87.

114 **Yasaman/Yüksel**, s. 655; Sert, s. 106; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 275; **Kaya**, Markanın İptali, s. 385.

115 **Arkan**, s. 168. Benzer şekilde Yargıtay 11. HD. 2.4.2015 tarih 2014/6633 E ve 2015/4600 K. sayılı kararı. https://www.lexpera.com.tr/makaleler/yargitay-kararlari-markanin-hukumsuzlugunun-gecmise-etkisi-440-445/1 (Erişim Tarihi: 14.07.2020).

yer alan istisnalar dahi söz konusu olmaz[116]. Savunma markasında başvuruda bulunanın markayı kullanma niyeti yoktur. Bu sebeple savunma markaları markayı kullanma zorunluluğunu ihlal eder. Ancak iptal sebebinin gerçekleştiği veya iptal talebinin ileri sürüldüğü tarihe kadar savunma markası markanın sağladığı hukuki korumadan yararlanır.

SMK'da markanın kullanılmaması haline ilişkin getirilen tek yaptırım iptal değildir. SMK m. 19/2 uyarınca, önceki tarihli marka hakkına dayalı itirazlarda itiraz konusu markanın beş yıldan önce tescil edilmiş olması halinde, itiraz konusu mal ve hizmetler açısından markanın kullanıldığının ispat edilmesi istenir. Ayrıca marka sahibi, sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü talep ettiğinde, karşı taraf davacının tescilli markayı beş yıldan uzun süredir kullanmadığı def'inde bulunabilir. SMK m. 29/2'ye göre ise marka hakkına tecavüz iddiasında bulunulan kişi, marka sahibine karşı kullanmama def'inde bulunabilir[117]. Bu bağlamda, getirilen düzenlemeler ile kullanılmayan markaların tescilin koruyucu etkisinden çıkarılıp sicilden terkin edilmesinin yanında iptal edilmese dahi tescilin söz konusu etkisinden kısıtlı şekilde yararlanması sağlanmaktadır. Bu sebeple, markasını kullanmayan marka sahibi markası iptal edilmese bile hakkını etkin şekilde koruyamama olasılığı ile karşılaşabilir[118]. Ancak şu husus belirtilmelidir ki, SMK'da düzenlenen markayı kullanma zorunluluğu (SMK m. 9) ve marka kullanımını ispata dair hükümler (SMK m. 19 ve 29) marka sahiplerinin hoşgörü süresi olan beş yıl dolmadan markayı kullanma ve kullanımı ispat külfetinden kurtulmak amacıyla aynı marka için yeni tescil başvuruları yapılmasına sebep olabilir[119]. Aynı markanın güncelleme (gençleştirme) amacıyla veya kötüniyetli olarak, aynısının veya benzerinin çok defa tescil edilmesi fakat tescil edilen markaların kullanılmaması halinde beş yıllık hoşgörü süresi her bir tescil için ayrı ayrı hesap edilmelidir[120].

Tescilli markanın kullanılmamasının yaptırıma tabi tutulmasındaki temel amaç yedek ve savunma markalarının artarak, marka sicilinin bu markalarla doldurulmasını önlemektir. Kullanılmayan markaların sicilden silinerek sicilin doğruluğunun güvence altına alınmasında ve marka sahibinin biçimsel bir hakka dayanarak rekabete aykırı davranış sergilemesinin engellenmesinde kamu yararı da vardır[121].

Markanın tescil edilmesi ile marka sahibi maddi ve manevi haklar ile bu hakların korunması için geniş yetkilere sahip olur. Markanın mutlak bir hak olduğu ve marka ihlalinin herkes tarafından gerçekleştirilebileceği göz önüne alındığında marka sahibine tanınan yetkiler önem taşır. Markayı kullanma zorunluluğu, marka sahibinin bu geniş yetkileri sebepsiz yere elinde bulundurmasının engellemesine hizmet eder[122]. Tescilli bir markanın kullanılmaması markanın sicilde âtıl halde durmasına, yatırıma ve ekonomiye katkı sağlayamamasına sebep olur. Sahibince kullanılmayan markalar, marka sicilini lüzumsuz işgal eder. Markanın kullanılmaması, ticari yaşama hâkim olan serbest rekabet ortamının oluşması ve sürdürülmesi ilkesine engel olur. Kullanılmayan markaların iptali ile markanın sağladığı

[116] İptal hükmünün etkisinin istisnaları; Tecavüz davalarında verilen karar ile karardan önce kurulan ve ifa edilen sözleşmeler nedeniyle marka sahibi kötüniyetli olmadığı sürece marka sahibinden kararın geriye yürümesine dayanılarak talepte bulunulması mümkün değildir. Ancak SMK m. 27/4'e göre hakkaniyet gereği sözleşmelerden doğan iade talebi söz konusu olabilir. **Sönmez**, s. 305.

[117] Bu düzenleme marka hakkına tecavüze bağlı tazminat taleplerinin önüne geçilmesi açısından yerinde bir düzenlemedir. Markayı kullanma zorunluluğuna aykırılığa dair yaptırımlar etkisini en erken 10 Ocak 2022'de gösterecektir. **Çağlar**, Hayrettin (2017) "6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, s. 11 vd.

[118] Örneğin karıştırılma ihtimali sebebi ile yayıma itiraz veya hükümsüzlük talebinde markasını kullandığını ispat edemeyen marka sahibinin talebi, karıştırılma ihtimali hususu incelenmeden reddedilir. **Pekdinçer**/**Coşğun**, s. 141.

[119] **Karaca**, s. 24; **Çağlar**, Markayı Kullanmama, s. 11.

[120] **Çolak**, Marka Hukuku, s. 984.

[121] **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 223; **İmirlioğlu**, s. 234; **Sönmez**, s. 284 vd.

[122] **Tekinalp**, s. 459; **Karaca**, s. 32; **Paslı**, s. 537.

haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların sayısının azaltılması hedeflenmektedir. Bunlara ek olarak sadece şekli olarak mevcut olan marka hakkının kullanılması önlenmeye çalışılır[123].

Marka sahibinin mutlaka markayı kendisinin kullanma amacı taşıması da gerekmez. Marka sahibinin markayı üçüncü şahıslara kullandırılma amacı taşıması da yeterlidir. Savunma markasında markanın kullanılması zorunluluğu bağlamında kullanma iradesi eksiktir. Dolayısıyla marka sahibi markayı kullanmayı planlamadığı gibi markayı üçüncü bir kişiye de kullandırma amacına sahip değildir. Markanın tescili sırasında kullanma iradesi unsurunun denetimi ise zordur. Aslında marka tescili temelde tahminen bu iradeyi hedef alır. Bu tahminin aksi marka sahibinin tüm davranışları dikkate alınarak ispat edilebilir. Genel kullanım iradesinin aksi özellikle çok sayıda markanın tamamen farklı mal ve hizmetler için tescilinde görülebilir. Eğer marka sahibinin tescil sırasında markayı ciddi bir kullanım planı yoksa ve marka tescili markanın asli fonksiyonundan farklı olarak istifleme amacı taşıyorsa veya benzer veya aynı markanın üçüncü kişilerce kullanımı dolayısıyla men veya tazminat davalarına engel olunmak isteniyorsa kullanma iradesinden bahsedilemez[124]. Söz konusu emareler savunma markasında kullanma iradesinin mevcut olmadığının tespitinde de yol gösterici olabilir.

2. Markanın Kullanılmasının Hukuki Niteliği

Marka kullanma zorunluluğu, markanın tekel hakkı dahil sahibine sağladığı hakların kötüye kullanılmasının önüne geçmeyi hedefler. Markayı kullanma zorunluluğu kavramının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler yükümlülük, külfet ve zorunluluk şeklinde üçe ayrılır:

Markanın kullanılmasını yükümlük olarak nitelendiren yazarlara[125] göre, markanın kullanılması hem hak hem de yükümlülüktür. Her hukuki ilişki kural olarak, bir hak ve bu hakkın karşılığında bir yükümlülükten meydana gelir. Hak, hukuk düzeninin diğer kişilere karşı tanıdığı ayrıcalık veya ayrıcalıklı durumdur. Hukuki yükümlülük ise hukuk düzeninin kişilere yönelttiği ve uyulması zorunlu emirlerdir. Bu emir, kişilerden belirli davranışlarda bulunmasını ister[126]. Yükümlülük söz konusu olduğunda belirli davranış şekline veya emre uyulmaması halinde üçüncü kişi ifa veya tazminat davası açarak bu davranış şekline aykırı davranan kişiyi yükümlülüğü yerine getirmeye zorlayabilir. Ancak SMK'da markasını kullanmayan hak sahibini markasını kullanmaya zorlayacak ifa veya tazminat davaları mevcut değildir[127]. Bu bağlamda markanın kullanılmasının hukuki açıdan bir yükümlülük olarak değerlendirilmesi mümkün değildir[128].

Külfet ise kanun tarafından kendisine yüklenen davranışı yerine getirmeyen kişinin haklarını kaybetmesi olarak tanımlanabilir. Kanun bazı haklardan doğan yetkilerin kullanılmasını, külfetin yerine getirilmesine bağladığı hallerde külfeti yerine getirmeyen, kendi yararına olan hukuki durumu kaybeder[129]. Külfette, hak sahibi hakkını veya borcunu yerine getirmeye zorlanamaz ancak hak veya borcun yerine getirilmemesi halinde hak kaybı meydana gelir[130]. Külfet kavramını marka kullanma

123 **Adıgüzel**, Burak (2013) "Tescil Edilmiş Tanınmış Markanın Kullanmama Nedeniyle Kısmen Hükümsüzlüğü Sorunu (Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi)" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 15, s. 1028; **Çağlar**, Markayı Kullanmama, s. 12; **Kaya**, Marka İptali, s. 375 vd.; **Karaca**, s. 33; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 223; **Pekdinçer/Coşğun**, s. 14.

124 **Lerach**, s. 109; **Lange**, Rn. 1159.

125 Bu konuda bkz. **Arkan**, C. II, s. 145; **Güneş**, s. 244; **İmirlioğlu**, s. 154; **Sert**, s. 84.

126 **Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24. Baskı) Ankara, Yetkin Yayınları, s. 26 vd.

127 **Özkök**, s. 98.

128 **Karaca**, s. 29; **Paslı**, s. 539; **Uzunallı**, s. 121.

129 **Antalya**, Gökhan (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,1 (2. Baskı) Ankara, Seçkin Kitapevi, s. 67.

130 **Kaya**, Marka İptali, s. 376. Markanın kullanılmaması SMK m. 9 bağlamında iptal yaptırımına tabidir. Ayrıca, SMK m. 19 kapsamında yayıma itiraz halinde başvuru sahibinin talebi halinde itiraz sahibinden itiraza konu markasını itiraz dayanak gös-

açısından incelediğimizde, marka kullanma külfeti altında bulunan kişilerden markanın derhal kullanılması beklenmediği tespit edilir. Bu noktada hak sahibine beş yıllık "**hoşgörü süresi"** tanınır. Bu süre, marka sahibinin markanın kullanılacağı mal ve hizmetleri pazara sürmede hazırlık yapmasına olanak sağlama amacı taşır[131]. Marka kullanma külfetinin ihlali halinde markadan kaynaklanan hakların kaybı kendiliğinden gerçekleşmez. Bunun için bir dava açılması veya def'i olarak kullanmama durumunun ileri sürülmesi zorunludur[132].

Markayı kullanmanın bir zorunluluk olduğunu ifade eden yazarlara göre[133] burada, marka hakkının son bulması tehdidi söz konusu olmaksızın marka sahibinin yararına ve markanın devamı ile marka koruma kapsamının daralmamasına yönelik bir zorunluluk söz konusudur[134]. Markayı kullanma zorunluluğunun yerine getirilmemesinin yaptırımı markanın korumasız kalması değildir. Marka sicilde kayıtlı olduğu sürece korumadan yararlanır. Hoşgörü süresinin dolması marka üzerindeki korumayı kendiliğinden kaldırmaz; markanın iptalinin dava yoluyla ileri sürülmesi gerekir[135].

Yukarıda yer alan tartışmaya ilişkin olarak görüşümüz marka kullanımının bir zorunluluk olduğu yönündedir. Aslında külfet değerlendirmesinde, hak sahibinin hakkını veya borcunu yerine getirmeye zorlanamaması, marka koruması ile uyumlu olsa da hoşgörü süresinin geçmesinden sonra doğrudan marka üzerindeki korumanın kalkmaması ve bunun için bir davaya ihtiyaç duyulması hususu, markanın kullanılmasının zorunluluk olduğu görüşüne bizi yaklaştırmaktadır.

Markanın kullanılması zorunluluğu esasen markanın korunması ile ilgili değildir. Markanın korumadan yararlanması için mutlaka kullanılması gerekmez. SMK m. 9'da yer alan düzenleme markanın sürekli olarak kullanılmasını emretmez; sadece kullanmama durumunun beş yıldan fazla sürmemesi gerekliliğine işaret eder. SMK m. 9/1'de yer alan beş yıllık hoşgörü süresi içinde kullanılmaması halinde dahi markaya sağlanan koruma, aynı kullanılan markalarda olduğu gibidir. Markanın kullanılmamasının yaptırımı, markanın korunmaması değildir[136].

3. Savunma Markasının İptali

Bir markanın savunma markası olarak tescil edilmesine tanınmış markalarda sıklıkla rastlanılmaktadır[137]. Geniş halk kitlelerine hitap eden

terdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye'de usulüne uygun olarak kullanıldığına veya kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunmasını talep etme hakkı söz konusudur. Aynı şekilde markanın tecavüzü ve hükümsüzlüğü davalarında (SMK m. 25/7) davalının davacıdan uyuşmazlığa konu markayı kullandığını ispatı talebi defi olarak ileri sürülebilir. **Bektaş**, s. 234.

131 **Kaya**, Marka İptali, s. 376.

132 **Coşğun**, Gizem (2018) Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 35; **Dirikkan**, Kullanma Külfeti, s. 234, dpn. 55; **Kaya**, Marka İptali, s. 376; **Kahveci**, Burcu (2008) "Tescilli Markanın Kullanılma Yüklentisi." (Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 44 **Paslı**, s. 539, 542; **Pekdinçer**/**Coşğun**, s. 142; **Sönmez**, Numan Sabit (2018) "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar", İstanbul Hukuk Mecmuası, S: 76/1, s. 279.

133 **Çağlar**, Faklı Şekilde Kullanma, s. 12; **Karaca**, s. 31; **Özkök**, Başak (2015) Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 100; **Tekinalp**, s. 459; **Yasaman**/**Yüksel**, s. 651. Benzer görüş için ayrıca bkz. **Kaya**, Begüm (2019) "Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmamasına Bağlı Sonuçları" (Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 12; **Bilgili**, Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu" TBB Dergisi, S. 74, s. 30 dpn. 8.

134 **Karaca**, s. 31; **Özkök**, s. 100.

135 **Yasaman**/**Yüksel**, s. 628 dpn. 3, 651.

136 **Bilgili**, Kullanma Zorunluluğu, s. 30; **Özkök**, s. 101; **Sert**, s. 83; **Tekinalp**, s. 459. SMK m. 9'da düzenlenen süreye ilişkin iki ihtimal vardır: İlk olarak, markanın tescilinden itibaren beş yıl içinde ciddi biçimde kullanılmaya *başlaması* gerekir. Bu bağlamda markayı kullanma zorunluluğu tescil anında hemen başlamayıp, marka sahibine hazırlık için süre tanınır. İkinci olarak, marka kullanılmaya başladıktan sonra kullanıma beş yıl boyunca kesintisiz ara verilmemesi gerekir. Bu süre ise markanın kullanılması sonucu elde ettiği müşteri çevresinin kullanıma ara verildikten sonra belli bir süre devam edeceği düşünülerek getirilmiştir. **Bektaş**, s. 236.

137 **İmirlioğlu**, s. 243; **Özkök**, s. 43.

tanınmış bir markayı benzerlerinden korumak önem taşır. Ancak bir markanın savunma markası olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitinde tanınmış marka olma zorunluluğu yoktur. Bu noktada alelade marka/tanınmış marka bağlamında bir inceleme yapılması faydalı olabilir.

Alelade marka yasal tanımda yer alan unsurları taşıyan, markaya yüklenen işlevleri tescil edildiği mal ve hizmetler yönünden sınırlı olarak sağlayan markadır[138]. Alelade bir markanın da savunma amaçlı tescil edilmesi de mümkündür.

Tanınmış marka[139] ise alelade bir marka olmayıp, tercih sebebi olan markadır. Tanınmış markaya ilişkin doktrinde[140] ve yargı kararlarında[141] pek çok tanım mevcuttur. Tanınmış marka; reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelen ve o markayı taşıyan mal ve hizmetlerle ilgili olan veya olmayan bir çevrede, ilgisi olan ve olmayan kişilerce de bilinen markadır[142].

Tanınmış markanın toplumda yarattığı yüksek tercih edilirlikten yararlanmak isteyen kimseler markayı farklı mal ve hizmetlerde kullanmak ister. Tanınmış markayı farklı mal ve hizmetlerde karşısında gören tüketici ise tanınmış markanın güvenirliğini esas alarak bu farklı mal ve hizmetleri kullanmayı tercih edebilir. Tanımış marka sahipleri, tanınmış markanın farklı mal ve hizmetlerde hak sahibi olmayan kişilerce kullanılmasını önlemek için markayı esas kullanıldığı mal ve hizmet sınıfı dışında güvence amaçlı tescil ederek korumaya çalışır. Bu sebeple, tanınmış markaların pek çoğunun bütün mal ve hizmet sınıflarında tescil edildiği görülür. Fiilen kullanılmayan mal ve hizmet sınıflarında tanınmış bir markanın tedbir amaçlı tescili ve yetkisiz kişilerin farklı mal ve hizmetlerde tanınmış markayı kendi adlarına tescilinin engellenmesi, savunma markasına işaret eder[143]. Tanınmış markanın savunma amaçlı tescilinde marka sahibi markanın sağladığı korumayı güvenceye almak ister ve marka hakkının sulandırılmasını engellenmeye çalışır[144].

Tescilli bir marka ancak tescil kapsamına giren mal ve hizmetler yönünden korunur. Markanın farklı mal ve hizmetlerde bir başkası adına tescil edilmesi ve kullanılması ise mümkündür. Ancak tanımış markalar, tescilli markanın sadece tescilli olduğu mal ve hizmetler için değil, benzer olmayan mal ve hizmetler açısından da korunur. SMK m. 6/5 uyarınca, tescil edilmiş veya tescil için başvuruda bulunulmuş markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyinin zarara uğrayacağı, ayırdedici karakterinin zedelenebileceği hallerde söz konusu tanınmış marka sahibinin itirazı üzerine marka farklı mal ve hizmetlerde kullanılacak olsa bile tescil talebi red olunur. SMK m. 7/1,c gereği bu tarz kullanımlar farklı mal ve

138 **Arkan**, C. I, s. 53; **Çolak**, s. 19; **Güneş**, s. 50; **Karaca**, s. 20; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 465.

139 Adıgüzel'e göre, tanınmış marka bir üst kavram olup, bu üst kavram çerçevesinde tanımlanan herkesçe bilinen marka, dünya markası, maruf marka gibi kendilerine sağlanan koruma içeriği ve tanınmışlık düzeyine göre ayrılır. **Adıgüzel**, s. 1024.

140 Dirikkan, tanınmış marka kabulünde gerekli unsurları ikiye ayırarak niceliksel unsur olarak markanın tanınmışlık derecesine ulaşmasını niteliksel unsur olarak itibara sahip olması gerektiğini belirtir. **Dirikkan**, Hanife (2003) Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 110 vd. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararına göre, markanın toplumda tanınmışlık düzeyine erişip erişmediğinin belirlenmesinde somut olayın özellikleri, pazar payı, markanın kullanıldığı süre, markanın kullanıldığı coğrafi alan, marka kullanım yoğunluğu, işletmenin promosyon faaliyet yatırımları dikkate alır. Divan ölçütler arasında markanın iyi bir şöhrete sahip olması şartına yer vermemiştir. Bu bağlamda tanınmış markanın itibarının üçüncü kişilerce ihlal edilmesi için tanınmış markanın iyi bir şöhrete sahip olması gerekli değildir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı 14.09.1999 CHEVY kararı. **Şenocak**, Kemal (2009) "Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal Veya Hizmetlere İlişkin (556 sayılı KHK m. 8/3)", BATİDER, C. 25, S. 2, s. 141 vd.

141 Yargıtay, tanınmış markayı "*bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı müşteri, akraba, dost, düşman ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağırışım*" olarak tanımlar. Y. 11. HD. 13.03.1998 tarih 1997/5647 E ve 1998/1704 K sayılı karar.

142 **Arkan**, s. 93; **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 465.

143 **Dilmaç**, Şule (2014) Uluslararası Metinlerde Tanımış Marka ve Markanın Sulandırılması, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 60.

144 **Adıgüzel**, s. 1037.

hizmetlerde olsa dahi önlenebilir[145]. Burada amaç, uzun ve zor uğraşlar sonucu tanınmış markanın kazandığı itibardan üçüncü kişilerin karşılıksız yararlanmasının engellenmesi, markanın ayırt ediciliğinin ve itibarının korunmasıdır[146].

Tanınmış markanın TÜRKPATENT nezdinde çeşitli mal ve hizmet sınıflarında tescil edilmiş olmasına rağmen markanın bu sınıflardan bir veya birkaçında beş yıllık hoşgörü süresi zarfında kullanılmaması halinde markanın iptal yaptırımına tabi tutulmasının değerlendirmesi gerekir. 556 sayılı KHK döneminde doktrinde bir görüşe göre, tanınmış markanın söz konusu olduğu hallerde dahi kısmen kullanmama hali söz konusu ise iptal davası açılabilir. Zira markanın kullanılmama sebebi ile iptale tabi olmasında özel menfaatin yanında kamusal menfaat de vardır[147]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da benzer kararları mevcuttur[148]. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise asıl markanın tanınmış marka olması halinde bunların tanınmışlık düzeyine bağlı olarak asıl marka için kullanma zorunluluğunun yerine getirilmesi şartı ile savunma markasının iptali yoluna gidilemez ancak tanınmışlığın olmadığı veya sınırlı olduğu hallerde kullanma zorunluluğu yerine getirilmez ise iptal gündeme gelebilir[149].

Bazı hukuk sistemlerinde, tanınmış markanın tanınmışlık gücü ve bu bağlamda tercih edilme özelliği sebebiyle savunma markası olarak tescil edilip fiilen kullanılmadığı mal ve hizmet sınıflarında iptaline karar verilmez[150]. Zira böyle bir karar verilmesi halinde tanınmış marka sahibi markayı tescil ettirmek isteyen kişilere karşı mutlak ve nispi red sebepleri kapsamında itirazda bulunabilir veya markanın tescilli halinde hükümsüzlük davası açabilir. Bu da taraflar arasında açılacak davalarda bir kısır döngüye sebep olabilir. Tanınmış markanın kullanma zorunluluğunun dışında tutulmasının, onun korunmasındaki temel mantıkla uyumlu olduğu kabul edilir. Dolayısıyla, tanınmış markanın söz konusu olduğu hallerde marka fiilen kullanılmasa bile korumadan yararlanır. Anglo-Sakson Hukuk Sistemi'nin uygulandığı ülkelerde tanınmış bir markanın, kullanılmadığı mal ve hizmetlerde, savunma markası olarak tescil edilmesi mümkündür. Tanınmış markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerde kullanıldığının kabulünde kamu yararı olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple tanınmış marka, savunma markası olarak tescil edilmiş ise kullanmama sebebiyle hükümsüzlüğü yoluna gidilmemektedir[151].

Tanınmış markanın kullanılmadığı mal ve hizmetlerde tescil edilmesinde marka sahibinin hukuki menfaatinin olmadığı düşünülebilir. Aslında burada önemli olan markanın itibarı ve toplumda ona verilen değerdir. Bilindiği gibi bir markanın tanınmış marka olarak kabul edilmesi için uzun emek ve sermaye gerekmektedir. Markanın kullanılmadığı mal ve hizmetlerde kısmi hükümsüzlüğü[152] yerine, tanımış markaya verilen bu emek ve sermaye dikkate alınarak tanınmış markanın kullanılmadığı mal ve hizmetlerde de korunması ilkesi

[145] **Bozgeyik**, Hayri (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, XII Levha, s. 116 vd. 556 sayılı KHK döneminde de tanınmış marka sahibi farklı mal veya hizmetler söz konusu olsa da aynı veya benzer markanın üçüncü kişilerce kullanılmasını ve tescilini engellemekteydi (Bkz. m. 8/4).

[146] **Adıgüzel**, s. 1026; **Dirikkan**, Tanınmış Marka, s. 319 ve 324. Tanınmış markayı koruma altına alan düzenlemeler ile tanınmış marka ile özdeş veya benzeri bir markanın, tanınmış markanın itibarına zarar verecek şekilde kullanılması önlenmeye çalışır. Markanın itibarı iki şekilde zarar görebilir. İlk olarak tanınmış marka veya benzerinin üçüncü kişi tarafından kalitesiz ürünlerde kullanılması, ikincisi ise tanınmış marka veya benzerinin kötü şöhreti olan bir işletme tarafından kullanılması. **Şenocak**, Tanınmışlık Düzeyi, s. 175.

[147] **Bilgili**, Kullanma Zorunluluğu, s. 42; **İmirlioğlu**, s. 242; Sert, 63.

[148] Yargıtay HGK 09.02.2011 tarih 2010/11-695E ve 2011/47K sayılı kararı. **Çolak**, Marka Hukuku, s. 995.

[149] **Bozgeyik**, Markanın Kullanılması, s. 461.

[150] **Adıgüzel**, s. 1037; **Dilmaç**, s. 64.

[151] **Adıgüzel**, s. 1037.

[152] Markanın kısmi olarak iptali veya hükümsüzlüğü marka tescil başvurularının sınıf sitemine göre yapılması sebebiyle mümkündür. Türk Hukuku'nda marka tescil başvurularının sınıflandırılması, "Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ" hükümlerine göre yapılır.

üstün tutulmaktadır[153]. Aksi halde, markanın kısmen hükümsüzlüğünü talep eden kişi, tanınmış marka kullanılmadığı mal ve hizmetlerde sicilden silindiğinde, markayı kendi adına tescil ettirebilir ve markayı kullanabilir. Elbette ki tanınmış markanın aynı veya benzerini kullanmak her zaman tanınmış markanın ayırt edici karakterini bozup marka itibarına zarar verileceği, itibarın haksız sömürüleceği anlamına gelmez[154]. Her somut olayda durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Açılan hükümsüzlük davasında tanınmış markaya yönelik söz konusu tehditlerin gerçekleşebileceği ortaya konuluyor ise hükümsüzlük kararı alınmaması gerekir[155].

SMK döneminde bir marka tanınmış marka olsa bile bazı mal ve hizmet sınıfları açısından son beş yılda ciddi bir kullanım söz konusu değil ise kullanılmayan mal ve hizmet sınıfları için iptal kararı verilmesinin mümkün olduğunu savunan yazarlar vardır[156]. Tanınmış markalar, SMK m. 6/5 kapsamında farklı mal ve hizmet sınıfları kapsamında korumadan yararlanırlar[157]. Dolayısıyla tanınmış markaya daha geniş bir koruma sağlanarak kullanma zorunluluğu kapsamı dışında tutulması kanunun amacı aşan bir yaklaşım olabilir. Alelade marka ve tanınmış marka arasında kullanma zorunluluğu açısından bir ayrım yapılmaması gerekir. Ayrıca SMK m. 19/2 ve 29 kapsamında yer alan ispat yükümlülükleri savunma markaları açısından bir nevi denetim fonksiyonu icra edebilir[158].

V. SONUÇ

Marka sahibi, savunma markasını işletmesinin ürünlerinin ayırt edici işareti olarak kullanmayı amaçlamaz. Savunma markasının amacı tescil edilen, kullanılan asıl markayı korumaktır. Hukukumuzda marka tescili sırasında başvuranın kullanma niyetine dair herhangi bir ispat yükümlülüğü söz konusu değildir. Kullanma niyetinin bulunup bulunmadığı ancak markanın uzun süre kullanılmaması halinde ispat edilebilir. Savunma markası, markayı kullanma zorunluluğunu ihlal eder. Ayrıca, söz konusu marka, markanın sağladığı hukuki korumanın kötüye kullanılması sebebiyle kötüniyetli tescil örneği oluşturur.

Savunma markası hakkında kötüniyetli tescil sebebiyle hükümsüzlük kararı verilmesi halinde; verilen hüküm, etkisini marka başvuru tarihinden itibaren gösterir. Markayı kullanma niyetinin bulunmadığı ise ancak markanın uzun süre kullanılmaması halinde ispat edilebilir. Bu sebeple tescil sırasında başvuruda bulunanın kullanma iradesine sahip olduğunu varsaymak daha doğru bir yaklaşımdır. Ancak marka başvurusunda bulunanın markayı savunma amaçlı tescil ettirdiği somut olayda tespit ediliyor ise hoşgörü süresi beklenmeksizin SMK m. 27/1'e göre, markanın hükümsüzlüğü yoluna başvurulması mümkündür. Kullanma zorunluluğunun ihlali halinde ise SMK m. 9'a göre; marka, iptal yaptırımına tabidir. İptal hükmü ise etkisini iptal davası açıldığı andan itibaren gösterir.

Bir savunma markası söz konusu olduğunda yapılan yargılamada, mahkeme kararının dayanağını oluşturan hükme bağlı olarak savunma markası iptal veya hükümsüzlük yaptırımına tabi olur. Kötüniyetli marka tescili ise marka hakkının kötüye kullanılması

153 **Nomer Ertan**, Fusun (1999) "Tanınmış Marka: Nike" Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 500.

154 **Şenocak**, s. 174.

155 **Adıgüzel**, s. 1039 vd.

156 **Çolak**, Marka Hukuku, s. 994.

157 Tanınmış markanın farklı mal ve hizmet sınıflarında korunması bir markanın tanınmış olmasının doğrudan sonucu değildir. Farklı mal ve hizmet sınıfları yönünden korumanın söz konusu olması için; markanın tanınmış olması, marka tanınmışlığının ve ayırt ediciliğinin yüksek olması, sulandırma hallerinden birinin (haksız yarar sağlama, ayırt edici karakteri zedeleme, markanın ününe zara verme) mevcut olup olmadığı, ortalama tüketicinin tanınmış marka ile sonraki marka arasında bağlantı kurması ve bu bağlantı sonucu tüketicinin ekonomik davranışlarında değişiklik meydana gelmesi gerekir. **Çolak**, Uğur (2013) "Tanınmış Markaların Farklı Sınıflardaki Mal ve Hizmetler Yönünden Korunması": Memiş, Tekin (Editör), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 276 vd.

158 **İmirlioğlu**, s. 245.

olgusunun marka tesciline yansıyan boyutu olup hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralının ihlali hâkim tarafından resen dikkate alınır. Kötüniyetin tespiti halinde mahkeme, hükümsüzlüğe karar verir ve marka, başvuru tarihinden itibaren korumadan yoksun kalır. Ancak kötüniyetin tespitindeki zorluk, hükümlerin büyük çoğunlukla iptal; kullanma zorunluluğunun ihlali gerekçesiyle verilmesine sebep olabilir. Dolayısıyla marka sahibinin, savunma markası hakkında dava açılıncaya kadarki süreçte SMK'da düzenlenen haklardan yararlanması mümkün olabilir. Bu noktada, savunma markası hakkında ispata bağlı olarak farklı yaptırımlar uygulanması gündeme gelebilir. Savunma markasına ilişkin uyuşmazlıkta hem kullanma zorunluluğunun ihlalinin hem de kötüniyetin mevcudiyetinin tespiti halinde, mahkemenin kötüniyete dayanarak hüküm kurması ve markanın hükümsüzlüğüne karar vermesi daha uygun olur. Çünkü kötüniyetli tescil, hukukun temel ilkelerinden olan hakkın kötüye kullanılması yasağını ve dürüstlük kuralını ihlal eder.

KAYNAKÇA

Adıgüzel, Burak (2013) "Tescil Edilmiş Tanınmış Markanın Kullanmama Nedeniyle Kısmen Hükümsüzlüğü Sorunu (Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararının Değerlendirilmesi)" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 15, s. 1019-1044.

Akgün, Aliye (2017) "Kötüniyetli Marka Tesciline İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Değerlendirme" D.E.Ü Hukuku Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C: 19, S. Özel, s. 2193-2108.

Akyol, Şener (2006) Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Antalya, Gökhan (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C: V/1,1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Kitapevi.

Antalya, Gökhan/Topuz, Murat (2019) Medeni Hukuk C: I, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Arkan, Sabih (1997) Marka Hukuku C: I, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520. (Anılış: C: I)

Arkan, Sabih (1997) Marka Hukuku C: II, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533. (Anılış: C: II)

Arkan, Sabih (2000) "Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Kullanılması Zorunluluğu" BATİDER, C: 20, S. 3, s. 5-16.

Arslan, Özge (2019) Marka Hakkının Sona Ermesi, Ankara, Adalet Yayınevi.

Balık, İfakat (2018) "6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili" BATİDER, C: 34, S. 2, s. 443-475.

Bektaş, İbrahim (2018) Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmam Nedeniyle İptali-AB Adalet Divanı'nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C: 17, S. 2, s. 219-258.

Bilgili, Fatih (2006) Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara, Seçkin Yayıncılık. (Anılış: Kötüye Kullanma)

Bilgili, Fatih (2007) "Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz", TBB Dergisi, S. 70, s. 27-40 (Anılış: Kötüniyetli Tescil).

Bilgili, Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu" TBB Dergisi, S. 74, s. 29-43. (Anılış: Kullanma Zorunluluğu)

Bozer, Ali/ Göle, Celal (2018) Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Bozgeyik, Hayri (2010) "Tescilli Markanın Kullanılması Ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan C: I, Ankara, Turhan Kitapevi, s. 457-481. (Anılış:Markanın Kullanılması)

Bozgeyik, Hayri (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları.

Can, Ozan (2015) "Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvurusu ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler", TFM, S. 1, s. 47-56.

Coşğun, Gizem (2018) Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Çağlar, Hayrettin (2007) "Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması", Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S: 2, s. 11-27. (Anılış: Farklı Şekilde Kullanma)

Çağlar, Hayrettin (2015) Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi. (Anılış: Marka Hukuku)

Çağlar, Hayrettin (2017) "6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S: 1, s. 3-19. (Anılış: Markayı Kullanmama)

Çolak, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları. (Anılış: Marka Hukuku)

Çolak, Uğur (2013) "Tanınmış Markaların Farklı Sınıflardaki Mal Ve Hizmetler Yönünden Korunması": Memiş, Tekin (Editör), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 273-293.

Dilmaç, Şule (2014) Uluslararası Metinlerde Tanımış Marka ve Markanın Sulandırılması, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Dirikkan, Hanife (1998) "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti" Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 219-280. (Anılış: Kullanma Külfeti)

Dirikkan, Hanife (2003) Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, Seçkin Yayınevi. (Anılış: Tanınmış Marka)

Eren, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Fezer, Karl-Heinz (2009) Markenrecht, 4. Auflage, München, Verlag C. H. Beck.

Güneş, İlhami (2018) 6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu Işığı İle Uygulamalı Marka Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi.

İmirlioğlu, Dilek (2018) Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Kahveci, Burcu (2008) "Tescilli Markanın Kullanılma Yüklentisi." (Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Karaaslan, Pelin (2016) "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Uygulamalarında 'Seri Markalar'", Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, C: 12, S. 48, s. 1131-1161.

Karaca, Osman Umut (2018) Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Ankara, Lykeion Yayınları.

Karasu, Rauf (2008) "Spekülasyon ve Engelleme Markaları", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), C: 8, S. 3, s. 11-44.

Karayalçın, Yaşar (1957) Ticaret Hukuku Dersleri I. Giriş-Ticari İşletme, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası.

Kaya, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan Yayınları.

Kaya, Arslan (2017) "Kullanmama Sebebi İle Markanın İptali Kararının Etkisi Ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine" Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul, XII Levha Yayınları, s. 373-391. (Markanın İptali)

Kaya, Begüm (2019) "Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmamasına Bağlı Sonuçları" (Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Lange, Paul (2012) Marken-und Kennzeichenrecht, 2. Auflage, C.H. Beck, München.

Lerach, Mark (2009) Defensivmarken für Veranstaltungsbezeichnungen Eine Fallgruppe bösgläubiger Markenanmeldung gem. § 8 II Nr. 10 MarkenG?, GRUR 2009/2, s. 108-112.

Memiş, Tekin, (2009) "Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar".

Memiş, Tekin (Editör), Fikri Mülkiyet Yıllığı, İstanbul, XII Levha Yayınları, s. 407-421.

Memişoğlu, Sami Özgür (2019) Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Meran, Necati (2015) Marka Hakları ve Korunması, Ankara, Seçkin Kitapevi.

Nomer Ertan, Fusun (1999) "Tanınmış Marka: Nike" Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 485-507.

Özkök, Başak (2015) Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Paslı, Ali (2014) Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına Etkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pekdinçer, Tamer R./ Çoşğun, Gizem (2019) "Markanın Kullanılmaması Sebebiyle İptaline İlişkin Güncel Sorunların Değerlendirilmesi", İKÜHD, C:18, S. 1, s. 135-151.

Sert, Selin (2007) "Mechandising Marka" Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 1163-1178.

Sert, Selin (2007) Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Sönmez, Numan Sabit (2018) "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar", İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 76/1, s. 277-30.

Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/ Nal, Temel (2019) Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi 8.

Şenocak, Kemal (2009) "Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal Veya Hizmetlere İlişkin (556 sayılı KHK m. 8/3)", BATİDER, C: 25, S. 2, s. 133-178. (Anılış: Tanınmışlık Düzeyi)

Şenocak, Kemal/ **Yarayan**, Ali (2015) "Kötüniyetli Marka Tescili", Terazi Hukuk Dergisi, C: 10, Sayı. 111, s. 99-107.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Uzunallı, Sevilay (2019) Marka Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi.

Ülgen, Hüseyin/ **Helvacı**, Mehmet/ **Kaya**, Aslan/ **Nomer Ertan**, N. Füsun (2019) Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Wiedmann, Elke (2002) Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht (Dissertation) Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft.

Yaman, Özlem (2019) "Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi" (Yüksek Lisans) Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yasaman, Hamdi/ Altay, Sıtkı Anlam/ Ayoğlu, Tolga/ Yusufoğlu, Fulurya/ Yüksel, Sinan (2004) Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi C. I, II, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Yaşıyan, Elif (2015) "Marka Hukukunda Kötüniyet Kavramı Ve Kötüniyet Kavramının Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi" (Uzmanlık Alan Tezi), Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı.

Yıldız, Burçak (2018) "Mükerrer Markanın Seri Markasının Tescili -SMK M. 5.1.Ç Ve 6.1 Hükümlerine Yargıtay Kararları İle Getirilen İstisna", BATİDER, C: 34, S. 4, s. 90-123.

ULUSLARARASI UZAY İSTASYONUNA İLİŞKİN ANLAŞMADA PATENT HUKUKU ALANINDAKİ KANUNLAR İHTİLAFI KURALI [*]

THE RULE OF CONFLICTS OF LAW REGARDING PATENT LAW IN THE INTERNATIONAL SPACE STATION AGREEMENT

Dr. Tuğrul ÇAKIR[**]

ÖZ

Uzay çağının başındaki durumdan farklı olarak, özel kişiler, uzay faaliyetlerinin ticarileşmesiyle, uzayda daha etkin bir rol oynamaktadır. Uzayda değişen bu bağlamın sonuçlarından birisi patent haklarının korunması hususudur. Uzay alanında görülen en önemli iş birliği örneklerinden birisi olan Uluslararası Uzay İstasyonu (UUİ), mikrogravital koşullarda deneylerin yapılmasına olanak vermektedir. Bu noktada ortaya çıkan sorun UUİ'de yapılan veya kullanılan buluşlar dolayısıyla hangi patent hukukunun uygulanacağıdır.

Anahtar Kelimeler: *uluslararası uzay istasyonu, patent hukuku, uygulanacak hukuk.*

ABSTRACT

In contrast to the beginning of the space age, private entities now play a central role in space operations under the influence of commercialization of space activities. The changing context of space has raised the issue of protecting patent rights. The International Space Station (ISS), one of the most important examples of international cooperation in the space field, allows certain scientific experiments to be carried under micro gravity conditions. The question posed here is: which patent law is applicable to protect an invention made or used on board the ISS?

Keywords: *international space station, patent law, applicable law.*

[*] (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 04.06.2019 / Kabul Tarihi: 15.10.2020).

[**] Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, (tcakir@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9360-9098).

I. GİRİŞ

1980'li yıllardan bu yana özel kişiler uzay faaliyetleri kapsamındaki etkinliklerinden dolayı kendilerinden söz ettirmektedir. Özel kişilerin bu kapsamda oynadıkları rol ABD'de başlayan bir akım olan *New Space* çerçevesinde daha da güçlenmektedir. Uzayın keşfinin ilk dönemlerinde, özel kişiler uzay faaliyetlerinin gelişmesine çok sınırlı bir katkı vermiş olsalar da bugün uzay sahnesinin esaslı bir aktörü haline gelmişlerdir.

Bununla birlikte, özel kişiler tarafından yürütülen uzay faaliyetleri devletlerin kontrolünde yapılmaktadır. Devletler uzay alanındaki özel faaliyetlerin ekonomik anlamda büyük getirisi olduğunun farkında oldukları için özel sektörlerini koruyucu ve güçlendirici adımlar atmaktadır. Bu bağlamda en önemli müdahale uluslararası alanda sorumlulukları olmayan özel kişilerin ulusal düzeyde sorumluluk alanının maddi olarak daraltılması noktasında gerçekleşmektedir[1]. Devletlerin attıkları diğer koruyucu adımlardan birisi de özel kişilerin fikri haklarının korunması alanında ortaya çıkmaktadır.

Uzay alanında yapılan yüklü miktardaki yatırımların geri dönüşünün alınmasının uzun yıllar gerektirdiğini hatırlatmak yerinde olacaktır[2]. Bu uzun süreç içerisinde özel kişilerin fikri haklarının korunarak, hukuki emniyet içerisinde olmalarının sağlanması büyük önem taşımaktadır[3]. Bu nedenle, diğer alanlarda olduğu gibi uzay alanında da özel sektörün gelişmesi, fikri hakların korunmasından geçmektedir. Gerçekten, fikri hakların etkili bir şekilde korunmasıyla, ülkedeki ekonomik gelişimin sağlanması arasında doğrudan bir bağdan söz edebiliriz.

Uluslararası Uzay İstasyonu'nun sunduğu fiziksel olanaklar, buluşların ortaya çıkmasını kolaylaştırmaktadır. Bu bağlamda, İstasyon'da ya patentlenebilir bir keşif yapılabilir ya da Dünya'da yapılan bir keşif uzayda kullanılabilir, test edilebilir[4]. İstasyon'da gerçekleştirilen faaliyetler genel olarak insan fizyolojisi, ilaç yapımı, biyoloji, fizik ve tıp alanlarında yoğunlaşmaktadır[5]. Bununla birlikte, bu faaliyetlerin maliyeti oldukça yüksektir ve bu nedenle yapılan harcamaların devletler tarafından kısılması zorunluluğu doğmuştur[6]. Uzay İstasyonu'ndaki faaliyetlerin ticarileşmesi de tam da bu noktada bir çözüm olarak nitelendirilebilir[7].

İstasyon'un uluslararası yapısı nedeniyle, İstasyon'da ortaya çıkan veya kullanılan buluşlara uygulanacak hukuk konusu önemli bir meseledir. Bu konu Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma'nın[8] 21. maddesinde ele alınmıştır. Bu Anlaşma, uluslararası hukuka uygun bir şekilde, sivil bir uzay istasyonunun oluşturulmasından kullanımına kadar birçok meseleyi ele alarak taraflar arasındaki uluslararası iş birliğinin çerçevesini oluşturmayı amaçlamaktadır (madde 1). Anlaşma'ya taraf olanlar şu şekilde sıralanabilir: Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Rusya Federasyonu, Kanada, Japonya ve Avrupa

---

1 Fransa örneğinde devlet garantisi konusunu ele aldığımız çalışma için genel olarak bkz. **Cakir**, Tugrul (2017) "La Garantie de l'État dans la Loi Française Relative aux Opérations Spatiales: un Atout de la Politique Juridique de la France?", Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht (Alman Hava ve Uzay Hukuku Dergisi), 66/1, s.104-112.

2 **Luxenberg**, Barbara/ **Mossinghoff**, Gerald J. (1985) "Intellectual Property and Space Activities", Journal of Space Law, Vol. 13/1, s.8.

3 **Hoover**, Roger K. (1983) "Law and Security from the Viewpoint of Private Industry", Journal of Space Law, Vol.11/1-2, s.122.

4 **Balsano**, Anna Maria/ **de Clercq** Aude (2004) "The Community Patent and Space-Related Inventions", Journal of Space Law, Vol.30/1, s.2.

5 **Balsano**/ **de Clercq**, s.2.

6 **Sattler,** Rosanna (2003), "US Commercial Activities aboard the International Space Station", Air & Space Law, Vol. xxviii/2, s.67.

7 **Sattler**, s.68.

8 Agreement among the government of Canada, governments of member states of the European Space Agency, the government of Japan, the government of the Russian Federation, and the government of the United States of America concerning cooperation on the civil international space station, Washington'da 29 Ocak 1998 günü imzalanmış ve 27 Mart 2001'de yürürlüğe girmiştir. Anlaşma'ya bu adresten ulaşılabilir: https://www.unoosa.org/pdf/lim-ted/c2/AC105_C2_2013_CRP24E.pdf son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

Uzay Ajansı[9]. Uzay İstasyonu'nun uzayda birleştirilme süreci 1998 yılında başlamış ve 2012 yılında İstasyon tamamen operasyonel hale gelmiştir[10]. İstasyon dışarıdan tek bir uzay cismi gibi görünse de aslında Anlaşma'ya taraf olanlara ait birbirine bağlı modüllerden oluşan karmaşık bir yapıya sahiptir.

Anlaşma kapsamında fikri mülkiyet kavramından ne anlaşıldığı konusunda bir açıklık getirmek yerinde olacaktır. Bu bağlamda, Anlaşma'nın 21. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, fikri mülkiyet kavramı, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kurucu Sözleşmesi'nin[11] 2. maddesinde düzenlendiği şekilde anlaşılmalıdır. Bu maddeye göre "fikri mülkiyet" kavramından şu husus anlaşılır : "-edebi, artistik ve ilmi eserlere, -sanat yorumcularının eserlerine ve icracı sanatçıların eserlerine, fonogramlara ve radyo yayınlarına, -insani (insan eliyle yapılan) faaliyetin her sahasındaki ihtiralara, -ilmi keşiflere, -sınai resim ve modellere, -fabrika, ticaret ve hizmet markalarına, ticari unvan ve adlandırmalara, -gayri kanuni rekabete karşı himayeye ilişkin haklar ve sınai, ilmi, edebi ve artistik sahalarda fikri faaliyete ilişkin tüm haklar." Yukarıda bahsedilen fikri mülkiyet kavramından Uzay İstasyonu kapsamındaki önemi nedeniyle yalnızca patent konusu bu çalışmada ele alınacaktır[12].

Patentten doğan hak sahibine inhisari bir istifade yetkisi sağlar, mutlaktır, süreye bağlıdır ve de devir/ferağ konusu olabilir[13]. Patent sahibinin izni olmadan, buluşun üçüncü kişiler tarafından kullanılması, üretimi ve satışı patent hakkına tecavüz olarak kabul edilir. Bu durumda, patent sahibi, saldırının ortadan kaldırılmasını ve oluşan zararının giderilmesini talep edebilir[14]. Ancak, patent haklarının korunması mülkilik prensibine tabidir[15]. Kısacası, patent hakları prensip olarak tescil edildikleri ülkelerde korunur. Bir patentin başka bir ülkede korunması milletlerarası veya iki taraflı bir anlaşma ile mümkün olur[16]. Mülkilik prensibinin uluslararası bir alan olan uzayda nasıl uygulama bulacağı konusu önemli bir sorunsal oluşturmaktadır.

Bu noktada, öncelikle uzay hukukunun genel prensiplerinden biri olan uzay cisimlerinin tescilini ve hukuki sonuçlarını ele alacağız (II). Daha sonra, Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma'yla ortaya konan özel rejiminin incelemesini yapacağız (III). Son olarak, Anlaşma'ya taraf olan Avrupa Uzay Ajansı'nın devlet olmayışından doğan uygulamadaki farklılıklar üzerine yoğunlaşacağız (IV).

II. UZAY CİSİMLERİNİN TESCİLİ VE TESCİLİN HUKUKİ SONUÇLARI

27 Ocak 1967 tarihli Uzay Anlaşması'nın[17] 1. maddesine uygun olarak, uzay hiçbir ayrım gözetmeksizin bütün devletlerin keşfi ve kullanımına açıktır. Bu prensibin tamamlayıcısı olan bir diğer prensip uzayın sahiplenilemezliğidir (*non approp-*

[9] Avrupa Uzay Ajansı'nın bütün üyeleri Uzay İstasyonu'na İlişkin Anlaşma'ya taraf değildir. Avrupa Uzay Ajansı'na üye olup Uzay İstasyonunu'na İlişkin Anlaşma'ya taraf ülkeler şu şekildedir: Almanya, Belçika, Danimarka, İspanya, Fransa, Norveç, Hollanda, Birleşik Krallık, İsveç ve İsviçre.

[10] Geçmişteki diğer uzay istasyonu örnekleri için genel olarak bkz. **Dunk**, Frans von der (1991) "Pandora's Box? The Basic Legal Framework for Doing Business with a Space Station: An Inventory of Problems", Legal Aspects of Space Commercialization, s.114-115; **Matte**, Nicolas Mateesco (1985) "Space Stations: A Peaceful Use for Humanity", 10 Annals Air & Space L., s.417-451.

[11] Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kurucu Sözleşmesi, 14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm'de imzalanmıştır. Sözleşme'ye buradan ulaşılabilir: https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283854 son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

[12] Patent dışındaki diğer konular hakkında bkz. **Balsano** A.M./ **Wheeler** J. (2006) "The IGA and ESA: Protecting Intellectual Property Rights in the Context of ISS Activities": Dunk F.G. von der / Brus M.M.T.A. (editörler), The International Space Station Commercial Utilisation from a European Legal Perspective, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, s.71-76.

[13] **Kaya**, Arslan (1997) "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", İHFMC: LV-S 4, s.175-178.

[14] **Noyan**, Erdal (2015), Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, s.579 vd.

[15] **Kaya**, s.194-195.

[16] **Kaya**, s.194-195.

[17] 27 Ocak 1967 tarihli, Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Anlaşma. Anlaşma'ya buradan ulaşılabilir: https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/ treaties/outerspacetreaty.html son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

riation principle)[18]. Bu prensibe uygun olarak, uzay "herhangi bir suretle milli iktisaba konu olamaz". Bu kural sadece devletleri değil özel kişileri de bağlar; çünkü özel kişilerin faaliyetleri Uzay Anlaşması'nın 6. maddesi kapsamında milli faaliyet kavramı kapsamında değerlendirilir. Devletler ulusal faaliyetlerinin uluslararası hukuka uygun olmasını sağlamak zorundadır.

Uzay hiçbir devletin üzerinde mutlak bir egemenlik iddiasında bulunamayacağı bir uluslararası alan statüsündedir. Yani uzayda ülkesel yargı yetkisinin (*territorial jurisdiction*) kullanılmasından bahsedemeyiz. Ancak, uzayda egemenlik kavramının tam olarak yok sayılması durumu söz konusu değildir. Zira, uzayda göreceli olarak var olan egemenliklerden bahsedebiliriz[19].

Devletler, kendi vatandaşları ve tescil ettikleri araçlar/cisimler üzerinde sınırları dışında da yetki sahibidirler (*personal jurisdiction*)[20]. Bu vesileyle, devletlerin egemenliklerinin kısmen de olsa uzayda tezahüründen bahsedebiliriz[21]. Eksik olan egemenliklerin bir arada uzayda var olabilmelerini sağlayabilmek adına, uzay özgürlüğü prensibine birtakım kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalardan bir tanesi de uzaydaki düzenin devamlılığını sağlamak adına uzay cisimlerinin tescili zorunluluğudur.

12 Kasım 1974 tarihli Tescil Sözleşmesi[22] Uzay Anlaşması'nın VIII. maddesinin uygulamaya konmuş halidir. Bu Sözleşme'yle birlikte Birleşmiş Milletler nezdinde tutulan uluslararası bir sicil oluşturulmuş (madde III) ve de devletlere ulusal düzeyde uzay cisimlerini tescil etme zorunluluğu getirilmiştir (madde II (1)). Ancak Sözleşme'ye taraf olmayan ve Uzay Anlaşması'na taraf olanlar için Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1721-B (XVI) kararına dayalı olarak farklı bir uluslararası sicil de tutulmaktadır[23].

Tescil devletinin doğrudan maddi anlamda bir sorumluluğu (*liability*) olmasa da, dolaylı olarak vardır; çünkü tescil devleti fırlatan devlet (*launching state*) olmak zorundadır. Kısacası, bir uzay cismini tescil eden devletin bilinmesi sorumlu olan devletin tanınmasını sağlar. Tescil devleti, fırlatan devlet olduğunu inkâr edemez; bu da mağduru savunan veya mağdur olan devletin zararının tazmini sürecini hızlandırır.

Uzay Anlaşması'nın VIII. maddesine uygun olarak, uzay cismini tescil eden devlet uzay cismi ve personeli üzerinde yargılama hakkı (*jurisdiction*) ve denetleme (*control*) yetkisine sahiptir. Tescil devletinin uzay cismi ve personeli üzerindeki yetkisinin ve denetiminin münhasır olduğu kabul edilir[24]. VIII. maddede bahsi geçen bir diğer kavram olan "denetleme" ise daha çok uzay cisminin teknik olarak yönetilmesi anlamında kullanılmaktadır[25]. Kastedilen yetki uygulama ve denetleme kabiliyetleri devletlerin tek elindedir. Uluslararası örgütler, yargı yetki-

[18] Bu prensiple ilgili genel olarak bkz. **Jakhu**, Ram/**Freeland**, Steven (2009) "Article II": Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernard/Schrogl, KaiUwe (Editörler), Cologne Commentary on Space Law: Volume I, Outer Space Treaty, Koln, Carl Heymanns Verlag, s.44-63.

[19] **Couston**, Mireille (2014) Droit Spatial, Ellipses, Mise au point, s.127.

[20] Genel olarak konuyla ilgili bkz**. Cakir**, Tugrul (2017) "La Compétence Personnelle en Droit Spatial: un Principe Interprété Différemment par les États", Revue Française de Droit Aérien et Spatial (Fransız Hava ve Uzay Hukuku dergisi), Vol. 281/1, s. 65-73.

[21] **Vereshchetin**, Vladlen S. (1977) "On the principle of state sovereignty in international space law", 2 Annals Air & Space L., s.433.

[22] 12 Kasım 1974 tarihli, Uzaya Fırlatılan Cisimlerin Tescili Sözleşmesi. Sözleşme'ye buradan ulaşılabilir: https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/registration-convention.html son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

[23] BMGK, Resolution 1721 B (XVI) of 20 December 1961, International Cooperation in the Peaceful Uses of Outer Space. Karara buradan ulaşılabilir: https://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_16_1721E.pdf son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

[24] **Vereshchetin**, Vladlen S. (1980) "Interaction of International Space Law and Domestic Law in Space and Time", 23 Proc. on L. Outer Space, s.209.

[25] **Couston**, Mireille, "Immatriculation des Objets Spatiaux", Lexisnexis, 9 Haziran 2017, §75.

sini üyelerinden birine devretmek zorundadır ancak bazı denetleme vasıflarını, üyelerinin müsaadesiyle gerçekleştirebilir[26].

Soğuk Savaş koşullarında ve özel kişilerin çok az etkili olduğu bir dönemde hazırlanan uzay alanındaki uluslararası anlaşmalarda fikri haklar meselesi ele alınmamış olsa da Uzay Anlaşması'nın VIII. maddesi uzay cismini tescil eden devletin kanunlarının cisim üzerinde uygulanmasının yolunu açmıştır. Ancak, Uzay İstasyonu örneğinde olduğu gibi, uzay cisminin uluslararası bir yapısının olması uygulanacak hukuk noktasında bazı sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir.

III. BULUŞLARA UYGULANACAK HUKUK

Uzay İstasyonu'na İlişkin Anlaşma'nın 21. maddesi olası yetki çatışmalarının önüne geçmiş, uygulanacak hukukun sınırlarını net bir şekilde belirlemiştir[27]. Bu bölümde öncelikle genel kuralı ele alacağız (A). Daha sonra bu kuralın bir istisnasını inceleyeceğiz (B). Son olarak da geçici bulunma doktrini konusunu ele alacağız (C).

A. GENEL KURAL

Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma'nın 6. maddesine göre taraflar İstasyon'daki sağlamış oldukları modülün mülkiyetine sahiptir. Aynı Anlaşma'nın 5. maddesine göre ise anlaşmaya taraflar mülkiyetlerindeki modüllerin tescilini Tescil Sözleşmesi'ne uygun olarak yapmakla yükümlüdür. Özetle, mülkiyetle tescil arasında doğrudan bir bağ kurulmuştur[28]. Bu noktada, Tescil Sözleşmesi'ndeki tescil devleti tanımından uzaklaşıldığı açıktır; çünkü bu Sözleşme'ye göre mülkiyet sahibinin cismi tescil etmesi gibi bir zorunluluk yoktur. Tescil devleti sadece fırlatan devlet (veya devletlerden biri[29]) olmak zorundadır. Bunun dışında, Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma'da genel prensip korunmuştur; kısacası taraflar tescil ettirdikleri modüllerde yargısal yetki ve kontrol sahibidir.

Uzay Anlaşması'ndaki bu yaklaşımın sonucu olarak, bir modülün içerisinde veya üzerinde (*in or on*) gerçekleşen bir faaliyet, sadece modülü tescil etmiş olan ülkenin sınırları içerisinde gerçekleşmiş sayılır (madde 23/2)[30]. Örnek vermek gerekirse, Rusya Federasyonu'na ait bir modülde ortaya çıkan bir buluş bu ülke topraklarındaymış gibi sonuç doğurur ve Rus kanunları uygulanır. Anlaşmaya taraf olanlardan Avrupa Uzay Ajansı'nın devlet olmamasından kaynaklı sorunlar giderilmiştir. Bu konuya birazdan değineceğiz.

Bu noktadan hareketle, devletler patent kanunlarının uygulamalarını uzayda ortaya çıkan veya kullanılan buluşları da kapsayacak şekilde genişletmişlerdir. Burada sadece Fransa ve ABD örneklerini vermekle yetineceğiz[31]. Kanunlarında benzer bir genişlemeyi yapmayan ülkelerdeyse hukuki anlamda bir emniyetsizlik riskinden bahsedebiliriz[32].

---

[26] **Lafferranderie**, Gabriel, "Jurisdiction and Control of Space Objects and the Case of an International Intergovernmental Organisation (ESA) ", Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht 54. Jg. 2/2005, s.237-238.

[27] **Balsano** / **Wheeler**, s.66; **Farand**, Andre (1992) "The Legal Regime Application to the Space Station Cooperation: A Canadian Perspective", 17 Annals Air & Space L., s.296.

[28] Benzer bir şekilde anlaşmanın 7. maddesindeki yönetim, 9. maddesindeki kullanım ve 10. maddesindeki istifade etme konularında da mülkiyetle bir bağ kurulmuş haklar ve yükümlülükler mülkiyet sahibi olan tarafa bırakılmıştır.

[29] Eğer bir uzay cisminin birden fazla fırlatan devleti varsa, bu devletler birlikte karar alarak aralarından birini tescil devleti olarak belirlemek zorundadır.

[30] Uzay İstasyonu dahilinde işlenecek suçlara uygulanacak hukuk Anlaşma'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ilk olarak suçu işlediği konusunda şüphe duyulan kişinin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devlet yargılama yetkisini kullanır. Eğer bu durum gerçekleşmemişse ve belirli koşulların oluşması halinde mağdurun ülkesi yargı yetkisini kullanabilir.

[31] Diğer kanunlarda yapılan değişiklikler için bkz. **Doldirina** Catherine (2015) "Intellectual Property Rights in the Context of Space Activities": Dunk, F.G. von der/ Tronchetti, Fabio (editörler), Handbook of Space Edward Elgar Publishing, 2015, Cheltenham, Northampton, s.983.

[32] **Lyall** Francis/ **Larsen** Paul B. (2009) Space Law a Treatise, Ashgate, s.126.

3 Haziran 2008 tarihli Fransız Uzay Operasyonları Kanunu'nun[33] 22. maddesi Fikri Mülkiyet Kanunu'nun[34] L611-1[35] maddesinde bir değişiklik yapmıştır. Bu değişiklikle, Fikri Mülkiyet Kanunu'nun, uzayda Fransa'nın yetkisi ve denetimi altındaki uzay cisimlerinde ortaya çıkan veya kullanılan keşiflere de uygulanmasının önü açılmıştır. Ancak, Fransa'nın taraf olduğu bir uluslararası anlaşmaya uygun olarak bu uygulamaya bir istisna getirilmesi mümkündür.

Amerikan Kanunu'nda[36] da 1990 yılında yapılan bir değişiklikle benzer bir adım atılmıştır[37]. Kanunda iki istisna öngörülmüştür: ilki ABD'nin taraf olduğu bir anlaşmanın bulunması halidir. Diğeri ise başka ülkeler tarafından tescil edilmiş olan bir uzay cisminin varlığı durumunda keşfin ABD'deymiş gibi sonuç doğurması halidir.

Bununla birlikte bu kanunun uygulamasında, ABD'nin yetkisi veya denetimi altındaki uzay cisminden bahsedilmektedir. Kanunda kullanılan "veya" ibaresi açık olarak Uzay Anlaşması'nın VIII. maddesinden farklılık göstermektedir. Kısacası, bir cisim ABD tarafından tescil edilmese bile cisim üzerinde uygulanan kontrol dolayısıyla ABD Patent Kanunu'nun uygulanması mümkün olabilecektir. Bu durum karşısında Avrupalılar özellikle Hermes projesi dolayısıyla ABD kontrolünün söz konusu olacağı ve bunun sonucu olarak Amerikan hukukunun uygulanacağı konusunda endişelerini dile getirmişlerdir[38]. Bunun üzerine, Kanun'da uluslararası anlaşmalar istisna gösterilerek bu endişelere cevap verilmiştir.

B. HERHANGİ BİR MODÜLÜN SAHİBİ OLAN ÜLKENİN VATANDAŞI OLMAYAN VEYA O ÜLKEDE İKAMET ETMEYEN BİR KİŞİ TARAFINDAN BULUŞ YAPILMASI DURUMU

Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma'nın 21. maddesinin 3. fıkrası modülün sahibi olan ülkenin vatandaşı olmayan veya o ülkede ikamet etmeyen bir kişi tarafından buluş yapılırsa ne olacağı konusu üzerinedir. Bu fıkranın uygulanabilmesi için keşfi

---

33 Uzay Operasyonlarına İlişkin Fransız Kanunu, Loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales, Journal Officiel de la République Française du 4 juin 2008. Kanuna buradan ulaşılabilir : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/ JORFTEXT000018931380 son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

34 Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu, Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, Journal Officiel de la République Française du 3 juillet 1992. Kanuna buradan ulaşılabilir : https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/ JORFTEXT000000357475 son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

35 Bu maddenin konumuzu ilgilendiren bölümü şu şekildedir: "Sauf stipulation contraire d'un engagement international auquel la France est partie, les dispositions du présent article s'appliquent aux inventions réalisées ou utilisées dans l'espace extra-atmosphérique y compris sur les corps célestes ou dans ou sur des objets spatiaux placés sous juridiction nationale en application de l'article VIII du traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes." / "Aksi Fransa'nın taraf olduğu uluslararası bir yükümlülük çerçevesinde belirtilmedikçe, mevcut maddenin hükümleri uzayda, gök cisimlerinin üzerinde ya da 27 Ocak 1967 tarihli, Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Anlaşma'nın VIII. maddesine uygun olarak Fransa'nın yargı yetkisinde bulunan uzay cisimlerinin içinde veya üzerinde gerçekleşen ya da kullanılan buluşlara uygulanır." (Yazar tarafından çevrilmiştir)

36 Amerikan Patent Kanunu, Title 35 of the United States Code, §105 Inventions in Outer Space, 15 November 1990. Kanuna bu adresten ulaşılabilir: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35 son erişim tarihi 16 Ekim 2020. Kanunun maddesi şu şekildedir: "a) Any invention made, used or sold in outer space on a space object or component thereof under the jurisdiction or control of the United States shall be considered to be made, used or sold within the United States for the purposes of this title, except with respect to any space object or component thereof that is specifically identified and otherwise provided for by an international agreement to which the United States is a party, or with respect to any space object or component thereof that is carried on the registry of a foreign state in accordance with the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space. (b) Any invention made, used or sold in outer space on a space object or component thereof that is carried on the registry of a foreign state in accordance with the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space, shall be considered to be made, used or sold within the United States for the purposes of this title if specifically so agreed in an international agreement between the United States and the state of registry."

37 Hatırlatalım ki şu anda incelemekte olduğumuz Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma 29 Eylül 1988 tarihli ilk anlaşmanın revize edilmiş şeklidir.

38 **Lafferranderie**, s.235.

yapan kişinin, keşfin yapıldığı taraf ülkeyle bir bağının olmaması (ikamet veya vatandaşlık) ve de ilk patent başvurusunun başvurunun güvenliğini sağlayan başka bir taraf ülkede yapılması gereklidir. Bu noktada 2. fıkradaki genel kuraldan uzaklaştığımız açıktır.

Örnek vermek gerekirse, Amerikan modülünde bir Japon tarafından yapılan keşif dolayısıyla, ABD Japonya'da bir patent başvurusu yapılmasını kendi gizlilik konusundaki düzenlemeleri dolayısıyla engelleyemez. Ancak, bu durumun gerçekleşmesi için Japonya'nın patent başvurularının gizliliği konusundaki düzenlemelerinin ABD düzenlemelerine kıyasla benzer seviyede koruma getirmesi gerekir. Bununla birlikte, ilk patent başvurusu yapılan ülke (örnekte Japonya) patent başvurusunun gizliliğini kontrol edebilme ve daha sonradan yapılacak başvuruları sınırlandırabilme hakkını saklı tutar (madde 21 (3) (a)).

Bu fıkra özellikle ulusal güvenlik gerekçesiyle patent başvurusunda yapılabilecek kısıtlamaların önüne geçmek amacıyla tasarlanmıştır[39]. Normal koşullarda, örnek vermek gerekirse, ABD Kanunu'na[40] göre eğer bir buluş ABD'de gerçekleşmişse, buluşu yapan kişi kural olarak öncelikle ABD'de patent başvurusunda bulunmalıdır. Bunun iki istisnası vardır: ilki ABD'deki patent başvurusunun yapılması ve 6 aylık bekleme süresinin dolması; ikincisi ise diğer bir ülkede patent başvurusu yapabilmek için yetkili otoriteden izin alınmasıdır.

C. GEÇİCİ OLARAK BULUNMA DOKTRİNİ

Patentten doğan hakların sınırlarının daraltılması konusunda Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma'nın 21. maddesinin 6. fıkrası düzenlenmiştir. Bu vesileyle, 20 Mart 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasıyla İlgili Paris Sözleşmesi'nin[41] ikinci mükerrer beşinci maddesini hatırlatalım:

Patentler: Deniz, Hava ve Kara Araçlarının Parçalarını Oluşturan Patentli Cihazlar

Aşağıdaki hususlar, hiçbir Birlik ülkesinde, patent sahibinin haklarını ihlal olarak düşünülmeyecektir:

1. diğer Birlik ülkelerine ait gemilerin, bir ülke sularına geçici veya arızi olarak girmesi durumunda, bu gemilerin teknesinde, makinelerinde, halat takımlarında, dişlilerinde ve diğer aksamında ülkenin patentine konu olan cihazların, yalnız geminin ihtiyaçları için olmak kaydıyla kullanılması;

2. diğer Birlik ülkelerine ait hava veya kara araçlarının geçici veya arızi olarak ülkeye girmesi halinde patent konusu olan araçların yapımında veya işletilmesinde kullanılan cihazların veya bu araçların aksamlarının kullanılması.

Uzay cisimlerinin bu maddenin kapsamına girmediği açıktır ve de bu uygulamada bazı sorunlar ortaya çıkarabilir. Fırlatılmanın yapıldığı ülkede patent hakkının ihlali nedeniyle el koyma veya fırlatılmanın gecikmesi ilk akla gelen örneklerdir[42]. Bu sorunların önüne geçebilmek için ve anlaşmaya taraf olanların hukuki güvenliğini sağlamak maksadıyla 6. fıkra düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, rakip bir patentin taraf ülkelerden birinin sınırları içerisinde Uzay İstasyonu'na fırlatılmadan veya Dünya'ya dönüşünden sonra geçici olarak bulunması durumunda patent hakkına tecavüz söz konusu değildir. Bazı kanunlarda Paris Sözleşmesi'ndeki

[39] **Oosterlinck**, R. (1989) "The Intergovernmental Space Station Agreement and Intellectual Property Rights", Journal of Space Law, Vol.17/1, s.30.

[40] Amerikan Patent Kanunu, §184, Filing of application in foreign country.

[41] Sınai Hakların Korunması Hususunda Paris Sözleşmesi, 20 Mart 1883 tarihinde imzalanmış, 14 Aralık 1900'de Brüksel'de, 2 Haziran 1911'de Washinton'da, 6 Kasım 1925'te La Haye'de, 2 Haziran 1934'te Londra'da, 31 Ekim 1958 Lizbon'da ve 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de revize edilmiştir. Sözleşme'ye buradan ulaşılabilir: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/ son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

[42] **Ministère de la recherche, Direction de la Technologie** (2002) L'évolution du droit de l'espace en France, s.56 dipnot 103.

ilgili maddenin kapsamı uzay cisimlerini de içinde alacak şekilde genişletilmiştir. Mesela, Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L613-5 (e) maddesine göre patentten doğan haklar uzaya fırlatılmak üzere Fransa sınırlarında bulunan cisimleri kapsamayacak şekilde sınırlandırılmıştır[43]. Amerikan kanunu da benzer bir hüküm içermektedir[44].

IV. KURALIN AVRUPA UYGULAMASI

Bu bölümde öncelikle anlaşmaya taraf olan Avrupa ülkelerini ilgilendiren genel kuralı (A), daha sonra patent haklarının Avrupa modülünde ihlalinin sonuçları (B) ve son olarak da bu modülde inhisari olmayan lisans kullanımı (C) konularını ele alacağız.

A. GENEL KURAL

Uluslararası örgütlerin[45] uzay faaliyeti yürütmesine Uzay Anlaşması'nın VI. maddesi hükmünce izin verilmiştir[46]. Bununla birlikte, uluslararası örgütler Uzay Anlaşması'na taraf olamasalar da daha sonraki diğer tamamlayıcı anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükleri kabul edebilmelerinin önü açılmıştır. Bunun için herhangi bir uluslararası örgütün üyelerinin yarısından fazlasının ilgili tamamlayıcı anlaşmaya ve Uzay Anlaşması'na taraf olmaları gerekmektedir. Bu durumda uluslararası örgüt tarafından yapılan resmi bir deklarasyon, bir devletin anlaşmaya taraf olmasına benzer bir şekilde hukuki sonuçlar doğurur[47].

Bu bağlamda Avrupa Uzay Ajansı 1968 tarihli Kurtarma Anlaşması[48], 1972 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi[49] ve 1975 tarihli Tescil Sözleşmesi'nden doğan hakları ve yükümlülükleri resmi olarak kabul ettiğini deklare etmiştir[50]. Bu nedenle, Ajans uzay cisimlerini tescil edebilme hakkına sahiptir. Uzay İstasyonuna ilişkin Anlaşma'ya göre Avrupalı taraf devletler Avrupa modülünün tescil yetkisini Avrupa Uzay Ajansı'na bırakmıştır (madde 5 (2)).

Bunun sonucu olarak, Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma'nın 21. maddesinin 2. fıkrasına göre Anlaşma'ya taraf olan her Avrupa ülkesi Uzay Ajansı tarafından tescil edilmiş modüldeki bir buluşun kendi sınırları dahilinde gerçekleştiğini kabul edebilir. Özetle, anlaşmaya taraf Avrupa ülkeleri tek bir ülkeymiş gibi kabul edilmiştir. Bu nedenle, Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma'nın 23. maddesinin 4 ve 5. fıkraları bu durumun oluşturabileceği olumsuzlukları azaltabilmek adına tasarlanmıştır[51].

---

[43] "Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas: […] e) Aux objets destinés à être lancés dans l'espace extra-atmosphérique introduits sur le territoire français." / "Aşağıdaki durumlar patentten doğan hakların kapsamı dışındadır: […] e) Uzaya yollanmak üzere fransız toprağında bulunan cisimler." (Yazar tarfından çevrilmiştir)

[44] "The use of any invention in any vessel, aircraft or vehicle of any country which affords similar privileges to vessels, aircraft or vehicles of the United States, entering the United States temporarily or accidentally, shall not constitute infringement of any patent, if the invention is used exclusively for the needs of the vessel, aircraft or vehicle and is not offered for sale or sold in or used for the manufacture of anything to be sold in or exported from the United States." Amerikan Patent Kanunu, § 272, Temporary Presence in the United States.

[45] Genel olarak bkz. **Dunk,** F.G. von der (2015) "International Organizations in Space Law": Dunk, F.G. von der/ Tronchetti, Fabio (editörler), Handbook of Space Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, s.269-330.

[46] Bu anlaşma uluslararası örgütler konusunun (her ne kadar sınırlı bir biçimde olsa da) ele alındığı ilk anlaşmalardan birisidir. **De la Rochere**, Jacqueline (1967) "La Convention sur l'Internationalisation de l'Espace", Annuaire Française de Droit International, Vol. 13, s.646.

[47] **Bourely**, Michel (1982) "Le Droit de l'Espace et les Organisations Internationales", Annals of Air and Space Law, vol.VII, s. 251.

[48] 27 Nisan 1968 tarihli, Astronotların Kurtarılması, Astronotların ve Uzaya Fırlatılmış Olan Araçların Geri Verilmeleri Hakkında Anlaşma. Anlaşma'ya buradan ulaşılabilir: https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/rescueagreement.html son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

[49] 29 Mart 1972 tarihli, Uzay Cisimlerinin Verdiği Zarardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Hakkında Sözleşme. Sözleşme'ye buradan ulaşılabilir: https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/liability-convention.html son erişim tarihi 16 Ekim 2020.

[50] Committee on the Peaceful Uses of Outer Space Legal Subcommittee Fifty-eighth session, Status of International Agreements relating to activities in outer space as of 1 January 2019, 1 April 2019, English only, A/AC.105/C.2/2019/CRP.3.

[51] "In sum, as regards the elements registered by the ESA, the IGA intends to provide practical solutions to bridge the "national

B. PATENT HAKKININ İHLALİNİN SONUÇLARI

Patentin mülkiliği ilkesine uygun olarak, ihlalin yapıldığı her ülkede dava açılabilir[52]. Ancak, eğer birden fazla (anlaşmaya taraf olan) Avrupa ülkesinde korunan patent söz konusuysa, patent haklarına yapılan Avrupa Uzay Ajansı modülündeki *aynı ihlalden*[53] dolayı birden fazla ülkede tecavüz sebebiyle oluşan zararın tazmini mümkün değildir (madde 23/4).

Kısacası patent sahibi kendi lehine olan mahkeme önünde davayı açabilir[54]. Ancak, Avrupa çapında yürütülen uyumlulaştırma çabaları bu durumun oluşturabileceği olumsuz etkiyi azaltmaktadır[55]. Bu noktada, Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Avrupa Patent Sözleşmesi[56] büyük öneme sahiptir.

Eğer birden fazla Avrupa ülkesinde patentten doğan hakka tecavüz sebebiyle dava açılışmışsa, daha sonradan açılmış olan davanın hakimi, önceden açılan davanın sonucunu bekleyerek, davayı askıya alabilir (madde 23/4). Burada daha sonradan açılan davanın hakimine bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir[57]. Bununla birlikte, tazminata hükmeden bir mahkeme kararının uygulanması aynı ihlalden doğan önceden açılmış veya sonradan açılacak davalarda tazminata hükmedilmesini engeller (madde 23/4).

C. AVRUPA MODÜLÜNDE LİSANSLI OLAN BİR BULUŞUN KULLANIMI

Patent sahibi buluşu başka birinin kullanımına izin verebilir (patent lisansı sözleşmesi). Kullanım hakkı tamamen (inhisari) veya kısmen (inhisari olmayan bir şekilde) devredilebilir. İlkinin sonucu olarak patent sahibi lisans verdiği kişiden başkasına lisans veremez ve aksi öngörülmedikçe patentle korunan buluşu kullanamaz[58]. İnhisari olmayan lisansta ise patent sahibi bu sınırlamalarla bağlı değildir[59].

İnhisari olmayan lisans konusunda Uzay İstasyonuna ilişkin Anlaşma'da bir düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda, Anlaşma'nın 23(5) maddesine göre Anlaşma'ya taraf herhangi bir Avrupa ülkesinde lisansı olan kişi, Avrupa modülünde buluşu kullanabilir. Bu durumda hiçbir Avrupa ülkesi bu lisansı tanımayı reddedemez. Yani, inhisari lisansı olmayan bir kişi, lisans hükümlerine aykırı davranmadığı sürece lisanslı ürünü Avrupa modülünde kullanarak, aynı konudaki diğer lisans sahiplerinin haklarına herhangi bir tecavüzde bulunmuş olmaz[60].

territory" approach adopted in respect of the enforcement of intellectual property rights on Earth and the assumption that the ESAregistered elements are deemed to be a "common territory" of all European Partner States.": Intellectual Property and Space Activities, Issue paper prepared by the International Bureau of WIPO, April, 2004, §60.

52 **Kaya**, s.195.

53 Mefhumu muhalifinden hareketle farklı ihlallerden dolayı farklı ülkelerde tazminatın mümkün olduğu sonucu çıkacaktır.

54 **Balsano** / **Wheeler**, s.68.

55 **Balsano** / **Wheeler**, s.68.

56 Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Avrupa Patent Sözleşmesi, 5 Ekim 1973 tarihinde imzalanmış, 17 Aralık 1991 ve 29 Kasım 2000 tarihinde revize edilmiştir. Bu Sözleşme'nin amacı giriş kısmında şu şekilde ifade edilmiştir: -buluşların korunması konusunda Avrupa Devletleri arasındaki işbirliğini güçlendirmek, - üye ülkelerde patentlerin tescilinin tek bir prosedürle sağlanması, - üye ülkelerde verilen patentler için standart kuralların oluşturulması. Sözleşmenin 1. maddesinde altı çizildiği gibi, buluşlara patent vermek maksadıyla, sözleşmeye taraf ülkelerde ortak bir hukuk sistemi oluşturulmuştur. Bu kapsamda edinilen patentler, "verildiği Üye Devletlerin her birinde, bu Sözleşme içinde aksı ifade edilmedikçe, o Devlet tarafından verilen bir patent gibi aynı etkiye sahip olacak ve aynı şartlara tabi olacaktır." (madde 2(2)). Avrupa patentinin koruma süresi kural olarak başvuru tarihinden itibaren 20 yıldır (madde 63).

57 **Oosterlinck**, s.31.

58 **Noyan**, s.589.

59 **Noyan**, s.589.

60 Intellectual Property and Space Activities, Issue paper prepared by the International Bureau of **WIPO**, §59.

V. SONUÇ

Uzay İstasyonuna İlişkin Anlaşma, uzay hukukunun genel prensiplerine uygun bir biçimde, fikri mülkiyet hususunu bütün katılımcıların menfaatlerini gözetecek bir biçimde ele almıştır. Farkı yaklaşımların birlikte var olmasına müsaade edilmiş ve de olası yetki çatışmalarının önüne geçilmiştir.

Avrupa ülkeleri özelinde oluşabilecek sorunların çözülmesine katkı sağlanmıştır. Anlaşmaya taraf Avrupa ülkeleri arasındaki yaklaşım farklılıklarının azaltılması amacıyla Avrupa çapında daha önceden alınmış veya alınacak inisiyatifler büyük öneme sahiptir[61].

Bazı yazarlar uzay alanında ortaya konacak uluslararası bir patent sisteminin daha etkili olacağına inanmaktadır ve bu yönde bir gelişmenin uzay faaliyetlerinin ticarileşmesini hızlandıracağını iddia etmektedir.[62] Ancak, patentler konusundaki ülkeler arasındaki temel yaklaşım farklılıkları ve ulusal güvenliğe ilişkin hususların uzay alanındaki yeri bu ihtimalin hayata geçirilmesi ihtimalini yakın gelecekte azaltmaktadır[63]. Mevcut durumda, uluslararası projelerde uygulanacak hukuk meselesi projenin doğasına uygun olarak ele alınmaktadır64. Uluslararası projelerin yaygınlaşmasıyla uzay alanında özel bir sistem ihtiyacı doğacaktır ve Uzay İstasyonu deneyimi bu durumda dikkate alınmalıdır.

---

61 **Balsano** / **de Clercq**, s.1-11.

62 **Bhat B**, Sandeepa (2010) "Inventions in Outer Space: Need for Reconsideration of the Patent Regime", Journal of Space Law, Vol.36/1, s.16; **van Traa-Engelman**, Hanneke (2008) "The need for a uniform law system protecting intellectual property rights in outer space", 51 Colloquium on the law of outer space, s.38-43.

63 **van Traa-Engelman**, s.41-42.

64 Intellectual Property and Space Activities, Issue paper prepared by the International Bureau of **WIPO**, §19.

KAYNAKÇA

12 Kasım 1974 tarihli, Uzaya Fırlatılan Cisimlerin Tescili Sözleşmesi.

27 Nisan 1968 tarihli, Astronotların Kurtarılması, Astronotların ve Uzaya Fırlatılmış Olan Araçların Geri Verilmeleri Hakkında Anlaşma.

27 Ocak 1967 tarihli, Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Anlaşma.

29 Mart 1972 tarihli, Uzay Cisimlerinin Verdiği Zarardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Hakkında Sözleşme.

Agreement among the government of Canada, governments of member states of the European Space Agency, the government of Japan, the government of the Russian Federation, and the government of the United States of America concerning cooperation on the civil international space station, Washington'da 29 Ocak 1998 günü imzalanmış ve 27 Mart 2001'de yürürlüğe girmiştir.

Amerikan Patent Kanunu, Title 35 of the United States Code, Public Law 593-July 19, 1952.

Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Avrupa Patent Sözleşmesi, 5 Ekim 1973 tarihinde imzalanmış, 17 Aralık 1991 ve 29 Kasım 2000 tarihinde revize edilmiştir.

Balsano A.M./ **Wheeler** J. (2006) "The IGA and ESA: Protecting Intellectual Property Rights in the Context of ISS Activities": Dunk F.G. von der / Brus M.M.T.A. (editörler), The International Space Station Commercial Utilisation from a European Legal Perspective, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, s.63-86.

Balsano, Anna Maria/ **de Clercq** Aude (2004) "The Community Patent and Space-

Related Inventions", Journal of Space Law, vol.30/1, s.1-11.

Bhat B, Sandeepa (2010) "Inventions in Outer Space: Need for Reconsideration of the Patent Regime", Journal of Space Law, Vol.36/1, s.1-17.

BMGK, Resolution 1721 B (XVI) of 20 December 1961, International Cooperation in the Peaceful Uses of Outer Space.

Bourely, Michel (1982) "Le Droit de l'Espace et les Organisations Internationales", Annals of Air and Space Law, vol.VII, s.241-259.

Cakir, Tugrul (2017) "La Compétence Personnelle en Droit Spatial : un Principe Interprété Différemment par les États", Revue Française de Droit Aérien et Spatial (Fransız Hava ve Uzay Hukuku dergisi), Vol. 281/1, s. 65-73.

Cakir, Tugrul (2017) "La Garantie de l'État dans la Loi Française Relative aux Opérations Spatiales: un Atout de la Politique Juridique de la France?", Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht (Alman Hava ve Uzay Hukuku Dergisi), 66/1, s.104-112.

Cakir, Tugrul (2020) "La Loi Applicable aux Crimes Commis en Espace Extra-Atmosphérique", Revue de Droit Insolite, Vol.1 (yayınlanacak).

Committee on the Peaceful Uses of Outer Space Legal Subcommittee Fifty-eighth session, Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2019, 1 April 2019, English only, A/AC.105/C.2/2019/CRP.3.

Couston, Mireille (2014) Droit Spatial, Ellipses, Mise au point.

Couston, Mireille, "Immatriculation des Objets Spatiaux", Lexisnexis, 9 Haziran 2017.

De la Rochere, Jacqueline (1967) "La Convention sur l'Internationalisation de l'Espace",

Annuaire Française de Droit International, Vol. 13, s.607-647.

Doldirina Catherine (2015) "Intellectual Property Rights in the Context of Space Activities": Dunk, F.G. von der/ Tronchetti, Fabio (editörler), Handbook of Space Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, s. 949-994.

Dunk F.G. von der (2015) "International Organizations in Space Law": Dunk, F.G. von der/ Tronchetti, Fabio (editörler), Handbook of Space Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, s.269-330.

Dunk, Frans von der (1991) "Pandora's Box? The Basic Legal Framework for Doing Business with a Space Station: An Inventory of Problems", Legal Aspects of Space Commercialization, s.114-138.

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kurucu Sözleşmesi, 14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm'de imzalanmıştır.

Farand, Andre (1992) "The Legal Regime Application to the Space Station Cooperation: A Canadian Perspective", 17 Annals Air & Space L., s.293-302.

Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu, Loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales, Journal Officiel de la République Française du 4 juin 2008.

Hoover, Roger K. (1983) "Law and Security from the Viewpoint of Private Industry", Journal of Space Law, Vol.11/1-2, s.115-124.

Intellectual Property and Space Activities, Issue paper prepared by the International Bureau of **WIPO**, April, 2004.

Jakhu, Ram/**Freeland**, Steven (2009) "Article II": Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernard/Schrogl, KaiUwe (Editörler), Cologne Commentary on Space Law: Volume I, Outer Space Treaty, Koln, Carl Heymanns Verlag, s.44-63.

Kaya, Arslan (1997) "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", İHFMC: LV-S 4, s.173-200.

Lafferranderie, Gabriel, "Jurisdiction and Control of Space Objects and the Case of an International Intergovernmental Organisation (ESA)", Zeitschrift für Luft-und Weltraumrecht 54. Jg. 2/2005, s.228-242.

Luxenberg, Barbara/**Mossinghoff**, Gerald J. (1985) "Intellectual Property and Space Activities", Journal of Space Law, Vol. 13/1, s.8-21.

Lyall Francis/ **Larsen** Paul B. (2009) Space Law a Treatise, Ashgate.

Matte, Nicolas Mateesco (1985) "Space Stations: A Peaceful Use for Humanity", 10 Annals Air & Space L., s.417-451.

Ministère de la recherche, Direction de la Technologie (2002) L'évolution du droit de l'espace en France.

Noyan, Erdal (2015), Patent Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.

Oosterlinck, R. (1989) "The Intergovernmental Space Station Agreement and Intellectual Property Rights", Journal of Space Law, Vol.17/1, s.23-36.

Sattler, Rosanna (2003), "US Commercial Activities aboard the International Space Station", Air & Space Law, vol. xxviii/2, s.66-82.

Sınai Hakların Korunması Hususunda Paris Sözleşmesi, 20 Mart 1883 Tarihinde İmzalanmış, 14 Aralık 1900'de Brüksel'de, 2 Haziran 1911'de Washinton'da, 6 Kasım 1925'te La Haye'de, 2 Haziran 1934'te Londra'da, 31 Ekim 1958 Lizbon'da ve 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de revize edilmiştir.

Uzay Operasyonlarına İlişkin Fransız Kanunu, Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, Journal Officiel de la République Française du 3 juillet 1992.

van Traa-Engelman, Hanneke (2008) "The need for a uniform law system protecting intellectual property rights in outer space", *51 Colloquium on the law of outer space,* s.38-43.

Vereshchetin, Vladlen S. (1977) "On the principle of state sovereignty in international space law", 2 Annals Air & Space L., s.429-436.

Vereshchetin, Vladlen S. (1980) "Interaction of International Space Law and Domestic Law in Space and Time", 23 Proc. on L. Outer Space, s.209-210.

İSVİÇRE ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA YÖNETİM KURULU SEKRETERİ VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN BİR ÖNERİ [*]

THE BOARD SECRETARY UNDER SWISS CORPORATE LAW AND A PROPOSAL FOR TURKISH LAW

Dr. Öğr. Üyesi Emre KALENDER[**]

ÖZ

İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK) m. 712'ye göre, yönetim kurulu tarafından bir yönetim kurulu sekreteri seçilmesi zorunludur. İsviçre anonim şirketler uygulamasında yönetim kurulu sekreteri birçok göreve sahiptir. Yönetim kurulu toplantısının hazırlıklarını yapmak, toplantı tutanağını tutmak, üyelere ve başkana görevlerini yerine getirirken yardımcı olmak ve pay sahipleri ile yönetim kurulu arasındaki iletişimi sağlamak bu görevlerden bazılarıdır. Ayrıca İsvBK m. 713/3'e göre toplantı tutanağı başkan ve yönetim kurulu sekreteri tarafından imzalanmalıdır. Toplantı tutanağı, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunun tespiti bakımından en önemli delildir. Bu tutanağın yönetim kurulu sekreteri tarafından da imzalanmasının öngörülmesi, sekreterliğin önemini göstermektedir. Türk Ticaret Kanunu'nda mehaz İsviçre hukukundan farklı olarak, yönetim kurulu sekreteri düzenlenmemiştir. Halbuki Türk anonim şirketler uygulamasında, yönetim kurulu sekreteri faydalı bir müessese olabilir. Gerçekten de bu sekreterin varlığı hâlinde birçok problemle karşılaşılmayabilir. Meselâ uygulamada, toplantı tutanağı müzakereler hakkında yeterli bilgi verecek şekilde düzenlenmemektedir. Bu sebeple yönetim kurulu üyeleri hakkında açılan sorumluluk davalarında önemli bir delil olan toplantı tutanaklarından yeterli bir şekilde faydalanılamamaktadır. Bu ve benzeri organizasyonel sorunlar kurumsal yönetim ilkeleri ile de bağdaşmamaktadır. Hâl böyle olunca, İsvBK m. 712'de

ABSTRACT

According to Swiss Code of Obligations, board of directors is obliged to appoint a board secretary. The board secretary has many duties in Swiss joint stock company procedures. Some of those duties are, for example, to make preparations for the board meeting, to take meeting minutes, to provide assistance to members and chairman during fulfilment of their duties, and to ensure communication between shareholders and board of directors. Also, meeting minutes must be signed by the chairman and the board secretary according to Article 713/3 of the Swiss Code of Obligations. Meeting minutes are the most important evidence for determination of the legal liability of board members. The fact that board secretary is also held liable to sign the minutes shows the importance of secretary. Unlike referenced Swiss law, no board secretary is regulated in the Turkish Commercial Code. However, a board secretary could be a beneficial instrument in Turkish joint stock company practice. Indeed, many problems may be avoided if such secretary is made available. For example, in practice, meeting minutes are not kept in a way to provide sufficient information on discussions. Therefore, the meeting minutes which constitute critical evidence in liability cases that are taken against board members cannot be used sufficiently. Also, this and similar organizational issues cannot accord with corporate governance principles. Under such circumstances, it may be an appropriate preference to make a positive regulation about secretary

[*] (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 20.06.2020 / Kabul Tarihi: 28.07.2020).

[**] Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (ekalender@kku.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2868-2448).

düzenlenen yönetim kurulu sekreterinin, Türk hukuku bakımından pozitif bir düzenlemeye kavuşturulması yerinde bir tercih olabilir. Hatta İsvBK'den bir adım daha ileri giderek, toplantı tutanağının düzenlenmesi bakımından, yönetim kurulu sekreterine bazı yükümlülükler getirilebilir. Böylece muhtemel hukukî problemler en aza indirilebilir.

***Anahtar Kelimeler**: yönetim kurulu sekreteri, toplantı tutanağı, yönetim kurulu toplantısının işleyişi*

board which is regulated in Article 712 of Swiss Code of Obligations in terms of Turkish Law. In fact, it may be ensured that the board secretary assumes certain responsibilities, in terms of issuance of meeting minutes, by taking a step further than the Swiss Code of Obligations. Thus, potential legal problems may be minimized.

***Keywords**: board secretary, meeting minutes, operation of board meetings*

I. GİRİŞ

İsvBK m. 712/1, c.1'e göre, yönetim kurulu tarafından bir yönetim kurulu sekreteri (*Der Sekretär des Verwaltungsrat*) belirlenmesi zorunludur. Bu husus emredici olarak düzenlenmiştir. Ayrıca yönetim kurulu sekreterine İsvBK m. 713/3'te de yer verilmiştir. Buna göre toplantı ve karar tutanağı[223] sekreter tarafından imzalanmalıdır. Esasen bu hüküm sekreterin önemine işaret etmektedir. Gerçekten de toplantı ve karar tutanağı, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı ve sorumlulukları bakımından bir ispat vasıtası olan en önemli belgedir[224]. Başkanın dışında sekreter tarafından da imzalanmayan bir tutanak geçerli olmayacağı gibi, kendisinden beklenen ispat fonksiyonuna da sahip olmaz[225].

İsvBK m. 712 ve 713 karşısında, yönetim kurulu sekreterinin, yönetim kurulu yapılanmasında hayati bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Ancak doktrinde yönetim kurulu sekreterinin bir tanımı yapılmamış, sadece şirket içindeki fonksiyonundan ve görevlerinden bahsedilmiştir. Bu tercih, yönetim kurulu sekreteri bakımından bir tanım yapma zorluğundan kaynaklanmaktadır. Zira yönetim kurulu sekreterinin sadece İsvBK m. 713/3'te öngörülen tutanakları imzalama görevi yoktur. Bilakis sekreter, şirket içinde birçok görevi yerine getiren ve her şirket özelinde farklı görevleri uhdesinde bulunduran bir kişidir[226]. Her tanım özünde bir sınırlamayı getireceğinden, yönetim kurulu sekreterinin tanımı bakımından bir kapsamın belirlenmesi oldukça zordur.

II. YÖNETİM KURULU SEKRETERİ

A. SEÇİMİ

Yönetim kurulu sekreteri, yönetim kurulu tarafından seçilir. Esas sözleşmede hüküm bulunmak şartıyla, yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçilebilmesi mümkünken[227], yönetim kurulu sekreteri bakımından bu imkân bulunmamaktadır. Sekreterin yönetim kurulu üyesi veya pay sahibi olması zorunlu değildir[228]. Ancak yönetim kurulunun çıkaracağı bir iç yönergeyle bunun aksini düzenlemesi mümkündür. Yönetim kurulu üyelerinden birisinin sekreter olarak seçilmesi dışında, sekreter şirketin kural olarak organı değildir.[229]

Tek kişilik yönetim kurulunda da, İsvBK m. 712'nin lafzı gereğince, yönetim kurulu üyesinin dışında, yönetim kurulu sekreterinin seçilmesi zorunludur[230]. Ayrıca bu sonuca toplantı ve karar tuta-

---

223 İsvBK m. 713/3'te ifade edilen tutanak, sadece karar tutanağı değildir. Kararı da içine alınan ve toplantıdaki görüşmeleri de kapsayan bir tutanaktır. Bu sebeple uygulamada bu tutanağa "Diskussionsprotokoll" de denilmektedir. Bkz. **Schrämli**, Valerie/**Vischer**, Markus (2018), Die Protokollierung der Beschlussfassung im Verwaltungsrat, insbesondere von Zirkularbeschlüssen, Jusletter 5. Februar 2018, s. 7; **Wernli**, Martin/**Rizzi**, Marco A. (2012) Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art.713, N. 32; **Krneta**, Georg (2005) Praxiskommentar Verwaltungsrat Art. 707 – 726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG, Art 713, N. 83.

224 **Krneta,** Art 713, N. 845; **Schrämli**/**Vischer**, s. 7 vd.

225 **Krneta**, Art 713, N. 849; **Wernli**/**Rizzi,** Basler Kommentar, Art 713, N. 35.

226 **Wernli**/**Rizzi,** Basler Kommentar, Art 712, N. 13; Krneta, Art 712, N. 685.

227 İsviçre hukukunda borsaya kote anonim şirketlerin yönetim kurulu başkanının genel kurul tarafından seçilmesi emredici olarak düzenlenmiştir. Bkz. Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) m. 2.

228 **Wernli**/**Rizzi**, Basler Kommentar, Art. 712, N. 13; **Forstmoser**, Peter (2011) Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Zürich, Schulthess, § 3, N. 18.

229 **Böckli**, Peter (2009) Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich – Basel – Genf, Schulthess, § 13, N. 108; **Krneta**, N. 689; **Müller**, Roland (2015) Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung des VR- Sekretärs, Expert Focus 12/15, s. 1047; Karar alma, yönetme, denetleme, gözetleme ve temsil gibi fonksiyonları icra eden birimler geniş anlamda organ kavramı içinde yer alır. Bkz. **Forstmoser**,Peter/**Meiyer-Hayoz**, **Arthur**/**Nobel,** Peter (1996), Schweizerische Aktienrecht, Bern, Stämpfli Verlag, § 19 N. 2; **Forstmoser**, Peter (1982) Der Organbegriff, im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, FS Arthur Meier-Hayoz, Bern, Stämpfli Verlag, s. 126.

230 **Wernli**/**Rizzi,** Basler Kommentar, Art. 712, N. 13; Müller, s. 1043; **Roth Pellanda**, Katja (2007) Organisation des Verwaltungsrates, Zürich, Schulthess, N. 632.

nağının sekreter tarafından imzalanmasını öngören İsvBK m. 713/3'ten de ulaşılması mümkündür. Bir başka ifadeyle, yönetim kurulu tek kişiyken, bu kişinin aynı zamanda sekreter olarak görev yapması hâlinde, toplantı ve karar tutanağının gerçekliğinin tespiti mümkün olamaz[231]. Zira sekreter, tutulan tutanağın gerçekliği hakkında en önemli tanıktır.

Birden fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulunda, üyelerden birinin aynı zamanda sekreter olarak atanması söz konusu olabilir. Meselâ küçük ölçekli anonim şirketlerde genellikle üyelerden biri tutanak tutmakla görevlendirilmektedir. İlk bakışta bu tercihin avantajlı olduğu düşünülebilir. Gerçekten de bir üye bu işe hasredilerek personel gideri azaltılmış ve ayrıca toplantıda yapılan tartışmaların mahremiyeti tesis edilmiş olur. Ancak bu tercihin iki önemli dezavantajı bulunmaktadır. Söz konusu yönetim kurulu üyesi tutanak tutmaya odaklanmak zorunda olacağından, müzakerelere etkin bir şekilde müdahil olamamaktadır[232]. Yönetim kurulu üyelerinden birinin aynı zamanda sekreter olarak görev yapmamasının bir diğer sebebi de, toplantı ve karar tutanağının nesnel ve tarafsız bir şekilde tutulması ihtiyacıdır[233]. Muhtemel bir sorumluluk davasında, yönetim kurulu üyelerinin alınan kararlarda özenli davranıp davranmadığı bu tutanağa bakılarak anlaşılabilir. Ancak üye aynı zamanda sekreter olursa, tutanaktan üyelerin aleyhine olan hususların çıkarılması veya bazı gerçeklerin gizlenmesi gibi problemler ortaya çıkabilir. Bu sebeplerle, bir kişinin hem yönetim kurulu üyesi hem de sekreter olmasından kaçınılmalıdır.

Yönetim kurulu başkanının, sekreterin asli görevi olan tutanak tutma görevini üstlenmesi akla gelebilir. Zira başkan, kurulun işlemlerinin yönetimini icra eder. Bu kapsamda başkan, oturumun ve karar sürecinin yönetilmesi faaliyetinde bulunur[234]. Ancak İsvBK m. 713/3'te dolaylı olarak başkanın aynı zamanda sekreter olarak görev yapması imkânsız kılınmıştır. Çünkü burada tutanağın hem başkan he de sekreter tarafından imzalanması öngörülmüştür[235]. Ayrıca uygulamada, yönetim kurulu başkanının herhangi bir sebeple diğer üyelerle gerilim yaşadığı da görülmektedir. O halde yönetim kurulu başkanı uyuşmazlığın tarafı olmakta; başkanın himayesi altında çeşitli ihmaller yaşanmaktadır. Meselâ, maksatlı ifadeler ihtiva eden özet tutanak tutulabilir[236]. Bu durumda tutanakların içeriğinin yetersizliği de söz konusu olacak ve hatta toplantıya katılamayan ve daha sonra toplantıda görüşülenleri öğrenmek isteyen üyenin bilgi alma hakkını da ihlâl edecektir.

Yönetim kurulu sekreterinin daimi olarak atanması gerekir. Gerçekten de anonim şirketin işlerinin sürekliliği ve yönetim kurulu sekreterinin bir nev'i şirketin hafızası olarak görev yapması karşısında, sürekli olarak görev yapmak üzere atanması, müessesenin doğası gereğidir. Ancak sekreterin yönetim kurulu tarafından her bir toplantı için geçici olarak da tayin edilebileceği doktrinde savunulmaktadır[237].

---

231 Bu durumun İsvBK m. 713/3 açısından hukuken problemli olduğu ve bu sebeple karar tutanağının ticaret sicilinde tescil edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. **Müller**, **Roland/Lipp**, **Lorenz/Plüss**, Adrian (2014) Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich – Basel – Genf, Schulthess, s. 82, dipnot 408; **Müller**, Roland (2015) Protokollführung und Protokollauswertung bei Sitzungen und Versammlungen, 2. Auflage, Zürich-St. Gallen, Dike Verlag, s. 16.

232 **Müller**, s. 1047 vd; **Müller**, Protokollführung, s. 16; **Müller/Lipp/Plüss**, s. 82 dipnot 408, s. 84.

233 **Müller**, s. 1043 vd.

234 Başkanın bu faaliyetleri kapsamında yapacakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Wunderer,** Felix Rolf (1995) Der Verwaltungsrats-Präsident, Aufgaben und Rollen in der Corporate Governance mittlerer bis grosser schweizerischer Publikumgesellschaften, Zürich, s. 212 vd; Karar alma mekanizması içinde, başkan kurulun işleyişini sağlama fonksiyonuna sahiptir. Bkz. **Waldburger,** Martin (2002) Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Bamberg, P. Haupt, s. 199; **Forstmoser/Meier-Hayoz**, § 31, N. 10.

235 **Müller**, s. 1043, 1044; **Müller/Lipp/Plüss**, s. 84.

236 **Kalender**, Emre (2017) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392), Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 146.

237 **Müller**, s. 1043; **Schrämli/Vischer**, s. 8; **Müller/Lipp/Plüss**, s. 70.

B. GÖREVLERİ

Sekreterin faaliyeti salt idari nitelikte olan görevlerle sınırlıdır. Bu görev, şirketin idaresini kapsamaz[238]. Sekreterin yasadan kaynaklanan yegâne görevi, yönetim kurulu toplantı ve kararı tutanağının tutulmasına ilişkin sürecin takibidir[239]. Bunun dışındaki görevler ise uygulamadan kaynaklanmaktadır.

1.Tutanağın Hazırlanması

Toplantı ve karar tutanağı birçok açıdan önemli bir belgedir. Meselâ, tutanak alınan kararların ve bunların uygulanmasının kontrol edilebilmesine hizmet eder. Ayrıca toplantı tutanağı özellikle sorumluluk davasında veya ceza hukukunda[240] önemli bir role sahiptir[241]. Meselâ tutanak sorumluluk davasında en önemli ispat araçlarından biridir[242]. Bu sebeple toplantı tutanağı ne tahrif edilebilir ne de imha edilebilir. Hâl böyle olunca tutanak tutma görevinin ciddiye alınması ve titizlikle yürütülmesi gereklidir[243]. Ancak önemle ifade edilmelidir ki, İsviçre hukukunda toplantı ve karar tutağının varlığı, yönetim kurulu kararlarının geçerlilik şartı değildir[244]. Bir başka ifadeyle, tutanağa bağlanmayan bir yönetim kurulu kararı da geçerlidir. Eksik veya yanlış bir tutanak, yönetim kurulu kararını geçersiz kılmayacağı gibi, tutanağın varlığı da geçersiz bir kararı geçerli hale getirmez[245].

Yönetim kurulu sekreteri, başkanın veya üyelerin tutanağa doğru olmayan bir şey yazma veya tutanakta gerçeğe aykırı değişiklikler yapma taleplerine boyun eğmemelidir. Sekreter, tutanağın objektif bir şekilde tutulmasını temin etmek için müzakereyi nesnel ve tarafsız bir şekilde takip etmelidir[246]. Müzakereler yapılırken ve özellikle önemli kararlar alınırken sekreter daha özenli olmalıdır. Bu kapsamda, sekreterin sonradan belirsizliklerin ortaya çıkmasını engellemek için tutanağa geçirilenleri herkesin önünde okuması yerinde bir davranış olacaktır[247].

a. Tutanağın Şekli

İsvBK'de toplantı tutanağı için özel bir şekil öngörülmemiştir. Ancak doktrinde yönetim kurulunun, belli bir tutanak şekli belirlemesinin faydalı olacağı ifade edilmiştir[248]. Meselâ bir toplantı tutanağında asgari; şirketin unvanı, toplantı tarihi, zamanı ve yeri, sorumluluk bakımından önemli olması sebebiyle toplantıda hazır olan ve olmayan yönetim kurulu üyelerinin isimleri, varsa gündem, müzakere edilen konuların listesi, alınan karar ile başkan ve sekreterin imzaları bulunmalıdır[249].

Özellikle tutanak numarasının bulunması da önemlidir. Zira aynı zaman diliminde birden ziyade toplantı yapılmış ve karar alınmış olabilir. Meselâ

---

238 **Krneta**, Art 712, N. 679 vd; **Roth Pellanda**, N. 634; **Müller/Lipp/Plüss**, s. 83; **Müller,** s. 1044.

239 **Müller/Lipp/Plüss**, s. 83.

240 Bir kurul olarak görev yapan yönetim kurulunda alınan karar sebebiyle cezai sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu kararların çoğunlukla alınması durumunda cezai sorumluluğun belirlenmesinde, bir başka ifadeyle hangi üyenin ceza sorumluluğunun olacağının tespitinde kararların ve bu karaların alınma sürecini gösteren toplantı tutanaklarının önemli bir rolü vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ziegler Camathias**, Petra (2004) Die strafrectliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften, Zürich.

241 **Böckli**, § 13 N. 148; **Müller**, s. 1044; **Krneta**, Art 712, N. 679 vd.

242 **Schrämli/Vischer**, s. 7.

243 **Müller**, s. 1044.

244 İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında, kararların tutanağa geçirilmemesinin alınan kararın geçersizliğine yol açmayacağını ifade etmiştir (BGE 133 III 77). Karar için Bkz. **Korkut**, Ömer/Yılmaz, Müslüm (2009), "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanına İlişkin Bir Kararın (133 III 77) Değerlendirilmesi" Batider, S. 4, C. XXV, s. 539 vd; **Rhein**, Mirjam Simone (2001) Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Zürich, s. 246.

245 **Schrämli/Vischer**, s. 7; Benzer görüş için Bkz. **Vischer**, Markus (2016) "Volenti non fit iniuria" bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäs Art 754 OR, AJP, s. 1492

246 **Müller**, s. 1044; **Müller/Lipp/Plüss**, s. 84. Sadece yönetim kurulu sekreteri için değil, genel olarak bir tutanak tutan kişide aranan nitelikler hakkında ayrıntılı açıklama için Bkz. **Müller**, Protokollführung, s. 16 vd.

247 **Müller/Lipp/Plüss**, s. 83.

248 **Dubs**, Rolf (2012) Verwaltungsrats-Sitzungen, Grundlagen und Sitzungstechnik, 2. Auflage, Bern-Stuttgart-Wien, Haupt Verlag, s. 65.

249 **Dubs,** s. 65.

aynı gün birden fazla karar alınması da muhtemeldir. Tutanak numarası, tutanaklar arasındaki bütünlüğün izlenebilmesini sağlar[250]. Böylece mükerrer veya gizli kararların alınması da önlenebilir.

Yönetim kurulu üyesi olmayan ve fakat uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulan katılımcılara ilişkin bilginin tutanakta bulunması yerinde olur. Bu kişilerin toplantının ne kadarlık bir kısmına iştirak edecekleri de ayrıca belirtilmelidir. Zira bu kimselerin toplantının ilerleyen safhalarında konuşulan şirket sırlarına vakıf olmadıkları, tutanağı inceleyen kimseler tarafından ancak bu şekilde anlaşılabilir[251].

Yönetim kurulu sekreteri değişse de, önceden tespit edilmiş bir şekle sahip toplantı tutanağı, sürekliliği güvence altına alır[252]. Ayrıca tutanağın şekli, toplantının başlamasından kararın alınmasına kadar geçen sürecin hukuka uygunluğunun incelenebilmesine hizmet ettiğinden önemlidir.

İsvBK m. 713/3'e göre, tutanak tutulduktan sonra, başkan ve sekreter tarafından imzalanır. İsviçre hukukunda, bu ikili imza sayesinde, tutanağın tek taraflı olarak tutulduğu iddialarının önüne geçileceği ifade edilmiştir. Böylece tutanak ispat gücüne kavuşmaktadır[253].

b. Tutanağın İçeriği

Toplantı tutanağının içeriği kanunda düzenlenmemiştir. Tutanak, yönetim kurulunun iradesinin nasıl oluştuğunu anlamaya yetecek ölçüde ayrıntılı olmalıdır[254]. Bu kapsamda, yapılan müzakerenin ayrıntıları ve kararın dayanakları tutanağa yansımalıdır. Meselâ, alınan karar oybirliği ile alınmamışsa, karara muhalif kalanların tutanağın eksik tutulduğuna ilişkin iddialarının önüne geçmek için, gerekli açıklamalar ve muhalefet şerhleri tutanağa işlenmelidir. Ancak herkesin aynı fikirde olduğu ve alınacak kararı desteklediği durumlarda yapılan görüşme uzun sürmüşse olsa da bu durum özet bir şekilde tutanağa geçirilebilir[255].

Toplantı tutanağı, müzakereyi kelimesi kelimesine yansıtan bir şekilde kaleme alınabilir. Bunun için uygun bir kayıt cihazının bulunması gerekir. Doktrinde, bu tarz bir tutanağın ancak kritik kararların alınması hâlinde kullanılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir[256].

Tutanak, yapılan müzakerelerin ve alınan kararların toplantıda bulunmayanlar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak bir biçimde kaleme alınmalıdır. Meselâ bir yargılama sırasında, tutanak hâkim tarafından incelenmektedir. Bir delil olarak toplantı tutanağı hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir. Eğer tutanak anlaşılamaz olursa veya belirsizlik ihtiva ederse, yazanın aleyhine yorum ilkesi geçerli olacaktır[257]. Bu sebeple yönetim kurulu sekreteri tarafından sadece konu başlıklarının yer aldığı, özet olarak hazırlanmış bir tutanak tutulmamalıdır. Cümleler tam ve anlaşılır olmalıdır. Gerekiyorsa müzakerelerde tartışılan ve sayısal veriler içeren hususlar da belirtilmelidir. Sekreter kendi değerlendirmelerini tutanağa geçirmemelidir. Buna uygun olarak, yazımda kullanılan ifadelerde kişiselllik içeren bir dil kullanılmamalıdır[258].

Alınan kararların, sonradan şüpheye mahal vermeyecek şekilde kaleme alınması gerekir. Bir başka ifadeyle kararlar, anlamayı mümkün kılacak şekilde doğru ve anlaşılır olmalıdır. Meselâ görüşmenin başlıca noktaları varılan hükümde bir kez daha tekrar edilebilir. Seçim kararlarında seçilen kişinin görevi kabul beyanı tutanağa geçirebilir. Toplantıda alınan kararların hangi oylama türü ile yapıldığı (açık veya gizli) belirtilebilir. Mümkünse alınan karar sebebiyle kimin somut olarak hangi

250 **Müller/Lipp/Plüss**, s. 271; **Müller**, Protokollführung, s. 29.

251 **Müller**, Protokollführung, s. 29.

252 **Müller**, s. 1044, 1045.

253 **Müller**, Protokollführung, s. 35.

254 **Böckli**, § 13, N. 149 vd.

255 **Müller**, Protokollführung, s. 40.

256 **Müller**, s. 1045.

257 **Müller**, Protokollführung, s. 33.

258 **Müller**, Protokollführung, s. 31.

davranışı hangi süre içinde icra etmesi gerektiği eklenebilir[259].

Özellikle toplantı tutanağından, *iş insanı kararı* (*business judgement rule*) ilkesine uygun hareket edilip edilmediği anlaşılmalıdır. Gerçekten de tutanağın tutulması bu ilke ile yakından ilişkilidir. Zira ilkenin uygulanması için; yönetim kurulunun, şirketin menfaati yönünde hareket ettiğine ilişkin bir inanışla, konu hakkında bilgilenmiş bir şekilde ve şahsi menfaati bulunmaksızın şirkete dair bir karar alınmış olması gerekir[260]. Bu sebeple kararın alınmasıyla ilgili olarak; müzakerenin çıkış noktası ve kararın alınması sürecinde toplanan bilgiler, riskler ve fırsatların hepsi tutanakta gösterilmelidir. Ancak bu şekilde yönetim kurulu üyelerinin söz konusu ilkeye uygun bir şekilde davranıp davranmadığı tespit edilebilir[261].

2. Sekreterin Diğer Görevleri

İsviçre anonim şirketler uygulamasında sekretere birçok görev verilmektedir[262]. Verilen bu görevler kapsamında, yönetim kurulu sekreteri, özellikle yönetim kurulu toplantısının hazırlık aşaması ile ilgili olarak başkanın üzerindeki birçok işi kendi uhdesine almaktadır. Meselâ toplantı gündeminin oluşturulması, bir önceki toplantıda hakkında karar verilmeyen konuların tespiti, toplantı salonunun ve teknik imkânların hazırlanması bunlardan bazılarıdır. Görev alanlarının netleştirilmesi amacıyla yönetim kurulu sekreteri için yönetim kurulu iç yönergelerinde uygun bir görev tanımının yapıldığı görülmektedir[263]. Buna göre, İsviçre anonim şirketler uygulamasında yönetim kurulu sekreterine tutanağın hazırlanması dışında başka önemli görevler de yüklenmiştir. Gerçekten de anonim şirketler uygulamasında yol gösterici olmak üzere hazırlanan temel örnek metinlerde İsviçre doktrinince sekreter için birçok görev tanımı yapılmıştır. Örnek bir görev tanım metnine göre[264], yönetim kurulu sekreteri, üyelerin ve başkanın yönetim fonksiyonunun gereğini yerine getirmesinde yardımcı olmalı, şirket esas sözleşmesi, iç yönerge veya şirketin işleyişine dair raporların düzenli bir şekilde tutulmasını sağlamalıdır. Sekreter ayrıca yönetim kurulu toplantısı için gerekli ön hazırlıkları yapmalı ve gerekli durumlarda şirketin hukukçuları ile iletişime geçmeli, hukukî süreçlerin takibini yönetmelidir[265]. Bunlar dışında sekreter, pay defterinin tutulmasıyla da görevlendirilmektedir[266].

IV. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

TTK m. 390/5'e göre, yönetim kurulu kararlarının geçerliliği yazılıp imza edilmiş olmalarına bağlıdır. Bir başka ifadeyle, TTK'da kararların bir "karar tutanağına" bağlanması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Ancak yönetim kurulu sekreteri ve özellikle sekreterin önem arz ettiği toplantı tutanağı bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Halbuki 6762 sayılı TTK m. 330/1, c.6'da, "*idare meclisinin müzakereleri azalar arasında veya dışarından seçilen bir kâtip marifetiyle muntazaman zaptolunur*" denilerek hem toplantı tutanağı hem de sekreter benzeri olmak

259 **Müller**, Protokollführung, s. 43.

260 **Yaşar Bozkurt**, Sevgi (2015) Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, Beta, s. 59 vd.

261 **Müller/Lipp/Plüss**, s. 286; **Müller**, Protokollführung, s.47 vd. Bir tutanağın iş insanı kararı (business judgement rule) ilkesine uygun olarak ne şekilde tutulabileceği ve ne gibi bilgileri ihtiva etmesi gerektiği hakkındaki örnekler için bkz. **Grass,** Andrea R. (1998) Business Judgement Rule, Schweizer Schriften zun Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 186, Zürcih, Schulthess, s. 184-189.

262 Yönetim kurulu sekreterinin, İsviçre anonim şirketlerindeki fonksiyonu ve görevleri üzerine ayrıntılı bir ampirik çalışma için Bkz. **Aydın**, Filiz (2013) The Company Secretary within the Corparate Governance Framework, Dissertation, St. Gallen, s. 268 vd.

263 **Müller**, Roland (2011) "VR-Sitzung: Vorereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollführung", SJZ 107, N. 3, s. 46.

264 **Müller/Lipp/Plüss**, s. 1123.

265 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Müller/Lipp/Plüss**, s. 1123.

266 **Müller/Lipp/Plüss**, s. 83; **Roth Pellanda**, N. 634.

üzere kâtipten söz edilmişti. Benzer bir hükmün 6102 sayılı Kanun'da bulunmamasına gerekçe olarak, sözü edilen hükümlerin doğal olanı ifade etmesi ve "şirket sekreteri" kavramının Türk hukukuna yabancı olması gösterilmiştir[267].

Esasen yönetim kurulu sekreteri/şirket sekreteri kavramı Türk hukukuna yabancı değildir. Zira 2003 yılına ait Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde[268], sekretaryadan bahsedilmiştir[269]. Buna göre; "*yönetim kurulu toplantıları ile ilgili dokümanın düzenli bir şekilde tutulması amacıyla tüm yönetim kurulu üyelerine hizmet vermek üzere yönetim kurulu başkanına bağlı bir sekretarya oluşturulur (Bölüm IV, 2.19). Sekretarya, temel olarak, yönetim kurulu üyeleri arasındaki iletişimi sağlar; yönetim kurulunun ve komitenin toplantı hazırlıklarını yapar; toplantı tutanaklarını tutar; yönetim kurulu duyuruları dahil yapılan yazışmaların düzenli olarak kaydını tutar ve arşivler (2.19.1.) Sekretarya tarafından tutulan kayıtlar, yönetim kurulu üyelerinin incelemesine açık tutulur (2.19.2)*". Görüldüğü üzere sekretarya, kurumsal yönetimin bir gereği olarak görülmüş ve ona, İsviçre hukukundaki yönetim kurulu sekreterine benzer görevler yüklenmiştir. Ne yazık ki, mevcut Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)[270], sekretaryaya ilişkin bir hüküm içermemektedir.

Halbuki yönetim kurulu sekreterinin varlığı ve İsviçre uygulamasındakine benzer tutulması çeşitli yönlerden faydalıdır[271].

Toplantıda cereyan eden müzakerelerin tam olarak bilinmesi Türk sorumluluk hukuku bakımından da oldukça önemlidir. Zira yönetim kurulu üyelerine açılan sorumluluk davalarında, hâkimin yönetim kurulu kararını incelenmesi gerekir. Üyelerin kararın alınmasında özenli davranıp davranmadığını tespitin en önemli yolu budur. Meselâ alınan karara ayrılan toplantı süresi[272], yapılan tartışmalar, toplantıda uzmanların görüşlerinden yararlanılıp yararlanılmadığı tutanaktan anlaşılabilir[273]. Bu anlamda kararda imzası bulunan üye, söz konusu kararın alınması bakımından kusursuz veya hafif kusurlu olduğunu ancak toplantıda nasıl bir tavır sergilediğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir ve sorumluluğunu azaltabilir[274]. Gerçekten de yönetim kurulu üyesinin, bir zararın meydana gelmesine sebep olan kararda katkısı yoksa veya böyle bir zarara uygun illiyet bağına göre en azından birlikte sebep olmuş değilse, bundan sorumlu olmayacaktır[275]. Türk anonim şirketler uygulamasında ayrıntılı ve yargı denetimine elverişli toplantı ve karar tutanaklarına az rastlanılmaktadır. Bu durum sorumluluk davalarında önemli bir eksikliktir. İsviçre hukukunda olduğu gibi bir yönetim kurulu sekreteri tarafından tutanakların belli bir şekil ve içerikte düzenlenmesi yerinde bir tercih olabilir.

Yönetim kurulu sekreterinin varlığı, üyelerin TTK m. 392 anlamında bilgi alma hakkını kullanması bakımından da önemlidir. Zira yönetim kurulu başkanının görevi olmasına rağmen, uygulamada yapıl(a)mayan bazı işlemleri sekreter üstlenebilir. Meselâ başkan, toplantının hazırlığı, oturumun ve

---

267 **Kırca**, İsmail/Şehirali **Çelik,** Feyzan Hayal/**Manavgat,** Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 505.

268 Resmi Gazete 'de yayımlanmayan Sermaye Piyasası Kurulunun 04/03/2003 tarih ve 35/835 sayılı kararı

269 2003 yılına ait Sermaye Piyasası Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin tam metni için Bkz. **Paslı,** Ali (2005) Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Baskı, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, s. 403 vd.

270 RG, 03.01.2014, S. 28871.

271 Benzer yönde görüş için bkz. **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 505.

272 Zaman darlığı sorumluluktan kurtulma nedeni değildir. Bkz. BGE 97 II 411.

273 **Kırca**, İsmail (2004) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu", Batider, S. 3, C. XXII, s. 85 vd.

274 Benzer yönde Bkz. Y. 11. HD, 05.12.2018, E. 2017/2029, K. 2018/7666. Karar için Bkz. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı: Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanununa İlişkin Kararları 2018 (2019), İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 298.

275 **Pulaşlı**, Hasan (2020) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 669.

karar sürecinin yönetilmesi faaliyetinde bulunur[276]. Bilgilerin toplandığı merkezi pozisyonu bakımından başkana, kurulun işleyişini sağlama fonksiyonu tahsis edilmiştir[277]. Anonim şirkette bilgi akışının gerektiği gibi yürütülmesini sağlayan, yönetim kurulu başkanıdır. Bilgilerin hazırlanması ve sunulmasından ilk olarak yönetim kurulu başkanı sorumludur. Başkan, zamanında, amaca ve meselenin özüne uygun hazırlanmış bilgileri, şirket işleriyle görevli kişilerden temin etmelidir. Bu yönüyle yönetim kurulu başkanı bilgi verme yükümlüsü olması dışında, bilgi alma hakkının garantörüdür[278]. Ancak ne yazık ki Türk anonim şirketler uygulamasında, yönetim kurulu başkanı, bilgi alma hakkının kullanılması imkânını hazırlayan görevlerini pek az yerine getirilmektedir. Hâlbuki bir yönetim kurulu sekreterinin varlığı hâlinde, üyelerin ihtiyacı olan bilgilere erişimi etkin bir şekilde sağlanabilir.

Türk anonim şirketler uygulamasında tutanak tutulmasına ilişkin bir diğer problem de karar tutanaklarında karşımıza çıkar. Bu problem mükerrer karar tutanaklarının varlığıdır. Uygulamada bazı şirketlerin yönetim kurulu karar defterine yapıştırdıkları karar dışında, toplantılara ilişkin birden fazla tutanak tutukları görülmektedir. Kanaatimizce bu durumun sebepleri; TTK'de denetime elverişli bir toplantı sürecine ilişkin düzenlemenin bulunmaması ve TTK m. 390/5'te kararların geçerliliğinin sadece yazılıp imza edilmiş olmasına bağlanmasıdır. Meselâ bazı şirketlerde yönetim kurulu kararları, karar defterine yazılmamaktadır[279]. Müzakereleri de içermeyecek şekilde sadece toplantı sonucuna ilişkin basit evraklar muhafaza edilmektedir.

V. SONUÇ VE ÖNERİ

İsviçre anonim şirketler hukukundaki yönetim kurulu sekreterinin, Türk hukukuna iktibas edilmesi yerinde bir tercih olabilir. Böylece yönetim kurulu toplantılarının, kurumsal yönetim esaslarına göre icra edilmesine büyük katkı sağlanır. Sekreterin varlığı yukarıda ifade edilen birçok hukuki sorunun çıkması ihtimalini azaltabilir. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyeleri hakkında açılan bir sorumluluk davasında hâkim tarafından kusurun tespiti kolaylaşabilir. Yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 392'ye göre bilgi alma hakkını tam anlamında kullanıp kullanamadığı anlaşılabilir. Mükerrer tutanakların tutulması engellenerek, yönetim kurulu sekreteri marifetiyle, toplantı ve karar tutanaklarının belli bir standartta olması sağlanabilecektir.

[276] Başkanın bu faaliyetleri kapsamında yapacakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Wunderer**, s. 212 vd.

[277] **Waldburger**, s. 199; Kalender, s. 147.

[278] **Kalender**, s. 147; **Böckli**, §13 N. 186a; Sermaye Piyasası Kurulu'nun II-17. 1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri m. 4.4.2'ye göre, yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu toplantısı gündeminde yer alan konular ile ilgili bilgi ve belgelerin, eşit bilgi akışı sağlanması amacıyla, toplantıdan yeterli zaman önce yönetim kurulu üyelerinin incelemesine sunulmasından sorumludur.

[279] Doktrinde, yönetim kurulu kararlarının geçerliliğinin karar defterine yazılması ya da yapıştırılması şartının aranmadığı ifade edilmiştir. Bkz. **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, N. 530b.

KAYNAKÇA

Aydın, Filiz (2013) The Company Secretary within the Corporate Governance Framework, Dissertation, St. Gallen

Böckli, Peter (2009) Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Zürich – Basel – Genf, Schulthess.

Dubs, Rolf (2012) Verwaltungstrats-Sitzungen, Grundlagen und Sitzungstechnik, 2. Auflage, Bern-Stuttgart-Wien,Haupt Verlag

Forstmoser, Peter (2011) Organisation und Organisationsregement der Aktiengesellschaft, Zurich, Schulthess

Forstmoser, Peter (1982) Der Organbegriff, im aktienrechtllichen Verantwortlichkeitsrecht, FS Arthur Meier-Hayoz, Bern, Stämpfli Verlag, s. 125-150.

Forstmoser, Peter/**Meiyer**-**Hayoz**, Arthur/ **Nobel**, Peter (1996), Schweizerische Aktienrecht, Bern, Stämpfli Verlag.

Grass, Andrea R. (1998) Business Judgement Rule, Schweizer Schriften zun Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 186, Zürcih, Schulthess, s. 184-189.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Yargıtay Hukuk ve Ceza Dairelerinin Türk Ticaret Kanunu'na İlişkin Kararları 2018 (2019), İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

Kalender, Emre (2017) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m. 392), Ankara, Yetkin Yayınevi.

Kırca, İsmail/ **Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları

Kırca, İsmail (2004) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu", Batider, S. 3, C. XXII, s. 85-96.

Korkut, Ömer / **Yılmaz**, Müslüm (2009) "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanına İlişkin Bir Kararın (133 III 77) Değerlendirilmesi" Batider, S. 4, C. XXV, s. 539-555.

Krneta, Georg (2005) Praxiskommentar Verwaltungsrat Art. 707 – 726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag AG.

Müller, Roland (2015) Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung des VR- Sekretärs, Expert Focus 12/15, s. 1043-1048.

Müller, Roland/**Lipp**, Lorenz/**Plüss**, Adrian (2014) Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich – Basel – Genf, Schulthess.

Müller, Roland (2015) Protokollführung und Protokollauswertung bei Sitzungen und Versammlungen, 2. Auflage, Zürich-St. Gallen, Dike Verlag.

Müller, Roland (2011)" VR-Sitzung: Vorereitung, Einberufung, Durchführung, Beschlussfassung, Protokollführung", SJZ 107, N. 3, s. 45-53.

Paslı, Ali (2005) Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 2. Baskı, İstanbul, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, s. 403 vd.

Poroy, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2020) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Rhein, Mirjam Simone (2001) Die Nichtigkeit von VR-Beschlüssen, Zürich.

Roth Pellanda, Katja (2007) Organisation des Verwaltungsrates, Zürich, Schulthess.

Schrämli, Valerie/ **Vischer**, Markus (2018) Die Protokollierung der Beschlussfassung im

Verwaltungsrat, insbesondere von Zirkularbeschlüssen, Jusletter 5. Februar 2018, s. 1-13.

Vischer, Markus (2016) "Volenti non fit iniuria" bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäs Art 754 OR, AJP, s. 1485-1495.

Waldburger, Martin (2002) Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Bamberg, P. Haupt.

Wernli, Martin/ **Rizzi**, Marco A. (2012) Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.

Wunderer, Felix Rolf (1995) Der Verwaltungsrats-Präsident, Aufgaben und Rollen in der Corporate Governance mittlerer bis grosser schweizerischer Publikumgesellschaften, Zürich.

Yaşar Bozkurt, Sevgi (2015) Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, Beta.

Ziegler Camathias, Petra (2004) Die strafrectliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften, Zurich.

DISCUSSIONS SURROUNDING THE PRINCIPLE OF MINORITY SHAREHOLDER PROTECTION[*]

AZINLIK PAY SAHİPLERİNİN KORUNMASI İLKESİNE YÖNELİK TARTIŞMALAR

Öğr. Gör. Dr. Meltem KARATEPE KAYA[**]

ÖZET

Bu makale, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini korumak için onlara tanınan hakların gerekliliğine ilişkin öğretide yer alan farklı tartışmalara yer vermektedir. Öncelikle azınlık hissedarların korunmasının gerekliliğine karşı geliştirilen argümanlara yer verilecek sonrasında ise karşıt görüş olarak azınlıkların korunması gerektiğini savunan görüşler ve gerekçeleri sunulacaktır. Çoğunluk paylara sahip olan pay sahipleri şirkette sahip oldukları yüksek oy oranı ve bu kapsamda sahip oldukları yetkiler ile azınlık hissedarların haklarını göz ardı edebilmektedir ve bu durum azınlık pay sahipleri üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Hatta geniş çerçevede düşünüldüğünde bu durumun ülke ekonomisine bile olumsuz yansımaları olabilmektedir. İşte bu olumsuz etkileri bertaraf edebilmek için azınlık pay sahiplerine kapsamlı bir koruma sağlanmaktadır.

Ancak, sadece azınlıkların koruması yeterli olmayıp, şirkette payların çoğunluğuna sahip olan çoğunluk pay sahiplerinin de şirketteki yetkilerini kötüye kullanmalarının önüne geçmek için düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Bu makalede, azınlık pay sahiplerinin karşılaşabileceği benzer sorunlara farklı hukuk sistemlerinde nasıl çözümler bulduğunu görmek için azınlık hissedarların korunması ilkesi Türk şirketler hukuku ve İngiliz şirketler hukuku kapsamında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: *azınlık pay sahiplerinin korunması, çoğunluk pay sahipleri, Türk Ticaret Kanunu, 2006 İngiliz Şirketler Kanun*u.

ABSTRACT

This article analyses the arguments of those who do not necessarily agree with certain rights to be granted to the minority shareholders in companies to protect their interests. Following the presentation of those arguments, the attention will be given on opposite views in this regard to understand the necessity of the existence of minority shareholder protection. Since majority shareholders have higher percentage of the capital, so that the voting powers, their approach unfortunately ignores the rights of minority shareholders in most cases. This abusive approach of majority shareholders affects the interests of minority shareholders and companies in a negative way. In addition, whole national economy is adversely affected from this situation. To find a solution for this problem, inclusive protection is provided to minority shareholders.

With regard to this situation, while inclusive protection is provided for minority shareholders to gain an adequate remedy, there should nevertheless be a legal framework which prevents majority shareholders' misuse of their corporate powers. In this article, the principle of minority shareholder protection will also be considered in the light of Turkish and English company law to see how different jurisdictions found the solutions for similar problems regarding minority shareholders.

Keywords: *minority shareholder protection, majority shareholders, Turkish Commercial Code, UK Companies Act of 2006.*

[*] (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 28.05.2020 / Kabul Tarihi: 30.11.2020).

[**] İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3428-0293).

INTRODUCTION

Globally, thousands of companies go into operation every year[1] and all these have shareholders whose aim is to make a profit. The relationship between the shareholders themselves, between them and the management, is of crucial importance because it can affect the company's performance. A minority shareholder is a holder who does not have a capacity to control the affairs of the company by voting (alone or in association with others)".[2] There can be special share or vote requirements to define a minority shareholder as is the case in Turkey. According to the Turkish Commercial Code (TCC), in order to be considered as a minority shareholder and use minority shareholding rights and remedies a shareholder needs to represent at least 10 per cent of the share capital for non-public companies.[3] As for majority-controlling shareholders, their control of the majority of the votes constitutes an important power over the company.

With this power, majority shareholders can control the board of directors and the general meetings that manage the company's business. Conflicts of interest between minority and majority shareholders are inevitable in most companies. This is because sometimes the most important thing for the majority shareholders can be keeping the company's profits for themselves rather than distribute them to minority shareholders.[4] The weakness of the judicial system has allowed majority shareholders to abuse the rights of minority shareholders and oppress them.[5]

This article is concerned with the position of minority shareholders when the controllers of companies oppress them due to their more powerful position. The scholars have different approaches to protecting minority shareholders. Discussions on granting the minority shareholders more protection or limiting the majority shareholders' power will be analysed in this study. Besides, one aim of the study is to explore the protection of minority shareholders under Turkish law. A further aim is to discuss how UK law deals with the issue of minority shareholder protection.

The first part of the paper provides arguments against providing protection for minority shareholders, whereas the second part deals with the arguments that show the need to provide protection for minority shareholders. Turkish and English jurisdictions are analysed regarding minority shareholder protection in order to recognise how different jurisdictions found the solutions for similar problems of minority shareholders.

I. ARGUMENTS AGAINST PROTECTING THE RIGHTS OF MINORITY SHAREHOLDERS

According to the traditional principles of company law, it is not easy for shareholders to go to court and bring a corporate litigation on behalf of the company under the proper plaintiff rule. Therefore, according to the decision in *Foss v Harbottle*,[6] a cor-

[1] For example, during 2017 and 2018, there were 620,285 incorporations in the United Kingdom. See 'Companies Register Activities 2017 to 2018' (GOV.UK, 2018) <https://www.gov.uk/government/publications/companies-register-activities-statistical-release-2017-to-2018/companies-register-activities-2017-to-2018> accessed 07 May 2020.

[2] For another definition please see; **Sharar**, Zain (2010), 2Minority Shareholders' Remedies in Public Shareholding Companies: Comparing the State of Qatar and Australia2 Corporate Governance e-Journal, 3.

[3] Article 411/1 of Turkish Commercial Code No. 6102.

[4] This point was expressed by Lord Davey in the well-known English case of **Burland v Earle**. According to Lord Davey, the majority shareholders were trying to have for themselves the company`s money, property and advantages at the expense of other shareholders. See **Burland v Earle** (1902), AC 83.

[5] **Cheffins,** Brian (2000), 'Minority Shareholders and Corporate Governance', Company Lawyer, V:21, p. 41.

[6] **Foss v Harbottle** [1843], 67 ER 189.

poration is a legal person separate from its shareholders and owners with separate legal personality.[7]

Foss v Harbottle's rule is divided into two main principles: the proper claimant principle and the internal management principle.[8] The meaning of 'proper plaintiff is that if a company has suffered harm, or there has been a breach of duty owed to a corporation, then the proper plaintiff in those circumstances is the company itself (which reinforces the idea that a company is a separate legal entity). As a result of the proper claimant rule, even if there is a wrong done against the company and it affects a shareholder's financial or judicial position, the shareholders cannot bring an action against the offending legal entity. Only the company has the right to sue.[9] This situation is unfair for minority shareholders because the authority to decide whether or not to sue someone is for the management of the company. This is especially problematic when a majority shareholder has done a wrong to the company, for which he will obviously not want the company's management to decide to bring an action against him. This and similar problems bring us to the reason for the existence of the remedies of minority shareholders under English law.[10]

However, there are some scholars who do not want to recognise very broad rights for minority shareholders.[11] Payne argues that the remedies for minority shareholders have been designed intentionally to be 'complex and obscure'.[12] Payne also states that when the law allows a shareholder to litigate on the company's behalf, this may result in company money being wasted.[13] Pettet has a similar argument and claims that unless jurisdictions deliberately limit minority shareholder litigation, there will be many litigations which the courts will be unable to cope with.[14] As a response to these two views, it can be claimed that an increase in the volume of litigation should not prevent the legal protection of the minority shareholders. Because of the cases could be monitored in order to avoid absurd claims that wastes company money and court time. Minority shareholders should not simply be left vulnerable against the oppression of majority shareholders and abuse from majority shareholders.

In 1997, the UK's Law Commission recognised three main problems with the ability of a shareholder to bring an action on behalf of his company.[15] Firstly, the Commission criticised shareholders' litigation as being 'complex and obscure'. The Law Commission also observed the limitations of the former derivative action and recommended a new statutory derivative action.[16] The other problem was the efficiency of the 'unfairly prejudicial conduct'[17] in Sections 459-461 of the Companies Act 1985. This remedy is now found in Section 994 of UK Companies Act 2006 which is one of the best known minority shareholder remedies.[18] It is used by shareholders in the event of breaches of articles of association or

---

7 This means that companies are capable of having legal rights and duties within a specific legal system, such as to enter into contracts as a party, to sue another legal entity, and to be sued for breach of its organ's legal duties. In other words, a company is independent of its shareholders. Even if a shareholder holds all the shares of the company, he still cannot fully own the company, and his interests and obligations are separate from the company`s legal entity.

8 See **Edwards v Halliwell** [1950], 2, All ER 1064, and Lord Davey in **Burland v Earle** [1902], AC 83.

9 **Kershaw**, David (2015), 'The Rule in Foss v Harbottle is Dead: Long Live the Rule in Foss v Harbottle', Journal of Business Law, p. 274.

10 **Kershaw**, p. 274.

11 **Payne**, Jennifer (2005), `Sections 459–461 Companies Act 1985 in Flux: The Future of Shareholder Protection', The Cambridge Law Journal V:64, p.658; **Pettet,** Ben (2005), Company Law, 2. Edition, London, Pearson Education Limited, p. 213.

12 **Payne**, p. 658.

13 ibid.

14 **Pettet**, p. 213.

15 Law Commission, 'Shareholder Remedies' (Law Com. No. 246, Cm. 3769, 1997), para. 1.4.

16 **Law Commission**, 'Shareholder Remedies' (Law Com. No. 246, Cm. 3769, 1997), para. 1.4.

17 Companies Act 2006: section 994.

18 **Law Commission**, 'Shareholder Remedies' (Law Com. No. 246, Cm. 3769, 1997), para. 1.7.

exclusion from management in circumstances where there is a legitimate expectation of participation. In practice, it is the shareholders of small companies, in which there is no market for the shares such as non-public companies, who mostly apply this remedy.[19] Nevertheless, when a shareholder brings an unfair prejudice petition to the court it generally has high costs and results in burdensome litigation because of the complex proceedings of the petition which includes a factual investigation. In small companies, most of the shareholders participate in the management and they are destined to bring the company down if they spend large amounts of time on litigation rather than running the business.[20]

Some scholars also have different opinions on the value of strong minority shareholder protection. Leuz et al claim that having a strong system for minority shareholder protection is likely to encourage majority shareholders to hide their control benefits when they have a claim brought against them, such as higher penalties.[21] However, even when there is protection for minority shareholders, unfair situations related to majority actions will always be seen in companies so it would be better to provide legal protections and remedies for minority shareholders to fight expropriation and such wrongdoings of majority shareholders. Besides, studies and statistics have shown that if there is a strong protection for minority shareholders, majority shareholders are less abusive and oppressive against minority shareholders.[22]

One of the significant arguments against the remedies for minority shareholders is that a shareholder normally does not have the right to go to court directly on behalf of a company in English law, according to the rule of *Foss v Harbottle*. The petitioner in an unfair prejudice petition is, generally, looking for a personal relief. The 'fraud on the minority' exemption of the rule of *Foss v Harbottle* allows some or all of the shareholders to pursue a derivative action in particular (highly limited) circumstances which are defined under Section 260 of the Companies Act 2006. The main problem with bringing a derivative action is the costs in the form of costs of litigation and company losses and so on. When the minority shareholders pursue such an action on behalf of the company, they may expect to have their costs paid by the company. In such cases, however, the Companies Act does not make provisions concerning indemnity for such costs.[23] On the other hand, under the Civil Procedure Rules 1998, r 19.9(7), it is stated that:[24]

(7) Where notifying the company of the permission application would be likely to frustrate some party of the remedy sought, the court may, on application by the claimant, order that the company need not be notified for such period after the issue of the claim form as the court directs.

This means that the company must indemnify a claimant shareholder against any responsibility regarding costs arising from the claim.[25]

As another approach for this discussion, it is claimed by some Turkish scholars in that the issue of protection for minority shareholders can easily be solved by applying freedom of contract theory in company law. The shareholders can make some

[19] **Tan,** Zhong Xing (2014), 'Unfair Prejudice from Beyond, Beyond Unfair Prejudice: Amplifying Minority Protection in Corporate Group Structures', Journal of Corporate Law Studies, V:14, p. 368.

[20] **Law Commission**, 'Shareholder Remedies' (Law Com. No. 246, Cm. 3769, 1997), para. 1.7.

[21] **Leuz,** Christian (2003), 'Dhananjay Nanda and Peter D Wysocki, 'Earnings Management and Investor Protection: An International Comparison', Journal of Financial Economics, V:69, p. 505-527.

[22] This has been found and claimed by La Porta et al. in their article Law and Finance. (**La Porta,** Rafael& **Lopez-de-Silanes**, Florencio& **Shleifer,** Andrei & **Vishny,** Robert W. (1998), 'Law and Finance', Journal of Political Economy, V:106, p.1116.

[23] **Dignam,** Alan (2011), Andrew Hicks and S.H. Goo, Hicks & Goo's Cases and Materials on Company Law, 7. Edition, Oxford, Oxford University Press, p. 436.

[24] Civil Procedure Rules 1998, r.19.9 (7).

[25] **Dignam**, p.436.

arrangements in the articles of association in order to protect minority shareholders.[26]

Finally, it can be claimed that majority shareholders should not be given the ultimate power in order to use them in an unlimited manner in companies. Although there are arguments against the need for protection of minority shareholders, as it will be explained below there is an obvious need to protect rights of minority shareholders in companies, even though the volume of litigation created is high and there are increased costs. As stated above, to avoid time and money being wasted in minority shareholders' litigations, the cases can be monitored and litigation can be controlled by the court. It should be stated that minority shareholder protection should rely on legal remedies. An important question for each shareholder is: When can shareholders bring proceedings to enforce their rights or the company's rights? The protections should cover all dimensions in order to safeguard all the rights and interests of the minority shareholder and the legal protection should be provided for minority shareholders to go to court. Thus, the protection of minority shareholders will be effective and comprehensive. The next part will analyse the need to protect minority shareholders' rights.

II. ARGUMENTS THAT SHOW THE NEED TO PROVIDE PROTECTION FOR MINORITY SHAREHOLDERS

It should be highlighted why minority shareholders should receive protection and what the ultimate purpose of this protection should be before analysing what the rights of minority shareholders are. There are a number of reasons that justify minority shareholder protection, and these are generally based on the grounds of economics and justice and fairness.

The first is that weak protection of minority shareholders negatively impacts the average capital of a company regarding competition with other companies. The second is that when a country introduces a mechanism into the legal system to protect the rights of minority shareholders and promote litigation, this increases investors' confidence in that country.[27]

These protection mechanisms encourage foreign investors to invest in that country. Legal mechanisms to protect shareholders affect the ability of companies to increase the capital needed to develop, innovate, expand and compete. It should be noted that foreign investors are generally also minority shareholders in the companies.[28] Without minority shareholder protection, stock markets in the countries cannot flourish and banks become the main source of economic activity for the companies. This situation causes a resource inadequacy in the markets. Because of that, economies with dynamic capital markets perform better in protecting minority investors.[29] Legal protection for minority shareholders is thought to be the best way to reach foreign investors and encourage investment in the capital market. Lazarides supports this, stating that there is a correlation between strong legal company law and the protection of rights and interests of minority shareholders.[30]

A third reason is that countries have a common purpose in developing the credibility of the

[26] **Pulaşlı,** Hasan (2018), Şirketler Hukuku Şerhi, 3. Edition, Ankara, Adalet Press, p. 2005.

[27] **Ararat,** Melsa&**Uğur,** Mehmet (2003), `Corporate Governance in Turkey: An Overview and Some Policy Recommendations` Corporate Governance: The International Journal of Business in Society, V:3, p. 59.

[28] **Raja,** Khurram Parvez (2012), 'Corporate Governance and Minority Shareholders' Rights and Interests in Pakistan: A Case for Reform' International Company and Commercial Law Review, V:23, I:10, p. 370.

[29] **Dahya,** Jay& **Dimitrov** Orlin& **McConnell** John J. (2008), 'Dominant Shareholders, Corporate Boards, and Corporate Value: A Cross-Country Analysis', Journal of Financial Economics V:87, p. 75.

[30] **Lazarides,** Themistokles G. (2010), 'Minority Shareholder Choices and Rights in the New Market Environment', The IUP Journal of Corporate and Securities Law, V:7, p. 12.

market, and the choice and final design of the different provisions to protect minority shareholders certainly depends on the overall regulatory framework and the national legal system. In the presence of such effective protection, companies use resources more efficiently because capital costs are lower and this supports growth in the company.[31]

In recent years, big financial scandals have been seen across the world. Companies at the centre of these crises have been trusted and strong companies, such as Enron,[32] WorldCom and Metallgesellschaft.[33] When analysed, it will be seen that all of these company scandals generally relate to transparency and disclosure, control and accountability. Due to the fraud and failures in big companies, the system of corporate governance has come to public attention. In other words, company crises have undermined the confidence of investors operating in financial markets, so the term corporate governance has become appealing for both companies and governments.[34]

Since the financial crisis of 2008, corporate governance has gained importance and this importance has created a need for new rules regarding minority shareholder protection.[35] Good corporate governance now requires a favourable board structure and independence, company transparency and disclosure, and the rights of shareholders being upheld relative to management and the board of directors.[36] As can be seen from the above, it is important to protect minority shareholders in company law. In this context, discussions about increasing legal protections for minority shareholders and legal mechanisms to protect minority shareholders' rights gain importance.[37]

Indeed, conflicts of interest between minority and majority shareholders decrease the overall value of shares and cause an increase in the expropriation of minority shareholders. Even if shareholder contracts can provide protection for minority shareholders, a certain degree of protection must be provided for the status of minority shareholders to be kept to a certain extent. If a conflict arises after the shareholder agreement enters into force, remedies may be available. However, placing trust solely in shareholder contracts and giving all authority to majority shareholders to protect minority shareholders' interest should be avoided. In other words, to protect the rights of minority shareholders, it is not appropriate to expect that only a company with majority shareholders will be allowed to submit articles without a legal protection mechanism. The situation can be more problematic as explained

31 Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD), (2015), 'OECD Principles of Corporate Governance' <www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf> accessed 07 May 2020.

32 Enron was one of the biggest companies in the United States. The company was supplying wholesale assistance, transportation, retail energy and broadband services. Nevertheless, Enron is famous around the world because of its failures. It seems that these failures emerged from the weaknesses and poor activity of Enron's corporate governance. With the Enron crisis, a new period started around the world, which included changes in the approach to corporate governance and a focus on law reforms, designed to protect company law from the new corporate crisis. See **Brown** Richard E (2005), 'Enron/Andersen: Crisis in U.S. Accounting and Lessons for Government', Public Budgeting & Finance, V:25, 20-32.

33 **Kılınç**, Pınar Buket (2012), 'Development of Corporate Governance, the Corporate Governance Approach of the Banking Sector, and the Effects of Corporate Governance on the Financial Structure of the Banking Sector's Companies: Research on the ISE 100 Index and the ISE Corporate Governance Index (XKURY)' (Masters, University of Hamburg, 2012).

34 **Tuzcu,** Arcan (2004), 'The Corporate Governance Approach of Istanbul Stock Exchange Companies' The Turkish Yearbook of International Relations, V:35, p. 146.

35 **Kirkpatrick,** Grant (2009), 'The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis', (Oecd.org) <https://www.oecd.org/finance/financial-markets/42229620.pdf> accessed 07 May 2020.

36 World Bank Group, 'Why It Matters' (2014) <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/protecting-minority-investors/why-matters> accessed 07 May 2020.

37 **Briano-Turrent**, Guadalupe del Carmen& **Rodríguez-Ariza,** Lázaro (2016), 'Corporate Governance Ratings on Listed Companies: An Institutional Perspective in Latin America', European Journal of Management and Business Economics, V:25, p. 63-75.

below if there is a controlling shareholder in the company. In principle, the minority shareholders are obliged to comply with the decision of the majority shareholder and at the same time must have knowledge of the legitimate use of shareholders who hold a greater number of shares. In such circumstances, company law must provide remedies for the minority shareholders if the majority members misuse their power in the company. Therefore, a balance between the rights of the minority and majority shareholders should be found because the majority shareholder needs to be empowered to run the company and it is a primary requirement to give remedies to minority members so they can defend their rights and interests. The role of company law is to provide mandatory rules to solve disputes between different shareholders.[38] The principal doctrines of company law are separate legal personality and majority rule.

The majority rule was introduced in *Foss v Harbottle* in English Law.[39] This means that the decisions and choices of the majority will always be prioritized and preferred against the choices of the minority.[40] This rule has gained its place because of its utility in increasing the profits of the company. Nevertheless, the lesson learned from financial problems, especially from the financial crisis, teaches that protecting minority shareholders' rights is also crucial for a stable and reliable commercial life. According to the separate legal entity rule that is recognized in the case of *Salomon v AC Salomon*,[41] a company is a separate legal entity from its members and thus a legal 'person' in the eyes of the law. When damage is done to a company, only that company has the right to take legal action. Thus, the rule is clear that minority shareholders have no way individually to fix these wrongs if the damage was caused by the directors' action and accepted by majority shareholders. It can be said that when the decisions are usually taken at the general assembly, the company is mostly managed by the majority shareholders.[42]

The main concern here is that the effect of majority shareholders can have negative consequences for the business of the company as it is unable to seek any remedy.[43] The concept of the protection of minority shareholders, therefore, originated in company law. In addition to establishing minority shareholders' rights and remedies, it is also essential to adopt a robust system of corporate governance which create mechanisms to supervise the company. In this context, an adequate protection system should provide different regulations, laws, institutions and implementation mechanisms as protective systems to ensure that a company is managed adequately in pursuit of its objective.

III. ESTABLISHMENT OF PROTECTION MECHANISMS FOR MINORITY SHAREHOLDERS

The regulations should treat all shareholders equally regardless of the amount of shareholdings. The majority shareholder should not be the controller of the company with unlimited freedom over the company. Moreover, majority shareholders should not be able to directly or indirectly make individual gains at the expense of the minority shareholders. Countries have used different approaches and concepts to shape their protection mechanism for minority shareholders, originating from their history, social and political culture, and local traditions. In this context, the main aim of protecting minority shareholders is to be sure that enough powers are also given to the majority shareholders in order to

38 **Dignam**, p. 137.

39 **Foss v Harbottle** [1843], 67 ER 189.

40 **Dignam**, p. 186.

41 **Salomon v Salomon & Co Ltd** [1897], AC 22.

42 **Reisberg**, Arad (2007), Derivative Actions and Corporate Governance, 2. Edition, Oxford University Press, Oxford, p. 76.

43 **Mayson,** Stephen W& **French** Derek & **Ryan** Christopher (2007), Mayson, French & Ryan On Company Law, 24. Edition, Oxford University Press, Oxford, p. 515.

reach shareholder democracy across different types of companies. A fair protection system should allow minority shareholders to join the company's management so that accountability and responsibilities are shared among all shareholders.[44] Two mechanisms should provide a high level of protection for the minority shareholders, the preventive and the remedial tools. An adequate minority shareholder protection system requires full consideration of the interests and rights of stakeholders, especially minority shareholders. The legislature, policymakers, and courts should also provide legal mechanisms for remedying any wrongdoing or injustice committed by the company's controllers.[45]

While each shareholder's rights and interests cannot be listed in detail in commercial law, governments must at least provide a list of the most fundamental rights and interests of shareholders so that each shareholder may recognise their rights. Furthermore, such rights and remedies should provide knowledge to the courts so that judges become aware of the rights and interests of all of the shareholders, thus increasing the chances of justice being done. Accordingly, ideal company law should demonstrate to the shareholders all the rights that come with their particular share amount – in the general meeting, voting rights, access to information – and limiting the majority shareholders and power of directors by holding them responsible for their oppression and misconduct. The company codes of both Turkey and the UK have identified the importance of minority shareholder protection. As such, there are rights and remedies provided for minority shareholders in both which will be shown below.

IV. CURRENT POSITION FOR LEGAL PROTECTION OF RIGHTS OF MINORITY SHAREHOLDERS IN TURKEY

When investors invest in developing countries, they are gambling on the economy's ability to sustain growth.[46] Because of global uncertainty and the slowdown in capital movements, expectations in the economy for the future have been adversely affected. This has resulted in a decrease in investments and a corresponding contraction of the economy.[47] To improve investments and bring about economic recovery, the countries must offer a legal protection mechanism for shareholders especially for minority shareholders in companies.

In recent years there has been a focus on minority shareholder protection in Turkey due to this requirement but also because business needs to gain the attention of investment. In addition, there is a general need to develop shareholder democracy in companies. It is assumed that increasing the applicability of the corporate governance principles will increase development in terms of the protection of minority shareholders in Turkey. The new Turkish Commercial Code (No: 6102) came into force on 1 July 2012. The existing code was significantly amended and renewed by it. The rights of minority shareholders are one of the issues which are considered by the new TCC. Even though the rights of minority shareholders were already stipulated in the previous code, Turkey has been strengthening its law and regulatory practices on minority shareholders` protection with the Turkish Commercial Code No 6102.

[44] **La Porta& Lopez-de-Silanes& Shleifer& W. Vishny,** p. 1113.

[45] **Jeeballah,** A Abubaker (2016), 'To What Extent Does The Libyan Shareholder Protection Regime Offer Equivalent Protection To That Found In Similar Selected Corporate Law Systems?', Ph.D thesis, Lancaster University.

[46] **Engin**, Cem&**Golluce**, Esra (2016), 'Küresel Finans Krizi ve Türkiye Üzerine Yansımaları / The Global Financial Crisis in 2008 and Its Reflections on Turkey' Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, V:1, p.27-40.

[47] **Uygur** Ercan (2010), 'The Global Crisis and the Turkish Economy' <http://www.tek.org.tr/dosyalar/TURKEY-UYGUR-FF.pdf> accessed 07 May 2020.

Company management in Turkey is based on the majority rule. Under the TCC, the decisions at general assembly meetings are principally taken by simple majority unless there is an exceptional rule that requires a higher majority. This places the company's future in the hands of its majority shareholders. As a result of implementing existing voting procedures and corporate democracy, the majority shareholder is legitimately empowered to control the company. This is achieved through Article 366 TCC which provides that the members of the board of directors should be appointed by the articles of association or elected by the general assembly.[48] Therefore, in order to prevent abuse by the majority in the management of the company, the Turkish legislator has made some regulations to protect minority shareholders against the danger of misuse of the majority principle.

Accordingly, in Turkey, the main rights of minority shareholders are regulated in the TCC. TCC grants fundamental rights to each shareholder which cannot be affected by the company's controllers by using the power of the company's board of directors or general assembly. With these rights, every shareholder of the company has the right to participate in company management..[49] While the legislator granted some shareholding rights to all of the shareholders in the company, some rights and remedies were only granted to the minority shareholders who have shares representing at least 10 percent of the paid-in stock capital of a non-public company.[50] It should be noted that under Article 385[51] any right of a shareholder that emerges from the law or the articles of association of the company establishes the personal right of such a shareholder. This cannot be suspended or changed, unless it is permitted by law, and cannot be done without the prior consent of such a shareholder if the articles of association give such rights.

Specifically, minority shareholder protection under the Turkish Commercial Code was discussed concerning the rights and mechanisms that prevent or decrease the possibility of abusive behaviour by controllers (in most cases majority shareholders). The fundamental rights granted to all shareholders can be listed as follows: to receive dividends from the company, not to have claims made against them for the return of the dividends announced, liability claims, getting involve in company's liquidation, and to challenge the decisions of the general meeting before a commercial court in the event such decisions are passed in breach of law, the articles of association of the company or the decisions of the general meeting. Apart from the fundamental rights granted to each shareholder, there are also special rights granted to minority shareholders who have a certain percentage of the shares in the company.[52]

One of the rights in companies for minority shareholders under current Turkish law is permission to request delay in the deliberations of the financial tables for one month. For this delay, there is no need for a decision of the general meeting.[53] The minority shareholders have the right during a general meeting to ask for the appointment of an auditor independent from the general meeting if there is a need to clarify some issues.[54] The minority shareholders are also

48 Article 366 of Turkish Commercial Code No. 6102.

49 **Ulusoy**, Erol (2016), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Edition, Bilge Press, İstanbul, p. 66.

50 For publicly held companies, minority rights shall apply to the holders of a minimum of 5 percent of the shares.

51 Article 385 of Turkish Commercial Code No. 6102.

52 **Ulusoy**, p. 68.

53 Under Article 420 of TCC, minority shareholders are entitled to request a 'procrastination' in the deliberations of the financial statements and related subjects of one month after the decision of the president of the meeting. There is no need to have a decision by the general meeting upon the request of shareholders with one-tenth of the capital in publicly-closed companies and one-twentieth in public companies.

54 According to Article 439 of the Turkish Commercial Code, the minority shareholders who hold 10 percent of the capital (or 5 percent of the capital in a public company) may apply to the court within three months in order to appoint an independent auditor. The legislator extended the meaning of minority shareholder in Article 439 so that shareholders whose share value is at least one million Turkish liras may also use this right

granted a right to call a general meeting and add issues to its agenda.[55] In so doing they are able to play an active role in the company's decisions, especially where the board of directors is under the control of the majority shareholders. Additionally, the Turkish Commercial Code provides that if a general meeting is held contrary to the law or to the provisions of the articles of association, each shareholder is allowed to ask the court to cancel its decisions.[56] The shareholders also have the right to request issuance of shares[57] and obtain information about companies including financial statements,[58] consolidated financial statements, and annual reports, audit reports and profit distribution proposals of the board of directors.[59]

Furthermore, there are two important remedies for minority shareholders under the TCC which are liability claim and dissolution of the company for just causes. In the absence of the provision of dissolution of the company for just causes before the new TCC, a liability claim was crucial for minority shareholders who suffered at the hands of directors. Under Articles 553-555 TCC,[60] every shareholder may bring an action against the company's directors if the company fails to do so where they have breached duties or not performed their duties adequately on behalf of the company. Under this remedy, when the company or shareholders are damaged by the directors, the shareholders have the opportunity to bring the action to the court against the directors.[61] Article 533 states that members of the board of directors in a joint stock company have liability to the company, shareholders and creditors for damages arising from any negligent breach of their obligations prescribed by law and the articles of association. The shareholders, and if there is a bankruptcy the creditors, can also bring an action against directors because of the damage caused to the company under the provisions of Article 555 and 556. In contrast with the former law, in Article 341 of the Turkish Commercial Code No 6762, it was necessary to seek the decision of the general meeting as a condition for the liability claim brought by the company to the directors. Furthermore, in the same article it was regulated that to bring a liability claim against general meeting decisions and cancellation of decisions the shareholders needed to have at least 10 per cent of the capital share in joint stock companies. However, under the current Turkish Commercial Code (Articles 553-555), there is no specific requirement to be able to apply to the court for a liability claim regarding damage against the members of the board by the company. This right is one of the most important remedial tools for minority shareholders in case of disputes in the company.[62]

as a minority shareholder. See Article 439 of Turkish Commercial Code No. 6102.

55 Under Article 411 of the Turkish Commercial Code, a minority shareholder who holds at least 10 percent of the share capital in a non-public joint stock company (or 20 percent of the shares for publicly-held companies) is directly eligible to request a general meeting or where a general meeting has already been called a minority can add a current item which he or she wishes to discuss to the agenda for the general meeting, provided a reason is given. This right aims to prevent the controllers from discussing any issue that was not listed on the agenda and provide an opportunity for minority shareholders to discuss the issues they wish. It can be recognised by the shareholders in the company's articles of association that even if a shareholder has fewer shares, he can call a general meeting and add an item.

56 Article 445 of Turkish Commercial Code No. 6102.

57 Article 486/3 of Turkish Commercial Code No. 6102.

58 According to Article 437 of TCC, each shareholder (without the requirement of percentage) has the right to access information about the company's financial statements, consolidated financial statements, the annual report of the board of directors, audit reports and profit distribution proposal of the board of directors.

59 Article 437 of Turkish Commercial Code No. 6102.

60 Articles 553-555 of Turkish Commercial Code No. 6102.

61 **Çamoglu,** Ersin (2010), Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu / The Liability of Directors in Joint Stock Companies, 1. Edition, Vedat Press, İstanbul, p. 9-10.

62 Turkish company law does not require a court to give permission for a shareholder to continue with legal proceedings against directors as long as the relief obtained goes to the company.

The second remedy for minority shareholders is dissolution of the company for just causes which is regulated under Article 531 TCC.[63] An important remedial tool for protection of minority shareholders is dissolution of the company for just causes. This can be found in Article 531 of the TCC.[64] Prior to the new Code entering into force, aggrieved minority shareholders did not have a remedy of dissolution of a company for just causes. Before the new TCC No 6102 entered into force, the minority shareholder did not have the remedy of the dissolution of a company for just causes. While former Commercial Code No 6762 allowed shareholders to bring an action for dissolution if there were just causes in a private company, there was no such a provision for shareholders for joint stock companies.[65]

As per Article 531,[66] in the presence of just causes, holders of shares representing at least one-tenth of the capital in a joint stock company (or one-twentieth in a publicly-held company) may request the court to decide on the dissolution of a company. However, it does not detail what these just causes might be; this is to be done on a case-by-case basis. Minority shareholders intent on doing this must approach the court in whose jurisdiction the place of incorporation is under.[67] As per the final sentence of Article 531,[68] when a minority shareholder requests the termination of a corporation from a court based on valid reasons, the court may decide either that the applicant shareholders should have their shares bought for their real value or that an acceptable and reasonable resolution is reached.[69]

In conclusion, Turkey is aware of the significance of protection of minority shareholder for the strong performance of the financial markets and for commercial development. The new Turkish Commercial Code No. 6102 accomplished radical reforms to shareholder rights, emphasising shareholder democracy. The Code set out as one if its primary aims to improve shareholder rights and especially equal treatment of shareholders. This formed the basis for a strong voice for all shareholders in the management which improves the situation in companies for minority shareholders. It appears that the rights and remedies granted to minority shareholders in Turkish Commercial Code No 6102 are suitable for providing better protection of shareholders' rights.

V. CURRENT POSITION FOR LEGAL PROTECTION OF RIGHTS OF MINORITY SHAREHOLDERS IN THE UNITED KINGDOM

In the United Kingdom, the daily work of the company is managed by its directors (subject to its articles of association) and relevant legal rules. Nevertheless, some decisions may need consent from shareholders by either a simple majority or a 75 per cent majority to be passed. In this way, the interests and rights of minority shareholders may be violated by the majority shareholders through decisions taken through the board of directors or at shareholder meetings. The majority of shareholders can appoint managers they choose to work with, with authority given, and manage the company's business activities as they wish.[70] Additionally, the

63 Article 531 of Turkish Commercial Code No. 6102.

64 The term 'dissolution of the company for just causes' is used for 'anonim şirkette haklı sebeple fesih' in Turkish law.

65 **Tekinalp,** Ünal (1974), 'Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç' İktisat ve Maliye Dergisi, V:21, p. 321, 325.

66 Article 531 of Turkish Commercial Code No. 6102.

67 **Erdem**, Nuri (2019), Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 2. Edition, Vedat Press, İstanbul, p. 251.

68 Article 531 of Turkish Commercial Code No. 6102.

69 The aim is to balance the rights of majority and minority shareholders. See; Tekinalp, Ünal (2013), 'Anonim Ortaklıgın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları', Ersin Çamoglu'na Armağan, 1. Edition, Vedat Press, İstanbul, p. 214.

70 **Kim,** Kenneth A.& **Kitsabunnarat-Chatjuthamard** P and **Nofsinger,** John R. (2007), 'Large Shareholders, Board In-

majority shareholders may elect managers who feel a similar way of thinking if they intend to abuse minority shareholders or advance their rights. A typical scenario is that majority shareholders prevent minority shareholders from taking legal action to correct the company's controller's mistakes. In most cases, minority shareholders do not reach the required majority to obtain permission to sue in court.[71]

It should be stated that the protection of minority shareholders in the UK relies heavily upon judicial protection. However, it should be noted that within the scope of the UK Companies Act 2006, each shareholder has certain legal rights that provide some kind of safeguarding to minority shareholders under English law, so it is worth mentioning these rights briefly.

These rights exist for any shareholder that are for instance; shareholder's right to ask the court to call a general meeting,[72] the right to receive notice of any general meeting,[73] the right to have a copy of the annual account[74], the right to inspect the register of members and index of members' name with no charge[75] and the right to require a copy of the register of shareholders within 10 days of the ask for subject to charge.[76] Additionally, besides these rights granted to each shareholder, there are some other rights granted to shareholders to have a certain share rate. For example, shareholders who represent at least 10 per cent of the voting rights (this rate reduces 5 per cent if there is no shareholders' meeting holding for more than 12 months) have a right to call a general meeting,[77] also shareholders with 5 per cent of the voting rights have a right to circulate a written statement,[78] in addition, shareholders who has more than 10 per cent of the voting rights have a right to have the company's annual accounts audited.[79] Last but not least, shareholders who represent more than 25 per cent of shares have a right to block a special resolution,[80] such a resolution is need, for instance, to make changes in a company's articles of association.[81]

In the UK, the protection mechanisms are provided for rights of minority shareholders as follows. First, a minority shareholder can bring a 'personal action' if his personal rights have been violated.[82] The second mechanism is the derivative action, which is granted to minority shareholders to apply to the court for permission to continue a derivative action on behalf of a company where there is a wrong to the company.[83] The aim of the UK Government in creating a statutory derivative action in the UK Companies Act 2006 was to provide a protection for shareholders who wish to bring valid claims and avoid unnecessary litigation. According to section 260 of the Companies Act 2006, a member of the company may bring an action regarding a cause of action vested in the company, where the aim of the member is to seek relief on the company's behalf and for its benefit.[84] The new

dependence, and Minority Shareholder Rights: Evidence from Europe', Journal of Corporate Finance, V:13, p. 862.

71 **Sarkar**, Prabirjit (2017), `Common law vs. Civil law: which system provides more protection to shareholders and promotes financial development? `, Journal of Advanced Research in Law and Economics, V:2, p. 151.

72 Section 306 of the UK Companies Act 2006

73 Section 310 of the UK Companies Act 2006

74 Section 431 of the UK Companies Act 2006

75 Section 116/2 of the UK Companies Act 2006

76 Section 116/2 of the UK Companies Act 2006

77 Section 303 of the UK Companies Act 2006

78 Section 314 of the UK Companies Act 2006

79 Section 306 of the UK Companies Act 2006

80 Section 283 of the UK Companies Act 2006

81 It can be noted here regarding this issue in the United Kingdom the Department of Trade has right to appoint auditors to investigate the affairs of the company and report on them in the events if an application is made by not less than 200 members or members holding at least 10% of the issued share capital.

82 See Smith v Croft No 2 [1988], Ch. 114, and Prudential Assurance Co. Ltd v Newman Industries Ltd (No.2), [1982], Ch. 204.

83 Section 260-264 of the UK Companies Act 2006.

84 Section 260(3) of the UK Companies Act 2006.

statutory rule extends the causes of application of derivative actions.[85] As it was stressed in section 260(3) of the Companies Act, it is possible for the cause of action to be against the director or any other person or both of them. The circumstances of the action may have emerged from an actual or proposed act or omission including negligence, default, breach of duty or breach of trust by a former[86] or actual director or a shadow director[87] of the company.[88]

To continue a derivative claim, an applicant should show that he has a prima facie case and the court must be satisfied with the evidence.[89] Therefore, if the court determines that the application and the evidence provided by the applicant are not enough for a prima facie case to allow the proceeding of the derivative suit, the court must reject the application.[90] In this context, a prima facie case was confirmed in *Cullen Investment Ltd v Brown*[91] and permission was given and allowed to continue to the derivative action. Conversely, the court in *Bridge v Daley*[92] rejected to permit to proceed derivative action because there was no prima facie case. Furthermore, the claimant shareholder was requested to pay the litigation costs.[93]

Although the new approach in derivative actions has more flexibility and is less restrictive, it also has some critical problems for minority shareholders in terms of access to relief. Even if it is understandable for company law to give discretion to the courts over whether to allow a derivative claim to protect the business of the company, it is also arguably because of this that the rule is unpredictable and uncertain. To sum up, it is possible to find different ways to protect minority shareholders but when compared with other solutions, even if the new derivative action has some weak points, it is a powerful way to protect minority rights especially if there is a corporate wrong.

Third, the unfair prejudice petition is designed for minority shareholders to deal with the issues when their interests are harmed in the capacity as shareholders. The court may order the removal of the petitioner shareholder with the purchase of his shares at fair value.[94] Any shareholder can bring an unfair prejudice action for an order on the ground that the company's affairs are being or have been conducted in a manner which is unfairly prejudicial to the interests of its shareholders generally or of some of its shareholders (including at least himself).[95] The most common applications of this are where a minority shareholder has been excluded from participation in the management of the company or there has been excessive remuneration paid to the majority by the company.

The expansion of the scope of the unfair prejudice petition has created a dilemma in English law for shareholders in choosing the right remedy to make a claim in a court. Through studies and cases about statutory remedies of the minority shareholders, it was clarified that the unfair prejudice petition should be considered a personal remedy and a derivative action should be accepted as a corporate reme-

85 **Joffe,** Victor (2008), Minority Shareholders, 1. Edition, Oxford University Press, Oxford, p. 34.

86 Section 260(5)(a) of the UK Companies Act 2006.

87 Section 260(5)(b) of the UK Companies Act 2006.

88 Section 260 of the UK Companies Act 2006.

89 As J **David** Richards stressed in the case of Abouraya v Sigmund: "A prima facie case is a higher test than a seriously arguably case and I take it to mean a case that, in the absence of an answer by the defendant, would entitle the defendant to judgment." See Abouraya v Sigmund [2014], EWHC 277 at [53].

90 **Keay**, Andrew & **Loughrey**, Joan (2010), 'Derivative Proceedings in a Brave New World for Company Management and Shareholders', Journal of Business Law, V:3, p. 153.

91 **Cullen Investment Ltd v Brown** [2015], EWHC 473 (Ch).

92 **Bridge v Daley** [2015], EWHC 2121 (Ch).

93 **Milman**, David (2015), 'Shareholder Law: Recent Developments in Practice' Company Law Newsletter, V:378, p. 3.

94 Section 994 of the UK Companies Act 2006.

95 Section 994 of the UK Companies Act 2006.

dy.[96] However, unfair prejudice is given a wide understanding to include relief for corporate wrongs. In *Clark v Cutland*[97] it was held that relief in relation to corporate wrong can be obtained under section 994. In *Clark v Cutland*, the court held that corporate problems could also be claimed by shareholders and discussed under an unfair prejudice petition if the case meets all the conditions. In *Mumbray v Lapper*[98] the court refused permission to continue a derivative claim. The court ruled that it would be more accurate to proceed with an unfair prejudice petition or a winding up on just and equitable grounds as opposed to a derivative claim.[99]

Determining the differences between derivative action and unfair prejudice petition has importance for minority shareholders and practitioners. At first glance, there is no big difference between them and, as Hannigan points out, these two remedies overlap with each other and if the law do not address the differences between them, the overlap between two remedies will remain to be an issue.[100]

Fourth, minority shareholders may apply to the court for a winding-up order[101] when it is just and equitable to do so.[102] The best-known case concerning just and equitable winding up is surely *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd.*[103]

In conclusion, some scholars have argued that there is no perfect model of minority shareholder protection.[104] Each one is effective in its own way and the corporate governance structure specific to a country is difficult to transfer to another country.[105] It is seen that while, English law has a long history and considerable experience in minority shareholder protection, Turkey also has a strong protection mechanism for minority shareholders.

VI. CONCLUSION

In order to highlight the importance of the protection of minority shareholders, some criticisms and suggestions were addressed in this article. This article started with an explanation of the definition of a minority shareholder in two different jurisdictions, Turkey and United Kingdom. The limited position and weak remedies for minority shareholders were also explained in companies. To show the need of minority shareholder protection, the conflict between minority and majority shareholders was explained. It was claimed that the majority shareholders do not generally tend to consider the rights of minority shareholders and consider their own more when exercising their control of the com-

96 **Keay** Andrew (2015), 'Assessing and Rethinking the Statutory Scheme for Derivative Actions under the Companies Act 2006', Journal of Corporate Law Studies, V:16, p. 43.

97 **Clark v Cutland** | [2003] OPLR 343

98 **Mumbray v Lapper** [2005], EWHC 1152 (Ch).

99 **Keay**, p. 469.

100 **Hannigan**, Brenda (2009), 'Drawing boundaries between derivative claims and unfairly prejudicial petitions', Journal of Business Law, V:6, p. 617.

101 When looking at the practice, it will be seen that generally the respondent side of a petition offers to purchase a petitioner's shares at fair value and then petitioner stop the attempt to wind up under section 122(1) of the Insolvency Act 1986. An unfair prejudice petition is sometimes a factor that brings about a winding up It is difficult for the claimant to persuade the court that he was acting honestly in requesting to have the company wound up instead of seeking another remedy. The claimant must show that there is no other remedy available and it is just and equitable to wind up this entity, whereas granting a relief under UK Companies Act 2006 Section 994 depends on whether the claimant shows that unfair prejudice conduct occurred. See; Hallington, Robin (2007), 'Oppression of Minority Shareholders: Reflections on Blisset v Daniel', Denning Law Journal, V:19, p. 8.

102 Section 122(1)(g) of the Insolvency Act 1986.

103 **Ebrahimi v Westbourne Galleries** Ltd [1973], AC 360.

104 **Ungureanu,** Mihaela (2012), 'Models and Practices of Corporate Governance Worldwide' (Ceswp.uaic.ro) <http://ceswp.uaic.ro/articles/CESWP2012_IV3a_UNG.pdf> accessed 07 May 2020.

105 Furthermore, the results of the research by Siems show that the protection of shareholders in common law countries is relatively similar, but there is no similarity between the German and French civil law families. This argument shows that there is not a common practice in minority shareholders protection in civil law countries which can be taken as a role model. See Siems, Mathias M (2008), 'Shareholder Protection around the World ('Leximetric II')', University of Cambridge, CBR Working Paper, V:359, p. 144. This article is an analysis of the development of shareholder protection in 20 countries from 1995 to 2005.

pany's affairs. So, concerning the issue of minority shareholders, the majority shareholders should not be given the ultimate power and freedom in order to use them in an unlimited manner in companies. In addition, the main aim of protecting minority shareholders is to be sure that enough powers are also given to the majority shareholders in order to reach shareholder democracy across different types of companies. A fair protection system should allow minority shareholders to join the company's management so that accountability and responsibilities are shared among all shareholders. When minority shareholders encounter any problem regarding the company, they should apply to the court and seek to obtain a remedy. At the same time, shareholders should avoid unnecessary claims and help the company to continue its business and make profits. Moreover, company management should be able to be provided by shareholders without any problems and the company must continue to make profits.

The preventive tool and the remedial tools are two mechanisms to provide a high level of protection for the minority shareholders. An adequate minority shareholder protection system requires that all stakeholders' interests and rights, particularly minority shareholders, are fully considered. Also, there is a commitment on the legislature, policymakers, and courts to furnish legal mechanisms to remedy any wrongdoing or unfairness done by the company's controllers.

As seen from examples in Turkish law and English law, countries have used different approaches and concepts to shape their protection mechanism for minority shareholders which are originating from their history, social and political culture, and local traditions. In recent years, there has been a focus on minority shareholder protection in both countries. Even if those two countries have different approaches on this issue, it is seen that the fundamental preventive and remedial mechanisms have been provided for minority shareholders to protect their rights and interests.

KAYNAKÇA

Ararat, Melsa&**Uğur,** Mehmet (2003), `Corporate Governance in Turkey: An Overview and Some Policy Recommendations` Corporate Governance: The International Journal of Business in Society, V:3.

Briano-Turrent, Guadalupe del Carmen& **Rodríguez-Ariza,** Lázaro (2016), 'Corporate Governance Ratings on Listed Companies: An Institutional Perspective in Latin America', European Journal of Management and Business Economics, V:25.

Brown Richard E (2005), 'Enron/Andersen: Crisis in U.S. Accounting and Lessons for Government', Public Budgeting & Finance, V:25.

Çamoglu, Ersin (2010), Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu / The Liability of Directors in Joint Stock Companies, 1. Edition, Vedat Press, İstanbul.

Cheffins, Brian (2000) 'Minority Shareholders and Corporate Governance' Company Lawyer, V:21, p. 41.

Dahya, Jay& **Dimitrov** Orlin& **McConnell** John J. (2008), 'Dominant Shareholders, Corporate Boards, and Corporate Value: A Cross-Country Analysis', Journal of Financial Economics V:87.

Dignam, Alan (2011), Andrew Hicks and S.H. Goo, Hicks & Goo's Cases and Materials on Company Law, 7. Edition, Oxford, Oxford University Press.

Engin, Cem&**Golluce,** Esra (2016), 'Küresel Finans Krizi ve Türkiye Üzerine Yansımaları / The Global Financial Crisis in 2008 and Its Reflections on Turkey' Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, V:1.

Erdem, Nuri (2019), Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi, 2. Edition, Vedat Press, İstanbul.

Hallington, Robin (2007), 'Oppression of Minority Shareholders: Reflections on Blisset v Daniel', Denning Law Journal, V:19.

Hannigan, Brenda (2009), 'Drawing boundaries between derivative claims and unfairly prejudicial petitions', Journal of Business Law, V:6.

Jeeballah, A Abubaker (2016)., 'To What Extent Does The Libyan Shareholder Protection Regime Offer Equivalent Protection To That Found In Similar Selected Corporate Law Systems?', Ph.D thesis, Lancaster University.

Joffe, Victor (2008), Minority Shareholders, 1. Edition, Oxford University Press, Oxford.

Keay Andrew (2015), 'Assessing and Rethinking the Statutory Scheme for Derivative Actions under the Companies Act 2006', Journal of Corporate Law Studies, V:16.

Keay, Andrew & **Loughrey**, Joan (2010), 'Derivative Proceedings in a Brave New World for Company Management and Shareholders', Journal of Business Law, V:3.

Kershaw, David (2015), 'The Rule in Foss v Harbottle is Dead: Long Live the Rule in Foss v Harbottle', Journal of Business Law.

Kılınç, Pınar Buket (2012), 'Development of Corporate Governance, the Corporate Governance Approach of the Banking Sector, and the Effects of Corporate Governance on the Financial Structure of the Banking Sector's Companies: Research on the ISE 100 Index and the ISE Corporate Governance Index (XKURY)' (Masters, University of Hamburg, 2012).

Kim, Kenneth A.& **Kitsabunnarat-Chatjuthamard** P & **Nofsinger** John R. (2007), 'Large Shareholders, Board Independence, and Minority Shareholder Rights: Evidence from Europe', Journal of Corporate Finance, V:13.

La Porta, Rafael& **Lopez-de-Silanes**, Florencio& **Shleifer,** Andrei & **Vishny,** Robert W. (1998), 'Law and Finance', Journal of Political Economy, V:106.

Lazarides, Themistokles G. (2010), 'Minority Shareholder Choices and Rights in the New Market Environment', The IUP Journal of Corporate and Securities Law, V:7.

Leuz, Christian (2003), 'Dhananjay Nanda and Peter D Wysocki, 'Earnings Management and Investor Protection: An International Comparison', Journal of Financial Economics, V:69.

Mayson, Stephen W& **French** Derek & **Ryan** Christopher (2007), Mayson, French & Ryan On Company Law, 24. Edition, Oxford University Press, Oxford.

Milman, David (2015), 'Shareholder Law: Recent Developments in Practice' Company Law Newsletter, V:378.

Payne, Jennifer (2005), `Sections 459–461 Companies Act 1985 in Flux: The Future of Shareholder Protection', The Cambridge Law Journal V:64.

Pettet, Ben (2005), Company Law, 2. Edition, London, Pearson Education Limited.

Pulaşlı, Hasan (2018), Şirketler Hukuku Şerhi, 3. Edition, Ankara, Adalet Press.

Raja, Khurram Parvez (2012), 'Corporate Governance and Minority Shareholders' Rights and Interests in Pakistan: A Case for Reform' International Company and Commercial Law Review, V:23, I:10.

Reisberg, Arad (2007), Derivative Actions and Corporate Governance, 2. Edition, Oxford University Press, Oxford.

Sarkar, Prabirjit (2017), `Common law vs. Civil law: which system provides more protection to shareholders and promotes financial development?`, Journal of Advanced Research in Law and Economics, V:2.

Sharar, Zain (2010) 2Minority Shareholders' Remedies in Public Shareholding Companies: Comparing the State of Qatar and Australia2 Corporate Governance e-Journal, 3.

Siems, Mathias M (2008), 'Shareholder Protection around the World ('Leximetric II')', University of Cambridge, CBR Working Paper, V:359.

Tan, Zhong Xing (2014), 'Unfair Prejudice from Beyond, Beyond Unfair Prejudice: Amplifying Minority Protection in Corporate Group Structures', Journal of Corporate Law Studies, V:14.

Tekinalp, Ünal (1974), 'Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç' İktisat ve Maliye Dergisi, V:21.

Tekinalp, Ünal (2013), 'Anonim Ortaklıgın Haklı Sebeplerle Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları', Ersin Çamoglu'na Armağan, 1. Edition, Vedat Press, İstanbul.

Tuzcu, Arcan (2004), 'The Corporate Governance Approach of Istanbul Stock Exchange Companies' The Turkish Yearbook of International Relations, V:35.

Ulusoy, Erol (2016), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Edition, Bilge Press, İstanbul.

UK Cases

Abouraya v Sigmund [2014], EWHC 277 at [53].

Bridge v Daley [2015], EWHC 2121 (Ch).

Burland v Earle [1902] AC 83.

Clark v Cutland | [2003] OPLR 343

Cullen Investment Ltd v Brown [2015], EWHC 473 (Ch).

Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd [1973], AC 360.

Foss v Harbottle [1843] 67 ER 189.

Mumbray v Lapper [2005], EWHC 1152 (Ch).

Salomon v Salomon & Co Ltd [1897] AC 22.

Smith v Croft No 2 [1988] Ch 114.

Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (No 2) [1982] Ch 204.

Codes

Civil Procedure Rules 1998, r.19.9 (7).

The UK Companies Act 2006.

Turkish Commercial Code No. 6102.

UK Insolvency Act 1986.

Web References

'Companies Register Activities 2017 To 2018' (*GOV.UK*, 2018) <https://www.gov.uk/government/publications/companies-register-activities-statistical-release-2017-to-2018/companies-register-activities-2017-to-2018> accessed 07/05/2020.

Kirkpatrick, Grant (2009), 'The Corporate Governance Lessons from the Financial Crisis' (Oecd.org) <https://www.oecd.org/finance/financial-markets/42229620.pdf> accessed 07 May 2020.

Organisation for Economic Co- Operation and Development (OECD), 'OECD Principles of Corporate Governance' (2004) http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf. accessed 07/05/2020.

Ungureanu, Mihaela (2012), 'Models and Practices of Corporate Governance Worldwide' (*Ceswp.uaic.ro*) <http://ceswp.uaic.ro/articles/CESWP2012_IV3a_UNG.pdf> accessed 07 May 2020.

Uygur Ercan (2010), 'The Global Crisis and the Turkish Economy' <http://www.tek.org.tr/dosyalar/TURKEY-UYGUR-FF.pdf> accessed 07 May 2020.

World Bank Group (2014), 'Why It Matters' <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/protecting-minority-investors/why-matters> accessed 07 May 2020.

Reports and Consultation Papers

Law Commission, "Shareholder Remedies" (Law Com. No 246, Cm. 3769, 1997).

AVRUPA BİRLİĞİ VE TÜRK HUKUKUNDA MENŞE ADININ VE MAHREÇ İŞARETİNİN TESCİL EDİLEBİLME ŞARTLARI*

THE REGISTRATION REQUIREMENTS FOR THE DESIGNATIONS OF ORIGIN AND THE GEOGRAPHICAL INDICATIONS IN THE EUROPEAN UNION AND TURKISH LAW

Dr. Öğr. Üyesi Salih POLATER**

ÖZ

Avrupa Birliği ve Türk hukukunda menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartlarına ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir. Ancak menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilebilecek ürün çeşitleri, ürün çeşitlerinin menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilebilme şartları gibi temel bazı hususlarda her iki hukuk sistemi arasında belli başlı farklılıklar söz konusudur. Yasal düzenlemelerdeki bu farklılıklar, sadece teorik bir anlama sahip olmayıp Türkiye'de tescilli menşe adlarının ve mahreç işaretlerinin Avrupa Birliği'nde tescil aşamasında da önemli bir rol oynamaktadır. Zira Türkiye'de tescilli menşe adlarının ve mahreç işaretlerinin Avrupa Birliği'nde tescil edilebilmesi için aynı zamanda Avrupa Birliği müktesebatında aranan şartlara da uygun olmaları gereklidir. Avrupa Birliği hukukundaki menşe adlarına ve mahreç işaretlerine ilişkin yasal düzenlemelerin ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarındaki güncel gelişmelerin yakinen takip edilip tescil başvurularının bu bilgiler ışığında yapılması, Avrupa Birliği'nde yapılacak menşe adı ve mahreç işareti tescil süreçlerinin hızlandırılmasında ve tescil başvurularının sorunsuz bir şekilde sonuçlanmasında önemli bir rol oynayacaktır. Bu çalışma kapsamında ilk olarak Avrupa Birliği ve Türk hukukunda köken bildiren işaretlere yönelik

ABSTRACT

The regulations regarding the registration requirements for the designations of origin and the geographical indications in the European Union and Turkish law share considerable similarities. However, there are certain differences between the two legal systems in some fundamental issues such as the product types that can be registered as designation of origin and geographical indication, and the conditions for the registration of product types as designation of origin and geographical indication. The differences in legal regulations not only have a theoretical importance but also are critical in the registration process of designations of origin and geographical indications, which are registered in Turkey, in the European Union. This is because designations of origin and geographical indications registered in Turkey have to be in accordance with the requirements of the European Union acquis in order to be registered in the European Union. Following closely the legal regulations regarding the designations of origin and geographical indications in the European Union law and the current developments in the jurisdictions in the Court of Justice of the European Union and making the registration applications in the light of this information will play a critical role in speeding up the registration processes of designations of origin and geographical indications and concluding

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 05.09.2020 / Kabul Tarihi: 03.11.2020).

** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (spolater@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5272-5079).

kavramsal farklılıklar ele alındıktan sonra menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartları ve tescil edilemeyecek menşe adları ve mahreç işaretleri, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ile birlikte ele alınarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *menşe adı, mahreç işareti, tescil şartları, tescil edilebilecek ürün çeşitleri, tescil edilemeyecek menşe adları ve mahreç işaretleri.*

the registration applications smoothly. Within the scope of this study, firstly, conceptual differences regarding the geographical indications in European Union and Turkish law will be discussed and then registration requirements of the designations of origin and geographical indications and non-registrable designations of origin and geographical indications will be examined in conjunction with the decisions of the Court of Justice of the European Union.

Keywords: *designations of origin, geographical indications, registration requirements, registrable products, non registrable designations of origin and geographical indications.*

I. GİRİŞ

Avrupa hukukunda coğrafi köken belirten işaretlerin korunması amacıyla 1970'lerden itibaren çeşitli hukuki düzenlemeler yapılmıştır[1]. Coğrafi köken belirten işaretlerin korunmasına temel teşkil eden ve hâlihazırda yürürlükte olan düzenlemeler şunlardır: 1151/2012 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri ile İlgili Kalite Düzenlemeleri Tüzüğü[2]; 110/2008 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Distile Alkollü İçkilerin Tanımlanması, Sunumu, Etiketlenmesi ve Distile Alkollü İçkilere İlişkin Coğrafi İşaretlerin Koruması ve 1576/89 Sayılı Tüzük'ün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük[3]; 1308/2013 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tarımsal Ürünlere İlişkin Ortak Piyasa Düzenin Oluşturulması ve 922/72, 234/79, 1037/2001 ve 1234/2007 sayılı Tüzüklerin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük[4]; 251/2014 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Aromatize Şarapların Tanımlanması, Tarifi, Sunumu, Etiketlenmesi ve Aromatize Şaraplara İlişkin Coğrafi İşaretlerin Koruması ve 1601/91 sayılı Tüzük'ün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük[5].

Türk hukukunda ise coğrafi köken belirten işaretlerin korumasına yönelik ilk hukuki düzenleme, 1995 tarih ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararname'dir[6] (555 sayılı KHK). 555 sayılı KHK'da coğrafi köken belirten işaretler, 'coğrafi işaretler' üst kavramı altında menşe adı ve mahreç işareti şeklinde ikili bir ayrım yapılarak koruma altına alınmıştı. 555 sayılı KHK, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu[7] (SMK) ile yürürlükten kaldırılmıştır. SMK'da menşe adları ve mahreç işaretleri, 555 sayılı KHK'ya uygun olarak coğrafi işaret kavramı altında SMK'ya benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak SMK, mülga 555 sayılı KHK'dan farklı olarak coğrafi işaretler dışında geleneksel ürün adlarını da koruma altına almış ve coğrafi köken belirten işaretlere yönelik korumanın kapsamını genişletmiştir.

Coğrafi köken belirten işaretlere yönelik olarak '*sui generis*' nitelikte koruma sağlayan SMK ve mülga 555 sayılı KHK'daki düzenlemeler, uluslararası anlaşmalar ve özellikle Avrupa Birliği (AB) mevzuatı dikkate alınarak hazırlanmıştır. Türk hukukundaki düzenlemeler, asıl olarak AB hukukundaki düzenlemeler örnek alınarak hazırlanmış olsa da AB hukuku ile SMK'daki düzenlemeler arasında özellikle tescil edilebilecek coğrafi köken belirten işaretler bakımından önemli farklılıklar söz konusudur. Örneğin; AB hukukunda tarım ürünlerine ve gıda maddelerine, distile alkollü içkilere, şaraplara ve aromatize şaraplara ilişkin coğrafi köken belirten işaretlere yönelik koruma, bu ürünlerin kendilerine özgü nitelikleri dikkate alınarak ayrı tüzüklerde hükme bağlanmıştır. Türk hukukunda ise ürün çeşitleri bakımından bir ayrım yapılmaksızın tüm ürün çeşitleri için coğrafi köken belirten işaretlere yönelik yeknesak bir koruma öngörülmüştür[8]. Coğrafi köken belirten işaretlere

1 **Ramirez**, Cecilia A. León (2007) Der Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel nach der Verordnung (EG) Nr. 510/2006, Göttingen, Nomos Verlag, s. 71.

2 Regulation (EU), No: 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on Quality Schemes for Agricultural Products and Foodstuffs.

3 Regulation (EC), No 110/2008 of the European Parliament and of the Council of 15 January 2008 on the definition, description, presentation, labelling and the protection of geographical indications of spirit drinks and repealing Council Regulation (EEC) No 1576/89.

4 Regulation (EU), No 1308/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013 establishing a common organisation of the markets in agricultural products and repealing Council Regulations (EEC) No 922/72, (EEC) No 234/79, (EC) No 1037/2001 and (EC) No 1234/2007.

5 Regulation (EU), No 251/2014 of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the definition, description, presentation, labelling and the protection of geographical indications of aromatised wine products and repealing Council Regulation (EEC) No 1601/91.

6 RG., T: 27.6.1995, S: 22326.

7 RG, T: 10.01.2017, S: 29944.

8 Bu konuya ilişkin istisnai düzenlemelere ilişkin bkz. IV.

yönelik koruma, AB hukukunda sadece tarım ürünlerini ve gıda maddelerini, distile alkollü içkileri, şaraplar ve aromatize şarapları kapsamakta iken[9] SMK'da coğrafi köken belirten işaretlere yönelik koruma, sözü geçen ürünler yanında madenleri, el sanatları ve sanayi ürünlerini de kapsamaktadır. (SMK m. 33). Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, AB hukuku ile Türk hukuku arasında coğrafi köken belirten işaretlere ilişkin kavramsal farklılıklar da söz konusudur.

AB ve Türk hukukundaki menşe adlarının ve mahreç işaretlerinin tescil edilebilme şartlarına ilişkin farklılıkların bilinmesi; Türkiye'den kaynaklanan coğrafi işaretli ürünlerin AB'de tescili ve korunması bakımından şu hususlarda önem taşımaktadır:

- Türkiye'de tescilli coğrafi köken belirten işaretlerin AB'de tescil edilerek korunabilmesi için de çok sayıda tescil başvurusu yapılmaktadır. Türkiye'den kaynaklanan coğrafi işaretlerin AB'de tescil edilerek korunabilmesi için de tescil başvurularının AB hukukuna uygun şekilde yapılması gereklidir.

- Benzer kültürlerin bir arada bulunduğu ülkemiz coğrafyasındaki devletler, ülkemizin de içinde bulunduğu ortak doğal ve beşerî unsurlardan etkilenerek üretilen benzer ürünler için AB'de coğrafi köken belirten işaretlere yönelik tescil başvurusunda bulunmaktadırlar. Türkiye'den kaynaklanan coğrafi işaretlerin başka bir devletteki yetkisiz kişiler tarafından AB'de tescili için başvuruda bulunulmuş ve bu başvuru hukuka aykırı ise bu başvuruya karşı AB hukukuna dayanılarak itiraz edilebilmelidir.

Avrupa Birliği'nin menşe adlarına ve mahreç işaretlerine ilişkin yasal düzenlemelerinin ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) bu alanda yaşanan uyuşmazlıklara yönelik mahkeme kararlarının Türk hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi; Avrupa Birliği'nde yapılacak menşe adlarının ve mahreç işaretlerinin tescil süreçlerini hızlandırmak, tescil başvurularını sorunsuz bir şekilde sonuçlandırılabilmek, ülkemizdeki coğrafi köken belirten işaretlerle korunan ürünlere benzer işaretlerin AB'de hukuka aykırı bir şekilde tescili için yapılan başvurulara etkin bir şekilde itiraz edebilmek bakımından yol gösterici olacaktır.

Bu çalışmanın sınırlarını aşacağı için AB ve Türk hukukuna göre korunan coğrafi köken belirten işaretlerin hepsi değil, uygulamada daha yoğun olarak karşılaşılan ve tartışmalara sebep olan menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartları incelenecektir. Bu çalışma kapsamında ayrıca 'ihtiyari kalite terimleri'[10] ve ayrıca 'geleneksel ürün adları' ele alınmayacaktır. Çalışmamız kapsamında ilk olarak AB ve Türk hukukunda korunan coğrafi köken belirten işaretlere ilişkin kavramlara değinildikten sonra menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartları, tescil edilemeyecek menşe adları ve mahreç işaretleri konuları ABAD kararları ile birlikte ele alınarak incelenecektir.

II. COĞRAFİ KÖKEN BELİRTEN İŞARETLERE İLİŞKİN KAVRAMLAR

A. GENEL OLARAK

Uluslararası ve ulusal metinlerde coğrafi işaretler hukuku kapsamında koruma altına alınan 'hak objesi', ürünün coğrafi kökenini belirten işaretlere ilişkin olsa da bu hak objesi için kullanılan kavramlar, bu kavramların kapsamları ve taşımaları gereken nitelikler birbirlerinden farklılık arz etmektedir[11]. Bir ürünün coğrafi kökenini belirten işaretler için Paris Sözleşmesi'nde[12] 'indication of source' (kaynak işareti) ve 'appellation of origin' (köken

[9] **Zappalaglio**, Andrea & **Guerrieri**, Flavia & **Carls**, Suelen (2020). 'Sui Generis Geographical Indications for the Protection of Non-Agricultural Products in the EU: Can the Quality Schemes Fulfil the Task?', IIC, C. 51, s. 32.

[10] Ayrıntılı bilgi için bkz. II, B, 1.

[11] **Rauffus**, Gunnar (2010) Der internationale Schutz geografischer Herkunftsangaben, Sipplingen, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, s. 39 vd.

[12] Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 20.03.1883.

bildiren işaret) kavramları; Madrid Sözleşmesi'nde[13] sadece 'indication of source' (kaynak işareti) kavramı; Lizbon Sözleşmesi'nde[14] 'appellation of origin' (köken bildiren işaret) ve 'geographical indication' (coğrafi işaret) kavramları ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nda (TRIPS)[15] ise sadece 'geographical indication' (coğrafi işaret) kavramı kullanılmaktadır[16].

AB ve Türk hukukunda da, aşağıda ele alındığı üzere, coğrafi köken belirten işaretlere ilişkin düzenlemeler içerik olarak benzerlik arz etse de coğrafi köken belirten işaretler için kullanılan kavramlar birbirleri ile tamamen örtüşmemektedir. Bu sebeple menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartları incelenmeden önce AB ve Türk hukukunda coğrafi köken bildiren işaretlere ilişkin kullanılan kavramlara değinilmesi yerinde olacaktır.

B. AB HUKUKUNDA COĞRAFİ KÖKEN BELİRTEN İŞARETLERE İLİŞKİN KAVRAMLAR

1. 1151/2012 Sayılı Tüzük'te Kullanılan Coğrafi Köken Belirten İşaretlere İlişkin Kavramlar

1151/2012 sayılı Tüzük'te coğrafi köken belirten işaretler için üst kavram olarak 'kalite düzenlemeleri' (quality schemes) kavramı kullanılmıştır. 1151/2012 sayılı Tüzük m. 3/I'de 'kalite düzenlemeleri' kavramı için coğrafi köken belirten işaretlerin hepsini kapsayacak genel bir tanım yapılmamış, sadece 'kalite düzenlemelerinin' kapsamına giren coğrafi köken belirten ad ve işaretlerin neler olduğu sayılarak bir tanımlama yapılmıştır. Buna göre: "*Kalite düzenlemeleri, bu Tüzük'ün II., III. ve IV. başlıklarında hükme bağlanan düzenlemelerdir*". Bu düzenlemeler ise 'protected designations of origin', '*protected geographical indications*', '*traditional specialities guaranteed*' ve '*optional quality terms*'dır. 1151/2012 sayılı Tüzük'te kullanılan kavramlar, aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan[17], bu kavramlara ilişkin tanımlar dikkate alındığında Türkçe'ye şu şekilde tercüme edilebilir:

- 'Protected designations of origin' kavramının Türkçe'deki kelime karşılığı 'korunmakta olan köken adı' olup SMK'daki 'menşe adı' kavramına karşılık gelmektedir.

- 'Protected geographical indications' kavramının Türkçe'deki kelime karşılığı 'korunmakta olan coğrafi işaretler' olup SMK'daki 'mahreç işareti' kavramına karşılık gelmektedir.

- 1151/2012 sayılı Tüzük'te Türk hukuku ve uluslararası hukukta öngörülmeyen bir başka coğrafi köken belirten işaret çeşidi olan 'ihtiyari kalite terimleri' (optional quality terms) ve 'ihtiyari kalite terimleri' kavramı altında da 'dağ ürünleri' (mountain product) ve 'ada tarım ürünleri' (*product of island farming*) hükme bağlanmıştır. 'Dağ ürünleri' ve 'ada tarım ürünleri' gibi ihtiyari kalite terimlerine ilişkin düzenlemeler[18] ile sadece dağlık alanlar veya adalar gibi belirli coğrafi özellik taşıyan bölgelerde üretilen ürünler için kullanılan işaretler ve bu işaret-

[13] Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods, 14.04.1891.

[14] Geneva Act Of The Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications and Regulations under the Geneva Act of the Lisbon Agreement, 20.05.2015.

[15] Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 15.04.1994.

[16] **Özgür**, Didem (2011) Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği'ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması. İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Avrupa Çalışmaları Programı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, s. 101 vd.; **Rauffus**, s. 40 vd., 139, 158; **Yıldız**, Burçak (2008), 'WIPO'nun Coğrafî İşaret Hukuku Alanındaki Faaliyetleri ile Paris, Madrit ve Lizbon Sözleşmelerinde Coğrafî Köken Gösteren İşaretlere İlişkin Düzenlemeler', Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 1, C. 8, s. 54 vd.; **Yıldız**, Burçak (2008), '510/2006 Sayılı Tüzük'teki Düzenlemeler Işığında Avrupa Birliği Hukukunda Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri Üzerindeki Menşe Adları ile Coğrafî İşaretlerin Korunması', Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 2, C. 8, s. 61 vd.

[17] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Rauffus**, s. 135 vd.

[18] 1151/2012 sayılı Tüzük m. 31 vd.

lerin kullanılabilmesi için gerekli şartlar hükme bağlanmıştır[19].

1151/2012 sayılı Tüzük'te menşe adları, mahreç işaretleri ve ihtiyari kalite terimleri dışında ayrıca 'geleneksel ürün adları' (*traditional specialities guaranteed*) da koruma altına alınmıştır.

2. 110/2008 Sayılı Tüzük'te Kullanılan Coğrafi Köken Belirten İşaretlere İlişkin Kavramlar

Distile alkollü içkiler üzerindeki coğrafi işaretlerin tanımlanmasına, sunumuna, etiketlenmesine ve korumasına yönelik kuralları düzenleyen 110/2008 sayılı Tüzük'te aynı zamanda coğrafi köken belirten işaretler de koruma altına alınmıştır. 110/2008 sayılı Tüzük'te koruma altına alınan 'protected geographical indications' kavramının Türkçe'deki kelime karşılığı 'korunmakta olan coğrafi işaretler' olup 1151/2012 sayılı Tüzük'te olduğu gibi SMK'daki 'mahreç işareti' kavramına karşılık gelmektedir. 110/2008 sayılı Tüzük'te menşe adları koruma altına alınmamıştır[20].

3. 1308/2013 Sayılı Tüzük'te Kullanılan Coğrafi Köken Belirten İşaretlere İlişkin Kavramlar

Tarımsal ürünlere ilişkin ortak piyasa düzenin oluşturulmasına yönelik kuralları hükme bağlayan 1308/2013 sayılı Tüzük, bu kapsamda şaraplara ilişkin coğrafi köken belirten işaretlere ilişkin düzenlemeler de öngörmüştür. 1308/2013 sayılı Tüzük'te 'menşe adı' (protected designations of origin), 'mahreç işareti' (*protected geographical indications*) ve 'geleneksel terim' (traditional term) [21] coğrafi köken belirten işaretler olarak koruma altına alınmıştır. 1308/2013 sayılı Tüzük'te 1151/2012 sayılı Tüzük'ten farklı 'ihtiyari kalite terimleri' ve bu kapsamda 'dağ ürünleri' ve 'ada tarım ürünleri' ve 'geleneksel ürün adları' ayrı bir şekilde koruma altına alınmamıştır.

4. 251/2014 Sayılı Tüzük'te Kullanılan Coğrafi Köken Belirten İşaretlere İlişkin Kavramlar

Aromatize şarapların tanımlanmasına, tarifine, sunumuna ve etiketlenmesine yönelik kuralları düzenleyen 251/2014 sayılı Tüzük kapsamında ayrıca aromatize şaraplara ilişkin coğrafi köken belirten işaretler de hükme bağlanmıştır. 251/2014 sayılı Tüzük, 110/2008 sayılı Tüzük'te olduğu gibi sadece 'mahreç işaretlerini' (geographical indications) koruma altına almıştır.

C. TÜRK HUKUKUNDA KULLANILAN COĞRAFİ KÖKEN BELİRTEN İŞARETLERE İLİŞKİN KAVRAMLAR

SMK m. 33'e göre gıda, tarım, maden, el sanatları ürünleri ve sanayi ürünleri, coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı korumasından yararlanır. SMK m. 34/I'de coğrafi işaret kavramına ilişkin genel bir tanım yapılmış ve coğrafi işaretlerin 'menşe adı' ya da 'mahreç işareti' olarak tescil edilebileceği hükme bağlanmıştır. SMK'da kullanılan 'coğrafi işaret' kavramı, AB hukukundaki 'geographical indication' kavramının birebir tercümesi olsa da içerik ve kapsam olarak aynı anlama gelmemektedir. AB hukukundaki coğrafi işaret kavramı büyük ölçüde SMK'daki 'mahreç işareti' kavramına karşılık gelmektedir. Türk hukukunda coğrafi işaret kavramının uluslararası sözleşmelerde ve AB hukukun-

[19] **Blakeney**, Michael (2019) The Protection of Geographical Indications, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar Publishing Limited, pn. 3.273, 3.282 vd.

[20] **Mantrov**, Vadim (2014) EU Law on Indications of Geographical Origin: Theory and Practice, Cham & Heidelberg & New York & Dordrecht & London, Springer, s. 195.

[21] 1308/2013 sayılı Tüzük m. 112'ye göre geleneksel terim, geleneksel olarak Birlik ülkelerinde menşe adı veya mahreç işareti ile korunan şarap ürünleri için kullanılan isimlerdir. Bu isimler, menşe adı veya mahreç işaret ile korunan ürünlerin AB veya üye ülke kanunlarına göre korunduğuna yahut ürünün üretim veya yıllanma metoduna, kalitesine, rengine, ürünle ilgili tarihsel bir olaya işaret etmektedir, Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özgür**, Coğrafi İşaretler, s. 207 vd.

da tam olarak karşılığı bulunmamaktadır[22]. Türk hukukunda menşe adının ve mahreç işaretinin dışında 'geleneksel ürün adı' da SMK kapsamında koruma altına alınmıştır.

Coğrafi işaret kavramının SMK'daki düzenleniş şekli doktrinde eleştirilmektedir. Yıldız'a göre coğrafi işaret kavramının menşe adının ve mahreç işaretinin bir üst kavramı olarak kullanılması, hukuk tekniği açısından yerinde olmadığı gibi yanıltıcı niteliktedir. Zira SMK'daki 'coğrafi işaret' kavramı ile 'mahreç işareti' kavramı eş kapsamlı kavramlar olmalarına rağmen içerikleri birbirinden farklı kavramlarmış gibi kullanılmaktadır. Yıldız, bu görüşünü özetle şu şekilde gerekçelendirmektedir:

- Menşe adı ile tüm veya esas özelliklerini belirli bir coğrafi alana özgü doğal ve beşerî unsurlardan alan, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümü bu coğrafi alanın sınırları içinde gerçekleşen ürünler korunmaktadır (SMK m. 34/I-a). Bir ürünün mahreç işareti ile korunabilmesi için aranan şartlar, menşe adı için aranan şartlara göre daha esnek niteliğe sahiptir. Mahreç işaretleri ile belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından bir coğrafi alan ile özdeşleşen; üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az biri belirlenmiş coğrafi alanın sınırları içinde yapılan ürünler korunmaktadır (SMK m. 34/I-b). Buna göre her menşe adı aynı zamanda mahreç işareti sayılmaktadır.

- Coğrafi işaret kavramı, sadece menşe adı ve mahreç işaretinden ibarettir ve menşe adı ve mahreç işaretinden başka bir coğrafi köken belirten işareti içinde barındırmamaktadır. Bu da göstermektedir ki coğrafi işaret kavramı, aslında menşe adını da içinde barındıran mahreç işaretinden ibarettir.

- Ayrıca mehaz metinlerde de 'coğrafi işaret', 'menşe adı ve mahreç işareti'nin bir üst kavramı olarak kullanılmamakta; 'geographical indication' kavramı mahreç işareti kavramını karşılamaktadır.

Bu sebeplerle aralarında içerik olarak fark bulunmayan coğrafi işaret kavramı ile mahreç işareti kavramının farklı kavramlarmış gibi kullanılması ve mahreç işaretinin coğrafi işaretin bir alt dalıymış gibi hükme bağlanması gereksiz ve yanıltıcı niteliktedir.

Yıldız, söz konusu gerekçelerle hukukumuzda da AB hukukuna uygun olarak coğrafi işaret ve mahreç işareti ayrımından vazgeçilmesini ve mahreç işareti kavramı yerine 'coğrafi işaret' kavramının kullanılmasını savunmaktadır[23].

Eş anlamlı olan coğrafi işaret ve mahreç işareti kavramlarının sanki farklı anlamlara geliyormuş gibi kullanılması, coğrafi işaret kavramının menşe adı ve mahreç işaretinin ötesinde bir anlam taşıdığı intibaının uyandırılması kanaatimizce de yerinde değildir. Ancak SMK'da kullanılan 'mahreç işareti' kavramı yerine 'coğrafi işaret' kavramının kullanılması, bu kavramın Türk hukukundaki yerleşik kullanımı, akademik çalışmalarda ve uygulamada karışıklıklara sebep olabilecektir. Ayrıca coğrafi köken belirten işaretlere yönelik yapılan yayımlarda veya coğrafi köken belirten işaretlere ilişkin mahkeme kararlarında menşe adlarını ve mahreç işaretlerini bir çatı altında toplayıp ifade etmek için tek bir kavrama duyulan ihtiyaç da göz ardı edilmemelidir. Bu kavramlara ilişkin ayrımın karar verici olmadığı yerlerde bu kavramlardan bahsedilirken bunların ayrı ayrı ifade edilmesi yerine tek bir kavram kullanılması özellikle mahkeme kararlarında ve akademik çalışmalarda daha kullanışlı bir dil sağladığı için tercih edilmektedir. Örneğin AB mevzuatını ele alan birçok yabancı literatürde 'geographical indication' kavramının kelime karşılığı olan 'coğrafi işaret' kavramı, kullanım kolaylığı sebebi ile menşe adı, mahreç işareti ve diğer coğrafi köken

[22] **Bozgeyik**, Hayri (2009), 'Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi (Antep Baklavasının Coğrafi İşaret Olarak Tescili Üzerine)', Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 2, C. 9, s. 13; **Yıldız**, Burçak (2007), 'Coğrafî İşaretlere ve Coğrafî Köken Gösteren Diğer İşaretlere İlişkin Olarak Uluslararası Sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı ile Bu Kavramların Hukukumuza Uyarlanması Sorunu', Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 4, C. 7, s. 39, 80.

[23] **Yıldız**, Coğrafi İşaret Kavramı, s. 81 vd.; Bu görüşe destekler nitelikte **Özgür**, Coğrafi İşaretler, s. 12 vd.

belirten işaretleri içinde barındıracak şekilde kullanılmaktadır. Örneğin Michael Blakeney'in 'The Protection of Geographical Indications' başlıklı kitabında; Dev Gangjee'nin 'Relocating the Law of Geographical Indications' başlıklı kitabında; WIPO'nun 'Geographical Indications An Introduction' başlıklı yayımında ve benzeri diğer yayımların başlıklarında kullanılan 'coğrafi işaret' kavramı, coğrafi köken belirten işaretlerin hepsini kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Türk hukuku bakımından 'coğrafi işaret' kavramı 'menşe adları' ve 'mahreç işaretleri' için sadece bir üst kavram olarak kullanılabilir. Kanaatimizce SMK'da coğrafi işaretlere ilişkin kullanılan kavramlarda değişiklik yapılmasından ziyade coğrafi işaret kavramının yukarıdaki eleştiriler dikkate alınarak şu şekilde bir tanımlanması daha yerinde olacaktır: "Coğrafi işaret, menşe adını ve mahreç işaretini içinde barındıran bir üst kavramdır". Böylece 'coğrafi işaret' kavramının sadece menşe adlarını ve mahreç işaretlerini içinde barındıran ve bunların ötesinde bir anlama sahip olmayan bir kavram olduğu da açıklığa kavuşturulmuş olacaktır.

III. AB HUKUKUNDA MENŞE ADININ VE MAHREÇ İŞARETİNİN TESCİL EDİLEBİLME ŞARTLARI

A. 1151/2012 Sayılı Tüzük'e Göre Menşe Adı Ve Mahreç İşareti Olarak Tescil Edilebilecek Tarım Ve Gıda Ürünleri

1. 1151/2012 Sayılı Tüzük'ün Kapsamı

1151/2012 sayılı Tüzük m. 2/I ve II'ye göre bu Tüzük, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (Treaty on the Functioning of the European Union)[24] EK-I'de düzenlenen insan tüketimine yönelik tarım ürünleri ve bu Tüzük'ün EK-I'inde[25] düzenlenen diğer tarım ve gıda ürünleri için geçerlidir. Komisyon, uluslararası yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla ve yeni üretim yöntemlerini ve materyallerini dikkate alarak bu Tüzük'ün EK-I'inde öngörülen tarım ve gıda ürünlerine eklemeler yapabilir. Bu Tüzük, alkollü içecekler, aromatize şaraplar ve üzüm sirkesi hariç olmak üzere 1234/2007 sayılı Tüzük'ün[26] EK-XIb'deki bağcılığa ilişkin ürünler hakkında uygulanmaz[27].

2. Menşe Adı Kavramı

1151/2012 sayılı Tüzük m. 5/I'e göre, bir ürünün menşe adı ile korunabilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gereklidir:

- Ürün, belirli bir yöreden, bölgeden veya istisnai de olsa bir ülkeden kaynaklanmalıdır.

- Ürünün doğal ve beşerî etkenler de dâhil olmak üzere kalite veya özellikleri, tamamen veya esas itibariyle coğrafi çevreden kaynaklanmalıdır.

- Ürünün üretim aşamalarının tümünün sınırları belirlenmiş olan coğrafi alanda gerçekleşmesi gereklidir.

[24] EK-I'de sayılan insan tüketimine yönelik tarım ürünlerinin belli başlıları şunlardır: Canlı hayvan, et, balık, süt ve süt ürünleri, mide, bağırsak gibi bazı sakatatlar, hayvansal kökenli ürünler, sebzeler, bitkiler, kökler, meyveler, çay, kahve, baharatlar, tahıl, süt ürünleri, yağlı bitki tohumları, yağlı meyveler, tohumlar, şeker, yemek sirkesi vd.

[25] EK-I'de sayılan tarım ve gıda ürünleri şunlardır: Bira, çikolata ve yan ürünleri, unlu mamuller, bitki özlerinden yapılan içecekler, hamur işleri, tuz, doğal sakızlar, reçineler, hardal, saman, temel yağlar, şişse mantarı, kırmız böcek boyası, çiçekler ve süs bitkileri, pamuk, yün hasır, temizlenmiş keten, deri, kürk, kuş tüyü.

[26] Avrupa Konseyi'nin 22 Ekim 2007 Tarih ve 1234/2007 Sayılı Ortak Tarımsal Pazar Organizasyonunun Kurulmasını Düzenleyen ve Belirli Tarımsal Ürünlere İlişkin Özel Hükümleri Belirleyen Tüzük (Council Regulation (EC) No 1234/2007 of 22 October 2007 establishing a common organisation of agricultural markets and on specific provisions for certain agricultural products (Single CMO Regulation).

[27] **Blakeney**, pn. 3.24 vd.; **Rathke**, Kurt-Dietrich (2018), Lebensmittelrecht, W. Zipfel & K. D. Rathke (Editör), München, Verlag C.H. Beck, EU-Qualitätsregelungen-Verordnung Geltungsbereich Art. 2 pn. 4 vd.; **Schulteis**, Thomas (2020), BeckOK Markenrecht, Kur, Annette & v. Bomhard, Verena & Albrecht, Friedrich (Editör), München, Verlag C.H. Beck, § 130 MarkenG pn. 3 vd.; **Yıldız**, 510/2006 Sayılı Tüzük, s. 22 vd.

1151/2012 sayılı Tüzük m. 3/VII'ye göre "üretim aşaması"ndan maksat; bir ürünün imalatı, işlenmesi veya hazırlanmasıdır[28].

Söz konusu bu düzenlemeye göre bir ürünün menşe adı ile korunabilmesi için ürünün kökeni ve özellikleri arasında objektif bir bağın bulunması gereklidir. Bir başka ifadeyle ürünün özellikleri, belirli bir coğrafi alanın toprak yapısı, iklimi (doğal etkenler), hayvan yetiştirme yöntemi, üretim yöntemleri (beşerî etkenler) gibi objektif olarak belirlenebilir özelliklerden kaynaklanmalıdır[29]. Bir ürünün menşe adı ile korunabilmesi için kalite ve özelliklerini tamamen ilgili coğrafi bölgeden alması gerekli olmayıp ürünün kalite ve özelliklerinin 'esas itibariyle' ilgili coğrafi bölgeden kaynaklanması yeterlidir. Bu şartın varlığı için coğrafi etkenlerin ürünün kalite ve özellikleri üzerinde karakteristik, ayırıcı bir etkisinin olması gereklidir[30].

Ürünle sıkı bir bağ içinde bulunan coğrafi alan; bir yöre, bir bölge olabileceği gibi istisnai de olsa bir ülke de olabilir. Bir menşe adı ile tanımlanan ürünün kökenin bir ülkeden kaynaklanması istisnai bir durumdur. Söz konusu bu kural, Lüksemburg gibi yüz ölçümü küçük ve nüfusu az olan ülkelerden kaynaklanan ürünlere ilişkin çıkarılsa da bu istisna Danimarka ('Danablu' peyniri için), İsveç ('Svecia' peyniri için) ve Yunanistan ('Feta' peyniri için) gibi ülkeler için de uygulanmıştır[31]. 1151/2012 sayılı Tüzük'ün Uygulanmasına Yönelik 668/2014 sayılı Tüzük[32] m. 2'ye göre coğrafi bölgelerin fiziksel ve idari sınırlarının açık ve herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde gösterilmesi gereklidir. 1151/2012 sayılı Tüzük m. 5/I'e göre menşe adından bahsedilebilmesi için menşe adının ürünün kaynaklandığı yörenin, bölgenin veya ülkenin adı ile bağlantılı bir isim olması gerekli olmayıp; ürünün kökeninin ilgili yöre, bölge veya ülkeden kaynaklanması yeterlidir[33].

Menşe adı ile korunan ürünün kalite veya özelliklerinin tamamının veya esas özelliklerinin belirli bir coğrafi alandan kaynaklanması gerekse de belirli şartların varlığı halinde bir ürünün menşe adı ile korunabilmesi için hammaddesinin ilgili bölgeden kaynaklanması gerekmeyebilir. Buradaki hammadde kavramı; sadece canlı hayvanları, et ve sütü kapsamaktadır[34]. 1151/2012 sayılı Tüzük m. 5/III'e göre bir ürünün hammaddesinin farklı bir coğrafi alandan veya ürünün üretildiği yerden daha geniş bir coğrafi bölgeden kaynaklanması durumunda da ürün menşe adı ile korunabilecektir[35]. Bunun için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gereklidir:

- Hammaddenin üretildiği bölgenin sınırları belirli olmalıdır.

- Hammaddenin elde edilmesi için özel şartlar bulunmalıdır.

- Hammaddenin özel şartlara uyularak elde edilip edilmediği, kontrol sistemleri ile güvence altına alınmalıdır.

- Menşe adının 01 Mayıs 2004 tarihinden önce kaynak ülkesinde menşe adı olarak tanınması gereklidir.

---

28 **Rathke**, Art. 3 pn. 25 vd.

29 **Schulteis**, § 130 MarkenG pn. 9; **Härtel**, Ines (2014), 'Geografische Herkunftsangaben als Rechtsgut – das Schutzsystem der EU für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel'. Przegląd Prawa Rolnego (Agricultural Law Review), S. 15, C. 2, s. 184; **Zappalaglio & Guerrieri & Carls**, s. 35 vd.

30 **Ramírez**, s. 155; **Rathke**, Art. 5 pn. 9.

31 **Ramírez**, s. 152 vd.

32 Commission Implementing Regulation (Eu) No 668/2014 Of 13 June 2014 Laying Down Rules For The Application Of Regulation (Eu) No 1151/2012 Of The European Parliament And Of The Council On Quality Schemes For Agricultural Products And Foodstuffs (Tarım Ürünleri ve Gıda Maddelerinde Kalite Planı Hakkında 1151/2012 sayılı Tüzük'ün Uygulanmasına Yönelik Kuralların Kabulüne İlişkin Tüzük).

33 **Ramírez**, s. 152; **Heine**, Joachim Friedrich (1993), 'Das neue gemeinschaftsrechtliche System zum Schutz geographischer Bezeichnungen', GRUR, s. 99; **Özgür**, Coğrafi İşaretler, s. 224 vd.; **Rathke**, Art. 5 pn. 9, 16; **Yıldız** Coğrafi İşaret Kavramı, s. 63 vd.

34 **Ramírez**, s. 156 vd.

35 **Ramírez**, s. 157; **Schulteis**, § 130 MarkenG pn. 10.

Söz konusu bu istisna, ilgili menşe adının tescili sırasında uygulama bulacaktır. Menşe adına ilişkin şartnamede menşe adı ile korunan ürünün hammaddesinin belirli bir yöreden, bölgeden veya ülkeden kaynaklandığı yazılı ise menşe adının üretilen ürünler üzerinde kullanılabilmesi için ürünün hammaddesinin ilgili yöreden, bölgeden veya ülkeden kaynaklanması gereklidir. Aksi takdirde 1151/2012 sayılı Tüzük m. 13'e göre menşe adı üzerindeki hakların ihlali söz konusu olacaktır [36].

Coğrafi köken belirten işaretler için Birlik sembolleri oluşturulmasına ilişkin 664/2014 sayılı Tüzük[37] m. 1, hayvansal kökenli ürünler bakımından özel bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre menşe adı ile korunan hayvansal kökenli ürünlerde yemlik malzemenin de tamamen sınırları belirlenmiş bir coğrafi bölgeden kaynaklanması gereklidir. Bunun teknik olarak mümkün olmaması durumunda yemlik malzemenin belirtilen coğrafi bölgenin dışından da tedarik edilmesi mümkündür. Ancak bunun için menşe adı ile korunan ürünün özellikle coğrafi bölgeden kaynaklanan kalitesi ve nitelikleri zarar görmemelidir. Ayrıca coğrafi bölgenin dışından tedarik edilen yemlik malzemenin yıllık bazda kuru malzemenin %50'sini geçememesi gereklidir.

3. Mahreç İşareti Kavramı

1151/2012 sayılı Tüzük m. 5/II'e göre, bir ürünün mahreç işareti ile korunabilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gereklidir:

- Ürün belirli bir yöreden, bölgeden veya bir ülkeden kaynaklanmalıdır.

- Ürünün kalitesi, ünü veya diğer özellikleri asıl olarak coğrafi kökeninden kaynaklanmalıdır.

- Ürünün üretim aşamalarından en az biri sınırları belirlenmiş olan coğrafi alanda gerçekleşmelidir.

Bir ürünün mahreç işareti ile korunabilmesi için ürünün kalitesinin veya ününün yahut diğer bir özelliğinin tamamen olmasa da esaslı bir şekilde belirli bir coğrafi bölgeden kaynaklanması yeterlidir. Menşe adlarından farklı olarak bir ürünün mahreç işareti ile korunabilmesi için ürünün bütün üretim aşamalarının belirli bir coğrafi bölgede gerçekleşmesi gerekli olmayıp üretim aşamalarından sadece birinin bu bölgede gerçekleşmesi yeterlidir. Mahreç işaretlerini menşe adlarından ayıran bir diğer fark ise mahreç işaretlerinde ürünün kökeni ve özellikleri arasındaki bağın belirli bir coğrafi alanın toprak yapısından, ikliminden (doğal etkenler) ve benzeri objektif nitelik taşıyan etkenlerden kaynaklanmasının gerekli olmamasıdır. Bir ürünün mahreç işareti ile korunabilmesi için sübjektif nitelik taşıyan 'ürüne ait ününün' belirli bir coğrafi bölgeden kaynaklanması yeterlidir[38]. Bir ürünün sahip olduğu ünü dolayısıyla mahreç işareti ile korunabilmesi için 'ortalama tüketicinin' ürünün özellikle insani beceriler veya üretim yöntemleri dolayısıyla edindiği belirgin özellik ve nitelikleri ve coğrafi kökeni arasında bir bağ kurabilmesi gereklidir[39].

Bir ürünün özelliklerinin belirli bir bölgeden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespitinde uygulamada sıklıkla tartışmalara sebep olan konulardan biri şudur: Mahreç işareti ile korunmak istenen bir

[36] **Rathke**, Art. 5 pn. 19.

[37] Commission Delegated Regulation (EU) No 664/2014 of 18 December 2013 supplementing Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council with regard to the establishment of the Union symbols for protected designations of origin, protected geographical indications and traditional specialities guaranteed and with regard to certain rules on sourcing, certain procedural rules and certain additional transitional rules (1151/2012 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzük'üne Tescilli Menşe Adı, Tescilli Coğrafi İşaret ve Geleneksel Ürün Adları için Birlik Sembolleri Oluşturması ile İlgili ve Belli Usul Kurallarının ve Belli Ek Geçici Kurallar ile İlgili Eklemeler Yapan 664/2014 Sayılı Komisyon Tüzüğü).

[38] **Härtel**, s. 184; **Rathke**, Art. 5, pn. 39 vd.; **Ramírez**, s. 151, 158; **Rauffus**, s. 160; **Schulteis**, § 130 MarkenG pn. 13; **Yıldız**, Coğrafi İşaret Kavramı, s. 67 vd.; **Zappalaglio & Guerrieri & Carls**, s. 36 vd.

[39] **Rathke**, Art. 5, pn. 39 vd.; **Ramírez**, s. 151, 158; **Rauffus**, s. 160; **Schulteis**, § 130 MarkenG pn. 13; **Yıldız**, Coğrafi İşaret Kavramı, s. 67 vd.; **Zappalaglio & Guerrieri & Carls**, s. 36 vd.

ürünün şartnamesinde üretildiği bölgenin sınırları içinde paketlenmesine ilişkin bir koşulun belirtilebilmesi, hangi şartların varlığı halinde mümkündür?

ABAD, vermiş olduğu kararlarla bu konuya ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir[40]. ABAD'ın bu konuya ilişkin görüşü 19.12.2018 tarih ve C-367/17 sayılı 'Schwarzwälder Schinken' (Kara Ormanlar Jambonu) kararı ile şu şekilde özetlenebilir:

'Schutzverbandes der Schwarzwälder Schinkenhersteller'in (Kara Ormanlar Jambon Üreticileri Birliği – Burada kısaca 'Birlik' olarak isimlendirilecektir) başvurusu üzerine 'Schwarzwälder Schinken' (Kara Ormanlar Jambonu) isimli jambon, 25.01.1997 tarihinde mahreç işareti olarak tescil edilmiştir. Birlik, 2005 yılında Alman Patent ve Marka Kurumu'na yaptığı başvuru üzerine 'Schwarzwälder Schinken' mahreç işaretinin özelliklerinde değişiklik yapılmasını ve 'Schwarzwälder Schinken'nın üretildiği bölgede dilimlenip paketlenmesinin şartnameye bir unsur olarak yazılmasını talep etmiştir. Bu talebe karşı et ürünleri alanında ticari faaliyetler yürüten EC firması itiraz etmiştir. EC firması, 'Schwarzwälder Schinken' isimli ürünü, üretildiği bölge dışında kesip paketleyerek satışa sunmaktadır. Alman Patent ve Marka Kurumu, Birlik'in başvurusunu o tarihte yürürlükte olan 510/2006 sayılı Tüzük'e[41] aykırı olması sebebi ile reddetmiştir. Birlik, bu karara karşı itiraz etmiştir. Federal Patent Mahkemesi, Birlik'in yaptığı başvurunun 510/2006 sayılı Tüzük'e uygun olduğu gerekçesi ile Alman Patent ve Marka Kurumu'nun verdiği kararı iptal etmiştir. EC firması, bu karara karşı itiraz etmiştir. Alman Federal Mahkemesi, davayı bekletici sorun yaparak, ön karar davası yoluyla ABAD'dan genel olarak şu sorunun cevaplandırılmasını istemiştir:

Bir ürünün mahreç işareti ile korunabilmesi için sadece üretildiği bölgede dilimlenmesinin ve paketlenmesinin şartnameye bir koşul olarak yazılması, 510/2006 sayılı Tüzük m. 4/II-e ve aynı şekilde 1151/2012 sayılı Tüzük m. 7/I-e hükümüne aykırılık teşkil etmekte midir?

ABAD'a göre 510/2006 sayılı Tüzük m. 4/II-e ve 1151/2012 sayılı Tüzük m. 7/I-e hükümleri uyarınca, başvuruda bulunan Birlik, ürünün kendine özgü niteliklerini açıklayarak 'ürünün kalitesinin korunması, kökeninin ve kontrolünün garanti altına alınması için neden sınırları belirli bir bölgede paketlenmesi gerektiğini' yeterli bir şekilde gerekçelendirmelidir. Bu düzenleme ile mahreç işareti ile korunan ürünlerin kalitesinin, itibarının korunması veya ürünlerin kökeni yahut kontrollerinin güvence altına alınması; ayrıca tüketicilerin ürünlerin belirli bir coğrafi bölgeden kaynaklandığına yönelik olan güvenlerinin korunması ve bu tür ürünleri üreten üreticilerin adil bir rekabet ortamında rekabet edebilmeleri amaçlanmaktadır.

Jambonun üretildiği yerde dilimlenmesine ve paketlenmesine ilişkin ürüne mahreç işareti niteliği kazandırdığı iddia edilen özelliklerin şartnameye yazılabilmesi için şu hususların ispatı gereklidir:

- Birlik, jambonun üretildiği yerde dilimlenmesi ve paketlenmesi ile ürünün piyasaya sunuluş şeklini daha iyi şekilde kontrol edebilecektir.

- Birlik, jambonun üretildiği yerde dilimlenmesi ve paketlenmesi ile ürünün kalitesini, orijinalliğini ve itibarını daha iyi şekilde koruyabilecektir.

- Ürünün belirli bir coğrafi bölgede paketlenmemesi durumunda ürünün kalitesine ilişkin risklerin artırması gereklidir. Ürünün üretildiği bölgenin dışında dilimlenip paketlenmesi durumunda ürün hakkında uzmanlaşmış olan kişilerin yetersizliği, ürüne ilişkin yapılacak kontrollerin güvenirliğini ürünün üretildiği bölgede yapılacak kontrollere göre azaltabilecektir. Ancak söz konusu bu riskler, diğer benzeri ürünler için de geçerli ise ürünün belirli bir coğrafi bölgede paketlenmesi mahreç işareti koruması için gereklilik arz etmeyecektir.

[40] ABAD, 20.05.2003, C-108/01 – *Proscuitto di Parma*; ABAD, 20.05.2003, C-469/00 – *Grana Padano*; ABAD, 19.12.2018, C-367/17 – *Schwarzwälder Schinken*.

[41] 510/2006 sayılı Tüzük, 1151/2012 sayılı Tüzük ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu sebeplerle üretildiği yerde dilimlenmesi ve paketlenmesi ürünün kalitesini korumak, kökeni ve kontrolünü garanti altına almak için gerekli ve ölçülü bir araç ise, ürünün üretildiği bölgede dilimlenmesinin ve paketlenmesinin şartnameye bir koşul olarak yazılması Birlik hukukuna aykırılık teşkil etmeyecektir. Söz konusu bu şartlarının varlığı, ilgili Üye ülke mahkemeleri tarafından tespit edilmelidir.

ABAD, bir başka kararında da 'Grana Padano' menşe adı ile korunan bir peynirin kaynaklandığı bölgede rendelenip paketlenmesinin ürünün ün ve kalitesini etkileyebileceğini; bu sebeple peynirin kaynaklandığı bölgede rendelenip paketlenmesinin menşe adına ilişkin bir ürün özelliği olarak şartnameye yazılabileceğini hükme bağlamıştır[42].

B. 110/2008 SAYILI TÜZÜK'E GÖRE MAHREÇ İŞARETİ OLARAK TESCİL EDİLEBİLECEK DİSTİLE ALKOLLÜ İÇKİLER

1. 110/2008 Sayılı Tüzük'ün Konu ve Uygulama Alanı

110/2008 sayılı Tüzük m. 1/I'e göre bu Tüzük, distile alkollü içkilere (spirit drinks) ilişkin kavramların tanımlanmasını, distile alkollü içkilerin işaretlenmesini, sunumunu, etiketlenmesini ve distile alkollü içkilerin mahreç işareti ile korunmasını hükme bağlamaktadır.

110/2008 sayılı Tüzük m. 1/II'ye göre bu Tüzük, üye olan veya üye olmayan ülkelerde üretilmiş olması bakımından bir ayrım yapmaksızın Birlik içinde pazara sunulan distile alkollü içecekler ve Birlik içinde ihraç amacıyla üretilen distile alkollü içkiler için geçerlidir. Bu Tüzük, ayrıca alkollü içkilerin üretiminde kullanılan tarımsal kökenli etil alkol ve/veya damıtılmış ürünler ve gıda maddelerinin sunum ve paketlenmesinde kullanılan distile alkollü içkilerin işaretlenmesi için de uygulanır.

2. Distile Alkollü İçki (*Spirit Drinks*) Kavramı

110/2008 sayılı Tüzük m. 2, distile alkollü içki kavramını, distile alkollü içkilerin taşıması gereken şartları sayarak tanımlamıştır. Buna göre distile alkollü içkiden bahsedilebilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gereklidir:

a. Alkollü içki, insan tüketimine yönelik olmalıdır;

b. Alkollü içki, belirli duyusal özelliklere sahip olmalıdır;

c. Alkollü içki, en az %15 oranında alkol içermelidir;

d. Alkollü içki aşağıdaki şekilde üretilmelidir:

i) Alkollü içki, ya aroma vericiler eklenerek veya eklenmeden doğal fermante ürünlerin distilasyonu dolayısıyla; ve/veya bitkisel maddelerin tarımsal kökenli etil alkol ve/veya tarımsal kökenli damıtılmış ürünler ve/veya bu Tüzük'e göre alkollü içecek sayılan içkiler içinde maserasyonu[43] veya benzer şekilde işlenmesi yolu ile üretilmelidir;

ve/veya EK 1/3 anlamında aroma vericiler, şeker veya diğer tatlandırıcı ürünler ve/veya diğer tarımsal ürünler ve/veya gıda maddelerinin tarımsal kökenli etil alkole ve/veya tarımsal kaynaklı damıtılmış ürünlere ve/veya bu Tüzük'e göre alkollü içki sayılan içeceklere eklenmesiyle yolu ile üretilmelidir.

ii) Veya distile alkollü içki, aşağıdaki ürünlerden biri veya birkaçı ile karıştırılması yolu ile üretilmelidir:

[42] ABAD, 20.05.2003, C-469/00 – *Grana Padano*.

[43] "Maserasyon, şarabın renk alması için üzümün kabukları ile birlikte sıkıldıktan sonra elde edilen üzüm suyunun bekletilmesidir. Bu süreç ne kadar uzun olursa renk koyuya doğru gider. Ayrıca üzümün karakteristik özellikleri de bu işlem sonucu şaraba geçer. Tanen dediğimiz, şaraba kekremsi tat veren madde maserasyon ile şaraba geçer", **Çelik**, Halil Uğur (2019) Gastronomide Şarabın Yeri ve Önemi Bir İşletme Örneği, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Turizm İşletmeciliği Anabilim Dalı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 24 vd.

- Diğer distile alkollü içkiler ve/veya

- Tarımsal kökenli etil alkol veya tarımsal kaynaklı damıtılmış ürünlerle ve/veya

- Diğer alkollü içkilerle ve/veya

- İçeceklerle karıştırılması yolu ile üretilmelidir.

2203, 2204, 2205, 2006 ve 2007 sayılı Avrupa Birliği ülkeleri tarafından kullanılan Kombine Nomanklatür (Combined Nomenclature-CN)[44] kodları kapsamında sayılan alkollü içkiler, bu Tüzük anlamında distile alkollü içki sayılmaz[45]. 110/2008 sayılı Tüzük m. 2/I-c'de distile alkollü içkinin varlığı için aranan %15'lik oran, Ek-II'nin 41. maddesinde sayılan yumurta likörünün (veya advocaat veya avocat veya advokat şeklinde isimlendirilen likör) distile alkollü içki sayılmasında dikkate alınmaz.

3. Distile Alkollü İçkilere İlişkin Mahreç İşareti Kavramı ve Unsurları

110/2008 sayılı Tüzük m. 15/I. maddesinde distile alkollü içkilere ilişkin 'mahreç işareti' kavramı, şu şekilde tanımlanmıştır: "*Bu Tüzük'e göre mahreç işareti, distile alkollü içkinin bir ülkeden, bölgeden veya yöreden kaynaklandığına işaret eden; kalitesinin, ününün veya diğer niteliklerinin esas itibariyle bu coğrafi kökene dayandığı işarettir*". Bu tanıma göre bir ürünün mahreç işareti ile korunabilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gereklidir:

- Mahreç işareti, distile alkollü içkinin bir ülkeden, bölgeden veya yöreden kaynaklandığına işaret etmelidir. Bu sebeple mahreç işaretinin distile alkollü içkinin kökeni olan coğrafi yeri çağrıştırması, hatırlatması gerekmektedir. Bu bölgenin 110/2008 sayılı Tüzük m. 1/II'ye göre mutlaka AB içerisinde bulunan bir bölge olması şart olmayıp; mahreç işareti, Birliğe üye olmayan üçüncü ülkelere ait bölgelerden de kaynaklanabilir[46].

- 110/2008 sayılı Tüzük anlamında mahreç işaretinden bahsedilebilmesi için mahreç işaretinin kalitesinin veya ününün veya diğer niteliklerinden birinin ürünün esas itibariyle kaynaklandığı coğrafi bölgeye işaret etmesi, atfedilebilir olması gerekli ve yeterlidir. Distile alkollü içkinin kalite ve ünü dışındaki 'diğer niteliklerinden' maksat 110/2008 sayılı Tüzük m. 17'ye göre distile alkollü içkiye ilişkin yapılan başvuruda verilmesi gereken teknik şartnamede yazılması gereken unsurları ifade etmektedir. Bu unsurlar özellikle distile alkollü içkinin yapımında kullanılan, ilgili coğrafi bölgeye özgü ve değişmeyen yöresel yöntemler ve coğrafi kökenle veya coğrafi çevre ile bağı kanıtlayan bilgilerdir. Mahreç işaretine konu olan ürün, niteliklerini doğal unsurlardan alabileceği gibi üretim teknikleri gibi beşerî unsurlardan da alabilecektir[47]. 1151/2012 sayılı Tüzük m. 5/II'de hükme bağlanan mahreç işaretleri için aranan şartlardan farklı olarak üretim aşamalarından en az birinin ilgili coğrafi bölgeden kaynaklanması şartı, 110/2008 sayılı Tüzük ile korunan mahreç işaretleri için aranmamıştır.

---

[44] Avrupa Birliği'nde ürünlerin sınıflandırılmasına yönelik kullanılan koddur. Bu kod Avrupa Birliği ortak gümrük tarifelerindeki ürünlerin ve aynı zamanda Avrupa Birliği'nin dış ticarete yönelik istatistiklere konu olan ürünlerin yeknesaklaştırılması amacıyla oluşturulmuştur, <https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/calculation-customs-duties/what-is-common-customs-tariff/combined-nomenclature_de> s.e.t. 01.08.2020.

[45] Bu içecekler; malttan üretilen biralar (2203), taze üzüm şarabı (kuvvetlendirilmiş şaraplar dahil); üzüm şırası (2009 pozisyonunda yer alanlar sirkeler ve asetik asitten elde edilen sirke yerine geçen maddeler hariç) (2204), vermut ve diğer taze üzüm şarapları (bitkiler veya kokulu maddelerle aromalandırılmış) (2205), fermente edilmiş diğer içecekler (elma şarabı, armut şarabı, bal şarabı, sake gibi) (2206) ve alkol derecesi hacim itibariyle % 80 veya daha fazla olan tağyir (denatüre) edilmemiş etil alkol; alkol derecesi ne olursa olsun tağyir (denatüre) edilmiş etil alkol ve damıtım yoluyla elde edilen diğer alkollü içkilerdir (2207), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1987:256:FULL&from=EN> s.e.t. 01.08.2020.

[46] **Özgür**, Didem (2015), 'Avrupa Birliği Hukukunda Alkollü Sert İçkilerin Üzerindeki Coğrafi İşaretlerin Korunması', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. 16, s. 3510 vd.

[47] Krş. **Özgür**, Alkollü İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretler, s. 3510.

C. 1308/2013 SAYILI TÜZÜK'E GÖRE MENŞE ADI VE MAHREÇ İŞARETİ OLARAK TESCİL EDİLEBİLECEK ŞARAPLAR

1. Koruma Kapsamı

1308/2013 sayılı Tüzük m. 92/I'e göre bu Tüzük kapsamında sağlanan menşe adı ve mahreç işareti koruması, her şarap çeşidi için değil Ek-VIII Kısım-II Numara 1, 3 ila 6, 8, 9, 11, 15 ve 16'daki şarap ürünleri için geçerlidir.

2. Menşe Adı Kavramı

1308/2013 sayılı Tüzük m. 93/I-a'ya göre Tüzük m. 92/I'de sayılan şarap ürünlerini tanımlamak üzere kullanılan bir yöre, bölge veya istisnai durumlarda bir ülkenin adı, aşağıdaki şartlara sahip olmak şartı ile menşe adı olarak korunabilir:

- Menşe adı ile tanımlanan ürünün doğal ve beşerî faktörler de dâhil olmak üzere kalite veya özellikleri, tamamen veya esas itibariyle belirli bir coğrafi çevreden kaynaklanmalıdır.

- Ürünün üretildiği üzümler, sadece bu coğrafi alandan kaynaklanmalıdır.

- Ürünün üretimi, bu coğrafi bölgede gerçekleşmelidir.

- Ürün, asma çeşidi olan 'vitis vinifera'dan üretilmelidir.

1308/2013 sayılı Tüzük m. 93/IV'e göre bir ürünün üretiminin belirli bir coğrafi bölgede gerçekleştiğinin kabulü için üretim sonrası aşmalar hariç olmak üzere üzümlerin hasadından şarabın tamamlanması aşamalarına kadar tüm işlemlerin belirli bir coğrafi bölgede gerçekleşmesi gereklidir[48].

1308/2013 sayılı Tüzük'e göre korunan menşe adının ve aşağıda ele alınacak olan mahreç işaretinin kaynaklandığı yöre, bölge veya ülkenin adını da içermesi gereklidir. Bu sebeple ürünün kaynaklandığı coğrafi alanın adını içermeyen soyut ürün isimleri kural olarak menşe adı ve mahreç işareti olarak korunamazlar. Ancak 1308/2013 sayılı Tüzük m. 93/II, menşe adlarında kullanılacak isimler bakımından bir istisna getirmiştir. Buna göre geleneksel olarak kullanılan isimler aşağıdaki şartları taşımaları kaydıyla menşe adı olarak kullanılabilirler:

- Bir şarabı nitelendirmelidir.

- Bir coğrafi isme işaret etmelidir.

- Menşe adları için aranan şartlara sahip olmalıdır.

- Menşe adı ve mahreç işaretlerinin korunması için gerekli işlemlere tabi tutulmuş olmalıdır.

3. Mahreç İşareti Kavramı

1308/2013 sayılı Tüzük m. 93/I-a'ya göre Tüzük m. 92/I'de sayılan şarap ürünlerini tanımlamak üzere kullanılan bir yöre, bölge veya istisnai durumlarda bir ülkenin adı, aşağıdaki şartlara sahip olmak kaydıyla mahreç işareti olarak korunabilir:

- Mahreç işareti ile tanımlanan ürünün kalitesi, itibarı veya özellikleri, belirli bir yöreden, bölgeden veya istisnai de olsa bir ülkeden kaynaklanmalıdır.

- Ürünün üretiminde kullanılan üzümlerin en az %85'i sadece bu coğrafi alandan kaynaklanmalıdır.

- Ürünün üretimi, bu coğrafi bölgede gerçekleşmelidir.

- Ürün, asma çeşidi olan 'vitis vinifera'dan veya 'vitis vinifera' ve diğer bir 'vitis' türünün melezlenmesi sonucu elde edilen asma çeşidinden üretilmelidir[49].

1308/2013 sayılı Tüzük m. 93/V'e göre ürünlerin üretiminde kullanılan üzümlerin %85'inin sınırları belirli bir coğrafi alandan kaynaklandığının kabulü, geriye kalan %15'lik kısmın mahreç işareti-

[48] **Schulteis**, § 130 MarkenG pn. 8.1.

[49] **Schulteis**, § 130 MarkenG pn. 12.1 vd.

nin kaynaklandığı üye ülkeden veya üzümlerin kaynaklandığı sınırları belirli bir bölge içinde kalmak şartı ile üçüncü bir ülkeden sağlanması halinde mümkündür.

D. 251/2014 SAYILI TÜZÜK'E GÖRE KORUNAN COĞRAFİ İŞARETLER

251/2014 sayılı Tüzük, aromatize şarap ürünlerine ilişkin coğrafi köken belirten işaretleri özel olarak korunma altına almıştır. 251/2014 sayılı Tüzük, 110/2008 sayılı Tüzük ile benzer şekilde aromatize şaraplara ilişkin coğrafi köken belirten işaretlerden sadece 'mahreç işaretlerini' koruma altına almıştır. Mahreç işareti kavramı, 251/2014 sayılı Tüzük m. 2/III'te şu şekilde tanımlanmıştır. Buna göre: "*Mahreç işareti, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle kökeninin bulunduğu yöreye, alana, bölgeye veya ülkeye dayanan aromatize şarap ürünlerini gösteren işaretleri… ifade eder*".

251/2014 sayılı Tüzük m. 3'te aromatize şarap ürünleri şu şekilde tanımlanmıştır: "*Aromatize şarap ürünleri, 1308/2013 sayılı Tüzük'e göre üretilen şarap ürünlerinden elde edilen aromalandırılmış ürünlerdir*". 251/2014 sayılı Tüzük m. 3 ve devamı maddelerinde aromatize şarap çeşitleri, özellikleri, üretim yöntemleri, etiketlenme şartları hükme bağlanmıştır. 251/2014 sayılı Tüzük m. 10 ve devamı maddelerinde ise aromatize şaraba ilişkin mahreç işareti başvuru şartları ve süreçleri düzenlenmiştir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA MENŞE ADININ VE MAHREÇ İŞARETİNİN TESCİL EDİLEBİLME ŞARTLARI

SMK m. 34/I-a ve b'ye göre menşe adları ve mahreç işaretleri, 1151/2012 sayılı Tüzük'e benzer bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre:

"a) Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya istisnai durumlarda ülkeden kaynaklanan, tüm veya esas özelliklerini bu coğrafi alana özgü doğal ve beşerî unsurlardan alan, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümü bu coğrafi alanın sınırları içinde gerçekleşen ürünleri tanımlayan adlar menşe adıdır.

b) Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya ülkeden kaynaklanan, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından bu coğrafi alan ile özdeşleşen, üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az biri belirlenmiş coğrafi alanın sınırları içinde yapılan ürünleri tanımlayan adlar mahreç işaretidir.

(2) Coğrafi bir yer adı içermese dahi birinci fıkrada yer alan şartları taşıyan bir ürünü belirtmek için geleneksel olarak kullanılan, günlük dilde yerleşmiş ve coğrafi bir yer adı içermeyen adlar da menşe adı veya mahreç işareti olabilir".

Söz konusu bu düzenlemeye göre bir ürünün menşe adı olarak tescil edilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gereklidir:

- Ürün, coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya istisnai durumlarda ülkeden kaynaklanmalıdır.

- Ürün, tüm veya esas nitelik veya özelliklerini bu coğrafi alana özgü doğal ve beşerî unsurlardan almalıdır.

- Ürünün üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerin tümü bu coğrafi alanın sınırları içinde gerçekleşmelidir.

Bir ürünün mahreç işareti olarak tescil edilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gereklidir:

- Ürün, coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, bölge veya ülkeden kaynaklanmalıdır.

- Ürün, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri bakımından bu coğrafi alan ile özdeşleşmelidir.

- Ürünün üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az birinin belirlenmiş bu coğrafi alanın sınırları içinde yapılması gereklidir.

Bir adın menşe adı veya mahreç işareti olabilmesi için ürün kaynaklandığı yörenin, bölgenin veya ülkenin adı ile bağlantılı bir isim olması gerekli

olmayıp; menşe adı ve mahreç işaretine ilişkin ürünü belirtmek için geleneksel olarak kullanılan ve günlük dilde yerleşmiş bir ad olması yeterlidir.

Söz konusu bu şartlar, 1151/2012 sayılı Tüzük'te menşe adı ve mahreç işareti için aranan şartlarla hemen hemen aynı içeriğe sahip olduğu ve Türk hukuk doktrinde de benzer şekilde ele alındığı için bu başlık altında menşe adı ve mahreçlerinin unsurları tekrar açıklanmayacak, yukarıdaki açıklamalarla yetinilecektir[50]. Bu başlık altında Türk hukukunun AB hukukundan ayrıştığı hususlara değinilecektir.

AB hukuku ile SMK arasındaki en önemli farklardan biri menşe adı ve mahreç işareti ile korunacak olan ürünlerin çeşitlerine ilişkindir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, AB hukukunda sadece tarım ürünleri ve gıda maddeleri, distile alkollü içkiler, şaraplar ve aromatize şaraplar menşe ve/veya mahreç işareti ile koruma altına alınmışken; SMK'daki menşe adı ve mahreç işareti koruması ile tarım ve gıda ürünlerinin yanında maden, el sanatları ürünleri ve sanayi ürünleri de bu korumadan yararlanmaktadırlar (SMK m. 33).

Türk hukukunda AB hukukundan farklı olarak menşe adı ile korunacak ürünlerin üretiminde kullanılacak hammadde veya yemlik malzemenin hangi oranlarda kullanılması gerektiğine ilişkin SMK'da ayrı bir düzenleme söz konusu değildir.

110/2008 sayılı Tüzük, 1308/2013 sayılı Tüzük ve 251/2014 sayılı Tüzük'te distile alkollü içkiler, şaraplar ve aromatize şaraplara ilişkin menşe adının ve/veya mahreç işaretinin varlığı için aranan şartlar, genel olarak 1151/2012 sayılı Tüzük'teki menşe adı ve mahreç işaretleri için aranan şartlara büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir. Ancak bu ürün çeşitlerinin kendilerine özgü özellikleri dolayısıyla ilgili Tüzük'lerde her bir ürün çeşidine ilişkin menşe adı ve mahreç işareti koruması için özel bazı şartlar da hükme bağlanmıştır. SMK'da ise menşe adlarının ve mahreç işaretlerinin korumasına ilişkin olarak ürün çeşitleri bakımından bir ayrım yapılmayıp tüm ürün çeşitleri aynı şartlara tabi tutulmuştur. SMK'da tüm ürün çeşitlerini içinde barındıracak şekilde yeknesak bir menşe adı ve mahreç işareti tanımı yapılsa da belirli başlı ürün çeşitleri için çıkarılan Türk Gıda Kodeksi Tebliğ'lerinde belli başlı ürünlerin özellikleri, menşe adı ve mahreç işareti ile korunabilmeleri için gerekli olan şartlar, ayrı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Bu Tebliğ'lere ilişkin şu örnekler verilebilir:

***Türk Gıda Kodeksi Şarap Tebliği*:** 04.02.2009 tarihinde yürürlüğe giren 2008/67 numaralı Türk Gıda Kodeksi Şarap Tebliği[51], coğrafi köken belirten işaretleri Tebliğ'in çıkarıldığı tarihte yürürlükte olan 555 sayılı KHK'dan ve hâlihazırda yürürlükte bulunan SMK'dan farklı ancak Avrupa Komisyonu'nun 20 Nisan 2008 Tarih ve 479/2008 sayılı Şaraplara İlişkin Ortak Piyasa Düzenine İlişkin Tüzük'üne[52] uygun olarak 'coğrafi işaret' ve 'köken ismi' şeklinde ikiye ayırmıştır. Türk Gıda Kodeksi Şarap Tebliği m. 4/b ve m, 'coğrafi işaret' ve 'köken ismi' kavramlarını şu şekilde tanımlamıştır:

"b) Coğrafi işaret: Belirli bir coğrafi alandan kaynaklanan kendine özgü kaliteye, üne veya söz konusu alana atfedilebilecek diğer özelliklere sahip, Vitis vinifera türü veya bu tür ile Vitis cinsine ait diğer türler arasındaki çaprazlamalarla üretilen asmalardan elde edilmek koşuluyla, üretiminde

[50] Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozgeyik,** 13 vd.; **Bozbel**, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 764 vd.; **Oğuz**, Arzu (2009), 'Bir Sınaî Hak Tü-rü Olarak Coğrafi İşaretlerin Korunması', Legal Fikri ve Sınaî Haklar Dergisi, S. 19, C. 5, s. 571 vd.; Özgür, Coğrafi İşaretler, s. 101 vd.; 262 vd.; **Suluk, Cahit**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Suluk, Cahit & Karasu, Rauf & Nal, Temel (Editör) (2020), Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 349 vd.; **Yıldız**, Coğrafi İşaret Kavramı, s. 65 vd., 75 vd.; Yargıtay 11. HD., T: 01.02.2010, E: 2008/9657, K: 2010/1053; Yargıtay 11. HD., T: 08.05.2013, E: 2012/10613, K: 2013/9335; Yargıtay 11. HD., T: 28.05.2014, E: 2013/2800, K: 2014/9861; Yargıtay 11. HD., T: 12.12.2014, E: 2014/13006, K: 2014/19591 (Kazancı İçtihat Bankası).

[51] RG., T: 04.02.2009, S: 27131.

[52] Council Regulation (EC) No 479/2008 of 29 April 2008 on the Common Organisation of the Market in Wine, Amending Regulations (EC) No 1493/1999, (EC) No 1782/2003, (EC) No 1290/2005, (EC) No 3/2008 and Repealing Regulations (EEC) No 2392/86 and (EC) No 1493/1999.

kullanılan üzümlerin en az % 85'inin belirtilen coğrafi alandan geldiği ve şarap üretiminin belirtilen coğrafi alanda gerçekleştiği ürünü tanımlayan; belirli bir bölgeye, yere ya da istisnai durumlarda ülkeye ait işaretleri…

m) Köken ismi: Kalitesi ve özellikleri özündeki doğal ve beşerî faktörlerle birlikte belirli bir coğrafi alandan kaynaklanan, sadece Vitis vinifera türüne ait asma çeşitlerinden elde edilmek koşuluyla üretiminde kullanılan üzümlerin tamamı belirtilen coğrafi alandan elde edilen ve şarap üretimi belirtilen coğrafi alanda gerçekleşen ürünü tanımlayan; belirli bir bölgenin, yerin ya da istisnai durumlarda ülkenin ismini… ifade eder".

Türk Gıda Kodeksi Şarap Tebliği'nde ayrıca şarap ve şarap çeşitlerine ilişkin kavramlar tanımlanmış; şarabın tekniğine uygun ve hijyenik şekilde üretilmesi, hazırlanması, işlenmesi, muhafazası, depolanması, taşınması ve pazarlanmasını sağlamak üzere ürün özellikleri ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir.

***Türk Gıda Kodeksi Aromatize Şarap, Aromatize Şarap Bazlı İçki ve Aromatize Şarap Kokteyli Tebliği*:** 07.07.2006 tarihinde yürürlüğe giren 2006/28 numaralı Türk Gıda Kodeksi Aromatize Şarap, Aromatize Şarap Bazlı İçki ve Aromatize Şarap Kokteyli Tebliği'nde[53] de coğrafi işaret kavramı tanımlanmıştır. 2006/28 numaralı Tebliğ m. 5/ı'da coğrafi işaret tanımı şu şekilde yapılmıştır:

"Coğrafi işaret: Belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle kökeninin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş aromatize şarap, aromatize şarap bazlı içki ve aromatize şarap kokteylini gösteren işaretleri… ifade eder".

Coğrafi işarete ilişkin yapılan bu tanım, Tebliğ'in çıkarıldığı tarihte yürürlükte olan 555 sayılı KHK'daki ve hâlihazırda yürürlükte bulunan SMK'daki tanımlara belirli ölçüde uygun olsa da 555 sayılı KHK'daki ve SMK'daki tanımlarda yer almayan 'aromatize şarap, aromatize şarap bazlı içki ve aromatize şarap kokteyli' kavramları tanımın içine dâhil edilmiştir.

2006/28 numaralı Tebliğ m. 4'te aromatize şarap, aromatize şarap bazlı içki ve aromatize şarap kokteyli kavramları tanımlanmış; bu ürünlerin tekniğine uygun ve hijyenik şekilde üretilmesi, hazırlanması, işlenmesi, muhafazası, depolanması, taşınması ve pazarlanmasını sağlamak üzere ürün özellikleri ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir.

2006/28 numaralı Tebliğin Ek-3'ünde belli başlı aromatize şaraplara, aromatize şarap bazlı içkilere ve aromatize şarap kokteyllerine ilişkin adlandırmalar yapılmıştır. 2006/28 numaralı Tebliğ m. 6/t'ye göre "*bu adlandırmalar, ürünün karakterinin ve nihai kalitesinin kazanıldığı üretim aşamasının, belirtilen coğrafi alanda gerçekleştiğini gösteren işaretler olup bu adlandırmalar, Türk Patent ve Marka Kurumunca coğrafi işaret olarak tescil edilmeleri halinde coğrafi işaret olarak*" korunabileceklerdir.

***Türk Gıda Kodeksi Distile Alkollü İçkiler Tebliği*:** 21.03.2017 yılında SMK'dan sonra yürürlüğe giren 2016/55 numaralı Türk Gıda Kodeksi Distile Alkollü İçkiler Tebliği'nde[54] de menşe adı ve mahreç işareti ayrımı yapılmaksızın coğrafi işaret kavramı, SMK'ya uygun bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre:

"Coğrafi işaret: Belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibarıyla kökeninin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaretleri… ifade eder".

2016/55 numaralı Tebliğ, ayrıca 110/2008 sayılı Tüzük'e uyum sağlanılması amacıyla distile alkollü içkilerin tekniğine uygun ve hijyenik şekilde hazırlanması, işlenmesi, üretilmesi, depolanması, taşınması, muhafaza edilmesi ve piyasaya arzı gibi hususları da hükme bağlamıştır. Distile alkollü içki kavramı, Türk Gıda Kodeksi Distile Alkollü İçkiler

[53] RG., T: 07.07.2006, S: 26221.

[54] RG., T: 21.03.2017, S: 30014.

Tebliği m. 4/ç'de 110/2008 sayılı Tüzük'e benzer bir şekilde tanımlanmıştır[55].

2016/55 numaralı Tebliğin Ek-3'ünde, 2006/28 numaralı Tebliğ'e benzer şekilde, belli başlı distile alkollü içkilere ilişkin adlandırmalar yapılmıştır. 2016/55 numaralı Tebliğ m. 6/h'ya göre "*bu adlandırmalar, ürünün karakterinin ve nihai kalitesinin kazanıldığı üretim aşamasının, belirtilen coğrafi alanda gerçekleştiğini gösteren işaretler olup bu adlandırmalar, Türk Patent ve Marka Kurumunca coğrafi işaret olarak tescil edilmeleri halinde coğrafi işaret olarak*" korunabileceklerdir.

Türk Gıda Kodeksi Zeytinyağı ve Pirina Yağı Tebliği: 2017/26 numaralı Türk Gıda Kodeksi Zeytinyağı ve Pirina Yağı Tebliği[56], zeytinyağları ve pirina yağlarının tekniğine uygun ve hijyenik şekilde üretilmesi, hazırlanması, işlenmesi, etiketlenmesi, muhafazası, depolanması, taşınması ve piyasaya arzı ile ilgili şartları ve ürün özelliklerini düzenlemektedir. 2017/26 numaralı Tebliğ, diğer Tebliğ'lerden farklı olarak 'coğrafi işaret' kavramını tanımlamamış, sadece hangi çeşit zeytin yağlarının coğrafi işaret ile korunabileceğini hükme bağlamıştır. 2017/26 numaralı Tebliğ'in 14/I-b maddesine göre "*sadece natürel sızma zeytinyağları ve natürel birinci zeytinyağları etiketlerinde ilgili mevzuatına uygun olarak coğrafi işaret taşıyabilir*". Söz konusu bu düzenlemeden çıkan sonuç tüm zeytinyağı çeşitleri değil sadece natürel sızma zeytinyağları ve natürel birinci zeytinyağları coğrafi işaret korumasından yararlanabilecektir.

Diğer Tebliğler: Peynirlere[57], lokumlara[58], tuzlara[59] ve ekmeklere[60] ilişkin Türk Gıda Kodeksi Tebliğ'lerinde de coğrafi işaretler korumasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu Tebliğ'lerden Türk Gıda Kodeksi Lokum Tebliği m. 4/c'de ve Türk Gıda Kodeksi Ekmek Tebliği m. 4/b'de coğrafi işaret kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

"Coğrafi işaret: Belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibarıyla coğrafi kaynağının bulunduğu bölge, coğrafi sınırları belirlenmiş özel yöre veya istisnai durumlarda ülke adı ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren menşe adını ve mahreç işaretini… ifade eder".

Söz konusu bu tanımın 555 sayılı KHK'daki ve SMK'daki coğrafi işaret tanımına büyük ölçüde uygun olduğu söylenebilir.

Yukarıda ele alınan Tebliğ'lerde öngörülen coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemelerin SMK'daki coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemelerden farkları şu şekilde özetlenebilir:

- 2008/67 numaralı Türk Gıda Kodeksi Şarap Tebliği, coğrafi köken işaretlerini 'coğrafi işaret' ve 'köken ismi' şeklinde bir ayrıma tabi tutarak SMK'daki coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemelerden büyük ölçüde farklı bir coğrafi işaret koruması sistemini hükme bağlamıştır.

- 2006/28 numaralı Türk Gıda Kodeksi Aromatize Şarap, Aromatize Şarap Bazlı İçki ve Aromatize Şarap Kokteyli Tebliği'nde coğrafi işaret kavramı, SMK'daki düzenleme ile benzer olmakla birlikte SMK'daki tanımda yer almayan 'aromatize

[55] Türk Gıda Kodeksi Distile Alkollü İçkiler Tebliği m. 4/ç: "*Distile alkollü içki: İnsan tüketimi için hazırlanan, kendine özgü duyusal özellikleri olan, yumurta likörü hariç alkol miktarı +20 ºC'de hacmen en az %15 olan, aroma katılmış veya katılmamış doğal fermentasyon ürünlerinin doğrudan distilasyonu ve/veya bitkisel maddelerin maserasyonu ile ve/veya tarımsal etil alkol ve/veya tarımsal distilat ve/veya distilat içkilerine Türk Gıda Kodeksi Aroma Vericiler ve Aroma Verme Özelliği Taşıyan Gıda Bileşenleri Yönetmeliği doğrultusunda aroma maddeleri, şeker veya diğer tatlandırıcı ürünlerin ve/veya diğer tarımsal ürünlerin ve/veya gıda maddelerinin tarımsal etil alkole ve/veya tarımsal distilat ve/veya distile alkollü içkilere katılması veya bir distile alkollü içkinin bir veya birden fazla distile alkollü içki ile, tarımsal etil alkol, tarımsal distilat veya distilat içkileri ile bir veya birden fazla alkollü içki ile karıştırılması sonucu üretilen içkiyi… ifade eder*".

[56] RG., T: 17.09.2017, S: 30183.

[57] Türk Gıda Kodeksi Peynir Tebliği (Tebliğ No: 2015/6), RG., T: 08.02.2015, S: 29261.

[58] Türk Gıda Kodeksi Lokum Tebliği (Tebliğ No: 2013/55), RG., T: 12.09.2013, S: 28763.

[59] Türk Gıda Kodeksi Tuz Tebliği (Tebliğ No: 2013/48), RG., T: 16.08.2013, S: 28737.

[60] Türk Gıda Kodeksi Ekmek ve Ekmek Çeşitleri Tebliği (Tebliğ No: 2012/2), RG., T: 04.01.2012, S: 28163.

şarap, aromatize şarap bazlı içki ve aromatize şarap kokteyli' kavramlarını içinde barındırmaktadır.

- 2017/26 numaralı Türk Gıda Kodeksi Zeytinyağı ve Pirina Yağı Tebliği, coğrafi işaret ile korunabilecek zeytinyağlarını sadece belirli başlı zeytinyağı çeşitleri ile sınırlı tutmuştur.

SMK ve ilgili Tebliğ'ler birlikte ele alındığında Türk hukukunda coğrafi işaret olarak tescil edilebilecek işaretlere ilişkin şu sonuca ulaşılmaktadır: Türk hukukunda, AB hukukundan farklı olarak, menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartları, SMK'da yeknesak bir şekilde hükme bağlanmıştır. Ancak AB mevzuatına uygun bir şekilde çıkarılmış olan Türk Gıda Kodeksi Tebliğ'lerinde bazı ürün çeşitlerinin üretimine, hazırlanmasına, işlenmesine, etiketlenmesine, muhafazasına, depolanmasına, taşınmasına, piyasaya arzına ve ürün özelliklerine ilişkin olarak özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu Tebliğ'lerde düzenleme altına alınan ürünlerin menşe adı ve mahreç işareti olarak tescilinde ilgili Tebliğ'lerdeki şartların da yerine getirilmesi gereklidir. Aksi takdirde SMK m. 37/I-ç'ye menşe adı ve mahreç işaretine ilişkin başvuru sırasında verilmesi gereken ürüne ilişkin özellikleri açıklayan teknik bilgiler, yasal düzenlemelere aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple menşe adı ve mahreç işareti başvurusu, SMK m. 38'e göre yapılacak inceleme sonucunda reddedilebilecektir. Tebliğlerde veya diğer yasal düzenlemelerde özel olarak düzenleme altına alınmamış olan ürünlerin menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilip edilemeyeceklerine ise sadece SMK ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine göre karar verilecektir.

Yürürlükte bulunan söz konusu bu düzenlemeler dikkate alınarak yukarıdaki sonuca ulaşılmakla birlikte, coğrafi işaretlerin Tebliğ'lerle düzenlenmesi, Tebliğ'lerin özellikle aşağıdaki sebeplerden dolayı hukuka aykırılığı tartışmalarını beraberinde getirmektedir:

- Bir üst hukuk normu olan SMK'da yapılan coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemelerin bir alt hukuk normu olan Tebliğ'lerde daha farklı bir içerik ve kapsamda düzenlenmiş olması, normlar hiyerarşisine aykırılık arz edebilecektir.

- Anayasa m. 13'e göre: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir". Anayasa m. 35'e göre mülkiyet hakkı "ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir". Anayasa'daki bu düzenlemelere göre mülkiyet hakkı kapsamda değerlendirilen sınai mülkiyet hakları[61] sadece kanunla sınırlandırılabilir. Bu sebeple sınai mülkiyet haklarından biri olan coğrafi işaretlere[62] ilişkin yapılacak sınırlandırmaların da sadece kanunlarla yapılması gereklidir. Ancak söz konusu Tebliğ'lerde SMK'da hükme bağlanan coğrafi işaretlerin korunabilme ve tescil edilebilme şartlarına ilişkin düzenlemelere belirli sınırlandırmalar getirilmektedir. Ayrıca Tebliğ'lerde getirilen bu sınırlandırmalar ne SMK'daki ne de diğer bir kanundaki düzenlemelere dayanmaktadır.

- Coğrafi işaret korumasının kanunlara göre çok daha kolay ve hızlı bir şekilde değiştirilebilecek tebliğlerle hükme bağlanması; uzun, masraflı ve büyük bir emek gerektiren coğrafi işaret başvurularının tebliğlerde yapılacak küçük değişikliklerle geçersiz kalmasına sebep olabilecektir. Bu ise hukuk devletinin en temel prensiplerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuki belirlilik ilkeleri ile çelişebilecektir[63].

---

[61] **Becker**, Tilman (2002) Bedeutung und Nutzung geschützter Herkunftsangaben, <https://www.uni-hohenheim.de/ fileadmin/einrichtungen/marktlehre/Forschung/Herkunftsangaben/ Gutachten_Herkunftszeichen.pdf> s.e.t. 01.08.2020, s. 11; **May**, Sarah & **Sidali**, Katia Laura & **Spiller**, Achim & **Tschofen**, Bernhard, 'Geographische Herkunftsangaben. Schutzinstrument der Europäischen Union für regionale Spezialitäten', Kultur als Eigentum: Instrumente, Querschnitte und Fallstudien. Groth, Stefan & Bendix, Regina F. & Spiller, Achim (Editör) (2015), Göttingen, Göttingen University Press, s. 34; **Yıldız**, Burçak (2018), 'Sınaî Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, C. 9, s. 37 vd.

[62] **Becker**, s. 11; **May & Sidali & Spiller & Tschofen**, s. 34; **Yıldız**, Geleneksel Ürün Adları, s. 37 vd.

[63] Krş. **Berksoy**, İrem (2016), 'Vergi Güvenliğinin İki Boyutu: Yasallık İlkesi Karşısında Meşru Güven İlkesi', Journal of Life Economics, S. 1, C. 3, s. 71 vd.

Tebliğlerin kanunlara aykırılığı konusu, bu çalışmanın sınırlarını aşacağı için burada sadece bu konudaki çekincelerimizi aktarmakla ve söz konusu tebliğlerin en kısa zamanda SMK ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğine ilişkin kanaatimizi açıklamakla yetiniyoruz.

V. AB VE TÜRK HUKUKUNDA MENŞE ADI VE MAHREÇ İŞARETİ OLARAK TESCİL EDİLEMEYECEK İŞARETLER

A. MENŞE ADI VEYA MAHREÇ İŞARETİ SAYILMAYAN İŞARETLER

1151/2012 sayılı Tüzük m. 10, m. 6 ve 41; 110/2008 sayılı Tüzük m. 14; 1308/2013 sayılı Tüzük m. 97; 251/2014 sayılı Tüzük m. 15'e ve SMK m. 35/I-a'ya göre menşe adı veya mahreç işareti için aranan şartlara sahip olmayan işaretler, menşe adı veya mahreç işareti olarak tescil edilemezler.

B. JENERİK ADLAR (ÖZ ADLAR)

1151/2012 sayılı Tüzük m. 3/VI, 6 ve 41, 110/2008 sayılı Tüzük m. 15, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 101 ve 251/2014 sayılı Tüzük m. 18'de jenerik adlar (generic terms/ Mentions génériques/ Gattungsbezeichnung) benzer bir şekilde hükme bağlanmıştır. Söz konusu bu Tüzük'lerde jenerik ad kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: "*Jenerik adlar, aslen üretildiği veya pazarlandığı yer, bölge veya ülke ile bağlantılı olmasına rağmen Birlik'teki bir ürünün ortak adı haline gelmiş olan ürün isimleridir*". Jenerik adlar, menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilemeyeceği gibi tescilli menşe adları ve mahreç işaretleri de jenerik ad haline getirilemez[64].

SMK m. 35/I-b'de 'jenerik ad' değil aynı anlama gelen 'öz ad' kavramı kullanılmıştır. Burada kavram birliğini sağlamak için mehaz düzenlemedeki 'jenerik ad' kavramı kullanılacaktır. SMK m. 44/VI'da jenerik adlar, AB hukukuna benzer şekilde tanımlanmıştır. Buna göre: "*Ürünün öz adı, o ürünün ilk üretildiği veya pazarlandığı bölge veya yöreyle ilgili olsa bile bir ürünün genel adı hâline gelmiş adıdır…*". SMK m. 35/I-b'ye göre de jenerik adlar menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilemeyecekleri gibi SMK m. 44/IV'e göre tescil edilen menşe adı ve mahreç işaretleri de jenerik ada dönüşemezler[65].

1151/2012 sayılı Tüzük m. 41'de, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 101'de ve 251/2014 sayılı Tüzük m. 18'de ve benzer şekilde SMK m. 44/VI'da[66] jenerik adların tespitinde dikkate alınması gereken hususlar hükme bağlanmıştır. Buna göre jenerik adların tespitinde aşağıdaki hususların dikkate alınması gereklidir:

- Ürünün tüketim alanındaki mevcut durumu, halkın bu adı kullanımı;

- AB hukuku bakımından Üye devletin veya Birlik'in ilgili yasal düzenlemeleri; Türk hukuku bakımından ilgili kanuni düzenlemeler.

Bir menşe adının ve mahreç işaretinin jenerik ad olduğunun kabul edilebilmesi için ürünün coğrafi kökeni ile kalitesi, ünü veya coğrafi kökeninden kaynaklanan diğer özellikleri arasındaki doğrudan bağın kaybolması ve menşe adının ve mahreç işaretinin sadece belirli çeşit ürünleri nitelendirmek için kullanılması gereklidir. Tüketiciler, menşe adı ve mahreç işareti ile korunan ürünle bu ürünün coğrafi kökeni arasında halihazırda bağ kurmaya devam ediyorsa yahut söz konusu menşe adı ve mahreç işareti, ulusal veya uluslararası hukukta marka olarak da korunuyorsa bu işaretin jenerik ad olduğu kabul edilemez[67]. ABAD, bir ismin jenerik ad olup olmadığını tespit ederken sıkı şartlar aramaktadır. ABAD'a göre bir ürüne ilişkin isim, toplumun önemsiz sayılmayacak bir kesimi tarafından jenerik hale gelmemişse veya bu isim ile nitelendirilen ürün ve kaynaklandığı bölge arasındaki bağ belli ölçüde de

[64] ABAD, 14.07.2011, C-4/10 ve C-27/10 – *Cognac*.

[65] **Gündoğdu,** Gökmen (2006) Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul, Beta Yayınları, s. 98.

[66] Krş. **Gündoğdu**, s. 99 vd.

[67] ABAD, 02.07.2009, C-343/07 – *Bayerisches Bier*.

olsa devam ediyor ise jenerik addan bahsedilemez[68]. Bir isim, kaynak ülkesinde jenerik ad olarak kabul edilmekte ise bu ismin Birlik çapında jenerik ad olduğu kabul edilecektir. Ancak bir ismin sadece bazı Birlik ülkelerinde jenerik ad olarak kullanılması tek başına o ismin Birlik içinde jenerik ad sayılması için yeterli değildir[69].

Bir ismin jenerik ad olup olmadığı, menşe adı veya mahreç işaretinin kaynak ülkesindeki kullanımı dışında Birlik içindeki diğer tüketim alanlarındaki mevcut durum ve ilgili yasal düzenlemeler de göz önünde bulundurularak tespit edilir. Bu sebeple bir ismin jenerik ad haline gelip gelmediği tespit edilirken sadece ürünün kaynaklandığı ülkedeki mevcut durum değil aynı zamanda Birlik çapında ürünün tüketim alanındaki diğer etkenler de dikkate alınmalıdır. Ayrıca ürün ile ürünün kaynakladığı bölge arasındaki bağın devam edip etmediği sadece üye ülkedeki tüketiciye göre değil aynı zamanda 'Avrupalı tüketiciye' göre tespit edilmelidir[70]. Menşe adı veya mahreç işareti ile korunmak istenen bir ürün için kullanılan işaretin aynısının veya benzerinin söz konusu ürünün asıl olarak üretildiği bölge dışında üretilen diğer ürünler için de kullanılması, jenerik ismin varlığı bakımından bir karine teşkil etmektedir. Ancak menşe adı veya mahreç işareti ile korunmak istenen ürünün kaynaklandığı bölge dışında üretilen benzer ürünlerin paketlerinde söz konusu ürünün asıl olarak üretildiği bölgeye işaret eden isimlerin, şekillerin kullanılması durumunda ürün ile ürünün kaynakladığı bölge arasındaki bağın devam ettiği kabul edilecek ve jenerik addan bahsedilemeyecektir[71].

ABAD'ın Yunanistan'da üretilen bir peynir çeşidi olan 'Feta'nın jenerik ad sayılıp sayılmayacağına ilişkin vermiş olduğu 'Feta-I' kararında[72] Avrupa Komisyonu on iki üye ülkede 12.800 kişiye yaptığı anket çalışması sonucunda söz konusu ismin jenerik ad olmadığı sonucuna varmış ve 'Feta' ismini menşe adı olarak tescil etmiştir[73]. Söz konusu bu tescil işlemine karşı 'Feta' isminin bir beyaz peynir çeşidi için kullanılan jenerik ad olduğu gerekçesi ile itirazda bulunulmuştur. ABAD, Avrupa Komisyonu'nun uyuşmazlık konusu ürüne ilişkin ismin diğer üye ülkelerdeki mevcut durumunu ve ilgili ulusal hukuki düzenlemeleri veya Birlik Hukuku kurallarını tam olarak incelemediği gerekçesi ile Komisyon'un bu kararını iptal etmiştir[74]. Söz konusu bu karar üzerine Avrupa Komisyonu, üye ülkelerde yeniden bir anket çalışması ve incelemeler yapmış ve 'Feta' ismini tekrar menşe adı olarak tescil etmiştir. Komisyon'un 'Feta' ismini tescil etmesi üzerine bu tescil işlemine karşıda itirazda bulunulmuş ve yapılan itirazlar üzerine ABAD 'Feta-II' kararını vermiştir. ABAD'ın vermiş olduğu karardaki görüşü özetle şu şekildedir: Avrupa Komisyonu'nun yaptığı incelemeye göre sadece dört üye ülkede 'Feta' peyniri üretilmektedir. Bu ülkelerde 'Feta' peyniri pazarlanırken Yunanistan'ı ve Yunan kültürü ile bağlantı kurulmasını sağlayacak semboller kullanılmaktadır. 'Feta' peynirinin yapımında Yunanistan'ın belirli bölgelerinde yetiştirilen koyunların ve keçilerin sütleri kullanılmasına rağmen diğer üye ülkelerde 'Feta' ismi ile satışa sunulan peynirler, inek sütünden ve farklı yöntemler kullanılarak üretilmektedir. Bunların dışında 'Feta' peyniri, büyük ölçüde Yunanistan'da üretilmektedir ve Birlik içinde %85 oranında Yunanistan'da tüketilmektedir. ABAD'a göre jenerik adın varlığı tespit edilirken bir ürünün kaynak ülkesindeki ve diğer üye ülkelerdeki kullanımı, kaynak ülke ve

---

68 **Schoene**, Volker (2014), 'Gattungsbezeichnung in der Verordnung 1151/2012 – Beweislast, Beweisanforderungen und Gutachterkosten', GRUR, C. 7, s. 642.

69 BPatG, Beschluss vom 22. September 2011 – 30 W(pat) 9/10) – Obazda; **Knaak**, Roland (2006), 'Gemeinschaftsweiter Schutz der Bezeichnung "Feta" für Erzeugnisse aus Griechenland', ZLR, C. 1, s. 66; **Mantrov**, 102 vd.; **Rauffus**, s. 166 vd.

70 **Rauffus**, s. 166.

71 **Schulteis**, § 130 MarkenG pn. 18; ABAD, 25.10.2005, C-465/02 & C-466/02 – *Feta-II*.

72 ABAD, 16.03.1999, C-289/96, C-293/96 & C-299/96 – *Feta-I*.

73 Commission Regulation (EC) No 1107/96 of 12 June 1996 on the registration of geographical indications and designations of origin under the procedure laid down in Article 17 of Council Regulation (EEC) No 2081/92.

74 ABAD, 16.03.1999, C-289/96, C-293/96 & C-299/96 – Feta-I.

diğer üye ülkelerdeki tüketicilerin söz konusu peynire bakış açıları, peynirin diğer üye ülkelerde piyasaya sunulması sırasında kaynak ülke ile kurulan bağ dikkate alınmalıdır. ABAD, bu kapsamda Avrupa Komisyo'nun sunduğu bu gerekçeleri yerinde bularak 'Feta' peynirinin jenerik ad olmadığına ve tescilin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir[75].

C. BİTKİ ÇEŞİTLERİ VE HAYVAN IRKLARINA İLİŞKİN İSİMLER

1151/2012 sayılı Tüzük m. 6/II'de diğer Tüzük'lerden farklı olarak bir bitki çeşidinin veya hayvan ırkının adı ile çatışan ve bu sebeple tüketicileri ürünün asıl kökeni hakkında yanıltan bir ismin, menşe adı veya mahreç işareti olarak tescil edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. 1151/2012 sayılı Tüzük m. 6/II anlamında bir tescil engellinden bahsedilebilmesi için menşe adı veya mahreç işaretinin sadece bir bitki çeşidinin veya hayvan ırkının adı ile çatışması yeterli olmayıp bu çatışma sebebi ile tüketicinin ürünün kökeni hakkında yanıltılmış olması da gereklidir[76].

SMK m. 35/I-c'de benzer şekilde bir ürünün gerçek kaynağı konusunda halkı yanıltabilecek olan bitki tür ve çeşitlerinin, hayvan ırklarının veya benzeri adların menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilemeyeceğini hükme bağlamıştır[77].

D. EŞ SESLİ İSİMLER

1151/2012 sayılı Tüzük m. 6/III'e, 110/2008 sayılı Tüzük m. 19'a, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 100/I'e ve 251/2014 sayılı Tüzük m. 17'ye göre menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilmek istenen bir isim, önceden tescil edilmiş menşe adına ve mahreç işaretine ait bir isim ile tamamen veya kısmen eş sesli ise kural olarak tescil edilemez. Ancak ilgili Tüzükler, bu kural için bir istisna öngörmüştür. Buna göre menşe adı veya mahreç işareti olarak tescil edilmek istenen eş sesli isim ile önceden tescil edilmiş menşe adına ve mahreç işaretine ait isimin yerel ve geleneksel kullanımına ilişkin şartlar ve sunuluş şekilleri açık bir şekilde birbirinden ayırt edilebiliyorsa eş sesli olan sonraki tarihli ismin tescili mümkündür. Söz konusu bu istisnanın uygulanabilmesi için isimlerin 'açık' bir şekilde birbirinden ayırt edilebilmesi gereklidir. Ayrıca üreticilere eşit muamelede bulunulması ve tüketicilerin yanıltılmaması gereklidir. Tüketiciyi ürünün farklı bir bölgeden geldiği yönünde yanıltan eş sesli bir isim tescil edilemez. Söz konusu isim, ürünün geldiği yöre, bölge veya çevre ile bağlantılı olsa dahi tescil edilemez[78].

SMK m. 35/I-e'de de benzeri bir düzenleme söz konusudur. Buna göre: "*Tescilli veya başvurusu yapılmış bir coğrafi işaret ile tamamen veya kısmen eş sesli olan ve tüketiciyi yanıltabilecek adlar*" menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilmeyeceklerdir. Buna göre önceden tescil edilmiş coğrafi işaret ile eş sesli olan bir ismin tescili, tüketiciyi yanılmamak şartı ile mümkün olabilecektir.

SMK m. 39/II'de Türkiye'de korunan coğrafi işaretler ile aynı olan yabancı ülke kaynaklı coğrafi işaretlerin tescilinde dikkate alınması gereken hususlar hükme bağlanmıştır. Buna göre Türkiye'de korunan coğrafi işaret ile aynı olan yabancı ülke kaynaklı coğrafi işaretin tescil başvurusunda yapılan incelemede bölgesel ve geleneksel kullanım ile benzer adların tüketici tarafından birbiriyle karıştırılması riski göz önünde tutulmalıdır. Bu gibi coğrafi işaretlerin kullanımına, sadece üretildiği kaynak ülkenin açık ve görülebilir şekilde etikette belirtilmesi hâlinde izin verilir.

---

[75] ABAD, 25.10.2005, C-465/02 & C-466/02 – *Feta-II*; krş. Ramírez, s. 177 vd.

[76] **Gündoğdu**, s. 100; **Rathke**, Art. 6 pn. 6 vd.; **Yıldız**, 510/2006 Sayılı Tüzük, s. 39 vd.

[77] Krş. **Gündoğdu**, s. 100 vd.

[78] **Rathke**, Art. 6 pn. 14 vd.

E. KAMU DÜZENİNE VEYA GENEL AHLAKA AYKIRI ADLAR

SMK m. 35/I-ç'de açık bir şekilde kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı adların menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. AB hukukunda buna benzer bir düzenleme ve ABAD'ın da bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir karar söz konusu değildir.

Toplum, hukuk ve devlet düzenini zedeleyecek menşe adları ve mahreç işaretleri, genel olarak kamu düzenine aykırı sayılabilecektir[79]. Bu bağlamda, alçaltıcı, politik veya dini ayrımcılığa haiz bir niteliğe sahip, halkı kışkırtıcı veya bir suç işlemeye teşvik edici olan, yasa dışı örgütler tarafından kullanılan işaretler, menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilemeyecektir[80].

Ahlak kavramı her bir topluma hâkim olan değerlere göre içerik kazanır. Bu sebeple ahlak kavramına ilişkin kanunlarda ve doktrinde genel geçer, üzerinde uzlaşılabilmiş bir tanım söz konusu olmayıp; ahlak kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. Yapılan bu tanımlamalardaki ortak nokta, ahlakın belirli bir ülkede, belirli bir zamanda din, örf ve âdet gibi bir toplumun temelinde yer alan; bir başka deyişle o toplumun bilinçaltında yer etmiş değerlere dayanan genel prensipler olduğudur. Örneğin müstehcenlik ahlaka aykırılık arz eder. Bu sebeple müstehcen bir işaretin menşe adı veya mahreç işareti olarak kullanılması genel olarak ahlaka aykırı sayılabilecek ve yapılan tescil başvurusu reddedilebilecektir. Ancak hangi işaretlerin müstehcen sayılacağı, ilgili toplumdaki ahlaki değerler ve genel geçer ahlak kuralları dikkate alınarak tespit edilecektir[81].

F. KAYNAK ÜLKEDE KORUNMAYAN ADLAR

SMK m. 3'e göre SMK'da sağlanan korumadan yararlanan kişiler şunlardır:

"a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları,

b) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler,

c) Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler,

ç) Karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişiler".

SMK m. 35/I-d, SMK m. 3'e göre SMK'da sağlanan korumadan yararlanan kişilerin yapmış olduğu menşe adı ve mahreç işareti başvurusuna konu olan menşe adı veya mahreç işaretlerinin kendi ülkesinde korunmaması, korumasının sona ermesi veya kullanılmaması durumunda menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

1151/2012 sayılı Tüzük m. 8/I'e, 110/2008 sayılı Tüzük m. 17/III'e, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 94/III'e ve 251/2014 sayılı Tüzük m. 11/I'e göre bir işaretin menşe adı veya mahreç işareti olarak tescil edilebilmesi için kaynaklandığı Birlik üyesi olmayan devlette de menşe adı ve mahreç işareti olarak korunması gereklidir. Aksi halde söz konusu işaret, menşe adı veya mahreç işareti olarak tescili edilemez.

---

79 Krş. **Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 193 vd.; **Fezer**, Karl-Heinz (2009) Markenrecht. München, C.H. Beck Verlag, § 8 MarkenG pn. 346; BGH GRUR 2003, 705, 706 –*Euro-Billy*; BPatG GRUR 2003, 710, 712 –*Verkehrszeichen*.

80 Krş. **Çolak**, s. 193 vd.; **v. Falckenstein**, Vogel, Designgesetz. Eichmann, Helmut & von Falckenstein, Vogel & Kühne, Marcus (Editör) (2015), München, C.H. Beck Verlag, § 3 DesignG pn. 18; **Gündoğdu**, s. 101; **Ruhl**, Oliver (2010) Gemeinschaftsgeschmacksmuster. Köln, Carl Heymanns Verlag, Art. 9 GGV pn. 5; BPatG GRUR 2003, 710, 712 – *Verkehrszeichen*; BPatG Mitt 2004, 43 – *Polizei-Teddybär*, BPatG BI 2001, 154 – *Bierpolizei*; BGH GRUR 2003, 705, 706 – *Euro-Billy*; BGH GRUR 2003, 708, 709 – *Schlüsselanhänger*.

81 Krş. **Altuğ**, Yılmaz & **Yasan**, Mustafa (2003), 'Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni', Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, Alkım Yayınevi, s. 139 vd.

G. MARKA OLARAK KORUNAN BİR İŞARETİN VARLIĞI

Tescil edilmek istenen menşe adı ve mahreç işareti ile aynı veya benzer olan önceki tarihli bir markanın varlığı, SMK m. 35'te 'tescil edilemeyecek adlar' başlığı altında hükme bağlanmamıştır. Bu sebeple TÜRKPATENT, SMK m. 38'e göre coğrafi işaret başvurusu kapsamında yapacağı incelemede önceki tarihli marka ile tescil edilmek istenen coğrafi işaret arasındaki ilişkiyi ve bu tescilin sebep olabileceği hak ihlallerini resen inceleyerek coğrafi işaretin tescilini reddedemeyecektir. SMK m. 48/III'e göre bu durumda coğrafi işaretin tesciline önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine izin verilmez. AB hukukunda da önceki tarihli marka olarak korunan bir işaretin varlığı durumunda menşe adı veya mahreç işareti, marka hakkı sahibinin itirazı üzerine tescil edilemeyecektir[82].

1151/2012 sayılı Tüzük m. 6/IV'e, 110/2008 sayılı Tüzük m. 23/III'e, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 101/II'ye ve 251/2014 sayılı Tüzük m. 18/II'ye göre bir markanın ünü, tanınmışlık düzeyi ve kullanıldığı süre göz önünde bulundurulduğunda tüketiciyi yanıltacak nitelikteki işaretler, menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilemez. Menşe adı ve mahreç işaretinin tesciline engel olacak olan markanın mutlaka 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzük'üne göre tescilli bir marka olması şart olmayıp, tescilsiz markalar da menşe adı ve mahreç işaretlerinin tescilinde dikkate alınır[83]. ABAD'ın bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda uyuşmazlığın tarafları, 'Bavaria' markasını 1925 yılından beri kullanan ve 1947 yılında tescil ettiren Hollandalı bir firma ve 1917 yılında kurulmuş olan 'Bavyera Biracılar Birliği'dir (Bayerische Brauerbund e.V.). 'Bavyera Biracılar Birliği', 1968 yılından beri marka olarak tescilli olan 'Bayerisches Bier' (Bavyera Birası) işaretini mahreç işareti olarak 2001 yılında tescil ettirmiştir. Hollanda firması, 'Bayerisches Bier' mahreç işaretinin kendi markasından sonra tescil edildiğini ve bu tescilin tüketiciyi yanıltacak nitelikte olduğunu ileri sürmüştür. ABAD ise uzun yıllardır kullanılan ve 'Bavyera Biracılar Birliği' tarafından marka olarak da koruma altına alınmış olan 'Bayerisches Bier' mahreç işaretinin tüketiciyi yanıltacak nitelikte olmadığına karar vermiştir[84].

SMK m. 48/III'te de AB hukukundakine benzer şekilde tescilli bir markanın daha sonra tescil edilmek istenen bir menşe adı veya mahreç işaretinin tescilini engelleyebileceğini hükme bağlanmıştır. Buna göre:

"Tescilli bir markanın sahip olduğu itibar, ün ve kullanım süresi de göz önünde bulundurularak bu marka ile aynı veya benzer olması sebebiyle markanın varlığına zarar verici veya gerçek kaynağı konusunda yanıltıcı olacak nitelikteki adların coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı olarak tesciline, önceki tarihli hak sahibinin itirazı üzerine izin verilmez".

AB hukukunda önceki tarihli markanın menşe adının veya mahreç işaretinin tesciline engel olabilmesi için bu menşe adının veya mahreç işaretinin tüketiciyi yanıltacak nitelikte olması gereklidir. SMK'da ise marka hakkı sahibinin menşe adının veya mahreç işaretinin tesciline itiraz edilebilmesi ve tescil başvurusunun reddedilebilmesi için şu iki durumdan birinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir:

- Menşe adı veya mahreç işaretinin tescilli bir marka ile aynı veya benzer olması, markanın gerçek kaynağı konusunda yanıltıcı nitelikte olmalıdır veya

- Menşe adı veya mahreç işaretinin marka ile aynı veya benzer olmalı, markanın varlığına zarar verici bir nitelik arz etmelidir.

VII. SONUÇ

Türk ve AB hukukunda menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartlarına ilişkin

[82] 1151/2012 sayılı Tüzük m. 10, 110/2008 sayılı Tüzük m. 17, 1308/2013 sayılı Tüzük m. 98 ve 251/2014 sayılı Tüzük m. 15.

[83] **Rathke**, Art. 6 pn. 22 vd.

[84] ABAD, 02.07.2009, C-343/07 – *Bayerisches Bier*.

düzenlemeler, büyük ölçüde benzerlik arz etse de her iki hukuk sistemi arasında önemli birtakım farklılıklar da söz konusudur. AB hukukunda sadece tarım ürünleri ve gıda maddeleri, şaraplar, distile alkollü içkiler ve aromatize şaraplar bakımından menşe adı ve/veya mahreç işareti koruması sağlanmış olup diğer ürün çeşitleri bakımından menşe adı ve/veya mahreç işareti koruması söz konusu değildir. Türk hukukunda ise bu şekilde bir sınırlandırma yapılmamış olup menşe adı ve mahreç işareti tesciline yönelik gerekli şartları sağlaması halinde tarım ürünleri, gıda maddeleri, içkiler ve diğer içecekler dışında maden, el sanatları ürünleri ve sanayi ürünleri de menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilebilecektir.

AB hukukunda menşe adlarının ve mahreç işaretlerinin tescil edilebilme şartları, ürün çeşitleri bakımından ayrı tüzüklerde hükme bağlanmıştır. Buna göre bu tüzüklerin bir kısmında ürün çeşitlerinden bazılarının menşe adı veya mahreç işareti olarak; diğer bir kısımda ise sadece mahreç işareti olarak tescil edilebilmeleri mümkün kılınmıştır. 1151/2012 sayılı Tüzük'te tarım ürünleri ve gıda maddeleri, 1308/2013 sayılı Tüzük'te şaraplar için menşe adı ve mahreç işareti koruması mümkün iken 110/2008 sayılı Tüzük'te distile alkollü içkiler ve 251/2014 sayılı Tüzük'te aromatize şaraplar için sadece mahreç işareti koruması öngörülmüştür. Ayrıca söz konusu bu Tüzük'lerde hükme bağlanan menşe adının ve mahreç işaretinin tescili, benzeri şartlara tabi olsa da ürün çeşitlerinin kendilerine özgü nitelikleri gereği her bir ürün çeşidinin menşe adı ve mahreç işareti olarak tesciline yönelik özel bazı şartlar da hükme bağlanmıştır.

Türk hukukunda, AB hukukundan farklı olarak, menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartları SMK'da yeknesak bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak Türk Gıda Kodeksi Tebliğ'lerinde peynirlere, tuzlara, ekmeklere, distile alkollü içkilere, şaraplara vb. diğer ürün çeşitlerinin üretimine, hazırlanmasına, işlenmesine, etiketlenmesine, muhafazasına, depolanmasına, taşınmasına, piyasaya arzına ve ürün özelliklerine ilişkin olarak özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu Tebliğ'lerde düzenleme altına alınan ürünlerin menşe adı ve mahreç işareti olarak tescilinde ilgili Tebliğ'lerdeki şartların da yerine getirilmesi gereklidir. Özel olarak düzenleme altına alınmamış olan ürünlerin menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilip edilemeyeceklerine ise sadece SMK ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine göre karar verilecektir. Bu sebeple Türk hukukunda da tüm ürün çeşitleri için olmasa da belli başlı ürün çeşitlerinin menşe adı ve mahreç işareti olarak tescil edilebilmesi için AB hukukundakine benzer bir sistem kabul edilmiştir. Ancak SMK'da yapılan coğrafi işaretlere ilişkin düzenlemelerin bir alt hukuk normu olan Tebliğ'lerde daha farklı bir içerik ve kapsamda düzenlenmiş olması, söz konusu Tebliğ'lerdeki düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığına ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

AB ve Türk hukukunda menşe adının ve mahreç işaretinin tescil edilebilme şartları arasındaki bu farklılıklar, uygulamada büyük bir önem arz etmektedir. Zira Türkiye'de tescil edilmiş olan menşe adının ve mahreç işaretinin birçoğu için AB'de de tescil başvurusunda bulunulmaktadır. AB'de tescil edilecek menşe adlarının ve mahreç işaretlerinin AB hukukunda aranan şartlara sahip olması gereklidir. Bu sebeple Türkiye'de tescil edilecek olan menşe adının ve mahreç işaretlerinin SMK hükümlerine aykırı olamamak kaydıyla AB düzenlemelerine uygun bir şekilde yapılması, AB'de yaşanacak tescil süreçlerinde yaşanacak problemleri asgariye indirecek ve tescil süreçlerini hızlandıracaktır.

KAYNAKÇA

Altuğ, Yılmaz & **Yasan**, Mustafa (2003), 'Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni', Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul, Alkım Yayınevi, s. 139-150.

Oğuz, Arzu (2009), 'Bir Sınaî Hak Türü Olarak Coğrafi İşaretlerin Korunması', Legal Fikri ve Sınaî Haklar Dergisi, S. 19, C. 5, s. 565-580.

Becker, Tilman (2002) Bedeutung und Nutzung geschützter Herkunftsangaben, <https://www.uni-hohenheim.de/fileadmin/einrichtungen/marktlehre/Forschung/ Herkunftsangaben/Gutachten_Herkunftszeichen.pdf> s.e.t. 01.08.2020.

Berksoy, İrem (2016), 'Vergi Güvenliğinin İki Boyutu: Yasallık İlkesi Karşısında Meşru Güven İlkesi', Journal of Life Economics, S. 1, C. 3, s. 71-92.

Blakeney, Michael (2019) The Protection of Geographical Indications, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar Publishing Limited.

Bozbel, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Bozgeyik, Hayri (2009), 'Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi (Antep Baklavasının Coğrafi İşaret Olarak Tescili Üzerine)', Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 2, C. 9, s. 9-21.

Çelik, Halil Uğur (2019) Gastronomide Şarabın Yeri ve Önemi Bir İşletme Örneği, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Turizm İşletmeciliği, Anabilim Dalı Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi

Çolak, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Gündoğdu, Gökmen (2006) Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul, Beta Yayınları.

v. Falckenstein, Vogel, Designgesetz. Eichmann, Helmut & von Falckenstein, Vogel & Kühne, Marcus (Editör) (2015), München, C.H. Beck Verlag.

Fezer, Karl-Heinz (2009) Markenrecht. München, C.H. Beck Verlag.

Härtel, Ines (2014), 'Geografische Herkunftsangaben als Rechtsgut – das Schutzsystem der EU für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel'. Przegląd Prawa Rolnego (Agricultural Law Review), S. 15, C. 2, s. 175-198.

Heine, Joachim Friedrich (1993), 'Das neue gemeinschaftsrechtliche System zum Schutz geographischer Bezeichnungen', GRUR, s. 96-103.

Knaak, Roland (2006), 'Gemeinschaftsweiter Schutz der Bezeichnung "Feta" für Erzeugnisse aus Griechenland', ZLR, C. 1, s. 59-66.

Mantrov, Vadim (2014) EU Law on Indications of Geographical Origin: Theory and Practice, Cham & Heidelberg & New York & Dordrecht & London, Springer.

May, Sarah & **Sidali**, Katia Laura & **Spiller**, Achim & **Tschofen**, Bernhard, 'Geographische Herkunftsangaben. Schutzinstrument der Europäischen Union für regionale Spezialitäten', Kultur als Eigentum: Instrumente, Querschnitte und Fallstudien. Groth, Stefan & Bendix, Regina F. & Spiller, Achim (Editör) (2015), Göttingen, Göttingen University Press.

Özgür, Didem (2011) Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği'ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması. İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Birliği Anabilim Dalı, Avrupa Çalışmaları Programı, Yayımlanmamış Doktora Tezi (Kısaltma: Özgür, Coğrafi İşaretler, s.).

Özgür, Didem (2015), 'Avrupa Birliği Hukukunda Alkollü Sert İçkilerin Üzerindeki Coğrafi

İşaretlerin Korunması', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. 16, s. 3507-3534 (Kısaltma: Alkollü İçkiler Üzerindeki Coğrafi İşaretler).

Ramírez, Cecilia A. León (2007) Der Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel nach der Verordnung (EG) Nr. 510/2006, Göttingen, Nomos Verlag.

Rathke, Kurt-Dietrich (2018), Lebensmittelrecht, W. Zipfel & K. D. Rathke (Editör), München, Verlag C.H. Beck.

Rauffus, Gunnar (2010) Der internationale Schutz geografischer Herkunftsangaben, Sipplingen, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.

Ruhl, Oliver (2010) Gemeinschaftsgeschmacksmuster. Köln, Carl Heymanns Verlag.

Schoene, Volker (2014), 'Gattungsbezeichnung in der Verordnung 1151/2012 – Beweislast, Beweisanforderungen und Gutachterkosten', GRUR, C. 7, s. 641-644.

Schulteis, Thomas (2020), BeckOK Markenrecht, Kur, Annette & v. Bomhard, Verena & Albrecht, Friedrich (Editör), München, Verlag C.H. Beck.

Suluk, Cahit, Fikri Mülkiyet Hukuku, Suluk, Cahit & Karasu, Rauf & Nal, Temel (Editör) (2020), Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Yıldız, Burçak (2007), 'Coğrafî İşaretlere ve Coğrafî Köken Gösteren Diğer İşaretlere İlişkin Olarak Uluslararası Sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı ile Bu Kavramların Hukukumuza Uyarlanması Sorunu', Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 4, C. 7, s. 33-95 (Kısaltma: Yıldız, Coğrafi İşaret Kavramı, s.).

Yıldız, Burçak (2008), 'WIPO'nun Coğrafî İşaret Hukuku Alanındaki Faaliyetleri ile Paris, Madrit ve Lizbon Sözleşmelerinde Coğrafî Köken Gösteren İşaretlere İlişkin Düzenlemeler', Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 1, C. 8, s. s. 35-99.

Yıldız, Burçak (2008), '510/2006 Sayılı Tüzük'teki Düzenlemeler Işığında Avrupa Birliği Hukukunda Tarım Ürünleri ve Gıda Maddeleri Üzerindeki Menşe Adları ile Coğrafî İşaretlerin Korunması', Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, S. 2, C. 8, s. 11-75 (Kısaltma: Yıldız, 510/2006 Sayılı Tüzük, s.).

Yıldız, Burçak (2018), 'Sınaî Mülkiyet Kanunu Açısından Geleneksel Ürün Adları' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, C. 9, s. 27-60 (Kısaltma: Yıldız, Geleneksel Ürün Adları, s.).

Zappalaglio, Andrea & **Guerrieri**, Flavia & **Carls**, Suelen (2020). 'Sui Generis Geographical Indications for the Protection of Non-Agricultural Products in the EU: Can the Quality Schemes Fulfil the Task?', IIC, C. 51, s. 31–69.

BONODA LEHTARIN DÜZENLEYEN LEHİNE AVAL VERİP VEREMEYECEĞİ HUSUSUNDA BİR DEĞERLENDİRME*

AN ASSESSMENT OF WHETHER THE BENEFICIARY OF THE PROMISSORY NOTE CAN GIVE AVAL IN FAVOR OF THE DRAWER

Dr. Öğr. Üyesi Ebru TÜZEMEN ATİK **

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun bonoda uygulanacak poliçe hükümlerine dair 778. maddesinde, düzenleyenin aynı zamanda lehtar olabileceğine ilişkin 673. maddesine atıf yapılmamıştır. Çünkü bir senedin bono sayılabilmesi, bir borç ikrarını içermesine bağlıdır. Bu kapsamda bonoda düzenleyen aynı zamanda lehtar olamaz; aksi hâlde bono geçersiz olacaktır. Buradan yola çıkarak, bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval verip veremeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Konuya öğretide yeterince değinilmemiş olmakla birlikte, Yargıtay'ın bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval veremeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır. Oysa aval, kambiyo hukukuna özgü, bağımsız bir kambiyo taahhüdüdür. Bu çalışmada, bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval vermesinin mümkün olup olmadığı, kanuni düzenlemelerden hareketle belirlenmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *kıymetli evrak, düzenleyen, bono, aval, avalist, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi.*

ABSTRACT

In the 778th article of the Turkish Commercial Code no. 6102 regarding the articles of bill of exchange to be applied to the promissory note, a reference to the article 673, which states that the drawer can also be the beneficiary, has not been made. Because for a bill to be considered as a promissory note, it depends on whether it contains a debt acknowledgment. In this context, the drawer of the promissory note can not be the beneficiary at the same time; otherwise, the promissory note will be invalid. Based on this, the question arises whether the beneficiary of the promissory note will be able to give aval in favor of the drawer. Although the subject has not been analyzed sufficiently in the doctrine, the Supreme Court has decisions stating that the beneficiary of the promissory note can not give aval in favor of the drawer. Whereas aval is an independent exchange commitment specific to law of exchange. In this study, it is attempted to determine whether it is possible for the beneficiary of the promissory note to give aval in favor of the drawer, based on legal regulations.

Keywords: *negotiable instruments, drawer, promissory note, aval, the giver of the aval, confusion of debts.*

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 02.11.2020 / Kabul Tarihi: 29.12.2020).

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ebru.atik@selcuk.edu.tr, ebrutuzemen@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4463-3806).

I. GİRİŞ

Bononun (emre yazılı senet), düzenlenmesindeki kolaylık, tedavül kabiliyeti, kambiyo senetlerine mahsus takibe konu edilebilmesi ve kredi vasıtası olarak kullanılabilmesi gibi nedenlerle uygulamada en sık başvurulan kambiyo senedi türü olduğu gözlemlenmektedir. Öyle ki, hukuki açıdan *"senet"* ifadesi birçok farklı anlamda kullanılabilirken[1], günlük hayatta *"senet vermek"* ifadesi ile çoğu kez bono verilmesi kastedilir olmuştur. Bonoya ilişkin esasların tereddütten uzak bir biçimde ortaya konulması, bu denli yaygın ve kamu itimadını mazhar bir ticari senet olması karşısında oldukça önemlidir.

Türk hukukunda bonoya ilişkin düzenlemeler, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun *"Kıymetli Evrak"*a ilişkin üçüncü kitabının *"Kambiyo Senetleri"* başlıklı dördüncü kısmının ikinci bölümünde yer almıştır. Türk Ticaret Kanunu sistematiğinde bonoya ilişkin olarak sadece dört maddeye (TTK m. 776-779) yer verilmiş olup, bunlardan biri de poliçeye atıf yapılan TTK m. 778 düzenlemesidir. Türk ticari hayatında neredeyse hiç pratiğe sahip olmayan poliçe hakkında ise yüz beş madde öngörülmüştür (TTK m. 671-775).

İlk bakışta pek de anlamlı gözükmeyebilecek olan bu durum, 19.05.1931 tarihli Kambiyo Senetlerine İlişkin Birlik Anlaşması[2] *(Cenevre Birlik Anlaşması/CBA)* ile getirilen esasların iç hukukta da etkinleştirilmesiyle, uluslararası alanda yeknesak bir kambiyo senetleri sistemine dahil olma gayesine dayanmaktadır. Öyle ki Cenevre Birlik Anlaşması, uluslararası alanda yeknesak bir kıymetli evrak hukuku sistemi sağlamak amacıyla anlaşmaya taraf ülkelerin kıymetli evraka ilişkin düzenlemeleri birleştirme hareketleri neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda milletlerarası alanda geçerli bir kıymetli evrak sistemine dahil olma niyeti ile Türk hukukunda poliçeye atfen yapılan düzenlemeler makul gözükmektedir[3].

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun poliçe ve dolayısıyla bonoya ilişkin hükümleri, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na nazaran, birkaç düzenleme dışında önemli bir değişiklik göstermemiştir. Buna rağmen yıllardır var olan bu kuralların somut uyuşmazlıklara uygulanmasında farklı yorum ve çelişkilerin ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Bu çelişkili noktalardan biri de bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval veremeyeceğine ilişkin Yargıtay kararlarıdır. Böyle bir hâlde senedin bono vasfını kazanamayacağı şeklindeki kararlar, kanunda bunca yıldır yer alan aval gibi kurumların dahi halen yeterince anlaşılamadığı izlenimini ortaya çıkarmaktadır. Aşağıda, bu izlenimleri izah edebilmek üzere öncelikle bonoda düzenleyenin aynı zamanda lehtar olamayacağı esası üzerinde durulacaktır. Daha sonra bonoda lehtarın keşideciye aval verip veremeyeceği meselesi, konunun pratik önemi dikkate alınarak Yargıtay kararları ve öğretideki açıklamalar kapsamında ele alınacaktır.

---

[1] En geniş anlamda senet, bilgi verme amacı dışında da yazılmış olabilir. Buna karşılık dar anlamda senet, senedi yazanın düşüncelerini, iradesini bir veya birden çok kimsenin bilgisine sunmak için düzenlenir. Klasik anlayışa göre senet, yazı yazmaya elverişli bir cismi ifade ederken, modern anlayışa göre CD, USB, mail metni ve sanal ortamlar gibi veri taşıyıcıları da senet kapsamında değerlendirilebilir. Bkz. **Bahtiyar**, Mehmet (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Beta, s. 1; **Kendigelen** (**Kendigelen**, Abuzer/ **Kırca**, İsmail (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha), s. 4-5, N. 11-13; **Öztan**, Fırat (1997) Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 14-20.

[2] *Convention Providing a Uniform Law For Bills of Exchange and Promissory Notes,* Geneva, 1930, The League of Nations.

[3] Cenevre Birlik Anlaşması, Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanmış ve ancak TBMM'de uygun bulma işleminin tamamlanmaması nedeniyle yürürlüğe girmemiştir. Buna karşılık Anlaşmayı temel alan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationenrecht/OR*) kıymetli evraka ilişkin hükümlerinin mülga 6762 sayılı TTK hazırlanırken kaynak alınmasıyla ülkemizde de bu yeknesaklık sağlanmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun gerekçesinde ise bu kez, İsviçre Borçlar Kanunu'nun değil, (onun da kaynağı olan) 19.05.1931 tarihli[3] Kambiyo Senetlerine İlişkin Birlik Anlaşması'nın (*Cenevre Birlik Anlaşması/CBA*) asıl kaynak olarak tercih edildiği ifade edilmiştir.

II. BONODA DÜZENLEYENİN AYNI ZAMANDA LEHTAR OLAMAYACAĞI ESASI

Türk Ticaret Kanunu'nun 776/1-e düzenlemesi uyarınca bono, *"Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını"* içermelidir. TTK m. 777/1 kapsamında bu unsur, bonoda bulunması zorunlu (esaslı) unsurlardandır. Lehtarın *(Wechselnehmer)* adı unsurunun bulunmadığı bir senet bono niteliğinde sayılmaz. Bunun sonucu olarak, hamiline yazılı ya da lehtar hanesi boş bırakılarak bono düzenlenmesi mümkün değildir.

Bononun şeklen geçerli bir biçimde ortaya çıkması bakımından, lehtarın gerçekte mevcut bir kimse olması, hayatta olması ya da tüzel kişi ise faaliyette olması aranmaz. Bononun, *"fiilen mümkün"*[4] ve *"lehtarın kimliğini belirlemeye elverişli"*[5] bir adı (adı soyadı/ticaret unvanı/kuruluş senedinde belirtilen adı) içermesi kaydıyla, gerçekte mevcut olmayan (hayali) bir kimse lehine düzenlenmesi de mümkündür[6]. Az önce izah edildiği üzere, Türk Ticaret Kanunu'nda asıl olarak poliçe etraflıca düzenlendikten sonra bono açısından bu hükümlerin tekrarı yerine, uygun düştüğü ölçüde poliçeye ilişkin hükümlere atıf yapmakla yetinilmiştir. Bu hâlde bonoya ilişkin, özel olarak ve son derece sınırlı şekilde yer verilen düzenlemeler (TTK m. 776-777 ve 779) dışında kalan hususlarda TTK m. 778 atfı kapsamında bononun unsurlarına ilişkin olarak da, uygun düştüğü ölçüde poliçe hükümlerinden hareket etmek gerekmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda, poliçenin kimin lehine düzenlenebileceği hususunda özel bir düzenleme sevk edilmiştir. Buna göre Türk Ticaret Kanunu'nun *"Düzenleyenin aynı zamanda muhatap veya emrine ödenecek kişi olması"* kenar başlıklı 673. maddesi (eTTK m. 585) uyarınca, *"Poliçe bizzat düzenleyenin emrine yazılı olabileceği gibi, bizzat düzenleyen üzerine veya bir üçüncü kişi hesabına da düzenlenebilir"*[7]. Buna göre düzenleyen, poliçede kendini lehtar ya da muhatap olarak gösterebilir. Nitelikli havale olarak nitelendirilen[8] poliçede düzenleyen, böyle bir durumda hem havale alıcısı hem de havale eden konumunda olacaktır. Ancak üç taraflı bir hukuki ilişki olan poliçede, havale ödeyicisi olan kabul etmiş muhatap da bu ilişkinin tarafları arasındadır. Böylece düzenleyen, kendi lehine bir poliçe keşide etmek suretiyle de poliçenin özelliklerinden yararlanabilmekte; bu üçlü ilişkide her halükârda bir başka kimse daha -ismen de olsa- yer almaktadır[9].

---

4 **Çamoğlu**, Ersin (2020) Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 102; **Hueck**, Alfred/ **Canaris**, Claus-Wilhelm (1986) Recht der Wertpapiere, 12. neu bearbeitete Auflage, München, Verlag Vahlen, s. 64-65; **Kendigelen (Kırca)**, s. 129, N. 272 ve s. 173, N. 360; **Kınacıoğlu,** Naci (1999) Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Nobel, s. 109; **Ulmer**, Eugen (1938) Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart/Berlin, Kohlhammer, s. 192. Poliçede muhatap ve ödeme yeri unsurları bakımından bkz. **Meier-Hayoz,** Arthur/ **von der Crone**, Hans Caspar (2018) Wertpapierrecht, 3. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, N. 509 ve N. 515.

5 **Kınacıoğlu**, s. 108; **Öztan**, 1997, s. 458; **Öztan**, Fırat (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 80.

6 **Hueck/Canaris**, s. 64-65; **Öztan**, 1997, s. 464; **Öztan**, 2019, s. 82.

7 673. maddenin gerekçesine göre, *"Kaynağı CBA m. 3 olan ve üç fıkradan oluşan bu madde, 6762 sayılı Kanunda, üç fıkrayı da içerecek şekilde bir fıkrada ifade edilmiştir. İsv. BK m. 993, Alm. Kamb. SK'da da madde üç fıkradan meydana gelmiştir. Tasarı metni, 6762 sayılı Kanunun 585 inci maddesini aynen yansıtmaktadır"*. Belirtmek gerekir ki, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda hükmün kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu (OR) olarak gösterilmişken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu gerekçesinde kuralın, asıl kaynağı olan CBA'dan alındığı açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte gerek İsviçre doktrin ve uygulamasında gerekse uluslararası birleştirme hareketlerinde Alman Hukukunun yoğun etkisi bulunmaktadır. Öte yandan Cenevre Birlik Anlaşması'nın 3. maddesi; *"A bill of exchange may be drawn payable to drawer's order. It may be drawn on the drawer himself. It may be drawn for account of a third person" (Bir poliçe keşidecinin emrine düzenlenebilir. Keşidecinin kendisi üzerine düzenlenebilir. Bir üçüncü kişi hesabına düzenlenebilir)* şeklindedir. Esasen hükmün alınması sırasında bu üç cümle birleştirilerek tek bir cümle ile ifade edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 993. maddesinde (OR, Art. 993) hüküm üç fıkrada ele alınmıştır.

8 **Poroy**, Reha/ **Tekinalp**, Ünal (2019) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 151-152, N. 178.

9 Henüz kabul edilmemiş bir poliçenin tedavülü güçleşmektedir. Bu nedenle bir kimsenin kendi lehine poliçe düzenleyerek bunun üzerine kabul şerhi alması hâlinde senedin tedavülü son

Bonoya uygulanacak poliçe hükümlerinin sayıldığı TTK m. 778'de, düzenleyenin aynı zamanda muhatap ya da lehtar olmasına cevaz veren 673. madde hükmüne atıf yapılmamıştır. Bunun sonucu olarak bonoda düzenleyenin, kendi lehine; yani lehtar olarak kendisini göstermek suretiyle bono düzenlemesi mümkün değildir. Benzer şekilde, düzenleyen bir üçüncü kişi hesabına da bono düzenleyemez[10]. Bir kimse kendi lehine kambiyo senedi düzenlemek suretiyle emre yazılı senetlerin tedavül yeteneğinden yararlanmak istiyorsa bunun için poliçe yahut -imkân varsa- çek düzenlemesi gerekecektir[11].

Düzenleyenin kendi emrine yazılı bir senedin akıbetinin nasıl olacağı hakkında, bono açısından uygulanabilir bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türk hukuk öğretisinde[12] ve uygulamada[13] haklı olarak, düzenleyeni ve lehtarı

derece kolaylaşmaktadır. Bkz. **Arslanlı**, Halil (1954) Ticari Senetler Dersleri, 3. Baskı, Ankara, İsmail Akgün Matbaası, s. 62.

[10] Söz konusu düzenlemede poliçeye atıf yapılmaması kanun koyucunun bir kimsenin üçüncü bir kimse hesabına borç vaadinde bulunmasını uygun bulmamasından kaynaklanmaktadır. Bkz. **Tuna**, Ergun/ **Göç Gürbüz**, Diğdem (2018) Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak, İstanbul, Beta, s. 258.

[11] Çeke uygulanacak poliçe hükümlerine ilişkin TTK m. 818/1-a düzenlemesinde *"Düzenleyenin bizzat kendi emrine, kendi üzerine ve üçüncü kişi hesabına düzenlendiği poliçeler hakkındaki 673 üncü madde"*ye atıf yapılmıştır. Söz konusu hükmün uygulanması bakımından çekte muhatabın yalnız bir banka olabileceği (TTK m. 782/1), diğer bir kişi üzerine düzenlenen çekin yalnız havale hükmünde olacağı (TTK m. 782/2) gözden uzak tutulmamalıdır. Çeke ilişkin böyle bir atfın bulunmadığı mülga 865 sayılı TK döneminde dahi, poliçenin bizzat lehtar üzerine ya da bir üçüncü kişi hesabına düzenlenebileceği yönündeki hükmün (mülga 865 sayılı TK m. 529) çekler hakkında da uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. **Arslanlı**, s. 63. Mülga 6762 sayılı TTK'nın 730/1. maddesinde de çeke ilişkin olarak, keşidecinin bizzat kendi emrine, kendi üzerine ve üçüncü şahıs hesabına keşide edilen poliçe hakkındaki 585. maddeye atıf yapılmıştır. Çekte düzenleyenin aynı zamanda lehtar olması hâlinde ise çek uygulamasına ilişkin birtakım sorunlarla karşılaşılması muhtemeldir. Örneğin, bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutara ilişkin sorumluluğunun lehtar konumundaki düzenleyene karşı devam edip etmeyeceği ve karşılıksız çek hükümlerinin tatbik kabiliyeti gibi hususlarda çelişkiye düşülebilir. Bir banka tarafından kendi üzerlerine ya da bir başka bankaya hitaben düzenlenen çekler ise *"banka çeki"* olarak adlandırılır. Banka çeklerinin geçerli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bkz. **Domaniç**, , Hayri (1990) Kıymetli Evrak Hukuku, TTK Şerhi IV, İstanbul, Temel Yayınları, s. 583; **Teoman,** Ömer (1994) 'Banka Çekleri' Hukuken Çek midir?", İÜHFM, C. 54, S. 1-4, s. 261-267; **Pulaşlı**, Hasan (2019) Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Ankara, Adalet, s. 289, § 25, N. 11.

[12] **Arslanlı**, s. 63; **Bahtiyar**, s. 122; **Bozer/Göle**, s. 204; **Can**, s. 137; **İmregün**, s. 115; **Kendigelen (Kırca)**, s. 173, N. 361; **Karayalçın**, s. 313; **Kınacıoğlu**, s. 248; **Öztan**, 1997, s. 987; **Öztan**, 2019, s. 209; **Poroy/Tekinalp**, s. 163, N. 203a ve s. 304, N. 416; **Pulaşlı**, s. 252, § 22, N. 14; **Tuna/Göç Gürbüz**, s. 258; **Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 145. Alman hukukunda da bu yönde görüş bildiren yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **Quassowski/Albrecht**, Art. 75, Anm. 7. Ancak genel eğilim aksi yöndedir. Bkz. **Jacobi**, Ernst (1956) Wechsel- und Scheckrecht, Berlin, Walter de Gruyter & Co, s. 412-413; **Staub**, Hermann/ **Stranz**, Martin (1934) Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, Art. 75, Anm. 5; **Knur,** Alexander/ **Hammerschlag**, Karl (1949) Kommentar zum Wechselgesetz unter besonderer Berücksichtigug der Rechtsprechung, Bonn, Humboldt-Verlag, Art. 75, Anm. 2, **Ulmer**, s. 284. Ayrıca bkz. **Karayalçın**, Yaşar (1970) Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 313, dn. 27 ile **Kınacıoğlu**, s. 248, dn. 4'te anılan diğer yazarlar.

[13] *"6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 778. maddesi 673. maddesine atıf yapmadığından, bir kimse poliçelerde olduğu gibi kendi emrine bono tanzim edemez, diğer bir anlatımla bonoyu tanzim eden, kendisini lehtar göstererek bono düzenleyemez. Dolayısıyla bir kimse poliçede olduğu gibi kendi emrine bono tanzim edemez. Zira, poliçedeki keşideci ile bonodaki keşideci aynı konumda olmayıp; poliçede kabul eden muhatap, bonodaki keşideci durumundadır.*

Somut olayda; takip dayanağı senedin keşidecisinin borçlu ...olduğu, lehtarının ise "... İnş. Taah ve Tic." olduğu, senet arkasında lehtar adına yapılan ciroda "... İnşaat Taahhüt ve Ticaret" ibaresinin olduğu, senedin lehtar kısmında yer alan ibarenin, keşideci ...'dan ayrı bir tüzel kişilik olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, takip dayanağı senedin keşidecisi ve lehtarı aynı kişi olup, senette alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmiştir.

O halde, mahkemece, takip dayanağı senedin kambiyo senedi vasfına haiz olmadığı gerekçesi ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir" Y. 12. HD., 22.02.2016, E. 2015/28023, K. 2016/4621 (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı, s.e.t. 12.10.2020). Aynı yönde bkz. Y. 12. HD., 19.12.2017, E. 2016/25336, K. 2017/15832 (Lexpera); Y. 12. HD., 13.01.2015, E. 2014/33175, K. 2015/408; Y. 12. HD., 30.05.2013, E. 2013/11003, K. 2013/20130; Y. 12. HD., 31.10.2012, E. 2012/13034, K. 2012/30964; Y. 12. HD., 04.03.2003, E. 2003/3050, K. 2003/7229; Y. 12. HD., 18.10.1999, E. 1999/11353, K. 1999/12445 (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı, s.e.t. 12.10.2020); Y. 12. HD., 16.11.2011, E. 2011/6611, K. 2011/22377 (**Eriş**, Gönen (2014) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Ankara, Seçkin, s. 152-153, N. 3); Y. 12. HD., 12.12.2006, E. 2006/20729, K. 2006/2355 (Bkz. **Moroğlu**, Erdoğan/ **Kendigelen**, Abuzer (2014) İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s. 673 ve orada anılan diğer kararlar). Ayrıca bkz. **Kendigelen (Kırca)**, s. 173, N. 361, dn. 383'te anılan kararlar. İstinaf mahkemeleri tarafından da bu yönde verilen kararlara rastlamak mümkündür. Bkz. İstanbul BAM, 2. HD., 14.02.2019, E. 2019/119, K. 2019/186 (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı, s.e.t. 12.10.2020).

aynı olan bir senedin bono vasfını taşımayacağı ittifakla kabul edilmektedir. Zira düzenleyeni ve lehtarı aynı kimse olan bir senet, geçerli bir ödeme vaadini içermemesi nedeniyle bono vasfını kazanamayacaktır (TTK m. 776/1-e, 777/1).

TTK m. 778'de 673. maddeye atıf yapılmamasının hükmün unutulmasının sonucu mu olduğu yoksa bilinçli bir tercih mi olduğu sorusu akla gelebilir. Bu noktada hemen söz konusu durumun bilinçli ve isabetli bir tercihin ürünü olduğunu belirtmek gerekmektedir. Öyle ki, nitelikli havale vasfındaki poliçeden farklı olarak bono (emre yazılı senet), bir borç ikrarını içermektedir.

Kaldı ki Cenevre Birlik Anlaşmasının, bonoya uygulanacak poliçe hükümlerinin sayıldığı 77. maddesinde TTK m. 673'ün mehazı 3. maddeye atıf yapılmamıştır. Benzer şekilde İsviçre Borçlar Kanunu'nun, Türk Ticaret Kanunu'nun 778. maddesine karşılık gelen 1098. maddesinde de, 673. maddeye karşılık gelen 993. maddeye atıf bulunmamaktadır. TTK m. 778 düzenlemesi bu yönüyle, mehaz düzenlemelerle uyumludur.

Bono, düzenleyen tarafından çoğu kez lehtara olan borcunun ikrar edilmesiyle, kredi vasıtası olma özelliğinden faydalanmak amacıyla düzenlenmektedir. Temel ilişkiden soyut nitelikteki bu ilişkide bono, *"kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadini"* içermelidir (TTK m. 776/1-b).

Düzenleyenin kendini lehtar olarak göstereceği bir bono ile bir *"ödeme vaadi"*nde bulunması mümkün değildir[14]. Çünkü böyle bir durum, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu şekilde bir borç ikrarını ve geçerli bir ödeme vaadini içermeyen bir senette yer alan ödeme vaadi henüz doğuştan anlamsızdır[15].

Bonoda düzenleyen ile lehtarın aynı kimse olmayacağı esası, poliçe ile bono arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Poliçede muhatap, kabul ile birlikte poliçenin asıl borçlusu hâline gelir (TTK m. 764/2). Senedin kabul edilmemesi hâlinde ise muhatap, senedin asıl borçlusu hâline gelmeyeceği gibi düzenleyen de asıl borçlu olarak değerlendirilemez; poliçede düzenleyen başvuru (müracaat) borçluları arasındadır.

Bono ise iki taraflı bir hukuki ilişki olup, belirli bir meblağın kayıtsız şartsız ödenmesi vaadini içerir. Kabul kurumunun söz konusu olmadığı bonoda, asıl borçlu düzenleyendir. Böylece bonoda ve poliçede düzenleyenin konumları birbirinden farklıdır. Zira bonoda düzenleyen asıl borçlu iken poliçede düzenleyen başvuru borçluları arasındadır.

Asıl borçlu olması nedeniyle, bonoda düzenleyen ile poliçede kabul etmiş muhatabın konumu eş değerdir. Bu husus kanunda açıkça düzenlenmiştir. TTK m. 779/1 uyarınca, "*Bir bonoyu düzenleyen kişi, tıpkı bir poliçeyi kabul eden gibi sorumludur*".

Poliçede kabul etmiş muhatabın ve bonoda düzenleyenin asıl borçlu olarak nitelendirilmesinin birtakım sonuçları bulunmaktadır: Buna göre, asıl borçluya başvuru için protesto düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır (TTK m. 730/1). Bunun gibi ihbar yükümlülüğü de (düzen şartı) yalnız başvuru borçlularına karşı söz konusu olduğundan, asıl borçluya karşı ihbar yükümlülüğü (TTK m. 723, 778/1-d) bulunmamaktadır. Asıl borçlunun, senet sorumluları arasındaki sorumluluk zincirinde, kendisinden önce başvurabileceği (rücu edebileceği) kimse bulunmamaktadır.

[14] Öğretide de bu doğrultuda, kendi kendine ödeme vaadinde bulunmanın, kendi kendine ödeme emri verip kabul etmekle aynı şey olacağı; bu nedenle söz konusu düzenlemenin mantıki olduğu haklı olarak belirtilmiştir. Bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 304, N. 416.

[15] *Karayalçın*'a göre bu sonuca *"bir dereceye kadar"* farklı bir yolla ulaşılması da mümkündür. Yazara göre, *"…bizzat keşideci üzerine çekilen poliçe (trassiert eigener Wechsel) iktisadî bakımdan ihdas eden emrine yazılmış bir bono gibidir. Fakat bu gibi hallerde hukuken bono değil, poliçe mevcuttur… Kaldı ki, "…ödeyiniz" ibaresi havale dolayısıyle de bono sayılamaz"* **Karayalçın**, s. 313, dn. 27.

Poliçe ve bonoda asıl borçluya başvuru için uygulanacak zamanaşımı da farklıdır (TTK m. 749/1, 778/1-h). Öte yandan senedin zıyaı nedeniyle iptali hâlinde senetten ayrılan hak, iptal kararı ile yalnız asıl borçluya karşı ileri sürülebilir hâle gelir; başvuru borçlularına karşı ileri sürülemez (TTK m. 764/2, 778/1-ı). Bu sonuç, düzenleyen lehine aval veren kimse bakımından da geçerli kabul edilmelidir[16].

Bu tür bir senedin ciro edilmesi suretiyle de lehtar unsurundaki eksikliğin giderilmesi mümkün değildir[17]. Düzenleyeni ile lehtarının aynı olması nedeniyle batıl olan bononun lehtar unsurundaki eksiklik, tüm senet sorumlularının onayı (parafı) ile düzeltilebilir. Senette lehtar olarak geçerli bir ad yazılmış ve fakat bu değişiklik senet sorumluları tarafından paraflanmamış ise bononun geçersizliği sonucu ortadan kalkmayacaktır[18]. Çünkü senet üzerinde tahrifat yapılması hâlinde, senedin onaylanmamış değişiklikten önceki hâline göre değerlendirilmesi gerekir (TTK m. 748/1). Böyle bir hâlde senette değişikliğe gitmek yerine, unsurları tam olan yeni bir senet düzenlenmesi çoğu kez daha pratik bir çözüm olacaktır.

Düzenleyeni ile lehtarı aynı olan senedin, bono olarak nitelendirilmemesi karşısında bir başka hukuki işlem olarak geçerli kabul edilip edilmeyeceği hususu ise belirsizdir. Böyle bir durumda senedin borç ikrarını içeren bir adi senet olarak değerlendirilmesi de güçtür. Ancak varsa senet üzerindeki diğer imza sahipleri açısından ve taraflar arasındaki iç ilişkiye esas olmak üzere bir başka türde hukuki işlem olarak geçerli kabul edilmesi söz konusu olabilir.

Söz konusu geçersizlik karşısında şeklen düzgün bir kambiyo senedi vücut bulmadığından senet üzerine imza atan diğer imza sahiplerinin kambiyo taahhütlerinin de geçersizliği sonucu ortaya çıkacaktır. Bu hâlde TTK m. 677 düzenlemesi uygulanamaz. Çünkü senette geçerli olmayan imzaların bulunmasına yönelik *"imzaların bağımsızlığı ilkesi"* (TTK m. 677) ancak şeklen geçerli bir kambiyo senedinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir. Burada ise şeklen geçerli bir bono söz konusu değildir. Bilakis bono, lehtar unsurundaki sakatlık dolayısıyla kambiyo senedi vasfını kazanamayacaktır. Şekli sakatlıkların senet metninden anlaşılan def'ilerden olması karşısında bu tür bir senedin iyiniyetle iktisabından da söz edilemez.

---

[16] Bkz. **Öztan**, 1997, s. 820; **Öztan**, 2019, s. 168. Ayrıca poliçede kabul etmiş muhatap ve onun lehine aval veren kimse dışındaki herkes, poliçeden dolayı borçlu olup olmadığına bakılmaksızın bir veya birden fazla poliçe borçlu lehine araya girerek ödeme ya da kabul gerçekleştirebilir (TTK m. 738/1; 778/1-e). Bkz. **Can**, Mertol (2015) Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 120.

[17] Bkz. **Kınacıoğlu**, s. 248; **Öztan**, 2019, s. 212. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kararlarında lehtar hanesine düzenleyenin adı yazılması nedeniyle geçersiz olan bir bononun ciro yoluyla devralınarak takip yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu hususta bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir: *"…lehtar ve keşideci sıfatı birleşen takip dayanağı belge bono niteliğinde olmadığından alacaklının bu senetlere dayanarak ciro yoluyla senedi eline geçirip takip yapmasına da yasal imkan yoktur. Çünkü bono vasfında bulunmayan belgedeki hakkın ancak alacağın temliki suretiyle devri mümkündür".* Y. 12. HD., 28.11.2006, E. 2006/22365, K. 2006/19212 (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı, s.e.t. 12.10.2020). Aynı yöndeki bir başka karara göre, *"Bonoyu düzenleyen kişi somut olayda da gözlendiği gibi şirket yetkilisi ile lehdar aynı kişi olduğundan kendisini lehdar olarak göstererek bono düzenleyemez. Eğer böyle bir şey mutlaka istiyorsa bu hususu poliçe düzenlemek suretiyle gerçekleştirebilir. Şu hale göre lehdar ve keşideci sıfatı birleşen takip dayanağı belge bono niteliğinde olmadığından alacaklının bu senetlere dayanarak ciro yoluyla senedi eline geçirip takip yapmasına da yasal imkan yoktur. Çünkü bono vasfında bulunmayan belgedeki hakkın ancak alacağın temliki suretiyle devri mümkündür"* Y. 12. HD., 28.11.2006, E. 2006/19212, K. 2006/22365 (**Ülgen** (**Ülgen**, Hüseyin**/ Helvacı**, Mehmet/ **Kaya**, Arslan/ **Nomer Ertan**, N. Füsun (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık), s. 145; Lexpera). Söz konusu kararlara ilişkin belirtmek gerekir ki, ciro görüntüsündeki bir devir beyanının alacağın temliki hükümlerine göre geçerli kabul edilmesine engel bulunmamaktadır. Ancak burada asıl sorun borç ikrarını havi olmayan senede bağlı bir hakkın mevcut olup olmamasıdır. Buradaki nitelemede hata olduğu anlaşılmaktadır.

[18] *"Somut olayda, takibe konu edilen senedin incelenmesinde, senedin lehtar kısmında "..." isminin çizildiği, bu düzeltmenin de paraf veya imza edilmediği, yanına "..." isminin yazıldığı, senedi düzenleyenin de ...olduğu görülmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, bir kimse kendi adına bono düzenleyemez. Bu durumda, HMK.nun 207. maddesi hükmü gereğince, senetteki düzeltmelerin borçlu (düzenleyen) tarafından paraf edilmesi gerekli olup, lehtar kısmındaki düzeltme paraf veya imza edilmediğinden geçerli kabul edilemeyeceğinden, dolayısıyla alacaklı ve borçlu sıfatı birleştiğinden, takip dayanağı belge, bono niteliğinde değildir"* Y. 12. HD., 10.12.2013, E. 2013/32165, K. 2013/39417 (Lexpera). Aynı yönde Y. 12. HD., 20.01.2010, E. 2009/18786, K. 2010/1172 (**Ülgen(Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 145).

Geçersiz bir senede dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus takibe girişilmesi hâlinde ise İİK'nın 170/a-2. maddesi gereğince, bu durumun re'sen nazara alınarak takibin iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

Birden fazla düzenleyeni olan bir bono açısından ise durum farklıdır. Bu şekildeki bir bonoda düzenleyenlerden birinin adının senede lehtar olarak yazılması durumunda, senedin bono vasfını haiz olmamasından değil; kendi lehine ödeme vaadinde bulunan kimsenin bu taahhüdünün geçersizliğinden söz etmek gerekir. Böyle bir durumda geçersizlik nedeni, kendi lehine ödeme vaadinde bulunan kimsenin taahhüdünün geçersizliğinden kaynaklanmaktadır.

Kanaatimizce böyle bir durumda, TTK m. 677'de yer alan imzaların bağımsızlığı ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Gerçekten de birden fazla düzenleyeni olan bonoda, düzenleyenlerden biri aynı zamanda lehtar ise bononun geçersizliğinden söz etmek yerine, geçerli olmayan imzanın bulunmasının diğer imzaların geçerliliğini etkilemeyeceği sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

Birden fazla düzenleyeni olan bir bonoda düzenleyenlerden birinin aynı zamanda lehtar olması durumu ise lehtar konumundaki düzenleyen tarafından ve herkese karşı ileri sürülebilecek bir senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'i olarak kabul edilebilir. Bir diğer ifadeyle bu gibi bir durumda lehtarın düzenleyen konumunda atılan imzası geçersiz ve fakat bono geçerli kabul edilmelidir. Çünkü böyle bir hâlde, senet üzerinde bono olmaya elverişli bir ödeme vaadinde bulunan başka düzenleyenler de bulunmaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, senette birden fazla imza bulunması hâlinde düzenleyen sıfatıyla imza atan lehtar dışındaki kimselerin aval veren (avalist) konumunda olup olmadığıdır.

TTK m. 702/2'de aval veren kişinin teminat altına aldığı borcun, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olması durumunda da aval verenin taahhüdünün geçerli olacağı düzenlenmiştir. Burada senetten anlaşılabilecek bir şeklî noksanın varlığı ve her şeyden evvel senedin geçersizliği nedeniyle aval taahhüdü de geçersiz olacaktır. Öyle ki, senet üzerinde şeklen geçerli sayılabilecek bir düzenleyen imzasının bulunmaması geçerli bononun ortaya çıkmasına engeldir. Bu noktadan sonra avalin geçerliliğinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Ancak bu noktada bononun ön yüzünde imzası bulunan lehtarın, düzenleyene aval için mi yoksa düzenleyen sıfatıyla mı sorumlu olduğu hususu önem arz etmektedir. Öyle ki bononun lehtarı aynı zamanda düzenleyen sıfatıyla imza atmış ise bono geçersiz olacakken, düzenleyen lehine aval vermesi -aşağıda inceleneceği üzere- bu sonucu ortaya çıkarmayacaktır.

III. BONODA LEHTARIN DÜZENLEYEN LEHİNE AVAL VERİP VEREMEYECEĞİ SORUNU

Aval *(Wechselbürgschaft)*, kambiyo senedinin ödeneceği hususunda verilen ve onun tedavülünü kolaylaştıran bir şahsi teminattır. Bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval verip veremeyeceğinin belirlenebilmesi için öncelikle bonoda kimlerin aval verebileceği üzerinde durmak gerekir. Ancak bonoda kimlerin aval verebileceğini belirtmeden önce kısaca kimlerin lehine aval verilebileceğine de değinmekte fayda bulunmaktadır.

A. LEHİNE AVAL VERİLEBİLECEK KİŞİLER

Bonoda kimin lehine aval verilebileceği hususunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Kambiyo senedi ile sorumluluk altına girmiş olan herkes lehine, hatta avalist lehine dahi aval verilebilir[19].

Bununla birlikte bir kimse lehine aval verilebilmesi, onun poliçe ilişkisine dâhil olmasına bağlıdır. Henüz poliçe/bono ilişkisine dâhil olmayan

[19] **Arslanlı**, s. 101; **Poroy/Tekinalp**, s. 221-222, N. 292; **Tuna/Göç Gürbüz**, s. 137; **Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 183.

yahut dâhil olmasına rağmen sorumluluk altına girmeyen bir kimse lehine aval verilemez[20].

Bir kimse lehine aval verilebilmesi için o kimsenin senet sorumlularından olması gerektiğine göre, sorumsuzluk kaydı koyan kimse lehine aval verilemez. Ancak bonoda düzenleyen, asıl borçlu olması nedeniyle sorumsuzluk kaydı koyamaz; bu kayıt yazılmamış sayılır (TTK m. 679, 778/2-e). Bu nedenle bonoda, düzenleyen lehine aval verilmesi her hâlde mümkün gözükmektedir.

B. TTK M. 700/2 KAPSAMINDA BONODA AVAL VEREBİLECEK KİŞİLER

Avalin kim tarafından verilebileceği ise, kanunda genel bir ifadeyle ve hiçbir sınırlamaya tâbi tutulmaksızın belirtilmiştir. Poliçede aval verebilecek kişilere ilişkin TTK m. 700/2 düzenlemesi, TTK m. 778/3 atfıyla bonolar hakkında da uygulanır. TTK m. 700/2 uyarınca aval, üçüncü bir kişi veya poliçede (ve dolayısıyla bonoda) imzası bulunan bir kişi tarafından da verilebilir. Buna göre üçüncü kişilerin yanı sıra bonoda imzası olabilecek düzenleyen, lehtar, ciranta gibi kimseler avalist olabilir.

Senedin asıl borçlusu konumunda bulunan bir kimsenin aval vermesinde pratik bir fayda bulunmamaktadır. Ancak poliçede kabul etmemeden sorumsuzluk kaydı koyan düzenleyenin yahut henüz kabul edilmemiş ya da kısmen kabul edilmiş bir poliçenin muhatabının aval vermesinin bir anlamı olabilir[21]. Bununla birlikte bir kimsenin kendi lehine poliçe düzenlemesi, özellikle bu kimsenin poliçeyi kabule arz etmesi ve kabul edilen poliçeyi tedavüle çıkarması imkânını elde etmesi bakımından elverişlidir[22].

Sözleşme ile borçlanmaya ehil olan bir kimse, kambiyo senetleri ile borçlanmaya da ehildir (TTK m. 670). Aval verenin ehliyeti de bu esas dahilinde belirlenecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, birden fazla kimsenin birlikte aval vermesi de mümkündür[23].

Söz konusu düzenlemeler kapsamında bonoda imzası bulunabilecek lehtarın da aval verebileceği özellikle belirtilmelidir. Zira ilk ciro lehtar tarafından yapılır[24]. Bu kapsamda emrine bono

---

[20] **Öztan**, İmzaların İstiklali, s. 392; **Poroy/Tekinalp**, s. 220, N. 291; **Pulaşlı**, Kıymetli Evrak, s. 210, § 15, 14; **Tuna/Göç Gürbüz**, s. 137. Bu noktada belirtmek gerekir ki, "açığa aval" suretiyle açık kambiyo senedi düzenlenmesi de mümkündür. Her ne kadar avalin geçerli olması, senette borçlu durumunda olan bir kimse lehine verilmesine bağlı olsa da açığa aval hâlinde bu eksiklik sonradan giderilebilir durumdadır. Açığa avalin mümkün ve geçerli olduğu yönünde bkz. **Arslanlı**, s. 101; **Baumbach**, Adolf/ **Hefermehl**, Wolfgang/ **Casper**, Matthias (2008) Wechselgesetz Scheckgesetz, München, Verlag C. H. Beck., Art. 10, Anm. 3, s. 140; **Bülow**, Art. 10, Anm. 5, s. 57; **Jacobi**, s. 479; Karayalçın, s 222; **Kınacıoğlu**, s. 131**; Poroy/Tekinalp**, N. 221, s. 174; **Quassowski**, Leo/ **Albrecht**, Erich (1934) Wechselgesetz vom 21 Juni. 1933, Berlin, Art. 10, Anm. 2, s. 72; **Öztan**, 1997, s. 798; **Tüzemen Atik,** Ebru (2019) Açık Kambiyo Senetleri, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 72. Bu noktada avalin geçerli olması bakımından önemli olan, lehine aval verilen kimsenin, senede bağlı hakkın dermeyan edildiği anda senet üzerinde (ve doldurma anlaşmasına uygun olarak) belirtilmiş olması ve bu kimsenin senede yabancı biri olmaması; yani senet sorumluları arasında yer almasıdır.

[21] **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal (2020) Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, Ankara, BTHAE, s. 180; **Kalpsüz**, Turgut (1975) Kıymetli Evrak, Kambiyo Senetleri Ders Notları, Ankara, Teksir, s. 94; **Karayalçın**, s. 221; **Öztan**, 1997, s. 796-797; **Öztan**, 2019, s. 82. Bu kapsamda öğretide, asıl borçlunun (poliçede kabul etmiş muhatap ile bonoda düzenleyenin) aval vermesinin munzam (ek) bir teminat teşkil etmeyeceği, çünkü bu kimselerin zaten borcun ödenmemesinden asıl olarak sorumlu oldukları belirtilmiştir. **Kınacıoğlu**, s. 207. Aynı yönde bkz. **İmregün**, Oğuz (2003) Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2003, Filiz Kitabevi, s. 80, dn. 123; **Karayalçın**, s. 221. Ancak dikkat edilecek olursa burada avalin geçersizliğinden değil, aval verenin senet üzerindeki asıl borçlu konumu nedeniyle bir ek teminat niteliği göstermemesinden bahsedilmektedir. Bu değerlendirme oldukça isabetlidir. Kanaatimizce, poliçede muhatabın, imza attığı tarihte ehliyetsiz bulunmasına rağmen aval verdiği sırada ehliyetli olması gibi bir ihtimalde bu taahhüdün bir anlamı da olabilir. Şeklen asıl borçlu konumunda olan bir kimsenin senette aval vermesinin somut olayın özelliklerine göre farklı neticeler ortaya çıkarması ihtimali mevcuttur.

[22] **Kınacıoğlu**, s. 109.

[23] **Bahtiyar**, s. 86; **Bozer/Göle**, s. 179; **Öztan**, 1997, s. 797.

[24] Lehtarın imzasından önce düzenleyen (ya da poliçede muhatap) tarafından atılan imzanın, arkasından lehtarın cirosunun yer alması kaydıyla, ilk cironun lehtar tarafından yapılacağı esasına aykırılık teşkil etmeyeceği çoğunlukla kabul edilmektedir. **Kendigelen (Kırca)**, s. 201-202, N. 433; **Poroy/Tekinalp**, s. 205, N. 270; **Öztan**, 1997, s. 585-586; **Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 179-180. Karş. **Bozer/Göle**, 115 vd. Bu konuda ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz. **Alışkan**, Murat/**Cankat**, Rifat (2017) Teori ve Uygulamada Kambiyo Senedinin Arka Yüzüne Lehtarın Cirosundan Önce

düzenlenen lehtar, ciro yoluyla devir hâlinde senede imza atmış olacaktır. Böylece bono üzerinde imzası bulunacak olan lehtar bonoda aval de verebilir. Ancak her hâlde üçüncü kişiler de bonoda aval verebilmektedir. Bu kapsamda, senet üzerinde imzası bulunsun ya da bulunmasın, bonoda lehtarın aval vermesi mümkündür.

C. BONODA LEHTARIN DÜZENLEYEN LEHİNE AVAL VERMESİNİN ÖNEMİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Bonoda lehtarın aynı zamanda düzenleyen olamayacağı ve fakat aval vermesinin mümkün olduğu az önce izah edilmiştir. Bu noktada temel mesele, lehtarın "düzenleyen lehine" aval vermesinin mümkün olup olmadığıdır. Senette imzası bulunan birinin aval vermesi çoğu kez anlamsız ve yararsızdır[25]. Ancak senette imzası olsun olmasın, bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi kıymetli evrak hukuku bakımından pratik önemi olan bazı sonuçlar doğurmaktadır.

TTK m. 778/3 atfıyla bonolar hakkında da uygulanacak olan TTK m. 702/1 hükmü uyarınca, aval veren, kimin lehine aval vermiş ise aynen onun gibi sorumlu olur. Kendisi için taahhüt altına girdiği kimse başvuru borçlularından ise aval veren de senette başvuru borçluları arasında sayılır.

Ciranta ya da avalist lehine aval verilmesi durumunda lehine aval verilen kimsenin başvuru borçlusu konumu TTK m. 702/1 kapsamında aval verene de sirayet etmektedir. Bu kapsamda, bonoda başvuru borçlusu konumundaki aval verene karşı başvuru hakkının korunabilmesi için, aksine bir kayıt (TTK m. 722/2, 778/1-d) bulunmadıkça, ödememe protestosu düzenlenmesi zorunludur; aksi hâlde hamil başvuru hakkını kaybedecektir (TTK m. 730/1-b, 778/1-d).

Poliçede kabul etmiş muhatap lehine aval veren ile bonoda düzenleyen lehine aval veren kimse(ler) ise *"ikincil derece başvuru borçlusu"*[26] değildir. Asıl borçlunun borcunu taahhüt eden kimse, senette yine asıl borçlu gibi sorumlu olur. Asıl borçlu lehine aval verene başvuru için protesto düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır[27]. Buna göre, lehtarın ciranta lehine aval vermesi gibi bir durumda başvuru borçlularından olması nedeniyle kendisine başvuru hakkı kaybedilebilecekken; düzenleyen lehine aval veren kimseye karşı başvuru hakkı sona ermemektedir. Böylece bir kimsenin, bonoda düzenleyen lehine aval vermesi ile diğer başvuru borçluları lehine aval vermesinin sonuçları birbirinden farklıdır.

Benzer durum, ödeme için ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmemesi hâlinde de söz konusudur. Böyle bir hâlde başvuru borçlularının borcu sona ererken, bonoda asıl borçlu olan düzenleyen ile birlikte onun lehine aval veren kimse de tevdi hakkına sahip olacaktır.

Bonoda asıl borçlu olan düzenleyen lehine aval veren lehtar, asıl borçlu ile aynı sırada sorumlu olacağından kendisine karşı ihbar zorunluluğu (TTK m. 723, 778/1-d) da söz konusu olmayacaktır[28].

Atılan İmza (Şeklindeki Garanti Cirosu)", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, s. 29-54; **Aydın**, Alihan (2006) "Kambiyo Senetlerinde Düzgün Ciro Zinciri Bakımından İlk Ciro", Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık, S. 9, s. 195-202.

[25] **Bahtiyar**, s. 87.

[26] Bkz. **Öztan**, 1997, s. 713; **Toros**, D. İrem (2019) Teori ve Uygulamada Aval, Ankara, Seçkin, s. 183.

[27] **Arslanlı**, s. 104; **Karayalçın**, s. 228. *"…hamilin keşideciye ve onun lehine aval verene karşı ihtiyati haciz isteyebilmesi için, bononun vadesinin gelmesi gerekli ve yeterli olup ayrıca ödememe protestosu çekilmesine gerek bulunmamaktadır"* Y. 11. HD., 22.01.2014, E. 2014/482, K. 2014/1335; Y. 12. HD., 25.03.2008, E. 2008/3353, K. 2008/5864 (Lexpera). Ayrıca bkz. **Kendigelen (Kırca)**, s. 264, dn. 588; **Uzunallı**, Sevilay/**Yıldırım**, Ali Haydar (2017) Uygulamalı Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 75-76, dn. 144'te ve **Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 184'te anılan kararlar. Aval verenin, kimin lehine aval vermiş olursa olsun, başvuru borçlularından sayılması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. **Aksu Özkan**, Raziye (2019) Aval Kurumu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 133-135; **Demirkapı**, Ertan (2005) Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir, Güncel, s. 171.

[28] Aksi görüşteki *Poroy/Tekinalp*'e göre, poliçede muhataba ihbara gerek bulunmamakta ise de onun avalistine ihbar

Söz konusu açıklamalar ışığında, bonoda lehtarın aval vermesi bakımından belirtmek gerekir ki; lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi, ciro edilmemiş bir bonoda bir anlam ifade etmeyebilir ise de, ciro yoluyla devredilen bir bonoda lehtarın sorumluluk zincirinde yerinin değişmesine ve dolayısıyla kendisine başvuru hakkının kullanılması için aranan koşulların değişmesine neden olmaktadır. Ayrıca yukarıda ele alınan, asıl borçlu olmanın ortaya çıkardığı diğer hukuki sonuçlar da, asıl borçlu lehine aval veren kimse bakımından uygulanmalıdır.

D. KONUYA İLİŞKİN İÇTİHAT VE GÖRÜŞLER

Bonoda lehtar ile düzenleyenin aynı kimse olamayacağı hususunda bir duraksama bulunmamaktadır. Bununla birlikte bonoda lehtarın, düzenleyen lehine aval verip veremeyeceği hususu ise tereddütlere yol açmıştır. Bu tereddütlerin temel kaynağı aval verenin, lehine aval verilen kimse gibi sorumlu olmasıdır (TTK m. 702/1, 778/3).

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi kararlarında, bonoda düzenleyenin aynı zamanda lehtar olamayacağı şeklindeki kural bir adım daha öteye taşınarak, bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval veremeyeceği kabul edilmiştir. Bu hususta verilen bir karara göre[29], lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi bonoyu geçersiz kılacaktır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: *"Takip dayanağı senet lehtarı S.T.'nin kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile keşideci F.H. hakkında başlattığı takipteki incelenen senet fotokopisinde lehtarın avalist konumunda olduğu görülmüştür. Senet üzerinde üç adet imza bulunup takip alacaklısı lehtarın senetteki avalist imzasını inkar etmediği belirlenmiştir. Bu durumda lehtar ile avalist (senet borçlusu) sıfatının birleştiğinin kabulü gerekir.*

TTK'nun 690. maddesi, aynı kanun 585. maddesine atıf yapmadığından, bir kimse poliçelerde olduğu gibi kendi emrine bono tanzim edemeyeceği gibi, somut olayda gözlendiği üzere dolaylı olarak keşideciye avalist olamaz. Bir başka anlatımla bir kimse, hem lehtar hem avalist olamayacağından dayanak senet bono vasfında değildir. Bu durumda kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip yapılamayacağından mahkemece İİK'nun 170/a maddesi gereğince takibin iptaline karar vermek gerekirken istemin reddi isabetsizdir".

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, konuya ilişkin vermiş olduğu daha yakın tarihli bir başka kararında[30] ise lehtarın avalist olarak imza atması durumunda bu imzanın geçersiz olduğunu belirtmiş ve ancak bu kez bunun bononun geçerliliğine etkili olmadığı sonucuna varmıştır.

Karara göre, "…takip dayanağı bononun keşidecisinin … Limited Şirketi, lehtar ve aval verenin ise itiraz eden borçlu R. K. olduğunu görülmektedir. Bonodaki borçtan sorumlu olmayan lehtarın kefil (avalist) olarak senedin ön yüzüne koyduğu aval şerhi geçersiz olup, bono vasfına etkili değildir. İcra mahkemesinin gerekçesinde yer aldığı gibi bu durumda alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinden söz edilemez".

Aynı yöndeki bir başka kararda[31] da lehtarın aval şerhinin geçersiz olduğu ve bu durumun sene-

gereklidir. Bkz. **Poroy/Tekinalp**, s. 255, N. 344. Aynı yönde **Aksu Özkan**, s. 141; **Demirkapı**, s. 173-174.

[29] Y. 12. HD., 14.01.2008, E. 2007/22223, K. 2008/3 (**Moroğlu/Kendigelen**, s. 673-674; Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı, s.e.t. 12.10.2020).

[30] Y. 12. HD., 11.11.2013, E. 2013/6368, K. 2013/35236 (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı; karararama.yargitay.gov.tr, s.e.t. 12.10.2020).

[31] *"TTK.nun 690.maddesi 585.maddesine atıf yapmadığından, bir kimse poliçelerde olduğu gibi kendi emrine bono tanzim edemez, diğer bir anlatımla bonoyu tanzim eden, kendisini lehtar gösterek bono düzenleyemez.*

Kural olarak avalin amacı senedin ödenme ihtimalini artırmak ve tedavülünü güçlendirmek düşüncesi ile kambiyo hukukunda yapılan bir işlem olmasıdır. O nedenledir ki lehine aval verilen kimse bono da mutlaka borçlu konumunda olmalıdır. Bonodaki borçtan sorumlu olmayan kişi için verilen aval geçersizdir.

Bu kurallar ışığında somut olayın incelenmesinde; keşideci borçlu T. Ö..'ın düzenlediği senet de F. Ö.. lehtar konumundadır. Bonodaki borçdan sorumlu olmayan lehtarın kefil (avalist) olarak senedin ön yüzüne koyduğu aval şerhi ge-

din geçerliliğine etki etmediği kabul edilmiştir. Oybirliği ile verilen söz konusu kararlarda bu tür bir taahhüdün, avalin amacına uygun olmadığından bahisle, netice ile uyumlu olmayan bir gerekçeye yer verilmiştir. Kararlarda lehine aval verilen kimsenin borçtan sorumlu olması gerektiği belirtilmekte ise de burada lehtar, lehine aval verilen değil; aval veren konumundadır.

Tespit edebildiğimiz üç karar da bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval veremeyeceği yönünde iken; ilk kararda bu nedenle bono geçersiz sayılmış, sonraki iki kararda bu durumun bononun geçerliliğine etkili olmadığı kabul edilmiştir. Zira ilk karar ile, lehtarı ile düzenleyen lehine aval vereni aynı olan bonoda alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleştiği gerekçesine yer verilirken, diğer iki kararda alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmediği açıkça ifade edilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk hukuk öğretisinde bonoda düzenleyenin aynı zamanda lehtar olamayacağına ilişkin olarak fikir birliği bulunmaktadır. Ancak lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi durumunda da bononun geçersiz sayılıp sayılmayacağı hususunda değerlendirmeye pek rastlanmamaktadır. *Kendigelen* tarafından, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki 14.01.2008 tarihli kararına işaret edilmiş olmasına karşılık, karara ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır[32].

Toros tarafından ise, kambiyo senedinde aval veren aynı zamanda lehtar (1. ciranta) olabileceği, bu durumda alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinden söz edilemeyeceği belirtilmiştir[33]. Bunun dışındaki eserlerde ise genellikle bonoda düzenleyenin aynı zamanda lehtar olamayacağı hususunda genel açıklamalara yer verilmektedir.

Öğretide *Öztan* tarafından, bonoda düzenleyenin aynı zamanda lehtar olamayacağı hususuna ilişkin olarak; *"…690'ıncı maddenin* (6102 sayılı TTK m. 778) *585'inci maddeye* (6102 sayılı TTK m. 673) *atıfta bulunmaması dolayısıyla kendini lehtar göstererek bono tanzim edemeyen bir kimsenin, böyle bir şeyi mutlaka istiyorsa, kendisini lehtar tayin ederek ve kendi üzerine poliçe çekip, bunu kabul etmek suretiyle bu arzusuna nail olması mümkündür. Kanaatimizce, zaten çok ender olarak uygulanabilecek bir husus dolayısıyla uzun bir tartışmaya girmeğe lüzum da yoktur, bunun pratik bir faydası da mevcut değildir. Nadiren yararlanılabilecek bir durum, bonolarda düzenlenmemiştir"* şeklinde bir açıklama getirilmiştir[34].

Konu hakkında değerlendirmelere geçmeden önce belirtmek gerekir ki, söz konusu açıklamalar ilk bakışta haklılık arz etmekte ise de; meseleye ilişkin içtihat ve tereddütler karşısında konu, bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval vermesinin mümkün olup olmaması bakımından değerlendirmeye ve eleştiriye açık hâle gelmiştir. Zira yukarıda ele alındığı üzere, bonoda lehtarın, düzenleyen lehine aval vermesi, düzenleyen sıfatıyla taahhütte bulunmasından ya da bir başvuru borçlusu lehine aval vermesinden farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

E. DEĞERLENDİRME

Poliçede düzenleyenin aynı zamanda lehtar olmasına imkân tanıyan TTK m. 673 düzenlemesine bonoda atıf yapılmamasının temel nedeni, düzenleyenin aynı zamanda senedin lehtarı olması durumunda bir ödeme vaadinden söz edilemeyecek olmasıdır. Böyle bir ihtimalde, söz konusu taahhüt baştan anlamsız ve imkânsız bir biçimde ortaya çıkmakta; alacaklı ve borçlu sıfatlarının henüz doğuştan birleşmesiyle, geçerli bir kambiyo taahhüdünün ve dolayısıyla bononun ortaya çıkması mümkün olmamaktadır.

çersiz olup, bono vasfına etkili değildir. İcra mahkemesinin gerekçesinde yer aldığı gibi bu durumda alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinden söz edilemez" Y. 12. HD., 29.11.2010, E. 2010/16617, K. 2010/28008 (kararara-ma.yargitay.gov.tr, s.e.t. 31.10.2020).

32 Bkz. **Kendigelen (Kırca)**, s. 173, dn. 383.

33 **Toros**, s. 95.

34 **Öztan**, 1997, s. 987.

Bu kapsamda TTK m. 778 düzenlemesinde 673. maddeye atıf yapılmaması bilinçli bir tercihin ürünü olup, bonoda düzenleyenin aynı zamanda lehtar olması bonoyu geçersiz kılar. Bu ihtimalde düzenleyen lehine, herhangi bir kimse tarafından verilen avalin de geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki bonoda düzenleyenin aynı zamanda lehtar olması hâli, lehine aval verilen kimsenin imzasına yönelik, şekle ait bir noksan değil[35]; bononun geçerliliğine ilişkin bir sakatlıktır. Bu çalışmada inceleme konusu yapılan durum bunun tam tersi; yani lehtardan farklı bir kimseye ait düzenleyen imzasının bulunduğu bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi ihtimalidir.

Bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi, düzenleyen ile lehtarın aynı kişi olması hâlinden tamamen farklıdır. Bu ihtimalde düzenleyen ile lehtar farklı kişiler iken, lehtar düzenleyen lehine aval vermektedir. Bu durum her şeyden evvel alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sonucunu ortaya çıkarmamaktadır. Söz konusu ihtimalde, bono geçerli bir biçimde ortaya çıkmıştır ve bir borç ikrarını içermektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, geçerli bir bonoda, lehtar tarafından düzenleyen lehine aval verilmesi durumunda senedin geçersiz kabul edilmesi mümkün değildir. Aval imzasının geçersiz kabul edilmesi varsayıldığında dahi, yalnız aval taahhüdünü geçersiz saymak yerine bononun geçersiz sayılması isabetsizdir. Böyle bir sonuç, bononun içerdiği ödeme vaadini görmezden gelmek ve TTK m. 702/2 ve 677 düzenlemeleri başta olmak üzere temel kıymetli evrak hukuku ilkelerini uygulamamak anlamına gelecektir.

Bonoda düzenleyen lehine aval veren lehtar, senedin düzenlenmesi sırasında yahut sonradan aval taahhüdünde bulunmuş olabilir. Hatta bu taahhüdün, yukarıda açıklandığı üzere, açığa aval şeklinde ortaya çıkması da mümkündür. Hâl böyle olunca, lehtar dışında bir kimsenin düzenleyen sıfatıyla senede imza atması ve bononun diğer şekil şartlarını haiz olmasıyla bono geçerli bir biçimde ortaya çıkmaktadır. İster senedin düzenlenmesi sırasında ister sonradan atılmış olsun, lehtarın düzenleyen lehine aval beyanı senedi bono olmaktan çıkarmayacaktır.

Diğer yandan TTK m. 700/2 düzenlemesinde kimlerin aval verebileceği konusunda hiçbir ayrıma gidilmemiştir[36]. Açıklanan nedenlerle öncelikle Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen 14.01.2008 tarihli kararına katılmak mümkün olmamaktadır.

Bu noktada ancak bonoda lehtarın düzenleyen lehine verdiği aval taahhüdünün geçerli olup olmadığı tartışma konusu yapılabilir. Öyle ki, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi tarafından da daha sonraki tarihlerde verilen kararlarda -yukarıda anılan 29.11.2010 ve 11.11.2013 tarihli kararlar- ise bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi durumunda aval şerhinin geçersiz olacağı belirtilerek, bu durumun bononun geçerliliğine etki etmeyeceği kabul edilmiştir.

Bilindiği üzere aval, şekil bakımından asıl borca bağlı olmakla birlikte, maddi hukuk bakımından asıl borçtan tamamen bağımsız bir kambiyo taahhüdüdür[37]. Avalin geçerliliği, şekle ilişkin noksanlıklar bulunması hâli istisna olmak üzere, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı değildir (TTK m. 702/2).

---

[35] Bu yönde genel değerlendirme için bkz. **Bahtiyar**, s. 89; **Demirkapı**, s. 119.

[36] Öğretide, benzer düşünce tarzıyla, TTK m. 700/2 düzenlemesinde hiçbir ayrım yapılmaması neticesinde poliçede kabul etmiş muhatap lehine aval verilebileceği de haklı olarak değerlendirilmiştir. Bkz. **Can**, s. 99.

[37] **Arslanlı**, s. 99, 105; **Bülow**, Peter (2004) WechselG ScheckG AGB, 4. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller, Art. 30, Anm. 1, s. 252; **Karayalçın**, s. 225; **Kınacıoğlu**, s. 206; **Öztan**, 1997, s. 16; **Öztan**, 2019, s. 162; **Pulaşlı**, s. 206, § 15, N. 7; **Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan)**, s. 184. TTK m. 702/2 uyarınca; *"Aval veren kişinin teminat altına aldığı borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa da aval verenin taahhüdü geçerlidir"*. Bununla birlikte azınlıkta kalan bir görüşe göre aval fer'i nitelikte bir borçtur. Bkz. **Jacobi**, s. 683, **Domaniç**, s. 185.

Aval veren kimsenin teminat altına aldığı borcun şekle ait bir noksandan başka bir sebeple batıl olması hâlinde de aval verenin taahhüdünün geçersiz olacağına dair TTK m. 702/2 düzenlemesi, imzaların bağımsızlığı ilkesine yönelik TTK m. 677 düzenlemesinin aval bakımından tekrarı niteliğindedir[38]. Ancak bu tekrarla, şekle ait noksanlara ilişkin yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilmekte ve aynı zamanda avalin bağımsızlığı özel olarak vurgulanmaktadır.

Avalin bu bağımsız özelliğine rağmen, geçerli bir düzenleyen imzasını içeren bonoda salt lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi nedeniyle aval beyanının geçersiz olacağının kabul edildiği Yargıtay kararlarında bu konuda makul bir izah getirilememiştir. Bilakis söz konusu kararlar, bonodaki borçtan sorumlu olmayan kişi için verilen aval geçersiz olacağı gibi, uyuşmazlık konusu olaya uygun düşmeyen gerekçelere sahiptir.

Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, lehtarın düzenleyen lehine avali şeklinde ortaya çıkan bir *"sonraki (katma, munzam/ek) beyan"*ın, *"temel (kurucu) beyanı"*[39] geçersiz kılmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bonoda lehtarın düzenleyen lehine verdiği avalin geçerli olup olmayacağı belirlenirken, bağımsız bir kambiyo taahhüdü olma özelliği gösteren aval, senet düzenlenmesi için verilen kambiyo taahhüdü ile karıştırılmamalıdır. Bonoda düzenleyenin aynı zamanda lehtar olamaması, böyle bir olasılıkta senedin ödeme vaadi içermeyecek olmasına, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine dayanmaktadır.

Düzenleyen lehine aval veren ise senette asıl borçlu sıfatıyla ödeme vaadinde bulunmamakta; düzenleyenin verdiği ödeme vaadini temin etmektedir. Bu çerçevede düzenleyen lehine aval veren kimsenin lehtar ya da bir üçüncü kişi olması arasında avalin geçerliliği bakımından hiçbir fark yoktur.

Bonoda lehtarın düzenleyen sıfatıyla senede imza atması alacaklı borçlu sıfatlarının birleşmesi anlamına gelmekle, geçerli bir ödeme vaadinin bulunmaması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Lehtarın düzenleyen ya da bir başka senet sorumlusu lehine aval vermesi hâlinde ise alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmemektedir. Kaldı ki, bonoda lehtarın düzenleyen olması istisnası dışında kambiyo senetlerinde alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi borcun sona ermesi sonucunu ortaya çıkarmayacaktır (TBK m. 135/3). Ancak senet, aynı zamanda alacaklı olan bu kimsenin elinde iken piyasadan çekilmiş gibi olacaktır[40]. Bununla birlikte bu kimsenin senedi yeniden ciro etmesi mümkündür. Böyle bir hâlde lehtarın düzenleyen lehine aval verdiği bir bononun, ciro edilmesi ile lehtarın aval taahhüdü anlam kazanmakta; farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

Asıl borçtan bağımsız nitelikte olan ve kimlerin verebileceği hususunda herhangi bir sınırlama bulunmayan aval taahhüdünün, asıl borçlunun taahhüdünün koşullarına bağlanmasını gerektirecek bir başka kanuni düzenleme de mevcut değildir.

Aval verenin, lehine aval verdiği kimsenin kişisel def'ilerini ileri süremeyecek olması[41] (TTK m.

[38] **Karayalçın**, s. 226; **Kınacıoğlu**, s. 210; **Öztan**, Fırat (1979) 'Ticari Senetlerde İmzaların İstiklali İlkesi', Batider, C. X, S. 2, s. 393.

[39] Öğretide, senet üzerindeki beyanlardan yapılış sırası itibariyle önce olanlar *"temel (kurucu) beyan" (Grunderklärung)* sonra gelenler ise *"sonraki (katma, munzam/ek) beyan" (Folgeenklärung)* olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Jacobi**, s. 296, dn. 3; **Öztan**, İmzaların İstiklali, s. 392. Buna göre bonoda düzenleyenin kambiyo taahhüdü kambiyo senedinin ortaya çıkması bakımından "kurucu" nitelikte olup, bundan sonraki tüm taahhütler "ek" niteliktedir. Söz konusu ayrım imzaların bağımsızlığı ilkesinin uygulanması bakımından değer taşımaktadır. Bkz. **Öztan**, İmzaların İstiklali, s. 392. Bununla birlikte özellikle açık kambiyo senedi düzenlenmesinin mümkün olması (TTK m. 680) karşısında, esasen kambiyo senedinin unsurlarının tamamlanmasında bir sıra aranmadığını da (**Quassowski/Albrecht**, Art. 10, Anm. 4, s. 72-73) belirtmek gerekir.

[40] **Öztan**, 1997, s. 819.

[41] Avalist, lehine aval verdiği kimsenin kişisel def'ilerini ileri süremez, ancak müracaat eden kimse ile kendisi arasındaki kişisel def'ileri ileri sürebilir. Bkz. **Arslanlı**, s. 105; **Bahtiyar**, s. 90; **Bozer/Göle**, s. 177; **Hueck/Canaris**, s. 117; **İmregün**, s. 79; **Karayalçın**, s. 229; **Kınacıoğlu**, s. 211; **Poroy/Tekinalp**, s. 223, N. 295; **Pulaşlı**, s. 206, § 15, N. 2; **Öztan**, 2019, s. 168. Aksi

687) karşısında, taahhüdünün geçerliliğinin lehine aval verdiği kimsenin taahhüdünün geçerliliğinin koşullarına bağlanmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Zira aval verenin sorumluluğu senetten doğar ve soyuttur. Aval veren kişi ile avalistin sorumluluklarının derecesi ile şartları aynı olmakla birlikte içerikleri aynı değildir[42].

Avalin, kefalet gibi fer'i bir borç olmayıp bağımsız nitelikte olması, bu taahhüdün geçerliliğinin, şekle ilişkin noksanlar dışında lehine aval verilenin taahhüdünün geçerliliğine bağlı olmamasını ifade eder ve aval verene karşı ileri sürülebilecek kişisel def'ilerin avaliste karşı ileri sürülememesi sonucunu doğurur. Yoksa bu durum, ancak düzenleyen olarak taahhütte bulunabilecek kimsenin aval verebilecek olması gibi bir anlama gelmemektedir. Bir diğer ifadeyle, bonoda düzenleyen açısından aranacak bu koşul, düzenleyen lehine aval veren kimse için geçerli değildir.

Kaldı ki aksi yorum şeklinin benimsenmesi hâlinde, bonoda düzenleyen lehine aval verene aval (avale aval) gibi durumlarda ikinci ve sair aval taahhütlerinin akıbetinin nasıl olacağı sorusunu da beraberinde getirecektir.

Bononun birden fazla kambiyo taahhüdünü (düzenleyen, ciranta ve aval verenin kambiyo taahhütlerini) içermesi durumunda, sırf düzenleyen lehine aval veren lehtarın imzası nedeniyle bonoyu geçersiz saymak bir yandan avalde de tekrar edilen imzaların bağımsızlığı ilkesine bir yandan da kamu güvenliğini haiz olan bononun doğasına terstir. Senede güvenerek ve geçerli bir imzaya dayanarak senedi devralan kimsenin iktisabında korunması ve imzaların bağımsızlığı ilkesinin uygulanması yerine kamu güvenliğini haiz bir emre yazılı senette senedin geçersiz sayılması hukuki emniyet ilkesine de aykırıdır.

yönde bkz. **Jacobi**, s. 634, dn. 5. Aval verenin def'ileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksu Özkan**, s. 148-167.

[42] **Poroy/Tekinalp**, s. 223, N. 295.

IV. SONUÇ

Yukarıdaki açıklama ve değerlendirmeler neticesinde bu çalışmada varılan sonuçlar aşağıda belirtildiği gibidir.

TTK m. 778'de düzenleyenin aynı zamanda muhatap ya da lehtar olmasına imkân tanınan 673. madde hükmüne atıf yapılmaması nedeniyle, bonoda düzenleyen aynı zamanda lehtar olamaz. Aksi hâlde bono geçersiz sayılacaktır. Bu sonucun ortaya çıkmasında kanun koyucunun bilinçli ve örtülü iradesi söz konusudur. Çünkü bono ile poliçede düzenleyenlerin konumları eş değer değildir. Bonoda düzenleyen asıl borçlu iken poliçede başvuru borçlusudur. Bu kapsamda bir kimsenin kendi lehine ödeme vaadinde bulunması başlangıçtan itibaren anlamsız ve geçersizdir. Bu nedenle bir kimse kendi lehine bono düzenleyemez.

Birden fazla düzenleyeni olan bir bonoda ise, düzenleyenlerden biri aynı zamanda lehtar ise bononun geçersizliğinden söz etmek yerine, yalnız lehtarın düzenleyen sıfatıyla attığı imza geçersiz kabul edilmelidir. Çünkü bu ihtimalde lehtar dışındaki düzenleyenlerin imzası geçerli bir ödeme vaadinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kanaatimizce, böyle bir hâlde geçerli olmayan bir imzanın varlığı, diğer imzaların geçerliliğini etkilemeyecektir. TTK m. 702/2 ve 677 düzenlemeleri bu sonuca ulaşmak açısından yeterli ve elverişlidir.

Bonoda lehtarın düzenleyen lehine aval vermesi ile düzenleyen sıfatıyla kambiyo taahhüdünde bulunması birbirinden tamamen farklıdır. Düzenleyen lehine aval veren lehtarın konumu, lehine aval verdiği kişi gibi olmakla birlikte (TTK m. 702/1) sonuçları bakımından farklılık göstermektedir. Bu kimsenin taahhüdünün geçerliliği ise tamamen farklı bir husus olup, aynı koşullara tâbi değildir. Bu kapsamda lehtarın aval taahhüdünün geçerliliği, düzenleyenin taahhüdünün geçerlilik şartlarına bağlanamaz. Avalin bağımsız bir kambiyo taahhüdü olması karşısında, geçerli bir bonoda lehtarın aval vermesi mümkündür. Lehtarın avalinin geçerliliği bakımından ise düzenleyen lehine ya da ciranta,

avalist gibi diğer imza sahipleri lehine aval verilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır.

Bonoda düzenleyenin lehtar olamayacağından hareketle, lehtarın düzenleyen lehine aval de veremeyeceğini kabul eden içtihat bu bakımdan isabet göstermemektedir. Aval kurumunun en belirgin ve ayırt edici özelliği bağımsızlığı iken, kimi zaman bu nedenle senedin geçersiz sayıldığı kimi zaman da lehtarın avalinin geçersiz fakat senedin geçerli sayıldığı kararlara katılmak mümkün olmamaktadır.

Bu çerçevede bonoyu ciro yoluyla devrederek ya da bir ciranta yahut avalist lehine aval suretiyle kambiyo taahhüdünde bulunması mümkün olan lehtarın, bonoda düzenleyen lehine aval vermesine de herhangi bir engel bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Aksu Özkan, Raziye (2019) Aval Kurumu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Alışkan, Murat/ Cankat, Rifat, (2017) Teori ve Uygulamada Kambiyo Senedinin Arka Yüzüne Lehtarın Cirosundan Önce Atılan İmza (Şeklindeki Garanti Cirosu)", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, s. 29-54.

Arslanlı, Halil (1954) Ticari Senetler Dersleri, 3. Baskı, Ankara, İsmail Akgün Matbaası.

Aydın, Alihan (2006) "Kambiyo Senetlerinde Düzgün Ciro Zinciri Bakımından İlk Ciro", Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık, S. 9, s. 195-202.

Bahtiyar, Mehmet (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Beta.

Baumbach, Adolf/ Hefermehl, Wolfgang/ Casper, Matthias (2008) Wechselgesetz Scheckgesetz, Mu̇nchen, Verlag C. H. Beck.

Bozer, Ali/ Göle, Celal (2020) Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Baskı, Ankara, BTHAE.

Bülow, Peter (2004) WechselG ScheckG AGB, 4. Auflage, Heidelberg, C. F. Müller.

Can, Mertol (2015) Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

Çamoğlu, Ersin (2020) Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Demirkapı, Ertan (2005) Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir, Güncel.

Domaniç, Hayri (1990) Kıymetli Evrak Hukuku, TTK Şerhi IV, İstanbul, Temel Yayınları.

Eriş, Gönen (2014) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Ankara, Seçkin.

Hueck, Alfred/ Canaris, Claus-Wilhelm (1986) Recht der Wertpapiere, 12. neu bearbeitete Auflage, Mu̇nchen, Verlag Vahlen.

İmregün, Oğuz (2003) Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2003, Filiz Kitabevi.

Jacobi, Ernst (1956) Wechsel- und Scheckrecht, Berlin, Walter de Gruyter & Co.

Kalpsüz, Turgut (1975) Kıymetli Evrak, Kambiyo Senetleri Ders Notları, Ankara, Teksir.

Karayalçın, Yaşar (1970) Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri), 4. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası.

Kendigelen, Abuzer/Kırca, İsmail (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Kınacıoğlu, Naci (1999) Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Nobel.

Knur, Alexander/ Hammerschlag, Karl (1949) Kommentar zum Wechselgesetz unter besonderer Berücksichtigug der Rechtsprechung, Bonn, Humboldt-Verlag.

Meier-Hayoz, Arthur/ von der Crone, Hans Caspar (2018) Wertpapierrecht, 3. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag.

Moroğlu, Erdoğan/ Kendigelen, Abuzer (2014) İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Öztan, Fırat (1997) Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi (Kısaltılmışı: 1997).

Öztan, Fırat (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, 23. Baskı, Ankara, Yetkin (Kısaltılmışı: 2019).

Öztan, Fırat (1979) 'Ticari Senetlerde İmzaların İstiklali İlkesi', Batider, C. X, S. 2, s. 391-396 (Kısaltılmışı: İmzaların İstiklali).

Quassowski, Leo/ Albrecht, Erich (1934) Wechselgesetz vom 21 Juni. 1933, Berlin.

Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal (2019) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Pulaşlı, Hasan (2019) Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Ankara, Adalet.

Staub, Hermann/ Stranz, Martin (1934) Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter.

Teoman, Ömer (1994) 'Banka Çekleri' Hukuken Çek midir?", İÜHFM, C. 54, S. 1-4, s. 261-267.

Toros, D. İrem (2019) Teori ve Uygulamada Aval, Ankara, Seçkin.

Tuna, Ergun/ Göç Gürbüz, Diğdem (2018) Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak, İstanbul, Beta.

Tüzemen Atik, Ebru (2019) Açık Kambiyo Senetleri, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Ulmer, Eugen (1938) Das Recht der Wertpapiere, Stuttgart/Berlin, Kohlhammer.

Uzunallı, Sevilay/ Yıldırım, Ali Haydar (2017) Uygulamalı Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. Füsun (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Kitap Analizi

Book Review

YAŞAR, TUĞÇE NİMET: ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA "UYUM" (COMPLIANCE), ON İKİ LEVHA YAYINCILIK, İSTANBUL, EYLÜL 2020[*]

YAŞAR, TUĞÇE NIMET: COMPLIANCE IN JOINT STOCK COMPANY LAW, ON IKI LEVHA YAYINCILIK, ISTANBUL, SEPTEMBER 2020

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK[**]

ÖZ

Çalışma anonim şirketlerde Uyum'a odaklanmaktadır. Yazarın Türkçe'ye "Uyum" olarak çevirdiği Compliance kavramı, anonim şirketlerde, hem şirket ve çalışanlarının hukuka uygun davranmasını sağlamayı, hem de hukuka aykırı şirket faaliyetlerini önlemeyi amaçlayan bir işlevi ifade etmektedir. Yazar, şirketlerde geçmişe yönelik yerine getirilen denetimin Uyum bakımından yeterli olmadığını ifade ederek mevzuatta gerekli düzeltmelerin yapılmasını önermektedir. Uyum üzerine Türk anonim şirketler hukukundaki ilk çalışma olan eserin şirketler hukuku literatüründe önemli bir yere sahip olacağı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *compliance, uyum, anonim şirketler hukuku.*

ABSTRACT

The study focuses on Compliance in joint stock companies. The concept of Compliance, translated into Turkish by the author as "Uyum", refers to a function that aims to ensure that the company and its employees act in accordance with the law and prevent their unlawful corporate activities. The author states that the retrospective audit in companies is not sufficient to comply with the law and suggests the necessary amendments in the legislation. The work, which is the first study in Turkish joint stock company law on compliance, will have an important place in the corporate law literature.

Keywords: *compliance, joint stock company law.*

[*] (Kitap Analizi, Geliş Tarihi: 27.12.2020 / Kabul Tarihi: 29.12.2020).

[**] Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (hbozgeyik@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9974-7459).

Amerika Birleşik Devletleri'nde *Enron*, *Arthur Andersen* gibi dev şirketlerde 2002 yılında skandallar meydana gelmiş, yapılan araştırmalarda şirketlerin hukuka aykırı faaliyetlerinin dünya genelinde arttığı tespit edilmiştir.

"Uyum" (*Compliance*), uygulamada şirket ve çalışanlarının hukuka uygun davranmasını sağlamak, hukuka aykırı şirket faaliyetlerini önlemek, hukuka aykırılığı açığa çıkarmak ve yaptırıma bağlamak amacıyla şirket içerisinde gözetimin yapılması gerektiğine yönelik bir kavram olarak uluslararası alanda gün geçtikçe daha çok dikkat çekmektedir.

Yabancı literatürde *Uyum* üzerine yapılan çalışmaların sayısı her geçen gün artmaktadır. Yakın zamana kadar şirketler hukuku açısından *Uyum* üzerinde ülkemiz hukuk literatüründe monografik bir çalışma yapılmamıştır. *Tuğçe Nimet Yaşar*'ın doktora tezine dayanan "Anonim Şirketler Hukukunda 'Uyum' (Compliance)" adlı eseri bu eksikliği dolduracak niteliktedir.

Yaşar, öğretide ileri sürülen "*hukuka uyan şirketlerin bulunmadığı, onun yerine hukuka farklı derecelerde uymayan şirketlerin var olduğu*" düşüncesinden hareketle, şirketlerde hukuka uygunluğun sağlanması için geçmişe yönelik yapılan "denetim"lerin yeterli olmadığını, şirketlerin iç yapılarında hukuka uygunluğu sağlamaya yönelik önlemler almaları gerektiğini belirtmekte, bunun ise şirketlerin iç yapılarında *Uyum* olarak Türkçeleştirdiği *Compliance*'ın sağlanması ile mümkün olduğunu ifade etmektedir.

Toplam üç bölüm ve on iki paragraftan oluşan eserde *Yaşar*, öncelikle *Uyum* kavramını tanımlamakta, ilgili kavramlar ile karşılaştırmakta, tarihsel gelişimini incelemekte, ABD, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde anonim şirketlerde *Uyum* yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını analiz ederek Türk hukukunda da anonim şirketler

bakımından geçerli olduğunu tespit etmekte, özellikle borsa şirketlerinde oluşturulması gereken *Uyum* sistemlerinin nasıl olması gerektiği ile *Uyum* yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle doğabilecek sorumluluğu açıklamaktadır.

Yaşar, *Uyum*'u, bir bütün olarak hem hukuka uygunluğu hem de şirketin, organlarının ve çalışanlarının tümünün, yürürlükte bulunan tüm mevzuata ve şirket içi düzenlemelere uygun iş ve işlemlerde bulunmaları ile şirket içinde alınan bunu sağlamaya yönelik önlemleri kapsayacak şekilde tanımlamaktadır. *Yaşar*, *Uyum* kavramının etik ilkelere uygunluğu da kapsayacak şekilde geniş olarak tanımlandığını da belirtmektedir.

Yaşar, *Uyum*'un Türk hukukuna yabancı olmadığını, ilk olarak 2000 yılında "Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" ile "uyum görevlisi" kavramının Türk mevzuatına girdiğini, günümüzde yürürlükte olan "Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklere Uyum Programı Hakkında Yönetmelik" dolayısıyla bankalara, sermaye piyasası aracı kurumlarına, sigorta ve emeklilik şirketlerine "suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesine yönelik olarak" (m. 3/1, ı) ilgili Kanun ve ikincil mevzuata uyumun sağlanması amacıyla "uyum programı" hazırlama ve "uyum görevlisi" atama yükümlülüğü getirildiğini (m. 16, 3/1, ı ve h; m. 4 ve 5), "Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik" (m. 14/1, 18/1) ve "Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin İç Sistemlerine İlişkin Yönetmelik"te (m. 10/1, c) "uyum kontrollerinin" düzenlendiğini, ayrıca farklı düzenlemelerde de *Uyum*'un yansımalarının bulunduğunu tespit etmektedir.

Yaşar, anonim şirketlerde *Uyum* için gerekli sistemi kurma ve *Uyum*'u sağlama yükümlüğünün Amerikan, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da yönetim kurulu üzerinde olduğu sonucuna varmakta, bu yükümlülüğün pozitif hukuktaki dayanağı olarak ise Türk Ticaret Kanunu'nda yönetim kurulu için öngörülen "üst gözetim görevi" (m. 375/1, e) başta olmak üzere

şirketi "yönetme" görevi (m. 365, 375) ve "özen yükümlülüğü"nü (m. 369) belirtmektedir.

Şirketin yapısı büyüyüp karmaşık bir hal aldıkça, yönetim kurulu üyelerinden beklenen özen derecesinin de arttığını belirten *Yaşar*, özellikle borsa şirketlerinde yönetim kurulunun *Uyum* yükümlülüğünün bu nedenle ağırlaştığını ve yönetim kurulunun bu şirketlerde kapsamlı bir *Uyum yönetim sistemini* (UYS) hayata geçirmesi gerektiğini savunmakta, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun söz konusu olabileceği farklı ihtimalleri değerlendirmektedir.

"Alman Kurumsal Yönetim Kodeksi" (DCGK) ve İsviçre "Kurumsal Yönetim İçin En İyi Uygulama Kodu"nda (SCBP) yönetim organının *Uyum* yükümlülüğünün vurgulandığını belirten *Yaşar*, Türk mevzuatında II-17.1 sayılı "Kurumsal Yönetim Tebliği" ekinde yer alan "Kurumsal Yönetim İlkeleri"nde bu yönde bir düzenlemenin olmadığına dikkat çekmektedir. Ayrıca anılan "Kurumsal Yönetim İlkeleri"nde borsa şirketlerinin kurumsal yönetim komitesi oluşturması zorunlu olmasına (Nr. 4.5.1, Tebliğ m. 5/1) rağmen *Uyum* için bir birimin kurulma zorunluluğunun getirilmemiş olmasını da bir eksiklik olarak değerlendirmektedir.

Günümüzde ABD'de *Uyum* sistemi olmayan şirketin yok denecek kadar az olduğu, Almanya'da ise büyük ölçekli şirketlerin neredeyse tamamı ve orta ölçekli şirketlerin çoğunluğunun *Uyum yönetim sistemi* oluşturduğunu ifade eden *Yaşar*, Türk şirketlerinin de uluslararası piyasalarda rekabet gücünü haiz, etkin ve güvenilir aktörler olabilmeleri için buna ihtiyaç duyduğuna işaret etmektedir. *Yaşar* eserinde ayrıca, özellikle sermaye piyasası hukuku çerçevesinde *Uyum*'a ilişkin düzenlemelerin yapılması gerektiğini de vurgulamaktadır.

Yaşar'ın anonim şirketler bağlamında ele aldığı "*Uyum*"un, günümüzde hakimiyet alanlarını her geçen gün ve yer yer devlet egemenliklerini tehdit edecek düzeyde genişleten çok uluslu şirketler başta olmak üzere ticari hayatın özellikle büyük aktörleri için vazgeçilmez bir kavram halini alacağını öngörmek ve bu çalışmanın etki değerinin yüksek olacağını, ülkemiz açısından konuyu ele alacak yeni çalışmalara rehberlik edeceğini söylemek mümkündür.

Karar İncelemesi

Case Review

KARAR İNCELEMESİ: SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE BU YÜKÜMLÜLÜĞE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI [*]

CASE REVIEW: INFORMATION DUTY OF INSURER AND THE CONSEQUENCES OF BREACH OF THIS DUTY

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan DURGUT[**]

Ar. Gör. Erkam Haşim BULUT[***]

ÖZ

Asıl dayanağının dürüstlük kuralı olduğu düşünülen sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) somut olarak düzenlenerek normatif bir kural olma özelliğini kazanmıştır. Çok teknik bir sözleşme tipi olan sigorta sözleşmelerinde, sigortacının güçlü konumu sebebiyle, sigorta ettireni koruma güdüsüyle hareket eden kanun koyucu, aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin kuralları da belirlemiştir. Ayrıca bu yükümlülüğün şekil ve içeriğini belirleyecek yönetmelik çıkarmak hususunda da idareye açıkça yetki vermiştir. Bunun yanında söz konusu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde oluşacak hukuki sonuç da TTK'da düzenlenmiş olup bu düzenleme, doktrinde, ulaşılmak istenen amaca yeterince uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ortaya çıkacak olan hukuki sonucun kanun ve yönetmelikte farklı düzenlenmesi, uygulamada karışıklığa yol açmakta ve farklı mahkemelerde birbirlerine uyumlu olmayan kararlar verilmektedir. İşbu çalışmada, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığı bir olay hakkında verilen mahkeme kararı incelenmiş ve mahkemenin verdiği karar hukuki açıdan değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Aydınlatma yükümlülüğü, sigorta sözleşmesi, sigortacı, sigorta ettiren, dürüstlük kuralı.*

ABSTRACT

The information duty of the insurer, which main basis is considered to be the principle of honesty, has been regulated concretely in the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102 and has become a normative rule. In the insurance contract, which is a very technical contract type, due to the strong position of the insurer, the lawmaker, acting with the motive to protect the insurer, has determined the rules regarding the information duty and also explicitly authorized the administration to issue instructions to determine the form and content of this duty. In addition, the legal consequences that will arise in case of violation of the duty in question are regulated in the TCC, and this regulation has been criticized in the doctrine on the grounds that it is not adequately suitable for the purpose to be achieved. The different regulations in the act and the guidelines regarding the results of failure to information duty of insurer cause confusion in the implementation and the different courts render incompatible verdicts. In this article, a court decision on the case that the insurer failed to comply with information duty has been examined and the court decision has been evaluated from the legal perspective.

Keywords: *Information duty, insurance contract, insurer, policyholder, principle of honesty.*

[*] (Karar İncelemesi, Geliş Tarihi: 26.09.2020/ Kabul Tarihi: 29.12.2020).

[**] İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (rdurgut@istanbul.edu.tr, ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-9037-2005).

[***] İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (erkam.bulut@istanbul.edu.tr, ORCID ID: https://orcid.org/0000-0001-8579-509X).

1. İNCELEME KONUSU YARGITAY KARARI

1.1. İNCELENEN YARGITAY KARARININ METNİ

17. Hukuk Dairesinin (HD) 16/12/2019 Tarih (T.), 2018/342 Esas (E.) ve 2019/12026 Karar (K.) Sayılı Kararı[1]

-K A R A R-

Davacı vekili, davalının maksimum kasko poliçesi ile sigortaladığı davacı aracının 18.07.2012 tarihinde çalındığını ve çalan kişinin yaptığı kazada aracın pert olduğunu, aracın davacıya hasarlı olarak polis tarafından çalınma olayından bir gün sonra teslim edildiğini, davalının hasarın teminat dışı olduğu gerekçesiyle ödeme yapmadığını, davacının aracını hurda olarak satmak zorunda kaldığını, sovtaj indirimiyle belirlenecek gerçek zararın tespiti ile fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 30.000,00 TL'nin olay tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, sigortalı aracın anahtarlarının ele geçiriliş biçimi ve taraflar arasındaki poliçe özel şartına uygun bir çalınma hali olmadığından hasarın teminat dışı olduğunu, kaza anında aracı kullanan kişinin alkollü ve ehliyetsiz olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, kararda yazılı gerekçelerle ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kısmen kabulü ile 25.000,00 TL'nin 14.08.2012 tarihinden işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazla isteğin reddine dair verilen hükmün, davalı vekili tarafından temyizi üzerine, Dairemizin 15.02.2016 tarih, 2015/10782 Esas ve 2016/1632 Karar sayılı ilamı ile "araç anahtarının ele geçiriliş biçiminin poliçeyle ek teminat verilen hallerden birine uymadığı ve hasarın teminat kapsamında olmadığı; mahkeme tarafından da bu husus kabul edilerek hasarın esasen teminat kapsamında olmadığının kabul edildiği; ancak, davalı sigortacının poliçenin kapsamı, poliçeyle verilen ek teminatlar ile bunların kapsamı konularında Bilgilendirme Yönetmeliği gereği davacı sigortalıyı bilgilendirmediğinden, hasarın poliçe teminatı kapsamında kaldığı kabul edilerek hüküm tesis edildiği; taraflar arasındaki kasko poliçesinin, 08.06.2012 tarihinde (6762 sayılı eski TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde) tanzim edildiği; davaya konu hasarın oluşmasına yol açan olayın ise (araç anahtarının izinsiz alınması ile yapılan kaza) 18.07.2012 tarihinde (6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde) gerçekleştiği; 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 39/1. maddesi gereği, 1 yıllık süreden sonraki bir tarih olan 20.03.2014'te açılmış olan temyize konu davada 6102 sayılı yeni TTK hükümlerinin uygulanmasının gerektiği; 6102 sayılı TTK'nın 1423/2. maddesi gereği, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılacağı; uyuşmazlık konusu hasar ve dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK'nın 1423/1-2 maddelerine göre aydınlatma yükümlülüğünün hüküm ve sonuçlarının değerlendirilmesi gerektiği; 6102 sayılı TTK'nın 1423/2. maddesinde, aydınlatma açıklamasının yapılmaması halinde, sigortalının 14 gün içinde poliçeye itiraz etmesi gerektiği, anılan sürede itiraz edilmemesi halinde poliçenin yazılı şartlarla geçerli olacağının benimsendiği; davaya konu hasarın taraflar arasındaki kasko poliçesi ile verilen ek teminatın kapsamına girecek şekilde gerçekleşmediği; davacının anahtar kullanılarak araç çalınması klozunun kapsam ve şartlarına poliçe tanziminden sonraki 14 gün içinde itiraz ettiğine dair iddia ve delil de getirmediği gözetilerek, davacının hasar talebinin reddi gerekirken, davacı lehine tazminata hükmolunmasının doğru görülmediği; kabule göre de, davacı tarafın poliçedeki ek teminatlar ve bunların kapsamı hakkında davalı sigortacı tarafından bilgilendirme yapılmamış olması nedeniyle poliçenin geçersiz olduğunu ileri sürdüğü gözetildiğinde, davacının poliçeye *dayalı olarak tazminat talep edemeyeceği; 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu gereği çıkartılan Bilgilendirme Yönetmeliği*

[1] https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/ (12.06.2020 tarihinde erişildi.)

hükümlerine dayalı tazminat davası açmasının gerekeceği, geçersiz olduğunu ileri sürdüğü poliçeye dayalı olarak dava açmada hukuki yararı olmadığının gözetilmemiş olmasının da yerinde olmadığı" gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonunda; 6102 sayılı TTK'nun 1423/2. maddesi gereği, aydınlatma açıklamasının yapılmaması halinde sigortalının 14 gün içinde poliçeye itiraz etmesi gerektiği; anılan sürede itiraz edilmemesi halinde poliçenin yazılı şartlarla geçerli olacağının benimsendiği; davaya konu hasarın taraflar arasındaki kasko poliçesi ile verilen ek teminatın kapsamına girecek şekilde gerçekleşmediği; davacının anahtar kullanılarak araç çalınması klozunun kapsam ve şartlarına poliçe tanziminden sonraki 14 gün içinde itiraz ettiğine dair iddia ve delil de getirmediği; davacı tarafın poliçedeki ek teminatlar ve bunların kapsamı hakkında davalı sigortacı tarafından bilgilendirme yapılmamış olması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürdüğü gözetildiğinde, davacının poliçeye dayalı olarak tazminat talep edemeyeceği, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu gereği çıkartılan Bilgilendirme Yönetmeliği hükümlerine dayalı tazminat davası açmasının gerekeceği, geçersiz olduğunu ileri sürdüğü poliçeye dayalı olarak dava açmada hukuki yararı olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince işlem yapılmış olmasına göre; davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA ve aşağıda dökümü yazılı 13,00 TL kalan onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına 16/12/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi."

1.2. KARARA KONU OLAYIN ÖZETİ

Davalı sigorta şirketi tarafından davacının aracı üzerinde 08/06/2012 tarihinde kasko poliçesi tanzim edilmiş, 18/07/2012 tarihinde davacının sözleşmeye konu aracı çalınmış ve araç yapılan kazada pert olmuş, pert olan araç kaza tarihinden bir gün sonra polis tarafından davacıya teslim edilmiştir. Davacı, kasko poliçesi çerçevesinde hasarın karşılanmasını talep etmiş fakat davalı, hasarın teminat dışı olduğu gerekçesiyle ödeme yapmamış, davacı aracı bu şekilde satmak zorunda kalmış olup davacının fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 30.000 TL davalı sigorta şirketinden talep edilmiştir. Davalı ise, çalınma halinin taraflar arasındaki poliçe şartlarına uygun olmadığı ve kaza anında sürücünün alkollü ve ehliyetsiz olduğu gerekçesiyle hasarın teminat dışı olduğunu ileri sürmüş ve davanın reddini savunmuştur.

1.3. MERCİ KARARLARI

Davaya bakan ilk derece mahkemesi, araç anahtarının ele geçiriliş biçiminin poliçeyle ek teminat verilen hallerden birine uymadığı ve hasarın teminat kapsamında olmadığı; ancak, davalı sigortacının poliçenin kapsamı, poliçeyle verilen ek teminatlar ile bunların kapsamı konularında Bilgilendirme Yönetmeliği gereği davacı sigortalıyı bilgilendirmediğinden, hasarın poliçe teminatı kapsamında kaldığı kabul edilerek hüküm tesis edildiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne hükmetmiş ve bu karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yapılan temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, davaya, usulen 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği, TTK'nın 1423/2 hükmünde sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonuçlarının düzenlendiği, buna göre sigortalının poliçeye 14 gün içinde itiraz etmesi gerekirken itiraz etmediği, davaya konu hasarın kasko poliçesi ile verilen ek teminatın kapsamına girmediği gerekçeleriyle ilk derece mahkemesinin davacı lehine vermiş olduğu tazminat hükmünü yerinde görmemiş; davacının geçersiz olduğunu ileri sürdüğü poliçeye dayalı olarak tazminat talep etmekte hukuki yararının bulunmadığı ve davacının 5684 Sayılı Sigortacılık

Kanunu[2] gereği çıkartılan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik[3] hükümlerine göre tazminat davası açmasının gerektiği gerekçeleriyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda ilk derece mahkemesi, davaya konu hasarın taraflar arasındaki poliçe ile verilen ek teminatlar kapsamında gerçekleşmediği, davacının poliçenin tanzim edilmesinden sonra 14 günlük süre içerisinde itiraz ettiğine dair bir delilin olmadığı, bilgilendirme yapılmamış olması nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülen poliçeye dayanılarak tazminat talep etmekte davacının hukuki yararının olmadığı, bunun yerine Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik hükümlerine dayanılarak tazminat talep edilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş olup bu hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yapılan temyiz incelemesi sonucunda, davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddine ve ilk derece mahkemesi hükmünün onanmasına karar verilmiştir.

1.4. YARGITAY KARARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENECEK HUKUKİ SORUN

Söz konusu Yargıtay kararına konu olan olay esas itibariyle, 6102 sayılı TTK'da düzenlenen sigortacının aydınlatma yükümlülüğüyle yakından ilişkili olup verilen merci kararları ve bu kararların gerekçesi hukuki açıdan tartışılmaya değerdir. İşbu makalede hukuki inceleme üç temel husus üzerinden yapılacak olup her bir husus ayrı ayrı ele alınacaktır. İncelenecek ilk hukuki mesele, ilk derece mahkemesi tarafından, aslında kasko poliçesi ile verilen ek teminatların kapsamına dahil olmayan bir hasarın, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne uygun hareket etmediğinden teminat kapsamına dahil edilmesidir. İncelenecek ikinci hukuki mesele, poliçe tanziminden sonraki 14 günlük süre içerisinde sigortalı tarafından itiraz edilmediği gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar veren Yargıtay dairesinin bu kararının isabetli olup olmadığıdır. İncelenecek üçüncü hukuki mesele ise, sigortacı tarafından bilgilendirme yapılmamış olmasının sigorta poliçesinin geçersizliğine yol açıp açmadığıdır. Netice itibariyle, işbu çalışmada, sigortacının aydınlatma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırılığın sonuçları ele alınmış ve söz konusu karar bu çerçevede incelenmiştir.

2. DEĞERLENDİRME

2.1. SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE GENEL BAKIŞ

Sigorta sözleşmesi, TTK m.1401'de tanımlandığı üzere, "sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir." Tanımdan da anlaşılacağı üzere, teknik kavram ve edimler içeren bu sözleşme tipinde, tarafların kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan çeşitli edim yükümlülükleri bulunmaktadır. Tarafların prim ödemek ve rizikonun gerçekleşmesi durumunda tazminat ödeme yükümlülüğü gibi asli edimlerin yanında, çeşitli yan yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerden birisi de TTK'nın 1423 üncü maddesinde öngörülen sigortacının aydınlatma yükümlülüğüdür.

Sigorta ilişkisine girmek isteyen kişiler, gerek sözleşmenin müzakeresi, gerekse kurulması sırasında sigorta sözleşmesinin konusu, teminatlar vs. hususlar hakkında sigortacı tarafından bilgilendirilmelidirler[4]. Bu yükümlülüğün kaynağı ise hiç şüphesiz kanuni düzenlemelerdir. Kanun koyucu sigorta ettirene

[2] Resmî Gazete Tarihi: 14.06.2007, Sayısı: 26552.

[3] Resmî Gazete Tarihi: 14.02.2020, Sayısı: 31039.

[4] Kayıhan, Şaban & Bağcı Ömer (2016) Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri, 1. Bası, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, s. 202.

bildiği veya bilmesi gereken tüm hususları sigortacıya beyan etme yükümlülüğü yüklediği gibi aynı şekilde sigortacıya da sigorta ettireni aydınlatma ödevini yüklemiştir. Sigorta ettirene sözleşmenin kuruluşunda beyan ödevini yüklemekteki amaç, sigortacıya rizikoyu değerlendirme imkânı vermek ve sözleşmeyi kurup kurmama hususunda karar verme imkânı sağlamaktır.[5] Aynı şekilde sigortacıya yüklenilen aydınlatma yükümlülüğündeki amaç ise, sigorta ettirenin teminat kapsamı altında olan halleri öğrenmesini sağlamaktır.

Esasında, sözleşmenin güçsüz tarafı olan sigorta ettireni sözleşme ilişkisine girme konusundaki kararını etkileyebilecek hususlar konusunda aydınlatma yükümlülüğü, genel hükümler bağlamında dürüstlük kuralı ve culpa in contrahendo yükümlülüğüne dayanmaktaydı[6]. Fakat genel hükümlerin yeterli koruma sağlayamayacağının anlaşılmasıyla özel hükümlerle bu yükümlülüğün düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur[7]. Bu ihtiyaç TTK 1423 üncü maddenin gerekesinde de şu şekilde ifade edilmiştir: *"Gerek 6762 sayılı Kanunda gerekse Borçlar Kanununda sigortacının bilgi verme ve karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, sözleşmenin görüşülme safhasında, taraflardan biri diğerinin çıkarlarını korumak için dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklenen özeni göstermek zorundadır. Bu noktada madde ile sigortacı açısından doktrin ve yargı kararları da dikkate alınarak sözleşmeden veya dürüstlük kuralından kaynaklanan aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmiştir. Nitekim benzer düzenlemelere Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu ile Alman Sigorta Murakabe Kanununda da rastlanılmaktadır. Konunun öneminden dolayı aydınlatma açıklamasının verilmemesinin hukuki sonucunun ne olacağı maddenin ikinci fıkrasında ayrıca belirlenirken, üçüncü fıkrada da tüm sigortacılar için yeknesaklık sağlamak üzere bu yükümlülüğün içeriğinin sigortadan sorumlu kurum olan Hazine Müsteşarlığı tarafından tespit edileceği öngörülmüştür."* Gerekçede de açıklandığı üzere sigorta ettirenin çıkarlarını korumak amacıyla sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, özel hüküm olarak TTK 1423'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *"(1)Sigortacı ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar. (2) Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir. (3) Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler."*

İfade etmek gerekir ki, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen TTK 1423 hükmü, TTK 1452/3 hükmü uyarınca sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemeyen bir hüküm olduğundan dolayı nisbi emredici bir hükümdür[8].

[5] Doğrusöz Koşut, Hanife (2013) "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hayat Sigortalarında Sigorta Ettirenin Sözleşmenin Yapılması Anındaki Beyan Yükümlülüğünü İhlal Etmesinin Müeyyidesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.29, Sa.4, Ss. 163-184, s.165. (dn 5 ve 8 arasında yeknesaklık sağlanmalıdır: Cilt ve sayı bilgileri farklı sistematikte gösterilmiştir.)

[6] Serozan, Rona (2014) İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme – Ek: Uygulama Çalışmaları-, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, s. 261-263; *Can*, Mertol (2009), Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 307.

[7] Ünan, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku C.I Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık (Sigorta) s. 187.

[8] Yetiş Şamlı, Kübra (2016) "Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.22, Sa.3, Ss. 3004-2977, s. 2982.

Sigorta sözleşmesi, ayrıntılı ve teknik kavramların yoğun olduğu bir sözleşme türü olup sigortacı, sözleşme içerisindeki konumu itibariyle sözleşmenin ayrıntılarını en iyi bilen konumundadır. Sigortacının sözleşmenin hazırlanması safhasındaki hakimiyeti, sözleşmeye dair teknik hususlara ve ayrıntılara vukufiyeti sebebiyle sigorta ettiren (sigortalı), korunması gereken tarafta yer almaktadır[9]. Bu nedenle kanun koyucu TTK'da özel olarak sigortacıya çeşitli hususlar hakkında sigorta ettireni aydınlatma yükümlülüğü yüklemiştir. Buna karşılık aynı şekilde, rizikoya ve gerçekleşme ihtimaline ilişkin bilgi ve değerlendirmeye sigorta ettiren sigortacıdan daha vakıf olduğundan Kanunda sigorta ettirene de beyan yükümlülüğü yüklenmiş ve böylece sigortacıya sigorta sözleşmesi akdetmek hususunda yeterince değerlendirme yapabilme imkanı verilmiştir.[10] Sigortacının aydınlatma yükümlülüğü yalnızca Kanunda düzenlenmemiş olup bunun yanında, 14.02.2020 tarihli *Sigorta Sözleşmesinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik* (Yönetmelik) çıkartılarak sigorta sözleşmelerinde sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin esaslar pekiştirilmiştir.

TTK 1423/3 hükmünde, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliği düzenlemeleri de dikkate alınarak, idarenin tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirleyebileceği öngörülmüştür. Buna ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin birçoğunda Avrupa Birliği Direktifleri dikkate alınmıştır. Zira 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'nun gerekçesinde de[11], Sigortacılık Kanunu hükümlerinin hazırlanmasında Avrupa Birliğinin ilgili düzenlemelerinin esas alındığı açıkça ifade edilmiştir. Bununla ilgili olarak Kanunda ve Yönetmeliklerde düzenlenen sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak 73/239/EEC ve 88/357/EEC Sayılı Direktiflerde Değişiklik Yapılması Hakkında 18/06/1992 tarihli ve 92/49/EEC sayılı Üçüncü Hayat Dışı Sigorta Direktifi büyük bir önemi haizdir. Bunun haricinde, Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu ile Alman Sigorta Murakabe Kanunu, TTK'daki sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin düzenlenmesinde yararlanılan kaynaklardandır[12].

Türk Hukukunda aydınlatma yükümlülüğü, bütün sigorta sözleşmeleri için öngörülmüş olup TTK 1423, bütün sigorta sözleşmeleri için genel hüküm niteliği taşımaktadır . Fakat bu husus doktrinde[13],büyük rizikoların ayrık tutulması gerektiği, sigorta ettirenin sigorta teminatının derhal başlamasını istemiş olması ihtimaline ilişkin kural içermemesi, sigorta ettireninin bir broker kullanması ihtimalinin göz önünde bulundurulmadığı, sigorta ettirenin bilgilendirme hakkından vazgeçme ihtimalinin göz önüne alınmadığı, sigorta sözleşmesinin uzaktan iletişim araçları kullanılarak yapılması ihtimalinin göz önüne alınmadığı, geçici süre için teminat verilmesi ihtimalinin göz önüne alınmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir.

2.2. SİGORTACININ AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UNSURLARI

2.2.1. Zaman Unsuru

Öncelikle, TTK 1423 hükmünün sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü düzenlemesinde zaman unsuru bakımından bir eksikliğin dile getirilmesi gerekmektedir. Bu hükümde sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü sözleşme sırasında ihlal etmesi halinde oluşacak hukuki sonuç düzenlenmemiştir. Şöyle ki, söz konusu hükmün ikinci

[9] Ünan, Samim (2013) "Insurer's Pre-contractual Duties to Inform and Warn/Advise", Insurer's Precontractual Information Duty, Sigorta Hukuku Türk Derneği (Turkish Chapter of AIDA), İstanbul, (s. 9-28), (Information Duty) s. 9.

[10] Erbaş Açıkel, Aslıhan (2019) "Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Sigortacının Sahip Olduğu Haklarla İlgili Bazı Sorunlar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXXV, Sa.2, Ss.131-168, s.133.

[11] https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c161/tbmm22161121ss1364.pdf, s.2 vd.

[12] Aral Eldeleklioğlu, İrem (2012) "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, Sa. 1, Ss. 383-403), s.384-387.

[13] Ünan, Sigorta, s.219 vd.

fıkrasında, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, sigorta ettiren sözleşmenin yapılmasına on dört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağı hükme bağlanmıştır. Metinden anlaşılacağı üzere, sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılacağı sonucu, aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmenin kurulmamasından önceki süreçte ihlali bakımından öngörülmüş olup bu yaptırımın sözleşme süresince yapılan ihlaller bakımından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır[14].

Yönetmeliğin 5 inci maddesine göre ise sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, sigorta sözleşmesinin akdedilmesinden önce başlar ve sözleşme sürecinde de devam eder. Yani bu yükümlülük kapsamında sigortacı, sözleşmenin müzakeresi, akdin kurulması ve devamı sırasında da sigorta ettirene karşı aydınlatma yükümlülüğü altındadır. Sonuç olarak, yalnızca sigorta sözleşmesinin akdedilmesinden önce değil, sigorta sürecinde de sigorta ilişkisi bakımından önemli olan gelişmelerin sigorta ettirene yazılı olarak bildirilmesi gerekir[15]. Kanun koyucunun sigortacıya aydınlatma yükümlülüğü yüklemesindeki amaç hiç şüphesiz, sigorta sözleşmesinin içeriği ve kapsamına ilişkin olarak sigorta ettirenin tam bir bilinçle hareket etmesini sağlamaktır. Bu amacın tesisi için ise, aydınlatma yükümlülüğünün yalnızca sözleşme öncesinde değil, sözleşmenin süresince de geçerli olduğunun kabulü gerekir.[16]

2.2.2. İçerik Unsuru

TTK 1423, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını olabildiğince geniş tutmuştur. Bu bağlamda hükmün birinci fıkrasında aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına; kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgiler, sigortalının hakları, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümler, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülükleri, sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olaylar ve gelişmeler dahil edilmiştir. Esasında kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgiler ifadesi kullanılmak suretiyle, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı oldukça geniş tutulmuş olup cümlenin devamında zaten sigorta sözleşmesinde yer alan bazı hükümlere dikkat çekilmiş ve bunların hususen aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına alınması gerektiği kurala bağlanmıştır. Fıkranın ikinci cümlesinde ise, "sözleşme süresinde sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olaylar ve gelişmelerin" aydınlatma yükümlülüğü kapsamında olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu ifade, oldukça geniş bir kapsamı oluşturmakta olup aydınlatma yükümlülüğünün içeriğini olabildiğince genişletmektedir.

Bunun yanında Yönetmelik'in "Bilgilendirme Yükümlülüğü ve Süresi" başlıklı 10 uncu maddesinde de sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı düzenlenmiştir. Hükme göre; *"Sigortacı, sözleşmeye konu sigortaya ilişkin mevzuatta meydana gelen değişiklikler başta olmak üzere; iflâs veya tasfiyesini, ilgili branşlarda yapılan ruhsat iptallerini, tüm branşlarda sözleşme yapma yetkisinin kaldırıldığını ve sigorta sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkabilecek, sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesinden yararlanacak kimselerin hak, borç ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilecek nitelikteki her türlü değişiklik ve gelişmeyi, sigorta ettirene veya sözleşmeden menfaat sağlayacak kişilere, en geç on iş günü içinde bildirir."* Yönetmeliğin bu hükmü ile adeta Kanundaki "sözleşme süresinde sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olaylar ve gelişmeler" örnek kabilinden sayılmış ve Kanun hükmü somutlaştırılmıştır. Görüldüğü üzere Yönetmelik hükmünde, aydınlatma yükümlülüğünün, oluşan her türlü değişiklik ve gelişmeyi kapsaması gerekliliği düzenlenmiş ve bunun için sigortacıya on günlük süre tanınmıştır. Yani, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına göre, sigor-

[14] Yetiş Şamlı, s. 2985.

[15] Yazıcıoğlu, Emine (2018) "Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü, s.391-422; Sigorta Hukuku Sempozyumları, (Ünan / Yazıcıoğlu ed.) İstanbul, s.401.

[16] Şenocak, Kemal (2007) "Avrupa Birliği Sigorta Aracıları Direktifi (2002/92/CE)", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, (s. 1055-1070), İstanbul, Çizgi Yayınevi, s.1069.

tacı, gerekli bilgileri sigorta ettirene zamanında vermeli ve sigorta ettirenin gerekli araştırma ve düşünme süresine sahip olması sağlanmalıdır[17]. Bu anlamda, ancak meydana gelen gelişmelerden olabildiğince çabuk haberdar olunması halinde bilgilendirme yükümlülüğü ile ulaşılmak istenen amaç hasıl olacağından, bu nevi bir sürenin Yönetmelikte öngörülmesine rağmen Kanunda öngörülmemiş olması önemli bir eksikliktir[18].

Bu yükümlülük kapsamında sigortacı, sözleşmenin müzakeresi, akdin kurulması ve devamı sırasında sigorta ettirene, sigortayla ilgili teknik hususlarda destek sağlamak, yapılacak veya yapılmış sigortacılık işleminin nitelikleri ve sözleşmeye konu sigorta teminatı ile sigortanın işleyişi hususunda gerekli olan her türlü bilgiyi sözlü ve yazılı olarak sağlamak ve sigorta ettireni (sigortalıyı) yanıltıcı her türlü hal ve davranıştan kaçınmak zorundadır[19]. Bu bağlamda sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, sadece aydınlatma formu imzalatmak gibi aktif davranışlarda bulunmakla sona ermeyip yanlış anlaşılabilecek davranışlardan kaçınmak suretiyle pasif davranışlarda bulunmak yükümlülüğü de vardır[20]. Hatta, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla yalnızca aydınlatma formunu sigorta ettirene imzalatmasının yeterli olmayacağı; sigorta ettirene aktif davranışlarla yol göstermesi gerektiği de doktrinde[21] ifade edilmektedir.

Bu hususta ayrıca uygulamaya da dikkat çekmek gerekmektedir. Uygulamada sigorta sözleşmeleri, çoğu zaman bir sene süreyle yapılmakta ve kesintisiz biçimde yenilenerek sürdürülmektedir. Bir sigorta sözleşmesi yürürlükteyken başka bir sözleşmenin yapılması da imkân dâhilinde olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, sigorta ettirenin önceki sözleşme sebebiyle bilmekte olduğu hususların aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı dışında olduğu kabul edilmelidir[22].

2.2.3. Kişi Unsuru

TTK 1423'den anlaşılacağı üzere, aydınlatma yükümlülüğünün asıl yükümlüsü sigortacıdır. TTK 1423'teki sigortacının aydınlatma yükümlülüğü, aynı şekilde Yönetmeliğin 6/1 hükmünde sigorta acenteleri için de öngörülmüştür (ayrıca bkz. TTK m. 105/1). Ancak, sigorta acentesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde sigortacının yardımcısı konumundadır. Bunun sonucu olarak, eksik veya hatalı aydınlatmanın acente tarafından yapıldığından bahisle sigortacının sorumluluktan kaçınması düşünülemez. Acentenin aydınlatma yükümlülüğüne uygun davranmaması halinde, sigorta ettirene karşı sorumlu sigortacı olacak olup acente de iç ilişkide sigortacıya karşı sorumlu olacaktır (ayrıca bkz. ve krş. TTK m. 105/2)[23].

Konuya muhatap bakımından bakılacak olursa, aydınlatma açıklamasında sigortacı ve acente, sigorta sözleşmesine ilişkin dikkat edilmesi gereken hükümleri sigorta ettirene yazılı olarak bildirmelidir. Aydınlatma açıklamasının muhatabı sigorta ettirendir. Sigorta sözleşmesinin tarafı sigorta ettiren olduğu için açıklamanın muhatabının da sigorta ettirenin olması icap etmektedir. Fakat sigortacı, bu yükümlülüğünü yalnızca sigorta ettirene değil; talep halinde sigorta korumasından yararlanacak diğer kişilere (sigortalı ve lehtar) karşı da yerine getirmek zorundadır[24]. Yani, sigorta sözleşmesinin sigorta ettirenden başka bir kişiyle sürmesinin söz konusu olduğu hallerde [örneğin başkası lehine sigorta (TTK

17 Ünan, Sigorta s.192.

18 Yetiş Şamlı, s. 2988.

19 Çeker, Mustafa (2013) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, Adana, Karahan Kitabevi, s. 83.

20 Özdamar, Mehmet (2010) Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof Dr. F. Öztan'a Armağan, C.II, Ankara, (Sözleşme Sonrası) s.1683.

21 Özdamar, Mehmet (2009) Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Yetkin Yayıncılık, Ankara, (Sözleşme Öncesi) s.234-235.

22 Ünan, Sigorta s. 224.

23 Günay, Barış (2019) Sigorta Hukuku, 1. Bası, Ankara, Seçkin Hukuk Yayınları, s. 70.

24 Çeker, s. 84.

m.1431/4), mal sigortalarında sınırlı ayni hak (TTK m.1456/5), grup sigortaları (TTK m. 1496/4), lehtarın sigorta ettiren yerine geçmesi (TTK m. 1505/1) vs.] ileride sigorta ettirenin yerini alacak olan kişiye de aydınlatma yapılması gerekecektir[25]. Nitekim Yönetmeliğin 6/2 hükmünde *"Talep halinde sigortacı, sigorta ettirene karşı bilgilendirme konusundaki tüm yükümlülüklerini sigortadan faydalanacak kişilere karşı da yerine getirmek zorundadır."* denilerek, bu husus özel olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat çekilmesi gereken bir başka husus da, TTK 1423/1 c.1'de "kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgilerin, sigortalının haklarının, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümlerin, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerinin" sigorta ettirene bildirileceği hükme bağlanmışken; hükmün ikinci cümlesinde "sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayların ve gelişmelerin" sigortalıya bildirileceği kuralı getirilmiştir. Kanaatimizce, fıkranın ikinci cümlesinde, başkası lehine sigortanın söz konusu olması ihtimaline binaen sigortalının bilgilendirilmesi kuralı öngörülmüş fakat sigorta sözleşmesinin karşı tarafının sigorta ettiren olduğu gerçeği ihmal edilmiştir. Dolayısıyla fıkranın ikinci cümlesinin "sigorta ettirene ve sigortalıya yazılı olarak açıklar" şeklinde olması daha isabetli olurdu. Nitekim Yönetmeliğin 10 uncu maddesinde, sigortacının bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı verilerek, sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olay ve gelişmeler örnek kabilinden sayılmakla birlikte, bu yükümlülüğün hem sigorta ettirene hem de sözleşmeden menfaat sağlayacak kişilere karşı yerine getirilmesi öngörülmüştür.

2.2.4. Şekil Unsuru

TTK 1423/1 ile aydınlatma açıklamasının şeklinin yazılı olacağı kurala bağlanmıştır. Aynı şekilde idarenin yapılacak aydınlatma açıklamasının şeklini belirleme yetkisine sahip olduğu da düzenlenmiştir (TTK m. 1423/3). Bu bağlamda Yönetmeliğin 5/1 hükmüne göre; "Sigortacının bilgilendirme yükümlülüğü, sigortacı tarafından sigorta ettirene ve sigorta sözleşmesine taraf olmak isteyen kişilere sözlü ve yazılı şekilde yerine getirilir. Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması esastır."

Yönetmelikte ayrıca;

8 inci madde ile ilgililere verilecek olan Aydınlatma Formunun içeriği;

9 uncu maddede ilgililere Aydınlatma Formu ve talep edilmesi halinde gerek akdin müzakeresi gerekse devamı sırasında, sözleşmeye konu sigortaya ait Sigorta Genel Şartları ile rizikonun gerçekleşmesi hâlinde tazminat başvurusunda talep edilebilecek bilgi ve belgelere ilişkin listenin verilmesi gerektiği;

13 üncü maddede bilgilendirmenin sağlanabilmesi için kurumsal internet sitesi kurma ve ilgili bilgileri bu sitede yayınlama zorunluluğu öngörülmüştür.

Aydınlatma yükümlülüğünün şekline ilişkin düzenleme içeren bir diğer Yönetmelik de "Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik"tir[26]. Bu Yönetmeliğin 8/2 hükmüne göre; "Sigorta sözleşmesinin yapılmasına esas teşkil eden sözleşmede; tüketiciye, sigorta teminatının hangi şirket tarafından verildiği ile rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigorta tazminatının, riski üstlenen şirket tarafından sigortacılık mevzuatı uyarınca ödeneceği açıkça belirtilir. Tüketici lehine sigorta sözleşmesi yapan kişiye, şirket ile yapılan sigorta sözleşmesinin bir örneği verilir ve ilave bilgilere nereden ulaşılacağı konusunda tüketici bilgilendirilir."

Bu hükmün yanında ayrıca mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri ve elektronik ortamda yapılan sigorta sözleşmelerinde yapılacak aydınlatmaya ilişkin olarak, Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleş-

[25] Ünan, Sigorta, s. 217.

[26] Resmî Gazete Tarihi: 25.04.2014, Sayısı: 28982.

meleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin 4 üncü fıkrası da önem arz etmektedir. Hükme göre; "14/2/2020 tarihli ve 31039 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik hükümleri, mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri hakkında da uygulanır." Aydınlatmanın elektronik ortamda yapılabilmesi için şu koşulların sağlanması gerektiği de kabul edilmektedir[27]:

Aydınlatma doğrudan sigorta ettiren adayına yönelik olarak gerçekleştirilmelidir.

Elektronik aydınlatma sigorta ettiren adayı ile var olan iş ilişkisi açısından uygun yöntem olmalıdır.

Sigorta ettiren elektronik ortam üzerinden aydınlatmaya onay vermelidir.

Web sayfasının adresi ve sigorta ettiren adayına aktarılacak bilginin o sayfa içerisindeki yeri, sigorta ettiren adayına elektronik yolla bildirilmiş olmalıdır.

Elektronik ortamdaki bilginin incelenmesi için sigorta ettiren adayına yeterli süre verilmelidir.

Aydınlatmanın yapıldığı ortamdan bağımsız olarak, aydınlatma ücretsiz olmalı, sigorta ettiren adayının bilgiye ulaşması güçleştirilmemelidir. Yine belirtelim ki, aydınlatmanın dürüstçe, açık ve anlaşılabilir şekilde yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Aksi düşünce, bu yükümlülük ile ulaşılmak istenen amacı imkânsız kılar. Bu bağlamda kullanılan dil büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle aydınlatmanın;

Rizikonun gerçekleşmesinin söz konusu olduğu veya sigorta teminatı sağlama ediminin üstlenildiği ülkenin resmi dilinde (ülkemiz için Türkçe),

Tarafların kararlaştırmış oldukları herhangi bir dilde veya

Sigorta ettirenin bildiği herhangi bir dilde yapılmalıdır[28].

2.3. AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonuçları TTK 1423/2'de düzenlenmiştir. Esasında bu hükmün aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde başvurulacak yegâne hüküm olduğu düşünülmemelidir. Zira aşağıda açıklanacağı üzere, kanaatimizce TTK'da yer verilen hüküm, sigortalı bakımından gerekli korumayı tam olarak sağlayamamakta olup rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalının mağduriyetinin giderilmesinde etkili olamayacaktır[29]. TTK 1423/2' ye göre; "*Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir.*"

Madde metninden anlaşılacağı üzere, itiraz hakkının sigorta ettiren tarafından kullanılması hâlinde, hangi hukuki sonuçların ortaya çıkacağı hakkında açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Esasında bu muğlaklık, madde metninde yer alan "itiraz" ibaresinden kaynaklanmaktadır. Bir görüş[30], amaçsal yorum yaparak itiraz ibaresinin mehfumu muhalifinden sigorta ettirene sözleşmeden dönme hakkının tanındığını ileri sürmekte ve itirazdan maksadın sözleşmeden dönme olduğunu ifade etmektedir.

27 Ünan, Sigorta, s. 190.

28 Ünan, Sigorta, s. 196.

29 Nitekim doktrinde sözleşmenin kurulmasından önce sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, TTK 1423/2 dışında, Borçlar Kanunu çerçevesinde sonuçlarında doğacağı ve bu durumun culpa in contrahendo oluşturacağını, buna dayalı tazminat taleplerinin ileri sürülebileceği ifade edilmektedir (Ünan, s. 238).

30 Şeker Öğüz, Zehra & Sevinç Kuyucu, Aslıhan (2011) Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku: Karşılaştırmalı, Açıklamalı, İstanbul, Filiz Kitapevi, s.24.

Diğer görüş[31] ise sigorta ettirenin seçimlik hakkının olduğunu ve takdirin kendisine ait olduğunu ifade etmektedir. Şöyle ki, sigorta ettirenin sözleşmenin kurulmasını izleyen on dört günlük süre içerisinde itiraz etmesiyle, sigorta sözleşmesinin kurulmamış sayılacağı, sözleşmenin sigorta ettiren tarafından feshedilmiş kabul edileceği yahut sözleşmedeki şartların değiştirilmiş kabul edileceği şeklinde sıralanabilecek sonuçların hangisinin ortaya çıkacağı net değildir.[32] Dolayısıyla bu görüşe göre, buna ilişkin kararın sigorta ettirenin takdirinde olması daha isabetli gözükmektedir.

Doktrinde ifade edilen bir diğer görüş[33] de, TTK 1423'de yer verilen "itiraz" ibaresini formel olarak Türk Hukukunda belirli bir konuma oturtmanın zor olduğunu, sigorta ettirenin böyle bir durumda TBK 39 bağlamında yanılma, aldatma ve korkutma hükümleri ile paralel olarak iptal hakkının olduğunu, sigorta ettirenin bu hakkını 14 günlük süre içerisinde kullanmazsa askıda geçerli sayılan sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını irade bozukluğu olmaksızın doğuracağını ifade etmektedir. Ayrıca bu görüş sahipleri, on dört günlük sürenin TBK 39 da dikkate alınarak aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin öğrenildiği andan başladığını ileri sürmektedir.

Esasında söz konusu bu hüküm sigorta ettireni yeterince korumadığı gerekçesiyle doktrinde[34] eleştirilmiştir. Sigorta ettiren, rizikonun gerçekleşmesiyle sigortacıdan tazminat ödenmesini isteyebilecek olup örneğin sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınmayan bir vakanın gerçekleşmesi ve dolayısıyla ödemenin yapılmaması durumunda sigorta ettiren, sözleşmenin ihtiyaca hitap etmediğini anlayacak fakat bunun için geç olacaktır. Bu durumda sigorta ettiren, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığından bahisle sigortacıya dava açacaksa da on dört günlük süre sebebiyle sigorta ettirenin aleyhine bir sonuç doğacaktır. Dolayısıyla her ne kadar kanun koyucu, sigortacıya aydınlatma ödevi yüklemişse de itiraz süresini sigorta ettiren lehine koyamayarak yükümlülüğün amacına ulaşmasını sağlayamamaktadır.[35] Bu arada ifade edilmelidir ki her ne kadar madde metninde yalnızca aydınlatmanın hiç yapılmaması durumu ele alınmışsa da aydınlatmanın eksik yapılmış olması da madde kapsamında değerlendirilmelidir.

Bunun yanında itiraz süresinin ne zaman başlayacağı da kanun metninden net olarak anlaşılamamaktadır. Bir görüş[36], on dört günlük sürenin sözleşmenin akdiyle başlayacağını ifade etmekteyken; diğer görüş[37], sigorta ettirenin poliçeyi incelemesi gerekliliğinden hareketle, poliçenin sigorta ettirene teslimiyle başladığını ileri sürmektedir. On dört günlük sürenin poliçenin teslimiyle başlaması gerektiğini ileri süren bir diğer görüş[38] de, bu görüşünü sigortalıyı koruma gerekliliğine dayandırmakta, sürenin aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin öğrenilmesinden yahut hiç olmazsa poliçenin tesliminden itibaren başlatılması gerektiğini savunmaktadır. Buna ilişkin yukarıda açıklandığı gibi bir diğer görüş[39] ise bu sürenin. TBK 39 dan hareketle aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağını ifade etmektedir.

---

31 Özdamar, Mehmet (2013) "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu", İÜHFM C. LXXI, S. 2, S. 347-360, (Yaptırım), s. 356.

32 Ünan, Samim (2005) "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler", Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 10: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (Düşünceler), s. 124.

33 Yetiş Şamlı, s. 2994.

34 Günay, s. 74.

35 Memiş, Tekin (2005) "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, s. 97; Yazıcıoğlu, Emine (2010) Sigorta Aracıları Hukuku 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s. 178.

36 Şeker Öğüz & *Sevinç Kuyucu*, s. 24.

37 Aral Eldeleklioğlu, s.398

38 Bahtiyar, Mehmet (2020) "Sigorta Hukukunda Tüketiciyi Aydınlatma Açıklaması", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2020, (Ed. Dönmez, T., Yavuz, M., Düzgünkaya, A., Tokbaş, H.), ss.25-47, İstanbul, Aristo Yayınevi, s. 43.

39 Yetiş Şamlı, s.2994.

Esasında TTK 1423/2'nin TTK 1425/2 ile çeliştiği söylenebilir. Zira TTK 1425/2' ye göre; sigorta poliçesi yapılan anlaşmayı yansıtmak zorunda olup farklı hükümler içeremez. Bu bağlamda poliçenin sigorta sözleşmesinin şartları bakımından bir ispat aracı niteliği taşıdığı ifade edilmelidir. Nitekim TTK 1425/2, poliçenin anlaşmaya aykırı hükümlerinin geçersiz sayılacağını hükme bağlamaktadır. Doktrindeki bir görüşe[40] göre, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde eğer poliçede yazılı olan koşullar tarafların anlaşmasına aykırı ise TTK 1425/2 uygulanmalı, sigortacı, TTK 1423 uyarınca sigorta ilişkisinin poliçede yazılı olan koşullara tabi olacağını ileri sürememelidir. Dolayısıyla TTK 1423/2'deki *"sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse"* sigorta sözleşmesinin poliçedeki kurallar çerçevesinde kurulacağı kuralı gereksiz ve uygulanması söz konusu olmayan bir kuraldır. Kaldı ki, bunun adil olduğunu söylemek de güçtür. Zira bu durum, aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranan tarafı, bu davranışının sonucu olarak adeta ödüllendirmek anlamına gelmektedir. Bu nedenle, sigortacıları tam ve doğru aydınlatma yapmaya zorlayacak asıl çözüm, aydınlatmanın hiç veya gereği gibi yapılmamış olmasından kaynaklanan zararın sigortacı tarafından giderilmesi zorunluluğunun öngörülmesidir. Bunun bir nebze olsun sağlanması için doktrinde Şamlı, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında kalıp sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne uygun davranmadığı bir hükmün söz konusu olması durumunda TTK 1425/2 hükmünden de yardım alarak ihtimalli bir öneri ortaya koymuştur. Bu öneriye[41] göre; 14 günlük süreyi kendisine yüklenemeyecek bir sebeple kaçıran sigorta ettiren, aydınlatma yükümünün kapsamında kalan hükmün taraflar arasında "kararlaştırılandan farklı" olduğunu ileri sürebilmeli ve söz konusu hükmün geçersiz olmasını sağlayabilmelidir. Sigorta ettirenin14 günlük süreyi kusurlu olarak kaçırması halinde ise böyle bir iddia iyiniyet kuralına aykırılık teşkil edeceğinden sigorta ettiren TTK 1425/2'ye dayanamamalıdır.

Netice itibariyle TTK, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, sigorta ettirenin 14 günlük süre içerisinde itiraz etmemesi durumunda, sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla kurulmuş sayılacağını düzenlemektedir. TTK'nın, sigorta sözleşmesi ile poliçenin birbirinden farklı hükümler içeremeyeceğini düzenleyen 1425/2 de göz önüne alındığında, sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın aleyhine olarak poliçede yer alan hükümler her halükarda geçersiz olacaktır. Bu sonuç poliçenin bir ispat aracı olması ile de uyumludur. Bu durumda, sigorta sözleşmesine herhangi bir itirazın yapılmamış yahut itirazın 14 günlük süre içerisinde yapılmamış olması halinde, sigorta sözleşmesinin tarafların sözleşme müzakereleri sırasındaki anlaşma hükümlerine göre kurulacağı; sözleşmede var olmayıp sigorta ettiren, sigortalı ya da lehtar aleyhine poliçede var olan hükümlerin de geçersiz sayılacağının kabulü gerekir. Dikkat edilmelidir ki, sözleşmede yer almayıp poliçede yer alan ve sigorta ettiren, sigortalı ya da lehtarın aleyhine olan hükümlerin geçersiz sayılması, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının bir sonucu olmayıp doğrudan TTK 1425/2'nin bir gereğidir.

TTK 1423'ün haricinde, 6102 Sayılı TTK ve 5684 Sayılı Sigortacılık Kanuna dayanılarak çıkarılan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'te, aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranılmasının sonucu olarak tazminat yükümlülüğünün doğabileceği, 7 inci maddede hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre; "*Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında; bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş veya Bilgilendirme Metninde yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir."*

[40] Ünan, Sigorta, s 240.

[41] Yetiş Şamlı, s.2998.

Yönetmeliğin bu hükmüne göre, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, diğer şartların da oluşması şartıyla sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir. Bu durumda sigorta ettiren, fesih hakkını kullanacak olursa, sözleşme ileriye etkili olacak şekilde sona erer. Bu kapsamda, sigorta ettirene ödediği primin borçlar hukuku çerçevesinde sözleşmenin feshinden sonraki döneme ilişkin kısmının da geri ödenmesi gerekecektir. Bununla beraber, sigortacı, sözleşmenin feshinden önceki dönemde gerçekleşmiş olan hasar tazminatlarını, fesih gerekçesiyle ödemekten kaçınamayacağı gibi, fesih öncesinde ödemiş olduğu tazminatların da geri ödenmesini talep edemeyecektir[42]. Bu sonuç, sigortacıyı aydınlatma yükümlülüğüne tabi tutan kanun koyucunun ulaşmak istediği amaca da uygundur. Zira sigortalının sigorta sözleşmesini yapmaktaki menfaati elde edememesi halinde ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi, olması gereken hukuk bakımından daha isabetlidir. Sigortalının, rizikonun ortaya çıkmasından sonra aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle yalnızca sözleşmeyi feshedebilme imkânı sigortalının menfaatini tam olarak karşılamayacaktır. Hususen zarar sigortalarında, tam hasarın ortaya çıkması durumunda sözleşmenin, aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli sebebine dayanılmak suretiyle feshedilmesi, tek başına sigortalının menfaatini temin edemeyecektir. Bu imkânla birlikte, yeterince bilgilendirilmediği için, amaçlanan sigorta himayesine kavuşamayan sigortalının, söz konusu kaybının karşılanmasını istemesi daha isabetli gözükmektedir[43].

TTK ile Yönetmelik hükmü arasındaki bir diğer farklılık ise, her iki düzenlemede öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi için var olması gereken şartlar noktasındadır. Yönetmelik hükmüne göre, fesih ve tazminat talebinde bulunulabilmesi için "*bu hâllerden herhangi birinin sigorta ettirenin kararına etkili olmuş*" olması gerekmektedir. Fakat kanunda öngörülen sözleşmenin poliçedeki şartlara göre akdedilmiş sayılacağı yaptırımının uygulanabilmesi için yalnızca aydınlatma yükümlülüğünün ihlali yeterlidir[44].

Aydınlatma yükümlülüğünde ortaya çıkacak sonuçlara ilişkin olarak, sigorta sözleşmesini okumak gibi üzerine düşen görevleri yapmaması halinde sigorta ettirenin de kusurundan bahsedilebilecek olup bu durum da müterafik kusurun varlığı söz konusu olacak ve tazminatta indirime gidilebilecektir[45]. Hatta Yargıtay bir kararında[46] *"müteveffa sigortalının aldığı sigorta poliçesine bakmasının zorunlu olduğu"* gerekçesini de göstererek (tek gerekçe bu olmamakla birlikte), sigortacının sorumlu olduğu hükmü veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve sigortalının poliçeyi okuma zorunluluğunu vurgulamıştır.

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi haline ilişkin olarak TTK ve Yönetmelik hükümlerinin birbirinden farklı esaslar içerdiği açıkça gözükmektedir. TTK 1423, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde tazminatın ödenebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme içermediği gibi, tazminatın ödenmesini engelleyecek bir niteliği de haiz değildir. Bunun yanında bu Yönetmelik hükmü, açıkça sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinin müeyyidesi olarak tazminat ödenmesini öngörmektedir. Uygulamada, Yargıtay Daireleri birbirlerinden farklı kararlar vermekle birlikte, aynı Daire içerisinde dahi farklı kararlar verilebilmektedir. Dolayısıyla Kanun ile Yönetmelik hükmü birbirlerine uyumlu hale getirilinceye kadar -ki Yönetmeliğin Kanuna uygun olması kural olmakla birlikte, somut olayda Kanun hükmü, Yönetmelik hükmünün öngördüğü koruma

[42] Çeker, s. 85.

[43] Özdamar, Yaptırım, s. 352.

[44] Yetiş Şamlı, s. 2992.

[45] Özdamar, Sözleşme Sonrası, s. 357.

[46] Yargıtay 11. HD, 25.10.2011 T., 2009/13221 E. ve 2011/14404 K. (Özdamar, Yaptırım s.354).

düzeyine çıkarılmalıdır- uygulanabilir bir hukuki yol sunulmalıdır.

Uygulamada, meseleye ilişkin davalara konu olan olaylara baktığımızda, çözülmesi gereken hukuki sorun, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonucu olarak, sigorta ettirenin irade ettiği sigorta sözleşmesinin teminat kapsamının gayet geniş olduğunu sandığı ve fakat rizikonun gerçekleşmesi halinde gerçekleşen rizikonun, sigorta sözleşmesinin öngördüğü teminat kapsamına girmediği hallerde ortaya çıktığını müşahede etmekteyiz. TTK 1423'ün bu nev'i hallerde sigorta ettireni koruyucu bir düzenleme içermediği ortadır. Bu nedenle olması gereken hukuk bakımından çözümün genel ilkelerde ve Borçlar Hukukunda aranması gerekmektedir. Sigorta ettirenin gerçek iradesinin taraf olduğu sigorta sözleşmesiyle uyuşmaması ve riziko gerçekleşmeden önce bu durumun farkında olmaması, akıllara öncelikle TBK'da düzenlenen irade bozuklukları hükümlerini (TBK 30 vd.) getirmektedir ki doktrinde Şamlı, TTK 1423'de öngörülen "itiraz" çaresinin TBK 39 bağlamında okunması gerektiğini ifade etmektedir[47]. Her ne kadar, genel hükümler gereği, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde ortada esaslı yanılma yahut aldatma durumunun söz konusu olabileceğini ve dolayısıyla "askıda geçerli" olan sigorta sözleşmesinin "iptal" yoluyla geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırılabileceğini kabul edebilirse de, TTK 1423/2'de yer alan itiraz müessesesi ile TBK 39'un aynı doğrultuda olduğunu söylemek güçtür. TTK 1423'de öngörülen "itiraz" müessesesi ile Kanun, sigorta ettirene -belki de gereğinden fazla yükümlülük altına sokmak suretiyle- bir ödev yüklemiş ve bu ödeve aykırı hareket etmesinin sonucu olarak da sigorta sözleşmesinin poliçede yazılı şartlar altında akdedilmiş olacağını kabul etmiştir. Kanaatimizce, Borçlar Hukukumuzda formel olarak sözleşmeyi sona erdirmeye yarayan bir "itiraz" müessesesinin olmaması, Kanunun sözleşme taraflarına bu nev'i bir ek yükümlülük yükleyemeyeceği anlamına gelmemektedir.

Dolayısıyla kanaatimizce, TTK 1423/2'de düzenlenen itiraz müessesesi ile TBK 39'da düzenlenen iptal hakkı aynı doğrultudaki hukuki çareler olmasa da, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesinin sonucu olarak sigorta ettirenin iradesi ile uyuşmayan sigorta sözleşmesini TBK 39 çerçevesinde iptal ettirme hakkı pek tabi mevcuttur. Kural olarak TBK 39 uyarınca sözleşmenin iptal edilmesi halinde sözleşme, geçmişe yönelik olarak ortadan kalkacakken; sürekli edimli sözleşmelerde iptalin geçmişe etkili olması adalet duygusunun zedeleyeceğinden, hükümsüzlüğün iptal anına kadar ifa edilen edimleri etkilemeyeceği kabul edilebilir[48]. Dolayısıyla sigorta ettirenin yanılma yahut aldatma sebebiyle sözleşmeyi iptal etmesi halinde, iptal anına kadar ifa edilen primler geri alınamayacak, sözleşmenin iptali, fesihte olduğu gibi ileriye yönelik sonuç doğuracaktır.

Sözleşmenin TBK 39/1 uyarınca iptali, sigorta ettirenin sözleşme kapsamında olduğunu düşündüğü fakat sözleşme kapsamında olmayan rizikonun gerçekleşmesi durumunda ise sigorta ettireni hiçbir şekilde korumayacak, üstelik sigortacının kanunun kendisine yüklediği aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının bir müeyyidesi de olmayacaktır. Esasında sigorta ettirenin korunması gereken hal, tam olarak bu haldir. Zira riziko gerçekleşmeden önce sigorta ettirenin esaslı yanılmaya düştüğünün farkına varması ve derhal sözleşmeyi iptal ettirmesi, çoğu zaman sigorta ettireni mağdur etmeyecektir. Halbuki, çoğu zaman da sigorta ettirenin esaslı yanılmaya düştüğünü fark etmesi, rizikonun gerçekleşmesinden sonra sigortacıdan sigorta tazminatını talep etmesi anında gerçekleşmektedir. Bu durumda TBK 39/1 uyarınca sözleşmenin iptal edilmesi, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne

[47] Yetiş Şamlı, s.2994 vd.

[48] Yetiş Şamlı, s.2995; Eren, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 465; Oğuzman M. Kemal & Öz, Turgut (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.120.

aykırı davranmasının sonucu olarak mağdur olan sigorta ettirenin mağduriyetine çözüm olmayacaktır. Bu nedenle, asıl çözümün "Borcun İfa Edilmemesi" başlığı altında, TBK 112 çerçevesinde aranması gerektiği kanaatindeyiz.

TBK 112'ye göre; *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."* Hükümden anlaşılacağı üzere, TBK 112, borcun hiç ifa edilmemesini düzenlemesinin yanında borcun gereği gibi ifa edilmemesini de düzenlemektedir. Borcun hiç ifa edilmemiş olması, borcun ifasının mümkün olmasına rağmen ifa edilmediği yahut borcun ifasının imkânsızlaştığı halleri kapsarken; gereği gibi ifa etmeme ise, edimin borca uygun olarak tam ve doğru bir şekilde yerine getirilememesi şeklinde tanımlanabilir. Yani gereği gibi ifa etmeme hali, "kötü ifa" ile "yan yükümlülüklerinin ihlali" hallerini kapsamaktadır[49]. Sigortacı kanunen aydınlatma yükümlülüğü altında olup bu yükümlülük, sigortacının yan yükümlülüğü kapsamındadır. Sigortacı, gerek sözleşmenin kurulmasından önce gerekse sözleşme süresince bu yükümlülüğü ifa mecburiyetindedir. Sigorta sözleşmesi, sigortacının riziko taşıma edimi üzerine bina edildiğinden dolayı, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmemesi de sigorta sözleşmesinin sonuçları açısından büyük önemi haizdir. Hangi rizikoların sigorta sözleşmesinin kapsamında olduğuna ilişkin aydınlatma yükümlülüğü ise sigortacının rizikonun gerçekleşmesinden önce ifa etmesi gereken bir yan yükümlülüktür. Yani aydınlatma yükümlülüğünün ifa zamanı bakımından TTK 1423 her ne kadar sigorta sözleşmesinin kurulmasından önceki zaman dilimini işaret etse de, bu yükümlülüğün Yönetmelik'in beşinci maddesi de göz önüne alınarak sözleşme süresince devam etmesi icap eder. Fakat rizikonun gerçekleşmesinden sonra bu yükümlülüğün ifası bir anlam ifade etmeyeceğinden; en geç riziko gerçekleşene kadar aydınlatma yükümlülüğü ifa edilmelidir. Bu anlamda, rizikonun gerçekleşmesiyle aydınlatma yükümlülüğünün ifasının artık imkânsızlaştığı sonucuna varılabilir. Zira herhangi bir borç için belirlenen ifa zamanı, o borcun ifasının yerine getirilebileceği yegâne zaman dilimini ifade ettiğinden, ifa zamanının kaçırılması halinde borcun ifası imkânsızlaşmış olur[50]. Fakat doktrinde bir görüş, yan yükümlülüklerin özen gösterme yükümlülüğü kapsamında olduğunu, asıl borcun ifasına yardım ettiklerini, bağımsız nitelikleri olmadığından asıl borçtan bağımsız olarak dava edilemeyeceklerini ileri sürerek yan yükümlülüğün ihlalinin asıl borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurduğunu ve imkânsızlığın yan yükümler bakımından söz konusu olmadığını ifade etmektedir[51]. Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün yan edim yükümlülüğü yahut yan yükümlülük olduğu tartışmasını bir kenara bırakırsak[52] bu yükümlülüğe aykırılığın TBK 112 bağlamında borcun ifa edilmemesi sonucuna yol açacağı izahtan varestedir.

Sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün, sözleşmeden değil; kanundan doğması ise kafa karışıklığına yol açmamalıdır. Zira borcun gereği gibi ifa edilmemesi hali, doktrinde "sözleşmenin müsbet ihlali" olarak da anılmakta olup bazı yazarlar[53], bu ibaredeki "sözleşme" ibaresini kanundan doğan borç ilişkilerini kapsam dışı bıraktığı gerekçesiyle eleştirmiş, ifadenin "alacağın müsbet ihlali" şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Yani, sigortacının aydınlatma yükümlülüğünün sözleşmede kararlaştırılmayan kanuni bir yükümlülük olması, bu yükümlülüğe aykırılık halinde TBK 112'nin uygulanmasını engellemeyecektir.

[49] Eren, s. 1153.

[50] Oğuzman & Öz, s. 458.

[51] Oğuzman & Öz, s.473-474.

[52] Yan yükümlülük ve yan edim yükümlülüğü arasındaki fark için bkz. Kılıçoğlu Ahmet (2011) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s.26-29; Oğuzman & Öz., s.13-14.

[53] Daha fazla bilgi için bkz. Eren, s. 1172, dipn. 78.

TBK 112 uyarınca borçlunun alacaklının zararını giderim borcu doğması için dört temel şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; borcun gereği gibi ifa edilmemesi, zarar, sözleşmenin ihlali ile zarar arasında illiyet bağı ve kusurdur.

Yan yükümlüğünün ihlal edilmesi, borcun gereği gibi ifa edilmemesi anlamına geldiğinden sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü ihlal etmesi, borcunu gereği gibi ifa etmediğine işaret eder. Gerçekleşen rizikonun esasında sigorta teminatı kapsamına girmemesinin sonucu olarak, sigortacının sigorta tazminatını ödememesi ise somut durumda karşımıza zarar olarak çıkmaktadır. Bunun yanında, gerçekleşen zarar ile sözleşmenin ihlali arasında bir illiyet bağının da olması gerekmektedir ki, bu koşul da sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonucu olarak sigorta ettirenin umduğu sigorta tazminatına erişememesi şeklinde gerçekleşmektedir. Esasında, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması ile teminat kapsamında olmayan rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle sigorta tazminatının ödenmemesi arasında dolaylı bir ilişki vardır. Fakat uygun illiyet bağı teorisi, doğrudan zarar, dolaylı zarar ayrımını ortadan kaldırdığı için borca aykırı olan fiilin sonucu olan her zarar, doğrudan doğruya zarar olarak kabul edilmeli ve söz konusu zarar borçlu tarafından tazmin edilmelidir[54].

TBK 12'nin uygulanması bakımından gerçekleşmesi gereken son koşul ise borçlunun kusuruyla borca aykırı davranmasıdır. Kanunen kendisine yüklenmiş olan aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden sigortacının kusuru ise açık olup konumuz açısından tartışmaya mahal yoktur. İfade edilmelidir ki, TBK 112 uyarınca tazminatın ödenmesinde kusurun ispatı alacaklıya yüklenmemiş olup borçlu tazminattan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat etmelidir. Dolayısıyla sigorta ettiren sigortacının kusurunu ispatlamak zorunda kalmayacak; TBK 12 uyarınca tazmin borcundan kurtulmak için aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden sigortacı kusursuzluğunu ispat edecektir.

2.4. YAPILAN AÇIKLAMALAR ÇERÇEVESİNDE MAHKEME KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu inceleme konusu kararda ilk derece mahkemesi, sigortacının Bilgilendirme Yönetmeliği gereği davacı sigortalıyı aydınlatmamasının müeyyidesi olarak, esasında poliçeyle verilen ek teminatlar kapsamında olmayan bir hasarı teminat kapsamına dahil ederek hüküm tesis etmiştir. Böyle bir müeyyide ne TTK'da ne de Sigorta Sözleşmesinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelikte öngörülmüştür. Yani, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne uygun davranmamasının müeyyidesi, taraflar arasında kararlaştırılmamış olan bir hasarın teminat kapsamına dahil edilmesi olamaz. Taraflar arasındaki sigorta ilişkisine dair esaslar, sigorta sözleşmesine göre belirlenecek olup taraflardan birisinin edim yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, sözleşme hükümlerinde bir değişikliğe sebep olmaz. Kaldı ki, bu durum sözleşmeler hukukunun genel esaslarına da aykırılık teşkil edecektir. Şayet, sigorta sözleşmesinde yer alıp da poliçede yer almayan bir hüküm söz konusu olsa idi, poliçe bir ispat aracı olduğundan; taraflar arasındaki sigorta ilişkisine sigorta sözleşmesinde yer alan hükümlerin uygulanması ve poliçenin geçersiz sayılması gerekecekti[55]. Bu durumda da, zaten teminat kapsamında olan fakat poliçede yer almayan hasar hükmü söz konusu olacak; sözleşme hükmünün uygulanması için herhangi bir şartın gerçekleşmesi beklenmeyecektir. Fakat somut olayda, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinde kararlaştırılmayan hasar, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu mahkemece teminat kapsamına dahil edilmiş olup bu yönüyle ilk derece mahkemesinin bu

[54] Eren, s. 1188.

[55] Ünan, Sigorta, s. 254.

hükmü hukuki açıdan isabetli olmamış, zaten temyiz incelemesi sonucu bozulmuştur.

Karara dair incelenmesi gereken bir diğer mesele, poliçe tanziminden sonraki 14 günlük süre içerisinde sigortalı tarafından itiraz edilmediği gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar veren Yargıtay dairesinin bu kararının isabetli olup olmadığıdır. Karara göre; ilgili hüküm, sigortalı tarafından itirazın poliçenin tanziminden itibaren 14 günlük süre içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle verilmiştir. Şüphesiz, bu hüküm, hukuki olarak sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen TTK 1423/2'ye dayandırılmış olup hükme göre; *"Aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur. Aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatı sigortacıya aittir."* Şöyle ki, TTK 1423/2, aydınlatma açıklamasının verilmemesinin müeyyidesini sigorta ettirenin 14 günlük itiraz süresini de kaçırması şartıyla sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olacağı şeklinde düzenlemektedir. Somut olayda da sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davrandığı sabit olup sigorta ettiren 14 günlük süreyi kaçırmıştır. Dolayısıyla TTK 1423/2'ye göre; sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılacak olup TTK'da somut durum için başkaca sonuç öngörülmemiştir. Poliçe, taraflar arasındaki sözleşmeden farklı olamayacağı için aydınlatma açıklamasının verilmemesinin sonucu sigorta sözleşmesinin taraflar arasındaki müzakereler safhasında anlaştıkları koşullar üzerinde kurulmasıdır ki, bu sonuç aydınlatma açıklamasının verilmesi durumunda da gerçekleşecektir. Yani TTK 1423/2'nin ortaya koyduğu hukuki düzen gereği, 14 günlük sürede itirazın yapılmaması, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş gibi bir hukuki durumun var olmasına yol açmaktadır[56].

TTK'da aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranılmasının sonucu olarak herhangi bir tazminat hakkına yer verilmediğinden, tazminat talebinin TTK'ya dayanılarak talep edilmesi usulen yerinde değildir. Bu sebeple kararda, davacının Bilgilendirme Yönetmeliği (güncel ismiyle Sigorta Sözleşmesinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik) hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Esasında tazminat hakkının Kanunda düzenlenmediği halde Yönetmelikte düzenlenmesi, normlar hiyerarşisi bakımından hukuken problemlidir. Fakat Mahkemenin ileri sürülen talepler doğrultusunda TTK hükümleri gereği tazminata hükmedilemeyeceğini ve bu talep açısından Yönetmelik hükümlerine dayanılması gerektiğini ifade etmesi usulen yerinde olup mahkemenin kararı işbu mesele özelinde hukuken isabetlidir.

Fakat olması gereken hukuk açısından, somut olay benzeri olaylarda, sigortacı kanun tarafından kendisine yüklenen aydınlatma ödevini ihlal ettiğinden dolayı, rizikonun gerçekleşmesiyle, sigortanın gerçekleşen rizikoyu kapsadığını düşünen sigortalı zarara uğramaktadır. Bu nedenle, kanaatimizce sigortalı, netice-i talebini Türk Borçlar Kanunu'nun 112 inci maddesine dayandırmalı ve sigortacının aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin, kötü ifa anlamına geldiğini ve bunun zarara yol açtığını ileri sürerek tazminat talep etmelidir[57]. Günümüz itibariyle, sigortalının bu nevi bir somut durumda ortaya çıkan zararını tazmin talebini, TTK'ya dayandırması usuli açıdan isabetli görünmemektedir.

Karar bakımından incelenmesi gereken üçüncü mesele ise, sigortacı tarafından aydınlatma yapılmamış olmasının sigorta poliçesinin geçersizliğine yol açıp açmadığıdır. Zira Yargıtay Hukuk Dairesi, davacının sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle poliçenin geçersiz olduğunu ileri sürdüğüne ve geçersiz olduğunu ileri sürdüğü poliçeye dayalı olarak dava açmada hukuki yararının olmadığına hükmetmiştir. Konumuz açısından cevaplanması gereken hukuki

[56] Yetiş Şamlı, s.2998.

[57] Konuya dair daha geniş açıklamalar için bkz. Bölüm 2.3.

sorun, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının sigorta poliçesinin geçersizliğine sebep olup olmayacağıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, TTK 1423/2'nin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranışa bağladığı sonuç, itiraz süresinin kaçırılması şartıyla sözleşmenin poliçede yazılı şartlarla yapılmış sayılacağıdır. Dolayısıyla Kanun'un bu hükmü, aydınlatma yükümlülüğünün sonucu olarak, poliçenin geçersizliğini öngörmemektedir. Poliçenin (ilgili hükümlerinin) geçersizliğine yol açacak hukuki durum, TTK 1423 gereği aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık değil; TTK 1425/2 gereği poliçenin ve zeyilnâmenin eklerinin içeriğinin teklifnameden veya kararlaştırılan hükümlerden farklı olması ve anılan belgelerde yer alıp teklifnameden değişik olan ve sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine öngörülmüş bulunmasıdır. Somut olayda, hasar konusu taraflar arasındaki anlaşmada teminat kapsamına alınmamış ve poliçede de söz konusu hasar teminat kapsamına dahil edilmemiştir. Dolayısıyla somut olay açısından poliçenin geçersizliğine yol açacak bir durum söz konusu değildir. Velev ki, söz konusu hasar, taraflar arasındaki anlaşmada teminat kapsamına dahil edilmiş olup poliçede anlaşma hükümlerine aykırılık söz konusu olsa idi, bu hal sigorta ettirenin, sigortalının ve lehtarın aleyhine olacağı için poliçenin ilgili hükmü geçersiz olacaktı. Sonuç olarak, aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık, poliçenin geçersizliğine yol açan bir hukuki durum olmadığından, mahkemenin poliçenin geçersizliği bakımından gösterdiği gerekçe hukuken isabetli değildir.

SONUÇ

Aydınlatma yükümlülüğü, sigorta ilişkisinde nazari olarak güçlü olan sigortacıya kanunen öngörülmüş bir yükümlülük olup bu yükümlülüğün usul ve esasları ilgili Kanun ve Yönetmeliklerde belirlenmiştir. TTK'nın 1423 bu hususta en temel düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemenin;

Birinci fıkrası, gerek sözleşme öncesi gerek sözleşmenin akdedilmesi sonrası aydınlatmanın kapsamını, muhatapları ve aydınlatma usulünü;

İkinci fıkrası, aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın sonuçlarını;

Üçüncü fıkrası ise idarenin sigortacılık alanında denetleme ve düzenleme yapmaya ilişkin yetkisini düzenlemektedir.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, kanun ve ilgili yönetmelikle sigortacıya yüklenen aydınlatma yükümlülüğü, kişi, şekil, içerik ve zaman unsurları itibariyle düzenlenmiştir. Her ne kadar söz konusu düzenlemeler, sigorta ettireni sigortacı karşısında koruma güdüsüyle hazırlanmışlarsa da, uygulama itibariyle çeşitli sorunların olduğu açıktır. Bu hususta özellikle, aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde ortaya çıkan sonuçlar hakkında kanun ve yönetmeliğin birbirinden farklı hükümler öngörmesi, sorununun temel noktasını teşkil etmektedir.

Kanun ile Yönetmelik hükmü arasındaki bir uyumsuzluk mahkeme kararlarına da yansımakta ve mahkemelerin birbirinden farklı kararlar vermesine sebebiyet vermektedir. Bu konuya ilişkin verilen diğer kararlara örnek verecek olursak; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, somut olaya çok benzer şekilde gerçekleşen bir diğer olaya ilişkin vermiş olduğu bir kararda[58] yine "*davacı tarafın poliçedeki ek teminatlar ve bunların kapsamı hakkında davalı sigortacı tarafından bilgilendirme yapılmamış olması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürdüğü gözetildiğinde, davacının poliçeye dayalı olarak tazminat talep edemeyeceği, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu gereği çıkartılan Bilgilendirme Yönetmeliği hükümlerine dayalı tazminat davası açmasının gerekeceği*"ne

[58] Yargıtay 17. HD., 15.02.2016 T., 2015/10782 E. 2016/1632 K.; aynı yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 17. HD 01.11.2017 T., 2016/18373 E., 2017/9923 K.; Yargıtay 17. HD, 12.11.2018 T., 2018/4599 E., 2018/10438 K., https://kararara ma.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ web adresinden 15.08.2020 tarihinde erişildi.

karar vermişken; bir başka kararında[59] farklı bir sonuca ulaşmış, "*Dosyada mübrez poliçe nüshasında davacı sigortalının imzası bulunmamaktadır. Özel şartı içeren kasko poliçesinin, sigorta sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik hükümlerine göre düzenlendiği konusunda sigortalı ve sigorta ettirenin imzalarını içeren bilgilendirme formu da ibraz edilmiş değildir. Bu durumda ispat külfeti kendisine düşen davalı sigorta şirketine özel şartın poliçe metninde bulunduğuna ilişkin savunmasını ispat zımnında kasko poliçesinde teminat dışı bırakılan özel şartlarla ilgili olarak davacının usulüne uygun şekilde bilgilendirildiğine ilişkin davacının imzasını içeren poliçe aslını veya poliçenin yönetmelik hükümlerine uygun düzenlendiğine ilişkin davacının imzasını içeren bilgilendirme formunu ibraz etmesi ve hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*" şeklinde hüküm vermiş ve sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının, tazminat davasının sonucuna etkili olduğunu ortaya koymuştur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise bu hususa ilişkin çelişkili kararlar ortaya koymuş olup bir kararında[60] "*Bu durumda, mahkemece yukarıda ifade edilen mevzuat hükümleri de dikkate alınarak, poliçe kapsamı ile birlikte fırtına ve hortum klozunun değerlendirilmesi, ayrıca, poliçenin kapsamına alınmayan teminat dışı hallerin tek tek, açıkça ve tereddüte mahal vermeyecek şekilde genel ya da özel şartlar altında sayılmasının gerekli olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılması ve 1409. madde uyarınca ispat yükünün davalı sigortacı üzerinde olduğunun gözetilmesi gerekirken, poliçe hükümleri, ilgili kloz ve genel şartlar yeterince değerlendirilmeksizin eksik incelemeye dayalı olarak davanın reddi yönünde hüküm kurulması doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.*" şeklindeki hükmüyle sigortacının bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda bu hali göz önüne almayan ilk derece mahkemesinin tazminat davasının reddi yönündeki kararının bozmuştur. 11. Hukuk Dairesi bir başka kararında[61] ise, "*Dava, sigorta şirketinin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. 6102 sayılı TTK'nın 1423. maddesinde, sigortacı ve acentasının sözleşmenin imzalanmasından önceki aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiş olup, maddenin 2. fıkrasında sözleşmenin yapılmasına ondört gün içinde itiraz etmemişse, sözleşmenin poliçedeki şartlarda yapılmış olacağı belirtilmiştir. Somut olayda; davacılar murisinin sigortalı sıfatıyla 30.12.2013 tarihli Esnaf Acil Destek Sigortası yaptırdığı, 11.01.2014 tarihinde motosiklet kazasında vefat ettiği, motosiklet kazası neticesinde rizikonun gerçekleşmesinin poliçe muafiyetleri kapsamında olduğu hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davacılar, TTK'nın 1423. maddenin 2. fıkrası kapsamında sözleşmenin inikadından sonraki yasal süre içinde murislerinin sözleşmeye itiraz ettiğini iddia ve ispat etmediğine göre açık yasa hükmü gereği sözleşmenin poliçedeki şartlara uygun olarak yapıldığının kabulü gerekir. Bu durumda, poliçe muafiyetleri kapsamında davacıların sigorta tazminatı talep edememelerinde davalı ... şirketinin kusur ve sorumluluğunun bulunmadığı göz önüne alınmaksızın, yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi isabetli olmamış, kararın davalı yararına bozulmasını gerektirmiştir.*" şeklinde gerekçe göstererek sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinin sigorta tazminatı talebi için haklı sebep teşkil etmediğine karar vermiştir.

Makalemize konu Yargıtay kararında da Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, netice itibariyle

[59] Yargıtay 17. HD, 02.04.2015 T. 2014/25229 E., 2015/5264 K., https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/ web adresinden 15.08.2020 tarihinde erişildi.

[60] Yargıtay 11. HD, 20.12.2017 T., 2016/5230 E., 2017/7423 K.; aynı yönde Yargıtay 11. HD. 19.06.2017 T. 2016/1008 E., 2017/3868 K. ve Yargıtay 11.HD. 17.10.2016 T., 2016/8210 E., 2016/8157 K. https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay BilgiBankasilstemciWeb/ web adresinden 15.08.2020 tarihinde erişildi.

[61] Yargıtay 11. HD. 16.12.2019 T., 2019/1676 E., 2019/8202 K.; aynı yönde Yargıtay 11. HD. 22.06.2015 T., 2015/2638 E., 2015/8590 K. https://karararama.yargitay.gov.tr/ YargitayBilgiBankasilstemciWeb/ web adresinden 15.08.2020 tarihinde erişildi.

aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın sonucu olarak süresi içerisinde itiraz edilmemesini de göz önüne alarak sigorta sözleşmesinin poliçede yazılı şartlarla yapılmış olduğuna, tazminat talebinin TTK'ya değil, Sigortacılık Kanununa dayanılarak çıkartılan Sigorta Sözleşmesinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik hükümlerine dayanılarak ileri sürülmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu yargılamada yer alan ilk derece mahkemesi kararı da incelememize konu olmuş, taraflar arasındaki anlaşmada teminat kapsamında olmayan hasarı, sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonucu olarak teminat kapsamına alması, hukuken isabetli olmamış, temyiz incelemesi sonucunda bozulmuştur. Son olarak, işbu makalede, poliçenin geçersizliğine yol açan hukuki durumun sigortacının aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması değil; sigorta anlaşması ile poliçenin sigorta ettirenin, sigortalının veya lehtarın aleyhine olarak birbirine aykırı olamayacağı kuralı oluğu vurgulanmıştır.

Netice itibariyle TTK'nın öngördüğü sisteme göre, 14 günlük süre içerisinde itiraz edilmeyen poliçe, mevcut hükümleriyle geçerli olacak; teminat kapsamında olmayan rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalı sigorta tazminatına hak kazanamayacaktır. Buna karşılık uygulamada sigortalı, aydınlatma yükümlülüğünü ihlal eden sigortacıya karşı Yönetmelik ve TMK 2 gereği uğradığı zararın tazminini dava edebilmekte ve yukarıda açıklandığı üzere mahkemeler, birbirlerinden çok farklı kararlar vermekte olup yeknesak bir uygulama hala geliştirilememiştir. Bunun da sebebi hiç şüphesiz, Kanun ile Yönetmelik hükümleri arasındaki uyumsuzluk olup bu uyumsuzluğun giderilmesi, mahkemelerden bu hususta aynı esasa dayalı kararların çıkmasına vesile olacak ve hukuk güvenliği tesis edilecektir. Bunun için kısa vadede önerimiz, açılacak davalarda tazminat talebinin TBK'nın "Borcun İfa Edilmemesi" başlıklı 112 nci maddesine dayandırılması; uzun vadede ise TTK'da gerekli düzenlemenin yapılması ve makul bir tazminata hükmetmek üzere hâkime takdir yetkisi verilmesidir.

KAYNAKÇA

Aral Eldeleklioğlu, İrem (2012) "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Mevzuatı Uyarınca Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012, C. 18 S. 1, Y. (s. 383-403).

Bahtiyar, Mehmet, (2020) "Sigorta Hukukunda Tüketiciyi Aydınlatma Açıklaması", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2020, (Ed. Dönmez, T., Yavuz, M., Düzgünkaya, A., Tokbaş, H.), ss.25-47, İstanbul, Aristo Yayınevi.

Can, Mertol, (2009) Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi.

Çeker, Mustafa (2013) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, Adana, Karahan Kitabevi.

Doğrusöz Koşut, Hanife (2013) "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hayat Sigortalarında Sigorta Ettirenin Sözleşmenin Yapılması Anındaki Beyan Yükümlülüğünü İhlal Etmesinin Müeyyidesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.29, Sa. 4, 163-184.

Erbaş Açıkel, Aslıhan (2019) "Sigorta Ettirenin Sözleşme Öncesi Beyan Yükümlülüğünün İhlali Halinde Sigortacının Sahip Olduğu Haklarla İlgili Bazı Sorunlar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXXV, Sa.2, Ss.131-168.

Eren, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Günay, Barış (2019) Sigorta Hukuku, 1. Bası, Ankara, Seçkin Hukuk Yayınları.

Kayıhan, Şaban / **Bağcı** Ömer (2016) Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri 1. Bası, Kocaeli, Umuttepe Yayınları.

Kılıçoğlu, Ahmet (2011) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

Memiş, Tekin (2005) "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sigorta Hukukuna Dair 6. Kitabının Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 1: Türk Ticaret Kanunu Taslağı.

Oğuzman M. Kemal & **Öz,** Turgut (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Özdamar, Mehmet (2009) Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Yetkin Yayıncılık, Ankara, (Sözleşme Öncesi).

Özdamar, Mehmet (2010) Sigortacının Sözleşmenin Kurulmasından Sonraki Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof Dr. F. Öztan'a Armağan, C.II, Ankara, (Sözleşme Sonrası).

Özdamar, Mehmet (2013) "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğünü İhlâl Eden Sigortacıya Uygulanacak Yaptırım Sorunu", İÜHFM C. LXXI, S. 2, S. 347-360, (Yaptırım).

Serozan, Rona (2014) İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme –Ek: Uygulama Çalışmaları-, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi.

Şeker Öğüz, Zehra & **Sevinç Kuyucu,** Aslıhan (2011) Yeni Türk Ticaret Kanununda Sigorta Hukuku: Karşılaştırmalı, Açıklamalı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Şenocak, Kemal (2007) Avrupa Birliği Sigorta Aracıları Direktifi (2002/92/CE), Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, (s. 1055-1070), İstanbul, Çizgi Yayınevi.

Ünan, Samim (2005) "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukuku Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler", Sigorta Hukuku Dergisi, Özel Sayı 10: Türk Ticaret Kanunu Taslağı, (Düşünceler).

Ünan Samim, (2013) "Insurer's Precontractual Duties to Inform and Warn/Advise", Insurer's Precontractual Information Duty, Sigorta Hukuku Türk Derneği (Turkish Chapter of AIDA), (s. 9-28) İstanbul (Information Duty).

Ünan, Samim (2016) Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku C.I Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, (Sigorta).

Yazıcıoğlu, Emine (2018) "Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü, s.391-422; Sigorta Hukuku Sempozyumları, (Ünan / Yazıcıoğlu ed.) İstanbul.

Yazıcıoğlu, Emine (2010) Sigorta Aracıları Hukuku 1, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.

Yetiş Şamlı, Kübra (2016) "Sigortacının Aydınlatma Yükümlülüğünü Düzenleyen TTK m. 1423 Hükmüne İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3): 3004-2977.