



Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX ve ICI Journals Master List'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, indexed in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index, ASOS Index and ICI Journals Master List, also included in HEINONLINE database.



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,

- Makaleler,
- Çeviriler,
- Karar tahlilleri,
- Kitap tahlilleri 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: <http://www.aybu.edu.tr/tfm>

Makale gönderim/ Article submission: <https://dergipark.org.tr/tfm>

İletişim/ Contact: tfm@ybu.edu.tr

**TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin , ASOS INDEX ve ICI Journals Master List'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, indexed in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index, ASOS Index and ICI Journals Master List, also included in HEINONLINE database.

TFM

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



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)

Journal of Commercial and Intellectual Property Law

Sahibi/ Owner

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

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 A. Oğuzhan HACİÖMEROĞLU (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 DINDAR (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 Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (Uludağ Üniversitesi)

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'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, indexed in
TÜBİTAK ULAKBİM TR Index, ASOS Index and ICI Journals Master List, also included in HEINONLINE database.*

Yayın Tarihi/ Date of Publication: Haziran/ June 2021

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.aybu.edu.tr/tfm>

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 çalışmalarını 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	İstanbul Aydın 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 Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK	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

Saygıdeğer okuyucularımız,

TFM'nin, fikri mülkiyet alanına ilişkin çalışmaların ağırlıklı olduğu yeni sayısı ile sizlerle yeniden birlikte olmaktan mutluyuz. Bu sayıda yer alan çalışmaların önemli bir kısmı bilgi toplumunda hukuka odaklanıyor.

AYBÜ Hukuk Fakültesi ve Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi olarak kısa bir süre önce IV. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumları tebliğ çağrısını yaptık. 25-26 Ekim 2021 tarihlerinde düzenlenecek bu sempozyumların teması; IV. Ticaret Hukuku Sempozyumu için "Ticaret Hukukunda Disiplinlerarası Yaklaşım", IV. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu için ise "Bilgi Toplumunda Telif Hakları" şeklinde belirlendi. Sempozyum davetimizi bütün meslektaşlarımız için yinelemek istiyoruz.

AYBÜ bünyesinde kurulan Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezinin faaliyetleri son dönemde artarak devam etmektedir. Merkezin faaliyetlerini önümüzdeki dönem sizlerle daha sık paylaşabilmeyi diliyoruz.

İyi okumalar, verimli çalışmalar ve sağlıklı günler dileriz.

TFM Yayın Kurulu

EDITORIAL

Dear readers,

It is our pleasure to be with you again with the new issue of the TFM with particular focus on intellectual property studies. A significant part of these studies focuses on legal issues in the information society.

We, as AYBU Faculty of Law and Research and Application Centre of Commercial and Intellectual Property Law, have announced the call for papers for the IV. International Symposiums on Commercial and Intellectual Property Law. The symposiums are to be held on October 25-26, 2021, the theme for the IV. Commercial Law Symposium will be “Interdisciplinary Approach in Commercial Law” and for the IV. International Symposium on Intellectual Property Law, it is determined as “Copyright in the Information Society”.

The activities of the Commercial and Intellectual Property Law Application and Research Centre included in the AYBU have been continuing to increase recently. We hope to be able to share the activities of the Centre with you more frequently in the upcoming period.

We wish you good reading, productive work, and healthy days.

TFM Editorial Board

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

ETİK VE HUKUK İÇİN ZORLU SINAV: YENİ NESİL TEKNOLOJİK İNOVASYONLAR <i>CHALLENGING TEST FOR ETHICS AND LAW: NEW GENERATIONS TECHNOLOGICAL INNOVATIONS</i> DR. NİLGÜN AÇIKALIN	1
ELEKTRONİK ÜRÜN SENEDİ (ELÜS) VE İSLAM HUKUKU AÇISINDAN TAHLİLİ <i>THE ELECTRONIC WAREHOUSE RECEIPTS (EWR) AND ANALYSIS IN TERMS OF ISLAMIC LAW</i> DR. ÖĞR. ÜYESİ AYTAÇ AYDIN	21
MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADININ BİRBİRLERİYLE KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNE KARŞI KORUNMASI <i>THE PROTECTION OF TRADEMARK, TRADE NAME AND BUSINESS NAME AGAINST THE RISK OF CONFUSION WITH EACH OTHER</i> DR. ÖĞR. ÜYESİ AYTUĞ CEYHUN ÇAKIR & DR. ÖĞR. ÜYESİ ALPER ÖZBOYACI & PROF. DR. ERTAN DEMİRKAPI	37
TELEVİZYON PROGRAM FORMAT LİSANS SÖZLEŞMESİ <i>TELEVISION PROGRAMME FORMAT LICENCE AGREEMENT</i> DR. ÖĞR. ÜYESİ ÜNSAL DÖNMEZ & ARŞ. GÖR. BENGİ SARGIN	69
BİLGİSAYAR (VİDEO) OYUNLARININ FİKİR VE SANAT ESERLERİ KAPSAMINDA KORUNMA- SINDA UYGUN ESER KATEGORİSİ SORUNU <i>THE PROBLEM OF AN ADEQUATE CATEGORY OF WORK FOR THE PROTECTION OF COMPUTER (VIDEO) GAMES WITHIN INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS</i> ELNUR KARİMOV	93
MARKANIN TESCİLLİ OLDUĞU MAL VEYA HİZMETLER ÜZERİNDE BİR DEĞERLENDİRME (AV- RUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN SKY-SKYKICK KARARINDAN HAREKETLE) <i>AN EVALUATION OF THE TRADEMARK'S REGISTERED GOODS OR SERVICES (BY LOOKING AT SKY- SKYKICK DECISION OF THE EUROPAEN COURT OF JUSTICE)</i> ARŞ. GÖR. MAHMUT ARİF KOÇAK	111

MİLLETLERARASI KARŞI TİCARET SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK
APPLICABLE LAW TO INTERNATIONAL COUNTER-TRADE-AGREEMENTS

ARŞ. GÖR. CEREN SAYIN133

ÇEVİRİ/TRANSLATION

DİJİTAL TEK PAZARDA FİLM FİNANSMANI: BÖLGESELLİĞİN ZORLUKLARI
FILM FINANCING IN THE DIGITAL SINGLE MARKET: CHALLENGES TO TERRITORIALITY

ARŞ. GÖR. EMİNE MELİKNUR KILIÇ159

Makaleler

Articles

CHALLENGING TEST FOR ETHICS AND LAW: NEW GENERATIONS TECHNOLOGICAL INNOVATIONS

Dr. Nilgün AÇIKALIN**

ÖZ

Yeni nesil teknolojik inovasyonlar, hızlı değişimleri nedeniyle onları düzenleyen etik ve hukuki sistemlere bazı güçlükler yaratmaktadır. Gönenç için çok önemli bir kavram olan inovasyonun, düzenleyici sistemlerle olan bağı, araştırmacılar tarafından giderek daha fazla ilgi görmektedir. Bu çalışma; mihenk taşları, onların yeni yorumları, bağlantılar, örnekler ve alıntılarla bir özet sentez şeklinde oluşturularak tematik sıralamayla sunulmuştur. Bu çalışmanın ana gayeleri; literatür incelemesi yardımıyla temel bilgi ve kuramın kullanıcılar için işe yararlığının arttırmak, inovasyon etiği ve hukuku konusunun önemine dikkat çekmek ve bu konuda çalışma sayısının artırılmasına katkıda bulunmaktır. Sonuç olarak; geçmiş çalışmalar Faydacı veya Kantçı açıklamaların teknolojik yenilikler karşısında yetersiz kaldığı ve etik olarak yeni bir yaklaşıma ihtiyaç duyulduğu görüşünde yoğunlaşmaktadır. Hukuki tarafında ise teknik ve demokratik açıdan istişare edilmiş bir yaklaşım ile birlikte; uyurlanabilir yönetim, yumuşak hukuki düzen ve kurumsal reform kombinasyonlarının faydalı olabileceği görüşü ön plana çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Biyoetik, inovasyon etiği, inovasyon hukuku, nanoetik, roboetik.

ABSTRACT

New generation technological innovations create some difficulties for the ethical and legal systems that regulate them due to their rapid changes. The connection of innovation, which is a very important concept for prosperity and development, with the regulatory systems has attracted more attention from researchers. This study is presented in thematic order by creating a summary synthesis with milestones, their new comments, links, examples and quotations. The main purposes of this study is to increase the usefulness of basic knowledge and theory for users, to draw attention to the importance of innovation ethics and law, and to contribute to increase the number of studies on this subject with the help of literature review. As a result, past studies concentrate on the view that Utilitarian or Kantian explanations are insufficient in the face of technological innovations and a new approach is needed ethically. On the legal side, there is a view that some combinations of adaptive governance, soft legal order and institutional reform can be beneficial, with a technically and democratically consulted approach.

Keywords: Bioethics, innovation ethics, innovation law, nanoethics, roboethics.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 25.01.2021 / Kabul Tarihi: 10.05.2021).

** Araştırmacı, (nilgunsac@gmail.com, ORCID 0000-0002-1574-0904).

Atıf/ Citation: **Açıkalin**, Nilgün (2021) 'Etik ve Hukuk için Zorlu Sınav: Yeni Nesil Teknolojik İnovasyonlar', TFM, C: 7, S: 1, s. 1-19.

I. GİRİŞ

İnovasyon; uzun vadeli ekonomik büyümeye giden bir yol, kriz zamanlarında ekonomik toparlanma umudu ve gelişmekte olan ülkelerde olduğu kadar gelişmiş ülkelerde de rekabet gücünü korumak için hayati bir fırsattır. İnovasyon türleri içerisinde ürün ve süreç sınıfına dahil edilen teknolojik inovasyonlar; ekonomik büyümenin ve insan refahının merkezinde olmasıyla birlikte ekonomik büyümeye eşlik edebilecek zorlukların (sağlık, güvenlik, çevresel gibi) üstesinden gelmek için de kilit bir rol almaktadır¹. Hem teori hem de ampirik çalışmalar uzun vadeli ekonomik büyümeyi ve sonuçta insan ve gezegen refahını sağlamada teknolojik inovasyonların önceliğini desteklemektedir². İnovasyonun, verimlilik ve çok etkenli üretkenliğin büyümesi açısından ne kadar önemli olduğu³ OECD raporlarında da görülmektedir. 1995-2006 yılları arasında, Finlandiya, İsveç, İngiltere ve ABD gibi ülkelerde ekonomik büyümenin yarısından fazlasını sağlamaıyla yenilikçiliğin büyümenin temel motoru haline geldiği anlaşılmaktadır⁴. Peter F. Drucker çok iyi bilinen 'İnovasyon Disiplini' eserindeki⁵ şu sözleriyle inovasyonun önemini ifade etmiştir: *'İster mevcut bir firma ya da bir kamu hizmeti kuruluşu, ister tek bir bireyin aile mutfağında başlattığı yeni bir atılım olsun, inovasyon her zaman girişimciliğin özgül bir niteliğidir. İnovasyon, girişimcinin yeni refah sağlayıcı kaynaklar yaratmada ya da mevcut kaynak-*

ları refah üretmek için ek potansiyelle donatmada kullandığı araçtır'. Diğer taraftan inovasyonun, Schumpeter'in ona atfettiği yaratıcı yıkım özellikleri ile birlikte düşünüldüğünde, onu düzenlemenin ne kadar zor olabileceği gerçeği tekrar kendisini hissettirmektedir. Çünkü yeni düzenlemeler yapılırken; refah devletinden toplumsal adalete, etkin yönetimden verimli ekonomiye kadar birçok yönün dikkate alınması gerektiği, açıkça görülmektedir⁶. Düzenleme terimi inovasyon için genellikle, devlet kurumları tarafından piyasa faaliyetini ve ekonomideki özel aktörlerin davranışlarını etkilemek için çeşitli kuralların geliştirilmesi ve uygulanmasını ifade etmektedir. Düzenlemeler, tüm ekonomik birimlerde inovasyon faaliyetlerinin önemli bir belirleyicisi olarak tanımlanırken; düzenlemenin yenilikçi performans üzerindeki etkileri uzun zamandan beri tartışma konusu olmaktadır⁷. Düzenlemelerin şeffaflık ve eşitliği gözeten kurallar oluşturdukları için düşük belirsizliğin olduğu pazarlarda şirketlerin inovasyon verimliliği üzerinde olumlu bir etkiye sahip olduğu bilinmektedir⁸. Ancak küresel pazarlarda düzenleme, inovasyon ve rekabet onlarca yıldır tartışıla gelse de⁹ düzenlemelerin, inovasyonların hızını nasıl yakalayabileceğine dair çok az ilerleme kaydedilmiştir¹⁰. İnovasyonlara ilişkin düzenlemelerde, etik ve hukuk genellikle teknolojik değişimin gerisinde kaldığı

¹ **Ashford**, Nicholas A. & **Ayers**, Christine & **Stone**, Robert F. (1985) 'Using Regulation to Change the Market for Innovation' Harvard Environmental Law Review, S: 9, C: 2, s. 420.

² **Benjamin**, Stuart Minor & **Rai**, Arti K. (2008) 'Fixing Innovation Policy: Structural Perspective' George Washington Law Review, S: 77, C: 1, s. 76.

³ **Gault**, Fred (2010) 'Innovation Strategies for a Global Economy: Development, Implementation, Measurement and Management' Science and Public Policy, S: 39, C: 1, s. 133-134.

⁴ **Ayata**, Zeynep (2019) 'Avrupa Birliği Hukukunda Yenilik Politikalarının Düzenlenmesi ve Uyumlaştırılması' Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 9, C: 2, s. 452.

⁵ **Drucker**, Peter F. (1998) 'The Discipline of Innovation' Harvard Business Review, S: 76, C: 6, s. 151.

⁶ **Hospers**, Gert-Jan (2005) 'Joseph Schumpeter and His Legacy in Innovation Studies' Knowledge, Technology & Policy, S: 18, C: 3, s. 21-22.

⁷ **Wang**, Fan & **Dai**, Xiaoyong (2020) 'Regulation and Product Innovation: The Intermediate Role of Resource Reallocation' Journal of Evolutionary Economics, S: 30, C: 4, s. 24.

⁸ **Warren** Jonathan M. (2020) 'A Too Convenient Transaction: Bitcoin and Its Further Regulation' Journal of Law & Cyber Warfare, S: 8, C: 1, s. 5.

⁹ **Abbot**, Kenneth W., 'An International Framework Agreement on Scientific and Technological Innovation and Regulation', Marchant, G. E. & Allenby, B. R. & Herkert, J. R. (Editörler) (2011) The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight, 1.Baskı, Dordrecht, Springer, s.127.

¹⁰ **Blind**, Knut (2012) 'The Influence of Regulations on Innovation: A Quantitative Assessment for OECD Countries' Research Policy, S: 41, C: 2, s. 395.

görüşü yaygındır¹¹. Bir dizi eşzamanlı teknolojik devrim; ekonomik, sosyal ve kişisel alanları temelden etkilediği gibi şimdiki ve hatta yakın geleceği de hızla dönüştürmektedir¹². Bu halihazırda mevcut ve/veya beklemede olan teknolojik devrimler arasında bilgi teknolojileri, iletişim teknolojileri, nanoteknoloji¹³, biyoteknoloji, yenileyici/rejeneratif teknoloji, üreme teknolojisi, robotik, sinirbilim/ nöroteknoloji ve sentetik biyoloji yer almaktadır. Ayrıca bu teknolojilerin birbirleriyle kombinasyonları da mümkündür¹⁴.

Belki de tek tek veya toplu olarak ele alınan bu teknolojik değişikliklerin derecesi ve genişliğinden daha önemli olan şey, birbirini izleyen teknik değişim dalgalarının katlanarak artan hızıdır¹⁵.

Giderek artan bu teknoloji hızının aksine, toplumun yükselen teknolojileri düzenlemek ve yönetmek için dayandığı yasal düzenlemeler onun kadar hızlı gelişmemektedir¹⁶. Teknolojik değişimin hızlı gelişimi ve bu hızlı gelişimin yasal mekanizmalar yoluyla yönetilmesi arasındaki genişleyen boşluk endişeleri arttırmaktadır¹⁷. Geleneksel araçlar ile yapılan düzenlemeler, dünün teknolojileriyle bile başa çıkmakta zorlanmakta ve yeni teknolojiler tarafından giderek daha fazla geride bırakılmakta-

dır¹⁸. Zaten bu tip değişimlerin (Uber ve Airbnb¹⁹ örneklerinde olduğu gibi) tüketicilerin büyük ilgisi- ne rağmen çoğu zaman mevcut etik ve hukuk normlarıyla uyumsuzluğu bilinmektedir²⁰.

Toplumun genel çıkarlarını korumak veya savunmak için kullanılan yasal aygıtlar ve ahlaki geçerlilik anlayışının, teknolojik inovasyonların başında durmasını sağlamak ve onları düzenli olarak değerlendirmek üzerine çalışılmalıdır. Çünkü teknolojik gelişmeler topluluklarda ve yaşam tarzlarında radikal değişiklikler yaratma, sosyal ve kişisel yaşamın neredeyse her yönünü değiştirme yolunda kontrol mekanizmalarının çok ilerindedir²¹. Bu, değişikliklerin hoş karşılanmadığı veya çoğunun önemli iyileştirmeler olmadığı anlamına gelmemelidir. Birçoğu faydalıdır, ancak aynı zamanda dünyanın algılanma biçiminde ve içindeki bireysel ve kolektif anlayışta düzenleme gerektiren önemli değişiklikler yaratmaktadır.

Teknolojik yeniliklerin bilimsel devrim niteliğindeki yadsınamaz gelişmeleri, ister istemez akıllara Thomas S. Kuhn'un bilim ve felsefe dünyasının temel klasikleri arasında yer alan eseri 'Bilimsel Devrimlerin Yapısı'nı (1962) getirmektedir. Bu eserinde Kuhn '*...bilimde yapılan yeni buluşların, bilim dışı değerlere başvurulmadan elde edilmelerine karşın; bu buluşların bilim dışı çevrelere, topluma etki yapmalarını önlemek olanaksızdır. Bilgi yenilenmelerinin çok derin politik ve sosyal yankıları vardır.*' tespiti bulunmakta ve ardından Galileo'nun Katolik Kilisesinden gördüğü tepkiyi ve

¹¹ **Ranchordás**, Sofia (2015) 'Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation' *Jurimetrics*, S: 55, C: 2, s. 201.

¹² **Garreau**, Joel (2006) 'Radical Evolution: The Promise and Peril of Enhancing Our Minds, Our Bodies--and What It Means To Be Human' *Future Survey*, S: 27, C: 6, s. 13–14.

¹³ **Mandel**, Gregory N. (2008) 'Nanotechnology Governance' *Alabama Law Review*, S: 59, S: 1, s.1326.

¹⁴ **Herkert**, Joseph R., 'Ethical Challenges of Emerging Technologies', Marchant, G. E. & Allenby, B. R. & Herkert, J. R. (Editörler) (2011) *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight The Pacing Problem*, 1. Baskı, Dordrecht, Springer, s. 35.

¹⁵ **Kurzweil**, Ray (23 Eylül, 2003) 'Exponential growth an illusion'. Response to Ilkka Tuomi, <<http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html>> s.e.t.10.10.2020.

¹⁶ **Moses**, Lyria Bennett (2007) 'Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep up with Technological Change' *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, S: 2007, C: 2, s. 241-242.

¹⁷ **Blind**, Knut, s.395.

¹⁸ **Wang & Dai**, s. 1.

¹⁹ Airbnb ve Uber popüler teknoloji tabanlı ev/araç paylaşım platformlarıdır. Bu platformların, kullanıldığı ülkelerde haksız rekabet, vergi, sorumluluk, denetim vb. düzenleme konusunda pek çok tartışmaya yol açtığı görülmektedir.

²⁰ **Edelman**, Benjamin G. & **Geradin**, Damien (2015) 'Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies Like Airbnb and Uber'. *Stanford Technology Law Review*, S: 19, C: 2, s. 294.

²¹ **French**, Peter A. (1998) 'Corporate Ethics' *Journal of Business Ethics*, S:17, C:12, s. 1364.

Darwinci evrim kuramının birçok tutucu çevreden aldığı sert eleştirileri anımsatmaktadır²².

Teknolojik inovasyonlar ile etik ve hukuki sistemler arasında giderek büyüyen uçurumun sonucu olarak yeni teknolojileri düzenlemek için giderek daha etkisiz yasal yapılar, kurumlar ve süreçler ortaya çıkmaktadır²³. Gary Marchant'ın 2011'de belirttiği gibi bu sorunu ele almak için iki temel seçenek vardır. Bunlardan birincisi bilimsel ilerlemenin hızını yavaşlatmak veya durdurmaaktır. İkincisi ise düzenleyici sisteminin hızla gelişen teknolojilere uyum sağlama kapasitesini (geleneksel yasal düzenleme biçimlerinden daha geniş yönetim biçimlerine sapsmak anlamına gelse bile) iyileştirmektedir. Geçmişte yapılan çalışmalar özellikle ekonomik, psikolojik veya askeri değeri olan önemli teknolojiler söz konusu olduğunda, ilk seçeneğin pek olası olmadığını açıkça göstermektedir. Bu nedenle, ikinci seçeneğin uygulanması kritik hale gelmektedir²⁴. Bu da çalışmanın odak noktasını teşkil etmektedir. Bu makalede, teknolojik inovasyonlarla gelen etik ve hukuki sistem zorluklarına dikkat çekerek; bu zorlukların üstesinden gelinmesi veya daha iyi yönetilebilmelerini sağlayabilecek önerilerin geliştirilmesi amaçlanmıştır. Makalenin literatür incelemesine tarihi Luddite örneğiyle başlanarak teknoloji ile düzenlemelerin birlikte uygun adım ilerlemesine engel olan etkenlere ve ortaya çıkan etik ve hukuki zorluklara yer verilmiştir. Yeni teknolojilerle birlikte öne çıkan uygulamalı etik dallarından roboetik, nanoetik ve biyoetik kavramlarına değinilmiş ve ilerisi için son bir değerlendirme yapılmıştır.

II. MAKİNE KARŞITI TEKNOFOBİK (?) LUDDİTELER

4 Kasım 1811'de İngiltere'nin Midlands bölgesindeki Bulwell köyünde daha sonra kendilerini Ludd'un (Kral/Kaptan Ludd'un) takipçileri olarak adlandıracak olan silahlı çetenin; altı dokuma makinesini imha etmek üzere usta bir dokumacının evine saldırmasıyla başlayan baskınlar, bir yıldan biraz fazla bir süre boyunca İngiltere'nin Midland bölgesinde devam etmiştir. Luddite baskınlarında makinelere verilen hasarın 100.000 £ olduğu tahmin ediliyordu. Ludditeler yaklaşık üç ay içinde 1.100 tekstil makinesini imha etmiş ve bu eylemlerinin karşılığında da çok sayıda Luddite cezalandırılmıştır. Olaylara istinaden İngiliz hükümeti bir makineyi yok etmenin cezasının asılarak öldürülmek olduğu bir yasa çıkarmıştır. Ludditelerden 24'ü ölüm cezasına çarptırılmıştır²⁵. İşte bu yasa, makinelerin insanlardan daha büyük bir değere sahip olduğunun ilanı olarak yorumlanmış ve tarihe geçmiştir²⁶.

Ludditeler; aslında yetenekli, dokumacı zanaatkarlardı ve pek çoğu; otomatik dokuma tezgâhlarının kullanılmasıyla işlerini kaybediyorlardı. Ludditeler, makinelere karşı olmadıklarını iddia etseler de makineye karşı duydukları aleni öfke; iş kaybı, yoksulluk ve ticaretlerinin yok olması tehdidinden kaynaklanıyordu. 19. yüzyıl İngiltere'sinin Ludditeleri, 'pervasız makine parçalayanlar' veya 'vandallar' olarak görmezden gelinmektedir²⁷. Ancak 19. yüzyıl Ludditelerinin meydan okuduğu dünya görüşü, 'ilerleme' vurgusuyla rasyonelleştirilen güç, kaynak ve zenginliğin giderek artan bir şekilde bir araya geldiği laissez-faire (bırakınız

²² **Kuhn**, Thomas S. (2018) 'Bilimsel Devrimlerin Yapısı', 10.Baskı, İstanbul, Kırmızı Yayınları, s. 51.

²³ **Sundararajan**, Arun (2014) 'What Airbnb Gets About Culture That Uber Doesn't' Harvard Business Review Digital Article, <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bsu&AN=118647998&lang=tr&site=eds-live>> s.e.t. 16.11.2020.

²⁴ **Marchant**, Gary E. (Editör) (2011) 'The Growing Gap Between Emerging Technologies and the Law', 1. Baskı, Dordrecht, Springer, s. 19.

²⁵ **Fox**, Nicols (2002) 'Against The Machine: The Hidden Luddite Tradition in Literature, Art, and Individual Lives', 1.Baskı, Washington, Island Press, s. 24.

²⁶ **French**, Peter, A. 'Foreword', Marchant, G. E. & Allenby, B. R. & Herkert, J. R. (Editörler) (2011) The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight, 1.Baskı, Dordrecht, Springer, s. v-vi.

²⁷ **Binfield**, Kevin (Editör) (2004) 'Writings of The Luddites', <<http://journals.openedition.org/rh19/957>> s.e.t. 9.10.2020.

yapsınlar) kapitalizmdir²⁸. Destekledikleri dünya görüşü ise; zanaat loncaları, köy ağları ve kasabalar aracılığıyla iş, topluluk ve ailenin birbirine bağlılığını benimseyen, daha eski daha ademi merkezîyetçi bir dünya görüşüdür. Yeni makineleri (şardon değirmenleri ve makaslama çerçeveleri) yalnızca işlerine değil, yaşam kalitelerine ve sevdikleri topluluk yapısına da tehdit olarak görmüşler ve son çare çabasıyla makineleri yok etmeye çalışmışlardır²⁹.

Elbette bütünüyle bakıldığında Luddite olayı tarihe tam bir başarısızlık olarak geçmiştir. Teknoloji; toplumdaki 'ortaklık/paylaşım' üzerinde olumlu ve/veya olumsuz etkilerden endişe duyması gereken kurumların o zamandan beri eşleşemediği veya buna isteksiz olduğu bir hızla ilerlemeye devam etmektedir. Luddite topluluğu ortadan kayboldu. Ancak mirasları, isimleri, çok büyük bir haksızlıkla teknofobiklerin aşağılayıcı bir tanımı olarak hayatta kalmaya devam etmektedir. Luddite vakasından öğrenilecek çok değerli bir şey var ki o da ne olursa olsun teknolojik ilerlemenin durdurulmasının gerekmediğidir.

Günümüzde tüm teknolojik yenilikler buluş niteliği taşımadığı gibi, bilim dışı değerlere başvurulmadan elde edilmeleri konusu ise tartışmalıdır. İşte bu tartışmaların ortasında etik ve hukuk alanlarının teknolojik ilerleme sürecine katkısı göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir.

III. TEKNOLOJİK YENİLİKLERİN ETİK ZORLUKLARI

Gelişen teknolojiler üzerine Nordman ve arkadaşları tarafından yapılan bir Avrupa Komisyonu çalışmasında gelişmekte olan teknolojileri önceki teknolojik yeniliklerden ayıran ve etik açıdan zorlu kılan farklı genel özellikler şöyle tanımlanmıştır:

- Yerleşiklik: İnsanları, insan gruplarını, gayri resmî ve resmî kurumları içeren benlik, do-

ğal ve sosyal çevre arasındaki geleneksel sınırların kırılması.

- Sınırsız Erişim: Her sorun için 'teknolojik bir düzeltme' vaadi.
- Zihni ve Bedeni Mühendislik: Otonom makinelerden (örneğin katil robotlar) insan-makine ara yüzleri aracılığıyla insan sınırlamalarını aşmaya kadar.
- Özgüllük: Özel olarak hedeflenen teknolojinin yapay bir ortamda yayılması (örneğin, yaygın bilgi işlem)³⁰.

Önemli faydalar vaat etseler bile bazı yenilikler, çeşitli (sağlık, güvenlik, çevresel vb.) riskler ortaya çıkartarak; sosyal, kültürel ve etik zorluklar oluşturma potansiyeline sahiptir. Bunların arasında nanoteknoloji, biyoteknoloji, robotik, bilgi ve iletişim teknolojisi ve uygulamalı bilişsel bilimin yanı sıra gittikçe güçlenen kombinasyonları ile sentetik biyoloji öne çıkmaktadır³¹. Elbette daha da zorlayıcı olan, eşit derecede yıkıcı olabilecek ve henüz tanıtılmamış veya henüz farkında olunmayan inovasyonlardır.

Moor ise devrim niteliğindeki teknolojilere yaklaşımda, üç iyileştirmeye ihtiyaç duyulduğu sonucuna varmıştır. Ne yazık ki, etik analizdeki bu tür değişikliklerin neleri içereceğini özetlemekte yetersiz kalsa da bu iyileştirmeler şöyle sıralanmaktadır:

- Etiğin sürekli ve dinamik bir girişim olduğunun kabulü,
- Etikçiler, bilim adamları, sosyal bilimciler ve teknoloji uzmanları arasında daha iyi iş birli-

²⁸ Fox, s. 219.

²⁹ Glendinning, Chellis (1990) 'Notes Toward a Neo-Luddite Manifesto', Utne Reader, S: 38, C: 1, s.3.

³⁰ Nordmann, Alfred (2004), 'Converging Technologies: Shaping the Future of European Societies' Official Publications of the European Communities, S: 8, C: 1, s. 36.

³¹ Allenby, Braden, 'The Dynamics of Emerging Technology Systems' Marchant, G. E. & Abbot, K. W. & Allenby, B. (Editörler) (2013) Innovative Governance Models for Emerging Technologies, 1.Baskı, Massachusetts, Edward Elgar Publishing, s. 43.

ğini içeren çok disiplinli bir yaklaşım kullanılması,

- Daha sofistike etik analizin geliştirilmesi³².

Avrupa Komisyonunda sıralanan etik çekincelerin hiç de yersiz olmadığı yapılan araştırmalarla gün yüzüne çıkmaktadır. Sentetik biyoloji, nanoteknoloji ve genetiği değiştirilmiş gıdalar dâhil olmak üzere çeşitli yeni teknolojilerin toplumsal algısı üzerine yapılan araştırmalar³³; teknolojilerin bireysel algılarının, geleneksel kültürel ve sosyal çizgiler boyunca kutuplaşma eğiliminde olduğunu göstermiştir³⁴. Kutuplaşan gruplar her teknoloji için aynı değildir, ancak her teknoloji kendisi ile ilgili hizipleşme konusunda önemli risklerle karşı karşıyadır. Bu kutuplaşma, söz konusu teknolojinin yalnızca algılanan bilimsel faydalarını ve risklerini değil, aynı zamanda belirli bir teknolojinin potansiyel ekonomik, kültürel ve sosyal etkilerinin algılanmasına da dayanır. İnovasyonların etik yönünün önemi bu noktada belirginleşmektedir.

Kökleri endüstri öncesi dayanan 'Aydınlanma' terimi, on sekizinci yüzyıl Batı felsefesi tanımlamak için kullanılır. Bu felsefe, tekdüze bir hareket olmadığı gibi Fransız, İngiliz, Alman, İskoç aydınlanması şeklinde nitelemeler ve farklı çağrışımlara sahiptir³⁵. Aydınlanmanın geleneksel ahlaki teorileri; teknoloji ve bilimin kapasitesinin, filozoflar tarafından genellikle asgari düzeyde (veya potansiyel saldırılar olarak) anlaşılmasına dayalı olarak veya beklentileri doğrultusunda bir ortak faydayla yüzleşti-

rilebilmeleri için ortaya atılmıştır. Bu teorilerin düzenleyici kararları desteklemede; gerçek zamanlı olarak faydalı bir şekilde işlev görmesi için yaptıkları hesaplarda, bilinmeyen değişken sayısının çok az olması gerekmektedir³⁶. Örneğin; yeni teknolojiden etkilenen nüfusun boyutu belirlenemezse ve gerçekleştirilemeye kadar etkilerinin ne olduğu net değilse, en fazla sayıda insan için neyin en büyük faydaya sahip olduğuna nasıl karar verilebilir? Ancak son yarım yüzyılda bu alanda öğrendiğimiz en önemli şey; yeni teknolojilerin önemli sonuçlarını popülasyonlar arasında tahmin etmenin neredeyse imkânsız olduğudur.

Örneğin 'faydacılık'; sonuçlara odaklanarak, doğruyu yanlıştan belirleyen etik bir teoridir. Bu bir sonuççuluk biçimidir. Faydacılık, en etik seçimin, en fazla sayıda en çok iyiyi üretecek olan seçim olduğunu savunmakta ve tartışmasız en çok sayı için en büyük iyiliğin üretileceği düşüncesindedir³⁷. Klasik faydacı etik açısından; bir eylemin doğru olduğunu (yapılması gereken şeyi); 'ancak ve ancak uygun şartlar altında sonuçlarının gerçekleştirilebilecek herhangi bir şeyden daha yüksek bir faydaya sahip olması durumunda yapılmalıdır' şeklinde formüle edilebilir³⁸. Yani fayda, mutluluk veya zevk açısından tanımlanabilir. İki bağımsız değişkenin (zevk ve nüfus) maksimizasyonu, bir toplumun etik olarak ne yapması gerektiğini belirlemede rol oynar. Bu nedenle, faydacı ilke tipik olarak '*en fazla sayıda insan için en büyük mutluluğu sağlayacak koşullarda eylemi seçin*' şeklinde ifade edilebilir. Faydacılık, tüm biçimleriyle, onaylayabileceği tavsiyelere ulaşmak için çok sayıda değişkeni sabit varsayar³⁹. Ancak mutluluğu (veya iyisi veya tercihleri) en yüksek düzeye çıkarılacak insanlar da dâhil olmak üzere sabit tuttuğu şeylerin hiçbiri teknolojik tasarımın

³² **Moor**, James H. (2005) 'Why We Need Better Ethics for Emerging Technologies' Ethics and Information Technology, S: 7, C: 3, s.116.

³³ **Kahan**, Dan M. & **Slovic**, Paul & **Braman**, Donald & **Gastil**, John & **Cohen**, Geoffrey L., 'Affect, Values, and Nanotechnology Risk Perceptions: An Experimental Investigation', Ampirik Hukuk Araştırmaları Konferansı, George Washington Üniversitesi, 7 Mart 2007, Washington.

³⁴ **Mandel** (2008) s.1327.

³⁵ **Osborne**, Thomas (1998) 'Aspects of Enlightenment: Social Theory and The Ethics of Truth', 1. Baskı, Maryland, Rowman & Littlefield, s. 3.

³⁶ **French**, Foreword, s. vii-ix.

³⁷ **Driver**, Julia (2014) 'The History of Utilitarianism' The Stanford Encyclopedia of Philosophy, <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>, s.e.t 12.11.2020.

³⁸ **Quinton**, Anthony (1973) 'Utilitarian Ethics'. 1. Baskı, London and Basingstoke, Palgrave Macmillan Press, s. 84.

³⁹ **Feldman**, s. 33.

dışında tutulamaz. Burada insanın kendisi artık tasarım alanıdır. Teknolojik gelişmelerde düzenleyici araçlarımızın çoğu büyük ölçüde bir tür faydacı temele (en fazla sayıda insan için en iyi olanın yapılması) dayanmaktadır. Ancak çağımızın teknolojik inovasyonları ile ilgili birçok durumda; bunlar, bilinmeyen değişkenler olduğuna göre 'faydacılık' teknolojik inovasyonlarla ilgili düzenlemelerde yol göstermesi beklenmeyen bir yol haline gelmektedir.

Aydınlanmanın diğer büyük ahlaki teorisi, Kantçı deontoloji de daha iyisini yapamamaktadır. Kant öncelikle sonuçlarla değil, süreçlerle ilgilenir, işlerin nasıl sonuçlandığıyla değil, insanların hareket tarzlarını seçerken sahip oldukları güdülerle ilgilenir⁴⁰. Kant'ın kategorik zorunluluğu, ahlaki topluluğun nüfusu içinde evrenselleştirilemeyecek bir eylem tarzına karar verilmesi gerektiği ile birlikte mevcut topluluğun tüm üyelerine haysiyet ve saygıyla davranılması gerektiğini ve onlara asla sadece amaç veya araç olarak davranacak ayrıcalıkta olunmadığının farkındalığını vurgulayan bir yapıdadır⁴¹. Etik kurallara bağlı bir kişi her zaman, üzerinde hareket ettiği ilkenin tüm insanlar için rasyonel şekilde evrensel bir yasa haline gelmesini istediği tarzda hareket etmelidir. Zor olan şu ki, yeni teknolojileri içeren durumlarda, popülasyonlar üzerinde ne gibi etkilere sahip olacakları genellikle söylenememektedir. Bu nedenle, çok sayıda insanı araç ve/veya amaç olarak kullanılmayacağından; en iyi niyetlerle bile şu veya bu teknolojik inovasyon veya süreç uygulamalarının onaylanıp onaylanmaması gerektiğinden kesinlikle emin olunamayacaktır⁴².

Teknolojik inovasyonların peşinden sürüklenerek ortaya çıkan yeni yöntem ve uygulama alanlarıyla dijital, nöro, siber, enerji, bilişim ve benzeri gibi pek çok etik yaklaşım oraya çıkmıştır ve çıkmaya devam etmektedir. Her birine yer verilemeyeceği için bu çalışmada, öne çıkan uygulamalı etik dallarına

örnek teşkil etmesi açısından aşağıda *roboetik*, *nanoeetik* ve *biyoetik* kavramlarına değinilmiştir.

A. ROBOETİK

Robot teknolojisindeki gelişmelerle birlikte bilim adamları, teknoloji uzmanları ve etikçiler bir robot etiği geliştirmeye başlamışlardır. Güney Kore ve Japonya'nın hem insanların hem de robotların korunmasına yönelik etik kurallar üzerinde diğer ülkelerden önce çalışmaya başladığı bilinmektedir. Çeşitli meslek grupları ve dünyanın en büyük teknik profesyonel kuruluşu olan Elektrik ve Elektronik Mühendisleri Enstitüsü (IEEE- The Institute of Electrical and Electronics Engineers) Roboetik Teknik Komitesi oluşturarak çalışmalarını etik konular açısından da şekillendirmektedir. Avrupa Robotik Ağı (Euron- European Robotics Network) gibi diğer grupların da etik ve yasal faaliyetlerle meşgul olmaya başladıkları ve paylaşımlarında yer verdikleri görülmektedir⁴³. Robot teknolojisindeki gelişmelerle birlikte örneğin insansı robotlar (android/gynoid); ahlaki eylem, özgür irade, insan kimliği, sosyal roller ve insanların potansiyel marjinalleşmesi gibi kavramlarla ilgili bir dizi etik ikilem ortaya çıkartmaktadır. Herkert' e göre sorunlar arasında tüketici güvenliği, ürün sorumluluğu ve robotların nihayetinde haklara sahip olup olmayacağı / edilep edilmeyeceği (hayvan haklarıyla ilgili mevcut tartışmalarda olduğu gibi) yer almaktadır. Askeri rollerde kullanılan robotların davranışlarının sorumluluğu dâhil olmak üzere bir dizi etik soruyu da gündeme getirecektir. Belki de tüm bu endişeleri gölgede bırakan soru ise robotların etik kararlar verebilecek özerk varlıklar olup olmayacağıdır⁴⁴.

⁴⁰ Bkz. Maksim: İstemenin özel ilkesi.

⁴¹ **Feldman**, s. 149.

⁴² **French**, Foreword, s. ix.

⁴³ **Veruggio**, Gianmarco, 'The EURON Roboethics Roadmap', IEEE-RAS (Editör), 6th IEEE-RAS International Conference on Humanoid Robots, 4-6 Aralık 2006, Cenova.

⁴⁴ **Herkert**, s. 35-36.

B. NANOETİK

Nanoteknoloji veya nanobilim; atom ve moleküllerin bir araya getirilmesi ile nanometre ölçeklerde (metrenin milyarda biridir) işlevli yapıların oluşturulması şeklinde tanımlanabilir⁴⁵. Nanoteknoloji inovasyonları şimdiye kadar bilinen uzaydan tıba kadar bütün alanları etkilemiştir. Nanobilim veya nanoteknoloji doğası gereği disiplinler arası bir çalışma alanıdır. Öyle ki nano ölçekteki bir yapıyı tam anlamıyla kavramak için fizik, kimya ve biyoloji temel bilimlere hakkında derin bir anlayışın yanı sıra malzeme, elektronik, makine ve kimya mühendisliği uygulama bilgisi de gerekmektedir⁴⁶. Nanoteknoloji geliştirme alanındaki yenilikler hem ulusal hem de uluslararası düzeydeki yetersiz siyasi ve düzenleyici ortamın çok ilerisindedir⁴⁷. Örneğin yukarıda bahsedilen roboetik konusu nanorobotları ilgilendirdiği gibi nanorobotların kullanım alanlarına göre (tıp/mühendislik gibi) farklı bakış açıları ve uzmanlıkla değerlendirilmelidir. Bu kadar geniş bir yelpazeyi etkileyen inovasyonların muhatabı sosyal yapıyı temsilen sosyal bilimcilerin özellikle etik ve hukuki açıdan nanobilim alanıyla yakınlaşmaları kaçınılmazdır⁴⁸. Ancak Dupuy'e göre 'nanoetik' gibi bir şey eğer mümkünse; ancak ahlaki felsefenin büyük sorularıyla yüzleşerek, böylelikle kısmi etikte çok yaygın olan tuzaklardan kaçınarak gelişebilir. Bu tuzaklardan bazıları:

- Ahlakın, rasyonel risk yönetimi olarak anlaşılan ihtiyatla sınırlandırılması,
- Etiğin maliyet / fayda analizine indirgenmesi,

⁴⁵ **Erkoç**, Şakir (2007) 'Nanobilim ve Nanoteknoloji', 1. Baskı, Ankara, ODTÜ Yayıncılık, s. 7.

⁴⁶ **Erkoç**, s. 85.

⁴⁷ **Roco**, Mihail & **Renn**, Ortwin & **Jäger**, Alexander (2008) 'Nanotechnology Risk Governance', <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-4020-6799-0_13>, s.e.t. 30.05.2021.

⁴⁸ **Marchant**, Gary E. & **Sylvester**, Douglas J. & **Abbott**, Kenneth W. (2008) 'Risk Management Principles for Nanotechnology' Nanoethics, S: 2, C: 1, s. 48.

- Tekniğin teknolojiyle, insan doğasının ise insan haliyle karıştırılması.

Bu noktalar netleştirildikten sonra, yeni olmayan ancak nanoteknolojiler açısından yeniden gündeme getirilmesi gereken bazı ciddi felsefi soruları ele almak gerekmektedir. Bunlar; doğanın yapaylaşması, sınırlar sorunu, dinin rolü, başlangıcı ve sonu olan bir şey olarak insanlık halinin sonluluğu, bilgi ve uzmanlık arasındaki ilişki, etiğin temelleridir⁴⁹.

C. BİYOETİK

Biyoetik terimi; yaşam ve yaşam bilimlerinin temel sorunlarıyla ilgisi bulunan ahlaki, yasal, sosyal ve politik konulardaki söylem ve tartışmaları belirtmek için kullanılmaktadır. Biyoetik; 1950'lerin sonunda gündeme gelmeye başlamış ve diğer alanlardaki gelişmelerin de körüklemesiyle 1960'lardan itibaren etik kurullarda kurumsallaşmıştır. Bununla birlikte, kavramın kendisi, kuruluşunu, biyoetiğin akademik bir şekilde uygulandığı araştırma kurumlarının oluşumuna borçludur. Bu ilk kurumlardan ikisi özellikle önemlidir. Bunlar 1969'da kurulan ve şimdi Hastings Center olarak bilinen Toplum, Etik ve Yaşam Bilimleri Enstitüsü ve 1971'den beri faaliyette bulunan ve artık Kennedy Etik Enstitüsü olarak bilinen Joseph ve Rose Kennedy İnsan Üreme ve Biyoetik Enstitüsüdür⁵⁰.

1980'lerin ortalarından itibaren biyoetik tartışma, çoğunlukla etiğe adanmış siyasi danışma organlarının ve araştırma kurumlarının (örneğin Kopenhag, Maastricht, Tübingen ve Utrecht) oluşması nedeniyle Avrupa'da da adını duyurmuştur. Çok geçmeden, biyoetik alanında akademik dereceler sunan dersler ve doktora programları açılmıştır. Uluslararası organizasyonların desteği de biyoetiği şekillendirmede büyük rol oynamıştır. UNESCO

⁴⁹ **Dupuy**, Jean-Pierre (2007), 'Some Pitfalls in the Philosophical Foundations of Nanoethics' The Journal of Medicine and Philosophy, S: 32, C: 3, s. 247.

⁵⁰ **Düwell**, Marcus (2012), 'Bioethics: Methods, Theories, Domains', 1. Baskı, Newyork, Routledge, s. 21.

Genel Konferansı Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini Ekim 2005'te oybirliği ile kabul etmiştir⁵¹.

IV. TEKNOLOJİK YENİLİKLERİN HUKUKİ ZORLUKLARI

Yasal anlamda, 'inovasyon' sıklıkla 'önemli ölçüde yeni bir şey' ile ilişkili bilinen; teknolojideki çok çeşitli yeni gelişmeye atıfta bulunabilen geniş kapsamlı bir kavramdır. OECD gibi kuruluşlar gelişmiş ülkelerdeki yenilikçilik stratejilerini tartışırken⁵²; Dünya Bankası da gelişmekte olan ülkeler için bir yenilikçilik politikası kılavuzu yayınlamıştır⁵³. Bu kılavuzda biri direkt hukuki olmak üzere devletin üç alanda anahtar rolü vurgulanmaktadır:

- Inovasyonu engelleyen, rekabete ve yatırıma yönelik hukuki engellerin kaldırılması,
- Toplumun ihtiyaçlarını da göz önünde bulundurarak ARGE faaliyetlerine destek verilmesi,
- Yaratıcı nesillerin yetişmesi için eğitime kaynak ayrılması.

Aynı şekilde, Birleşmiş Milletler (BM) de tarihinde ilk defa sürdürülebilir kalkınma hedeflerinin arasına inovasyonu almıştır. BM bu bağlamda sanayileşmenin teknolojik gelişme olmadan, kalkınmanın da sanayi olmadan var olamayacağını belirterek, bilimsel araştırmanın ve teknolojik kapasitenin gelişmesini özellikle gelişmekte olan ülkeler için 2030'a kadar teşvik etmeyi öngörmüş ve 2018'de buna ilişkin bir strateji belgesi yayınlamıştır⁵⁴. Ulus-

lararası örgütlerin politika belirleyen bu düzenlemelerinden de anlaşılacağı üzere uluslararası örgütler ve üye ülkeler, sonuçları kendileri için son derece önemli olan inovasyonu düzenlemek için bazı kararlar almaktadır. Bu alanda yapılacak düzenlemeler özellikle teşvik edici olmalıdır. Bunun yanı sıra kamu yararını gözetmesi, koruyucu ve kapsayıcı olması gerekmele birlikte paydaşlar tarafından benimsenmesi için de çaba sarf edilmelidir⁵⁵.

Nelson ve Winter' a göre inovasyon süreci belirsizlik, çeşitlilik ve kurumsal karmaşıklık gibi bir dizi özellik ile karakterize edilemektedir. Bir yenilikçinin karşılaştığı, hukuk kurallarını yakından ilgilendiren risklerden biri de yeni ürüne bir rakibin olmaması⁵⁶ veya ilk hamleyi yaptıktan ya da yeni fikirle tanıştıktan sonra o fikrin rakipler tarafından piyasaya nasıl sürüleceğidir⁵⁷. Hukuki düzenlemedeki belirsizlik ve gecikmeler inovasyon süreci üzerinde, yani kârlı teknoloji geliştirme zamanının daha önemli olduğu durumlarda, oldukça olumsuz bir etkiye sahip olmaktadır. Geçerli kurallara ilişkin belirsizlik; düzenleyicilerin, yeniliklerin geliştiğini görmek istedikleri teknolojilere yatırım yapma teşvikini azaltabilmektedir. Düzenlemedeki aşırı belirsizlik ise endüstri hareketsizliğine neden olabileceğinden dolayı inovasyona zarar verici olarak nitelendirilmektedir⁵⁸.

Şirketler, ürünlerinin veya hizmetlerinin ne zaman veya nasıl düzenleneceğini bilmediklerinde, yatırım hevesleri kırılabilir. Aynı şey, kurallar tutarsız bir şekilde gözden geçirildiğinde ortaya çıkar çünkü yatırımın geri dönüş olasılığı azalmakta

⁵¹ UNESCO 'Universal Declaration on Bioethics and Human Rights' (19 October 2005) SHS/EST/BIO/06/1, SHS.2006/WS/ 14.

⁵² OECD (2018) 'OECD Science, Technology and Innovation Outlook 2018: Adapting to Technological and Societal Disruption', 19 November 2018, Paris, OECD Publishing, s. 6-10.

⁵³ World Bank (2010) 'Innovation Policy: A Guide for Developing Countries', Doc No: 54893, <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2460>>, s.e.t. 06.12.2020.

⁵⁴ UN/DESA (UN Department of Economic and Social Affairs), 'United Nations World Economic and Social Survey 2018:

Frontier Technologies for Sustainable Development', (8 October 2018) E/2018/50/Rev.1 ST/ESA/370.

⁵⁵ **Ayata**, s. 458.

⁵⁶ **Nelson**, Richard R. & **Winter**, Sidney G. (1977) 'In Search of A Useful Theory of Innovation' Research Management, S: 20, C: 3, s. 36.

⁵⁷ **Wang & Dai**, s. 24.

⁵⁸ **Mandel**, Gregory N. (2009) 'Regulating Emerging Technologies' Law, Innovation and Technology, S: 1, C: 1, s. 76-77.

yani batık maliyet riski artmaktadır⁵⁹. Örnek için (O'Reilly, James T., 2000) bakınız⁶⁰. Yasal gecikmelere ilave diğer düzenleyici gecikmeler aşırı maliyetli hale gelebilmektedir. Maliyetlerin yanı sıra, örneğin nanoteknoloji alanında düzenlemedeki gereksiz bir gecikme, hastaları onlar için ölüm kalım meselesi olan tıbbi cihazlara erişimden mahrum bırakabilmektedir. Gecikmeli veya aşırı düzenleme inovasyon süreci üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olsa da inovasyonun yetersiz ve aceleyle onaylanması da sorunludur⁶¹.

Özetle, belirsizlik inovasyonun zahmetli yönlerinden biridir. Yenilikçiler belirsizliğin düzenleyici gecikmelere dönüştüğünü görmek istemezler⁶² ve belki de tıbbi tedavilerin ve tıbbın uyarlanabilir sürümlerine yönelmeyi tercih edebilirler; düzenleyiciler ancak bir yeniliğin etkileri hakkında belirli bir kesinlik ve bilgi elde edildiğinde düzenleme yapabilmektedirler⁶³. Aynı zamanda düzenlemeler yenilikçi ürünler ve inovasyon süreçleriyle aynı hızda veya eş zamanlı elde edilememektedir. Bu şartlarda hukukun rolünün ne olacağı tartışmalıdır⁶⁴. Ranchordás çalışmasında konuya ilişkin şu örneği paylaşarak yorumlamaktadır:

'2009 yılında, Alman Anayasa Mahkemesi, 2005 yılındaki Alman Senato seçimleri bağlamında kullanılan elektronik oylama sistemlerinin Alman Anayasasını veya Temel Kanunu ihlal ettiğine hük-

metmiştir. Mahkeme, minimum teknolojik bilgi gerektirmesine rağmen oylama cihazlarının kullanıcı dostu olmadığına ve seçimlerin kamusal niteliğine ilişkin anayasal gereklilikleri karşılamadığına karar vermiştir. Bu anayasaya aykırılık, teknolojiye karşı yasal sıkıntıların elektronik olarak oylanmasının yasaklanması olarak yorumlanamaz. Bunun yerine, Alman Anayasa Mahkemesi, oy hakkının kullanılması için seçilen teknolojilerin sadece anayasal güvencelere uyması gerektiğinin altını çizmiştir.'

Yenilikçi teknolojiler ve hukuk arasındaki kesişme noktasında bu örnek, hukuk ve yenilikçilik arasındaki iki yönlü ilişkiyi göstermektedir: İnovasyon oy hakkına erişimi demokratikleştirirken, hukuk da inovasyonu yasal gereklilikleri karşılamak için gerektiği şekilde algılamaya yönlendirmek için çalışmaktadır⁶⁵.

Teknolojinin üstel büyümesini gösteren örneklerden biri de daha sonra Intel'i kuran Gordon Moore'un 1965 tarihli bir izlem olan Moore Yasasıdır. Esasen izlem, mevcut teknolojik gelişme hızında, entegre bir devreye (ve dolayısıyla hesaplama gücüne) sığabilecek transistör sayısının her yıl ikiye katlanacağını öne sürmektedir⁶⁶. Moore 1970'lerde, bilgi işlem gücünün bunun yerine her 18-24 ayda bir ikiye katlanacağını önermek için bu yasayı revize etmiştir. Bilgisayar geliştirme hızı yaklaşık elli yıldır bu iddialı tahminlere ayak uydurmaktadır⁶⁷. Hatta önümüzdeki yirmi yıl boyunca; teknolojik büyüme, yirminci yüzyılın tamamınıninkine eşit olacaktır. Nanoteknoloji artan araştırma ve yeniliklerin bir sonucu olarak, ABD'de patentlerin sayısı 1990'dan 2002'ye kadar 45'ten yaklaşık 500'e yükselmiştir. 1997 ile 2004 arasında ise nanoteknoloji alanında verilen patent sayısı üç

⁵⁹ **Braeutigam**, Ronald R. (1979) 'The Effect of Uncertainty in Regulatory Delay on the Rate of Innovation' Law and Contemporary Problems, S: 43, C: 1, s. 98.

⁶⁰ Örnek için bkz. **O'Reilly**, James T. (2000) 'Entrepreneurs and Regulators: Internet Technology, Agency Estoppel, and the Balance of Trust'. Cornell Journal of Law and Public Policy, S: 10, s. 63.

⁶¹ **Ashford**, Nicholas A. & **Hall**, Ralph P. (2011) 'The Importance of Regulation-Induced Innovation for Sustainable Development', Sustainability, S: 3, C: 1, s. 272.

⁶² **Brownsword**, Roger & **Somsen**, Han (2009) 'Law, Innovation and Technology: Before We Fast Forward- A Forum For Debate', Law, Innovation and Technology, S: 1, C: 1, s. 72-73.

⁶³ **Marchant**, The Growing Gap, s. 197-198.

⁶⁴ **Ranchordás**, s. 202.

⁶⁵ **Ranchordás**, s. 211.

⁶⁶ **Moore**, Gordon E. (1965) 'Cramming More Components onto Integrated Circuits' Electronics, S: 38, C: 8, s. 2-3.

⁶⁷ **Lundstrom**, Mark (2003) 'Moore's Law Forever?', American Association for the Advancement of Science, S: 299, C: 5604, s. 210-211.

kat artmasına paralel olarak bu alanda çalışan hukukçu sayısı da artmaktadır⁶⁸.

Bazı yorumcular doğruluğundan hiçbir şekilde emin olamayacaklarının altını çizerek belirtse de ABD ve Avrupa uygulamaları arasındaki çok da belirgin olmayan farkın, açıklamanın merkezinde olabileceğine işaret etmektedir. Örneğin Garoupa ve Ulen; ABD ve dünyanın geri kalanındaki hukuk bilimindeki yeniliklere açıklık arasında keskin bir fark olduğu düşüncesiyle başladıkları çalışmalarında, bu farklılık için çok sayıda potansiyel açıklayıcıyı incelemişlerdir. Sonuç olarak en önemli faktörün, özellikle hukuk eğitiminde ve genel olarak yüksek öğretimde rekabet edebilirlik derecesi olduğunu bulmuşlardır. Ayrıca ABD'deki hukuk düşüncesinin Avrupa'dakinden daha verimli olduğunu belirterek; hukukun ve ekonominin, üretkenliği önemli ölçüde artırdığını iddia etmektedirler⁶⁹. Yakın zamanda dijital para birimlerini çok farklı şekillerde ele alınması sebebiyle ABD düzenleyici becerisinin hızını artırmış ve Bitcoin'i çevreleyen bazı alanlarda şimdiden kazanç elde etmeye başlamıştır⁷⁰. Ancak ABD sisteminin, özellikle inovasyonu etkileyen tüketici ve rekabet yasaları alanlarında, farklı politikaların çatışmasına örnek olarak literatürde yer bulduğu da unutulmamalıdır⁷¹.

V. TARTIŞMA

Hızla gelişen teknolojik yeniliklere ayak durmanın hukuk ve etik zorlukları, iki tarafın göreceli hızlarının eşitsizliğine ek olarak başka faktörler-

den de etkilenmektedir. Çünkü ilgili teknolojiler birçok farklı uygulama ve biçime sahip oldukları gibi ayrıca birçok farklı endüstride ve bağlamda kullanılabilirlerdir. Bunun yanında çok sayıda farklı ve genellikle ölçülmesi zor risk ve fayda senaryoları gerektirmektedir⁷². Ray Kurzweil; önümüzdeki birkaç on yıl içinde teknolojik bir tekilliğe ulaşacağımız görüşünü sunmakta ve teknolojik değişimin hızının çok fazla, etkisinin çok derin ve insan hayatını geri döndürülemez bir şekilde dönüştüreceğini savunmaktadır. Ayrıca bahsettiği tekilliği insan-makine birlikte evriminde bir sonraki adım olarak görmektedir⁷³. Bu hızlı ve farklı mecralara sıçrayabilen değişimi sebebiyle, teknolojik yeniliklere yönelik düzenlemeler, çoğu zaman inovasyonların gerisinde kalmakta ya da inovasyonun 'hızını' yavaşlatmaktadır. Düzenlemeler ise yavaş prosedürler ile birlikte onlara bir miktar istikrar sağlama ihtiyacıdadır. Buna ek olarak düzenlemeler, gelişmekte olan teknolojilerin farklı alanlarında karmaşık inovasyonlarla karşı karşıya kalmaktadır. Görünüşe göre hakkında düzenleyicilerin çok az şey bildiği (örneğin, Aereo, Airbnb, Uber) inovasyonlar⁷⁴ mevcut düzenleyici paradigmalara meydan okumakta ve riskleri de beraberlerinde getirmektedir⁷⁵. Bu durumun farkındalığını gösteren gelişmelere bir örnek de 8 Nisan 2019 tarihinde Avrupa Komisyonundan gelmiştir ve 'Güvenilir Yapay Zekâ için Etik Yönergeler' başlığı altında⁷⁶ yapay zekâda olması gereken şu üç temel madde yayınlanmıştır:

- Yürürlükteki tüm yasalara ve düzenlemelere saygı göstermek.

⁶⁸ **Jurvetson**, Steve (Aralık, 2004) 'Why You Should Care About Molecular Nanotechnology', Foresight Inst. Palo Alto, <<https://foresight.org/nano/SteveJurvetson.html>> s.e.t. 21.11.2020.

⁶⁹ **Garoupa**, Nuna & **Ulen**, Thomas S. (2007) 'The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and The United States', *Alabama Law Review*, S: 59, C: 5, s. 1632-1633.

⁷⁰ **Warren**, s. 8; s. 12.

⁷¹ **Ackermann**, Thomas (2014) 'Competition Law and Consumer Law: Why We Need A Common Consumer Model', *Varieties of European Economic Law and Regulation Book Series Vol.3*, New York, Springer s. 439.

⁷² **Lundstrom**, s. 211.

⁷³ **Kurzweil**, Ray (2014) 'The Singularity is Near. In Ethics and Emerging Technologies', London, Palgrave Macmillan, s. 39-42, s. 406.

⁷⁴ **Brownsword & Somsen**, s. 3.

⁷⁵ **Ranchordás**, s. 202.

⁷⁶ Yüksek Düzeyli Yapay Zekâ Uzman Grubu (AI HLEG) tarafından insan merkezli yapay zekâda güven oluşturmak için hazırlanmış bir belgedir. Bu bağımsız uzman grubu, o yılın başlarında açıklanan yapay zekâ stratejisinin bir parçası olarak Haziran 2018' de Avrupa Komisyonu tarafından kurulmuştur.

- Etik ilkelere ve değerlere saygı göstermek.
- Hem teknik hem de sosyal çevreyi hesaba katarak sağlam/güçlü olmak⁷⁷.

Yeni teknolojiler mevcut düzenleyici sistemlere rahatça uymamaktadır⁷⁸. Bu nedenle gelişen teknolojiler için, daha önce daha basit teknolojiler için uygulanan düzenleyici sistemlere bağımlı olmak, en büyük sorun haline gelmektedir⁷⁹.

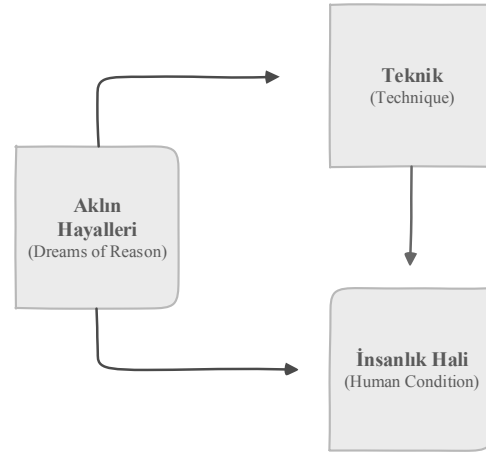
Diğer taraftan düzenlemeler, tam da ihtiyacımız olan şey olarak ortadadır⁸⁰. Beklenmedik durumlar bugünün biliminin en karakteristik özelliklerindedir. Bu değişen faktörlere ve değişkenlere yanıt vermek üzere tasarlanmış bir etik ve yasal yapının oluşturulması elzemdir⁸¹. Etik ilke ve kuralların konuları bile koşullara uyacak şekilde değiştirilebiliyorsa; neyin yapılması ve yapılmaması gerektiğine nasıl karar verilebilir⁸². Teknolojik inovasyonların popülasyon üzerindeki olumlu veya olumsuz etkileri önceden tahmin edilemeyeceğinden; ne yapılması gerektiğini bize söylemek için 'fayda' hesaplaması nasıl kullanılabilir⁸³.

'Yasal düzenlemeler, prosedürler ve davalar karara bağlanırken ve/veya politikalar ulusal/küresel olarak formüle edilirken; teknolojik yeniliği engelleyecek şekilde değil 'ortaklığa zarar veren' neyin kontrol edilmesi gerektiğine ilişkin Luddite ilkesinin yeterince sağlanıp sağlanmadığına dikkat edilerek nasıl tasarlanmalıdır?'⁸⁴.

Jean-Pierre Dupuy; insanların, bilimi yapmadan önce hayalini kurdukları şeyin (Aklın Hayalleri)

leri bkz. Dreams of Reason) ve bilim kurgu biçimini alabilen bu hayallerin (kendilerini teknikler içinde somutlaştırınsınlar ya da somutlaştırmasınlar), dünya üzerinde nedensel bir etkisi olduğunu ve 'İnsanlık Hali'ni değiştirdiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle Dupuy'e göre insanlık hali üzerine etik değerlendirmenin tek başına teknik bir amacı olamaz. Aklın hayalleri ve tekniğin, insanlık hali için ortak bir amaca sahip olup olmadığı incelenmelidir. Dupuy'nin, önerdiği bakış açısı değişikliğinin en önemli yanı, teknolojik inovasyonlarda her şeyin 'Aklın Hayalleri' kutusuna yerleştirilmesi gerektiği kadar ileri gitmesidir⁸⁵.

Şekil 1: Teknolojik etik değerlendirme için amaç-yön önerisi.



Kaynak: Dupuy, 2007, s. 242.

Yenilikçiliğin gelişimi, özellikle de yaratıcı bilgi (entelektüel veya maddi yaratımı kolaylaştırır), ortaya çıkan bilgi (üretilen bilgi) ile ilgili bilgi veya bilgi formlarına sınırlı erişime sahip olmasıyla artmaktadır. Bilgi sorunu veya bilgi eksikliği hem düzenleyiciler hem de yenilikçiler için bir sorundur. Düzenleyici çerçevede özellikle hukukçu kanatta 'bilgi sorunu' olarak adlandırılan yorumlama bilgisi veya yorumlayıcı bilgi- bizim bir şeyi

⁷⁷ Commission (EC) High-Level Expert Group on AI, 'Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence' (Guideline) 8 April 2019.

⁷⁸ **Lundstrom**, s. 221.

⁷⁹ **Moses**, s. 239-240, s. 284.

⁸⁰ **Assford & Hall**, s. 270-292.

⁸¹ **Ranchordás**, s. 212.

⁸² **French**, Corporate Ethics, s.1364-1366.

⁸³ **French**, Foreword, s. viii-ix.

⁸⁴ **Marchant**, The Growing Gap, s. 198-199.

⁸⁵ **Dupuy**, s. 241-243.

yenilikçi olarak algılamamızı sağlayan şey/ bir yeniliğin en son teknolojiye katma değeri-⁸⁶ sorununun; aslında teknolojik yenilikle ilgili her şeyin ilk olarak Dupuy'nin (2007) belirttiği şekilde 'Aklın Hayalleri' kutusuna konmamasından kaynaklandığı söylenebilir. Zizék ise etğin çözemediği yerde yasa ile merhameti (insanlık halini) karşı karşıya getirmenin en kolay yol olduğunu belirtmiştir⁸⁷.

Konuya inovasyon politikaları açısından değinilecek olursa; amaç, araç ve misyon odaklarının büyük ölçüde teknik terimlerle çerçevesi olmasının zorluk yarattığı ve bu temeldeki politikaların gelişmeye daha az yardımcı olduğu iddia edilmektedir. Bunun yerine teknolojik ve sosyal inovasyonun bir karışımı açık uçlu misyonlar ortaya konularak, daha çeşitli aktörler içeren yeni kümelerin dâhil edilmesi ve/veya geleneksel aktörler için yeni roller düşünülmesi gerekli görülmektedir⁸⁸. Bu zorlukların ortak noktası, yalnızca (veya hatta öncelikli olarak) teknolojik gelişmeleri araştırmaları değil, aynı zamanda dönüştürücü sistem değişikliği gerektirmeleridir. Kavramsal düzeyde, sistem değişikliği ve dönüştürücü hakkında düşünme fikri, büyük ölçüde sosyo-teknik geçişler üzerine gelişen literatürden etkilenmiştir. Bu literatür, inovasyonların; teknolojik, sosyal, organizasyonel ve iş modeli yeniliğini vurgulayan geniş bir yelpazeyle birlikte evrimleşmesine dikkat çekmektedir⁸⁹.

Bununla birlikte, inovasyon sistemi yaklaşımlarıyla karşılaştırıldığında; şirketler, kullanıcı grupları, bilimsel topluluklar, politika yapıcılar, sosyal hareketler ve özel ilgi grupları dâhil olmak üzere, daha geniş bir dizi kurum ve heterojen aktör ağını içerdiğini iddia etmektedir. Sonuç olarak, inovasyon süreçlerinde yönlülüğün, direncin ve çekişmenin önemini vurgulanmaktadır. Bu tür sosyo-teknolojik geçişlerin en iyi bilinen örnekleri, enerji ve ulaşım alanlarında düşük karbonlu geçişle ilgilidir⁹⁰. Sosyal bilimcilerin araştırma girişimine dâhil edilebildiği bu yaklaşım, araştırma aşamasında farklı sosyal ve doğa bilimleri arasındaki doğrudan etkileşimi artırmak için tasarlanmaktadır. Şüphesiz, bilim insanlarının araştırmalarının sosyal ve etik etkileri hakkında çok az geri bildirimle veya hiç geri bildirim almadan çalışmalarından daha iyi olsa da bilimsel karışıma birkaç etikçi veya hukukçu eklemek soruları tam olarak cevaplamamaktadır⁹¹.

VI. SONUÇ

İnovasyon ile düzenlemelerin güncelliği arasındaki karmaşık ilişki, herhangi bir teknolojinin, inovasyonun veya bilimsel keşfin özelliklerini aşmaktadır. Yenilikçilerin ve düzenleyicilerin aynı zaman diliminde yaşamıyor gibi gözüktüğü, düzenleme ve inovasyon arasındaki ilişkiye ilişkin büyük resim bize, düzenlemelerin; teknolojik inovasyonların ve toplumun gerisinde kalma eğilimiyle birlikte giderek artan ulus ötesi zorluklarının olduğunu göstermektedir. Bilgi (yorumlayıcı olsun/olmasın) eksikliği hem düzenleyiciler hem de yenilikçiler için en önemli sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Elde edilen temel sonuç, mevcut düzenleyici sistemlerin ve etik çerçevelerin; mevcut ve gelecek nesil teknolojilerinin etkin, anlamlı ve zamanında gözetimini sağlamak için yetersiz olduğudur. Teknolojik yeni-

⁸⁶ **Ranchordás**, s. 211-212, s. 223.

⁸⁷ **Zizék**, Slavoj (2019) 'Kendini Tutamayan Boşluk'. İktisadi-Felsefi Köşelikler, İstanbul, Metis Yayıncılık, s. 286.

⁸⁸ **Kuhlmann**, Stephan & **Rip**, Arie, University of Twente (2014) 'The Challenge of Addressing Grand Challenges', Report to the European Research and Innovation Area Board (ERIAB), 20 September- Gothenburg, <<https://research.utwente.nl/en/publications/the-challenge-of-addressing-grand-challenges-a-think-piece-on-how>> s.e.t. 30.05.2021.

⁸⁹ **Coenen**, Larz & **López**, Fernando. J. Diaz (2010) 'Comparing Systems Approaches to Innovation and Technological Change for Sustainable and Competitive Economies', Journal of Cleaner Production, S: 18, C: 12), s. 1150-1153.

⁹⁰ **Coenen**, Larz & **Hansen**, Teis & **Rekers**, Josephine V. (2015) 'Innovation Policy for Grand Challenges: An Economic Geography Perspective', Geography Compass, S: 9, C: 9, s. 489-492.

⁹¹ **Abbot**, s. 127, s. 155-156.

liklerin, öncelikle etik açıdan değerlendirilmesi gerektiği kaçınılmaz olarak kabul edilse de çözüme yaklaşmada Zizék'in de söylediği gibi etiğin çözümediği yerde yasayı öne sürmek en kolay yol olarak gözükmektedir⁹².

Sonuç olarak etik değerlendirmede Moor'un (2005) ilgi gören çalışmasının yol gösterici olabileceği düşünülmektedir. Moor, teknolojilerin kendisinden ziyade teknolojik yeniliğin etkileri hakkında daha fazla endişe duyuyor gibi görünse de biyo ve nano etikçi George Khushf (2006); daha iyi bir etik düşünme olmadan, ortaya çıkan teknolojilerin faydalarının reddedileceğinden endişe duymaktadır⁹³. Yine de Khushf ve Moor'un vardıkları sonuçlar birbirine oldukça benzemekle birlikte ikisi de yeni teknolojiler karşısında yeni bir etiğe ihtiyaç duyulduğunu savunmaktadır⁹⁴. Bu ihtiyacın halen güncelliğini yitirmemiş olduğu söylenebilir.

Genetik, robotik, bilgi teknolojileri, nanoteknoloji, sentetik biyoloji ve sinirbilim gibi teknolojilerdeki yenilikler, insanlık tarihinde daha önce hiç görülmemiş bir hızda ilerlerken; geleneksel düzenleme sistemleri durgunluk, kemikleşme ve bürokratik ataletle boğuşmakta ve teknolojik yeniliklerin giderek ciddi biçimde gerisinde kalmaktadır. İster resmi ister gayri resmi bir sıfatla, hukuki süreçte danışman olarak görev yapan bilim adamlarının uzun bir geçmişi vardır. Jasanoff, bilimsel girdinin kullanımına dair iki ortak paradigma belirleyerek kamu yararını ilerletmek için bilimsel topluluğun kolektif uzmanlığından girdi olarak yararlanılması amacıyla müzakereci bir model tasarlamıştır. Bu modelde bilim adamlarını yüksek teknoloji içerikli politikaların birincil doğrulayıcıları yapan 'teknokratik' yaklaşım ve uzman otoritesinin kötüye kul-

lanılmasına bir panzehir olarak geniş halk katılımına dayalı 'demokratik' yaklaşım arasında 'istişare' önerilmektedir⁹⁵. Çözümlerin geliştirilmesi için çok daha fazla çalışma yapılması gerekmele birlikte; teknolojik yenilikler ile düzenleyici çerçevenin uygun adım ilerleyememesi problemini çözebilmek için, teknolojik yenilikler; uyarlanabilir yönetim, yumuşak hukuk mekanizmaları ve kurumsal reformun bazı kombinasyonlarıyla birlikte ele alınmalıdır⁹⁶. Tarih bazı özel durumlarda, yasal gelişimin yavaşlığının, istikrar ve kesinliği koruyarak önemli faydalar sağlayabileceğini de göstermiştir. Yani yasanın, yeniliğin arkasından koşmak yerine bilimin çok önünde olduğu durumlar da olabilmektedir. Ancak tarih boyunca teknoloji, kanunları çoğu zaman geride bırakmıştır. Görünen o ki öyle de yapmaya devam edecektir.

⁹² Zizék, s. 286.

⁹³ Khushf, George 'An Ethic for Enhancing Human Performance Through Integrative Technologies', Bainbridge, W.S. Roco, M.C (Editörler) (2006) *Managing Nano-Bio-Info-Cogno Innovations*, Dordrecht, Springer, s. 257-258, s. 275-277.

⁹⁴ Herkert, s. 43-44.

⁹⁵ Jasanoff, Sheila (Editör) (2004) 'Ordering Knowledge, Ordering Society, States of Knowledge', New York, Routledge, s. 250.

⁹⁶ Marchant, *The Growing Gap*, s.197-199.

KAYNAKÇA

- Abbot**, Kenneth W. ‘An international framework Agreement on Scientific and Technological Innovation and Regulation’, Marchant, G. E. & Allenby, B. R. & Herkert, J. R. (Editörler) (2011) *The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight*, Dordrecht, Springer.
- Ackermann**, Thomas (2014) ‘Competition Law and Consumer Law: Why We Need a Common Consumer Model’, *Varieties of European Economic Law and Regulation Book Series (SEELR, vol: 3)*, New York, Springer.
- Allenby**, Braden, ‘The Dynamics of Emerging Technology Systems’, Marchant, G. E., Abbot, K. W. & Allenby, B. (Editörler) (2013) *Innovative Governance Models for Emerging Technologies*, Massachusetts, Edward Elgar Publishing.
- Ashford**, Nicholas A. & **Ayers**, Christine & **Stone**, Robert F. (1985) ‘Using Regulation to Change the Market for Innovation’, *Harvard Environmental Law Review*, S: 9, C: 2, s. 419-466.
- Ashford**, Nicholas A. & **Hall**, Ralph P. (2011), ‘The Importance of Regulation-Induced Innovation for Sustainable Development’, *Sustainability*, S: 9, C: 2, s. 270-292.
- Ayata**, Zeynep (2019) ‘Avrupa Birliği Hukukunda Yenilik Politikalarının Düzenlenmesi ve Uyumlaştırılması’ *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 9, C: 2, s. 452-488.
- Benjamin**, Stuart Minor & **Rai**, Arti K. (2008) ‘Fixing Innovation Policy: Structural Perspective’ *George Washington Law Review*, S: 77, C: 1, s. 1-88.
- Binfield**, Kevin (Editör, 2004) ‘Writings of TheLuddites’, <<http://journals.openedition.org/rh19/957>> s.e.t. 9.10.2020.
- Braeutigam**, Ronald R. (1979) ‘The Effect of Uncertainty in Regulatory Delay on the Rate of Innovation’ *Law and Contemporary Problems*, S: 43, C: 1, s. 98-112.
- Blind**, Knut (2012) ‘The Influence of Regulations on Innovation: A Quantitative Assessment for OECD Countries’, *Research Policy*, S: 41, C: 2, s. 391-400.
- Brownsword** Roger & **Somsen** Han (2009) ‘Law, Innovation and Technology: Before We Fast Forward- A Forum For Debate’ *Law, Innovation and Technology*, S: 1, C: 1, s. 1-74.
- Coenen**, Larz & **López**, Fernando. J. Diaz (2010) ‘Comparing Systems Approaches to Innovation and Technological Change for Sustainable and Competitive Economies’ *Journal of Cleaner Production*, S: 18, C: 12, s. 1149-1160.
- Coenen**, Larz & **Hansen**, Teis & **Rekers**, Josephine V. (2015) ‘Innovation Policy for Grand Challenges: An Economic Geography Perspective’ *Geography Compass*, S: 9, C: 9, s. 483-496.
- Commission (EC) High-Level Expert Group on AI, ‘Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence’ (Guideline) 8 April 2019.
- Driver**, Julia (2014) ‘The History of Utilitarianism’ *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>, s.e.t 12.11.2020.
- Drucker**, Peter F. (1998) ‘The Discipline of Innovation’, *Harvard Business Review*, S: 76, C: 6, s. 149-157.
- Dupuy**, Jean-Pierre (2007) ‘Some Pitfalls in the Philosophical Foundations of Nanoethics’ *The Journal of Medicine and Philosophy*, S: 32, C: 3, s. 238-262.
- Düwell**, Marcus (2012) ‘Bioethics: Methods, Theories, Domains’, 1. Baskı, Newyork, Routledge.
- Edelman**, Benjamin G. & **Geradin**, Damien (2015) ‘Efficiencies and Regulatory Shortcuts: How Should We Regulate Companies Like Airbnb and

Uber' Stanford Technology Law Review, S: 19, C: 2, s. 293-306.

Erkoç, Şakir (2007) 'Nanobilim ve nanoteknoloji', 1. Baskı, Ankara, ODTÜ Yayıncılık.

Nordmann, Alfred (2004) 'Converging technologies: shaping the future of European societies' Official Publications of the European Communities, S: 8, C: 1, s. 36-56.

Fox, Nicols (2002) 'Against The Machine: The Hidden Luddite Tradition in Literature, Art, and Individual Lives', 1.Baskı, Washington, Island Press.

Feldman, Fred, (2012), Etik nedir?, (Çeviren: Ferit Burak Aydar), 3. Baskı, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi.

French, Peter A. (1998) 'Corporate Ethics' Journal of Business Ethics, S: 17, C: 12, s. 1364-1366, (Kısaltması: Corporate Ethics).

French, Peter, A. 'Foreword', Marchant, G. E. & Allenby, B. R. & Herkert, J. R. (Editörler) (2011) The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight, Dordrecht, Springer, (Kısaltması: Foreword).

Gault, Fred (2010) 'Innovation strategies for a global economy: development, implementation, measurement and management', Science and Public Policy, S: 39, C: 1, s. 132-154.

Garreau, Joel (2006) 'Radical evolution: the promise and peril of enhancing our minds, our bodies--and what it means to be human'. Future Survey, S: 27, C: 6, s.13-27.

Glendinning, Chellis (1990) 'Notes Toward a Neo-Luddite Manifesto', Utne Reader, USA, S: 38, C: 1, s. 1-7.

Garoupa, Nuna & **Ulen**, Thomas S. (2007) 'The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and The United States', Alabama Law Review, S: 59, C: 5, s. 1555-1633.

Herkert, Joseph R., 'Ethical challenges of emerging Technologies', Marchant, G. E., Allenby, B.

R., & Herkert, J. R. (Editörler) (2011) The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight The Pacing Problem, 1. Baskı, Dordrecht, Springer.

Hospers, Gert-Jan (2005) 'Joseph Schumpeter and his legacy in innovation studies', Knowledge, Technology & Policy, S:18, C:3, s. 20-37.

Jasanoff, Sheila (Editör) (2004) 'Ordering Knowledge, Ordering Society, States of Knowledge', New York, Routledge.

Jurvetson, Steve (Aralık, 2004) 'Why You Should Care About Molecular Nanotechnology', Foresight Inst. Palo Alto, <<https://foresight.org/nano/SteveJurvetson.html>> s.e.t. 21.11.2020.

Kahan, Dan M. & **Slovic**, Paul & **Braman**, Donald & **Gastil**, John & **Cohen**, Geoffrey L. 'Affect, Values, and Nanotechnology Risk Perceptions: An Experimental Investigation' 261 No'lu Araştırma Tebliği, Ampirik Hukuk Araştırmaları Konferansı, George Washington Üniversitesi, 7 Mart 2007, Washington.

Khushf, George, 'An Ethic for Enhancing Human Performance Through Integrative Technologies' Bainbridge, W.S. & Roco, M.C, (Editörler) (2006) Managing Nano-Bio-Info-Cogno Innovations, Dordrecht, Springer.

Kuhlmann, Stephan & **Rip**, Arie, University of Twente (2014) 'The Challenge of Addressing Grand Challenges', Report to the European Research and Innovation Area Board (ERIAB), 20 September-Gothenburg, <<https://research.utwente.nl/en/publications/the-challenge-of-addressing-grand-challenges-a-think-piece-on-how>> s.e.t. 30.05.2021.

Kuhn, Thomas Samuel (1962) 'The Structure of Scientific Revolutions', 1. Baskı, The University of Chicago Press, İllinois, (Çeviren: Nilüfer Kuyaş), İstanbul, Kırmızı Yayınları, 10. Baskı, 2018 Şubat,Bilimsel Devrimlerin Yapısı.

Kurzweil, Ray (23 Eylül, 2003) 'Exponential growth an illusion', Response to Ilkka Tuomi,

<<http://www.kurzweilai.net/meme/frame.html>>
s.e.t.10.10.2020.

Kurzweil, Ray (2014) 'The singularity is near. In Ethics and emerging Technologies', London: Palgrave Macmillan.

Lundstrom, Mark (2003) 'Moore's law forever?', American Association for the Advancement of Science, S: 299, C: 5604, s. 210-221.

Mandel, Gregory N. (2008) 'Nanotechnology Governance', Alabama Law Review, S: 59, S: 1, s.1323-1384.

Mandel, Gregory N. (2009) 'Regulating Emerging Technologies' Law, Innovation and Technology, S: 1, C: 1, s. 75-92.

Marchant, Gary E. & **Sylvester**, Douglas J./**Abbott**, Kenneth W. (2008) 'Risk Management Principles for Nanotechnology', Nanoethics, S: 2, C: 1, s. 43-60.

Marchant, Gary E. (Editör) (2011) 'The Growing Gap Between Emerging Technologies and the Law', Dordrecht, Springer, (Kısaltması: The Growing Gap).

Mill, John Stuart (1895) Utilitarianism, Vol.3, London, Routledge. <<https://play.google.com/books/reader?id=Ju4oAAAAYAAJ&hl=tr&pg=GBS.PA1>>, s.e.t. 28.11.2020.

Moor, James H. (2005) 'Why We Need Better Ethics for Emerging Technologies' Ethics and Information Technology, S: 7, C: 3, s. 111-119.

Moore, Gordon E. (1965) 'Cramming More Components onto Integrated Circuits' Electronics, S: 38, C: 8, s. 1-6.

Moses, Lyria Bennett (2007) 'Recurring Dilemmas: The Law's Race to Keep up With Technological Change' University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy, S: 2007, C: 2, s. 239-285.

Nelson, Richard R. & **Winter**, Sidney G. (1977) 'In search of A Useful Theory of Innovation' Research Management, S: 20, C: 3, s. 36-60.

Nordmann, Alfred (2004) 'Converging technologies: shaping the future of European societies', Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, S: 8, C: 1, s. 1-68.

OECD (2018), 'OECD Science, Technology and Innovation Outlook 2018: Adapting to Technological and Societal Disruption', 19 November 2018, Paris, OECD Publishing.

O'Reilly, James T. (2000) 'Entrepreneurs and Regulators: Internet Technology, Agency Estoppel, and the Balance of Trust', Cornell Journal of Law and Public Policy, S:10, s. 63-95.

Osborne, Thomas (1998) 'Aspects of enlightenment: social theory and the ethics of truth', 1.Baskı, Maryland, Rowman & Littlefield.

Quinton, Anthony (1973) 'Utilitarian Ethics', 1. Baskı, London and Basingstoke, Palgrave Macmillan Press.

Ranchordás, Sofia (2015) 'Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation', Jurimetrics, S: 55, C: 2, s. 201-224.

Roco, Mihail & **Renn**, Ortwin & **Jäger**, Alexander (2008) 'Nanotechnology Risk Governance', <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-4020-6799-0_13> s.e.t. 30.05.2021.

Sundararajan, Arun (2014) 'What Airbnb Gets About Culture that Uber Doesn't', Harvard Business Review Digital Articles, <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bsu&AN=118647998&lang=tr&site=eds-live>> s.e.t. 16.11.2020.

UNESCO 'Universal Declaration on Bioethics and Human Rights' (19 October 2005) SHS/EST/BIO/06/1, SHS.2006/WS/14.

UN/DESA (UN Department of Economic and Social Affairs), 'United Nations World Economic and Social Survey 2018: Frontier Technologies for Sustainable Development' (8 October 2018) E/2018/50/Rev.1 ST/ESA/370.

Veruggio, Gianmarco, ‘The EURON Roboethics Roadmap’, IEEE-RAS (Editör), 6th IEEE-RAS International Conference on Humanoid Robots, 4-6 Aralık 2006, Cenova, <<https://www3.nd.edu/~rbarger/ethics-roadmap.pdf>>, s.e.t. 12.10.2020.

Warren, Jonathan M. (2020) ‘A Too Convenient Transaction: Bitcoin and Its Further Regulation’ Journal of Law & Cyber Warfare, S: 8, C: 1, s. 5-29.

Wang, Fang & **Dai**, Xiaoyong (2020) ‘Regulation and product innovation: the intermediate role of resource reallocation’, Journal of Evolutionary Economics, S: 30, C: 4, s. 1-27.

World Bank (2010) ‘Innovation Policy: A Guide for Developing Countries’, 54893, <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/2460>>, s.e.t. 06.12.2020.

Zizék, Slavoj (2019) ‘Incontinence of Void Economico-Philosophical Spandrels’, (Çeviren Barış Engin Aksoy), Kendini Tutamayan Boşluk, 1. Baskı, İktisadi- Felsefi Köşelikler, İstanbul, Metis Yayıncılık.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

ÖZ

Elektronik Ürün Senedi (ELÜS), Lisanslı Depo'daki standart nitelikleri olan misli ürünün mülkiyetini temsil eden, hak ile elektronik ortamdaki kaydı kaynaştığı evraksız kıymetli evraktır. Kaydi kıymetli hakka bağlı tüm ticari işlemler ELÜS vasıtasıyla yürütülebilir. Bu çerçevede alım-satım, rehin ve icra işlemleri gerçekleştirilebilir. İslam hukukunda mevcut bir hakkın senet vasıtası ile tedavülü mümkündür. İslam hukukunun doğuş döneminden (6. yüzyıl) itibaren kıymetli evrak özelliklerini taşıyan senetler kullanılmıştır. Pozitif hukuka göre düzenlenen kıymetli evrak ve evraksız kıymetli evrak İslam hukukunun meşru saydığı ve iktisadi değeri bulunan bütün haklar için düzenlenebilir. İslam hukukuna göre, Lisanslı Depo'ya tevdi edilen standart nitelikteki misli ürünün mülkiyet hakkını ifade eden ELÜS ile peşin alım satım, vadeli işlemler (futures) ve rehin işlemleri gerçekleştirilebilir. Zira ELÜS, depoda mevcut müteakvim bir malı temsil etmektedir, ELÜS'ü devralan kişi ilgili ürünü de devralmış sayılır. İslam hukuku açısından ELÜS'ün Vadeli sözleşmesi (futures contract) ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli konu; bunun bir satış sözleşmesi değil bir satış vaadi sözleşmesi niteliğinde olduğudur. ELÜS, hem ürün sahibi olan hem de ürüne ihtiyaç duyan kişiler arasında standart nitelikteki misli ürüne dayalı hakların daha kolay ve hızlı tedavülüne yarayan, İslam hukukunun onayladığı bir evraksız kıymetli evrak türü olarak geline son aşamayı ifade etmektedir.

Anahtar Kelimeler: islam hukuku, evraksız kıymetli evrak, lisansli depolama, elektronik ürün senedi, emtia borsası.

ABSTRACT

Electronic Warehouse Receipts (EWR) is a paperless negotiable instruments representing the ownership of the standard similar products in the Licensed Warehouse, and where the right and the record in the electronic environment are merged. All commercial transactions related to the dematerialized right can be carried out through EWR. In this framework trading, pledge and execution transactions can be carried out. A right existing in Islamic law can be circulated by means of a deed. Since the birth of Islamic law (6th century), bills with the characteristics of negotiable instruments have been used. Negotiable instruments and paperless negotiable instruments which are arranged according to positive law can be issued for all rights that Islamic law deems legitimate and have economic value. According to Islamic law, cash transactions, futures and pledge transactions can be carried out with EWR which which represents the ownership right of the standard quality similar products deposited to the Licensed Warehouse. Because EWR represents a legitimate product of Islam and law in the warehouse, and the person who takes over EWR is deemed to have also taken over the relevant product. In terms of Islamic law, the important issue to be stated regarding the furues contract of EWR; it is not a sales contract but a promise to sell contract. EWR represents the last stage reached as a type of paperless negotiable instrument approved by Islamic law, which allows for easier and faster circulation of the rights based on the standard similar products among both the owners of the product and those who need the product.

Keywords: Islamic law, paperless negotiable instruments, licensed warehousing, Electronic warehouse receipts, commodity exchange.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 25.04.2021 / Kabul Tarihi: 13.06.2021).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (ofisaytac@hotmail.com, ORCID 0000-0001-9016-5711).

Atıf/ Citation: Aydın, Aytaç (2021) 'Elektronik Ürün Senedi (ELÜS) ve İslam Hukuku Açısından Tahli', TFM, C: 7, S: 1, s. 21-36.

I. GİRİŞ

Kıymetli evrak kullanımının uzun bir tarihi serüveni vardır. Bunu, Kıymetli hakların tedavül aracı olarak, yakın ilgisi sebebiyle “temsili para” ile başlatmak mümkündür.¹ Kıymetli evrak zaman içinde insanların pratik ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde gelişmiş ve poliçe, bono, çek veya hisse senedi gibi kıymetli evrak türleri ortaya çıkmıştır. Bu gelişim sürecinin son aşaması evraksız kıymetli evraktır. Kıymetli evrak böylece kayıtlı kıymet hakkı olarak tedavül etmeye başlamıştır.

Bu gelişimin bir uzantısı olarak, ekonomik hayatta ortaya çıkan bir ihtiyacın sonucu olarak Elektronik Ürün Senedi (ELÜS) de yerini almıştır. Konuya ilişkin “Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği” 2011 yılında yürürlüğe girmiştir.²

Tarımsal ürünlerin finansal bir yatırım aracı olarak kullanılabilmesine de vasıta olan ELÜS, “Lisanslı Depo İşletmesi” tarafından “Elektronik Kayıt Kuralları” gözetilerek “Sistem” üzerinde oluşturulan elektronik kaydı ifade eder.³ ELÜS düzenleyen lisanslı depoları bankaların kıymetli evrak ürün kasası gibi düşünmek mümkündür. Müşterilerin hesaplarında yer alan altın ve para, fiziki olarak bankaların kasalarında saklandığı gibi, ELÜS’ün fiziksel karşılığı (uzun süre bozulmadan saklanabilir olan misli nitelikteki tarımsal ürünler; buğday, arpa, çeltik, çavdar, mercimek, pamuk, vb.) Lisanslı Depolarda saklanmaktadır. Bu senetler sayesinde ilgili tarımsal ürünler üzerinde satış, rehin ve haciz işlemleri yapılabilmektedir.

ELÜS’ün de içinde yer aldığı kıymetli evrak hukuku ve evraksız kıymetli evrak ile ilgili pozitif

hukuk kapsamında pek çok çalışma vardır.⁴ İslam hukuku açısından kıymetli evrak hukukuna dair yapılan çalışmalar pozitif hukuka nispetle oldukça sınırlıdır. Bu konuda, Aytaç Aydın⁵ ve Abdülaziz Beki⁶ tarafından İslam hukuku açısından kıymetli evrakın ele alındığı kitap ve tezlerin yanı sıra, Fatih Kazancı tarafından Türkiye Ürün İhtisas Borsası’nda (TÜRİB) işlem gören bir senet olarak ELÜS’ün Katılım Bankacılığında alternatif bir finansal araç olarak kullanılabilirliğini ele alan bir makalede⁷ bulunmaktadır. Ayrıca, “Faizsiz Finans Kuruluşları Muhasebe ve Denetleme Kurumu” (AAOIFI) tarafından yayınlanan “Faizsiz Finans Standartları” (2105) kapsamında Kıymetli evraka dair yayınlanan standartlar “poliçe, emre muharrer senet ve çek” ile sınırlı kalmıştır.⁸ Evraksız kıymetli evrak kapsamında ELÜS’ü İslam hukuku açısından değerlendiren müstakil bir çalışmaya rastlanmamıştır. Bu nedenle çalışmada ELÜS ve İslam hukuku açısından tahlili ele alınmıştır.

¹ Read Frederick (1926) ‘The Origin, Early History, And Later Development Of Bills Of Exchange And Certain Other Negotiable Instruments’, The Canadian Bar Review, Manitoba Law School, C: 4 S: 10, s. 440-441.

² Elektronik Ürün Senedi Yönetmeliği (ELÜS Yönetmeliği), Resmi Gazete Tarihi: 12.11.2011, Sayısı: 28110.

³ ELÜS Yönetmeliği, m. 4/e.

⁴ Öne çıkan bazı çalışmalar için bkz. **Tekinalp**, Ünal & **Poroy**, Reha (2019) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 27-29; **Turanboy**, Asuman (1998), Varaksız Kıymetli Evrak, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, s. 5-102; **Kendigelen**, Abuzer & **Kırca**, İsmail (2020) Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, On İki Levha, s. 5; **Pulaşlı**, Hasan (2020) Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 8. Baskı, Ankara, Adalet, s. 1-85; **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2021) Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, İstanbul, Vedat, s. 15-60; **Tekinalp**, Ünal (1988) ‘Evraksız Kıymetli Evraka veya Kıymet Haklarına Doğru’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3, C: 14, s. 1-16.

⁵ **Aydın**, Aytaç (2015) İslam Hukukunda Kıymetli Evrak Kambiyo Senetleri Hisse Senedi ve Borsa, Konya, Burç Yayınları.

⁶ **Beki**, Abdülaziz (1995) İslam Hukuku ve Türk Mevzu Hukukunda Kıymetli Evrak, Kayseri, Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.

⁷ **Kazancı**, Fatih (2018) ‘Türkiye’ de Faizsiz Bankacılık Prensiplerine Uygun Teverruk Pazarı: Ürün İhtisas Borsası’, İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi (İEFD) S: 1, C: 4, s. 17-47.

⁸ **AAOIFI**, The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (2015), Shari’ah Standards, (Çev.İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi (2018) Faizsiz Finans Standartları, Ankara, TKBB, Faizsiz Finans Standartları 16: Kıymetli Evrak, s. 433-454.

II. TARİHİ GELİŞİMİ

Dünya tarihi incelendiğinde ticari hayatta değişimin kolay ve güvenli olarak gerçekleştirilmesi için deniz kabuğundan kıymetli metallere kadar pek çok aracın kullanıldığı görülmektedir.⁹ Bu araçların en önemlisi kâğıt paradır. Ancak, ekonomik hayatta gerek ödeme aracı olarak, gerekse bir alacağı temsil etmek üzere çeşitli kıymetli evrak türlerinin de kullanıldığı görülmektedir.

Emtia senetleri, eşya üzerindeki çeşitli hakları temsil eden kıymetli evraktır. Buna örnek olarak konişmento, makbuz senedi ve varant sayılabilir.¹⁰

ELÜS, evraksız kıymetli evrakın uygulaması niteliğindedir. ELÜS kapsamındaki elektronik senetler, ürünlerin mülkiyetini temsil ederek piyasada güvenle tedavülünü kolaylaştırma fonksiyonu icra etmektedirler. Bu tür senetlerin “emtia senetleri” kapsamında doğuşundan sonra günümüze kadar devam eden gelişim serüvenini incelediğimizde toplumda ortaya çıkan ihtiyaçlara binaen tedrici olarak üç aşamadan geçtiği görülmektedir.¹¹

1. Toplu saklama dönemi: Menkul kıymetlerin sayısının yüz milyarlar sınırını geçmesi, ihraçların çok büyük hacimlerde gerçekleştirilmesi ve menkul kıymetlerin günlük hareketlerinin başa çıkılmaz hale gelmesi üzerine münferit “ada göre saklama” uygulaması terk edilip “toplu saklama” metoduna geçilmiştir. Bu metot ilk olarak 1872 yılında Viyana’da *Ciro İşlemleri ve Kasalar Birliği* (*Wiener Giro Und Kassenverein*) vasıtasıyla gerçek-

leşmiş ve bunu 1896 yılında kurulan *Berlin Kasalar Birliği* (*Berliner Kassenverein*) takip etmiştir. Daha sonra 1937 yılında da açık tevdi ifade eden Depo Etme Kanunu (Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren)¹² ile uygulama yerleşik hale gelmiştir.¹³ 1942-1943 yıllarında ise II. Dünya Savaşı sebebiyle toplu saklama zorunlu hale getirilmiştir. Savaştan sonra bu zorunluluk kaldırılmasına rağmen alışkanlık devam etmiştir. Almanya’daki duruma benzer gelişmeler Fransa ve diğer ülkelerde de yaşanmıştır. Ancak içinde bulunduğumuz yüzyılın son çeyreğinde menkul kıymet emisyonunun ve menkul kıymetlere dair hareketliliğin çok büyük boyutlara ulaşması toplu saklamanın tekrar ele alınarak çözüm odaklı iyileştirilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.¹⁴

Toplu saklama, menkul kıymetlerin misli eşya özelliğinden istifade edilerek gerçekleştirilen bir yöntem olup aynı ortaklık tarafından çıkarılan, aynı cins ve aynı hakları veren menkul kıymetlerin (sahipleri adına tasnif edilmeksizin) toplu olarak saklanmasını ifade eder. Bu yöntem ile saklama iki şekilde gerçekleşir: Kıymetli evrakın teslim edildiği banka, saklamayı bizzat kendisi yapıyorsa “kurum içi toplu saklama”; başka bir banka tarafından yapıyorsa “üçüncü kurum nezdinde toplu saklama” söz konusudur. Bu ayrımın önemi mülkiyet ilişkileri ve hukuki ilişkilerin nitelendirilmesinde ortaya çıkar.

Toplu saklama uygulamasının yaygınlık kazanmasına paralel olarak zamanla sadece toplu saklama işi yapan kurumlar kurulmuş ve çoğunlukla menkul kıymetler borsalarının bulunduğu şehirlerde faaliyet göstermişlerdir. “Kasalar birliği” olarak adlandırılan bu kurumlar, zamanla tüm Avrupa ve Amerika’da yaygınlaşmıştır. Bu kurumların işletme

⁹ Orman, Sabri, ‘Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz’; Orman, Sabri & Kurt, İsmail (Yayına Hazırlayanlar) (1987) Para, Faiz ve İslam, İstanbul, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, s. 1-16; Weatherford, Jack (2019) Para, Deniz Kabuğundan Sanal Paraya, İstanbul, Maya Kitap, s. 9-11.

¹⁰ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 32-33; Bahtiyar, Mehmet (2014), Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, İstanbul, Beta, s. 14; Özdamar, Mehmet & Göktürk, Kürşat & Can, Mehmet Çelebi & Kaşak, Esra (2020), Ankara, Adalet, s. 273-277; Can, Mertol (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, İmaj, s. 229-238.

¹¹ Tekinalp, s. 1-16; Turanboy, Varaksız Kıymetli Evrak, s. 7-69; Ülgen, & Helvacı, & Nomer Ertan, ve diğerleri, s. 47; Pulaşlı, s. 47-48.

¹² Depo Etme Kanunu (Almanya), ‘Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren’, <<https://www.gesetze-im-internet.de/wpapg/DepotG.pdf>> s.e.t. 03.02.2021.

¹³ Tekinalp, s. 5; Yılmaz, Lerzan (1999) ‘Kıymetli Evrak Mefhumunu Değiştiren Evraksız Kıymetli Evrak’, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi dergisi’, C: 15, S. 1, s. 42.

¹⁴ Turanboy, Varaksız Kıymetli Evrak, s. 9-10.

konusu (senetleri yerlerinden hareket ettirmeden) toplu saklama sistemini esas alarak hesaplar arası kayıt yoluyla kıymetli evrakın saklanması, yönetimi ve ticaretinin yapılmasıdır.

Toplu saklamanın, işletme konusu sadece menkul kıymetlerin saklanması olan bankalar tarafından yapılması “merkezi kayıt sistemini” ve devirler ile ilgili ortaya çıkan hakların da kaydı olarak yapılması işlemini beraberinde getirmiştir. İşte kıymetli evraka veda etmeye sebep olan gelişme de işlemlerin kaydı olarak yapılması uygulamasıdır.

Toplu saklama sisteminde menkul kıymetler birbirine karıştırılmış (meczedilmiş) olduğu için kişi, menkul kıymeti geri almak istediğinde kendisine, misli eşyalarda olduğu gibi, teslim ettiği menkul kıymetler değil, aynı cinsten olup aynı hakları veren aynı sayıdaki senetler geri verilmektedir.

Toplu saklamada kıymetli evrakın ayırıcı unsurlarının her ikisi de (hakkın senetsiz devredilemeyeceği ve hakkın senetsiz dermeyan edilemeyeceği) görülmektedir.¹⁵ Ayrıca, kıymetli evrakın en önemli fonksiyonlarından biri olan “iyiniyetli iktisabın korunması” ilkesinin yerine, saklamayı yapan bankanın defter kayıtlarının esas alınması geçmiştir. Böylece iki unsur ve fonksiyonun yerini banka tekniklerine terk etmesi nedeniyle toplu saklama, klasik kıymetli evrak kavramından ayrılmaktadır.¹⁶ Bu durumun sonucu olarak “senet” basılmakta fakat fiziki olarak tedavüle çıkmadan saklama deposunda tutulmakta ve senedin konu olabileceği tüm hukuki işlemler banka teknikleri vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.

Toplu saklama ile belirli kolaylıklar getirilmekle birlikte zamanla toplu senetlerin basılmasından sonra hiç hareket etmeden saklama odalarında beklemeleri göz önüne alınarak basım ve saklama odası masraflarını azaltmak amacıyla bir sonraki aşamaya geçilmiştir. Bu dönem toplu (global) senet dönemidir.

2. Toplu (global) senet dönemi: Toplu senet döneminde bir ihracın tamamının tek bir senette tecessüm ettirilmesi yoluna gidilmiştir. Yığın Toplu saklanan yığın senedinden farklı olarak çok sayıda kıymetli evrak bir sende bağlanmış olmaktadır.¹⁷

Saklamadan kaynaklanan problemlerin çözümü için Türkiye uygulamasında “kupür” diye adlandırılan birden çok pay veya tahvilin bir senette tecessüm ettirilmesi metodu geliştirilmiştir. Kupür birbirinden bağımsız hisseleri veya tahvilleri içermekte ve içerdiği sayıda senedi temsil etmektedir. “Toplu senet”, kupürden hareketle oluşturulmuştur ve bir emisyonun tamamını temsil eden tek senettir. Toplu senetle birlikte hak sahibi, toplu senet üzerindeki müşterek mülkiyet payına sahip olmaktadır.

Toplu senedin kurgulanmasına sebep olan düşünce şudur: Toplu saklanan senetler basımından sonra, çoğu zaman hamillerine de teslim edilmeden, onlar adına ortaklık tarafından toplu saklama bankalarına tevdi olunarak hiç hareket etmemektedir. Çok sayıda senedin basılıp hiç hareket etmeden durması hiçbir işe yaramadığına göre bunlar için basım ve saklama odası masrafları yapmak yerine bütün emisyon için veya senetlerini toplu saklamaya verenlerin senetlerini temsilen bir veya sınırlı sayıda senet basılsa ve toplu saklama bankasına tevdi edilse; baskı, saklama ve personel masraflarından tasarruf edilmiş olur. Toplu senet, bu tasarruf ihtiyacından doğmuştur ve öncüsü Almanya olmuştur. Depo etme ile ilgili kanunda yapılan bir düzenleme ile toplu senet hukuki olarak tanınmış ve münferit senede eşitlenmiştir. Daha sonra Avrupa'nın diğer ülkeleri ve Amerika da toplu senedi kanunen tanımıştır.¹⁸

3. Evraksız kıymetli evrak ya da kaydı kıymetli evrak dönemi: Bu değişim seyri içinde gelinen son aşama, menkul kıymetlerin içerdikleri hakların kâğıt senede bağlanmaksızın sadece kaydı

¹⁵ Tekinalp, s. 11.

¹⁶ Tekinalp, s. 11.

¹⁷ Turanboy, Varaksız Kıymetli Evrak, s. 34.

¹⁸ Tekinalp, s. 5; Yılmaz, Kıymetli Evrak Mefhumunu Değiştiren Evraksız Kıymetli Evrak, s. 42.

bir kıymet olarak kalmasıdır¹⁹. Senedi, belirli bir hakkın dayanağı, güvenceye bağlanması olarak düşünürsek bu hak, evraksız, kaydı bir “senede” bağlanmış olmaktadır.

Kaydı bir kıymet olarak hakların saklanmasına dair ilk uygulama 1890 yılında Almanya’da ortaya çıkmıştır.²⁰ Bu uygulama ile Almanya’da iç borçlanmada *devlet tahvili* veya *hazine bonosu* verilmeden, Devletin kaydı olarak borçlanması sağlanmıştır. Fransa ise 1981 tarihli bir kanunla (La loi de Finances)²¹ bütün senetlerde “*senetsizleştirme*” (dématisation) sağlamıştır. Bu kanunla menkul kıymetler kâğıt senetten soyutlanarak merkezi bir sicile kaydedilmiş ve işlemler bu sicil aracılığıyla gerçekleştirilmiştir.²²

Bu gelişmeler “*kıymet hakları*” veya “*kıymetli haklar*” kavramlarını ortaya çıkarmıştır²³. Kıymet hakları, menkul kıymetlerin içerdikleri hakları ifade etmekte ve bu haklar sadece defterde kayıt olarak görülmektedir. Böylece *menkul kıymetlerin yerine kıymet hakları* geçmiş olmaktadır. Bu dönem “*evraksız kıymetli evrak*” dönemi olarak nitelendirilmektedir. Bu aşamada ülkelerin merkezi Elektronik Kayıt Kuruluşları (EKK) önem kazanmış²⁴ ve ilgili

hakların piyasadaki tedavülü daha güvenli, kolay ve hızlı bir hale gelmiştir.²⁵

Ülkemizde kaydı olarak hakların tedavül edebilmesine yarayan kuralların ve kurumların oluşturulması Avrupa ülkelerine nispeten yenidir. Sermaye piyasalarına dair kaydıleştirme reformu 1999 yılında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na eklenen 10/A maddesi ile başlamıştır. Tüm sermaye piyasası araçlarının ve bunlara ilişkin hakların elektronik ortamda kayden izlenmesi için Elektronik Kayıt Kuruluşu (EKK) olarak görevlendirilen Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) ise 2001 yılında kurulmuştur. 2011 yılına gelindiğinde “e-ÜRÜN: Elektronik Ürün Senetleri Merkezi” projesi başlatılmış,²⁶ 2012 yılında İzmir Ticaret Borsası, Ege Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk A.Ş., MKK ve Takasbank ortak çalışmalar yürütülerek başlangıç aşaması olarak, pamuğa dayalı elektronik ürün senetlerinin (ELÜS) oluşturulması ve takas süreçleri ile ilgili çalışmalar tamamlanmış ve 25 Temmuz 2013’te İzmir Ticaret Borsası’nda alım satım başlamıştır. Aynı yıl İzmir’den sonra Ankara, Konya ve Polatlı; 2014’te Bandırma ve Gaziantep Ticaret Borsaları, 2015’te Lüleburgaz Ticaret Borsası, 2018’de ise Adana Ticaret Borsası ile takas işlemleri protokolü imzalanarak Borsalar Takasbank’a üye olmuşlardır. 2018 yılında, 2017/9986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına istinaden Türkiye Ürün İhtisas Borsası A.Ş. (TÜRİB) kurularak 26 Temmuz 2019’da faaliyete geçmiştir. Bu tarihten itibaren yerel borsalar TÜRİB’in ajanı olarak TÜRİB’in işlem platformu üzerinden ELÜS işlemlerini gerçekleştirmeye başlamıştır.²⁷

¹⁹ **Turanboy**, Varaksız Kıymetli Evrak, s. 47; **Adıgüzel**, Burak (2019) Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 75.

²⁰ **Tekinalp**, s. 14; **Turanboy**, Varaksız Kıymetli Evrak, s. 9-10.

²¹ Loi de finance pour 1982 n°81-1160 du 30 décembre 1981 (30 Aralık 1981 Tarih ve 81-1160 sayılı Finans Kanunu m. 94-II) <<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/dematerialisation-valeurs-mobilieres.php>> s.e.t. 20.02.2021; <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006273498/1982-01-01>> s.e.t. 20.02.2021.

²² **Tekinalp**, s. 14; **Turanboy**, Varaksız Kıymetli Evrak, s. 10-11; **Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2020), 9. Bası, Ankara, Bankacılar için Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 22.

²³ **Adıgüzel**, s. 75.

²⁴ Ülkemizde Elektronik Kayıt Kuruluşu (EKK) olarak Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş. (MKK) yetkilendirilmiştir. TÜRİB, ‘Kuruluş, 2019 Faaliyetleri ve 2020 Hedefleri’ <<https://www.tobb.org.tr/AkreditasyonKuruluSekreterligi/Documents/Akreditasyon/Sunumlar/2019/SUNUM%203.pdf>> s.e.t. 02.02.2021.

²⁵ **Bilgili**, Fatih & **Demirkapı**, Ertan (2010), Kıymetli Evrak Hukuku, Bursa, Dora yayınları, s. 19.

²⁶ Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK), ‘Biz Kimiz?’ <<https://www.mkk.com.tr/tr-tr/Hakkimizda/Sayfalar/MKK-Kimdir.aspx>> s.e.t. 10.11.2020.

²⁷ Takasbank, ‘Genel Tanım’, <<https://www.takasbank.com.tr/tr/hizmetler/hizmet-verilen-piyasalar/ticaret-borsalari-ve-lisansli-depoculuk-elektronik-urun-senetleri-elus/genel-tanim>> s.e.t. 02.10.2020.

III. TANIM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. TANIM

Elektronik ürün senedi (ELÜS): Lisanslı Depo İşletmesi tarafından elektronik kayıt kurallarına uygun olarak Sistem üzerinde, ürünün mülkiyet hakkını temsilen oluşturulan elektronik kayıttır.²⁸ Bu elektronik kayıt, kıymetli evrak kullanılarak gerçekleştirilen tüm muamelelerin gerçekleştirilmesine imkân tanımaktadır. Lisanslı depolarda bulunan ürünlerin mülkiyet hakkını temsilen çıkarılan elektronik bir belge ya da kaydı kıymetli hak olarak da ifade edilebilir.²⁹

Ülkemizde işlem gören ELÜS'ler; buğday, arpa, çeltik, çavdar, mercimek, nohut, mısır, fındık, pamuk, soya fasulyesi ve zeytine dayalı olarak çıkarılmaktadır.³⁰

Yukarıdaki tanımın ve ELÜS'ün işleyişinin daha iyi anlaşılması bakımından ilgili kavramlara da değinmekte fayda vardır. Bu doğrultuda, Lisanslı depo işletmesi/işleticisi; gerekli lisans haklarını haiz, tarım ürünlerinin depolanması ile meşgul olan anonim şirkettir.³¹ Elektronik kayıt kuralları ise ELÜS'ün oluşturulması, bu senetlere bağlı tüm hakların, yükümlülüklerin ve işlemlerin kaydı olarak izlenmesi ile ilgili usul ve kurallardır.³² Elektronik Kayıt Kuruluşu (EKK); ELÜS Yönetmeliği çerçevesinde ELÜS'ün Sistem üzerinde oluşturulmasını sağlamak, senetlere bağlı tüm hakları, yükümlülükleri ve işlemleri ilgili taraflar itibarıyla kayı olarak izlemek gayesi ile Bakanlıktan izin almış anonim şirkettir.³³ Bu şirket ülkemizde Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş.'dir (MKK).³⁴ Sistem; ELÜS ile ilgili işlemler

rin elektronik ortamda yapılması için EKK tarafından kurulan ve işletilen "veri tabanı"dır.³⁵ Kısaca EKK veri tabanı olarak da ifade edilebilir. Sigorta Tazmin Fonu; lisanslı depo işletmesinin, mudilerle yapacağı sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ortaya çıkan mudi zararlarını tazmin etmekle yükümlü kılınan tüzel kişiliği haiz fondur.³⁶

ELÜS'ün işlevini yerine getirebilmesi, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Ticaret Borsaları, T.C. Ticaret Bakanlığı vd. bir dizi kuruluş ile mümkün olmaktadır.³⁷

B. UNSURLARI

ELÜS'ün kıymetli evraka paralel olarak üç unsurunun olduğu görülmektedir: Bunlar, hak, sistem kaydı ve hak ile sistem kaydının kaynaşması.³⁸ Kıymetli evrakta hakkın senetten ayrı olarak ileri sürülemeyeceği ve başkalarına da devredilemeyeceği (TTK m. 645) durumun bir benzeri, ELÜS için de geçerli olup hak, kaydı sisteme bağlanarak bu sistem olmaksızın devredilememektedir.

Geçmişte kıymetli evrak olarak "emtia senetleri" kapsamında "makbuz senedi" ile gerçekleştirilen tarımsal ürünlere dair işlemler günümüzde ELÜS ile gerçekleştirilebilmektedir. ELÜS, emanet ürünü temsil eden, kendisi ile satış ve rehin işlemleri yapılabilen evraksız bir kıymetli evraktır.

²⁸ ELÜS Yönetmeliği, m. 4/g.

²⁹ ELÜS Yönetmeliği, m. 4/e.

³⁰ TÜRİB, 'Piyasa ve İşleyişi', <<https://www.turib.com.tr/piyasa-ve-isleyisi.aspx#bilgilendirme>> s.e.t. 2.10.2020.

³¹ ELÜS Yönetmeliği, m. 4/1.

³² ELÜS Yönetmeliği, m. 4/ç.

³³ ELÜS Yönetmeliği, m. 4/d.

³⁴ Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK), 'Biz Kimiz?' <<https://www.mkk.com.tr/tr-tr/Hakkimizda/Sayfalar/MKK-Kimdir.aspx>> s.e.t. 10.11.2020.

³⁵ ELÜS Yönetmeliği, m. 4/j.

³⁶ Lisanslı Depoculuk Tazmin Fonu Yönetmeliği, m. 1, Resmi Gazete Tarihi: 21.12.2005, Sayısı: 26030.

³⁷ ELÜS işleyişinde yer alan diğer kuruluşlar: Sermaye Piyasası Kurulu, Toprak Mahsulleri Ofisi, Borsa İstanbul A.Ş., İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş., Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş., T.C. Tarım ve Orman Bakanlığı, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Lisanslı Depo İşletmesi, Yetkili Sınıflandırıcı, Referans Yetkili Sınıflandırıcı, Lisanslı Depoculuk Tazmin Fonu (TÜRİB, 'Sistem Paydaşları' <<https://www.turib.com.tr/sistem-paydaslari>> s.e.t. 12.10.2020).

³⁸ Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 13-19; Bahtiyar, Mehmet (2014), Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, İstanbul, Beta, s. 1-3; Özdamar, Mehmet & Göktürk, Kürşat & Can, Mehmet Çelebi & Kaşak, Esra (2020), Ankara, Adalet, s. 32-36.

C. OLUŞUM AŞAMALARI

Ürünü Lisanslı Depo İşletmesine emanet olarak bırakan gerçek/tüzel kişinin (mudi), ürünü tesliminden itibaren ELÜS'ün oluşturulmasına kadar geçen süreci tedricen aşağıdaki şekilde ifade edebiliriz:³⁹

- Ürün, mudi tarafından Yetkili Sınıflandırıcıya tarttırılarak teslim edilir.
- Yetkili Sınıflandırıcı, ürünü analiz edip sınıflandırarak analiz sonucunu ve ürünü Lisanslı Depo İşletmesine gönderir.
- Lisanslı Depo İşletmesi, ürün ve mudi bilgilerini EKK'ya bildirir.
- EKK tarafından Sistemindeki hesapta ELÜS kaydı olarak oluşturulur.
- ELÜS, mudinin ürünü teslim ederken bildirdiği hesabına (aracı kurum ya da banka) otomatik olarak aktarılır.
- Bu aktarıma dair mudiye elektronik iletişim (e-posta, sms) vasıtasıyla bilgi gönderilir.

Yukarıdaki işlemlerden sonra ELÜS kullanıma hazır hale gelmektedir. Bunu müteakip ürünü depoya teslim eden kişi (mudi), ELÜS'ü Türkiye Ürün İhtisas Borsası (TURİB) aracılığıyla satabilmekte veya borca teminat olarak rehin verip kredi temin edebilmektedir. Alıcı ile satıcı arasındaki ELÜS virmanı (aktarımı) EKK Sisteminde, nakit virmanı ise Takasbank'ta gerçekleştirilerek işlem tamamlanmaktadır.⁴⁰

Mudinin, ELÜS'te yer alan ürününü istediği zaman Lisanslı Depo İşletmesinden geri alabilmesi mümkündür. Bu takdirde ürün, ilgili masraflar düşü-

lerek sahibine teslim edilmektedir. Mudinin ürünü nihai depolama tarihinden önce lisanslı depodan geri çekmek zorunluluğu vardır. Lisanslı Depo İşletmesi bu durumu azami depolama süresinden 45 gün önce yazılı olarak ürün sahibi ya da yetkili temsilcisine bildirir. Mudi, ürünü ilgili tarihte lisanslı depodan geri almamışsa Lisanslı Depo işletmecisi ELÜS'ü satılarak ilgili masrafların düşülmesinden sonra satış bedelinden geri kalan miktarı mudiye öder.⁴¹

D. HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI

ELÜS oluşturulduktan sonra her bir alım satım işlemi için EKK tarafından bir ELÜS alım satım belgesi oluşturulup alıcı ve satıcı taraflara elektronik ortamda gönderme zorunluluğu getirilmiştir.⁴²

ELÜS alım satım belgesinde aşağıdaki bilgilerin bulunması zorunludur: Düzenlenme tarihi, işlem tarihi, her hesap dönemi başından itibaren 1'den başlamak üzere düzenleme sırasına göre verilecek müteselsil sıra numarası, ELÜS'ü alan ve satanın; adı-soyadı/unvanı, adresi, (varsa) vergi dairesi, T.C. kimlik numarası (vergi kimlik numarası), alım satıma konu ELÜS'ün temsil ettiği ürünün; türü, tipi, hasat yılı, Lisanslı Depo işletmesinin unvanı ve ürünün depolandığı yer, temsil ettiği alım satıma konu ürün miktarı, alım satım bedeli, EKK'nın; unvanı, adresi, vergi dairesi, vergi kimlik numarası ve "452 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği uyarınca düzenlenmiştir" ibaresi bulunması.⁴³

Yukarıdaki bilgileri içerecek şekilde düzenlenen alım-satım belgesi, bilinmezlik ve belirsizlikten kaynaklanan, ileride çıkması muhtemel anlaşmazlıkları daha başlangıçta engellemektedir. İslam hukuku akit teorisinde de herhangi bir sözleşmenin daha

³⁹ ELÜS Yönetmeliği, m. 5, 6; Türkiye Ürün İhtisas Borsası (TÜRİB), 'İşlem ve Takas Süreçleri, <<https://wapapi.turib.com.tr/api/FileLibrary/GetFile/takassurec>> s.e.t. 12.11.2020; Bursa Ticaret Borsası, 'Türkiye Ürün İhtisas Borsası'na Kayıt İşlemleri Hk.' <<https://www.tb.org.tr/turkiye-urun-ihstias-borsasina-kayit-islemleri-hk.html>> s.e.t. 12.11.2020

⁴⁰ Takasbank, 'Genel Tanıtım-Elektronik Ürün Senetleri' <<https://www.takasbank.com.tr/tr/hizmetler/hizmet-verilen-piyasalar/ticaret-borsalari-ve-lisansli-depoculuk-elektronik-urun-senetleri-elus/genel-tanim>> s.e.t. 22.10.2020.

⁴¹ Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 10.02.2005, Sayısı: 5300, m. 21; Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Yönetmeliği (TÜLDY), m. 33, Resmi Gazete Tarihi: 12.04.2013, Sayısı: 28616.

⁴² ELÜS Yönetmeliği, m. 7/1(3) (Ek: Resmi Gazete Tarihi: 4.4.2015, Sayısı: 29316)

⁴³ Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, Resmi Gazete Tarihi: 03.06.2015, Sayısı: 29375.

kuruluş aşamasında ileride anlaşmazlığa yol açabilecek bilinmezlik (cehalet) ve haksız kazançta yol açacak ölçüdeki belirsizlikten (garar) arındırılması esastır. Bu yönüyle ELÜS alım satım sözleşmesi, İslam hukuku sözleşme prensipleri ile örtüşmektedir.

ELÜS kaydı bir kıymetli evrak olarak yurandaki bilgileri içerecek şekilde kullanıma hazır hale getirildikten sonra alım satım yapılabilenkte, rehin işlemi yapılabilenkte⁴⁴ sahibi tarafından teminat olarak gösterilip kredi kullanılabilenkte; ilgili kredi kuruluşu, bu senet üzerine rehin tesis edip güncel fiyatını esas alarak ELÜS'ün değerinin belirli oranında kredi verebilenkte⁴⁵. Ancak, ELÜS ile ilgili alım satım ve rehin işlemleri TÜRİB'in kontrol ve tescili olmaksızın gerçekleştirilenkte⁴⁶. Senedin Borsa tarafından tescil edilmesinden sonra ürünün mülkiyeti başkasına devredilenkte. Zira alım satım tescili, devri, bedelin ödenmesi, alıcı ve satıcı hakları ve üçüncü şahısların haklarının korunması, yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve alım satıma dair diğer konularla ilgili sorumluluk Borsaya aittir.⁴⁷

⁴⁴ Benli, Erman (2017) 'Sermaye Piyasası Araçlarını Konu Alan Teminat Sözleşmeleri', Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, s. 89; Ünal, Oğuz Kürşat (2001) 'Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 2.

⁴⁵ Örneğin, Kuveyttürk katılım bankası, müşterilerin ELÜS'lerini teminata alarak başka bir projede kredi kullanımına imkân sağlarken; Ziraat Bankası, ELÜS tutarının %75 oranında; İş Bankası, %70 oranında kredi kullanımına imkân sağlamaktadır (Ziraat Bankası, 'Elektronik Ürün Senedi (ELÜS) Karşılığı Kredi' <<https://www.ziraatbank.com.tr/tr/kurumsal/tarim/diger-kredilerimiz/elektronik-urun-senedi-elus-karsiligi-kredi>> s.e.t. 21.01.2020; İş Bankası, 'Elektronik Ürün Senedi (ELÜS) Karşılığı Kredi' <<https://www.isbank.com.tr/is-ticari/elus-karsiligi-kredi>> s.e.t. 21.01.2020; Kuveyttürk, 'Elektronik Ürün Senedi (ELÜS) Teminatlı Kredi' <<https://www.kuveytturk.com.tr/kobi/tarim-bankaciligi/elektronik-urun-senedi-elus-teminatli-kredi>> s.e.t. 21.01.2020).

⁴⁶ Türkiye Ürün İhtisas Borsası A.Ş. Elektronik Ürün Senedi Piyasası Yönergesi, m. 15 <<https://www.turib.com.tr/images/TURIBYonerge.pdf>> s.e.t. 28.10.2020.

⁴⁷ Ürün İhtisas Borsalarının Kuruluş, İşleyiş ve Denetim Usul ve Esasları Hakkında Genel Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 10.08.2017, Sayısı: 30150, m. 27; T.C. Ticaret Bakanlığı, 'Ürün ihtisas borsasının görev ve sorumlulukları nelerdir?' <<https://www.ticaret.gov.tr/ic-ticaret/sikca-soran-lan>

E. İLGİLİ İŞLEMLERİN YÜRÜTÜLMESİ VE TAKASI

Ülkemizde ELÜS ve ELÜS'e dayalı vadeli işlem sözleşmeleri ile ilgili iş ve işlemler TÜRİB A.Ş. tarafından yürütülenkte. TÜRİB, 5300 sayılı Kanun⁴⁸ ve ilgili mevzuat çerçevesinde Lisanslı Depo İşletmecilerince oluşturulan elektronik ürün senetleri ile elektronik ürün senetlerine dayalı vadeli işlem sözleşmelerinin ticaretinin yürütülmesi ve borsacılık faaliyetinde bulunmak üzere kurulmuş olup oluşumunda ortak olarak, tüm ticaret borsaları (53 adet), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Toprak Mahsulleri Ofisi, Borsa İstanbul A.Ş., Merkezi Kayıt Kuruluşu A.Ş., İstanbul Takas ve Saklama Bankası A.Ş., T.C. Ziraat Bankası A.Ş., Türkiye Vakıflar Bankası A.O., Türkiye Halk Bankası A.Ş. yer almaktadır.⁴⁹

ELÜS alış-satış işlemleri ve takas süreci ile ilgili iş akışını, alıcı ve satıcı kişileri göz önüne alarak özetle şu şekilde ifade edebiliriz:⁵⁰ Satış yapmak isteyen Yatırımcı (A), TÜRİB işlem platformuna ELÜS satış emrini girer ve satış emri veren hesapta A'nın yeterli ELÜS bakiyesi olup olmadığı kontrol edilir. Hesapta bakiye varsa ELÜS'e blokaj konulur ve ELÜS satış emri, emir defterine iletilir. Diğer taraftan alış yapmak isteyen Yatırımcı (B), TÜRİB işlem platformuna ELÜS alış emrini girer. Alış emri veren hesapta (B)'nin yeterli bakiyesi olup olmadığı kontrol edilir. Yatırımcı (B) hesabına, ilgili ELÜS tutarı kadar nakit blokaj konulur ve ELÜS alış emri, emir defterine iletilir.

Alış-satış işlemlerinin takas sürecinde emirlerin eşleşmesi sonucu, TÜRİB İşlem Platformu'nda ilgili ekranda izlenir veya raporlanır. Sonrasında

sorular/lisansli-depoculuk-ve-urun-ihstias-borsasi> s.e.t. 28.10.2020.

⁴⁸ Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanunu, Resmi Gazete Tarihi: 10.02.2005, Sayısı: 5300.

⁴⁹ TÜRİB, 'Kuruluş, 2019 Faaliyetleri ve 2020 Hedefleri' <<https://www.tobb.org.tr/AkreditasyonKuruluSekreterligi/Documents/Akreditasyon/Sunumlar/2019/SUNUM%203.pdf>> s.e.t. 02.02.2021.

⁵⁰ Bursa Ticaret Borsası, 'Türkiye Ürün İhtisas Borsası'na Kayıt İşlemleri Hk.' <<https://www.btb.org.tr/turkiye-urun-ihstias-borsasina-kayit-islemleri-hk.html>> s.e.t. 12.11.2020.

TÜRİB İşlem Platformu'nda eşleşen seans sonuç dosyası MKK'ye iletilir. MKK işlem bazında depo gün sayılarını hesaplayarak TÜRİB'e gönderir. TÜRİB brüt seans sonuçlarını Takasbank'a iletir. Takasbank işlemleri gerçekleşir ve sonuç raporu Takasbank tarafından TÜRİB'e iletilir. Takasbank, işlem sonuçlarını MKK'ya bildirir ve MKK yatırımcı bazında ELÜS alım-satım kayıtlarını oluşturur.

ELÜS takası, Takasbank'ta aracı kuruluş müşteri hesapları arasında eş zamanlı kıymet ve nakit transferi sağlayan Şartlı Virman Sistemi ile gerçekleştirilir. TÜRİB'den gelen işlem bilgilerine göre Takasbank tarafından alıcı ve satıcı taraf için müşteri hesap bilgilerinin yer aldığı şartlı virman talimatları oluşturularak üyelerin onayına gönderilir. Müşteri bilgilerinin kontrol sağlanarak onaylanmasıyla alıcı-satıcı arasında şartlı virman sözleşmesi oluşur. Bu sözleşmeye göre; ELÜS satıcısı kıymet borçlusunu/nakit alacaklısı, ELÜS alıcısı ise kıymet alacaklısı/nakit borçlusunu durumundadır. Onay sonrası MKK sistemine gönderilen sözleşmeler sonrasında müşteri hesabı kontrol edilerek bakiye varsa bloke edilir. Nakit borçlarda ise, Takasbank sisteminde ELÜS'ün konu olduğu işlemine aracılık etmiş olan aracı kuruluş tarafından Aracı Kuruluşun serbest cari hesabından kapatılır. Eş zamanlı olarak MKK sisteminde kıymet virmanı, Takasbank sisteminde de nakit virmanı gerçekleştirilerek işlem sona ermiş olur. Takasbank; satıcıya ödenen ürün bedelinden Lisanslı Depoculuk Tazmin Fonu payı ve tescil ücretini alarak Borsa hesabına, ELÜS depo ücretini de Lisanslı Depo hesabına aktarır.⁵¹

IV. İSLAM HUKUKU AÇISINDAN TAHLİLİ A. GENEL OLARAK

Her açıdan günümüzde sıkı şekil şartlarına tabi türleriyle örtüşme de, kıymetli evrak kullanımı İslam hukukunun doğuş dönemine, yani 7. yüzyıla

kadar gitmektedir. Ödeme emri niteliğinde, “sak” olarak adlandırılan, çek ile aynı işlevi yerine getirmek üzere kullanıldığı şeklinde yorumlayabileceğimiz yazılı belgeyi Hz. Peygamber (s.a.v.) kullanmıştır.⁵² Hz. Peygamber (s.a.v.) kendisine yardım için müracaat eden Uyeyne b. Hısn ile Akra' b. Hâbis adına, istedikleri şeyi kendi bölgelerinin zekât gelirlerinden tahsis eden mühürlü birer ödeme emri (kitâb) düzenlemiştir. Sonraki yıllarda Hz. Ömer döneminde bu belgelerin tarihlendirildiği ve mühürlenerek⁵³ güvenlik derecesinin artırıldığı görülmektedir. Hz. Ömer (r.a.) 18/639 yılındaki bir kuraklık döneminde Mısır, Şam ve Irak valilerine destek talebinde bulunmuştu. Bu talebe karşılık Amr b. Âs'ın gönderdiği temel ihtiyaç maddeleri Câr Limanı'nda depolanarak Zeyd b. Sâbit'in sorumluluğunda “mühürlü kâğıt istihkak belgeleri” (sak) düzenlenip temel ihtiyaç sahiplerine dağıtılmıştır.⁵⁴ Mervan b. Hakem'in (ö. 65/685) Medine valisi olduğu dönemde beytül-mâlden mal almak üzere düzenlenen kıymetli evrak niteliğinde “sak” isimli evrakın satıldığına dair de rivayetler vardır.⁵⁵

“Sak” benzeri bir ödeme aracı olarak “süftece”nin de kullanıldığı görülmektedir. Bu evrak, alacak hakkının yazılı bir belge ile güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Süftece uygulamasında değerli para, altın vb. değerli şeylerin taşıma riski, zorluk veya masrafindan kurtarmak gibi bir maslahat söz konusudur.⁵⁶

⁵¹ Takasbank, 'Genel Tanıtım-Elektronik Ürün Senetleri' <<https://www.takasbank.com.tr/tr/hizmetler/hizmet-verilen-piyasalar/ticaret-borsalari-ve-lisansli-depoculuk-elektronik-urun-senetleri-elus-genel-tanim>> s.e.t. 22.10.2020.

⁵² **Ebû Dâvûd**, Süleyman b. el-Eş'as Es-Sicistânî el-Ezdi (1981) Sünen-i Ebî Dâvûd, İstanbul, Çağrı Yayınları, 'Zekât', 24.

⁵³ **Kallek**, Cengiz (2008) 'Sak', TDV İslâm Ansiklopedisi <<https://islamansiklopedisi.org.tr/sak--belge#1>> s.e.t. 28.10.2020; **Aydın**, Kıymetli Evrak, s. 97.

⁵⁴ **Kallek**, 'Sak'.

⁵⁵ **Müslim**, Müslim, Ebu'l-Huseyin Müslim b. Haccâc (1981), el-Câmiu's-Sahîh, İstanbul, Çağrı, 'Buyû', 40 (No. 1528); **Bayındır**, Servet (2015) Fikhi ve İktisadi Açısından İslami Finans, İstanbul, Süleymaniye Vakfı yayınları, s. 104.

⁵⁶ **Ebû Ceyb**, Sa'dî (1988) el-Kamusu'l-Fikhiyye, Dımeşk, Dâru'l-Fikr, s. 173; **Aydın**, Kıymetli Evrak, s. 97; **AAOIFI**, Faizsiz Finans Standartları, s. 445; **Kallek**, Cengiz (2010) 'Süftece', TDV İslâm Ansiklopedisi <<https://islamansiklopedisi.org.tr/suftece>> s.e.t. 12.11.2020.

İslam hukuk tarihinde sak ve süftecenin dışında mazhar, istihkak senedi, hüccedü'd-deyn, zikrî hak, kitâb, sukûk, sarraf ruk'ası gibi isimlerle, kıymetli evrak olarak değerlendirilebilen, bir hakkın güvence altına alınarak ispatlanmasına ve tedavülüne vasıta olan, başkaca araçlar da kullanılmıştır.⁵⁷

Geçmişten günümüze bu araçlar tedricen gelişerek değişmiş, daha sıkı şekil şartları ile düzenlenir hale gelmiş, çeşitlenmiş, ancak bu araçların düzenlenmesindeki temel amaç (kişilerin haklarının güvence altına alınarak bu araçların kolay ve hızlı tedavülünün sağlanması, sermaye piyasası araçları ile ilgili işlemlerin daha kısa zamanda, daha düşük maliyetlerle gerçekleştirilmesi) aynı kalmıştır.⁵⁸ Yukarıda da ifade edildiği gibi bu amaca hizmet eden uygulamalar zaman içinde dönemin ihtiyaçlarına göre değişerek günümüzdeki “elektronik senet” halini almıştır. ELÜS’ün diğer senetlerden temel farkı kâğıtsız bir senet olarak elektronik ortamda oluşturulması, hakkın kaydı bir sistemde güvence altına alınmasıdır.

B. UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ AÇISINDAN

ELÜS’te üç unsur vardır: “*Hak*”, “*elektronik kayıt*” ve “*hak ile kaydın birbirine kaynaşması*”. Bu üç unsur kâğıt senet olan kıymetli evrak ile örtüşmektedir. Bunları, kâğıt senedi kıymetli evrak yapan unsurların elektronik versiyonu şeklinde tanımlamak mümkündür.

⁵⁷ **Ahmed Cevdet Paşa** (1985) Açıklamalı Mecelle, Metni ve Açıklamaları Kontrol Eden: Ali Himmet Berki, İstanbul: Hikmet yayınları, s. 338, 340, Mecelle m. 1589, 1593; **Aydın, Aytaç** (2015) İslam Hukuku Açısından Mali Piyasa ve Mali Piyasa Araçları, Konya, Burç Yayınları, 429-430; **Kallek, 'Sak'**; **Boynukalin, Mehmet** (2009), 'Senet', TDV İslâm Ansiklopedisi <<https://islamansiklopedisi.org.tr/senet>> s.e.t. 28.10.2020; **Aslan, Hakan** (2012), 'Alternatif Bir Yatırım ve Finansman Aracı Olarak Sukuk: Yapısı, İşleyişi ve Türkiye Piyasası İçin Öneriler', İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 55-90; **Saylan, Şenol** (2016) 'İslam Hukukunda Senet Tanzimi ve Senetlerin Şekil Şartları' Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (KTUİFD) C: 3, S: 1, s. 63-90.

⁵⁸ **Bilgili & Demirkapı**, s. 19-20.

ELÜS’teki “*hak*”, Lisanslı Depo İşletmesine tevdi edilen ürünün mülkiyet hakkıdır. “*Elektronik kayıt*”, bu hakkın sahipliğinin EKK tarafından elektronik olarak tescildir. Kıymetli evraktaki kâğıt senedin karşılığı ise burada EKK tarafından yapılan elektronik tescil olarak görülmektedir. Kıymetli evrakta “*senet*”, hakkı temsil eden ve hakkın kullanılmasını veya devredilmesini sağlayan bir araç niteliğindedir. Makbuz senetlerinde, kâğıt senet ile sağlanan “*beyanı somutlaştıran araç*” olma özelliği ELÜS’de elektronik tescil ile sağlanmış olmaktadır. Dolayısı ile “*senet*” kelimesinin etimolojisinde de bulunan “*dayanak/güvence*” olma özelliği hâlâ devam etmektedir. Günümüzdeki hâkim görüş de bu yöndedir. Kanunda (TTK m. 645) “*senet*” olarak geçen ifadesinin “*belge*” olarak anlaşılması gereği ve bu belgenin de “*beyanı somutlaştıran herhangi bir araç*” olabileceği ifade edilmiştir.⁵⁹ Sadece kâğıt senet ispat vasıtası olması hali değişerek elektronik senet/tescil ile ispat vasıtası olması haline evrilmiştir. Bu değişim çağımızın daha hızlı ve ekonomik tedavül ihtiyacının bir gereğidir.⁶⁰

Üçüncü unsur olarak, “*hak ile elektronik tescilin birbiri ile kaynaşması*” sonucu ürünün mülkiyetinin nakli, rehni ya da icrası ELÜS olmaksızın gerçekleştirilemez.

İslam hukukunda ELÜS, pozitif hukukta olduğu gibi, ortaya çıkmasına neden olan temel ilişki ile bağlantısı açısından “*illi evraksız kıymetli evrak*” kapsamında “*açıklayıcı*” (izhârî/ihbârî) bir elektronik senet olarak değerlendirilebilir. Zira senette yer alan hak, depodaki üründen mücerred ileri sürülemez ve makbuz senedinde olduğu gibi senede bağlı hukuki ilişkideki geçersizlik senedi de etkiler.

⁵⁹ **Ülgen, & Helvacı, & Nomer Ertan, ve diğerleri**, s. 47; **Bilgili & Demirkapı**, s. 16-17, 47-49; **Pulaşlı**, s. 2-3; Senetten anlaşılmanın üzerinde somutlaşan olgunun yazılı olması ile somutlaşmasını sağlayan aracın elektronik veri de olabileceği hakkında bkz: **Kendigelen & Kırcı**, s.5; **Öztaş, Fırat** (2020) Kıymetli Evrak Hukuku, 24. Bası, Ankara, Yetkin, s. 11.

⁶⁰ **Ülgen, & Helvacı, & Nomer Ertan, ve diğerleri**, s. 47; **Bilgili & Demirkapı**, s. 47-49; **Pulaşlı**, s. 22.

Nama ve emre düzenlenebilmesi açısından makbuz senedi niteliğindeki matbu ürün senetlerinden farklı olarak ELÜS, sadece isme açılmış hesaplarda izlenir.⁶¹

İslam hukukunda ELÜS'ü, pozitif hukukta olduğu gibi, Lisanslı Depo İşletmesine tevdi edilen misli nitelikteki ürünlerin mülkiyetini temsil eden evraksız kıymetli evrak olarak nitelendirmek mümkündür. Ürünün alım satım, rehin ve icra işlemleri ELÜS ile gerçekleştirilir.

Pozitif hukukta ELÜS ile ilgili olarak Kanunda hüküm bulunmayan durumlar, mahiyetine uygun olduğu ölçüde, Türk Ticaret Kanununda düzenlenen “*makbuz senedi*” hükümlerine tabi olarak değerlendirilebilir. Zira tarihi gelişimi incelendiğinde, geçmişte Umumi Mağazaların verdiği “makbuz senedi” yerine ihdas edilen bir elektronik senet niteliğindedir.

İslam hukukunda aslolan “hak”tır. Uygulamada, mevcut bir hakkın doğuşundan itibaren kıymetli evrak niteliğinde senetlerle tedavül edildiğini müşahede etmekteyiz. Yukarıda ifade ettiğimiz “süftece”, “sak” vb., mevcut bir hakkın senede bağlanarak tedavül ettiği senetler kapsamındadır. Lisanslı Depo İşletmesine tevdi edilen aynı hak senede bağlandığında, senet açıklayıcı (ihbârî/izhârî) bir niteliktedir ve senedin devri aynı hakkın devri anlamına gelmektedir. Ancak kurucu (ihdâsî) senedi aynı şekilde yorumlama imkânı yoktur. Zira, bu konuda ileri sürülen çeşitli teoriler bir yana, kurucu (ihdâsî) nitelikteki bir kıymetli evrakta hak, önceden mevcut olmadığı halde senede yazıldığı esnada, yani zorunlu şekil şartlarını taşıyacak şekilde oluşturulan senet ile birlikte doğmuş olmaktadır.⁶² Yani daha

önce olmayan bir hak, senedi imzalayanın imzasından sonra, düzenlenme gerekçesinden bağımsız olarak değer ifade etmekte ve tedavül edebilmektedir. ELÜS'te böyle bir durum söz konusu değildir. İslam hukukunda “kurucu” (ihdâsî) senetlerin düzenlenmesi ve tedavülü başka bir inceleminin konusu olduğu için burada değinmiyoruz.

C. ELÜS TAKASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İslam hukuku açısından elektronik ürün senetleri ile ilgili işlemlerin yürütülmesi ve takası incelendiğinde; tarafların (alıcı ve satıcı) arasında icâb ve kabûlün gerçekleştiği ve nakit para ile ELÜS'ün temsil ettiği ürünün taraflar arasında el değiştirdiği görülmektedir. Bu işlemlerin iş akış süreci taraflar için herhangi bir *cehalet* ve *garar* içermeyecek şekilde düzenlenmiş olup klasik alım-satım işlemi ile örtüşmektedir. Bu nedenle İslam hukuku açısından bunların peşin alış-veriş konu edilmesinde bir sakınca görülmemektedir.

Bu ürünlerin ELÜS ile vadeli işlemler (*futures contracts*) yapılmasına gelince; bu işlemi bir satıştan ziyade bir satış taahhüdü olarak değerlendirmek daha uygundur. Zira satış (bey') akdinde mutlak mübadele anlamında bedellerin karşılıklı teslimi (mübadelesi) söz konusudur.⁶³ Ancak burada (ELÜS ile vadeli işlemler/*futures*) bedellerin işlem-den hemen sonra mübadelesi söz konusu olmayıp hem ürün hem de bedel ileride belirlenen tarihte el değiştirmek üzere bir sözleşme yapılmıştır. İslam hukukunda parası peşin verilen ürünün ileride belirli bir tarihte teslim edilmesi üzerine yapılan işlem “satış” sözleşmesi (bey') olarak değil “selem” sözleşmesi olarak nitelendirilir ve caizdir.⁶⁴ Ancak her ikisi de vadeli (veresiye) olarak gerçekleştirilen satış sözleşmesi (bey'), hâkim görüşe göre “*borcun*

⁶¹ SerPK/13/2; Adıgüzel, s. 76. Tekinalp, Ünal & Çamoğlu, Ersin (2018) Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gerekçeli Sermaye Piyasası Kanunu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 104; Bozer & Göle, s. 518-519.

⁶² Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, s. 33; Bahtiyar, Mehmet (2014), Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, İstanbul, Beta, s. 15; Özdamar, Mehmet & Göktürk, Kürşat & Can, Mehmet Çelebi & Kaşak, Esra (2020), Ankara, Adalet, s. 45.

⁶³ Mevsli, Ebu'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd (ts.) el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr (I-V), Beyrut, Dâru'l-Erkâm b. Ebi'l-Erkâm, C: 2, s. 231.

⁶⁴ Mevsli, s. 269-272.

borç karşılığı satışı” olarak değerlendirilerek⁶⁵ caiz görülmemiştir.⁶⁶ Satış sözleşmesinde (bey) müte-kavvim (dinen ve hukuken meşru) bir malın müte-kavvim bir mala karşılık gelecek şekilde mübadele-sinin yapılması söz konusudur ve bedellerden en az birinin peşin olması şartı aranır. Bu durumda her iki bedelin de vadeli olduğu bu işlem bir satış sözleşme-si olmayıp ileride belirli bir tarihte bedellerin karşılıklı teslimine (mübadelesine) dair taahhüdü içeren bir “alış-veriş taahhüdü sözleşmesi” olarak nitelendirilebilir. Bu durumda da taahhüdün bağ-layıcılığı problemi ortaya çıkmaktadır. Zira İslam hukukunda taahhüdün hukuken bağlayıcılığı konu-su tartışmalıdır. Bu konuda görüşler ana hatlarıyla; vaad ve taahhüdün hukuken (kazâen) mutlak olarak bağlayıcı olduğu; bağlayıcı olmadığı ve belirli şartları taşınması halinde bağlayıcı (lâzımî) olacağı⁶⁷ şeklindedir.⁶⁸ Taahhüdün bağlayıcılığı konusu de-rinlemesine tahlil edildiğinde her iki tarafı da yü-kümlülük altına sokan taahhüdün bağlayıcı olduğu görüşünü tercih ediyoruz.⁶⁹ Mecelle m. 84'te de ifade

dildiği gibi “şarta ta'lik edilmesi câiz görülen işlemlerde vaad bir şarta bağlanırsa” bağlayıcı olur.⁷⁰ Zira taraflara karşılıklı olarak sorumluluk yüklenmiştir. Bu bir satım sözleşmesi değildir ancak tarafların bu sözleşme beraberinde karşılıklı teklif altına girdiği bir satış vaadi sözleşmesidir. Zira her iki taraf da belirli primler ödeyerek bedellerin karşılıklı teslimi-ne kadar yükümlülüklerini devam ettirmektedir. Ayrıca, Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi de bir sebebe bağlı olarak yapılmış söz verilen tarafların da harcama yaptığı durumlarda vaadin/taahhüdün bağlayıcı olduğu görüşünü benimsemiş ve bu yönde bir tavsiye kararı yayınlamıştır.⁷¹ Örneğin murâbaha ile satış işlemlerinde katılım bankası satmayı, müşteri-ri de satın almayı vaad ederek sözleşme yapmakta, katılım bankası da bu sözleşme üzerine müşterisinin satın almayı vaad ettiği malı satın alıp üzerine kâr koyarak müşterisine satmaktadır. Netice olarak işlem bağlayıcı bir satış vaadi sözleşmesi çerçevesin-de gerçekleşmektedir.

Dikkatlice incelendiğinde, bağlayıcı olmayan vaadin kişiler arasında sözleşme olmaksızın tek taraflı olarak karşılıklı mükellefiyet içermeyecek şekilde teberru olarak gerçekleştiği görülmektedir.⁷² Bir kişi bedel almaksızın bir malı vermeyi taahhüt etse karşı taraf da kabul etse bunun hukuki bir bağ-layıcılığı yoktur. Zira İslam hukukunda hoş karşılanmamakla beraber kişi, yaptığı teberrudan hukuken dönebilir.⁷³ Ancak teberru olarak verdiğini söylediği mal için belirli bir karşılık almış olsaydı bu takdirde bu sözleşme bağlayıcı bir sözleşme niteli-ğinde olacağı için bağlayıcı olacaktı.

⁶⁵ **Hammâd**, Nezih Kemal (1405/1994) Bey'u'l-kâli bi'l-kâli-Bey'u'd-deyn bi'd-deyn (Borcun borçla Satışı), Cidde, Merkezî İktisâdî'l-İslâmî, s. 9-10; **Bayındır**, s. 102-103; **Kara**, Yakup (2012), 'İslam Hukuku'nda Deyn'in Deyn Karşılığında Satımı', İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 20, s. 389-415.

⁶⁶ **Nisâbüri**, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Muham-med el-Hâkim (2002) el-Müstedrek ale's-Sahihayn (nşr. Mustafa Abdulkadir Atâ), (I-VI), 2. Baskı, Beyrut, Dâru'l-kütübü'l-İlmiyye, C: 2, s. 65-66.

⁶⁷ **Demiray**, Mustafa, 'Vaad'.

⁶⁸ **Demiray**, Mustafa, 'Vaad' (2012) TDV İslâm An-siklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/vaad--fikih> s.e.t. 12.10.2020.

⁶⁹ İslam borçlar hukukunda akdin bağlayıcılığı ve vaadin bağlayıcılığı konuları ayrı ayrı tez olarak çalışılmıştır. (**Yelek**, Kamil (2014) 'İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımalar', İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi; **Yelek**, Kamil (2016) 'İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı: Murâbaha Örneği', İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: 35, s. 147-186; islam hukukunda vaadin bağ-layıcılığı: murâbaha örneği; **Ceylan**, Hadi Ensar (2018) 'İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı' Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi; **Ceylan**, Hadi Ensar (2018) 'İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağ-layıcılığının (Lüzûm) Mahiyeti' Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 19, s. 201-215.

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/473498> s.e.t. 02.10.2020)

⁷⁰ Mecelle, m. 84: "Va'dler, sûret-i ta'lik-ı iktisâ ile lâzım olur."; **Yelek**, 'İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı: Murâbaha', s. 179-180.

⁷¹ Uluslararası Fıkıh Akademisi (Mecmau'l-Fikhi'l-İslâmî ed-Düveli/International Islamic Fiqh Academy), 5. Dönem Tavsiye Kararları, (1988) <https://www.iifa-aifi.org/1751.html> s.e.t. 11.11.2020.

⁷² **Demiray**, Mustafa, 'Vaad'.

⁷³ **Serahsî**, Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed (1993) el-Mebsût, Beyrut, Dâru'l-Marife, C: 12, s. 77.

ELÜS ile gerçekleştirilen vadeli işlem, bir satım sözleşmesi değil, tarafların bu sözleşme beraberinde karşılıklı yükümlülük altına girdiği bir satış vaadi sözleşmesidir. Her iki taraf da belirli primler ödeyerek bedellerin karşılıklı teslimine kadar yükümlülüklerini devam ettirmektedir. Bu durumda her iki taraf için de bağlayıcıdır.

Vadeli işlemlere konu olması bakımından tartışma konusu olabilecek diğer bir husus da ELÜS'ün mülkiyetini temsil ettiği ürünün ma'düm olup olmamasıdır. Zira, vadeli işlem sözleşmesi geleceğe dair yapılan bir sözleşme olduğu için henüz ortada olmayan bir ürün üzerine de işlem yapılması ihtimali söz konusudur. Ürünün vadeli olarak teslimini içermesi bakımından "Selem" sözleşmesi ile kısmen benzerlik içermektedir. İslâm hukukçuları tarafından "selem" sözleşmesi, henüz ortada olmayan bir ürünün satışı olarak değerlendirilip toplumun bu sözleşmeye ihtiyacına binaen, bu yöndeki nass göz önüne alınarak, kıyasın hilafına istihsânen caiz görülmüştür. Çünkü selemde para peşin verilmele beraber sözleşme konusu ürün henüz mevcut değildir. ELÜS'ün temsil ettiği üründe ise bu kapsamda bir yokluktan bahsetmek mümkün değildir. Zira ELÜS, Lisanslı Depo'ya tevdi edilen mevcut bir ürünün mülkiyetini temsil etmektedir.

Netice olarak ELÜS ile peşin satış işlemi ürünün peşin satımından farksızdır. ELÜS'ün vadeli işlemlere konu olmasına gelince; bunu bir satış işleminden ziyade ileride belirlenen vadede bağlayıcı/lâzımî bir alış-veriş taahhüdü sözleşmesi olarak değerlendirmek daha uygundur.

V. SONUÇ

İslam hukuku açısından ELÜS, pozitif hukuktaki nitelemesi ile örtüşecek şekilde, *sistem kaydı ile sıkı sıkıya kaynaşan bir aynı hakkın, bu sistem kaydından bağımsız olarak ileri sürülemediği, açıklayıcı (izhari) evraksız kıymetli evrak niteliğinde bir elektronik senet* şeklinde tanımlanabilir.

Kıymetli evraktaki üç unsur bu senette de benzer şekilde bir araya gelmiştir; Hak, elektronik

kayıt ve hak ile bu kaydın kaynaşması. Dolayısıyla geleneksel kıymetli evrak ile aynı fonksiyonları, fakat daha kolay ve hızlı yerine getirebilme imkânı ortaya çıkmıştır.

İslam hukukuna göre, Lisanslı Depo'ya tevdi edilen, standartları belirli misli bir ürünü temsil eden bu elektronik senet ile ilgili ürünün peşin satışı, vadeli satışı ve rehnedilebilmesi mümkündür. ELÜS, peşin satış işlemine konu olduğunda satış sözleşmesi (bey') hükümleri; teminat gösterilerek işlem yapıldığında rehin hükümleri; Borsa'da gelecek sözleşmeleri (*futures*) yapıldığında ise iki tarafın da mükellefiyet altına girdiği bağlayıcılığı olan satış taahhüdü hükümlerine bağlı olarak değerlendirmek mümkündür.

Aynı bir hakkın elektronik bir senette cisimleştirilerek daha kolay ve hızlı tedavülüne bir örnek olarak ELÜS, İslam hukukuna uygun üretilebilecek başkaca elektronik senetlerin de öncüsü konumdadır.

KAYNAKÇA

- AAOIFI**, The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (2015), Shari'ah Standards, (Çev. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi (2018) Faizsiz Finans Standartları, Ankara, TKBB.
- Adıgüzel**, Burak (2019) Sermaye Piyasası Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet.
- Ahmed Cevdet Paşa** (1985) Açıklamalı Mecelle, Metni ve Açıklamaları Kontrol Eden: Ali Himmet Berki, İstanbul, Hikmet.
- Aslan**, Hakan (2012) 'Alternatif Bir Yatırım ve Finansman Aracı Olarak Sukuk: Yapısı, İşleyişi ve Türkiye Piyasası İçin Öneriler', İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.
- Aydın**, Aytaç (2015) İslam Hukuku Açısından Mali Piyasa ve Mali Piyasa Araçları, Konya, Burç.
- Aydın**, Aytaç (2015) İslam Hukukunda Kıymetli Evrak Kambiyo Senetleri Hisse Senedi ve Borsa, Konya, Burç.
- Bayındır**, Servet (2015) Fıkhi ve İktisadi Açından İslami Finans, İstanbul, Süleymaniye Vakfı.
- Beki**, Abdülaziz (1995) İslam Hukuku ve Türk Mevzu Hukukunda Kıymetli Evrak, Kayseri, Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- Benli**, Erman (2017) 'Sermaye Piyasası Araçlarını Konu Alan Teminat Sözleşmeleri', Ankara, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi.
- Bilgili**, Fatih & **Demirkapı**, Ertan (2010) Kıymetli Evrak Hukuku, Bursa, Dora.
- Boynukalın**, Mehmet (2009) 'Senet', TDV İslâm Ansiklopedisi <<https://islamansiklopedisi.org.tr/senet>> s.e.t. 28.10.2020
- Bozer**, Ali & **Göle**, Celal (2020) Bankacılar için Kıymetli Evrak Hukuku Bilgisi, 9. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Can**, Mertol (2019) Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara, İmaj, s. 229-238.
- Ceylan**, Hadi Ensar (2018) 'İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığının (Lüzûm) Mahiyeti' Şırnak Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C: 9, S: 19, s. 201-215.
- Ceylan**, Hadi Ensar (2018) 'İslâm Borçlar Hukukunda Akdin Bağlayıcılığı' Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.
- Demiray**, Mustafa (2012) 'Vaad', TDV İslâm Ansiklopedisi <<https://islamansiklopedisi.org.tr/vaad--fikih>> s.e.t. 12.10.2020
- Ebü Ceyb**, Sa'dî (1988), el-Kamusu'l-Fikhiyye, Dımeşk, Dâru'l-Fikr.
- Ebü Dâvûd**, Süleyman b. el-Eş'as Es-Sicistânî el-Ezdî (1981) Sünen-i Ebî Dâvûd, İstanbul, Çağrı Yayınları.
- Hammâd**, Nezih Kemal (1405/1994) Bey'u'l-kâli bi'l-kâli-Bey'u'd-deyn bi'd-deyn (Borcun Borç Karşılığı Satışı), Cidde, Merkezü İktisâdî'l-İslâmî.
- Kallek**, Cengiz (2008) 'Sak', TDV İslâm Ansiklopedisi <<https://islamansiklopedisi.org.tr/sak--belge#1>> s.e.t. 28.10.2020
- Kallek**, Cengiz (2010) 'Süftece', TDV İslâm Ansiklopedisi <<https://islamansiklopedisi.org.tr/suftece>> s.e.t. 12.11.2020.
- Kara**, Yakup (2012) 'İslam Hukuku'nda Deyn'in Deyn Karşılığında Satımı', İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S: 20, s. 389-415.
- Kazancı**, Fatih (2018) 'Türkiye' de Faizsiz Bankacılık Prensiplerine Uygun Teverruk Pazarı:

Ürün İhtisas Borsası', İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi (İEFĐ) S: 1, C: 4, s. 17-47.

Kendigelen, Abuzer & **Kırca**, İsmail (2020) Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul, On İki Levha.

Mevsili, Ebu'l-Fazl Mecdüddin Abdullah b. Mahmüd b. Mevdüd (ts.) el-İhtiyâr li-ta'li'i'l-Muhtâr (I-V), Beyrut, Dâru'l-Erkâm b. Ebî'l-Erkâm.

Müslim, Müslim, Ebu'l-Huseyin Müslim b. Haccâc (1981) el-Câmiu's-Sahîh, İstanbul, Çağrı.

Nisâbüri, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Hâkim (2002) el-Müstedrek ale's-Sahihayn (nşr. Mustafa Abdulkadir Atâ), (I-VI), 2. Baskı, Beyrut, Dâru'l-kütübü'l-İlmiyye.

Orman, Sabri, 'Modern İktisat Literatüründe Para, Kredi ve Faiz'; **Orman**, Sabri & **Kurt**, İsmail (Yayına Hazırlayanlar) (1987)Para, Faiz ve İslam, İstanbul, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları.

Özdamar, Mehmet & **Göktürk**, Kürşat & **Can**, Mehmet Çelebi & **Kaşak**, Esra (2020), Ankara, Adalet.

Öztan, Fırat (2020) Kıymetli Evrak Hukuku, 24. Bası, Ankara, Yetkin.

Pulaşlı, Hasan (2020) Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 8. Baskı, Ankara, Adalet.

Read, Frederick (1926) 'The Origin, Early History, And Later Development Of Bills Of Exchange And Certain Other Negotiable Instruments', The Canadian Bar Review, Manitoba Law School, C: 4 S: 10, s. 440-459.

Saylan, Şenol (2016) 'İslam Hukukunda Senet Tanzimi ve Senetlerin Şekil Şartları' Karadeniz Teknik Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi (KTUİFD) C: 3, S: 1, s. 63-90.

Tekinalp, Ünal & **Çamoğlu**, Ersin (2018) Sermaye Piyasası Hukukunun Temel İlkeleri ve Gereçeli Sermaye Piyasası Kanunu, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.

Tekinalp, Ünal & **Poroy**, Reha (2019) Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Baskı, İstanbul, Vedat.

Tekinalp, Ünal (1988) 'Evraksız Kıymetli Evrakta veya Kıymet Haklarına Doğru', Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S: 3C: 14, s. 1-16.

Turanboy, Asuman (1998), Varaksız Kıymetli Evrak, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara.

Ülgen, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2021) Kıymetli Evrak Hukuku, 13. Bası, Vedat.

Ünal, Oğuz Kürşat (2001) 'Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi', Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 2, s. 0-0.

Weatherford, Jack (2019) Para, Deniz Kabuğundan Sanal Paraya, İstanbul, Maya.

Yelek, Kamil (2014) 'İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı ve İslam Finans Uygulamalarına Yansımalar', İstanbul, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

Yelek, Kamil (2016) 'İslam Hukukunda Vaadin Bağlayıcılığı: Murâbaha Örneği', İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S: 35, s. 147-186.

Yılmaz, Lerzan (1999) 'Kıymetli Evrak Mefhumunu Değiştiren Evraksız Kıymetli Evrak', Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi dergisi', C: 15, S. 1, s. 435-452.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.

Contributions Statement: Author has contributed 100% into preparing and writing this study.

Statement for Support and Appreciation If Any: None.

Statement for Conflict of Interest: None.

MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADININ BİRBİRLERİYLE KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNE KARŞI KORUNMASI*

THE PROTECTION OF TRADEMARK, TRADE NAME AND BUSINESS NAME AGAINST THE RISK OF CONFUSION WITH EACH OTHER

Dr. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR**
Dr. Alper ÖZBOYACI***
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI****

ÖZ

Marka, bir işletmenin ürettiği mal veya hizmetleri diğer işletmelerin ürettiklerinden ayırt etmeye yarayan her türlü işaret olarak ifade edilebilir. Ticaret unvanı, taciri diğer tacirlerden, işletme adı ise bir işletmeyi diğer işletmelerden ayırt etmek için kullanılır. Ancak bir ticari ad veya işaretin, bir başka ticari ad veya işaret ile aynı ya da benzer olması halinde, aralarında bağlantı kurulması ve ayırt etme işlevinin zedelenmesi nedeniyle karıştırılma tehlikesinin doğması mümkündür. Böyle bir durumda, ticari ad ve işaretlerin birbirlerine karşı kategorik bir üstünlüğü bulunmasa da, öncelik hakkına dayanılarak birtakım hukuki imkânlarla başvurulabilir. Çalışmada bu esastan hareketle, markanın ticaret unvanı ile işletme adına, ticaret unvanının marka ile işletme adına, son olarak işletme adının ise marka ile ticaret unvanına karşı hukukten korunma yolları sistematik bir biçimde ele alınarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: marka, ticaret unvanı, işletme adı, karıştırılma tehlikesi, öncelik hakkı.

ABSTRACT

A trademark can be defined as all kinds of signs which serves to distinguish goods or services produced by an undertaking from those of other undertakings. A trade name is used to distinguish a merchant from other merchants and a business name is used to distinguish a business from other businesses. However, it is possible that a risk of confusion may arise between the same or similar names and signs mentioned, by reason of being related and not performing their desired distinctive functions. In such a case, these different types of names and signs do not have any categoric advantage against each other, but some legal claims may be put forward which are based on the priority right. In this study, under favour of this principle, legal protection ways of a trademark, trade name and business name are considered respectively against each other and discussed through a systematic approach.

Keywords: trademark, trade name, business name, risk of confusion, priority right.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 20.10.2020 / Kabul Tarihi: 31.12.2020).

** Bandırma Onyedil Eylül Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi, (acakir@bandirma.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4212-5392).

*** Bandırma Onyedil Eylül Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi, (aozboyaci@bandirma.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8415-8355).

**** Bandırma Onyedil Eylül Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi, (edemirkapi@bandirma.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7065-3045).

Atıf/ Citation: **Çakır**, Aytuğ Ceyhun & **Özboyacı**, Alper & **Demirkapı**, Ertan (2021) 'Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Bir-biriyle Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması', TFM, C: 7, S: 1, s. 37-67.

I. GİRİŞ

Marka, ticaret unvanı ve işletme adı, ayırt ediciliği sağlayan en yaygın ticari ad ve işaretlerdir. Ancak anılan ticari ad veya işaretlerin birbirleriyle aynı ya da benzer olduğu ve bunlar üzerinde farklı kişilerin hak ileri sürdüğü durumlarda, söz konusu ticari ad veya işaretler arasında tüketiciler tarafından bağlantı kurulabilir ve bu itibarla karıştırılma tehlikesiyle karşılaşılabilir.

Çalışmamızda, ilk olarak konuya ilişkin temel kavramlar okuyucuya aktarılmış, bu kapsamda marka, ticaret unvanı ve işletme adının nitelikleri ile işlevleri üzerinde durulmuştur. Takip eden ana başlık altında ise, marka, ticaret unvanı ve işletme adının birbirleriyle karıştırılma tehlikesine karşı hukuken korunma yolları, her bir olasılık dâhilinde ayrı ayrı incelenmiş, öncelik hakkına dayanan bir kullanımın tescilsiz veya tescilli olmasına göre yararlanılabilecek hukuki imkânlardan söz edilmiştir.

Ayrıca, çalışma içeriğinde Türk hukuku ön plânda tutulmakla birlikte, mümkün olduğu ölçüde Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) mehazı niteliğinde bulunan, Avrupa Birliği (AB) hukuku kökenli düzenlemelerin (2015/ 2436 sayılı AB Marka Direktifi ve 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü), Alman hukukundaki uyarlamaları dikkate alınmış ve değerlendirme konusu yapılmıştır. Ortaya çıkan bu yaklaşımın temel sebebi, AB üyesi ülkelerin, özellikle Tüzük'le belirlenen kuralları iç hukuklarına uyarlamakla yükümlü olmaları ve bu çerçevede, üye ülkelerden Alman kanun koyucusunun, kanun yapma tekniğinin yanı sıra öğreti bakımından öne çıkmış olmasıdır.

II. GENEL OLARAK MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADI

A. MARKA

Marka, öğretilde, bir işletmenin ürettiği mal veya hizmetleri, diğer işletmelerin ürettiği mal veya hizmetlerden ayırt etmeye yarayan her türlü işaret

olarak tanımlanmaktadır¹. Türk marka hukuku hükümlerini içeren temel yasal düzenleme durumdaki 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu² (SMK), daha geniş ve açıklayıcı bir biçimde, ancak dolaylı olarak markanın tanımını yapmıştır³. Bu itibarla,

¹ **Howell**, Claire & **Farrand**, Benjamin (2019) Intellectual Property Law, 6th ed., Pearson, s.131; **Fezer**, Karl-Heinz (2009) Markenrecht, 4. neuarbeitete Aufl., München, C.H. Beck, §1, Nr.12; **Arkan**, Sabih (2020) Ticari İşletme Hukuku, 26. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.295; **Bozgeyik**, Hayri (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.6; **Uzunalli**, Sevilay (2019) Marka Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s.19; **Uzunalli**, Sevilay (2008) Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, 1. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı, s.81; **Uzunalli**, Sevilay (2012) Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s.3; **Bilgili**, Fatih & **Demirkapı**, Ertan (2019) Ticaret Hukuku Bilgisi, 16. Baskı, Bursa, Dora, s.122-123. Aynı yönde, **Tekil**, Fahiman (1997) Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, s.251; **Tekinalp**, Ünal (2005) Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Arkan, s.343; **Yasaman**, Hamdi (2005) 'Marka Olabilecek İşaretler', Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C.II, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s.3; **Ülgen**, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2019) Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat, s.445, 451; **Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arkan, s.13-15; **Bahtiyar**, Mehmet (2019) Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta, s.142-145; **Topsoy**, Fevzi (2019) Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s.132; **Karakılıç**, Hasan (2020) Kısa Ticaret Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.115; **Bozkurt**, Tamer (2019) Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Legem, s.314; **Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.10; **Güneş**, İlhami (2020) Sınai Mülkiyet Kanunu İçerisinde Uygulamalı Marka Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s.39-40; **Güneş**, İlhami (2015) Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.28-29.

² 22.12.2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (RG. 10.01.2017, S. 29944).

Markaya ilişkin düzenlemeler, Kanun'un (SMK) 4-32. maddelerinde yer almaktadır.

Alman hukukunda, sınai mülkiyet hakları tek bir kanunda toplanmamış, bunun aksine marka için ayrı, fikri haklar (UrhG), patent (PatG) ve tasarım (DesignG) hakları için ayrı kanunlar geliştirilmiştir. Buna karşın, markalar da dahil olmak üzere tüm ticari işaretlerle (isim, ticaret unvanı, işletme adı vb.) birlikte coğrafi işaretler, 1994 tarihli "Marka Kanunu (Markengesetz/MarkenG)" kapsamında düzenleme altına alınmıştır (MarkenG §1). Dolayısıyla Alman kanun koyucusu, sınai haklar yerine, ticari işaretleri yeknesak bir biçimde düzenlemeyi tercih etmiştir. Bkz. **Häberle**, Peter (Herausgeber) & **Erbs**, George & **Kohlhaas**, Max (Begründer)/**Kaiser** (2020) Strafrechtliche Nebengesetze, Band.3, 213. Aufl., München, C.H. Beck, MarkenG §1, Nr.1.

³ Buna göre, "marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağla-

“Ülker”, “Eti”, “Koç”, “Sabancı”, “Pınar” gibi sözcükler; geometrik veya geometrik olmayan şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler, kokular, tatlar, hareketler, biçimler ve benzerleri, ayırt edici olmaları ve koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olmaları kaydıyla marka olarak kullanılabilir ve tescil edilebilirler⁴. Marka olarak seçilen işaretin orijinal ve yeni olması⁵, bir anlam taşıması da şart değildir.

Markanın en klasik işlevi, “kaynak belirtme” işlevidir. Zira hukuk düzeninde yer bulduğu ilk andan itibaren marka, kullanıldığı mal veya hizmetin kaynağını, diğer deyişle söz konusu mal veya hizmetin hangi işletmeden geldiğini ortaya koyar.

yabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir”. SMK 4 hükmünde yer alan bu tanım, “Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması” (TRIPs Agreement) m. 15/1 hükmü ile de uyumludur.

Alman kanun koyucusu da SMK 4 hükmünde olduğu gibi, markayı doğrudan tanımlamak yerine hangi işaretlerin marka olarak korunmaya uygun olduğunu belirtmekle ve markanın ayırt etme fonksiyonuna dikkat çekmekle yetinmiştir (MarkenG §3/Abs.1). Ayrıca bkz. **Spindler**, Gerard & **Schuster**, Fabian (Herausgeber)/**Müller** (2019) Recht der elektronischen Medien Kommentar, 4. Aufl., München, C.H. Beck, MarkenG §1, Nr.1-4; **Fezer**, §1, Nr.1, 5, 9; **Lange**, Paul (2012) Marken-und-Kennzeichenrecht, 2. Aufl., München, C.H. Beck, §3, Nr.444. MarkenG §3/Abs.1 hükmünde marka olabilecek işaretlerin sınırlayıcı değil, örnekleyici olarak sayıldığı konusunda bkz. **Fezer**, §3, Nr.2.

⁴ **Poroy**, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2019) Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Vedat, s.499; **Arkan**, Ticari İşletme, s.300; **Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2018) Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.164 vd.; **Kara**, Elif (2018) Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.5; **Ülgen&Helvacı &Kaya&Nomer Ertan**, s.451 vd.; **Uzunallı**, Marka, s.24 vd.; **Uzunallı**, Köken Ayırt Etme, s.81; **Uzunallı**, Markanın Korunması, s.3-4; **Bilgili&Demirkapı**, s.123; **Güneş**, Uygulamalı Marka, s.40; **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.35 vd.; **Çolak**, s.63 vd.; **Topsoy**, s.132. Marka olabilecek işaretlerle ilgili, bkz. **Yasaman**, Marka II, s.3 vd.

Alman hukukunda da marka olarak tescil edilmek istenen işaretin, yetkili kurum ve halk nezdinde koruma kapsamı belli olacak ve açıkça tarif edilebilecek şekilde sicilde gösterilmesi gerekir. Aksi halde bu durum, Türk hukukunda olduğu gibi, mutlak ret sebebi (absolute Schutzhindernisse) teşkil eder (MarkenG §8/Abs.1).

⁵ Örneğin, patentlerde aranan buluşun yeni olması, teknolojinin bilinen durumunu aşması ve sanayiye uygulanabilir olması şartları, markalarda aranmaz. Bkz. **Yasaman**, Marka II, s.3.

Bu şekilde, mal veya hizmetin, ürünü olduğu işletme ile bağlantısı sağlanabilmektedir⁶. Ancak markanın tanımında yer alan işlevi⁷, bir işletmenin ürettiği mal veya hizmetlerin, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden “ayırt edilebilmesini” sağlamasıdır⁸. Bunların dışında markanın, tüketici kitlesi ile arasında güçlü bir bağ oluşmasına imkân sağlayan “reklam ve iletişim” ile “garanti ve kalite” işlevleri bulunmaktadır⁹.

B. TİCARET UNVANI

Ticaret unvanı, bir tacirin, ticari işletmesine ilişkin iş ve işlemlerinde kullandığı ad olarak tanımlanabilir¹⁰. Zira 6102 sayılı Türk Ticaret Kanu-

⁶ **Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku, C.I, Ankara, AÜHF Yayınları, s.38; **Poroy&Yasaman**, s.500; **Tekinalp**, s.356; **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.467; **Bahtiyar**, s.147; **Çolak**, s.16; **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.81; **Bilgili&Demirkapı**, s.123; **Suluk&Karasu&Nal**, s.162; **Aras**, Meltem (2019) Markanın İptali ve İptal Halleri, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.23; **Mintaş**, Hazal (2019) Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.31; **Yaman**, Özlem (2019) Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi (Yüksek Lisans), MaltepeÜSBE, s.9. Alman hukukunda aynı yönde, **Häublein**, Martin & **Hoffmann-Theinert**, Roland (Herausgeber)/**Bömeke** (2020) Beck’scher Online-Kommentar HGB, 29.Edition, München, Verlag C.H. Beck, §17, Nr.37; **Fezer**, §1, Nr.13.

⁷ **Tekinalp**, s.356. Bkz. I-A.

⁸ **Bozgeyik**, s.6; **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.468; **Tekinalp**, s.356; **Uzunallı**, Marka, s.21; **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.72; **Suluk&Karasu &Nal**, s.162; **Çolak**, s.17; **Topsoy**, s.132-133; **Bozkurt**, s.316; **Aras**, s.22-23; **Mintaş**, s.29; **Yaman**, s.7; **Kara**, s.7; **Karadağ**, Muhammet İkbal (2020) Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

⁹ **Çolak**, s.17-18. Benzer yönde, **Tekil**, s.255; **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.468; **Poroy&Yasaman**, s.500-501; **Suluk&Karasu&Nal**, s.163; **Güneş**, Uygulamalı Marka, s.43; **Aras**, s.24; **Mintaş**, s.30-31; **Yaman**, s.8-9; **Karadağ**, s.25-26.

¹⁰ **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.397; **İm-regün**, Oğuz (1995) Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 3. Baskı, İstanbul, Filiz, s.75.

Alman Ticaret Kanunu’nda (Handelsgesetzbuch/ HGB), ticaret unvanının karşılığı olarak “Firma” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Kavramın etimolojik kökeni, önce Latince bulunan, sonra İtalyancaya sirayet eden ve “tasdiklemek”, “imzalamak” anlamına gelen “firmare” sözcüğüne dayanmaktadır. Bkz. **Oetker**, Hartmut (Herausgeber)/ **Schlingloff** (2019), Handelsgesetzbuch Kommentar, 6. Aufl., München, C.H. Beck, §17, Nr.1.

nu¹¹ (TTK) 39/f.1 hükmüne göre, “her tacir, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır.” Dolayısıyla ticaret unvanı, taciri¹², o ticari işletmenin sahibi olarak işaret eder¹³. Söz gelimi, gerçek kişi tacir Kemal Özgün’ün

ticaret unvanı kural olarak¹⁴ ad ve soyadından oluşan “Kemal Özgün” şeklinde tescil edilir. Böylece, nasıl ki gerçek kişiler medeni adları ile birbirlerinden ayrılıyorsa, tacirler de ticaret unvanlarıyla birbirlerinden ayırt edilmiş olur¹⁵.

Ayrıca, her ne kadar marka ile ticaret unvanı tamamen farklı anlamlar taşıyıp farklı kurallara tâbi olsalar ve uygulamada çoğu zaman birbirlerinden farklı formüle edilseler de (örneğin Alman menşeli “Daimler- Chrysler AG” unvanlı şirketin “Mercedes” markasını kullanması gibi), bazı istisnai durumlarda işletmenin kullandığı marka belirlenirken, unvan

Ayrıca Alman hukukunda, ticaret unvanının tanımı kanun mertebesinde açıkça yapılmıştır (HGB §17/Abs.1). Buna göre unvan, bir tacirin işlerini yürütürken ve imzasını atarken kullandığı isimdir. Yine, tacirlerin unvanlarıyla dava açabileceği ve kendilerine karşı aynı şekilde -unvanlarına yönelik dava açılacağı açıkça vurgulanmıştır (HGB §17/Abs.2). Bkz. **Schmidt**, Karsten (Herausgeber)/**Heidinger** (2016) Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, Vorb. §17, Nr.73.

¹¹ 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2011, S. 27846).

¹² TTK 15 hükmünde, ticaret unvanına ilişkin hükümlere (TTK 39-52) yollama yapılmadığından, ticaret unvanını yalnızca tacirler kullanabilir. Esnafın ticaret unvanı kullanmaları öngörülmemiştir. Bkz. **Ügen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.398; **Bilgili&Demirkapı**, s.112.

Alman hukukunda da benzer bir durum söz konusu olup (HGB §17/Abs.1) tacirler dışındaki kişilerin, söz gelimi esnaf ile serbest meslek erbablarının taraf olduğu işlemlerde kullandıkları ibareler, ticaret unvanı olarak kabul görmez. Bkz. **Canaris**, Claus-Wilhelm (2006) Handelsrecht, 24.Aufl., München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, s.182, Nr.6. Aynı yönde, **Schmidt**, Karsten (1999) Handelsrecht, 5. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, s.340; **Schmidt/Heidinger**, §17, Nr.19; **Baumbach**, Adolf & **Hopt**, Klaus J./**Hopt** (2020) Handelsgesetzbuch mit GmbH&Co., Handelsklauseln, Bank-und-Kapitalmarktrecht, Transportrecht-ohne Seerecht, Bd.9, 39. neu. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, §17, Nr.13; **Joost**, Detlev & **Strohn**, Lutz (Herausgeber)/**Reuschle** (2020) Handelsgesetzbuch, Bd.1, §§1-342e, 4. Aufl., München, C.H. Beck/Verlag Vahlen, §17, Nr.1; **Koller**, Ingo & **Kindler**, Peter & **Roth**, Wulf-Henning & **Drüen**, Klaus-Dieter/**Roth** (2019) HandelsgesetzbuchKom. 9. Aufl., München, C.H. Beck, §17, Nr.2; **Häublein & Hoffmann-Theinert/Bömeke**, §17, Nr.4; **Oetker/ Schlingloff**, §17, Nr.13-14.

¹³ **Poroy&Yasaman**, s.498. Gerçek kişi tacirler, adi şirketler, kolektif şirketler, komandit şirketler, anonim, limited, kooperatif şirketler, tacir sayılan diğer tüzel kişiler ve donatma iştiraki için ticaret unvanının belirlenmesi farklılık arz etmektedir. Bu bakımdan, Türk hukukuna göre, ticaret unvanlarının belirlenmesinde “karma” sistem kabul edilmiştir. Bkz. **Poroy&Yasaman**, s.517-519; **Güngör**, Seda Ş. (2014) Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı ve İşletme Adının Korunması, EÜHFD, C.XVIII, S.1-2, s.196.

Alman hukukunda ise her ne kadar ticaret unvanının belirlenmesinde bazı kurallara uymak gerekse de (HGB §§18-19), prensip olarak serbesti ilkesi geçerlidir. Alman hukukunda tacirlerin isim unvanı veya konu unvanı kullanmaları konusunda, Türk hukukundan farklı olarak herhangi bir zorunluluk getirilmemiş; hatta duruma göre, hayali/kurgusal unvanlar (Fantesiefirma) dâhil geçerli sayılmıştır. Bkz. **Koller&Kindler&Roth&Drüen/Roth**, §17, Nr. 1; **Häublein&**

Hoffmann-Theinert/Bömeke, §17, Nr.9; **Oetker/ Schlingloff**, §17, Nr.2. Şöyle ki, tacirler birtakım zorunlu sıfatları kullanmak kaydıyla (e.Kfm, e.K, GmbH vs.), dilerlerse medeni adlarını ticaret unvanı olarak belirleyebilirler ve bu tür unvanlar, isim unvanı (Personalfirma) teşkil eder. Bunun dışında, konu unvanı (Sachfirma), betimlemeye elverişli ve ayırt edici nitelikte, fakat aldatıcı olmamak kaydıyla hayali unvan (Fantesiefirma) veya belirtilen türlerin kombine edilmesiyle karma unvanlar (Mischfirma) oluşturmak da mümkündür. Bkz. **Canaris**, s.182, Nr.5; **Schmidt**, Handelsrecht, s.342; **Schmidt/Heidinger**, §17, Nr.22-33; **Baumbach & Hopt/Hopt**, §17, Nr.3-6; **Oetker/Schlingloff**, §17, Nr.2; **Häublein&Hoffmann-Theinert/ Bömeke**, §17, Nr.15-19.

¹⁴ Gerçek kişilerin ticaret unvanına isteğe bağlı olarak ek yapılabileceği gibi, istisnai olarak ad ve soyadla birlikte ek kullanılması zorunluluk arz edebilir. Bkz. TTK 45.

Alman hukukunda da karıştırılma tehlikesini önleyebilmek adına ek alma zorunluluğu getirilmiştir (HGB §30/Abs.2-3). Ancak Türk hukukundan farklı olarak, Alman düzenlemesinde, “bölgesel koruma” söz konusudur (HGB §30/Abs.1). Kural uyarınca, unvanların “aynı yerde” (Ort) veya “aynı şehirde” (Gemeinde) birbirlerinden belirgin bir şekilde farklı olmaları gerekir. Burada şehir (Gemeinde) kavramı, idare hukuku anlamında yerel yönetime yöneliktir; yer (Ort) kavramı, daha ziyade teamüle yöneliktir ve bunlar arasında hiyerarşik bir ilişki söz konusu değildir. Bunun sonucunda, bir şehir, birden fazla yeri kapsayabileceği gibi, bir yer de birden fazla şehri bünyesinde barındırabilir. Yine, aynı kuralın devamında, eyalet hükümetinin duruma göre komşu yer veya şehirleri de kendi sicil çevresinde sayan bir karara imza atarak korumanın kapsamını genişletebileceği belirtilmiştir (HGB §30/Abs.4). Ancak böyle bir karar alınmadığı sürece, Ticaret Sicil Mahkemesi prensip olarak yalnızca kendi bölgesindeki unvanlarla ilgili (özellikle karıştırılma tehlikesine karşı HGB §37/Abs.2 kapsamında açılacak olan) davalara bakabilir. Bkz. **Schmidt/Heidinger**, §30, Nr.1, 7-8; **Baumbach&Hopt/Hopt**, §30, Nr.2; **Joost&Lutz/Reuschle**, §30, Nr.3; **Koller&Kindler &Roth&Drüen/Roth** §30, Nr.3.

¹⁵ **Domaniç**, Hayri & **Ulusoy**, Erol (2007) Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, İstanbul, Ankan, s.264; **Eriş**, Gönen (2017) Ticari İşletme ve Şirketler, C.1, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s.904; **Ügen&Helva-cı&Kaya&Nomer Ertan**, s.397; **Bozkurt**, s.295.

oluşumu dikkate alınabilir (örneğin, Alman menşeli “UHU GmbH” unvanlı şirketin “UHU” markasını kullanması gibi)¹⁶. Bu gibi hallerde, unvan ve marka, işaret olarak ortak bir paydada bulunduğundan, unvanın aynı zamanda markasal olarak kullanıldığı söylenebilir. Keza Alman hukukunda, unvanın serbestçe belirlenmesi ilkesi gerekçe gösterilerek diğer ticari ad veya işaretlerin de ticaret unvanı olarak kullanılabilmesi kabul edilir¹⁷.

Ticaret unvanı, tacirin ticari adıdır¹⁸. TTK 39/f.2 hükmü uyarınca, tacir olmanın bir gereği olarak ticaret unvanı, ticari işletmenin görülebilecek bir yerine okunaklı bir şekilde yazılmak zorundadır. Bu sayede tacir, unvanı ile tanınır ve edindiği müşteri çevresinde de bu adla bilinirlik kazanır. O halde, ticaret unvanının başlıca işlevinin “*tacirin tanıtılması*” olduğunu ifade etmek mümkündür.

Tacirin, diğer tacirlerden ayırt edilebilmesi olanak sağlaması nedeniyle ise ticaret unvanı, niteliği gereği “*ayırt etme*” işlevini de haizdir¹⁹. Öyle ki, Alman hukukunda, unvanın “*ayırt edici güce*” (Unterscheidungskraft) sahip olması, yasal bir zorunluluk olarak aranmıştır (HGB §18/Abs.1). Böylece unvanın, kişiselleştirme fonksiyonunu sağlaması,

diğer bir deyişle işletme sahibinin kimliğinin açık bir şekilde belirlenebilmesi amaçlanmıştır²⁰.

Mal veya hizmetin kaynağını belirtme, esasen markanın işlevleri arasında yer alır²¹. Ne var ki, ticaret unvanının markasal kullanımı halinde, özellikle de hizmet sektörü açısından, verilen hizmetin kaynağını belirtme işlevi, ticaret unvanı aracılığıyla yerine gelebilir. Örneğin, mağazacılık, otel ve lokantacılık gibi hizmetlerde işletmeye atılan ticaret unvanı, pekâlâ marka olarak algılanabilir. Böyle bir durumda unvanın, “*kaynak belirtme*” işlevi de taşıdığını kabul etmek gerekir²².

Öte yandan, ticaret unvanının kaynak belirtme işlevini, mal ve hizmetler dışında işletmeyi kapsayacak şekilde yorumlamak da mümkündür²³. Nitekim Alman hukukunda ticaret unvanı, tacirler lehine isim fonksiyonu (Namensfunktion) gösterdiği gibi, işletmeler lehine de işaret fonksiyonu (Kennzeichnungsfunktion) gösterir ve bu durum “*unvanın çifte fonksiyonu*” olarak adlandırılır²⁴. Öyle ki, Alman uygulamasında yakın bir geçmişe kadar, ticaret unvanı ilk etapta tacirin adına işaret ederken (HGB §17/Abs.1), tali anlamda işletmeye işaret etmekteydi (MarkenG §5/ Abs.2). Ancak, durum bugün tersine

¹⁶ Schmidt/Heidinger, §17, Nr.41.

¹⁷ Koller&Kindler&Roth&Drüen/Roth, §17, Nr.6.

¹⁸ Bilgili&Demirkapi, s.111; Bartels, Klaus (2009) ‘Die Handelsfirma zwischen Namensrecht und Kennzeichenschutz: Eine Bestimmung ihrer Rechts-natur sowie deren Wirkung auf einfache Sukzession und Zwangsverwertung’, (AcP), Bd.209, H.3/4, s.314; Baumbach&Hopt/Hopt, §17, Nr.4; Häublein&Hoffmann-Theinert/Bömeke, §17,Nr.1. Dolayısıyla ticaret unvanı, niteliği gereği yalnızca malvarlığı veya fikri mülkiyet hakkını ilgilendiren bir unsurdan (özellikle Goodwill) ibaret olmamakta, kişilik hakkını da bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim, unvanın hukuki niteliği, kişilik ve sınai mülkiyet hakkı unsurlarından oluşan karma bir hak (Mischrecht) olarak betimlenmektedir. Bkz. Canaris, §10, Nr.7; Oetker/Schlingloff, §17, Nr.4; Joost&Lutz/ Reuschle, §17, Nr.11; Schmidt/Heidinger, §17, Nr. 42; Häublein&Hoffmann-Theinert/Bömeke, §17, Nr.2.

¹⁹ Yalmankülâh, Zehra (2014) ‘Ticaret Unvanı ve Korunması’ (Yüksek Lisans), KırkkaleÜSBE, s.3; Gü-neş, Önceye Dayalı Haklar, s.72, 84; Karadaş, s.38.

²⁰ Baumbach&Hopt/Hopt, §18, Nr.5; Schmidt/Heidinger, Vor. §17, Nr.21; Häublein&Hoffmann-Theinert/Bömeke, §17, Nr.1.

²¹ Bkz. II-A.

²² Bilge, Mehmet Emin (2015) ‘Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas’, TFM, C.1, S.2, s.8; Karadaş, s.37.

²³ Bununla birlikte ticaret unvanı, tacir ve işletme kavramlarıyla karıştırılmamalı veya bunların yerine geçecek şekilde kullanılmamalıdır. Zira unvan, yalnızca işletme ve taciri birbirine bağlayan bir addan ibarettir. Bkz. Schmidt, Handelsrecht, s.343; Schmidt/Heidinger, §17, Nr.4.

²⁴ Bkz. Bartels, s.318-319. Çalışmamız kapsamında bunun önemi şu noktada kendisini gösterir: HGB §30/Abs.1 hükmünde koruma, belirli bir bölgeye hasredilmiştir. Buna karşın, unvanın Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch/BGB) §§12, 803, 826 anlamında “*isim olarak*” ve Markalar Kanunu (MarkenG) §§5, 15 anlamında bir “*ticari işaret*” (Geschäftliche Bezeichnung) olarak korunmasında bölgesel kısıtlama bulunmadığından (Bkz. Schmidt /Heidinger, §30, Nr.7-8; Joost&Lutz/Reuschle, §17, Nr.7 ve §30, Nr.5), MarkenG’de ele alınan ölçütlerin öncelikle uygulanması, ağırlıklı olarak kabul edilir (Bkz. Spindler&Schuster/Müller, MarkenG §2, Nr.8).

dönmüş, ilk sırayı unvanın işaret (kaynak) fonksiyonu almaya başlarken, isim fonksiyonu (işletenin adı) daha az etkisini göstermeye başlamıştır. Böyle bir sonucun ortaya çıkmasında, Alman hukukunda ticaret hukukunun zamanla tacir hukukundan işletme hukukuna evrilmesinin payı bulunur²⁵.

C. İŞLETME ADI

İşletme adı, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın, doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve onu benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan addır²⁶ (TTK 53). Dolayısıyla işletme adı, ticaret unvanından farklı olarak tacire değil, işletmeye veya teşebbüse işaret eder²⁷.

İşletme adı kullanma zorunluluğu olmamakla birlikte²⁸, kullanıldığı takdirde tescili gerekir²⁹ (TTK 53). İşletme adının oluşturulmasına yönelik olarak TTK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu cümleden olarak işletme sahibi, işletme adını "Kanaat Lokantası" veya "Şan Sineması" örneklerinde olduğu gibi serbestçe belirleyebilir. Uygulamada, genellikle işletmenin fiilen faaliyette bulunduğu sektöre (Branchenangabe) dikkat çekilmektedir. Bununla birlikte, sektörel vurguya ek olarak, öteden bu yana kul-

lanılagelen ve işletmeyi sembolize eden ibareler de pekâlâ işletme adı olarak kullanılabilir³⁰. Ancak, işletme adlarının belirlenmesi bakımından tanınan serbesti sınırsız olmayıp, seçilen işletme adının, genel ahlâk kuralları ile kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi ve üçüncü kişileri aldatıcı bir nitelik taşıması gerekir³¹.

Bunların dışında, unvan ve işletme adı birbirlerinden farklı kavramlar olsalar da, unvanın oluşumunda işletme adı referans alınarak birlikte kullanım gerçekleşebilir³² (*unselbständige Geschäftsbezeichnung*). Keza, unvandan bağımsız bir şekilde işletme adı seçimi yapılarak, ayrı ayrı kullanımlar da söz konusu olabilir³³ (*selbständige Geschäftsbezeichnung*).

İşletme adının sahip olduğu işlevler, aslında kavramı tanımlarken yararlanılan TTK 53 hükmünün bizatihi içeriğinde yer almaktadır. Buna göre, işletme adı seçilip kullanılmak suretiyle işletmenin ferdileştirilerek, halka tanıtılması ve benzer işletmelerden ayırt edilmesi amaçlanmaktadır³⁴. Bu itibarla işletme adının, "işletmenin tanıtılması" ve "ayırt edilmesi" işlevlerini taşıdığı açıktır. Öte yandan, işletme adının markasal kullanımı durumunda, ticaret unvanında geçerli olduğu gibi³⁵, tüketiciye sunulan

²⁵ Bkz. **Bartels**, s.311.

²⁶ **Mimaroglu**, Sait Kemal (1970) Ticaret Hukuku, C.1, İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara, AÜSBF Yayınları, s.276; **İmregün**, s.76; **Tekil**, s.168; **Domaniç& Ulusoy**, s.271; **Po-roy&Yasaman**, s.498; **Arkan**, Ticari İşletme, s.292; **Uzunalli**, Marka, s.19; **Bilgili&Demirkapı**, s.121; **Bozkurt**, s.309; **Bah-tiyar**, s.141; **Güneş**, Uygulamalı Marka, s.9; **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.59; **Topsoy**, s.108; **Ormanca**, Gürkan (2020) Türk Hukuku Kapsamında İşletme Adının Haksız Rekabet Hükümleri Uyarınca Korunması', TFM, C.6, S.1, s.110.

Aynı yönde, Alman hukuku, **Schmidt/Heidinger**, §17, Nr.34; **Häublein&Hoffmann-Theinert/Bö-meke**, §17, Nr.35.

²⁷ **Koller&Kindler&Roth&Drüen/Roth**, §17, Nr.8; **O-etker/Schlingloff**, §17, Nr.7.

²⁸ Alman hukukunda da tacirler dilerse ticaret unvanının yanında işletme adı (Etablissementbezeichnung/Geschäftsbezeichnung) kullanabilir. Bkz. **Jo-ost&Lutz/Reuschle**, §17, Nr.10; **Koller&Kindler&Roth&Drüen/Roth**, §17, Nr.6.

²⁹ Ticari işletmeler tarafından kullanılan işletme adları ticaret siciline, esnaf ve sanatkarlar tarafından kullanılan işletme adları ise esnaf ve sanatkarlar siciline tescil edilir. Bkz. **Ormanca**, s.110-111.

³⁰ **Schmidt/Heidinger**, §17, Nr.35.

³¹ **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.437; **Po-roy&Yasaman**, s.534; **Bilgili&Demirkapı**, s.121; **Bah-tiyar**, s.141-142; **Eriş**, s.978.

Alman hukuku için, **Koller&Kindler&Roth&Drüen /Roth**, §17, Nr.8; **Oetker/Schlingloff**, §17, Nr.8.

³² Bununla birlikte, işletme adının unvanın bir unsuru olarak kullanılması durumunda, tam anlamıyla bir korumanın sağlanabilmesi, "ayırt edicilik" şartının gerçekleşmesine bağlıdır. Alman Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof) "Star Entertainment" kararında bu noktanın altını çizmiştir. Mahkeme, davacının faaliyet konusu dikkate alındığında, ticaret unvanında kullanmış olduğu "Star" ve "Entertainment" ibarelerinin ne tek başlarına ne de birlikte ayırt edici niteliği haiz olmadığını saptamış ve bu sebeple koruma kapsamında olmayan unvan için karıştırılma tehlikesi iddiasını dikkate almamıştır. Bkz. BGH, 21.07.2005, I ZR 318/02 (OLG-Karlsruhe), GRUR 2005, 873.

³³ **Oetker/Schlingloff**, §17, Nr.7; **Schmidt/Heidinger**, §17, Nr.34-35; **Baumbach&Hopt/Hopt**, §17, Nr.13.

³⁴ **Güngör**, s.194; **Po-roy&Yasaman**, s.518-519.

³⁵ Bkz. I-B.

mal veya hizmet açısından, işletme adının “*kaynak belirtme*” işlevi de bulunabilir.

Bunların dışında, işletme adının bir diğer işlevi, ticaret unvanı kullanma yetkisi olmayanların geliştirdiği bir uygulamanın sonucu olarak karşımıza çıkar. Şöyle ki, ticaret unvanı kullanma yetkisi bulunmayan esnaf ve serbest meslek erbapları, işletme adını belirlerken seçtikleri ibarelerle unvan kullanmamanın doğurduğu boşluğu gidermeyi amaçlayabilir. Bu gibi hallerde, işletme adının aynı zamanda “*işleteni tanıtmaya*” işlevi de gösterdiği söylenebilir³⁶.

III. MARKA, TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADININ KARIŞTIRILMA TEHLİKESİNE KARŞI KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Karıştırılma tehlikesi³⁷, üreticiler ile mal veya hizmetlerin sahip oldukları ad ve işaretlerin birbirleri ile karıştırılarak, ayırt etme işlevlerini doğru şekilde gerçekleştirememeleri tehlikesi olarak ifade edilebilir³⁸. Bir ticari ad veya işaretin, bir başka ticari ad veya işaret ile aynı ya da benzer olduğu ve bunların kural olarak aynı ya da benzer mal veya hizmetlere yöneldiği durumlarda, söz konusu ticari ad veya işaretler arasında bağlantı kurulması ve istenilen ayırt etme

işlevinin yerine gelmemesi nedeniyle karıştırılma tehlikesinin doğması mümkündür³⁹. Öyle ki, somut olaya ilişkin ticari ad ve işaretler arasında görsel, biçimsel, sesçil benzerlik bulunmasa bile, halkın bunlar arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurduğu bir hâlde dâhi, karıştırılma tehlikesinin mevcudiyeti kabul olunabilecektir⁴⁰. Bununla birlikte, birbirine benzer nitelikte olan ticari ad veya işaretlerin piyasada uzun bir süre çatışmaksızın beraberce bulunmaları, aslında aralarında bir karıştırılma tehlikesi olmadığına işaret edebilir. Aralarında karıştırılma tehlikesi bulunmayan ticari ad veya işaretlerin piyasada birlikte var olması ise asıldır⁴¹.

Karıştırılma tehlikesi, aslında sıklıkla markalar arasında söz konusu olup, markaların korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda yargı kararlarına konu olmaktadır. Bu yüzden karıştırılma tehlikesi, tarihsel olarak marka hukuku temelinde gelişim göstermiş, öğreti ve yargı kararlarıyla şekillenmiştir. Nihayet, markalar için geliştirilmiş olan karıştırılma tehlikesine ilişkin ilkeler, bu defa diğer tüm ayırt edici işaretler bağlamında esas alınabilir hale gelmiştir⁴². Zira her ne kadar kapsamı farklı olsa da marka, ticaret unvanı ve işletme adı, sahibine hukuki bir koruma ve ekonomik yarar sağlamak üzere, aslında ortak bir amaç olan “*ayırt etme*” işlevinin yerine gelmesi için ihdas edilmiş kavramlardır⁴³.

³⁶ Alman hukukunda belirtilen türdeki işletme adları için “*noksan unvan*” (Minderfirma) kavramı kullanılmaktadır. Ancak bu tür işletme adlarının veya noksan unvanların aldatici nitelikte olmaması, yani bir ticaret unvanı beyanı olarak anlaşılması gerekir. Bkz. **Oetker/Schlinghoff**, §17, Nr.8.

³⁷ Karıştırılma tehlikesi, “*iltibas*” kavramına nazaran daha geniş bir anlam taşır. Zira iltibasta halk, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanlışlığına düşmekte, düşürülmektedir. Yani düşündüğü, tasarladığı işletmenin mal veya hizmetini aldığı zannederken, iltibas sonucu başka bir işletmenin mal veya hizmetini almaktadır. Karıştırılma tehlikesinde ise, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir sebeple bir bağlantı kurması yeterlidir. Halk, aldığı mal veya hizmetin başka bir işletmeye ait olduğunu bilse, fakat güvendiği işletme ile mal veya hizmeti aldığı işletme arasında ekonomik bir bağlantı bulunduğunu zannetse, yine karıştırılma tehlikesi vardır. Bkz. **Tekinalp**, s.408; **Aslan Düzgün**, Ülgen (2018) İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz, TAAD, Y.9, S.36 (Ekim), s.150.

³⁸ **Bilge**, Mehmet Emin (2014) Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s.57; **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.9.

³⁹ **Gün**, Buket (2019) Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.230; **Karadağ**, s.49-52.

⁴⁰ **Kur**, Annette & **von Bomhard**, Verena & **Albrecht**, Friedrich/**Weiler** (2020) BeckOK Markenrecht, 22. Edition, München, C.H. Beck, §14, Nr.268; **Tekinalp**, s.408; Yargıtay HGK, T.27.06.2018, E.2017/11-107, K.2018/1260, **Kazancı İçtihat**.

⁴¹ **Gün**, s.295.

⁴² **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.10; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.57; **Karadağ**, s.42. İsviçre ve Alman Yüksek Mahkemeleri, karıştırılma tehlikesi kavramının tüm ayırt edici işaretler için aynı olduğu, markalar için geliştirilmiş olan ilkelerle dayanılabileceği yönünde kararlar vermiştir. Bkz. **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.10. Aynı yönde, **Spindler & Schuster/Müller**, MarkenG §15, Nr.10; **Häberle & Erbs & Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §15, Nr.9.

⁴³ **Tekil**, s.252; **İmregün**, s.76-77; **Poroy & Yasaman**, s.498-499; **Bahtiyar**, s.134, 150; **Uzunallı**, Marka, s.19; **Bilgili & Demirkapı**, s.122; **Karakılıç**, s.115-116; **Bozkurt**, s.316; **Yalmankülah**, s.25-26; **Karayazgan**, Mehmet (2014) Ticaret Unvanı ve Korun-

Belirtmek gerekir ki, farklı türden ticari ad ve işaretler arasında, birbirlerine karşı kategorik üstünlüğe dayanan bir koruma benimsenmemiştir. Dolayısıyla markanın ticaret unvanına veya işletme adının markaya, aynı ya da benzer olmaları halinde kavramsal bir hukuki üstünlüğü yoktur. Ancak, tescile ya da öncelik hakkına ve bu itibarla önceki tarihli haklı kullanıma dayanan bir hukuki koruma sağlanması mümkündür⁴⁴. Zira başlangıçta herkesin istifadesine açık olan veya mevcut olmayan bir ticari işaret ya da ibarenin, düşünsel tercihe bağlı olarak ayırt edilebilir bir biçimde ihdas edilip kullanılması ve piyasada bilinir duruma getirilmesi halinde, öncelik hakkı, bu haklı kullanımın beraberinde gelir ve sahibine söz konusu hakkı koruma imkânı tanır⁴⁵. O halde öncelik hakkı, bir işaret üzerinde hak elde edilmesini ve bu hakkın, sonradan o işaretin aynısını veya benzerini kullanmak isteyen başkalarına karşı ileri sürülebilmesini ifade eder. Bu ilişki, aynı türden ticari ad ve işaretler arasında bulunabileceği gibi, farklı türden ticari ad ve işaretler arasında da söz konusu olabilir⁴⁶. Bu çerçevede, çalışma konumuzun kapsamını, marka, ticaret unvanı ve işletme adının, kendi türlerinden olmayan bir karıştırılma tehlikesi altında, birbirlerine karşı hukuken korunmaları oluşturmaktadır.

B. MARKANIN TİCARET UNVANI VE İŞLETME ADINA KARŞI KORUNMASI

1. Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması

a. Tescilsiz Markanın Sonraki Tarihli Ticaret Unvanına Karşı Korunması

i. TTK Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Koruma

Marka hakkı, esasen düşünsel tercihe bağlı olarak, bir işaretin marka olarak seçilmesi ve kullanılması suretiyle doğar. Seçme iradesi ve kullanma fiili de beraberinde söz konusu marka üzerinde bir öncelik ve sahip olma hakkı sağlar. Bu öncelik hakkı, o markayı seçen ve kullanan, kullandığı mal veya hizmetlerle ilgili olarak markayı ayırt edici ve bilinir hale getiren kişiye ait olur ("*gerçek hak sahibi*"). Dolayısıyla, bir işaretin marka olması, tescil edilmiş olmasına bağlı değildir. Tescilin işlevi, esas itibarıyla markanın, SMK kapsamında tanınan özel hukuki korumadan yararlanmasını sağlamaktır⁴⁷. Bu yüzden, tescilsiz bir marka da gerçek hak sahibi tarafından korunabilir. Ancak bu koruma, istisnai hükümler saklı kalmak kaydıyla SMK kapsamında değil, genel hükümlere ve özellikle TTK 54 vd. uyarınca haksız rekabet hükümlerine⁴⁸ göre olabilir⁴⁹.

ması' (Yüksek Lisans), YaşarÜSBE, s.15-17; **Koller& Kinder&Roth&Drüen/Roth**, §17, Nr.5; **Schmidt**, Handelsrecht, s.343-346; **Baumbach&Hopt/Hopt**, §17, Nr.10-12.

⁴⁴ **Karayalçın**, Yaşar (1968) Ticaret Hukuku, I, Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara, s.460; **Yaşar**, Ali (2016) 'Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali' (Doktora), İstanbul Ticaret Üniversitesi, Dış Ticaret Enstitüsü, s.169; **Epceli**, Sevgi (2006) Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, 1. Baskı, İstanbul, Legal, s.129; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.59; **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.131.

⁴⁵ Aynı yönde, **Kara**, s.14-15.

⁴⁶ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.117, 131. Bu yönde, farklı türden ticari ad ve işaretler arasında gerçek hak sahipliğine ilişkin olarak bkz. Yargıtay 11.HD, T.02.05.2011, E.2009/12470, K.2011/5329, **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.281-282.

⁴⁷ SMK 7/f.1 hükmüne göre, "*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*"

⁴⁸ TTK 54 vd. kapsamında düzenlenen haksız rekabetin yanı sıra, "*haksız rekabet*" kenar başlığını taşıyan bir hüküm de TBK 57'de yer almaktadır. Ancak TBK'da yer alan bu düzenlemenin, adi işlerde mevcut olan rekabetin korunmasına yönelik olduğu kabul edilmektedir. "*Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*" (TBK 57/f.2). Aynı yönde, **Çağlar**, Hayrettin& **Özdamar**, Mehmet (2006) 'Ticaret Unvanının Korunması', SÜHFD, C.14, S.2, s.127; **Poroy&Yasaman**, s.381.

⁴⁹ **Arkan**, Marka I, s.124; **Tekil**, s.281; **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.461-462; **Mintaş**, s. 75; **Kara**, s.14-15, 26; **Franko**, Nisim (2001) 'İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet', Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir, s.122; **Arslan**, İbrahim (2008) 'Tescilsiz Markaların Korunması', SÜHFD, C.16, S.1, s.43.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararı şöyledir: "... *Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. Buna "gerçek hak sahibi" denilir... Markanın hakiki hak sahibi, markasının aynısını veya tefrik*

Karıştırılma tehlikesinin bulunması için aynı türden ticari ad veya işaretlerin varlığı şart değildir. Bu sebeple, bir marka ile ticaret unvanı arasında da karıştırılma tehlikesi söz konusu olabilir⁵⁰. Ayrıca, karıştırılma tehlikesine dayanan hukuki imkânlardan yararlanabilmek için somut olayda karıştırmanın gerçekleşmesi ve bunun ispatı zorunlu olmayıp, bizatihi karıştırılma ihtimalinin varlığı yeterli görülmektedir⁵¹. Tescilsiz bir markanın sonraki tarihli ticaret unvanına karşı korunması açısından ikili bir ayırım yapmak kanaatimizce isabetlidir:

Buna göre, amacına uygun kullanılan ticaret unvanı, haksız rekabet teşkil etmemeli, unvansal kullanımın sınırları içinde kalmak kaydıyla tescilsiz markayla birlikte varlığını sürdürebilmelidir. Ancak ticaret unvanının kullanımı, unvansal kullanımın sınırlarının ötesinde “markasal kullanım” olarak değerlendirilebiliyorsa, tescilsiz marka sahibinin haksız rekabet hükümlerine dayanabileceğini kabul etmek gerekir. Bu noktada, ortalama bir tüketicinin unvanı marka olarak algılaması halinde, söz gelimi unvandaki çekirdek sözcük ya da sözcüklerin, farklı renkte, büyük puntolarla ya da öne çıkarılarak kullanılması durumunda, “markasal kullanım” bulunduğu ileri sürülebilecektir⁵². Ticaret unvanının bütü-

nüyle değil, tabela, kartvizit, fatura, antetli kâğıt vb. iş evrakı ve sözleşmelerde, markayla karıştırılmaya sebep olan unsurlarının öne çıkarılarak kullanılması böyledir⁵³.

Türk Ticaret Kanunu m. 55/f.1-a.4 hükmüne göre, “başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak”, haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir. Tescilsiz marka sahibi de karıştırılmaya yol açan sonraki tarihli ticaret unvanına karşı bu hükümden yararlanabilir. Zira ticari ad ve işaretlerin, karıştırılma tehlikesine sebep olacak şekilde aynı ya da benzer biçimde kullanılması haksız rekabet sayılmaktadır⁵⁴. Burada haksız rekabet açısından dikkate alınması gereken ölçüt ise ortalama yetenekteki olağan tüketicinin, ürünü veya hizmeti alırken aldanmasına yol açacak bir benzerliğin bulunup bulunmadığıdır⁵⁵. O halde, mal veya hizmet benzerliği ile sektörlerin yakınlığı da karıştırılma tehlikesinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁶. Bu çerçevede, tescilsiz bir marka

ilişkin olarak bkz. **Uzunallı**, Köken Ayırt Etme, s.219; **Çolak**, s.447; **Karadağ**, s.79.

⁵³ **Bozgeyik**, s.149; **Güneş**, Uygulamalı Marka, s.149, 331.

Bu konuda, Yargıtay’ın da aynı tutumu benimsediği görülmektedir: Davalının ticaret unvanını tescil ettirdiği gibi kullanmadığı, davacının “ANIL KAĞIT” markasını çağrıştıracak şekilde kartvizitlerde “Anıl Kağıtçılık” ibaresi kartın ortasında öne çıkartılmak ve “Anıl” ibaresi kırmızı olarak yazılmak, unvanın diğer kelimelerinin ise kartın en altında küçük puntolarla yazılmak suretiyle itibas oluşturduğu ve her iki şirket arasında bağlantı bulunduğu imajı verdiği hakkında, bkz. Yargıtay 11.HD, T.27.05.2010, E.2010/1390, K.2010/5970, **Çolak**, s.450.

⁵⁴ **Teoman**, Ömer (1995) Yaşayan Ticaret Hukuku, C.1, Hukuki Mütalaalar, Kitap 4: 1982-1983, İstanbul, Kazancı, s.83; **Arkan**, Ticari İşletme, s.358; **Karayalçın**, s.460; **Franço**, s.123; **Karadağ**, s.75-76, 99.

⁵⁵ **Mimaroğlu**, s.308; **Bahtiyar**, s.178; **Karadağ**, s.57, 76; **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.572-573; **Suluk&Karasu&Nal**, s.429; **Küçükali**, Canan (2009) Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.65, 117. Aynı yönde, **Cengiz**, Dilek (1995) Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s.30.

⁵⁶ **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.10.

Nitekim Yargıtay’ın bir kararı şöyledir: “Davacının, üzerinde öncelik hakkı bulunan “Atılım” ibaresinin davalı yanca ticari unvan olarak tescili; aynı ibarenin aynı hizmetler için her iki tarafça da kullanılması nedeniyle, itibas gerçekleşmiştir...

edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin, bu tecavüzü TTK’nın 56. maddesinde yer alan haksız rekabet hükümlerine ve 556 sayılı markalar hakkındaki KHK’nin 8/III. ve 42/f ve 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 47. maddesine göre sonradan tescil edilmiş markanın terkinin istenebileceği kabul edilmektedir.” Yargıtay 11.HD, T.07.10.1999, E.1999/1724, K.1999/7608 (Bkz. **Aksoy**, M. Ramazan (2006) ‘Markada Tescilin Hukuki Önemi’, ErciyesÜHFD, C.I, S.2, s.290-291).

⁵⁰ **Sezgin**, Erin (2007) ‘İltibas Suretiyle Haksız Rekabet’ (Yüksek Lisans), DEÜSBE, s.80; **Arslantaş**, Okşan (2009) ‘Haksız Rekabet Hallerinden İltibas’ (Yüksek Lisans), İÜSBE, s.49; **Aksoy**, Mehmet Ali (2011) ‘Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti’ (Doktora), GaziÜSBE, s.107; **Epçeli**, s.127.

⁵¹ **Kur&v. Bomhard&Albrecht&Thalmaier**, §14, Nr. 264; **Yaşar**, s.86; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.63; **Suluk&Karasu&Nal**, s.429; **Kara**, s.110; **Mintaş**, s.90; **Karadağ**, s.41.

⁵² **Aydoğan**, Fatih (2013) ‘Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum-Değişiklik (Madde) Önerisi-İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi’, İÜHFM, C.LXXI, S.2, s.34-35. Bu itibarla, markasal kullanım

sahibi, sonraki tarihli unvan sahibine karşı, haksız rekabete dayanan tespit, men, ortadan kaldırma - eski hale iade, maddi ve manevi tazminat davaları açabileceği gibi (TTK 56/f.1), ihtiyati tedbir, el koyma, imha ve delil tespiti gibi istemlerde de bulunabilir. Yine, tescilsiz markaya karşı haksız rekabet teşkil eden davranışta bulunan unvan sahibinin, TTK 62 hükmü kapsamında cezai sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür.

ii. TBK Haksız Fiil Hükümlerine Göre Koruma

Tescilsiz ve fakat öncelik hakkına sahip markanın, sonraki tarihli ticaret unvanına karşı korunmasında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun⁵⁷ haksız fiile ilişkin m. 49 vd. hükümlerine dayanılması da ihtimal dâhilindedir. Zira kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille, marka üzerindeki hakkın ihlâl edilerek, sahibine zarar verilmesi durumunda da haksız fiil oluşur⁵⁸. Ancak bunun için, sonraki tarihli ticaret unvanının, markasal biçimde kullanılıp kullanılmadığı, kanaatimizce yine gözetilmelidir. Aksi halde, ticaret unvanının yasal sınırları içerisinde kullanımı söz konusu olur ki, bu takdirde hukuka aykırı bir fiilin varlığına dayanmak olası değildir.

Davacı hizmet markası, davalı ise ticari unvan olarak aynı ayırt edici işareti işyerinin giriş cephesine yerleştireceklerinden tüketicinin üniversite veya okulların orijini karıştırması kaçınılmaz olacaktır. Tarafların okullarının tamamı eğitim-öğretim kapsamında kaldığından, bunlar yasal açıdan aynı faaliyet kabul edilir... Davalının ticari unvanının çekirdek kısmı, yani yasanın ayırt edici olma koşulunu aradığı kısmı "Atılım" sözcüğüdür... Hem ayırt edici işaretler hem de hizmetler aynı olduğuna göre iltibasın ve dolayısıyla da taraflar arasında rekabetin varlığı, davalının sonradan tescil ettirdiği ticari unvandaki ibarenin davalının tescilsiz markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu belirgindir. Marka tescil tarihinden önce "Atılım" ibaresinin davalının üniversite ismi ve tescilsiz marka kullanım öncelik hakkına tecavüzün varlığı nedeniyle de, davalının ticari unvanından "Atılım" ibaresinin terkinin koşullarının gerçekleştiğinin kabulü gerekir." Bkz. Yargıtay HGK, T.12.12.2007, E.2007/11-965, K.2007/961, Yargıtay Karar Arama; Küçükali, s.150 dn.18.

⁵⁷ 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011, S. 27836).

⁵⁸ Bilge, Ticari Ad ve İşaretler, s.42.

b. Tescilli Markanın Sonraki Tarihli Ticaret Unvanına Karşı Korunması

i. SMK Hükümlerine Göre Koruma

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 7/f.3-e hükmü kapsamında, "işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması", marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında sayılmıştır. Aslında bu düzenleme, 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi m. 10/f.3-d ve 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 9/f.3-d içeriğinin Türk hukukuna aktarılmasından ileri gelmektedir⁵⁹. "Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller" kenar başlığına sahip SMK 29/f.1-a hükmünde yer alan yollama gereğince "marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak", dolayısıyla anılan madde kapsamında işaretin, ticaret unvanı (ya da işletme adı) olarak kullanılması, marka hakkını ihlâl eder⁶⁰.

Mülga 556 sayılı KHK⁶¹ döneminde ticaret unvanının hukuka uygun kullanımını marka hakkına tecavüz sayılmıyor, marka hakkının ihlâli için unvanın markasal biçimde kullanılıp kullanılmadığı

⁵⁹ Mehaz hükümde, kısmen kullanımın da tecavüz sayılan bir fiil olarak kabul edileceği düzenlendiği halde SMK 7/f.3-e hükmünde işaretin kısmen kullanımından söz edilmemiştir. Ayrıca, bkz. **Aplin, Tanya & Davis, Jennifer** (2017) Intellectual Property Law, 3rd ed., OUP, s.433; **Çolak, s.554; Güneş, Uy-gulamalı Marka, s.240; Karadağ, s.88.**

⁶⁰ Alman hukukunda da 14.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle, marka olarak tescil edilen işaretin, sonradan ticaret unvanı, ticari işaret veya bunların bir parçası olarak kullanılması, marka hakkına tecavüz teşkil eden hallerden biri olarak sayılmış ve bu tür kullanımlar yasaklanmıştır (MarkenG §14/Abs.3, Nr.5). Ancak yasağın işlevsel hale gelebilmesi için, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şartların gerçekleşmesi, yani işaretin "mal veya hizmetlerle ilgili olarak" kullanılıyor olması gerekir. Bkz. **Kur & v. Bomhard & Albrecht/Mielke, § 14, Nr.93, 247.**

Marka hakkına tecavüzün varlığı için, işaretin ticaret sırasında kullanılması gerektiği hakkında, bkz. **ABAD C-206/01 Arsenal Football Club plc v. Matthew Reed** (2002). Bkz. **Bently, L. & Sherman, B. & Gangjee, D. & Johnson, P.** (2018) Intellectual Property Law, 5th ed., OUP, s.1114; **Aplin & Davis, s.433.**

⁶¹ Yürürlükte olan Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) 191/f.3 hükmüyle, 24.06.1995 tarih ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname-KHK (RG. 27.06.1995, S. 22326) yürürlükten kaldırılmıştır.

dikkate alınmıyor idi⁶². Ne var ki, SMK 7/f.3-e hükmünün açık lafzı karşısında artık, tescilli marka olarak kullanılan işaretin, bir başkası tarafından ticaret unvanı olarak kullanılması, doğrudan doğruya marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilebilir hale gelmiştir. Bu durum, marka için SMK kapsamında daha güçlü bir koruma imkânı getirildiğini ortaya koymaktadır. SMK 7/f.3-e hükmünün lafzı ele alınarak yapılacak katı bir değerlendirmeye, sonraki tarihli ticaret unvanını markasal kullanıyarak, unvensal kullanımın sınırları içerisinde kalmaya özen gösteren unvan sahibi dâhi, markaya tecavüz iddiasıyla karşı karşıya kalabilecektir⁶³. Fikrimizce, SMK 7/f.3-e hükmü, işaretin ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması halinde, tescilli markanın işlevlerine zarar verilip verilmediği veya kullanım sonucunda haksız bir yarar sağlanıp sağlanmadığı gibi ölçütlerle beraber yumuşatılarak yorumlanmalıdır. Özellikle, tanınmış markalar⁶⁴

hariç olmak üzere⁶⁵, tescilli marka ile unvan ya da işletme adının aynı veya benzer faaliyet alanlarında bulunması, markanın bu yüzden zarar görüp görmediğinin veya bu kullanım sonucunda haksız yarar sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önemli bir unsur olarak göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁶.

Unvanın, ürünler veya ambalaj üzerinde ya da ürün kataloğu, ilân ve reklâmlarda kullanılması, unvanın özellikle belirli kısımlarının öne çıkarılarak kullanılması, internet sitesinde markanın işlevlerine zarar verecek şekilde kullanılması veya oldukça sık karşılaşılan bir ihtimalle, unvanın tabela olarak kullanılması, sonraki tarihli unvanın marka hakkına tecavüz teşkil eden kullanımlarına örnek niteliğinde sıralanabilir⁶⁷.

Tescilli marka hakkının tecavüze uğraması halinde marka sahibinin ileri sürebileceği taleplere ilişkin SMK 149 vd. hükümleri, somut olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde sonraki tarihli unvan sahibine karşı da ileri sürülebilir. Bu çerçevede, markaya tecavüz olup olmadığının tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi (men), tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün kaldırılması, maddi ve manevi zararın tazmini⁶⁸, itibar tazminatı⁶⁹, delil

⁶² Davacının "GÜVEN HASTANESİ" + "ŞEKİL", "GÜVEN" ibareli tescilli markaların sahibi olduğu, 01.08.2005 tarihinde tescil edilen davalı şirketin amaç ve konusu kapsamında sağlık ve hastane hizmetlerinin yer aldığı, davalının gerek il Sağlık Müdürlüğü ile yazışmalarında, gerekse, broşür, ilân, reklam gibi tanıtım vasıtalarında, ticaret unvanını sadece tescilli olduğu gibi "Çukurova Güven Özel Sağlık Hizmetleri Cerrahi Tıp Merkezi Ticaret Ltd. Şti." şeklinde değil, aynı zamanda "GÜVEN" ibaresini diğer unsurlara göre daha büyük ve ön plânda yer vererek kullandığı, bu kullanımın TTK'nun 52nci maddesi anlamında tescilli bir ticaret unvanının kullanımı kapsamını aşarak "markasal kullanıma" dönüştüğü anlaşılmalı, verilen karar onanmıştır. Bkz. Yargıtay 11.HD, T.17.05.2011, E.2009/13563, K.2011/6033, **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.14; **Çolak**, s.450. Aynı yönde, Yargıtay 11.HD, T.02.03.2016, E.2015/ 7306, K.2016/2343, **Kazancı İçtihat**.

Ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılan benzer işaretin, yalnızca markasal kullanılması durumunda değil, esasen markayla aynı veya benzer işaretin ticaret sırasında dü-rüstçe ve kullanan kişinin ticari ve sınai konularıyla ilgili olarak kullanılmadığı hallerde, markaya tecavüzün gerçekleşeceği yönünde, bkz. **Arkan**, Sabih (2000) 'Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?', BATİDER, C.XX, S.3 (Haziran), s.11.

⁶³ **Çolak**, s.555; **Karadaş**, s.83-84.

⁶⁴ "Yüksek ayırt edici karakteri olan markalar ya kendi başlarına ya da piyasadaki itibarları nedeniyle, daha düşük ayırt edici karakteri olan markalardan daha geniş bir korumadan yararlanırlar." ABAD C-39/97 Canon Kabushiki Kaisha v. Metro Goldwyn Mayer Inc., (1998) kararı. Bkz. **Aplin&Davis**, s.413; **Çelikel**, Deniz (2020) Marka Hukukunda Avrupa Birliği

Adalet Divanı (ABAD) Kararları ve Yorumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.62.

Tanınmış marka hakkında, bkz. **Yasaman**, Hamdi (2007) 'Tanınmış Marka Kriterleri ve İspatı Sorunu', Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, Vedat, s.1190 vd.; **Dirikkan**, Hanife (2003) Tanınmış Markanın Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.88; **Ercan**, Tayfun & **Teke Akbulut**, Nebile (2020) Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 31 vd.

⁶⁵ Tanınmış markalar, başkaları tarafından sadece aynı veya benzeri mal veya hizmet grupları için değil, tamamen farklı mal veya hizmetler için de kullanılmaz ve bu markalar, karıştırılma tehlikesinin yanı sıra, itibar ve reklam güçlerine zarar verecek davranışlara karşı da korunurlar. Bkz. **Arkan**, Marka I, s.104; **Aslan Düzgün**, s.152-153.

⁶⁶ Aynı yönde, **Suluk&Karasu&Nal**, s.217-218; **Çolak**, s.556; **Karadaş**, s.84-87.

⁶⁷ **Karadaş**, s.92 vd.; **Uzunalli**, Markanın Korunması, s.268 vd.

⁶⁸ Tazminat talebi hakkında, bkz. **Uzunalli**, Markanın Korunması, s.261 vd.

⁶⁹ Bkz. SMK 150/f.2.

tespiti, ihtiyati tedbir, el koyma, mülkiyet, imha, hükmün ilgililere tebliğ ve ilânı gibi istemlerde bulunulabilir⁷⁰. Yine, SMK 30 hükmü uyarınca, tescilli markaya tecavüz niteliğinde karıştırılma tehlikesine yol açan unvan sahibine karşı cezai yaptırım gündeme gelebilir⁷¹.

Bilindiği üzere TTK 39/f.1 hükmü uyarınca, her tacir ticaret unvanı kullanmak zorundadır. Tescilli marka sahibinin kullandığı işaretin, bir başkası tarafından ileri bir tarihte ticaret unvanı olarak tescil edilmesi olasıdır. Böyle bir halde ise, tescilli marka ile sonraki tarihli ticaret unvanı arasında karıştırılma tehlikesinden doğan markaya tecavüzden pekâlâ söz edilebilir. Nitekim, SMK 7/f.3-e hükmünün açık düzenlemesi karşısında tescilli markaya ilişkin işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bu durumda, tescilli marka sahibinin sonraki tarihli ticaret unvanının sicilden terkinini dava etmesi de mümkündür⁷².

Yargıtay'ın 16.10.2017 tarihli bir kararında, öncelik hakkı olan markanın sonraki tarihli ticaret unvanına benzerliği, unvanın terkinine sebep olmuştur. Karara konu olan uyuşmazlıkta davacı tarafından, davalının "ALBİ EXPRESS" ibareli marka başvurusunun TPE nezdinde tescilli "ALDI" ibareli tanınmış markasına benzerliği nedeniyle reddedildiği, buna rağmen davalının "ALBİ" ibaresini ticaret unvanı olarak tescil ettirdiği belirtilerek, bu ibareyi sadece ticaret unvanı olarak kullanmakla

kalmayıp işyerine ait reklam tabelaları, fiş ve faturalarında markasal kullanmak suretiyle marka hakkına tecavüz ettiği ileri sürülmüştür. Davalı ise, davacının "ALDI" markası ile kendisinin kullandığı "ALBİ" ibaresinin çok farklı olduğunu, davacının tanınmışlık vasfının bulunmadığını, Türkiye'de faaliyet göstermediğini, kullandığı ibarenin "ALMAK" fiilinin ve "BİR" kelimesinin birleşmiş şekli olan "ALBİR" ifadesinin halk dilindeki yuvarlanmış halini ifade ettiğini, aralarında anlam benzerliği bulunmadığını, yazı, karakter ve şekillerinin farklı olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davalının kullanımındaki "ALBİ EKSPRES" ibaresinde "ALBİ" kelimesinin ön planda olduğu, "EKSPRES" kelimesinin hizmetin hızlılığı anlamında tasvir edici bulunduğu, davacının "ALDI" ibareli markası arasında üçüncü harf dışında farklılığın yer almadığı, B ve D harflerinin görsel olarak birbirine çok benzediği, markalar arasında güçlü görsel ve sesçil benzerliğin bulunduğu, ürün ve hizmetlerin de kısmen benzeştiği... Markanın tanınmışlığından yararlanılmasının da söz konusu olduğu gerekçesiyle davalının, davacının marka hakkına tecavüzünün ve haksız rekabetinin tespiti ile önlenmesine, davalının ticaret unvanından "ALBİ" ibaresinin çıkarılmasına hükmedilmiştir⁷³.

Yargıtay'ın 20.11.2017 tarihli kararına konu olan bir başka uyuşmazlıkta, davacı "KORKMAZ" ibaresi taşıyan markaların sahibi olup, davacı ile aynı sektörde faaliyet gösteren davalının ticaret unvanı "Korkmaz Ticaret ve Pazarlama - Hacı Korkmaz"dır. Dava, (tescilli) marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, men'i, sonuçlarının ortadan kaldırılması, ticaret unvanının terkinini ve maddi tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece, davalının eyleminin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitine ve önlenmesine, davalının ticaret unvanında bulunan "Korkmaz" ibaresinin

⁷⁰ Alman hukukunda benzer yöndeki talepler için bkz. **Fezer**, §14, Nr.968 vd.

⁷¹ Anılan davalar hakkında bkz. **Arkan**, Ticari İşletme, s.338 vd.; **Bozgeyik**, s.163 vd.; **Uzunallı**, Marka, s.150 vd.; **Mintaş**, s.147 vd. Markadan doğan hakların kötüye kullanılması hakkında, bkz. **Bilgili**, Fatih (2006) Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.220 vd.

⁷² **Çolak**, s.447, 923. Aynı yönde, bkz. **Korkut**, Ömer (2008) 'Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme', BATİDER, C.XXIV, S.3, s.397; **Yaşar**, s.186; Yargıtay HGK, T.04.07.2019, E.2019/282, K.2019/852, **Kazancı İçtihat**. Öte yandan, işlev farklılığı sebebiyle marka tesciline dayanılarak ticaret unvanının terkininin talep edilemeyeceğine ilişkin (aksi yönde) Yargıtay kararı için, Yargıtay 11.HD, T.24.12.2015, E.2014/16584, K. 2015/13914, **Yargıtay Karar Arama**.

⁷³ Yargıtay 11.HD, T.16.10.2017, E.2016/3237, K.2017/ 5351, **Yargıtay Karar Arama**.

terkinine, ayrıca marka hakkına tecavüz nedeniyle maddi tazminata karar verilmiştir⁷⁴.

Türk hukukunda, ticaret unvanlarının ticaret siciline tescili aşamasında yalnızca ticaret unvanları kapsamında bir inceleme yapılır, tescilli markalar başta olmak üzere diğer ayırt edici işaretleri kapsayıcı mukayeseli bir inceleme sistemi bulunmadığından, tescilli marka sahibinin sonraki tarihli ticaret unvanına, tescil aşamasında itiraz etme olanağı da esasen bulunmamaktadır⁷⁵. Mevcut durum dikkate alındığında⁷⁶, tescilli markaya dayanılarak sonraki tarihli ticaret unvanının sicilden terkinini, markanın korunması bakımından doğal bir sonuçtur.

Öte yandan, tescilli markaya tecavüz teşkil eden sonraki tarihli ticaret unvanının terkinini isteminde, marka sahibinin makul bir süre içerisinde terkin talebinde bulunması, somut olayda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleştiğine⁷⁷ ve dava

hakkının uzun bir süre sonra kullanılmasının hakkın kötüye kullanılması⁷⁸ niteliğinde olduğuna yönelik bir savunmayla karşılaşmamak bakımından oldukça önemlidir⁷⁹.

Ticaret unvanında, uyuşmazlık konusu ad ve soyadın kullanımı zorunlu ise - gerçek kişi ad ve soyadından oluşan ticaret unvanlarında olduğu gibi - sonradan karıştırılma tehlikesine sebep olan gerçek kişi tacirin unvanına uygun bir ek yapması istenebilir. Ortaklardan birinin ad ve soyadının bulunması gereken ticaret şirketlerinin unvanlarında ise, kullanımın dürüst olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Başka ortaklar olduğu halde, markayla karıştırılmaya sebep olan ortağın ad ve soyadının ticaret unvanı olarak seçilmesi, dürüst bir kullanım olarak yorumlanamaz⁸⁰.

⁷⁴ Yargıtay 11.HD, T.20.11.2017, E.2016/3885, K.2017/ 6316, **Yargıtay Karar Arama; Uzunallı**, Marka, s.145.

⁷⁵ **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.20; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.172.

AYDOĞAN'a göre, ticaret unvanına yapılacak ekleri düzenleyen TTK 46 hükmüne bir ilave yapılmalı ve mesele marka hakkı sahiplerini koruyacak şekilde çözüme kavuşturulmalıdır. Buna göre, birinci seçenek olarak, TTK 46'nın birinci fıkrası "Tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, başkasına ait isim ve işaretlerin aynı ya da benzeri olmak sebebiyle işletmeler arasında karışıklığa (iltibasa), haksız bir yarının sağlanmasına yol açmamak, yanıltıcı nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla; her ticaret unvanına, işletmenin özelliklerini belirten veya unvanında yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayali adlardan ibaret olan ekler yapılabilir" biçiminde değiştirilmeli veya ikinci seçenek olarak TTK 46'ya yeni bir fıkra eklenerek "Başkasının, üzerinde öncelikli bir hakka sahip olduğu, ticaret hayatında kullanılan bir isim ya da işaretin aynı ya da benzeri olmak sebebiyle, işletmeler arasında karışıklığa (iltibasa), haksız bir yarının sağlanmasına yol açacak, yanıltıcı nitelikte olan ekler alınmaz." hükmü getirilmelidir. Bkz. **Aydoğan**, s.40, 48.

⁷⁶ Öğretide, unvan tescili aşamasında boşluğunu doldurmak adına, Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcıları (UÇHS) Sistemi ile Birleşik Krallık'ta uygulanmakta olan tescil ve itiraz sistemi kapsamında getirilecek bir değişiklikle çözüm önerisinde bulunulmaktadır. Bkz. **Karadaş**, s.144 vd.

⁷⁷ Öncelik hakkını haiz marka sahibi, markasının veya benzerinin bir başkası tarafından kullanımına veya tesciline sessiz kalmış ve dava hakkından kabul edilebilir bir süre içerisinde yararlanmamışsa, belirli bir davranışta bulunması gerekirken

sessiz kaldığı için, iyi niyetli bir şekilde sonraki tescilli gerçekleştiren kişiye karşı hak kaybına uğrayabilir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı olarak adlandırılan bu durum, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) 2 dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Bkz. **Bozgeyik**, s.155; **Küçükali**, s.48; **Gün**, s.293-294.

Yargıtay da konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında, sessiz kalma yoluyla hak kaybını değerlendirmiş ve hakkın kaybında dikkate alınacak kesin bir süreye işaret etmemiştir:

"... Sessiz kalma yolu ile hak kaybının oluşması için öncelik hakkı sahibinin kullanımdan haberdar olması gerekmekte ise de sessiz kalmanın kaç yıl sonra hak kaybına yol açacağı ile ilgili kesin bir süre vermek mümkün değildir. Burada önemli olan öncelik hakkı sahibinin sonraki kullanıma bir süre katlanmış olmasıdır. Bu itibarla, bu sürenin belirlenmesinde somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir..." Bkz. Yargıtay 11.HD, T.21.12.2017, E.2016/6803, K.2017/7532, **Kazancı İçtihat**.

"4 yıl 4 ay 17 günlük" sürenin sessiz kalma yoluyla hak kaybı için yeterli olmadığı ve nihayet kötü niyetli tescil durumlarında sessiz kalma yoluyla hak kaybının da söz konusu olmayacağı yönündeki karar için, bkz. İstanbul BAM 16.HD, T.12.11.2018, E.2017/1978, K.2018/2426, **Kazancı İçtihat**.

⁷⁸ Bkz. TMK 2/f.2.

⁷⁹ **Yaşar**, s.186-187. Yargıtay'ın sessiz kalma yoluyla hak kaybı gerekçesiyle terkin istemini reddettiği bir kararı şöyledir:

"Her ne kadar TTK'nun 54. maddesi uyarınca davacı, iltibasa neden olan ticaret unvanının terkinini isteyebilme hakkına sahip ise de... böyle bir davanın makul sürede açılması gerekir... Makul sürenin geçirilmesi halinde sessiz kalma nedeni ile hak kaybı oluşur... Davalının unvanının tescilinden yaklaşık 10 yıl sonra dava açıldığından, kendisini mevcut unvanı ile tanıtan davalının unvanının terkinini istemez." Bkz. Yargıtay 11.HD, T.16.06.2015, E.2015/ 2572, K.2015/8392, **Yargıtay Karar Arama**.

⁸⁰ **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.16; **Karadaş**, s.70-72.

ii. Kümülatif Koruma

Tescilli markaya tecavüz teşkil eden fiiller, hukuki nitelikleri bakımından aynı zamanda birer haksız fiil olup, bunların da önemli bir bölümü haksız fiilin nitelikli bir hali olan haksız rekabet teşkil eder⁸¹. Bu sebeple, tescilli bir markanın sonraki tarihli ticaret unvanına karşı SMK hükümlerinin sağladığı korumanın yanı sıra, haksız fiil ile haksız rekabet hükümleri uyarınca da kümülatif⁸² olarak korunması mümkündür⁸³. Bununla birlikte, genel hüküm – özel hüküm ayrımı dikkate alındığında, SMK'nın sağladığı hukuki korumanın yeterli olduğu durumlarda, genel nitelikli haksız fiil ile haksız rekabete ilişkin hükümlere başvurulmasının pratik bir sonucu olmayacaktır. Dolayısıyla, ancak özel hüküm niteliğindeki SMK'nın, somut olaya göre markanın korunmasında yetersiz kaldığı durumlarda ve dürüstlük kuralına da uygun düştüğü ölçüde genel hükümlere dayanan bir koruma talep edilmesi hak sahibi açısından anlamlı olacaktır⁸⁴.

Alman hukukunda ise, kümülatif korumaya kanun düzeyinde atıfta bulunulmuştur. Şöyle ki, 1994 tarihli MarkenG ile daha önce mülga Markalar Kanunu (Warenzeichengesetz) ve Haksız Rekabet Kanunu'nda (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb/ UWG) düzenleme altına alınmış olan markalar ile ticari işaretlerin korunmasına ilişkin

kurallar, yeknesak bir kanun çatısı altında toplanmıştır. Ancak kodifikasyonun yeknesak olması, korumanın MarkenG ile sınırlı olduğu anlamına gelmez. Nitekim, MarkenG §2'de, markanın, ticari ve coğrafi işaretlerin bu kanun kapsamında korunmasının, diğer kanunlarda yer alan ilgili hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği açıkça vurgulanmıştır. Bu itibarla, haksız rekabetin düzenlendiği UWG §4, Nr. 1 (İşaretin istismarı ve tahkir edilmesi), §4, Nr. 3 (Taklit ürünler), §4 Nr. 4 (Rakibin müşterilerini ayartmak), §3a (Kanuna aykırı davranma), §5 (Aldatma) ve §6 (Karşılaştırmalı reklam), prensip olarak tescilli markalar için de uygulanabilir. Aynı şekilde, BGB'de adın korunmasına ilişkin kurallar ile haksız fiile ilişkin düzenlemeler de bu kapsamda dikkate alınabilir⁸⁵.

2. Markanın İşletme Adına Karşı Korunması

a. Tescilsiz Markanın Sonraki Tarihli İşletme Adına Karşı Korunması

Marka ile işletme adı arasında, karıştırılma tehlikesine elverişli oldukça yakın bir ilişki bulunur. Zira çoğu zaman işletme adı, işletmenin üzerinde tabela olarak kullanılır ve böyle bir kullanımın “*markasal kullanım*” niteliği taşıması kuvvetle muhtemeldir⁸⁶. Tescilsiz markanın sonraki tarihli işletme adına karşı korunması açısından, yukarıda ticaret unvanına karşı koruma çerçevesinde yapılan

⁸¹ **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.514; **Ka-rayalçın**, s.443; Yargıtay 11.HD, T.17.01.2017, E. 2015/12281, K.2017/295, **Kazancı İçtihat**.

⁸² Kümülatif koruma, gerektiğinde haksız rekabete ilişkin hükümlerin özel düzenlemeye (SMK) göre ikinci derecede değil, koşulları mevcutsa doğrudan ve birinci derecede uygulanabileceği anlamına gelmektedir. Bkz. **Tekinalp**, s.36; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.26; **Nomer Ertan**, Nedit Füsün (2020) 'Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi': Altıparmak, Ayşe Kübra (Editör), Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu (12 Nisan 2019 Eskişehir) Ankara, Yetkin, s.25; **Suluk**, Cahit (2014) 'Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması', FMR, 2014(1), s.186-187.

⁸³ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.42-43; **Nomer Ertan**, s.24-25; **Poroy&Yasaman**, s.380; **Bozgeyik**, s.27, 100; **Suluk**, s.186; **Karadaş**, s.99-100.

⁸⁴ **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.575; **Nomer Ertan**, s.25.

⁸⁵ **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §1, Nr.1-3 ve özellikle §2; **Spindler&Schuster/Müller**, MarkenG §2, Nr.5, 9, 11. Buna karşılık, MarkenG'nin koruma konusunda özel ve oldukça ayrıntılı hükümler getirmesi, haksız fiile ilişkin BGB §823/Abs.1 kuralının tatbikini önemli ölçüde devre dışı bırakmıştır. Bu yönde, **Spindler&Schuster/Müller**, MarkenG §2, Nr.9; **Häberle&Erbs&Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §2, Nr.2. Hatta son alıntılanan yazar, bir kısım içtihatlardan hareketle, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin de devre dışı kaldığını vurgulamıştır. Gerçekten, Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında MarkenG'deki düzenlemeleri öncelikli ve kesin kurallar olarak değerlendirdiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, haksız rekabete ve genel hükümlere ilişkin düzenlemeleri, ancak MarkenG'deki kurallar işlevsiz kaldığı takdirde dikkate almak gerekir. Bkz. **Fezer**, §2, Nr.5.

⁸⁶ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.179, 180. Aynı yönde, **Bozgeyik**, s.101.

açıklamalar⁸⁷, somut olayın niteliğine uygun düşmek kaydıyla ilke olarak aynen geçerlidir. Buna göre, tescilsiz bir marka sahibi, sonraki tarihli işletme adına karşı, genel hükümlere ve özellikle haksız rekabete (TTK 54 vd.) dayanan istemlerde bulunabilir. Öte yandan, işletme adının ön plâna çıkarılmadığı ve “markasal kullanım” boyutuna ulaşmadığı bir durumda, işletme adının tescilsiz markayla birlikte varlığını sürdürmesi de mümkündür. Ancak, işletme adının işlevsel tabiatı, özellikle hizmet sektöründe bir tanıtma vasıtası olarak tabela şeklinde kullanılması karşısında bunun sağlanması uygulamada oldukça güçtür.

b. Tescilli Markanın Sonraki Tarihli İşletme Adına Karşı Korunması

Tescilli bir markanın sonraki tarihli işletme adına karşı korunması açısından da yukarıda ticaret unvanına karşı koruma başlığı altında yapılan açıklamalar⁸⁸ aynen geçerlidir. Zira SMK 7/f.3-e hükmü kapsamında, tescilli markaya ilişkin işaretin işletme adı olarak kullanılması da marka hakkına tecavüz olarak düzenlenmiştir⁸⁹. Yine, tescilli bir markanın sonraki tarihli işletme adına karşı SMK hükümlerinin sağladığı hukuki imkânların yanı sıra, genel hükümler ve özellikle haksız rekabet hüküm-

leri (TTK 54 vd.) uyarınca korunması mümkündür. Bu itibarla, markaya tecavüz niteliğindeki işletme adının sicilden terkinde de istenebilir⁹⁰.

C. TİCARET UNVANININ MARKA VE İŞLETME ADINA KARŞI KORUNMASI

1. Ticaret Unvanının Markaya Karşı Korunması

a. Tescilsiz Ticaret Unvanının Sonraki Tarihli Markaya Karşı Korunması

i. SMK Hükümlerine Göre Koruma

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/f.3 hükmü⁹¹ uyarınca, “başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir.” Söz konusu düzenleme, marka tescilinde bir nispi ret nedeni olarak öngörülmüştür. Anılan hüküm, aslında 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi m. 5/f.4-a ve 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 8/f.4 hükümlerine karşılık gelmektedir⁹². Bu itibarla, ticaret sırasında kullanılan bir işaret⁹³, örneğin tescilsiz bir ticaret unvanı için bir kişi hak elde etmişse⁹⁴, bu hakkı (öncelik hakkını) haiz unvan

⁸⁷ Bkz. III-B-1-a.

⁸⁸ Bkz. III-B-1-b. Alman hukuku için, ayrıca bkz. III-B-1-b-ii.

⁸⁹ Alman Federal Mahkemesi'nin “The Home Depot”- “Bauhaus The Home Store” kararında, Amerika ve Meksika'da ev tamiri ve inşaat ürünleri satışı yapan davacının “The Home Depot” ibaresini taşıyan tescilli sözcük markası ile aynı alanda ürün satışı yapan davalının işletme adında ek olarak yer alan “The Home Store” ibaresinin katalog üzerinde kullanılması, -Türk hukukunda Mülga 556 sayılı KHK döneminde de olduğu gibi- “markasal kullanım” olarak nitelendirilmiştir. Bkz. BGH, 13.09.2007, I ZR 33/05 (OLG Hamburg)- THE HOME STORE, **Uzunalli**, Marka, s.143-145; **Uzunalli**, Markanın Korunması, s.311-313; **Yaşar**, s.190. İşletme adının mal üzerinde olması, aşkın kullanım (markasal kullanım) olarak marka hakkına tecavüz niteliğinde görülmüştü. Bkz. ABAD C-17/06 Céline Sàrl v. Céline SA (11.09.2007) kararı, **Uzunalli**, Markanın Korunması, s.311; **Yaşar**, s.189; **Çolak**, s.555. Söz konusu karar için, ayrıca bkz. AB Hukuku **EU Law/ Eur-lex** web sitesi <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A_62006CJ0017> s.e.t. 01.09.2020.

⁹⁰ Yargıtay 11.HD, T.11.12.2019, E.2019/997, K.2019/ 8109, **Yargıtay Karar Arama**.

⁹¹ SMK 6/f.3 düzenlemesi, Mülga 556 sayılı KHK 8/f.3 hükmüne karşılık gelmektedir.

⁹² **Bently&Sherman&Gangjee&Johnson** s.1073; **Çe-likel**, s.96.

⁹³ Hükümde yer alan “işaret” kavramı, ticaret hayatında kullanılan her tür tanıtma işaretini kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bkz. **Arkan**, Sabih (2002) ‘556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nın 8/III. Maddesi ile İlgili Bir İnceleme (HGK’nın 27.2.2002 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)’, BATİDER, C.XXI, S.4, (Aralık), s.103.

⁹⁴ Burada hak elde etme kavramı, işareti belirli bir süre kullanmak suretiyle, ilgili olduğu mal veya hizmetler için işaretin belirli ölçüde bilinir hale getirilmesi anlamını taşımaktadır. Bu yönde, **Uzunalli**, Marka, s.76; **Çelikel**, s.97. Çalışmada bu hak, öncelik hakkı anlamında belirtilmiştir. ABAD’ın konuya ilişkin bir kararı şöyledir:

“Yeni bir işaretin tescilini önlemek için itirazın dayanağı olan işaret, ticaret sırasında gerçekten yeterince kayda değer bir biçimde kullanılmış olmalı ve coğrafi kapsamı sadece yerel olmamalı... alıcılar, yani müşteri ve tüketicileri yanında satıcı ve rakiplerine

sahibi, bir başkasının sonraki tarihli marka tescil başvurusuna itiraz edebilir ve bu itiraz üzerine marka tescil başvurusu reddedilir. Ayrıca, öncelik hakkını haiz unvan sahibi, markada hükümsüzlüğe ilişkin SMK 25/f.1 hükmünde yapılan “*5inci veya 6ncı maddede sayılan hâllerden birinin mevcut olması hâlinde mahkeme tarafından markanın hükümsüzlüğüne karar verilir*” şeklindeki yollama nedeniyle, markanın tescilinden sonra kullanım aşamasında da markanın hükümsüzlüğüne yönelik dava açabilir⁹⁵.

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 6/f.3 hükmü kapsamında, bir başkasının marka tescil başvurusuna itiraz edilebilmesi için, tescilsiz işaretin “*ticaret sırasında kullanılmış*” olması gerekir⁹⁶. Ticaret sırasında kullanılmadan kasit ise, marka hukukuna özgü kullanımdır. Dolayısıyla, öncelik hakkını haiz tescilsiz unvan sahibinin, marka tescil başvurusuna itiraz edebilmesi, unvanın “*markasal olarak kullanılmış*” olmasına bağlıdır. Bu durum, unvensal kullanım aşararak, unvanın marka olarak kullanımı sonucunda gerçekleşebileceği gibi, özellikle bazı hizmet sektörlerinde unvensal kullanımın dâhi markasal bir etki doğurmasıyla⁹⁷ oluşabilir. Anılan “*markasal kullanımın*” marka tescil başvurusundan veya varsa rüçhan tarihinden önce bulunması şarttır⁹⁸.

Alman hukukunda ise, Türk hukukundan farklı olarak ticaret unvanları HGB dışında, ticari işaretler (Geschäftliche Bezeichnungen) üst başlığı altında MarkenG §5, 15 kapsamında da korunmaktadır. MarkenG §5 hükmü incelendiğinde, işletmeye ait işaretler ile eser adlarının, “*ticari işaret*” olarak koruma altına alındığı anlaşılmaktadır (MarkenG §5/Abs.1). Hükmün devamına bakıldığında, kanun koyucunun “*ticari işaret*” kavramını, işletmeye ait işaretleri (Unternehmenskennzeichen) ve eser adlarını (Werktitel) kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak ele aldığı görülmektedir. Yine, hüküm bütüncül bir bakış açısıyla ele alındığında, işletmeye ait işaretlerin, işletmeye özgü işaret⁹⁹ (besondere Bezeichnung des Unternehmens) ve işletmeye ait sembol¹⁰⁰ (Geschäftsabzeichen) olmak üzere ikiye ayrıldığı anlaşılmaktadır. Konumuz bakımından önem arz eden nokta ise ticaret unvanının da işletmeye ait işaret olduğunun ve dolayısıyla bu kapsamda koruma altına alındığının belirtilmiş olmasıdır¹⁰¹ (MarkenG §5/Abs.2). Bununla birlikte, ticaret unvanının ticari işaret olarak MarkenG kapsamında korunabilmesi için resmi bir sicile kaydedilmiş olması şart değildir¹⁰². Keza, HGB §30/Abs.1’den farklı ola-

göre ayırt edici unsur olarak işaretin kullanımının süresi ve yoğunluğu dikkate alınmalıdır.” Bkz. ABAD C-96/09 P Anheuser-Busch Inc. v. Budějovický Budvar, národní podnik, (2011) kararı, bkz. **Bentley&Sherman&Gangjee&Johnson** s.1074; **Çelikel**, s.97-98.

⁹⁵ **Arkan**, Ticari İşletme, s.309, 331; **Uzunalli**, Marka, s.76-77; **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s. 487; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.149-150; **Çağlar&Özdamar**, s.135-136; **Suluk&Karasu&Nal**, s. 196-197, 222; **Gün**, s.234; **Kara**, s.93-95; **Karadaş**, s.103. Bu yönde, Yargıtay 11.HD, T.01.04.2019, E. 2018/911, K.2019/2510, **Yargıtay Karar Arama**.

⁹⁶ Bu yönde, ABAD C-96/09 P Anheuser-Busch Inc. v. Budějovický Budvar, národní podnik, (2011); **Bentley&Sherman&Gangjee&Johnson**, s.1074.

⁹⁷ İşaretin, ticaret hayatında herhangi bir şekilde -iş evrakında, tabela, ilân ve reklâmlarda- kullanılmış olması da itiraz hakkının ileri sürülebilmesi için yeterli görülebilir. Bkz. **Arkan**, KHK 8/III, s.104.

⁹⁸ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.150, 164; **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.18; **Suluk&Karasu&Nal**, s.197; **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.105 vd.; **Gün**, s.234; **Kara**, s.126-127; **Karadaş**, s.124-125.

⁹⁹ İşletmeye özgü işaretler, hükümde sayılanlar dışında, işletmede veya teşebbüste kullanılan diğer tüm işaretleri, özellikle firmaya ait tanıtıcı sözleri (Schlagwort) ifade eder. Örneğin, Deutsche Telekom AG’nin “Telekom” sözcüğü gibi. Bunlar isimlerden, ticaret unvanlarından bağımsız olarak kullanılabilir ve işletmeye değil, işletmeye ait organizasyona işaret ederler. Markalar ve ticaret unvanına ait unsurlar da bu kapsamda sayılmaktadır. Bkz. **Spindler&Schuster/Müller**, MarkenG §5, Nr.8. İşletme adının da işletmeye özgü işaret olmasına dair bkz. **Häberle&Erbs&Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §5, Nr.9.

¹⁰⁰ İşletmeye ait sembollerde, isim fonksiyonu gösteren işaretler dışlanır. Diğer bir deyişle bunlar, isim niteliği göstermeyen sembollerden, rakamlardan vb. işaretlerden oluşur. Örneğin logolar, telefon numaraları, yazışma adresleri veya işyerinin mimarisi işletmeye ait sembol olabilir. Bkz. **Spindler&Schuster/Müller**, MarkenG §5, Nr.12; **Häberle&Erbs&Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §5, Nr.10.

¹⁰¹ **Häberle&Erbs&Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §5, Nr. 7; **Häublein&Hoffmann-Theinert/Bömeke**, §17, Nr.38; **Feyer**, §15, Nr.2.

¹⁰² **Koller&Kindler&Roth&Drüen/Roth**, §30, Nr.4; **K-ur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §5, Nr.29.

rak MarkenG'de koruma belli bir bölgeyle sınırlanmayıp ülke çapına yayılmıştır¹⁰³.

MarkenG §5'te ticari işaretler yukarıdaki şekilde tanımlandıktan sonra, tescilsiz ticari işaretlerin (dolayısıyla tescilsiz ticaret unvanlarının) markalara karşı korunması, MarkenG §12 kapsamında özel olarak ele alınmıştır¹⁰⁴. Bu kural uyarınca tescilsiz ticaret unvanının markaya karşı korunabilmesi, markaya kıyasla önceki tarihli olmasına bağlıdır. Öncelik ve sonralık ilişkisi değerlendirilirken başvuru yapılan veya tescil edilen markalarda başvuru tarihi (MarkenG §6/Abs.2), ticaret unvanları dahil olmak üzere diğer ticari işaretlerde ise hakkın elde edildiği an (MarkenG §6/Abs.3) dikkate alınır¹⁰⁵. Dolayısıyla, ticaret unvanında öncelik hakkını -hakkı kullanım suretiyle- elde eden kimse, MarkenG §12 uyarınca unvanının daha sonra marka olarak tescil edilmesini önleyebilir veya tescil gerçekleşmişse bunun terkinini sağlayabilir¹⁰⁶. Bununla birlikte, tescilsiz ticari işaretlerin markalara karşı korunması bahsi her ne kadar MarkenG §12'de özel olarak ele alınmış olsa da eylem, aynı zamanda ticari işaret

hakkına tecavüz teşkil ettiğinden, MarkenG §15 kapsamında men (ve tazminat) davası da gündeme gelebilir¹⁰⁷.

ii. TTK Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Koruma

Türk Ticaret Kanunu m. 39/f.1 hükmüne göre her tacirin, ticari işletmesine ilişkin işlemleri, ticaret unvanıyla yapması ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalaması aranmıştır. TTK 40/f.1 hükmüne göre de her tacirin, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, ticaret unvanının tescili, yasal bir zorunluluk olup, tacir sıfatına bağlanan külfetlerden biridir. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki, ticaret unvanı üzerinde hak kazanılması için, unvanın usulüne uygun olarak tescil edilmiş olması şart değildir. Bu yüzden uygulamada, tescilsiz kullanılan ticaret unvanları da bulunur. Zira unvanın, tescil edilmedikçe kullanılmayacağına ilişkin bir yasak yoktur¹⁰⁸. Şu kadar ki, tescilli ticaret unvanı TTK 52 kapsamında özel olarak koruma altındayken, tescilsiz ticaret unvanı kural olarak genel hükümlere ve özellikle TTK 54 vd. uyarınca haksız rekabet hükümlerine göre korunabilir¹⁰⁹. Öte yandan, unvanın tescil edilmemesi halinde unvan sahibinin TTK 51 kapsamında hukuki ve cezai sorumlulukla karşılaşması, elbette saklıdır¹¹⁰.

Tescilsiz bir ticaret unvanının, sonraki tarihli markayla karıştırılma tehlikesine karşı korunması

¹⁰³ **Häberle&Erbs&Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §5, Nr. 17; **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §12, Nr. 18; **Spindler&Schuster/Müller**, MarkenG §5, Nr.6. Ancak Federal Mahkeme, almış olduğu kararlarda ticari işaretlerin prensip olarak ülke çapında korunduğunu vurgulamakla birlikte, işletmenin sınırlı bir çevre veya bölgede faaliyet göstermesi ve bu amaçla hareket etmesi durumunda, korumanın bölgesel olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu yönde, **Häberle&Erbs&Kohlhaas/Kaiser** MarkenG §5, Nr.17.

¹⁰⁴ **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §12, Nr.2; **Fezer**, §12, Nr.7.

¹⁰⁵ Alman hukukunda bu kural, "öncelik prensibi" (Prioritätsprinzip) olarak adlandırılır ve bütün ticari ad ve işaretler arasında uygulama alanı bulur. Öncelik prensibi uygulandığında, her iki işaret de kıdem bakımından aynı zaman dilimine denk düşerse "birlikte var olma ilkesi" (Grundsatz der Koexistenz) gündeme gelir. Bu ihtimalde işaret sahipleri, birbirlerine karşı hak iddia edemezler ve işaretin kullanımını sınırlayamazlar. Bkz. **Fezer**, §6, Nr.1, 6, 25; **Spindler&Schuster/Müller**, MarkenG §6, Nr.1, 8; **Häberle&Erbs&Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §6, Nr.10-12; **Lange**, §7, Nr.4433, 4436.

¹⁰⁶ MarkenG §12 düzenlemesinin, sonraki tarihli markanın tescili bakımından nispi ret nedeni olması ve bu bağlamda §51'de düzenlenen hükümsüzlük davasına zemin hazırlaması konusunda, **Fezer**, §12, Nr.1, 14-15; **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §12, Nr.1, 21.

¹⁰⁷ **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §12, Nr.1; **Fezer**, §12, Nr.10. MarkenG §15 hükmüne, tescilli ticaret unvanlarının sonraki tarihli markaya karşı korunması bahsinde değinilecektir (Bkz. II-C-1-b-i).

¹⁰⁸ **Suluk&Karasu&Nal**, s.379-380; **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.428; **Karadaş**, s.35.

¹⁰⁹ **Poroy&Yasaman**, s.525; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.25; **Bilgili&Demirkapı**, s.120; **Güneş**, Uygulamalı Marka, s.9; **Topsoy**, s.107; **Çağlar&Özdamar**, s.125; **Suluk&Karasu&Nal**, s.381; **Karayazgan**, s.75; Yargıtay HGK, T.21.03.2019, E.2017/11-1298, K.2019/335, **Kazancı İçtihat**.

¹¹⁰ **Karadaş**, s.35.

haksız rekabet hükümlerine dayanılarak pekâlâ sağlanabilir. Zira TTK 55/f.1 -a.4 hükmüne göre, “başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” tescilsiz unvan sahibinin karıştırılmaya yol açan sonraki tarihli marka sahibine karşı ileri sürebileceği bir haksız rekabet halidir¹¹¹. Bu noktada, tarafların farklı faaliyet alanlarında bulunmaları, karıştırılma tehlikesinin oluşmasını tamamen bertaraf etmez¹¹². Ortalama yetenekteki olağan bir tüketicinin aldanmasına yol açacak bir benzerliğin bulunup bulunmadığı dikkate alınmalıdır¹¹³. Haksız rekabete sebep olan sonraki tarihli marka sahibine karşı, somut olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde haksız rekabetten doğan hukuki ve cezai sorumluluk söz konusu olur¹¹⁴ (TTK 56 vd.).

iii. TBK Haksız Fiil Hükümlerine Göre Koruma

Tescilsiz olmakla beraber öncelik hakkına sahip ticaret unvanının, sonraki tarihli markaya karşı haksız fiil hükümlerine (TBK 49 vd.) dayanılarak korunması da mümkündür. Zira kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille öncelik hakkına sahip ticaret unvanına zarar veren marka sahibi, haksız fiil işlemiş demektir. Bunun için unvan sahibinin, elbette uğradığı zararı ve marka sahibinin kusurunu ispatlaması şarttır¹¹⁵ (TBK 50).

iv. TMK 26 Anlamında “Ad” Kapsamına Göre Koruma

Ticaret unvanı, ad kavramının geniş yorumlanması sayesinde, medeni hukukun adla ilgili hükümleri kapsamında değerlendirilebilir. Diğer deyişle

unvan, bir tür ad olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun¹¹⁶ 26. maddesi uyarınca, sonraki tarihli marka sahibine karşı da korunabilir. Buna göre, unvan sahibi, unvanı üzerindeki çekişmeli hakkının tespitini dava edebileceği gibi, unvanını haksız olarak kullanan marka sahibinin buna son vermesini, karşı taraf kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevî tazminat ödenmesini isteyebilir¹¹⁷ (TMK 26).

Alman hukukunda ise daha önce de belirttiğimiz üzere¹¹⁸ ticaret unvanının bir ad olduğu hususu Kanun’da açıkça vurgulanmıştır¹¹⁹ (HGB § 17/Abs.1). Kanun’da bu vurguyu takiben, taciri betimleyen ibarenin “ad” olmaya uygun nitelikte olması, yani ticari faaliyette bulunan ortalama düzeydeki katılımcılar için okunabilir, telaffuz edilebilir vasıfta olması ve ayırt edici güce sahip olması gerektiği belirtilmiştir¹²⁰ (HGB §18/Abs.1). Bu sebeple koruma, yalnızca tacirin -şekli anlamda- kullandığı tabirle sınırlı olmayıp, ad fonksiyonunu da kapsamaktadır. Dolayısıyla, unvanın korunması bakımından, HGB dışında önemli ölçüde “ad”a ilişkin düzenlemelerden

¹¹⁶ 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG. 08.12.2001, S. 24607).

¹¹⁷ **Çağlar&Özdamar**, s.134-135; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.24.

¹¹⁸ Bkz. I-B.

¹¹⁹ Ancak hükümde alelade bir ad değil, tacirin kimliğini tespit eden fonksiyonel bir ad kastedilmektedir. Bkz. **Schmidt**, Handelsrecht, s.339. Burada, “fonksiyonel ad” ile ifade edilmek istenen, yalnızca dil göstergeleri (Sprachzeichen) kullanılarak [şekli göstergeler (Bildzeichen) değil] doğrudan veya dolaylı olarak ehliyet sahibi olan tacire işaret etmektir. Böylece, bir nevi tacirin soyut olarak kimlik tespiti gerçekleşir. Bu bağlamda, ad olarak anlaşılacak bütün işaretler geçerli ve uygun sayılır. Buna karşın, şekli göstergeler söz konusu olduğunda, unvanın isim fonksiyonu devre dışı kalır. Bkz. **Koller&Kindler&Roth&Drüen/Roth**, §18, Nr.3.

¹²⁰ **Häublein&Hoffmann-Theinert/Bömeke**, §17, Nr. 13, §18, Nr.5; **Schmidt/Heidinger**, Vorb. §17, Nr. 17. Ancak belirtelim ki, ibarenin “anlamli bir sözcük” olarak telaffuz edilebilir olması şart değildir. Yan yana ünsüz harflerden teşekkül eden bir ibare de telaffuz edilebilmesi kaydıyla (örneğin AKDV GmbH) unvan olarak kullanılabilir. Buna karşılık, Latin alfabe sistemine dahil olmayan ibareler (örneğin “%”, “=” veya “#”) ve salt görsel içeriklerden oluşan ibareler, prensip olarak unvanlarda kullanılamaz. Bkz. **Häublein&Hoffmann-Theinert/Bömeke**, §18, Nr.5-6; **Oetker/Schlingloff**, §18, Nr.7-8.

¹¹¹ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.25; **Karayazgan**, s.76.

¹¹² Bkz. Yargıtay HGK, T.21.03.2019, E.2017/11-1298, K. 2019/335, **Kazancı İçtihat**.

¹¹³ **Aksoy**, Haksız Rekabet, s.108.

¹¹⁴ Haksız rekabet halinde söz konusu olabilecek temel yaptırımlar için, bkz. III-B-1-a-i.

¹¹⁵ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.26. Alman hukukunda da ticari işaretlerin (dolayısıyla ticaret unvanlarının) korunmasında haksız fiil hükümlerine başvurulabilir. Ancak gerek yargı kararlarının gerekse öğretideki hâkim görüşün ifade ettiği üzere, haksız fiile dayalı tazminat istemleri bu bağlamda tâli nitelik arz eder. Bkz. **Fezer**, §15, Nr.32.

de yararlanılabilir¹²¹. Unvanın resmi bir sicile kaydedilmiş olup olmaması bu noktada herhangi bir önem taşımaz ve ticaret siciline kaydedilmeksizin kullanım yoluyla edinilen unvanlar dâhi -ad fonksiyonuna sahip olması kaydıyla- adın korunmasına ilişkin hükümden (BGB §12) yararlanabilir¹²².

Bu bağlamda, MarkenG'deki hükümler ile adın korunmasının düzenlendiği BGB §12 hükmü arasında bir öncelik - sonralık ilişkisi olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Alman öğretisinde, ticari işaretler bakımından MarkenG ile sağlanan korumanın, adın korunmasının düzenlendiği BGB §12 hükmüne nazaran öncelikli olduğu savunulmaktadır¹²³. Ancak ticari işaretler bakımından kanunlarda yer alan diğer düzenlemelerin de uygulanabilmesine cevaz veren MarkenG §2 hükmü dikkate alındığında, anılan görüşün yanlış anlaşılmaya açık olduğu söylenebilir. Bu konuda, MarkenG'deki hükümler ile adın korunmasının düzenlendiği BGB §12 hükmünün yarışma halinde olduğunu kabul etmek isabetli bir yaklaşım olacaktır. Buna karşılık ticari işaret, ticaret alanı dışında kullanılırsa yarışma hali son bulur ve yalnızca BGB §12 kapsamındaki koruma gündeme gelebilir¹²⁴.

v. Uluslararası Düzenlemelere Göre Koruma

Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi¹²⁵, fikri çalışmaların başka ülkelerde

korunmasını, hak sahipleri lehine teminat altına alan başlıca uluslararası sözleşmedir. Sözleşme kapsamında koruma altına alınan sınai haklar arasında, patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar ve markaların yanı sıra ticaret unvanları da bulunmaktadır (m. 1). Sözleşme'nin ticaret unvanlarına (Trade Names/Handelsnamen) ilişkin 8. maddesine göre¹²⁶, "ticaret unvanı, bir (fabrika veya) ticaret markasının parçası olsun ya da olmasın, başvuru ya da tescil zorunluluğu olmaksızın, birliğe dâhil ülkelerin tümünde korunacaktır." O halde, Sözleşme'ye taraf ülkelerden herhangi birinde usulüne uygun olarak tescil edilen ticaret unvanı, birlik üyesi diğer ülkelerde tescil edilmiş olmasa da koruma altına alınmıştır¹²⁷. Bu itibarla, Sözleşme'ye taraf yabancı bir ülkede tescil edilen ticaret unvanı, Türkiye'de tescilsiz olsa bile, kullanılıyor ya da biliniyor olması kaydıyla TTK 52 kapsamında korunabilir¹²⁸. Elbette bu koruma, sonraki tarihli markaya karşı da geçerlidir.

Ayrıca belirtmeli ki, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması¹²⁹ (TRIPs) m. 2 hükmünde, Dünya Ticaret Örgütü üyelerinin, Paris Sözleşmesi'nin 1-12. maddeleri ile 19. maddesine riayet edecekleri düzenlenmiştir. Sözleşme'nin ticaret unvanlarının korunmasına ilişkin (8.) maddesi, yollama yapılan 1-12. maddeler arasında yer

holm metninin 1-12. maddelerine ise 1 Şubat 1995 tarihi itibarıyla yürürlük kazandırmıştır.

¹²¹ **Canaris**, s.182, Nr.4; **Fezer**, §15, Nr.2, 15 ve 30. Anılan son yazara göre, ticaret unvanının korunması bakımından MarkenG §2 sebebiyle, MarkenG §§5, 15 ile BGB §12 ve HGB §37 yarışma halindedir. Ancak daha önce belirttiğimiz üzere, HGB §§30, 37'nin korunması hem içerik hem de coğrafi açıdan daha sınırlıdır (Bkz. I-B). Yine, BGB §12 korunmasının, MarkenG §15'teki korumaya nazaran daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir. Zira BGB §12 uyarınca, ihlâl teşkil eden eylemin hak sahibinin menfaatini zedelemesi yeterli olup, karıştırılma tehlikesine yol açması gerekli değildir. Bkz. **Fezer**, §15, Nr.31.

¹²² **Baumbach&Hopt/Hopt** §17, Nr.11; **Koller&Kindler&Roth&Drüen/Roth**, §30, Nr.4.

¹²³ **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §13, Nr.20.

¹²⁴ **Spindler&Schuster/Müller**, MarkenG, §2, Nr.5-6; **Fezer**, §15, Nr.29.

¹²⁵ "Paris Convention for the Protection of Industrial Property". 1883 yılında imzalanıp kabul edilen sözleşmeye, Türkiye 1925 yılında taraf olmuş, sözleşmeye ek 1967 tarihli Stock-

¹²⁶ Maddenin Almanca metninde, İngilizce metinden farklı olarak "bir fabrika veya ticaret markası" ifadesine yer verilmiştir.

¹²⁷ **Çağlar&Özdamar**, s.133; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.28; **Çolak**, s.334. Bkz. İstanbul BAM 16.HD, T.11.06.2018, E.2018/1887, K.2018/1387, **Kazancı İctihat**. Alman hukuku için, aynı yönde, **Schmidt/Heidinger**, §17, Nr.41; **Fezer**, §15, Nr.10; **Baumbach&Hopt/Hopt**, §17, Nr.48; **Oetker/Schlingloff**, §17, Nr.35.

Alman Federal Mahkemesi de ticaret unvanı özelinde aldığı "Torres" kararında, Paris Sözleşmesi'nin iç hukukta doğrudan uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Karar için, bkz. BGH, 10.07.1995, I ZR 140/93 (Hamburg), NJW 1995, 2985.

¹²⁸ **Çağlar&Özdamar**, s.138; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.29.

¹²⁹ "The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)". Söz konusu Anlaşma, Türkiye'nin de 26 Mart 1995 tarihinden bu yana üyesi olduğu Dünya Ticaret Örgütü'nü kuran anlaşmanın 1C ekidir.

aldığı için ticaret unvanlarının TRIPs hükümlerine dayanılarak da korunabileceği kabul edilmektedir¹³⁰.

b. Tescilli Ticaret Unvanının Sonraki Tarihli Markaya Karşı Korunması

i. SMK Hükümlerine Göre Koruma

Marka tescilinde nispi ret nedenleri kenar başlığına sahip SMK 6 hükmünün, 6. fıkrası¹³¹ uyarınca, “*tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.*” Anılan düzenleme, esasında 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi m. 5/f.4-b hükmünden ileri gelmektedir. Çalışma konumuz bağlamında, SMK 6/f.6 hükmünün, SMK 6/f.3 hükmünden temel farkı, özellikle ticaret siciline tescil edilen ticaret unvanı ve işletme adını kapsamına almasıdır¹³². Dolayısıyla, tescilli bir ticaret unvanına dayanılarak SMK 6/f.6 uyarınca marka tescil başvurusuna itiraz edilebileceği gibi, SMK 25/f.1 hükmünde yapılan yollama sebebiyle tescili gerçekleşmiş bir markanın hükümsüzlüğü de istenebilir¹³³. Bunun için, tescilli unvan ile marka arasında mal veya hizmet benzerliği bulunup bulunmadığını da araştırmak gerekir¹³⁴. Nitekim, Yargıtay’ın

19.02.2019 tarihli bir kararında, davacının ticaret unvanını, davalının marka tescil başvurusunda bulunduğu sınıf yönünden kullanmadığı gerekçesiyle, SMK 6/f.6 (556 sayılı KHK 8/f.5) hükmünün uygulama koşullarının tescilli unvan sahibi davacı yararına oluşmadığına hükmedilmiştir¹³⁵.

Yargıtay’ın 22.01.2018 tarihli kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, “OCAKLI” ibaresini taşıyan tescilli ticaret unvanına sahip davacı, turizm, gıda, akaryakıt, nakliye alanlarında faaliyet gösterirken, “MAVİ OCAKLI” ibaresini marka olarak tescil ettiren davalı ise turizm ve dinlenme tesisi işletmektedir. Davacının tescilli ticaret unvanı ile davalı adına tescil edilen markanın aynı ibarelerden oluştuğu, “OCAKLI” ibaresi üzerinde davacının öncelik hakkı bulunduğu ve davalının iyi niyetli olmadığı gerekçesiyle markanın hükümsüzlüğüne ve manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir¹³⁶.

Yargıtay’ın 07.10.2019 tarihli kararına konu olan bir başka uyuşmazlıkta ise, “GET UP AND GO TOURS” ibareli davalı markasının hükümsüzlüğüne yönelik istemde bulunan davacı tarafın “GO” unsurlu ticaret unvanına dayanarak da davanın kabulünü talep etmiş bulunmasına ve davacının tescilli ticaret unvanının “Go Uluslararası Nakliyat Servis Ticaret AŞ” olmasına rağmen, karıştırılma tehlikesi karşısında bu yöne ilişkin hiçbir değerlendirme yapılmaksızın ve gerekçe gösterilmeksizin davanın reddine karar verilmesi, Yargıtay’ca bozma sebebi olarak görülmüştür¹³⁷.

Alman hukuku incelendiğinde ise tescilli ticaret unvanlarının sonraki tarihli markaya karşı MarkenG §§5, 13 ve 15 kapsamında korunduğu görül-

¹³⁰ **Fezer**, §15, Nr.12-13; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.30-31; **Çağlar&Özdamar**, s.133.

¹³¹ SMK 6/f.6 düzenlemesi, Mülga 556 sayılı KHK 8/f.5 hükmüne karşılık gelmektedir.

¹³² **Arkan**, Marka I, s.110; **Suluk&Karasu&Nal**, s.201; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.169; **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.112.

¹³³ **Uzunalli**, Marka, s.90-91; **Çolak**, s.409; **Aksoy**, Markada Tescil, s.310; **Karadaş**, s.106. Bu yönde, Yargıtay 11.HD, T.14.10.2014, E.2014/8553, K.2014/ 15475, **Güneş**, Uygulamalı Marka, s.167.

¹³⁴ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.169; **Bilge**, Marka ve Ticaret Unvanı, s.19; **Çolak**, s.409; **Suluk&Karasu &Nal**, s.202. Yargıtay’ın bir kararında, “*Yalan Dünya*” ibarelerini taşıyan tescilli ticaret unvanı ile sonraki tarihli marka arasındaki ilişki incelenmiş, davacının tasarımcı olup, kariyerinde isminin daha ön planda bulunduğu, davalının faaliyetlerinin ise film ve sinema yapımcılığında yoğunlaştığı, tüketicinin işaretleri karıştırmasına ihtimal bulunmadığı, muhatap oldukları müşteri çevresinin farklı olduğu, tasarımcılıkla film yapımcılığının karıştırılma riskinin de söz konusu olamayacağı gerekçeleriyle, tescilli unvan sahibinin istemlerinin reddine hükmedilmiştir. Bkz. Yargıtay

11.HD, T.07.04.2009, E.2007/9569, K.2009/4223, **Uzunalli**, Marka, s.91-92.

¹³⁵ Yargıtay 11.HD, T.19.02.2019, E.2017/4721, K.2019/ 1298, **Yargıtay Karar Arama**.

¹³⁶ Yargıtay 11.HD, T.22.02.2018, E.2016/10732, K.2018 /1362, **Yargıtay Karar Arama**; **Güneş**, Uygulamalı Marka, s.481-482. Aynı yönde, Yargıtay 11.HD, T. 06.12.2017, E.2016/4942, K.2017/6938, **Kazancı İçtihat**.

¹³⁷ Yargıtay 11.HD, T.07.10.2019, E.2018/4735, K.2019/ 6265, **Kazancı İçtihat**.

mektedir¹³⁸. Özellikle “Diğer Öncelikli Haklar” başlığını taşıyan §13/Abs.2 hükmünde, SMK 6/f.6’ya benzer şekilde, önceki tarihli isim haklarının, fotoğraf ve telif haklarının, (bitki) türleri(ni) gösteren işaretler ile coğrafi işaretlerin ve nihayet diğer sınai hakların, sonraki tarihli markalara karşı korunduğu belirtilmiştir¹³⁹. Öncelik hakkını haiz ve tescilli olan ticaret unvanlarının da bu madde anlamında -en azından isim fonksiyonu göstermesi durumunda- koruma altına alındığı kabul edilebilir¹⁴⁰. Kaldı ki, Kanun’un lafzından da yapılan bu sayımın sınırlayıcı nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır¹⁴¹. Dolayısıyla, öncelik hakkını haiz tescilli ticaret unvanları daha sonra marka olarak tescil edilirse unvan sahibi, MarkenG §13’ten hareketle ve §51, 55’e dayanarak hükümsüzlük davası açıp markanın terkinini sağlayabilir¹⁴². Bunun dışında, yine MarkenG §13’ün lafzından, korumanın yalnızca sonraki tarihli tescilli markalarla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır¹⁴³. Ancak Federal Mahkeme’ye göre, marka başvurusu yapılmış olmasına rağmen henüz tescil gerçekleşmemişse ve tescille birlikte ihlal riski doğacaksa, öncelik hakkını haiz olan kimse -ticaret unvanı sahibi- başvurunun geri çekilmesi davası açabilir¹⁴⁴.

Bununla birlikte, öncelik hakkını haiz tescilli ticaret unvanlarının, sonraki tarihli markaya karşı korunmasında, ticari işaret hakkına tecavüzün düzenlendiği MarkenG §15 hükmüne dayanılarak men ve tazminat davalarına da zemin hazırlanabilir¹⁴⁵. Buna göre, ticari işarete, dolayısıyla ticaret unvanına ilişkin korumanın elde edilmesi, sahibine tekel hakkı bahşeder (Abs.1). Bu sebeple üçüncü kişiler, ticaret sırasında söz konusu işareti veya benzerini yetkisiz bir şekilde ve karışıklığa sebep olacak biçimde kullanamazlar¹⁴⁶ (Abs.2). Hatta ticari işaretin ülke genelinde belli bir tanınırlık düzeyine ulaşması durumunda, karışıklığa sebep olma koşulu aranmaksızın, ayımsının veya benzerinin başkalarınca dürüstlüğe aykırı olarak ve ayırt edici gücüne zarar verecek veya değerini düşürecek şekilde kullanılması da mümkün değildir (Abs.3). Belirtilen kurallara uyulmaz ve aykırılığın tekrar etme tehlikesi bulunursa men davası açılabilir (Abs.4). Ayrıca üçüncü kişiler, kasten veya ihmali suretiyle anılan kurallara aykırı hareket ederse hak sahibinin uğramış olduğu zararı tazmin etmeyle yükümlü olurlar (Abs.5).

ii. TTK 52 Kapsamına Göre Koruma

Bir ticaret unvanı seçerek kullanmak ve bunu tescil ettirmek, tacirler için bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda bir haktır. Zira TTK 50 hükmü uyarınca “*usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir.*” O halde, ticaret unvanının tescil edilmesiyle birlikte tacir, unvanı kullanmak konusunda herkese karşı ileri

¹³⁸ Burada da öncelik-sonralık ilişkisi belirlenirken MarkenG §6’daki kriterler dikkate alınır. Kriterler için bkz. III-C-1-a-i.

¹³⁹ Alman hukukuna mehz teşkil eden 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 60/f.2’de ise bu haller -SMK 6’da olduğu gibi- nispi ret nedeni olarak sayılmıştır. MarkenG §13 kuralı da esasen aynı fonksiyonu göstermekle birlikte (**Fezer**, §13, Nr.1; **Kur & v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §13, Nr.1), nispi ret nedenlerini düzenleyen MarkenG §9’dan bağımsız, müstakil bir hüküm olarak tasarlanmıştır.

¹⁴⁰ **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §13, Nr.21.

¹⁴¹ **Ingerl**, Reinhart& **Rohnke**, Christian (2010) Markengesetz, 3.neubearbeitete Aufl., München, Verlag C.H. Beck, §13, Nr.1; **Fezer**, §13, Nr.5; **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §13, Nr.1, 77.

¹⁴² MarkenG §13 / MarkenG §§ 51, 55 arasındaki bağlantı için, **Ingerl/Rohnke**, §13, Nr.1; **Häberle& Erbs&Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §13, Nr.1; **Kur & v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §13, Nr.2, 78.

¹⁴³ **Spindler&Schuster/Müller**, MarkenG §13, Nr.1-2; **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §13, Nr.12-13.

¹⁴⁴ Federal Mahkeme’nin bu yöndeki kararları için bkz. **Kur&v. Bomhard&Albrecht/Weiler**, §13, Nr.12; **Ingerl/Rohnke**, §13, Nr.5.

¹⁴⁵ Gerçi marka hakkına tecavüzün düzenlendiği MarkenG §14/Abs.3, Nr. 5’te, marka siciline tescil edilen bir işaretin daha sonra ticaret unvanı olarak seçilmesi açıkça yasaklanmışken, ticari işaret hakkına tecavüzün düzenlendiği MarkenG §15’te, ticaret unvanı olarak seçilen bir işaretin daha sonra marka olarak tescil edilemeyeceğine dair herhangi bir yasak getirilmemiştir. Ancak ticari işaretlerin birbirlerine karşı üstünlüğü söz konusu olamayacağından, ticaret unvanı olarak seçilen bir işaretin sonradan marka olarak tescil ettirilmesini de tecavüz teşkil eden bir eylem olarak yorumlamak gerekir.

¹⁴⁶ Ticari işaretlerdeki karıştırılma tehlikesi bakımından, markadaki ilkelerin aynı şekilde uygulama alanı bulacağı konusunda, **Spindler&Schuster/ Müller**, MarkenG §15, Nr.10; **Häberle&Erbs& Kohlhaas/Kaiser**, MarkenG §15, Nr.9.

sürebileceği bir mutlak hakka, “*tekel hakkına*” kavuşur. Bu sayede, unvan sahibi tescilden itibaren TTK 52 hükmü ile sağlanan özel korumadan yararlanabilir. Tescilsiz bir unvan ise bu özel korumanın kapsamı dışında kalır¹⁴⁷.

Karıştırılma tehlikesiyle, tescilli unvan sahibinin sonraki tarihli markaya karşı TTK 52 hükmüne dayanan korumadan yararlanabilmesi için, markanın unvansal bir etkisinin olması gerekir. Bu açıdan, markanın kaynak belirtme işlevi, kullanımın unvansal bir etki doğurduğuna doğal bir gerekçe olarak kabul edilebilir¹⁴⁸. Öte yandan, TTK 52 hükmünde öngörülen özel koruma hem gerçek kişi hem de tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanları bakımından, herhangi bir ayrıma gidilmeksizin tüm Türkiye genelinde geçerli olan bir korumadır¹⁴⁹ (TTK 45).

Türk Ticaret Kanunu m. 52 uyarınca, ticaret unvanının, ticari dürüstlüğe aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması hâlinde hak sahibi, bunun tespitini, yasaklanmasını; haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gereğinde araçların ve ilgili malların imhasını, zarar varsa maddi ve manevi tazminat isteyebilir (f.1). Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemi üzerine, kararın gazete ile yayımlanmasına da karar verebilir (f.2).

Anılan maddenin birinci fıkrasında yer alan, “*haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse*” ifadesi, unvanın bir başkası tarafından yalnızca ticaret unvanı olarak değil, diğer bir ayırt edici işaret, söz gelimi marka veya işletme adı olarak kullanılması ve ilgili sicile tescil edilmesi şeklinde, koruma kapsamını daraltmayan bir biçimde yorumlanmalıdır¹⁵⁰. Kaldı

ki, TRIPS m. 2/f.1 ve Paris Sözleşmesi m. 8 hükümlerinde, yalnızca bir başka ticaret unvanı vasıtasıyla gerçekleşen tecavüzlere karşı değil, diğer tür kullanımlara karşı da, unvana yönelik özel bir koruma sağlanmıştır¹⁵¹. Dolayısıyla, tescilli unvan sahibinin, karıştırılma tehlikesi karşısında, sonraki tarihli markaya karşı somut olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde, madde metninde yer alan istemlerde bulunması mümkündür.

iii. Kümülatif Koruma

Tescilli ticaret unvanının sonraki tarihli markaya karşı korunması açısından, TTK 52 hükmünün sağladığı özel korumanın yanı sıra, haksız rekabet, haksız fiil ve adın korunması hükümlerine de başvurulabileceğini belirtmek gerekir¹⁵². Zira katıldığımız görüş uyarınca, sözü edilen hukuki imkânlar yarışma içerisinde olup, kümülatif olarak uygulanabilirler¹⁵³. Bu da somut olay açısından koşulları varsa her bir hükmün ikinci derecede değil, doğrudan ve birinci derecede uygulanabileceği anlamına gelmektedir¹⁵⁴. Bundan dolayı, tescilsiz ticaret unvanının sonraki tarihli markaya karşı korunması başlığı altında yapılan haksız rekabete, haksız fiile ve adın korunmasına ilişkin açıklamalar, tescilli ticaret unvanı bakımından da geçerli olacaktır¹⁵⁵.

İşletme Adı, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, İÜHF Yayını, s.19-20.

¹⁵¹ **Çağlar&Özdamar**, s.125 dn.16; **Karadaş**, s.106.

¹⁵² Alman hukukunda, sayılan olanaklar dışında, mülkiyetin korunmasının düzenlendiği BGB §1004 kuralının da (müdahalenin menî ve refî istemi) uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. **Schmidt**, Handelsrecht, s.373. BGB §1004’ün ancak kıyasen uygulanabileceği yönünde, **Feyer**, §15, Nr.32.

¹⁵³ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.27; **Karadaş**, s.112. Aynı yönde, **Schmidt**, Handelsrecht, s.373; **Suluk&Karasu&Nal**, s.21. TTK 52 (eTTK 54) hükmünde, haksız fiilin özel bir türünün düzenlendiği yönünde, Yargıtay 11.HD, T.21.01.2014, E.2012/9798, K.2014/1297, **Kazancı İctihat**.

¹⁵⁴ Bkz. III-B-1-b-ii.

¹⁵⁵ Bkz. III-C-1-a.

¹⁴⁷ **Poroy&Yasaman**, s.525; **Arkan**, Ticari İşletme, s.290; **Bahtiyar**, s.140; **Küçükali**, s.149-150; **Ülgen & Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.425-426; **Çağlar&Özdamar**, s.126. Bkz. III-C-1-a-ii.

¹⁴⁸ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.156.

¹⁴⁹ **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.426; **Poroy&Yasaman**, s.526; **Karayazgan**, s.57.

¹⁵⁰ Bu yönde, **Çağlar&Özdamar**, s.124-125, dn.16; **Karadaş**, s.106. Aksi görüş için **Okutan**, Gül (1997) ‘Ticaret Unvanı ve

2. Ticaret Unvanının İşletme Adına Karşı Korunması

a. Tescilsiz Ticaret Unvanının Sonraki Tarihli İşletme Adına Karşı Korunması

Ticaret hayatının önemli unsurlarından biri olan işletmelerde, özellikle hizmet sektöründe faaliyet gösterenler açısından daha kolay gözlemlenebilecek şekilde, tanınmışlıklarını artırmak ve esasen diğer işletmelerden ayırt edilebilmelerini sağlamak amacıyla, işletme adı kullanıldığı ve işletme faaliyetlerinin de bu ad altında sürdürüldüğü görülmektedir.¹⁵⁶ Bu sebeple, ticaret unvanı ile işletme adı arasında gerek ayırt etme gerekse tanıtmaya bakımından çok yakın bir ilişki benzerliği bulunur. Ancak, bu benzerliğin odak noktası farklı olup, ticaret unvanı taciri, işletme adı ise işletmeyi hedef tutmaktadır.

Tescilsiz fakat öncelik hakkını haiz bir ticaret unvanının, bir başkası tarafından işletme adı olarak kullanılması durumunda, unvan sahibi TTK 54 vd. uyarınca haksız rekabet hükümlerine başvurabileceği gibi, haksız fiil hükümleri (TBK 49 vd.) ve adın korunması (TMK 26) kapsamındaki hukuki imkânlardan da yararlanabilir.¹⁵⁷ Ayrıca, Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi'ne taraf yabancı bir ülkede tescil edilen ticaret unvanının, Türkiye'de tescilsiz olsa bile, kullanılıyor ya da biliniyor olması kaydıyla, işletme adına karşı da TTK 52 kapsamında korunabileceğini kabul etmek gerekir. Keza bu koruma, TRIPS hükümlerine de dayandırılabilir.¹⁵⁸

b. Tescilli Ticaret Unvanının Sonraki Tarihli İşletme Adına Karşı Korunması

Tescilli bir ticaret unvanı, TTK 52 çerçevesinde özel olarak işletme adına karşı da korunabilir.¹⁵⁹ Bunun yanı sıra, tescilli ticaret unvanının sonraki tarihli işletme adına karşı korunmasında kümülatif olarak haksız rekabet, haksız fiil ve adın korunması hükümlerine de dayanılması mümkündür. Bu sebeple, tescilsiz ticaret unvanının sonraki tarihli markaya karşı korunması başlığı altında yapılan haksız rekabete, haksız fiile ve adın korunmasına ilişkin açıklamalar, bu başlık altında da ilke olarak geçerlidir.¹⁶⁰

D. İŞLETME ADININ MARKA VE TİCARET UNVANINA KARŞI KORUNMASI

1. İşletme Adının Markaya Karşı Korunması

a. Tescilsiz İşletme Adının Sonraki Tarihli Markaya Karşı Korunması

i. SMK Hükümlerine Göre Koruma

İşletme adı, işletme sahibi ile ilgili olmaksızın, doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve onu benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan addır (TTK 53). Marka tescilinde nispi ret nedeni olarak düzenlenen SMK 6/f.3 hükmü "*başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir*" şeklindedir. Madde metninde yer verilen, ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret kapsamına, işletme adı da girmektedir. Dolayısıyla, tescilsiz işletme adı için bir kişi öncelik hakkına sahipse, bir başkasının sonraki tarihli marka tescil başvurusuna itiraz edebileceği gibi, tescili ger-

¹⁵⁶ Güngör, s.193.

¹⁵⁷ Alman hukukunda ise tescilsiz ticaret unvanları, daha önce de belirttiğimiz gibi MarkenG §12 kapsamında özel olarak korunmaktadır (Bkz. II-C-1-a-i). Ancak bu özel koruma dışında duruma göre, haksız rekabet, haksız fiil ve adın korunması hükümlerine de dayanılabilir.

¹⁵⁸ Bkz. III-C-1-a.

¹⁵⁹ Bu konuda yapılan açıklamalar için, III-C-1-b-ii. Aynı yönde, Çağlar&Özdamar, s.140-141.

¹⁶⁰ Bkz. III-C-1-a. Alman hukukunda ise ticari işaretler, birbirlerine karşı öncelik prensibine göre ve yine MarkenG §§5 ve 15 hükümleri kapsamında korunduğundan, yukarıda tescilli ticaret unvanının markaya karşı korunması bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir. Bkz. III-C-1-b-i.

çekleşen markanın hükümsüzlüğüne yönelik dava da açabilir¹⁶¹. Bu çerçevede, tescilsiz ticaret unvanının sonraki tarihli markaya karşı korunması başlığı altında yer alan SMK 6/f.3 hükmüne ilişkin açıklamalar, niteliğine aykırı düşmedikçe tescilsiz işletme adı için de geçerlidir¹⁶².

ii. TTK Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Koruma

İşletme adı kullanma zorunluluğu bulunmakla birlikte, tacir bir işletme adı kullanıyorsa, onu tescil ettirmelidir. Tescil edilen işletme adları hakkında, Türk Ticaret Kanunu'nun 38, 45, 47, 50, 51 ve 52. maddeleri uygulanır (TTK 53). Fakat buna rağmen, işletme adı tescil edilmeden de kullanılabilir. Böyle bir durumda, tescilsiz işletme adının, TTK 53 hükmünde yollama yapılan tescilli ticaret unvanlarına ilişkin TTK 52 kapsamındaki özel hukuki korumadan yararlanması mümkün değildir. Bununla birlikte, tescilsiz bir işletme adı hukuki korumadan tamamen yoksun bırakılmamış, özellikle TTK 54 vd. uyarınca haksız rekabet hükümlerine göre korunmaları öngörülmüştür¹⁶³. Bu itibarla, "başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak" tescilsiz işletme adı ile karıştırılmaya yol açan sonraki tarihli marka sahibine karşı ileri sürülebilecek bir haksız rekabet halidir¹⁶⁴ (TTK 55/f.1-a.4). Haksız rekabetten doğan hukuki ve cezai

sorumluluk, tescilsiz işletme adının markaya karşı korunması açısından da geçerlidir¹⁶⁵ (TTK 56 vd.).

iii. TBK Haksız Fiil Hükümlerine Göre Koruma ve TMK 26 Değerlendirmesi

Tescilsiz fakat öncelik hakkına sahip işletme adının, sonraki tarihli markaya karşı haksız fiil hükümlerine (TBK 49 vd.) dayanılarak korunması da mümkündür. Elbette bunun için, somut olayda haksız fiilin koşulları gerçekleşmiş olmalıdır¹⁶⁶.

Öte yandan işletme adının, TMK 26 anlamında bir ad olarak kabul edilemeyeceği fikrindeyiz. Zira ticaret unvanı, bir gerçek ya da tüzel kişiliği karşılamaktayken, işletme adı işletme faaliyetlerinin sürdürüldüğü kişiliği olmayan bir birimi ifade eder. Diğer deyişle, işletme adı bir kişiliği haiz olmadığından, TMK 26 anlamında korunan bir ad olarak değerlendirilmemelidir¹⁶⁷. Aslında buna, işletme adının, işletme sahibinden bağımsız olarak işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılması dayanak teşkil eder¹⁶⁸ (TMK 53).

b. Tescilli İşletme Adının Sonraki Tarihli Markaya Karşı Korunması

i. SMK Hükümlerine Göre Koruma

Tescilli işletme adını da kapsamına alan SMK 6/f.6 hükmü uyarınca, tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mül-

¹⁶¹ Yargıtay 11.HD, T.11.06.2014, E.2014/4582, K.2014/11171, **Yargıtay Karar Arama**.

¹⁶² Bkz. III-C-1-a-i. Alman hukukunda ise tescilsiz ticari işaretler (dolayısıyla işletme adları) MarkenG §5, 12, 15 kapsamında korunduğundan, yukarıda tescilsiz ticaret unvanının markaya karşı korunması bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar, bu alt başlık için de geçerlidir. Bkz. III-C-1-a-i.

¹⁶³ **Poroy&Yasaman**, s.534; **Arkan**, Ticari İşletme, s.293; **Güngör**, s.199, 206; **Topsoy**, s.108-109; **Ormanci**, s.111; **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.437, 441; **Bahtiyar**, s.141. Alman hukukunda da işletme adlarının UWG §§ 3, 5 kapsamında korunabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Häublein&Hoffmann-Theinert/Bömeke**, §17, Nr.35.

¹⁶⁴ Bkz. III-C-1-a-ii.

¹⁶⁵ Haksız rekabette temel yaptırımlar için, bkz. III-B-1-a-i.

¹⁶⁶ Alman hukuku için aynı yönde, **Fezer**, §15, Nr.32.

¹⁶⁷ **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.31-32; **Suluk&Kara-su&Nal**, s.387. Aksi yönde, **Güngör**, s.206; **Ormanci**, s.111. TMK 26'da yer alan adın korunması hükümlerinden gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir. İşletme adı ise bir gerçek kişinin adı olmadığı gibi, tüzel kişinin adı da değildir. İşletme adı içerisinde ihtiyari olarak bir gerçek veya tüzel kişinin adı bulunsun bile, TMK 26 anlamında koruma, işletme adına değil, o "gerçek kişi" ya da "tüzel kişinin" adına dayandırılabilir.

¹⁶⁸ Buna karşın Alman hukukunda, ayırt edici nitelikte olmak ve isim fonksiyonu göstermek kaydıyla işletme adlarının, adın korunmasına ilişkin hükümden (BGB §12) yararlanabileceği görüşü hâkimdir. Bkz. **Schmidt/Heidinger**, §17, Nr.37; **Baumbach&Hopt/Hopt**, §17, Nr.11.

kiyet hakkını içermesi, nispi ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Böylece, tescilli bir işletme adına dayanılarak marka tescil başvurusuna itiraz edilebileceği gibi, tescili gerçekleşmiş bir markanın hükümsüzlüğü de talep edilebilir¹⁶⁹. Nitekim, “Saimoğlu” ibaresine ilişkin 05.12.2019 tarihli bir karara konu olan uyuşmazlıkta, davacının işletme adına karşılık, davalının aynı ibareyi taşıyan markası üzerinde öncelikli hak sahipliğini ispatlayamadığı, davacının “Saimoğlu” ibaresini, davalının marka tescil tarihinden önce kullanarak hak sahibi olduğunu ispatladığı kanaatiyle, davalı markasının kısmen hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine karar verilmiştir¹⁷⁰.

ii. TTK 52 Kapsamına Göre Koruma

“İşletme adı” kenar başlığını taşıyan TTK 53 hükmünde yapılan yollama sebebiyle, tescil edilen işletme adları hakkında, TTK 38, 45, 47, 50, 51 ve 52. maddeler uygulama alanı bulacaktır. Bu yüzden, usulen tescil edilmiş olan işletme adını kullanma hakkı, sadece sahibine aittir (TTK 50). O halde, bir işletme adı seçip kullanan ve bunu tescil ettiren tacir, tıpkı ticaret unvanında olduğu gibi, seçtiği işletme adını kullanma konusunda bir tekel hakkına sahip olur. Bu tekel hakkı da tüm Türkiye genelinde bir hukuki koruma sağlar (TTK 45). İşletme adının tescil edilmesi halinde, TTK 52 hükmüyle sağlanan özel korumadan yararlanılabilir¹⁷¹ (TTK 53). Böylelikle, öncelik hakkı bulunan tescilli işletme adının, sonraki tarihli markaya karşı

korunması açısından da TTK 52 kapsamında zikredilen istemlerde bulunulabilir¹⁷².

iii. Kümülatif Koruma

Öncelik hakkına sahip tescilli işletme adının, sonraki tarihli markaya karşı korunması bakımından, TTK 52 hükmünün sağladığı özel korumanın yanı sıra, kümülatif olarak haksız rekabet ve haksız fiil hükümlerine de dayanılabilir. Bununla birlikte, işletme adının, sonraki tarihli markaya karşı TMK 26 anlamında korunan bir ad olarak değerlendirilmemesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır¹⁷³.

2. İşletme Adının Ticaret Unvanına Karşı Korunması

Tescilsiz fakat öncelik hakkına sahip işletme adının sonraki tarihli ticaret unvanına karşı korunmasında, TTK 54 vd. uyarınca haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceği gibi¹⁷⁴, haksız fiil hükümlerine (TBK 49 vd.) de dayanılabilir. Tescilli işletme adı için de kümülatif korumayla bu hükümler uygulama alanı bulabilir. Ancak işletme adının tescil edilmesi, esasen TTK 52 kapsamındaki özel korumadan yararlanılmasına imkân tanır. Öte yandan, tescilli olsun ya da olmasın, işletme adının TMK 26 anlamında korunan bir ad olmadığı düşüncesi, burada da geçerlidir¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Tescilli işletme adının korunması açısından da geçerli olan SMK 6/f.6 hükmüne ilişkin olarak, bkz. III-C-1-b-i. Alman hukukunda, işletme adlarının resmi bir sicile tescil edilmesi zorunlu değildir. Bu sebeple, yukarıda tescilsiz ticaret unvanın markaya karşı korunması bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir. Bkz. III-C-1-a-i.

¹⁷⁰ İstanbul BAM 16.HD, T.05.12.2019, E.2017/3128, K. 2019/2675, **Uyap Karar Arama**.

¹⁷¹ **Ülgen&Helvacı&Kaya&Nomer Ertan**, s.440; **Bilgili&Demirkapı**, s.122; **Ormancı**, s.111; **Güngör**, s.203 vd.; **Mintaş**, s.138.

¹⁷² **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.180; **Mintaş**, s.138. Kural olarak, tescilli işletme adı için de geçerli olan TTK 52 kapsamındaki özel korumaya ilişkin açıklamalar için, bkz. III-C-1-b-ii.

¹⁷³ **Suluk&Karasu&Nal**, s.387; **Bilge**, Ticari Ad ve İşaretler, s.31-32. Bu konuda, bkz. III-D-1-a-iii. Aksi yönde, **Güngör**, s.206.

¹⁷⁴ “Dava, davacının tescilsiz şekilde işletme adı ve markasal olarak kullandığını ve öncelikli hak sahibi olduğunu iddia ettiği “Altınış” ibaresinin davalı tarafından kötü niyetle ticaret unvanı olarak tescilli ve markasal kullanımının haksız rekabet yarattığı iddiasıyla davalının ticaret unvanındaki “Altınış” ibaresine ilişkin her türlü kullanımının haksız olduğunun tespiti ile haksız rekabetin men’ini, “Altınış” ibaresinin davalının ticaret unvanından terkinini, ... hüküm özetinin ilanı istemlerine ilişkindir.” Bkz. Yargıtay 11.HD, T.18.04.2014, E.2013/834, K.2014/7671, **Yargıtay Karar Arama**.

¹⁷⁵ Bkz. III-D-1.

IV. SONUÇ

Tarihsel olarak marka temelinde gelişen karıştırılma tehlikesi, zamanla farklı türden ticari ad ve işaretler arasında da uygulama alanı bulmuştur. Bu itibarla, öncelik hakkını haiz tescilsiz bir markanın, karıştırılma tehlikesine sebep olan sonraki tarihli ticaret unvanına ve işletme adına karşı korunması, TTK haksız rekabet hükümleri ile TBK 49 vd. uyarınca haksız fiile dayandırılabilir.

Öncelik hakkı bulunan tescilli bir markanın başkaları tarafından ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması halinde ise, bu durum doğrudan doğruya marka hakkına tecavüz olarak ileri sürülebilir hale gelmiştir. Öte yandan, tescilli markanın sonraki tarihli unvan ve işletme adına karşı SMK hükümlerinin sağladığı korumanın yanı sıra, haksız rekabet ile haksız fiil hükümleri uyarınca da kümülatif olarak korunması mümkündür.

Marka tescilinde nispi ret nedeni olarak öngörülen SMK 6/f.3 hükmü, fikri mülkiyet haklarının kapsamına giren tescilsiz bir işareti, dolayısıyla çalışma konumuz açısından, öncelik hakkını haiz tescilsiz ticaret unvanını ve işletme adını, bir başkasının sonraki tarihli marka tescil başvurusuna karşı koruma altına almıştır. Sonraki tarihli marka tescil edilmiş olsa bile, öncelik hakkı bulunan unvan veya işletme adı sahibi, kullanım aşamasında da markanın hükümsüzlüğüne yönelik dava açabilir. Anılan hüküm, tescilsiz işaretin SMK kapsamında korunduğu istisnai bir durum teşkil eder. Bununla birlikte, tescilsiz ticaret unvanı veya işletme adının, sonraki tarihli ticari ad veya işaretle karıştırılma tehlikesine karşı korunması, haksız rekabet hükümlerine dayandırılabilceği gibi, haksız fiil sorumluluğu kapsamında da sağlanabilir.

Öncelik hakkını haiz ticaret unvanı veya işletme adının tescilli olması halinde ise, sonraki tarihli markayla karıştırılma tehlikesine karşı SMK 6/f.6 hükmüne başvurulabilir. Tescilli ticaret unvanı

ve işletme adının sonraki tarihli ticari ad veya işarete karşı, kümülatif koruma kapsamında haksız rekabet ve haksız fiil hükümlerinden yararlanılarak korunma imkânı ise yine saklıdır.

Tescilli ticaret unvanı ile işletme adı, sonraki tarihli ticari ad veya işarete karşı, TTK 52 hükmü ile sağlanan özel korumadan yararlanabilir. Paris Sözleşmesi'nin ticaret unvanlarına ilişkin 8. maddesinin sonucu olarak, Sözleşme'ye taraf yabancı bir ülkede tescil edilen ticaret unvanı, Türkiye'de tescilsiz olsa bile, kullanılıyor veya biliniyor olması kaydıyla TTK 52 kapsamında korunabilir. Anılan koruma, elbette markaya ve işletme adına karşı da geçerlidir. Tescilli olsun ya da olmasın, ticaret unvanının TMK 26 anlamında bir ad olarak sonraki tarihli ticari ad veya işarete karşı korunması da mümkündür.

Çalışma içeriğinde yer yer aktarılmış olan Alman hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak sınai haklardan ziyade, markaları da kapsayacak şekilde tüm "ticari işaretler" yeknesak bir Kanun'la (MarkenG) düzenleme altına alınmış ve ticari işaretlerin oluşturulma biçimi ile tescil usulü açısından birtakım özellikli kurallar da getirilmiştir. Bununla birlikte, teknik ve şekli farklılıklar bir yana, markalar da dâhil olmak üzere ticari ad ve işaretlerin birbirlerine karşı korunması ve karıştırılma tehlikesi gündeme geldiğinde, öncelik prensibi (hakkı) devreye girmekte ve her bir olasılık bakımından büyük ölçüde Türk hukukunda öngörülen sonuçlarla örtüşen bir tablo ile karşılaşılmaktadır. Böyle bir tablonun ortaya çıkmasında, şüphesiz Alman kanun koyucusunun da AB hukuku mevzuatını (2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi ve 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü) mehz almış olmasının payı bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aksoy**, Mehmet Ali (2011) ‘Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti’ (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (Kısaltma: Haksız Rekabet).
- Aksoy**, M. Ramazan (2006) ‘Markada Tescilin Hukuki Önemi’, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, s. 279-314 (Kısaltma: Markada Tescil).
- Aplin**, Tanya & **Davis**, Jennifer (2017) Intellectual Property Law, 3rd ed., OUP.
- Aras**, Meltem (2019) Markanın İptali ve İptal Halleri, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Arkan**, Sabih (2000) ‘Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), C. XX, S. 3 (Haziran), s. 5-13 (Kısaltma: Markasal Kullanım).
- Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku, C. I, Ankara, AÜHF Yayınları (Kısaltma: Marka I).
- Arkan**, Sabih (2002) ‘556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nın 8/III. Maddesi ile İlgili Bir İnceleme (HGK’nın 27.2.2002 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)’, BATİDER, C. XXI, S. 4, (Aralık), s. 101-108 (Kısaltma: KHK 8/III).
- Arkan**, Sabih (2020) Ticari İşletme Hukuku, 26. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Kısaltma: Ticari İşletme).
- Arslan**, İbrahim (2008) ‘Tescilsiz Markaların Korunması’, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, s. 29-46.
- Arslantaş**, Okşan (2009) ‘Haksız Rekabet Hallerinden İltibas’ (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Aslan Düzgün**, Ülgen (2018) İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz, TAAD, Y. 9, S. 36 (Ekim), s. 143-170.
- Aydoğan**, Fatih (2013) ‘Markanın Ticaret Unvanına Karşı Korunması, Mevcut Hukuki Durum – Değişiklik (Madde) Önerisi – İtiraz Yolu ve/veya Alternatif Çözüm Yolu Önerisi’, İÜHFML, C. LXXI, S.2, s. 27-50.
- Bahtiyar**, Mehmet (2019) Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Beta.
- Bartels**, Klaus (2009) ‘Die Handelsfirma zwischen Namensrecht und Kennzeichenschutz: Eine Bestimmung ihrer Rechtsnatur sowie deren Wirkung auf einfache Sukzession und Zwangsverwertung’, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Bd. 209, H. 3/4, s. 309-353.
- Baumbach**, Adolf & **Hopt**, Klaus J. (2020) Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), Bd. 9, 39. neu. Aufl., München, Verlag C. H. Beck. (Anlış: Baumbach & Hopt / İlgili Kısmın Yazarı).
- Bently**, L. & **Sherman**, B. & **Gangjee**, D. & **Johnson**, P. (2018) Intellectual Property Law, 5th ed., OUP.
- Bilge**, Mehmet Emin (2015) ‘Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas’, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku (TFM), C.1, S.2, s. 7-22 (Kısaltma: Marka ve Ticaret Unvanı).
- Bilge**, Mehmet Emin (2014) Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin (Kısaltma: Ticari Ad ve İşaretler).
- Bilgili**, Fatih & **Demirkapı**, Ertan (2019) Ticaret Hukuku Bilgisi, 16. Baskı, Bursa, Dora.
- Bilgili**, Fatih (2006) Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Bozgeyik**, Hayri (2019) Marka Hakkının Korunması, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Bozkurt, Tamer (2019) Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Legem.

Canaris, Claus- Wilhelm (2006) Handelsrecht, 24. Aufl., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.

Cengiz, Dilek (1995) Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, 1. Baskı, İstanbul, Beta.

Çağlar, Hayrettin & **Özdamar**, Mehmet (2006) 'Ticaret Unvanının Korunması', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.2, s. 119-150.

Çelikel, Deniz (2020) Marka Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları ve Yorumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Çolak, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Dirikkan, Hanife (2003) Tanınmış Markanın Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Domaniç, Hayri & **Ulusoy**, Erol (2007) Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, İstanbul, Arıkan.

Epçeli, Sevgi (2006) Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, 1. Baskı, İstanbul, Legal.

Ercan, Tayfun & **Teke Akbulut**, Nebile (2020) Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi, 1. Baskı, Ankara, Adalet.

Eriş, Gönen (2017) Ticari İşletme ve Şirketler, C. I, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

Fezer, Karl- Heinz (2009), Markenrecht, 4. neuarbeitete Aufl., München, C. H. Beck.

Franko, Nisim (2001) 'İltibas Sebebiyle Haksız Rekabet', Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir, s. 115-140.

Gün, Buket (2019) Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Güneş, İlhami (2015) Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin (Kısaltma: Önceye Dayalı Haklar).

Güneş, İlhami (2020) Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet (Kısaltma: Uygulamalı Marka).

Güngör, Seda Ş. (2014) 'Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı ve İşletme Adının Korunması', Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EÜHFD), C. XVIII, S. 1-2, s. 193-209.

Häberle, Peter (Herausgeber) & **Erbs**, George & **Kohlhaas**, Max (Begründer) (2020) Strafrechtliche Nebengesetze, Band. 3, 213. Aufl., München, C. H. Beck. (Anılış: Häberle & Erbs & Kohlhaas / İlgili Kısımın Yazarı, MarkenG).

Häublein, Martin & **Hoffmann- Theinert**, Roland (Herausgeber) (2020) Beck'scher Online-Kommentar HGB, 29. Edition, München, Verlag C. H. Beck. (Anılış: Häublein & Hoffmann- Theinert / İlgili Kısımın Yazarı).

Howell, Claire & **Farrand**, Benjamin (2019) Intellectual Property Law, 6th ed., Pearson.

Ingerl, Reinhart & **Rohnke**, Christian (2010) Markengesetz, 3. neubearbeitete Aufl., München, Verlag C. H. Beck.

İmregün, Oğuz (1995) Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 3. Baskı, İstanbul, Filiz.

Joost, Detlev & **Strohn**, Lutz (Herausgeber) (2020) Handelsgesetzbuch, Bd. 1, §§1-342e, 4. Aufl., München, C. H. Beck / Verlag Vahlen. (Anılış: Joost & Lutz / İlgili Kısımın Yazarı).

Kara, Elif (2018) Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Karadaş, Muhammet İkbâl (2020) Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Karakılıç, Hasan (2020) Kısa Ticaret Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha.

Karayalçın, Yaşar (1968) Ticaret Hukuku, I, Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara.

Karayazgan, Mehmet (2014) 'Ticaret Unvanı ve Korunması' (Yüksek Lisans), Yaşar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

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

Koller, Ingo & **Kindler**, Peter & **Roth**, Wulf-Henning & **Drüen**, Klaus-Dieter (2019) Handelsgesetzbuch Kommentar, 9. Aufl., München, C.H. Beck. (Anılış: Koller & Kindler & Roth & Drüen / İlgili Kısımın Yazarı).

Korkut, Ömer (2008) 'Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme', BATİDER, C. XXIV, S.3, s. 389-399.

Kur, Annette & **von Bomhard**, Verena & **Albrecht**, Friedrich (2020) BeckOK Markenrecht, 22. Edition, München, C. H. Beck. (Anılış: Kur & v. Bomhard & Albrecht / İlgili Kısımın Yazarı).

Küçükali, Canan (2009) Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

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

Mimaroğlu, Sait Kemal (1970) Ticaret Hukuku, Birinci Cilt, İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara, AÜSBF Yayınları.

Mintaş, Hazal (2019) Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

Nomer Ertan, Nedret Füsün (2020) 'Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi': Altıparmak, Ayşe Kübra (Editör), Fikri ve Sınai

Haklar Sempozyumu (12 Nisan 2019, Eskişehir), Ankara, Yetkin, s. 21-28.

Oetker, Hartmut (Herausgeber) (2019), Handlungsbuch Kommentar, 6. Aufl., München, C. H. Beck. (Anılış: Oetker / İlgili Kısımın Yazarı).

Okutan, Gül (1997) 'Ticaret Unvanı ve İşletme Adı', 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul, İÜHF Yayını, s. 19-23.

Ormancı, Gürkan (2020) 'Türk Hukuku Kapsamında İşletme Adının Haksız Rekabet Hükümleri Uyarınca Korunması', Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), C. 6, S. 1, s. 108-127.

Poroy, Reha & **Yasaman**, Hamdi (2019) Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Vedat.

Schmidt, Karsten (1999) Handelsrecht, 5. Aufl., Köln - Berlin - Bonn - München, Carl Heymanns Verlag. (Anılış: Schmidt, Handelsrecht).

Schmidt, Karsten (Herausgeber) (2016) Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl., München, Verlag C. H. Beck (Anılış: Schmidt / İlgili Kısımın Yazarı).

Sezgin, Erin (2007) 'İltibas Suretiyle Haksız Rekabet' (Yüksek Lisans), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Spindler, Gerard & **Schuster**, Fabian (Herausgeber) (2019) Recht der elektronischen Medien Kommentar, 4. Aufl., München, C. H. Beck (Anılış: Spindler & Schuster / İlgili Kısımın Yazarı, MarkenG).

Suluk, Cahit (2014) 'Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması', FMR, 2014 (1), s. 165-190.

Suluk, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2018) Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Tekil, Fahiman (1997) Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul.

Tekinalp, Ünal (2005) Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Arıkan.

Teoman, Ömer (1995) Yaşayan Ticaret Hukuku, C. 1, Hukuki Mütalaalar, Kitap 4: 1982-1983, İstanbul, Kazancı.

Topsoy, Fevzi (2019) Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, 1. Baskı, İstanbul, Legal.

Uzunallı, Sevilay (2008) Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, 1. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı (Kısaltma: Köken Ayırt Etme).

Uzunallı, Sevilay (2019) Marka Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet (Kısaltma: Marka).

Uzunallı, Sevilay (2012) Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, 1. Baskı, Ankara, Adalet (Kısaltma: Markanın Korunması).

Ülgen, Hüseyin & **Helvacı**, Mehmet & **Kaya**, Arslan & **Nomer Ertan**, N. Füsün (2019) Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat.

Yalmankülâh, Zehra (2014) 'Ticaret Unvanı ve Korunması' (Yüksek Lisans), Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

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

Yasaman, Hamdi (2005) 'Marka Olabilecek İşaretler', Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C. II, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 3-12 (Kısaltma: Marka II).

Yasaman, Hamdi (2007) 'Tanınmış Marka Kriterleri ve İspatı Sorunu', Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, Vedat, s. 1189-1204 (Kısaltma: Tanınmış Marka).

Yaşar, Ali (2016) 'Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali' (Doktora), İstanbul Ticaret Üniversitesi, Dış Ticaret Enstitüsü.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranları şu şekildedir: 1. Yazar (Aytuğ Ceyhun ÇAKIR) %35; 2. Yazar (Alper ÖZBOYACI), %35; 3. Yazar (Ertan DEMİRKAPI): %30.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declare that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed into preparing and writing this study as follows:*

- 1. Author (Aytuğ Ceyhun ÇAKIR) %35; 2. Author (Alper ÖZBOYACI), %35;*
- 3. Author (Ertan DEMİRKAPI), %30.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

TELEVİZYON PROGRAM FORMAT LİSANS SÖZLEŞMESİ*

TELEVISION PROGRAMME FORMAT LICENCE AGREEMENT

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ**

Arş. Gör. Bengi SARGIN***

ÖZ

Birbirleri ile rekabet halinde olan televizyon kanallarının medya sektöründe var olmasının yegâne yolu, yüksek rating alan programlar üretmesidir. Böylece yeni televizyon program formatları üretilmiş, formatlardan türeyen televizyon programları yayımlanmıştır. Beklenilenin üstünde başarı sergileyen bu formatlar, süreç içerisinde ithal ve/veya ihraç edilmeye, yabancı kişilerce üretilmeye yahut farklı ülkelerde üretilip yayımlanmaya başlanmıştır. Böylece formatların korunması meselesi gündeme gelmiştir. En etkili koruma olan telif hakkı korumasının formatlarda da geçerli olup olmadığı hususu tartışılmış; uzun bir süre formatlar telif hakkı korumasından mahrum kalmıştır. Ancak günümüzde, birçok hukuk sisteminde eski olan bu anlayışın terk edildiği görülmüştür. Yine de süreç, beklenenden çok yavaş işlemektedir. Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla yapımcı ve format sahibi lisans sözleşmesi imzalamış; aranan koruma ihtiyacına bu yol ile cevap bulmaya çalışmıştır. Bu çalışmada, ilk önce konu ile ilgili olan televizyon program format, eser kavramı tanımlanacak; formatların eser olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığına bir cevap aranacaktır. Akabinde, lisans sözleşmesinin tanımı yapılacak; unsurları, tarafları, hukuki niteliği, tarafların hak ve yükümlülükleri, benzer sözleşmelerden farkı ve sona erme halleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Televizyon Program Formatları, Eser, Televizyon Programları, Televizyon Program Format Lisans Sözleşmesi.

ABSTRACT

The only way for competitive television channels to survive in media sector is to produce programs which get high ratings. Thus, new television programme formats were produced, television programs derived from these formats were broadcasted. Formats achieving great success beyond the expectations, have started to be imported and / or exported, produced by foreigners or produced and broadcasted in different countries within the process. And this way, the issue of protection of formats has come up. It has been discussed that whether the most effective protection -copyright- is valid in formats or not; for a very long time, formats were deprived of copyright protection. However today, this understanding has been abandoned in many legal system. Still, the process is slower than expected. In order to aim to fill the gap, producers and format owners have signed licence agreement; have tried to find an answer to the protection need sought in this way. In this study, firstly, the television programme format, the concept of work will be defined; an answer will be sought whether it is possible to qualify the formats as works. Subsequently, the definition of the license agreement will be made; elements, parties, legal nature, rights and obligations of the parties, differences from similar contracts and termination conditions will be examined.

Keywords: Television Programme Formats, Work, Television Programmes, Television Programme Format Licence Agreements.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 19.11.2020 / Kabul Tarihi: 03.05.2021).

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, (udonmez76@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7292-442X).

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, (bengi.sargin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6708-630X).

Atıf/ Citation: **Dönmez, Ünsal & Sargin, Bengi** (2021) 'Televizyon Program Format Lisans Sözleşmesi', TFM, C: 7, S: 1, s. 69-92.

I. GİRİŞ

Küreselleşme sonucu medya endüstrisi değişmeye başlamış, devlet egemenliğinde olan televizyon kanalları yerine özelleştirmenin de etkisiyle birçok özel televizyon kanalı açılmıştır. Medya endüstrisine hâkim konumda olmak için bu kanallar birbirini ile kıyasıya bir rekabet haline girmiştir. Rekabetin en çetin ve en sert geçtiği alanlardan biri olan televizyon alanında mücadelenin kilit noktasının televizyon program formatları olduğu fark edilmiş; yeni televizyon program formatları, televizyon programları üretilmiştir. *Rating* oranları ile de hedeflenen piyasaya hâkimlik sağlamaya çalışılmıştır.

Hedef kitle tarafından olumlu tepkilerle karşılaşan, gün geçtikçe izlenme oranları artan ve yüksek *rating* oranlarına sahip olan bu televizyon program formatları, zaman geçtikçe ithalat ve/veya ihracata konu olmuş; farklı ülkelerde yayınlanmıştır.

Rekabetin en çetin görüldüğü alanlardan biri olan medya endüstrisinde, televizyon program formatları süreç içerisinde kopyalanmıştır. Böylece televizyon program formatlarının korunması ihtiyacı gündeme gelmiştir. Mahkemeye başvuran format sahipleri, ihtiyaçlarına en iyi cevabın telif hakkı yolu ile koruma olduğunu düşündüklerinden bu yolla koruma talebinde bulunmuşlardır. Ancak somut uyumsuzluklarda, bu formatların eser olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı problemleri ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak ise mahkemeler, televizyon program formatlarının telif hakkı ile korunamayacağına karar vermiştir. Günümüz pratik ihtiyaçları da değerlendirildiğinde, birçok hukuk sisteminde bu eski anlayışın terk edildiği görülmektedir.

Her ne kadar eski anlayış terk edilse de süreç, umut edilenden çok yavaş işlemektedir. Bu eksikliğin giderilmesi amacıyla yapımcı ve format sahibi lisans sözleşmesi imzalamış; arandığı koruma ihtiyacına bu yol ile cevap bulmaya çalışmıştır. Süreç içerisinde televizyon program format lisans sözleşmesi uygulamada sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmanın konusu, fikir ve sanat eserlerine dair lisans sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilir.

Çalışmamızda ilk önce konu ile ilgili olan televizyon program formatı, eser kavramı tanımlanacak; formatların eser olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığına bir cevap bulunacaktır. Daha sonra lisans sözleşmesinin tanımı yapılacak; unsurları, tarafları, hukukî niteliği, tarafların hak ve yükümlülükleri, benzer sözleşmelerden farkı ve sona erme halleri incelenecektir.

II. TELEVİZYON PROGRAM FORMAT KAVRAMI

Latince kökenli olan ve şekle girmiş anlamına gelen *formatus* kelimesinden türeyen format kavramı, hukukî bir kavram değildir¹. İlk olarak yayıncılık sektöründe ve kitap ticareti ile ilişkili olarak ortaya çıkan format, günümüzde medya endüstrisinin temel taşı oluşturulmaktadır². Günümüzde sıklıkla karşılaşılan bir kavram olsa da, televizyon program format kavramının herkesçe kabul edilen bir tanımı yapılmamıştır³.

Doktrinde bir görüş televizyon program formatlarını; içerik, hikâye, karakter, program akışı, ışıklandırma, müzik, sahne dizaynı gibi içeriklerin kendine özgü bileşimini oluşturan yazılı bir paket şeklinde tanımlamıştır⁴.

¹ **Moran, Albert & Malbon, Justin** (2006), *Understanding the Global TV Format*, London, Intellect Books, s. 19; **Lane, Shelley** (1992), 'Format Rights in Television Shows: Law and the Legislative Process' *Statute Law Review* 24, s. 25.

² **Erdoğan, İlker & Budak, Leyla** (2016), *Anglo-Amerikan Eğlence Endüstrisinde Televizyon Program Formatları*, İstanbul, Kalkedon Yayınları, s. 24; **Joppich, Brigitte**, 'Alternative Dispute Resolution Under WIPO Rules for TV Format Protection Right Issues', <<http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/article.pdf>> s.e.t. 27/11/2019.

³ **Çolak, Uğur** (2004), 'Televizyon Program Formatlarının Korunması' *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C. 4, s. 13; **Karabağ, Tuğçe** (2017), *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Televizyon Programları ve Özellikle Televizyon Program Formatları*, Ankara, Seçkin, s. 49; **Bechtold, Stefan** (2013), 'The Fashion of TV Show Formats' *Michigan State Law Review*, s. 456; **Erdoğan&Budak**, s. 27-28.

⁴ **The Frapa Report** (2011), 'Protecting Format Rights', s. 10. <https://www.frapa.org/wp-content/uploads/Report/FINAL%20FRAPA_Report_2011.pdf> s.e.t.: 11/04/2018 (Bundan sonraki atıflar kısaca FRAPA Raporu şeklinde)

Alman Federal Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, televizyon program formatı, tekrarlanma kabiliyetini haiz, televizyon programının karakteristik özelliklerinin tamamı olarak tanımlanmıştır⁵.

Çolak'a göre format, programın nasıl ve ne şekilde yapılacağını tarif eden ve en nihayetinde bir televizyon programına uyarlanması gerekli bir *tarif-namedir*⁶.

Kanaatimizce televizyon program formatı, yayınlanması planlanan televizyon programının ismi, konusu, ana karakterleri, programda kullanılacak müzikler, set-dekorasyon malzemeleri gibi format sahibinin hususiyetini taşıyan, her programda tekrarlanabilen ve yayınlanması planlanan programa göre değişiklik gösteren tüm karakteristik unsurların yazıya dökülmüş bir bütünüdür⁷.

III. TELEVİZYON PROGRAM FORMATININ KARAKTERİSTİK UNSURLARI

Televizyon program formatının oluşturulmasından başlayan ve televizyon programının yayınlanmasına kadar olan sürecin nihaî amacı,

hedef kitleye ulaşılmasının sağlanması olup, uzun süren bir süreçtir⁸.

Format oluşum süreci genel olarak dört aşamaya ayrılmaktadır: yeni bir program fikri, bu fikri etraflıca açıklayan kâğıt format (*paper format*⁹) oluşturulması, lazım olan gerekli tecrübenin ve yapım süreçlerinin aşamaya dâhil olması, son ürün olan program bölümlerinin kanallarda yayınlanmasıdır¹⁰.

Bir önceki başlıkta kabul ettiğimiz tanımında, televizyon program formatının karakteristik unsurları tahdidi sayılmamıştır. Bunlara ek olarak, programın özelliğine de uygun düşecek şekilde başka unsurlar da eklenebilir. Örneğin, fragman, format kurallar kitabı¹¹, sunucunun programda giydiği kıyafetler, sunucunun programla özdeşleşen söylediği sözler¹², logolar, başlık, hedef kitle, programın süresi, programın bütçesi gibi¹³ unsurlar programın niteliğine uygun düştüğü ölçüde, format sahibince eklenebilir. Kanaatimizce, formatı okuyan muhatap ya da muhatapların zihninde net bir şekilde canlanması ve formatın satın alınması hedefleniyorsa karakteristik unsurların detaylı bir şekilde kaleme alınması faydalı olacaktır¹⁴.

yapılacaktır.); **Rubin**, Jay (2006), 'Television Formats: Caught in the Abys of the Idea/Expression Dichotomy' Fordham Intellectual Property, Media&Entertainment Law Journal, Vol. 16, s. 662; **Moran&Malbon**, s. 20; **Suluk**, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 55; **Fine**, Frank L. (1985), 'A Case for the Federal Protection of Television Formats: Testing the Limit of Expression' Pacific Law Journal, Vol 17, s. 51. Amerikan Yazarlar Loncası'nın da bu yönde bir tanımı bulunmaktadır. **Meadow**, Robin (1970), Television Formats- The Search for Protection, California Law Review, Vol 58, s. 1170; **Bergman**, Jessica E. (2011), 'No More Format Disputes: Are Reality Television Formats the Proper Subject of Federal Copyright Protection' The Journal of Business, Entrepreneurship&the Law, Vol 4, s. 244-245.

⁵ BGH ZUM 2003, 771.

⁶ **Çolak**, s. 23. Benzer tanım için bkz. **Tosun**, Yalçın (2013), Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 173.

⁷ Formatın yazıya dökülmüş olması, format sahibine ispat kolaylığı sağladığı gibi eserin somutlaşma şartını sağlaması bakımından gereklidir. **Sargin**, Bengi (2020), Yabancı Unsurlu Televizyon Program Formatlarının Korunması, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 25.

⁸ **Gottlieb**, Netalie E. (2011), 'Free To Air?- Legal Protection For TV Program Formats' The Intellectual Property Law Review, Vol 52/2, s. 215.

⁹ *Paper format* yaklaşık 6 ila 10 sayfadan oluşan, programın bütün unsurlarını açıklayan ve bunların birlikte nasıl kullanılacağını belirten yazılı bir belge, yayınlanması planlanan programın özetidir. **Moran&Malbon**, s. 6.

¹⁰ **Sargin**, s. 26.

¹¹ *Program format bible/ kit* olarak yabancı literatürde yer alan bu kavram, formattaki tüm unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi ve talimat içeren yazılı bir metindir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Moran&Malbon**, s. 23-25.

¹² Örneğin, *Survivor* programının sunucusu Acun Ilıcalı'nın ada konseyinde yarışmacıların yaptığı oylama sonrası "Evet arkadaşlar, oylarınızı kullandınız. En fazla oy alan yarışmacı adadan ilk gitme adayı olacak." açıklaması *Survivor* program formatının karakteristik bir unsurudur. Başka bir örnek verecek olursak, *Kim Milyoner Olmak İster* yarışma programında sunucunun yarışmacıyla yönlendirdiği "Emin misiniz? Son kararınız mı?" sorusu da bu formatın karakteristik unsurları arasındadır. **Sargin**, s. 26, dn. 19.

¹³ **Moran&Malbon**, s. 44-45.

¹⁴ **Sargin**, s. 26.

Her ne kadar yayınlanması planlanan programın türüne göre farklılık arz etse de, televizyon program formatlarının karakteristik unsurları esas itibariyle aşağıdaki gibidir.

A. PROGRAMIN İSMİ

Bir programın hedef kitlesi tarafından izlenebilir kılınması için, programın isminin -yaratıcı düşüncenin bir yansıması olduğundan- özgün olması gerekmektedir¹⁵. Programın isminin hem hedef kitle tarafından yayınlanması planlanan programın ciddi düzeyde izlenebilmesi hem de hedef kitlenin zihninde programın akışı ile ilgili gerekli bilgilerin canlanması açısından çarpıcı seçilmesi yararlı olacaktır¹⁶. İngiltere’de hazırlanan ancak kabul edilmeyen yasa tasarısında, program isminin programın karakterinin tespit edilmesinde önemli olduğu ifade edilmiştir¹⁷.

B. HEDEF KİTLE

Hedef kitle kavramından kastedilen, formattan türetilen ve yayınlanması planlanan programların kim(ler) tarafından izleneceğidir¹⁸. *Rating* oranları ve diğer unsurları da beraberinde etkileyeceğinden hedef kitlenin de format sahibince açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹⁹. Örneğin, *Masterchef* formatının hedef kitlesi yemek yapmayı seven, yeni yemek tarifleri öğrenmek isteyen insanlar ile bu işi profesyonel olarak icra eden kişilerdir²⁰. Bir başka örnek olarak da, *Wipe Out* şov-yarışma formatının hedef kitlesinin spor yapmayı seven, gücünü göstermeye çalışan adrenalini bağımlısı kişiler olduğunu söylemek mümkündür.

C. YAYINLANMASI PLANLANAN ZAMAN ARALIĞI

Format sahibinin, hedef kitleye uygun düşecek şekilde, yayınlanması planlanan programın başlangıç ve bitiş saatlerini belirlemesi gerekmektedir²¹. En uygun sürenin belirlenmesi de başta *rating* oranları olmak üzere, hedef kitlenin belirlenmesi, sponsor temini gibi diğer birçok hususu etkileyecektir²². Medya endüstrisinde “*kuşak*”²³ olarak adlandırılan kavram ile bahsedilmek istenen şey esas itibariyle süredir.

D. BÜTÇE

Bütçe, en önemli unsurlardan biri olup formatta tahmini dâhi olsa muhakkak yer alması gerekir²⁴. Programın çekiminde kullanılacak gerekli malzemelerin fiyatları; kamera önünde ve arkasında görev alan bütün kişilere ödenecek ücretlerin, sigorta primlerinin ve diğer tüm gider kalemlerinin tahmini olarak bütçe kapsamında formatta belirtilmesi gerekmektedir²⁵. Yapımcılar, sınırlı bütçeye sahip olmalarından ötürü minimum masraf ile maksimum kâr elde etme amacıyla hareket ederler. Bu nedenle, kendilerine teklif olarak sunulan televizyon program formatında bakacakları ilk hususun bütçe olacağını söylemek çok da yanlış olmayacaktır²⁶.

E. FORMAT KURALLAR KİTABI

Bu kavram eskiden programdan beklenen *rating* oranı ve demografik bilgileri işaret etmek için kullanılmıştır²⁷. Ancak günümüzde ise, eskisine nazaran son derece farklı bir anlamı haizdir. Format

¹⁵ Karabağ, s. 52; Arslan, Tuba (2016) ‘Küresel Medya Düzeninde Format Adaptasyonu’ (Yüksek Lisans), Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 25; Moran&Malbon, s. 24.

¹⁶ Sargin, s. 26.

¹⁷ Çolak, s. 19-20. İngiltere’de kabul edilmeyen bu yasa tasarısı hakkında ayrıca bkz. Sargin, s. 54-56.

¹⁸ Karabağ, s. 53; Arslan, s. 25-26.

¹⁹ Sargin, s. 27.

²⁰ Sargin, s. 27.

²¹ Karabağ, s. 53-54; Arslan, s. 26.

²² Sargin, s. 27.

²³ TDK Türkçe sözlüğe göre kuşak, televizyonda programlar için ayrılmış özel zaman dilimidir. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b0e83a2c2f217.71386911 (s.e.t. 27/11/2019).

²⁴ Karabağ, s. 61; Arslan, s. 28-29.

²⁵ Sargin, s. 27.

²⁶ Sargin, s. 27.

²⁷ Moran&Malbon, s. 23.

kurallar kitabı (*format bible*), format ile ilgili bütün evrakların yer aldığı bir dosyadır²⁸. Yayınlanması planlanan televizyon programının ayrıntılı bir künyesi olan, program ile alakalı gelebilecek her türlü sorunun cevabını içeren ve program format üretiminin başlangıç noktasını oluşturan²⁹ format kurallar kitabı ortalama elli ile yetmiş sayfadan oluşmaktadır³⁰.

F. PROGRAMIN ÖZETİ

Özette genel olarak, yayınlanması planlanan programın içeriği, ana fikri, türü ve genel akışı bulunur³¹. Formatın televizyon kanal(lar)ında yayınlanabilmesi için o formatın ilgi çekici olması gerekmektedir³². Programın özetinin bu hususta önemi şüpheden uzaktır. Bu nedenle programın özeti yapımcı şirketler için ayrı bir öneme sahiptir³³.

G. MÜZİK, SET VE TASARIM MALZEMELERİ

Formatta belirtilmesi gereken bir diğer unsur, stüdyoda kullanılacak set ve tasarım malzemeleri, programda kullanılacak ses ve müziklerdir³⁴. Format ile formattan türeyen programların arasındaki ahengin sağlanabilmesi için müzik, set ve tasarım malzemelerinin önemi büyüktür³⁵. Ayrıca, kullanılması planlanan müzikler tanıtım ya da reklam müziği (*jingle*³⁶) gibi

uzun olabileceği gibi, Kim Milyoner Olmak İster (*Who Wants To Be A Millionaire?*) formatında olduğu gibi çarpıcı, akılda kalıcı, özgün ve kısa olabilir³⁷.

Örneğin, En Zayıf Halka (*The Weakest Link*) formatındaki müzik, set ve tasarım malzemeleri şu şekilde ifade edilebilir: yarışmacıların stüdyodaki konumu, önlerindeki platform, sunucunun stüdyodaki yeri, sunucunun önündeki soruların olduğu dönen bir platform, yarışmanın çeşitli etaplarına göre değişen ışıklandırmalar, programa özgü, hafızada yer eden kısa müzikler gibi hususlar yer almaktadır³⁸.

IV. ESER KAVRAMI VE UNSURLARI

A. ESER KAVRAMI

Arapça kökenli olan eser kelimesi, fikir ve sanat eserleri hukukunun temel kavramıdır³⁹. Eser, emek sonucu ortaya konan ürün, yapıt olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. Günlük dilde fikri çabalar sonucunda oluşan ürünlerin yanında, bedensel ve fiziksel çalışmalar sonucunda ortaya çıkan ürünlerin de eser olarak tanımlandığı görülmektedir⁴¹.

Hukuki anlamda eser ise günlük dildeki anlamından çok farklı bir anlama sahiptir. Eser, kişinin fikri çabalarının sonucunda ortaya çıkardığı ve hukukî açıdan değer arz eden ürün olarak tanımlanmaktadır⁴². Eser kavramı yerine fikri ürün kavramı da kullanılmaktadır. Her ne kadar bu iki kavram öz itibarıyla aynı şeyi ifade etse de, teknik

²⁸ Sargin, s. 28.

²⁹ Gottlieb, s. 215.

³⁰ Yapımcılar tarafından yeni televizyon programı fikrinin yayınlanmaya değer bulunması açısından uygulamada format kurallar kitabı genel olarak satış pazarlıkları ve sunum kısımlarını içermektedir. Moran&Malbon, s. 60. Örneğin, *The In The Dark* yarışma program format kurallar kitabı 198 sayfadan oluşmakta olup yarışma hakkında tüm detayları içermektedir. Formatın ayrıntılı içerdiği hususlar hakkında bkz. Moran&Malbon, s. 62-65.

³¹ Moran&Malbon, s. 23.

³² Sargin, s. 28.

³³ Arslan, s. 26-27; Karabağ, s. 54.

³⁴ Sargin, s. 28.

³⁵ Karabağ, s. 63.

³⁶ *Jingle*, arka planda çalınan müzik eşliğinde akılda kalıcı, reklam amacını taşıyan bir slogandır. Başka bir ifade ile, marka, hizmet ya da ürüne yönelik akılda kalma oranı yük-

sek şarkılardır. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/jingle> (s.e.t. 27/11/2019).

³⁷ Moran&Malbon, s. 24.

³⁸ Sargin, s. 29.

³⁹ Ayiter, Nüşin (1981), *Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri*, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 38; Erel, Şafak (2009), *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları s. 51; Ateş, Mustafa (2007), *Fikri Hukukta Eser (Eser)*, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 21; Ateş, Mustafa (2003), *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması (Kapsam ve Sınırlandırma)*, Ankara, Seçkin, s. 55.

⁴⁰ <https://sozluk.gov.tr/> (s.e.t. 28/11/2019).

⁴¹ Ateş, Kapsam ve Sınırlandırma, s. 55; Ateş, Eser, 21.

⁴² Ateş, Kapsam ve Sınırlandırma, s. 55-56; Ateş, Eser, s. 26.

anlamda aralarında farklar bulunmaktadır. Her fikir ve sanat eseri bir fikrî ürün iken, her fikrî ürün fikir ve sanat eseri değildir⁴³. Hukuk düzenince kendisine koruma bahşedilmiş olan fikrî ürünler, fikir ve sanat eserleri olarak değerlendirilmektedir⁴⁴.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁴⁵'nin 1/B. maddesinde eser "*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*" şeklinde tanımlanmıştır⁴⁶.

B. ESERİN UNSURLARI

Eser kavramının FSEK'te yapılan tanımı yukarıda verilmişti. Kanunda eser türleri dört ana grup halinde toplanmış, her grup içinde de eserler örnek olarak sayılmıştır⁴⁷. Başka bir ifade ile, eser türlerini kapsayan grupların sınırlı olmasına rağmen bu gruplar içine yeni buluşlarla ortaya çıkan eserler pek doğaldır ki dâhil olabilmektedir⁴⁸.

Doktrin, bir fikrî ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için iki unsurun bulunması gerektiğini savunmaktadır⁴⁹:

1. Objektif Unsur

Şekle ilişkin şart olarak da adlandırılan⁵⁰ bu unsurdan esas itibariyle FSEK'te sayılan eser gruplarından birine dâhil olma anlaşılmalıdır⁵¹. Bunun için eserin hem eserin bir şekle bürünmesi hem de hukuk düzeninin uygun bulunduğu bir şekilde somutlaşması gerekmektedir⁵². Pozitif hukuk bakımından objektif unsura yer verilmesinin en önemli sonucu, fikrî ürünün belirli bir şekilde somutlaşmasının eser olduğu yönünde karine oluşturmasıdır⁵³.

2. Subjektif Unsur

Esasa ilişkin şart olarak da adlandırılan⁵⁴ bu unsurdan eserin sahibinin hususiyetini taşıması anlaşılmalıdır⁵⁵. Hususiyetten ne anlaşılması gerek-

⁴³ **Ateş**, Kapsam ve Sınırlandırma, s. 56; **Ateş**, Eser, s. 26; **Erel**, s. 51.

⁴⁴ **Ateş**, Kapsam ve Sınırlandırma, s. 56; **Ateş**, Eser, s. 26.

⁴⁵ RG Tarih 13/12/1951- Sayı 7981.

⁴⁶ Eser, FSEK dışında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmelerinde (m. 470 vd.), yayım sözleşmelerinde (m. 487 vd.) ve Basın Kanunu'nda yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, s. 22-26. Öte yandan, Türkiye'nin de taraf olduğu (RG Tarih: 12/07/1995 Sayı: 22341.) 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'nin 2/1. maddesinde edebiyat ve sanat eserleri "*ifade şekli ne olursa olsun, edebiyat, bilim ve sanat alanındaki kitaplar, dergiler ve diğer yazılar; konferanslar, nutuklar, vaazlar ve benzer nitelikteki diğer eserler; dramatik eserler veya dramatik-müzik eserleri; koreografik eserler ve pandomima gösterileri; sözlü veya sözsüz müzikal kompozisyonları, sinema tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen sinematografik eserler; çizim, sulu ve yağlı boya resim, mimarlık, heykeltıraşlık, oymacılık ve taş basma eserler, fotoğraf tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen fotoğraf eserleri; uygulamalı sanat eserleri; resimlendirmeler, haritalar, planlar, krokiler ve coğrafya, topografya, mimari veya bilimsel üç boyutlu eserler gibi bütün ürünler*" şeklinde tanımlanmıştır.

⁴⁷ **Ayiter**, s. 45.

⁴⁸ **Ayiter**, s. 45.

⁴⁹ **Erel**, s. 51; **Ayiter**, s. 40; **Ateş**, Eser, s. 28; **Ateş**, Kapsam ve Sınırlandırma, s. 56.

⁵⁰ **Dardağan**, Esra (2001), Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara, Betik Yayıncılık, s. 9.

⁵¹ FSEK'te belirtilen eser grupları *numerus clausus* ilkesine göre sayılmış olup ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserler, güzel sanat eserleri ve sinema eserlerinden ibarettir. Bu dört ana grubun içindekiler ise örnek mahiyetinde sayılmaktadır. Bu ana grupların özelliklerini barındıran yeni bir fikrî ürünün bu gruplara dahil olması her zaman mümkündür. Ancak, bu dört ana gruptan birine girmeyen fikrî ürün, eser olarak nitelendirilemez. **Suluk&Karasu&Nal**, s. 43; **Erel**, s. 55; **Ayiter**, s. 38; **Tüysüz**, Mustafa (2007), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikrî Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 38.

⁵² Bu mesele esas itibariyle hukuk düzenlerinin fikrî hukuk konusundaki politikasını göstermektedir. Bu nedenledir ki, düşüncenin açıklanış biçiminin nasıl ve ne şekilde olacağını hukuk düzenlerince tayin edilir. **Ateş**, Eser, s. 35.

⁵³ **Ayiter**, s. 39; **Erel**, s. 56.

⁵⁴ **Dardağan**, s. 9; **Spacek**, Dirk (2005), Schutz von TV-Formaten Eine rechtliche und ökonomische Betrachtung, Zürich, Schulthess, Rn. 101.

⁵⁵ Ancak, Suluk/Karasu/Nal, üç şartın gerçekleşmesini aramış olup, bu şartlar şekli şart (FSEK'de sayılan eser gruplarından birine dahil olma), objektif şart (tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olması) ve subjektif şart (sahibinin hususiyetini taşıması, sahibine özgü olması) şek-

tiği doktrinde tartışmalı bir meseledir⁵⁶. Kanaatimizce hususiyetten anlaşılması gereken eserin, eser sahibinin fikrî çalışmasının ürünü olması ve sahibinin zekâ ve yeteneğinin yansımalarıdır. Başka bir ifade ile subjektif unsur, ortalama bir zekâ ve kabiliyete sahip her insanın oluşturacağı üründen farklı olmasıdır⁵⁷.

Yukarıda kısaca açıklanan iki şart, bir eserin kurucu unsurları olup⁵⁸ varlığı halinde eser niteliği sağlanmış olur.

V. TELEVİZYON PROGRAM FORMATLARININ ESER OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk hukukunda, televizyon program formatlarının hukukî tanımı yapılmadığı gibi herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır⁵⁹. Televizyon program formatlarının eser olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde salt düşünce seviyesinde kalan fikrî ürünlerin eser olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir⁶⁰. Fikrî ve zihinsel çabaların herhangi bir şekilde somutlaşarak üçüncü kişilerce algılanabilir hale gelmesi durumunda eserin varlığı kabul edile-

cektir⁶¹. Aksine bir davranış, fikirlerin tekelleşmesine neden olacağından yeni bir eser yaratılmasını olumsuz etkileyecektir⁶².

Televizyon program formatları da uzun bir süre salt fikir düzeyinde kaldığı düşünüldüğünden eser kategorisine dâhil edilmemiştir⁶³. Yargıtay bir kararında, “herkesçe bilinen ve kullanılan unsurlarla oluşturulan bir formatın özgünlükten ziyade soyut düşünce olduğu ve bu nedenle özgün olmayan soyut tasarımların herkesçe kullanılabilirliği”ne hükmetmiştir⁶⁴.

Televizyon program formatları da esas itibarıyla bünyelerinde fikrî içerik bulundurulur⁶⁵. Formatları kendine özgü yapan şey, bu fikrî içeriğin format sahibi tarafından unsurları ile somutlaştırılmasıdır. Somutlaştırma faaliyeti ise genelde çok ayrıntılı olacak şekilde yazıya dökülmesi yoluyla yapılmaktadır. Formatın eser olarak değerlendirilmesi hususunda unsurlarının da nazara alınması gerekmektedir⁶⁶. FSEK’te aranan şartların sağlanması durumunda da formatlar eser olarak kabul edilebilir.

Kanaatimizce, içerdiği unsurlar ve kaleme alınış biçimleri incelendiğinde televizyon program formatları salt düşünce düzeyinin çok ötesine geçmektedir. Bu durum bazı hallerde demo videoların çekilmesiyle desteklenmektedir. Formatı okuyan ve/veya izleyen kişilerin kafasında yayınlanması planlanan program ile alakalı fikirlerin, karakteristik unsurların canlanması durumunda subjektif unsurun sağlandığını söylemek çok da yanlış olmayacaktır⁶⁷. Nitekim Yargıtay bir

lindedir. **Suluk&Karasu&Nal**, s. 42. Tekinalp’e göre dört şart aranmakta olup bu dört şartın varlığını mahkeme resen araştırır. Bu şartlar; sahibinin hususiyetini taşıma, şekillenme, FSEK’teki eser kategorilerinden birine girme, fikrî çabanın ürünü olmasıdır. **Tekinalp**, Ünal (2012), Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 103. Doktrinde, subjektif unsur denmesinin nedeni olarak eser sahibinin fikrî çabasına bağlı olarak özgün ve yeni şeyler oluşturması gösterilmektedir. **Kılıçoğlu**, Ahmet (2013), Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara, Turhan Kitabevi s. 119. Ayrıca hususiyet her somut olaya göre ayrı ayrı tespit edilir. **Suluk&Karasu&Nal**, s. 43; **Erel**, s. 27; **Ayiter**, s. 45.

⁵⁶ Görüşlerin uzunca açıklanması konu bütünlüğünü bozacağından ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Eser, s. 71 vd.; **Ateş**, Kapsam ve Sınırlandırma, s. 58-59.

⁵⁷ **Ateş**, Eser, s. 77.

⁵⁸ Hâkim, önüne gelen davada bu unsurların var olup olmadığını resen araştırır. **Ateş**, Kapsam ve Sınırlandırma, s. 57.

⁵⁹ **Sargin**, s. 69.

⁶⁰ **Tekinalp**, s. 109; **Çolak**, s. 28; **Tosun**, s. 190.

⁶¹ **Tekinalp**, s. 113; **Ateş**, Eser, s. 31. Benzer anlayış Amerikan hukukunda, İngiliz hukukunda ve Alman hukukunda da kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sargin**, s. 37-68.

⁶² **Tosun**, s. 186; **Ateş**, Kapsam ve Sınırlandırma, s. 33; **Meadow**, s. 1173; **Bechtold**, s. 466-467.

⁶³ **Suluk&Karasu&Nal**, s. 55-56.

⁶⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 21.01.2016, E: 2015/2356, K: 2016/557 (Kazancı İċtihat Bankası).

⁶⁵ **Handle**, Marco (2013), Der urheberrechtliche Schutz der Idee,chriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht Band/Nr. 100, Rn. 481; **Sargin**, 70.

⁶⁶ **Frapa Raporu**, s. 26; **Karabağ**, s. 65.

⁶⁷ **Handle**, Rn. 481.

kararında, “*Kim Milyoner Olmak İster?*” televizyon şov programının 249 sayfalık formatında, tüm karakteristik unsurların detaylı bir biçimde verildiğine ve bu nedenle sahibinin hususiyetini taşıdığına karar vermiştir⁶⁸. Öte yandan, FSEK’teki dört ana eser kategorisi bulunmakta, her bir kategorinin altındaki eserler örnek mahiyetinden sayılmaktadır. Örneğin, FSEK m. 2’de ilim ve edebiyat eserleri “*Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları, Her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, Pantomimaller ve buna benzer sözsüz sahne eserleri Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun koyucunun alt kategorileri tahdidi bir biçimde sayması hayatın olağan akışına aykırıdır. Herakleitos’un da dediği gibi değişmeyen tek şeyin değişimin kendisi olduğu düşünüldüğünde, zamanın pratik ihtiyaçlarına karşılık verecek yeni eser alt kategorilerinin oluşması mümkündür. Tüm bu nedenlerle, televizyon program formatlarının günümüz pratik ihtiyaçlarını karşılaması ve etkin bir korumadan yararlanması açısından edebî eserler ya da sinema eserleri kategorisine dâhil edilmelidir⁶⁹. Yargıtay *Pepee* davasında, sahibinin hususiyetini taşıyan formatı ilim ve edebiyat eseri olarak değerlendirmiştir⁷⁰.

VI. TELEVİZYON PROGRAM FORMAT LİSANS SÖZLEŞMESİNİN DOGMATİK TEMELLERİ VE TANIMI

A. TELEVİZYON PROGRAM FORMAT LİSANS SÖZLEŞMESİNİN DOGMATİK TEMELLERİ

Küreselleşme ve özelleştirme sonucu birçok televizyon kanalları açılmıştır. Birbirleri ile rekabet halinde olan yeni kanalların program arayışları, diğer kanallar bakımından yeni kanalların gerisinde kalma endişesi yaratmış; bu endişe ise televizyon program format lisanslarının ihraç eden lisansör ile ithal eden lisans alıcısı arasında lisans sözleşmelerinin imzalanması ile format ticaretinin başlamasına neden olmuştur⁷¹. Format ticaretinin artmasında, yayınlanan formatın yüksek rating oranı ve başarısı da etkili olmuştur⁷². Öte yandan, fikrî hakların ve ülkeler ekonomisinin gelişmesi ile beraber lisans sözleşmesi de yaygın hale gelmiştir⁷³.

Süreç içerisinde bitmiş ve yayına sunulmaya hazır bir televizyon programının mı yoksa bir televizyon program formatının mı ticaretinin yapılacağı tartışma konusu olmuştur⁷⁴. Medya endüstrisinin gelişimi ve az masrafla çok kâr elde etme amaçları birlikte değerlendirildiğinde, ilk etapta tamamlanmış bir programın ticareti yapılmıştır⁷⁵. Hedef ülkedeki izleyici ile beklenen seviyede bir bağ yakalayamadığından ve uygulama alanını sadece program ile sınırlandırdığından⁷⁶ program ticaretinden vazgeçilmiştir⁷⁷.

⁶⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 29.03.2016, E: 2015/7276, K: 2016/3447 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁹ Benzer görüş için bkz. **Karabağ**, s. 87-88. Eser olarak kabul edilmediği durumlarda karşılaşılan en çok koruma yöntemi olarak marka, haksız rekabet, güven sorumluluğudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sargin**, s. 74-82.

⁷⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.05.2017, E: 2015/13096, K: 2017/2901 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷¹ **Moran**, Albert (2009), *TV Formats Worldwide: Localizing Global Programs* (TV Formats Worldwide), Bristol, Intellect Books, s. 165.

⁷² **Moran/Malbon**, s. 56.

⁷³ **Arbek**, Ömer (2005), *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 70.

⁷⁴ **Moran**, Albert (1998), *Copycat Television, Globalization, Program Formats and Cultural Identity*, Luton, s. 132.

⁷⁵ **Ananeva**, Anna Y. (2018), ‘Audiovisual Work Format as an Object of Copyrights in Russian and Foreign Legal Practice’, *Russian Journal of Comparative Law*, 5(1), s. 3.

⁷⁶ **Keinonen**, Heidi (2016), ‘Television Formats as Cultural Negotiations’ *Journal of European Television History&Culture*, Vol 5, Issue 9, s. 4.

Daha sonraki süreçte ithal programların başarısızlığını kırmak için dünya çapında bilinen yapım şirketleri ile yerel yapım şirketleri arasında format lisans sözleşmeleri imzalanmıştır⁷⁸. Formatlar, tabiatı gereği, serbest bir şekilde sınır ötesi dolaşabilmekte, yerellik ve küresellik arasında bağlantı kurabilmekte ve hatta yerellik ile küresellik kendi bünyesinde iç içe geçmektedir⁷⁹. Format adaptasyonu, piyasaya yön veren yapım şirketleri ile yerel yapım şirketleri arasında format lisans sözleşmesinin imzalanması ile başlayan bir süreçtir⁸⁰. Format adaptasyonu işleminde formatın ana ve genel unsurları sabit olup ülkenin sosyolojik yapısına uygun şekillendirilmesi söz konusudur⁸¹. Bu özellikleri de dikkate alındığında televizyon program formatlarının ticareti yaygın hale gelmiştir⁸².

⁷⁷ **Moran**, TV Formats Worldwide, s. 42.

⁷⁸ **Moran**, Albert & **Keane**, Michael (2004), Television Across Asia, Television Industries, Programme Formats and Globalization, London, Routledge Curzon, s. 7.

⁷⁹ **Keinonen**, s. 3, 5; **Chalaby**, Jean (2011), 'The Making of an Entertainment Revolution: How the TV Format Trade Became a Global Industry' European Journal of Communication, 26 (4), s. 296; **Keane**, Michael (2002), 'As a Hundred Television Formats Bloom, A Thousand Television Stations Contend' Journal of Contemporary China, 11 (30), s. 8.

⁸⁰ **Karabağ**, s. 67; **Keinonen**, s. 7; **Moran**, Albert (2009), 'Global Franchising, Local Customizing: The Cultural Economy of TV Program Formats (Global Franchising of Formats)' Continuum: Journal of Media and Cultural Studies, 23(2), s. 118-119.

⁸¹ **Erdoğan&Budak**, s. 75, 77; **Keinonen**, s. 9; **Keane**, s. 13; **Frapa Raporu**, s. 52. Yabancı doktrinde bu durum "Local producers can not be allowed to alter the 'flesh' of a format but can never touch the 'skeleton'" şeklinde ifade edilmiştir. **Chalaby**, s. 297. Televizyon program formatlarının uyarlanması hususunda asıl formattan esinlenerek yeni bir program mı yoksa ona bağlı kalarak bağımsız olmayan bir bölüm mü oluşturulduğu hususu hukukî nitelik bakımından önem arz etmektedir. Bu durumda işleme eser konusu gündeme gelebilmektedir. Ancak, formatlar yaratıcısının fikrinin farklı unsurlarla şekillendiği ve bütünleştiği bir yapıdır. Format adaptasyonlarında orijinal formatın değişmeyen unsurlarına bağlı kalınarak yeni bir format yaratıldığından işleme eser kapsamına girmezler. Formatın program haline gelmesi ise sahibinin hususiyetini taşıyan bir fikrin canlanmasıdır. **Karabağ**, s. 75. İşleme eserler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Eser, s. 312 vd.; **Suluk&Karasu&Nal**, s. 73 vd.; **Tosun**, s. 19.

⁸² **Moran**, Global Franchising of Formats, s. 116, 118; **Esser**, Andrea & **Jensen**, Pia Majbritt (2015), 'The Use of International Television Formats by Public Service Broadcasters in

B. TELEVİZYON PROGRAM FORMAT LİSANS SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Televizyon program format lisans sözleşmesi kavramı karakteristik unsurları kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz bir sözleşmedir. Her ne kadar FSEK m. 48/2 ve 56. maddelerde ruhsat (lisans) kavramından bahsedilmişse de, Kanun koyucu lisans ve lisans sözleşmesi kavramlarının tanımını yapmamıştır⁸³. Bu nedenle, tanım işi doktrine ve mahkeme kararlarına bırakılmıştır.

Lisans sözleşmesi bünyesinde birçok yapıyı ya da unsuru içermekte olup tüm yönlerini kapsayan bir tanımın yapılması oldukça güçtür⁸⁴.

Tekinalp'e göre lisans sözleşmesi, fikir ve sanat eserleri hukuku alanında bir malî hakkın kullanılmasının devrini, şartlarını, kapsamını, süresini, sınırlarını, tarafların hak ve borçlarını düzenleyen bir sözleşmedir⁸⁵.

Eren'e göre lisans sözleşmesi, lisans verenin fikrî veya sınaî bir haktan veya diğer maddi olmayan bir maldan, belirli ya da belirli olmayan bir süre için yararlanmayı, karşılığında ödeyeceği bir bedel ile lisans alana devretmeyi üstlendiği bir sözleşmedir⁸⁶.

Arbek'e göre lisans sözleşmesi, özel hukukî düzenlemelerle korunan fikrî hakların veya genel hukuk normları ile korunan hak ve fiilî durumların sahiplerine sağladığı kullanma yetkilerinin tamamının veya bir kısmının başka kişilere bedelli veya bedelsiz olarak devredilmesine imkân sağlayan sözleşmedir⁸⁷.

Australia, Denmark and Germany' The International Communication Gazette, 77 (4), s. 359.

⁸³ **Arbek**, s. 75.

⁸⁴ **Arbek**, s. 65.

⁸⁵ **Tekinalp**, s. 234.

⁸⁶ **Eren**, Fikret (2015), Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 928; **Eren**, Fikret (2015), 'İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri (İsimsiz Sözleşmeler)' BÜHFD, C: 1, S: 1, s. 95.

⁸⁷ **Arbek**, s. 65-66.

Aydıncık'a göre lisans sözleşmesi, kanunlar ile özel olarak veya genel hukuk normları ile korunan gayri maddi hakkın ya da fiili durumun kullanımının başkasına bırakıldığı bir sözleşmedir⁸⁸.

Erbek'e göre lisans sözleşmesi, lisan veren ile lisans alan taraf arasında imzalanan, eser sahibinin malî haklarını konu alan bir sözleşmedir⁸⁹.

Kanaatimizce televizyon program format lisans sözleşmesi; format sahibi ile yapımcı arasında imzalanan, formattan kaynaklanan hakkın ya da fiili durumun kullanımının yapımcıya bırakıldığı, ivazlı, isimsiz bir sözleşmedir⁹⁰.

VII. TARAFLARI

Medya endüstrisinin kilit noktasını oluşturan televizyon program format lisans sözleşmesinin tarafları, lisans veren ile lisans alandır.

A. LİSANS VEREN

Lisans veren taraf genellikle eser sahibi olmakla birlikte; mirasçılar, hakkı devralan veya daha önce lisans alan gerçek ya da tüzel kişiler de olabilmektedir⁹¹.

FSEK m. 8'e göre eseri meydana getiren kişinin eser sahibidir⁹². Ayrıca, FSEK m. 9'da birden fazla kişinin eser sahibi olması durumu, FSEK m. 11 ve 12'de eser sahipliği hakkındaki karineler düzenlenmiştir.

⁸⁸ **Aydıncık**, Şirin (2006), Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, s. 45.

⁸⁹ **Erbek**, Özge (2009), 'Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Hukukî Niteliği' DEÜHFD, C: 11, S: 2, s. 36.

⁹⁰ Benzer bir tanım için bkz. **Eickmeier**, Frank & **Fischer-Zernin**, Verena, 'Ist der Formatschutz am Ende? Der gesetzliche Schutz des Fernsehshowformats nach der „Sendeformat“-Entscheidung des BGH' GRUR, 2008, 755, 763.

⁹¹ **Eren**, Özel Hükümler, s. 928; **Eren**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 96; **Aydıncık**, s. 92; **Erbek**, s. 30.

⁹² **Aydıncık**, s. 92-107. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, Mustafa (2012), Fikrî Hukukta Eser Sahipliği (Eser Sahipliği), Ankara, Adalet Yayınevi, s. 5 vd.

FSEK m. 18/3'e göre "Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre malî hakları kullanabilir." Her ne kadar bu kişiler eser sahibi değilse de Kanun'un malî hak sahibi kabul ettiği kişilerdendir. Bu nedenle, lisans veren sıfatıyla lisans sözleşmesi akdedebilirler⁹³.

Televizyon program formatları açısından lisans veren taraf, format sahibidir. Format sahibi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Örneğin, 150'den fazla ülkede yayınlanan, dünyada büyük ses getiren "Kim Milyoner Olmak İster?" formatının sahibi, Celador şirkettir.

B. LİSANS ALAN

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 18. maddesinde lisans sözleşmesinin lisans veren tarafında yer alabilecek kişiler gösterilmiş iken; lisans alan taraf hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Malî haklardan yararlanmak isteyen her gerçek veya tüzel kişi, lisans alan taraf olabilir⁹⁴. Lisans alan kişinin tüzel kişi olması durumunda, kuruluş ve faaliyet amaçlarında fikrî eser üzerindeki haklardan yararlanması hususunun bulunması gerekmektedir⁹⁵. Öte yandan, lisans alan tarafta olabilecek bazı kişi ve kuruluşlar ise FSEK m. 80'de özel olarak düzenlenmiştir.

Televizyon program formatları açısından lisans alan taraf, yapımcı şirket olarak karşımıza çıkmaktadır. Format sahibi ile birtakım görüşmeler yapan yapımcı şirket, formatı yayınlanmaya değer bulursa lisans sözleşmesini imzalamaktadır.

VIII. HUKUKİ NİTELİK

Fikir ve sanat eserlerine ilişkin lisans sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesi, lisans veren ve lisans alan ile lisans alan ve üçüncü kişiler

⁹³ **Erbek**, s. 30.

⁹⁴ **Eren**, Özel Hükümler, s. 928; **Eren**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 96; **Aydıncık**, s. 107; **Erbek**, s. 33.

⁹⁵ **Aydıncık**, s. 108.

arasındaki hukukî ilişkilerin belirlenmesi bakımından oldukça önem arz etmektedir⁹⁶.

Doktrinde lisans sözleşmesinin hukukî niteliği bakımından iki ana görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, lisans sözleşmesini tasarruf işlemi olarak değerlendirmekte iken; diğer görüş ise lisans sözleşmesini borçlandırıcı işlem olarak değerlendirmektedir.

A. TASARRUF İŞLEMİ GÖRÜŞÜ

FSEK m. 48/3 ve 50 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde lisans sözleşmesi, malî hakkın devri gibi bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmiştir. Alman doktrininde tasarruf işlemi olarak kabul edilmekte; Türk hukukunda da tasarruf işlemi savunan yazarlar bulunmaktadır⁹⁷. Bu görüş taraftarları, lisans hakkının mutlak bir hak olduğunu savunmakta⁹⁸, lisans sözleşmesinin hukukî niteliğini alacağın temlikine benzetmektedir⁹⁹. Lisans sözleşmesinin kurulması ile birlikte fikrî haktan kaynaklanan malî yetkilerin kullanım hakkı da doğrudan lisans alana geçer¹⁰⁰. Bu nedenle, lisans sözleşmesinin geçerli olabilmesi için lisans verenin lisans kurulurken lisans hakkını devretme konusunda yetkili olması gerekmektedir. Aksi bir durum var ise FSEK m. 48/3'e göre lisans sözleşmesi geçersizdir. Ancak bütün tasarruf işlemleri ilgisine her koşulda mutlak hak tanımaz. Alacağın temlikli tasarruf işlemi iken; devralan tarafın sahip olduğu hak nisbi bir haktır¹⁰¹.

B. BORÇLANDIRICI İŞLEM GÖRÜŞÜ

İsviçre doktrininde ağırlıklı kabul edilen, Türk hukukunda da taraftar toplayan bu görüşe göre lisans sözleşmesi borçlandırıcı işlem niteliğini haizdir¹⁰². Bu

görüşü savunan yazarlara göre, lisans hakkı nisbi haktır¹⁰³. Öte yandan, lisans veren taraf lisans sözleşmesinin imzalanması ile birlikte lisans alana karşı lisans konusunu devretme taahhüdü altına girmektedir¹⁰⁴. Lisans veren mevcut ya da henüz mevcut olmayan bir fikrî hakka ilişkin olarak lisans sözleşmesi imzalayabilir¹⁰⁵.

Kanaatimizce, lisans sözleşmesinin hukukî niteliği borçlandırıcı işlemdir. Zira lisans hakkının hukukî niteliği ile lisans sözleşmesinin hukukî niteliği birbirinden farklı kavramlardır¹⁰⁶. Eser üzerindeki malî hakkın kullanım yetkisinin devredilmesi durumunda hak, sahibinin malvarlığından çıkmamakta, lisans alan yalnızca hakkı lisans çerçevesinde kullanma imkânına sahip olmakta, lisans verenin ise tasarruf yetkisi devam etmektedir¹⁰⁷. Lisans veren, lisans sözleşmesi ile lisans alana karşı lisans hakkının devredilmesi noktasında bir taahhütte bulunmaktadır¹⁰⁸.

IX. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

A. SUI GENERİS BİR SÖZLEŞMEDİR

Borçlar hukukuna hâkim olan ilkelerin başında sözleşme özgürlüğü ilkesi gelmektedir¹⁰⁹.

⁹⁶ **Arbek**, s. 76.

⁹⁷ **Tekinalp**, s. 234; **Aydıncık**, s. 77; **Erel**, s. 304.

⁹⁸ Lisans hakkı ve lisans hakkının hukukî niteliği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Erbek**, s. 41-53; **Arbek**, s. 53-63.

⁹⁹ **Arbek**, s. 76.

¹⁰⁰ **Aydıncık**, s. 77; **Erel**, s. 304-305.

¹⁰¹ **Erbek**, s. 56.

¹⁰² **Ayiter**, s. 211; **Arbek**, s. 77; **Erbek**, s. 56; **Tüysüz**, s. 80.

¹⁰³ **Eren**, Özel Hükümler, s. 935; **Ayiter**, s. 211; **Erbek**, s. 56; **Aydıncık**, s. 73. **Arbek**, lisans hakkının aynı veya şahsî nitelikte olması hususunun, lisans sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesi açısından herhangi bir ilgisinin olmadığını savunmaktadır. Örnek olarak da satım sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olmasını ve fakat satın alan tarafa devredilen satım konusu üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı olmasını vermektedir. **Arbek**, s. 77-78.

¹⁰⁴ **Arbek**, s. 77.

¹⁰⁵ **Arbek**, s. 77.

¹⁰⁶ Aynı doğrultuda **Arbek**, s. 78-79; **Erbek**, s. 56-57; **Tüysüz**, s. 80-81.

¹⁰⁷ **Erbek**, s. 57; **Ayiter**, s. 210-211.

¹⁰⁸ **Arbek**, s. 78; **Erbek**, s. 57.

¹⁰⁹ **Tandoğan**, Halûk (2008), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1/1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 9; **Kuntalp**, Erden (2013), Karşık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 2; **Zevkliler**, Aydın & **Gökayla**, K. Emre (2013), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 6; **Gümüş**, Mustafa Al-

TBK m. 26 uyarınca “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*”. Sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeni sınırları içinde kişilerin irade beyanı ile istedikleri hukukî sonucu ortaya getirebilme özgürlüğüdür¹¹⁰. Bu ilke uyarınca TBK m. 27’ye aykırı olmamak koşulu ile diledikleri kişilerle, diledikleri tip, şekil ve içerikte sözleşme yapabilir ve sözleşmeyi sona erdirebilirler¹¹¹.

İsimsiz sözleşmeler, aslı unsurlarının bir kısmı ya da tamamının veya bu unsurların bir araya getirilmesi TBK ve diğer Kanunlarda düzenlenmemiş sözleşmelerdir¹¹². İsimsiz sözleşmeler de kendi içinde kendine özgü (*sui generis*) sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹¹³.

Sui generis sözleşmeler, TBK veya diğer Kanunlarda düzenlenen isimli sözleşmelerin aslı unsurlarının bir kısmının veya tamamını içermeyen sözleşmelerdir¹¹⁴. Diğer bir deyişle *sui generis* sözleşmeler, Kanunda düzenlenen tipik sözleşmelerin hiçbirine ait olmayan unsurlardan meydana gelen ve bu özelliği ile yeni bir oluşum yaratan sözleşmelerdir¹¹⁵.

Lisans sözleşmesinin *sui generis* bir sözleşme olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüş, FSEK m. 48 ve 50 hükümlerini nazara alarak bu sözleşmenin

Kanunda düzenlendiğini ve bu nedenle isimli bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁶. Diğer bir görüş ise, lisans sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğunu savunmaktadır¹¹⁷.

Kanaatimizce, lisans sözleşmesi *sui generis* bir sözleşmedir. Her ne kadar FSEK m. 52’de lisans sözleşmesinin şekli, FSEK m. 56’da içeriği düzenlenmiş de, lisans sözleşmesinin tanımı yapılmadığı gibi aslı unsurlarının tamamı Kanunda düzenlenmemiştir¹¹⁸. Bazı hususların Kanunda yer alması, bu sözleşmeyi isimli hâle getirmeyeceği gibi, ilgili hükümlerden de sözleşmenin tüm unsurlarını belirlemek mümkün değildir. Kanun’da düzenlendiği üzere, basit lisanslara hâsılât kirasına dair hükümlerin, münhasır lisanslara ise intifa hakkına ilişkin hükümler uygulanacak ise de, bu hükümler sözleşmenin niteliğine uygun düşüğü ölçüde kıyasen uygulanır¹¹⁹.

B. SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ DOĞURAN BİR SÖZLEŞMEDİR

Lisans sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir¹²⁰. Anî edimli borç ilişkilerinin tersine, tarafların edimlerini tek seferde yerine getirip tüketmeleri gibi bir husus söz konusu değildir¹²¹. Diğer bir deyişle, sözleşme varlığını devam ettirdiği sürece tarafların hak ve yükümlülükleri de devam edecektir¹²².

C. RIZAÎ BİR SÖZLEŞMEDİR

Lisans sözleşmesi, rızâî bir sözleşmedir¹²³. Lisans sözleşmesinin kurulabilmesi için TBK m. 1

per (2013), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C: 1, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 3; **Eren**, Özel Hükümler, s. 18.

¹¹⁰ **Tandoğan**, s. 9; **Kuntalp**, s. 2; **Yavuz**, Cevdet (2016), Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 6; **Yavuz**, Cevdet & **Acar**, Faruk & **Özen**, Burak (2014), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 14; **Eren**, Özel Hükümler, s. 18.

¹¹¹ **Tandoğan**, s. 9-12; **Kuntalp**, s. 2-3; **Zevkliler&Gökyayla**, s. 7-10; **Yavuz**, s. 7; **Eren**, Özel Hükümler, s. 19-20.

¹¹² **Tandoğan**, s. 12; **Kuntalp**, s. 4; **Zevkliler&Gökyayla**, s. 10; **Gümüş**, s. 4; **Yavuz**, s. 13; **Yavuz&Acar&Özen**, s. 22-23; **Eren**, Özel Hükümler, s. 865.

¹¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, s. 12, 75-76; **Gümüş**, s. 5-11; **Yavuz**, s. 13-22; **Yavuz&Acar&Özen**, s. 14-18, 22-45; **Eren**, Özel Hükümler, s. 870 vd.

¹¹⁴ **Tandoğan**, s. 13; **Zevkliler&Gökyayla**, s. 11; **Gümüş**, s. 9; **Yavuz**, s. 15; **Yavuz&Acar&Özen**, s. 29; **Eren**, Özel Hükümler, s. 881, 929.

¹¹⁵ **Kuntalp**, s. 14.

¹¹⁶ **Tandoğan**, s. 63; **Yavuz**, s. 13; **Yavuz&Acar&Özen**, s. 22; **Tüysüz**, s. 81.

¹¹⁷ **Kuntalp**, s. 15; **Zevkliler&Gökyayla**, s. 16; **Erbek**, s. 53; **Aydıncık**, s. 65; **Ayiter**, s. 211; **Eren**, Özel Hükümler, s. 882; **Eren**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 97; **Arbek**, s. 80.

¹¹⁸ Aynı doğrultuda **Erbek**, s. 54; **Arbek**, s. 80.

¹¹⁹ **Ayiter**, s. 213; **Aydıncık**, s. 65; **Erbek**, s. 54.

¹²⁰ **Eren**, Özel Hükümler, s. 930.

¹²¹ **Erbek**, s. 54; **Aydıncık**, s. 67-68.

¹²² **Arbek**, s. 82; **Erbek**, s. 54-55; **Aydıncık**, s. 68.

¹²³ **Eren**, İsimsiz Sözleşmeler, s. 97; **Arbek**, s. 79.

uyarınca lisans veren ile lisans alanın irade beyanlarının sözleşmenin aslı unsurları açısından karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir¹²⁴.

Lisans sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurması nedeniyle taraflar arasında özel bir güven ilişkisi doğmakta, bu husus sözleşmenin sona ermesi ve sona ermesinden sonraki süreçte de önem arz etmektedir¹²⁵.

D. İVAZLI BİR SÖZLEŞMEDİR

Lisans sözleşmesi kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen ve ivazlı bir sözleşmedir¹²⁶. Lisans veren, gayri maddî hakkın kullanımını lisans verecek devrederken, lisans alan ise karşılığında bedel ödeme borcu altına girmektedir¹²⁷. Lisans sözleşmesine karakterini veren edim lisans verenin edimi iken lisans alanın edimi genelde para olarak kararlaştırılmaktadır¹²⁸.

Öte yandan, her ne kadar uygulamada sıklıkla karşılaşılsa da, lisans sözleşmesinin ivazsız kurulması da mümkündür¹²⁹. İvazsız olması, tek taraflı hukukî bir işlem olduğu anlamına gelmemektedir¹³⁰. Bu durumda da, sözleşmede lisans alan ve lisans veren taraf bulunmakta ve fakat tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olmaktadır¹³¹.

E. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

TBK m. 12 uyarınca “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”.

FSEK m. 52 uyarınca “Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır”. Bu açık hüküm uyarınca lisans sözleşmelerinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için muhakkak yazılı bir şekilde yapılması gerekmektedir¹³². Şekil şartı ispat şartı olmayıp geçerlilik şartıdır¹³³. Resmî şekilde yapılması zorunlu olmayıp adi yazılı şekil ile sözleşmenin yapılması yeterlidir¹³⁴.

Lisans sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekil şartının yanında sözleşme konusu malî yetkilerin de metinde ayrıca ve yazılı olarak gösterilmesi gerekmektedir¹³⁵.

X. TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. LİSANS VEREN

1. Lisans Alanın Lisans Konusundan Yararlanmasını Sağlama

Lisans sözleşmesinin en tipik unsuru, lisans verenin lisans konusundan yararlanmasını sağlama yükümlülüğüdür¹³⁶. Diğer bir ifade ile lisans alanın lisans konusundan faydalanmasının mümkün ola-

¹²⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 930; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 97-98.

¹²⁵ Arbek, s. 82; Erbek, s. 55. Ayrıca bkz. XII. Sözleşmenin Sona Ermesi.

¹²⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 930; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 97.

¹²⁷ Aydıncık, s. 68; Arbek, s. 81; Erbek, s. 55.

¹²⁸ Aydıncık, s. 68.

¹²⁹ İvazsız kurulan lisans sözleşmeleri ise serbest/bedelsiz lisans olarak adlandırılmaktadır. Aydıncık, s. 69; Arbek, s. 81; Erbek, s. 55.

¹³⁰ Aydıncık, s. 69; Arbek, s. 81.

¹³¹ Aydıncık, s. 69; Arbek, s. 81.

¹³² Tekinalp, s. 236; Tüysüz, s. 87; Arbek, s. 167. Şekil şartının aranması meselesi de doktrinde tartışmalı bir meseledir. Arbek, şekil şartının aranmasının isabetli olduğunu savunmaktadır. Arbek, s. 166. Aydıncık ise, şekil şartının aranmasının isabetli olmadığı kanaatindedir. Aydıncık, s. 87-90.

¹³³ Arbek, s. 167; Aydıncık, s. 86; Tüysüz, s. 88. Aksi görüşte Eren, Özel Hükümler, s. 931; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 98.

¹³⁴ Ancak ispat kolaylığı açısından sözleşmenin noterde yapılmasında yarar vardır. Aydıncık, s. 86.

¹³⁵ Arbek, s. 167; Aydıncık, s. 86-87; Ayiter, s. 217.

¹³⁶ Arbek, s. 175; Aydıncık, s. 109; Tüysüz, s. 101.

bilmesi için lisans veren, lisans konusunu devretmekle yükümlüdür¹³⁷.

Daha önce de ifade edildiği üzere, fikri haklar ve haklardan kaynaklanan mali yetkilerin herhangi bir maddî varlığı bulunmamaktadır. Fikri ürünler varlığı olan şeyler üzerinde tecessüm ederler. Lisans veren, üzerinde tecessüm edilen şey olan lisans konusunu devretmekle yükümlüdür¹³⁸.

Lisans veren bu yükümlülüğünü yerine getirirken lisans konusu ile alakalı olan her türlü bilgi, araç vb. belgeleri de lisans alana devretmelidir¹³⁹.

Lisans verenin lisans alana lisans konusunu ne zaman ifa edeceği hakkında FSEK'te bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca bu hususu diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Kararlaştırmamaları durumunda ise TBK m. 90 uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁰.

Lisans verenin lisans alana lisans konusunu nerede ifa edeceği hakkında da FSEK'te bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar yine, sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Kararlaştırmamaları durumunda ise TBK m. 89 uygulama alanı bulacaktır¹⁴¹.

2. Lisans Alanın Lisans Konusundan Yararlanmasının Sürekliliğini Sağlama

Bilindiği üzere lisans sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Bu nedenle lisans veren, sözleşme süresi boyunca lisans alanın lisans konusunu kullanmasının devamlılığını sağlamakla

yükümlüdür¹⁴². Lisans sözleşmesinin niteliği gereği, bu yükümlülüğün sözleşmede açıkça kararlaştırılmasına gerek bulunmamaktadır¹⁴³.

Lisans verenin, lisans sözleşmesini zedeleyecek şekilde tasarrufta bulunması durumunda sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Lisans veren bu yükümlülüğüne uygun davranmalı; lisans konusunu başkasına devretmemeli¹⁴⁴, lisans konusundan feragat etmemeli¹⁴⁵, lisans alanın hakkına tecavüz teşkil edecek şekilde yeni bir lisans hakkı vermemeli¹⁴⁶, lisans konusuna yapılan tecavüzleri engellemelidir¹⁴⁷.

B. LİSANS ALAN

1. Lisans Bedeli Ödeme

Lisans sözleşmesinde lisans bedeli ödenmesi, kural olarak sözleşmenin objektif aslı unsuru değildir¹⁴⁸. FSEK m. 48'e göre "*Eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla mahdut veya gayrimahdut, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler*". Ancak taraflar, lisans sözleşmesine bir hüküm koyarak lisans bedeli kararlaştırabilirler; aslı unsur haline getirebilirler¹⁴⁹. Uygulamaya bakıldığında

¹³⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 934; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 96, 101; Arbek, s. 175.

¹³⁸ Tüysüz, s. 102. Ayrıca şunu da belirtmek isteriz ki, tecessüm edilen şeyi devralan lisans alan eser sahibi olmamaktadır. Eser sahipliği lisans verenin bünyesinde devam etmektedir. Lisans alan sadece, zilyetliği devralmakla birlikte lisans hakkından faydalanma yetkisine sahiptir. Arbek, s. 176.

¹³⁹ Arbek, s. 175; Aydıncık, s. 110.

¹⁴⁰ Arbek, s. 177.

¹⁴¹ Arbek, s. 178.

¹⁴² Eren, Özel Hükümler, s. 934; Aydıncık, s. 111; Arbek, s. 178; Tüysüz, s. 109.

¹⁴³ Arbek, s. 178; Aydıncık, s. 112.

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arbek, s. 180. Aksi görüş için bkz. Aydıncık, s. 112-114.

¹⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arbek, s. 179. Aksi görüş için bkz. Aydıncık, s. 115.

¹⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arbek, s. 181; Aydıncık, s. 114.

¹⁴⁷ Tüysüz, s. 109-111; Arbek, s. 178. Aydıncık'a göre lisans konusu hakkın devri veya bu hak üzerinde ikinci bir lisans tanınması lisans alanın haklarına halel getirmeyecektir. Aydıncık'a göre lisans sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindedir. Aydıncık, s. 112. Kanaatimizce, lisans sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem niteliğini haizdir. Bu nedenle lisans konusunun devri ya da bu hak üzerinde ikinci bir tasarruf tanınması lisans alanın hakkını zedelemektedir. Öte yandan, her ne kadar lisans hakkı ile lisans sözleşmesi kavramları birbiri ile karıştırılmaya müsait olsa da, farklılık arz etmektedir.

¹⁴⁸ Arbek, s. 183; Aydıncık, s. 123; Tüysüz, s. 104.

¹⁴⁹ Eren, Özel Hükümler, s. 935; Eren, İsimli Sözleşmeler, s. 96, 102; Arbek, s. 183.

da lisans bedeli alınmadan yapılan lisans sözleşmeleri, yok denecek kadar azdır¹⁵⁰.

Lisans bedeli genelde para iken, tarafların para dışında başka bir edimi karşılaştırması mümkündür¹⁵¹.

Lisans bedelinin FSEK m. 52 uyarınca yazılı olarak sözleşmede belirtilmesi meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, sözleşmede yazılı olarak belirtilmesini savunmaktadır¹⁵². Zira FSEK m. 52 sözleşmenin geçerlilik şartı olup emredicidir¹⁵³. Diğer bir görüş ise bedelin sözleşmede yazılı olarak belirtilmesinin zorunlu olmadığını savunmaktadır¹⁵⁴. Çünkü FSEK m. 52'de mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterileceği düzenlenmiştir. Bu görüş taraftarları, bedelin hükümde yer almadığını savunmaktadır¹⁵⁵. Kanaatimizce, TBK m. 13 ve FSEK m. 52 hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. Madde hükümlerinin açık ve emredici olduğu şüpheden uzak olup öngörülen şekil şartı geçerlilik şartıdır. Bu nedenle, bedel eğer belirli ise yazılı olarak sözleşmede yer almalı; belirlenabilir ise bedel kelimesinin sözleşmede yer alması yeterlidir. Tarafların daha sonra bedel karşılaştırması durumunda ise, yine anlaşmanın yazılı yapılması gerekmektedir.

Lisans veren ile lisans alan, lisans bedelinin ani, periyodik ya da dönemsel ödeneceği hususunda anlaşabilirler¹⁵⁶. Uygulamada ise lisans bedelinin periyodik olarak ödendiği görülmektedir.

Lisans bedelini ödeme yeri konusunda da taraflar anlaşabilirler. Anlaşma olmaması durumunda TBK m. 89 hükmü uygulanacaktır.

¹⁵⁰ **Aydıncık**, s. 123.

¹⁵¹ Uygulamada karşılaşılan bedel türleri götürü bedel, asgarî bedel, parça başına bedel, sürümle veya elde edilen gelire orantılı bedeldir. **Eren**, Özel Hükümler, s. 935; **Arbek**, s. 183.

¹⁵² **Arbek**, s. 183.

¹⁵³ **Arbek**, s. 183-184.

¹⁵⁴ **Aydıncık**, s. 124; **Tüysüz**, s. 104.

¹⁵⁵ **Aydıncık**, s. 124.

¹⁵⁶ **Aydıncık**, s. 127.

2. Lisans Konusundan Faydalanma

Lisans alanın, lisans konusundan faydalanma yükümlülüğüne ilişkin FSEK'te bir düzenleme bulunmamaktadır. Lisans alan ve lisans veren sözleşmede kararlaştırabilir, aslı unsur haline getirebilirler.

Lisans konusundan faydalanma da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, lisans alanın lisans konusundan faydalanma yükümlülüğünün olmadığını savunmaktadır¹⁵⁷. Diğer bir görüş ise, lisans alanın lisans konusundan faydalanma yükümlülüğünün olduğunu savunmaktadır¹⁵⁸. Kanaatimizce, lisans alanın lisans konusundan faydalanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Lisans alan, lisans sözleşmesini imzalarlarken iktisaden yararlanmayı amaçlamaktadır. Örneğin, televizyon program formatlarında formattan yararlanma ve hatta formatı programa dönüştürüp yayınlama söz konusudur. Lisans alan bu amaçla hareket etmektedir. Öte yandan, lisansın inhisarı olup olmaması ile yararlanma yükümlülüğü birbirinden farklı kavramlardır.

3. Kanuna ve Sözleşmeye Uygun Kullanma

Lisans alan ve lisans veren lisans konusundan nasıl faydalanacağını sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesine diledikleri gibi kararlaştırabilirler¹⁵⁹. Lisans alan, lisans konusundan niteliğine uygun düştüğü ölçüde özenle yararlanmak, kullanmak, zarar verici her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür¹⁶⁰. Ancak uygulamada lisans sözleşmesi ile lisans konusundan nasıl faydalanacağı genellikle sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalar genelde FSEK m. 48 uyarınca lisans hakkının süresi, yeri ve içeriği yönünden de yapılmaktadır.

Lisans konusunun genelde yer bakımında sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu sınırlama eserden

¹⁵⁷ **Aydıncık**, s. 130; **Tüysüz**, s. 127.

¹⁵⁸ **Arbek**, s. 185.

¹⁵⁹ **Arbek**, s. 186; **Aydıncık**, s. 134.

¹⁶⁰ **Eren**, Özel Hükümler, s. 935; **Eren**, İsimli Sözleşmeler, s. 102.

iktisaden yararlanılan yer, hakkın o ülke sınırları içinde (mülkîlik) kullanılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁶¹.

Lisans konusunun zaman bakımından sınırlandırılması da mümkündür. Eğer bir belirleme yapılmamışsa süre, koruma süresinin tamamı kadardır¹⁶². Sürenin muhakkak gün olarak belirlenmesi gerekmez¹⁶³. Örneğin, televizyon program formatlarında sürenin bir sezon olarak kararlaştırılması da mümkündür.

4. Lisans Konusunu Başkasına Devretme

Lisans alan, lisans sözleşmesi ile devraldığı lisans konusunu bizzat kullanmakla yükümlüdür¹⁶⁴. Bu yükümlülük FSEK m. 49'da açıkça düzenlenmiştir. İlgili maddeye uyarınca *“Eser sahibi veya mirasçılardan mali bir hak veya böyle bir hakkı kullanma ruhsatını iktisap etmiş olan bir kimse, ancak bunların yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir”*.

Lisans verenin muvafakat vermemesine rağmen lisans alan, başka bir lisans sözleşmesi ile lisans konusunu devrederse TBK m. 112 kapsamında sorumludur¹⁶⁵.

Sözleşmenin taraflarını incelerken lisans alanın gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi olabileceğini de belirtmiştik. Lisans alanın tüzel kişi olması

durumunda ise, tüzel kişi bünyesinde çalışan, yetkili gerçek kişiler tarafından kullanılması gerekir¹⁶⁶. Bu kişilerin lisans sözleşmesine aykırı kullanması durumu söz konusu olduğunda TBK m. 116 kapsamında sorumluluk gündeme gelecektir¹⁶⁷.

XI. BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

A. YAYIM SÖZLEŞMESİNDEN FARKI

Yayım sözleşmesi TBK m. 487 vd. düzenlenen bir isimli sözleşmedir. TBK m. 487'ye göre *“Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir”*.

Lisans sözleşmesi ile yayım sözleşmesi birbirine çok benzemektedir ve hatta birbirini karıştırılmaktadır¹⁶⁸. Şöyle ki, her iki sözleşme de eserin yayımlanması ve çoğaltılması yetkilerini vermektedir¹⁶⁹.

Bu benzerliklere rağmen her iki sözleşme farklıdır. Öncelikle yayım sözleşmesi TBK'da tanımlanmış, aslı unsurları belirlenmiş isimli bir sözleşme iken; lisans sözleşmesi *sui generis* bir sözleşmedir¹⁷⁰. Ayrıca TBK m. 489'a göre yayım sözleşmesi ile beraber eser sahibinin hakları sözleşmenin öngördüğü süre ve ölçüde yayımcıya geçmektedir. Lisans sözleşmesinde ise, lisans alana yalnızca hakkın kullanım yetkisi sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca geçmektedir. Başka bir ifade ile lisans sözleşmesi ile lisans veren yalnızca yayımlama yetkisinin kullanımını devretmektedir¹⁷¹. Öte yandan, lisans sözleşmesinin konusunu FSEK kapsamında eser kabul edilen fikrî ürünlerdeki malî yetkiler oluşturmaktadır¹⁷².

¹⁶¹ **Aydıncık**, s. 135.

¹⁶² FSEK m. 27 uyarınca koruma süresi, eser sahibinin yaşadığı süre ve ölümünden itibaren 70 yıldır. Örneğin, hak sahibinin ölümünden 5 sene önce lisans sözleşmesi yaptığını kabul edelim. Lisans sözleşmesinde hakkın zilyetliğinin geçtiğini daha önceden belirtmiştik. 70 senelik süre eser sahibinin ölümünden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ayrıca, farklı ülkelerde farklı sürelerin öngörülmesi mümkündür. Çünkü fikrî haklarda mülkîlik ilkesi geçerlidir. Fikrî hakların yapısı ve mülkîlik ilkesi gereği her devlet, hukuk politikası gereği dilediği şekilde koruma sağlayabilir. Fikrî hakların bünyesinde bulunan ekonomik güç gereği her devlet, fikrî hakları kendi bünyesinde korumak isteyecektir.

¹⁶³ **Aydıncık**, s. 135.

¹⁶⁴ **Arbek**, s. 187; **Aydıncık**, s. 131; **Tüysüz**, s. 106.

¹⁶⁵ **Arbek**, s. 187.

¹⁶⁶ **Aydıncık**, s. 132.

¹⁶⁷ **Aydıncık**, s. 133.

¹⁶⁸ **Arbek**, s. 94; **Ayiter**, s. 212; **Aydıncık**, s. 85.

¹⁶⁹ **Arbek**, s. 95.

¹⁷⁰ **Arbek**, s. 95.

¹⁷¹ **Arbek**, s. 95; **Aydıncık**, s. 85.

¹⁷² **Arbek**, s. 95.

B. KİRA VE ÜRÜN KİRASI SÖZLEŞMELERİNDEN FARKI

TBK m. 299'a göre kira sözleşmesi "kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir".

TBK m. 357'ye göre ürün kirası sözleşmesi "Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir".

Lisans sözleşmesi de kira sözleşmesi gibi bir hakkın kullanımının devredildiği sözleşmelerden biridir. Bu bakımdan kira sözleşmesi ile lisans sözleşmesi birbirine benzemektedir¹⁷³. Ancak sözleşmenin konusu ve tarafların sahip olduğu yetkiler bakımından kira sözleşmesi ile lisans sözleşmesi birbirinden ayrılmaktadır.

Kira sözleşmesinin ve ürün kirası sözleşmesinin konusunu maddî mallar (taşınır ve/veya taşınmaz) oluştururken, lisans sözleşmesinin konusunu gayri maddî niteliği haiz, FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilen fikrî haklardan kaynaklanan malî yetkiler oluşturmaktadır¹⁷⁴.

Kira sözleşmesi mutlaka ivazlı bir sözleşme iken, lisans sözleşmesi ivazlı ya da ivazsız olabilir¹⁷⁵.

Ürün kirası sözleşmesinde TBK m. 366'ya göre kiracı, kiraya verenin rıza göstermesi durumunda kullanım ve işletme hakkını başkasına devredebilirken; lisans sözleşmesinde lisans alanın alt lisans vermesi mümkün değildir. FSEK m. 49'a göre bu konuda muhakkak lisans alana özel bir yetkinin verilmesi gerekmektedir.

¹⁷³ **Ayiter**, s. 211; **Aydıncık**, s. 80.

¹⁷⁴ **Eren**, Özel Hükümler, s. 933; **Eren**, İsimli Sözleşmeler, s. 100; **Arbek**, s. 89, 90; **Aydıncık**, s. 81; **Tüysüz**, s. 82.

¹⁷⁵ **Arbek**, s. 89.

Ürün kirası sözleşmesinde kiralayanın, kiracıya yardım etme gibi bir yükümlülüğü bulunmazken; lisans sözleşmesinde lisans veren, lisans hakkının kullanılması noktasında lisans alana yardım etmeyle yükümlüdür¹⁷⁶.

C. İNTİFA HAKKINDAN FARKI

İntifa hakkı, başkasına ait eşya, hak ya da malvarlığı üzerinde belirli bir kişiye tam yararlanma hakkı sağlayan bir irtifak hakkıdır¹⁷⁷.

FSEK m. 56/3 uyarınca "Basit ruhsatlar hakkında hâsulat kirasına, tam ruhsatlar hakkında intifa hakkına dair hükümler uygulanır". Ancak, lisans sözleşmesi ile intifa hakkı birbirinden farklıdır.

İntifa hakkının konusu aynı haklar iken; lisans sözleşmesinin konusu gayri maddî niteliği haiz, FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilen fikrî haklardan kaynaklanan malî yetkililerdir¹⁷⁸.

XII. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A. KENDİLİĞİNDEN SONA ERMESİ

Lisans sözleşmesi; sürenin dolması, sözleşmenin amacının gerçekleşmesi, koruma süresinin dolması, lisans alanın ölümü veya iflas etmesi ile kendiliğinden sona ermektedir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince taraflar sözleşmenin süresini diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Bu süre belirli ya da belirlenebilir olabilir¹⁷⁹. Öte yandan, tarafların sahip olduğu bu özgürlük sınırsız olmayıp FSEK m. 27'de düzenlenen koruma

¹⁷⁶ **Arbek**, s. 91; **Aydıncık**, s. 81.

¹⁷⁷ **Ünal**, Mehmet & **Başpınar**, Veysel (2012), Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 108; **Oğuzman**, M. Kemal & **Seliçi**, Özer & **Oktay-Özdemir**, Saibe (2014), Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 819.

¹⁷⁸ **Arbek**, s. 94.

¹⁷⁹ **Eren**, Özel Hükümler, s. 936; **Eren**, İsimli Sözleşmeler, s. 103; **Arbek**, s. 204; **Aydıncık**, s. 140; **Tüysüz**, s. 119.

süresi sınırları içerisinde kullanılmalıdır¹⁸⁰. Örneğin taraflar lisans sözleşmesinin 31 Aralık 2019 tarihinde sona ereceğini kararlaştırmışsa burada belirli bir süre; bir sezon şeklinde kararlaştırmışsa belirlenebilir bir süre söz konusudur.

Koruma süresinin dolması ile lisans sözleşmesinin sona ermesi aynı tarihlerde ise lisans sözleşmesi sona erecektir. Lisans sözleşmesinin süresi koruma süresinden daha uzun ise kanaatimizce koruma süresi üst sınır olarak kabul edilmelidir. FSEK m. 26 ve 27 birlikte değerlendirildiğinde, koruma süresi sona erdiğinde eser artık alenileyecek ve böylece herkes yararlanabilecektir. Öte yandan, koruma süresinin sona ermesi ile birlikte lisans sözleşmesi de fonksiyonunu tamamlayacak, kendisinden beklenen yarar da artık sona erecektir¹⁸¹.

Lisans sözleşmesinin amacının gerçekleşmesi ile de sözleşme sona erecektir. FSEK m. 59'a göre "Eser sahibi veya mirasçuları mali bir hakkı muayyen bir gaye zımında yahut muayyen bir süre için devretmişlerse **gayenin ortadan kalkması** veya **sürenin geçmesiyle ilgili hak, sahibine avdet eder**". Bu yolla sözleşmenin sona ermesi için amacın açıkça sözleşmede yazılıp yazılmaması doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre açıkça belirtme şart olmayıp zımî belirtme de yeterli iken¹⁸²; diğer bir görüşe göre bu durumun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹⁸³. Kanaatimizce, bu şekilde sözleşmenin sona ermesi için amacın açıkça FSEK m. 52'y uygun bir biçimde belirtilmesi gerekmektedir. Lisans sözleşmesinin sona ermesine dair meseleler de sözleşmenin bir kısmıdır¹⁸⁴.

Lisans alanın ölümü ya da iflas etmesi de lisans sözleşmesini sona erdiren hallerden biridir. Bu husus FSEK m. 50/3'te açıkça düzenlenmiştir. Lisans alanın iflas etmesiyle beraber lisans sözleşmesi sona

erecek; lisans hakkı da lisans verene, lisans veren ölmüşse onun mirasçılara geri gelecektir¹⁸⁵.

B. HUKUKİ İŞLEMLE SONA ERMESİ

Lisans sözleşmesinin hukukî işlemle sona ermesi cayma hakkının kullanılması veya sözleşmenin feshedilmesi ile olabilir.

Lisans vereni koruma amacı güden Kanun koyucu, FSEK m. 58'de cayma hakkını özel olarak düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Bu hükme göre "Mali bir hak veya ruhsat iktisap eden kimse, kararlaştırılan süre içinde ve eğer bir süre tayin edilmemişse icabı hale göre münasip bir zaman içinde hak ve salahiyetlerden gereği gibi faydalanmaz ve bu yüzden eser sahibinin menfaatleri esaslî surette ihlal edilirse eser sahibi sözleşmeden cayabilir.

Cayma hakkını kullanmak isteyen eser sahibi sözleşmedeki hakların kullanılması için noter vasıtasıyla diğer tarafa münasip bir mehil vermeye mecburdur. Hakkın kullanılması, iktisap eden kimse için imkansız olur veya tarafından reddedilir yahut bir mehil verilmesi halinde eser sahibinin menfaatleri esaslî surette tehlikeye düşmekte ise mehil tayinine lüzum yoktur.

Verilen mehil neticesiz geçerse veya mehil tayinine lüzum yoksa noter vasıtasıyla yapılacak ihbar ile cayma tamam olur. Cayma ihbarının tebliğinden itibaren 4 hafta geçtikten sonra caymaya karşı itiraz davası açılmaz.

İktisap edenin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektiği hallerde iktisap eden, münasip bir tazminat isteyebilir.

¹⁸⁰ **Aydıncık**, s. 141; **Arbek**, s. 204.

¹⁸¹ **Arbek**, s. 210.

¹⁸² **Aydıncık**, s. 140.

¹⁸³ **Arbek**, s. 205.

¹⁸⁴ **Arbek**, s. 205.

¹⁸⁵ **Arbek**, s. 213. Aydıncık, lisans alanın ölümü ya da iflas hallerinin kural olarak lisans sözleşmesini sona erdirmeyeceğini savunmaktadır. Gerekece olarak da FSEK m. 59 hükmünü göstermektedir. Ancak lisans hakkının kullanılmasının lisans alanın şahsına bağlı olduğu durumlarda ölüm ya da iflas hallerinin lisans sözleşmesini sona erdireceğini ileri sürmektedir. **Aydıncık**, s. 143-144; **Tüyşüz**, s. 123-124.

Cayma hakkından önceden vazgeçme caiz olmadığı gibi bu hakkın dermeyanını iki yıldan fazla bir süre için meneden takyitler de hükümsüzdür”.

Cayma hakkının kullanılabilmesi için aranan şartlar şunlardır:

- Lisans alan, kararlaştırılan süre içinde veya süre kararlaştırılmamışsa sözleşmenin niteliğine uygun düşen bir süre içinde sahip olduğu hak ve yetkilerden hiç veya gereği gibi faydalanmamış olmalı,
- Hiç veya gereği gibi faydalanmama durumundan lisans veren esaslı bir zarara uğramalı,
- Lisans veren, lisans sözleşmesinden caymak için lisans alana uygun bir süre vermemeli¹⁸⁶,
- Lisans alan, lisans verenin cayma hakkını kullanması için itiraz etmemiş olmalıdır¹⁸⁷.

Cayma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır¹⁸⁸. Diğer tüm yenilik doğuran haklar gibi bir kez kullanılmakla tükenirler. FSEK m. 59 uyarınca cayma hakkının kullanılması ile birlikte eser üzerindeki haklar kendiliğinden lisans alana, lisans alan ölmüşse onun mirasçılara geçer.

Cayma hakkının kullanılmasının sonuçlarının ileriye mi yoksa geriye mi etkili olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre lisans sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğundan cayma hakkının kullanılması ileriye yönelik sonuç doğurur¹⁸⁹. Diğer bir görüş ise cayma hakkının geriye yönelik etki doğurduğunu savunmaktadır. Tekinalp'e göre cayma hakkının geriye ya da ileriye yönelik etki

doğuracağını *a priori* söylemek doğru değildir¹⁹⁰. Somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yaparak ileriye ya da geriye etkili olduğunu söylemek gerekir¹⁹¹. Kanaatimizce bu görüş lisans sözleşmesinin yapısına en uygun düşen görüştür.

Hem lisans vereni hem lisans alanı korumayı amaçlayan Kanun koyucu, FSEK m. 50'de fesih hakkının kullanılması ile lisans sözleşmesinin sona ereceğini düzenlenmiştir¹⁹². FSEK m. 50/2'ye göre *“Eser sahibinin ileride vücuda getireceği eserlerin bütününe veya muayyen bir nevi'ne taallük eden bu kabil taahhütleri taraflardan her biri, ihbar tarihinden bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere feshedebilir”.*

Fesih hakkının kullanılabilmesi için aranan şartlar şunlardır:

- Lisans sözleşmesi, hâlihazırda mevcut olmayan ve fakat ileride oluşturulacak eserlerin bir kısmı veya tamamına yönelik olmalı,
- Fesih ihbarı, sözleşmenin karşı tarafına iletilmelidir¹⁹³.

Fesih ihbarının karşı tarafa ulaşması ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur; lisans sözleşmesi geleceğe etkili olacak şekilde sona erer¹⁹⁴. Ancak Kanun koyucu, feshin hüküm ve sonuçlarını ihbar tarihinden bir sene geçtikten sonra doğuracağını özel olarak düzenlemiştir.

XIII. SONUÇ

Küreselleşme ve özelleşme, medya endüstrisinde de özelleşmenin yoğunlaşmasına neden olmuş; yeni özel televizyon kanalları açılmıştır. Birbirleriyle kıyasıya bir rekabet halinde olan televizyon kanalları

¹⁸⁶ Kanun, esaslı bir zararın varlığında uygun süre verilmeyeceğini açıkça düzenlemiştir.

¹⁸⁷ **Tekinalp**, s. 238-239; **Arbek**, s. 207-210; **Aydıncık**, s. 147-149; **Tüysüz**, s. 128-130.

¹⁸⁸ **Arbek**, s. 206; **Tüysüz**, s. 130.

¹⁸⁹ **Aydıncık**, s. 149 dn. 671 ve 672'deki yazarlar.

¹⁹⁰ **Tekinalp**, s. 239.

¹⁹¹ **Tekinalp**, s. 239.

¹⁹² **Arbek**, s. 211.

¹⁹³ **Arbek**, s. 211-212.

¹⁹⁴ **Tekinalp**, s. 236-237; **Arbek**, s. 212.

rating oranlarını artırmak için yeni televizyon programları, televizyon program formatları üretmiştir.

Seyircilerin büyük bir beğeni ile izlemesi ve beklenenin çok daha üzerinde *rating* oranları getirmesi sonucunda yapımçı şirketlerin ve televizyon kanallarının kâr oranlarını ciddi şekilde artırmıştır. Bu durum, diğer yapımçıların ve/veya kanalların da dikkatini çekmiş; böylece format ticareti başlamış, süreç içerisinde çok yaygın hâle gelmiştir.

Artan format ticareti beraberinde formatların rekabet uğruna kopyalanmasını da beraberinde getirmiş; koruma ihtiyacı hâsıl olmuştur. İlgililer en etkin korumanın telif hakkı yolu ile koruma olduğunu düşünmüş, bu taleple mahkemeye başvurmuşlardır. Ancak mahkemeler, uzunca bir süre soyut düşünce seviyesinde kalan formatların eser olarak kabul edilemeyeceği ve bu nedenle telif hakkı ile korunamayacağı yönünde kararlar vermiştir. Ancak son zamanlarda bu klasik anlayışın terk edildiği tespit edilmiştir. Kanaatimizce, günümüz pratik ihtiyaçları da değerlendirildiğinde televizyon program formatları şartları sağlandığında edebî veya dramatik eser olarak nitelendirilmelidir.

Televizyon program format lisans sözleşmesi; format sahibi ile yapımçı arasında imzalanan, formattan kaynaklanan hakkın ya da fiili durumun kullanımının yapımçıya bırakıldığı; ivazlı, sürekli borç ilişkisi doğuran, *sui generis*, rızâî bir sözleşmedir.

Lisans sözleşmesinin tarafları lisans alan ile lisans veren olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin tarafları gerçek ya da tüzel kişi olabilir.

Lisans verenin hak ve yükümlülükleri arasında lisans alanın lisans konusundan yararlanmasını ve bu yararlanmanın devamlılığını sağlamak gösterilebilir. Lisans alanın hak yükümlülükleri arasında ücret ödemek, lisans konusundan faydalanmak, lisans konusunu Kanuna ve sözleşmeye uygun kullanmak ve lisans konusunu başkasına devretmek gösterilebilir.

Lisans sözleşmesi kendiliğinden veya hukukî bir işlemle sona erebilir. Sürenin dolması, sözleşme-

nin amacının gerçekleşmesi, koruma süresinin dolması, lisans alanın ölümü veya iflas etmesi halinde kendiliğinden sona erer. Cayma hakkının kullanılması veya sözleşmenin feshedilmesi ile de lisans sözleşmesi hukukî bir işlemle sona erer.

KAYNAKÇA

- Ananeva**, Anna Y. (2018), 'Audiovisual Work Format as an Object of Copyrights in Russian and Foreign Legal Practice' *Russian Journal of Comparative Law*, 5(1), s. 3-11.
- Arbek**, Ömer (2005), *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Arslan**, Tuba (2016), 'Küresel Medya Düzeninde Format Adaptasyonu' (Yüksek Lisans), Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ateş**, Mustafa (2003), *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Ateş**, Mustafa (2007), *Fikrî Hukukta Eser (Eser)*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Ateş**, Mustafa (2012), *Fikrî Hukukta Eser Sahipliği*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Aydıncık**, Şirin (2006), *Fikrî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi*, İstanbul, Arıkan Yayıncılık.
- Ayiter**, Nüşin (1981), *Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri*, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Bechtold**, Stefan (2013), 'The Fashion of TV Show Formats' *Michigan State Law Review*, s. 451-512.
- Bergman**, Jessica E. (2011), 'No More Format Disputes: Are Reality Television Formats the Proper Subject of Federal Copyright Protection' *The Journal of Business, Entrepreneurship&the Law*, Vol 4, s. 244-266.
- Chalaby**, Jean (2011), 'The Making of an Entertainment Revolution: How the TV Format Trade Became a Global Industry' *European Journal of Communication*, 26 (4), s. 293-309.
- Çolak**, Uğur (2004), 'Televizyon Program Formatlarının Korunması' *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Cilt 4, s. 11-34.
- Dardağan**, Esra (2001), *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfi*, Ankara, Betik Yayıncılık.
- Eickmeier**, Frank & **Fischer-Zernin**, Verena (2008), 'Ist der Formatschutz am Ende? Der gesetzliche Schutz des Fernsehshowformats nach der „Sendeformat“- Entscheidung des BGH' *GRUR*, 2008, 755.
- Erdoğan**, İlker & **Budak**, Leyla (2016), *Anglo-Amerikan Eğlence Endüstrisinde Televizyon Program Formatları*, İstanbul, Kalkedon Yayıncılık.
- Erel**, Şafak (2009), *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Eren**, Fikret (2015), 'İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri (İsimsiz Sözleşmeler)' *BÜHFD*, C:1, S: 1, s. 67-129.
- Eren**, Fikret (2015), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler)*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Eren**, Fikret (2017), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)*, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Esser**, Andrea & **Jensen**, Pia Majbritt (2015), 'The Use of International Television Formats by Public Service Broadcasters in Australia, Denmark and Germany' *The International Communication Gazette*, 77 (4), s. 359- 383.
- Fine**, Frank L. (1985), 'A Case for the Federal Protection of Television Formats: Testing the Limit of Expression' *Pacific Law Journal*, Vol 17, s. 49-76.
- Gottlieb**, Netalie E. (2011), 'Free To Air?- Legal Protection For TV Program Formats' *The Intellectual Property Law Review*, Vol 52/2, s. 211-270.
- Gümüş**, Mustafa Alper (2013), *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C: 1, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Handle, Marco (2013), Der urheberrechtliche Schutz der Idee: zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Band/Nr. 100, s. 215-232.

Joppich, Brigitte, 'Alternative Dispute Resolution under WIPO Rules for TV Format Protection Right Issues, <<http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/article.pdf>> s.e.t. 27/11/2019.

Karabağ, Tuğçe (2017), Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Televizyon Programları ve Özellikle Televizyon Program Formatları, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Keane, Michael (2002), 'As a Hundred Television Formats Bloom, A Thousand Television Stations Contend' Journal of Contemporary China, 11 (30), s. 5-16.

Keinonen, Heidi (2016), 'Television Formats as Cultural Negotiations' Journal of European Television History&Culture, Vol 5, Issue 9, s. 1-12.

Kılıçoğlu, Ahmet (2013), Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara, Turhan Kitabevi.

Kuntalp, Erden (2013), Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Meadow, Robin (1970), 'Television Formats-The Search for Protection' California Law Review, Vol 58, s. 1169-1197.

Moran, Albert (1998), Copycat Television, Globalization, Program Formats and Cultural Identity, Luton.

Moran, Albert (2009), 'Global Franchising, Local Customizing: The Cultural Economy of TV Program Formats (Global Franchising of Formats)' Continuum: Journal of Media and Cultural Sciences, 23(2), s. 115-125.

Moran, Albert (2009), TV Formats Worldwide: Localizing Global Programs (TV Formats Worldwide), Bristol, Intellect Books.

Moran, Albert & **Keane**, Michael (2004), Television Across Asia, Television Industries, Programme Formats and Globalization, London, Routledge Curzon.

Moran, Albert & **Malbon**, Justin (2006), Understanding the Global TV Format, London, Intellect Books.

Oğuzman, M. Kemal & **Seliçi**, Özer & **Oktay-Özdemir**, Saibe (2014), Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Rubin, Jay (2006), 'Television Formats: Caught in the Abys of the Idea/Expression Dichotomy' Fordham Intellectual Property, Media&Entertainment Law Journal, Vol 16, s. 662-693.

Sargin, Bengi (2020), Yabancı Unsurlu Televizyon Program Formatlarının Korunması, Ankara, Yetkin Yayınları.

Spacek, Dirk (2005), Schutz von TV-Formaten Eine rechtliche und ökonomische Betrachtung, Zürich, Schulthess.

Suluk, Cahit & **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2017), Fikrî Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Tandoğan, Halûk (2008), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C: 1/I, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tekinalp, Ünal (2012), Fikrî Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tosun, Yalçın (2013), Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Tüysüz, Mustafa (2007), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikrî Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara, Yetkin Yayıncılık.

Ünal, Mehmet & **Başpınar**, Veysel (2012), Şekli Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yavuz, Cevdet (2016), Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Yavuz, Cevdet & **Acar**, Faruk & **Özen**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.

Zevkliler, Aydın & **Gökyayla**, K. Emre (2013), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

İNTERNET KAYNAKLARI

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b0e83a2c2f217.71386911 (s.e.t.: 27/11/2019).

<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/jingle> (s.e.t.: 27/11/2019).

<https://sozluk.gov.tr/> (s.e.t.:28/11/2019).

https://www.frapa.org/wp-content/uploads/Report/FINAL%20FRAPA_Report_2011.pdf (son erişim tarihi: 11/04/2018).

www.kazanci.com.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranları eşittir.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declare that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed equally into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

**BİLGİSAYAR (VİDEO) OYUNLARININ FİKİR VE SANAT ESERLERİ KAPSAMINDA
KORUNMASINDA UYGUN ESER KATEGORİSİ SORUNU***

**THE PROBLEM OF AN ADEQUATE CATEGORY OF WORK FOR THE PROTECTION OF COMPUTER
(VIDEO) GAMES WITHIN INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS**

Elnur KARİMOV**

ÖZ

Bu makale bilgisayar (video) oyununun kavramı, türleri ve unsurlarını açıklamakta, bilgisayar oyununun bütünü ve ayrı ayrı unsurlarının eser olarak hukuki niteliğini tartışmakta ve Türk fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından hangi eser kategorisine dahil olması gerektiği sorusuna cevap aramaktadır. Konuyu bu amaçla Türk hukuku ve bazı mukayeseli hukuk düzenlemeleri ile Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ışığında ele alan makale, bilgisayar oyunlarının bütünüünün görsel-işitsel eser türü olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında sinema eseri kategorisinde ele alınması ve zorunlu kayıt ve tescile tabi tutulması gerektiği, bilgisayar oyununun hususiyet içermesi koşuluyla ayrı ayrı unsurlarının somut olayda ilgili kanunda ilim ve edebiyat, güzel sanat veya musiki eseri olarak korunabileceği, oyundaki etkileşim aracı olan programın hususiyet içermesine bağlı olarak bilgisayar programcısının da eser sahipleri arasında yer alması gerektiği sonucuna varmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bilgisayar Oyunu, Sinema Eseri, Zorunlu Tescil.

ABSTRACT

This article explains the concept, types, and elements of computer (video) games, discusses the legal nature of computer games as a whole, and its constituent elements as work and attempts to find which category of works computer games belong to under Turkish laws on intellectual and artistic works. In the light of Turkish and comparative law and judgments of the European Court of Justice, this article concludes that the computer games as a whole should be regarded under the category of cinematographic works as an audiovisual work within the meaning of the Law on Intellectual and Artistic Works No 5846 and be subject to mandatory registration and record and that the constituent elements of computers games should be protected as scientific and literary works, works of fine art or musical works on a case-to-case basis provided that they are original. Computer programmers should also be regarded among copyright holders of computer games, provided that software, as a means of interaction in the game is original.

Keywords: Computer Game, Cinematographic Work, Mandatory Registration.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 30.11.2020 / Kabul Tarihi: 14.01.2021).

** Kyushu University International Economic & Business Law, Doktora Öğrencisi, (elnur222@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-1997-7076).

Atıf/ Citation: **Karimov**, Elnur (2021) 'Bilgisayar (Video) Oyunlarının Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Korunmasında Uygun Eser Kategorisi Sorunu, TFM, C: 7, S: 1, s. 93-110.

I. GİRİŞ

Günümüzde yeteri kadar popüler olan bilgisayar oyunları¹ eğlence endüstrisinin lokomotifine haline gelmiştir. Bilgisayar oyunlarının kendi başına bir endüstri haline gelmesi beraberinde hukuki sorunlara yol açsa da, bu popülerlik akademik alanda karşılığını bulmamış², 20. yüzyılın ortalarında ortaya çıkan fakat 21. yüzyılda, özellikle, internetin ve bilgisayar teknolojisinin yaygınlaşmasıyla hayatımıza daha çok dahil olan bilgisayar oyunlarını hukuki açıdan inceleyen akademik çalışmaların sayısı yetersiz kalmıştır³.

Bilgisayar oyunlarının hukuki sorunlarından bir tanesi de bunların hangi eser kategorisinde yer alacağı sorunudur. Bilgisayar oyunları halihazır durumda farklı ülkelerde “ilim ve edebiyat” veya “sinema” eseri olarak ya da “sui generis” korunmaktadır.

Makalenin amacı, bilgisayar oyunlarının eser kategorisi sorununa fikri hukuk açısından çözüm getirmek, “sinema eseri” kabul edilmesi halinde eser sahiplerini belirlemek, zorunlu kayıt ve tescillerine ilişkin önerilerde bulunmak ve kullanıcıların oyun üzerinde eser sahipliğine ilişkin çeşitli hususları tartışmaktır.

İnceleme, Türk fikri hukuk mevzuatı ve uygulamasının yanı sıra Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve mukayeseli hukuk ışığında yapılmıştır. Konu aşağıda belirtilen plan dahilinde ele alınmıştır:

Birinci bölümde, “bilgisayar oyunu” ve benzer kavramlara değinilmiş, oyunun unsurları ve türleri açıklandıktan sonra eser niteliği tartışılmış,

bilgisayar programının eser niteliği konusuna ise girilmemiştir.

İkinci bölümde, bilgisayar oyununa farklı eser kategorilerinin uygulanabilirliği ABAD, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Alman hukuku ve doktrini ışığında tartışılmıştır.

Sonuç bölümünde, araştırmanın vardığı sonuç özetlenmiş ve çözüm önerilerimiz sunulmuştur.

II. BİLGİSAYAR OYUNU KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. BİLGİSAYAR OYUNUNUN UNSURLARI VE TÜRLERİ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 2. maddesinin ilk fıkrası bilgisayar programları ve hazırlık tasarımlarını bilim ve edebiyat eserleri arasında düzenlemiştir.⁴

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda “bilgisayar oyunu” kavramı için yapılmış bir tanım yer almamaktadır. Doktrinde, görsel-işitsel cihaz sayesinde oynadığımız ve bir hikaye üzerinde kurgulanabilen oyun şeklinde tanımlanmıştır⁵. Buna göre bilgisayar oyunlarının masa veya kart oyunları gibi diğer oyun türlerinden farkı bilgisayarda çalışan bir program şeklinde kurgulanmasıdır.

Bilgisayar oyunlarının bilgisayar programlarından farkı işlevsellikten çok, eğlendirici ve eğitici amaca sahip olmasıdır⁶. Bilgisayar programları ise bir sorunu çözmeye yönelik komutlar dizisinden oluşmakta ve kullanıcıları eğlendirme amacı taşımamaktadır.

¹ Doktrinde “bilgisayar oyunu” kavramının yanı sıra “video oyunu” kavramı kullanılsa da, makalemizde herhangi cihaz (oyun konsolu, kişisel bilgisayar veya mobil telefon) üzerinde çalıştırılmasına bağlı kalmaksızın, “bilgisayar oyunu” kavramı kullanılacaktır.

² **Burk**, Dan L. (2005), ‘Electronic Gaming and the Ethics of Information Ownership’ International Review of Information Ethics, Vol: 4, s. 41.

³ **Lastowka**, Greg , ‘Copyright Law and Video Games: A Brief History of an Interactive Medium’: David, Matthew & Halbert, Debora (Editors) (2015) The SAGE Handbook of Intellectual Property, SAGE Publications, s. 495.

⁴ **Aksu**, Mustafa (2006) Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 98.

⁵ **Esposito**, Nicolas, ‘A Short and Simple Definition of What a Videogame Is’: The Digital Games Research Conference: Changing Views – Worlds in Play, 16-20 June 2005, Vancouver, Canada.

⁶ **Grzegorzcyk**, Tomasz (2017), ‘Qualification of Computer Games in Copyright Law’ The Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law, No: 1, s. 132.

Bir bilgisayar oyunu, genellikle, bilgisayar programı, özgün müzik ve/veya ses efektleri (işitsel unsurlar), senaryo ve dialoglar, karakterler (görsel unsurlar), etkileşim ve yapımdan ibaret teknik unsurlar içerir⁷. Bu unsurların hepsi tüm bilgisayar oyunlarında yer almayabilir⁸. Bazı bilgisayar oyunlarında görsel unsurlar, bazılarında ise ses veya müzik ya da senaryo bulunmayabilir⁹. Buna rağmen, tüm bilgisayar oyunları mutlaka bir bilgisayar programı, görsel unsur ve etkileşim içerir.

Bilgisayar oyunlarında ayrıca sinema veya animasyon filmlerinde olduğu gibi birbiri ardınca sıralanan görüntü dizileri bulunmaktadır ki, bunların değişmesi kullanıcıda hareket izlenimi oluşturmaktadır¹⁰. Kullanıcı ise bu hareketleri izleyerek oyunla etkileşime geçmektedir.

Bilgisayar oyununun önemli özelliklerinden sayılan bu etkileşim oyunun temelinde yatan program sayesinde gerçekleşmektedir¹¹. Çok oyunculu bilgisayar oyunlarında etkileşim, bir bilgisayar oyununa eşzamanlı olarak bağlanan kullanıcılardan birinin verdiği komutların diğer kullanıcıların verdiği komutların sonucunu etkilemesidir¹². Etkileşim sayesinde kullanıcı oyunun gelişmesinde kontrol sahibi olmakta, ona sunulan daha önceden belirlenmiş seçimler arasında tercihler yaparak oyunun sonucuna ulaşmaktadır¹³.

Bilgisayar oyunları; aksiyon, macera, strateji, simulasyon, müzik, parti, spor veya bulmaca oyunları gibi çeşitli kategorilerde tasarlanabilir. Bilgisayar oyununun bazı türleri kullanıcılara tanınan yaratıcılık serbestisi açısından öne çıkmaktadır. Aksiyon türünde rol yapma oyunları (*action role-playing games*) ve günümüzde büyük popülerlik kazanan devasa çok oyunculu çevrimiçi rol yapma oyunları (*massively multi-player online role-playing game*), gerçek zamanlı strateji oyunları bu tür oyunlara örnek teşkil edebilir¹⁴.

Video oyunları; konsol, kişisel bilgisayar ve mobil oyunlar şeklinde üç kategoride değerlendirilir¹⁵. İlk zamanlarda konsol oyunları yaygın olsa da, bugün yerlerini kişisel bilgisayar ve mobil oyunlara bırakmış durumdadır. Özellikle, sanal ve artırılmış gerçeklik teknolojisinin oyun endüstrisine ayak basması ile gelecekte bunların da yerini sanal gerçeklik oyunlarına bırakacağı öngörülebilir.

B. BİLGİSAYAR OYUNLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Günümüzde neredeyse herkesin en az bir kez kullandığı bilgisayar oyunlarının ilk iki boyutlu türü 1962'de *Spacewar* ismiyle satışa çıkmış, o tarihten beri bilgisayar oyunu teknolojisi inanılmaz gelişme kaydetmiştir¹⁶. 90'lerden itibaren üç boyutlu bilgisayar oyunlarının üretilmeye başlaması ve bunların görsel ve işitsel açıdan yeni seviyelere ulaşması oyunların geniş kitlelere hitap etmesine neden olmuştur¹⁷. Elli seneyi aşkın tarihsel gelişimi sonucunda bugün bilgisayar programları sinematografik eserlere benzer şekilde daha canlı ve interaktif senaryo ve diyaloglar

⁷ **Kılıç**, Taylan (2018) 'Bilgisayar Oyunlarının Eser Niteliği' (Yüksek Lisans), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 9-12.

⁸ **Jungar**, Elik (2016), 'Streaming Video Games: Copyright Infringement or Protected Speech' Press Start, Vol: 3, No:2, s. 26.

⁹ **Ramos**, Andy, et al. (2013) The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches, World Intellectual Property Organization, s. 7.

¹⁰ **Hoeren**, Thomas (2019) IT-Law, University of Münster Institute for Information, Telecommunication and Media Law, s. 27.

¹¹ **Jungar**, s. 27.

¹² **Adrian**, Angela (2010) Law and Order in Virtual Worlds: Exploring Avatars, Their Ownership and Rights, New York, IGI Global, s. 17.

¹³ **Doğan**, Derya & **Özocak**, Gürkan, 'Dijital Oyunlar, Multimedya Yaratımlar ve Güncel Hukuki Problemler': 3. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı, Haziran 2013, İzmir.

¹⁴ **Coogan**, Kyle (2018), 'Let's Play: A Walkthrough of Quarter-century-old Copyright Precedent as Applied to Modern Video Games' Fordham Intellectual Property, Media, and Entertainment Law Journal, Vol: 28, No: 2, s. 388-389.

¹⁵ **Greenspan**, David (2014), 'Video Games and IP: A Global Perspective' WIPO Magazine, No: 2, s. 10.

¹⁶ **Kılıç**, s. 5.

¹⁷ **Brown**, Peter & **Raysman**, Richard (2006), 'Property Rights in Cyberspace Games and Other Novel Legal Issues in Virtual Property' The Indian Journal of Law and Technology, Vol: 2, s. 89.

içermekte, oyunların kullanıcıyla daha ileri düzeyde etkileşime geçmesi için tüm duyu organlarına hitap edecek şekilde tasarlanmaktadır. Bu anlamda bilgisayar oyunları geleneksel sanat türlerinin sentezi haline gelmiştir¹⁸. *Nintendo* gibi bir jenerasyona ismini veren video oyunları aynı zamanda bazı ülkelerin kültürünün bir parçası haline gelmiştir¹⁹.

Bilgisayar oyunlarının ilk örnekleri o kadar basit görsel ve yazılım içermektedir ki, 80'lerde mahkemeler oyunun temelinde yatan fikir ile ifade biçimi arasındaki sınırın belirsiz olduğunu fikir-ifade ikilemi (*idea-expression dichotomy*) başlığı altında tartışmaktaydı.²⁰ *Pac-Man*, *Tetris* gibi efsanevi oyunların ortaya çıkıp popülerlik kazanması bu yıllara denk gelmiştir²¹. Zira, düşünceyi değil, onun şekli tezahürünü koruyan fikri hukukta²² bu sınırın belirgin olması önemlidir.

FSEK'in 2. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi uyarınca, "**arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler**" eser olarak korunmamıştır. Fikir-ifade ikilemi, bilgisayar programında olduğu gibi²³ bilgisayar oyunlarında da eser koruması için çözümlenmesi gereken sorunlardandır.

C. BİLGİSAYAR OYUNLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Koruma Kapsamına Dahil Olan Unsurlar

Bilgisayar oyununun fikri hukukta eser olarak korunduğuna şüphe yoktur²⁴. Sonuçta her bir bilgisayar oyunu gerek yazılım, gerekse görsel-işitsel unsurları itibarıyla sahibinin hususiyetini taşımakta ve şekillenmektedir. Hususiyet eserin bütününde aranmalıdır²⁵. Buna rağmen, bir bilgisayar oyununda her biri ayrıca hususiyet taşıyan ayrı ayrı eserleri görmek mümkündür²⁶. Özgün senaryo, metin, müzik, görsel efektler, çizimler ve oyun karakterleri²⁷ ile birlikte haritalar ve mimari yapılar²⁸ gibi sahne bileşenleri ile oyunun kullanıcıyla donanım üzerinden etkileşime geçtiği kullanıcı arayüzü bu temel unsurlardandır. Doktrinde bir görüş eser kategorisini belirtmeden bilgisayar destekli ürünlerin eser başlığı altında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuş²⁹, diğer bir görüş ise, bilgisayar oyunlarının, her ne kadar Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmese de, multimedya eserlerin bir türü olduğunu ileri sürmüştür³⁰. Kanaatimizce, ikinci görüş isabetli olmakla beraber, tanımın bilgisayar haricindeki diğer platformları (video oyun cihazları, konsollar, mobil telefonlar vs.) da kapsayacak şekilde genişletilmesi mümkündür.

Bilgisayar oyununun bütünü bir eser olarak korunacağı gibi, bilgisayar programı ve kullanıcı arayüzü ve varsa, senaryo ve diyalog metinleri ilim ve

¹⁸ **Jewell**, Catherine (2012), 'Video Games: 21st Century Art' WIPO Magazine, No: 4, s. 11.

¹⁹ **Yan**, Jeff & **Randell**, Brian (2005) Security in Computer Games: From Pong to Online Poker, University of Newcastle Upon Tyne, s. 1.

²⁰ **Ramos** et al., The Legal Status of Video Games, s. 7-8.

²¹ **Sezen**, Diğdem (2013), 'Bir Sanatsal İfade Aracı Olarak Dijital Oyunlar', İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, C: 2, No: 45, s. 130.

²² **Erel**, Şafak N. (1994), 'Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması' Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: 49, No: 1, s. 142.

²³ **Kurtulmuş**, Ahmet (1992) 'Bilgisayar Programlarının Hukuki Yolla Korunması' (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 12-13.

²⁴ **Denicola**, Robert C. (2016), 'Ex Machina: Copyright Protection for Computer-generated Works' Rutgers University Law Review, Vol: 69, s. 266.

²⁵ **Suluk**, Cahit, **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2020) Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, Seçkin, s. 45-46.

²⁶ **Ramos** et al., The Legal Status of Video Games, s. 7.

²⁷ **İçli**, Şuayip (2019) 'Fikri Mülkiyet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması' (Yüksek Lisans), Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 33.

²⁸ **Ramos** et al., The Legal Status of Video Games, s. 8.

²⁹ **Tekinalp**, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Arkan Yayınları, s. 132.

³⁰ **Doğan & Özocak**, s. 76.

edebiyat eseri, hususiyet taşıyan ve estetik değere sahip olan çizim ve görseller, fotoğraflar güzel sanat eseri, oyunun özgün müziği musiki eseri olarak korunacaktır. Bugün üretici firmalar çoğu zaman her bir oyun için programı baştan (*software*) yazmakta, daha önce yazılmış ve denenmiş kodları (*middleware*) satın alıp kullanarak maliyeti düşürmektedir. Aynı anlamda oyun motoru (*game engine*) terimi ile ifade edilen bu yazılımlar oyun şirketlerinin uygulamada sıklıkla kullandığı önceden hazır kodları ifade etmektedir³¹. Bu durumda uyarlanan bilgisayar programı işleme eseri olarak karşımıza çıkmaktadır. Özgün görsel-ışitsel unsurlar ise güzel sanat veya sinema eseri olarak değerlendirilmelidir³².

2. Koruma Kapsamı Dışında Kalan Unsurlar

Bilgisayar oyununun her bir unsuru eser korumasından faydalanmaz. Oyunda yer alan ağaç, deniz, saha ve top gibi standart öğeler (*scenes à faire*)³³ veya oyunun türü böyledir. Alman doktrininde kullanıcının kaydettiği oyun skorlarının koruma kapsamına girmeyeceği, yalnız kullanıcının kaydettiği ilerlemenin program talimatı içerdiği durumda korunabileceği savunulmuştur³⁴. Gerçekten de, bu tür unsurların meydana gelmesinde hak sahibinden ziyade, kullanıcı rol oynamakta fakat kullanıcının emeği oyuna hususiyet katmamaktadır.

Bundan başka, doktrinde bilgisayar oyununun oyun mekaniği ve kurallarının koruma kapsamına girmediği tartışılmıştır³⁵. Bilgisayar oyununun fikri hukukta korunması oyunun ifade şekline, eş deyişle, bilgisayar programı ve görsel-ışitsel

unsurlardan ibaret biçimlenmiş şekline tanınmıştır³⁶. Bilgisayar oyununun bütünü ve program veya görsel-ışitsel unsurlar üzerinde hak sahipliği mevcut olsa da, oyunun ikinci dereceli öğeleri üzerindeki eser koruması oldukça zayıf kalmaktadır³⁷. Bunun sebebi, hem de bilgisayar oyununun birçok eser türünden farklı olarak ticari bir ürün haline gelmesi, oyun sahibine tanınan mutlak hakkın genişletilmesinin rakipleri zora sokacağı gerçeğidir. Bir yönetmen veya senaryo yazarının sinema filminde filmin türü veya klişeler üzerinde hak sahipliği bulunmadığı gibi, oyun üzerinde hak sahibi de aynı talepte bulunamaz. Oyun endüstrisi başka oyunlardaki fikirleri geliştirerek yeni ürünleri piyasaya sürme üzerine kurulu bir sektör olduğundan, diğer eserlerde olduğu gibi, daha güçlü eser koruması, bunlardan yararlanarak ortaya çıkacak yeni fikri üretimlere, bu ise söz konusu üretimlerin yer aldığı oyun endüstrisine zarar verebilir³⁸.

III. BİLGİSAYAR OYUNLARININ FARKLI ESER KATEGORİLERİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. FİKRİ HUKUKTA ESER KATEGORİLERİ

Eser olarak nitelendirilebilmek için fikri ürün mevzuattaki eser tanımının unsurlarını ihtiva etmelidir³⁹. FSEK'in 1. maddesine göre, eser, **ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat eserleri** veya **sinema eserleri** sayılan fikri ve sanat mahsulü olmalı ve sahibinin hususiyetini taşımalıdır. Dolayısıyla, kanunda tahdidi olarak dört eser kategorisi sayılmıştır. Her kategoriye dahil olan eser türleri ise örnek olarak verilmiştir. Kanunda eser türlerinin listesinin açık

³¹ **Coppock**, Patrick, 'Are Computer Games Real': Sageng, John Richard, Fossheim, Hallvard & Larsen, Tarjei Mandt (Editors) (2012) The Philosophy of Computer Games, Vol: 7, Springer, s. 261.

³² **Ramos**, Andy, (2014) 'Video Games: Computer Programs or Creative Works?' WIPO Magazine, No: 4, s. 26.

³³ **Jewell**, s. 12.

³⁴ **Hoeren**, s. 44.

³⁵ **Dean**, Drew S. (2016) 'Hitting Reset: Devising a New Video Game Copyright Regime' University of Pennsylvania Law Review, Vol: 164, s. 1251.

³⁶ **Hennes**, Thomas M. S. (1982) 'Adaptation of Copyright Law to Video Games' University of Pennsylvania Law Review, Vol: 131, No: 1, s. 171-172.

³⁷ **Yu**, Yudong (2017) 'Intellectual Property Rights and the Game Industry' (Doctoral Thesis), University of Manchester, Faculty of Humanities, s. 138.

³⁸ **Kuehl**, John (2016) 'Video Games and Intellectual Property: Similarities, Differences, and a New Approach to Protection', Cybaris, Vol: 7, No: 2, s. 348.

³⁹ **Ateş**, Mustafa (2007) Fikri Hukukta Eser, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 95-96.

olması bilgisayar oyunu gibi kanunun saymadığı eser türlerinin sınıflandırılması açısından kolaylık sağlamaktadır⁴⁰.

Bilgisayar oyunlarının hangi eser kategorisi dahilinde incelenmesi gerektiği eser sahibine tahsis edilen korumanın zayıf veya güçlü olması açısından belirleyicidir⁴¹. Bilgisayar programı ve görsel-işitsel unsurlardan ibaret olduğu için bilgisayar oyunlarının eser kategorisi sorunu başlığı altında ilim ve edebiyat eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, son olarak, oyun müziği ve ses efektleri açısından musiki eserleri incelenmelidir. Bilgisayar oyunlarının eser kategorisi sorunu birçok ülkede hala çözülmemiş durumdadır. Bilgisayar oyunları kimi ülkelerde bilgisayar programı veya bizdeki sinema eserlerine karşılık gelen görsel-işitsel eserler kapsamında kabul etmekte, kimi ülkeler ise bunlar için *sui generis* bir koruma öngörmektedir⁴².

B. BİLGİSAYAR OYUNLARININ ESER KATEGORİLERİNDEKİ YERİ

1. İlim ve Edebiyat Eserleri

a. Bilgisayar Programı

FSEK'in 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "*herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları...*" ilim ve edebiyat eserleri kategorisine dahildir. Bilgisayar oyunlarının ilim ve edebiyat eserleri başlığı altında incelenmesi oyunun çalışmasını sağlayan yazılım ve oyunun içerisindeki senaryo ve diyaloglar açısından önem arz etmektedir.

Öncelikle, hususiyete sahip olduğu takdirde oyununun içerdiği bilgisayar programının eser niteliği taşıyacağı açıktır⁴³. Bu tür programlarda eser sahibi programın kaynak kodunu (*source code*) yazan kişi olacaktır. Buna rağmen, kullanıcının bireysel oyun ortamı, nesne ve karakterleri oluşturmasına izin veren bazı oyunlarda kullanıcının programın oluşturulan kısmı üzerinde eser sahipliği tartışılabilir. Kullanıcı, bilgisayar programının kaynak koduna oyun içerisindeki yaratıcı tercihleriyle eklemeler yapabilir. Bu konuyu ele alan bazı yazarlar kullanıcının oyunun tümü üzerinde fikri hakkının değil, oyuna katkının öngörülebilir olmadığı durumda program üzerinde birlikte sahipliğin mevcut olabileceğini ileri sürmüştür⁴⁴. Kanaatimizce, bu durumda kullanıcı tercihleri ile biçimlenen kısmının, bilgisayar oyununun önceden yazılmış kodlarından ne kadar bağımsız olduğu değerlendirilmelidir. Çoğu bilgisayar oyununda kullanıcının hamleleri veya strateji oyunlarında tasarım tercihleri yaratıcı sonuçlar doğursa da, bunlar programın önceden belirlenmiş algoritması dahilinde cereyan etmektedir. Kullanıcının bağımsız hareket edemediği oyunlarda yazılan yeni kaynak kodundan ve onun üzerinde birlikte eser sahipliğinden söz edilemez.

Ayrıca, kullanıcının, bilgisayar oyununu oynarken oluşturduğu nesnelere kullanıcının oyun veya oyunun münferit unsurları üzerinde eser sahipliğine temel oluşturamaz, çünkü kullanıcı yaratıcılık değil, oyunu kazanma dürtüsüyle hareket etmektedir. Doktrinde, oyuncunun aynı zamanda bir üretici olarak öne çıktığı bazı durumlar "yaratıcı tüketim" şeklinde nitelendirilmiş, ancak ona bu nesnelere üzerinde mutlak hak tanınmasının yenilik ve yaratıcılığı gölgede bırakacağı savunulmuştur⁴⁵.

⁴⁰ **Bonadio**, Enrico & **Lucchi**, Nicola, 'Introduction: Setting the Scene for Non-conventional Copyright': Bonadio, Enrico & Lucchi, Nicola (Editors) (2018) Non-conventional Copyright: Do New and Atypical Works Deserve Protection?, Edward Elgar Publishing, s. 5.

⁴¹ **Göttlich**, Paul (2007) 'Online Games from the Standpoint of Media and Copyright Law', 'IRIS Plus <<https://rm.coe.int/16807833e2>> s.e.t. 08.05.2020.

⁴² **Ramos** et al., The Legal Status of Video Games, s. 11.

⁴³ **Maume**, Philipp, 'Compulsory Licensing in Germany': Hilty, Reto M. & Liu, Kung-Chung (Editors) (2015) Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward, Berlin, Springer Verlag, s. 103.

⁴⁴ **Göttlich**, s. 4.

⁴⁵ **Pina**, Pedro, 'Computer Games and Intellectual Property Law: Derivative Works, Copyright and Copyleft': Cruz-Cunha, Maria Manuela et al. (Editors) (2011) Business,

Öte yandan, edebiyat eseri olarak korunan bilgisayar programının⁴⁶ bilgisayar oyununu hangi ölçüde kapsadığı doktrinde tartışmalıdır⁴⁷. Bir görüşe göre, bilgisayar programına tahsis edilen koruma herhangi bir dilde ifade edilen program kodlarını kapsadığından, oyunun görsel-işitsel unsurlarına genişletilemez⁴⁸. Bilgisayar programından farklı olarak, bilgisayar oyununun amacı belirli bir sonuca ulaşmak değil, kullanıcıyı görsel ve işitsel unsurlar ve yüksek düzeyde etkileşim sayesinde eğlendirmektir⁴⁹. Bilgisayar programı oyunun bu amacına ulaşması için sadece gereken teknik altyapıyı oluşturmaktadır. Gerçekten de, bilgisayar oyununda hususiyet teknik özellikleri ve programlama diliyle ortaya çıkan bilgisayar programında değil, görsel ve işitsel unsurlarda vücut bulmaktadır.

Bilgisayar oyunu ve program ilişkisi ABAD kararlarına da konu olmuştur. *Nintendo kararında*, ABAD, bilgisayar oyununun program seviyesine indirgenemeyeceğini belirtmiştir⁵⁰. ABAD'a göre, bilgisayar oyunu programdan daha fazlasını ifade etmektedir. Dolayısıyla ABAD, ilgili davada Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılması Hakkında 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi uygulamış, bu

Direktif'e nazaran *lex specialis* konumundaki Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına İlişkin 2009/24/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ni dikkate almamıştır⁵¹. ABAD, böylece aslında davacıya yürürlükteki Avrupa Birliği düzenlemelerinden bilgisayar oyunu için daha elverişli korumayı seçme imkanı tanımıştır⁵². Bu nedenle, oyunun tümü bilgisayar programı sayılmasa da, 2001/29/EC sayılı Direktif'in kapsamında eser olarak korunabilecektir^{53,54}.

Program kodları farklı olsa da aynı görsel-işitsel unsurlara (kullanıcı arayüzü, oyun müziği, menü talimatları vesaire) sahip iki bilgisayar oyunundan, sonraki oyun önceki oyun sahibinin fikri haklarını ihlal edecektir. Çünkü özgün grafik kullanıcı arayüzü bilgisayar oyununa da özgünlük kazandırmaktadır. ABAD, 2010 tarihli bir kararında⁵⁵ bilgisayar oyununa tahsis edilen korumanın 91/250/EEC sayılı Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına dair mülga Konsey Direktifi'nden değil, 2001/29/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nden kaynaklandığı görüşünü tekrarlamıştır⁵⁶. ABAD, bilgisayar oyununa programlara tahsis edilen eser korumasını değil, 2001/29/EC sayılı Direktif kapsamında, genel olarak, eser korumasının uygulanacağı görüşünü savunmuştur. Buna rağmen, ABAD bilgisayar oyununun hangi eser kategorisine ait olduğu konusunda bir görüş belirtmemiştir.

Karşılaştırmalı hukukta ABD mahkeme kararlarında da aynı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir⁵⁷. 2012 tarihli *Tetris kararında*⁵⁸ New

Technological and Social Dimensions of Computer Games: Multidisciplinary Developments, IGI Global, s. 464.

⁴⁶ **Topaloğlu**, Mustafa (1997) Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul, Altan Matbaacılık, s. 86; **Turan**, Metin (2016), 'Geleneksel ve Elektronik Eser Sahiplerinin Telif Hakları, Dijital Haklar Yönetimi: Uluslararası Düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme' Bilgi Dünyası Dergisi, C: 17, No: 1, s. 58; **Bayramlıoğlu**, Emre, 'Free and Open Source Software under Turkish Copyright Law': Axel Metzger (Editor) (2015) Free Software and Other Alternative License (FOSS) Models: A Comparative Analysis, Springer Science & Business Media, s. 447.

⁴⁷ **Göttlich**, s. 3.

⁴⁸ **Göttlich**, s. 3.

⁴⁹ **Kılıç**, s. 89.

⁵⁰ Nintendo Co. Ltd and Others v. PC Box Srl and 9Net Srl, European Court of Justice, C-355/12, 23.01.2014, § 23, <https://bit.ly/3lpMTWY> s.e.t. 10.05.20.

⁵¹ Nintendo karar, § 23.

⁵² **Metzger**, Axel (2014), 'Urheberrechtsschutz von Computerspielen: Europäischer Gerichtshof Klärt Grundsatzfragen' Informatik Spektrum: Zum Gedenken an Dr. Dr. h.c. mult. Wilfried Brauer, No: 37, s. 270.

⁵³ Nintendo karar, § 22.

⁵⁴ **Jungar**, s. 27.

⁵⁵ Bezpečnostní Softwarová Asociace — Svaz Softwarové Ochrany v. Ministerstvo kultury, European Court of Justice, C-393/09, 22.12.2010, § 46, <https://bit.ly/39qtjXZ> s.e.t. 17.05.20.

⁵⁶ Bezpečnostní karar, § 51.

⁵⁷ **Grzegorzcyk**, s. 135-136.

Jersey Bölge Mahkemesi, davacının program kodlarını taklit etmeyen fakat davacıyla aynı kullanıcı arayüzünü kullanan davalı *Xio Interactive* şirketini fikri hak ihlalinin sorumlu tutmuş, oyunun grafik kullanıcı arayüzünün görsel-işitsel eser olarak korunduğu kanaatine varmıştır.

Oyunun temelindeki bilgisayar programını taklit etmeden görsel-işitsel unsurlarının kullanımı uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bugün internet nedeniyle bilgisayar oyunlarında seviye atlamak için gereken ipucu ve hilelere ulaşmak oldukça kolaylaşmıştır. Kullanıcılar ipucu ve hileleri, *Youtube* gibi video paylaşım platformlarında yaymaktadır. Paylaşılan videolarda oyuncu oyunu oynamakta ve izleyicilere oyunun görüntülerini ileterek yol göstermektedir. Bu durumda oyun üzerinde hak sahibi gelir kaybına uğratılmaktadır. Video paylaşım platformunda yapılan izinsiz yayım oyunun görsel, bazen de görsel-işitsel unsurlarını içerdiğinden, bilgisayar oyunu üzerinde FSEK'in 25. maddesinde düzenlenen eseri işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkının ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediği tartışma konusudur. Öte yandan, ilgili paylaşım FSEK m. 80 bağlamında "fikir ve sanat eserlerinin kamu düzeni, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma veya haber amacıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin icra edilmesi ve kamuya arzı" şeklinde değerlendirilerek oyun yapımcısının yazılı izni aranmayabilir. Bilgisayar oyununun çeşitli platformlarda izinsiz yayımı her zaman hak ihlali olarak değerlendirilmemeli, yayımı yapan kişinin amacı da göz önünde bulundurulmalıdır.

b. Senaryo Metni

Bilgisayar oyununun temelini oluşturan bilgisayar programı ve kullanıcının etkileşime geçtiği görsel-işitsel unsurlarından başka, senaryo ve diyalog metni hususiyet taşıdığı takdirde edebiyat

eseri olarak korunacaktır⁵⁹. Bilgisayar oyununun yazılı unsurları oyunun program koduna işlenen senaryosu olabileceği gibi, oyunun içerisinde geçen metinler ve diyaloglar da olabilir⁶⁰.

c. Veri Tabanı

Bilgisayar oyunlarının veri tabanı olarak korunup korunamayacağı tartışılabilir. FSEK'in 6. maddesinin 11. fıkrasında veri tabanları işleme ve derleme eserler arasında sayılmıştır. İlgili fıkranın kapsam altına aldığı işleme ve derleme eserlere "**belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları**" dahildir. Bilgisayar oyunu ve veri tabanı arasındaki benzerlik her ikisinin materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkmasıdır. Ancak bilgisayar oyununu ve veri tabanı arasında iki temel fark söz konusudur⁶¹. Birincisi, veri tabanını oluşturan veri ve materyaller bağımsız olarak da mevcut olmakta, sadece veri tabanında önceden belirlenmiş bir plana uygun olarak derlenmektedir. Buna karşılık, bilgisayar oyununun unsurlarının çoğu birbiriyle etkileşim içerisinde olup bağımsız olarak anlam ifade etmemektedir. İkincisi, materyallerin bağımsız niteliğine bağlı olarak, kullanıcı veri tabanının unsurlarına bağımsız olarak erişebilir. Bilgisayar oyununda aynı durum sadece eser sahibinin izin verdiği ölçüde gerçekleşebilir. Dolayısıyla, bilgisayar oyununun eser türleri arasından veri tabanı olarak korunması mümkün görülmemektedir.

⁵⁸ Tetris Holding, LLC v. Xio Interactive Inc., United States New Jersey District Court, 863 F. Supp. 2d 394, 30.05.2012, <<https://bit.ly/2Vj3y3C>> s.e.t. 10.05.20.

⁵⁹ **Loney**, Michael (2019), 'Video Games as a Separate Type of Work for Copyright Registration Purposes' *Managing Intellectual Property*, <Complementary Index Database> s.e.t. 15.05.20.

⁶⁰ **Stein**, Julian (2015), 'The Legal Nature of Video Games: Adapting Copyright Law to Multimedia' *Press Start*, Vol: 2, No: 1, s. 46.

⁶¹ **Stein**, s. 50.

2. Musiki Eserleri

FSEK'in 3. maddesi uyarınca, “*musiki eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir.*” Kullanıcının gözü ve kulağına hitap eden bilgisayar oyunlarında, genellikle, fon müziği şeklinde yer bulsalar da, musiki eserleri bilgisayar oyununun esas unsuru değildir. Hususiyet taşıdığı takdirde oyun müziği de eser niteliği kazanabilir. Oyun müziğinin oyundan bağımsız eser olarak korunduğu ihtimalde, musiki eserinde yer alan sözler de ilim ve edebiyat eseri olarak korunacaktır.

Bilgisayar oyununda ses efektleri oyunun tümünün hususiyet taşımasında rol oynasa da, oyundan bağımsız eser niteliği haiz değildir. Çünkü her ne kadar musiki eserinin kanundaki tanımında açıkça belirtilmese de, musiki eseri dinleyicinin duygu ve zekasında iz bırakmaktadır⁶². Tesadüfi ses efektleri ise bu özellikten yoksundur. Öte yandan, benzer ses efektleri tüm oyunlarda kullanıldığından herkesin kullanımına açık bırakılmalı, ses efektleri üzerinde mutlak hak tanınmamalıdır. Ses efektleri ve müziğin oyuna kattığı hususiyet dikkate alındığında sesli bilgisayar oyunlarında ses mühendisleri eser sahipleri arasında yer almalıdır. Sinema eserlerinin yapımında özgün müzik bestecisinin üstlendiği rolü bilgisayar oyununda ses mühendisleri yerine getirmektedir.

3. Güzel Sanat Eserleri

a. Çizimler Üzerinde Hak Sahipliği

Bilgisayar oyunu tümüyle güzel sanat eseri sayılmasa da, her bir bilgisayar oyununda güzel sanat eseri kategorisine dahil bir veya birden fazla eser yer alabilir. FSEK'in 4. maddesi güzel sanat eserlerini estetik değere sahip olan eserler olarak tanımlamıştır. Estetik değere sahip olma güzel sanat eserlerini ilim ve edebiyat eserlerinden ayıran temel özelliğidir. Bilgisayar oyununda estetik değere sahip

olan unsurlar oyun karakterlerinin görsel tasviri⁶³, oyun alanına dair çizim ve fotoğraflar olabilir. Bilgisayar oyunu üzerindeki eser sahipliğinden bağımsız olarak, hususiyet taşıdığı takdirde bu çizim ve tasvirler üzerinde ressam veya animatörlerin eser sahipliği doğacaktır.

b. Kullanıcının Eser Sahipliğinin Şartları ve Kapsamı

Bilgisayar oyunundaki bazı öğeler kullanıcının oyuna yaratıcı katkısı neticesinde oluşabilir. Bazı rol yapma oyunlarında kullanıcı oyun karakterini öz istek ve amacına uygun şekilde tasarlamak ve donatmak adına zaman ve enerji sarf etmektedir. Kullanıcının katkısı oyunun önceden belirlenmiş kodları çerçevesinde gerçekleşse de, kullanıcı yeni karakter özellikleri geliştirebilir veya bazı oyun öğelerini birleştirerek yeni bir karakter tasarlayabilir⁶⁴. Bu durumda kullanıcının geliştirdiği estetik nitelik taşıyan karakterin güzel sanat eseri haiz olup kullanıcının söz konusu karakter üzerinde eser sahipliği tartışılabilir. Bir görüşe göre, kullanıcının oyundaki karakteri geliştirmek için harcadığı emek göz önünde bulundurulursa, kullanıcının oyun karakteri üzerinde eser sahipliğinin doğması etik bir gereksinim olabilir⁶⁵.

Kanaatimizce, kullanıcının oyun üzerindeki hak sahibinin öngöremediği yaratıcı faaliyeti çoğunlukla oyunun eser olarak korunan unsurları sayesinde gerçekleşmektedir. Bir kullanıcı, karakteri donattığı zaman kullandığı giyim, silah ve özel güçler oyunun set ve karakter tasarımcısının, animatörün eserleridir. Bu yüzden, kullanıcının bu tür katkıları asıl esere bağlı olan işleme eser sayılmalı, işlenen eserlerin sahiplerinin izni doğrultusunda gerçekleşmelidir. Bu yorum kullanıcının meydana getirdiği eserlerin oyundaki unsurlara bağlılığını koruyacak, böylece, kullanıcı, oyun üzerindeki eser sahibinin izni

⁶² Stein, s. 49.

⁶³ Stein, s. 48.

⁶⁴ Burk, s. 41.

⁶⁵ Burk, s. 43.

olmadan bu eserler üzerinde hak elde edemeyecektir. Yine de kullanıcının işleme eseri kamuya mal olmuş oyun karakterleri olmamalıdır⁶⁶.

Farklı bir görüşe göre, bu durumda her bir oyun karakteri üzerinde eser sahipleri arasında birliğin mevcut olup eser sahipleri yapımçı ve kullanıcıdır⁶⁷. Bu görüş yapımçı ile kullanıcı arasında dengeyi sağlayan çözüm odaklı yaklaşım sergilese de, kanaatimizce, eser sahiplerinin birliğinin doğması için yapımıcının ilgili oyun karakterinin meydana getirilmesindeki yaratıcı faaliyeti tartışmalıdır. Hak sahibi olarak yapımıcının oyunu sunması ve kullanıcının bu platform ve aletleri kullanarak karakteri geliştirmesi yapımçı açısından hususiyet şartının sağlanması için yeterli değildir.

Bazı bilgisayar oyunlarında oyuncunun katkısı hususiyet içeren unsurlardan ibaret olabilir. Örneğin, çevrimiçi rol yapma oyunu olan *Second Life*'da kullanıcılar elbise tasarımı gibi kendi sanal tasarım ve fikri ürünlerini oyuna entegre edebilmekte ve diğer kullanıcılara sanal para karşılığında satabilmektedir. Bunun gibi istisnai durumlarda kullanıcının münferit fikri ürün üzerinde eser sahipliği doğabilecekse de, bilgisayar oyunu üzerinde kullanıcının hak sahipliği doğmayacaktır. Kullanıcının hak sahipliğinin doğması için oyuna eklenen tasarım ürünleri oyunun haricinde de eser olarak değerlendirilmeye elverişli olmalıdır. Her halükarda, yapımçı ve kullanıcı bu tür eserler üzerinde hak sahipliğini sözleşmede belirleyebilecektir. Örneğin, *Second Life* oyununda yapımçı şirket genel işlem koşullarında kullanıcılara bu fikri ürünler üzerinde eser sahipliğinden ileri gelen hakları saklamaya izin verdiğini belirtmiştir⁶⁸.

4. Sinema Eserleri

a. Türk Hukukunda

Doktrinde bazı yazarlar bilgisayar oyununun sinema eseri olarak korunması gerektiğini savunmuştur⁶⁹. FSEK'in 5. maddesi uyarınca, "*sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.*" Mevzubahis hükümden sinema eserlerinin sinema filmleri ile sınırlı olmadığı, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisinden oluşan diğer eserleri de kapsadığı anlaşılmaktadır. Bilgisayar oyunları da hareketli görüntüler dizisi şeklindedir. Ancak bu görüntüler dizisi ilkinde olmadığı halde sonucunda interaktiftir.

Hareketli görüntüler dizisi sinema eserlerinde eserin sinema yoksa televizyon için hazırlanmasına bağlı olarak her bir saniyeye yerleştirilen 24 veya 25 kareyi kapsamaktadır. FSEK'in 5. maddesinde geçen "filmler veya sinema filmleri" ifadesi örnek niteliğinde olup bilgisayar oyunlarının sinema eserleri kategorisinde korunmasına engel değildir. Fikri Mülkiyet Alanında Telif Hakkına İlişkin Kiralama, Ödünç Verme ve Belirli Haklara dair 2006/115/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde film, "*sesli veya sessiz sinematografik eser, görsel-işitsel eser veya hareketli görüntüler*" şeklinde tanımlanmıştır. Bilgisayar oyununun görsel-işitsel eser niteliği dolayısıyla, film başlığı altında incelenebileceği açıktır. Bilgisayar oyunu **sinema filmi** olmasa da da, **sinema eseridir**. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir eser türü olarak görsel-işitsel eserler yer almasa da, Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde "*sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler...*" ifadesi kullanılmıştır. Bu

⁶⁶ Yu, s. 138.

⁶⁷ Ochoa, Tyler T. (2012), 'Who Owns an Avatar? Copyright, Creativity, and Virtual Worlds' *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol: 14, No: 4, s. 991.

⁶⁸ Baldrice, John (2007), 'Mod as Heck: Frameworks for Examining Ownership Rights in User-contributed Content to Videogames, and a More Principled Evaluation of Expressive Appropriation in User-modified Videogame Projects' *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol: 8, No: 2, s. 690.

⁶⁹ Doğan & Özocak, s. 78.

nedenle sinema eserleri görsel-işitsel eserlerdir. Bununla birlikte, bilgisayar oyununu sinema eserlerinden ayıran özellik kullanıcıyla etkileşimidir. Sinema eserleri, ister dizi ister film şeklinde olsun, genellikle, önceden belirlenmiş senaryo ve hareketli görüntüler dizisini takip eder⁷⁰. Bilgisayar oyunlarında ise görüntüler dizisinin sırasını kullanıcının oyun içerisinde tercihleri ve onun oyun algoritması ile etkileşimi belirler. Bu sebeple, karşılaştırmalı hukukta da bilgisayar oyunlarının film niteliği tartışılmıştır⁷¹. Uygulamada, genellikle, bilgisayar oyunun eser sahipleri yapımca ile sözleşme akdetmekte, sözleşme uyarınca sanatçıların mali hakları yapımcaya devredilmektedir⁷².

b. Karşılaştırmalı Hukukta

i. Alman Hukuku

Almanya'da bilgisayar oyunlarının eser niteliğine dair tartışmalar mahkeme kararları ışığında gelişmiştir. Frankfurt Temyiz Mahkemesi *Donkey Kong Junior I kararında*⁷³ kullanıcının tercihi ile farklı görüntü dizisi sunan bilgisayar oyununun film sayılmayacağını, dolayısıyla, eser olarak korunmadığını savunmuştur. Ancak mahkemenin ileri sürdüğü gerekçeyi Köln Temyiz Mahkemesi sonraki tarihli *Amiga Club kararında*⁷⁴ çürütmüştür. Mahkemeye

göre, hareketli görüntülerin önceden belirlenmiş sırayı takip etmesi veya program tarafından belirlenmesi oyunun korunması için belirleyici olamaz. Bilgisayar oyununda görüntülerin sırası kullanıcının tercihleriyle şekillenmekte ise de, kullanıcı, oyun sahibinin önceden belirlediği görüntüleri değiştiremez. Buna rağmen, Frankfurt Temyiz Mahkemesi sonraki tarihli *Parodius kararında*⁷⁵ aynı gerekçeyle bilgisayar oyununun sinema eseri niteliğini yeniden kabul etmemiştir.

Bugün Alman doktrini ve mahkeme kararları bilgisayar oyununun eser niteliğini kabul etmekte, hangi eser kategorisine dahil olduğunu ise somut olaya göre değerlendirmektedir⁷⁶. Oyun sahibine tanı-nan iki aşamalı koruma mekanizmasının birinci aşamasında oyunun temelini oluşturan programa tahsis edilen koruma, ikinci aşamada ise görsel-işitsel eser koruması yer almaktadır. Alman Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar hakkında Kanunu'nun (*Urheberrechtsgesetz – UrhG*)⁷⁷ 2. maddesinin ilk fıkrasında filmler (*Filmwerke*) eser korumasına alınmış, görsel-işitsel eser sayılmak için gereken ölçüde hususiyet taşımayan hareketli görüntüler (*Laufbild*) aynı kanunun 95. maddesinde ayrı bir eser türü olarak düzenlenmiştir. Bundan başka, UrhG'nin 72. maddesi hareketli görüntüler dizisine dahil olan fotoğrafları fotografik eser (*Lichtbildwerk*) olarak korumaktadır.

ii. Amerikan Hukuku

ABD'de bilgisayar oyunlarının eser niteliğine dair tartışmalar oyunun şekillenme şartını karşılama ve kullanıcının oyunla etkileşimi sonucunda elde ettiği hak sahipliğinin kapsamı üzerine kurulmuştur.

80'lerde Amerikan hukukunda bilgisayar oyunlarının görsel-işitsel eser olarak değerlendiril-

⁷⁰ Ramos et al., The Legal Status of Video Games, s. 10.

⁷¹ Wieduwilt, Hendrik (2008), 'Cheatsbots in Onlinespielen – eine Urheberrechtsverletzung?' MultiMedia und Recht Zeitschrift, No: 11, s. 716.

⁷² Kane, Sean F. (2014), 'Copyright Assignment Terminations after 35 Years: The Video Games Industry Comes of Age' Intellectual Property & Technology Law Journal, Vol: 26, No: 1, s. 15.

⁷³ Loewenheim, Ulrich (1989), 'Legal Protection for Computer Programs in West Germany' High Technology Law Journal, Vol: 4, No: 2, s. 198'den naklen, Donkey Kong Junior I – Entscheidung, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, GRUR, 1983, s. 757, 758.

⁷⁴ Kauert, Michael, 'Recht und Gesetz im Computerspielen': Wandtke, Artur-Axel (Editor) (2011) Medienrecht (Praxishandbuch): Schutz von Medienprodukten, 2. Band, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 438'den naklen, Amiga Club – Entscheidung, Oberlandesgericht Köln, GRUR, 1992, s. 312, 313.

⁷⁵ Göttlich, s. 4'ten naklen, Parodius – Entscheidung, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, GRUR International, 1993, s. 171, 172.

⁷⁶ Grzegorzcyk, s. 136.

⁷⁷ Benz, Karl (Editor) (1966) Urheberrecht: Deutsches und Internationales Recht, München, Goldmann's Gelbe Taschenbücher, s. 29.

mesi eleştirilmekteydi. Çünkü doktrinde hakim olan görüşe göre, hareketli görüntüler dizisi ve ses efektlerinden oluşan görsel-işitsel unsurlar eser koruması için gereken biçimlenme eşğine ulaşmamaktaydı. Görüntü ve ses efektleri kullanıcının tercihlerine göre değiştiğinden oyunun biçimlenmiş tek görsel-işitsel unsurundan söz edilemezdi⁷⁸. Ancak bu argüman kullanıcının belirli tercihlerinin aynı görsel ve işitsel unsurlara yol açması ve oyunun görsel-işitsel unsurlarının tespit edildiği matbu devre kartının (*printed circuit board*) biçimlenmesi gerekçesi ile çürütülmüştür⁷⁹.

Amerikan doktrinde aynı zamanda kullanıcı tercihleriyle kaydedilen oyun şeridinin eser niteliği tartışılmıştır. Bir görüşe göre, görsel-işitsel eser olan bilgisayar oyununu oynama eylemi eserin temsili niteliğindedir⁸⁰. Bilgisayar oyununu oynayan kullanıcı eserin temsili hayata geçirmekte, temsili kaydettiği takdirde yeni bir eser üretmektedir. Karşı görüşe göre ise, oyunun bir film şeridine kaydedilmiş temsili yeni bir eser olmayıp onun alternatif tanımlayıcı malzemesidir⁸¹. 1981 tarihli *Atari Inc v. Amusement World Inc. kararında* Maryland Bölge Mahkemesi gerçek oyunun tespitinin büyüklüğü ve maliyetini dikkate almış,⁸² oyunun bir şeride kaydedilmesini yeterli saymıştır. Öte yandan, kullanıcıların kaydettiği gelişmenin üzerinde yapımıcının eser sahipliğini kabul etmek eserin zorunlu tescili aşamasında yapımıcıyı büyük bir yük altına sokabilir⁸³.

Sinema eseri olarak nitelendirdiğimiz bilgisayar oyununda kullanıcının kaydettiği gelişme objektif bakış açısıyla, eserin temsiline benzese de, kullanıcının yaptığı ve oyun şeridini şekillendiren tercihlerin ne kadar hususiyet taşıdığı tartışmalıdır. Kullanıcı,

tercihlerini bilinçli şekilde eser yaratma amacıyla yapmamakta, sarf ettiği emeğin yaratıcı sonuçlarını düşünmemektedir. Kullanıcının kaydettiği gelişmenin biçimlenmesi mümkün olsa da, oyunun gidişatını belirleyen tercihleri yapımıcı belirli düzeyde öngörebilir. Temsil söz konusu ise, oyun şeridi üzerinde kullanıcının bağlantılı hakkının doğması için yapımıcı ve diğer hak sahiplerinin temsil hakkının veya bu hakkı kullanma yetkisinin kullanıcıya devredilmesi şeklinde yazılı rıza aranmalıdır. Uygulamada hak sahibinin bu tür rızada bulunması beklenemez, çünkü hak sahibi oyunların kaydedilip umuma iletilmesinden zarara uğramakta, herhangi temsilin sonuçlarından doğal olarak memnun kalmamaktadır.

c. Kayıt ve Tescilde

Bilgisayar oyunu sinema eseri olarak korunduğu durumda zorunlu kayıt ve tescil gündeme gelmektedir. Fikri hukukta eser üzerinde haklar hiçbir tescil veya resmi işleme gerek kalmadan eserin vücuda getirilmesiyle birlikte kendiliğinden (*ipso jure*) doğar⁸⁴. Ancak kanun koyucu bazı amaçlar doğrultusunda sinema ve müzik eserlerini zorunlu kayıt ve tescile tabi tutmuştur. Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinin ilk fıkrasında film ve fonogram yapımıcıların gerçekleştirdikleri zorunlu kayıt ve tescil aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

Sinema ve müzik eserlerinde filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımıcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımıcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilebilmesi amacıyla sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırırlar.

Yönetmelik'in ilgili maddesinden anlaşıldığı üzere, kayıt ve tescilin amacı hak ihdas etmek değil,

⁷⁸ Hemnes, s. 180.

⁷⁹ Hemnes, s. 180.

⁸⁰ Hemnes, s. 181.

⁸¹ Atari, Inc. v. Amusement World, Inc., United States Maryland District Court, 547 F. Supp. 2d 222, 27.11.1981, <<https://bit.ly/3moebQ>>, s.e.t. 14.05.20.

⁸² Atari kararı.

⁸³ Coogan, s. 414.

⁸⁴ Arslanlı, Halil (1954) Fikri Hukuk Dersleri, C: 2, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 37.

ispat ve takip için kolaylık sağlamaktır⁸⁵. Sinema eserlerinde zorunlu kayıt ve tescili film yapımcısı gerçekleştirir. Bu anlamda bilgisayar oyununda aynı işlemi oyun yapımcısı yapabilir⁸⁶.

Yargıtay kararları ve uygulamadan anlaşıldığı üzere, Türkiye’de hak sahipleri bilgisayar oyunu için T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü’ne başvuruda bulunarak oyunu sinema eseri olarak tescil ettirmektedir⁸⁷. Telif Hakları Genel Müdürlüğü’nün uygulamasında kayıt ve tescili yapılan oyunların künye bilgilerinde tescili yaptıran kişi olarak yapımcı gözükmekte, sanatçılar olarak ise sinema eserlerinde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun eser sahibi olarak tanıdığı kişilerin (yönetmen, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve özgün müzik bestecisi ve animatör) ismi yer almaktadır⁸⁸. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda ya da Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik’te bilgisayar oyunlarının sinema eseri kategorisinde kayıt ve tescilinin yapılacağına dair açık bir düzenleme bulunmasa da, uygulama bu yönde gelişmiştir.

ABD’de hak sahipleri kayıt ve tescil sırasında bilgisayar oyununu film (aynı zamanda DVD veya Audio CD) halinde karakter ve unsurların ekranda görüldüğü çekim modunda (*attract mode*) tescil ettirmektedir. Türkiye uygulamasında ilgili Yönetmelik’in 5. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendi uyarınca, yapımın dijital ortama kaydedilmiş bir adet kopyası gerekmektedir. Doktrinde bilgisayar oyunları için

çekim moduyla beraber, kullanıcı oynadığı oyun modunda da (*play mode*) tescilin hak ihlallerine karşı faydalı olabileceği savunulmuştur⁸⁹. Gerçekten de, ilerideki hak ihlallerine karşı mücadelede kolaylık sağlamak adına yapımcıya oyunun çekim ve oyun modunda iki adet kopyası şeklinde kayıt ve tescil olanağı sunulabilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca, sinema filminde yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı eserin birlikte sahipleridir. Ancak bilgisayar oyununun meydana getirilmesinde emek sarf eden kişiler animatör, programcı, karakter ve set tasarımcıları, ses mühendisleri gibi çeşitli meslek grubundan gelmektedir⁹⁰. Eser sahipliği tanınan kişilerin bilgisayar oyunundakinden farklı olması sebebiyle oyunların sinema eseri kategorisinde değerlendirilmesi eleştirilmiştir⁹¹.

Uygulamada bilgisayar oyunlarının zorunlu kayıt ve tescilinde animatör, senaryo yazarı, diyalog yazarı ve yönetmen birlikte eser sahipleridir. FSEK’in 8. maddesinin 3. fıkrasında sinema eserleri için sayılan eser sahiplerinden özgün müzik bestecisi bilgisayar oyunlarında öne çıkmamaktadır. Buna rağmen, Telif Hakları Genel Müdürlüğü animatörü de eser sahipleri arasında kabul etmektedir. FSEK’in 8. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, “**canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır.**” Uygulamadan yola çıkarak, bilgisayar oyunlarının çizgi filmleri gibi canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserleri arasında olduğu söylenilebilir.

Son olarak, bilgisayar oyununda programcı zorunlu kayıt ve tescilde eser sahibi olarak yer almamaktadır. Programcının senaryo yazarı veya başka sıfatla eser sahipleri arasına dahil edilip edilmediği ise ilgili kayıtlardan açık şekilde anlaşılmamaktadır. Halbuki, bilgisayar oyununda görsel-işitsel unsurlar

⁸⁵ **Eralp**, Özgür (2012), ‘Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarına, Yazılımlara İlişkin Hakların Korunması’, <Kazancı İçtihat Bilgi Bankası> s.e.t. 27.05.20.

⁸⁶ **Loney**, s. 1.

⁸⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 05.03.2019, E: 2017/4915, K: 2019/1825 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); Buna karşılık, Yargıtay’ın “**dava konusu bilgisayar oyunu niteliğindeki FSEK kapsamında eser olarak değerlendirilen yazılımların**” gibi ifade kullanarak bilgisayar oyununun yazılım olarak korunduğu izlenimini oluşturduğu kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 15.11.2018, E: 2016/14640, K: 2018/7109 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁸ T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü, Kayıt Tescili Yapılan Oyunların Künye Bilgileri, <<https://bit.ly/2VjVSOK>> 17.05.20.

⁸⁹ **Goldstein**, Paul (2020) Goldstein on Copyright, 3rd Edition, Vol: 1, Wolters Kluwer, s. 143, dn.29.

⁹⁰ **Ramos** et al., The Legal Status of Video Games, s. 9-10.

⁹¹ **Ramos** et al., The Legal Status of Video Games, s. 26.

öne çıksa da, program oyunun temel ve değişmez ögesidir. Kanaatimizce, kanun koyucu bilgisayar oyununda programın hususiyet taşıdığı ihtimalde programcının bağımsız eser sahipliği dışında, bilgisayar oyunu üzerinde de senaryo yazarı, diyalog yazarı, ses mühendisi ve animatörle birlikte eser sahipliği tanımalı veya zorunlu kayıt ve tescile senaryo yazarı olarak dahil edilmelidir.

IV. SONUÇ

Bu makalede bilgisayar oyunlarının eser niteliği, koruma kapsamına dahil olan unsurlar ve uygun eser kategorisi sorunu ele alınmış, kullanıcının oyunla etkileşimi sonucunda eser sahipliği kısmen tartışılmıştır.

Bilgisayar oyunları; bilgisayar programı, görsel-işitsel öğeler (animasyon, müzik) ve kullanıcı arayüzüdür. Türk hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bilgisayar oyunları eser kategorileri ve türleri arasında düzenlenmemektedir. Yargıtay uygulamasında bilgisayar oyunlarının eser niteliği kabul edilse de, hangi kategoride ele alındığına ilişkin görüş birliği mevcut değildir. Bununla birlikte, uygulamada bilgisayar oyunları aynen sinema eserleri gibi T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü'nde zorunlu tescile tabi tutulmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta ve ABAD kararlarında bilgisayar oyunları görsel-işitsel eser olarak sınıflandırılmakta, oyunun hususiyet taşıyan unsurları arasında bilgisayar programı, senaryo ve diyalog metinleri, çizimler, video ve fotoğraflar ve varsa, özgün müziği aynı zamanda bağımsız eser olarak kabul edilmektedir. Türk hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu eser kategorilerini sınırlı sayıda düzenlediğinden ve "görsel-işitsel eser" kategorisi bulunmadığından bilgisayar oyunu "sinema eserleri" kategorisinde değerlendirilmelidir. Zira, Türk hukukunda sinema eserleri kategorisine dahil olan eser

türleri sinema filmleri ile sınırlı kalmamakta, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisinden oluşan diğer eserleri kapsamaktadır. Bu sınıflandırma uygulamadaki eğilimle de örtüşecektir.

"Sinema eserleri" kategorisi FSEK'in 8. maddesinin 3. fıkrasında birlikte eser sahipliğinin tespit edilmesi açısından da bilgisayar oyunlarına uygun düşmektedir. Ancak bilgisayar oyunlarında eser sahipleri Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "sinema eserleri" için öngördüğü eser sahiplerinden farklıdır. Bilgisayar oyunlarında zorunlu kayıt ve tescil zamanı eser sahibi olarak bilgisayar programcısı, animatör, senaryo ve diyalog yazarı ve oyunun (sesli veya sessiz) türüne göre, ses mühendisi tanınmalıdır. Ayrıca, karşılaştırmalı hukuktaki tecrübeden yola çıkarak hak ihlallerine karşı mücadelede kolaylık sağlaması için oyunun kayıt ve tescilinde çekim ve oyun modunda iki adet kopya talep edilebilir.

Bugün bilgisayar oyunlarına hususiyet katan unsur programdan ziyade, görsel-işitsel unsurlar ve etkileşimdir. Dolayısıyla, farklı bilgisayar programlarının, ancak aynı grafik kullanıcı arayüzünün kullanıldığı bilgisayar oyunlarında eser üzerinde hak ihlali söz konusu olacaktır. Ancak hususiyet taşıdığı takdirde bilgisayar programının bağımsız eser niteliği saklıdır.

Kullanıcının bilgisayar oyunu üzerinde eser sahipliği söz konusu olmasa da, hususiyet varsa, oyunun münferit unsurları üzerinde işleme eseri olarak hak sahipliği tartışılabilir. Hususiyetin belirlenmesinde kullanıcının oyuna katkısının hak sahibi tarafından öngörülebilirliği ve kullanıcının oyuna entegre ettiği tasarımlarının oyunun haricinde de eser korumasına elverişli olması incelenmelidir. Kullanıcının elde ettiği eser koruması oyunun diğer unsurlarına veya tümüne genişletilmemelidir.

KAYNAKÇA

- Adrian**, Angela (2010) *Law and Order in Virtual Worlds: Exploring Avatars, Their Ownership and Rights*, IGI Global, New York.
- Aksu**, Mustafa (2006) *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul.
- Arslanlı**, Halil (1954) *Fikri Hukuk Dersleri*, C: 2, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul.
- Ateş**, Mustafa (2007) *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Baldrica**, John (2007), 'Mod as Heck: Frameworks for Examining Ownership Rights in User-contributed Content to Videogames, and a More Principled Evaluation of Expressive Appropriation in User-modified Videogame Projects' *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, Vol: 8, No: 2, s. 681-713.
- Bayramlıoğlu**, Emre, 'Free and Open Source Software under Turkish Copyright Law': Axel Metzger (Editor) (2015) *Free Software and Other Alternative License (FOSS) Models: A Comparative Analysis*, Springer Science & Business Media, s. 445-460.
- Bonadio**, Enrico & **Lucchi**, Nicola, 'Introduction: Setting the Scene for Non-conventional Copyright': Bonadio, Enrico & Lucchi, Nicola (Editors) (2018) *Non-conventional Copyright: Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, Edward Elgar Publishing, s. 1-22.
- Brown**, Peter & **Raysman**, Richard (2006), 'Property Rights in Cyberspace Games and Other Novel Legal Issues in Virtual Property' *The Indian Journal of Law and Technology*, Vol: 2, s. 87-105.
- Burk**, Dan L. (2005), 'Electronic Gaming and the Ethics of Information Ownership' *International Review of Information Ethics*, Vol: 4, s. 39-45.
- Coogan**, Kyle (2018), 'Let's Play: A Walkthrough of Quarter-century-old Copyright Precedent as Applied to Modern Video Games' *Fordham Intellectual Property, Media, and Entertainment Law Journal*, Vol: 28, No: 2, s. 381-419.
- Coppock**, Patrick, 'Are Computer Games Real': Sageng, John Richard, Fossheim, Hallvard & Larsen, Tarjei Mandt (Editors) (2012) *The Philosophy of Computer Games*, Vol: 7, Springer, s. 259-275.
- Doğan**, Derya & **Özocak**, Gürkan, 'Dijital Oyunlar, Multimedya Yaratımlar ve Güncel Hukuki Problemler': 3. Uluslararası Bilişim Hukuku Kurultayı, Haziran 2013, İzmir.
- Dean**, Drew S. (2016) 'Hitting Reset: Devising a New Video Game Copyright Regime' *University of Pennsylvania Law Review*, Vol: 164, s. 1239-1280.
- Denicola**, Robert C. (2016), 'Ex Machina: Copyright Protection for Computer-generated Works' *Rutgers University Law Review*, Vol: 69, s. 251-287.
- Eralp**, Özgür (2012), 'Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarına, Yazılımlara İlişkin Hakların Korunması', <Kazancı İçtihat Bilgi Bankası> s.e.t. 27.05.20.
- Esposito**, Nicolas, 'A Short and Simple Definition of What a Videogame Is': *The Digital Games Research Conference: Changing Views – Worlds in Play*, 16-20 June 2005, Vancouver, Canada.
- Goldstein**, Paul (2020) *Goldstein on Copyright*, 3rd Edition, Vol: 1, Wolters Kluwer.
- Göttlich**, Paul (2007) 'Online Games from the Standpoint of Media and Copyright Law', *IRIS Plus* <<https://rm.coe.int/16807833e2>> s.e.t. 08.05.2020.
- Greenspan**, David (2014), 'Video Games and IP: A Global Perspective' *WIPO Magazine*, No: 2, s. 6-11.
- Grzegorzczuk**, Tomasz (2017), 'Qualification of Computer Games in Copyright Law' *The Scientific Journal of Bielsko-Biala School of Finance and Law*, No: 1, s. 131-145.

- Hemnes**, Thomas M. S. (1982) 'Adaptation of Copyright Law to Video Games' *University of Pennsylvania Law Review*, Vol: 131, No: 1, s. 171-233.
- Hoeren**, Thomas (2019) *IT-Law*, University of Münster Institute for Information, Telecommunication and Media Law.
- İçli**, Şuayip (2019) 'Fikri Mülkiyet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Jewell**, Catherine (2012), 'Video Games: 21st Century Art' *WIPO Magazine*, No: 4, s. 10-14.
- Jungar**, Elrik (2016), 'Streaming Video Games: Copyright Infringement or Protected Speech' *Press Start*, Vol: 3, No: 2, s. 23-47.
- Kane**, Sean F. (2014), 'Copyright Assignment Terminations after 35 Years: The Video Games Industry Comes of Age' *Intellectual Property & Technology Law Journal*, Vol: 26, No: 1, s. 15-19.
- Kauert**, Michael, 'Recht und Gesetz im Computerspielen': Wandtke, Artur-Axel (Editor) (2011) *Medienrecht (Praxishandbuch): Schutz von Medienprodukten*, 2. Band, 2. Auflage, Berlin, De Gruyter, s. 419-474.
- Kılıç**, Taylan (2018) 'Bilgisayar Oyunlarının Eser Niteliği' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kuehl**, John (2016) 'Video Games and Intellectual Property: Similarities, Differences, and a New Approach to Protection', *Cybaris*, Vol: 7, No: 2, s. 313-349.
- Kurtulmuş**, Ahmet (1992) 'Bilgisayar Programlarının Hukuki Yolla Korunması' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Lastowka**, Greg , 'Copyright Law and Video Games: A Brief History of an Interactive Medium': David, Matthew & Halbert, Debora (Editors) (2015) *The SAGE Handbook of Intellectual Property*, SAGE Publications, s. 495-514.
- Loewenheim**, Ulrich (1989), 'Legal Protection for Computer Programs in West Germany' *High Technology Law Journal*, Vol: 4, No: 2, s. 187-215.
- Loney**, Michael (2019), 'Video Games as a Separate Type of Work for Copyright Registration Purposes' *Managing Intellectual Property*, <Complementary Index Database> s.e.t. 15.05.20.
- Maume**, Philipp, 'Compulsory Licensing in Germany': Hilty, Reto M. & Liu, Kung-Chung (Editors) (2015) *Compulsory Licensing: Practical Experiences and Ways Forward*, Berlin, Springer Verlag, s. 95-120.
- Metzger**, Axel (2014), 'Urheberrechtsschutz von Computerspielen: Europäischer Gerichtshof Klärt Grundsatzfragen' *Informatik Spektrum: Zum Gedenken an Dr. Dr. h.c. mult. Wilfried Brauer*, No: 37, s. 269-271.
- Ochoa**, Tyler T. (2012), 'Who Owns an Avatar? Copyright, Creativity, and Virtual Worlds' *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol: 14, No: 4, s. 959-991.
- Pina**, Pedro, 'Computer Games and Intellectual Property Law: Derivative Works, Copyright and Copyleft': Cruz-Cunha, Maria Manuela et al. (Editors) (2011) *Business, Technological and Social Dimensions of Computer Games: Multidisciplinary Developments*, IGI Global, s. 464-475.
- Ramos**, Andy, et al. (2013) *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, World Intellectual Property Organization.
- Ramos**, Andy, (2014) 'Video Games: Computer Programs or Creative Works?' *WIPO Magazine*, No: 4, s. 25-28.

Sezen, Diğdem (2013), 'Bir Sanatsal İfade Aracı Olarak Dijital Oyunlar', İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, C: 2, No: 45, s. 129-147.

Stein, Julian (2015), 'The Legal Nature of Video Games: Adapting Copyright Law to Multi-media' Press Start, Vol: 2, No: 1, s. 43-55.

Suluk, Cahit, **Karasu**, Rauf & **Nal**, Temel (2020) Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin, Ankara.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul.

Topaloğlu, Mustafa (1997) Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, Altan Matbaacılık, İstanbul.

Turan, Metin (2016), 'Geleneksel ve Elektronik Eser Sahiplerinin Telif Hakları, Dijital Haklar Yönetimi: Uluslararası Düzenlemeler ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme' Bilgi Dünyası Dergisi, C: 17, No: 1, s. 57-86.

Wieduwilt, Hendrik (2008), 'Cheatbots in Onlinespielen – eine Urheberrechtsverletzung?' MultiMedia und Recht Zeitschrift, No: 11, s. 715-719.

Yan, Jeff & **Randell**, Brian (2005) Security in Computer Games: From Pong to Online Poker, University of Newcastle Upon Tyne.

Yu, Yudong (2017) 'Intellectual Property Rights and the Game Industry' (Unpublished Doctoral Thesis), University of Manchester, Faculty of Humanities.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

**MARKANIN TESCİLLİ OLDUĞU MAL VEYA HİZMETLER ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME
[AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN SKY-SKYKICK KARARINDAN HAREKETLE]***

**AN EVALUATION OF THE TRADEMARK'S REGISTERED GOODS OR SERVICES
[BY LOOKING AT SKY V SKYKICK DECISION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE]**

Arş .Gör. Mahmut Arif KOÇAK**

ÖZ

Marka, yalnızca tescilli olduğu mal veya hizmetler nazarında korunur. Mal veya hizmetlerin belirlenmesi ise, söylenildiği kadar kolay olmayan ve birçok probleme de sebebiyet verecek nitelikte bir meseledir.

Gerçekten, işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için açık ve kesin olarak tespit edilmesi ve sicilde gösterilmesi gerektiği yönünde bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat işarete sağlanan korumanın kapsamını tayin eden mal veya hizmetlerin belirlenmesi bağlamında nasıl hareket edilecektir? İşaret bakımından geçerli olan mezkûr şart, mal veya hizmet tanımlamaları açısından da cari midir; mal veya hizmet tanımlamalarının da aynı açıklık ve kesinlik koşuluna riayet etmesi gerekir mi?

Çalışmamızda, bu sorular irdelenecek ve mal veya hizmetlerin belirlenmesinin önemi üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Sky-Skykick kararına yer verilecek, akabinde markada belirlilik ilkesi ekseninde görüşümüz belirtilerek çalışma tamamlanacaktır

Anahtar Kelimeler: marka, markada belirlilik ilkesi, sky-skykick, hükümsüzlük, açıklık ve kesinlik.

ABSTRACT

Trademark is only protected in the sight of its registered goods or services. Identifying these goods or services is an issue that is not as easy as it is said and can cause many problems.

There is indeed no hesitation that the sign must be clearly and precisely determined and shown in the registry in order to be registered as a trademark. However, how to proceed in terms of identifying the goods or services that determine the scope of protection provided to the sign? Is the aforementioned condition for the sign also valid in terms of the specification of goods or services? Do specification of goods or services must comply with the same clarity and precision condition?

In this study, these questions will be examined and the importance of identifying goods or services will be emphasized. In this context, the Sky v Skykick decision of the European Union Court of Justice will be examined and then the study will be completed by expressing our opinion in the light of the principle of speciality in the trademark.

Keywords: trademark, the principle of speciality, sky v skykick, invalidity, clarity and precision.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 18.02.2021 / Kabul Tarihi: 20.04.2021).

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, (ma.kocak25@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6570-0014).

Atıf/ Citation: **Koçak**, Mahmut Arif (2021) 'Markanın Tescilli Olduğu Mal veya Hizmet Üzerinde Bir Değerlendirme (Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Sky-Skykick Kararından Hareketle)', TFM, C: 7, S: 1, s. 111-131.

I. GİRİŞ

Bu çalışmamızda, marka hukuku literatüründe üzerinde çok durulmayan bir konu olan “*mal veya hizmetler*” bağlamında ortaya çıkabilecek sorunlardan birine değinilecektir. Gerçekten, marka hukukunda, özellikle “*işaret*” üzerinde yoğun çalışmalar yapılmış ve bu noktada birçok problem de çözüme kavuşturulmuştur. Ancak marka hakkı ile bahsedilen korumanın kapsamını belirleyen mal ve hizmetlere ilişkin birçok sorun gün yüzüne çıkmayı beklemektedir¹.

Marka olarak tescil edilen işaret, soyut olarak korunmaz; tescilli olduğu mal veya hizmetler nazarında korunur. Diğer bir deyişle, marka hakkı, sahibine sadece tescilli olduğu mal veya hizmetler bağlamında inhisari bir hak sağlar. Bu sebeple marka için tescil başvurusu yapılırken, işaretin kullanılacağı mal veya hizmetler belirtilmek zorundadır. İşte bu belirleme işlemi, üzerine titizlikle eğilmek gereken ciddi bir meseledir. Zira tescil edilen işaretin kullanılacağı mal veya hizmetlerin belirli, açık ve kesin olmaması gerek idari ve adli makamlar gerek rakipler ve gerekse tüketiciler açısından problem teşkil edebilir ve marka hukuku sisteminin işlerliğini zedeleyebilir. Özellikle marka hakkı sahibine sağlanan korumanın kapsamının önceden tespitinin zor olması rekabet ortamını etkileyerek rakipleri yatırım yapmaktan caydırabileceği gibi, tüketicileri de uzun vadede olumsuz etkileyecektir.

Gerçekten, işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için açık ve kesin olarak tespit edilmesi/sicilde gösterilmesi gerektiği yönünde bir tereddüt bulunmamaktadır. Fakat işarete sağlanan korumanın kapsamını tayin eden mal veya hizmetlerin belirlenmesi bağlamında nasıl hareket edilecektir? İşaret bakımından geçerli olan mezkûr şart, mal veya hizmet tanımlamaları açısından da cari midir;

¹ Chatry bu durumu şöyle dile getirir: “*La désignation des produits et services lors de l’enregistrement à titre de marque est un art délicat assez mal maîtrisé...*” (Chatry, Sylvian (2020) ‘Désignation Imprécise et Large de Produits et Services dans une Demande de Marque’, LEPI, No. 113b8, s. 1).

mal veya hizmet tanımlamalarının da aynı açıklık ve kesinlik koşuluna riayet etmesi gerekir mi? İşte çalışmamız kapsamında, bu sorular irdelenecek ve mal veya hizmetlerin belirlenmesinin önemi üzerinde durulacaktır.

Bu bağlamda, ilk olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın (bundan böyle “*ABAD veya Adalet Divanı*”) Sky-Skykick kararına konu uyuşmazlığa yol açan olaylar, ulusal yargı merciinin kararı ve Adalet Divanı tarafından çözümlenmesi beklenen ön sorunlar dile getirilecektir. Akabinde uyuşmazlığın hukuki çerçevesi çizilerek Adalet Divanı’nın ön sorunlara verdiği yanıtlar çalışmaya aktarılacaktır. Son olarak ise markada belirlilik ilkesi ekseninde görüşümüz belirtilerek çalışma tamamlanacaktır.

II. UYUŞMAZLIĞA GENEL BAKIŞ

A. KARARA KONU OLAY

Adalet Divanı’nın, 29 Ocak 2020 tarihli “*Sky plc and Others v Skykick UK Limited and Skykick Inc*” kararı², Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nin (bun-

² Karar için bkz. ABAD, 29 Ocak 2020, C-371/18, Sky plc and Others v Skykick UK Limited and Skykick Inc, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-371/18&language=en>> s.e.t. 10 Ocak 2021. Karara ilişkin çeşitli değerlendirme yazıları için bkz. **Martin**, Cécile (2020) ‘Manque de Clarté et de Précision dans la Désignation des Produits et des Services: un Motif de Nullité de la Marque’, PIBD, No. 1139, s. II-1; **Beyens**, Alice (2020) ‘SKY: la CJUE Interprète Strictement les Motifs Absolus de Nullité d’une Marque’, Dalloz Actualité, <<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ACTU0199514>> s.e.t. 10 Ocak 2021, para. 1 vd.; **Poore**, Alasdair (2020) ‘Sky v Skykick – any Clearer?’, CIPA, s. 18-22; **Casina-der**, Simon / **Lavery**, Niall J. (2020) ‘We Have A Decision In The Sky V. Skykick Case And The Long-awaited CJEU’s Decision Is Good News For Brand Owners!’, Newstex Blogs National Law Review, <<https://www.natlawreview.com/article/we-have-decision-sky-v-skykick-case-and-long-awaited-cjeu-s-decision-good-news-brand>> s.e.t. 10 Ocak 2021, para. 1 vd.; **Hitchens**, Ben / **Andreottola**, Paolo (2020) ‘A Kicking for Sky? EU Court Issues Long-awaited Judgment in Sky v. SkyKick: Decision is Good News for Trade Mark Owners’, Locke Lord Quick Study, <<https://www.lockelord.com/newsand-events/publications/2020/02/sky-v-skykick>> s.e.t. 10 Ocak 2021, s. 1-3.

dan böyle “EWHC”) 27 Nisan 2018 tarihli kararı³ ile yöneltilen sorulara ilişkin bir ön yorum kararıdır⁴.

Ön yorum kararına konu olan sorun, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının bir hükümsüzlük sebebi olarak mütalaa edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Bu sorunun çözümü ise, 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104/EEC sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Birinci Konsey Direktifi⁵ (bundan böyle “Direktif”) ile 20 Aralık 1993 tarih ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü⁶’nün (bundan böyle “Tüzük”) markanın tescilinde mutlak ret nedenleri ile hükümsüzlük sebeplerini düzenleyen maddelerinin⁷ yorumunda saklıdır.

Uyuşmazlık konusu olayı ve tarafların iddialarını izaha geçmeden önce tarafları ve uyuşmazlığa esas teşkil eden markaları kısaca tanıtmak gerekir⁸:

(i) Asıl davanın davacısı konumunda olan Sky Plc, Sky International AG ve Sky UK Limited (bundan böyle hep birlikte “Sky Plc”), bilhassa Birleşik Krallık ve Avrupa’da tanınır/bilinir bir medya-yayın kuruluşudur. Sky Plc, geniş bir marka koruması ağı ile, birçok ülkede tescilli çok sayıda markanın sahibidir. Uyuşmazlık açısından önem arz eden markaları ise, ana unsuru “Sky” olan dört farklı Avrupa Birliği markası ile bir adet ulusal (Birleşik Krallık) markadır.

³ [2018] EWHC 155 (Ch).

⁴ Avrupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın 267. maddesi uyarınca, üye devlet mahkemeleri, Avrupa Birliği antlaşmalarının yorumuna ilişkin bir sorun ortaya çıktığında, kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir ön karara gerek duyarırsa, Avrupa Birliği Adalet Divanı’ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Madde metninin tercümesi için bkz. <<https://www.ab.gov.tr/>> s.e.t. 10 Şubat 2020.

⁵ First Council Directive of 21 December 1988 to Approximate The Laws of The Member States Relating to Trade Marks, JO, L 40/1, 11.02.1989.

⁶ Council Regulation No 40/94 of 20 December 1993 on The Community Trade Mark, JO, L 11, 14.01.1994.

⁷ İlgili maddeler Direktif’in 3 ve 13. maddesi ile Tüzük’ün 7 ve 51. maddeleridir.

⁸ Uyuşmazlığın tarafları ve ilgili markalar hakkında detaylı bilgi için bkz. [2018] EWHC 155 (Ch), para. 2-107.

Bu markalar, Nis sınıflandırmasının 9 ve 38. sınıfları başta olmak üzere 22 farklı sınıfta tescillidir. Bununla birlikte, söz konusu markaların tescilli olduğu mal veya hizmetler listesi oldukça geniş kapsamlıdır. Bu mal veya hizmet listeleri, “bilgisayar yazılımı (computer software)” ve “veri depolama (data storage)” gibi ifadeleri de barındırmaktadır.

(ii) SkyKick UK Limited ve SkyKick Inc (bundan böyle hep birlikte “Skykick UK”) ise, bir yazılım şirkettir. Skykick UK, faaliyetlerini “SkyKick” ana unsurlu markalar vasıtasıyla yürütmektedir. Bu markalar farklı sınıflarda tescilli olmasına rağmen Skykick UK’nin başlıca faaliyet alanları olan bulut depolama, yedekleme ve bulut alan yönetimine ilişkin hizmetlerde kullanılmaktadır.

Asıl davanın davacısı konumunda olan Sky Plc, Skykick UK tarafından “Skykick” ibaresinin ve farklı varyasyonlarının kullanımı suretiyle “Sky” ana unsurlu markalarına tecavüz edildiği iddiasıyla dava ikame etmiştir. Sky Plc, özellikle 9’uncu sınıf bağlamında “bilgisayar yazılımları, internet vasıtasıyla indirilebilen bilgisayar yazılımları, veri depolama” ile 38’inci sınıf bağlamında “haberleşme, e-posta, internet servisi sağlama hizmetleri” açısından marka hakkına tecavüzün mevcut olduğunu ileri sürmüştür.

Skykick UK ise, “Sky” ibaresinin ayırt edici niteliği bulunmayan ve çok yaygın kullanılan bir kelime olduğundan bahisle tecavüz iddialarını reddetmekle beraber Sky Plc’nin sahibi olduğu markaların tescilli olduğu mal veya hizmetlerin yeterli açıklık ve kesinlik taşımadığı ve mezkûr markaların tescilinin kötü niyetli olduğu gerekçesiyle bu markaların hükümsüzlüğüne karar verilmesi karşı talebinde bulunmuştur. Skykick UK’ye göre, Sky Plc sahibi olduğu markaları kullanma niyeti taşımaksızın ve sınırları muğlak bir surette birçok mal veya hizmette birden tescil ettirmiştir. Skykick UK, hükümsüzlük talebine dayanak olarak ise, ABAD’ın markanın tescili talep edilen mal veya hizmetlerin, üçüncü kişiler tarafından kolaylıkla anlaşılmasına imkân sağlayacak şekilde açıklık ve kesinlik

taşınması gerektiğine karar verdiği *Chartered Institute of Patent Attorneys*⁹ kararına vurgu yapmıştır.

Görülebileceği üzere, asıl dava marka hukukunda sıkça karşılaşılan bir marka ihlali davasıdır. Fakat bu davayı özel kılan, davalı *Skykick UK*'nin davacı *Sky Plc*'nin markalarının hükümsüzlüğüne ilişkin karşı talebinde ileri sürdüğü savlardır.

B. ULUSAL YARGI MERCİİNİN İNCELEMESİ VE ADALET DİVANINA YÖNELTİĞİ SORULAR

Sky Plc ile *Skykick UK* arasındaki uyumsuzluk, tarafların iddiaları gözetildiğinde birçok farklı açıdan inceleme yapılmasını zaruri kılmaktadır. Ancak çalışmamız, özellikle markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin belirlenmesi konusuna mercek tuttuğundan, ulusal yargı merciinin sadece bu konuda yapmış olduğu inceleme buraya yansıtılacaktır.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi, *Skykick UK*'nin, *Sky Plc*'ye ait markaların tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması sebebiyle hükümsüz kılınmasına ilişkin karşı talebinin, temelde iki sorunu ortaya çıkardığını belirtmektedir.

EWHC'ye göre ilk sorun, *Skykick UK*'nin ileri sürdüğü savunmanın bir hükümsüzlük sebebi olup olamayacağıdır¹⁰. EWHC, Adalet Divanı'nın *Chartered Institute of Patent Attorneys* kararına atıf yaparak, marka başvurusunda, koruma talep edilen mal veya hizmetlerin, yetkili makamların ve üçüncü kişilerin markaya sağlanan korumanın kapsamını tespitine imkân verecek yeterlilikte açık ve kesin olarak belirtilmesi gerektiğini içtihat ettiğini ifade etmektedir. Ancak EWHC'ye göre bu içtihat, mal veya hizmetlerin açık ve kesin olması gerekliliğinin başvuru aşamasında incelenmesi gereken bir husus olduğu ger-

çeğini değiştirmemektedir¹¹. Tescilli bir markanın hangi gerekçelerle hükümsüz kılınabileceği sınırlı bir şekilde sayılmıştır ve bu gerekçelerin arasında markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması hali bulunmamaktadır¹².

İkinci sorun ise, ilk soruna verilecek cevap olumlu olduğu takdirde, olaydaki markaların tescilli olduğu mal veya hizmetler gözetildiğinde, bunların hükümsüz kılınabilip kılınamayacağı noktasında toplanmaktadır¹³. EWHC, bilhassa "*bilgisayar yazılımı (computer software)*" tanımlaması bakımından görüşünü ortaya koymadan önce, tarafların savunmalarına kısaca temas etmiştir.

Bu bağlamda, *Skykick UK* savunmasında, "*computer software*" ürün grubunun neden açık ve kesin olmadığına ilişkin *Mercury Communications Ltd v Mercury Interactive (UK) Ltd*¹⁴ kararına atıfta bulunmuştur. Kararın ilgili kısımlarından, gerekli gördüğümüz küçük bir yeri tercüme etmek yerinde olacaktır: "*Bir bilgisayarın, uçuş simülatörü fonksiyonu görmesine olanak tanıyan bir yazılım parçası ile söz gelimi, bilgisayarın yazılı metinleri optik olarak okumasını veya bir kimya fabrikasını tasarlamasını sağlayan yazılım tamamen farklıdır. Kanımca, bilgisayar yazılımının sınırlı bir alanı ile ilgilenen bir kişinin, tescille, kendi faaliyet alanından çok uzak olanlar da dahil olmak üzere, her türlü yazılımı kapsayacak ve süresi belirli olmayan bir surette yasal tekel elde etmesi kesinlikle arzu edilen bir durum değildir.*"¹⁵

Akabinde, *Skykick UK*, Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi'nin hazırlamış olduğu Marka İnceleme Kılavuzu'nun §1402.03(d) epizodunu işaret etmiştir: "*Bilgisayar yazılımı mallarına ilişkin yapılacak her belirleme, karıştırılma ihtimaline ilişkin tespitlere izin verecek/olanak tanıyacak kadar*

⁹ Karar için bkz. ABAD, 19 Haziran 2012, C-307/10, *Chartered Institute of Patent Attorneys v Registrar of Trade Marks*, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-307/10&language=EN>> s.e.t. 10 Ocak 2021.

¹⁰ [2018] EWHC 155 (Ch), para. 155.

¹¹ [2018] EWHC 155 (Ch), para. 158.

¹² [2018] EWHC 155 (Ch), para. 159, 160.

¹³ [2018] EWHC 155 (Ch), para. 155.

¹⁴ [1995] FSR 850.

¹⁵ [1995] FSR 850, para. 865.

spesifik olmalıdır... Genel olarak, **kullanım alanı** ve **amacı/fonksiyonu** belirtilmiş olduğu müddetçe, 'bilgisayar yazılımı' şeklinde bir tanımlama kabul edilebilirdir."¹⁶

Sky Plc ise, "computer software" teriminin çok sık karşılaşılan bir terim olduğunu, Avrupa yargı mercilerinin bu konuda birçok kararının bulunduğunu ve terimin kullanımının sorun teşkil etmediğini belirterek anılan terimin açık ve kesin olduğunu ileri sürmüştür¹⁷.

Bütün bu ifadelerin ışığında, EWHC'ye göre "bilgisayar yazılımı (computer software)" terimi, Mercury Communications Ltd v Mercury Interactive (UK) Ltd kararında da zikredilen gerekçeler gözetildiğinde, oldukça geniş, haksız ve kamu yararına aykırıdır¹⁸. Kaldı ki, ilgili terim, anılan kararın verildiği 1995 yılına nazaran, günümüzde çok yaygın bir kullanım sahası kazanmıştır. Fakat, bu durum, söz konusu terimin açık ve kesin olmadığı sonucunu yaratmaya müsait de değildir¹⁹. Nitekim, bu terim, tarafların markalarının tescilli olduğu mal veya hizmetler bağlamında benzerlik incelemesi yapılmasına imkân verecek yeterlilikte açık ve kesindir²⁰.

EWHC, esasen uyuşmazlık hakkında görüşünün ne yönde olduğunu kararında göstermektedir. Buna göre, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması hükümsüzlük sebebi teşkil etmez; ancak, EWHC mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının yarattığı bu sorun hakkında daha önce Birleşik Krallık'ta ortaya atılan farklı görüşleri²¹ de gerekçe göstererek mevzunun

"acte clair" olmadığı ve yorum gerektirdiği sonucuna varmıştır.

Sonuç olarak, EWHC, net bir çözüme kavuşmak amacıyla, sorunu ön yorum yoluyla Adalet Divanı'na taşımaya karar vererek şu soruları yöneltmiştir²²:

"Üye Devlet nezdinde kayıtlı olan bir AB markası veya ulusal bir marka, mal ve hizmetlerin belirlenmesinde kullanılan terimlerin bir kısmının veya tamamının, yetkili makamların veya üçüncü kişilerin, yalnızca bu terimlere dayanarak, markaya sağlanan korumanın kapsamını belirlemesine imkân sağlayacak yeterlilikte açıklık ve kesinlik taşımadığı gerekçesiyle kısmen veya tamamen hükümsüz kılınabilir mi?

İlk soruya olumlu bir cevap verilmesi durumunda, "bilgisayar yazılımı" gibi bir terim, çok genel midir ve markanın kaynak gösterme işleviyle uyumlu olmayacak kadar çeşitli olan malları, yetkili makamların veya üçüncü kişilerin, yalnızca bu terime dayanarak, markaya sağlanan korumanın kapsamını belirlemesine imkân sağlayacak yeterlilikte açıklık ve kesinlik taşımasa bile kapsar mı?"

III. ADALET DİVANI'NIN KARARI A. İLGİLİ MEVZUAT

Adalet Divanı'nın kararına geçmeden önce, uyuşmazlık açısından önem arz eden ve üzerinde

¹⁶ US Patent and Trademark Office's Trademark Manual of Examining Procedure, §1402.03(d).

¹⁷ [2018] EWHC 155 (Ch), para. 169.

¹⁸ [2018] EWHC 155 (Ch), para. 171.

¹⁹ [2018] EWHC 155 (Ch), para. 171.

²⁰ [2018] EWHC 155 (Ch), para. 171.

²¹ Söz gelimi, Total Ltd v YouView TV Ltd [(2014) EWHC 1963 (Ch)] kararının 53. paragrafı şöyledir:

"I do not agree with Mr Malynicz's claim that it is acte clair in light of IP Translator that the implied requirement in the Directive of reasonable clarity in the specification of the goods or servi-

ces applies only at the stage of application for registration of a trade mark, and cannot be invoked later in the context of an invalidity challenge. Arnold J in Stichting BDO did not have to consider whether, and did not hold that, the point was acte clair in favour of this view. Moreover, it is, I think, fair to say that I do not find the matters referred to by him as factors in favour of this interpretation of the Directive and IP Translator as powerful as he did. It is sufficient for the purposes of this judgment for me to explain relatively briefly why I consider that it is well arguable that the implied requirement of reasonable clarity in the relevant specification identified by the CJEU in IP Translator applies both in relation to original registration of a trade mark by the national registration authority (here, the IPO) and in relation to a later claim by a competitor or opponent that it is invalid."

²² Çalışmamız ile ilgili olan sorular alınmıştır.

durulması gereken hukuki düzenlemelere yer verilmesi elzemdir.

Bu bağlamda, ilk olarak Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması^{23, 24} üzerinde durulmalıdır. Nis Anlaşması, markayı oluşturan işaretten ziyade markanın tescil edileceği mal veya hizmetlerin uluslararası planda standart bir yapıya kavuşturulması amacıyla kabul edilmiş bir anlaşmadır.

Nis Anlaşması'nın 1'inci maddesi şöyledir: "(1) Bu anlaşmayı uygulayan Ülkeler özel bir Birlik oluşturmakta ve markaların tescil amaçlarına yönelik olarak mal ve hizmetlerin ortak bir sınıflandırma... sistemini kurmaktadır. (2). Sınıflandırma: (i) Sınıfların bir listesini ve varsa açıklayıcı notları;(ii) Her bir mal veya hizmetin dahil olduğu sınıf belirtilerek mal ve hizmetlerin alfabetik listesini... kapsamaktadır..."²⁵ Anlaşma'nın "sınıflandırmanın yasal etkisi ve kullanımını" başlıklı 2'nci maddesi ise şöyledir: "(1) Bu Anlaşma ile tanımlanan gereklere göre, sınıflandırmanın etkisi Özel Birlik ülkelerinin her biri tarafından belirlenecektir. Sınıflandırma, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi veya hizmet markalarının tanınması konusunda

özellikle bağlayıcı olmayacaktır. (2) Özel Birlik ülkelerinin her biri Sınıflandırmayı esas veya yardımcı sistem olarak kullanma hakkına sahiptir."²⁶

İkinci olarak, 40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü²⁷'nün, topluluk markası olabilecek işaretleri tanımlayan 4'üncü maddesi aktarılmalıdır: "Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi grafiksel olarak gösterilebilen her türlü işaretten oluşur." Yine Tüzük'ün "mullak ret nedenleri" başlıklı 7'nci maddesi ele alınmalıdır: "Aşağıda sayılanlar tescil edilemez: (a) Madde 4'te öngörülen şartları taşımayan işaretler; (b) Herhangi bir ayırt edici karakteri haiz olmayan markalar;... (f) Kamu düzenine ve kabul görmüş genel ahlak ilkelerine aykırı markalar..." Tüzük'ün 51'inci maddesi ise hükümsüzlük sebepleri konusunda düzenleme içermektedir: "Bir Topluluk markası, Ofise yapılan başvuru veya marka tecavüzü davası sırasında ileri sürülecek karşı talep çerçevesinde aşağıdaki hallerde hükümsüz kılınabilir; (a) Topluluk markasının 7'nci maddeye aykırı olarak tescil edilmiş olması... Hükümsüzlük sebeplerinin Topluluk markasının tescilli olduğu mal veya hizmetlerin bir kısmı için söz konusu olması durumunda, marka sadece söz konusu mal veya hizmetler bakımından hükümsüz kılınabilir." Tüzük bağlamında değineceğimiz son düzenleme ise hükümsüzlük sebeplerinin sınırlı olduğunu ortaya koyan 96'ncı maddedir: "Markanın iptali veya hükümsüz kılınmasına dair karşı talep sadece Tüzük'te belirtilen iptal ve hükümsüzlük sebeplerine dayalı olarak ileri sürülebilir."

²³ International Bureau for the Protection of Industrial Property (günümüzde World Intellectual Property Organization) 1935 yılında malların adlarına göre sıralandığı ve bunların hangi sınıfa ait olduğunu gösteren bir liste yayınlamıştır. Bu liste zamanla güncellenip günümüzde Nis sınıflandırması olarak bilinen sınıflandırma haline gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gardiner**, SJ (1977) 'Trade Mark Classification and Goods or Service Specification in South Africa', Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 10, No. 2, s. 179-190.

15.06.1957 tarihli bu Anlaşma, 14.07.1967'de Stockholm'de ve 13.05.1997'de Cenevre'de gözden geçirilmiş; 28.09.1979'da değişikliğe uğramıştır. Türkiye ise, bu Anlaşma'ya 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır. Nis Anlaşması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Paslı**, Ali (2014) Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 123-129.

²⁴ RG, T. 13.08.1995, S. 22373.

²⁵ Tercüme için bkz. **Suluk**, Cahit / **Dumlupınar**, Balçık (2018), Fikri Mülkiyet Hukuku Mevzuatı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 1474.

²⁶ Tercüme için bkz. **Suluk/Dumlupınar Balçık**, s. 1475.

²⁷ Tüzük ile getirilen Avrupa Birliği markası sistemi ve marka koruması hakkında bilgi için bkz. **Blakely**, Timothy W. (2000) 'Beyond The International Harmonization of Trademark Law: The Community Trade Mark as a Model of Unitary Transnational Trademark Protection', University of Pennsylvania Law Review, Vol. 149, No. 1, s. 309-354.

Avrupa Birliği Hukuku'nun ikincil mevzuatlarından biri olan tüzükler kapsamında uyumsuzluğun hukuki planını ortaya koyduktan sonra, bir diğer ikincil mevzuat tipi olan direktifler düzeyinde de uyumsuzluğa temas eden hükümlere değinmek gerekir. Bu bağlamda Avrupa Birliği'nin marka hukukuna ilişkin ilk düzenlemesi olan²⁸ 89/104/EEC sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Birinci Konsey Direktifi'nden bahsetmek icap eder.

Direktif'in proloğünün 7'nci paragrafının ilgili kısmı şöyledir: "... markayı ilgilendiren ret veya hükümsüzlük gerekçelerinin, söz gelimi, herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmamaya veya marka ile önceki haklar arasındaki çatışmalarla ilgili gerekçelerin, sınırlı bir şekilde sayıldığı gözetildiğinde..." Direktif'in markanın tanımı ve mutlak tescil engellerine ilişkin maddeleri Tüzük'ün maddeleri ile benzer olduğundan burada tekrar verilmekten kaçınılmış olup çalışmamızda genellikle Tüzük maddelerine atıf yapılacak, ayrıştığı veya vurgulanmak istenen noktalarda ise Direktif maddelerine de yer verilecektir.

B. ADALET DİVANI'NIN KARARI

Adalet Divanı, kararının yukarıda zikrettiğimiz sorulara ilişkin olan kısmında iki kademeli bir inceleme yapmayı tercih etmiştir.

Bu bağlamda, ilk olarak, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması hususunun, başlı başına bir mutlak hükümsüzlük sebebi teşkil edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Adalet Divanı'na göre, Direktif'in mutlak ret nedenlerini düzenleyen 3'üncü maddesi ile Tüzük'ün mutlak ret nedenlerini düzenleyen 7'nci maddesi

hükümleri nazarında, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması açıkça hükümsüzlük nedeni olarak zikredilmemiştir. Bunun yanında, Direktif'in proloğünün 7'nci paragrafına göre de mutlak ret nedenleri *sınırlayıcı şekilde (exhaustive manner, de façon exhaustive)* sayılmıştır. Yine, Tüzük'ün 96'ncı maddesi açıkça, hükümsüzlük ve iptal sebeplerinin sadece Tüzük'te öngörülenler ile sınırlı olduğunu serdetmiştir. Bu sebeplerle, hükümsüzlük sebeplerinin sınırlayıcı sayımı karşısında, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının başlı başına bir hükümsüzlük sebebi olarak mütalaa edilmesi mümkün değildir²⁹.

Adalet Divanı, antrparantez açarak, 19 Haziran 2012 tarihli *Chartered Institute of Patent Attorneys* kararının, yeni bir hükümsüzlük sebebi teşkil edecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir³⁰. Adalet Divanı'na göre, *Chartered Institute of Patent Attorneys* kararında sadece yeni marka başvurularının taşınması gereken özellikler ile sınırlı bir değerlendirme yapılmış olup ilgili kararın mevcut tescilli markalara ilişkin bir uygulama alanı bulunmamaktadır³¹.

İkinci olarak incelenmesi gereken husus ise, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması durumunun herhangi bir mutlak hükümsüzlük sebebinin uygulama alanına girip girmediği noktasında toplanmaktadır. Bu bağlamda, Adalet Divanı, hükümsüzlük sebeplerinden ikisi özelinde inceleme yapmıştır. İnceleme yapılan ilk hükümsüzlük sebebi Tüzük m. 7.1.a hükmü, yani "*Tüzük m.4'te öngörülen şartları taşımayan işaretler*" iken, incelemeye tabi tutulan ikinci hükümsüzlük sebebi ise "*kamu düzenine ve kabul görmüş genel*

²⁸ Düzenleme hakkında bilgi için bkz. **Özcan**, Mehmet (2002) Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, Nobel Yayıncılık, s. 177 vd.; **Prime**, Terence (2000) European Intellectual Property Law, United Kingdom, Dartmouth Pub Co., s. 85; **Schovsbo**, Jean (2018) "Mark My Words'-Trademarks and Fundamental Rights in the EU", UCILR, Vol. 8, No. 3, s. 555-581; **Akın Mengenli**, Özge (2012) 'Topluluk Markası' (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 74.

²⁹ C-371/18, para. 56-60.

³⁰ C-371/18, para. 61.

³¹ Benzer yönde bkz. ABAD, 16 Şubat 2017, C-577/14, Brandconcern BV v European Union Intellectual Property Office (EUIPO) and Scooters India Ltd, para. 29-30, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-577/14&language=EN>> s.e.t. 11 Ocak 2021.

ahlak ilkelerine aykırı markalar”ın tescil edilemeyeceğini hüküm altına alan Tüzük m. 7.1.f hükmüdür.

Skykick UK, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olması gerekliliğinin, Tüzük m. 4’te işaretler için öngörülen grafik gösterim şartı bağlamında bir hükümsüzlük sebebi olabileceğini ileri sürmüştür. Buna göre, *Skykick UK*, mal veya hizmetlerin açık ve kesin olarak belirlenmesinin markanın bir unsuru olduğunu ileri sürmekte ve buna aykırı belirlemeleri içeren işaretlerin Tüzük m. 7.1.a bağlamında marka olamayacağını savunmaktadır. Adalet Divanı, *Sieckmann*³² kararına atf yaparak, üçüncü kişilerin, marka ile sahibine sağlanan korumanın konusunu açık ve kesin bir şekilde anlayabiliyor olması gerektiğini ifade etmiş; fakat bu değerlendirmenin sadece “*işaret*” özelinde uygulanabilir olduğu kanaatine varmıştır³³. Diğer bir deyişle, grafik gösterim şartı sadece markayı oluşturan işaretin açık ve kesin olması gerekliliğini beraberinde getirmektedir. Ancak bu gerekliliğinin markanın tescilli olduğu mal veya hizmetleri de kapsadığı şeklinde bir sonuca varılamaz. Dolayısıyla, ABAD’a göre, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması Tüzük m. 7.1.a anlamında bir hükümsüzlük sebebi teşkil etmez³⁴.

Adalet Divanı, incelemesinin devamında mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının, Tüzük m. 7.1.f kapsamında kamu düzenine aykırılık olarak mütalaa edilip edilemeyeceği sorusu üzerine eğilmiştir. Adalet Divanı, kamu düzeni kavramının içeriğine detaylıca nüfuz etmeden, Tüzük m. 7.1.f anlamında kamu düzeninin, “*işaret*”in özellikleri dikkate alınmaksızın, mal veya hizmetler ile ilgili hususları kapsadığı şeklinde yorumlanamayacağını

belirtmiştir³⁵. Dolayısıyla, Adalet Divanı, hukuk sözcüsünün görüşünden ayrılarak³⁶, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması halinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır³⁷.

Adalet Divanı, mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının bir hükümsüzlük sebebi olamayacağını tespit ettikten sonra, bu durumun tescilli marka sahibine geniş bir koruma alanı sağlamayacağı ve dolayısıyla bir problem teşkil etmeyeceğini de belirtme ihtiyacı hissetmiştir. Adalet Divanı, bu düşünceye gerekçe olarak ise, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetler bakımından aralıksız beş yıl boyunca kullanılmaması halinde iptal edilebileceğini öngören Tüzük m. 50.1 ile Direktif m. 12 hükümlerinden hareketle, tescilli markanın, kapsadığı mal veya hizmetler geniş veya muğlak olsa dahi, sadece ciddi şekilde kullanıldığı mal veya hizmetlerle sınırlı olarak korunabileceğini ileri sürmektedir³⁸.

Sonuç olarak, Adalet Divanı’na göre, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması, markanın hükümsüzlüğü sebebi olamayacağı gibi marka sadece ciddi şekilde kullanıldığı mal veya hizmetler bakımından korunduğu için, bu durum bir problem de teşkil etmez.

IV. DEĞERLENDİRMELER

Buraya kadar uyuşmazlığın çerçevesini çizerek Adalet Divanı’nın kararına temas ettik. Bu başlık altında ise, kararda incelenen mesele Türk marka hukukuna da temas edilerek değerlendirilecektir.

³² Karar için bkz. ABAD, 12 Aralık 2002, C-273/00, Ralf Sieckmann, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47585&pageIndex=0&dlang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8968582>> s.e.t. 11 Ocak 2021.

³³ C-371/18, para. 64.

³⁴ C-371/18, para. 64.

³⁵ C-371/18, para. 66. Adalet Divanı’nın gerekçesinin yerinde olmadığı ve kamu düzenine aykırılık incelemesinin salt işaret üzerinde olamayacağı ve “marka” üzerinde olması gerektiği yönünde bkz. **Poore**, s. 20.

³⁶ Hukuk sözcüsünün görüşü için bkz. Opinion of Advocate General Tanchev, C-371/18, Sky plc and Others v Skykick UK Limited and Skykick Inc, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-371/18&language=en>> s.e.t. 11 Ocak 2021.

³⁷ C-371/18, para. 67.

³⁸ C-371/18, para. 70.

İlk olarak, uyumsuzluğun temelini teşkil ettiğinden, markada belirlilik ilkesi izah edilecek, akabinde mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmasının hükümsüzlük sebebi olarak mütalaa edilip edilemeyeceği hususuna ilişkin Adalet Divanı kararı eleştirisi yanında kişisel görüşümüz çalışmaya yansıtılacaktır.

A. MARKADA BELİRLİLİK İLKESİ

1. Prensiptir

Markada belirlilik ilkesi uyarınca, marka - kural olarak- tescil edildiği mal veya hizmetler (ve benzerleri) bakımından korunur^{39, 40}. Bu sebeple, marka soyut/genel olarak korunmaz⁴¹; işarete, marka olarak koruma bahşedilebilmesi için ancak belirli/somutlaşmış mal veya hizmetlerin varlığı esastır⁴².

Bu duruma işaret eden birçok hüküm 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda⁴³ (bundan böyle "SMK") yer almaktadır. İlk olarak "marka olabilecek işaretler" başlığını taşıyan m. 4 hükmü şöyle demektedir: "Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamanın ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve

kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir."

Bu hükme göre, marka bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin ayırt edilmesini sağlamak amacıyla kullanılan işaretin adıdır. Marka, herhangi bir mal veya hizmet için kullanılmaz; "belirli" malların üzerinde veyahut hizmetlerin tanıtımında kullanılır.

İkinci olarak "marka tescilinde mutlak ret nedenleri" başlığını taşıyan m. 5.1.c hükmü verilebilir. Bu hükme göre, "(t)icaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten... işaretler" tescil edilemez. Görüleceği üzere, ticaret alanında cins belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler marka olarak tescil edilemezler. Örneğin, "apple" adlandırması "meyve suları" için marka niteliği taşıyamaz iken, telefon, bilgisayar gibi teknoloji aletleri bakımından marka niteliğini haizdir. Dolayısıyla, marka hakkının konusunu oluşturan işaret, tescil edildiği mal ve hizmetler bağlamında bir anlam taşımakta ve korunmaktadır.

Bu örnekleri çoğaltmak elbette mümkündür. Fakat çalışmanın hacmini artırmamak amacıyla bu iki örnek ile yetinilmiştir. Netice itibarıyla, marka olarak tescil edilen işaret tek başına bir mana ifade etmez; ancak birlikte kullanılacağı mal veya hizmetler yardımıyla bir anlam kazanır.

2. Genel Olarak Mal veya Hizmetlerin Belirlenmesi

Marka olarak tescili talep edilen işaretin, ancak bir mal veya hizmetin mevcudiyeti koşuluyla korunabileceğini ifade ettikten sonra, bu mal veya hizmetlerin nasıl belirleneceği sorusuna cevap aramak gerekir.

Bu bağlamda, bir marka başvurusu "(b)aşvuruya konu mal veya hizmetlerin listesini" de içermelidir (SMK m. 11.1.c). Sınai Mülkiyet Kanunu-

³⁹ **Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, İstanbul, Arıkan Yayınları, s. 236; **Paslı**, Ali (2018) Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 19-22; **Yasaman**, Hamdi/ **Altay**, Anlam/ **Ayoğlu**, Tolga/ **Yusufoğlu**, Fülürya/ **Yüksel**, Sinan (2004) Marka Hukuku: 556 sayılı KHK Şerhi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 772; **Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 431; **Durrande**, Sylviane (2003) 'Droit des Marques', Recueil Dalloz, No. 2, s. 125-133.

⁴⁰ Markada belirlilik ilkesi, tanınmış markalar bakımından cari değildir. Tanınmış markalar, markada belirlilik ilkesinin istisnası olarak tüm mal veya hizmetlerde korunur. Fakat bu korumanın, kullanılmama sebebiyle iptal müessesesi aracılığıyla bertaraf edilmesi mümkündür. Bu konuda bilgi için bkz. **Kaya**, s. 242; **Yasaman/ Altay/ Ayoğlu/ Yusufoğlu/ Yüksel**, s. 778; **Çolak**, s. 19; **Battal**, Ahmet (2009) 'Tanınmış Marka Pratiği Hakkında Düşünceler', BATİDER, C. 45, S. 4, s. 255-274.

⁴¹ **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, s. 772.

⁴² **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, s. 774-776; **Battal**, s. 258.

⁴³ RG, T. 10.01.2017, S. 29944.

nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'e⁴⁴ (bundan böyle "SMKY veya Yönetmelik") göre tescili talep edilen mal veya hizmetlerin, sınıflara ayrılmış olarak ve mal veya hizmetlerin sınıf numaraları belirtilerek Türk Patent ve Marka Kurumu'na (bundan böyle "TÜRKPATENT") sunulması gerekir (SMKY m. 9.2). TÜRKPATENT, başvuru formunda yer alan mal veya hizmetlerin ait oldukları sınıflarda ve sınıf numaraları üzerinde gerekli düzenlemeleri yapmaya yetkilidir (SMKY m. 9.4, c.1).

Sınıflandırmaya ilişkin esaslar ise, yine Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 9.1 uyarınca "(b)başvuruya konu mal veya hizmetler Kanununun (SMK) 11 inci maddesine uygun olarak Nis Anlaşmasında yer alan esaslara göre sınıflandırılır." TÜRKPATENT, marka tescil başvurularında esas alınacak mal ve hizmet sınıflandırmasına ilişkin listeye dair esasları düzenlemek amacıyla da tebliğler çıkarmıştır⁴⁵. Halihazırda yürürlükte bulunan mal ve hizmet sınıflandırmasına ilişkin liste otuz dört sınıf mal ve on bir sınıf hizmetten oluşmaktadır (Tebliğ m. 3.1). Belirtmek gerekir ki, Tebliğ'in eki liste tüm mal ve hizmetleri kapsamamaktadır, kapsaması da mümkün değildir⁴⁶. Teknolojik gelişmeler ve çağın koşullarının değişmesi ile yeni birtakım mal ve/veya hizmetler ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple listenin de sürekli güncellenmesi gerekmektedir⁴⁷.

Görüleceği üzere, marka olarak tescili talep edilen işaretin kapsayacağı mal veya hizmetleri belirleyecek olan başvuru sahibidir. Ancak, mal veya hizmetlerin sınıflandırılması noktasında TÜRKPATENT gerekli düzenlemeleri yapmaya yetkilidir. Yani, başvuru aşamasında idari bir makam ta-

rafından, başvuruya konu mal veya hizmetlerin Nis sınıflandırmasına uygunluğunun denetimi imkânı mevcuttur.

B. MAL VEYA HİZMETLERİN AÇIK VE KE-SİN OLMAMASI

1. Prensip

Bilindiği üzere, marka başvurusunda bulunurken tescili talep edilen mal veya hizmetler bazında markanın kullanılıyor olması şart değildir. Bu sebeple, marka başvurusunda bulunan kişiler mal veya hizmet sınıfı başına belirlenen ücreti ödemek koşuluyla diledikleri her mal veya hizmet için markanın tescilini talep edebilirler. Bu durum beraberinde bir keyfiligi getirmekte, başvuru sahipleri markanın tescil edileceği mal veya hizmetleri, son derece geniş ve kapsamlı bir şekilde belirleme yoluna gitmektedir.

Peki, başvuruda belirtilen mal veya hizmetlere ilişkin kelimelerin/ifadelerin kapsamının çok geniş ve belirsiz olması halinde ne yapılacaktır? Söz konusu ifadelerin genişliği ve belirsizliği markanın "tesciline" bir engel midir? Diğer bir deyişle, işaretin marka olarak korunmasının sınırlarını çizen mal veya hizmetler için aranan bir belirlilik ölçüsü var mıdır?

Buna ilişkin olarak, SMKY m. 9.3 hükmü şöyle demektedir: "*Mal veya hizmet listesinde genel tabir veya Kurum tarafından açıklanması gerekli görülen ifadeler kullanılmış ise, bunların açıklanması için başvuru sahibine iki aylık süre verilir. Bu süre içinde eksikliklerin giderilmesi halinde başvuru tarihi etkilenmez ve başvuru işlemlerine devam edilir. Açıklamanın belirtilen süre içinde Kuruma sunulmaması halinde açıklanması talep edilen genel tabirler ve ifadeler listeden çıkartılır.*"

Görüleceği üzere, TÜRKPATENT, tescili talep edilen mal veya hizmetlerin çok genel veyahut belirsiz olması halinde, söz konusu ifadelerin açıklanmasını

⁴⁴ RG, T. 24.04.2017, S. 30047.

⁴⁵ 2016/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (bundan böyle "Tebliğ"), RG, T. 30.12.2019, S. 29934.

⁴⁶ **Gardiner**, s. 181.

⁴⁷ Bu meyanda Fransız hukukunda kaleme alınmış bir çalışma için bkz. **Schahl, Eric/ Bresson, Jean-Philippe** (2003) 'La Necessité de Mettre à Jour le Libellé des Marques', Recueil Dalloz, s. 824-829.

başvuru sahibinden talep eder⁴⁸. TÜRK PATENT tarafından verilen süre içerisinde başvuru sahibi gerekli açıklamaları yapmaz ise söz konusu ifadeler başvuru kapsamından çıkarılır. Bu sayede, marka başvuru ve tescili aşamasında, başvuru sahibi tarafından mal veya hizmetlerin tespitinde kullanılan geniş ve belirsiz ifadelerin koruma kapsamı dışında tutulması imkânı mevcuttur. Buna göre, başvuruya konu mal veya hizmetlerin taşınması gereken asgari bir belirlilik ölçüsü vardır⁴⁹. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Chartered Institute of Patent Attorneys* kararında marka tescil başvurusunda belirtilen mal veya hizmetlerin, üçüncü kişilerin markaya sağlanan korumanın kapsamını saptamasına imkân sağlayacak şekilde açık ve kesin olması gerektiğine karar vermiştir⁵⁰. Bu karardan hareketle, 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü⁵¹ m. 33.2 hükmü ile koruma talep edilen mal veya hizmetlerin açık ve kesin olarak gösterilmesi zarureti serdedilmiştir⁵².

⁴⁸ Fransız Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde de uygulama benzer şekildedir. Bu yönde bkz. **Martin**, para. 6.

⁴⁹ **Durrande**, s. 128.

⁵⁰ C-307/10, para. 49.

⁵¹ Regulation (EU) 2017/1001 of The European Parliament and of The Council of 14 June 2017 on The European Union Trade Mark, JO, L 154, 16.06.2017.

⁵² Bilgi için bkz. **Martin**, para. 9 vd. Nitekim SMK'nin kaynağını teşkil eden 2015/2424 sayılı Tüzük'ün proloğünün 25. paragrafı markanın tescili talep edilen mal veya hizmetlerin açık ve kesin olması gerekliliğini şöyle dile getirmiştir:

"EU trade mark protection is granted in relation to specific goods or services whose nature and number determine the extent of protection afforded to the trade mark proprietor. It is therefore essential to establish rules for the designation and classification of goods and services in Regulation (EC) No 207/2009 and to ensure legal certainty and sound administration by requiring that the goods and services for which trade mark protection is sought are identified by the applicant with sufficient clarity and precision to enable the competent authorities and economic operators, on the basis of the application alone, to determine the extent of the protection applied for. The use of general terms should be interpreted as only including all goods and services clearly covered by the literal meaning of the term. Proprietors of EU trade marks, which because of the previous practice of the Office are registered in respect of the entire heading of a class of the Nice Classification, should be given the possibility to adapt their lists of goods and services in order to ensure that the content of the Register meets the requisite standard of clarity and precision in accordance with the case-law of the Court of Justice of the European Union." [Regulation (EU)

Bununla birlikte, açıklanma ihtiyacı görülme- yen ve Nis sınıflandırmasında da yer verilen genel terimlerin kullanılması halinde bunların, lafzi anlamının⁵³ açıkça kapsadığı mal ve hizmetleri içerecek şekilde yorumlanacağı hüküm altına alınmıştır (SMKY m. 9.4)⁵⁴. Buna karşın, 2017/1001 sayılı AB Tüzüğü'nde ise, Nis sınıflandırmasında yer verilen terimlerin ancak, korumanın kapsamını açık ve kesin olarak ortaya koydukları takdirde kullanılabilirliği öngörülmüştür (m. 33.3).

Bütün bu açıklamalar gözetildiğinde, marka başvurusu yapılırken tescili talep edilen mal veya hizmetlerin birer birer sayılması zorunluluğu olmamakla beraber, belirlenen mal veya hizmetlerin belirli bir düzeyde açık ve kesin olması gerektiği söylenebilir⁵⁵.

2015/2424 of The European Parliament and of The Council of 16 December 2015, JO, L 341/21].

⁵³ Önemle eklemek gerekir ki, SMKY m. 9.4 hükmünde zikredilen ve genel terimlerin lafzi anlamlarının esas alınacağına işaret eden düzenleme dahi ortaya çıkan veya çıkabilecek problemleri izale eder mahiyette değildir. Zira, genel terimlerin lafzi anlamlarının zaman içerisinde değişikliğe uğraması pek tabiidir. Nitekim Adalet Divanı güncel tarihli bir kararında, "elektrik enerjisi'nin (electrical energy) "yakıt" (fuel) kavramına dahil olup olmadığı hususunu incelemek zorunda kalmıştır. Rahatlıkla ifade edilebilir ki, bundan 20 yıl öncesi için "elektrik enerjisi'nin yakıt olarak nitelendirilmesi pek mümkün değilken, günümüzde aksi nitelendirmenin yapılması gayet olasıdır. Karar için bkz. ABAD, 16 Eylül 2020, C-121/19 P, Edison SpA v European Union Intellectual Property Office (EUIPO), < <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FBE04244A359D02D211D107F464B5328?text=&docid=231103&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6721531> > s.e.t. 12 Ocak 2021.

⁵⁴ SMKY m. 9.4 hükmü şöyledir:

"Kurum, başvuru formunda yer alan mal veya hizmetlerin ait oldukları sınıflarda ve sınıf numaraları üzerinde gerekli düzenlemeleri yapmaya yetkilidir. **Başvuruda Nis Sınıflandırmasında kullanılan genel ifadeleri de içeren genel terimlerin kullanılması halinde, kullanılan ifade veya terim, bunların lafzi anlamının açıkça kapsadığı mal ve hizmetleri içerecek şekilde yorumlanır.** Mal veya hizmet listesinin Nis Anlaşmasında yer alan esaslara uygun olarak düzenlenmemiş olması halinde, gerekli görülen hallerde, Kurum yapacağı düzenlemeler için başvuru sahibinden sınıflandırma listesi düzenleme ücretinin iki aylık süre içinde ödenmesini talep eder. Bu süre içinde söz konusu ücretin ödendiğine ilişkin bilginin Kuruma sunulmaması halinde başvuru işlemden kaldırılır."

⁵⁵ Bu yönde verilmiş Fransız Yüksek Mahkeme içtihadı için bkz. Cass. Com., 13 Ekim 1992, n° 90-21828, Richard (Gil-

2. Mal veya Hizmetlerin Açık ve Kesin Olmaması Bir Hükümsüzlük Sebebi Midir?

Marka hakkının sona erme sebepleri SMK'de düzenlenmiştir. Buna göre, (i) hak sahibinin feragati, (ii) süresinde markanın yenilenmemesi, (iii) markanın iptali, (iv) markanın hükümsüzlüğü halleri, marka hakkını sona erdiren hallerdir⁵⁶. Çalışmamız bağlamında mal veya hizmetlerin bir "hükümsüzlük sebebi" teşkil edip etmeyeceği irdelenecektir.

Markanın hükümsüzlüğü ile kastedilen, marka hakkının geriye etkili olarak sona erdirilmesidir. SMK, markanın hükümsüzlüğü ve iptali hallerini birbirinden ayırmış ve 25'inci maddesinde hükümsüzlüğü düzenlemiştir. Maddeye göre SMK m. 5 ve 6 hükümlerinde sayılan nedenlerden birinin bulunması halinde, menfaati bulunanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından tescilli markanın hükümsüzlüğü talep edilebilir. SMK m. 5 ve 6 hükümleri incelendiğinde ise, öngörülen hükümsüzlük sebeplerinin mutlak ve nispi olarak ikiye ayrıldığı ve korunan menfaatlerinin ayrıştığı rahatlıkla savlanabilir⁵⁷.

Bununla birlikte, marka hükümsüzlüğü sebepleri, SMK'de sınırlayıcı (tahdidi) bir şekilde sayılmıştır⁵⁸. Zira, marka hakkı mutlak bir hak⁵⁹

ve mutlak bir hak ancak özel bir düzenleme ile sınırlanabilir.

a. Açıkça Hükümsüzlük Sebebi Sayan Bir Düzenleme Mevcut mu?

Hükümsüzlük sebeplerinin düzenlendiği SMK m. 5 ve 6 hükümleri incelendiğinde, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasını "açıkça" hükümsüzlük sebebi sayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, ilk etapta markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasını bir hükümsüzlük sebebi olarak ileri sürmenin mümkün olmadığı söylenebilir. Nitekim, Adalet Divanı da kararında, bu hususun başlı başına bir hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmediğini ifade etmiştir.

b. İlişkili Bir Hükümsüzlük Sebebi Var mı?

İncelenmesi gereken husus, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmasının herhangi bir hükümsüzlük sebebiyle ilişkisi olup olmadığıdır.

Bu bağlamda, mutlak ret nedenlerini düzenleyen SMK m. 5.1.a'ya göre, "4 üncü madde kapsamında marka olamayacak işaretler" marka olarak tescil edilemez, tescil edilmiş iseler hükümsüzlüğüne karar verilir. Buna göre, SMK m. 5.1.a kapsamında yapılacak inceleme marka olarak tescili talep edilen işaretin, "marka olabilirliği" üzerinde yoğunlaşmaktadır.

SMK m. 4 hükmü markayı, -dolaylı da olsa- şöyle tanımlamaktadır: "Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamanın ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek

bert) / Visa International Service Association (Ste, Etats-Unis). Karar için bkz. PIBD, 1993, No. 537, s. III-93.

⁵⁶ **Ülgen**, Hüseyin/ **Helvacı**, Mehmet/ **Kaya**, Arslan/ **Nomer Ertan**, Füsün (2019) Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 529.

⁵⁷ Belirtmek gerekir ki, SMK'nin 5'inci maddesinde mutlak ve 6'ncı maddesinde nispi ret/hükümsüzlük sebepleri ayırımına gidilmişse de, maddelerde yer verilen bazı ret/hükümsüzlük halleri anılan ayırım ile uyumlu değildir.

⁵⁸ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname döneminde, hükümsüzlük sebeplerinin sınırlı olduğunu ileri sürenlerin yanında, bilhassa marka tescilinde kötüniyetin varlığının da bir hükümsüzlük sebebi olduğu savlanmaktaydı (**Kaya**, s. 223-224). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Sekmen**, Orhan (2013) Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Ankara, Bilge Yayınevi, s. 93. Benzer yönde bkz. Yargıtay HGK, T. 19.10.2011, E. 2011/11-529, K. 2011/643 (**Pekdiğer**, Tamer/ **Giray**, Eda/ **Baş**, Kadir (2017) Gereğçeli, Notlu ve İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 98-99).

⁵⁹ **Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan**, s. 459; **Kaya**, s. 39; **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, s. 175; **Çolak**, s. 11; **Uzunallı**, Sevilay (2019) Marka Hukuku, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 23; **Cherpillod**, Ivan (2007) Le Droit Suisse des Marques, Lozan, CEDIDAC, s. 169; **Dessemontet**, François (2000) La Propriété Intellectuelle, Lozan, CEDIDAC, s. 229.

şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir.” Tanıma göre, marka olarak tescili talep edilen bir işaret, teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt etme özelliğine sahip olmalı ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olmalıdır.

Görüleceği üzere, SMK m. 4 hükmü, marka hukukunun “kamusal boyutu” düşünülerek kaleme alınmış bir düzenlemedir. Hüküm ile markaya getirilen tanımın amacı, marka sicilini mümkün olduğu kadar şeffaf kılarak hukuki güvenliği temin etmektir⁶⁰. Zira, marka hakkı mutlak bir haktır ve sahibine söz konusu işaret üzerinde tekel hakkı sağlar. İşaret üzerindeki tekel hakkının mevcudiyeti, üçüncü kişilerin işarete sağlanan hakkın konusu ve kapsamı hakkında bilgilendirilmesi zarureti beraberinde getirir. Şeffaf bir marka ekosistemi içinde hak ve işlem güvenliğinin sağlanabilmesi için, marka hakkının üçüncü kişiler tarafından açıkça tespit edilebilecek bir surette görünür kılınması gerekmektedir. İşte, üçüncü kişilerin hakkın konusu kapsamında bilgilendirilmesi düşüncesi, hükümde açıkça “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak an-

laşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla” ifadesi ile ortaya konulmuştur. Buna karşın, söz konusu işarete sağlanan korumanın kapsamına, yani işaretin tescilli olduğu mal veya hizmetlere ilişkin bu tip bir düzenlemeye tanımda “açıkça” yer verilmemiştir. Nitekim, Adalet Divanı, açıklık ve kesinlik şartının yalnızca “işaret” açısından düzenlendiğinden bahisle, mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasını hükümsüzlük sebebi olarak addetmemiştir. Buna karşın, şu soruyu sormak gerekir: Adalet Divanı, *Chartered Institute of Patent Attorneys* kararında, marka başvurusuna konu mal veya hizmetlerin üçüncü kişilere bilgi temin edecek şekilde açık ve kesin olması gerektiği sonucunu nereden/hangi hükümden çıkarmıştır?

İşte, kanaatimizce, SMK m. 4 (Tüzük m. 4; Direktif m. 2) hükmünde yer verilen “marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden...” ifadesi, içinde tescili talep edilen mal veya hizmetlerin belirli, açık ve kesin olması zarureti barındırmaktadır⁶². Zira, SMK m. 4 hükmünün kamusal boyutu şemsiyesi altında, bir yandan teşebbüsün belirli mal veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin belirli mal veya hizmetlerinden ayrılabilmesi diğer yandan üçüncü kişilerin işarete sağlanan korumanın kapsamını tam bir açıklıkla tespit edebilmesi için, bu mal veya hizmetlerin belirli, açık ve kesin olması gerekmektedir⁶³. Anılan hüküm-

⁶⁰ Von Bomhard, Verena/ Mühlendahl, Alexander von (2018) Concise European Trademark Law, Alpheen aan den Rijn, Kluwer Law International, § 7.4. Marka hukukunda gerçek hak sahipliği ilkesi yerine tescil ilkesinin benimsenmesinin sebebinin açıklık ve kesinlik arzusu olduğu yönünde bkz. Karan, Hakan/ Kılıç, Mehmet (2004) Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 62. Öte yandan, genel olarak tescil sisteminin hukuk güvenliğine hizmet ettiği yönünde bkz. Şehirli Çelik, Feyzan Hayal (2018) ‘Sınai Mülkiyet Hakkının Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme-’, BATİDER, C. 34, S. 2, s. 37; Koçak, Mahmut Arif (2020) Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 155. Maddesi Karşısında Marka Tescili Üzerine Düşünceler’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2019/2, s. 297.

⁶¹ Hükümün amacının, mal veya hizmetleri dikkate almaksızın bir markayı oluşturabilecek işaretleri ortaya koymak olduğu yönünde bkz. ABAD, C-273/00, para. 43; ABAD, 12 Şubat 2004, C-363/99, Koninklijke KPN Nederland NV v Benelux-Merkenbureau, para. 80, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-363/99>> s.e.t. 11 Ocak 2021.

⁶² Adalet Divanı’nın, markanın tescilli olduğu hizmetlerin niteliğinin ve kapsamının belirlenmesinin, marka hakkının kazanılması noktasında esaslı bir unsur olduğunu içtihat ettiği, *Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte AG* kararının 31’inci paragrafı aynen şöyledir:

“However, determination of the nature and content of the service eligible for protection by a registered trade mark is subject, not to the provisions on registration procedures, but to the substantive conditions for acquiring the right conferred by the trade mark.” Karar için bkz. ABAD, 7 Temmuz 2005, C-418/02, *Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte AG*. <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-418/02&td=ALL>> s.e.t. 12 Ocak 2021.

⁶³ Nitekim ABAD, *Chartered Institute of Patent Attorneys* kararında bu hususları açıkça zikretmiştir. Bkz. ABAD, C-307/10, para. 42-49. Marka olarak korunan işarete sağlanan korumanın kapsamının denetime tabi olması gerektiği yönünde bkz. Von Kapff, Philipp, ‘Fundamental Rights in

de yer verilen “*bir teşebbüsün mal veya hizmetleri*” ifadesi herhangi bir mal veya hizmet değildir; belirli nispette açık ve kesin olan mal veya hizmetlerdir⁶⁴. Mal veya hizmetlerin açık ve kesin olarak belirtilmesi, markaya olan ihtiyacın tespiti noktasında temel bir unsurdur.

Bir adım ileri giderek, mal veya hizmetlerin açık ve kesin olarak belirtilmemiş olmasının marka ekosisteminde yaratacağı etkiyi bütün aktörlerin gözünden ortaya koyarak, işaretin marka olabilirliği noktasında mal veya hizmetlerin fonksiyonunu iyice somutlaştırmak gerekir⁶⁵. Bir kişi herhangi bir işaret seçmek, kullanmak ve tescil ettirmek istediği zaman, markasını kullanmak istediği mal veya hizmetler kapsamında tercih ettiği işaret ile benzer bir işaret olup olmadığını incelemek zorundadır. Peki, hangi işaretler aynı veyahut benzer mal veya hizmetler için tescil edilmiştir, işarete sağlanan korumanın kapsamı nedir? İşte, bu noktada, yeni marka tescil ettirecek kişiler (muhtemel rakipler, girişimciler vb.), mevcut tescilli markalara tanınan korumanın kapsamını net bir şekilde tayin edebilmelidir⁶⁶. Aksi

halde, (i) tescilli markalar, sınırları belirsiz bir şekilde korunuyor konuma gelmekte; (ii) yeni işaret kullanmak ve tescil ettirmek isteyen kişiler ek birtakım inceleme masrafları yapmalarının yanında yeni bir işaret seçme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaktadır⁶⁷.

Hemen ifade edelim, marka, yalnızca tescil edildiği mal veya hizmetlerde değil, bunlara benzer mal veya hizmetler nazarında da korunur. Ancak, bu korumanın kapsamı ve sınırları ancak bir uyumsuzluk doğduğunda, mahkeme önünde yapılan yargılama sonucunda somutlaşmaktadır/belirlenebilmektedir⁶⁸. Haliyle, üçüncü kişilere, uyumsuzluk doğmadan, daha başlangıçta, marka olarak tescilli işaretlerin koruma kapsamında olan mal veya hizmetlerin kesin ve net bir şekilde gösterilmesi gerekir ki, marka hukukunun kamusal boyutu şemsiyesinde hak ve işlem güvenliği temin edilsin. Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, marka hukukunun *cezaî* planda da etkilerinin olması, hak ve işlem güvenliğinin marka hukukunda arz ettiği önemi gözler önüne sermektedir.

Sorunun bir de yetkili makamlar açısından ortaya çıkan görünümü vardır. Yetkili makamlara örnek olarak TÜRK PATENT, ilk derece mahkemele-ri, Yargıtay verilebilir. Özellikle benzerlik incelemesi yapılırken, markaların tescilli olduğu mal veya hizmetler de incelemeye tabidir. Markaların tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması, benzerlik incelemesinde de birtakım problemler yaratacak ve benzerlik incelemesi bir hayli zorlaşacaktır⁶⁹. Kaldı ki, kanaatimizce, mal veya hizmetlerin

the Practice of the European Trade Mark and Designs Office (OHIM): Geiger, Christophe (Editör) (2016) Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, s. 299.

⁶⁴ Benzer yönde bkz. **Durrande**, s. 129.

⁶⁵ Bu meyanda etraflıca bir çalışma için bkz. **Johnson**, Phillip (2018) “So Precisely What Will You Use Your Trade Mark for?” Bad Faith and Clarity in Trade Mark, ICC, No. 49, s. 940-970.

⁶⁶ Adalet Divanı, *Netto Marken-Discount AG & Co. KG v Deutsches Patent- und Markenamt* kararında aynen şu ifadelerle yer vermiştir:

“On the one hand, the competent authorities must know with sufficient clarity and precision the goods and services covered by a mark in order to be able to fulfil their obligations in relation to the prior examination of applications for registration and the publication and maintenance of an adequate and precise register of trade marks. On the other hand, economic operators must be able to acquaint themselves, with clarity and precision, with registrations or applications for registration made by their actual or potential competitors, and thus to obtain relevant information about the rights of third parties.” Karar için bkz. ABAD, 10 Temmuz 2014, C-420/13, *Netto Marken-Discount AG & Co. KG v Deutsches Patent- und Markenamt*, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-420/13>> s.e.t. 12 Ocak 2021.

⁶⁷ **Johnson**, s. 965.

⁶⁸ Antrparantez, SMK m. 154 hükmünde öngörülen dava imkânı da gözden ırak tutulmamalıdır. Fakat kanaatimizce anılan düzenleme dahi, zikrettiğimiz endişeleri tek başına bertaraf eder mahiyette değildir. Zira esas mesele, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının yarattığı etkiyi tümüyle bertaraf etmektir; yoksa müşahhas meseleler tahtında çözüm getirmek değildir.

⁶⁹ Bu meyanda bir karar için bkz. General Court, 6 Nisan 2017, T-39/16, *Nanu-Nana Joachim Hoepp GmbH & Co. KG v European Union Intellectual Property Office*, <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-39/16&language=EN>> s.e.t. 11

açık ve kesin olmamasının hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmesi, yayıma itiraz aşamasında üçüncü kişilerin bu yönde itiraz ve görüşlerini aktarmasına da olanak sağlayarak, sistem için bir oto kontrol mekanizması görecektir. Zira, herhangi bir itirazın bulunmadığı inceleme aşamasında, TÜRK PATENT'in olası uyuşmazlıklara öngörerek, başvuruda yer verilen terimlerin geniş ve muğlak olduğuna karar verip açıklama talep etmesi de bir hayli zordur. Dolayısıyla, SMKY m. 9.3 hükmünün, üçüncü kişilere endişelerini/itirazlarını dile getirme olanağı tanınmaksızın, pratik faydasının asgari seviyede kalacağı da rahatlıkla savlanabilir.

Bir diğer problem, tüketiciler nezdinde ortaya çıkmaktadır. Birçok işaretin sınırları belirsiz bir şekilde topluma kapatılması, markalaşmayı zorlaştırmakta ve tüketicilerin daha kaliteli ürün ve hizmetlere ulaşımını kısıtlamaktadır. Söz gelimi, ürünleri muadillerine nazaran kaliteli olan ve tercih edilmeye başlanan yeni bir marka, koruma sınırları muğlak bir başka marka gerekçe gösterilerek hükümsüz kılındığı takdirde, söz konusu ürünlerin o marka ile tüketicilere ulaşması mümkün değildir. Teşebbüs yeni bir işaret seçmek, bunu tanıtmak ve tüketicilere ulaşmak zorundadır. Kanaatimizce, bu durum bilhassa, teknolojinin gelişmesi ile sınırları iyice muğlaklaşan kavramlar açısından söz konusu olmaktadır. Söz gelimi, "bilgisayar yazılımı"⁷⁰ kavramı o denli geniştir ki, her gün yeni bir gelişmeyle sınırları iyice muğlaklaşmaktadır⁷¹.

Ocak 2021. Yine Fransız uygulamasından örnekler için bkz. **Martin**, para. 8.

⁷⁰ Tebliğ'de bilgisayar yazılımı emtiası şu şekilde ifade edilmiştir: "Manyetik, optik kayıt taşıyıcılar ve bunlara kaydedilmiş bilgisayar programları ve yazılımları; bilgisayar ağları vasıtasıyla indirilebilen ve manyetik ve optik ortamlara kayıt edilebilen elektronik yayınlar..." Bilgisayar yazılımını farklılaştıran ve ayırt ediciliğini sağlayan kaydedildiği ortam mıdır?

⁷¹ Bu konuda yapılmış etraflı bir çalışma için bkz. **Vatansever**, Erman (2020), 'Türk Marka Hukukunda Malların ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasında Kullanılan Tebliğ ve Tebliğ'de Kullanılan Alt Grup Sistemi Üzerine Değerlendirmeler', Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 161, s. 87-100.

Bunlara ek olarak, Fransız öğretisinde *Durrande*, markada belirlik ilkesine aykırılık halinin hem marka başvurusunun reddine hem de markanın hükümsüzlüğüne sebep verebileceğini ifade etmektedir⁷². Gerçekten, *Durrande*'a göre, markada belirlik ilkesine riayet etmeden yapılmış bir tescil, Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu⁷³ m. L. 711-1⁷⁴ uyarınca *markaya yüklenen tanımı ve fonksiyonları karşılamaktan uzaktır* ve böyle bir tescil hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmalıdır. Nitekim, Paris İstinaf Mahkemesi, 14 Ocak 2000 tarihli bir kararında, markada belirlik ilkesine aykırılık halinin hükümsüzlük sebebi olabileceğini işaret etmiştir⁷⁵. Paris İstinaf Mahkemesi gün-

⁷² **Durrande**, s. 129.

⁷³ Loi Relative au Code de la Propriété Intellectuelle, JORF, 03.07.1992, No. 153.

⁷⁴ Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu m. L. 711-1 hükmünün Türkçe tercümesi şöyledir:

"Mal veya hizmet markası, bir gerçek veya tüzel kişinin mal veya hizmetlerinin diğer gerçek veya tüzel kişilerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan işarettir.

Bu işaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde ulusal marka sicilinde gösterilebilir olması şarttır."

⁷⁵ CA Paris, 14 Ocak 2000, Chipie Design (SA), Boutique Chipie (Sarl), Chipie Industrie (Sarl), Devenue Chipie Design), Chipie Junior (Sarl, Devenue Signolles (SA)) c. Videosystem (SA), Me. Bouychou (Denis, Pour la Ste Medialab), Me. Bouychou (Denis, Pour la Ste Videosystem), Medialab (SA) (PIBD, 2000, S. 696, s. III-190). Karardan ilgili gördüğümüz bir kısmı alıntılalım:

"Or considérant qu'en l'espèce l'intitulé "communications" est par trop vague et imprécis ; que l'emploi du seul terme "communications" ne permet pas de délimiter le contenu du service de façon précise et certaine et ne différencie pas les services protégés des autres, la multitude et à la diversité des moyens techniques de communication en faisant une catégorie trop large pour que les tiers puissent identifier le contenu du service protégé ; Que l'intention du déposant est sans incidence et que les appelantes sont par ailleurs mal fondées à se prévaloir de la similarité qui existerait entre les services de communication par télématique d'une part, et les services de production de programmes audiovisuels et séries télévisées d'autre part, dès lors qu'il ne faut pas confondre l'objet du droit et l'étendue de la protection conférée au droit ; qu'en vertu du principe de spécialité, le droit sur la marque porte sur le signe dans son application aux objets ou services déterminés dans l'acte de dépôt et ne s'étend pas aux objets ou services similaires..." Karara ilişkin bir diğer değerlendirme için bkz. **Schahl/Bresson**, s. 825. Benzer yönde bir diğer karar için bkz. CA Paris, 2 Nisan 1990, Office Méditerranéen de Brevets d'Invention, Cabinet Hautier c. Directeur de l'INPI

cel tarihli bir diğer kararında markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olup olmadığı hususunu incelemeye tabi tutmuştur⁷⁶.

Değınmek istediğımız bir diğer husus da şudur: Yukarıda izah ettiğımız üzere tescil aşamasında mal veya hizmetlerin geniş ve muğlak ifadelerden arındırılmasının idari denetimi öngörölmüş iken; tescilli olan bir marka açısından böyle bir denetim mekanizması öngörölmemiş olması düşünölemez⁷⁷. Marka başvurusu açısından yapılan bir denetimin, tescilli marka açısından “evleviyetle” yapılabilmesi gerekir. SMK m. 4 hükmü, bu imkânı sınırlarında barındırmaktadır.

Bütün bu izahat bağlamında, Adalet Divanı'nın Tüzük m. 7.1.a hükmünün sadece “işaret”in açık ve kesinliğı üzerinde inceleme yapılması gerektiğı yönündeki tespitinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. İşaret her ne kadar açık ve kesin olsa bile, işaretin kullanılacağı mal veya hizmetlerin

tespitindeki problem, o işaretin “marka olarak” mütalaa edilmesini engellemelidir^{78,79}.

Hülasa, markanın tescili ile sahibine inhisari bir hak bahşedildiğinden, üçüncü kişilerin, marka hakkı sahibine sağlanan korumanın konusu ve kapsamında emin olması şarttır. Dolayısıyla, sadece marka olarak tescil edilen işaretin değıl bu markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin de açık ve kesin olması gerekmektedir. Nasıl üçüncü kişilerin sicilde gösterilen işareti açık ve kesin olarak anlaması önem arz ediyorsa, bu işaretin tescilli olduğu mal veya hizmetlerin de açık ve kesin olarak anlaşılıyor olması önem arz etmektedir. Bu husus ise, SMK m. 4 hükmünün sınırları içerisinde ikamet etmektedir.

(PIBD, 1990, S. 479, s. III-368). Buna karşın, böyle bir durumun hükümsüzlük sebebi olamayacağına hükmedildiğı bir karar için bkz. TGI Paris, 15 Kasım 2006, Moulages Plastiques du Midi SA c. Habitat France SA et al. (Martin), § 4, dn. 27'den naklen).

⁷⁶ CA Paris, 27 Ocak 2017, Comptoir des Cotonniers SAS c. Solitex SARL (PIBD, 2017, S. 1074, s. III-481). Benzer Fransız mahkeme kararları için bkz. Martin, § 4, 5.

⁷⁷ Nitekim marka başvurusuna konu işaretin, yani markanın konusunun, sicilde açık ve kesin olarak gösterilmesini temine hizmet eden SMKY m. 7 hükmü mevcutken, marka olarak tescil edilen işaretin açık ve kesin olarak sicilde gösterilmemiş olması halinin SMK m. 5.1.a hükmü uyarınca denetimi ve markanın bu sebeple hükümsüz kılınması mümkündür. SMKY m. 9 hükmüne paralel düzenleme içeren, SMKY'nin 7'nci maddesinin 8 ve 9'uncu fıkraları şu şekildedir: “(8) Kurum, sunulan gösterimin yeterince açık, kesin ve anlaşılır olmadığına kanaat getirirse veya gerekli gördüğü hallerde başvuru konusu işarete ilişkin her türlü bilgi, belge ve açıklama talep edebilir. (9) Sunulan gösterimin bu maddede belirtilen şartları taşımaması veya başvuruya ilişkin olarak Kuruma sunulan bilgi, gösterim ve açıklamalar arasında bir uyumsuzluk olduğunun tespit edilmesi halinde başvuru sahibine eksiklikleri gidermesi için iki aylık süre verilir. Bu durumda başvuru tarihi, eksiklikleri gideren bilgi veya belgelerin Kurumca alındığı tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir. Bu süre içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde başvuru işleminden kaldırılır.”

⁷⁸ Von Bomhard/Mühlendahl, § 7.4.

⁷⁹ Avrupa Birliğı Genel Mahkemesi'nin *El Corte Inglés, SA v OHIM, Groupe Chez Gerard Restaurants Ltd* kararına kısaca değinmek yerinde olacaktır. Karara konu olayda, Groupe Chez Gerard Restaurants Ltd, Club Gourmet markasını 16, 21, 29, 30, 32 ve 33. Nis sınıflarında tescil ettirmek için başvuruda bulunuyor. El Corte Inglés, SA marka başvurusuna önceki tarihli markasını gerekçe göstererek itiraz ediyor. Ancak itiraza gerekçe gösterilen markanın tescilli olduğu mal veya hizmet listesi şu şekildedir:

“[class 35] An advertising sentence. It will be applied to the products covered by the trade marks Nos 1013156 (Class 29), 1013157 (Class 30) and 1815538 (Class 31), 1815539 (Class 32), 1013158 (Class 33), 1815547 (Class 42) “El Corte Inglés” (figurative).”

Görüleceğı üzere, markanın tescil edildiğı mal veya hizmetler başka markaların kapsadığı mal veya hizmetlere atf yapılmak suretiyle saptanmıştır. Halli gereken husus ise, bu markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin tespitidir. Avrupa Birliğı Genel Mahkemesi, yukarıda belirtilen ifadelerden yola çıkarak markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin anlaşılmasının mümkün olmadığı; tescil edilecek mal veya hizmetlerin açık ve kesin surette anlaşılabilir şekilde belirtilmesi gerektiğini ifade ederek, iki markanın kıyaslanmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Bu karar şu açıdan önemlidir: Marka ancak tescilli olduğu mal veya hizmetler bağlamında korunabilir ve esas fonksiyonlarını yerine getirebilir; bir işaretin marka olabilmesi için kullanılacağı mal veya hizmetlerin seçilmesi gerekir. Bu seçim alelade bir seçim olmamalı, mal veya hizmetler, üçüncü kişilere korumanın kapsamını açık, kesin ve anlaşılır şekilde gösterecek nitelikte saptanmalıdır. Karara ilişkin değerlendirme için bkz. INTA (2014) ‘Description of Mark, Specification of Goods and Services and Seniority’, TMR, Vol. 104, No. 2, s. 465-480.

Sonuç olarak, işaretin SMK m. 4 anlamında marka olabilmesi için, tescilli talep edilen mal veya hizmetlerin açık ve kesin olması gerektiği; buna aykırılığın SMK m. 5.1.a anlamında bir hükümsüzlük sebebi teşkil edeceği kanaatindeyiz.

C. KARARIN ELEŞTİRİSİ VE ETKİSİ

Adalet Divanı, çalışmamıza konu Sky-Skykick kararında, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının, bir hükümsüzlük sebebi olamayacağına karar vermiştir. Zira Adalet Divanı'na göre, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin marka başvurusu aşamasında incelenmesi gerekir; ancak bir kere tescil edildikten sonra bunlara dayalı olarak markanın hükümsüz kılınması mümkün değildir.

Bu bağlamda, hükümsüzlük sebeplerini son derece dar bir şekilde yorumlama yoluna giden Adalet Divanı, markanın kullanılmaması halinde iptal edildiğinden bahisle, markanın sadece kullanıldığı mal veya hizmetler açısından korunduğu ve ayrıca mal veya hizmetlerin geniş veya muğlak olmasının “*bir problem teşkil etmeyeceği*” tespitine yer vermiştir⁸⁰. Ancak bu tespit yerinde olmadığı gibi; markanın kullanmama sebebiyle iptal edilebiliyor olması, mal veya hizmet listelerinde geniş ve muğlak terimlerin kullanılmasını korumayı da

gerektirmez. Zira, tescilli bir markanın kullanmama sebebiyle iptaline karar verilebilmesi için en az beş yıldır tescilli olması gerekmektedir. Bu beş yıllık süre içerisinde, markanın tescilli olduğu tüm mal veya hizmetler (ve benzerleri) bakımından korunduğu şüphesizdir. Kaldı ki, 5 yıllık süre geçtikten sonra markanın kullanılmadığı mal veya hizmetler bakımından iptal edilebiliyor olması, markanın bu mal veya hizmetler bakımından korunmadığı sonucunu da doğrudan doğurmaz⁸¹. Gerçekten de, marka iptal edilene kadar tescilli olduğu tüm mal veya hizmetler bakımından -kullanmama def'i istisnası hariç- korunmaktadır. Buna ek olarak, markasını uzun bir süredir kullanmayan kişinin aynı markayı ufak değişikliklerle tescil ettirmesi durumunda ne olacaktır? Üçüncü kişiler, bu markaya yönelik olarak kullanmama def'inden faydalanamayacaktır; zira marka beş yıldır tescilli değildir. Ancak ve ancak, bu markanın kötüniyetli tescil sebebiyle hükümsüz kılınması mümkündür ki, marka “*hükümsüz kılınana kadar tescilli olduğu bütün mal veya hizmetlerde*” korunmaya devam edecektir. Dolayısıyla, markanın kullanılmadığı mal veya hizmetler yönünden iptal edilebiliyor olması, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin geniş olmasının yaratacağı olumsuzluğu ortadan kaldırmadığı gibi *daha şeffaf* bir marka siciline olan ihtiyacı da tatmin etmekten bir hayli uzaktır⁸².

Son olarak Adalet Divanı'nın bu kararının, mevcut tescilli markaları muhafaza etmek yönünde

⁸⁰ Martin ise bu duruma ek olarak, açık ve kesin olmayan terimlerin benzerlik incelemesinde dikkate alınmaması ve bu tip terimleri içeren markaların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi suretiyle açık ve kesin olmayan terimleri içeren marka tescillerinin korunmadığını ifade etmektedir (**Martin**, § 5 ve oradan anılan Fransız mahkeme kararları). Kanaatimizce, böyle dolambaçlı bir yaptırım ortaya çıkarılarak markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının marka ekosisteminde ortaya çıkardığı olumsuzlukların önüne geçmek mümkün değildir. Söz gelimi, sicilde açık ve kesin olmayan ibarelerin muhafaza edildiği bir marka sebebiyle potansiyel girişimciler yatırım yapmaktan, pazara girmekten cayabilecektir. Bu olumsuzluğun engellenmesi ancak söz konusu ibarelerin sicilden terkinin ile mümkündür. Açılacak bir marka tecavüzü ve hükümsüzlüğü davasında söz konusu açık ve kesin olmayan ibarelere dayalı hak iddia edilemeyecek olması, söz konusu ibarelerin hala sicilde görünür olmasının yarattığı *a priori* olumsuz etkiyi ortadan kaldırmamaktadır.

⁸¹ Bu meyanda verilmiş güncel tarihli bir karar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 20.01.2020, E. 2019/2475, K. 2020/567 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> s.e.t. 10 Ocak 2021). Benzer yönde bir diğer karar için bkz. Yargıtay 11. HD, T. 26.11.2001, E. 2001/6361, K. 2001/9286 sayılı kararı (**Karan/Kılıç**, s. 323-324).

⁸² Opinion, C-371/18, para. 70. Nitekim Burrell bu hususu şöyle ifade eder: “*In the period between a mark being entered on to the register and it being removed at the conclusion of cancellation proceedings, it will be capable of generating false positive results that will shape the decisions of parties searching the register*” (**Burrell**, Robert (2007) ‘Trade Mark Bureaucracies’, The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07-25, <<https://ssrn.com/abstract=1027504>> s.e.t. 12 Ocak 2021, s. 17.

bir sonucu olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira, aksi halde, mevcut tescilli markaların birçoğunun bu sebeple hükümsüz kılınmasının yolu açılacak ve tabir caizse, marka ekosisteminde bir infial oluşacaktı. Ancak, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin yalnızca başvuru aşamasında idari otoritelerin denetimine tabi bir husus olarak kabul edilmesi, marka hukuku sisteminin işlerliğini zedeleyecek ve rekabet piyasasını, ilgili tüm aktörleri olumsuz etkileyerek “*marka feodalleri*”nin⁸³ oluşması sonucunu doğuracaktır. Markanın kullanılmadığı mal veya hizmetler sebebiyle iptal edilebiliyor olması ise mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmamasının yarattığı sorunları gidermekte yetersiz bir enstrümandır.

V. SONUÇ

Marka olarak tescil edilen işaret, soyut olarak korunmaz; yalnızca tescili talep edilen mal veya hizmetler bakımından korunur. Diğer bir deyişle marka hakkının kapsamını, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetler belirlemektedir.

Marka hakkı, mutlak-inhisari bir hak olduğundan, hak ve işlem güvenliğinin temini noktasında üçüncü kişilerin, hakkın konusu ve kapsamı açısından yeterli bilgiye ulaşabilir olması gerekmektedir. Aksi halde, üçüncü kişilerin hareket alanı kabul edilemez bir şekilde sınırlanacaktır. Bu sebeple, gerek marka olarak tescili talep edilen işaretin gerek tescili talep edilen mal veya hizmetlerin açık ve kesin bir şekilde sicilde gösterilebilir olması şarttır.

Mal veya hizmetler belirlenirken kullanılan, geniş veya muğlak terimlerin mevcudiyeti başvuru aşamasında TÜRK PATENT tarafından resen incelenmektedir. Buna karşın, geniş ve muğlak ifadeleri içeren mal veya hizmetleri barındıran marka başvurularının, TÜRK PATENT incelemesinden geçerek tescil edilmeleri halinde, nasıl hareket edileceği çözüme muhtaç bir meseledir.

Kanaatimizce, mal veya hizmetlerin açık ve kesin olmaması, markanın kamusal boyutu ve işa- retlerin sınırları belirsiz bir şekilde topluma kapatılmaması gerekliliği karşısında, işaretin SMK m. 5.1.a atfıyla SMK m. 4 anlamında “*marka olabilirliği*” zedelemektedir. Her ne kadar, SMK m.4’te mal veya hizmetlerin açık ve kesin olması gerektiği “*açıkça*” zikredilmiyorsa da, hükmün amacı ve marka hukukunun kamusal boyutu, marka hakkının konusu yanında kapsamının da açık ve kesin olması zaruretini beraberinde getirir. Hükümde geçen “*marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden...*” ifadesi, mal veya hizmetlerin belirli, açık ve kesin olması hususunu içermektedir.

Bununla birlikte, mal veya hizmetler için kullanılan ifadelerin açık ve kesin olup olmadığının nasıl tespit edileceği, ifadelerin açık ve kesin olmadığı tespit edildiği takdirde ifadenin sınırlandırılarak/veya açıklanması talep edilerek kısmi hükümsüzlük kararı verilebilir verilemeyeceği, bu meyanda kılavuz bir uygulama mevcut olup olmadığı, bu çalışmanın ötesinde cevaplanması gereken sorular olarak gün yüzüne çıkmaktadır.

⁸³ Kavram için bkz. Koçak, s. 305.

KAYNAKÇA

- Akın Mengenli**, Özge (2012) ‘Topluluk Markası’ (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Battal**, Ahmet (2009) ‘Tanınmış Marka Pratiği Hakkında Düşünceler’, BATİDER, C. 45, S. 4, s. 255-274.
- Beyens**, Alice (2020) ‘SKY: la CJUE Interprète Stric-tement les Motifs Absolus de Nullité d'une Marque’, Dalloz Actualité, <<https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ACTU0199514>> s.e.t. 10 Ocak 2021.
- Blakely**, Timothy W. (2000) ‘Beyond The International Harmonization of Trademark Law: The Community Trade Mark as a Model of Unitary Transnational Trademark Protection’, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 149, No. 1, s. 309-354.
- Burrell**, Robert (2007) ‘Trade Mark Bureaucracies’, The University of Queensland, TC Beirne School of Law Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 07-25, <<https://ssrn.com/abstract=1027504>> s.e.t. 12 Ocak 2021, s. 1-50.
- Casinader**, Simon / **Lavery**, Niall J. (2020) ‘We Ha-ve A Decision In The Sky V. Skykick Case And The Long-awaited CJEU's Decision Is Good News For Brand Owners!’, Newstex Blogs National Law Review, <<https://www.natlawreview.com/article/we-have-decision-sky-v-skykick-case-and-long-awaited-cjeu-s-decision-good-news-brand>> s.e.t. 10 Ocak 2021.
- Chatry**, Sylvian (2020) ‘Désignation Imprécise et Large de Produits et Services dans une Demande de Marque’, LEPI, No. 113b8, s. 1.
- Cherpillod**, Ivan (2007) Le Droit Suisse des Marques, CEDIDAC, Lozan.
- Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Dessemontet**, François (2000) La Propriété Intellectuelle, CEDIDAC, Lozan.
- Durrande**, Sylviane (2003) ‘Droit des Marques’, Recueil Dalloz, No. 2, s. 125-133.
- Gardiner**, SJ (1977) ‘Trade Mark Classification and Goods or Service Specification in South Africa’, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 10, No. 2, s. 179-190.
- Hitchens**, Ben / **Andreottola**, Paolo (2020) ‘A Kicking for Sky? EU Court Issues Long-awaited Judgment in Sky v. SkyKick: Decision is Good News for Trade Mark Owners’, Locke Lord Quick Study, <<https://www.lockelord.com/newsandevents/publications/2020/02/sky-v-skykick>> s.e.t. 10 Ocak 2021, s. 1-3.
- INTA** (2014) ‘Description of Mark, Specification of Goods and Services and Seniority’, TMR, Vol. 104, No. 2, s. 465-480.
- Johnson**, Phillip (2018) ‘So Precisely What Will You Use Your Trade Mark for?’ Bad Faith and Clarity in Trade Mark’, ICC, No. 49, s. 940-970.
- Karan**, Hakan/ **Kılıç**, Mehmet (2004) Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, Arıkan Yayınları, İstanbul.
- Koçak**, Mahmut Arif (2020) Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 155. Maddesi Karşısında Marka Tescili Üzerine Düşünceler’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2019/2, s. 293-310.
- Martin**, Cécile (2020) ‘Manque de Clarté et de Précision dans la Désignation des Produits et des Services: un Motif de Nullité de la Marque?’, PIBD, No. 1139, s. II-1.
- Özcan**, Mehmet (2002) Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Nobel Yayıncılık, Ankara.

Paslı, Ali (2018) Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

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

Pekdinçer, Tamer/ **Giray**, Eda/ **Baş**, Kadir (2017) Gerekeçeli, Notlu ve İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

Poore, Alasdair (2020) ‘Sky v Skykick – any Clearer?’, CIPA, s. 18-22.

Prime, Terence (2000) European Intellectual Property Law, Dartmouth Pub Co., United Kingdom.

Schahl, Eric/ **Bresson**, Jean-Philippe (2003) ‘La Necessité de Mettre à Jour le Libellé des Marques’, Recueil Dalloz, s. 824-829.

Schovsbo, Jean (2018) ‘Mark My Words’- Trademarks and Fundamental Rights in the EU’, UCILR, Vol. 8, No. 3, s. 555-581.

Sekmen, Orhan (2013) Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Bilge Yayınevi, Ankara.

Suluk, Cahit / **Dumlupınar**, Balçık (2018), Fikri Mülkiyet Hukuku Mevzuatı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (2018) ‘Sınai Mülkiyet Hakkının Tescilinin Anlamı Üzerine - SMK m. 155 Vesilesiyle Bir İnceleme-’, BATİDER, C. 34, S. 2, s. 33-90.

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

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

Von Bomhard, Verena/ **Mühlendahl**, Alexander von (2018) Concise European Trademark Law, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.

Von Kapff, Philipp, ‘Fundamental Rights in the Practice of the European Trade Mark and Designs Office (OHIM)’; Geiger, Christophe (Editör) (2016) Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, s. 273-310.

Yasaman, Hamdi/ **Altay**, Anlam/ **Ayoğlu**, Tolga/ **Yusufoğlu**, Fülürya/ **Yüksel**, Sinan (2004) Marka Hukuku: 556 sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.

Contributions Statement: Author has contributed 100% into preparing and writing this study.

Statement for Support and Appreciation If Any: None.

Statement for Conflict of Interest: None.

Arş. Gör. Ceren SAYIN **

ÖZ

Son zamanlarda tacirler arasında fazlasıyla tercih edilen milletlerarası karşı ticaret sözleşmeleri geniş kapsamlı birçok yasal sorunu gündeme getirmektedir. Bu makale, karşı ticaret ve türlerini kısaca tanıtır yabancılik unsuru bulunan sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusunu, doğrudan uygulanacak kurallar ve hukuk seçimi kapsamında ele alacaktır. Öncelikle UNCITRAL'ın da yaptığı ayrımına göre karşı ticaret sözleşmeleri dört ana türde incelenecek ve ardından karşı ticaret sözleşmelerinin milletlerarası özel hukuk anlamında uygulanacak hukuk bakımından etkileri irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Karşı ticaret sözleşmeleri, uygulanacak hukuk, tarafların hukuk seçimi, doğrudan uygulanan kurallar.

ABSTRACT

International counter-trade agreements, which are nowadays highly preferred among traders, raise many wide-ranging legal problems. This article will briefly introduce the counter-trade and its types and discuss the applicable law in contracts with foreign elements within the scope of overriding rules and choice of law. First of all, according to the distinction made by UNCITRAL, counter-trade contracts will be examined in four main types and then the effects of counter-trade contracts in terms of applicable law in the sense of international private law will be addressed.

Keywords: Counter-trade agreement, applicable law, choice of law, overriding rules.

* (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 21.12.2020 / Kabul Tarihi: 27.02.2021).

** Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, (cerensayin94@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2565-9982).

Atıf/ Citation: Sayın, Ceren (2021) 'Milletlerarası Karşı Ticaret Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk', TFM, C: 7, S: 1, s. 133-156.

I. GİRİŞ

Gelişmekte ve az gelişmiş ülkeleri özellikle ekonomik alanda ilgilendiren son zamanlardaki en önemli gelişmelerden birisi de takas ve karşı ticaret kullanımındaki artıştır. Takas, ticaret işleminin en basit şekli, para kullanılmadan gerçekleştirilen iki yönlü mal değişimi olarak tanımlanabilirken; karşı ticaret, ithalatçı bir ülke ile yabancı bir satıcı arasında, ithalat işleminin tamamlanması için bir koşul olarak, satıcının ithalatçı ülkeden belirli malları ayrı ayrı satın almasını gerektiren bir sözleşme tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızın kapsadığı karşı ticaret işlemleri, bir tarafın diğer tarafa mal, hizmet, teknoloji veya diğer ekonomik değeri sağlaması ve karşılığında birinci tarafın ikinci taraftan kararlaştırılan miktarda mal, teknoloji veya diğer bir ekonomik değeri satın aldığı işlemlerdir. Bu işlemlerin ayırt edici bir özelliği, birbirleri arasında iki yöndeki bir bağlantının varlığı olarak ifade edilebilir. Zira bir yöndeki ihracat sözleşmesinin veya sözleşmelerin sonuçlanması, diğer yöndeki karşı ticaret sözleşmesinin veya sözleşmelerin sonuçlanmasına bağlıdır.

Milletlerarası karşı ticaret uygulamaları, döviz kıtlığı çeken veya döviz tasarrufu yapması gereken ülkelerin ihtiyaç duyduğu ithalatı finanse edebilmeleri ve sürekli değişen uluslararası koşulların yarattığı yeni ekonomik taleplere yanıt bulabilmek için ticaret işlemlerini ekonominin dinamizmi ile yeniden yapılandırma gereksinimi sonucunda ortaya çıkmıştır.

Çalışmamız, karşı ticaret sözleşmesi kapsamındaki malların ulusal sınırların ötesinde teslim edildiği hâllerde, taraflar arasında çıkabilecek olası ihtilâflarda uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitine odaklanmaktadır.

Karşı ticaret işlemleri, tarafların ihtiyaçlarına göre çeşitli biçimler alarak farklı özellikler gösterir. Çeşitli karşı ticaret türleri için kullanılan birçok terim bulunmakla birlikte çalışmamız kapsamında değerlendirilecek terimler şunlardır: “takas” (*barter*); “karşı alım sözleşmesi” (*counterpurchase*); “geri

satın alım” (*buy-back*); ve son olarak, “karşılıklı denkleştirme” (*offset*).

Gelişmekte olan ülkeler başta olmak üzere bazı ülkelerde karşı ticaret, karşı ticareti çeşitli şekillerde teşvik edebilen veya kısıtlayabilen hükümet düzenlemelerine tâbidir. Buna ek olarak, karşı ticaret işlemlerinin çeşitli yönlerinin, özellikle karşı ticarete yönelik olmayan düzenlemelere tâbi olması da muhtemeldir. Ülkelerin ilgili konudaki hukuk kuralları farklı olduğundan ve sıklıkla değiştirildiğinden, tarafların sözleşme akdetmeden önce sözleşme serbestisinden üstün gelen doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin akdedildiği sırada dikkate almaları tavsiye edilmektedir. Henüz milletlerarası özel hukuk anlamında karşı ticarete kullanılan ve geçerli bir terminoloji geliştirilmemiş olup bu konuda yeknesak bir uygulama bulunmamaktadır.

II. GENEL OLARAK

Karşı ticaret (*countertrade*), uluslararası ticaret ve finansta yeni moda kelimelerden biri hâline gelmiş bir kavramdır. Günümüz ekonomisinde hükümetlerin karşı karşıya olduğu uluslararası borç krizi nedeniyle finansman, pazarlama veya kalkınma sorunları, bu yaygın uygulamanın en önemli kaynaklarından birini oluşturmaktadır.

Çoğu gelişmekte olan ülke, ihracat kazançlarının çoğunu dış borçları için kullanır ve elinde kalanı, sanayileşme programlarının devamı için harcar. Özel bankaların gelişmekte olan ülkelere borç vermesinin giderek azalan bir uygulama hâline dönüşmesi, gelişmekte olan ülkelerin faiz ödeyebilme ve ekonomik büyümeyi sürdürme yeteneklerini tehlikeye atmaktadır. Rekabetin âdil olduğu bir ortamda ekonomik seviyeyi korumak için, ülkeler ticari faaliyetlerini sürdürebilmeli, ihracat yapmalı ve yatırımları ülke içine çekebilmelidir. Bu nedenledir ki, karşı ticaret uygulamaları devletlerce zorunlu hâle getirilip uzun vadeli ve orta vadeli ticaret teşvik edilmektedir. Zira karşı ticaret, ticaret dengesinin bozulmasına karşı kullanılacak yöntemlerden birisi olarak sıkça tercih edilmektedir. Özellikle

Kolombiya, Endonezya gibi ülkelerde, bu ülkelerin ekonomik durgunluk veya kriz zamanlarında ekonomilerini yeniden canlandırmak amacıyla, geçici bir strateji olarak karşı ticaret uygulamalarını doğrudan uygulanan kurallar ile düzenlediklerini görebilmekteyiz¹. Bu düzenlemeler çoğu zaman şarta bağlandığından genellikle devletin ekonomik durumu veya politik yönelimleri değiştiğinde düzenlemeler de değişmektedir.

Hâl böyle olmakla birlikte, karşı ticaret sözleşmeleri ile ilgili olarak uygulanan yaygın bir hukuki düzenlemenin bulunmayışı hem yerel hem de uluslararası düzeyde ortaya çıkan hukuki ihtilâfların çoğuna cevap verilememesi sorununu doğurmaktadır. Bu konudaki doğrudan uygulanan kuralların çoğunluğunu ülkelerin ekonomik, mali ve yabancı kaynaklı önlemlerinin yerine getirilmesini garanti eden düzenlemeler oluşturmaktadır. Ticari hayatta ihracatçıların karşı ticaret sözleşmesinde yer almaları durumunda milletlerarası özel hukuk kuralları kapsamında neye izin verilip verilmediği hususunu bilmeleri, ticaretin akışı ve tacirlerin hukuk sistemlerinin sağladığı hukuki güvencelerden tam ve tatmin edici bir şekilde yararlanabilmeleri açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla, mevcut politikaları anlamak için ticaret ve milletlerarası özel hukuk kurallarının karşı ticaret uygulamalarına nasıl uygulandığı konusu incelenmelidir.

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (*General Agreement on Tariffs and Trade*)², ticaret engellerinin azaltılması yoluyla uluslararası ticareti teşvik etmek için tasarlanmış uluslararası bir antlaşmadır. GATT, genel olarak ikili ticaret anlaşmalarını ve özellikle diğer ticaret ortaklarına karşı ayrımcılık yapan ikili ticaret ilişkilerini öngören anlaşmaları yasaklamaktadır. GATT'ın temel amacı, uluslararası ticaret sürecinde hükümet müdahalesini

en aza indirmek ve hatta mümkünse kaldırmaktır³. Devlet müdahalesinin olduğu karşı ticaret sözleşmelerinin GATT'ı ihlal edip etmediği konusu öğretide tartışmalı olup⁴ GATT'ın karşı ticaret sözleşmelerine uygulanabilirliğinin sorgulanabilir duruma gelmesi bu konunun milletlerarası hukuk anlamında açıklığa kavuşturulması noktasında önemini daha da arttırmaktadır.

A. KARŞI TİCARET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Genel olarak, "karşı ticaret (*countertrade*)", kişinin karşılıklı borç ilişkisinde olduğu tarafa karşı, para kullanmak zorunda kalmadan mal ve/veya hizmet elde edebildiği bir ifa yöntemi olarak ifade edilmektedir. Karşı ticaret işlemi, tarafların her birinin ayrı ancak ilişkili işlemlerle birbirlerine mal ve/veya hizmet satmayı taahhüt ettikleri ve birbirlerine karşı paralel yükümlülükler içerisinde olduğu bir ilişkidir⁵. Buna ilave olarak karşı ticaret, bir ülke tarafından, o ülkede iş yapmak isteyen ticaret ortaklarına dayatılan bir dizi doğrudan uygulanan kurallar olarak da tanımlanabilir. Bu nedenle, karşı ticaret yükümlülükleri, bir anlamda iş yapma ruhsatı türü olarak da görülmektedir⁶. Karşı ticaret, döviz kullanımını yerine taraflar arasında mal ve/veya hizmet değişimi veya başka bir deyişle, nakitsiz ticaret olarak da ifade edilmektedir⁷.

¹ **Esteban de la Rosa**, Gloria (2011) 'International Countertrade – Rules and Practices', *International Journal of Business and Social Science*, Vol:2, No:15, s. 278.

² Çalışmamız boyunca kısaltması GATT olarak kullanılacaktır.

³ **Verdun**, Vincene (1985) 'Are Governmentally Imposed Countertrade Requirements Violations of the GATT?' *Yale Journal of International Law*, Vol:11, No:1, s. 207.

⁴ **Howse**, Robert (2010) 'Beyond The Countertrade Taboo: Why The WTO Should Take Another Look At Barter And Countertrade' *The University of Toronto Law Journal*, Vol: 60, No: 2, s.291.

⁵ **Lochner**, Scott J. (1985) 'Guide to Countertrade and International Barter' *The International Lawyer*, Vol:19, No:3, s.727.

⁶ **Lochner**, s.727.

⁷ **Guyot**, Cedric (1986) 'Countertrade Contracts in International Business' *The International Lawyer*, Vol:20, No:3, s. 922.

Karşı ticaret işlemleri çeşitli biçimlerde gerçekleştirilebilir ve farklı isimler altında adlandırılabilir. Bu çeşitli karşı ticaret türlerini bir başlık altında toparlayan herhangi bir yeknesak düzenleme bulunmamaktadır⁸. Karşı alım ve satım yapan taraflar, kısmen farklı ekonomik bakış açılarına sahip olmaları nedeniyle veya yapılan ticaretin belirli bir yönünü vurgulamayı tercih ettikleri için aynı işlemi tanımlamak için farklı terimler kullanabilmektedir. Buna rağmen, hâkim görüş, karşı ticaretin bütün türlerinde ortak olarak görülen karakteristik özelliğin, bir satış sözleşmesinde, satıcının alıcıya sözleşmede kararlaştırdıkları mal ve/veya hizmeti temin etmesi karşılığında alması gereken bedel yerine, bu bedel oranında alıcıdan mal ve/veya hizmet almasıdır⁹.

Özetle, karşı ticaret şu sebeplerle gerçekleştirilmektedir: (1) taraflardan birinin veya her iki tarafın kıt döviz rezervlerini kullanmak istememele-ri durumunda, (2) azalan talep karşısında bir ülkenin yerleşik ihracat fiyatlarının sürdürülmesine yardımcı olduğunda veya (3) bir ülkenin ihracatının, ticaretin arzu edildiği dış pazarlarda sınırlı pazarlama yetisine sahip olması durumunda.

B. KARŞI TİCARET SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

1. Takas (*Barter*)

“*Barter*” kelimesi Fransızca kökenli bir kelime olup takas (değiş-tokuş) anlamına gelmektedir. Takas, literatürde aynı zamanda “*swapping*” olarak da anılmaktadır. Karşı ticaretin takas işlemindeki yansıması, tarafların aynı anda para kullanmaksızın doğrudan mal-mal değişimi, hizmet-hizmet değişimi, mal-hizmet değişimi veya hizmet-mal değişimi yapmak suretiyle gerçekleştirdiği hukuki işlemi ifade etmektedir¹⁰. *United Nations Commission on Inter-*

national Trade Law, Türkçe adıyla, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu¹¹nun karşı ticaret ile ilgili çıkarttığı hukuk rehberi, takası dar anlamda tanımlayarak belirli malların iki yönlü değişimini içeren bir işlem olarak ifade etmektedir. Ayrıca, malların bir yönde tedarik edilmesi, malların teslimi için gereken parasal ödemenin tamamen veya kısmen yerine geçeceği belirtilmektedir¹². Eğer malların takasında iki yönlü değer farkı bulunuyorsa, bu aradaki fark para veya başka bir ekonomik değer ile ödenebilir.

Takas işlemi dünyanın en eski ticaret şekillerinden biri olup, iki taraf arasında eşit değere sahip mal ve/veya hizmetlerin herhangi bir nakit değişimi olmaksızın doğrudan el değiştirmesini sağlayan bir işlem olarak tanımlanır. Bu tarz işlemlerde taraflar her zaman birbirleriyle doğrudan ticaret yaparlar ve takas konusu şeyi her bir taraf kendisi açısından sözleşme şartlarına göre ister. Mal ve/veya hizmet takası için yapılan bu işlemde her iki taraf da birbirlerinin mallarını ödeme aracı olarak kullanır¹³. Takas işlemleri kısa bir süre içinde gerçekleştirilir ve teslimatlar genellikle eşzamanlı olarak yapılır¹⁴. Takas sözleşmeleri çoğu zaman bir defaya mahsus işlemleri kapsamaktadır. İki taraftan fazla taraf içeren, mal ve/veya hizmet değerlerindeki farklılıkları dengelemek için para birimini kullanan daha karmaşık yapıda takas türleri de mevcuttur. Bu tür takaslar, salt takas işlemlerinden daha uzun sürebilmektedir.

Salt takasın söz konusu olabilmesi için ekonomistlerin “isteklerin tesadüfü (*double coincidence of*

Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol:9, No:2, 1984, s. 270.

¹¹ Çalışmamız boyunca kısaltması UNCITRAL olarak kullanılacaktır.

¹² **UNCITRAL Legal Guide** on International Countertrade Transactions, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), United Nations Publication, E.93.V.7, ISBN 92-1-133444-6, New York, 1993, s.8.

¹³ **Guyot**, s.925.

¹⁴ **Grabow**, s.259.

⁸ **Lochner**, s.729.

⁹ **Lochner**, s.728.

¹⁰ **Esteban de la Rosa**, s.273; **Grabow**, John C. (1984) ‘Negotiating and Drafting Contracts in International Barter and Countertrade Transactions’ North Carolina

wants)¹⁵ olarak adlandırdığı ilkenin gerçekleşmesinin zorluğundan dolayı salt takas işlemlerine uluslararası ticarete rastlamak oldukça zordur¹⁶. Milletlerarası ticarete takasın en çok bilinen örneği, enerji kaynağının tüm ülkeler tarafından aranmasının doğal bir sonucu olarak ham petroldeki takastır. Petrol artık uluslararası ticarete “nakit emtia” olarak kullanılmakta ve bugün Avrupa ülkelerinin çoğu ve ABD alıcı olarak petrol takası yapmaktadır¹⁷. Üretici ülkeler için petrol takası, açık deniz sondajından kaynaklanan yeni rekabet nedeniyle doğrudan satışların azaldığı bir pazarda avantajlı bir işlem iken; sanayileşmiş ülkeler ise OPEC’in sınırlarını çizdiği pazarın dışında değerli mallarını petrol karşılığında ihraç edebilmenin üstünlüğünden yararlanmaktadır¹⁸. İran ve ABD arasında yapılan ve 1976’da imzalanan sözleşmenin, General Dynamic ve McDonnell Douglas ve Northrop gibi diğer uçak firmalarından F-16 uçaklar ve donanmaya ilişkin teçhizatlar karşılığında 1 milyar ABD dolarının üzerinde petrol takasını içermesi bu konuda gerçekleştirilmiş en büyük petrol takas işlemlerinden biridir¹⁹.

Türk hukukunda Dış Ticaret Müsteşarlığı’ndan İhracat 2006/4 numaralı Takas veya Bağlı Muamele Yoluyla Yapılacak İhracata İlişkin Tebliğ²⁰’de milletlerarası takas veya bağlı muamele yoluyla yapılacak ihracata ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Ancak Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın İhracat: 2008/10 numaralı Takas veya Bağlı Muamele Yoluyla Yapılacak İhracata İlişkin Tebliğin (Tebliğ No: İhracat 2006/4) Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Teb-

liğ²¹ ile 2006/4 numaralı Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kalksa dâhi çalışmamız kapsamında incelemeye tâbi tutulan karşı ticaret türleri bakımından Türk mevzuatında tespit edilen yegâne düzenlemenin 2006/4 numaralı Tebliğ’in olması ve çalışmamız açısından önemi nedeniyle Tebliğ’in ilgili hükümleri çalışmamız kapsamında değerlendirilecektir. Buna göre, Tebliğ’in 2(1)’nci maddesi gereğince, talepler, yabancı şirket ile yapılan sözleşmeye ithalatçı ile yapılan sözleşmenin aslı ve yeminli tercüman tarafından yapılan Türkçe çevirisi ve “Takas veya Bağlı Muamele Başvuru Formu” ile birlikte İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği’ne iletilmelidir. Bu sözleşmenin ithal veya ihraç edilecek malın cinsi, Gümrük Tarife İzin Pozisyonu miktarı, birim fiyatı, toplam değeri ve sözleşme süresini içermesi gerekmektedir. Tebliğ’in 5’inci maddesi uyarınca, takas veya bağlı muamele izinleri 6 aydan fazla olmamak şartıyla, şirketin sunduğu sözleşmede belirtilen süre kadar devam edecektir. Bu sürenin bitmesinden önce İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği’ne başvurulursa, sözleşmenin devamı için toplamda 3 yıla kadar ek süre verilebilir. Ancak ek sürenin de dolmasından itibaren süre uzatım talepleri, eğer ithalat taahhüdünde eksiklik varsa, Gümrük Müsteşarlığı’nın görüşü alınarak Dış Ticaret Müsteşarlığı’na; ihracat taahhüdünde ise, Dış Ticaret Müsteşarlığı’nın görüşü alınarak İhracatçı Birlikleri Genel Sekreterliği’nde neticelendirilir.

a. Salt Takas

Mal ve/veya hizmet takaslarında karşılıklı olarak tarafların aynı gerçek veya tüzel kişiler olması durumunda ihracata ve ithalata konu olan malların ve/veya hizmetlerin bedellerinin herhangi bir nakit değişimi olmadan kısmen veya tamamen birbirleriyle değiştirilmesidir.

Mal ve/veya hizmeti ihraç eden, ihraç ettiği mal ve/veya hizmeti kadar ihraç hakkı kazandığı

¹⁵ Grabow, s.259.

¹⁶ Van Dort, Joseph J. & Friese, Eliard (1987) ‘Coimterpurchase Contracts and Their Contractual Issues’ Penn State International Law Review, Vol:6, No:1, s. 46.

¹⁷ Guyot, s.928.

¹⁸ Guyot, s.928.

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Mehta, Vikra S. (1978) ‘Barter: An Analysis of Oil for Commodity Barter Deals’ India International Centre Quarterly, Vol:5, No:4, s.196.

²⁰ R.G., 06.06.2006, 26190 S.; Çalışmamız boyunca yürürlükten kaldıran 2006/4 numaralı Tebliğ’in kısaltması olarak Tebliğ kullanılacaktır.

²¹ R.G., 12.07.2008, 26934 S.

gibi, ithalatçıda ithal ettiği mal ve/veya hizmet değeri kadar mal ithal etmek durumundadır.

b. Bağlı Muamele

İhraç edilen malın ve/veya hizmetin tümüne veya bir kısmına karşılık mal ve/veya hizmet alındığı bir ticaret tipidir. İhraç veya ithal edilen mal, hizmet veya teknoloji transferi bedelinin kısmen veya tamamen mal, hizmet, teknoloji transferi veya bir kısmının döviz ile ödendiği sözleşmelerdir. Türk hukukunda bağlı muamele olarak adlandırılan bu sözleşmeyi, biz UNCITRAL'in yaptığı ayırmadan yola çıkarak geri satın alım sözleşmesi (*buy-back*) olarak ana başlık altında inceleyeceğiz.

2. Karşı Alım (*Counterpurchase*)

“Paralel takas” olarak da bilinen karşı alım, aslen sözleşmede satın alınan mallarla ilgisi olmayan malların karşı teslimatlarını içeren bir karşı ticaret işlemidir. Örneğin, votka satın alımı karşılığında alkolsüz içecek şişeleme fabrikasının şişe satışı, bir karşı satın alım şeklidir²². İki taraf arasında aynı anda gerçekleştirilen iki ayrı işlemi içerir. Karşı satın alma kapsamında, başka bir ülkedeki bir şirkete, belirli bir malı gelecekte satın almayı taahhüt eden bir şirket tarafından mal ve/veya hizmet satışı söz konusudur.

Karşı alım sözleşmesi kapsamındaki malların değişimi kısa bir süre içinde gerçekleşir ve karşı teslimat olarak sunulan malların değeri, çoğunlukla asıl satış sözleşmesinin değerinin yüzde 100'ünden azdır²³. Karşı alım sözleşmesini takastan ayıran en önemli fark ise, tarafların her biri aldığı mal ve/veya hizmet karşılığında karşı tarafa genellikle nakit para veya akreditif ile ödeme yapar. Karşı alım, ilk satın alma kapsamında tedarik edilen malların karşılığında satılan malların üretiminde kullanılmaması nedeniyle geri satın alım (*buy-back*) sözleşmesinden de farklıdır²⁴. Diğer bir ifadeyle, ikincil işlemde el değiştiren

mallar birincil işlemde bağımsız olup daha ziyade diğer üretim biçimleriyle ilgilidir²⁵.

Milletlerarası ticarete karşı alım sözleşmelerinin sayısı diğer karşı ticaret türlerine kıyasla oldukça fazladır. Karşı alım uygulamaları gün geçtikte yaygınlaşmakta ve bugün genellikle, asıl satıcının yanında asıl satıcının satın alma yükümlülüklerini üstlenen bir bankanın veya dış ticaret yapan bir başka ticaret şirketinin karşı ticaret departmanının dâhil olduğu üçüncü bir tarafı da içermektedir²⁶.

Karşı alım sözleşmesinin unsurları birlikte ele alındığında sözleşmenin hüküm ve koşullarını belirleyen üç ayrı ancak birbirleriyle ilişkili sözleşme ügeninden bahsetmek mümkündür: (1) malların satışı karşılığında uygun bir bedeli içeren ana satış sözleşmesi; (2) asıl satıcının alıcıdan mal satın alma yükümlülüğünün hüküm ve koşullarını belirleyen karşı alım sözleşmesi; ve (3) her iki tarafın da diğer tarafın mallarını satın almak için kendi sözleşmelerini imzalamayı taahhüt ettiği, genellikle karşı satın alım sözleşmesine özel bir hüküm olarak dâhil edilen iki sözleşmeyi birbirine bağlamaya yarayan bir protokol²⁷.

Öğretide, karşı alım sözleşmesi ile ana satış sözleşmesinin birbirlerine karşılıklı bağımlılığı veya bağımsızlığı konusu tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen ilk görüş, irade muhtariyeti ilkesinin sözleşmeler hukukundaki yansımaları olan sözleşme özgürlüğü kapsamında ana satış sözleşmesinin sert bir şekilde bağımsızlığını savunur²⁸. Bu görüşü savunanlara karşı, ana sözleşmenin feshedilmesi durumunda, ana sözleşmedeki satıcının karşı alım sözleşmesindeki edimini yerine getirme yükümlülüğünün devam

²² Lochner, s.730.

²³ Grabow, s.258; Lochner, s.730; Van Dort & Friese, s.47.

²⁴ UNCITRAL Legal Guide, s.8.

²⁵ Hennart, J.F. & Anderson, Erin (1993) 'Countertrade And The Minimisation Of Transaction Costs: An Empirical Examination' Journal of Law, Economics & Organisation, Vol:9, No:2, s.292.

²⁶ Lochner, s.730.

²⁷ Guyot, s.930.

²⁸ Grabow, s.930; Urapeepatanapong, Kitipong (1987) 'Legal Aspects of Countertrade under the General Agreement on Tariffs and Trade and the National Laws of Canada and Thailand' (Master), The University of British Columbia, s.32.

etmesi noktasında eleştiriler getirilmektedir. Kanımızca, ikincil sözleşmenin varlığı, birincil sözleşmedeki malların teslimine dayandığı için birincil sözleşmenin herhangi bir nedenle ifa ile sona ermesinden dolayı ikincil sözleşmedeki ifa taraflar açısından anlamsız kalabilir. Dolayısıyla, böyle bir durumda, ikincil sözleşmedeki satıcıyı malların ifasına, alıcıyı da sözleşmedeki bedeli ödemeye zorlamak hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacaktır.

Karşı alım sözleşmesi, iki yazılı sözleşme neticesinde kurulmuş olsa bile genellikle tek bir müzakere ile akdedilir. Dolayısıyla tarafların mal ve/veya hizmet konusunda ihracat ve ithalatları açıkça birbirleriyle bağlantılıdır. Karşı alım sözleşmesinin kaçınılmaz olarak ana sözleşmeyi tamamladığı ve hâliyle ortak bir yapı oluşturduğu da öğretilen görüşler arasında yer almaktadır. Bunları ayırma veya ana sözleşmeden bağımsız ve özerk hâle getirme girişimleri, sözleşme akdedilirken sözleşme taraflarının iradelerine müdahale niteliğinde kabul edilmektedir. Ayrıca, iki sözleşme arasında mutabık kalınan noktaların üzerinden tekrardan geçen ve iki sözleşmeyi birbirine bağlayan ya karşı alım sözleşmesinde hüküm şeklinde ya da ayrı bir sözleşme ile akdedilen protokol, açıkça her iki sözleşme arasında çapraz bir referans noktasını oluşturmaktadır²⁹. Buna göre, son aşamada devreye giren protokol ile tarafların ana satış ve karşı alım sözleşmelerini yakından ilişkilendirme iradeleri açıkça vurgulanmaktadır.

3. Geri Satın Alım Sözleşmesi (*Buy-back*)

Geri satın alım terimi, bir tarafın bir üretim tesisini tedarik ettiği ve tarafların tesis tedarikçisinin veya tedarikçi tarafından belirlenen bir üçüncü kişinin bu üretim tesisinde üretilecek malları satın alacağını taahhüt ettiği işlemi ifade eder³⁰. Geri satın alım sözleşmesi, doğrudan elde edilen veya satıcı tarafından sağlanan teknoloji, tesis veya ekipmandan elde edilen malları içerir. Tesisin tedarikçisi genellikle

teknoloji ve eğitim, bazen de üretimde kullanılacak bileşen parçaları veya malzemeleri üreticiye sağlar. Bir üretim tesisinin tedariki genellikle banka finansmanı gerektirir. Geri satın alım sözleşmesi, tesis, ekipman veya teknolojinin bir tarafça diğerine satışını ve bunun karşılığında ilk aşamada bu malların alıcısı olan tarafın ürettiği malları ilk aşamada satıcı olan tarafa satışını içeren uzun vadeli bir sözleşmedir. Geri satın alım sözleşmesi, takas veya karşı alım sözleşmelerine nazaran geçerliliğini daha uzun süre koruyacak şekilde akdedilir³¹.

İlk satın alınan maldan üretilen malın satışı yoluyla ilk satın alınan malın bedelinin geri ödemesini ve kâr elde edilmesini amaçlayan geri satın alım sözleşmesine verilebilecek en yaygın örneklerden birisi de anahtar teslimli sözleşmedir³².

Batılı şirketler, büyük tesis, ekipman veya lisans satışlarını güvence altına almanın bir yolu olarak, Batı'daki durgun endüstriyel gelişme dönemlerinde geri satın alım sözleşmelerine yönelmişlerdir. Zira, tesis, ekipman ve teknoloji temini yapan taraf, genellikle Batılı çok uluslu bir şirket, bir bölgede yeni bir tedarik kaynağına sahip olmaktan ve potansiyel bir pazarda üstün bir konumda bulunmaktan fayda sağlayacaktır³³. Karşı taraf ise, tedarik edilen ekipman, teknoloji veya tesis aracılığıyla elde edecekleri hammadde veya bitmiş mallarının satışı için alıcısının hazır olmasından dolayı herhangi bir şekilde kâr endişesi duymadan mallarını üretmeye devam edebilecektir. Hatta bazı durumlarda, tesis, ekipman ve teknoloji tedarikçisi alıcı, mal henüz daha üretilmeden veya üretim aşamasındayken malı satıcıdan satın alarak nihai olarak üretilecek mal için satıcının ihtiyaçlarını karşılamasını da kolaylaştırabilir³⁴.

Geri satın alım sözleşmesinin özünü, birinci tarafın proje çıktısının bir kısmını pazarlamak için

²⁹ Guyot, s.939.

³⁰ UNCITRAL Legal Guide, s.9.

³¹ Guyot, s. 948.

³² Lochner, s. 731.

³³ Guyot, s. 949; Lochner, s. 731.

³⁴ Lochner, s. 731.

yaptığı sözleşme oluşturmaktadır. Aslında, geri satın alım sözleşmesi, ithalatçı tarafından satılacak karşı ticaret malının tedarikçiler tarafından sağlanan ekipman, tesis veya teknolojinin ürünü olması dışında karşı alım sözleşmesine benzer özelliklere sahiptir. Burada da üç ayrı sözleşmeden kaynaklanan bir ilişki mevcuttur³⁵: (1) sadece ekipmanı kapsayan geleneksel milletlerarası satış sözleşmelerini değil, aynı zamanda hizmetleri, inşaatı ve/veya anahtar teslimi sözleşmeleri de kapsayan birincil sözleşme; (2) bir karşı alım veya takas işleminde gerekli olan sözleşmeye benzer ikincil bir satış veya hizmet sözleşmesi; (3) birincil sözleşmeyi ve ikincil sözleşmeyi ayırmak veya birbirine bağlamak için kurulan bir protokol.

4. Karşılıklı Denkleştirme (*Offset*)

Başlangıçta neredeyse yalnızca savunma sanayisinde uygulanan bu işlem, günümüzde askeri olmayan malzemeler ve özel kuruluşlar arasındaki sözleşmeler de giderek yaygınlaşmaktadır³⁶. İhracatçıların uzun vadeli karşılıklı satın alma yükümlülüklerini taahhüt ettiği *offset* işlemleri, genellikle askeri teçhizatı, havacılık ürünlerini ve benzer şekilde büyük ölçekli, yüksek fiyatlı öğeleri içermektedir³⁷. *Offset* işlemleri, bitmiş malın alıcısından bileşenlerin ve hammaddelerin bir kısmının veya tamamının satın alınmasına bağlı olarak, bir ülkenin diğerinden bir mal satın alma sözleşmesi olarak bilinir. Bu işlemde çoğu zaman ithalatçı taraf bir hükümet veya devlet kuruluşudur³⁸. *Offset*'i diğer karşı ticaret uygulamalarından ayıran unsur da bu bakımdan, sözleşmeye dayalı olmaktansa Mutabakat Muhtırası adı verilen bir anlaşmayı içermesidir³⁹. *Offset* işlemindeki denk-

leştirme, ortak üretim, yüklenicinin üretimi vb. çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilmektedir.

Doğrudan *offset*, yabancı bir ülkeye ithal edilecek bir malın satıcısı, malı üretmek için kullanılan parçaları veya malzemeleri satın almayı kabul ettiğinde gerçekleşir. Doğrudan *offset*, satıcıya bileşen satan yerli yabancı şirketin kazandığı kâr nedeniyle ithal malın fiyatını etkili bir şekilde düşürdüğü için tarafların tercih ettiği bir karşı ticaret uygulamasıdır. Buradaki amaç, ihracatçı ve ithalatçı ülkeler arasındaki ticaret dengesizliklerini iyileştirmektir. Yabancı malın alıcısı doğrudan *offset* işleminden yararlanmasa bile yabancı ülkenin ekonomisi bu ilişkiden mutlaka olumlu yönde etkilenecektir. Örneğin, savunma sanayisinde faaliyetlerini yürüten bir şirketin tabiiyetinin bulunduğu devletin müttefiki konumunda bir başka devlete silah veya tank satma yetkisinin bulunduğu durumlarda, tank satın almak isteyen ve satıcı şirketin tabiiyetinin bulunduğu devletin müttefiki olan X devleti ile savunma sanayisinde faaliyet gösteren şirket, doğrudan *offset* ilişkisi kurabilir. X devleti, tankları üretecek şirketin, tankların üretiminde kullanacağı çeliği, satıcının X devletinde faaliyet gösteren çelik şirketlerinden birinden satın alması koşuluyla sözleşmenin kurulacağına ilişkin sözleşmede bir hüküm öngörürse, X devleti ile tank satımını gerçekleştirecek şirket arasında doğrudan *offset* ilişkisinin bulunduğu söylenebilecektir.

Dolaylı *offset* ilişkisinin temelindeki fikir, doğrudan *offset* ile aynıdır, ancak dengeleme aynı ticari işlem ile gerçekleşmez. Dolaylı *offset*, ithalatçının yabancı hükümetin ülke ekonomisine uzun vadeli bir yatırım yapması gerektiğinde söz konusu olur. En sık rastlanılan dolaylı *offset* ilişkisinde, ithalatçı, yabancı devletin ülkesinde istihdam yaratacak ve ülke ekonomisinin inşasına yardımcı olacak bir fabrika kurar. Böylelikle yabancı ülkenin ekonomisinde bulunan işsizlik, döviz rezervi azlığı gibi birtakım ekonomik problemlerin iyileştirilmesinde olumlu adımlar atılmış olur.

Sözleşmelerin sayısı, ticari tarafların ne tür bir *offset* ilişkisine girdiklerine bağlı olacaktır. Kural

³⁵ **Urapeepatanapong**, s. 41.

³⁶ **Nassimbeni**, Guido & **Sartor**, Marco (2009) 'Countertrade: Literature Review and Directions for Research' POMS 20th Annual Conference, Orlando, Florida U.S.A., s. 7.

³⁷ **Kreuzer**, Jerry G. (1997) 'International Countertrade' Internal Auditor, Vol:54 No:2, s. 42.

³⁸ **Guyot**, s. 943; **Urapeepatanapong**, s. 45.

³⁹ **Oh**, Marie J. (1985) 'The Need for a United States Countertrade Policy' Northwestern Journal of International Law & Business, Vol:7, No:1, s. 121.

olarak iki sözleşme olacaktır: (1) Birincil satış ve/veya hizmet sözleşmesi ve (2) ikincil alt sözleşme veya ortak yapım sözleşmesi. Bu iki anlaşma ayrılabilir veya birbirine bağlanabilir niteliktedir. İthalatçı bir ülkede yatırımın sözleşme şartı olarak düzenlendiği dolaylı *offset* işlemlerinde olduğu gibi kalıcı şekilde denkleştirme ilişkileri oluşturulabilir⁴⁰.

Kanada, ABD şirketi olan McDonald Douglas ve General Dynamics'ten 2,37 milyar dolarlık CF-18 uçağı satın alırken *offset* sözleşmesi akdetmiş, ilgili ABD firmaları, bunun karşılığında Kanadalı alt yükleniciler kiralamayı, özel havacılık ve elektronik teknolojiyi Kanadalı şirketlere devretmeyi, Kanada'da tesisler kurmayı ve turist endüstrisini desteklemeyi ve Kanada mallarının ihracat pazarı programını geliştirmeyi kabul etmiştir⁴¹.

III. TARAFLARCA UYGULANACAK HUKUKUN AÇIKÇA SEÇİLMİŞ OLMASI

A. GENEL OLARAK

Bu bölüm, tarafların serbest iradeleri sonucunda akdedilen milletlerarası karşı ticaret sözleşmesi sonucunda ortaya çıkabilecek ihtilâflarda sözleşmede öngörülmüş veya ihtilâf çıktıktan sonra öngörülebilir olan uygulanacak hukuk konusuna odaklanmaktadır. Ayrıca, her bir karşı ticaret sözleşmesinin ve bu sözleşmelerin birer parçasını oluşturan sözleşmelerin tek bir ulusal kanuna mı yoksa farklı ulusal kanunlarla veya Viyana Konvansiyonu olarak da bilinen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (*United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods*)⁴² mı tâbi olması gerektiği sorusu da ele alınacaktır.

Tarafların sözleşmede bu hususa yer vermeleri şartıyla çoğu hukuk düzeninde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca, ihtilâf hâlinde uygulanacak

olan hukuku sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında tarafların seçmelerine izin verilir. Ancak tarafların uygulanacak hukuku belirlemelerinin yetkili mahkemeye ilişkin de bir seçim yaptıkları anlamına gelmeyeceğini vurgulamakta fayda görmekteyiz. Tarafların hukuk seçimi ne olursa olsun, yukarıda da bahsi geçen, devletlerin karşı ticaret işlemlerine ilişkin yürürlükte bulunan doğrudan uygulanan kuralları, karşı ticaret sözleşmelerindeki uygulanacak hukuk ile ilgili tarafların seçimini etkileyebilir. Bu anlamda tarafların seçilen hukuka göre çözümlenmesini istedikleri konuları belirleme özgürlükleri sınırlı olabilir⁴³. Bu kuralların Türk hukukundaki dayanağını, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun⁴⁴'un 6'ncı ve 31'inci maddeleri oluşturmaktadır. Uluslararası fon transferleri, karşı ticaret işlemlerinde alınıp satılabilecek mal türleri ve kısıtlayıcı iş uygulamaları gibi doğrudan uygulanan ulusal kurallar kamu yararına ilişkin belirli konuları düzenleyebilir. Yani karşı ticaret işlemleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek ihtilâfların çözümüne yönelik sözleşme serbestisinin önüne geçecek ulusal kurallar söz konusu olabilir.

Milletlerarası karşı ticaret sözleşmesinin ana unsurlarından birini oluşturan satış sözleşmesinin, Viyana Konvansiyonu'na tâbi olması mümkündür. Sonuç itibarıyla, bir karşı ticaret işlemin temel unsuru, satış sözleşmesidir. Viyana Konvansiyonu'nun 1'inci maddesine göre, devletlerin âkit devlet olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atfı yapılması koşuluyla, iş yerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satış sözleşmelerine Viyana Konvansiyonu'nun hükümleri uygulanır⁴⁵. Ancak öğretilde, taraflar uygulanacak hukuk olarak Viyana Konvansiyonu'na âkit bir devle-

⁴⁰ **Urapeepatanapong**, s. 45-46.

⁴¹ **Urapeepatanapong**, s. 46.

⁴² Çalışmamız boyunca kısaltması Viyana Konvansiyonu veya Konvansiyon olarak kullanılacaktır.

⁴³ **UNCITRAL Legal Guide**, s. 160.

⁴⁴ R.G., 12.12.2007, 26728 S.; Çalışmamız boyunca kısaltması MÖHUK olarak kullanılacaktır.

⁴⁵ **Martínez**, W.F. (2020). 'El Carácter Dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un Factor de Incertidumbre en la Determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Compraventa Internacional?' *Revista Jurídicas*, Vol. 17, Núm.1, s.72.

tin hukukunu belirleseler bile, tedarik sözleşmesi kurma taahhüdünü içeren karşı ticaret sözleşmesi türlerine Viyana Konvansiyonu'nun uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır⁴⁶. Bununla birlikte, bazı ulusal kanunlarda, sözleşmenin kurulabilmesi için öngörülen tüm esaslı unsurları içeren ana sözleşmenin bulunmasına rağmen henüz fiilen imzalanmamış bir karşı ticaret sözleşmesine Viyana Konvansiyonu'nun uygulanabilirliği konusunda belirsizlik olmadığı görülmektedir⁴⁷. Bunun nedeni ise, söz konusu devletlerin ulusal hukuklarında yer alan sözleşme hukuku düzenlemelerine göre, ön satış sözleşmesi ile tarafın, asıl satış sözleşmesine rıza göstermiş olduğu ve asıl satış sözleşmesindeki yükümlülükleri ile bağlı olduğunun kabul edilmesidir. Ayrışan bu uygulamaların yarattığı belirsizlikleri ortadan kaldırmak için milletlerarası sözleşmelere ilişkin uyumsuzlukların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi tavsiye edilmektedir⁴⁸.

B. UYGULANACAK HUKUKUN SEÇİMİ

Karşı ticaret sözleşmesinin yabancı unsur içermesi hâlinde ihtilâfların çözümü konusunda uygulanacak hukukun açık bir şekilde tespit edilebilmesi adına tarafların uygulanacak hukuku belirlemeleri arzu edilen bir durumdur. Uygulanacak hukukun seçimi özellikle, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirme noktasında yaptıkları eylemler veya sözleşmeden doğan haklarını korumak amacıyla aldıkları tedbirleri seçilen hukukta bulunan gerekliliklere göre düzenlemelerine olanak tanıdığından taraflar açısından faydalıdır. Bu konuda, uluslararası ticarete "yeni" olarak kabul edilebilecek sözleşmelerde, uygulanacak hukuk seçiminin neredeyse gereksiz bir öneme sahip olduğunu belirten ve taraflar için kilit unsurun, tarafların istedikleri hükümlere ve koşullara sahip bir sözleşmenin çizilmesi ve kurul-

ması olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁴⁹.

Tarafların uygulanacak hukuku seçmemesi hâlinde, milletlerarası özel hukuk kurallarının sağladığı sonuç tarafları hukuki anlamda tatmin etmeyebilir. Örneğin, yabancılık unsuru barındıran bir karşı ticaret sözleşmesinde tarafların uygulanacak hukuku belirlememesi hâlinde, milletlerarası özel hukuk kuralları ve MÖHUK 24(4) maddesi gereğince, karşı ticaret sözleşmelerinden karşı alım sözleşmesinde veya *offset'te* olduğu gibi içinde satış sözleşmesi barındıran sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun hukuku⁵⁰, yani satıcının hukuku sözleşmeden doğan ihtilâfların çözüme kavuşturulmasında uygulama alanı bulacaktır⁵¹. Aksi bir durumda, taraflar, birincil veya ikincil sözleşme için hukuk seçimi yapmış olabilir. İstisnai durumlarda hem birincil sözleşme hem de ikincil sözleşme için ortak olan sözleşme hükümleri aynı hukuka tâbi olmayabilir⁵². Buna ilişkin öğretilerdeki tartışmalar aşağıda detaylı bir şekilde incelenecektir.

⁴⁹ **Esteban de la Rosa**, s. 280.

⁵⁰ Karakteristik edim, sözleşmenin karakterini oluşturan, sözleşmenin isimlendirilmesindeki başlıca unsur olarak ifade edilebilir. Örneğin, bir satış sözleşmesinde, satıcının edimi satılanın mülkiyetinin alıcıya devri iken, alıcının edimi ise, sözleşmede kararlaştırılan bedeli satıcıya ödemedir. Bu sözleşmeye ismini veren edim, satış eylemidir. Zaten öğretilerde genellikle sözleşme edimlerinden birinin para olması durumunda, karşı tarafın ediminin karakteristik olduğu kabul edilmektedir. **Özdemir Kocacakal**, Hatice (2010) 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanın Kuralları' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.30, S.1-2, s.52. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Akinci**, Ziya (2020) Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 56-58; **Can**, Hacı & **Toker**, Ali Gümrah (2016) Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 1.Baskı, Ankara, Adalet, s.68; **Doğan**, Vahit (2020) Milletlerarası Ticaret Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Savaş, Üçüncü Bölüm; **Güngör**, Gülin (2000) Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Yetkin, Ankara, s.192-194; **Tiryakioğlu**, Bilgin (1996) Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Âkitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, S. 503, s.42.

⁵¹ **Van Dort & Friese**, s. 58.

⁵² **UNCITRAL Legal Guide**, s. 162.

⁴⁶ **UNCITRAL Legal Guide**, s. 161; **Urapeepatanapong**, s. 190-191.

⁴⁷ **UNCITRAL Legal Guide**, s. 161.

⁴⁸ **Urapeepatanapong**, s. 197.

Bazı ulusal hukuk düzenlerinin milletlerarası özel hukuk kanunları, tarafların sözleşme özgürlüklerini sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca serbestçe belirlenmesi açısından sınırlamaktadır. Bu sınırlama, kendisini, sözleşmeye uygulanacak hukukun sadece taraflardan birinin devleti veya ifa yeri hukukunun seçilmesine izin verilmesi olarak veya daha başka görüşlerde gösterebilir. Literatürde bu kurala “*nexus kuralı*” da denmektedir⁵³. Bazı hukuk düzenlerinde bu konuda kısıtlamalar öngörülmüş olsa da çoğu uluslararası özel hukuk sisteminde, tarafların birincil ve ikincil sözleşmelere uygulanacak hukuku takdir etmelerine müsaade edilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözecek mahkeme, uyuşmazlığa kendi devletinde yürürlükte olan özel milletlerarası hukuk kurallarını uygulayacağından, uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkemelerin milletlerarası özel hukuk kuralları tarafından onaylanacak hukuk seçimleri üzerinde anlaşmaları tarafların lehine sonuçlar doğuracaktır.

Bir karşı ticaret işleminin uygulanması, genellikle, birçok sorunun ve uyuşmazlığa sebep olabilecek yanlış anlaşılmaların çözümü için tahkim veya mahkemeye başvurmadan taraflar arasında devam eden görüşmeleri içerir. Bu tür tartışmalar sonucunda sözleşmelerden herhangi biri üzerinde değişiklik yapılırsa, bu değişikliğin sözleşmede mutlaka yazılı olarak yapılması değişikliğin hukuken sıhhati için önem arz eder.

Milletlerarası özel hukukta bazı devletler, tarafların, işlemlerinin ulusal bir hukuka değil de milletlerarası ticaretle ilgili bir dizi hukuk kuralını içeren milletlerarası bir antlaşma veya bağlayıcılığı olmayan birtakım hukuki ilkelerin yer aldığı milletlerarası hukuki bir metne tâbi olması gerektiği konusunda devletlerin hemfikir olabileceğini savunmaktadır⁵⁴. Ancak bunun aksini ileri süren devletlere göre ise, ya tarafların uygulanacak hukuk seçimine izin verilmiyip *lex fori*'nin belirleyeceği hukukun uygulanmasını sağlamak ya da forum hukukun yürürlükteki doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olmamaları kaydıyla

tarafların seçimine sınırlı bir geçerlilik tanınmasının hem taraflar hem de devletler açısından daha faydalı bir yöntem olacağı ifade edilmektedir.

Farklı yasaların geçerli olduğu iki veya daha fazla bölgesel birimi olan devletlerde (bazı federal devletlerde olduğu gibi, örneğin ABD), tereddütlere yer vermemek için tarafların hangi bölgenin hukukunun uygulanmasını istediklerini açıkça sözleşmede belirtmeleri tavsiye edilmektedir⁵⁵. Ancak taraflar bu konuda açık bir seçim yapmamışlarsa, MÖHUK'un 2(5)'inci maddesi gereğince, bu bölge, ilgili devletin hukukuna göre belirlenir. İlgili devlette belirleyici bir hüküm bulunmuyorsa uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır⁵⁶.

Taraflar, karşı ticaret sözleşmesine, yalnızca karşı ticaret sözleşmesi için değil, aynı zamanda karşı ticaret sözleşmesi uyarınca imzalanacak gelecekteki karşı ticaret sözleşmeleri için de uygulanacak hukuku belirleyecek bir hukuk seçimi maddesi ekleyebilir. Bu şekilde taraflar, birincil sözleşmeden kaynaklanan, ancak ikincil sözleşmede ele alacakları bir uyuşmazlığa da hangi hukukun uygulanacağını belirleyebilirler.

C. TARAFLARIN BİRİNCİL VE İKİNCİL SÖZLEŞMELER İÇİN FARKLI UYGULANACAK HUKUK SEÇİMLERİ

Taraflar, sözleşmeden doğan tüm hak ve yükümlülüklerini iki yönde tek bir sözleşmede somutlaştırabilir. Bu tek sözleşmedeki uygulanacak hukuk seçimi, aksi bir hükmün bulunmaması hâlinde, sözleşmeden doğan tüm uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Ancak, taraflar genellikle birden fazla sözleşmede iki yönlü hak ve yükümlülüklerini ortaya koymayı tercih etmektedirler. Çok sözleşmeli karşı ticaret işlemlerinde, taraflar, birincil sözleşmenin yanı sıra, üçüncü bir kişinin mal satın almak veya

⁵³ UNCITRAL Legal Guide, s.162.

⁵⁴ UNCITRAL Legal Guide, s.162.

⁵⁵ Nomer, Ergin (2017) Devletler Hususî Hukuku, 22.Baskı, İstanbul, Beta, s.22-27.

⁵⁶ Çelikel & Erdem, s.25-28; Doğan, Vahit (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Baskı, Ankara, Savaş, s. 16-17; Nomer, s.27

tedarik etmek için dâhil olduğu hukuki ilişkilerde de sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için tek bir hukukun uygulanmasına kararlaştırabilirler. Bu şekilde, ikincil sözleşmeden doğacak bir sorun, birincil sözleşmede tarafların belirledikleri hukuk seçimi neticesinde çözülebilecektir.

Karşı ticaret sözleşmesinin ve bu karşı ticaret sözleşmesine göre tek veya çift yönlü imzalanacak gelecekteki ikincil sözleşmeye taraflarca öngörülmüş uygulanacak hukukun aynı olması, forum mahkemesinin uygulanacak hukuku belirlemesi açısından kolaylık sağlayacaktır. Özellikle, birincil sözleşme gelecekteki ikincil sözleşmelerin şartlarına dair hükümler öngörüyorsa, ilk sözleşmedeki bu hükümlerin daha sonra gerçekleştirilecek ikincil sözleşmeye dâhil edilmesi hâlinde, bu iki sözleşmedeki hükümlerin aynı yasal içeriği ifade etmelerinin sağlanması, bu konuda tarafların uygulanacak hukuk seçimini açıkça belirlemeleri ile mümkün olacaktır. Bu anlamda ifaya, malların kalitesine ve teslimat koşullarına ilişkin şartlar açısından hukuki anlam tutarlılığı taraflar açısından tavsiye edilebilir⁵⁷.

Taraflar, iki sözleşmeden de doğan hak ve yükümlülüklerini yüksek derecede birbirleriyle ilişkili olacak şekilde yapılandırmışlarsa, sözleşmeleri tek bir ulusal hukuka tâbi tutmayı uygun bulabilirler. Tarafların yükümlülüklerinin yakından ilişkili olduğu işlemlere, takas ve doğrudan *offset* işlemleri örnek verilebilir. Bu tür işlemlere birden fazla ulusal kanunun uygulanması, tarafların yükümlülükleri arasında tutarsızlığa yol açabilecektir⁵⁸.

Karşı alım, geri satın alım ve dolaylı *offset* işlemlerinde durum takas ve doğrudan *offset* işlemlerinden biraz daha farklıdır. Tarafların akdedecekleri bu tür karşı ticaret sözleşmelerinde, tarafların hak ve yükümlülüklerinin tâbi olacağı hukukun tek veya farklı olması konusunda doğrudan *offset* ve takas işlemlerinin aksine herhangi bir tavsiye bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmeden doğan ilişkilerin

bazılarında, taraflar tüm hak ve yükümlülüklerini tek bir kanuna tâbi tutmak isteyebilirler. Taraflar birden fazla ulusal kanunu hesaba katmak yerine tek bir ulusal kanuna göre sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesini tercih edebilirler. Bununla birlikte, tarafların ihracat sözleşmesini bir hukuka ve karşı ihracat sözleşmesini başka bir hukuka tâbi tutmaya karar verdiği durumlar da olabilir. Taraflar, belirli bir devletin ulusal hukukunun sağladığı menfaatten istifade edebilmek için sözleşmelerden birine uygulanacak hukuku diğerine uygulanacak hukuktan farklı olarak kararlaştırabilirler.

Başlangıçta satın almayı taahhüt eden taraf, bu taahhüdü yerine getirmek için üçüncü bir kişi ile anlaşırca hem karşı ticaret sözleşmesinde hem de üçüncü kişi ile imzalanan sözleşmede bulunan terimlerin aynı anlamı ifade etmesini sağlamak amacıyla satın almayı taahhüt eden taraf ve üçüncü taraf, akdettikleri sözleşmenin karşı ticaret sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi olmasını isteyebilirler. Ayrıca, karşı ticaret sözleşmesinin bir ihracat sözleşmesine dâhil edilmesi durumunda, aksine bir hüküm yoksa, ihracat sözleşmesindeki hukuk seçimi şartı, karşı ticaret sözleşmesini oluşturan maddeleri de kapsayacak şekilde uygulama alanı bulabilecektir⁵⁹.

D. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN UYGULANACAK HUKUK SEÇİMİNE ETKİLERİ

1. Genel Olarak

Tarafların uygulanacak hukuk konusundaki açık seçimi sonucunda uygulanacak hukuka ek olarak, tarafların devletlerinde ve diğer devletlerde yürürlükte olan idari veya diğer kamusal nitelikteki doğrudan uygulanan kurallar⁶⁰ karşı ticaret sözleş-

⁵⁷ UNCITRAL Legal Guide, s.166.

⁵⁸ UNCITRAL Legal Guide, s.166.

⁵⁹ UNCITRAL Legal Guide, s.167.

⁶⁰ Çelikel & Erdem, s.153-158; Kösoğlu, Mehmet (2008) 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S:28, No:1-2, s. 149; Nomer, s. 184-189.

mesinde tarafların kararlaştırdıkları hukuku belirli açılardan etkileyebilir. Uluslararası ticarete, doğrudan uygulanan kural kavramının sözleşmeye dayalı bir kavramdan ziyade kamusal bir içeriğe veya boyuta sahip olduğu da belirtilebilir⁶¹. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, doğrudan uygulanan kurallar karşısında ikincil bir role sahip olduğundan, sözleşme şartına ait kuralların geçerliliğine yönelik yaklaşım değişebilir. Dolayısıyla, burada dikkat edilmesi gereken, çoğu zaman kamu menfaatinden kaynaklanan doğrudan uygulanan kuralların sözleşme serbestisi ilkesine müdahale etmesidir⁶².

Bu doğrudan uygulanan kurallar, kuralları koyan devletin vatandaşlarına veya o devletin hâkimiyet alanındaki topraklarda belirli ticari faaliyetlerde bulunanlara yönelik olabileceği gibi sözleşmede bu kişilerin karşı edimini üstlenen taraflarla da ilgili olabilir. Dolayısıyla, taraflar, birincil ve ikincil sözleşmelerin taslağını hazırlarken devletin ekonomik, sosyal, mali veya dış politikasının uyumunu sağlamayı amaçlayan bu doğrudan uygulanan kuralların varlığını sözleşme kurulmadan dikkate almalıdırlar.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralları, *lex fori*, *lex causae* ve son olarak, doğrudan uygulanan kuralların emredici yapısının adaletsiz sonuçlarını nispeten engelleyebilmek için MÖHUK'un 31'inci maddesinde öngörölmüş tarafların akdettiği sözleşme ile yakınlığı dolayısıyla üçüncü bir devletin doğrudan uygulanması gereken kuralları olarak üç ana başlık altında incelemek mümkündür⁶³. Buna

göre, MÖHUK'un 6'ncı maddesi kapsamında uygulama alanı bulan doğrudan uygulanan kurallar, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmiş olmasına rağmen, forum ülkesindeki ülkenin sosyal, ekonomik ve politik tercihleri neticesindeki forum mahkemesi hukukunda bulunan ve irade muhtariyeti ilkesinin sözleşmedeki yansımaları sözleşme serbestisinin önüne geçen maddi hukuk kuralları olarak kendini göstermektedir⁶⁴. Yine Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kurallar Türk mahkemelerinin önüne gelen ihtilâfa müdahale etme gerekliliği yaratıyorsa, hâkim bu kuralları MÖHUK'un 6'ncı maddesi uyarınca, uygulanacak yabancı hukukun objektif bağlama kuralları doğrultusunda MÖHUK'a göre tespit edildiği durumlarda, tespit edilen uygulanacak yabancı hukuk kuralları yerine somut olaya uygulayacaktır⁶⁵. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, milletlerarası hukukun hakkaniyet ilkesi ile özdeşleşmesi bakımından gerek milletlerarası gerekse de MÖHUK gibi ulusal düzenlemelerde yer alan bir ilkedir⁶⁶.

Bu tür doğrudan uygulanan kurallar genel nitelikte olabilir, çeşitli ticari işlem türleri için geçerli olabilir veya karşı ticarete ilişkin işlemlere mahsus olabilir. Genel nitelikteki kurallar, devletin güvenlik gereksinimleri, çevrenin korunması, sağlık ve çalışma koşulları, tüketicinin korunması, yerel personelin istihdamı, kısıtlayıcı iş uygulamaları, gümrük vergileri, vergiler ve ihracat, ithalat, teknoloji veya yabancı para transferi üzerindeki kısıtlamalarla ilgili olabilir⁶⁷.

⁶¹ **Çelikel & Erdem**, s.153; **Esteban de la Rosa**, s.281; **Kösoğlu**, s.149; **Nomer**, s. 185.

⁶² **Akıncı**, Ders Kitabı, s.23; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 276.

⁶³ Bu hususta detaylı bilgi için bkz. **Akıncı**, Ders Kitabı, s. 23, 51-52; **Can & Toker**, s. 64; **Çelikel**, Aysel & **Erdem**, Bahadır (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, 14.Baskı, İstanbul, Beta, s.153-158, 411; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 277; **Doğan**, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s.131-140; **Erkan**, Mustafa (2011) 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, S:2, 81-121; **Şanlı**, Cemal & **Esen**, Emre & **Ataman Figenmeşe**, İnci (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, İstanbul, Beta, s.7-11, 332-336.

⁶⁴ **Tüysüz**, Cemre (2019) 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:14, s. 466.

⁶⁵ **Vural Çelenk**, Belkıs (2017) 'Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması' Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:1, s. 285.

⁶⁶ **Çelikel & Erdem**, s.156-157; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s.282

⁶⁷ **UNCITRAL, Legal Guide**, s.168.

Karşı ticarete mahsus doğrudan uygulanan kurallar verilebilecek örnekler⁶⁸:

- (1) belirli karşı ticaret işlemleri türleri, hükümet onayına tâbi tutulabilir;
- (2) belirli mal türlerinin ithalatı, yalnızca belirli karşı ticaret türleri çerçevesinde gerçekleştirilebilir;
- (3) karşı ticaret işleminde yalnızca belirli mal türlerinin kullanılmasına izin verilebilir;
- (4) bir karşı ticaret taahhüdünün yerine getirilmesi sonucunda satın alınan malların menşe şartlarını karşılaması gerekebilir;
- (5) belirli mal türlerinin satın alınması, karşı ticaret taahhüdünün belirli oranlarda yerine getirilmesi koşuluna bağlanabilir;
- (6) döviz transferi gerektiren karşı ticaret işlemi ile bağlantılı ödeme için hükümet yetkililerinin izni aranabilir;
- (7) Belirli mali kurumların aracılık yaptığı ifa söz konusu olabilir.

Taraflar, sözleşmelerin akdedilmesinden sonra karşı ticaret ilişkisinde, doğrudan uygulanan bir kuralın ilan edilmesi veya değiştirilmesiyle ilgili olarak karşı ticaret taahhüdünün yerine getirilmesinin engellenmesi olasılığını da sözleşmede ele almak isteyebilir ve buna ilişkin bir hükme sözleşmede yer verebilirler.

2. Doğrudan Uygulanan Kuralların GATT İlkelere İhlal Edip Etmediği Konusundaki Tartışmalar

Uluslararası alanda ticareti ana hatlarıyla düzenleyen kurallar, GATT'da yer alan uluslararası kurallardır. GATT, özellikle, ulusal anti-damping ve telafi edici vergi yasaları için çerçeve bir metin olması nedeniyle uluslararası ticarete önemli bir yere sahiptir. GATT, başlangıçta karşılıklı tarife indirimleri için uluslararası bir anlaşma olarak tasarlanmıştır. Uluslararası Ticaret Örgütü (*International Trade Organiza-*

tion)⁶⁹'nün kurulması ile birlikte de âkit devletlerin tarife dışı yasaklara ilişkin uygulamalarının ve GATT himayesinde müzakere edilen tavizlere âkit devletlerce riayet edilmesinin denetlenmesini sağlamak amaçlanmıştır⁷⁰. Ancak ITO somutlaştırılmayınca, GATT'da yer alan tarife dışı yasaklarla ilgili yükümlülükler, aslında, konuyu ele alan uygulanabilir uluslararası ticaret kuralları hâline geldi.

Karşı ticaret uygulamalarının GATT ile ne ölçüde tutarlı olduğu öğretide çoğu kez tartışılmış bir konudur. Zorunlu karşı ticaretin genellikle iki ticaret ortağı arasında gerçekleştirilen özel bir sözleşme olması ve hükümet müdahalesini içermesi, zorunlu karşı ticaretin GATT ihlali olup olmadığı konusundaki bu tartışmalara neden olmuştur⁷¹. GATT, karşı ticareti özel olarak yasaklamamakla birlikte bazı yazarlar⁷², zorunlu karşı ticaretin "miktar kısıtlama yasağı", "en çok kayırılan millet" ve "eşit muamele" ilkeleri dâhil olmak üzere çeşitli GATT ilkelerini ihlal ettiğini ileri sürmektedirler.

GATT bağlamında karşı ticaret uygulamalarının birkaç nedenden ötürü ciddi anlamda ele alınmamasından dolayı bu değerlendirmeyi yapmak oldukça zordur. İlk olarak, GATT'ın karşı ticaretle başa çıkmadaki etkinliği eski Sovyetler Birliği ve Doğru Avrupa ülkelerinin çoğunun GATT'a taraf olmaması nedeniyle sınırlıdır⁷³. Zira karşı ticaret çoğunlukla GATT'a katılmayan eski Komünist devletler tarafından gerçekleştirilmektedir. İkincisi, uluslararası kurumlar ve özel şirketler, hükümetlerin zorunlu kıldığı karşı ticaret uygulamalarına hararetle bir şekilde karşı gelmektedirler.

⁶⁹ Çalışmamız boyunca kısaltması ITO olarak kullanılacaktır.

⁷⁰ **Zarin**, Donald (1988) 'Countertrade and the Law' *George Washington Journal of International Law and Economic*, Vol:18, No:2, s. 241.

⁷¹ **Verdun**, s. 201.

⁷² **Verdun**, s. 201.

⁷³ **Baker**, S.A & **Cunningham**, R.O. (1983) 'Countertrade and Trade Law' *Journal of Comparative Business and Capital Market Law*, Vol:5, No:4, s. 376.

⁶⁸ **UNCITRAL, Legal Guide**, s.168.

Karşı ticaret uygulamalarının GATT ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini ileri süren yazarlar, genel anlamda karşı ticaret sözleşmelerinin GATT kapsamında kabul edilebileceğini savunmakla birlikte, buradaki kabul edilebilirliğin, işlemin amacı ile bağlı olduğunu belirtmektedirler. Yani liberal, çok taraflı bir ticaret sistemi için sorun yaratacak karşı ticaret uygulaması, isteğe bağlı olarak ekonomik nedenlerle gerçekleştirilen karşı ticaret değil, ulusal hükümetin karşı ticareti zorunlu kıldığı için yapılan işlemlerdir⁷⁴. Devletin ticaretle uğraşan kuruluşlarının sürekli olarak karşı ticarete başvurmaları hâlinde, karşı ticaret uygulamasının zorunlu tutulduğu o hükümetin resmî kaynaklarında yer almıyorsa bile, bu tür bir eylem bunun bir hükümet uygulaması olduğu varsayımına yol açmaya yeterlidir⁷⁵.

Hükümetin zorunlu kıldığı karşı ticaret düzenlemeleri, GATT'ın lafzı olmasa bile, muhtemelen ruhunu ihlal etmektedir. GATT, tarife imtiyazlarından elde edilen faydaları en üst düzeye çıkarabilmek için uluslararası ticarete devlet müdahalesini ortadan kaldıran veya en aza indirmeyi amaçlayan kurallar bütününden oluşmaktadır. Hâliyle, devletin zorunlu kıldığı karşı ticaret, malların serbest dolaşımına doğrudan müdahale teşkil eder ve ticareti bozucu etkilere ve dengesizliklere neden olabilir. Bu nedenle, hükümetin zorunlu kıldığı karşı ticaret işlemleri, GATT'ın birincil misyonunu bozma eğilimindedir. Örneğin, GATT'ın XI. maddesinin kapsamı oldukça geniş olup GATT'ın kota uygulamalarını azaltmaya yönelik birincil hedefini yansıtmaktadır. Bununla birlikte, GATT, bir âkit devletin karşı ticaret gerekliliklerini haklı gösterebileceği boşluk ve istisnalar da sağlamaktadır. Örneğin, az gelişmiş ve gelişmekte olan devletler, ekonomik kalkınmayı teşvik etmek için karşı ticaret gerekliliklerinin dayatılması gibi davranışları GATT bünyesinde tartışmaya sunan özel bir statüye sahiptir. Madde XII, üye devletler tarafından empoze edilen nicel

kısıtlamaların gerekli olabileceğini kabul etmekte ve ödemeler dengesi sorunlarını hafifletmek için ithalata uygulanmasına izin vermektedir⁷⁶. XVIII. madde, daha az gelişmiş ülkelere, bu tür kısıtlamaları, XII. maddede öngörülenden daha liberal bir şekilde uygulamalarına da imkân sunmaktadır. Bu tür durumlarda karşı ticaret gereksinimleri GATT'ı ihlal etmez⁷⁷.

Aslında, karşı ticaret, ticaret yapamayacak konumdaki devletlere ticaret yapabilme fırsatı yaratmasından dolayı ticareti serbestleştirmektedir. Kanımızca, uluslararası ticareti olumsuz yönde etkileyecek ithalat kotaları gibi devlet müdahalelerinin önüne geçmek ve ticareti serbestleştirmek için GATT bünyesinde oluşturulmuş kurallar, karşı ticaretin temel itibarıyla GATT üyesi olmayan ve daha az gelişmiş devletler tarafından uygulanmasından dolayı GATT ilkeleri pratikte ihlal edilmemektedir. Öte yandan, GATT kapsamında, likidite sıkışıklığı yaşayan üyeler ve daha az gelişmiş üyeler tarafından nicel sınırlamalar getirilebilir⁷⁸. Kısacası, somut olayın özelliklerine göre makul bir ticaret dengesi oluşturmanın bir yolu olarak karşı ticaret uygulamalarının kullanılması, GATT'ın serbest piyasa oluşturmaya yönelik ilkelerine aykırılık oluşturmayacaktır.

IV.HUKUK SEÇİMİNİN BULUNMADIĞI DURUMLARDA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

A. TARAFLAR ARASINDA HUKUK SEÇİMİNİN BULUNMADIĞI DURUMLARDA MÖHUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Tarafların sözleşmeye dayanan ilişkiye uygulanacak hukuku seçmemesi hâlinde, uygulanacak hukuk, forum ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanmasıyla belirlenir⁷⁹. Milletlerarası

⁷⁴ Oh, s.134.

⁷⁵ Oh, s.134.

⁷⁶ Zarin, s. 243.

⁷⁷ Zarin, s. 244.

⁷⁸ Baker & Cunningham, s. 378.

⁷⁹ UNCITRAL Legal Guide, s. 162. Milletlerarası özel hukukta takasta uygulanacak hukuk için bkz. Develioğ-

özel hukuk kurallarına göre satış sözleşmesine uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun, yani satıcının iş yerinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Bu kural, malların uluslararası satışına ilişkin tüm uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır⁸⁰. Yine MÖHUK'un 24(4)'üncü maddesi gereğince, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda, bir ticari faaliyet gereği kurulan satış sözleşmesine, karakteristik edim borçlusunun, yani satıcının iş yerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Satıcının iş yeri her zaman satıcının ikametgâhının bulunduğu yerde olmasa da satıcı genellikle bulunduğu ülkede ticari faaliyetlerini yürütmeyi tercih eder. Dolayısıyla satış sözleşmelerinde taraflarca herhangi bir hukuk seçimi yapılmazsa, satış sözleşmesinden doğan ihtilâfın çözümlenmesine uygulanacak hukuk, satıcının iş yerinin bulunduğu yer hukukudur⁸¹. Herhangi bir hukuk seçimi yapılmazsa, normal şartlar altında sözleşmeye satıcının hukuku uygulanacaktır. Ancak karşı ticaret sözleşmeleri birden çok satış sözleşmesi ve benzeri işlemleri ihtiva etmesi nedeniyle, bu sözleşmeleri bir bütün olarak kabul edenlere göre, birincil sözleşmedeki satıcının hukukunun hem birincil hem de ikincil sözleşmeye uygulanacaktır⁸². Öğretide bu görüşü savunanlar, ikincil sözleşmeyi birincil sözleşmenin bir aksesuarı olarak nitelendirirler⁸³. Karşı alım ilişkisinde olduğu gibi iki ayrı satış sözleşmesi bulunan karşı ticaret uygulamaları genellikle aynı anda tek bir müzakere ile gerçekleştirilmektedir. Bu görüşün eleştirilebileceği noktalardan

birisi de aynı anda ve tek bir müzakere ile akdedilmiş karşı alım sözleşmesinde, iki ayrı satış sözleşmelerindeki karşılıklı edimlerin birbirlerine çok yakın değerde olması hâlinde, hangisinin ana satış sözleşmesi hangisinin ise karşı alım sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği konusundadır. Sözleşmelerdeki edimlerden birisinin daha ağır basması durumunda, edimin ağır bastığı sözleşme, ana satış sözleşmesi olarak değerlendirilebilir ve ağır basan edimi üstlenen sözleşmedeki satıcının iş yeri hukuku karşı alım ilişkisinden doğan tüm uyumsuzluklara uygulanabilir. Ancak satış sözleşmelerindeki edimler birbirlerine çok yakın değerlerde ise, öncelikle tarafların sözleşmede bu konu ile ilgili öngördükleri herhangi bir hükmün olup olmadığına bakılır. Zaten uygulanacak hukuk seçimini yapmamış tarafların bu konuda herhangi bir hüküm öngörmeleri çoğu zaman beklenemeyeceğinden tarafların edimlerini ifa ediş sırası, ana satış sözleşmesini belirleyici bir yöntem olarak kullanılabilir. Yani ilk ifayı gerçekleştirecek olan tarafın satıcı konumunda olduğu sözleşme, ana satış sözleşmesi veya birincil sözleşme olarak kabul edilecek ve o sözleşmedeki satıcının iş yeri hukuku karşı alım ilişkisinden doğan bütün ihtilâflara uygulanabilecektir.

Aksi kanaatteki çoğu yazar, birincil ve ikincil sözleşmeleri iki ayrı satış sözleşmesi olarak değerlendirir. Dolayısıyla bu görüşü savunanlara göre, karakteristik edim borçlusunun iş yerinin hukuku, her satış sözleşmesinde farklı bir hukuk düzeninin uygulanabilirliğine yol açacaktır. Yani birincil sözleşmeden doğan uyumsuzluklara birincil sözleşmedeki satıcının iş yeri hukuku uygulanacak; ikincil sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda ise, birincil sözleşmede alıcı konumunda ancak ikincil sözleşmede satıcı olan tarafın iş yeri hukuku uygulanacaktır.

Taraflar uygulanacak hukuku seçmeden sözleşmede uyumsuzlukların çözümü noktasında tahkim şartı öngörebilir veya tahkim sözleşmesi akde-

İu, Hüseyin Murat (2012) Takas, 2.Baskı, İstanbul, Vedat, s.268-274.

⁸⁰ Örneğin, EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980) Madde 4(2); Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, Dec. 22, 1986, The Hague, Madde 8(1).

⁸¹ **Çelikel & Erdem**, s.348, 359-360; **Sargın**, Fügen (2001) 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, S:2, s.40; **Tarman**, Derya Zeynep (2009) 'Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:25, S:2, 297-300.

⁸² **Van Dort & Friese**, s. 58-59.

⁸³ **Van Dort & Friese**, s. 58.

debilirler⁸⁴. Böyle bir durumda uygulanacak hukuk *lex fori* kuralına göre belirlenemeyeceğinden dolayı hangi hukukun uygulanacağını tahkim kurulu belirleyecektir⁸⁵.

B. TARAFLAR ARASINDA HUKUK SEÇİMİNİN BULUNMADIĞI DURUMLARDA VIYANA KONVANSİYONU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak

Türk hukuku açısından bir başka konu ise, Viyana Konvansiyonu'nun 1 Ağustos 2011 yılında yürürlüğe girmesi ile Viyana Konvansiyonu kapsamında kalan yabancı unsurlu milletlerarası mal satımını öngören satış sözleşmelerinde uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması durumunda Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulmasıdır⁸⁶. Viyana Konvansiyonu ile ilgili olarak,

Konvansiyon'un taslak metnini hazırlayanların, milletlerarası ticarete ve özellikle milletlerarası ticari satışlarda tarafların özerkliğinin oynadığı merkezi rolü tanımları ve bunun sonucu olarak, 6'ncı maddedeki düzenlemenin belirtilmesinde fayda bulunmaktadır⁸⁷. Buna göre, bir milletlerarası mal satım sözleşmesinde satıcı ve alıcı, sözleşmeye Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmamasına karar verecekleri gibi Viyana Konvansiyonu'nun 12'nci maddesinde belirtilenler saklı kalmak şartıyla, Konvansiyon'un bazı hükümlerine istisnalar öngörebilir veya sonuçlarını değiştirebilirler⁸⁸.

Viyana Konvansiyonu'nun 1(1)'inci maddesi uyarınca, iş yerleri farklı devletlerde bulunan tarafların akdettikleri mal satım sözleşmelerinde, devletlerin âkit devlet olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atf yapması şartıyla Viyana Konvansiyonu'nun hükümleri uygulanır⁸⁹. Bu da demek oluyor ki, taraflardan birinin iş yerinin Türkiye'de bir diğerinin ise âkit bir devletin ülkesinde bulunması hâlinde, eğer forum mahkemesi bir Türk mahkemesi ise, Viyana Konvansiyonu'nun hükümleri ihtilâfa uygulanacak olan hukuk olacaktır. Ancak taraflardan birinin âkit devlet olmaması durumunda ise, forum Türk mahkemesi, MÖHUK'un 24(4)'üncü maddesindeki objektif bağlama kuralını uygulayacak ve satıcının iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralı olarak belirlenecektir⁹⁰. Bu

⁸⁴ **Akıncı**, Ziya (2020) Milletlerarası Tahkim, 5.Baskı, İstanbul, Vedat, s.132; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s.167; **Grabow**, s. 270; **Urapeepatanapong**, s.197; Bu konuda tarafların tek sınırının milletlerarası kamu düzeni olduğuna ilişkin bkz. **Şanlı**, Cemal (1983) 'Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi - Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:3, S:1, 26.

⁸⁵ **Akıncı**, Ziya (2013) 'Viyana Konvansiyonu'nun Tahkimde Uygulanması' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, S.1, s.76; **UNCITRAL Legal Guide**, s.163.

⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Akıncı**, Ders Kitabı, s.38; **Çelikel & Erdem**, s. 365-366; **Doğan**, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 152; **Erdem**, Ercüment (2012) 'Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı' in: Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, **Şıpka**, Şükran & **Yıldırım**, Ahmet Cemil (Editörler) On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 117-156, s. 133; **Mistelis** in: **Kröll**, S. & **Mistelis**, Lukas A. & **Viscassillas**, M. (Editörler) (2018) UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary, 2nd Edition, C.H Beck-Hart-Nomos, Art.1, para.51; **Özdemir Kocasakal**, Hatice (2013) 'Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, S.1, 19-53, s.22;

Siehr in: **Honsell**, Heinrich (Editör) (2010) Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Auflage, Springer, Heidelberg, Art.1, para.4; **Siller**, Christian (2009) Internationales UN- Kaufrecht, 1. Auflage, Europäischer Hochschulverlag, para.7.

⁸⁷ **Martínez**, s. 71.

⁸⁸ **Doğan**, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s.165; **Martínez**, s. 71; **Özdemir Kocasakal**, s.39; **Mistelis** in: **Kröll & Mitelis & Viscassillas** (Editörler), Art.6, para. 9; **Siehr** in: **Honsell** (Editör), Art.6, para. 10; **Siller**, para. 67;

⁸⁹ **Çelikel & Erdem**, s. 364-365; **Şanlı & Esen & Ataman Figenmeşe**, s.336; **Zeytin**, Zafer (2015) Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku- CISG, 2.Baskı, Ankara, Seçkin, s.46-47.

⁹⁰ **Şanlı & Esen & Ataman Figenmeşe**, s.311.

anlamda, satış işlemi içeren karşı ticaret sözleşmelerinde de bu durum aynen uygulanacaktır.

2. Takas (Barter) İşlemlerinde Viyana Konvansiyonu Hükümlerinin Uygulanması Konusundaki Tartışmalar

Takas esas olarak devlet sektörleri arasında veya özel sektör ile devlet teşebbüsleri veya hükümet arasındaki mal ve/veya hizmet değişimlerini ihtiva eden bir sözleşmedir. “Takas benzeri” düzenlemeler dışında kalan takas işlemlerinde, transfer fonu, finansman veya üçüncü şahıs katılımı yoktur. Taraflar arasındaki mal ve/veya hizmet alışverişi genellikle aynı anda veya çok kısa bir süre içinde gerçekleştirilir⁹¹.

Milletlerarası mal satımı sözleşmelerinde uluslararası alanda yeknesaklaştırma çabalarının bir ürünü olarak 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana Konvansiyonu birçok devlet tarafından imzalanmıştır⁹². Viyana Konvansiyonu'na üye devletler ve kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca, Viyana Konvansiyonu'na üye bir devletin hukukuna atıf yapıldığı takdirde uygulama alanı bulan Konvansiyon'un mal ve/veya hizmet değişimini nakitsiz bir şekilde gerçekleştiren takas işlemlerine uygulanıp uygulanamayacağı hususu öğretide tartışmalı bir konudur. Viyana Konvansiyonu'nun 53'üncü maddesi, alıcının malların bedelini ödemesini sözleşmenin esaslı unsurlarından kabul etmesine rağmen, “semen” kelimesini tanımlamamıştır. Bu nedenle, semenin parasal olması gerekir gerekmediğine dair Viyana Konvansiyonu'nda bir belirsizlik bulunmaktadır⁹³. Bazı yazarlar için bu konu, Konvansiyon'un takas için uygulanıp uygulanamayacağı sorusunun cevabıdır, çünkü takas işlemi, taraflardan birinin bir şeyin teslimine ilişkin

edimine karşılık diğer tarafın edimi, para kullanmadan başka bir malın teslimini gerçekleştirmektedir⁹⁴.

Viyana Konvansiyonu'nun takas işlemlerine uygulanmasına karşı çıkan yazarlar⁹⁵ ise, muhalefetlerini Konvansiyon'un 53'üncü maddesindeki “semeni” parasal olarak tanımlamaya dayandırır. Bu isimlerden biri olan *Franco Ferrari*, Viyana Konvansiyonu'nun takas işlemlerine uygulanmasına yönelik argümanların kaynağını, alıcının asli edimi olan semeni ödeme yükümlülüğünden açıkça bahseden 53'üncü maddeye gereken önemin verilmediğine dayandırmaktadır⁹⁶. Yani, salt takas işlemlerinin parasal olmayan doğası, bu görüşün temelini oluşturmaktadır. Buna göre, bedelin tamamının mallarla ödendiği takas işlemlerinde Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, alıcının ifanın bir kısmını para ile ödemediği durumlarda, ödenecek tutarın takas edilen malların değerinden daha fazla olup olmamasına ve tarafların karşı ticaret sözleşmesi yerine bir satış sözleşmesi akdetmeyi istemelerine bağlı olarak Viyana Konvansiyonu uygulanabilecektir⁹⁷. Bu görüş, uyumsuzluğa konu takas sözleşmesinin salt takas sözleşmesi olması sebebiyle Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmadığı bir Rus davası ile desteklenmektedir⁹⁸. Bu karar ile mahkeme, uyumsuzluk konusu sözleşmenin bir satış sözleşmesi olmadığını da ileri sürmektedir. Bu görüş, her ne kadar rasyonel bir şekilde yapılandırılmış olsa da “semen” kelimesinin tanımına

⁹¹ **Urapeepatanapong**, s. 27.

⁹² **Martínez**, s. 66-67.

⁹³ **Horowitz**, Andrew J. (2010) 'Revisiting Barter Under the CISG' *Journal of Law and Commerce*, Vol:29, No:1, s. 101; El-Saghir, **Hossam A.** in: **Jannsen, André & Meyer, Olaf** (Editörler) (2009) *CISG Methodology*, München, European Law Publishers, s.370.

⁹⁴ **Ferrari**, F. in: **Ferrari, F. & Flechtner, H. & Brand, R.** (Editörler) (2004) *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, München, European Law Publishers, s. 63-64.

⁹⁵ **Mistelis** in: **Kröll & Mistelis & Viscasillas**, Art.1, para.30; **Zeytin**, s.65.

⁹⁶ **Ferrari** in: **Ferrari & Flechtner & Brand** (Editörler), s. 64; **Zeytin**, s.65.

⁹⁷ **Ferrari** in: **Ferrari & Flechtner & Brand** (Editörler), s. 64; **Zeytin**, s.65.

⁹⁸ Kararı detaylı incelemek için bkz. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Russia*, 9 Mar. 2004, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040309r1.html>> s.e.t. 04.11.2020.

gereke bulma konusunda başarısız kalmaktadır. Buna karşılık *Honnold*⁹⁹, “semen” kavramını tanımsız bırakarak, Viyana Konvansiyonu’nun taslağını hazırlayanların düzenlemede takas işlemlerini hariç tutmamalarını Konvansiyon’un takas işlemlerine de uygulanabilirliğini açıkça onayladıklarını savunmaktadır. Keza Adalet Bakanlığı’nın hukuk sözlüğünde de “semen” kavramı, satış sözleşmesinde alıcının borcu olarak tanımlanmıştır¹⁰⁰. Bu borcun mutlaka para veya efektif ödeme araçları ile gerçekleştirileceğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir.

Viyana Konvansiyonu’nun takas işlemlerine uygulanabileceği argümanı, karşılıklı sözleşme öğretisine (“*reciprocal contract doctrine*”) dayanır. Buna göre, bir sözleşmede satıcı, diğer sözleşmede karşılıklı olarak alıcıdır¹⁰¹. Bir davada karşılıklı sözleşme öğretisi, Viyana Konvansiyonu kapsamında takas işlemlerine uygulanmıştır¹⁰². Bu davaya göre, Macar tarafın takas malları teslim etmesine rağmen Rus tarafın takas konusu malları bir türlü Macar tarafa teslim etmemesi üzerine mahkeme, karşılıklı sözleşme öğretisini uygulayarak, Macar tarafı alıcı olarak kabul etmiş ve Viyana Konvansiyonu’nun 45(1)(b) uyarınca alıcının lehine tazminata hükmetmiştir.

Bu sorunu analiz ederken, Viyana Konvansiyonu yorumlandığında, bir mahkemenin veya yorumcuların hangi hukuk sisteminden geldiğinin etkisini de göz ardı edemeyiz. Medeni hukuk anlamında satış ve takas arasındaki anlamsal fark, çeşitli ülkelerde özellikle Fransız Medeni Kanunu’nun uyarlanmasıyla daha da artmıştır¹⁰³. Fransız Medeni

Kanunu¹⁰⁴’nun 1582’nci maddesi, satışı, bir kişinin bir şeyi teslim etmek için yükümlülük altına girdiği ve diğerinin de bunun için ödeme yaptığı bir sözleşme olarak tanımlarken, Fransız kökenli olmasına rağmen Mısır Medeni Kanunu¹⁰⁵’nun 418’inci maddesi ise satış sözleşmesini, satıcının para karşılığında alıcıya bir malın mülkiyetini devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmeler olarak ifade etmektedir. “Para” kelimesinin kullanılmasıyla, Mısır Medeni Kanunu, takas işlemlerini açıkça satıştan hariç tutmaktadır¹⁰⁶. Bu nedenle, Mısırlı hukukçular Viyana Konvansiyonu’nun takas işlemlerine uygulanamayacağı görüşündedirler¹⁰⁷. Dolayısıyla bu tür farklı hukuk sistemlerinin ihtilâfların çözümündeki etkisi yadsınamaz bir gerçektir. Bu farklılıklar, takas işlemleri ile ilgili uyumsuzlukların çözümünde Viyana Konvansiyonu’nun uygulama alanı bulup bulmayacağı konusunda yeknesak bir uygulamanın benimsenememesi sonucunu doğurmaktadır.

V. SONUÇ

Milletlerarası karşı ticaret sözleşmelerine uygulanacak ve birbirinden farklı sosyal, ekonomik kurallar ile hukuki sistemlerini dikkate alan milletlerarası ticarete hukuki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacak bir milletlerarası antlaşmanın varlığı ticari hayatı canlandıracaktır. Devletlerin dış ticaret ilişkilerini genişleten bu milletlerarası karşı ticaret uygulamaları döviz rezervlerinin azlığından

⁹⁹ **Honnold**, John O. (1999) *Uniform Law For International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3. Edition, The Netherlands, Kluwer Law International s. 53.

¹⁰⁰ Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü <<https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/S?Sayfa=2>> s.e.t. 04.11.2020.

¹⁰¹ **Horowitz**, s.103.

¹⁰² Kararı detaylı incelemek için bkz. *Russia 11 September 1998 Arbitration proceeding 407/1996*, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980911r1.html>>s.e.t. 04.11.2020.

¹⁰³ **Horowitz**, s.110.

¹⁰⁴ The Civil Code,16.03.1804, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136377?tab_selection=code&searchField=ALL&query=la+vente&page=1&init=true&anchor=LEGIARTI000006441291#LEGIARTI000006441291>s.e.t. 02.02.2021.

¹⁰⁵ The Civil Code, No.131, 16.07.1948. <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>> s.e.t. 02.02.2021

¹⁰⁶ Daha detaylı bilgi için bkz. **Amereller**, Florian & **Bälz**, Kilian & **Klaiber**, Sven (2010) ‘A Guide to Business Law in Egypt’ Amereller Legal Consultants, s.21-22, <http://amereller.com/wp-content/uploads/2016/10/Amereller_Egypt-Guide-2010.pdf> s.e.t. 02.02.2021; **El-Saghir** in: **Janssen & Meyer**, s.371-372.

¹⁰⁷ **Horowitz**, s.110.

kaynaklanan sıkıntının doğurduğu ticaret güçlüklerini giderme konusunda hem ülke ekonomilerini hem de ticaret şirketlerini olumlu yönde etkileyecektir. Zira karşı ticaret işlemleri gerçekleştirilirken devletlerin sözleşme serbestisine müdahale edecek doğrudan uygulanacak kurallarının varlığı, sözleşme görüşmelerinden sözleşmenin akdedilmesine kadar olan süreci taraflar açısından uzun ve zahmetli kılmaktadır. Doğrudan uygulan kurallar için olmasa da devletlerin münhasır düzenleme yetkisi alanına girmeyen konularda milletlerarası alanda uygulama alanı bulan yeknesak bir düzenleme, bu sürecin taraflar açısından aşamaların daha net olduğu bir uygulamaya dönüştürülerek karşı ticaret uygulamalarının teşviki yapılabilir.

UNCITRAL'in yaptığı dörtlü sınıflandırmaya göre, karşı ticaret sözleşmeleri, takas, karşı alım, geri satın alım ve *offset* sözleşmelerinden oluşmaktadır. Genel itibariyle bu sözleşmeler, birden fazla sözleşmeyi içerse de bu sözleşmeler birbirinden özerk sözleşmeler değildir. Yani birincil sözleşme ile ikincil sözleşmeyi birbirine bağlayan bir protokol veya ikincil sözleşmede yer alan bir hüküm, bu iki sözleşmeyi birbirlerine bağlayarak bileşik yapıda bir sözleşme oluşturacaktır.

Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, yabancılik unsuru taşıyan karşı ticaret sözleşmelerinde tarafların sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirlemelerine izin verilmektedir. Hatta, tarafların bu yönde gerçekleştirecekleri hukuk seçimi, tarafları uzun, bürokratik ve karmaşık hukuk sistemlerini çözmeye noktasında zorluk yaşayacak mahkemenin yanlış bir karar verme olasılığından da esirgeyecektir. Karşı ticaret sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'ta temel alınması gereken hükümler MÖHUK'un 6, 24 ve 31'inci maddelerinde yer almaktadır.

Karşı ticaret sözleşmelerinin genelinde devreye giren kamu düzenini korumayı amaçlayan doğrudan uygulanan kurallar birçok alanda tarafların sözleşme serbestisi sonucunda kararlaştıracakları hükümlerin önüne geçebilir. Tarafların hukuk seçimleri birden fazla sözleşme içeren karşı ticaret sözleşmelerinde istisnai de olsa farklı olabilir. Çoklu yapıdaki sözleşmelerin mevcudiyeti hâlinde, taraflar açısından herhangi bir adaletsizliğin doğmaması ve sözleşmelerde yer alan hükümlere aynı anlamların atfedilebilmesi için tarafların her ne kadar sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku aynı ve farklı kararlaştırabilmeleri mümkün olsa da uygulamada karşılaşılabilecek sorunlardan dolayı taraflara tek bir uygulanacak hukuk seçmeleri önerilmektedir.

Karşı ticaret sözleşmelerinin temelini satış sözleşmesi oluşturduğu için tarafların hukuk seçimi yapmamaları hâlinde sözleşmeye uygulanacak hukuka Viyana Konvansiyonu'nun uygulanabilmesi için gereken şartlar mevcutsa, Viyana Konvansiyonu sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacaktır. Ancak takas konusundaki mevcut tartışmalardan yola çıkarak, Konvansiyon'un hazırlanış şekli itibarıyla Konvansiyon hükümlerinin hangi mal satım sözleşmelerine uygulanacağını değil de hangi mal satım sözleşmelerine uygulanmayacağı Bölüm 1'de düzenlenmiş olduğundan âkit devletler Konvansiyon'un en eski hukuki işlemlerden biri olarak kabul edilen takasa uygulanmasını istemeselerdi bu hususu açıkça Bölüm 1'de tanzim edebilirlerdi. Kanımızca, bu açıklamaya dayanarak yabancılik unsuru barındıran takas sözleşmelerine Viyana Konvansiyonu uygulanabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ziya (2020) Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, Vedat. (Ders Kitabı)
- Akıncı**, Ziya (2020) Milletlerarası Tahkim, 5.Baskı, İstanbul, Vedat.
- Amereller**, Florian & **Bälz**, Kilian & **Klaiber**, Sven (2010) 'A Guide to Business Law in Egypt' Amereller Legal Consultants, s.21-22, <http://amereller.com/wp-content/uploads/2016/10/Amereller_Egypt-Guide-2010.pdf> s.e.t. 02.02.2021
- Baker**, S.A & **Cunningham**, R.O. (1983) 'Countertrade and Trade Law' Journal of Comparative Business and Capital Market Law, Vol: 5, No:4, s. 375-394.
- Can**, Hacı & **Toker**, Ali Gümrah (2016) Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı, 1.Baskı, Ankara, Adalet.
- Çelikel**, Aysel & **Erdem**, Bahadır (2016) Milletlerarası Özel Hukuk, 14.Baskı, İstanbul, Beta.
- Develioğlu**, Hüseyin Murat (2012) Takas, 2.Baskı, İstanbul, Vedat.
- Doğan**, Vahit (2020) Milletlerarası Ticaret Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Savaş. (Milletlerarası Ticaret Hukuku)
- Doğan**, Vahit (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Baskı, Ankara, Savaş. (Milletlerarası Özel Hukuk)
- Erdem**, Ercüment (2012) 'Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı' in: Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, **Şıpka**, Şükran & **Yıldırım**, Ahmet Cemil (Editörler) On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 117-156.
- Erkan**, Mustafa (2011) 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, S:2, s. 81-121.
- Esteban de la Rosa**, Gloria (2011) 'International Countertrade – Rules and Practices' International Journal of Business and Social Science, Vol:2, No:15, s. 273-283.
- Ferrari**, F. & **Flechtner**, H. & **Brand**, R. (2004) The Draft UNCITRAL Digest And Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, München, European Law Publishers.
- Grabow**, John C. (1984) 'Negotiating and Drafting Contracts in International Barter and Countertrade Transactions' North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol:9, No:2, s. 255-271.
- Guyot**, Cedric (1986) 'Countertrade Contracts in International Business' The International Lawyer, Vol:20, No:3, s. 921-959.
- Güngör**, Gülin (2000) Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara, Yetkin.
- Hennart**, J.F. & **Anderson**, Erin (1993) 'Countertrade And The Minimisation Of Transaction Costs: An Empirical Examination' Journal of Law, Economics & Organisation, Vol:9, No:2, s. 290–313.
- Honnold**, John O. (1999) Uniform Law For International Sales Under the 1980 United Nations Convention, 3. Edition, the Netherlands, Kluwer Law International.
- Honsell**, Heinrich (Editör) (2010) 'Kommentar zum UN-Kaufrecht' Zweite Auflage, Springer, Heidelberg.
- Horowitz**, Andrew J. (2010) 'Revisiting Barter Under the CISG' Journal of Law and Commerce, Vol:29, No:1, s. 99-115.
- Howse**, Robert (2010) 'Beyond The Countertrade Taboo: Why The WTO Should Take Another Look At Barter And Countertrade' The

University of Toronto Law Journal, Vol:60, No:2, s. 289-314.

Kösoğlu, Mehmet (2008) 'Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S:28, No:1-2, s. 147-172.

Kreuze, Jerry G. (1997) 'International Countertrade' Internal Auditor, Vol:54 No:2.

Kröll, S. & **Mistelis**, Loukas A. & **Viscasillas**, M. (Editörler) (2018) UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A Commentary, 2. Edition, C.H Beck-Hart-Nomos.

Lochner, Scott J. (1985) 'Guide to Countertrade and International Barter' The International Lawyer, Vol:19, No:3, s. 725-759.

Martínez, W.F. (2020). 'El Carácter Dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un Factor de Incertidumbre en la Determinación de la Ley Aplicable al Contrato de Compraventa Internacional?' Revista Jurídicas, Vol. 17, Núm.1, 64-86.

Mehta, Vikra S. (1978) 'Barter: An Analysis of Oil for Commodity Barter Deals' India International Centre Quarterly, Vol:5, No:4, s. 193-201.

Nassimbeni, Guido & **Sartor**, Marco (2009) 'Countertrade: Literature Review and Directions for Research' POMS 20th Annual Conference, Orlando, Florida U.S.A.

Nomer, Ergin (2017) Devletler Hususî Hukuku, 22.Baskı, İstanbul, Beta.

Oh, Marie J. (1985) 'The Need for a United States Countertrade Policy' Northwestern Journal of International Law & Business, Vol:7, No:1.

Özdemir Kocasakal, Hatice (2010) 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları' Milletlerarası

Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y.30, S.1-2, s. 27-88.

Özdemir Kocasakal, Hatice (2013) 'Vienna Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı' Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı, S.1, s.19-53.

Sargın, Fügen (2001) 'Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:50, S:2, s. 37-95.

Siller, Christian (2009) Internationales UN-Kaufrecht, 1. Auflage, Europäischer Hochschulverlag.

Şanlı, Cemal (1983) 'Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfiz Etkisi- Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C:3, S:1, s.23-31.

Şanlı, Cemal & **Esen**, Emre & **Ataman Figenmeşe**, İnci (2020) Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, İstanbul, Beta.

Tarman, Derya Zeynep (2009) 'Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü' Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C:25, S:2, s. 297-332.

Tiryakioğlu, Bilgin (1996) Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Âkitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, S. 503.

Tüysüz, Cemre (2019) 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki' Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:14, s. 463-500.

Van Dort, Joseph J. & **Friese**, Eliard (1987) 'Coimterpurchase Contracts and Their Contractual Issues' Penn State International Law Review, Vol:6, No:1, s. 45-59.

Verdun, Vincene (1985) 'Are Governmentally Imposed Countertrade Requirements Violations of the GATT?', Yale Journal of International Law, Vol:11, No:1, s. 191-216.

Vural Çelenk, Belkis (2017) 'Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması' Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S:1, s. 277-298.

Urapeepatanapong, Kitipong (1987) 'Legal Aspects of Countertrade under the General Agreement on Tariffs and Trade and the National Laws of Canada and Thailand' (Master), The University of British Columbia.

Zarin, Donald (1988) 'Countertrade and the Law' George Washington Journal of International Law and Economic, Vol:18, No:2, s. 235-296.

Zeytin, Zafer (2015) Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku- CISG, 2.Baskı, Ankara, Seçkin.

UNCITRAL Legal Guide on International Countertrade Transactions, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), United Nations Publication, E.93.V.7, ISBN 92-1-133444-6, New York, 1993.

Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, Dec. 22, 1986, The Hague.

T.C. Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü <<https://sozluk.adalet.gov.tr/Harf/S?Sayfa=2>> s.e.t. 04.11.2020.

The Civil Code,16.03.1804, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136377?tab_selection=code&searchField=ALL&query=la+v ente&page=1&init=true&anchor=LEGIARTI000006441291#LEGIARTI000006441291>s.e.t. 02.02.2021.

The Civil Code, No.131, 16.07.1948. <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf>> s.e.t. 02.02.2021.

Kararlar

Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Russia, 9 Mar. 2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040309r1.html>> s.e.t. 04.11.2020.

Russia 11 September 1998 Arbitration proceeding 407/1996, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980911r1.html>> s.e.t. 04.11.2020.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

Çeviri

Translation

Arş. Gör. Emine Meliknur KILIÇ**

ÖZ

Bu makale, uzun metrajlı filmler için bölgesel lisansların rolünü AB'deki yargı ve piyasa gelişmelerinin arka planına göre tartışmaktadır. Şu anda, bölgesel lisanslar Avrupa'da filmlerin işletilmesi ve finanse edilmesinin temel taşı olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, mevcut film finansmanı modelleri, hem küresel çevrimiçi video platformlarının çalkantılı büyümesi gibi pazar gelişmelerinden hem de tek pazara ulusal-bölgesel engelleri kaldırmayı amaçlayan AB hukukundaki gelişmelerden dolayı artan bir baskı altındadır. Dağıtım hakkının birlik çapında tüketilmesi kuralı, AB Taşınabilirlik Tüzüğü ve uydu yayını ve çevrimiçi eşzamanlı yayın için menşei ülke kuralları bunlara örnek olarak verilebilir. AB rekabet hukuku, bölgesel münhasırlık verilmesine ek sınırlar koymakta ve lisanssız bölgelerdeki tüketicilere/izleyicilere "pasif" satışları engelleyen veya kısıtlayan yayıncılık ve ödemeli televizyon lisanslarına ilişkin hükümleri yasaklamaktadır. Altta yatan bölgesel haklar artık bölgesel hibeleri desteklemediğinden, hak sahiplerinin sözleşme yoluyla bölgesel münhasırlığı koruma özgürlüğü, AB rekabet hukukuna karşı giderek daha savunmasız hale gelecektir. Bölgesel münhasırlığın vazgeçilmez olduğu film sektörü için, Avrupa Komisyonu "grup muafiyetleri" şeklinde belirli rekabet hukuku kuralları oluşturabilir. Dil münhasırlığı -yani, bir filmin farklı dil versiyonları için münhasır hakların verilmesi- bölgesel lisanslamaya pratik ve yasal olarak daha güçlü bir alternatif sağlayabilir.

Anahtar Kelimeler: Film finanse etme, Film fonlama, Bölgesellik, Telif Hakkı, Ön satış.

ABSTRACT

This article discusses the role of territorial licences for feature films against the background of judicial and market developments in the EU. Currently, territorial licences are deemed a cornerstone of the exploitation and financing of films in Europe. However, current models of film financing are under increasing pressure both from market developments such as the turbulent growth of global online video platforms, and from developments in EU law aimed at removing national territorial barriers to the Single Market. Examples are the rule of Union-wide exhaustion of the distribution right, the EU Portability Regulation and the country of origin rules for satellite broadcasting and online simulcasting. EU competition law sets additional limits to grants of territorial exclusivity, and prohibits clauses in broadcasting and pay television licences that prevent or restrict "passive" sales to consumers/viewers in non-licensed territories. The freedom of right holders to preserve territorial exclusivity by way of contract is likely to become increasingly vulnerable to EU competition law, as underlying territorial rights no longer support territorial grants. For the film sector where territorial exclusivity remains indispensable, the European Commission could create specific competition law rules in the form of "block exemptions". Language exclusivity – i.e. exclusive grants of rights for distinct language versions of a film – could provide a practical and legally more robust alternative to territorial licensing.

Keywords: Film financing, Film funding, Territoriality, Copyright, Presales.

* (Çeviri Makale, Geliş Tarihi: 31.01.2021 / Kabul Tarihi: 26.04.2021). Makalenin orijinal adı (İngilizce): "Film Financing in the Digital Single Market: Challenges to Territoriality"; Açık lisans ürünü olan bu makale Creative Commons Attribution 4.0 Uluslararası Lisansı uyarınca hak sahibi tarafından işleme ve yeniden kullanıma izin verilmiştir, <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/> (erişim tarihi 05.10.2020); Çeviriye konu edilen bu makalenin orijinal künyesi şu şekildedir: Hugenholtz, P.B., Poort, J. Film Financing in the Digital Single Market: Challenges to Territoriality. IIC 51, 167–186 (2020). <https://doi.org/10.1007/s40319-019-00900-2>.

** İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi (eminemeliknur.kilic@bakircay.edu.tr., ORCID: 0000-0003-0323-0293).

Atıf/ Citation: **Hugenholtz, P.B. & Poort, J.** (2020) Film Financing in the Digital Single Market: Challenges to Territoriality, IIC 51, s. 167–186 (Çeviren: **Kılıç, Emine Meliknur** (2021) 'Dijital Tek Pazarda Film Finansmanı: Bölgeselliğin Zorlukları', TFM, C: 7, S: 1, s. 159-178).

I. GİRİŞ

Avrupa'nın büyük bölümünde tüketicilere uygun fiyatlı geniş bant erişimi sağlayan son on yıldaki dijital devrim, Avrupa Birliği'ndeki görsel-işitsel pazarlar üzerinde derin bir etkiye sahiptir. Sinemalar, karasal ve uydu yayıncılığı ve kablo dağıtımı, film işletmesinin önemli kanalları olmaya devam ederken, çevrimiçi hizmetler ve platformlar, DVD'lerin kiralanması ve satışlarının eşzamanlı olarak düşmesiyle birlikte hızla önemli pazar payı elde etmiştir. Muhtemelen, film dağıtımının geleceği büyük ölçüde dijital dünyada yatmaktadır.

İnternet hiçbir doğal sınır tanımadığından, dijitalleşme yeni küresel oyuncuların Avrupa pazarlarına girmesini sağlamakla birlikte filmleri dağıtmak ve finanse etmek için mevcut iş uygulamalarını ve modellerini baskı altına almıştır. Dijital tek pazara ulaşmanın önündeki yasal engelleri kaldırmayı amaçlayan AB politikaları bu gelişmeyi daha da kötüleştirmektedir. AB'de, telif hakkının sahibine verdiği münhasırlık, ilke olarak hakkın verildiği üye devlet ile sınırlıdır. Bu, hak sahiplerinin ve lisans sahiplerinin pazarları ulusal sınırlar boyunca ayırmalarına ve finansman modellerini buna göre yapılandırmalarına olanak tanır. Ancak, bu durum Avrupa içi ticaret ve hizmetlere engel teşkil edebileceğinden, 1990'lardan itibaren bölgeselliği iç veya tek pazarın gelişen ihtiyaçlarıyla bağdaştırmak için çeşitli Avrupa politikaları ve düzenleyici araçlar uygulamaya kondu. Bu tür AB politikaları, birçok paydaş tarafından Avrupa görsel-işitsel endüstrisi için hayati önem taşıyan mevcut film finansmanı uygulamalarını etkileyebilecektir.

Bu durum, bu makalenin temel sorularını gündeme getirmekte: bugün Avrupa'da karmaşık bir bulmaca haline gelen uzun metrajlı filmleri finanse bölgeselliğin oynadığı rol tam olarak nedir? Tek pazara yönelik ulusal engelleri kaldırmayı amaçlayan AB hukukundaki yargı ve yasa kaynaklı gelişmeler, bölgesel münhasırlığa dayalı film finansman modellerini nasıl etkiler? Ve istenirse, filmlerin

bölgesel işletme modeli bu gelişmelerle nasıl bağdaştırılabilir?

Bu makalenin yapısı şu şekildedir: 2. bölümde kısaca film finansmanındaki temel konuları ve bölgesel ruhsatlandırmanın genel rolünü açıklanmakta; ardından 3. bölümde, bu sorunların Avrupa'da nasıl şiddetlendiği analiz edilmektedir. 4. Bölümde, telif hakkındaki bölgeselliğin rolü ile son yıllarda AB mevzuatı ve içtihadındaki gelişmelerin bir sonucu olarak karşılaşılan zorluklar incelenmektedir. Sonra, 5. bölümde, dil ayrıcalığı potansiyel olarak daha güçlü bir alternatif bölgesel münhasırlık olarak ortaya konur. 6. bölüm ile makale sonuçlandırılmaktadır.

II. FİLM FİNANSMANI VE BÖLGESEL Lİ-SANSLAMA

Filmler deneyim ürünleridir: bir tüketici, bir filmi izledikten sonra gerçekten takdir edip etmediğini bilir¹. Kalite emareleri, tüketicilerin bu belirsizlikle başa çıkmasına yardımcı olur. Ünlü aktörlerin, yönetmenlerin ve stüdyoların *itibarları* buna örnektir. Devam filmleri de bu arka plan akılda tutularak anlaşılabilir: Bir önceki filme benzer bir oyuncu kadrosu oluşturmaktaki hedef, tarzı ve hikayesi olmasının yanında önceki başarısından yararlanmayı da hedeflemektedir. İkinci olarak, *fragmanlar*, tüketicilerin bir filmi izleyip izlemeyeceklerine karar vermeden önce örneklemelerine olanak sağlayan bir yoldur. Üçüncüsü, öneriler, incelemeler ve ödüller şeklinde *tanınma*, tüketicilerin ön belirsizliğini azaltabilir. Herkes, herkesin bahsettiği filmi görmek istediği için kendi kendini cesaretlendirebilir ve olumlu tüketim dışsallıklarına yol açabilir. Yaratıcı çalışmalara olan talebin önceden belirsiz olduğu ve daha sonra bile kolayca anlaşamadığı gözlemi, bu, "kimse bilmiyor" ilkesini beslemektedir². Ticari film-

¹ Bu makale uzun metrajlı kurgu filmlerine odaklanmakla birlikte, tartışılan önermeler diğer birçok içerik, belgeseller ve televizyon dizileri gibi diğer görsel-işitsel yapımlar için de geçerlidir.

² **Caves** Richard E. (2000) *Creative industries: Contracts between art and commerce*. Harvard University Press, Cambridge.

ler için pazarlama bütçelerinin neden filmin yapım maliyetlerinin yarısından fazlasını oluşturabileceğini açıklamaya da yardımcı olur³. Ancak pahalı pazarlama kampanyaları bile başarının garantisi değildir.

Film prodüksiyonu, tüm prodüksiyon, pazarlama ve hakların onaylanma sürecinin (örneğin, bir filmin mevcut bir romanı temel alması durumunda) birkaç yıl sürebilecek olan yaratım sürecinde finanse edilmesi gerektiğinden, nispeten yüksek ön yatırımlar gerektirir. Bütçeler on milyonlarca Euro'ya ulaşabilir ve finansörler genellikle üretim başlamadan önce bütçelerin güvence altına alınmasını talep eder. Yüksek sabit *ön* maliyetler ve ek müşterilere hizmet etmenin düşük marjinal maliyetleri, önemli ölçekte ekonomileri anlamına gelir: ticari olarak, izleyici başına ortalama maliyet pazar büyüklüğüyle birlikte hızla düştüğü için filmler büyük pazarlardan yararlanır. Uluslararası gişe rekorları kıran bir oyuncu için, yüz milyon Euro'yu aşan üretim maliyetleri bile kolayca geri kazanılabilir.

Yüksek *ön* talep belirsizliği ve yüksek *ön* ödemeli yatırımlar, bir filmi finanse etmenin temel zorluklarının temelidir: ticari yatırımcılar, aşağı yönlü riskten kaçınırlar ve daha riskli yatırımlardan daha yüksek getiri beklerler. Bir filmin dağıtım hakları yatırımcılar için teminat görevi görebilir, ancak bu hakların değeri filmin başarısı kadar belirsizdir. Öneriler, incelemeler, ödüller ve fragmanlar, üretim maliyetleri karşılanana kadar mevcut değildir. Bu nedenle, bu sayılanlar bir filmi önceden finanse etmek için yararsızdır ve yatırımcılar, ünlü bir yönetmen, yıldız oyuncu kadrosu veya diğer ünlü tarafların sözde "güvenilir isimlerin" itibarına güvenmek zorundadır. Saygın isimlere sahip olmak, film finansmanını büyük ölçüde kolaylaştırır. Alternatif olarak yatırımcılar taahhütte bulunmadan önce katılımlarını talep ederek diğer yatırımcıların ve finansman kuruluşlarının yargılarına güvenebilirler.

³ E.g. <https://www.reuters.com/article/us-industry/how-much-does-movie-marketing-matter-idUSTRE65A13Q20100611>.

Bir film için finansman sağlamak amacıyla, *ön* satış anlaşmaları ("*ön* satış") ve asgari garantiler zorunlu değilse de yaygındır. *Ön* satış, üreticiler ve distribütörler arasında, distribütörün üreticiye beklenen gelirler için sabit bir avans ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir. Asgari teminat olarak adlandırılan avans, filmin bitiminde ödenir. Buna karşılık, distribütör filmi belirli bir bölgede ve/veya dağıtım kanalında satma veya sergileme hakkını elde eder. Sözleşme tarafı, dağıtım haklarını yeniden satan bir aracı da olabilir. *Ön* satışların içinde bir filmin bütçesinin küçük bir yüzdesinden yarısından fazlasına kadar her şeyi dahil edilebilir ve bir bankadan bir yapım kredisi için teminat oluşturabilir⁴.

Genellikle sinemalar, yayıncılar, ödemeli TV ve talep üzerine video⁵ (VOD) kanalları, rakiplerin haklarının değerini baltalaması riskini azaltmak için dağıtım kanalları için özel haklar talep eder. Aynı nedenden ötürü lisans sözleşmeleri daha sonraki daha düşük değerli zaman aralıklarında, daha önceki yüksek değerli gişelerinin yamyamlaşmasını⁶ en aza indirmek için tipik olarak belirli zaman dilimleri için "ekran" adı verilen özel haklar verir. Avrupa'daki yayıncılar ve sinemalar genellikle ulusal olarak faaliyet gösterir ve bu nedenle ağırlıklı olarak kendi bölgelerindeki münhasır haklarla ilgilenirler. Kendi pazarları dışındaki haklara olan ilgileri en iyi ihtimalle sınırlıdır ve üreticinin bu hakları bölge bazında başkalarına satması daha kazançlı olacaktır.

Bölgesel münhasırlık, distribütörlerin pazarlama giderlerinin avantajlarından yararlanmalarına

⁴ **FIAD/International Federation of Film Distributors' Associations** (2017) Position Paper on the European Commission Proposal on Regulation on certain online transmissions of broadcasting organisations and re-transmissions of television and radio programmes (Revised Sat/Cab), s. 6.

⁵ *Çevirmen notu:* İngilizce orijinali "video on demand".

⁶ *Çevirmen notu:* bkz. Kanibalizasyon; Pazarlama stratejisinde, yamyamlık, aynı üretici tarafından yeni bir ürünün piyasaya sürülmesi sonucunda bir ürünün satış hacminde, satış gelirinde veya pazar payında azalma anlamına gelir.

da yardımcı olabilir. Rakiplerin bu tür çabalarda özgürce hareket etmesini engeller ve bu da pazarlamaya yeterince yatırım yapılmamasına neden olur⁷. Bir üreticinin bölgesel bazda satış haklarını tercih etmesinin üçüncü nedeni, yüksek gelirli ve düşük gelirli ülkeler arasında fiyat ayrımcılığına girme olasılığıdır.⁸ Bir işletme gişesindeki bölgesel lisanslamanın, ülkeler arasında senkronize edilmediği sürece diğer gişelerde bölgesel lisanslamayı zorunlu kılma eğiliminde olduğunu unutmayın. Örneğin, A ülkesinde istek üzerine transaksyonel video⁹ (TVOD) işletmesi için geleneksel olarak erken bir işletme ekranı olan lisans sahibi, bir filmin daha önce gösterilmiş olabileceği yer olan B ülkesinde isteğe bağlı abonelik video¹⁰ (SVOD) işletmesi veya ücretsiz yayımla rekabeti önlemek isteyecektir.

Münhasır ekranlar ve bölgesel lisanslar aracılığıyla, dağıtımcular filmi bölgede, platformda veya lisans ile kararlaştırılan zaman diliminde başka hiç kimsenin dağıtamayacağından emin olabilirler. Bununla birlikte, bu tür bir bölgesel münhasırlık, 4. bölümde tartışılacağı gibi, AB hukuku ve politikalarıyla giderek daha fazla çelişmektedir. Aynı zamanda piyasa güçleri ile tüketicilerin beklentileriyle uyumsuzdur ve tüketicilerin bir filme erişim elde etmek için çevrimiçi korsanlığa dönme riskini artırmaktadır.

Birincisi, film tüketimi küresel olarak çalışan platformlara doğru kaymaktadır. Tarihsel olarak sinema, ticari açıdan en çekici ekran olmuştur ve bunu DVD'ler gibi fiziksel taşıyıcıların satışı ve kiralanması ve yayıncılık izlemektedir. DVD pazarı, TVOD'ye ve özellikle Netflix ve HBO gibi SVOD hizmetlerine yer açmak için çöktüğünden bu hızla değişti. SVOD, 2016 yılında Avrupa'da toplam ücretli hizmet gelirlerinin yalnızca %7'sini oluştururken, gelir artışının %60'ını oluşturdu. Avrupa'da SVOD aboneliği %55 artışla 2016 yılında 37,7 milyon Euro'ya yükseldi¹¹. Sinemalar ve DVD mağazalarının aksine, bu dijital platformlar küresel olarak çalışmakta ve küresel veya Pan-Avrupa lisans anlaşmalarını tercih etmektedir.

İkincisi, bölgeler homojen tüketici grupları veya kültürel kimliklerle tam olarak eşleşmiyordu. 1 Ocak 2018 tarihinde, 22,3 milyon AB vatandaşı AB üyesi olmayan bir ülkenin vatandaşlığına sahipken (AB-28 nüfusunun %4,4'ü) 17,6 milyon AB vatandaşı, kendi vatandaşlığından başka bir Üye Devlette yaşıyordu¹². Ayrıca nüfuslar ve kültürel gruplar arasında zevkler farklılık gösteriyordu. Bütün bunlar, bölgesel işletmenin potansiyel pazarın önemli bir payını karşılıksız bırakacağı anlamına geliyordu.

III. AVRUPA FİMLERİ

Avrupa filmleri, geniş izleyici kitlesi çekmede Amerika Birleşik Devletleri'nde üretilen filmlere nazaran daha az başarılıdır. 2017'de, Avrupa filmleri AB sinema içeriğinin %27,5'ini oluştururken; ABD tarafından fonlanıp Avrupa'da üretilen filmler de %3,7'lik kısmı oluşturmaktaydı. 2012 ve 2017 arasında, AB sinema kabullerinde bu Avrupa payı %27-34 iken, ABD filmleri %63-70 ve dünyanın geri kalanı %3'tür¹³. Televizyonda, Avrupa filmleri film

⁷ Langus, Gregor; Neven, Damien & Poukens, Sophie (2014) Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU. Prepared for DG Markt, European Commission. Charles River Associates/ European Union, Brussels, BE, bölüm 3.2.

⁸ Langus et al. (2014), Ch. 3.3; Oxera, Oliver & Ohlbaum (2016) The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers, London, UK [https://www.oxera.com/wp-content/uploads/media/oxera_library/downloads/2016-05-13-Cross-border-report-\(final\).pdf](https://www.oxera.com/wp-content/uploads/media/oxera_library/downloads/2016-05-13-Cross-border-report-(final).pdf) s.e.t. 19.02.2021.

⁹ Çevirmen notu: İngilizce orijinali "transactional video on demand"; transaksyonel istek üzerine video (TVoD), müşterilerin her bir talebe bağlı video içeriği için ödeme yaptıkları bir dağıtım yöntemidir. Örneğin, bir müşteri izlediği her film veya TV şovu için bir ücret ödeyecektir.

¹⁰ Çevirmen notu: İngilizce orijinali "subscription video on demand".

¹¹ EAO/European Audiovisual Observatory (2018a) Yearbook 2017/2018. Key trends, Strasbourg, s. 50-60.

¹² Eurostat (2019) Migration and migrant population statistics. <https://bit.ly/2Wiffjt>. S.e.t. 15.11.2019.

¹³ EAO/European Audiovisual Observatory (2018b) Focus 2018. World film market trends, Strasbourg, s. 15.

yayınlarının %28'ini oluşturuyordu¹⁴. 2015–2016 sezonunda 18 AB ülkesinde 131 TV kanalı tarafından. Dokuz SVOD hizmeti için 37 ülke kataloğunda, bu ortalama olarak %20 idi¹⁵.

Avrupa filmlerinin Avrupa'daki mütevazı pazar payı, Avrupalı yapımların talebini karşılamamaktadır. 2017'de AB'de 1676 uzun metrajlı film çekilirken, buna karşılık bu sayı ABD'de 821'dir¹⁶. Başka bir deyişle: Avrupa filmleri, iki kat fazla üretilse de kendi iç pazarlarında, ABD filmlerinin yarısı kadar pazar payına sahiptir. Bu, AB'de ABD filmlerinin yerli filmlere göre ortalama dört kat daha fazla gösterime girdiğini gösterir (tüm ABD filmlerinin AB pazarına ulaşmadığını dikkate almazsak).

Avrupa filmlerinin bu görece zayıf durumunun bir açıklaması, Avrupa dahilindeki dil engelleri ve kültürel farklılıklardır. AB, neredeyse Üye Devleti adedince, 24 resmi dile sahiptir ve AB vatandaşları ağırlıklı olarak ana dillerinde veya İngilizce konuşulan filmleri izlemektedir. 2016 yılında, Avrupa filmleri kendi iç pazarlarında gösterimlerinin %60'ını oluştururken, çoğu kendi iç pazarlarının dışında bile dolaşmamaktadır. AB'nin geri kalanında kalan kablullerin yarısını ve Avrupa dışında yalnızca %19'unu oluşturmaktadır. Yaklaşık 5200 Avrupa filmi 2016 yılında en az bir Avrupa pazarında gösterime girerken, Avrupa dışında bunun yalnızca sekizde bir oranı yani 650 film gösterildi. Avrupa ülkeleri arasındaki ortak yapımlar bu açıdan çok daha iyi performans göstermektedir. Tamamen ulusal Avrupa filmlerinden üç kat daha fazla kabul almakta ve neredeyse iki kat daha geniş yayılmaktadır¹⁷.

İzleyici büyüklüğü açısından mütevazı konumlarının bir sonucu olarak, çoğu Avrupa filmi, Amerikan gişe rekorları kıran filmlerin yaptığı kadar ölçek ekonomilerinden faydalanamamaktadır: sabit

maliyetler daha az girişe yayılabilir ve bu da kayıt başına ortalama maliyetleri yükseltir. Bu durum, bu tür filmlerin prodüksiyon maliyetlerini geri kazanmasını zorlaştırmakta ve yatırımcılar için finansal riskleri daha da artırmaktadır¹⁸. Daha küçük bir müşteri tabanından gelen geri dönüşü karşılamak için, bir filmin ticari olarak sağlam kalması prodüksiyon bütçelerinin daha küçük olmasına bağlıdır. Birçok türde, daha küçük prodüksiyon bütçeleri, yüksek bütçeli filmlerle rekabet etmeyi zorlaştırır. Sonuç olarak, "Avrupa filmleri" genellikle "sanat filmleri" ile eşanlamlıdır, özünde daha küçük bir izleyici kitlesine sahiptir ve daha çok kamu fonlamasına güvenir.

Daha küçük bütçeli filmler için yıldız bir oyuncu kadrosu ve diğer güvenilir isimlerle sözleşme yapmak çok daha zordur. Tüketiciler ve yatırımcılar için bu ön kalite sinyallerine ulaşamayacağı için, bu tür filmlerin finanse edilmesi daha da zor hale gelmektedir. Gişe rekorları kıran filmlerden ziyade tipik bir Avrupa filmi, gösterime girmeden mevcut olmayan incelemelere, önerilere ve ödüllere dayanmak zorundadır. Daha büyük Avrupa prodüksiyonları bile genellikle bir Pan-Avrupa pazarlama kampanyası başlatmak için pazarlama gücünden ve bütçesinden yoksundur. Festivallerde ödüller ya da adaylıklar kazandıktan sonra ya da kendi pazarlarında başarılı olduktan sonra üretici ülkelerinin dışında da itibar kazanmaları gerekir. Bu şekilde bir itibar kazanmak, gösterime girdikten sonra bir yıldan fazla sürebilir ve genellikle filmlerin yurtdışında dolaşmaya başlaması için bir ön şarttır. Teatral yayınların bölgeler arasında¹⁹ daha fazla senkronize hale geldiği büyük gişe rekorları kıran filmlerin aksine, daha küçük ancak başarılı Avrupa prodüksiyonları, bölgesel işletme ekranlarının uyumsuz olduğu önemli bir

¹⁴ EAO (2018a), s. 18, 55–57.

¹⁵ EAO (2018a), s. 20–25.

¹⁶ EAO (2018b), s. 17, 42.

¹⁷ EAO (2018a), s. 8–14, 54.

¹⁸ Bu, 2003 ile 2011 yılları arasında üretilen Birleşik Krallık'taki bağımsız filmlerin yalnızca %6,6'sının karlı olduğu gözlenmiştir, **Oxera and O&O** (2016), s. 3.

¹⁹ Bu durumu şu veri açıklar: en iyi 100 film için ABD ve İngiltere sinema gösterimi arasındaki ortalama süre, 2000 yılına kadar yaklaşık 100 günken, 2016'da sadece 10 güne düşmüştür. Bakınız <https://stephenfollows.com/changing-movie-release-patterns>.

zaman aralığını beklemelidir. Bu dönemde bölgesel ruhsat verememek yamyamlaşma²⁰ risklerini artırabilir ve distribütörlerin lisans yatırımlarını ve bu tür yatırımları karşılama fırsatlarını zora sokabilir. Sonuç olarak, Avrupa prodüksiyonları tipik olarak uluslararası başarı için bölgesel lisanslara Amerikan gişe rekortmeni filmlere göre daha bağımlıdır.

Ortalama bir Avrupa filmi için ölçek eksikliğinden kaynaklanacak bir serbest piyasa sonucu, daha az prodüksiyon ortaya çıkacaktır. Öte yandan bu husus, çeşitli nedenlerden dolayı istenmeyen bir durumdur. Kültürel ve politik bir perspektiften bakıldığında, filmler, korunmayı ve tanıtımı hak eden Avrupa'nın ve Üye Devletlerinin veya bölgelerinin kültürel kimliğinin taşıyıcıları olarak görülmektedir²¹. Ekonomik açıdan bakıldığında, sağlıklı bir film endüstrisi iş kolları, gelen yatırım ve yattığı vergi gelirleri için önemli arz eder. Ulusal film endüstrisi bunu defalarca vurgulamıştır²². Ayrıca, başarılı filmler turistlerin harcamalarına da yön verebilir - Yüzüklerin Efendisi'nin Yeni Zelanda²³ ve Harry Potter'ın Londra için yaptığı gibi. Bu kültürel, politik ve ekonomik argümanlar, Avrupa'da önemli film finansman kaynaklarına dönüşen ve AB'nin ABD'den iki kat daha fazla uzun metrajlı film üretmesine katkıda bulunan çok çeşitli film destek politikaları ile sonuçlanmıştır.

Sonuç olarak, Avrupa'da film finanse etmek oldukça karmaşık bir iştir. Çoğu Avrupa filmi, özellikle daha büyük Avrupa ortak yapımları, tipik olarak

yapım bütçelerini 20 veya daha fazla finansman kaynağından almaktadır. Genellikle bu, ortak yapımçı ülkelerin her birindeki hibeleri ve / veya kredileri, ortak yapımçı ülkelerdeki teşvik programlarını, *Eurimages*²⁴ gibi Avrupa fonlarından gelen desteği ve uygun olduğunda uluslararası ortak yapım fonlarını içerir. Münhasır anlaşmalardan gelen ön satışlar ve asgari garantiler ile kamu veya özel yayıncılar ve diğer dağıtımçılar ile ortak yapım anlaşmaları, bu masrafları destek planlarından tamamlar. Ayrıca, yatırımlar genellikle üreticilerin kendileri ve diğer özel yatırımcılar tarafından yapılır²⁵.

Bölgesel münhasırlık, dağıtımçıların ve kamu ve özel yayıncıların (genellikle ortak yapımçı olarak hareket eder), aynı filmin eşzamanlı tekliflerinden kaynaklanan rekabetten korkmadan, özellikle yerel izleyici pazarlarına yönelik tiyatro gösterimlerine veya yayıncılarına yatırım yapmalarına ve bunların reklamını yapmalarına olanak tanır. Daha büyük film prodüksiyonları, genellikle, dağıtım ve yayın haklarının bölgesel sınırlara göre "bölündüğü" çok sayıda dağıtımçı ve/veya yayıncıyı içeren geniş kapsamlı Avrupa ortak yapım anlaşmalarının ürünüdür. Kamu tarafından finanse edilen film fonlarının çoğu, Üye Devletler düzeyinde de faaliyet gösterir ve bazen ulusal yayıncıların veya dağıtımçıların sübvansiyonlu filmlerde hakları güvence altına almalarını talep eder. Özel yatırımcılar da benzer şekilde film prodüksiyon kredileri için teminat olarak bölgesel olarak tanım-

²⁰ *Çevirmen notu:* bkz. Kanibalizasyon; Pazarlama stratejisinde, yamyamlık, aynı üretici tarafından yeni bir ürünün piyasaya sürülmesi sonucunda bir ürünün satış hacminde, satış gelirinde veya pazar payında azalma anlamına gelir.

²¹ E.g. **voor Cultuur**, Raad (2018) Zicht op zoveel meer. Den Haag, NL.

²² E.g. **Oxford Economics** (2013) Economic contribution of the Dutch film and audio-visual industry. Final Report September 2013, Oxford, UK

²³ E.g. **Croy** W. Glen (2004) The Lord of the Rings, New Zealand, and tourism: Image building with film. Department of Management Working Paper Series No. 10/04. Monash University Business and Economics, Melbourne, AU.

²⁴ *Çevirmen notu:* 1989'dan beri faaliyet gösteren Eurimages, Avrupa Konseyi'nin kültürel destek fonu olarak kurulmuştur. Eurimages, uzun metrajlı kurgu, animasyon ve belgesel filmlere finansal destek sağlayarak bağımsız film yapımını teşvik eder. Bunu yaparken, farklı ülkelerde kurulmuş profesyoneller arasında işbirliğini teşvik eder.

²⁵ Bkz vaka örnekleri için. **Poort**, Joost; **Hugenholtz**, P. Bernt; **Lindhout**, Peter and **van Til**, Gijs (2019) Research for Committee on Culture and Education (CULT)—Film financing and the Digital Single Market: its future, the role of territoriality and new models of financing. European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, BE, Box 3.1; çeşitli finansman kaynaklarının nispi payının daha kapsamlı bir analizi için bkz. **Kanzler**, Martin (2018) Fiction film financing in Europe: a sample analysis of films released in 2016. European Audio-visual Observatory, Strasbourg, FR.

lanmış hakların transferini talep ederler. Özetle, bölgesel olarak tanımlanan haklar, Avrupa film işletmesine ve finansmanına derinden yerleşmiştir.

IV. TELİF HAKKINDAKİ BÖLGESELLİK VE AB'DE KARŞILAŞTIĞI ZORLUKLAR

Bölüm 3, bölgesel münhasırlığın Avrupa film finansmanında nasıl kilit bir faktör olduğunu açıklamaktadır. Bölgesel münhasırlık telif hakkı yasasına dayandığından, aşağıdaki bölüm ilk olarak telif hakkı yasasında bölgeselliğin rolünü ve anlamını ve AB hukukunun geçmişte ülkeselliği İç Pazarın ihtiyaçları ile uzlaştırmaya çalıştığını açıklamaktadır (Bölüm 4.1). Ardından, Bölüm. 4.2'de, telif hakkının bölgeselliğine yönelik yakın tarihli ve gelecekteki yasal zorlukları tartışılmaktadır, daha sonra AB rekabet hukuku tarafından belirlenen bölgesel haklar konusundaki sınırlamalar Bölüm 4.3'te incelenmektedir. Bölüm 4.4, film lisanslama sözleşmelerinin, düzenleyici müdahalelere rağmen hâlâ bölgesel hükümler içerebileceğini sorgulanmaktadır.

A. BÖLGESELLİK VE İÇ PAZAR

Telif hakkı; edebiyat, bilim ve sanat eserlerinde münhasır haklar oluşturur. Bern Konvansiyonu ve diğer uluslararası anlaşmaların varlığına ve Avrupa Birliği'nde yaklaşık 30 yıllık uyumlaştırmaya rağmen, telif hakkı esasen ulusal hukuk olarak kalmıştır ve Birliğin Üye Devletlerinin her birinin telif hakkı ve komşu²⁶ (örneğin: bağlantılı haklar) haklar alanında kendi ulusal yasası vardır. Sonuç olarak, AB'deki telif hakkı sahipleri tek bir Avrupa telif hakkı yasasıyla

değil, paralel ulusal telif hakları “paketi” ile korunmaktadır. Örneğin bir film Almanya'da Alman *Urheberrechtsgesetz*²⁷'in kuralları altında korunurken, aynı film Fransa'da *Code de la propriété intellectuelle*²⁸ altında korunacaktır. Telif hakkının münhasır hakları, tamamen veya kısmen devredilebilir veya lisanslanabilir olduğundan, bölgeselliğin doğrudan bir sonucu, bir filmdeki hakların, her ulusal bölge için sahip olunan veya kullanılabilen birden fazla bölgesel olarak tanımlanmış ulusal haklara bölünebilmesidir. Bu, farklı film dağıtıcılarının aynı filmin farklı Üye Devletlerde, örneğin Almanya ve Fransa için, aynı anda münhasır haklarına sahip olabileceğini de açıklar.

Şu açıktır ki, bölgesel olarak tanımlanmış hakların verilmesi veya kullanılması, iç pazarın veya tek pazarın normları ve istekleri ile potansiyel bir çatışma yaratır. Bölgesel olarak sınırlı haklar ve iç pazar ilkeleleri arasındaki içsel gerilim, özellikle hakların açıkça belli olmadığı Üye Devletlerin görsel-işitsel hizmetlerine erişimin “coğrafi engelleme” uygulamasında belirgindir. Bölgesel hakların kullanılması Avrupa içi ticaret ve hizmetlere engel teşkil ettiğinden, 1990'lardan itibaren bölgeselliği iç pazarın gelişen ihtiyaçları ile uzlaştırmak için çeşitli Avrupa politikaları ve düzenleyici araçlar konuşlandırılmıştır.

Örneğin, başlangıçta Adalet Divanı tarafından geliştirilen ve daha sonra Bilgi Toplumu Yönergesinde²⁹ hükme alınan “ilk satış doktrini” olarak da bilinen dağıtım hakkının tüketilmesi kuralı, bir üye devlette ilk yetkili satışlarından sonra telif hakkı sahibinin izni olmadan yeniden satılacak

²⁶ Çevirmen notu: komşu haklar 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 1/B/1-k bendinde “Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıların ile radyo-televizyon kuruluşlarının sahip oldukları haklar” olarak tanımlanırken bağlantılı haklar aynı maddenin j bendinde “Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları” olarak tanımlanmaktadır.

²⁷ Çevirmen notu: Alman Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yasası, tam metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/index.html> s.e.t 15.01.2021.

²⁸ Çevirmen notu: Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu, tam metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414/2021-01-30/ s.e.t 15.01.2021.

²⁹ Bilgi toplumunda telif hakkı ve ilgili hakların belirli yönlerinin uyumlaştırılmasına ilişkin 22 Mayıs 2001 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 2001/29/EC Yönergesi.

Bilgi toplumunda telif hakkı ve ilgili hakların belirli yönlerinin uyumlaştırılmasına ilişkin 22 Mayıs 2001 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönerge 2001/29 / EC.

telifli eserlere maddi malların dahil edilmesine izin vererek gereksiz pazar parçalanmasını ortadan kaldırmıştır. Sonuç olarak, bir Üye Devlette yerel bir hak sahibinden lisans altında satılan DVD'ler, hak sahiplerinin ek izni olmaksızın başka bir Üye Devlette paralel olarak ithal edilebilir.

Özellikle görsel-ışitsel endüstri için tasarlanmış diğer bir dikkate değer önlem, uydu yayıncılığının yalnızca yayın sinyalinin menşei ülkesinde telif hakkı amaçlarıyla ilgili bir faaliyet olduğunu belirleyen Uydu ve Kablo Yönergesi³⁰dir³¹. Bununla birlikte, Yönerge, lisans ücretlerini ve uydu yayınının ayak izinin boyutunu (yani ulaşılan ülke sayısını) dikkate alan diğer sözleşme koşullarını hariç tutmamaktadır. Aksine, 17. genel gerekçe³² ilgili taraflara “gerçek izleyici, potansiyel izleyici ve dil versiyonu gibi yayının tüm yönlerini dikkate almaları” talimatını verir.

B. BÖLGESELLİĞE YÖNELİK SON MEVZUAT ZORLUKLARI

Avrupa Komisyonu, çevrimiçi ortamda, dijital tek pazara ulaşmanın önündeki bir engel olarak “gerekçesiz” coğrafi engelleme ve diğer coğrafi ayrımcılık biçimlerini birden fazla belgede yazılı politika biçiminde tanımlamıştır³³.

Avrupa Parlamentosu da bu uygulamalarla ilgili endişelerini defalarca dile getirmiştir³⁴. 2013³⁵ yılında yayınlanan bir Avrupa Parlamentosu çalışması iki tür coğrafi ayrımcılığı birbirinden ayırmaktadır: “coğrafi engelleme” - yani, satmayı veya erişim sağlamayı reddetme³⁶ - ve “coğrafi yer değiştirme” veya “coğrafi filtreleme” - yani satışların koşullandırılması veya hizmetlerin yeniden yönlendirilmesi. Her iki uygulama da tüketicinin coğrafi konumuna dayanmaktadır. Görsel-ışitsel hizmetler alanında, her iki tür coğrafi kısıtlama da ortaya çıkmaktadır³⁷.

2017 yılında kabul edilen Taşınabilirlik Tüzüğü³⁸ ile AB, görsel-ışitsel alandaki coğrafi yer değiştirme uygulamasına etkin bir şekilde son vermiş durumdadır. Taşınabilirlik Tüzüğü, AB genelinde seyahat eden Avrupalı tüketicilerin kendi ülkelerinde abone oldukları çevrimiçi içerik hizmetlerine erişmeye devam etmelerini sağlamaktadır. Tüzük, Netflix gibi abonelik temelli çevrimiçi görsel-ışitsel hizmetlerin operatörlerini, göçmen abonelere Avrupa’da seyahat ederken ikamet ettikleri ülkenin kataloglarındaki içeriğe erişim sağlama yükümlülüğü getir-

³⁰ Uydu yayını ve kablo yeniden iletimi için geçerli telif hakkı ve telif haklarıyla ilgili belirli kuralların koordinasyonuna ilişkin 27 Eylül 1993 tarihli 93/83 / EEC sayılı Konsey Yönergesi.

³¹ **Hugenholtz**, P. Bernt (2009) SatCab revisited: the past, present and future of the satellite and cable directive. IRIS plus 2009–8:7–19.

³² *Çevirmen notu*: İngilizce orijinali “recital”.

³³ **Commission European** (2014) Report on the responses to the public consultation on the review of the EU copyright rules. DG Internal Market and Services, Brussels, BE, s. 6–7; **President Juncker of the European Commission** (2014) Mission Letter to Commissioner Oettinger. 1 November 2014. Brussels, BE; **European Commission** (2015a) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a modern, more European copyright framework. COM(2015) 626 final. Brussels, BE.

³⁴ E.g. **European Parliament** (2007) Consumer confidence in the digital environment. European Parliament resolution of 21 June 2007 on consumer confidence in the digital environment (2006/2048(INI)). P6- TA(2007)0287. Brussels, BE, para. 30.

³⁵ **Schulte-Nölke**, Hans; **Zoll**, Fryderyk; **Macierzyńska-Franaszczyk** Elwira; **Stefan**, Sebastian; **Charlton** Shaun; **Barmscheid** Marc & **Kubela** Monika (2013) Discrimination of Consumers in the Digital Single Market. Study for the European Parliament’s Committee on Internal Market and Consumer Protection. November 2013. PE 507.456. Brussels, BE.

³⁶ Bkz. **European Commission** (2015b) A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.mSWD(2015) 100 final. Brussels, BE, s. 21.

³⁷ **Gomez-Herrera**, Estrella & **Martens**, Bertin (2015) Language, copyright and geographic segmentation in the EU Digital Single Market for music and film. JRC/IPTS Digital Economy Working Paper, 2015-04. https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/JRC92236_Language_Copyright.pdf s.e.t. 15.11.2019.

³⁸ İç pazarda çevrimiçi içerik hizmetlerinin sınır ötesi taşınabilirliğine ilişkin 14 Haziran 2017 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi AB 2017/1128 Tüzüğü.

mektedir. Abonenin geçici olarak bulunduğu ülkede hakları ruhsatlandırılmamış seyahat eden bir aboneye sunulması, normalde telif hakkı ihlali anlamına geleceği için, Tüzük, hizmetin sağlanmasını " sadece abonenin ikamet ettiği Üye Devlette gerçekleştiği varsayımını" uygun görmektedir. Bu nedenle Tüzük, Netflix ve diğer görsel-ışitsel içerik sağlayıcılarının abonelerine yalnızca ikamet ettikleri ülkede güvence altına alınan lisanslara dayalı olarak içerik sunmalarına izin vermektedir.

2018 yılında, "haksız coğrafi engellemeyi" yasaklayan 2018/302 sayılı AB Tüzüğü kabul edilmiştir³⁹. Fakat, "esas amacı spor müsabakalarının yayınlarına erişimin sağlanması olan ve münhasır bölge ruhsatı temel alınarak sağlanan hizmetler dahil olmak üzere görsel-ışitsel hizmetler" bu Tüzüğün kapsamı dışındadır, dolayısıyla Tüzük film endüstrisi için sınırlı bir öneme sahiptir.

Yakın zamanda kabul edilen Çevrimiçi Yayın Yönergesi⁴⁰, görsel-ışitsel alandaki bölgesel münhasırlığa başka bir zorluk teşkil etmektedir. Yönerge, Uydu ve Kablo Yönergesi'nin *menşei ülke* kuralını, karasal yayınlarıyla eş zamanlı olarak internet üzerinden yayın yapan kuruluşlar tarafından sunulan radyo ve televizyon yayınlarına ve yakalama platformları gibi diğer "yardımcı çevrimiçi hizmetlere" genişletmektedir. Yürürlükteki yasaya göre, yayınlarını internet üzerinden eşzamanlı yayınlamak isteyen yayıncılar, yayınların sunulduğu tüm ülkelerdeki ilgili tüm hak sahiplerinden lisans talep edebilmektedir. Komisyon'un Çevrimiçi Yayın Yönergesi önerisinden önceki etki değerlendirme

çalışması⁴¹, "telif hakkının bölgeselliğini" hakların açıkça belirtilmesinin önündeki büyük bir engel olarak tanımladığından denkleştirilecek hakların sayısı katlanarak artmıştır.

Yeni Yönergenin kuralları uyarınca, yayınlarını AB genelinde internet üzerinden eş zamanlı olarak yayınlamak isteyen yayıncıların, yalnızca kuruldukları ülkede lisans almaları gerekmektedir. Yönerge, özellikle hak sahipleri tarafından, münhasır bölgesel hakların verilmesini gereksiz şekilde etkilediği ve dolayısıyla geleneksel film finansmanı uygulamalarını baltaladığı için eleştirilmiştir. Bu eleştiriye yanıt olarak, Avrupa Parlamentosu'ndaki tartışmalar sırasında Yönergenin menşei ülke kuralının kapsamı daraltılmıştır. Kabul edildiği son şekliyle, yeni kural yalnızca radyo programları, televizyonda yayınlanan haberler ve güncel olay programları ve "yayın kuruluşunun tamamen finanse edilen kendi prodüksiyonları" için geçerlidir.

Telif hakkının bölgeselliğine yönelik nihai zorluk, daha uzak bir gelecektedir. AB, hakların bölgesel olarak uygulanmasının gerektirdiği iç pazarın önündeki bazı engellerin üstesinden gelmek için tüketme kuralı ve menşei ülke ilkesi gibi çeşitli düzenleyici araçlar kullanmış olsa da gerçek anlamda birleşik bir Avrupa telif hakkı yasasına doğru son adım henüz atılmamıştır. Bir gün, bu tür bir birleştirme, mevcut ulusal telif hakkı yasalarının yerini alarak, birlik genelinde üniter telif hakkı koruması sağlayacak genel bir *AB Telif Hakkı Tüzüğü* ile şekillenebilir⁴².

³⁹ Müşterinin uyuşu, ikameti veya iç pazardaki yerleşim yerine dayalı gereksiz coğrafi engelleme ve diğer ayrımcılık türlerini ele alan 28 Şubat 2018 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konseyi (AB) 2018/302 Tüzüğü ve Tüzüklerdeki (EC) No 2006/2004 ve (EU) 2017/2394 sayılı değişiklikler ve 2009/22/EC Yönergesi.

⁴⁰ Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 17 Nisan 2019 tarihli (AB) 2019/789 sayılı Yönergesi, yayın kuruluşlarının belirli çevrimiçi yayınları ve televizyon ve radyo programlarının yeniden iletilmeleri için geçerli telif hakkı ve ilgili hakların kullanımına ilişkin kuralları belirleyen 93/83/EEC sayılı Konsey Yönergesi.

⁴¹ **European Commission** (2016) Impact assessment on the modernisation of EU Copyright rules. Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and re-transmissions of television and radio programmes. SWD (2016) 301 Final. Brussels, BE, s. 14.

⁴² TFEU'nun 118.maddesi, bu tür bir birleşme için açık bir AB yetkisi yaratmıştır.

Son yıllarda hem akademik hem de siyasi çevrelerde birleşme fikri giderek destekleniyor. Örneğin, bir profesörler topluluğu olan Avrupa Telif Hakkı Derneği, Avrupa Komisyonu'na bir birleştirme projesi başlatması için çağrıda bulunan bir halka açık mektup gönderdi⁴³. Avrupa Komisyonu, bir yıl sonra, Konsey ve Avrupa Parlamentosu ile resmi bir tebligat aracılığıyla üniter telif hakkı fikrini kabul etti⁴⁴. Bunu yaparken Komisyon, Avrupa Telif Hakkı Tüzüğüne giden yolun hala uzun ve karmaşık bir yol olduğunu kabul etti. Komisyona göre, üniter telif hakkının getirilmesine, "daha fazla parçalanmaya yol açan tutarsız içtihatlardan kaçınmak için" münhasıran yetkili bir Birlik mahkemesinin atanması eşlik etmelidir. Ancak "bu zorluklar, uzun vadeli bir hedef olarak bu vizyonun terk edilmesine yol açmamalıdır". Eğer kabul edilirse, ulusal telif hakkı yasalarının varlığı sona ereceği için, tamamıyla bütünleşen bir AB telif hakkı yasası ulusal olarak tanımlanmış bölgesel hakları ortadan kaldıracaktır. Bunun yerine, birleşik bir AB telif hakkı yasası, Birliğin tamamında homojen bir şekilde uygulanacaktır.

C. AB REKABET YASASININ BÖLGESEL HİBE VERME SINIRLARI

Spesifik düzenleyici müdahalenin yanı sıra, bölgesel hakların verilmesi, AB rekabet hukukunun genel kurallarına, özellikle Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın (TFEU) 101. (anti-tröst) ve 102. (hakimiyetin kötüye kullanılması) maddelerine ters düşebilir. – eski adıyla AT Antlaşması madde 81 ve 82. Yıllar içinde, rekabeti denetlemekle görevli Avrupa Komisyonu ve Avrupa Adalet Divanı, konu hakkında kapsamlı bir içtihat oluşturdu. Fikri mülkiyet hukuku, rekabet hukuku ve AT Antlaşmasının iç pazar özgürlükleri arasındaki arayüzle ilgili bir dizi

davada mahkeme, rekabet hukuku ve ekonomik özgürlüklerin uygulanmasının "belirli konu'yu" etkilememesi gerektiği doktrini geliştirmiştir⁴⁵. Bu doktrin, geçmişte mahkemenin rekabete ve mal ve hizmetlerin dolaşım özgürlüğüne yönelik belirli sözleşme kısıtlamalarını kabul etmesine yol açmıştır.

Mahkeme tarafından 1982 yılında karar verilen *Coditel II*⁴⁶'nin dönüm noktası niteliğindeki davasında, bir film için münhasır bölgesel telif hakkı verilmesinin tek başına anti-tröst yasasının ihlali anlamına gelmediğine, ancak böyle bir sözleşme rekabet hukukunu ağır şekilde ihlal edebilir "eğer film dağıtımının kısıtlanması veya sinematografik piyasada rekabetin bozulması gibi bir amacı veya etkisi varsa"⁴⁷. Bu kararda, mahkeme, Avrupa'daki film endüstrisinin belirli ekonomik özelliklerini açıkça dikkate almıştır:

Sinematografik endüstrinin ve Topluluk içindeki pazarlarının özellikleri, özellikle farklı dil gruplarının yararına seslendirme ve altyazı ile ilgili olanlar, televizyon yayınlarının olanakları ve Avrupa'daki sinematografik prodüksiyonun finansman sistemi ile ilgili olanlar şunu göstermektedir: Münhasır bir sergi lisansı, kendi başına, rekabeti önleme, kısıtlama veya bozma anlamına gelmez. (Paragraf 16)

Bölgesel haklar verilmesinin, rekabet hukukunun ihlali anlamına gelip gelmediği, bu nedenle

⁴³ **European Copyright Society** (2014) Letter to Mr Guñther Oettinger, Commissioner for Digital Economy and Society, European Commission, on the Unification of Copyright Law. https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs_letter_to_oettinger_fi_n-1.pdf S.e.t. 15.11.2019.

⁴⁴ **European Commission** (2015a).

⁴⁵ **Triaille**, Jean-Paul (2013) Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (The "Infosoc Directive"). Brussels, BE, s. 180.

⁴⁶ *Çevirmen notu*: Avrupa Birliği Adalet Divanı C-262/81 - *Coditel v Ciné-Vog Films* 06/10/1982 tarihli kararı detaylı bilgi için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=C%3B262%3B81%3BRP%3B1%3BP%3B1%3BC1981%2F0262%2FJ&oqp=&for=&mat=or&lgrc=en&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&dates=&pcs=Oor&lg=&parties=Coditel%2Bv%2BCin%25C3%25A9-Vog%2BFilms%2B&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=en&avg=&cid=2268839> s.e.t. 15.01.2021.

⁴⁷ Dava 262-81, *Coditel - Cine (Vog Films)* (ECR 1982, s. 3381) 6 Ekim 1982 tarihli karar.

sinematografik piyasanın "belirli özellikleri" ışığında değerlendirilmelidir.

Yakın zamanda verilen Avrupa Adalet Divanı'nın, 2011 tarihli *Premier Lig*⁴⁸ kararında, ücretli televizyon yayıncısını, söz konusu lisans anlaşmasının kapsamına giren bölge dışındaki kullanıcılara şifre çözme cihazları sağlamamasını zorunlu kılan özel bir ödemeli televizyon lisans anlaşmasının TFEU'nun 101. Maddesini ihlal ettiğine karar verdi⁴⁹. Bu karar, Üye Devletlerdeki tüketicilere bölgesel lisans kapsamında olmayan "aktif" ve "pasif" satışları birbirinden ayıran genel AB rekabet yasası⁵⁰ 38 ile aynı doğrultudadır. Rekabet yasası, bir lisans verenin, lisans sahibinin lisanslı bölge dışında aktif olarak müşteri aramamasını zorunlu kılmasına izin verirken, lisans alanın bu tür tüketicilere "pasif" satış yapması engellenemez. Diğer bir deyişle, bölgesel yayın lisansı asla mutlak olmayacaktır.

Premier Lig kararının ardından eleştirmenler, mahkemenin gerekçesinin film sektörüne de uygulanıp uygulanmayacağını sorguladılar⁵¹. Spor ve film yayıncılığının ekonomisi açıkça aynı olmasa da mahkemenin *Premier Lig* kararı Avrupa Komisyonu'na lisanslı filmleri içeren ödemeli televizyon platform-

larında olası rekabete aykırı lisanslama uygulamalarına yönelik soruşturma başlatması için ilham verdi. Araştırma, bir dizi büyük film stüdyosunu ve Sky UK Limited'in (ve yan kuruluşlarının) dahil olduğu lisans sözleşmelerine odaklanmaktadır. Şimdiye kadar bu, Paramount ve Disney'in, paralı televizyon sağlayıcılarının lisanslı bölge dışındaki tüketicilerin "pasif" taleplerine yanıt vermesini engelleyen lisans sözleşmelerindeki kısıtlamaları kaldırma veya artık uygulamama taahhütlerine yol açtı⁵².

Çevrimiçi görsel-işitsel yayın hizmetleriyle ilgili olarak film yapımcılarına benzer kısıtlamalar getirilecek olursa; bunun artık lisans sahiplerini, lisanslı bölge dışında ikamet eden tüketicileri "coğrafi engellemeye" zorlayamayacakları anlamına gelecektir.

D. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE BÖLGESEL MÜNHASIRLIK

AB telif hakkı yasasında devlete dayalı bölgeselliğin kademeli olarak kaldırılması, bölgesel etkiye sahip münhasır haklar verilmesinin sonlanması anlamına gelmeyebilir. Bölgesellik artık tamamen ulusal telif hakkı yasasına dayandırılmasa bile, sözleşme özgürlüğü, yani tarafların kendi eylemlerini sözleşme yoluyla yönetme özgürlüğü devam etmektedir. Sözleşme özgürlüğüne dayalı olarak, bir film yapımcısı ve bir dağıtımçı yine de bölgesel olarak kısıtlanmış özel bir lisans üzerinde anlaşabilir. Örneğin, 'Uydu ve Kablo Yönergesi'nde menşei ülke kuralının getirilmesi, uydu yayıncılığı alanında bölgesel olarak kısıtlanmış lisans uygulamasına son verememiştir. Yönerge, bir filmin telif hakkı sahiplerinin sözleşmeye bağlı olarak bir uydu yayıncısını, yayının amaçlanmadığı ülkelerde yayın almaktan kaçınmak için şifreleme veya diğer teknik araçlarını kullanmaya zorlamasını engellemez. Böylelikle, Yönergenin sınır ötesi uydu yayıncılığı için bir iç

⁴⁸ *Çevirmen notu:* Avrupa Birliği Adalet Divanı C-403/08 - Football Association Premier League and Others 04/10/2011 tarihli kararı detaylı bilgi için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=C%3B403%3B8%3BRP%3B1%3BP%3B1%3BC2008%2F0403%2FJ&oqp=&for=&mat=or&lgrec=en&jge=&td=%3BALL&jur=C%2CT%2CF&dates=&pcs=Oor&lg=&parties=Premier%2BLeague%2B&pro=&nat=or&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&language=en&avg=&cid=2269241> . s.e.t. 15.01.2021.

⁴⁹ Birleştirilen C-403/08 & C-429/08, Football Association Premier League Ltd ve Diğerleri - QC Leisure ve Diğerleri; ve Karen Murphy - Media Protection Services Ltd (ECR 2011, I-9083) davaları için verilen 4 Ekim 2011 tarihli karar

⁵⁰ Bkz. Ör. 20 Nisan 2010 tarih ve 330/2010 sayılı Komisyon Tüzüğü (AB) Madde 4 (b) (i). Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 101 (3) 'ü dikey anlaşmalar ve uyumlu uygulama kategorilerine ayırdı.

⁵¹ **Cabrera Blazquez**, Francisco Javier; **Cappello Maja**; **Grece Christian** and **Valais Sophie** (2015) Territoriality and its impact on the financing of audiovisual works. IRIS Plus 2015-2:1-69, s. 55 vd.

⁵² 26 Temmuz 2016 tarihli Komisyon Kararı, Madde 101 kapsamında Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma ve EEA Antlaşmasının 53. Durum AT.40023 - Ödemeli TV'ye sınır ötesi erişim.

pazar yaratma şeklindeki açık amacına rağmen bölgesel münhasırlık elde edilmektedir⁵³.

Bu sorun, ‘Çevrimiçi Yayın Yönergesi’ ile ilgili tartışmalar sırasında yeniden ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Yönerge m. 3/(3), “1. paragrafta belirtilen menşei ülke ilkesi, hak sahiplerinin ve yayın kuruluşlarının, birlik hukukuna uygun olarak bu tür hakların kullanımını sınırlandırma konusunda anlaşmaya varma özgürlüğüne halel getirmeyecektir. [...]” şeklindedir. Yönergenin 10. genel gerekçe⁵⁴ de şu şekildedir: “Menşei ülke ilkesi, hak sahiplerinin ve yayın kuruluşlarının birlik yasasına uygun olarak sınırlamalara ilişkin sınırlamalar konusunda, haklarının istismarına karar verme özgürlüğünü etkilememelidir.”

Bu metinler, sınırlı bir menşei ülke kuralının getirilmesine rağmen, AB yasa koyucusunun görsel-ışitsel mecrada⁵⁵ bölgesel ruhsatlandırma uygulamasını muhafaza etme arzusunu açıkça ifade etse de her ikisi de madde 3 ve beraberindeki açıklamayla bölgesel münhasırlık sözleşmesine bağlı hibelerin

“birlik hukuku ve ulusal hukuka uygun olduğu” varsayımına bağlıdır. Burada kastedilen, bu tür sözleşme hükümlerinin AB rekabet hukukunun uygulanmasından muaf olmadığıdır. Lisans sözleşmelerinde bölgesel münhasırlık 101 ve 102 TFEU, komisyon tarafından uygulandığı ve ABAD tarafından yorumlandığı şekliyle ARTIN genel kurallarına uygun olmalıdır.

Bu nedenle soru, münhasır bölgesel haklar verilmesinin AB yasa koyucusunun temeldeki bölgesel telif hakkını azalttığı veya hatta ortadan kaldırdığı durumlarda rekabet hukuku kapsamına girip girmeyeceğidir. İlgili içtihat, bölgesel hibelerin bölgesel haklarla desteklendiği durumlarla ilgili olduğundan dolayı -yukarıda tartışılan *Coditel II* ve *Premier League* davalarına bakınız- Avrupa Mahkemesinin bölgesel münhasırlığın yalnızca sözleşmeye dayalı olduğu bir davayı nasıl değerlendireceğini tahmin etmek zordur.

Avrupa Mahkemesi *Coditel II* kararında, AT Antlaşması'nın 36. maddesine (şimdiki TFEU madde 36)'a atıfta bulunarak potansiyel olarak gerekçelendirilebilecek bir bölgesel telif hakkı hibe olarak değerlendirmiştir. Bu hüküm kapsamında, ticarete getirilen kısıtlamalar, telif hakkını da içeren bir terim olan “sınai ve ticari mülkiyetin korunması” gerekçesiyle gerekçelendirilebilir. Mahkeme'nin, AB yasa koyucusunun kasıtlı olarak temeldeki bölgesel hakkı tamamen veya kısmen ortadan kaldırdığı bir durumda, tamamen sözleşmeye dayalı bölgesel münhasırlığı kabul edip etmeyeceği, özellikle de bu tür bir münhasırlığın AB yasa koyucusunun istediği iç pazar bölünmesini sağlam tutacağı durumlarda şüpheli görünmektedir.

Burada görsel-ışitsel alanda bölgesel haklar verilmesini korumanın daha güvenilir yolu, Avrupa Komisyonu'nu münhasır bölgesel haklar verilmesine ilişkin filme özgü kuralları değiştirilmiş iyi tanımlanmış durumlarda teknoloji lisans anlaşmalarında pazarların münhasır bölgesel tahsisine izin veren blok muafiyetleri” (yani, AB rekabet kurallarına genel muafiyetler) ‘Komisyon Tüzüğü’ oluş-

⁵³ **European Commission** (2002) Report from the European Commission on the application of Council Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission. COM(2002) 430 final. Brussels, s. 7.

⁵⁴ *Çevirmen notu*: İngilizce orijinali “recital”.

⁵⁵ Bu istek en açık biçimde **European Parliament, Committee on Legal Affairs** (2017) Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes (COM(2016)0594 – C8-0384/2016 – 2016/0284(COD)). A8-0378/ 2017. Brussels, BE'de ifade edilmektedir. Bu komite tarafından değiştirilen 11 nolu açıklama şu şekildedir: “Sözleşmeye dayalı özgürlük ilkesi aracılığıyla ve münhasır bölgesel lisanslama gibi mevcut lisanslama modellerini desteklemek için, görsel-ışitsel üretim için hayati önem taşıyan finansman mekanizmalarını ve optimum dağıtım ve Kültürel çeşitliliğin teşvik edilmesini mümkünse, bu Tüzükte belirtilen menşei ülke ilkesinden etkilenen hakların, özellikle de coğrafi engelleme ve coğrafi engelleme gibi belirli teknik aktarım araçlarına ilişkin olarak, istismarını sınırlandırmaya devam etmek mümkün olmalıdır. - Bu hakların istismarına yönelik bu tür sınırlamaların Birlik yasalarna uygun olması koşuluyla, filtreleme veya belirli dil sürümleri söz konusudur.”.

turmak için görevlendirmek olacaktır⁵⁶. Örneğin, dağıtımcılara AB'de üretilen filmlere ilişkin olarak, sınırlı bir süre için, mesela bir filmin gösterime girmesini izleyen iki veya üç yıllık bölgesel münhasırlığa izin verecek bir muafiyet düşünülebilir. Bu, 3. bölümde açıklandığı gibi, daha başarılı Avrupa filmlerinin işletilmesindeki mevcut uygulamalarla uyumlu olacaktır.

AB'nin anti-tröst kurallarına böylesi genel bir muafiyet vermesinin ekonomik gerekçesi, TFEU madde 101(3)⁵⁷, *Coditel II*'de Avrupa Mahkemesi tarafından tanınan sinematografik endüstrinin “özel ekonomik özellikleri” nde bulunabilir. Geçici bölgesel münhasırlığın, Avrupa pazarındaki rekabeti gereksiz yere bozmadan ulusal film üretimi için vazgeçilmez bir teşvik olarak hizmet ettiği tespit edilebilirse, muhtemelen böyle bir muafiyet, TFEU madde 101(3) kapsamına dayanabilir.

V. BÖLGESEL AYRICALIĞA BİR ALTERNATİF: DİL AYRICALIĞI

Önceki bölümün gösterdiği gibi, AB telif hakkı ve rekabet hukukundaki son ve gelecekteki gelişmeler, bölgesel münhasırlığa dayalı film finansman modellerinin sürdürülebilirliğini sorgulamıştır. Bununla birlikte, çoğu kez gözden kaçan şey, telif hakkındaki bölgeselliğin sınırlandırılmasının, dil

piyasaları ile ilgili olarak münhasır hakların verilmesinin sonunu getirmediğidir. ‘Uydu ve Kablo Yönergesi’ ve ‘Çevrimiçi Yayın Yönergesi’nde yer alan menşei ülke kuralı, yalnızca başlangıçta yayınlanan görsel-işitsel çalışmanın sürümleri için geçerlidir. Örneğin, Almanya merkezli bir yayıncı, Alman dilinde bir James Bond filmini uydu yoluyla yayınlamak için özel bir lisans alırsa, yalnızca bu sürüm AB'deki izleyicilere yayınlanabilir. Diğer dil sürümleri için lisanslar (örneğin, Fransızca, İspanyolca, İtalyanca veya Flamence) diğer yayıncılara münhasır olarak verilebilir. Bu nedenle, menşei ülke kuralının yakın zamanda çevrimiçi yayın biçimlerine genişletilmesi, pazar bölümlenmesini ve dil sürümlerine dayalı fiyat ayrımcılığını etkilememektedir. Telif hakkındaki bölgesellik, uzak gelecekte, ulusal telif hakkı kanunlarının yerini alan bir AB Telif Hakkı Tüzüğü yoluyla tamamen kaldırılacak olsa bile, farklı dil versiyonlarında münhasır hakların verilmesi muhtemelen tamamen yasal kalacaktır. Belirli bir dil versiyonunda bir filmi dağıtmak, yayınlamak veya kullanıma sunmak için münhasır bir hibe, ilgili bölgelere bakılmaksızın, diğer dil versiyonları için diğer münhasır hibelerle birlikte var olabilir.

Avrupa'daki film pazarları, doğası gereği dile göre ayrıldığından⁵⁸, tüm bu sürümler eşzamanlı olarak ve özel olarak lisanslanabilir ve işletilebilir. Brexit'in ardından Avrupa Birliği 27 devlet ve 24 resmi dile sahip olacaktır. Dahası birlik, yaklaşık 40 milyon kişi tarafından konuşulan Baskça, Katalanca, Frizce, Laponca, Galce ve Yidis gibi 60'tan fazla yerel bölgesel veya azınlık diline ev sahipliği yapmaktadır⁵⁹. 2. bölümde bahsedilen AB'deki bölgeler ve kültür grupları arasındaki mükemmel olmayan eşleşmeye rağmen, AB vatandaşlarının ezici bir çoğunluğu ana dillerinin resmi devlet dili veya resmi dillerden biri olduğu bir ülkede ikamet etmektedir⁶⁰.

⁵⁶ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 101(3). maddesinin teknoloji transferi anlaşmaları kategorilerine uygulanmasına ilişkin 21 Mart 2014 tarih ve 316/2014 sayılı (AB) Komisyon Tüzüğü. Dikey dağıtımda hükümleri yasaklayan dikey anlaşmalar ve uyumlu uygulamalar kategorilerine Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 101(3).maddesinin uygulanmasına ilişkin 20 Nisan 2010 tarih ve 330/2010 sayılı (AB) Komisyon Tüzüğü ve münhasır bölge dışında pasif satışları yasaklayan sözleşmeler.

⁵⁷ TFEU Madde 101(3) “Teşebbüsler arasında malların üretiminin veya dağıtımının iyileştirilmesine veya teknik veya ekonomik ilerlemenin desteklenmesine katkıda bulunan ve tüketicilere adil bir anlaşma sağlayan herhangi bir anlaşma veya anlaşma kategorisi [...] durumunda muafiyetlere izin verir. Ortaya çıkan faydanın payı ve (a) ilgili teşebbüslere, bu hedeflere ulaşılması için vazgeçilmez olmayan kısıtlamalar getirmesi; (b) bu tür teşebbüslere, söz konusu ürünlerin önemli bir kısmıyla ilgili olarak rekabeti ortadan kaldırma olasılığını sağlamaktır”.

⁵⁸ **Cabrera Blázquez** et al. (2015), s. 59.

⁵⁹ Bkz. https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-languages_en.

⁶⁰ **European Commission** (2012) Europeans and their languages. Special Eurobarometer 386. Brussels, BE, s. 4-11.

Bu durum AB vatandaşlarının anadillerinde altyazılı veya dublajlı filmleri tüketmek istediklerini varsayarsak münhasır bölgesel lisanslama ve dil versiyonlarına dayalı münhasır lisanslamanın nüfusun büyük çoğunluğu için çok benzer etkilere sahip olacağı anlamına gelir⁶¹.

Bununla birlikte, bu argümanda birkaç ikaz vardır. İlk olarak, tüketicilerin ana dillerinde dublajlı veya altyazılı filmleri izlemeyi tercih ettikleri varsayımı tamamen doğru olmayabilir. 2012 yılında, AB vatandaşlarının %44'ü radyo veya televizyondaki haberleri en az bir yabancı dilde takip edebileceklerini bildirdiler ve bu oranın o zamandan beri artması muhtemel. Bununla birlikte, bir haberi yabancı dilde takip edebilmek genellikle bir filmin tamamını izlemek ve anlamaktan daha kolaydır ve yabancı versiyonu tercih etmek tamamen farklıdır⁶². 2012'de AB vatandaşlarının %52'sinin altyazıya dublaj yapmayı tercih ettiğini bildirilmiştir.

2012 yılında, İngilizce %38 ile Avrupa'da en çok konuşulan yabancı dil iken, bunu Fransızca (%12) ve Almanca (%11) takip etmiştir. İngilizcenin resmi dil olmadığı 25 Üye Devletten 19'unda en çok konuşulan yabancı dil bu olmuştur⁶³. Orijinal versiyonu önemli ölçüde daha düşük bir fiyattır veya ana dillerindeki versiyondan daha erken erişilebilir, bu nedenle nüfusun göz ardı edilemeyecek bir kısmı, teklif geldiğinde yabancı dilde sunulan bir versiyonu tercih edebilir. Özellikle, bu tüketiciler eğer orijinal İngilizce konuşulan versiyonu veya bir film başka bir dilde üretilmişse İngilizce altyazılı bir versiyonu tercih etmesine sebep olabilirdi. İzleyicilerin anadilleri olmayan bir dilde dublajlı bir versiyona ilgi duymaları pek olası görünmemektedir.

⁶¹ Azınlık dillerini hesaba katarsak, dil versiyonlarına dayalı pazar segmentasyonu için alan - bu durumda büyük olasılıkla altyazılar için - aslında daha da büyüktür.

⁶² **European Commission** (2012), s. 118.

⁶³ **European Commission** (2012), s. 5-6.

Orijinal dillerine ve türlerine bağlı olarak bunun farklı filmler için nasıl oynandığını analiz etmek faydalı olacaktır:

- İlk olarak, menşe ülkesi dışındaki diğer AB pazarlarına ulaşması önemli ölçüde zaman alan tipik bir İngiliz olmayan Avrupa filmi düşünün (bkz. Bölüm 3). Örneğin iç pazarında başarılı olan ve ardından en iyi yabancı film dalında Oscar'ı kazanan bir Polonya filmi düşünün. Bu ödül, daha geniş bir izleyici kitlesinin ilgisini çeker ve AB'deki sinemalara ulaşmasını sağlar. Bu film için, bölgesel lisanslamaya kıyasla dil sürümlerine dayalı lisanslamanın bozucu etkisi minimum düzeyde olacaktır. Lehçe orijinali daha erken bir aşamada diğer AB pazarlarında etkin bir şekilde bulunsa bile, bu, dublaj veya altyazı gerektiren AB pazarının büyük çoğunluğu için pek ilgi çekici olmayacaktır.
- Orijinal olarak İngilizce hazırlanmış bir film için bu farklı olabilir. Ana dili İngilizce olmayan AB nüfusunun belki de %10-20'si, İngilizce orijinali altyazısız veya İngilizce altyazılı, eğer daha erken bir aşamada mevcutsa veya çok daha düşük bir fiyata geliyorsa tercih edebilir. Bu, İngilizce versiyona olan talebi ve dolayısıyla işletme değerini artıracak ve buna bağlı olarak aynı filmin diğer dil versiyonlarının değerini azaltacaktır. Çevrimiçi dağıtım platformları aracılığıyla, İngilizce orijinali, İngilizcenin resmi dil olmadığı üye devletlerdeki taleplerin bir kısmını karşılayacaktır.
- Film lisansı dil sürümlerine dayalı olsaydı, yapımcılar Brexit'in ardından dahi bu İngilizce film için İngiltere pazarına bölgesel lisanslar verebileceklerdi. Bu durum, dile dayalı lisanslamanın yol açabileceği piyasa bozulmalarının çoğunu önleyebilir. Bununla birlikte, İrlanda veya Malta pazarlarında çevrimiçi olarak sunulan İngilizce konuşulan orijinaler, Avrupa'nın başka yerlerindeki İn-

gilizce konuşan vatandaşların kullanımına sunulacaktır. Bu iki ülkede üretilen İngilizce konuşulan filmler için, dil temelli lisanslamanın etkileri bu nedenle daha önemli olabilir, ancak mutlaka zararlıdır denemez.

- Tüm Avrupa'da aynı gün yayınlanan küresel gişe rekorları kıran yapımlar için (*Avengers Endgame* gibi), dil ayrıcalığı lehine bölgeselliği ortadan kaldırmak daha derin bir etkiye sahip olabilir. Bu tür filmler için, bölgesel lisanslama öncelikle yüksek gelirli ve düşük gelirli üye devletler arasında fiyat ayrımcılığı amacına hizmet eder ve bu uygulamalar, eğer İngilizce konuşan vatandaşlar, örneğin Letonca altyazılı versiyona kitlesel olarak geri dönerse ve bunu yapabilirlerse, gerçekten de bozulacaktır. Bu, daha düşük ortalama gelire sahip dil alanlarını hedefleyen sürümler için lisans fiyatını ve tüketici fiyatını yükseltmenin olumsuz etkisine yol açabilir. Hak sahiplerinin alternatif bir stratejisi, diğer pazarlar için daha az çekici hale getirmek için bu dil sürümleri için altyazıların kapatılmamasını sağlamak olabilir.

İkinci bir uyarı, bölgesel münhasırlığın dil münhasırlığı ile değiştirilmesinin, Almanya ve Avusturya gibi aynı dili paylaşan üye devletlerde faaliyet gösteren yapımcılar veya yayıncılar arasındaki ortak yapım anlaşmalarını etkileyeceğidir. Bu senaryoda hakların bölgesel olarak bölünmesinin dışlanacağını varsayarsak, bu durumdaki ortak yapımcılar tüm Almanca dil alanı için ortak hak sahipleri haline gelecektir. Ortak yapımcılar, ilk yayın haklarını her ülkede faaliyet gösteren (kamu) yayıncılara tahsis etmeyi sözleşmeye bağlı olarak kabul edebilirken, Almanca dil versiyonundaki alt yayın haklarının dağıtımıcılara veya çevrimiçi platformlara verilmesi, her iki ortak yapımcının da onayını gerektirecektir. Diğer dil versiyonlarındaki haklar (örneğin, İngilizce veya Fransızca) ayrı olarak tahsis edilebilir, verilebilir ve kullanılabilir.

Üçüncü durumda dil ayrıcalığına yönelik olası bir zorluk da otomatik altyazı, altyazı ve hatta

dublaj araçlarından gelebilir. Misal YouTube şu anda İngilizce, Felemenkçe, Fransızca, Almanca, İtalyanca, Japonca, Korece, Portekizce, Rusça ve İspanyolca dillerinde otomatik altyazılar sunmaktadır⁶⁴. Yapay zekanın yükselişiyle birlikte, bir gün güçlü bir çeviri yazılımı akıllı televizyonlara veya diğer görüntüleme cihazlarına kodlanabilir. Robotik çeviri muhtemelen dublaj yapan insan aktörlerle asla rekabet edemeyecek olsa da, bu teknoloji yine de münhasır dil haklarını olumsuz etkileyebilir. Bununla birlikte, bu alternatif modeli değerlendirirken, hedeflenen "coğrafi engelleri" aşmak için sanal özel ağları ve diğer teknik önlemleri uygulayan tüketici uygulamalarında gösterildiği gibi, bölgesel haklar yoluyla pazar ayırımının da hileye açıldığının farkına varmak bölgesel münhasırlığı sağlamada önemlidir.

Özetle, görsel-işitsel içerik dağıtım sözleşmelerinde dil münhasırlığı, kesin olarak tanımlanmış ulusal-bölgesel sınırlar boyunca pazar bölümlenme ve fiyat ayrımcılığı için "doğal" bir alternatif sağlayabilir. Büyük olasılıkla, kültürel ve dilsel çeşitlilik ilkelere AB'de derin köklere sahip olduğu ve dil bölgeleri ulusal bölgelerden farklı olduğu için, rekabet özgürlüğü veya diğer iç pazar özgürlüklerinden herhangi biri ile herhangi bir çatışma ortaya çıkmayacaktır. Bununla birlikte bölgeselden münhasırlığa geçiş, pratik ve teknik zorluklar ve sözleşme sonuçlarından ayrı olmayacaktır. Buna ek olarak da bölgesel haklar verilmesinden dil temelli hibelere geçiş, film endüstrisindeki mevcut lisans uygulamalarından radikal bir sapmaya sebep olmayacaktır. Gerçekten de Avrupa ekonomisinin tek pazara doğru kademeli olarak kaymasına rağmen bu alandaki bölgesel ruhsatlandırma biçimlerinin yaygın kaldığı gerçeği, tamamen olmasa da büyük ölçüde devlet sınırlarıyla örtüşen mevcut dil farklılıkları ile açıklanabilir⁶⁵.

⁶⁴ Bkz. <https://support.google.com/youtube/answer/6373554?hl=en.s.e.t.10.09.2019>.

⁶⁵ **Cabrera Blázquez** et al. (2015), s. 58–59.

Tartışmalı bir şekilde, dil münhasırlığına geçişin pratik dezavantajları, bu alternatif modelin yasal sağlamlığı tarafından ağır basacaktır. Herhangi bir senaryoda, bölgesel olarak münhasır hakların verilmesi AB rekabet hukukunun birleşik zorluklarına karşı giderek daha savunmasız hale gelse de bu model yasal olarak çok daha güçlü olacaktır.

VI. SONUÇ

Bu makale, Avrupa'daki film finansmanının karmaşıklıklarını ve buradaki bölgesel lisansların rolünü tartışmaktadır. Avrupa filmleri, geniş izleyici kitlesi çekmede Amerikan filmlerinden çok daha az başarılıdır. Avrupa filmlerinin Avrupa'daki 2017 pazar payı, Avrupa'nın ABD'den iki kat daha fazla uzun metrajlı film üretmesine rağmen, tipik olarak kabullerin, TV yayınlarının ve uluslararası SVOD ve TVOD kataloglarının %20 ila 30'unu oluşturabilmiştir. Bu nispeten zayıf konum tipik bir Avrupa filminin filmlerin potansiyel olarak sahip olduğu ölçek ekonomilerinden çok daha az yararlanmasına neden olarak, onu bölgesel lisanslamaya ve kamu destek politikalarına daha bağımlı hale getirmektedir.

Bölgesel lisanslama, daha küçük bir izleyici kitlesine dolayısıyla daha küçük bir bütçeye sahip filmler için daha önemlidir çünkü bu tür filmlerin tanınmış bir yönetmen veya ünlü oyuncularla - güvenilir isimlerle- kamuoyuna kaliteli olduğu sinyali vermesi daha zordur. Bu tür filmler şöhretlerini festivaller ve ödüllerle inşa etmelidir. Daha büyük Avrupa prodüksiyonları bile genellikle bir Pan-Avrupa kampanyası başlatmak için pazarlama bütçesinden yoksundur ve festivallerde ödüller kazanana veya kendi pazarlarında başarılı olana kadar yapımcı veya ortak yapımcı ülkeler dışında itibar kazanmazlar, ancak bu süreçten başarıyla geçen filmler diğer AB Üye Devletlerinden gelir elde etmeye başlayabilirler. Bu süreç, bir filmin ilk gösterime girmesinden itibaren bir yıldan fazla sürebilir. Daha küçük yapımlar için, bu dönemde piyasaya özel lisansların verilememesi, distribütörlerin lisanslara yatırım yapma istekliliğini ve yatırımların bir kısmını telafi etme fırsatlarını zora sokar. Bu, büyük

gişe rekorları kıran filmlere yönelik trendden farklıdır ve bu filmler için teatral sürümler giderek küresel olarak senkronize hale gelir.

Bu nedenle, yapımcıların bölge bazında lisans verme olasılığındaki sert ve ani değişiklikler Avrupa film endüstrisi üzerinde önemli etkilere sahip olabilir. Bununla birlikte, aynı zamanda, uluslararası olarak işleyen VOD platformlarının çalkantılı büyümesi ve ulusal sınırlar ile kültürel gruplar arasındaki mükemmel uyumdan uzak olması, esneklik ve film finansmanındaki geleneksel uygulamaları yeniden gözden geçirme isteği gerektirmektedir.

Dahası, tek pazarın önündeki ulusal engelleri kaldırmayı amaçlayan AB hukuku, bölgeselliğin telif hakkı konusunda oynayabileceği rolü kademeli olarak azaltmıştır. AB rekabet hukuku ayrıca bölgesel münhasırlık verilmesine katı sınırlar koyar ve lisanssız bölgelerdeki tüketicilere / izleyicilere "pasif" satışları engelleyen veya kısıtlayan yayıncılık ve ödemeli televizyon lisanslarına ilişkin hükümleri yasaklar. Bölgesel hibeler artık temel bölgesel haklarla desteklenmediğinden, hak sahiplerinin sözleşme yoluyla bölgesel münhasırlığı koruma özgürlüğü, AB rekabet hukukuna karşı giderek daha savunmasız hale gelecektir.

Bölgesel münhasırlığın AB filmlerinin finansmanı ve kullanımı için vazgeçilmez olduğu düşünülürse, Avrupa Komisyonu münhasır bölgesel haklar konusunda filme özgü kurallar koymakla görevlendirilebilir. Bu, halihazırda iyi tanımlanmış durumlarda teknoloji lisans anlaşmalarında pazarların münhasır bölgesel tahsisine izin veren "grup muafiyetlerine" biraz benzeyen değiştirilmiş bir Komisyon Tüzüğü biçimini alabilir.

Film endüstrisinin herhangi bir düzenleyici müdahaleye ihtiyaç duymadan uygulayabileceği bölgesel lisanslamaya bir alternatif, dil münhasırlığında, yani bir filmin farklı dil versiyonları için münhasır haklar verilmesidir. Bu makalede tanımlanan bazı pratik, sözleşmeye dayalı ve teknolojik zorluklara rağmen, görsel-işitsel içerik dağıtım sözleşmelerinde dil münhasırlığı, ulusal sınırlar

boyunca pazar bölümlendirmesi için daha doğal ve yasal olarak daha sağlam bir alternatif sağlar. Özellikle, İngilizce dışında herhangi bir dilde üretilen AB filmleri için, bölgesel münhasırlıktan ziyade dil münhasırlığına dayalı lisanslamanın bozucu etkisinin asgari düzeyde olması beklenmektedir. İngilizce olarak üretilen Avrupa filmleri için etkiler daha önemli olabilir, ancak bunlar mutlaka olumsuz değildir ve Brexit ile birlikte büyük ölçüde çözülebilir. Bölgesel münhasırlığı ortadan kaldırmanın en derin etkisi, bölgesel lisanslamanın öncelikle bir fiyat ayrımcılığı aracı olarak hizmet ettiği ABD yapı işe rekortmeni filmler üzerinde olabilecektir.

Orijinal Eserin Açık Erişimi: Orijinal Eserde geçen “Bu makale, Reklam Ögesi koşulları altında dağıtılmaktadır. Commons Attribution 4.0 Uluslararası Lisansı (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>), uygun şekilde vermeniz koşuluyla, herhangi bir ortamda dağıtım ve çoğaltma orijinal yazar (lar) a ve kaynağa atıfta bulunun, Creative Commons lisansı ve değişiklik yapıp yapılmadığını belirtin.” ibaresi gereği: eser çeviridir ve kullanımı halinde orijinal kaynağa atıfta bulunulması gerekir. Bu lisansın bir kopyasını görüntülemek için ziyaret ediniz <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

TASDİK⁶⁶

Bu makale Poort ve diğerlerinin (2019) 2. ve 4. Bölümlerinden yararlanmakla birlikte, bu haliyle güncel durumdadır.

⁶⁶ Çevirmen notu: Orijinal eserde “acknowledgment” notu altında “This article draws on Chapters 2 and 4 of Poort et al. (2019). The article is new in its current form.” hususlar belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

Cabrera Blazquez, Francisco Javier; **Cappello Maja**; **Grece** Christian and **Valais** Sophie (2015) Territoriality and its impact on the financing of audiovisual works. IRIS Plus 2015-2:1-69

Caves Richard E. (2000) Creative industries: Contracts between art and commerce. Harvard University Press, Cambridge

Commission European (2014) Report on the responses to the public consultation on the review of the EU copyright rules. DG Internal Market and Services, Brussels, BE

Croy W. Glen (2004) The Lord of the Rings, New Zealand, and tourism: Image building with film. Department of Management Working Paper Series No. 10/04. Monash University Business and Economics, Melbourne, AU

EAO/European Audiovisual Observatory (2018a) Yearbook 2017/2018. Key trends, Strasbourg, FR

EAO/European Audiovisual Observatory (2018b) Focus 2018. World film market trends, Strasbourg, FR

European Commission (2002) Report from the European Commission on the application of Council Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission. COM(2002) 430 final. Brussels

European Commission (2012) Europeans and their languages. Special Eurobarometer 386. Brussels, BE

European Commission (2015a) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Towards a modern, more European copyright framework. COM(2015) 626 final. Brussels, BE

European Commission (2015b) A Digital Single Market Strategy for Europe – Analysis and Evidence. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. mSWD(2015) 100 final. Brussels, BE

European Commission (2016) Impact assessment on the modernisation of EU Copyright rules. Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes. SWD (2016) 301 Final. Brussels, BE

European Copyright Society (2014) Letter to Mr Günther Oettinger, Commissioner for Digital Economy and Society, European Commission, on the Unification of Copyright Law. https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs_letter_to_oettinger_fin-1.pdf S.e.t. 15.11.2019

European Parliament (2007) Consumer confidence in the digital environment. European Parliament resolution of 21 June 2007 on consumer confidence in the digital environment (2006/2048(INI)). P6- TA(2007)0287. Brussels, BE

European Parliament, Committee on Legal Affairs (2017) Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes (COM(2016)0594 – C8-0384/2016 – 2016/0284(COD)). A8-0378/ 2017. Brussels, BE

Eurostat (2019) Migration and migrant population statistics. <https://bit.ly/2WifFjt> S.e.t. 15.11.2019

FIAD/International Federation of Film Distributors' Associations (2017) Position Paper on the European Commission Proposal on Regulation on certain online transmissions of broadcasting organisations and retransmissions of television and radio programmes (Revisited Sat/Cab). Brussels, BE

Gomez-Herrera, Estrella & Martens, Bertin (2015) Language, copyright and geographic segmentation in the EU Digital Single Market for music and film. JRC/IPTS Digital Economy Working Paper, 2015-04. https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/JRC92236_Language_Copyright.pdf s.e.t. 15.11.2019

Hugenholtz, P. Bernt (2009) SatCab revisited: the past, present and future of the satellite and cable directive. IRIS plus 2009–8:7–19

Kanzler, Martin (2018) Fiction film financing in Europe: a sample analysis of films released in 2016. European Audiovisual Observatory, Strasbourg, FR

Langus, Gregor; Neven, Damien & Poukens, Sophie (2014) Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU. Prepared for DG Markt, European Commission. Charles River Associates/ European Union, Brussels, BE

Oxera, Oliver & Ohlbaum (2016) The impact of cross-border access to audiovisual content on EU consumers, London, UK [https://www.oxera.com/wp-content/uploads/media/oxera_library/downloads/2016-05-13-Cross-border-report-\(final\).pdf](https://www.oxera.com/wp-content/uploads/media/oxera_library/downloads/2016-05-13-Cross-border-report-(final).pdf) s.e.t. 19.02.2021

Oxford Economics (2013) Economic contribution of the Dutch film and audio-visual industry. Final Report September 2013, Oxford, UK

Poort, Joost; Hugenholtz, P. Bernt; Lindhout, Peter and van Til, Gijs (2019) Research for

Committee on Culture and Education (CULT)—Film financing and the Digital Single Market: its future, the role of territoriality and new models of financing. European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies, Brussels, BE

President Juncker of the European Commission (2014) Mission Letter to Commissioner Oettinger. 1 November 2014. Brussels, BE

voor Cultuur, Raad (2018) Zicht op zoveel meer. Den Haag, NL

Schulte-Nölke, Hans; Zoll, Fryderyk; Macierzyńska-Franaszczyk Elwira; Stefan, Sebastian; Charlton Shaun; Barmscheid Marc & Kubela Monika (2013) Discrimination of Consumers in the Digital Single Market. Study for the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection. November 2013. PE 507.456. Brussels, BE

Triaille, Jean-Paul (2013) Study on the Application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society (The "Infosoc Directive"). Brussels, BE.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed 100% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*

